



บทที่ 5

การวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิ และนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน

ปัญหาต่าง ๆ ที่ผู้เขียนได้หยิบยกขึ้นกล่าวไว้ในบทที่ 4 ล้วนแล้วแต่สะท้อนให้เห็นถึงความไม่สมบูรณ์ในการคุ้มครองผู้มีสิทธิทางทะเบียน หรือผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนของกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมทางที่ดินทั้งสิ้น ซึ่งปัญหาส่วนใหญ่มีสาเหตุมาจากการขาดองค์ประกอบที่สำคัญบางประการของระบบทะเบียนแบบทอรัเร็นส์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการขาดความมั่นคง ความถูกต้อง หรือความสมบูรณ์ของระบบ เป็นต้น ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความจำเป็นต้องวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว เพื่อให้ทราบถึงแหล่งกำเนิดของปัญหาเหล่านั้น และหาแนวทางปรับปรุงแก้ไขให้ระบบทะเบียนของไทยมีการคุ้มครองผู้มีสิทธิทางทะเบียนหรือผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนเพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้ ในการวิเคราะห์บางส่วนจะมีการนำหลักการทะเบียนของต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้มีสิทธิทางทะเบียนหรือผู้รับโอนมาเทียบเคียงกับของไทย เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงระบบทะเบียนของไทยโดยรวมทั้งจะพิจารณาถึงบทบัญญัติกฎหมายของไทยในปัจจุบันว่าสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้หรือไม่

อย่างไรก็ดีในการนำเสนอเนื้อหาของบทนี้ จะเป็นการนำเสนอในลักษณะที่แตกต่างจากวิทยานิพนธ์ฉบับอื่น ๆ โดยผู้เขียนได้นำแนวทางการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิ และนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน ยกขึ้นเป็นหัวข้อในการนำเสนอก่อน โดยในแต่ละหัวข้อจะแสดงถึงหลักการในการแก้ปัญหา ความเป็นไปได้ในการนำมาใช้ในประเทศไทย และประโยชน์ที่จะได้รับจากการปรับปรุงกฎหมายตามแนวทางดังกล่าว เป็นต้น

1) ความเป็นไปได้ในการนำหลักการคุ้มครองผู้รับโอนอย่างเด็ดขาดภายหลังการจดทะเบียนมาใช้กับประเทศไทย

สิ่งจำเป็นและสำคัญที่สุดในระบบทะเบียนที่ดิน คือ การสร้างให้ระบบทะเบียนมีความน่าเชื่อถือ และให้ข้อความที่ปรากฏอยู่ในหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่แสดงว่าใครมีสิทธิในที่ดินอย่างไร ก็ให้มีสิทธิตามที่ปรากฏอยู่นั้น ยากแก่การโต้แย้งและนำสืบหักล้าง ทั้งนี้เพื่อสร้างความมั่นคง และความเด็ดขาดให้กับทะเบียน การที่ระบบทะเบียนที่ดินของไทยได้เริ่มพัฒนาระบบทะเบียนมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 โดยการนำระบบทะเบียนแบบทอร์เร็นส์มาใช้ ทำให้รูปแบบทะเบียนของไทยมีความง่าย และเสียค่าใช้จ่ายน้อย ซึ่งในปัจจุบันถ้าจะมีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงสิทธิแล้ว ก็สามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็วเพราะผู้รับโอน (รวมถึงผู้รับจ้างเอง) สามารถตรวจสอบสิทธิในที่ดินของผู้โอน (ผู้จ้างเอง) ได้ง่าย โดยการตรวจสอบหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ (โฉนด) ที่สำนักงานที่ดินเพียงฉบับเดียว ก็สามารถทราบได้ว่า ผู้โอนเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินนั้นจริงหรือไม่ และทำการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้มีสิทธิที่โฉนดนั้นนั่นเอง¹ อย่างไรก็ตาม แม้ผู้รับโอนจะมีหลักในการตรวจสอบสิทธิของผู้โอนได้ง่ายสะดวก และถูกต้องตามวิธีการที่กล่าวข้างต้น แต่สิทธิของผู้รับโอนในฐานะเป็นเจ้าของที่ดินคนใหม่ทางทะเบียนก็ไม่ว่าจะมั่นคงนัก ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้ แม้ว่าผู้รับโอนจะได้จดทะเบียนรับโอนมาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนก็ตาม ทั้งนี้สาเหตุอาจเกิดจากสิทธิของผู้โอนมีความบกพร่องหรือเป็นผู้ไม่มีสิทธิ เช่น ผู้โอนไม่ใช่เจ้าของทรัพย์ที่แท้จริง แต่ได้ปลอมหนังสือมอบอำนาจ หรือได้กรอกข้อความลงในหนังสือมอบอำนาจที่เจ้าของที่ดินที่แท้จริงได้ลงนามทิ้งเอาไว้ เป็นต้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้ กฎหมายไทยจะใช้หลัก "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" (Non dat qui non habet) มาวินิจฉัย และให้นิติกรรมของผู้รับโอนเป็นรอมฉะ โดยสั่งเพิกถอนสิทธิของผู้รับโอนทางทะเบียนและให้สิทธิในที่ดินนั้นเป็นของเจ้าของที่ดินตามเดิม ทั้งนี้ แม้ว่าหลัก "ผู้รับโอนไม่มี

¹แต่ในปัจจุบัน ยังมีการจดทะเบียนบางประเภทที่ยังใช้เอกสารประกอบการจดทะเบียนเป็นจำนวนมาก เช่น การจดทะเบียนที่จำแนกแบบฟอร์ม ท.ด.13 ที่สำนักงานอาเภอ ซึ่งมีลักษณะคล้ายการจดทะเบียนแบบตีต (Registration of deeds).

สิทธิดีกว่าผู้โอน" ในกฎหมายไทย จะไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายของคอมมอนลอว์ (Common Law) แต่ศาลไทยก็ได้หยิบยกมาใช้ในการวินิจฉัยตัดสินคดีเป็นจำนวนมากจนกลายเป็นบรรทัดฐาน และเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญที่นักกฎหมายในปัจจุบันมักจะอ้างอยู่เสมอ ๆ อาทิเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 438/2495 เจ้าของห้องแถวที่ปลูกอยู่ในที่ดินของผู้อื่นนั้น การเป็นเจ้าของห้องแถวไม่ต้องจดทะเบียนก็ทรงสิทธิเป็นเจ้าของได้ ฉะนั้น การที่มีผู้อื่นเอาห้องแถวนั้นไปขายแก่คนภายนอก แม้การซื้อขายนั้นผู้ซื้อจะสุจริตและเสียค่าตอบแทน ทาสัญญากันที่อาเภอก็ตาม เมื่อเจ้าของห้องแถวไม่รู้เห็นยินยอมแล้ว ก็เข้าหลักกฎหมายที่ว่าผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เจ้าของจึงขอให้เพิกถอนนิติกรรมการซื้อขายนั้นได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2257/2521 โจทก์มอที่ดินไม่มีหนังสือสำคัญของโจทก์ทำให้จำเลยที่ 1 ครอบครองแทน แม้จำเลยที่ 1 จะไปร้องขอจนได้รับหนังสือรับรองการทำประโยชน์มา ก็ไม่ก่อให้เกิดสิทธิครอบครองในที่ดินนั้น ไม่มีอำนาจนำไปขายให้ผู้อื่น ส.รับซื้อไว้โดยไม่สุจริตเพราะทราบดีว่าไม่ใช่ของจำเลยที่ 1 ส. ย่อมไม่มีสิทธิในที่พิพาท แม้จำเลยที่ 2 จะรับโอนที่พิพาทจาก ส. โดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนโดยถูกต้องตามกฎหมาย จำเลยที่ 2 ก็ไม่มีสิทธิอย่างใด เพราะผู้รับโอนย่อมไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่าคำตัดสินของศาลที่ให้เพิกถอนนิติกรรมกรซื้อขายของผู้รับโอน แม้ผู้รับโอนจะสุจริตและเสียค่าตอบแทน ศาลจะอ้างหลักกฎหมาย "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" ด้วย โดยจะไม่กล่าวอ้างว่าได้ตัดสินตามมาตราหนึ่งมาตราใดทั้งนี้เพราะหลักกฎหมายดังกล่าว ไม่มีกล่าวไว้ในบทบัญญัติกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง โดยเฉพาะนั่นเองซึ่งการตัดสินข้อเท็จจริงต่าง ๆ โดยอ้างหลักกฎหมาย "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" นี้เองได้ก่อปัญหาให้กับบทคุ้มครองผู้รับโอน ท้าให้ผู้รับโอนที่สุจริตต้องเสียหาย และเป็นการทำลายความมั่นคงของทะเบียนที่ดิน ที่ทางรัฐได้สร้างขึ้นมาอย่างยากลำบาก ทั้งนี้ แม้ว่าหลักกฎหมายของไทยจะมีข้อยกเว้นกฎหมายดังกล่าวบ้าง โดยบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็มีอยู่จำกัดและมีเพียงไม่กี่มาตรา โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เป็นบทคุ้มครองผู้รับโอนที่ดินที่สุจริตจะมีน้อยมาก เช่น

1. การรับโอนทรัพย์สินจากนิติกรรมซึ่งทำโดยมีเจตนาหลง มาตรา 155
2. การรับโอนทรัพย์สินจากตัวแทนเจต มาตรา 821
3. การรับโอนทรัพย์สินโดยได้จดทะเบียนสิทธิแล้วมาตรา 1299 วรรค 2
4. การรับโอนทรัพย์สินโดยการครอบครองไว้ก่อนผู้อื่น มาตรา 1303
5. การรับโอนทรัพย์สินจากนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ มาตรา 1329
6. การรับโอนทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล หรือ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ มาตรา 1330
7. การรับโอนทรัพย์สินจากการขายทอดตลาด จากท้องตลาดหรือจากพ่อค้า มาตรา 1332

นอกจากนี้ ในบางครั้งเพื่อความยุติธรรมศาลนั้นเองเป็นผู้กำหนดบทคุ้มครองผู้รับโอนขึ้นมา หรือเพราะศาลเห็นว่าเจ้าของที่ดินมีส่วนผิดอยู่ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 353/2503 ถ้ามีการปลอมใบมอบอำนาจให้ทำการขายฝากที่ดินผู้รับซื้อก็ไม่ได้กรรมสิทธิ์ ผู้รับซื้อจะอ้างว่าเป็นผู้รับโอนโดยสุจริตไม่ได้ เพราะการโอนย่อมมีไม่ได้

แต่กรณีที่เจ้าของที่ดินลงลายมือชื่อมอบอำนาจให้เขาเอาโฉนดของตนไปทำการอย่างหนึ่ง โดยไม่กรอกข้อความลงในใบมอบอำนาจ เขากลับยกยกลายมือชื่อนั้นไปทำการขายฝากที่ดินเสีย ดังนี้ เมื่อผู้ซื้อฝากไว้โดยสุจริต เจ้าของที่ดินจะอ้างความประมาทเลินเล่อของตนมาเพิกถอนนิติกรรมการขายฝากหาได้ไม่ สุจริตด้วยกัน ผู้ประมาทเลินเล่อย่อมเป็นผู้เสียเปรียบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 626/2510 โจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนการโอนขายที่ดินของโจทก์ ซึ่งมีผู้ปลอมลายมือชื่อของโจทก์ไปทำการโอนขาย เมื่อทางพิจารณาได้ความว่าโจทก์ไม่สุจริต โจทก์จะอ้างเอาความไม่สุจริตของโจทก์มาขอให้เพิกถอนการโอนจากจำเลยผู้รับโอนที่พิพากษาไว้โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนหาได้ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 671/2523 จำเลยลงชื่อในใบมอบอำนาจมอบให้ ล.ใบดาเนินการแบ่งแยกที่พิพาทโดยมิได้กรอกข้อความ แม้ ล.ได้กรอกข้อความในใบมอบอำนาจนั้น ขยายพากที่พิพาทไว้กับโจทก์ซึ่งรับซื้อพากโดยสุจริต การที่จำเลยลงชื่อในใบมอบอำนาจโดยมิได้กรอกข้อความนั้นถือว่าเป็นการกระทำที่ทำให้บุคคลภายนอกหลงเชื่อ จำเลยจำต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้รับซื้อพากโดยสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821, 822

ทั้งนี้ในคำพิพากษาของศาลฎีกาบางฎีกาก็ให้เหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงของทะเบียน เมื่อมีการโต้แย้งสิทธิในที่ดินเกิดขึ้นว่า "จำเลยมีสิทธิเป็นการภายใน ยังหาได้เปิดเผยทางทะเบียนตามกฎหมายในเรื่องนี้ไม่ ถ้าจะยอมมาให้เอาความละเอียดของจำเลยขึ้นมาได้เถียงเช่นนี้แล้ว ทะเบียนสาธารณะประโยชน์ก็จะเป็นที่เชื่อถือไม่ได้ และใช้ไม่ได้ อันเป็นการเสียหายแก่ราชการแผ่นดินและสาธารณชน ราชการแผ่นดินและกิจการของสาธารณชน ย่อมสำคัญกว่ากิจการส่วนบุคคล" (ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 47/2486) อย่างไรก็ตามก็ตีผู้เขียนเห็นว่าบทคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบันยังถือว่าไม่เพียงพอ และการที่ศาลมีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมของผู้รับโอน โดยให้สิทธิในดินยังเป็นของเจ้าของที่ดินคนเดิม ด้วยการนำหลักกฎหมาย "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" มาตัดสินในข้อเท็จจริง ก็อบทุกกรณี ย่อมทำให้สิทธิในที่ดินของผู้รับโอนถูกเพิกถอนได้ง่าย ประกอบกับกฎหมายถือว่าข้อความที่ปรากฏอยู่ในทะเบียนที่ดินยังไม่เด็ดขาด สามารถนำสืบโต้แย้งหักล้างได้ ตามมาตรา 1373 แห่ง ป.พ.พ. ที่บัญญัติว่า "ถ้าทรัพย์สินเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนที่ดิน ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลผู้มีชื่อในทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง" ย่อมเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับระบบทะเบียนที่ดินของไทยขาดความมั่นคงทั้งสิ้น ดังนั้น การเพิ่มหลักการการให้ความคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตจึงเป็นสิ่งจำเป็น

อนึ่งเมื่อได้เปรียบเทียบกับระบบทะเบียนที่ดินของต่างประเทศ ในส่วนของบทคุ้มครองผู้รับโอนแล้ว เห็นได้ว่า ประเทศที่ใช้ระบบทะเบียนแบบทอร์เรนส์ เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ มาเลเซีย หรือ สิงคโปร์ ต่างมีรูปแบบและลักษณะของทะเบียนที่ดินเหมือนกับของเราทั้งสิ้น โดยมีองค์ประกอบ 3 ประการ ดังนี้

- 1) มีชื่อของเจ้าของที่ดิน
- 2) มีการบอกตำแหน่งที่ตั้งของที่ดินที่ชัดเจน
- 3) มีรายการการจดทะเบียนต่าง ๆ

ทั้งนี้และทั้งนั้นก็เนื่องจากระบบทะเบียนที่ดินของเราได้เอาแบบอย่างของระบบทอร์เร็นส์มาใช้ ซึ่งผู้เขียนได้นำเสนอไว้แล้วในบทที่ 3 ดังนั้นระบบทะเบียนของเราจึงจำเป็นต้องมีลักษณะสำคัญของระบบทะเบียนแบบทอร์เร็นส์ด้วย กล่าวคือ จะต้องมีความมั่นคง ความเรียบง่าย ความถูกต้อง ความจับใจ ความประหยัด ความเหมาะสมกับสภาพทั่วไป และความสมบูรณ์ของระบบ สำหรับหลักที่เป็นตัวสะท้อนถึงความมั่นคงของทะเบียน ก็คือการนำหลักการเพิกถอนไม่ได้ (Indefeasible title) ทางทะเบียนมาใช้ เพื่อคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน โดยการทำให้ทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดินโดยเด็ดขาด (conclusive evidence) ผู้ใดจะกล่าวอ้างลบล้างสิทธิที่จดทะเบียนไว้ (indefeasible) นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ถึงแม้ว่าบุคคลที่โอนที่ดินนั้นให้แก่ผู้รับโอนจะไม่มีสิทธิหรือกระทำการโดยไม่สุจริต และแม้กระทั่งจะเกิดจากข้อบกพร่องของกระบวนการจดทะเบียนก็ตาม² (that the title of a registered proprietor is conclusive and indefeasible and free from all interests except those that are registered or notified or specified in the section even though the person from whom he acquired the land had no title to it or acted in bad faith, and notwithstanding any technical defect in the form of registration.)

ตัวอย่างเช่น A เป็นเจ้าของที่ดิน B ได้ขมยหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินของ A แล้วปลอมลายมือชื่อ A โอนขายที่ดินให้ C โดย C เป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน กรณีเช่นนี้แม้สัญญาขายที่ดินจาก A ไปยัง C จะเป็นโมฆะก็ตาม แต่โดยที่ C เป็นผู้จดทะเบียนซื้อขายโดยสุจริตและเสียค่า

²Visu Sinnadurai, The Sale and Purchase of Real Property in Malaysia, (Singapore: Butterworths, 1984), p.298.

ตอบแทน C จึงได้สิทธิที่ไม่อาจลบล้างได้³

คดี Anderson v. Davy ของประเทศนิวซีแลนด์

เจ้าของที่ดินยังไม่ได้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้ตายโดยมิได้ทำพินัยกรรมไว้บุตรชายของเจ้าของที่ดินได้แอบอ้างเป็นเจ้าของที่ดิน และยื่นคำขอออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินโดยกลฉ้อฉล ซึ่งนายทะเบียนก็ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้ไป และบุตรชายของเจ้าของที่ดินได้นำที่ดินไปจำนองและไม่ชำระหนี้ ผู้รับจำนองจึงขายทอดตลาดที่ดินให้แก่ผู้ซื้อที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ (กฎหมายของนิวซีแลนด์ให้ผู้รับจำนองขายทอดตลาดที่ดินเพื่อนำมาชำระหนี้ได้) ต่อมาภรรยาของเจ้าของที่ดินได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการมรดก จึงฟ้องผู้ซื้อให้เพิกถอนการจดทะเบียน ศาลตัดสินว่าเพิกถอนสิทธิของผู้ซื้อไม่ได้ เพราะผู้ซื้อได้สิทธิที่ไม่สามารถลบล้างได้ (indefeasible title) แต่ภรรยาเจ้าของที่ดินมีสิทธิได้รับชดเชยค่าเสียหายจากกองทุน⁴

คดี Frazer V. Walker (ของประเทศนิวซีแลนด์)

Frazer และภรรยามีชื่อเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินซึ่งใช้ทำฟาร์มเล็ก ๆ แห่งหนึ่งที่ดินแปลงนี้ได้จดทะเบียนไว้ตามกฎหมาย The Land Transfer Act 1952 ต่อมา นาง Frazer ได้ขอยืมเงินจำนวน 9,000 ปอนด์จากนายและนาง Radomski โดยตกลงกันว่านาง Frazer จะนำที่ดินนั้นมาจำนองประกันการกู้ยืมการกระทำของนาง Frazer นี้ นาย Frazer ไม่ทราบแต่อย่างใด แล้วนาง Frazer ก็เซ็นชื่อในสัญญาจำนองในนามตนเอง และปลอมลายมือชื่อของนาย Frazer ลงในสัญญาจำนองด้วย โดยมีเสมียนของทนายความเป็นผู้ลงชื่อเป็นพยาน ซึ่งเสมียนคนนั้นก็มิรู้จักนาย Frazer และก็ไม่เห็นนาง Frazer ปลอม

³Peter Butt, Introduction to Land Law, (Sydney: The Law Book Company Limited, 1980), p.289.

⁴G.W. Hinde, D.W. McMorland, P.B.A. Sim, Land Law (Wellington:Butterworths, 1978), p. 212.

ลายมือชื่อนาย Frazer ด้วย ทั้งนายและนาง Radomski กระทำการโดยสุจริตไม่ทราบเรื่อง การเปลี่ยนแปลงลายมือชื่อ นาย Frazer แต่อย่างไร และต่อมาก็ได้มีการจดทะเบียน สัญญาจองนั้น ต่อมานาง Frazer ไม่ชำระหนี้ นายและนาง Radomski จึงใช้สิทธิของผู้รับ จานองทำการขายที่ดินเพื่อบังคับจานองโดยมีนาย Walker เป็นผู้ซื้อที่ดินนั้นได้ นายและนาง Radomski จึงทำหนังสือโอนที่ดินขายไปยังนาย Walker และนาย Walker ก็ได้นำสัญญาไป จดทะเบียนโอน ในการดำเนินการทั้งหมดนาย Walker กระทำการโดยสุจริตไม่ทราบถึงการ ปลอมลายมือชื่อแต่อย่างไรเป็นที่รับกันของทุกฝ่ายว่าการดำเนินการของนาย Walker และของ นายและนาง Radomski ทั้งสามคนกระทำการโดยสุจริต ไม่ได้กระทำการฉ้อฉลหรือฉ้อโกง หรือทำการปลอมแปลงใด ๆ และนาย Frazer รู้เรื่องดังกล่าวเป็นเวลาถึงหนึ่งปีนับแต่วัน ขายที่ดินให้แก่ นาย Walker ต่อมา นาย Walker ฟ้องขับไล่ นาย Frazer ซึ่งศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) ตัดสินว่า นาย Walker เป็นผู้ซื้อที่สุจริต และเสียค่าตอบแทนจึง ได้สิทธิที่ไม่อาจลบล้างหรือเพิกถอนได้ ตาม พ.ร.บ. The Land Transfer Act 1952 แม้ว่าสัญญาโอนที่ดินหรือสัญญาจองที่มีการปลอมแปลงจะเป็นโรมจะตามกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ตาม แต่เมื่อมีการจดทะเบียนแล้วก็ถือว่าเป็นสิทธิที่สามารถใช้ เป็นฐานในการจดทะเบียนสิทธิหรือการ โอนต่อ ๆ ไปได้โดยถูกต้อง⁵ (โปรดดูรายละเอียดคำพิพากษาเต็มในบทที่ 2)

หรือตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

A เป็นเจ้าของที่ดินที่ยังไม่ได้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน A มีหนี้ที่จะต้องชำระ ให้แก่เทศบาลเป็นค่าอาณนแต่เทศบาลไม่สามารถติดต่อกับ A ได้ เทศบาลจึงขายทอดตลาดที่ ดินของ A โดยมี B เป็นผู้ซื้อได้ อีกหลายปีต่อมา B ต้องการจะขายประโยชน์ที่ดินที่ซื้อมาจึงไป ดูที่ดิน แต่ปรากฏว่ามี C เข้ามาปลูกบ้านอยู่บนที่ดิน การที่ C เข้าไปปลูกบ้านอยู่บนที่ดินนั้น เนื่อง จาก C ซื้อที่ดินจาก A และเมื่อซื้อแล้วก็นำที่ดินนั้นไปออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ศาลตัดสินว่า C เป็นผู้สุจริต C ต้องได้สิทธิตามที่นายทะเบียนได้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน แต่ B มีสิทธิได้

⁵Ibid., pp. 134-135.

คำเสียหายจากรัฐ⁶

อย่างไรก็ดี ระบบทะเบียนแบบทอรัเร็นส์เชื่อว่าจะยึดหลักการเพิกถอนไม่ได้ (Indefeasible title) ของทะเบียนจนเด็ดขาดเสียทีเดียว ทั้งนี้เนื่องจากระบบดังกล่าวยังมีข้อยกเว้นไว้ โดยบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย ซึ่งในแต่ละประเทศจะมีข้อยกเว้นไม่เหมือนกัน จะมีแตกต่างกันบ้างตามลักษณะพื้นฐานแนวคิดของระบบที่ดินแบบดั้งเดิมของตน และตามความเคร่งครัดในการใช้หลักการเพิกถอนไม่ได้ แต่ส่วนใหญ่แล้วจะมีลักษณะคล้ายกัน ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

- 1) ผู้รับโอนได้สิทธิมาโดยตนเองหรือตัวแทนของตนเป็นผู้กระทำฉ้อฉล (Fraud) หรือทำการปลอมเอกสาร
- 2) การได้หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือสัญญามาโดยการปลอมแปลง หรือจากผู้รับมอบอำนาจที่มีอำนาจบกพร่อง หรือจากบุคคลไร้ความสามารถ (ใช้เฉพาะบางรัฐในออสเตรเลีย)
- 3) การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินทับฉบับอื่น
- 4) ที่ดินที่หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินระบุตัวแปลงที่ดิน หรือแนวเขตที่ดินผิดพลาด
- 5) การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่ไม่ถูกต้องอ้างถือว่ามีสิทธิดีกว่าเจ้าของที่แท้จริงที่ยังครอบครองที่ดินอยู่
- 6) เหตุผลอื่น ๆ ซึ่งจะเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะไม่แก้ไขทะเบียนเพื่อเปลี่ยนชื่อผู้มีสิทธิในที่ดิน
- 7) อำนาจทั่วไปของนายทะเบียนที่ดินในการเพิกถอนหรือแก้ไขรายการจดทะเบียนที่ผิดพลาด

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นหลักเพิกถอนไม่ได้ที่กล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ผลของการใช้ข้อยกเว้นหลักเพิกถอนไม่ได้ จะทำให้บทสรุปบางประการทางกฎหมายตรงกับการใช้หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน โดยมีการเพิกถอนนิติกรรมของผู้รับ

⁶Simpson, S. Rowton, Land Law and Registration, (Cambridge: Cambridge University Press, 1976,) p. 182.

