

บทที่ 2

ที่มาและเหตุของการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรอง
การทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การศึกษาที่มาและเหตุของการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรอง
การทำประโยชน์ จำเป็นต้องศึกษาหลักการทะเบียนที่ดินตามหลักกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่ง
ใช้ระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์อันเป็นรากฐานของระบบทะเบียนที่ดินของไทย แล้วนำมา
วิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อจะได้เข้าใจที่มาและเหตุของการเพิกถอนหรือแก้ไขได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น

2.1 หลักการทั่วไปของระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์

ระบบทะเบียนที่ดินที่นิยมใช้ในปัจจุบันมีอยู่ 2 ระบบ คือ ระบบจดทะเบียนหนังสือ
กรมธรรม์ (Registration of Deeds) หรือนิยมเรียกสั้น ๆ ว่า ระบบดีด (Deeds System)
หรือบางครั้งเรียกว่าระบบการจดทะเบียนแบบรับประกัน (Registration of Assurances) หรือ
ระบบการจดทะเบียนเอกสาร (Registration of Instruments) กับระบบการจดทะเบียนหนังสือ
แสดงสิทธิในที่ดิน (Registration of Title) หรือการได้ทรัพย์สินโดยการจดทะเบียน (Title
by Registration) แต่นิยมเรียกว่า ระบบทอร์เรนส์ (Torrens System) ตามชื่อของผู้ริเริ่มคือ
Sir Robert Richard Torrens ชาวไอร์แลนด์ โดยได้มีการนำไปใช้ครั้งแรกในรัฐ South
Australia ประเทศออสเตรเลีย เมื่อปี ค.ศ. 1858¹ และได้แผ่ขยายไปทั่วทุกรัฐของประเทศ
ออสเตรเลีย คือ รัฐ Queensland ในปี ค.ศ. 1861 รัฐ Tasmania, Victoria และ New South
Wales ในปี ค.ศ. 1862 รัฐ Western Australia ในปี ค.ศ. 1874 ตลอดจนประเทศต่าง ๆ อย่าง
แพร่หลาย เช่น ประเทศ New Zealand ในปี ค.ศ. 1870² ประเทศตูนีส ปี ค.ศ. 1885 คองโก
ในปี ค.ศ. 1886 เซเนกัล ชูदान และไอวอรีโคสต์ ในปี ค.ศ. 1906 โมร็อกโก ในปี ค.ศ. 1912
ซีเรีย ในปี ค.ศ. 1921³ ประเทศแคนาดา ในปี ค.ศ. 1885 บางรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี

¹Simpson, Stanhope Rowton, Land Law and Registration (Great Britain:
William Clowes & Sons, 1976), p. 68.

²*Ibid.* p.71.

³*Ibid.* pp.84-85.

ค.ศ. 1895⁴ นอกจากนี้ยังนำไปใช้ในประเทศต่าง ๆ อีกมากมาย ได้แก่ ประเทศฟิลิปปินส์ ซาอุดีอาระเบีย บรูไน เคนยา อุกันดา ตรินิแดดแอนด์โตเบโก จาไมกา ฮอนดูรัส เป็นต้น⁵ สำหรับประเทศทางแถบเอเชีย ก็มีการนำเข้ามาใช้อย่างแพร่หลายเช่นกันไม่ว่าจะเป็นประเทศมาเลเซีย ในปี ค.ศ. 1879⁶ ประเทศสิงคโปร์ ในปี ค.ศ. 1956⁷ เป็นต้น ส่วนประเทศไทยได้นำระบบทะเบียนที่ดินแบบ ทอร์เรนส์มาใช้ในสมัยรัชกาลที่ 5 โดยแต่ละประเทศก็ได้นำไปปรับปรุงใช้ให้เหมาะสมกับประเทศของตน

มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง⁸ ได้อธิบายถึงหลักการสำคัญในระบบทะเบียนที่ดินแบบ ทอร์เรนส์ (Torrens System) ไว้อย่างน่าสนใจ ดังนี้

1. ถ้อยคำทะเบียนที่ดินเป็นหลักในการแสดงสิทธิในที่ดิน (...the essential distinctive ingredient of registration of title is that title to interests in land depends on what the register shows...) ที่ดินแปลงหนึ่ง ๆ จะมีทะเบียนที่ดินของตนเอง ในทะเบียนจะแสดงสาระสำคัญสามประการซึ่งอาจแยกออกเป็นส่วน ๆ โดยชัดเจนหรือไม่แยก โดยชัดเจนก็ได้ สาระสามประการนี้ ได้แก่

(1) ส่วนตัวที่ดิน (Property Section) เป็นส่วนที่แสดงว่าที่ดินนั้น ตั้งอยู่ที่ใด มีเนื้อที่และแนวเขตเท่าใด ซึ่งต้องทำการรังวัดหรือกำหนดตำแหน่งโดยวิธีอื่นก็ได้ เช่น ใช้แผนที่รูปถ่ายทางอากาศ เมื่อได้ทำการรังวัดหรือกำหนดตำแหน่งที่ดินแล้ว ปกติจะจำลองรูปแผนที่ที่ดินนั้นไว้ในทะเบียนและในหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย (Certificate of Title) นอกจากนี้จะกำหนดตำแหน่งตัวที่ดินแล้ว ยังกำหนดว่าสิทธิในที่ดินแปลงนั้นเป็นสิทธิแบบใด เช่น แบบ Absolute (กรรมสิทธิ์เด็ดขาด เช่น กรรมสิทธิ์ที่ได้จากการจดทะเบียนที่ดิน), Qualified or Possessory Title (กรรมสิทธิ์โดยมีเงื่อนไขหรือกรรมสิทธิ์ที่ได้จากการครอบครองปรปักษ์),

⁴ *Ibid.* p.87.

⁵ *Ibid.* p.77.

⁶ Ahmad Fauzi Nordin, "Cadastral Template - Country Data", <<http://www.geo21.ch/cadastraltemplate/countrydata/my.htm> - 66k>, 30 April 2003.

⁷ WJM Ricquier, Singapore Law Series – Land Law, (Singapore: Butterworths, 1985), pp. 125-126.

⁸ วสันต์ กิจบำรุง, "ระบบทะเบียนที่ดิน", วารสารที่ดิน ปีที่ 31 ฉบับที่ 2, น. 22-28 (มีนาคม-เมษายน, 2528).

Fully Warranted Title (กรรมสิทธิ์ที่ได้รับการรับรองหรือรับประกันอย่างสมบูรณ์), Unqualified Title (กรรมสิทธิ์โดยไม่มีเงื่อนไข), Limited Title (กรรมสิทธิ์ที่ถูกจำกัด)

(2) ส่วนผู้ถือสิทธิในที่ดิน (Proprietorship Section) จะบอกชื่อผู้มืสิทธิในที่ดินและที่อยู่ไว้ด้วย

(3) ส่วนที่แสดงสิทธิหรือภาระต่าง ๆ ที่ติดไปกับที่ดิน (Incumbrances Section หรือ Incumbraneces Section) เช่น ภาระจำยอม จำนอง เช่า โดยหลักการแล้วส่วนนี้จะต้องแสดงไว้ให้ครบถ้วนที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วไม่อาจทำได้ครบถ้วนเพราะสิทธิเหล่านั้นอาจมีอยู่เพียงระยะเวลาสั้น ๆ หรือไม่ก็ไม่สะดวก หรือไม่จำเป็นต้องแสดงไว้หรือกฎหมายไม่บังคับว่าสิทธินั้น ๆ ต้องมีการจดทะเบียนสิทธิหรือภาระที่ติดไปกับที่ดิน แต่ไม่ปรากฏในทะเบียนที่ดินนี้ ในประเทศอังกฤษ เรียกว่า Overriding interests ได้แก่ การเช่าระยะสั้น

2. การโอนสิทธิในที่ดินจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้ทำการจดทะเบียนในทะเบียนที่ดิน (Under the Torrens System the registered estate does not pass until the instrument is registered) (Title is by registration and not by deed) (Registration of transaction is essential to their validity) การทำหนังสือสัญญาโอนกันเอง จะไม่มีผลบังคับแต่อย่างใด หลักการนี้ถือว่าเป็นหลักการสำคัญที่จะทำให้ระบบทะเบียนเป็นที่ยุติและเป็นที่ยึดถือได้ เพราะถ้าหากยอมให้มีการทำสัญญาโอนกันเองและมีผลบังคับได้ ตัวทะเบียนที่ดินที่สร้างขึ้นมาอย่างยากลำบากและเสียค่าใช้จ่ายมากก็จะไร้ผล หรือไม่มีประสิทธิภาพพอที่จะยึดถือเป็นเด็ดขาดได้อีกต่อไป หลักการนี้จึงมีความสำคัญที่จะขาดเสียมิได้ในระบบทอร์เรนส์

3. ในการจดทะเบียนนั้นถือเป็นการจดทะเบียนทรัพย์สินโดยตรง ไม่ใช่เป็นเพียงแต่การจดทะเบียนตัวหนังสือสัญญาที่ทำให้ได้สิทธิในที่ดินอย่างในระบบดีด (It is in principle, the title to the land and not merely the instrument between the parties that is registered) (Under the Torrens System it is the title itself which is registered) ตามข้อเท็จจริงนั้นระบบทอร์เรนส์ก็ต้องมีการทำหนังสือสัญญาและนำมาจดทะเบียนด้วยเหมือนกัน (กฎหมายกำหนดแบบฟอร์มไว้ง่าย ๆ คนที่มีการศึกษาน้อยก็กรอกเองได้) แต่กฎหมายให้ถือว่าการจดทะเบียนสัญญาและนำรายการลงในทะเบียนที่ดินนั้นเป็นการจดทะเบียนตัวสิทธิโดยตรง ส่วนในระบบดีดกลับไม่ให้ถือเช่นนั้น แต่ให้ถือว่าเป็นเพียงการจดตัวหนังสือสัญญาที่ทำให้ได้สิทธิในที่ดินเท่านั้น

4. ระบบนี้กฎหมายจะรับรองไว้ว่าใครก็ตามที่ทะเบียนแสดงว่าตนมีสิทธิอย่างไร ก็ให้ถือว่ามีสิทธิตามที่ปรากฏนั้น ซึ่งในตัวเองอาจใช้ข้อความดังต่อไปนี้

“กรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินซึ่งได้จดทะเบียนสิทธิแล้วถือว่าเป็นเด็ดขาด และจะนำสืบโต้แย้งเป็นอย่างอื่นไม่ได้ และทะเบียนเป็นหลักฐานที่แสดงว่าผู้ที่มีชื่อในทะเบียนแสดงว่ามีสิทธิอย่างไรก็ให้มีสิทธิเช่นนั้นโดยไม่ต้องนำสืบ” (The title of the registered owner is absolute and indefeasible and the register is conclusive evidence that the person named as taking an interest is entitled to that interest)

“บุคคลซึ่งทะเบียนแสดงว่ามีสิทธิอย่างไรก็ให้ถือว่ามีสิทธิตามที่ปรากฏนั้น” (...the person who according to the register appears to be entitled accordingly...)

ปกติแล้วระบบนี้รัฐจะรับรองความถูกต้องของทะเบียนที่ดินและเขตที่ดิน และโดยมากจะมีบทบัญญัติสำหรับใช้ค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใดซึ่งต้องสูญเสียสิทธิของตน อันเนื่องมาจากการห้ามดำเนินการเรียกร้องโต้แย้งเป็นอย่างอื่นของระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์ (Normally, when a system of registration of title is adopted, the State guarantees the accuracy of the register and the boundary : and provision is made for compensation to be paid to persons who are precluded by the title registration system from asserting an adverse claim and who therefore suffer loss)

5. ระบบทอร์เรนส์นอกจากจะทำทะเบียนที่ดินเพื่อแสดงว่าใครมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิต่าง ๆ ในที่ดินแล้ว ยังทำหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้เจ้าของที่ดินด้วยหนึ่งฉบับ หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินนี้นายทะเบียนจะเซ็นชื่อและประทับตรา ส่วนใหญ่จะมีข้อความเหมือนกับตัวทะเบียนที่ดินนั่นเอง แต่ต่างกันตรงที่หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นฉบับเจ้าของที่ดิน แต่ตัวทะเบียนที่ดินเป็นของสำนักงานที่ดิน เมื่อจะทำการโอนสิทธิในที่ดินจะต้องนำหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินมาด้วย และนายทะเบียนจะบันทึกลงในหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในทำนองเดียวกับที่ได้บันทึกไว้ในตัวทะเบียนที่ดิน (In the Torrens System the certificate of title is a duplicate of the register, and it must be produced whenever there is a dealing, which is then record on it in the same way as it is recorded on the register) มีบางประเทศที่ใช้ระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์จะทำแต่ตัวทะเบียนที่ดิน ส่วนหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์นั้นจะทำให้ก็ต่อเมื่อเจ้าของที่ดินร้องขอและเมื่อได้ออกหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ไปแล้ว ก็

จะได้บันทึกไว้ในตัวทะเบียนว่าได้ออกหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ให้เจ้าของที่ดิน ในกรณีเช่นนี้เมื่อจะทำการโอนครั้งต่อไปก็ต้องนำหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินมาด้วย หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินมีความสำคัญมากเพราะถือที่ดินที่ปรากฏในหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์นั้นได้มีการนำเข้าสู่ระบบทอเรนส์ (ออกโฉนด) แล้ว และแสดงว่าผู้ที่มีชื่ออยู่ในรายการต่าง ๆ ที่จดทะเบียนไว้ในหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นผู้มีสิทธิตามที่ปรากฏอยู่นั้นจริง ๆ เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่นว่าหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นไม่ตรงกับตัวทะเบียนที่ดิน (Unless the contrary is proved by production of the register, or of a certified copy of the register) นอกจากนี้วัตถุประสงค์สำคัญข้อหนึ่งของระบบทะเบียนที่ดินแบบทอเรนส์ คือ กำจัดความต้องการในการสอบสวนความเป็นมาของเอกสารแสดงสิทธิในที่ดินย้อนหลัง เพื่อให้บรรลุเป้าหมายนี้จึงมีการดำเนินการให้มีการจดทะเบียนโฉนดที่ดิน สำหรับผู้ซื้อโดยสุจริต เป็นการสร้างคุณค่าของ โฉนดที่ดินเพื่อให้ออกพ้นจากการถูกบุคคลอื่นมาเรียกร้องสิทธิประโยชน์เหนือที่ดินของเขา คุณลักษณะพ้นจากการถูกเรียกร้องนี้ เป็นที่มาของคำว่า “โฉนดที่ดินที่มีอาจเพิกถอนได้ (indefeasibility of title)”⁹

6. การนำที่ดินเข้าสู่ระบบทอเรนส์ (ออกโฉนดที่ดิน) มีวิธีการดำเนินการ ดังนี้

(1) เพื่อที่จะรู้ว่าใครมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นก็ต้องมีการสอบสวนสิทธิ ก่อนว่าใครมีสิทธิที่แท้จริง การสอบสวนนี้ถ้าเป็นที่ดินที่เจ้าของครอบครองมาตามที่ถูกกฎหมายให้สิทธิมาแต่เดิมมีการทำสัญญารับโอนต่อ ๆ กันเรื่อยมา หรือมีการรับมรดกกันมา แต่ถ้าที่ดินนั้นรัฐเป็นผู้จัดให้หรือมอบกรรมสิทธิ์ให้ (Crown grant) การพิสูจน์ก็จะไม่ยุ่งยากเมื่อจะจัดให้ใครก็ออกหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ให้ไปได้เลย การนำที่ดินเข้าสู่ระบบทอเรนส์นี้แต่ละประเทศใช้วิธีการแตกต่างกันไปไม่มีกฎเกณฑ์ตายตัว

(2) สิ่งที่จะต้องดำเนินไปพร้อมกับการสอบสวนสิทธิก็คือ การรังวัดที่ดินเพื่อที่จะกำหนดว่า เจ้าของที่ดินมีสิทธิอยู่เพียงใด มีเขตถึงไหน จะต้องมีการแจ้งให้เจ้าของที่ดินข้างเคียงทราบเกี่ยวกับการรังวัด รายการรังวัดก็จะเก็บไว้เป็นส่วนหนึ่งของทะเบียนที่ดิน จะมีการจำลองรูปแผนที่ที่ดินแปลงนั้นในหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินฉบับเจ้าของที่ดินด้วย ใน การทำการรังวัดนี้ไม่มีหลักการตายตัวว่าจะต้องทำการรังวัดโดยวิธีใด แต่มีหลักการกว้าง ๆ ว่า จะต้องกำหนดตำแหน่งที่ดินให้ได้แน่นอนพอสมควร การกำหนดตำแหน่งที่ดินโดยแผนที่รูปถ่าย

⁹G.W. Hinde, The New Zealand Torrens System Centennial Essays (Wellington: Butterworths, 1971), p. 35.

ทางอากาศก็เป็นวิธีหนึ่งที่หลายประเทศได้นำมาใช้ในกรณีที่ต้องการความรวดเร็วในการออกหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน

(3) เพื่อที่จะทราบว่าเป็นที่ดินมีภาระผูกพันหรือสิทธิอื่น ๆ ที่อาจบังคับเหนือที่ดินนั้นอยู่บ้าง ก็ตรวจสอบสัญญาต่าง ๆ ที่ทำไว้แต่เดิมและนำมาจดทะเบียนที่ดินว่ามีสิทธิใด ๆ อยู่บ้าง การจดทะเบียนที่ข้อความต่าง ๆ นี้ ปกติจะจัดไว้โดยย่อ ถ้าอยากทราบรายละเอียดก็ต้องดูตัวสัญญาซึ่งเป็นที่มาของสิทธิที่จดทะเบียนที่กไว้นั้น

7. กองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) ประเทศที่ใช้ระบบทอร์เรนส์จำนวนมากจะมีบทบัญญัติเรื่องกองทุนประกันความเสียหาย มีไว้เพื่อชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลใดก็ตามที่ได้รับ ความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติการณ์ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของระบบทอร์เรนส์ เหตุผลที่ทำให้มีกองทุนนี้ขึ้นก็เนื่องจากความเข้มงวดของตัวระบบที่ให้ถือเอาตัวทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานเด็ดขาด เพื่อประโยชน์ในการให้บุคคลอื่นได้ทราบว่าใครเป็นเจ้าของที่ดินและเพื่อความแน่นอนของระบบนั่นเอง แต่ในการทำทะเบียนหรือในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม แม้จะได้ระมัดระวังสักเพียงใดก็อาจผิดพลาดได้ เช่น ออกโฉนดให้แก่ผู้ไม่มีสิทธิ หรือจดทะเบียนขายโดยผู้ขายไม่ได้ทำสัญญาขายจริง ความผิดพลาดนี้อาจทำให้เจ้าของที่ดินหรือผู้อื่นเสียหายได้ และบางครั้งก็ไม่สามารถได้ที่ดินคืนเพราะผู้ซื้อได้โอนให้ผู้อื่นโดยสุจริตแล้ว เป็นต้น โดยหลักทั่วไปผู้เสียหายมีสิทธิได้รับการชดใช้ความเสียหายจากการทำธุรกรรมเกี่ยวกับที่ดินในระบบทอร์เรนส์ แต่ไม่ใช่ว่าใครเสียหายแล้วจะต้องได้รับชดใช้ให้ทุกครั้ง ยังต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่น ๆ เช่น ผู้เสียหายมีทางบังคับเอาที่ดินคืนหรือไม่ หรือผู้เสียหายได้มีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ ผู้เสียหายได้ดำเนินการเพื่อบรรเทาความเสียหายหรือได้ดำเนินการอย่างใดบ้างเพื่อแก้ไขความเสียหาย เป็นต้น

สำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้ศึกษาระบบทะเบียนที่ดินของต่างประเทศที่ใช้ระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดของระบบทะเบียนที่ดินดังกล่าว ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา

2.1.1 หลักการทะเบียนที่ดินของประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศในเครือจักรภพอังกฤษ มีการแบ่งเขตการปกครองออกเป็น 6 รัฐ คือ New South Wales, Victoria, Queensland, South Australia, Western Australia และ Tasmania และเขตการปกครองตนเอง 2 เขต คือ เขตทางเหนือ (Northern