โฉนดและให้สิทธิในที่ดินยังเป็นของเจ้าของที่ดินตามเดิม แต่ความเหมือนดังกล่าวก็เป็นไปตามหลักความยุติธรรมที่กฎหมายทั่ว ๆ ไปพึงมีเท่านั้น ทั้งนี้เพราะจุดประสงค์ในการคุ้มครองฐานะของบุคคลของหลักทั้งสองต่างกันกล่าวคือการใช้หลักเพิกถอนไม่ได้ มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน โดยการสร้างหลักประกันให้ความมั่นคงแก่ทะเบียนเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดินโดยเด็ดขาด (conclusive evidence) และจะมีข้อยกเว้นบ้างก็ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่การใช้หลัก "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองเจ้าของที่ดินเดิม โดยมีบทบัญญัติกฎหมายรับรองถึงสิทธิของเจ้าของที่ดินในมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และได้บัญญัติข้อยกเว้นของ หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เพื่อคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนไว้ ดังนั้นปัญหาเรื่องการคุ้มครองนี้จึงเกิดขึ้นในลักษณะของการมองต่างมุม ซึ่งผู้เขียนต้องการนำเสนอในมุมมองเกี่ยวกับบทคุ้มครองผู้รับโอนของกฎหมายไทย ซึ่งเห็นว่ายังไม่เพียงพอ จึงได้เสนอแนวคิดโดยการนำหลักคุ้มครองของต่างประเทศมาเปรียบเทียบ

นอกจากนี้แนวความคิดข้อปลีกย่อยบางประการระหว่างหลักการเพิกถอนไม่ได้ กับหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนยังมีข้อแตกต่างกันด้วย ซึ่งสาเหตุก็มาจากจุดประสงค์ในการคุ้มครองที่แตกต่างกันนั่นเอง เช่น ความหมายของคำว่า กลฉ้อฉล (Fraud) ถ้าเป็นกลฉ้อฉลตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนแล้ว แม้ผู้โอนจะเป็นผู้กระทำความกลฉ้อฉลเพียงฝ่ายเดียวโดยผู้รับโอนไม่มีส่วนรู้เห็นด้วยและได้รับโอนมาด้วยความสุจริต กฎหมายก็ให้นิติกรรมการโอนนั้นเป็นระงับ สามารถเพิกถอนได้ ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ถ้าเป็นกลฉ้อฉล (Fraud) ตามความหมายของหลักเพิกถอนไม่ได้แล้ว การที่จะถือว่าเป็นกลฉ้อฉลก็ต่อเมื่อผู้ได้สิทธิโดยการจดทะเบียนที่เป็นกลฉ้อฉลนั้น หรือตัวแทนของบุคคลนั้น เป็นผู้กระทำความกลฉ้อฉลนั่นเอง กลฉ้อฉลใด ๆ ที่ผู้ได้สิทธิหรือตัวแทนของผู้ได้สิทธิในที่ดินไม่มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย กลฉ้อฉลนั้นจะไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้นั้นเลย⁷ (Fraud by persons from whom he claims does not affect him unless knowledge of it is brought home to him or to his agents)

⁷DOUGLAS J. WHALAN, TORRENS SYSTEM IN AUSTRALIA, (SYDNEY: The Law Book Co., Ltd., 1982), p. 310.

สำหรับบทบาทของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการแก้ไขการจดทะเบียนที่ผิดพลาดนั้น กฎหมายของไทยก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เหมือนกัน โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินว่า "เมื่อความปรากฏว่าได้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์หรือได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ใดโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ผู้ดำรงตำแหน่งต่อไปนี้ เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งเพิกถอน แก้ไขหรือออกใบแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน หรือเพิกถอน แก้ไข เอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม หรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์นั้นได้

- (1) อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย สำหรับกรุงเทพมหานคร
- (2) ผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับจังหวัดอื่น

ก่อนที่จะดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจสอบสวนและเรียกโฉนดที่ดิน หนังสือรับรองการทำประโยชน์ เอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม เอกสารที่ได้จดทะเบียนรายการทะเบียนอสังหาริมทรัพย์หรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาและแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบเพื่อให้โอกาสคัดค้าน ถ้าไม่คัดค้านภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ทราบ ให้ถือว่าไม่มีการคัดค้าน

เมื่อผู้มีส่วนได้ตามวรรคหนึ่งพิจารณาประการใดแล้ว ก็ให้ดำเนินการไปตามนั้น ถ้ามีการคลาดเคลื่อนเนื่องจากเขียนหรือพิมพ์ข้อความผิดพลาดโดยมีหลักฐานชัดเจน และผู้มีส่วนได้เสียยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจแก้ไขให้ถูกต้องได้

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้เพิกถอนหรือแก้ไขอย่างใดแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่ดินดำเนินการตามคำพิพากษา หรือคำสั่งนั้นตามวิธีการที่อธิบดีกำหนด"

บทบัญญัติของมาตรา 61 ที่ให้อำนาจอธิบดีหรือผู้ว่าราชการจังหวัด มีอำนาจสั่งเพิกถอนการออกโฉนดที่ดิน หนังสือรับรองการทำประโยชน์ การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม หรือการจดทะเบียนที่กระทำไปโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย นี้บัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ โดยไม่ได้กำหนดว่าลักษณะใดเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และแบบใดเป็นการชอบด้วยกฎหมาย

ซึ่งจะเป็นปัญหาต่อเจ้าพนักงานที่ดินเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นบุคคลแรกที่ต้องดำเนินเรื่อง แล้วส่งให้อธิบดีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สั่งการ นอกจากนี้เมื่อเรื่องได้ถึงมืออธิบดีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดแล้ว บุคคลดังกล่าวก็จะไม่มีหลักในการวินิจฉัยออกคำสั่งเช่นกัน เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน ว่าลักษณะใดชอบด้วยกฎหมายลักษณะใดไม่ชอบ ซึ่งทำให้มีปัญหามาในการออกคำสั่ง และถ้าได้มีคำสั่งเป็นประการใดแล้ว หากผู้มีส่วนได้เสียเห็นว่าคำสั่งนั้นไม่ถูกต้องหรือตนไม่ได้รับความเป็นธรรม ก็อาจฟ้องร้องต่อศาลได้ตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนั้นทางกรมที่ดินจึงได้มีมาตรการการป้องกันเจ้าหน้าที่ไว้ โดยจะต้องมีการแจ้งไปยังผู้มีส่วนได้เสียเป็นลายลักษณ์อักษรทุกขั้นตอน ซึ่งได้มีหนังสือเวียนไปถึงผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อทำความเข้าใจตามหนังสือกรมที่ดินที่ มท. 0708/ว.707 ลงวันที่ 26 มิถุนายน 2530

แม้ว่าอธิบดีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดจะมีอำนาจสั่งเพิกถอน แก้วไข หรือออกใบแทน แต่บทบัญญัติของมาตรานี้ก็ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่ากรณีใดสมควรมีคำสั่งให้เพิกถอน กรณีใดควรสั่งเพียงแต่แก้วไข ซึ่งก่อให้เกิดความลังเลไม่แน่ใจในการดำเนินการด้วย อีกทั้งมาตรานี้เป็นเพียงการมอบอำนาจให้แก่อธิบดีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดเท่านั้น ไม่ใช่เป็นการกำหนดหน้าที่ ดังนั้นอธิบดีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดจะมีคำสั่งหรือไม่ก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 210/2507 ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 ให้อำนาจอธิบดีกรมที่ดินในการเรียกโฉนดหรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมาแก้ไขให้ถูกต้อง หรือเพิกถอนเสียได้ แต่อธิบดีกรมที่ดินจะใช้อำนาจตามมาตรานี้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจ แม้อธิบดีจะไม่ใช้อำนาจนี้ก็ไม่เป็นการละเมิดต่อผู้ครอบครองที่ดินที่อ้างว่าโฉนดที่ดินออกทับที่ดินของตนโดยไม่ถูกต้อง

อนึ่ง อำนาจที่จะสั่งแก้ไขหรือเพิกถอนนี้ อธิบดีกรมที่ดินหรือผู้ว่าฯ มีอำนาจสั่งเพิกถอนโฉนดที่ดินที่ไม่ถูกต้องได้ ไม่ว่าเป็นโฉนดที่ดินที่ออกมาก่อนหรือว่าภายหลังวันใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 205/2508

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1411-1412/2520 จำเลยครอบครองที่ดินอยู่ตลอดมา ต.ออกโฉนดทับที่จำเลย ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต.โอนขายแก่ผู้อื่นแล้ว โฉนดต่อ ๆ กันมาถึง โจทก์ จำเลยขอเพิกถอนส่วนที่ออกโฉนดทับที่จำเลยได้ ไม่ใช่เรื่องที่จำเลยครอบครองปรับักษ์ ไม่เข้ามาตรา 1299 วรรค 2 และไม่ต้องห้ามฟ้องเรียกคืนการครอบครองตามมาตรา 1375 วรรค 2 แต่โจทก์ไม่ได้ฟ้องเจ้าพนักงานที่ดิน จึงบังคับให้เจ้าพนักงานที่ดินออกโฉนดให้แก่จำเลยไม่ได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 1375 นี้มีส่วนช่วยคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนแต่ประการใด แต่เป็นอำนาจที่เปิดไว้ในลักษณะให้ชัดลึกลงใจได้ ในขณะที่อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เร็นส์ของต่างประเทศ จะมีภาระหน้าที่ตามกฎหมายแตกต่างจากของไทย ทั้งนี้เนื่องจากมีการใช้ระบบทนายความ (Solicitor) มาช่วยงานในระบบทะเบียน และมีกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance fund) ดังนั้น หน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่จะแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ หน้าที่ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ และหน้าที่ในการพิจารณาชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ต้องสูญเสียสิทธิในที่ดิน ทั้งนี้ หน้าที่ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นี้ ยังรวมถึงอำนาจของนายทะเบียนในการแก้ไขรายการจดทะเบียนอีกด้วย ซึ่งตาม พ.ร.บ. The Land Transfer Act 1952 ของประเทศนิวซีแลนด์ ได้กำหนดให้นายทะเบียนมีอำนาจในการแก้ไขรายการจดทะเบียน 3 ลักษณะด้วยกัน โดยบัญญัติไว้ใน 3 มาตรา คือ มาตรา 80, 81 และ 85 โดยมาตรา 80 ให้นายทะเบียนมีอำนาจแก้ไขเกี่ยวกับความผิดพลาดที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานในสำนักงาน ซึ่งเป็นเรื่องการเขียนการพิมพ์ผิดพลาด ส่วนมาตรา 81 ให้อำนาจแก่นายทะเบียนในการเรียกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือเอกสารอื่น ๆ จากผู้ยึดถือไว้เพื่อทำการเพิกถอนหรือแก้ไขงานกรณีดังต่อไปนี้

(a) นายทะเบียนเห็นชัดว่าหนังสือที่รัฐมอบที่ดินให้แก่เอกชนถือกรรมสิทธิ์ หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้ออกไปโดยผิดพลาด หรือมีความผิดพลาดในการระบุที่ดินหรือเขตที่ดินผิดพลาด และผู้ที่เกี่ยวข้องได้ให้คำยินยอมแล้ว หรือ

(b) ศาลได้ชี้ชัดว่าหนังสือที่รัฐมอบที่ดินให้แก่เอกชน หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือเอกสารสัญญาอื่น ๆ ได้มีการจดทะเบียนหรือลงรายการหรือคงรายการใด ๆ ไว้วัน

เนื่องมาจากกลฉ้อฉล หรือได้มาโดยมิชอบประการอื่น สำหรับมาตรา 85 เป็นการเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินกรณีที่มีการฟ้องร้องแล้วศาลตัดสินให้ผู้ฟ้องได้สิทธิกลับคืน และถ้าไม่มีข้อห้ามในเรื่องวิธีการพิจารณาคดี ศาลมีอำนาจสั่งให้นายทะเบียนที่ดินเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน รายการจดทะเบียน หรือเอกสารสัญญาต่าง ๆ เกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้น หรือให้มีการออกใบแทนเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาแล้วแต่กรณี

อำนาจในการแก้ไขข้อผิดพลาดตามมาตรานี้เป็นไปตามคำพิพากษาซึ่งจะสั่งงานกรณีที่เข้าข้อยกเว้นหลักการเพิกถอนสิทธิที่ดินไม่ได้ (indefeasibility) เท่านั้น⁸

แม้ว่าอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการสั่งแก้ไขเพิกถอนรายการจดทะเบียนข้างต้น จะมีผลทำให้ผู้รับโอนเสียสิทธิ ซึ่งเหมือนกับอำนาจของเจ้าพนักงานที่ดินของไทยเราตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน แต่กฎหมายของเขานั้นบัญญัติไว้ชัดเจนว่า กรณีใดบ้างให้เพิกถอน กรณีใดบ้างต้องแก้ไข หรือต้องรอคำสั่งศาลก่อน ซึ่งกฎหมายพวกนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักเพิกถอนไม่ได้ และมีกฎหมายบัญญัติไว้อยู่แล้ว จึงทำให้เจ้าหน้าที่สามารถนำมาใช้ได้อย่างถูกต้องและมีหลักเกณฑ์ ซึ่งจะมีบรรทัดฐานเหมือนกันโดยไม่ต้องออกกฎระเบียบข้อบังคับใด ๆ อีกในขณะที่ของไทยจะไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน และจะมีประกาศของกรมที่ดินมาบังคับใช้อยู่เสมอ ๆ

1.1 ข้อดีและข้อเสียของการใช้ระบบทะเบียนที่ดินของไทยเปรียบเทียบกับระบบทะเบียนแบบทอร์เร็นส์

เป็นที่ทราบกันดีว่า การนำที่ดินเข้าสู่ระบบทะเบียนของไทย ได้แก่ การออกหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์หรือการออกโฉนดที่ดินและโฉนดนี้จะประกอบด้วยชื่อเจ้าของที่ดิน การบอกตำแหน่งที่ดินที่ชัดเจนและการจดทะเบียนให้ปรากฏ ทั้งนี้ตัวทะเบียนหรือโฉนดนี้จะเป็นตัวกำหนดสิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเป็นเจ้าของสิทธิในที่ดินนทะเบียน (The registered proprietor) ซึ่งลักษณะและหลักการดังกล่าวของระบบทะเบียนที่ดินของไทยจะเหมือนกับระบบ

⁸Report of the Property Law and Equity reform Committee on The Decision in Frazer V. Walker, (New Zealand: Wellington) June 1977, pp. 18-20.

ทะเบียนแบบทอร์ เรนส์ แต่อย่างไรก็ดีผลทางกฎหมายในความเด็ดขาดของระบบทะเบียนและมาตรการในการคุ้มครองผู้มีสิทธิในที่ดินของระบบทะเบียนทั้งสองมีความแตกต่างกัน ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในตอนต้นของวิทยานิพนธ์นี้

และในความแตกต่างกันนั้นเอง ได้เกิดประเด็นทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้มีสิทธิในที่ดินระหว่างเจ้าของที่ดินเดิมก่อนที่จะมีการจดทะเบียนโอนกับผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน ซึ่งในแง่ความคิดส่วนตัวของผู้เขียนแล้ว ต้องการนำเสนอความคิดที่ว่า การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินของไทยในปัจจุบันในส่วนที่คุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริต และเสียค่าตอบแทนยังไม่สมบูรณ์และยังมีหลักประกันไม่มั่นคงเพียงพอ ซึ่งเป็นสมมติฐานของผู้เขียนในการเขียนวิทยานิพนธ์นี้ ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอข้อดี และข้อเสียของการใช้ระบบทะเบียนที่ดินของไทย เปรียบเทียบกับระบบทะเบียนแบบทอร์ เรนส์ โดยยึดหลักการคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนเป็นสำคัญ ดังนี้

ข้อดีและข้อเสียของระบบทะเบียนที่ดินของไทย

แนวทางกฎหมายของไทยที่ำใช้วินิจฉัยในกรณีที่เกิดการได้เสียเรื่องกรรมสิทธิ์ระหว่างเจ้าของที่ดินเดิมกับผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน กฎหมายไทยจะยึดหลัก "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" (NEMO DAT QUI NON HABET) เช่น ก. ลักจลนดที่ดินของ ข. และปลอมลายมือชื่อของ ข. ยกที่ดินแปลงดังกล่าวให้แก่ตน และต่อมา ก. ได้จดทะเบียนโอนที่ดินให้แก่ ค. โดย ค. เป็นผู้ซื้อที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน ดังนี้ ก. เป็นผู้รับโอนซึ่งไม่มีสิทธิโอนตามกฎหมายได้ จึงทำให้ ค. ไม่ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ทั้งนี้หลักดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองเจ้าของที่ดินเดิมและได้บัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าของที่ดินไว้ตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือว่าเป็นข้อดี แต่สำหรับบทบัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนของไทยมีน้อยมาก โดยมีการบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้เพียง 5-6 มาตราเท่านั้น ซึ่งประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนถือว่าเป็นข้อเสียของระบบทะเบียนที่ดินของไทยที่ทำให้ระบบทะเบียนไม่มีความมั่นคงเพียงพอ รวมทั้งขาดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้ที่ต้องสูญเสียสิทธิในที่ดิน ทั้งนี้หลักการที่ถือว่าถ้าการจดทะเบียนช่วงก่อน ๆ ผิดพลาดคลาดเคลื่อน

ก็ให้การจดทะเบียนรายหลัง ๆ ใช้บังคับไม่ได้ตามไปด้วย ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก เช่น นาย ก เป็นเจ้าของที่ดิน นาย ข ปลอมหนังสือมอบอำนาจของนาย ก โอนขายที่ดินให้แก่ นาย ค นาย ค ปลุกตักลงในที่ดินและต่อมาโอนขายให้นาย ง ต่อมา นาย ง นำที่ดินไปจัดสรรและโอนขายให้แก่ผู้อื่นอีกเป็นจำนวนมาก ซึ่งผู้ซื้อบางคนก็ทำการซื้อขายหรือจำนองที่ดินที่ตนซื้อต่อ ๆ กัน หรือบางคนก็ตายไปและมีการรับมรดกกันไปเรื่อยเรื่อยแล้วถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าการโอนช่วงหลัง ๆ นี้ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกคนสุจริตและเสียค่าตอบแทน หลักจากการโอนขายที่มีการปลอมหนังสือมอบอำนาจแล้ว เป็นเวลาถึง 9 ปี ความจริงจึงเพิ่งปรากฏขึ้นว่าการโอนขายช่วงจากนาย ก ไปยังนาย ค นั้นเป็นโรมะ กรณีอย่างนี้ศาลหรือเจ้าพนักงานที่ดินที่มีอำนาจตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินที่จะเพิกถอนการโอนตั้งแต่ช่วงที่มีการปลอมหนังสือมอบอำนาจ และทำให้การจดทะเบียนหลังจากนั้นพลอยเสียไปด้วย ตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน หลักการเช่นนี้มีโอกาสที่กระทำบุคคลที่เกี่ยวข้องเดือดร้อนเป็นจำนวนมาก

ข้อดีและข้อเสียของระบบทะเบียนแบบทอร์เร็นส์

ระบบทะเบียนแบบทอร์เร็นส์เป็นระบบที่ยึดถือทะเบียนหรือโฉนด (Title) เป็นหลักสำคัญเช่นเดียวกับระบบทะเบียนที่ดินของไทย แต่ทะเบียนของระบบทอร์เร็นส์จะมีความมั่นคงในการคุ้มครองสิทธิของผู้รับโอนมากกว่า ทั้งนี้เนื่องจากเป็นระบบที่นำหลักการเพิกถอนไม่ได้ (Indefeasible title) ทางทะเบียนมาใช้เพื่อคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน โดยการให้ทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดินโดยเด็ดขาด (conclusive evidence) ผู้ใดจะกล่าวอ้างลบล้างสิทธิที่จดทะเบียนไว้ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ถึงแม้ว่าบุคคลที่โอนที่ดินนั้นให้แก่ผู้รับโอนจะไม่มีสิทธิหรือกระทำการโดยไม่สุจริต และแม้กระทั่งจะเกิดจากข้อบกพร่องของกระบวนการจดทะเบียนก็ตาม เช่น นาย ก เป็นเจ้าของที่ดิน นาย ข ได้ขมยหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินของนาย ก แล้วปลอมลายมือชื่อ นาย ก โอนขายที่ดินให้นาย ค โดยนาย ค เป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน กรณีเช่นนี้แม้สัญญาขายที่ดินจากนาย ก ไปยังนาย ค จะเป็นโรมะก็ตามแต่โดยที่นาย ค เป็นผู้จดทะเบียนซื้อขายโดยสุจริต และเสียค่าตอบแทนนาย ค จึงได้สิทธิที่ไม่อาจลบล้างได้ ซึ่งการโอนในช่วงหลัง ๆ จะเพิกถอนไม่ได้ เพราะเป็นการโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน อย่างไรก็ตามข้อเสียของหลักการนี้คือการผลักภาระความเสียหาย

ให้แก่เจ้าของที่ดินเดิมเพียงผู้เดียวคือ นาย ก แต่ นาย ก ก็จะได้รับชดเชยค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance fund) ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น ขอให้ชดเชยภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือนาย ก ไม่ได้มีส่วนทำให้เกิดการปลอมแปลงหนังสือมอบอำนาจเป็นต้น หลักการนี้แม้ นาย ก อาจจะได้รับความสะดวกหรือยุ่งยาก แต่ก็ยังเป็นหลักการที่ทำให้ลดจำนวนคนที่เดือดร้อนจากการเพิกถอนรายการจดทะเบียนสิทธิหรือนิติกรรมทั้งหมด

เมื่อพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียของระบบทะเบียนที่ดินของไทยกับระบบทะเบียนแบบทอร์เร็นส์ตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าแม้หลักการของระบบทะเบียนแบบทอร์เร็นส์จะมุ่งคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนมากกว่ามุ่งคุ้มครองเจ้าของที่ดินเดิมก็ตาม ถ้าพิจารณาในแง่ของเจ้าของเดิมคือ นาย ก แล้ว จะเห็นว่าไม่เป็นธรรม แต่ถ้าพิจารณาว่าในกรณีมีความผิดพลาดเกิดขึ้นเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ก็จะต้องมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสียสิทธิที่ดินตามที่จดทะเบียนไว้ ถ้าไม่เป็นฝ่ายเจ้าของเดิมที่เสียสิทธิ ก็ต้องเป็นฝ่ายผู้ซื้อที่เสียสิทธิ แต่ทั้งนี้ เราจำเป็นต้องคำนึงถึงโครงสร้างและจุดประสงค์ในการสร้างระบบทะเบียนที่ดินด้วยที่ต้องการให้ระบบทะเบียนมีความเด็ดขาด และมั่นคง รวมทั้งหลักการที่ทำให้มีคนเดือดร้อนน้อยที่สุด ดังนั้นระบบทอร์เร็นส์จึงมุ่งคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริต และเสียค่าตอบแทนแต่อย่างไรก็ดีระบบทอร์เร็นส์ก็มีมาตรการเยียวยาสำหรับการที่ทำให้เจ้าของที่ดินเดิมต้องสูญเสียสิทธิที่ดินโดยไม่ใช่ความผิดของเขา โดยได้กำหนดให้มีกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance fund) ไร่ชดเชยค่าเสียหายให้แก่เจ้าของเดิม หรือใครก็ตามที่ต้องสูญเสียสิทธิโดยไม่ใช่กรรมสิทธิ์ไม่ได้ตั้งกองทุนไว้ก็ให้ชดเชยจากงบประมาณของรัฐแล้วรัฐไปฟ้องร้องคนที่ เป็นต้นเหตุให้เกิดความเสียหายอีกต่อหนึ่ง

1.2 ลักษณะและประเภทของหลักการเพิกถอนไม่ได้ที่ควรนำมาใช้ในระบบทะเบียนของไทย

เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริต และเสียค่าตอบแทนในระบบทะเบียนที่ดินของเราให้มากขึ้น และทำให้ระบบทะเบียนของเรามีความมั่นคงขึ้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้นำหลักการคุ้มครองผู้รับโอนอย่างเด็ดขาดภายหลังการจดทะเบียน โดยการนำหลักการเพิกถอนไม่ได้ (Indefeasible title) ทางทะเบียนมาใช้ในประเทศไทย แต่หลักเพิก

ถอนไม่ได้ที่ควรนำมาขึ้นควรเป็นประเภท DEFERRED INDEFEASIBILITY คือเป็นการคุ้มครองสิทธิในที่ดินของผู้รับโอนเมื่อผู้รับโอนได้โอนสิทธิในที่ดินให้กับบุคคลอื่นที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนแล้ว ทั้งนี้เพราะหลักดังกล่าวยังสามารถใช้กลมกลืน และพัฒนาาร่วมไปกับหลัก "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" ตามกฎหมายเดิมของไทยได้ โดยให้หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนกับผู้รับโอนคนแรก แต่ถ้ามีการโอนต่อ ๆ กันมาก็ใช้หลักเพิกถอนไม่ได้ ในขณะที่ถ้าใช้หลักการเพิกถอนไม่ได้ประเภท IMMEDIATE INDEFEASIBILITY แล้วหลักดังกล่าวจะเป็นหลักที่ตรงข้ามกับหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนแบบร้อยเปอร์เซ็นต์เต็ม ซึ่งเมื่อนำไปใช้แล้วอาจมีปัญหาได้

อนึ่งหลักการเพิกถอนไม่ได้นี้ (Indefeasible Title) ให้ใช้กับที่ดินที่มีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์เท่านั้น เช่น โฉนด โฉนดแผนที่ เพราะเป็นที่ดินที่เข้าสู่ระบบทะเบียนที่ดินแล้ว ในขณะที่ดินประเภทอื่น เช่น ที่ดินมือเปล่า เป็นที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครอง และยังไม่ได้เข้าสู่ระบบทะเบียน ประกอบกับต่างประเทศที่เข้าสู่ระบบทะเบียนแบบทอร์เร็นส์ก็ไม่ได้มีการแยกเอกสารสิทธิในที่ดิน เหมือนกับของเรา ที่แบ่งเป็นที่ดิน น.ส. 3, น.ส 3 ก. หรือ ส.ค. 1 แต่ประเทศเหล่านั้นจะมีที่ดินประเภทเดียว คือ ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์เท่านั้น

การนำหลักการเพิกถอนไม่ได้ ประเภท DEFERRED INDEFEASIBILITY มาใช้ในประเทศไทยควรมีหลักการดังนี้

1) ให้เพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิหรือรายการจดทะเบียนได้ เฉพาะในกรณีที่ผู้รับโอนยังไม่ได้ทำการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมผูกพันที่ดินนั้น เหตุที่นำหลักเดิมสำหรับกรณีเช่นนี้ เนื่องจากว่าในกรณีมีความผิดพลาดเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม จะต้องมีการไต่สวนไต่สวนฝ่ายหนึ่งถ้าไม่เป็นฝ่ายเจ้าของเดิมก็ต้องเป็นผู้รับโอนที่จะต้องเสียสิทธิในที่ดินในกรณีที่ผู้รับโอนยังไม่ได้จดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดินนั้นต่อไป ผู้ที่เกี่ยวข้องก็จะมีแต่เจ้าของเดิมกับผู้รับโอนเท่านั้นการนำหลักเข้าสู่ฐานะเดิมก็จะไม่ยุ่งยากมากนัก และการนำเจ้าของเดิมได้สิทธิตามเดิมนั้นถูกต้องตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนแล้ว แต่ควรที่จะต้องให้ผู้รับโอนได้รับชดเชยค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance fund) ที่จะตั้งขึ้น