Territory) และเขตเมืองหลวงของประเทศ (the Australian Capital Territory)¹⁰ ออสเตรเลียนำรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นองค์พระประมุขแบบอังกฤษ มาผสมผสานกับรูปแบบการปกครองแบบสหพันธรัฐของสหรัฐอเมริกา โดยสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวของอังกฤษ (สมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินีนาถอลิซเบธ) ทรงดำรงพระราชอิสริยยศเป็นสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวแห่งเครือรัฐออสเตรเลีย และทรงใช้อำนาจอธิปไตย บริหาร และตุลาการผ่านองค์การของรัฐใน 2 ระดับ คือ ระดับเครือรัฐ และระดับรัฐ ในการใช้อำนาจอธิปไตย หากเป็นระดับเครือรัฐ รัฐสภาแห่งเครือรัฐ ซึ่งประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาที่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชนแต่ละรัฐและเขตการปกครองตนเอง จะทำหน้าที่ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ทุกรัฐและเขตการปกครองตนเอง สำหรับการบริหารจัดการที่ดิน แต่ละรัฐจึงมีอำนาจที่จะตรากฎหมายที่ดินขึ้นใช้บังคับได้โดย แต่ละรัฐได้นำระบบ Torrens เข้ามาประยุกต์ใช้ในการจดทะเบียนโดยผ่านทางกฎหมายในรัฐของตน¹¹ โดยมีหลักการสำคัญ ดังนี้

ก. การนำที่ดินเข้าสู่ระบบทอร์เรนส์ (ออกโฉนดที่ดิน)¹²

เดิมที่ดินของประเทศออสเตรเลียจะมี 2 ประเภท คือ ที่ดินของพระมหากษัตริย์ และที่ดินที่พระมหากษัตริย์พระราชทานให้ใช้ประโยชน์ ซึ่งที่ดินประเภทหลังนี้ ในช่วงเริ่มแรกของการรับระบบทอร์เรนส์เข้ามาใช้ เมื่อพระมหากษัตริย์ได้พระราชทานให้ใช้ประโยชน์ไม่ว่าจะโดยอัตโนมัติ ได้มาโดยการบังคับ หรือได้มาโดยปกติ ล้วนอยู่ภายใต้ระบบทอร์เรนส์ทั้งสิ้น แต่สำหรับที่ดินที่ได้รับโอนมาจากพระมหากษัตริย์ก่อนการเข้ามาของระบบทอร์เรนส์ รัฐบาลกำหนดให้เข้าสู่ระบบทอร์เรนส์ด้วยความสมัครใจ ทั้งนี้ให้ผู้ประสงค์จะนำที่ดินเข้าสู่ระบบทอร์เรนส์ (การออกโฉนดที่ดิน) ต้องดำเนินการดังนี้

- 1) ยื่นคำขอตามแบบฟอร์มที่กำหนด โดยผู้มีสิทธิขอจะต้องเป็น

¹⁰Australia<<http://australia.educatepark.com/about-australia-fi/about-australia.php>>

¹¹ปกรณ นิลประพันธ์ ชนพันธ์ ศรีทองสุข และจินตพันธ์ ทั้งสุบุตร, “เอกสารแสดงสิทธิในที่ดินตามกฎหมายออสเตรเลีย อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 23 ตอน 2 น. 70-71 (2548).

¹²Douglas J. Whalan, The Torrens System in Australia, (Sydney Melbourne Brisbane Perth: The Law Book Company Limited, 1982) pp. 50-63.

เจ้าของที่ดิน ผู้เช่า ผู้มีอำนาจจัดการในที่ดินนั้น ผู้ได้รับอำนาจให้นำที่ดินเข้าสู่ระบบทอริเรนส์
เจ้าหน้าที่ตามคำสั่งศาล เป็นต้น

2) ผู้ขอจะต้องคืนเอกสารทั้งหมดเกี่ยวกับที่ดินซึ่งตนถือครองอยู่ให้แก่
นายทะเบียน (Registrar) และเจ้าหน้าที่ชั้นสูงของรัฐบาล (Commissioner) ตามลำดับ เพื่อเป็น
พยานเอกสารในการบอกเล่าเรื่องราวความเป็นมา แฉลงข้อเท็จจริง และอธิบายรายละเอียดใน
เอกสาร (Deed)

3) หลังจากนั้นนายทะเบียนจะต้องสอบสวนและพิจารณาเอกสาร
แสดงสิทธิในที่ดิน โดยมีวัตถุประสงค์ว่า ข้อเท็จจริงที่ได้จากการสอบสวนจะนำไปแทนที่ใน
โฉนดที่ดิน โดยผู้รับโอนยังคงเดิม ก่อนกระบวนการนำที่ดินเข้าสู่ระบบทอริเรนส์ นายทะเบียน
จะต้องแจ้งผู้ขอทราบก่อนเสมอ ในรัฐนิวเซาท์เวลส์นายทะเบียนได้รับอำนาจที่จะโฆษณาและปิด
ประกาศ ในรัฐแทสมาเนียกำหนดให้มีการปิดประกาศในที่ดิน สำนักงานที่ดิน หนังสือพิมพ์
ท้องถิ่น เป็นต้น ภายใน 21 วัน หากคำขอนั้นเป็นการร้องขอการเป็นเจ้าของหรือขอรับโอนที่ดินที่
ได้มาจากพระมหากษัตริย์ เพื่อนำผลจากการปิดประกาศมาพิจารณาก่อนการตัดสินให้นำที่ดินของ
ผู้ขอเข้าสู่ระบบทอริเรนส์

4) มาตรฐานในการพิสูจน์การร้องขอเอกสารสิทธิที่ดินพิจารณาจาก

(1) ข้อบกพร่องในพยานหลักฐานของเอกสารสิทธิ

(2) เอกสารสิทธิที่ดินของผู้ขอ ควรได้รับการตรวจสอบ

อย่างละเอียดชัดเจน สามารถให้เหตุผลได้หากมีกรณีปฏิเสธไม่ออกโฉนดที่ดินให้

(3) โฉนดที่ดินที่ได้มาโดยการครอบครองปรบักษ์ ผู้ขอ

ได้โฉนดที่ดินโดยการครอบครองปรบักษ์ สามารถได้สิทธิทุกอย่างที่มีอยู่ในที่ดินที่ครอบครองนั้น
นายทะเบียนปฏิเสธไม่รับคำขอไม่ได้ แต่อาจปฏิเสธไม่ออกโฉนดที่ดินให้ได้หากพยานหลักฐานไม่
เพียงพอหรือบกพร่อง

(4) ความไม่ตรงกันของคำอธิบายรายละเอียด การ

ครอบครอง พื้นที่ และเขตที่ดิน หากคำขอนำที่ดินเข้าสู่ระบบทอริเรนส์มีการอธิบายรายละเอียด
ไม่ตรงกับเอกสารที่ยื่น การครอบครองของผู้ขอไม่ตรงกับแปลนที่ระบุไว้หรือไม่ตรงกับที่รังวัดได้
นายทะเบียนจะต้องพิจารณาเขตของที่ดิน การรังวัด ว่าไม่มีความแตกต่างและไม่มีข้อโต้แย้งการ
ครอบครอง Richmond J. ได้กล่าวไว้ในคดี Equitable Building and Investment Co. v. Ross
ว่าผู้ครอบครองไม่ได้ถูกตัดสินให้เชื่อว่าเป็นเจ้าของเอกสารสิทธิที่แท้จริง แต่มีสิทธิที่จะยืนยันว่า
ที่ดินที่ตนถือครองอยู่เป็นที่ดินที่ได้รับโอนมาจริง ๆ ทั้งนี้โดยใช้หลักการครอบครองที่ยาวนานและ

การได้ใช้ประโยชน์อย่างแท้จริง ผู้ขอที่ได้นำที่ดินเข้ามาสู่ระบบทอเรนส์ซึ่งครอบครองโดยสุจริต และที่ดินมีเนื้อที่ แนวเขต และตำแหน่งแตกต่างจากที่อธิบายไว้ในเอกสารแสดงสิทธิในที่ดิน ผู้ขอจะต้องแถลงข้อเท็จจริงและเหตุผลที่น่าเชื่อถือในการครอบครองที่ดินตามความเป็นจริงที่แตกต่างจากที่ปรากฏในเอกสารแสดงสิทธิในที่ดิน

5) การถอนคำขอ ผู้ขอ นำที่ดินเข้าสู่ระบบทอเรนส์ด้วยความสมัครใจสามารถถอนหนังสือร้องขอดังกล่าวได้ก่อนที่จะมีการออกโฉนดที่ดิน โดยร้องขอเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งหมดคืนได้ นอกจากนี้คำตัดสินสุดท้ายเกี่ยวกับข้อโต้แย้งของที่ดินดังกล่าวจะไม่มีผลกระทบในการถอนคำร้องแต่อย่างใด

6) การออกโฉนดที่ดิน เมื่อได้ดำเนินการตรวจสอบทั้งหมดแล้ว นายทะเบียนจะดำเนินการนำที่ดินของผู้ยื่นคำขอเข้าสู่ระบบทอเรนส์โดยการออกโฉนดที่ดินให้นายทะเบียนมีอำนาจและหน้าที่ที่จะไม่ออกโฉนดที่ดินให้กับผู้ขอได้ หากได้รับข้อมูลหรือมีเหตุผลที่น่าสงสัย ก่อนการออกโฉนดที่ดิน แม้ว่าจะทำให้การดำเนินการชะงักงัน หรือล่าช้า ทั้งนี้ผู้ขอมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลเพื่อที่เขาอาจจะได้รับคำสั่งจากศาลที่สั่งให้นายทะเบียนออกโฉนดที่ดินให้กับผู้ขอได้

7) การดำเนินการกับเอกสารแสดงสิทธิในที่ดินฉบับเก่า (Title Deed)

(1) เพิกถอน Deeds การนำที่ดินเข้าสู่ระบบทอเรนส์ นายทะเบียนจะต้องเพิกถอนเอกสารสิทธิที่ดินฉบับเก่า หรือสลักหลังว่าเอกสารแสดงสิทธิที่ดินนี้ได้ถูกออกเป็นโฉนดที่ดินให้กับผู้ขอแล้ว ในรัฐนิวเซาท์เวลส์ และแทสมาเนีย เอกสารฉบับเก่าจะต้องถูกทำลายหรือส่งกลับไปยังผู้ขอ หรือบุคคลผู้ซึ่งรักษาประวัติของสารบบทะเบียน หากเอกสารแสดงสิทธิในที่ดินที่ยื่นไปนั้นมีสิ่งহারิมทรัพย์อื่นนอกจากที่ดินปรากฏอยู่ด้วย จะเพิกถอนเฉพาะส่วนของที่ดินที่นำเข้าสู่ระบบทอเรนส์เท่านั้น เสร็จแล้วให้ส่งคืนเอกสารแสดงสิทธิที่ดินนั้นแก่ผู้ขอต่อไป

(2) ผลของการเพิกถอนเอกสารที่เกี่ยวข้องโดย นายทะเบียน หากผู้ขอต้องการเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ยื่นไปพร้อมกับการขอที่ดินเข้าสู่ระบบทอเรนส์คืน จะต้องเขียนคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาลเพื่อให้สั่งการตามที่ตนประสงค์ อย่างไรก็ตามการทำคำสั่งดังกล่าวจะต้องอยู่ในดุลพินิจและอาจมีคำสั่งปฏิเสธคำร้องขอนั้นได้หากไม่อธิบายอย่างชัดเจนว่าเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ นั้นมีประโยชน์อย่างไรต่อผู้ร้องขอ

ปัจจุบันโฉนดที่ดินของประเทศออสเตรเลีย จะมีโฉนดที่ดินต้นฉบับและฉบับเทียบ ส่วนของต้นฉบับจะให้เป็นส่วนหนึ่งของการจดทะเบียนและเปิดเผยให้มีการตรวจสอบโดย

สาธารณะ นับแต่วันที่ 1 ธันวาคม 2543 สำนักงานที่ดิน (Land Title Office) ได้มีการออกโฉนดที่ดินด้วยระบบอัตโนมัติ โดยต้นฉบับจะอยู่ในรูปแบบของโฉนดที่ดินอิเล็กทรอนิกส์ ไม่มีแบบพิมพ์ในรูปของกระดาษโฉนด เว้นแต่เจ้าของร้องขอ วัตถุประสงค์ก็เพื่อให้เกิดความสะดวกสบายในการยื่นคำขอแบบอิเล็กทรอนิกส์ในสำนักงานที่ดิน ปัจจุบันกฎหมายที่นำมาใช้ในการดำเนินการจดทะเบียนหรือดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับทะเบียนที่ดินของแต่ละเขตการปกครอง คือ รัฐ New South Wales, Queensland, South Australia และเขต North Territory ใช้พระราชบัญญัติอสังหาริมทรัพย์ (Real Property Act) รัฐ Tasmania และเขต Australian Capital Territory ใช้พระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน (Land Title Act) รัฐ Victoria และ Western Australia ใช้พระราชบัญญัติการโอนที่ดิน (Transfer of Land Act) รวมทั้งยังมีกฎระเบียบต่าง ๆ ที่ออกตามพระราชบัญญัติเหล่านี้ด้วย¹³

ข. หลักการเพิกถอนไม่ได้¹⁴ (Indefeasibility of title)

การจดทะเบียนไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนในเอกสารการโอน โฉนดที่ดิน หรือเอกสารทางกฎหมายอื่นใดที่มีอำนาจทำได้ ล้วนถือว่าเป็นมูลฐานหรือพื้นฐานของหลักการเพิกถอนไม่ได้ ในออสเตรเลียได้เลือกที่จะปฏิบัติและให้ความสำคัญกับเอกสารที่ได้จดทะเบียนโดยถือเป็นพยานหลักฐานที่สมบูรณ์เด็ดขาด สถานิติบัญญัติมีความตั้งใจที่จะบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการเพิกถอนไม่ได้ในระบบทอเรนส์โดยถือเป็นบทบัญญัติที่สำคัญ เพื่อช่วยในการพิสูจน์ชื่อผู้มีสิทธิในที่ดินโดยอาศัยเอกสารที่ได้จดทะเบียนดังกล่าวว่าเป็น “พยานหลักฐานเด็ดขาด” (exclusive evidence) ดังนั้นหลักการพื้นฐานของการเพิกถอนไม่ได้คือการจดทะเบียนในมาตรา 40 (1) แห่งพระราชบัญญัติอสังหาริมทรัพย์ของรัฐนิวเซาท์เวลส์ (Real Property Act 1900 (RPA)) ที่บัญญัติว่า “เอกสารการจดทะเบียน” ที่ได้รับ ถือเป็นพยานหลักฐานเฉพาะของทะเบียนนั้น ๆ และเป็นหลักฐานที่สมบูรณ์เด็ดขาดว่าบุคคลที่มีชื่ออยู่ในนั้นเป็นผู้เป็นเจ้าของหรือมีสิทธิในที่ดินหรือสิทธิประโยชน์ในที่ดิน ภายใต้กฎหมายของรัฐอื่น ๆ ในประเทศออสเตรเลียก็ถือหลักการนี้เช่นกัน ข้อสำคัญคือผู้มีสิทธิในที่ดินหรือสิทธิประโยชน์ใน

¹³ “Land Titles Office,” <<http://www.nt.gov.au/justice/graphpages/landtitl/index.shtml>>.

¹⁴ E.A. Francis, The Law and Practice Relating to Torrens Title in Australia Volume 1. (Sydney-melbourne-Brisbane: Butterworths, 1972) pp. 592-593.

ที่ดินอย่างไร เมื่อได้จดทะเบียนแล้วก็เป็นอิสระจากที่ดินหรือสิทธิประโยชน์ที่ดินอื่นที่ไม่ได้จดทะเบียน เว้นแต่ที่กฎหมายบัญญัติไว้

คำว่า “Indefeasibility” ปรากฏใช้ในมาตรา 69 ของพระราชบัญญัติของรัฐ South Australia (Land Title Act) เป็นการประกาศและชี้ให้เห็นถึงประโยชน์ว่าโฉนดที่ดินของผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนเป็น “เด็ดขาดและเพิกถอนไม่ได้” คำนี้ใช้ในความหมายของการคุ้มครองโฉนดที่ดินของผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนต่อที่ดินและสิทธิประโยชน์ที่ดินที่ได้จดทะเบียนตามหลักของการจดทะเบียน การคุ้มครองนี้เป็นการคุ้มครองเฉพาะต่อบุคคลที่สุจริตเสียค่าตอบแทน¹⁵

ค. ข้อยกเว้นของหลักการเพิกถอนไม่ได้ (Exceptions to Indefeasibility of Title)

จากการศึกษาพบว่า ระบบทะเบียนที่ดินแบบทอรัลเรนส์มีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนโดยไม่อาจเพิกถอนได้ แต่ยังมีข้อยกเว้นอยู่บางประการ ข้อยกเว้นซึ่งใช้ในประเทศออสเตรเลีย ได้แก่

1) การได้รับโฉนดที่ดินหรือเอกสารทางกฎหมายที่แสดงสิทธิในที่ดิน โดยการปลอมแปลง โดยการได้รับมอบอำนาจที่บกพร่อง หรือจากบุคคลไร้ความสามารถ (Certificate or instrument of title obtained by forgery, insufficient power of attorney or from person under disability)

หลักการนี้ใช้เฉพาะในเขตการปกครอง North Territory และรัฐ south Australia โดยมีหลักการว่าหากผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนได้รับมาซึ่งโฉนดที่ดินหรือเอกสารทางกฎหมายที่แสดงสิทธิในที่ดินโดยการปลอมแปลง โดยการได้รับมอบอำนาจที่บกพร่อง หรือจากบุคคลไร้ความสามารถ โฉนดที่ดินหรือเอกสารทางกฎหมายที่แสดงสิทธิในที่ดินดังกล่าวตกเป็นโมฆะ และจะต้องถูกเพิกถอน ด้วยเหตุที่ว่าบุคคลที่โอนที่ดินให้ตนนั้นได้โฉนดที่ดินหรือเอกสารทางกฎหมายที่แสดงสิทธิในที่ดินดังกล่าวมาจากบุคคลที่ไร้ความสามารถ หรือได้มาโดยการปลอมแปลงเอกสาร หรือโดยลักษณะของการมอบอำนาจที่บกพร่อง แม้ผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนจะได้มาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนก็ตาม¹⁶

2) การออกโฉนดที่ดินทับกัน (prior certificate of title) ทุกรัฐและเขตการปกครองในออสเตรเลียกำหนดว่าสิทธิที่จดทะเบียนแล้วไม่ถือว่ามีอำนาจเพิกถอนได้ ในกรณีที่เป็นการอ้างสิทธิในที่ดินผืนเดียวกับที่ดินที่ได้มีการออกโฉนดที่ดินไปก่อนแล้ว หรือกรณีเป็น

¹⁵ Ibid. pp.593-597.

¹⁶ Douglas J. Whalan, *supra* note 12. p.317

ที่ดินที่รัฐได้ออกรายอื่นเป็นผู้ถือสิทธิ (Grant) ก่อนแล้ว อีกนัยหนึ่งกรณีมีการออกโฉนดที่ดินสองฉบับในที่ดินแปลงเดียวกัน ทับกัน ฉบับที่ออกก่อนเท่านั้นจะได้สิทธิที่ไม่อาจเพิกถอนได้ ส่วนฉบับที่ผิดพลาดก็ต้องถูกเพิกถอนไป ตัวอย่างเช่น คดี Registrar of Titles v. Esperance Land Co เจ้าของที่ดินได้ขายที่ดินส่วนหนึ่งให้แก่ผู้ซื้อโดยมีการจดทะเบียนและออกโฉนดที่ดินให้ ต่อมาที่ดินส่วนที่เหลือได้ขายให้ผู้ซื้ออีกรายหนึ่ง แต่นายทะเบียนได้ดำเนินการผิดพลาดโดยออกโฉนดที่ดินครอบคลุมที่ดินเดิมทั้งแปลง หมายถึงรวมส่วนที่มีการออกโฉนดที่ดินให้กับผู้ซื้อรายแรกเข้าไปด้วย และต่อมาผู้ซื้อรายหลังได้ขายที่ดินต่อให้บริษัท Esperance ซึ่งทำให้บริษัท Esperance กลายเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนแล้วในที่ดินทั้งแปลง ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีนี้ไม่มีผู้ใดทำการฉ้อฉล เมื่อพบความผิดพลาดจึงสั่งให้บริษัท Esperance ส่งมอบโฉนดที่ดินเพื่อทำการแก้ไขให้ถูกต้อง¹⁷