2) ไม่ให้เพิกถอนการโอนที่ผู้รับโอนจดทะเบียนสิทธิของตนโดยสุจริต และเสียค่าตอบแทน และผู้รับโอนได้จดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้นโดยผู้รับโอนคนหลังเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทนเช่นเดียวกัน เหตุผลที่ทำเช่นนี้ก็เนื่องจากว่าปกติผู้ซื้อไม่อาจทราบได้ว่าการทำสัญญาเดิม ๆ จะมีข้อบกพร่องอะไรซ่อนอยู่บ้าง ถ้าจะต้องให้ผู้รับโอนคนหลังซึ่งอาจมีจำนวนมากต้องพลอยเสียสิทธิในที่ดินเพราะการกระทำก่อน ๆ ซึ่งตนไม่อาจรู้ได้ เช่น กรณีการจัดสรรที่ดินถ้าการจดทะเบียนที่ดินเกี่ยวกับแปลงแม่เป็นโฉมจะ ก็จะทำให้การจดทะเบียนแบ่งแยกและการจดทะเบียนเกี่ยวกับแปลงแยกทุกแปลงพลอยใช้บังคับไม่ได้ไปด้วย จึงทำให้ไม่มีความแน่นอนในเรื่องสิทธิที่จดทะเบียนแล้ว การซื้อขายก็ต้องเสียเวลาตรวจสอบสัญญาเดิม ๆ ทั้งหมดทำให้เสียเวลาและก็ไม่แน่นอนว่าจะทำสัญญากันถูกต้อง และจะทำให้จำนวนผู้ที่ต้องเสียหายลดจำนวนลง ซึ่งจะมีผลเป็นการลดการฟ้องพนักงานเจ้าหน้าที่ลงด้วย แต่การใช้หลักการเช่นนี้ย่อมทำให้เจ้าของเดิมเสียสิทธิในที่ดินได้ก็ต้องชดเชยค่าเสียหายให้โดยเอาจากกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance fund)

3) ในกรณีที่ผู้รับโอนเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน แม้ผู้รับโอนจะยังไม่ได้จดทะเบียนสิทธิผูกพันที่ดินนั้นต่อไปอีก แต่ถ้าได้เข้าครอบครองปลูกสร้างอาคารถาวรลงบนที่ดินโดยเจ้าของเดิมไม่ได้เข้าครอบครองที่ดินนั้นด้วย ก็ให้ผู้รับโอนได้สิทธิในที่ดินนั้นต่อไป แต่ให้เจ้าของเดิมมีสิทธิได้รับชดเชยค่าที่ดินและค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance fund) เหตุผลที่นำหลักการนี้เนื่องจากว่าการที่จะให้ผู้รับโอนรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่ต่างไปจะเกิดความเสียหายมากกว่าการทำให้เจ้าของเดิมเสียสิทธิในที่ดิน เพราะเจ้าของเดิมไม่ได้ครอบครองใช้ประโยชน์ที่ดินแต่อย่างใด ถ้าจะต้องเสียค่าเสียหายก็จะเป็นจำนวนน้อยกว่าความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้รับโอน

4) ในกรณีที่ผู้รับโอนเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่ว่าจะมีการจดทะเบียนภายหลังโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนอีกหรือไม่ ให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะสั่งให้เพิกถอนสิทธิหรือนิติกรรมหรือไม่ก็ได้ตามควรแก่กรณี ทั้งนี้โดยยึดหลักว่าจะต้องให้มีผู้เดือดร้อนหรือเสียหายจากการเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนสิทธิหรือนิติกรรมนั้นน้อยที่สุด และต้องให้ผู้ต้องเสียหายจากการเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนสิทธิหรือนิติกรรมนั้น มีสิทธิได้รับชดเชยค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหาย ตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

5) ในกรณีที่มีการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโดยผิดพลาดและไม่มีการฟ้องให้เพิกถอนการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนั้นเกินกว่า 10 ปีแล้ว ไม่ว่าจะกรณีจะเข้าลักษณะตามที่กล่าวถึงในข้อ 1)-4) หรือไม่ ห้ามมิให้ศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่เพิกถอนรายการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมที่ผิดพลาดและให้ถือว่าผู้รับโอนได้สิทธิในที่ดินโดยผลของกฎหมาย หลักการนี้ทำให้หมดข้อสงสัยว่าจะทำอย่างไรกับการจดทะเบียนที่แม้จะเป็นโง่เง่าแต่เวลาล่วงเลยมานานกว่าสิบปีแล้ว และจะทำให้คนอื่นสามารถทำนิติกรรมกับผู้รับโอนได้ โดยไม่ต้องกลัวว่ารายการจดทะเบียนของผู้โอนจะถูกเพิกถอนอีกต่อไป เพราะพอจะทราบสถานะทางกฎหมายที่แน่นอนสำหรับกรณีการจดทะเบียนผิดพลาดแต่เวลาได้ล่วงเลยมาเกินกว่าสิบปีแล้ว และกรณีเช่นนี้ผู้เสียสิทธิไม่ควรได้รับการชดเชยค่าเสียหาย เพราะแม้แต่ในกรณีปกติทั่วไปก็ขาดอายุความฟ้องร้องแล้ว

2) การจัดตั้งกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) เพื่อคุ้มครองเจ้าพนักงานที่ดิน และผู้สูญเสียสิทธิในที่ดินที่ต้องเสียหายอันเนื่องมาจากการโอนกรรมสิทธิ์

ผู้เขียนได้เคยกล่าวถึงปัญหามาตรการในการคุ้มครองผู้รับโอนที่ถูกเพิกถอนกรรมสิทธิ์ของไทยเรายังมีไม่เพียงพอไว้ แล้วในบทที่ 4 จะสังเกตเห็นได้ว่าไม่ศาลจะมีคำพิพากษาเป็นประการใดในการทำให้กรรมสิทธิ์ดีกว่ากันระหว่างเจ้าของที่ดินเดิมกับผู้รับโอนที่รับโอนมาทางทะเบียนโดยสุจริต แต่สำหรับผู้ที่ต้องสูญเสียสิทธิในที่ดินแล้วจะไม่มีมาตรการใด ๆ ทางกฎหมายเลยที่มาเยียวยาบรเทาความเดือดร้อนให้กับบุคคลนั้น โดยกระบวนการยุติธรรมของรัฐจะจบลงที่คำตัดสินของศาล หลังจากนั้นก็จะปล่อยให้เป็นที่ดินของผู้ที่ต้องสูญเสียสิทธิในที่ดินที่จะต้องไปฟ้องร้องผู้ที่ทำให้ตนต้องเสียหายเอง ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1866/2494 โจทก์ฟ้องขอให้ศาลสั่งแสดงว่านิติกรรมขายฝากระหว่างผู้มีชื่อกับจำเลยเป็นอันใช้ไม่ได้ ศาลพิพากษาให้เพิกถอนการจดทะเบียนนิติกรรมอันใช้ไม่ได้นั้นเสีย ดังนี้ ไม่เกินคำขอในฟ้อง เพราะเป็นลักษณะของการอันเดียวกัน

หากมอบอำนาจปลอมขึ้น ว่าเจ้าของที่ดินมอบอำนาจให้ตนเอาที่ดินไปขายฝาก แม้ผู้รับซื้อฝากจะรับซื้อไว้โดยสุจริตและจดทะเบียนการขายฝากไว้แล้ว เจ้าของที่ดินย่อมมีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมขายฝากได้ เพราะเจ้าของที่ดินมิได้มอบอำนาจให้ขายนิติกรรมระหว่างเจ้าของที่ดินกับผู้ซื้อจึงไม่มีต่อกัน ขอบที่ผู้ซื้อจะไปไล่เบียดเอาแก่ผู้ขาย

ในขณะที่ระบบทะเบียนที่ดินของต่างประเทศจะมีมาตรการช่วยเหลือผู้ที่ต้องสูญเสียสิทธิในที่ดินไม่ว่าจะเป็นเจ้าของที่ดินเดิมหรือผู้รับโอน โดยบุคคลดังกล่าวนั้นจะได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากรัฐ (Indemnity) ในรูปกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund)⁹ แต่ทั้งนี้บุคคลที่จะได้รับการชดเชยนั้นจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ผู้เสียหาย หรือตัวแทนของผู้เสียหายจะต้องไม่เป็นผู้ละเลยเพิกเฉยไม่ดำเนินการใด ๆ จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย หรือมีส่วนสนับสนุนให้เกิดความผิดพลาด เช่น ผู้เสียหายรู้ว่าผู้อื่นขอลอกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน และการทำเช่นนั้นจะทำให้ตนต้องเสียสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน แต่ไม่ทำการอายัดที่ดินไม่ให้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน หรือปล่อยให้การอายัดสิ้นผลไป โดยไม่ดำเนินการใด ๆ¹⁰ ลักษณะนี้จะไม่ได้รับการชดเชย

ประเทศออสเตรเลีย

คดี Robinson V. Registrar-General (1981)

A ตกกลางขายที่ดินให้ B และตกลงให้ C ซึ่งเป็นเสมียนทนายความคนเดียวกันดำเนินการเพื่อประหยัดค่าใช้จ่าย A เดินทางไปที่สำนักงานของ C และได้เซ็นชื่อลงในเอกสารสัญญาโอนที่ยังไม่ได้กรอกข้อความ และส่งมอบหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินไว้กับ C ต่อมา C กรอกข้อความลงในสัญญาโอนที่ดินโดยลงชื่อตนเองเป็นผู้รับโอน และเซ็นชื่อไว้ในสัญญาโอนเพื่อจำนองที่ดินนั้นกับธนาคาร The National Bank ต่อมา C ไม่ชำระหนี้ธนาคารจึงนำสัญญาจำนองนั้นไปจดทะเบียน (คือเซ็นชื่อในหนังสือโอนกับจำนองไว้แต่ธนาคารไม่ได้นำไปจดทะเบียนตั้งแต่ต้นแต่เพิ่งนำไปจดทะเบียนหลังจาก C ไม่ชำระหนี้) ต่อมาความจริงปรากฏขึ้นว่ามีการ

⁹บางประเทศ เช่น อังกฤษ เรียก the Consolidated Fund

¹⁰DOUGLAS J. W. HALAN., op. cit., pp. 347-363.

ปลอมแปลงสัญญา และศาลได้สั่งให้ C โอนที่ดินไปยัง B แต่ก่อนที่จะทำการจดทะเบียนโอนที่ดินจาก C ไปยัง B ได้มีคำสั่งสืบเกี่ยวกับคดีการปลอมแปลง และการฟ้อง C ให้ล้มละลายเสียก่อน B จึงฟ้องขอรับค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหาย (assurance fund) เพื่อนำไปชำระหนี้จำนวนที่เป็นหนี้ธนาคารอยู่ ซึ่งศาลก็ตัดสินให้ตามที่ B ร้องขอ¹¹

คดี Parker V. The Registrar-General (1976)

B ทากลฉ้อฉลให้ A เชื้อนชื่อในสัญญาโอนที่ดินไปให้บริษัทหนึ่งซึ่งมีความสัมพันธ์กับ B และต่อมาได้มีการนำสัญญานั้นไปจดทะเบียนโอน ต่อมา A ฟ้องศาลให้เพิกถอนการโอน และให้ลงชื่อตนเองเป็นเจ้าของตามเดิม โดยอ้างว่าสัญญาเป็นโมฆะเพราะมีการทากลฉ้อฉล ซึ่งศาลได้ตัดสินให้โอนกลับไปยัง A แต่ในการโอนกลับนั้นที่ดินต้องติดจำนองจากการที่บริษัทได้นำที่ดินไปจำนองไว้ ต่อมา A ได้ไถ่ถอนจำนอง ศาลตัดสินในคดีที่ A ฟ้องกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance fund) ให้ชดเชยค่าเสียหายในการที่ต้องนำเงินไปไถ่ถอนจำนองว่า A มีสิทธิได้รับชดเชยค่าเสียหาย เนื่องจากบริษัทมีหนี้สินล้มละลาย (insolvent) และผู้รับจำนองก็ไม่ได้มีส่วนในการทากลฉ้อฉลใด ๆ¹²

ประเทศนิวซีแลนด์

คดี Russell V. The Registrar-General of Land

มีการทำสัญญาเช่าที่ดินในระบบทอร์เร็นส์ แต่เนื่องจากความผิดพลาดได้มีการระบุที่ดินที่ผู้ให้เช่าไม่ได้เป็นเจ้าของรวมเข้าไว้ในสัญญาเช่าด้วย และนายทะเบียนก็ได้จดทะเบียนลงในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินโดยรวมเอาที่ดินที่ไม่ใช่ของผู้ให้เช่าไว้ด้วย ต่อมาผู้เช่าได้โอนสิทธิการเช่าให้แก่บุคคลอื่น โดยผู้รับโอนสิทธิการเช่าไม่ได้ยื่นคำขอตรวจหลักฐานทะเบียนที่ดิน แต่เชื่อตามข้อความที่ได้ระบุในสัญญาเช่าว่าได้มีการจดทะเบียนแล้ว (certificate of

¹¹New South Wales Law Reform Commission, The Law Relating to the Assurance Fund, Melbourne and Sydney, 1989, p.2 (footnote)

¹²Ibid., p.3.

registration) ต่อมาเจ้าของที่ดินที่ถูกระบุไว้ในสัญญาโดยผิดพลาดได้ฟ้องขับไล่ผู้รับโอนสิทธิการเช่า และขณะคดี ผู้รับโอนสิทธิการเช่าจึงไม่ได้ใช้ที่ดินนั้น จึงได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากนายทะเบียน ศาลตัดสินว่าผู้รับโอนสิทธิการเช่าเสียสิทธิในการเช่าอันเนื่องมาจากความผิดพลาดของนายทะเบียน จึงมีสิทธิได้รับชดเชยค่าเสียหาย¹³

คดี In re Mrs. Jackson's claim (1890)

ผู้ซื้อที่ดินที่ตรวจสอบหลักฐานทะเบียนที่ดินก่อนซื้อ ไม่ควรแค่ตรวจดูแต่ตัวทะเบียนเท่านั้น แต่ควรสอบถามเจ้าหน้าที่ว่ามีเอกสารใด ๆ ที่มีการยื่นขอจดทะเบียนที่ยังค้างจดทะเบียนอยู่บ้างหรือไม่ เมื่อไม่ได้ตรวจสอบว่ายังมีสัญญาอื่น ๆ เกี่ยวกับที่ดินนั้นที่ยื่นมาและยังไม่ได้จดทะเบียนค้างอยู่ แต่ก็ยังยอมรับหนังสือโอนที่ดินแปลงนั้นและจ่ายราคาที่ดินไป ศาลตัดสินว่าผู้ซื้อไม่มีสิทธิได้รับชดเชยค่าเสียหายที่ต้องเสียเงินค่าที่ดินไป¹⁴

ประเทศอังกฤษ

เป็นข้อเท็จจริงที่มีพื้นฐานข้อเท็จจริงเดียวกับคดี Epps V/ Esso Petroleum Co., Ltd (1973)

T เป็นเจ้าของที่ดินได้ถึงแก่ความตาย (ที่ดินดังกล่าวเป็นที่ดินที่มออยู่ในพื้นที่ที่บังคับให้จดทะเบียน) และได้ทำพินัยกรรมยกให้ A บุตรชาย โดยได้แต่งตั้ง X เป็นผู้จัดการมรดก ด้วยซึ่ง X ก็รับรู้ และตกลงให้ที่ดินเป็นของ A ทั้งนี้ตามกฎหมายแล้ว สิทธิที่ดิน (Fee simple) แปลงดังกล่าวย่อมตกเป็นของ A ทันที ต่อมาได้เกิดความผิดพลาดขึ้น X ได้ยกที่ดินนั้นให้แก่ B ซึ่งทั้ง A และ B ก็ไม่ทราบถึงความผิดพลาดนั้น และบุคคลทั้งสองก็คิดว่าที่ดินดังกล่าวได้เป็นของ B แล้ว โดย B ได้เข้าไปครอบครองที่ดินแปลงดังกล่าวด้วย ในเวลาต่อมากฎหมายได้กำหนดให้บริเวณดังกล่าวเป็นพื้นที่ที่ต้องนำที่ดินมาจดทะเบียน และ B ได้ขายที่ดินให้ C โดยวิธีการแบบ Deeds เป็นเงิน 7,000 ปอนด์ ซึ่ง C ก็ได้เข้าที่ดินแปลงดังกล่าวไปจดทะเบียนและมี

¹³DOUGLAS J. WHALAN., op. cit., p. 355.

¹⁴Ibid., p. 363.

ชื่อเป็นเจ้าของในทะเบียนนั้น ผลของการจดทะเบียนทำให้ C เป็นเจ้าของที่ดิน แม้ว่าการจดทะเบียนดังกล่าวจะได้มาจากความผิดพลาดของ X ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีในแง่กฎหมายคอมมอนลอว์แล้ว A ก็ยังเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินนั้น (Fee Simple) ตามพันธัยกรรมของ T อยู่ ดังนั้น จึงมีปัญหาระหว่าง A กับ C ใครมีสิทธิในที่ดินแปลงนั้นมากกว่ากัน (โปรดดูผลการวิเคราะห์ข้างบนที่ 2)

สำหรับตัวอย่างข้างต้น ถ้าชื่อ C ถูกเพิกถอน C ก็มีสิทธิจะได้รับค่าชดเชยค่าเสียหายตามมูลค่าของที่ดินในทันที ซึ่งคิดถึงวันที่ถูกเพิกถอน ตามมาตรา 83(1) แต่ถ้าไม่มีการเพิกถอน ก็จะทำให้ A สูญเสียสิทธิในที่ดิน A มีสิทธิได้รับชดเชยค่าเสียหายจากกองทุน เป็นจำนวนมากที่สุดของมูลค่าที่ดินแปลงดังกล่าว คิด ณ วันที่มีการผิดพลาดอันเป็นสาเหตุที่ทำให้ A ต้องสูญเสียสิทธิในที่ดิน (คือวันที่ X ไต่ยกที่ดินให้ B) ตามมาตรา 83(6)(a) อย่างไรก็ตาม ค่าชดเชยค่าเสียหายนี้กฎหมายจะไม่จ่ายให้แก่กรณีของผู้เรียกร้องได้มีส่วนสนับสนุน หรือเป็นสาเหตุเกี่ยวกับการฉ้อโกง (Fraud), การบกพร่องหรือเพิกเฉยไม่ดำเนินการใด ๆ จนทำให้สูญเสียสิทธิในที่ดิน ตามมาตรา 83 (5) เช่น ถ้า C ถูกเพิกถอนสิทธิในที่ดินและขอเรียกร้องค่าเสียหายจากกองทุน แต่ B และ C ทราบว่าที่ดินนั้นเป็นของ A ตั้งแต่ต้นดังนั้น C จึงได้ให้คำตอบแทนแก่ B เพื่อไม่ให้ B แจ้งแก่ X กรณีนี้ C จะไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายในทางกลับกัน ถ้าเป็นกรณีที่ C ไม่ได้ถูกเพิกถอน และ A ไต่เรียกร้องค่าเสียหาย แต่ทั้งนี้ A ทราบมาก่อนแล้วว่า X ไต่ยกที่ดินให้ B และ C ไปได้จดทะเบียนที่ดินแปลงดังกล่าว โดย A ไม่ดำเนินการไปแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ กรณีนี้ถือว่า A ละเลยเพิกเฉยไม่ดำเนินการใด ๆ จนทำให้สูญเสียสิทธิในที่ดิน A ก็จะไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหาย¹⁵

คดีตัวอย่าง A เป็นเจ้าที่ดินที่ยังไม่ได้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน A มีหนี้ที่จะต้องชำระให้แก่เทศบาลเป็นค่าทาทอนน แต่เทศบาลไม่สามารถติดต่อกับ A ได้ เทศบาลจึงขายทอดตลาดที่ดินของ A โดยมี B เป็นผู้ซื้อได้ อีกหลายปีต่อมา B ต้องการจะขายประโยชน์ที่ดินที่ซื้อมาจึงไปดูที่ดิน แต่ปรากฏว่ามี C เข้ามาปลูกบ้านอยู่ในที่ดิน การที่ C เข้าไปปลูกบ้านอยู่ในที่ดินนั้นเนื่องจาก C ซื้อที่ดินจาก A และเมื่อซื้อแล้วก็ที่ดินนั้นไปออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน

¹⁵J.G. Riddall, Introduction to Land Law, (London: Butterworths, Third Edition, 1983), pp. 442-445.

ศาลตัดสินว่า C เป็นผู้สุจริต C ต้องได้สิทธิตามที่นายทะเบียนได้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน แต่ B มีสิทธิได้ค่าเสียหายจากรัฐ¹⁶

2.1 ความน่าจะเป็นในการจัดตั้งกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund)

กองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund หรือ Consolidated Fund) นอกจากจะจัดตั้งขึ้นมาเพื่อช่วยเหลือคุ้มครองผู้ที่ต้องสูญเสียสิทธิในที่ดินแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย อย่างเช่น มาตรา 134 ของกฎหมาย The Real Property Act ของประเทศนิวซีแลนด์ ได้บัญญัติคุ้มครองพนักงานเจ้าหน้าที่โดยบัญญัติว่า

"134 (1) ภายใต้อำนาจพระราชบัญญัติฉบับนี้ นายทะเบียนไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อบุคคลใด ๆ ที่ได้รับผลกระทบจากการที่นายทะเบียนได้ปฏิบัติตามหน้าที่ หรือได้ปฏิบัติตามขั้นตอนในการทำงาน ที่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำ หรือละเว้นการกระทำโดยสุจริตของนายทะเบียน

(2) การฟ้องร้องนายทะเบียนภายใต้อำนาจพระราชบัญญัติฉบับนี้ จะได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหายจนเป็นที่พอใจตามกฎหมาย¹⁷

¹⁶Simpson, op. cit., p. 182.

¹⁷134(1) The Registrar-General shall not individually nor shall any person acting under his authority be liable to any action or other proceedings for or in respect of any act or matter bona fide done or omitted to be done under this Act.

(2) A successful claim against the Registrar-General under this Act shall be satisfied in the manner provided by law for the satisfaction of claims against the assurance fund.

เนื่องจากพนักงานเจ้าหน้าที่ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของไทย ทำหน้าที่ทั้งการจดทะเบียน และทำหน้าที่สอบสวนสิทธิและความสามารถในการทำนิติกรรม การตรวจพิสูจน์ว่าคู่สัญญาเป็นความจริงหรือไม่ รวมถึงการตรวจสอบสภาพของที่ดินในบางครั้ง และจัดทำสัญญาให้แก่คู่สัญญาด้วย ซึ่งเป็นภาระหน้าที่ที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ปริมาณงานที่ต้องทำแต่ละวันก็มาก โอกาสที่จะปฏิบัติหน้าที่ผิดพลาดจึงมีมากตามไปด้วย และเนื่องจากลักษณะของคนที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของบุคคลสองฝ่ายที่มีผลประโยชน์ขัดกัน เช่น การขออายัด กับการขอให้เพิกถอนอายัด การสั่งให้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเมื่อมีการคัดค้าน การพิจารณาความเป็นทายาท การตีความพินัยกรรมเพื่อสั่งรอนมรดก การเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน หรือการเพิกถอนรายการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม การตัดสินใจดำเนินการเหล่านี้ ต้องมีการวินิจฉัยข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐาน และตีความข้อกฎหมาย จึงมีลักษณะคล้ายกับการมีคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล แต่ต่างกันตรงที่ถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ตัดสินใจดำเนินการไปอย่างใด ฝ่ายที่เสียประโยชน์ก็อาจฟ้องเจ้าหน้าที่ โดยกล่าวว่าเป็นปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ แต่ทั้ง ๆ ที่มีความรับผิดชอบสูงและเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องมาก แทนที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่โดยพิจารณาจากการกระทำการโดยสุจริตหรือไม่สุจริตเป็นสำคัญ แต่กลับหันมากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด ซึ่งกำหนดให้บุคคลรับผิดชอบโดยพิจารณาจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นหลัก ซึ่งกว้างกว่าการกำหนดให้รับผิดชอบโดยพิจารณาจากความสุจริตหรือไม่สุจริต ดังนั้นการเพิ่มมาตรการคุ้มครองทางกฎหมายให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่โดยการให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยจากกองทุนประกันความเสียหายจึงเป็นสิ่งสำคัญ

นอกจากนี้ในอดีต สมัยที่แรกนาระบบทะเบียนมาช้าใหม่ ๆ เราเคยมีกฎหมายที่ออกมาคุ้มครองพนักงานเจ้าหน้าที่โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2459 ซึ่งมีใจความว่า "ในเรื่องออกโฉนดที่ดินก็ดี ในเรื่องแก้ทะเบียนก็ดี ถ้าเจ้าพนักงานได้ทำการโดยสุจริตแล้ว ห้ามไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดฟ้องร้องเจ้าพนักงานผู้นั้นได้ เว้นไว้แต่จะได้รับอนุญาตจากเสนาบดี กระทรวงเกษตรธิการ และในครั้งนั้น พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงมีหนังสือกราบบังคมทูลหลักการและเหตุผลในการเสนอร่างพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2459 ว่า "ตามวิธีจดทะเบียนที่ดินของ "ทอร์เรนส์" นั้น เก็บค่าธรรมเนียมสูงมากและสะสมไว้เรียกว่าเงิน "อินชัวร์นซ์"

ถ้าเจ้าพนักงานทำการปลั่งเปลอ เช่นอย่างใน เรื่องกฎหมายในข้อนั้นข้อนี้ไม่ปรากฏชัด และภายหลังปรากฏว่าการที่ทาไปนั้นเป็นความผิด รัฐบาลก็ชักเงินอันชั่วร้ายนั้นไปท้าวผู้คนที่ได้เสียหายเอาโทษแก่เจ้าพนักงานไม่ได้ ถ้าจะเอาโทษแล้วก็จะไม่มีใครรับเป็นเจ้าหน้าที่ เช่นเดียวกับผู้พิพากษาล้างตัดสินความ แล้วศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาล้างเสีย ผู้พิพากษาล้างไม่ต้องถูกฟ้อง ในเมืองไทยไม่มีเงินสะสมสำหรับท้าวผู้เสียหาย ข้าพระพุทธเจ้าได้พบเรื่องน่าซังสองสามเรื่องเท่านั้นเอง น้อยมาก อย่างไรก็ตามเวลานี้ยังไม่จำเป็นต้องคิดเรื่องท้าวผู้เสียหายนี้ด้วยเหตุว่า วิธีการจดทะเบียนของเรานี้เป็นวิธีคิดขึ้นเองในเมืองไทยกว่าครึ่ง ซึ่งฝรั่งผู้ชำนาญในเมืองนอกยังเห็นว่ามิมีมูลสำหรับตั้งได้ ถ้าเราใช้คนที่ชำนาญเป็นเจ้าหน้าที่อยู่แล้ว จะไม่มีความลำบาก แต่ถ้าเมื่อใดเลือกคนสับสนเป็นเจ้าหน้าที่ไม่มีวุฒิทางนี้ขึ้นแล้ว นั้นแหละจะเกิดเรื่องร้องขอค่าเสียหายจากรัฐบาลเป็นการลำบากขึ้น" 18

อย่างไรก็ดีต่อมาข้อความใน มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 2 (2459) ก็ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2479 ซึ่งได้ประกาศใช้ในวันที่ 8 พฤศจิกายน 2479 ทั้งนี้เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความเสมอภาค เพราะเป็นมาตราที่ให้เอกสิทธิแก่บุคคลบางกลุ่ม คือ พนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น และหลังจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไป ประเทศไทยก็ไม่มียุติหมายที่บัญญัติออกมาคุ้มครองพนักงานเจ้าหน้าที่อีกเลย

จนกระทั่งในเวลาไม่กี่ปีมานี้ กระแสการเรียกร้องให้รัฐออกมาตรการในการคุ้มครองพนักงานเจ้าหน้าที่มีมากขึ้น เนื่องจากพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ถูกฟ้องร้องจากผู้เสียหายเป็นจำนวนมาก ทั้ง ๆ ที่พนักงานเจ้าหน้าที่เหล่านั้น ได้กระทำการตามหน้าที่และขั้นตอนการทำงานด้วยความสุจริต ทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีความวิตกกังวล ไม่มีสมาธิในการทำงาน และในบางครั้งทำให้การทำงานไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากไม่มีความยืดหยุ่นในการทำงาน และเคร่งครัดมากเกินไป ดังนั้นในปี พ.ศ. 2533 กรมที่ดินโดยการสนับสนุนจากรณา

18กรมที่ดิน, อนุสรณ์วันครบรอบ 50 ปี 17 กุมภาพันธ์ 2495, (พระนคร: โรงพิมพ์บริษัทคณะช่างจำกัด, 2495), หน้า 56-57.

การโลกได้ทำการศึกษา และปรับปรุงระบบงานที่ดินเพื่อให้มีระบบการคุ้มครองประชาชนดีขึ้นและให้ระบบการทำงานมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น ซึ่งผลการศึกษาของ Mr. J.E. DELVES ผู้เชี่ยวชาญชาวออสเตรเลียได้ความว่า¹⁹

- 1) ประเทศไทยควรมีกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) โดยให้กรมที่ดินสามารถจัดลพินิจได้อย่างยืดหยุ่นเพื่อที่จะชดเชยค่าเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพในทุก ๆ กรณี ที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน
- 2) กรณีการเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้เป็นต้นเหตุ หรือมีส่วนสนับสนุน (รวมถึงตัวแทน) อันทำให้สูญเสียสิทธิในที่ดินจะได้รับการปฏิเสธการชดเชยค่าเสียหายจากกรมที่ดิน
- 3) วิธีการแก้ปัญหาวิธีใดก็ตามที่ทำให้กรมที่ดินยังเกิดดุลพินิจพอเพียงที่จะจ่ายค่าชดเชยให้กับเจ้าของเดิมหรือจะจ่ายให้กับผู้ซื้อสุดแล้วแต่ความเหมาะสมตามข้อเท็จจริงต่าง ๆ เป็นกรณี ๆ ไปนั้นเป็นทางเลือกที่เหมาะสม

และในรายงานฉบับเดียวกัน Mr. J.E. DELVES ได้สรุปหลักการคร่าว ๆ สำหรับการออกกฎหมายเพื่อกำหนดแผนการรับประกันการชดเชยค่าเสียหาย (INDEMNITY INSURANCE SCHEME) ดังนี้²⁰ (โปรดดูรายละเอียดได้ที่ภาคผนวก ค.)

19 J.E. DELVES, LAND ADMINISTRATION (LEGAL) REPORT, THAILAND LAND TITLING PROJECT, DEPARTMENT OF LANDS, MINISTRY OF INTERIOR (THAILAND), SEPTEMBER 1990, P.23.

²⁰Ibid., pp. 28-29.

1. แก้ไข ประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อกำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่บุคคลในบังคับบัญชาของอธิบดีกรมที่ดินที่กระทำการด้วยความสุจริต ต้นแบบในเรื่องนี้ได้จากมาตรา 117 ของ พ.ร.บ. การรอนที่ดิน (ของรัฐวิทอเรีย ออสเตรเลีย) ค.ศ. 1958 ที่บัญญัติว่า "ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ นายทะเบียนไม่ต้องรับผิดชอบบุคคลใด ๆ ที่เขาได้กระทำตามหน้าที่ตามความเหมาะสมหรือตามขั้นตอนการดำเนินงาน อันเกิดจากนายทะเบียนได้กระทำหรือละเว้นการกระทำโดยสุจริต ตามอำนาจหรือหน้าที่ที่มีอยู่"

2. แก้ไข ประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อกำหนดให้มีการเรียกเก็บเงินเข้ากองทุนเมื่อมีการยื่นขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม อัตราในการเรียกเก็บเงินดังกล่าวนี้จะต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐมนตรีที่รับผิดชอบ และประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นครั้งคราวไปเงินที่เก็บได้ทั้งหมดให้นำไปรวมเข้าไว้เป็นกองทุนซึ่งมีอธิบดีกรมที่ดินเป็นผู้บริหาร

3. แก้ไข ประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อกำหนดรายละเอียดในการบริหารกองทุนเพื่อชดเชยค่าเสียหายให้กับประชาชนในกรณีที่เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากระเบียบขั้นตอนปฏิบัติของกรมที่ดินในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม

4. การแก้ไขและออกกฎหมายที่กล่าวมานี้ควรมุ่งประเด็นไปที่เรื่องต่อไปนี้

(1) ให้อธิบดีฯ มีอำนาจที่จะมอบอำนาจการบริหารกองทุนดังกล่าวให้กับ "ตัวแทน" ที่อธิบดีแต่งตั้งหรือมอบหมายให้รับผิดชอบ

(2) อนุญาตให้มีการนำเงินกองทุนดังกล่าวไปลงทุนหาผลประโยชน์โดยให้มีการตรวจสอบบัญชีเป็นประจำทุกปี

(3) ภาระการพิสูจน์ความเสียหาย และวิธีการที่จะยื่นคำร้องขอการชดเชยค่าเสียหาย

(4) ประเภทของบุคคลที่มีสิทธิยื่นคำร้องขอค่าเสียหาย และ รายละเอียดของผู้ที่ไม่มีสิทธิ (เช่น บุคคลที่ได้มีส่วนทำให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อ หรือ การไร้ตราของนิติบุคคลโดยมิชอบ เป็นต้น)

(5) วิธีการที่จะใช้กำหนดค่าของความเสียหายสำหรับบางกรณี (เช่น ในกรณีการเพิกถอนสิทธิในที่ดิน ค่าชดเชยที่จะจ่ายให้แน่นอนจะจำกัดให้อยู่ภายในมูลค่าของที่ดินในวันที่ยื่นคำร้อง)

(6) การจำกัดวงเงินชดเชยสำหรับสิทธิเรียกร้องหนึ่ง ๆ

(7) วิธีการอนุมัติการจ่ายค่าเสียหาย และขอบเขตของอำนาจในการปฏิเสธการจ่ายค่าเสียหายของอธิบดี ฯ

(8) การอุทธรณ์ คำสั่งของอธิบดีที่ปฏิเสธการจ่ายค่าเสียหาย

(9) อำนาจของศาลในการสั่งให้จ่ายค่าชดเชยจากกองทุนในกรณีที่คดีและการอุทธรณ์การปฏิเสธการจ่ายค่าเสียหายของอธิบดีฯ อยู่ในหลักเกณฑ์ที่สมควรจะเข้ารับ

(10) อำนาจของอธิบดีฯ ในการร้องสอดในคดีใด ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับกองทุนชดเชยค่าเสียหาย และอำนาจของอธิบดีฯ ในการเข้าร่วมกับคู่ความใด ๆ ซึ่งถูกกล่าวหาว่าทำให้เกิดหรือมีส่วนทำให้เกิดการสูญเสียซึ่งจะต้องมีการชดเชยค่าเสียหาย

(11) อำนาจของอธิบดีฯ ในการมอบเรื่องหรือปัญหาให้ศาลเป็นผู้พิจารณา

5. แก้ไข ประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อให้อำนาจแก่อธิบดีฯ ที่จะปฏิเสธการจดทะเบียนนิติกรรมใด ๆ นอกเสียจากกรณีที่เกี่ยวข้องทั้งสองฝ่ายให้การรับประกันว่าจะชดเชยค่าเสียหายให้กรมที่ดิน หากเกิดการเสียหายขึ้นเนื่องจากการกระทำอันฉ้อฉล หรือ ความผิดพลาดในการตรวจสอบตัวบุคคล

ใครขอเสนอแนะว่า แบบฟอร์มในเรื่องการให้คำรับประกันความเสียหายนั้นควรขึ้นอยู่กับดุลพินิจของอธิบดีฯ ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขตัดแปลงแบบพิมพ์ต่าง ๆ ที่กรมฯ ใช้เป็นมาตรฐานในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมได้เป็นครั้งคราวเพื่อให้มีข้อความดังกล่าวบรรจุอยู่อย่างเหมาะสม

ผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อเสนอแนวดังกล่าวข้างต้นของ Mr. J.E. DELVES ที่ต้องการให้ประเทศไทยมีการจัดตั้งกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) เพื่อชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้ที่ต้องสูญเสียสิทธิในที่ดินซึ่งเป็นผู้กระทำการโดยสุจริต และเป็นการคุ้มครองการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางด้านกฎหมายที่จะคุ้มครองในส่วนนี้ และถ้าได้จัดตั้งกองทุนขึ้นมาแล้ว จะทำให้ระบบทะเบียนที่ดินของเราสมบูรณ์มากขึ้น และเป็นการพัฒนาระบบทะเบียนให้ทัดเทียมกับประเทศอื่น ๆ อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความคิดเห็นบางประการแตกต่างไปจาก Mr. J.E. DELVES เกี่ยวกับเรื่องเงินกองทุน และผู้ที่มีอำนาจอนุมัติการชดเชยค่าเสียหายจากเงินกองทุน ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอต่อไป

2.2 หลักเกณฑ์ในการชดเชยค่าเสียหาย

ตามกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์จะกำหนดให้ผู้ที่ต้องเสียหายเรียกร้องจากนายทะเบียนก่อน และถ้าไม่พอใจจึงจะขอต่อศาลได้ โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1) ในกรณีที่นายทะเบียนที่ดินพอใจแล้วว่าการสูญเสียอยู่นอกขอบเขตของกฎหมายที่ดิน นายทะเบียนจะต้องเสนอคำทดแทนให้โดยยึดถือหลักว่า

1.1 จำนวนเงินที่จะจ่ายเป็นค่าเสียหายจะคิดจากราคาทรัพย์สินในขณะเมื่อเกิดการสูญเสียสิทธิ และ

1.2 ค่าดอกเบี้ยที่คิดตามอัตราดอกเบี้ยที่ใช้กับ พ.ร.บ. Judicature Act 1908 โดยคิดให้จากวันที่สูญเสียสิทธิจนถึงวันชำระจริง แต่ต้องนํารายได้ใด ๆ ที่ผู้สูญเสียสิทธิได้รับมาเกี่ยวกับที่ดินนั้น ภายหลังจากวันที่สูญเสียสิทธิ ไปหักออกจากจำนวนค่าเสียหายที่จะต้องจ่าย

2) ในกรณีที่ผู้สูญเสียสิทธิในที่ดินเห็นว่าค่าเสียหายตามที่กล่าวใน 1) ไม่พอเพียงที่จะชดเชยค่าเสียหายเนื่องจากเหตุแวดล้อมพิเศษ (Special circumstances) ให้ผู้นั้นมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้เพิ่มค่าเสียหายได้ และในกรณีเช่นนี้ให้รัฐมีสิทธิที่จะร้องขอเข้ามาในคดีได้

ในการพิจารณาของศาลจะต้องให้ศาลสามารถชี้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง โดยศาลมีอำนาจชี้ดุลพินิจในการให้ค่าทดแทนตามที่ศาลเห็นสมควรในแต่ละคดี อีกทั้งศาลมีอำนาจในการกำหนดค่าเสียหายน้อยกว่าที่นายทะเบียนกำหนดก็ได้ในกรณีที่เห็นว่าสมควร เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดโอกาสแสวงหาประโยชน์ยื่นคำขอ²¹ และเมื่อมีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เรียกร้องแล้ว รัฐสามารถใส่เบี้ยนเงินที่จ่ายไปทั้งหมดหรือบางส่วนเอาคืนกับผู้ที่เป็นต้นเหตุทั้งหมดหรือบางส่วนในการกระทำล้นมือได้²²

สำหรับประเทศไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่า การชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เรียกร้องจะต้องผ่านขั้นตอนที่กรมที่ดินก่อน แล้วถ้าไม่พอใจจึงจะไปร้องขอต่อศาล ลักษณะคล้าย ๆ กับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2535 โดยผู้เสียหายจะไปร้องขอต่อศาลก่อนไม่ได้ ทั้งนี้การจัดตั้งกองทุนให้เป็นในรูปแบบคณะกรรมการ ซึ่งประกอบด้วยอธิบดีกรมที่ดินเป็นประธาน และมีกรรมการจากกระทรวงการคลัง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานอัยการสูงสุด ทั้งนี้การอนุมัติการชดเชยค่าเสียหาย ให้กระทำผ่านอธิบดีกรมที่ดิน ซึ่งเป็นผู้แทนของคณะกรรมการกองทุนโดยตำแหน่ง

2.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดมูลค่าของที่ดินเพื่อชดเชยค่าเสียหาย

งานเบื้องต้นประเทศนิวซีแลนด์มีข้อถกเถียงเกี่ยวกับวันที่จะดำเนินการกำหนดราคาที่ดิน (date at which property should be valued) ว่าจะเป็นวันอะไรซึ่งมี 3 แนวทาง คือ

- 1) วันที่ซึ่งเกิดการเสียหายที่ดิน (เช่น วันที่จดทะเบียนหนังสือโฉนดที่ดินที่เป็นต้นเหตุให้เจ้าของเดิมต้องสูญเสียสิทธิที่ดิน)

²¹REPORT OF THE PROPERTY LAW AND EQUITY REFORM COMMITTEE,
(New Zealand; Wellington) June 1977, pp. 16-17.

²²Ibid., p. 16.

- 2) วันที่ผู้สูญเสียสิทธิในที่ดินรู้ถึงการสูญเสียสิทธิ หรือ
- 3) วันที่เจ้าของที่สูญเสียสิทธิในที่ดินสมควรจะรู้ถึงการสูญเสียสิทธินั้น

แต่เมื่อมีการประชุมกันแล้ว ก็ตกลงว่าควรรู้วันที่เสียสิทธิเป็นวันชำระค่านวณค่าเสียหาย ทั้งนี้เพราะถ้าใช้แนวทางที่สอง คือ วันที่ผู้สูญเสียสิทธิในที่ดินรู้ถึงการสูญเสียสิทธิ แนวทางนี้ไม่ได้รวมถึงกรณีที่เจ้าของที่ดินควรจะรู้ถึงการสูญเสียสิทธิไว้ด้วย จึงเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรม เพราะเท่ากับยอมให้เจ้าของที่เสียสิทธิสามารถถ่วงเวลาการรับรู้ออกไปอีก ส่วนแนวทางที่ 3 ก็ไม่สมควรมานำใช้ เพราะวันที่เจ้าของสูญเสียสิทธิในที่ดินสมควรจะรู้ถึงการสูญเสียสิทธินั้น จะมีปัญหาในเรื่องการต้องพิจารณาข้อเท็จจริงมาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับข้อเท็จจริงไม่ควรจะให้มากระทบต่อการให้ความยุติธรรม²³

ในส่วนของการชดเชยค่าเสียหายนั้นได้มีการกำหนดให้ศาลต้องพิจารณา และคำนึงถึงเรื่องต่อไปนี้²⁴

- 1) วันที่การเสียสิทธิในที่ดินเกิดขึ้น
 - 2) กรณีแวดล้อมที่ทำให้เกิดการเสียสิทธิในที่ดิน
 - 3) วันที่เจ้าของที่เสียสิทธิในที่ดินรู้หรือควรจะรู้เรื่องการเสียสิทธิในที่ดินนั้น
 - 4) มูลค่าของที่ดินและสิ่งปลูกสร้างอื่น ๆ ที่ผู้สูญเสียสิทธิได้เสียไปในวันที่ตาม
- 1) และ 2) นั้นรวมถึงสิทธิของเจ้าของก่อนหน้าตนด้วย และต้องพิจารณาถึงคนใช้ ตัวแทนผู้เช่า และผู้ได้รับอนุญาตนาให้ใช้ที่ดินของเจ้าของที่ดินนั้นด้วย (and other improvements effected thereon by the dispossessed owner, his predecessors in title, and their respective servants, agents, lessees and licensees)

²³Ibid., pp. 14-15.

²⁴Ibid., p. 13-14.

5) การดำเนินการของผู้สูญเสียสิทธิในที่ดินโดยเจตนาอย่างร้ายแรงหรือการไม่ดำเนินการ หรือความไม่เอาใจใส่ หรือการงดเว้นที่จะใช้สิทธิหรือหาทางเยียวยาความเสียหายภายหลังจากการสูญเสียสิทธิในที่ดินควรกระทำ

6) ข้อเท็จจริงหรือเหตุแวดล้อมอื่น ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าเกี่ยวข้องกับกรณีนั้น ๆ

คดี Spencer v. Registrar of Titles (1908)

ในการคำนวณค่าเสียหายหรือการสูญเสียสิทธิในที่ดินให้คำนวณจากราคาที่ดินในขณะที่สูญเสียสิทธิ และถ้ามีการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดินก่อนวันสูญเสียสิทธิ ถึงแม้ว่าการก่อสร้างนั้นเจ้าของไม่ได้ออกค่าใช้จ่ายเองก็ตาม ก็ให้ถือว่าสิ่งปลูกสร้างนั้นบนที่ดินนั้นด้วย²⁵

คดี Parker v. Registrar-General (1976) และ Behn v. Registrar-General (1979)

การกำหนดค่าเสียหายจะต้องไม่น้อยกว่าค่าเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับจากผู้กระทำผิดโดยตรง ในกรณีเป็นการเสียสิทธิงานอง ค่าเสียหายให้คิดประเมินในขณะที่ได้ที่ดินคืน (In the case of a mortgage affecting the title to the land, the damages recoverable should be assessed as at the date of recovery of the land) สำหรับมูลค่าในฐานะเป็นหลักทรัพย์ประกันนั้น ที่ดินนั้นจะมีค่ามากกว่าราคาที่ดินที่ได้จากการขายทอดตลาดเพื่อบังคับงานอง และผู้รับงานองก็มีสิทธิได้รับมากกว่ายอดสุทธิที่ได้จากการขายทรัพย์รวมกับค่าใช้จ่าย ทั้งนี้กรณีที่หนี้งานองน้อยกว่าราคาที่ดิน ค่าเสียหายก็คิดได้เท่ากับจำนวนเงินที่ต้องใช้เพื่อถดถอนงานองนั้น²⁶

²⁵R.A. WOODMAN, The Law of Real Property in New South Wales, (Sydney: The Law Book Co., Ltd., 1980), pp. 282-283.

²⁶Ibid., pp. 282-283.

สำหรับประเทศอังกฤษตาม The Land Registration Act 1925 ได้แบ่งวันที่ในการคิดมูลค่าที่ดินสำหรับชดเชยให้แก่ผู้เสียหาย เป็น 2 กรณี คือ

1) กรณีที่ผู้รับโอนถูกเพิกถอนสิทธิในที่ดิน และใช้สิทธิเรียกร้องจากกองทุน consolidated Fund ให้คิดค่าเสียหายตามมูลค่าของที่ดินในวันที่ถูกเพิกถอน (has a right to compensation up to the value of the land immediately before the date of rectification) ตามมาตรา 83 (1)

2) กรณีที่ไม่มีการเพิกถอนสิทธิผู้รับโอน และเจ้าของเดิมได้ใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากกองทุนให้คิดค่าเสียหายเป็นจำนวนมากที่สุดของมูลค่าที่ดิน คิดคำนวณ ณ วันที่มีการผิดพลาดอันเป็นสาเหตุที่ทำให้เจ้าของเดิมต้องสูญเสียสิทธิในที่ดิน (the maximum amount payable is the value of the land at the time when the error or omission which caused the loss was made) ตามมาตรา 83 (6) (a)²⁷

สำหรับประเทศไทยหลักเกณฑ์ที่จะใช้ในการกำหนดมูลค่าของที่ดินเพื่อเป็นฐานในการคิดค่าเสียหาย ผู้เขียนเห็นว่าควรใช้หลักเกณฑ์เดียวกับของประเทศอังกฤษ ทั้งนี้เพราะมีความยุติธรรมและความยืดหยุ่นกว่าหลักเกณฑ์ของประเทศนิวซีแลนด์ อีกทั้งสามารถรู้ระยะเวลาได้แน่นอนโดยไม่ต้องอาศัยข้อเท็จจริงในคดีมากนัก

2.4 ที่มาของแหล่งกองทุนประกันความเสียหาย

แหล่งที่มาของเงินกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund หรือ Consolidated Fund) มีได้หลายรูปแบบ และแต่ละประเทศก็แตกต่างกันไป ทั้งนี้แล้วแต่นโยบายของรัฐบาล และสภาพเศรษฐกิจของประเทศนั้น ๆ ซึ่งพอจะสรุปหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

²⁷J. G. Riddall, pp. cit., p. 444

- 1) เก็บเงินจากเจ้าของที่ดินเมื่อมีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน เช่น เมื่อมีการออกกฎหมายระบบทอร์เรนส์ฉบับแรกในรัฐเซาท์ออสเตรเลีย (South Australia) จะมีการเก็บเงินเข้ากองทุนเป็นจำนวน 1/5 เปอร์เซนต์ ของราคาที่ดินที่ขอออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน²⁸ หรือเรียกเก็บเมื่อมีการจดทะเบียนบางประเภท เช่น การรับมรดก²⁹
- 2) การนำเงินค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ส่วนหนึ่งเข้ากองทุน เช่น ประเทศอังกฤษ³⁰ โดยการเรียกเก็บนั้นไม่ได้เรียกเงินเข้ากองทุน เมื่อมีการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเป็นราย ๆ ไปแต่อย่างใด³¹
- 3) นำเงินกองทุนมาจากงบประมาณแผ่นดินที่เรียกว่า Consolidated Fund หรือ Consolidated revenue มาชดใช้ค่าเสียหายแทน เช่น ประเทศอังกฤษจะมีเงินกองทุนบางส่วนมาจากเงินงบประมาณแผ่นดิน³²
- 4) นำมาจากค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมก่อน และถ้าเงินกองทุนไม่เพียงพอ ก็ให้ใช้จากเงินงบประมาณแผ่นดิน เช่น ประเทศสิงคโปร์³³

สำหรับประเทศไทย ที่มาของแหล่งเงินทุนเพื่อเก็บเข้ากองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) อาจมีได้หลายทาง ซึ่งจากการสอบถามผู้ทรงคุณวุฒิ และเจ้าพนักงานที่ดินหลายท่าน พอสรุปที่มาของแหล่งเงินทุนได้ดังนี้

²⁸Simpson, op. cit., p. 180.

²⁹Hogg, J.E., Registration of Title Throughout the Empire, (Carswell : Toronto., 1920), p.3.

³⁰Simpson, op. cit., p. 180.

³¹Hogg, op. cit., p. 385.

³²J.G. Riddall, op. cit., p. 444.

³³Khublall, N. Law of Real Property and Conveyancing, (Singapore : Longman Singapore Publishers (pte) Ltd., 1991), Second Edition, p. 433.