3) โฉนดที่ดินที่บรรยายแปลงและเขตที่ดินผิดพลาด (Land included in certificate of title by wrong description of parcels or boundaries) ทุกรัฐและเขตการปกครองตนเองของประเทศออสเตรเลียได้กำหนดว่า หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่รัฐให้แก่เอกชน (grant) หรือโฉนดที่ดิน (Certificate of Title) หากปรากฏว่ามีการบรรยายแปลงหรือเขตที่ดินผิดพลาด จะไม่ถือเป็นเอกสารสิทธิเด็ดขาด (Absolute)¹⁸

แต่ไม่รวมถึงการออกโฉนดที่ดินให้กับผู้ที่ไม่ได้สิทธิในที่ดิน หากไม่มีการฉ้อฉลแล้ว ถือว่าเป็นเอกสารสิทธิเด็ดขาด

ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ถือว่ามีผลไปจากหลักการรับรองความถูกต้องของเขตที่ดินในระบบทอร์เรนส์ ในกรณีที่มีการระบุที่ดินหรือเขตที่ดินผิดพลาด สิทธิในที่ดินยังคงเป็นของเจ้าของที่ดินส่วนที่ผิดพลาดนั้น ซึ่งสามารถฟ้องหรือต่อสู้กับผู้ที่ยังขอเช่าครอบครองที่ดินส่วนนั้นได้ หรือสามารถที่จะขออายัดที่ดินเพื่อคุ้มครองสิทธิของตน หรือขอให้มีการแก้ไขหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้ถูกต้อง หลักการดังกล่าวนี้จึงเท่ากับว่าผู้ซื้อที่ดินในระบบทอร์เรนส์จะต้องแน่ใจว่าเขตที่ดินที่ตนจะรับโอนมาเป็นที่ดินที่สามารถรับโอนมาได้จริง

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นนี้จะไม่นำมาใช้หากมีการโอนที่ดินไปยังผู้ซื้อที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน เพราะเมื่อมีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินและมีการโอนต่อไปยัง

¹⁷ Ibid. pp.317-318

¹⁸ ในรัฐ Queensland และ Tasmania ได้บัญญัติข้อยกเว้นไม่ให้มีผลร้ายต่อผู้ซื้อที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน และบุคคลที่ได้สิทธิต่อเนื่องมาจากผู้ซื้อนั้น

ผู้ซื้อที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน ช้อยกเว้นนี้ก็จะไม่มีผลต่อผู้รับโอนที่ไม่สุจริตและเสียค่าตอบแทนนั้นก็คือถือว่าเขาได้รับโอนไปโดยมีสิทธิตามที่ระบุไว้ในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินนั้น¹⁹

4) ครอบครองปรปักษ์ (Acquisition of title by adverse possession) มีเพียงเขตเมืองหลวงของออสเตรเลีย (Australian Capital Territory) และเขตทางเหนือ (North Territory) ที่ห้ามไม่ให้เกิดการครอบครองปรปักษ์ที่ดินในระบบทอร์เรนส์ เนื่องจากเห็นว่าเป็นการผิดหลักการระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์ ส่วนที่เหลืออีก 6 รัฐ ยอมให้มีการครอบครองปรปักษ์ที่ดินในระบบทอร์เรนส์ได้

ในรัฐ Tasmania Victoria และ Western Australia กำหนดให้มีการได้มาซึ่งที่ดินโดยการครอบครองปรปักษ์ได้ โดยบัญญัติให้ผู้ขอยื่นคำขอต่อนายทะเบียน (Registrar) เมื่อนายทะเบียน (Registrar ในรัฐ Victoria, Recorder ในรัฐ Tasmania, หรือ Commissioner ในรัฐ Western Australia) ได้สอบสวนสิทธิแล้ว ไม่มีข้อขัดข้อง คำขอนั้นจะถูกปิดประกาศและแจ้งไปยังผู้ที่เกี่ยวข้อง ภายในเวลาที่กำหนด เมื่อไม่มีผู้คัดค้าน ในรัฐ Victoria และ Tasmania นายทะเบียนจะทำการออกโฉนดที่ดินฉบับใหม่ให้ แล้วเพิกถอนโฉนดที่ดินฉบับเก่า สำหรับรัฐ Western Australia นายทะเบียนจะจดทะเบียนให้กับผู้ขอ โดยการสลักหลังในโฉนดที่ดิน²⁰

5) การออกโฉนดที่ดินที่ไม่ถูกต้องให้ถือว่าไม่มีสิทธิดีกว่าเจ้าของที่แท้จริงที่ยังครอบครองที่ดินอยู่ (certificate of title void against rightful owner in possession) ใน North Territory และรัฐเซาท์ออสเตรเลีย กำหนดหลักการไว้ว่า การนำที่ดินเข้าสู่ระบบทอร์เรนส์ (ออกโฉนดที่ดิน) และการออกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้รับโอนที่ดินมาจากผู้ขอออกโฉนดที่ดินคนแรกนั้น ไม่ทำให้ผู้ขอออกโฉนดที่ดินมีสิทธิดีกว่าเจ้าของที่ดิน (หรือเจ้าของสิทธิในที่ดินประเภทต่าง ๆ) ที่แท้จริงซึ่งได้ครอบครองอยู่ในที่ดินในขณะที่มีการออกโฉนดที่ดิน หรือในขณะที่มีการออกโฉนดที่ดินฉบับอื่นที่ออกสืบเนื่องจากฉบับแรก (เช่นมีการแบ่งแยก)

แม้ว่าหลักการนี้จะเป็นข้อยกเว้นหลักการเพิกถอนไม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วไม่ค่อยมีปัญหาเนื่องจากว่าสำนักงานที่ดินมีความระมัดระวังอย่างมากในการออกโฉนดที่ดิน เช่น

A ขอออกโฉนดที่ดิน แต่เนื่องจากความผิดพลาดบางประการได้นำที่ดินบางส่วน of B เข้ามารวมอยู่ในโฉนดที่ดินของ A จากข้อเท็จจริงนี้จะให้ผลแตกต่างกัน ดังนี้

¹⁹ Douglas J. Whalan, *supra* note 12 pp.319–320.

²⁰ *Ibid.* p.325.

(1) ถ้า B ไม่ได้ครอบครองที่ดินในส่วนที่นำเข้าไปรวมกับ โฉนดที่ดินของ A สิทธิในที่ดินของ A จะเป็นสิทธิที่เพิกถอนไม่ได้

(2) ถ้าหลังจากมีการออกโฉนดที่ดินให้แก่ A ไปแล้ว B ซึ่งเดิมได้ครอบครองที่ดินอยู่ในขณะ A ขอออกโฉนดที่ดิน ได้ออกไปจากที่ดินและไม่ได้ครอบครอง ที่ดินนั้นอีกต่อไป ก็ยังถือว่า B มีสิทธิในที่ดินส่วนที่นำมารวมกับโฉนดที่ดินของ A และสามารถ ขอให้แก้ไขโฉนดที่ดินของ A ให้ถูกต้องได้ เนื่องจากว่า B เป็นผู้มีสิทธิที่แท้จริงและได้ครอบครอง ที่ดินอยู่จริงในขณะที่มีการออกโฉนดที่ดินให้แก่ A

(3) A จดทะเบียนขายที่ดินให้แก่ C และต่อมามีการ ตรวจพบว่ามีความผิดพลาดในการออกโฉนดที่ดินให้แก่ A ในกรณีเช่นนี้หากว่า B ยังคง ครอบครองที่ดินอยู่ในขณะที่มีการจดทะเบียนโอนให้แก่ C ก็ยังคงถือว่าสิทธิในที่ดินของ B ยังคงมี อยู่ตามเดิม

(4) ถ้า A จดทะเบียนโอนขายที่ดินให้แก่ C หรือ C ขอให้ ออกโฉนดที่ดินฉบับใหม่ ถ้าหลังจากนั้น B ไม่ได้ครอบครองในที่ดินนั้นก็ตาม ก็ยังถือว่า B ยังคง มีสิทธิขอให้แก้ไขโฉนดที่ดินของ C ได้เนื่องจากว่า B เป็นผู้ครอบครองที่แท้จริงในขณะที่มีการ ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินฉบับหลัง²¹

6) ผู้รับโอนได้สิทธิมาโดยตนเองหรือตัวแทนของตนเป็นผู้กระทำฉ้อฉล (Fraud) หรือทำการปลอมแปลงเอกสารผู้รับโอนคนนั้นจะไม่ได้สิทธิที่ไม่อาจเพิกถอนได้²²

7) การละเลยหรือไม่ได้จดแจ้งการจำยอมลงในโฉนดที่ดิน (Omitted or misdescribed easements)²³

8) สิทธิที่ได้รับมาตามกฎหมายว่าด้วยอายุความ (Rights acquired under a statute of limitations)²⁴

9) ช้อยกเว้นตามกฎหมายอื่น ตามที่กฎหมายอื่นบัญญัติไว้ เช่น กฎหมายว่าด้วยการเหมืองแร่²⁵

²¹ *Ibid.* pp.328-329.

²² *Ibid.* pp.309-310.

²³ *Ibid.* p.321.

²⁴ *Ibid.* p.328.

²⁵ *Ibid.* p.340.

ง. อำนาจในการแก้ไขข้อผิดพลาด²⁶

ในประเทศออสเตรเลียกฎหมายได้บัญญัติให้นายทะเบียนมีอำนาจในการแก้ไขข้อผิดพลาด ดังนี้

1. นายทะเบียนอาจแก้ไขข้อผิดพลาดในโฉนดที่ดินหรือในทะเบียนที่ดิน เพื่อให้เอกสารสิทธิมีผลใช้ได้ถูกต้อง

2. หากปรากฏว่า โฉนดที่ดินหรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง ได้ออกไปโดยผิดพลาด หรือมีการบรรยายเขตที่ดินผิดพลาด หรือมีข้อผิดพลาดอื่นใด นายทะเบียนอาจเรียกให้ส่งโฉนดที่ดินหรือเอกสารที่ดินคืนมาเพื่อดำเนินการเพิกถอนหรือแก้ไข สำหรับในรัฐ Victoria หากเป็นการได้รับโฉนดที่ดินหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องมาโดยฉ้อฉลหรือไม่ถูกต้อง เมื่อนายทะเบียนแจ้งให้ส่งคืนโฉนดที่ดินหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อเพิกถอนหรือแก้ไขแล้วไม่ส่งคืน นายทะเบียนอาจขอต่อศาลเพื่อสั่งให้บุคคลที่ถือโฉนดที่ดินหรือเอกสารที่ไม่ถูกต้องนั้นส่งมาเพื่อดำเนินการเพิกถอนหรือแก้ไขต่อไป

อำนาจของนายทะเบียนเป็นอำนาจในการใช้ดุลพินิจภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับหลัก Indefeasibility of Title ตัวอย่างเช่น

คดี Land Registrar of Wellington v. Snow เป็นกรณีที่ Snow ได้รับที่ดินที่พระมหากษัตริย์พระราชทานให้ ซึ่งมีแนวเขตติดแม่น้ำ ต่อมา Snow ประสงค์จะแบ่งแยกแปลงที่ดินดังกล่าวจึงนำมาดำเนินการที่สำนักงานที่ดิน ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นับแต่พระมหากษัตริย์พระราชทานให้นั้นแนวเขตที่ดินที่อยู่ติดริมน้ำได้ถูกกัดเซาะไปบางส่วนแล้ว และช่างรังวัดก็ไม่ได้ตรวจสอบจากแปลนที่ดินว่า ได้ถูกแก้ไขแนวเขตเข้ามาแล้ว ต่อมา นายทะเบียนได้ออกโฉนดที่ดินให้โดยรวมพื้นที่ที่ถูกน้ำกัดเซาะเข้าไปด้วยอันเป็นความผิดพลาด กรณีนี้ให้อำนาจนายทะเบียนที่จะเรียกให้ Snow ส่งคืนโฉนดที่ดินเพื่อทำการแก้ไขโดยตัดพื้นที่ที่ถูกน้ำเซาะออกไป

อย่างไรก็ตามนายทะเบียนจะต้องใช้อำนาจในการแก้ไขด้วยความมีเหตุมีผล เนื่องจากหากมีการเรียกร้องค่าทดแทนต่อกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) ด้วยเหตุที่ถูกแก้ไข จะได้ชี้แจงเหตุผลได้

²⁶ Ibid. pp. 366-370.

2.1.2 หลักการทะเบียนที่ดินของประเทศนิวซีแลนด์

ก. การนำที่ดินเข้าสู่ระบบทอร์เรนส์ (ออกโฉนดที่ดิน)²⁷

ที่ดินของประเทศนิวซีแลนด์เป็นประเภทเดียวกับของประเทศออสเตรเลียคือ ในอดีตที่ดินเป็นของพระมหากษัตริย์ และจะเป็นของประชาชนได้เมื่อพระมหากษัตริย์มีการพระราชทานให้ใช้ประโยชน์ เมื่อประเทศนิวซีแลนด์รับระบบทอร์เรนส์เข้ามาใช้โดยมีการบัญญัติพระราชบัญญัติการโอนที่ดิน ปี ค.ศ. 1870 (Land Transfer Act 1870) ได้กำหนดว่าที่ดินที่พระมหากษัตริย์พระราชทานให้ควรมานำมาดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว โดยการออกเป็นเอกสารสิทธิที่ดินซึ่งได้รับจากพระมหากษัตริย์ (Crown grant) หรือ โฉนดที่ดิน (Certificate of Title) เมื่อมีการออกโฉนดที่ดินแล้วจะมีการทำเป็นสองคู่ฉบับ ส่งให้กับนายทะเบียนอำเภอผู้ทำหน้าที่จดทะเบียนการได้มา และสำเนาจะระบุรายละเอียดทั้งหมดที่มีผลกระทบต่อที่ดินตามที่ปรากฏในทะเบียน การรังวัดที่ดินจะเป็นเสมือนการโยนภาระและข้อขัดข้องให้กับการทำงานภายใต้ระบบใหม่และเป็นสาเหตุให้ล้มเหลวได้

แม้ว่าบทบัญญัติเรื่องการจดทะเบียนจะได้รับการปรับเปลี่ยน แต่ข้อสำคัญข้อหนึ่งในรายงานประจำปีของอธิบดีกรมทะเบียนที่ดิน (Registrars-General) ประจำปี ค.ศ. 1871 – 1875 ระบุว่าจำเป็นที่การรังวัดจะต้องมีการแก้ไขให้ถูกต้องและทำให้สมบูรณ์ โดยในปี ค.ศ. 1872 ระบุว่า แผนที่มีความจำเป็นสำหรับการดำเนินการในระบบทอร์เรนส์ แผนที่เป็นความเสี่ยงสำคัญต่อความเสียหายที่จะทำให้การรังวัดไม่สมบูรณ์ ในปีต่อมา Sewell ได้ระบุเตือนสถานิติบัญญัติว่า ควรจะต้องมีการจัดให้มีการรังวัดที่ถูกต้องสมบูรณ์ ซึ่งต่อมาได้มีการปรับปรุงการรังวัดรวมถึงและได้มีการปรับปรุงในเรื่องเขตที่ดิน และมีการสอบสวนสิทธิด้วย

ข. หลักการเพิกถอนไม่ได้ (Indefeasibility of title)

ประเทศนิวซีแลนด์ได้รับระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์เข้ามาใช้โดยปรับเปลี่ยนเข้ามาผ่านทางพระราชบัญญัติการโอนที่ดิน (Land Transfer Act 1870) และต่อมาปัจจุบันคือพระราชบัญญัติการโอนที่ดิน 1952 (Land Transfer Act 1952) โดยวัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัติการโอนที่ดินคือ เพื่อคุ้มครองผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนออกจากความยุ่งยากและค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นภายหลังการจดทะเบียน เช่น ในการที่จะถูกสอบสวนถึงความ เป็นมาของโฉนดที่ดิน เป็นต้น และเพื่อสร้างความพอใจแก่ผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนถึง

²⁷G.W.Hinde, *supra* note 9, pp.27-30.

ความชอบด้วยกฎหมายของโฉนดที่ดินที่ได้มานั้น ผู้ซื้อโดยสุจริตเสียค่าตอบแทนจากผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้รับการจดทะเบียนและนำเอกสารเข้าจดทะเบียน ผู้นั้นจะได้รับสิทธิในที่ดินนั้นอย่างสมบูรณ์มีอาจเพิกถอนได้ (indefeasible)²⁸

ผู้พิพากษาซัลมอล (Sir John Salmon) ผู้พิพากษาศาลสูงของประเทศนิวซีแลนด์ให้ความเห็นไว้ในคดี Boyd v. Mayor of Wellington (1924) ว่า “ผลของการจดทะเบียนจะไม่ใช่โมฆะ แม้สิทธิที่ได้จดทะเบียนแล้วของผู้ขายจะบกพร่อง ในกฎหมายคอมมอนลอว์หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนได้ถูกยกเลิกไปแล้วทั้งหมด และไม่สามารถนำมาใช้ได้ในกรณีที่ผู้ซื้อสุจริตเสียค่าตอบแทน”²⁹

ค. ข้อยกเว้นของหลักการเพิกถอนไม่ได้³⁰ (Exceptions to Indefeasibility of Title)

ข้อยกเว้นของหลักการโฉนดที่ดินที่มีอาจเพิกถอนได้ ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการโอนที่ดิน 1952 (Land Transfer Act 1952) โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ และโดยการขยายความในคดีของศาล แต่มีข้อยกเว้นอย่างน้อย 3 ประการ³¹ เกี่ยวกับกรณีการออกโฉนดที่ดินที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการโอนที่ดิน 1952 (Land Transfer Act 1952) คือ แม้ว่าผู้ซื้อหรือผู้รับจ้างจะสุจริต นายทะเบียนก็อาจจะใช้อำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขได้ ได้แก่

1) มีการออกโฉนดที่ดินก่อนหน้านั้นให้สำหรับที่ดินแปลงเดียวกันไปแล้ว (มาตรา 62 (a) และ 63 (1) (e) ตัวอย่างเช่น

คดี Registrar of Titles v. Esperance Land Co. (1899) 1 W.A.L.R. 118 เจ้าของที่ดินได้ขายที่ดินส่วนหนึ่งให้แก่ผู้ซื้อโดยมีการจดทะเบียนและออกโฉนดที่ดินให้ ต่อมาที่ดินส่วนที่เหลือได้ขายให้ผู้ซื้ออีกรายหนึ่ง แต่นายทะเบียนได้ดำเนินการผิดพลาดโดยออกโฉนดที่ดินครอบคลุมที่ดินเดิมทั้งแปลง หมายถึงรวมส่วนที่มีการออกโฉนดที่ดินให้กับผู้ซื้อรายแรกเข้าไปด้วย และต่อมาผู้ซื้อรายหลังได้ขายที่ดินต่อให้บริษัท Esperance ซึ่งทำให้บริษัท Esperance กลายเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนแล้วในที่ดินทั้งแปลง ศาล

²⁸ *Ibid.* pp.34-35.

²⁹ *Ibid.* p.35.

³⁰ *Ibid.* pp.38-40.

³¹ *Ibid.* p.53.

พิจารณาแล้วเห็นว่าคดีนี้ไม่มีผู้ใดทำการขอลด เมื่อพบความผิดพลาดจึงสั่งให้บริษัท Esperance ส่งมอบโฉนดที่ดินเพื่อทำการแก้ไขให้ถูกต้อง

2) มีการออกโฉนดที่ดินไปโดยปราศจากอำนาจและออกทับที่ดินน
สาธารณะหรือที่สงวนหวงห้ามตาม มาตรา 77 และ 183 (2)³²

3) โฉนดที่ดินเป็นโมฆะภายใต้มาตรา 79³³ (แก้ไขโดยพระราชบัญญัติ
การโอนที่ดิน ฉบับแก้ไข 1963 มาตรา 22 (c)

นอกจากนี้มีข้อยกเว้นของหลักการเพิกถอนไม่ได้ในกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจ
ทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ได้แก่

(ก) ข้อยกเว้นภายใต้พระราชบัญญัติการโอนที่ดิน 1952 (Land
Transfer Act 1952) โดยสรุปข้อยกเว้นและข้อจำกัดของหลักการเพิกถอนไม่ได้ในพระราชบัญญัติ
การโอนที่ดิน 1952 คือ

1) โฉนดที่ดินที่ได้รับการจดทะเบียนตามที่บัญญัติไว้ (มาตรา 54)

³²Section 77 No right to any public road or reserve shall be acquired, or be deemed to have been acquired, by the unauthorised inclusion thereof in any certificate of title or by the registration of any instrument purporting to deal therewith otherwise than as authorised by law.