- 1) เก็บจากเงินค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเงินค่าธรรมเนียมนี้ กรมที่ดินจะมีการจัดเก็บทุกครั้งที่มีการจดทะเบียน เช่น เก็บค่าธรรมเนียมการซื้อขายที่ดินจะเก็บร้อยละ 2 ของราคาประเมิน หรือการจดทะเบียนจำนอง จะเก็บร้อยละ 1 ของวงเงินจำนองแต่ไม่เกิน 200,000 บาท ซึ่งในปีหนึ่ง ๆ อัตราการเปลี่ยนมือ หรือ ธุรกิจเกี่ยวกับที่ดินจะมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ สร้างรายได้จากค่าธรรมเนียมนี้ให้กับรัฐเป็นจำนวนมากมหาศาล เช่น กรมที่ดินเก็บค่าธรรมเนียมปี 2536 ได้ 13,180,652,380 บาท ปี 2537 เก็บได้ 15,991,254,727 บาท และปี 2538 เก็บตั้งแต่เดือน ต.ค. 2537 ถึง ก.ย. 2538 ได้ 16,158,243,090 บาท
- 2) เก็บจากเงินคงคลังของกรมที่ดิน ซึ่งเป็นเงินมัดจำรังวัดค้างบัญชี โดยเงินดังกล่าวเกิดจากผู้วางเงินมัดจำให้แก่กรมที่ดินเพื่อขอรังวัดที่ดินประเภทที่มีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน ขอรังวัดในการออกโฉนดที่ดิน หรือออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) และมีเงินมัดจำรังวัดเหลือจากการดำเนินการแล้ว ตามคำสั่งของกรมที่ดินที่ มท. 0704/ว 26309 ลงวันที่ 9 ธันวาคม 2513 กำหนดให้เงินมัดจำรังวัดที่ค้างบัญชีมาเกิน 5 ปี ให้จัดการนำส่งคลังเป็นเงินรายได้แผ่นดิน เช่น ในเขตกรุงเทพมหานคร ปี 2537 มีเงินคงคลัง 626,765 บาท, ปี 2538 มีเงินคงคลัง 970,299 บาท (รายละเอียดของประกาศโปรดดูได้ที่ภาคผนวก ง.)
- 3) ค่าส่วนลดอากร การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เกือบทุกประเภทจะต้องติดอากร ทั้งนี้จะคิดเป็นจำนวนเท่าใดนั้นก็ขึ้นกับการจดทะเบียนนิติกรรมแต่ละประเภท และผู้ที่มีหน้าที่ติดอากรทำสัญญาก็คือกรมที่ดิน โดยจะจัดเก็บค่าอากรจากผู้มาจดทะเบียน ซึ่งการที่ต้องซื้ออากรเป็นจำนวนมากจากกระทรวงการคลังนี้เอง ทำให้กระทรวงการคลังให้ส่วนลดแก่กรมที่ดินในอัตราร้อยละ 3 ซึ่งค่าส่วนลดอากรนี้ในแต่ละเดือนหนึ่ง ๆ จะสูงมาก
- 4) ค่าพยาน การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน จะมีพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นพยาน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้จดทะเบียน ต้องเสียค่าพยานให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย แม้ว่าเงินค่าพยานนี้ตามกฎหมายแล้ว ควรจะตกได้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ แต่กรมที่ดินมีระเบียบให้จัดสรรเงินจำนวนนี้ เป็น 2 ส่วน โดยให้พนักงานเจ้าหน้าที่หนึ่งส่วน ที่เหลืออีกหนึ่ง

ส่วนให้สำนักงานที่ดินแต่ละท้องที่เป็นผู้จัดเก็บและใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ของสำนักงานที่ดินนั้น

5) เงินงบประมาณแผ่นดิน ซึ่งทางกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ต้นสังกัดของกรมที่ดิน จะต้องจัดสรรให้กับกรมที่ดินในส่วนนี้

เมื่อพิจารณาแหล่งที่มาของเงินทุนทั้ง 5 ข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าโอกาสที่เป็นไปได้มากที่สุด และมีคนคัดค้านน้อยที่สุดในการจัดหาเงินทุน คือการนำเงินมาจากเงินค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม และเงินคงคลัง ทั้งนี้ เพราะแหล่งเงินทุนทั้งสองประเภทเป็นเงินที่ได้มาจากการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานโดยตรง และมีเป็นจำนวนมาก โดยเงินค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเป็นเงินที่ผู้จดทะเบียนได้ชำระให้แก่กรมที่ดินเพื่อเป็นค่าดำเนินงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ส่วนหนึ่ง และเป็นรายได้เข้ารัฐ ซึ่งเงินจำนวนนี้ไม่ถือว่าเป็นภาษีเงินได้แต่ประการใด เพราะภาษีเงินได้ไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลทางกรมที่ดินได้จัดเก็บแทนกรมสรรพากรแยกต่างหากอยู่แล้ว ดังนั้นการนำเงินประเภทนี้มาเป็นเงินกองทุน จึงเหมาะสมด้วยประการทั้งปวง และการที่นำเงินของผู้จดทะเบียนเองมาช่วยคุ้มครองหรือเยียวยาแก่ผู้ที่ต้องเสียหายแก่การจดทะเบียนนั้นก็เป็นการยุติธรรม อีกทั้งเมื่อเงินค่าธรรมเนียมบางส่วนถือว่าเป็นค่าดำเนินงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ การนำเงินนั้นมาคุ้มครองเจ้าหน้าที่ และทำให้การทำงานมีประสิทธิภาพขึ้น จึงเป็นสิ่งถูกต้อง อยากรู้ก็ดีเงินค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนี้ เราไม่ได้นำเข้ากองทุนประกันความเสียหายทั้งหมด แต่นำมาเพียงบางส่วนเท่านั้น ซึ่งถือว่ากระทบน้อยมาก

ส่วนเงินคงคลังนั้น เป็นเงินที่เหลือจากการดำเนินงานของพนักงานเจ้าหน้าที่และไม่มีผู้มารับคืน ซึ่งตามระเบียบของกรมที่ดินจะต้องส่งให้แก่กระทรวงการคลัง หลังจากพ้น 5 ปีแล้ว จึงเป็นการสูญเปล่าแก่กรมที่ดินเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพราะเงินดังกล่าววนปีหนึ่ง ๆ มีจำนวนมาก ประกอบกับเป็นเงินที่ได้มาจากผู้มาจดทะเบียน ดังนั้น การนำเงินส่วนนี้มาเป็นเงินกองทุนประกันความเสียหายเพื่อคุ้มครองบุคคล ดังกล่าวเองจึงเป็นการสมควร

รายละเอียดเงินมัดจำรังวัดที่ค้างเกิน 5 ปี นำส่งคลังเป็นเงินรายได้แผ่นดินของ
สำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร

สำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร	ปี 2537 (บาท)	ปี 2538 (บาท)
กรุงเทพมหานคร	100,990.-	147,636.-
สาขามีนบุรี	105,571.-	144,875.-
สาขาห้วยขวาง	70,057.-	68,450.-
สาขาลาดพร้าว	51,500.-	37,295.-
สาขาบางกะปิ	91,055.-	131,895.-
สาขาบางเขน	72,397.-	160,393.60
สาขาธนบุรี	64,814.-	72,907.-
สาขาพระโขนง	70,381.-	146,898.-
สาขาหนองแขม	-	59,950.-
รวม	626,765.-	970,299.60

ที่มา: ฝ่ายบัญชี กองคลัง สำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร

การจัดเก็บรายได้อัตราร้อยละ ๓ จากเงินหัก ๓ ที่จ่าย
และค่าอากรแสตมป์ ของกรมที่ดิน

ระหว่างปีงบประมาณ 2530-2538

หน่วย : บาท

ประเภทงาน	ปี 2530	ปี 2531	ปี 2532	ปี 2533	ปี 2534	ปี 2535	ปี 2536	ปี 2537	ปี 2538
1. ค่าธรรมเนียม	2,870,367,962	5,774,959,361	13,180,652,380	13,135,641,813	11,337,346,028	11,259,528,559	13,180,652,380	15,991,254,727	16,158,243,090
2. ค่าภาษีเงินหัก ๓ ที่จ่าย	2,151,279,684	5,114,926,628	7,305,386,096	9,997,484,494	6,921,485,394	6,515,289,295	7,305,386,096	9,829,386,152	9,495,784,725
3. ค่าอากรแสตมป์	304,715,433	619,951,169	1,635,097,507	1,499,181,327	1,162,839,145	1,456,245,246	1,635,097,507	2,283,828,768	2,380,870,484
รวม	5,326,363,079	11,509,837,158	22,121,135,983	24,632,307,634	19,421,670,567	19,231,063,100	22,121,135,983	28,104,469,647	28,692,479,518

ค.ศ. 37-ก.ศ.38

หมายเหตุ: รายได้อัตรากว่า 2,3 กรมที่ดินจัดเก็บเข้าสำนักงานสรรพากร

: ข้อมูลปี 2530 - 2538 เป็นข้อมูลเก็บจากทรัพย์สิน

ที่มา : กองแผนงาน กรมที่ดิน

สำหรับเงินทุนประเภทอื่น ได้แก่ ค่าส่วนลดอาคาร ค่าพยาน และเงินงบประมาณแผ่นดิน ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรนำมาเป็นแหล่งเงินกองทุนประกันความเสียหาย ทั้งนี้ เพราะค่าส่วนลดอาคาร และค่าพยานเป็นเงินที่กรมที่ดินนำไปใช้ประโยชน์ในด้านอื่นอยู่แล้ว เช่น การพัฒนาปรับปรุงกรรมที่ดินและสำนักงานที่ดินต่าง ๆ ซึ่งในปัจจุบัน กรมที่ดินมีค่าใช้จ่ายสูงมาก เช่น ค่าแอร์คอนดิชัน ในแต่ละเดือน ตลอดจนต้องมีการปรับปรุงระบบงานให้ทันสมัยอยู่เสมอ การของบประมาณจากทางราชการเพียงอย่างเดียว จึงไม่เพียงพอ ส่วนเงินงบประมาณแผ่นดินนั้นเป็นเงินที่ได้มาจากการเก็บภาษีอากรของประชาชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปพัฒนาประเทศ แม้ว่าในต่างประเทศบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ และสิงคโปร์ จะสามารถนำเงินกองทุนบางส่วนมาจากเงินงบประมาณแผ่นดินได้ แต่สำหรับประเทศไทยแล้วจะต้องถูกตัดค้ำมาก เพราะเป็นการนำเงินของประชาชนทั้งหมด (แม้จะเอามาเพียงบางส่วน) ไปช่วยเหลือบุคคลบางกลุ่มเท่านั้น

3) การมีบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนเพื่อยุติข้อโต้แย้งเกี่ยวกับเรื่องการโอนที่ดินมือเปล่า (น.ส.3)

3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการโอนที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามมาตรา 4 ทวิ

ที่ดินมือเปล่าเป็นที่ดินที่เจ้าของมีเพียงสิทธิครอบครอง สามารถโอนความเป็นเจ้าของที่ดินได้โดยการส่งมอบที่ดินที่ครอบครองให้แก่ผู้รับโอน ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1378 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีที่ดินมือเปล่าบางประเภท เช่น ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 หรือ น.ส.3 ก.) และที่ดินที่มีใบเตสวน นอกจากจะสามารถโอนโดยการส่งมอบได้วิธีหนึ่งแล้ว ยังสามารถโอนด้วยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้อีกวิธีหนึ่งด้วย ตามมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

อย่างไรก็ดี กรมที่ดินมีความประสงค์ให้ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์สามารถโอนความเป็นเจ้าของด้วยการทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้เพียงวิธีเดียวเท่านั้น เพื่อต้องการควบคุมจำนวนผู้ที่ถือครองที่ดินดังนั้นกรมที่ดินจึง

ได้มีการออกกฎหมายเพิ่มมาตรา 4 ทวิ ในประมวลกฎหมายที่ดิน มีใจความว่า "นับตั้งแต่วันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินซึ่งมีโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่" ซึ่งได้ออกเป็นประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 96 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2515 (ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 4 มีนาคม 2515)

แม้จะมีมาตรา 4 ทวิ แล้ว แต่ศาลฎีกาก็ยังคงถือหลักการก่อนที่จะมีมาตรา 4 ทวิ โดยเห็นว่าที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครอง การโอนย่อมทำได้โดยสมบูรณ์ด้วยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 4 ทวิ ซึ่งเป็นการทำตามแบบของกฎหมายประการหนึ่งกับกระทำการโอนโดยข้อเท็จจริงด้วยการสละการครอบครองและส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครองตามมาตรา 1377, 1378 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งไม่ต้องมีแบบอีกประการหนึ่ง ดังนั้นแม้การโอนที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์จะไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และตกเป็นโมฆะ แต่ผู้โอนย่อมโอนด้วยการส่งมอบและสละเจตนาครอบครองไม่ยึดถือที่ดินที่ซื้อขายต่อไป ซึ่งผู้รับโอนจะได้สิทธิครอบครองในที่ดินดังกล่าวตามมาตรา 1377, 1378 แต่มีใช้ได้ตามสัญญาซื้อขาย ดังนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2626/2525, 8/2527, 2069/2527

721/2528, 525/2529, 2963/2531, 1297/2533, 5225/2533 และ 286/2537³⁴

34 คาทิพาทษาฎีกาที่ 2526/2525 การโอนสิทธิครอบครองที่ดินซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ย่อมทำได้โดยสมบูรณ์ด้วยกาทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 4 ทวิ ซึ่งเป็นเป็นการทำตามแบบของกฎหมายประการหนึ่ง กับกระทำการโอนโดยข้อเท็จจริง ตาม บ.พ.พ. มาตรา 1377, 1378 ซึ่งไม่ต้องมีแบบอีกประการหนึ่ง แม้โจทก์จะมีหนังสือสัญญาซื้อขายที่พิพาท และผู้ขายทำหนังสือมอบอำนาจให้ไปจดทะเบียนโอน กับมอบหลักฐานเกี่ยวกับภาษีบำรุงท้องที่ทุกฉบับให้โจทก์ไว้ก็ตาม เมื่อโจทก์ยังมีได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และยังมีได้เข้าครอบครองยึดถือที่พิพาท โจทก์จึงยังไม่ได้มาซึ่งสิทธิครอบครอง ไม่มีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยออกจากที่พิพาท

คาทิพาทษาฎีกาที่ 8/2527 จำเลยยื่นเรื่องราวขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมขายที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้แก่ ส.บุตรผู้ร้อง โดยจำเลยมอบอำนาจให้ ส. เป็นผู้ยื่นคำร้อง แสดงว่ามีเจตนาที่จะซื้อขายหรือโอนสิทธิครอบครองในที่พิพาทโดยทำนิติกรรมและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ถูกต้องตาม บ.ที่ดิน ม.4 ทวิ หากได้มีเจตนาที่จะโอนหรือสละการครอบครองให้ ส.ทันทีไม่ ส.มอบที่ดินให้ผู้ร้องจัดให้ผู้อื่นเช่า เมื่อ ส.ถึงแก่กรรม จำเลยก็มายื่นขอถอนคำขอขายที่ดิน ซึ่งเจ้าพนักงานก็อนุญาตให้ถอนได้ แสดงว่าสิทธิครอบครองที่พิพาทยังคงเป็นของจำเลยอยู่แม้ในระหว่างดำเนินการนี้ ส.หรือผู้ร้องจะเป็นผู้ยึดถือที่พิพาท ก็ต้องถือว่าเป็นการยึดแทนจำเลยผู้จะขายเท่านั้น

คาทิพาทษาฎีกาที่ 2069/2527 จำเลยนาที่พิพาทมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ใบทำสัญญาจองเพื่อประกันเงินกู้ไว้ต่อโจทก์ โดยจดทะเบียนจองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ต่อมาจำเลยได้โอนการครอบครองที่พิพาทให้ผู้ร้องตามสัญญาซื้อขาย และจำเลยทำสัญญาเช่าที่พิพาทจากผู้ร้องเป็นการอยู่โดยอาศัยสิทธิของผู้ร้องเท่านั้น สิทธิครอบครองที่พิพาทตกเป็นของผู้ร้องโดยผลแห่งการโอนการครอบครองตาม บ.พ.พ. ม.1378 แม้การโอนจะมีได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม บ.ที่ดิน ม.4 ทวิ ผู้ร้องอยู่ในฐานะเป็นผู้รับโอนที่พิพาทซึ่งเป็นทรัพย์สินจองตาม บ.พ.พ. ม.734 ด้วย เมื่อโจทก์ยังมีได้บอกกล่าวบังคับจำนองแก่ผู้ร้องย่อมไม่มีสิทธิอายัดที่พิพาทออกขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้อันเป็นการบังคับ

จําเองเอาที่พิพาทได้

ฎีกา 721/2528 ด. บิดาโจทก์ขายนาพิพาทซึ่งเป็นที่ดินมือเปล่าและส่งมอบการครอบครองให้จำเลยตั้งแต่วันขายแล้ว แม้การซื้อขายจะมีได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่เมื่อ ด. สละนาพิพาทให้จำเลยครอบครองไม่ยึดถือต่อไปแล้ว การครอบครองของ ด. ย่อมสิ้นสุดตาม บพพ. มาตรา 1377 จำเลยผู้ครอบครองต่อมาย่อมได้สิทธิครอบครองตามมาตรา 1367 ภายหลังบิดาโจทก์ตาย โจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องเรียกนาพิพาทคืนจากจำเลย

ฎีกา 525/2529 การแลกเปลี่ยนที่ดินแม้มิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เมื่อเป็นที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 ก.) โจทก์ได้ครอบครองอย่างเป็นเจ้าของมีเขตแน่นอนเกิน 1 ปีแล้ว จำเลยย่อมหมดสิทธิเอาคืนซึ่งการครอบครองตาม บพพ. มาตรา 1375

การแลกเปลี่ยนที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยต่างฝ่ายต่างเข้าครอบครองที่ดินของอีกฝ่ายหนึ่งที่แลกเปลี่ยนกัน ผู้แลกเปลี่ยนไม่มีหน้าที่ทางนิติกรรมที่จะจดทะเบียนแบ่งแยกให้หรือรับโอน

ฎีกา 2963/2531 ท. ขายและยกที่ดินพิพาทให้โจทก์ แม้การซื้อขายและยกให้ซึ่งที่พิพาทจะไม่มีการทำหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ที่พิพาทเป็นที่ดินมือเปล่า เมื่อโจทก์เข้าครอบครองโดยเจ้าของเดิมได้สละสิทธิครอบครองของตนให้แล้ว โจทก์ย่อมได้สิทธิครอบครองในที่พิพาทและหาใช่การครอบครองแทนจำเลยไม่

ฎีกา 1297/2533 โจทก์และสามีโจทก์ซื้อที่พิพาทซึ่งมี น.ส.3 จาก ก. โดยมิได้ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงตกเป็นโงมชะ แต่ที่พิพาทเป็นที่ดินยังไม่มีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ ก. ผู้ขายมีแต่สิทธิครอบครอง เมื่อได้ส่งมอบที่พิพาทให้โจทก์และสามีโจทก์แล้ว ก. ก็สละเจตนาครอบครองไม่ยึดถือที่ดินพิพาทอีกต่อไป โจทก์และสามีโจทก์ย่อมได้สิทธิครอบครองตาม บพพ. มาตรา 1377, 1378 มิใช่ได้ตามสัญญาซื้อขาย ดังนี้โจทก์จึงไม่มีสิทธิบังคับจำเลยซึ่งเป็นทายาทของ ก. ไปจดทะเบียนการโอนที่ดินพิพาทให้แก่โจทก์ตามสัญญาซื้อขายระหว่างโจทก์กับ ก.

ฎีกา 5225/2533 การโอนที่ดินตามหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เมื่อผู้ขายสละ
เจตนาครอบครองให้ผู้ซื้อ ผู้ซื้อก็ได้สิทธิครอบครองทันที โดยไม่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ฎีกา 286/2537 จำเลยซื้อที่พิพาทจากสามีโจทก์และเข้าอยู่ตลอดเวลา แม้การ
ซื้อขายไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตกเป็นโมฆะ แต่ที่พิพาทเป็นที่ดินที่มี
หนังสือรับรองการทำประโยชน์ย่อมโอนการครอบครองให้แก่กันได้ โดยสละการครอบครองและส่ง
มอบทรัพย์สินที่ครอบครองตาม บพพ. 1377, 1378 จำเลยจึงเป็นผู้มีสิทธิครอบครองที่พิพาท

การที่ศาลและกรมที่ดินซึ่งเป็นหน่วยงานราชการด้วยกัน ต่างมีความคิด และการบังคับใช้กฎหมายแตกต่างกันเช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดความสับสนแก่ประชาชน อีกทั้งหน่วยงานทั้งสองเป็นหน่วยงานสำคัญที่เกี่ยวข้องกับระบบที่ดิน และช่วยระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินได้มาก โดยกรมที่ดินเป็นผู้ที่รับผิดชอบเกี่ยวกับที่ดินทั้งหมด ไม่ว่าการออกหนังสือเอกสารสิทธิในที่ดิน หรือ การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งสามารถให้คำแนะนำกับประชาชนได้ ในขณะที่ศาลจะทำหน้าที่พิจารณาคัดลาคดีข้อพิพาท ทั้งหมดที่ขึ้นมาสู่ศาล ดังนั้นการที่ศาลและ กรมที่ดินมีความคิดเห็นแตกต่างกันเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดปัญหาตามมา ซึ่งการโต้เถียงกันว่าใครมี สิทธิดีกว่ากัน ระหว่างผู้รับโอนทางทะเบียน กับผู้รับโอนโดยการส่งมอบและปัญหาการตีความบท บัญญัติของมาตรา 4 ทวิ ว่าชัดเจนเพียงพอหรือไม่

เกี่ยวกับประเด็นนี้มีผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมาย หลายท่านให้ความเห็น แตกต่างกัน บางท่านก็เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกา แต่บางท่านก็ไม่เห็นด้วย โดย ศาสตราจารย์ ศิริ เกวลินสฤตย์ อดีตอธิบดีกรมที่ดิน ซึ่งเป็นผู้หนึ่งที่มีส่วนร่วมในการร่าง มาตรา 4 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดินได้ให้ความเห็นในคำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน ของท่าน หน้า 50 ว่า

"มาตรานี้ได้เพิ่มเติมเข้ามาใหม่โดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 96 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2515 (ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 4 มีนาคม 2515) เหตุผลในการที่ได้มีบทบัญญัติมาตรา 4 ทวิ นี้ก็เพื่อจะแก้ปัญหาคือเรื่องการโอนที่ดินโดยการส่งมอบการครอบครอง ตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1378 เพราะได้คำนึงถึงหลักฐานทางทะเบียนที่ดินเมื่อได้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้แก่ผู้ใดแล้วก็ถือได้ว่าได้จัดทำทะเบียนที่ดินที่มีหลักฐานแน่นอน การที่จะปล่อยให้มีการโอนส่งมอบการครอบครองกันได้โดยง่ายมากกระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นจะเป็นเหตุให้หลักฐานทางทะเบียนเสียหายไม่สามารถจะควบคุมได้ ตัวอย่างเช่น ที่ดินที่ได้ออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้แก่แล้ว โดยออกให้ ก. ไป หลักฐานทางทะเบียนทางอำเภอที่เก็บไว้ก็จะมีชื่อ นาย ก. เป็นเจ้าของที่ดินแปลงนั้น ต่อมา นาย ก. โอนส่งมอบให้ นาย ข. นาย ข. ส่งมอบให้นาย ค. ตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีปัญหา เป็นที่ยอมรับกันว่าการส่งมอบการครอบครองนั้นผู้รับมอบ การครอบครองได้ยึดถือที่ดินนั้นเพื่อตน ต่อมาก็เป็นผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินนั้น นาย ค. เป็นผู้

มีสิทธิในที่ดินนั้นตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หลักฐานทางทะเบียนนั้นจะเห็นได้ชัดว่า นาย ก. ยังเป็นผู้มีชื่อทางทะเบียนอยู่ โดยที่สภาพความเป็นจริงสิทธิครอบครองได้เปลี่ยนเป็นของ นาย ค. ไปเสียแล้ว ถ้าจะใช้หลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทะเบียนที่ดินก็ไม่มีประโยชน์อันใดและไม่สามารถจะควบคุมหลักฐานทางทะเบียนได้ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการออกกฎหมายบังคับให้ผู้มีสิทธิครอบครองในหนังสือรับรองการทําประโยชน์นั้น ถ้าจะมีการโอนเปลี่ยนมือต้องทําเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อประโยชน์ในการที่จะเก็บรักษาทะเบียนที่ดินให้ถูกต้องตรงกันตลอดไปนั่นเอง³⁵

เจตนารมณ์ที่ได้บัญญัติมาตรา 4 ทวิ นี้ขึ้นมาเพื่อให้เป็นบทบัญญัติพิเศษยกเว้นหลักการส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ผลของการตีความมาตรา 4 ทวิ หาได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ได้บัญญัติ มาตรา 4 ทวิ นี้แต่ประการใดไม่³⁶ และท่านยังได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวในการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องที่ดินมือเปล่า ปัญหากฎหมายและทางแก้ เมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2538 ว่า "กรมที่ดินเห็นว่า การโอนที่ดินมือเปล่าโดยเฉพาะที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทําประโยชน์ที่ส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีปัญหาในเรื่องของหลักฐานการเข้าทะเบียนของกรมที่ดิน ไม่สามารถที่จะควบคุมจำนวนผู้ที่ถือครองหรือผู้ที่ยึดครองที่ดินได้ถ้ามีการส่งมอบไปเรื่อย ๆ การแก้ไขปัญหามประมวลกฎหมายที่ดินปี 2515 นั้น มีแนวความคิดรวมมาเป็นกลุ่มก้อนแล้ว ทั้งการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินและควบคุมการโอนหนังสือรับรองการทําประโยชน์ที่ดิน ซึ่งเป็นแนวคิดที่จะปรับปรุง และประสานงานกันไปด้วย ซึ่งความในมาตรา 4 ทวิ ที่บัญญัติไว้ในประกาศคณะปฏิวัติ ปี 2515 คือ การโอนสิทธิครอบครองที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทําประโยชน์จะต้องทําเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับเจ้าหน้าที่ ซึ่งตอนนั้นเราใช้คำว่าโอน ไม่ว่าจะเป็นการส่งมอบหรืออื่น ๆ แต่เมื่อมี

³⁵ศิริ เกวลินสฤษดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน พร้อมกฎกระทรวงฯ ระเบียบของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ, (กรุงเทพมหานคร; พิมพ์ที่บริษัท บพิศการพิมพ์ จำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 4, มกราคม 2537, หน้า 50.

³⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2526 ในช่วงปี 2525 ซึ่งวินิจฉัยกันว่า การโอนสิทธิครอบครองที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ จะสมบูรณ์ได้ต้องมีการทำหนังสือและจดทะเบียน มาตรา 4 ทวิ ซึ่งเป็นการทำตามกฎหมาย กลับมีการโอนโดยข้อเท็จจริง ผมตีความอยู่มากว่า โอนตามข้อเท็จจริงกับการโอนตามมาตรา 4 ทวินั้นก็เหมือนกัน โดยการโอนอสังหาริมทรัพย์ก็มีกฎหมายบังคับเป็นรูปแบบไปแล้ว ที่กรมที่ดินมีการแก้กฎหมายตรงนี้ก็เพื่อคุ้มครองประชาชนที่ถือหนังสือการคุ้มครองประโยชน์ของที่ดินมือเปล่า ซึ่งกรมที่ดินก็คงจะดำเนินการต่อไปในเรื่องการจดทะเบียนถึงจะมีการเปลี่ยนมือในเรื่องการซื้อขายรับรอง แต่เราไม่ต้องการให้มีการโอนกัน"³⁷

อนึ่งในการสัมมนาคราวเดียวกันนั้นท่านอาจารย์ภาสกร ชูณหอไร อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้ให้ความเห็นสนับสนุนแนวความคิดของท่านอาจารย์ศิริว่า "เพราะการโอนที่มี น.ส.3 นั้น ก่อนที่จะมีมาตรา 4 ทวิ ก็มีมาตรการอยู่ 2 อย่าง คือ โอนโดยจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่โดยอาศัยหลักการของประมวลกฎหมายที่ดิน และการโอนโดยการส่งมอบ ซึ่งใช้หลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่ง แต่การโอนดังกล่าวเกิดมีปัญหา ทางกรมที่ดินจึงมีการออกกฎหมายเมื่อปี 2515 โดยการเพิ่มมาตรา 4 ทวิ โดยให้ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เวลาจะโอนต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับเจ้าหน้าที่เท่านั้น ทำให้การโอนของที่ดิน น.ส.3 เหลือการโอนอย่างเดียว ถ้าโอนโดยการส่งมอบก็ถือว่าการโอนเป็นระงับ ดังนั้นถ้าถือหลักนี้ การซื้อขายที่มี น.ส.3 ถ้าไม่ทำหนังสือและจดทะเบียนก็จะถือเป็นระงับ

แต่ถึงจะมีมาตรา 4 ทวิ แต่ศาลฎีกาก็ไม่เห็นด้วย เพราะศาลฎีกายังถือหลักการก่อนมีมาตรา 4 ทวิ ที่ว่า การโอนก็ยังโอนโดยจดทะเบียนก็ได้ ส่งมอบก็ได้ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ

ในความเห็นส่วนตัวแล้วคิดว่า ไม่ควรแก้มาตรา 4 ทวิ เพราะบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วเพียงแต่ศาลฎีกาไม่เห็นด้วยเท่านั้น คิดว่าทางศาลฎีกาคงเห็นว่า ที่ดินที่เป็น

³⁷ศิริ เกวลินสฤตย์, ที่ดินมือเปล่า ปัญหากฎหมาย/ทางแก้, หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ ปีที่ 15 ฉบับที่ 941 วันที่ 1-3 พฤศจิกายน 2538, หน้า 22.

น.ส.3 ก็ยังเป็นที่ดินมือเปล่าอยู่ ซึ่งก็น่าจะโอนโดยส่งมอบได้ ถ้าเผื่อจะว่ากันตามหลักการตีความของกฎหมายแล้ว ตามหลักมีการถือว่ากฎหมายพิเศษ ยกเว้นกฎหมายทั่วไป ซึ่งก็คือกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนกฎหมายที่ดินเป็นกฎหมายพิเศษ เมื่อกฎหมายพิเศษคือมาตรา 4 ทวิ จึงควรจะใช้กฎหมายมาตรา 4 ทวิ ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ ไม่ควรใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปเรื่องนี้เคยมีปัญหาอย่างกรณีการขัดแย้งระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายพิเศษ อย่างเช่นเรื่องการคิดอัตราดอกเบี้ย โดยในกฎหมายแพ่งมีการบัญญัติไว้ว่า หากมีการคิดอัตราดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปีก็ให้ลดลงมาเหลือร้อยละ 15 ต่อปี ซึ่งหมายความว่าไม่เป็นโทษแต่ พ.ร.บ.ห้ามเรียกอัตราดอกเบี้ยเกินอัตราระบุไว้ ถ้ามีการคิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปีให้ถือเป็นโทษ ซึ่งถือเป็นความขัดแย้งของกฎหมาย 2 ฉบับ ซึ่งศาลฎีกาเห็นด้วยว่าให้มีการใช้ พ.ร.บ.ห้ามเรียกอัตราดอกเบี้ยเกินอัตรา ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษคือตกเป็นโทษทั้งหมด ทว่าในเรื่องนี้ใช้กฎหมายพิเศษได้ แต่ในส่วนของมาตรา 4 ทวิ ใช้กฎหมายพิเศษไม่ได้ ซึ่งเป็นข้อที่น่าสงสัยอยู่"³⁸

นอกจากนี้ในการสัมมนาคราวเดียวกัน ท่านอาจารย์วิริยะ เกิดนามศิริพงษ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับ มาตรา 4 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดินว่า "มาตรา 4 ทวิ นี้ไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมอะไร เพราะเราสามารถชี้หลักกฎหมายของ มาตรา 1299 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้อยู่แล้ว และมาตราดังกล่าวก็มีอยู่แล้วในปัจจุบันนี้ ทั้งนี้เพราะการที่มาตรา 4 ทวิ บังคับให้จดทะเบียน แต่เมื่อคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามจึงเป็นโทษ ซึ่งการที่คู่สัญญาโอนกันโดยวิธีส่งมอบ จึงเป็นการได้มาโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 1378 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และต้องนำมาตรา 1299 วรรค 2 มาใช้ โดยรัฐควรคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริต และเสียค่าตอบแทน ซึ่งจะทำให้มีสิทธิดีกว่าผู้ที่รับโอนมาโดยการส่งมอบการครอบครอง หรือการแย่งการ

³⁸ ภาสกร ชุณหอุไร, ที่ดินมือเปล่า ปัญหากฎหมาย/ทางแก้, หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ ปีที่ 15 ฉบับที่ 941 วันที่ 1-3 พฤศจิกายน 2538, หน้า 22, 29.

ครอบครอง³⁹

ส่วนอาจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ รองเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ไม่ได้แสดงความเห็นอะไรเกี่ยวกับมาตรา 4 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน แต่ท่านได้เสนอแนวความคิดให้การรอนที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำงานประโยชน์ ไม่ควรรอให้มีการรอนกันได้โดยการส่งมอบ ทั้งนี้ เพราะจะก่อให้เกิดความเสียหายดังนี้

1) เป็นการผิดระบบการจัดที่ดิน เพราะการจัดที่ดินตาม มาตรา 27-30 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินเป็นเรื่องการจัดที่ดินให้ รดยมีคนเข้ามาจับจอง ซึ่งจะมีระเบียบกำหนดคุณสมบัติเอาไว้ จนกรณีการจับจองจะต้อง เป็นคนที่ไม่มียึดดิน มีการเช่าซื้อ มีการคัดเลือก จากนั้น บุคคลที่ได้สิทธิต้องเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน 3 ใน 4 ภายใน 3 ปี จึงจะมีสิทธิออก น.ส.3 ซึ่งเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของคนที่ได้รับคัดเลือก ดังนั้นเมื่อรอนโดยการครอบครองได้ แล้ว ก็เสมือนว่า คนที่ไม่ควรได้รับการคัดเลือกแต่กลับมาซื้อคนอื่น

2) เป็นการทำให้รัฐขาดรายได้เกี่ยวกับค่าธรรมเนียมและภาษีอื่น ๆ เกี่ยวกับการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์เป็นจำนวนมหาศาล⁴⁰

สำหรับศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ อดีตประธานศาลฎีกา ท่านได้ให้ บทสัมภาษณ์ไว้ในหนังสือครบรอบ 84 ปี กรมที่ดิน หน้า 41 และ 42 ว่า "เกี่ยวกับมาตรา 4 ทวิ ที่แก้ไขออกมายังไม่ชัดเจนพอ การทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินที่มี น.ส.3 แล้วที่ว่าต้องจดทะเบียนนั้นเป็นเรื่องทำตามแบบเป็นเรื่องของนิติกรรม แต่เนื่องจากที่ดินที่มี น.ส.3 หรือน.ส.3 ก เป็นเพียงการมีสิทธิครอบครองเท่านั้น เมื่อมีเพียงสิทธิครอบครองก็ร้องไปใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ปัญหาเรื่องที่จะส่งมอบการครอบครองให้ก็ยังทำได้อยู่ใน เรื่องของกฎหมายแพ่ง ซึ่งผมอยากเรียกว่าการทำตามแบบนิติกรรม ก็เป็นเรื่องทำโดยทางนิติกรรมถ้าไม่มันจะเป็นระฆังใบที่กล่าว แต่การส่งมอบที่ดินให้แก่ผู้ซื้อหรือผู้รับใช้ประมวล

³⁹ วริยะ เกิดนามศิริพงษ์, ที่ดินมือเปล่า บัญหากฎหมาย/ทางแก้, หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ ปีที่ 15 ฉบับที่ 941 วันที่ 1-3 พฤศจิกายน 2538, หน้า 28.

⁴⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, ที่ดินมือเปล่า บัญหากฎหมาย ทางแก้, หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ ปีที่ 15 ฉบับที่ 941 วันที่ 1-3 พฤศจิกายน 2538, หน้า 28, 30.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้ทำการส่งมอบได้ ตามมาตรา 1378 ฉะนั้น ผู้รับมอบไปก็จะได้ สิทธิครอบครองไปทันที ผมอยากจะเรียกว่า เป็นการได้ไปทางอื่นนอกจากนิติกรรม คือถ้าเจดย ทางนิติกรรม ต้องทำตามแบบ ถ้าไม่ทำตามแบบ แต่ไปทำอีกทางหนึ่ง โดยวิธีส่งมอบเขาก็ทำได้ แต่เป็นการได้ไปโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม ซึ่งใน น.ส.3 ยังเป็นของคนเดิมอยู่แต่เขา ได้สิทธิไป แต่ถ้าเขาจะขอเปลี่ยนชื่อก็ต้องไปขอจดทะเบียน เมื่อจดทะเบียนแล้วก็ได้ไปเป็นของ เขา แต่ถ้ายังไม่ได้จดทะเบียนจะไปโอนขายแก่ใครก็ไม่ได้ เพราะเป็นชื่อของคนอื่นเขา ถ้า ประสงค์จะให้ที่ดินที่มี น.ส.3 ไม่ประสงค์จะให้โอนโดยวิธีส่งมอบการครอบครองตามมาตรา 1378 ก็น่าจะเขียนให้ชัดเลย แก่กฎหมายว่า ที่ดินที่มี น.ส.3 ให้ทำเจดยทางนิติกรรมอย่างเดียว เท่านั้น คือทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียน จะทำการส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้ เขียนให้ชัดไปเลย"⁴¹

มีผู้คุณวุฒิท่านหนึ่ง คือท่านอาจารย์ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร ได้ให้ความ เห็นในเชิงสนับสนุนการโอนที่ดินเมื่อเบสาสามารถโอนโดยการส่งมอบตามมาตรา 1378 ได้ แม้ความเห็นของท่านจะมีขึ้นก่อนกรมที่ดินออกกฎหมายเพิ่มเติม มาตรา 4 ทวิ แต่ความเห็น ของท่านก็มีหลายประเด็นที่น่าสนใจ ซึ่งท่านได้แสดงความเห็นไว้ว่าในหมายเหตุ ท้ายคำพิพากษา ฎีกาที่ 1101/2503 ว่า

"ในคำวินิจฉัยของศาลฎีกาคดีนี้ มีข้อความตอนหนึ่งว่า "...การที่ผู้ ได้รับไปซึ่งสิทธิครอบครองนี้เป็นผลของการโอน คือการส่งมอบอันเป็นผลของบทบัญญัติมาตรา 1377 และ 1378 ดังกล่าวแล้ว แต่ถ้าผู้โอนและผู้รับโอน ประสงค์จะทำการโอนโดยผลของนิติ กรรม ไม่ใช่โดยสละและส่งมอบก็ต้องทำนิติกรรมให้ถูกต้องตามแบบ ดังบัญญัติในมาตรา 1299 วรรคแรก นิติกรรมนั้นจึงจะสมบูรณ์ในอันที่จะโอนสิทธิครอบครองไปได้..." ข้อความนี้แสดงว่า ศาลฎีกาจำแนกการโอนสิทธิครอบครองนี้ออกเป็นสองประเภท คือการโอนโดยบทบัญญัติแห่งกฎ

⁴¹บัญญัติ สุชีวะ, บทสัมภาษณ์ ประธานศาลฎีกา (บัญญัติ สุชีวะ), วารสาร ครบรอบ 34 ปี กรมที่ดิน, หน้า 41-42.

หมายประเภทหนึ่ง และการโอนโดยผลของนิติกรรมอีกประเภทหนึ่ง และคดีนี้เป็นเรื่องการโอน โดยบทบัญญัติแห่ง บ.พ.พ. มาตรา 1378

การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยเช่นนี้ อาจมีบางท่านแย้งว่า คดีนี้น่าจะถือเป็นการโอนโดยผลของนิติกรรมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเท็จจริงก็เปิดช่องให้คิดเห็นดังนั้นอยู่แล้ว เพราะการที่โจทก์ตกลงให้จำเลยครอบครองนาพิพาทต่อไป โดยฝ่ายจำเลยต้องง้อข้าวเปลือกแก่โจทก์ปีละ 50 ดั้งนั้น ก็เป็นการกระทำด้วยใจสมัครของทั้งสองฝ่าย มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอยู่แล้ว และเมื่อนิติกรรมนี้ไม่ได้จดทะเบียนก็น่าจะเป็นระยะเวลาผู้บันทึกขอแสดงความเห็นส่วนตัวว่า การวินิจฉัยในแนวนี้ย่อมเป็นการถูกต้องงานกรณีที่ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินอื่น ๆ อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น แต่เนื่องจากเรื่องการโอนสิทธิครอบครอง บ.พ.พ. มาตรา 1378 กำหนดไว้ชัดเจนว่า "การโอนไปซึ่งการครอบครองนั้นย่อมทำได้โดยส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครอง" อยู่แล้ว ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ น่าจะถือว่า นิติกรรมนั้นเมื่ออยู่ และแม้จะเป็นระยะเวลาในแง่ที่ว่าไม่อาจมีการบังคับได้ด้วยตัวของมันเอง เพราะมิได้ทำให้ถูกแบบตามที่กฎหมายกำหนด ก็ยังน่าจะถือว่านิติกรรมนั้นสมบูรณ์อยู่ในแง่เป็น "สื่อ" ให้นำ บ.พ.พ. มาตรา 1378 มาปรับกับกรณีนี้ได้ ตรงข้ามถ้าหากไม่มีนิติกรรมนี้เป็น "สื่อ" เสียแล้ว ทางที่จะนำมาตรา 1378 มาใช้ย่อมไม่มีและมาตรานี้จะตกเป็นหมันไป เพราะในเมื่อไม่มีความสมัครใจในการโอน กรณีย่อมตกเป็นเรื่องการแย่งการครอบครอง อันตกอยู่ในบังคับแห่งมาตรา 1375 แทน หรือมิฉะนั้นก็เป็นเรื่องการรบกวนในการครอบครองตามมาตรา 1374 แล้วแต่กรณี ดังนั้นน่าจะสรุปได้ว่า ในกรณีที่มิใช่นิติกรรมอยู่ แต่ไม่อาจบังคับตามนิติกรรมนั้นได้ เพราะนิติกรรมนั้นมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด หากมีการโอนสิทธิครอบครองโดยการส่งมอบแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการโอนที่สมบูรณ์โดยผลของบทบัญญัติมาตรา 1378 การวินิจฉัยในแนวนี้ย่อมตรงกับเจตนาของคู่กรณีขณะทำนิติกรรม กับทั้งสอดคล้องกับหลักการสำคัญแห่งการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินอื่นอสังหาริมทรัพย์ ดังที่บัญญัติไว้ใน บ.พ.พ. มาตรา 1299"⁴²

⁴²ชานินทร์ กรัยวิเชียร, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1101/2503, หน้า 437-438.

จากแนวความคิดเห็นของผู้มีคุณวุฒิต่าง ๆ ดังที่กล่าวมา จะพบว่าความคิดเห็นส่วนใหญ่จะไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลฎีกาที่ทำให้การโอนที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ สามารถโอนได้ด้วยวิธีการส่งมอบตามมาตรา 1378 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกเหนือจากการโอนโดยวิธีจดทะเบียน ซึ่งในแง่ของผู้เขียนแล้ว ผู้เขียนใคร่ขอเสนอว่า ก่อนที่จะหาบทสรุป และวิธีการแก้ไขปัญหานั้นประเด็นข้อขัดแย้งระหว่างศาลฎีกากับกรมที่ดิน เรื่องรูปแบบการโอนที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ผู้เขียนใคร่ขอวิเคราะห์ในประเด็นปัญหากฎหมายที่ว่า ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 หรือ น.ส. 3 ก.) เป็นที่ดินที่มีทะเบียนตามกฎหมายหรือไม่ เพราะผลของการวิเคราะห์จะส่งผลให้การตีความมาตรา 4 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดินกระทำได้ง่ายขึ้นและมีผลถึงกฎหมายในมาตราอื่น ๆ ที่ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เช่น มาตรา 1299 และ 1300 เป็นต้น

3.2 ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นที่ดินที่มีทะเบียนหรือไม่

ประเด็นที่ว่าที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นที่ดินที่มีทะเบียนหรือไม่ เป็นประเด็นที่ ศาลฎีกาได้ตัดสินเป็นบรรทัดฐานมานานแล้วว่า ที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไม่เป็นที่ดินที่มีทะเบียนหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน uly ให้เหตุผลว่าหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นแต่คำรับรองของพนักงานเจ้าหน้าที่ว่า ผู้นั้นได้ทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว ซึ่ง มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินก็ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1056/2507, 1046/2517 และ 501/2518

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1056/2507 หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) เป็นเพียงคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้ทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว และให้โอนกันได้เท่านั้น หากเป็นหลักฐาน กรรมสิทธิ์ว่าผู้มีชื่อในหนังสือนั้นเป็นเจ้าของที่ดินทางทะเบียน เช่น โฉนดที่ดินไม่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1046/2517 หนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ดินมิใช่หลักฐาน กรรมสิทธิ์ทางทะเบียน เช่น โฉนดจึงนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299, 1300 มาปรับแก้การซื้อขายที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์มิได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 501/2518 หนังสือรับรองการทาบระโยชน์ (น.ส.3) ไม่ใช่หลักฐานกรรมสิทธิ์ทางทะเบียนจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299, 1300 มาใช้ไม่ได้

ซึ่งท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ก็ให้ความเห็นในเชิงสนับสนุนคำพิพากษาศาลฎีกา โดยได้กล่าวไว้ในบทความของท่าน เรื่องการได้มาซึ่งทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์ หน้า 3 ว่า "น.ส.3 เป็นเพียงหนังสือรับรองการครอบครองทาบระโยชน์ในที่ดิน ไม่ใช่ทะเบียนสิทธิ จึงจะนำไปจดทะเบียนไม่ได้ ไม่เหมือนโฉนดที่ดินซึ่งเป็นทะเบียนสิทธิและเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งด้วย จึงนิยมเรียกกันว่า จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม"⁴³ และท่านได้กล่าวในบทความเดียวกันหน้า 17-18 ว่า

"การที่จะได้รับสิทธิโดยนิติกรรมหรือโดยทางทะเบียนไม่เหมือนกัน ได้สิทธิโดยนิติกรรมก็คือไปทำนิติกรรมเข้าแล้วได้สิทธิขึ้นมา การได้โดยทางทะเบียนจะต้องมีทะเบียนอยู่แล้วแล้วมีการโอนสิทธิทางทะเบียนอีกที เช่นไปทำสัญญาซื้อขายที่ดินมือเปล่า เป็นการได้สิทธิโดยนิติกรรมต้องจดทะเบียนแต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นสิทธิที่ได้มาทางทะเบียนที่จะไปอ้างได้ว่าจดทะเบียนโดยสุจริตได้ มีฎีกาหลายเรื่องตัดสินไปในทำนองว่าที่ดินมือเปล่าก็ต้องจดทะเบียนแต่ที่ดินมือเปล่าไม่มีทะเบียนมาก่อนการจดทะเบียนจึงเป็นการจดทะเบียนนิติกรรมโดยแท้ไม่ใช่จดทะเบียนทรัพย์สิน กฎหมายไทยถือว่าการจดทะเบียนทรัพย์สินกับจดทะเบียนนิติกรรมเป็นอันเดียวกันมันรวมกัน แต่ที่จะมาใช้ประโยชน์ในการอ้างว่าได้สิทธิมาโดยสุจริตมันต้องเป็นการได้มาซึ่งสิทธิโดยทางทะเบียน คือต้องมีทะเบียนอยู่ก่อนแล้วโอนสิทธิทางทะเบียนขึ้นมา มีฎีกาว่าการได้ที่ดินโดยซื้อตาม นส.3 ไม่ใช่เป็นการได้สิทธิทางทะเบียนเพราะ นส.3 ไม่ใช่ทะเบียนสิทธิ เป็นเพียงหลักฐานในการครอบครองที่ดินเพื่อการทาบระโยชน์ ต่อเมื่อเป็นโฉนดแล้ว จึงจะเป็นทะเบียนสิทธิการโอนโฉนดซึ่งถือว่าการได้สิทธิทางทะเบียน อาจต่อสู้โดยอ้างความสุจริตมีค่าตอบแทนได้ การจดทะเบียนแล้วไม่ใช่จะทำให้ได้สิทธิทางทะเบียนเสมอไป มันอาจจะทำให้

⁴³จิตติ ดิงศภัทย์, การได้มาซึ่งทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 11 ฉบับ 1 (2523), หน้า 3

นิติกรรมสมบูรณ์ก็จริง แต่การจดทะเบียนนั้นไม่หมายความว่า เป็นการได้สิทธิทางทะเบียน จะต้องดูว่าทะเบียนนั้นมันสืบทอดทางทะเบียนกันต่อมาหรือเปล่า"⁴⁴

ท่านสุรรัตน์ สืบเหล่ารบ พนักงานเจ้าหน้าที่ของกองวิชาการกรมที่ดินก็ได้ให้ความเห็นสนับสนุน โดยการนำหลักการของทะเบียนที่ดินมาอธิบายในบทความเรื่องอะไรคือทะเบียนที่ดิน หน้า 57-62 ว่า "...เห็นว่าอาศัยเหตุเพียงเรื่องกรรมสิทธิ์อย่างเดียวเท่านั้นยังไม่เพียงพอที่โฉนดที่ดินจะได้รับการยกย่องให้เป็นทะเบียนที่ดิน การที่จะเป็นทะเบียนที่ดินได้นั้นจะต้องอาศัยกรรมวิธีอื่นประกอบด้วย เช่น สามารถตรวจสอบเพื่อให้ทราบที่ตั้งแนวเขตที่ดินหรือทราบที่ตั้งและเนื้อที่ของที่ดินได้ด้วยจึงจะได้ชื่อว่าเป็นหลักฐานทะเบียนที่แท้จริง และต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้ คือ

- 1) สามารถตรวจสอบที่ตั้งแนวเขตที่ดินและเนื้อที่ของที่ดินได้
- 2) เป็นหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน

ซึ่งโฉนดที่ดินนั้นตามมาตรา 57 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินได้กำหนดแบบให้มีข้อความสำคัญไว้ ได้แก่ ชื่อตัว ชื่อสกุล ที่อยู่ของผู้มีสิทธิในที่ดิน ตำแหน่งที่ดิน จำนวนเนื้อที่ รูปแผนที่ของที่ดินแปลงนั้น ซึ่งแสดงเขตข้างเคียงทั้งสี่ทิศ และสารบัญสำหรับจดทะเบียนประกอบกับโฉนดที่ดินเป็นหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน ตามมาตรา 1 ตรีว่าคนที่ผู้ถือที่ดินยังไม่ได้มาซึ่งโฉนดที่ดินหรือยังไม่ได้รับโฉนดที่ดินไปจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ผู้ที่ยึดถือไว้ก็จะถือว่าตนได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินอันแท้จริงถูกต้องตามกฎหมายแล้วไม่ได้ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1331/2508 และผู้ที่ขอออกโฉนดที่ดินได้ผ่านการสอบสวนสิทธิในที่ดินจากพนักงานเจ้าหน้าที่มาแล้วตามหลักฐานในสำนวน ดังนั้น โฉนดที่ดินจึงเป็นทะเบียนที่ดิน

ส่วนหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) นั้น ออกเป็นแผนที่รูปลอยไม่มี การรังวัดทำแผนที่รังวัดเหมือนโฉนดที่ดินไม่อาจทราบตำแหน่งที่ดินได้ แม้ น.ส.3 ก จะได้มีการออกโดยวิธีการกำหนดตำแหน่งที่ดินในระวางรูปถ่ายทางอากาศจนสามารถตรวจหาตำแหน่ง

⁴⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 17-18

ที่ดินได้เหมือนโฉนดที่ดิน ซึ่งเข้าองค์ประกอบข้อ 1) แล้วก็ตามแต่ น.ส.3 ก⁴⁵ มิได้เป็นหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินเหมือนโฉนดที่ดินเพราะหนังสือรับรองการทาประโยชน์เป็นเพียงหนังสือคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ เพียงว่าได้ทาประโยชน์แล้วเท่านั้น มิได้แสดงว่าผู้ที่มีชื่อใน น.ส.3 ก เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองแต่อย่างใด

45หนังสือรับรองการทาประโยชน์ในปัจจุบันมีอยู่ 4 ชนิดด้วยกัน คือ

1. แบบ น.ส.3 หนังสือรับรองการทาประโยชน์ชนิดนี้เป็นหนังสือรับรองการทาประโยชน์ที่ออกให้แก่ผู้ครอบครองที่ดินทั่ว ๆ ไป ปกติก็ออกเป็นเฉพาะราย ไม่มีระวางที่ยิงยึด มีรูปแผนที่แต่เป็นแผนที่รูปลอย
2. แบบ น.ส. 3 ก. หนังสือรับรองการทาประโยชน์ชนิดนี้เป็นหนังสือรับรองการทาประโยชน์ ที่ออกให้แก่ผู้ครอบครองที่ดินได้ทั่วไปเหมือนกัน แต่จำกัดเฉพาะที่ดินบริเวณนั้น ได้มีการทาระวางรูปถ่ายทางอากาศแล้ว กล่าวคือ ถือเอาระวางรูปถ่ายทางอากาศเป็นหลักในการออก ถ้าไม่มีจะออก น.ส.3 ก. ไม่ได้ และโดยส่วนใหญ่แล้วจะออกโดยการเดินทางสำรวจทั้งตำบล มีการออกเฉพาะรายบ้างก็จะเนื่องมาจากการออกตกค้างจากการเดินทางสำรวจหรือเปลี่ยนหนังสือรับรองการทาประโยชน์ตามแบบชนิดอื่นมาเป็นแบบ น.ส.3 ก.
3. แบบหมายเลข 3 ถือเป็นหนังสือรับรองการทาประโยชน์อีกชนิดหนึ่ง ซึ่งออกตามกฎกระทรวงเกษตรราธิการออกตามความในพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 กรณีผู้จับจองที่ได้รับใบเหียบยา หรือผู้ที่ครอบครองทาประโยชน์อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 ใช้บังคับ มาขอคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่จะออกคำรับรองโดยนําดินขึ้นทะเบียนและออกใบสำคัญให้ ตามแบบหมายเลข 3 แบบหมายเลข 3 ดังกล่าวนี้เป็นหนังสือแสดงการครอบครองยังไม่มีกรรมสิทธิ์จึงต้องแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค.1) ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ถ้าไม่ได้แจ้ง ส.ค.1 ไว้ แบบหมายเลข 3 ดังกล่าวนี้อาจไม่ถือว่าเป็นหนังสือรับรองการทาประโยชน์อีกต่อไป เพราะกฎหมายถือว่าสิทธิครอบครองไปแล้วอย่างไรก็ดี เมื่อใช้ประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว แบบหมายเลข 3 ก็ยังมีออก แต่การออกอาศัยหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการออกแบบ น.ส.3 เพราะกฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2497) ออก

ตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 3 กำหนดว่าแบบหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้ทำตามแบบ น.ส.3 ทำยกกฎกระทรวงนี้ หรือแบบหมายเลข 3 ทำยกกฎกระทรวงเกษตรราธิการฯ ปัจจุบันนี้ไม่มีการออกตามแบบหมายเลข 3 อีกต่อไปแล้ว เพราะทางราชการไม่ได้พิมพ์แบบพิมพ์ไปให้

4. แบบ น.ส.3 ข. หนังสือรับรองการทำประโยชน์ชนิดนี้ออกตามกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 จะมีลักษณะเหมือนแบบ น.ส.3 เนื่องจากใช้ในท้องที่ที่ไม่มีระวางรูปถ่ายทางอากาศ ซึ่งรัฐมนตรีได้ประกาศยกเลิกอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการตามประมวลกฎหมายที่ดินของหัวหน้าเขตนายอำเภอหรือปลัดอำเภอ ผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอตาม มาตรา 14 แห่งพ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2528 แล้ว

บุคคลจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินอย่างไรโดยวิธีใด ย่อมเป็นไปตาม ป.พ.พ. มาตรา 1333, 1334 และประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 3 ส่วนสิทธิครอบครองนั้น บุคคล ย่อมได้มาตาม ป.พ.พ. มาตรา 1367 หากได้เป็นไปตามหนังสือรับรองการทำงานประโยชน์ใหม่ แม้ประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 57 จะได้กำหนดแบบหนังสือรับรองการทำงานประโยชน์ไว้เหมือนกับ โฉนดที่ดิน และมาตรา 4 ทวิ บังคับว่า การโอนสิทธิครอบครองในที่ดินซึ่งมีหนังสือรับรองการทำงานประโยชน์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เหมือนโฉนดที่ดินก็ตามแต่เมื่อ หนังสือรับรองการทำงานประโยชน์เป็นเพียงหนังสือรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้ทำประโยชน์ ในที่ดินแล้วเท่านั้น ศาลจึงไม่ถือว่าเป็นทะเบียนที่ดินตามนัยดังกล่าว เพราะขาดองค์ประกอบข้อ 2) ดังกล่าวแล้วข้างต้น"⁴⁶

ส่วนศาสตราจารย์ศิริ เกวลินสฤษฎ์ ได้ให้ข้อคิดเห็นในเชิงไม่เห็นด้วยกับคำ พิพากษาศาลฎีกาในการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องที่ดินมือเปล่า ปัญหากฎหมายและทางแก้ เมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2538 ว่า "ขอพูดในส่วนของมาตรา 1373⁴⁷ ที่พูดถึงการเข้าทะเบียนและ เตรียมทะเบียน ความจริงแล้วในส่วนของผู้ที่มีชื่อในทะเบียนที่ดิน ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยเอาไว้ ว่าทะเบียนที่ดินต้องเป็นที่ที่มีโฉนดกับมีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ หลังจากที่ดินเปลี่ยน หลักเกณฑ์หนังสือรับรองโฉนด หรือที่เรียกกันว่า น.ส.3 ก. โดยใช้รูปถ่ายทางอากาศ ซึ่งถือ เป็นการนำที่ดินเข้าสู่ทะเบียนโดยชัดเจน

⁴⁶สุรรัตน์ สืบเสถารบ, อะไรคือทะเบียนที่ดิน, วารสารกรมที่ดิน ครอบรอบ 48 ปี, หน้า 57-62.