Section 183 (2) This section shall be read subject to the provisions of sections 77 and 79 hereof.

³³Section 79 Any certificate of title issued upon the first bringing of land under this Act, whether upon application or by force of any statute or of the order of any Court, and every certificate of title issued in respect of the same land, or any part thereof, to any person claiming or deriving title under or through the first registered proprietor shall be void as against the title of any person adversely in actual occupation of and rightfully entitled to that land, or any part thereof, at the time when the land was so brought under this Act, and continuing in such occupation as aforesaid at the time of any subsequent certificate of title being issued in respect of the said land; but [subject to the provisions of Part 1 of the Land Transfer Amendment Act 1963] every such certificate shall be as valid and effectual against the title of any other person as if that adverse occupation did not exist.

2) การซื้อผล (มาตรา 62 แก้ไขโดยมาตรา 22 (a), 63 (1) (c), 182 พระราชบัญญัติการโอนที่ดิน 1963)

3) การเรียกร้องภายใต้โฉนดที่ดินหรือการโอนที่ได้มาก่อน (มาตรา 62 (a), 63 (1) (e))

4) การละเลยหรือการบรรยายสิทธิในที่ดินตามกฎหมายผิดพลาด (มาตรา 62 (b))

5) การบรรยายแปลงหรือขอบเขตที่ดินผิดพลาด (มาตรา 62 (c), 63 (1) (d))

6) การเรียกร้องของผู้รับจ้างต่อผู้จ้างที่ผิดสัญญา (มาตรา 63 (1) (b))

7) การเรียกร้องของผู้เช่าต่อผู้ให้เช่าที่ผิดสัญญา (มาตรา 63 (1) (b))

8) โฉนดที่ดินของบุคคลที่เป็นปฏิบัติต่อผู้เป็นเจ้าของที่แท้จริงหรือต่อสิทธิทั้งหมดหรือบางส่วนในเวลาที่ดินนั้นได้รับการจดทะเบียนภายใต้พระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 79 (แก้ไขโดยมาตรา 22 พระราชบัญญัติการโอนที่ดิน 1963))

10) โฉนดที่ดินที่ถูกจำกัด (มาตรา 199)

11) การตัดสิทธิออกจากโฉนดที่ดินโดยการได้มาซึ่งสิทธิครอบครองของบุคคลอื่น (พระราชบัญญัติการโอนที่ดิน ฉบับแก้ไข 1963 ส่วนที่ 1)

12) การถูกตัดสิทธิออกจากโฉนดที่ดินโดยเจ้าของที่ดินข้างเคียงได้เข้าไปครอบครองที่ดินจนได้สิทธินั้น (ส่วนที่ 4 a (แทรกโดย มาตรา 2 พระราชบัญญัติการโอนที่ดิน 1966))

(ข) ซ้อยกเว้นเฉพาะที่กำหนดโดยบทกฎหมายอื่น

มีกฎหมายจำนวนมากที่กำหนดข้อยกเว้นของหลักเพิกถอนไม่ได้เอาไว้ ซึ่งต้องดูเป็นเรื่อง ๆ ไป ตัวอย่างที่พอจะเห็นได้ชัดเจนที่สุดอยู่ในส่วนที่ 2 ของพระราชบัญญัติงานโยธา 1925 (Public Works Act 1928) ซึ่งให้อำนาจบังคับการได้มาซึ่งที่ดินสำหรับงานโยธาของรัฐ

(ค) การลบล้างพระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติจำนวนมากของรัฐสภาที่กำหนดให้การกระทำการใด ๆ ในที่ดินมีผลได้โดยไม่ต้องจดทะเบียน และการลบล้างกฎหมายนี้เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องปฏิบัติ

เพื่อให้ระบบการโอนที่ดินมีความน่าเชื่อถือและมีประสิทธิภาพ ยกตัวอย่างเช่น คดี Miller v. Minister of Mines สภากองคมนตรีให้ถือว่าสิทธิในเหมืองแร่ได้ถูกโอนไปภายใต้พระราชบัญญัติเหมืองแร่ ซึ่งไม่ต้องมีการจดทะเบียนหรือบันทึกในทะเบียนการโอนที่ดินว่าถูกต้องและมีผลต่อโฉนดที่ดินของผูุ้ทธรณ์ซึ่งซื้อที่ดินมาและเป็นผู้มีชื่อในที่ดินที่ได้จดทะเบียนอยู่ก่อน

(ง) ข้อยกเว้นที่ได้รับอนุญาตโดยศาล

ศาลจะไม่อนุญาตให้ผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนใช้หลักโฉนดที่ดินที่มีอาจเพิกถอนได้ (principle of indefeasibility of title) เพื่อหลีกเลี่ยงหนี้ที่เขาต้องรับผิดชอบ กรณีนี้ได้รับการทำให้ชัดเจนโดยสภาองคมนตรีในคดี Frazer v. Walker ว่า “หลักการเพิกถอนไม่ได้นี้ไม่มีทางที่จะปฏิเสธสิทธิของใจทักที่ฟ้องบังคับเอากับบุคคล (in personam) ผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียน ซึ่งเป็นกรณีที่ถูกพบได้ในกฎหมายหรือในหลักความเสมอภาคสำหรับบรรเทาการทำหน้าที่ของศาลกรณีที่มีอาจมีการฟ้องบังคับเอากับบุคคล

ง. อำนาจในการแก้ไขข้อผิดพลาด³⁴

มีสองมาตราหลักในพระราชบัญญัติการโอนที่ดิน 1952 (Land Transfer Act 1952) ที่ให้อำนาจนายทะเบียนในการแก้ไข คือ

มาตรา 80 ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ เมื่อปรากฏหลักฐานเพียงพอแล้ว นายทะเบียนมีอำนาจที่จะแก้ไขข้อผิดพลาดและสิ่งที่ละเว้นกระทำการในโฉนดที่ดินหรือในการจดทะเบียน หรือในกรณีอื่นใด และอาจเรียกเอกสารสำคัญที่เกี่ยวข้องกับโฉนดที่ดินมาเพื่อดำเนินการแก้ไขได้³⁵

มาตรา 81 เมื่อปรากฏจนเป็นที่พอใจแก่นายทะเบียนว่าโฉนดที่ดินหรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง ได้ออกไปโดยผิดพลาด หรือมีการอธิบายแปลงที่ดินหรือขอบเขตที่ดินผิดพลาด หรือมีการบันทึกข้อมูลหรือสลักหลังผิดพลาด หรือโฉนดที่ดิน เอกสารสัญญา หรือเอกสารอื่นใดที่ได้รับมาหรือเก็บรักษาไว้โดยผิดพลาด หรือไม่ถูกต้อง นายทะเบียนอาจเรียกให้บุคคลที่ได้รับหรือ

³⁴G.W. Hinde, *supra* note 9. p.52.

³⁵Section 80 (1) The Registrar may, upon such evidence as appears to him sufficient, subject to any regulations under this Act, correct errors and supply omissions in certificates of title or in the register, or in any entry therein, and may call in any outstanding instrument of title for that purpose.)

เก็บรักษาโฉนดที่ดินหรือเอกสารดังกล่าวนั้น ส่งคืนเพื่อทำการเพิกถอนหรือแก้ไขแล้วแต่กรณี³⁶ มาตรา 81 นี้จะรวมถึงการจดทะเบียนที่ได้รับหรือรักษาไว้โดยฉ้อฉลหรือไม่ถูกต้องด้วย การให้อำนาจนายทะเบียนในการแก้ไขนี้ไม่ขัดกับหลักโฉนดที่ดินมิอาจเพิกถอนได้ (indefeasibility of title) เนื่องจากโฉนดที่ดินที่ได้รับมาหรือเก็บรักษาไว้โดยฉ้อฉล ไม่ใช่สิ่งที่ไม่อาจเพิกถอนได้ คำว่า “ฉ้อฉล” ในพระราชบัญญัติการโอนที่ดินนี้หมายถึง การไม่ซื่อสัตย์อย่างแท้จริง ส่วนคำว่า “ไม่ถูกต้อง” นั้นจะมีความหมายกว้างกว่า “ฉ้อฉล”

ทั้งนี้ มาตรา 81 จะมีความหมายที่กว้างกว่ามาตรา 80 ส่วนมาตรา 82, 83 และ 84 ของพระราชบัญญัติการโอนที่ดิน 1952 นั้นเป็นบทบัญญัติรองเพื่ออำนวยความสะดวกให้การใช้อำนาจของนายทะเบียนในการเพิกถอนหรือแก้ไขได้สะดวกยิ่งขึ้น

เหตุผลหนึ่งของการพัฒนาแนวคิดที่ว่าเพิกถอนไม่ได้คือการแก้ไขข้อบกพร่องและความไม่ถูกต้องตามระเบียบกฎหมายในโฉนดที่ดิน ดังนั้นอำนาจของนายทะเบียนในการแก้ไข จำเป็นที่ต้องใช้อย่างมีเงื่อนไขและเป็นไปในทางที่เหมาะสม ข้อจำกัดของการใช้อำนาจของนายทะเบียน คือไม่สามารถใช้อำนาจให้เป็นผลร้ายต่อผู้ซื้อที่สุจริตซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว อำนาจของนายทะเบียนที่จะเพิกถอนหรือแก้ไขจะหมดไปเมื่อผู้ซื้อหรือผู้รับจ้างของที่สุจริตเสียค่าตอบแทนได้รับโฉนดที่ดินที่ได้จดทะเบียนแล้ว กฎข้อนี้ได้สอดคล้องกับหลักที่ว่าบุคคลที่โอนที่ดินโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่จำเป็นต้องเข้าไปสู่กระบวนการสอบสวนโฉนดที่ดินของผู้ขายและผู้จ้าง เพราะนับจากเวลาที่จดทะเบียนเขาจะทราบได้ทันทีว่าทะเบียนแสดงความเป็นเจ้าของของเขาไม่สามารถที่จะถูกแก้ไขให้มีผลร้ายต่อเขาได้

³⁶Section 81 (1) Where it appears to the satisfaction of the Registrar that any certificate of title or other instrument has been issued in error, or contains any misdescription of land or of boundaries, or that any entry or endorsement has been made in error, or that any grant, certificate, instrument, entry, or endorsement has been fraudulently or wrongfully obtained, or is fraudulently or wrongfully retained, he may require the person to whom that grant, certificate, or instrument has been so issued, or by whom it is retained, to deliver up the same for the purpose of being cancelled or corrected, as the case may require.