⁴⁷มาตรา 1373 บัญญัติว่า "ถ้าทรัพย์สินเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนในทะเบียนที่ดิน ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลผู้มีชื่อในทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง"

องค์ประกอบของการนำที่ดินเข้าทะเบียนนั้น มีอยู่ 3 ประการ คือ

ประการแรก ต้องมีชื่อของเจ้าของที่ดิน ที่อยู่อาศัย

ประการที่ 2 จะต้องบอกตำแหน่งที่ตั้งของที่ดินให้ชัดเจน ซึ่ง น.ส.3
 ธรรมดาเป็นการออกโดยใช้แผนที่รูปลอย ไม่สามารถบอกตำแหน่งอย่างชัดเจนได้ ส่วน
 น.ส.3 ก. ซึ่งมีการใช้ภาพถ่ายทางอากาศสามารถบอกได้ว่าที่ดินติดกับอะไร เรื่องตำแหน่งจึง
 เป็นเรื่องที่สำคัญ

ประการที่ 3 คิดว่าจะต้องแจ้งรายการการจดทะเบียนให้ปรากฏว่ามีที่มา
 อย่างไร

ซึ่งแนวคิดตรงนี้ยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาออกมายืนยัน ยังคงใช้มาตรการเก่า⁴⁸
 สำหรับ ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ อดีตประธานศาลฎีกา ได้ให้สัมภาษณ์ใน
 การที่กรมที่ดินครบรอบ 84 ปี ว่า "ผมอ่านฎีกาอยู่ฎีกาหนึ่ง ฎีกาปี 18,19 อะไรนี้ครับ
 เกี่ยวกับ มาตรา 1299 นี้แหละครับ ศาลฎีกาบอกว่า น.ส. 3 นั้นมิใช่หลักฐานทางทะเบียน
 กรรมสิทธิ์ จะนำไปใช้ไม่ได้ ซึ่งผมยังสอนนักเรียนว่า มาตรา 1299 ไม่ได้พูดถึงกรรมสิทธิ์
 พูดถึงทรัพย์สินที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ และที่ดินนี้เป็นทรัพย์สินใช้ไหมก็ใช่ สิทธิครอบครอง
 เป็นทรัพย์สินใช้ไหม ก็ใช่ ผมว่ามันน่าจะใช้ได้ แต่ศาลฎีกาก็ไม่ยอมรับว่า น.ส.3 เป็น
 หลักฐานทางทะเบียนเหมือนกรรมสิทธิ์ เขาไปแปลมาตรา 1299 ว่า จะต้องเป็นทะเบียน
 เฉพาะกรรมสิทธิ์เท่านั้น...แต่ความเห็นส่วนตัวผมเห็นว่า น.ส.3 ก็ดี หรือโฉนดที่ดินก็ดีน่าจะ
 เป็นหลักฐานทางทะเบียนเหมือนกัน"⁴⁹

⁴⁸ศิริ เกวลินสฤกษ์ดี, ที่ดินมือเปล่า บัญหากฎหมาย/ทางแก้, หน้า 22.

⁴⁹บัญญัติ สุชีวะ, บทสัมภาษณ์ ประธานศาลฎีกา (บัญญัติ สุชีวะ), วารสารกรม
 ที่ดินครบรอบ 84 ปี, หน้า 42.

คุณครุชิต สัตยะ ศิริจันทร์ พนักงานเจ้าหน้าที่กรมที่ดิน ได้ให้ความเห็นในบทความเรื่อง น.ส.3 เป็นหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือไม่ หน้า 10 ว่า "หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) เป็นหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน เพราะกฎหมายที่ดินเป็นกฎหมายพิเศษ ยกเว้นกฎหมายทั่วไปและ โดยเฉพาะหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) ก็ได้ระบุอยู่ในประมวลกฎหมายที่ดิน หมวดว่าด้วยการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน และความหมายของคำว่า "สิทธิในที่ดิน" ตามที่มีในคำนิยาม มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน หมายความว่า กรรมสิทธิ์และให้หมายความรวมถึงสิทธิครอบครองด้วย หนังสือสำคัญที่ทางราชการออกให้แก่ราษฎรก็เพื่อเป็นหลักฐานแสดงว่า ราษฎรมีสิทธิในที่ดินนั้น และหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 อย่าง คือ

1. หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งได้แก่ โฉนดที่ดิน โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า "ได้ทำประโยชน์แล้ว"
2. หนังสือแสดงสิทธิครอบครองที่ดิน ซึ่งได้แก่ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) ใบจอง เป็นต้น เพราะถือว่าเป็นหนังสือซึ่งทางราชการออกให้กับผู้มีสิทธิในที่ดินภายหลังจากทางราชการได้ทำการสอบสวนสิทธิและการทำประโยชน์ของผู้ขอออกหนังสือสำคัญเหล่านั้นแล้วว่าป็นอยู่จริง จึงได้ออกใบให้

กล่าวได้ว่า หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) ที่ทางราชการให้แก่ผู้มีสิทธิในที่ดิน เป็นหลักฐานแสดงว่าผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ มีสิทธิครอบครองตามความหมายของประมวลกฎหมายที่ดิน แต่ผลต่อมาภายหลังผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์จะมีสิทธิครอบครองในที่ดินนั้นหรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับลักษณะการครอบครองที่ดินตามหลักการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะผู้มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) ก็อาจถูกบุคคลอื่นแย่งการครอบครองที่ดินนั้นก็ได้ ซึ่งก็ต้องว่ากันตามข้อเท็จจริงไป เพราะแม้หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน คือโฉนดที่ดินผู้มีชื่อถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นหาจะต้องเป็นเจ้าของที่ดินทุกกรณีไม่ อาจถูกแย่งกรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์ ตามประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 ได้เช่นกัน⁵⁰

ด้วยความเคารพโดยความคิดส่วนตัวของผู้เขียนแล้ว เห็นว่าที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไม่ว่าที่ดินที่มีทะเบียนตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นที่ดินประเภท น.ส.3 หรือน.ส.3 ก. ทั้งนี้เพราะที่ดินดังกล่าวเป็นที่ดินที่เพียงสิทธิครอบครองเท่านั้น ซึ่งพื้นฐานของระบบทะเบียนที่ดินของไทยเราได้รับแบบอย่างมาจากระบบทะเบียนแบบทอร์เร็นส์ ตั้งแต่ในสมัยรัชกาลที่ 5 ดังนั้นแม้ว่าที่ดินประเภท น.ส.3 ก. จะถือว่าได้นำที่ดินเข้าสู่ทะเบียนแล้ว กล่าวคือครอบงำประกอบ 3 ประการได้แก่

- 1) มีชื่อเจ้าของที่ดิน
- 2) มีการบอกตำแหน่งที่ดินได้ชัดเจน โดยการถ่ายภาพถ่ายทางอากาศ และ
- 3) มีการจดทะเบียนการจดทะเบียนให้ปรากฏ

แต่หลักสำคัญของระบบทะเบียนยังประกอบด้วยสิทธิเด็ดขาดในความเป็นเจ้าของ ซึ่งอย่าลืมน่าระบบทะเบียนของต่างประเทศนั้น หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่รัฐออกมา จะเป็นเอกสารสิทธิที่แสดงว่าผู้เป็นเจ้าของเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นทั้งสิ้น เช่นโฉนด แต่จะไม่มี การออกเอกสารสิทธิประเภทอื่น ๆ เหมือนอย่างกับไทยเขา เช่น น.ส.3, น.ส.3 ก. ส.ค.1 หรือใบเทียบยา เป็นต้น และการที่เจ้าของที่ดินนำเอกสารสิทธินั้นไปจดทะเบียน ก็ถือว่าเป็น การจดทะเบียนทรัพย์สิน ในขณะที่ของไทยการที่ได้นำ น.ส.3 ก. ไปจดทะเบียนจะเป็นกรณี การจดทะเบียนนิติกรรมซึ่งทำให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินไม่ใช่เป็นการจดทะเบียนทรัพย์สินโดยตรง

⁵⁰ วรรชิต สัตยะ ศิริจันทร์, น.ส. 3 เป็นหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือไม่, วารสารที่ดิน ปีที่ 28 ฉบับที่ 5, หน้า 10.

นอกจากนี้ การที่ถือว่าที่ดินประเภท น.ส.3 ก. หรือ น.ส. 3. เป็นที่ดินที่มี ทะเบียนแล้วย่อมทำให้หลักการของทะเบียนไม่มีเสถียรภาพหรือความมั่นคงด้วย เพราะเมื่อเป็นที่ดินที่เจ้าของมีเพียงสิทธิครอบครองแล้ว ผู้เป็นเจ้าของที่ดินย่อมสูญเสียสิทธิในที่ดินได้ง่าย ไม่ว่า เพราะเหตุการณ์สละการครอบครอง หรือการแย่งการครอบครอง ซึ่งความไม่มั่นคงนี้เองย่อมก่อให้เกิดปัญหาให้กับระบบทะเบียนที่ดิน ประกอบกับมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินได้ให้คำนิยามว่า หนังสือรับรองการทำประโยชน์ หมายความว่า หนังสือรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้ทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว

ดังนั้น เมื่อที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 หรือ น.ส.3 ก.) ไม่เป็นที่ดินที่มีทะเบียนแล้ว ย่อมสามารถโอนได้ 2 วิธี กล่าวคือ โอนโดยการส่งมอบให้แก่ผู้รับโอนวิธีหนึ่ง และโอนโดยการทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้อีกวิธีหนึ่ง แต่เมื่อกรมที่ดินมีวัตถุประสงค์ควบคุมการครอบครองที่ดิน จึงได้เพิ่มมาตรา 4 ทวิ ขึ้น ซึ่งบัญญัติว่า "นับตั้งแต่วันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินซึ่งมีโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่" เพื่อให้การโอนที่ดิน น.ส.3 สามารถโอนได้โดยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพียงวิธีเดียวเท่านั้น

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์สามารถกระทำการโอนด้วยวิธีการส่งมอบตามมาตรา 1378 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้อีกวิธีหนึ่ง แม้จะมีบทบัญญัติของมาตรา 4 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดินที่บัญญัติไว้ชัดเจนว่า การโอนสิทธิครอบครองที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตาม ทั้งนี้เพราะมาตรา 4 ทวิ เป็นการกำหนดแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อการโอนกระทำไม่ถูกต้องตามแบบย่อมตกเป็นไร้ผลตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครอง ดังนั้นการโอนสิทธิครอบครองย่อมสามารถโอนด้วยวิธีการส่งมอบได้ ซึ่งเป็นการโอนสิทธิครอบครองตามความเป็นจริง และมีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ตามมาตรา 1378

อนึ่ง การที่มีผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านให้ความเห็นว่า บทบัญญัติของมาตรา 4 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดินเป็นกฎหมายพิเศษที่ยกเว้นกฎหมายทั่วไปในเรื่องการโอนสิทธิครอบครองด้วยวิธีการส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความคิดดังกล่าว เพราะการที่จะบอกว่าบทกฎหมายใดยกเว้นหลักกฎหมายใดนั้น ควรจะเขียนไว้ให้ชัดเจน ซึ่งมาตรา 4 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดินเป็นกฎหมายคนละฉบับกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถ้าเป็นบทยกเว้นแล้วควรกำหนดให้ชัดเจนว่ายกเว้นหลักการใด และยกเว้นมากน้อยเพียงใด ดังนั้นจึงถือไม่ได้ว่าบทบัญญัติของมาตรา 4 ทวิ ได้ยกเว้นหลักการโอนสิทธิครอบครองด้วยวิธีการส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ หลักเรื่องสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งเป็นหลักกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินโดยเฉพาะจึงไม่อาจถูกยกเลิกไป เพราะเป็นกฎหมาย ซึ่งมีหลักเกณฑ์ และมีเหตุผลโดยเฉพาะ ดังนั้น เมื่อที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครอง จึงย่อมนำหลักกฎหมายเรื่องสิทธิครอบครองในประมวลกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ได้

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 4 ทวิ ได้บัญญัติซ้ำซ้อนกับหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนทรัพย์สินตาม บพพ. มาตรา 456 กล่าวคือ แม้จะมีมาตรา 4 ทวิ บัญญัติขึ้นมา แต่ก็ไม่ได้ทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในเรื่องหลักการโอนที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์แต่อย่างใด เพราะก่อนที่จะมีมาตรา 4 ทวิ กฎหมายก็กำหนดให้การโอนอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อยู่แล้วตามมาตรา 456 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นแบบ ถ้าฝ่าฝืนเป็นโมฆะ ทั้งนี้ ผู้โอนและผู้รับโอนย่อมทำการโอนได้ด้วยวิธีการส่งมอบตามหลักเรื่องสิทธิครอบครองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เช่นกัน ดังนั้นเพื่อเป็นการยุติความขัดแย้งในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างศาลฎีกากับพนักงานที่ดินไม่ให้มีต่อไป ผู้เขียนจึงใคร่ขอเสนอให้แก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 4 ทวิ โดยบัญญัติให้ชัดเจนขึ้น

สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการโอนที่ดินซึ่งมี น.ส.3 กระทำได้ 2 วิธี เช่น ผู้ขายมอบที่ดินให้ผู้ซื้อซึ่งถือว่าสมบูรณ์โดยการส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1378 แล้ว ต่อมาผู้ขายนำ น.ส.3 นั้นไปขายให้บุคคลอีกคนหนึ่งโดยทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งจะเกิดปัญหาว่าผู้ใดมีสิทธิดีกว่ากัน ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้

รับโอนที่ได้ครอบครองที่ดินที่พิพาทย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้รับโอนที่ได้จากการจดทะเบียน เพราะที่ดินที่ มีน.ส.3 เป็นที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครอง ซึ่งกฎหมายให้ถือว่าผู้ใดครอบครองผู้นั้นเป็นเจ้าของ ตามมาตรา 1367 ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2673/2519 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1373 มุ่งบัญญัติถึงสิทธิครอบครองในที่ดินซึ่งได้มีการออกโฉนดเป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้หนึ่งผู้ใดแล้ว หนังสือรับรองการทำงานประโยชน์หาใช่หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินทางทะเบียนดังเช่นโฉนดที่ดิน ไม่เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยมิได้เป็นฝ่ายครอบครองทำงานประโยชน์ในที่ดินพิพาท แม้จะอ้างว่า ได้รับหนังสือรับรองการทำงานประโยชน์สำหรับที่ดินพิพาทก็ตาม จะใช้ยันกับโจทก์ซึ่งได้ครอบครอง ทำงานประโยชน์ในที่ดินพิพาทตลอดมาหาได้ไม่

3.3 การขยายระยะเวลาการแย่งการครอบครองที่ดินมือเปล่า

อนึ่ง ยังมีประเด็นทางกฎหมายอีกประเด็นหนึ่งที่ยังเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ในปัจจุบันเกี่ยวกับที่ดินมือเปล่า ซึ่งนำไปสู่ปัญหามาตรการของรัฐที่จะคุ้มครองประชาชนผู้เป็นเจ้าของที่ดินมือเปล่า ยังมีไม่เพียงพอ ได้แก่ระยะเวลาการฟ้องเอาการครอบครองคืนจากผู้แย่งการครอบครอง ตามมาตรา 1375 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าผู้ครอบครองถูกแย่งการครอบครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายไซ้ ท่านว่าผู้ครอบครองมีสิทธิจะไต่สวนซึ่งการครอบครองไว้ แต่อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าว ซึ่งจะเป็นเหตุให้เรียกคืนจากผู้ครอบครองได้"

การฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการครอบครองนั้น ท่านว่าต้องฟ้องภายในปีหนึ่ง นับแต่เวลาถูกแย่งการครอบครอง"

ทั้งนี้เพราะระยะเวลาที่กำหนดไว้เพียง 1 ปี เป็นระยะที่สั้นมาก ซึ่งผิดกับผู้เป็นเจ้าของที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์โดยมีโฉนดที่ดินแล้ว มีสิทธิฟ้องเรียกที่ดินคืนเมื่อใดก็ได้ไม่มีกำหนดอายุความ เว้นเสียแต่ผู้ที่แย่งที่ดินนั้นจะได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยการครอบครองปรักภู่ ตามมาตรา 1382 ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างเจ้าของที่ดินซึ่งมีเพียงสิทธิครอบครอง

กับเจ้าของที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ เพราะเมื่อเป็นเจ้าของที่ดินด้วยกันหลักเกณฑ์ในการฟ้องเรียกเอาที่ดินคืนเมื่อมีการแย่งที่ดินไป น่าจะเป็นอย่างเดียวกัน ซึ่งการที่ผู้ถือครองที่ดินมือเปล่าเสียสิทธิได้ง่ายนี้เอง ถือเป็นข้อบกพร่องในแง่การให้ความคุ้มครองของรัฐ และความมั่นคงของเอกสาร สิทธิในที่ดิน โดยเฉพาะเอกสารสิทธิประเภท น.ส.3 หรือ น.ส.3 ก. ที่เราพยายามจะยกฐานะให้เท่าโฉนด แต่ถ้าเสียสิทธิได้ง่ายแล้ว เอกสารสิทธิดังกล่าวก็ไม่มีมีความสำคัญอะไร เพราะฐานะทางกฎหมายต่างกับโฉนดมาก

อย่างไรก็ตามผู้คุณวุฒิบางท่านให้เหตุผลเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องเรียกการครอบครองของผู้เป็นเจ้าของที่ดินมือเปล่าที่น่าสนใจ คือ ดร.สุทธิพร จีระพันธุ์ เลขาธิการสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม ซึ่งท่านได้แสดงความเห็นไว้ในบทความเรื่องนโยบาย ปัญหา และแนวทางแก้ไขการสูญเสียที่ดินมือเปล่า ว่า

"ที่ดินมือเปล่า" เป็นสิ่งที่ควบคู่กับ "สิทธิครอบครอง" เช่นเดียวกับ "โฉนด" เป็นสิ่งที่ควบคู่กับ "กรรมสิทธิ์" เพราะที่ดินมือเปล่า เจ้าของที่ดินจะต้องครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินเป็นระยะเวลาต่อเนื่องกัน หากปล่อยที่ดินทิ้งร้าง เมื่อมีผู้อื่นเข้าแย่งการครอบครองเกิน 1 ปี ก็อาจสูญเสียสิทธิครอบครองในที่ดินนั้นได้ ไม่เหมือนกับโฉนดที่ดิน ซึ่งต้องครอบครองถึง 10 ปี เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องจากนโยบายของรัฐไม่ต้องการที่จะให้ราษฎรทอดทิ้งที่ดินมือเปล่าไว้เฉยๆไม่ได้ทำประโยชน์ หรือครอบครองที่ดินนั้นไว้แต่ชานาม การสูญเสียสิทธิในที่ดินหรือการถูกแย่งการครอบครองที่ดินมือเปล่า ในกรณีนี้ จึงเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องการให้เกิดขึ้น"⁵¹

⁵¹สุทธิพร จีระพันธุ์, นโยบาย ปัญหา และแนวทางแก้ไขการสูญเสียที่ดินมือเปล่า, เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่องที่ดินมือเปล่า ปัญหากฎหมายและการแก้ไข, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 17 ตุลาคม 2538, (อัดสำเนา)

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับประเด็นนี้ในบทความเรื่อง "ที่ดินมือเปล่า" หน้า 129 ว่า "ควรแก้ไขกำหนดเวลาในการฟ้องเอาคืนที่ดินมือเปล่าให้นานกว่า 1 ปี ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1375 เช่น อาจจะแก้ไขวรรคสองของมาตรานี้ โดยเติมข้อความ "...แต่ถ้าเป็นการฟ้องเอาคืนซึ่งที่ดินที่ยังไม่มีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน ต้องฟ้องภายในห้าปีนับแต่เวลาถูกแย่งการครอบครอง" สำหรับกำหนดเวลานั้นอาจจะสั้นหรือยาวกว่า 5 ปีก็ได้ สุดแล้วแต่ความเหมาะสม แต่ควรจะไม่ต้องต่ำกว่า 3 ปี การแก้ปัญหาวินิจฉัยจะช่วยให้ผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินมือเปล่าไม่สูญเสียที่ดินของตนไปโดยง่าย เพราะส่วนใหญ่ของผู้เป็นเจ้าของที่ดินมือเปล่านั้น มักจะเป็นคนยากจน ไม่ค่อยรู้กฎหมาย จึงไม่สามารถแก้ปัญหาได้ทัน เมื่อถูกแย่งการครอบครองที่ดินของตนเช่น เมื่อถูกแย่งการครอบครองที่ดิน ก็อาจจะแจ้งให้ผู้ใหญ่บ้าน กำนัน หรือพนักงานตำรวจทราบโดยคิดว่าเพียงพอแล้ว แต่ตามกฎหมายจะต้องฟ้องคดีภายใน 1 ปี นับแต่เวลาถูกแย่งการครอบครองมิใช่แจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ภายใน 1 ปีแล้วจะฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ หรือเมื่อถูกแย่งการครอบครองที่ดิน ตนเองไม่มีเงินพอจะหาทนายความฟ้องคดีได้ หรือไม่รู้ว่าจะต้องฟ้องคดีภายใน 1 ปีนับตั้งแต่เวลาถูกแย่งการครอบครอง จึงไม่สามารถฟ้องคดีได้ภายในกำหนด เป็นเหตุให้แพคดีไปโดยง่าย มีบางท่านเห็นว่าถ้าแก้ไขกำหนดเวลาในการฟ้องเรียกที่ดินมือเปล่าคืนให้นานเกิน 1 ปี จะทำให้คนยากจนเสียเปรียบเพราะเจ้าของที่ดินมือเปล่าที่เป็นนายทุนนั้นมีเวลานานขึ้นในการฟ้องเรียกที่ดินคืน ทำให้คนยากจนมีโอกาสจะได้ที่ดินที่แย่งการครอบครองมาเป็นของตนนั้นน้อยลง ความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ คดีที่เข้าสู่ศาลยุติธรรมกลับตรงกันข้าม ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องคนยากจนซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินมือเปล่าฟ้องผู้บุกรุกหรือผู้แย่งการครอบครองที่ดิน ซึ่งเป็นผู้มีอิทธิพลหรือเป็นนายทุนหรือคนยากจนฟ้องคนยากจนด้วยกัน คดีที่ผู้มีอิทธิพล หรือนายทุนจะฟ้องคนยากจนว่าบุกรุกหรือแย่งการครอบครองที่ดินของผู้มีอิทธิพลหรือนายทุน นั้นมีน้อยมาก ฉะนั้นการแก้กำหนดเวลาในการฟ้องเรียกที่ดินมือเปล่าคืนให้นานขึ้นย่อมจะเป็นประโยชน์แก่คนยากจนยิ่งกว่า"⁵²

⁵²บัญญัติ สุชีวะ, ที่ดินมือเปล่า, เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่องที่ดินมือเปล่า ปัญหากฎหมายและการแก้ไข, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 17 ตุลาคม 2538, หน้า 129 (อัดสำเนา)

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า แม้รัฐจะมีนโยบายไม่ต้องการให้ราษฎรทอดทิ้งที่ดินมือเปล่าไว้โดยไม่ทำประโยชน์ จึงได้กำหนดให้มีการสูญเสียสิทธิในที่ดินหรือการถูกแย่งการครอบครอง แต่นโยบายของรัฐ ก็ควรมีมาตรการในการคุ้มครองผู้ถือครองที่ดินดังกล่าวด้วย เพราะที่ผ่านมารัฐได้ละเลยในจุดนี้ ซึ่งการที่รัฐออกเอกสารสิทธิให้กับผู้ทำประโยชน์ ถือว่ารัฐเป็นผู้รับรองบุคคลนั้นเบื้องต้นแล้วว่า เขาเป็นเจ้าของที่ดินมือเปล่าแปลงนั้น แม้สิทธิของผู้เป็นเจ้าของจะไม่เท่ากับเจ้าของที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ก็ตามแต่ทั้งนี้ก็เป็นความคิดของรัฐเองที่ไม่สามารถออกหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ให้กับผู้เป็นเจ้าของที่ดินมือเปล่าแปลงนั้น ซึ่งการที่รัฐไม่สามารถให้สิทธิของผู้เป็นเจ้าของที่ดินมือเปล่าเท่าเทียมกับเจ้าของที่ดินมีกรรมสิทธิ์หรือการที่รัฐไม่สามารถออกหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ คือ โฉนดให้กับบุคคลเหล่านั้นได้ หรือการที่รัฐไม่สามารถยกฐานะของเอกสารสิทธิบางประเภท เช่น น.ส.3 ก. ให้มีฐานะเท่าโฉนดได้ สิ่งเหล่านี้เป็นความคิดและความบกพร่องของรัฐทั้งสิ้น ดังนั้น รัฐจึงควรมีนโยบายคุ้มครองบุคคลผู้ถือครองที่ดินมือเปล่าเหล่านี้ด้วย โดยการขยายระยะเวลาการฟ้องเอาการครอบครองคืนจากผู้แย่งการครอบครองออกไปอีก

สำหรับนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการป้องกันไม่ให้นำราษฎรทอดทิ้งที่ดินมือเปล่าไว้โดยไม่ทำประโยชน์นั้น ในปัจจุบันเรามีกฎหมายกำหนดไว้อยู่แล้ว ในมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งระบุว่าหากมีการปล่อยที่ดินรกร้างเปล่าเกิน 5 ปี อธิบดีก็สามารถร้องขอให้มีการถอนหนังสือแสดงสิทธิ ซึ่งกฎหมายมาตรานี้ใช้มาตั้งแต่ปี 2515 ซึ่งปัจจุบันก็ยังไม่สามารถดำเนินการได้⁵³ ถือว่าเป็นความล้มเหลวของกฎหมายที่ไม่มีสภาพบังคับ

⁵³ศิริ เกลวสินสฤกษ์ดี, ที่ดินมือเปล่า ปัญหากฎหมาย/ทางแก้, หนังสือพิมพ์
ฐานเศรษฐกิจ ปีที่ 15 ฉบับที่ 941 วันที่ 1-3 พฤศจิกายน 2538, หน้า 22.

4) การลดภาระหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ดินโดยการนำทนายความหรือผู้ได้รับใบอนุญาตจากกรมที่ดินให้เข้ามามีส่วนร่วมในระบบการจดทะเบียน

การที่เจ้าพนักงานที่ดินมีภาระหน้าที่มากเกินไป โดยทำหน้าที่เป็นทั้งพนักงานสอบสวน และพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนในคราวเดียวกัน ทำให้การพิจารณา และการตรวจสอบการทำงานในแต่ละขั้นตอนมีเวลาน้อย และกระชั้นชิดประกอบกับเนื้องานในแต่ละวันนับวันจะมีแต่สูงขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งความผิดพลาดในการทำงานย่อมเกิดขึ้นได้ง่ายพนักงานเจ้าหน้าที่เหล่านี้ต้องเสี่ยงต่อการถูกฟ้องให้รับผิดชอบทั้งทางแพ่ง และทางอาญา ทั้ง ๆ ที่ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต จึงทำให้เกิดความวิตกกังวลอยู่ตลอดเวลา และทำให้การปฏิบัติงานมุ่งป้องกันตนเองเป็นหลัก จึงปฏิบัติงานด้วยความเข้มงวดกวัดจั้นต่อระเบียบมากเกินไป โดยไม่เลือกวิธีผ่อนสั้นผ่อนยาวให้โดยไม่เสียหาย บางอย่างไปเคร่งอยู่ว่าต้องอย่างนั้นอย่างนี้อะไรนิดหน่อย ผิดจากระเบียบก็ทำให้ไม่ได้ ซึ่งบางอย่างอาจผิดไปแต่ถ้าวิเคราะห์แล้ว การกระทำดังกล่าวก็ไม่นอกกฎเกณฑ์ แต่จะผลกระทบโดยการหารีอกรมที่ดินเพื่อเป็นผู้ตัดสินใจซึ่งต้องใช้ระยะเวลาเป็นเดือน ดังนั้น การแบ่งเบาภาระหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่ออำนวยความสะดวก และลดขั้นตอนการทำงานให้น้อยลง ย่อมทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีเวลาเพิ่มขึ้นในการพิจารณาสั่งงานซึ่งทำให้ความผิดพลาดย่อมน้อยลง ทั้งนี้วิธีการจดทะเบียนตามระบบ Torrents ที่ใช้อยู่ในประเทศออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และประเทศเพื่อนบ้านใกล้เคียง เช่น มาเลเซีย และสิงคโปร์นั้น ส่วนใหญ่แล้วผู้กรณีจะไปติดต่อสำนักงาน Solicitors เสียก่อนเพื่อให้เจ้าหน้าที่สำนักงานดังกล่าวได้ทำการตรวจสอบหลักฐานประวัติความถูกต้องของที่ดินและจัดเตรียมทำสัญญาให้เสร็จ เพื่อเป็นการถูกต้องและให้ผู้กรณีลงนามในสัญญาแล้ว สำนักงาน Solicitors จึงจะนำสัญญาดังกล่าวมาขอจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานที่ดิน⁵⁴

⁵⁴ศิริ เกวลินสถิตย์ , ปัญหาหลอกลวงและฉ้อโกงทางที่ดิน, วารสารที่ดิน ปี 26 ฉบับ 2 , หน้า 45.

4.1 การมอบหน้าที่บางส่วนในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้ผู้อื่น

คำเนิการ

4.1.1 การมอบหน้าที่ให้ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาต

1) เจ้าหน้าที่จะไม่ดำเนินการจัดทำสัญญาให้แก่คู่สัญญาอีกต่อไป และคู่สัญญาจะจัดทำสัญญากันมาเองไม่ได้ แต่จะต้องไปแจ้งทนายความหรือบุคคลที่ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินให้เป็นผู้จัดทำสัญญาเกี่ยวกับที่ดินเป็นผู้จัดทำสัญญา และดำเนินการจดทะเบียนให้

2) ทนายความและบุคคลที่ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดิน มีหน้าที่นำคำขอมีหน้าที่นำคำขอและสัญญามายื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วยตนเอง โดยให้คู่สัญญาทำหนังสือมอบอำนาจให้ทนายความ หรือผู้ได้รับอนุญาตเป็นผู้รับมอบอำนาจในการยื่นคำขอ แต่คู่สัญญายังคงเป็นผู้ลงลายมือชื่อในสัญญา และให้ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินรายนั้น เป็นผู้รับรองลายมือชื่อของผู้มอบอำนาจ โดยเจ้าหน้าที่ไม่มีหน้าที่ตรวจสอบลายเซ็นของเจ้าของที่ดินอีกต่อไป แต่ยังคงมีหน้าที่ตรวจสอบว่าหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินนั้น เป็นฉบับที่แท้จริงหรือไม่

3) กำหนดให้ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดิน มีหน้าที่ตรวจสอบและรับผิดชอบในเรื่องต่อไปนี้ คือ

3.1 ตรวจสอบว่าคู่สัญญาเป็นตัวจริงโดยตรวจสอบจากบัตรประจำตัวประชาชน ทะเบียนบ้าน และลายเซ็นเปรียบเทียบกับหลักฐานเดิมที่เก็บไว้ที่สำนักงานที่ดิน และตรวจสอบจากการสอบถามบุคคลที่รู้จักตัวคู่สัญญา

3.2 ตรวจสอบตัวที่ดินว่าตรงกับที่ระบุในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือไม่

3.3 ตรวจสอบความถูกต้องของหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน

3.4 ตรวจสอบว่าที่ดินถูกยึดหรืออายัดหรือไม่ และตรวจสอบว่าการจดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดินแปลงดังกล่าวมีข้อห้ามตามกฎหมาย หรือต้องกระทำการตามกฎหมายอื่น ๆ อีกหรือไม่ ถ้ามีก็ต้องดำเนินการให้คู่สัญญาด้วย เช่น ถ้าเป็นที่ดินที่มีการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมก็ต้องดำเนินการแจ้งให้ผู้เช่าทราบเพื่อให้ผู้เช่ามีสิทธิซื้อได้ก่อน

4) จัดเตรียมเอกสารที่จะใช้ประกอบในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมรายนั้น เช่น สำเนาทะเบียนบ้าน บัตรประชาชน การบันทึกถ้อยคำการยินยอมมาทำนิติกรรมของคู่สมรส จัดพิมพ์คำขอและสัญญา และให้คู่สัญญาลงลายมือชื่อในสัญญา และหนังสือมอบอำนาจ ตรวจสอบราคาประเมินทรัพย์สิน จัดทำเอกสารเกี่ยวกับการเสียภาษีอากรจากการขายอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งคำนวณค่าธรรมเนียม และภาษีอากร

5) การจดทะเบียนเกี่ยวกับการโอนมรดกให้ดำเนินการไปตามวิธีการที่ปฏิบัติอยู่ในขณะนี้ คือผู้รับมรดกต้องมาดำเนินการด้วยตนเอง

6) เป็นที่ปรึกษาในด้านการจัดทำสัญญา อธิบายให้คู่สัญญาทราบเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามสัญญานั้น

7) เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับคำขอที่ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินนำมายื่นด้วยตนเอง หรือส่งมาทางไปรษณีย์แล้วให้ตรวจสอบลายมือชื่อของทนายความและ เลขรหัสประจำตัวของบุคคลดังกล่าว ตรวจสอบว่าหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่ส่งมาแจ้งจดทะเบียนนั้น เป็นฉบับที่แท้จริงหรือไม่ และตรวจสอบว่าการจดทะเบียนที่ยื่นมานั้นรับกับรายการในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือไม่ เช่น จะต้องไม่เป็นการจดทะเบียนข้ามประเภท ถ้าเห็นว่าถูกต้อง ก็ให้ดำเนินการจดทะเบียนให้ตามที่ปรากฏในสัญญา โดยไม่ต้องตรวจพิสูจน์ลายเซ็นของเจ้าของที่ดินอีกและไม่ต้องรับผิดชอบหากลายเซ็นในสัญญาไม่ใช่ของเจ้าของที่ดิน เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินเป็นผู้รับผิดชอบในการตรวจสอบแล้ว และเจ้าหน้าที่ไม่มีโอกาสสอบสวนคู่สัญญาด้วยตนเอง เมื่อจดทะเบียนแล้วก็จัดส่งสัญญาและหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้รับโอนหรือบุคคลอื่น เช่น ผู้รับจ้างหรือให้แก่ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินหรือบุคคลอื่นตามที่แจ้งไว้ในคำขอ

4.1.2 การมอบหน้าที่บางส่วนให้เจ้าพนักงานอื่น

การมอบหน้าที่ลักษณะนี้จะต่างกับการมอบ ตามข้อ 4.1.1 ซึ่งเป็นการ มอบหน้าที่ให้ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินดำเนินการมากแต่การมอบอำนาจตามข้อนี้หน้าที่ส่วนใหญ่มักเกือบทั้งหมด ไม่ว่าหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวน และหน้าที่ในการจดทะเบียนยังอยู่ที่เจ้าพนักงานที่ดิน แต่หน้าที่ในการรับรองเอกสาร การจดทะเบียน ได้มอบให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่อื่น เช่น เจ้าหน้าที่ทางอำเภอ เจ้าหน้าที่ทางศาล เป็นต้น

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ อดีตประธานศาลฎีกา เคยให้สัมภาษณ์แก่กรมที่ดินเกี่ยวกับการป้องกันการปลอมหนังสือมอบอำนาจว่า "ในการนำหนังสือมอบอำนาจมาทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินทั้งหลายนั้น น่าจะกระทำต่อหน้าเจ้าหน้าที่ จะเป็นเจ้าหน้าที่อะไรก็ได้ เจ้าหน้าที่ทางศาล เจ้าหน้าที่ทางอำเภอ หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจ อะไรก็ได้ให้เจ้าหน้าที่เซ็นรับรองหนังสือมอบอำนาจก่อน"

"การทำนิติกรรมทั้งหลาย น่าจะตรวจสอบให้เรียบร้อยทุกประการ ถ้ายังสงสัยก็ให้ใช้วิธีตรวจสอบ ถ้ารีบทำไปพลีพลามไปเกิดปัญหาขึ้นมา บางทีอาจต้องรับผิดชอบ... ใบมอบอำนาจต้องให้ทำต่อหน้าเจ้าหน้าที่ คือเจ้าหน้าที่อะไรก็ได้ ไม่จำเป็นต้องระบุเป็นเจ้าหน้าที่อำเภอ ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ชั้นผู้ใหญ่หน่อยไม่ใช่กำนัน - ผู้ใหญ่บ้าน ไม่เหมาะสมตำแหน่งอาจน้อยไป อาจเป็นเจ้าหน้าที่ทางอำเภอ เจ้าหน้าที่ทางจังหวัด เจ้าหน้าที่ทางศาล เจ้าหน้าที่ตำรวจตั้งแต่ร้อยตำรวจตรีขึ้นไป ก็คงช่วยแก้ไขได้พอสมควร"

และการที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเดินทางไปทางกรมที่ดินว่า การที่ใบให้นายอำเภอรับรองถือว่ากรมที่ดินสั่งการไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย เพราะการที่เจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจสอบสวนได้ ตามมาตรา 74 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินก็จริง แต่พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องสอบสวนด้วยตนเอง การที่ใบให้คนอื่นรับรองนั้นไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งประเด็นนี้ท่านได้ให้ความเห็นว่า "อันนี้เป็นระเบียบที่วางไว้ ระเบียบอันนี้ไม่ใช่เรื่องของกฎหมาย เมื่อกฎหมายไม่ได้ห้าม ถ้ากฎหมายเขียนไว้ว่า ห้ามเจ้าหน้าที่รับรองเราก็ทำไม่ได้ กฎหมายไม่ได้ห้าม มันเป็นระเบียบ ซึ่งไม่มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายแต่อย่างใดเลยน่าจะทำได้ก็มีอยู่มากอย่างผมเคยดูกฎหมายบัญญัติว่าด้วยการโอนสัญชาติทั้งหลายที่คนต่างด้าวจะโอนสัญชาติเป็นไทย ก็มีเขียนไว้ 4 ข้อ เท่านั้นแหละคุณสมบัติตามกฎหมายมี 1,2,3,4, ที่กฎหมายเขียนไว้ แต่ตัวระเบียบวางไว้มากเหลือเกิน เขายังวางได้ ในเมื่อกฎหมายไม่ห้ามแล้ว ผมว่าเรื่องนี้ไม่ใช่เรื่องฝ่าฝืนกฎหมาย เพราะว่าการกฎหมายบอกแต่เพียงให้สืบสวนสอบสวนได้ แต่ว่าการให้คนอื่นรับรองต่อหน้าเจ้าหน้าที่ก็เป็นการสอบสวนอย่างหนึ่งเหมือนกัน แล้วก็เป็นการที่เราวางระเบียบของเราเหมือนกันเพื่อให้ได้หลักฐานแน่นอนยิ่งขึ้น ว่ามีข้อเท็จจริงมันน่าทำได้ ผม

ไม่เห็นด้วยที่กฤษฎีกาไปว่าขัดต่อกฎหมาย"55

ผู้เขียนเห็นว่าการมอบหน้าที่ในลักษณะนี้จะมีรูปแบบและลักษณะคล้ายเรนตารีพับลิค (notary public) ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งแม้จะแบ่งเบาภาระหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ดินได้น้อย แต่ก็สามารถกระทำและดำเนินการได้ในขณะนี้ เนื่องจากไม่ต้องปรับรูปแบบของการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินใหม่ทั้งหมด ซึ่งอาจเป็นเรื่องที่ยุ่งยากซับซ้อน ประกอบกับไม่ต้องแก้ไขกฎหมายใด ๆ เพราะกฎหมายในปัจจุบันไม่ได้ห้ามไว้ อยากรู้ที่ดีการมอบหน้าที่วิธีนี้จะสามารถแก้ไขปัญหาได้บางจุดเท่านั้น เช่น การปลอมเอกสาร

4.2 คุณสมบัติของทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาต

ทนายความหรือบุคคลที่จะเป็นผู้ดำเนินการจดทะเบียนแทนคู่กรณีจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดิน มีการขึ้นทะเบียนและมีหมายเลขประจำตัวซึ่งถือเป็นความลับนอกเหนือจากหมายเลขทะเบียนใบอนุญาต และต้องส่งตัวอย่างลายมือชื่อให้กรมที่ดินจัดส่งไปยังสำนักงานที่ดินทุกแห่ง และในการจัดทำสัญญาใด ๆ จะต้องอ้างหมายเลขประจำตัว และเซ็นชื่อให้คล้ายกับตัวอย่างลายมือชื่อที่ทำได้ไว้ หรือที่จะส่งมาเพิ่มเติมภายหลัง

ทั้งนี้บุคคลดังกล่าวจะต้องจบปริญญาตรีทางด้านกฎหมายเป็นอย่างต่ำ และจะต้องผ่านการทดสอบความรู้จากกรมที่ดิน จึงจะมีสิทธิได้รับใบอนุญาต (license) ให้ทำหน้าที่ดังกล่าวได้

55 บัญญัติ สุชีวะ, บทสัมภาษณ์ ประธานศาลฎีกา (บัญญัติ สุชีวะ), วารสารกรมที่ดิน ครอบรอบ 84 ปี หน้า 41-45.

4.3 ประโยชน์ที่จะได้รับและอุปสรรคในการใช้ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาต

4.3.1 ประโยชน์ที่จะได้รับ

1) โดยที่ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมในขณะนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่แต่ในสำนักงานที่ดิน และใช้วิธีการตรวจสอบพิสูจน์ว่าผู้ที่อ้างว่าเป็นเจ้าของที่ดิน เป็นเจ้าของจริงหรือไม่ โดยตรวจจากบัตรประจำตัว ลายเซ็นของเจ้าของที่ดิน ไม่ได้ออกไปตรวจสอบพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเจ้าของที่ดิน โดยการสอบถามบุคคลที่อยู่บ้านใกล้เรือนเคียงกับเจ้าของที่ดินว่าเป็นเจ้าของที่ดินจริงหรือไม่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญด้านการตรวจลายเซ็น ทำให้มีการตรวจสอบผิดพลาดอยู่บ้าง นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ก็ไม่ได้ออกไปตรวจสอบยังที่ดินที่จะทำนิติกรรมว่าเป็นที่ดินแปลงที่จะทำนิติกรรมจริงหรือไม่ และไม่ได้ออกไปตรวจสอบว่าข้ออ้างต่าง ๆ ของเจ้าของที่ดินว่าเป็นจริงหรือไม่ จึงทำให้มีการฉ้อโกงเกี่ยวกับการทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินทำให้ต้องมีการฟ้องร้องกันจำนวนมาก แต่ถ้ากำหนดให้ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้จัดทำสัญญาเกี่ยวกับที่ดินเป็นผู้จัดทำสัญญาให้ ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้จัดทำสัญญาเกี่ยวกับที่ดิน มีหน้าที่ออกไปตรวจสอบข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่กล่าวถึงข้างต้นยังสถานที่อยู่ของเจ้าของที่ดิน และที่ที่ดิน ทำให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องกว่าการดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่ในสำนักงานที่ดิน ซึ่งจะช่วยให้ป้องกันการปลอมตัวเจ้าของที่ดินการปลอมแปลงหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน และการหลอกลวงฉ้อโกงเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ได้ดีขึ้น

2) เนื่องจากพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ได้ทำหน้าที่สอบสวนคู่สัญญา และไม่ได้เป็นผู้ตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจ้าของที่ดิน หรือดำเนินการเกี่ยวกับการบันทึกถ้อยคำต่าง ๆ แต่เป็นหน้าที่ของทนายความหรือบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้จัดทำสัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นผู้จัดทำ จึงสามารถลดจำนวนข้าราชการที่ทำหน้าที่ดังกล่าวลงได้จำนวนมาก สามารถกระจายอัตราากำลังไปทำหน้าที่อื่นที่ยังขาดเจ้าหน้าที่อยู่ได้ มีผลทำให้ไม่ต้องรับข้าราชการใหม่ เป็นการรับกับนโยบายของรัฐที่ต้องการจำกัดการเพิ่มจำนวนข้าราชการได้เป็นอย่างดี และในอนาคตถ้าหากมีการจัดทำทะเบียนที่ดินโดยคอมพิวเตอร์ทั่วประเทศ และกำหนดให้ช่างรังวัดเอกชนเป็นผู้ดำเนินการรังวัดที่ดินทั้งหมด โดยให้ช่างรังวัดของกรมที่ดินมีหน้าที่เพียงตรวจสอบการรังวัด ทำให้ไม่จำเป็นต้องมีช่างรังวัดของกรมที่ดินมากเท่ากับปัจจุบัน ก็ไม่จำเป็นต้องมีสำนักงานที่ดินจำนวนมากเท่ากับปัจจุบัน แต่อาจลดลงเหลือเพียงจังหวัดละหนึ่งแห่ง หรือในกรณี

ที่เป็นจังหวัดใหญ่การเดินทางมาติดต่อกับสำนักงานที่ดินต้องใช้เวลามาก ก็ให้ตั้งสำนักงานที่ดินอีกสองสามสาขาก็พอเพียงแล้ว เพราะคู่สัญญาหรือผู้ต้องการขอรังวัดที่ดิน ไม่จำเป็นต้องมาติดต่อกับสำนักงานที่ดินอีกต่อไป แต่จะมีนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้จัดทำสัญญาเกี่ยวกับที่ดิน และช่างรังวัดเอกชนเท่านั้นที่ไปติดต่อกับสำนักงานที่ดินให้ ซึ่งจะสามารถลดงบประมาณด้านการก่อสร้างและซ่อมแซมสำนักงานที่ดินและงบประมาณด้านเงินเดือนของช่างรังวัดของกรมที่ดินได้อีก

3) ลดการทุจริตและประพฤตินิยมขบถอันเนื่องจากการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของเจ้าหน้าที่กรมที่ดินลงได้มาก เพราะคู่สัญญาไม่ได้มาติดต่อกับเจ้าหน้าที่โดยตรง และมีผลทำให้ลดค่าเสียหายที่เจ้าหน้าที่และกรมที่ดินต้องชดเชยให้แก่ผู้เสียหาย อันเนื่องจากการจดทะเบียนโดยผิดพลาด เพราะเจ้าหน้าที่ไม่ได้ทำหน้าที่ตรวจสอบว่าผู้ขอจดทะเบียนเป็นตัวเจ้าของที่ดินหรือไม่อีกต่อไป

4.3.2 อุปสรรคและผลเสีย

1) คู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างนายความหรือบุคคลที่ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินให้เป็นผู้จัดทำสัญญาและดำเนินการจดทะเบียนให้ ทำให้เสียค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมมากกว่าปัจจุบัน ซึ่งเรื่องนี้สามารถแก้ไขปัญหามาได้โดยการลดค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนลง เนื่องจากการดำเนินงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ลดลงแล้ว

2) คู่สัญญาต้องเสียเวลาไปติดต่อหาผู้ทำสัญญาให้ตน ในบางท้องที่โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระยะเริ่มต้นของการนำหลักการนี้มาใช้ คู่สัญญาอาจไม่รู้ว่าในท้องที่นั้นมีผู้ใดบ้างที่ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้จัดทำสัญญาเกี่ยวกับที่ดินได้ หรือในกรณีที่อยู่ แต่เมื่อเดินทางไปติดต่อให้ทำสัญญาให้ ก็อาจไม่พบตัว ทำให้ต้องเดินทางไปติดต่อหลายครั้งอย่างไรก็ดีปัญหานี้จะเกิดขึ้นในระยะเริ่มต้นที่มีการนำระบบนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดิน มาใช้ใหม่ ๆ เท่านั้น เมื่อเวลาผ่านไปประชาชนจะเริ่มคุ้นเคยรวมทั้งมีนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตเพิ่มปริมาณขึ้นเรื่อย ๆ

3) การกำหนดค่าที่นายความหรือผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินให้เป็นผู้ดำเนินการจดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดิน เป็นผู้รับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายในกรณีที่ตรวจสอบ

ผิดพลาด ทำให้คู่สัญญาไม่ได้รับการประกันว่าจะได้รับการชดเชยค่าเสียหายเท่ากับที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เนื่องจากผู้ทำสัญญาให้ตนอาจไม่มีทรัพย์สินพอที่จะชดเชยค่าเสียหายให้ได้ ซึ่งในระบบปัจจุบันกรมที่ดินเป็นผู้รับผิดชอบ จึงสามารถชดเชยค่าเสียหายให้ได้ไม่จำกัดวงเงิน

ดังนั้น เพื่อให้ทนายความหรือบุคคลผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินสามารถชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ว่าจ้างในกรณีที่เกิดการผิดพลาด จึงต้องกำหนดให้มีกองทุนผู้ประกอบการวิชาชีพเกี่ยวกับการจดทะเบียน (Professional indemnity insurance) โดยเรียกเก็บเงินเข้ากองทุนจากผู้ได้รับอนุญาตตั้งแต่เมื่อได้รับอนุญาต และให้เรียกเก็บเพิ่มเติมเป็นรายปี กองทุนนี้ให้นำไปชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ว่าจ้างได้ในกรณีที่ทนายหรือผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินถูกฟ้องแล้วไม่มีทรัพย์สินจะชดเชยได้เพียงพอ เมื่อนำเงินกองทุนไปชดเชยให้แล้วให้ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตที่เป็นต้นเหตุให้เกิดความเสียหาย นำเงินมาชดเชยคืนให้แก่กองทุน นอกจากนี้ให้ทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตจากกรมที่ดินทำการประกันภัยที่อาจจะเกิดขึ้นจากการจัดทำสัญญาผิดพลาด (Title insurance) เหมือนอย่างระบบของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีหลักการว่าให้บริษัทชดเชยให้เฉพาะกรณีประมาณเงินเลขเท่านั้นถ้าเป็นการทำผิดโดยจงใจหรือทุจริตบริษัทประกันภัยไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เสียหาย