2.1.3 หลักการทะเบียนที่ดินของประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดามีระบบการจดทะเบียนที่ดิน 2 ระบบ คือ ระบบทะเบียน (registry) ซึ่งใช้ในเมืองทางแถบตะวันออกของประเทศ (Quebec, บางพื้นที่ของเมือง Ontario, และเมืองอื่นๆ ในทางตะวันออก)³⁷ และระบบโฉนดที่ดิน (land titles) ซึ่งใช้ในเมืองทางแถบตะวันตกของประเทศ³⁸ (Saskatchewan, Manitoba, British Columbia, เขตการปกครองทางตะวันตกเฉียงเหนือ และบางพื้นที่ใน Ontario)³⁹ และจะมีบางเมืองที่ใช้ทั้งสองระบบรวมกัน ทั้งนี้ แต่ละเมืองและเขตการปกครองได้มีการพัฒนากฎระเบียบและกระบวนการเกี่ยวกับการจดทะเบียนที่ดินของตนเองและดำเนินการไปภายใต้กฎหมายของตน อย่างไรก็ตามเมื่อเร็ว ๆ นี้ได้มีการสนับสนุนระบบโฉนดที่ดินขึ้นมาดำเนินการเพื่อให้ครอบคลุมระบบการจดทะเบียนทั้งหมดต่อไป⁴⁰ การจดทะเบียนด้วยระบบทอร์เรนส์ ภายใต้ระบบโฉนดที่ดินหรือระบบทอร์เรนส์ รัฐบาลของเมืองนั้น ๆ จะรับรองความถูกต้องของข้อมูลที่แสดงในทะเบียนที่ดิน ระบบโฉนดที่ดินเป็นระบบที่ให้การรับรองความถูกต้องของข้อมูลปัจจุบันทั้งหมดที่ปรากฏในทะเบียนที่ดินพร้อมรับประกันโฉนดที่ดินด้วย ซึ่งจะไม่เหมือนกับระบบทะเบียน (registry) ที่ต้องให้ผู้ซื้อที่ดินเป็นผู้สืบหาความเป็นมาและความต่อเนื่องของการครอบครองอันเป็นสิ่งที่รับรองได้ถึงความเป็นเอกสารชั้นดีด้วยตนเองจนพอใจ⁴¹

³⁷ ____, "Land Registration System," http://www.blakes.com/english/publish/publications/creb/April_2005/Investing_In.pdf.

³⁸ ____, "Land Registration System," <http://www.worldproperties.com/CountryBusPractice>.

³⁹ Diane Kelly, "Torrens System of Land Registration," <http://talkcalgary.com/realtors/stevekelly/torrens.htm>.

⁴⁰ Borden Ladner Gervais, "Doing Business in Canada," [http://www.blcanada.com/publications/Doing_Business_In_Canada/en/chapter17_p1,htm](http://www.blcanada.com/publications/Doing_Business_In_Canada/en/chapter17_p1.htm).

⁴¹ *Supra note 38.*

ก. การนำที่ดินเข้าสู่ระบบทอเรนส์ (ออกโฉนดที่ดิน)⁴²

ในที่นี้จะขอยกตัวอย่างของรัฐอุธอนตารีโอซึ่งใช้ระบบทะเบียนที่ดินแบบทอเรนส์ โดยเริ่มตั้งแต่ ผู้ประสงค์จะนำที่ดินของตนเข้าสู่ระบบทอเรนส์ เพื่อจะได้รับการรับรองจากรัฐบาลรัฐอุธอนตารีโอ เพื่อแก้ไขข้อพิพาทเกี่ยวกับเอกสารแสดงสิทธิที่ดิน เพื่อได้รับผลประโยชน์จากการเป็นเจ้าของที่ดินอย่างเต็มที่ ให้ยื่นคำขอเพื่อมีโฉนดที่ดิน ภายใต้พระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน (Certification of Titles Act) โดยมีขั้นตอนดังนี้

1) จัดเตรียมเอกสารที่เกี่ยวข้องและจำเป็นสำหรับแนบพร้อมคำขอเพื่อประกอบในการประเมินคุณสมบัติของผู้ขอ เช่น ร่างแปลนที่ดิน ข้อมูลเอกสารแสดงสิทธิที่ดินของผู้ขอที่จัดเตรียมโดยทนายความ (Solicitor) ข้อมูลสิทธิต่าง ๆ ที่มีอยู่ในที่ดิน ที่ดินแปลงข้างเคียง เอกสารรับรองของเจ้าพนักงานฝ่ายบริหารของรัฐ (Sheriff's Execution Certificate) ที่แสดงความเป็นเจ้าของในที่ดินของผู้ขอและเจ้าของที่ดิน เมื่อได้ประชุมร่วมกันระหว่างผู้ขอทนายความ และนายช่างรังวัด ก็จะมีการประเมินข้อมูลทั้งหมดเพื่อพิจารณาดำเนินการให้

2) การยื่นคำขอ การยื่นคำขอในข้อที่ 1 จะต้องมีกรบรรยายรายละเอียดของแปลงที่ดิน ที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ของที่ดิน บรรยายสิทธิต่อเนื่องในที่ดินหรือสิทธิที่จะได้รับประโยชน์ในที่ดิน การจำยอมหรือสิทธิที่จะถูกบังคับตามกฎหมายให้ต้องกระทำ

ผู้ยื่นคำขอจะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจหรือได้รับมอบอำนาจที่จะยื่นคำขอได้ คำขออาจทำโดยคู่สัญญาที่เรียกร้องให้ได้มาโดยครอบครองปรบักษ์ หรือคู่สัญญาที่จะขายที่ดินที่ได้รับพระราชทานจากพระมหากษัตริย์

3) การรับรอง ผู้ขอจะต้องมีการรับรองข้อมูลที่ให้ไว้ในคำขอตามแบบฟอร์มที่กำหนดให้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร หากผู้ขอเป็นหุ้นส่วน จะต้องรับรองโดยเจ้าหน้าที่หรือทนายความของห้างหุ้นส่วนผู้มีอำนาจ

4) ข้อมูลในการประกาศคำขอ จะต้องระบุข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์ในที่ดินต่าง ๆ ตามที่ได้ยื่นคำขอมา

⁴²Title and Survey Services Office, Registration Division, Ministry of Consumer and Business Services, "Certification of Title under the Certification of Titles Act and First Registration under the Land Titles Act", <<http://www.wikipedia.com>> February 2002.

5) การแจ้ง การแจ้งควรจะต้องแจ้งแก่คู่สัญญาทุกคนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์ที่ดินแปลงนั้น รวมถึงเจ้าของที่ดินข้างเคียง ไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือหน่วยงานรัฐบาลทุกหน่วยงานที่ปรากฏในร่างแปลนที่ดิน (Draft Reference Plan) การแจ้งให้แจ้งทางที่อยู่ไปรษณีย์ซึ่งแสดงอยู่ในเอกสารที่จดทะเบียน

6) การแก้ไขข้อคัดค้าน ต้องแจ้งไปยังผู้ขอและหรือทนายความของผู้ขอโดยตรงเพื่อให้แก้ไขข้อคัดค้านนั้นต่อผู้คัดค้าน แล้วแจ้งผลต่อผู้อำนวยการสำนักหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน (Director of Titles) ทราบ ข้อคัดค้านนั้นอาจเป็นความแตกต่างในเรื่องของความเห็นระหว่างช่างรังวัดที่มีต่อเขตที่ดิน การเรียกร้องของเจ้าของที่ดินข้างเคียงว่ามีสิทธิในที่ดินมาก่อนผู้ขอ เป็นต้น

7) การทำคำขอให้สมบูรณ์ คำขอที่สมบูรณ์พร้อมจะจดทะเบียนออกโฉนดที่ดินจะต้องมีข้อมูลครบถ้วนตามที่กำหนดในแบบฟอร์ม

8) การจดทะเบียน เจ้าหน้าที่สำนักทะเบียนที่ดิน (Land Registry Office) และนายช่างรังวัดภูมิภาค (Regional Surveyor) จะต้องพิจารณาอีกครั้งซึ่งเอกสารคำร้องขอที่เสนอมานี้ แม้จะได้มีการพิจารณาตรวจสอบมาก่อนหน้านั้นโดยทนายความและช่างรังวัดแล้ว เมื่อตรวจสอบแล้วเห็นว่าถูกต้องสมบูรณ์ เจ้าหน้าที่จะดำเนินการออกโฉนดที่ดิน (First Registration or the Certificate of Title)

ข. หลักการเพิกถอนไม่ได้ (Indefeasibility of Title)

ระบบการจดทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์มีวิธีการที่แน่นอนถึงการยอมรับและการรับประกันโฉนดที่ดิน ภายใต้ระบบทอร์เรนส์ ความปลอดภัยของโฉนดที่ดินอยู่บนหลักการสำคัญคือ⁴³

1) หลักการเพิกถอนไม่ได้ (indefeasibility) โฉนดที่ดินจะมีอาจถูกเพิกถอน เรียกคืน หรือเป็นโมฆะ บุคคลผู้ที่ได้รับการจดทะเบียนลงบนโฉนดที่ดินจะเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินและสามารถอ้างสิทธินั้นได้ทั่วโลก หากไม่จดทะเบียนโฉนดที่ดินแล้วจะไม่สามารถใช้ต่อสู้บุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตาม ยังคงมีข้อยกเว้นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น การถูกยึดเพื่อชำระหนี้

⁴³ ____, "An Explanation of the Torrens System," http://www.bellspag.com/new/legaoissues/torren_system/May 31 2006.pdf.

ระบบทอร์เรนส์ใน British Columbia ถือว่าพยานหลักฐานของการมีกรรมสิทธิ์ได้แสดงอยู่ในโฉนดที่ดิน โดยจะมีชื่อของเจ้าของที่ดินและชื่อของบุคคลอื่นที่มีสิทธิประโยชน์ในที่ดินปรากฏอยู่ในโฉนดที่ดินนั้น

2) หลักการจดทะเบียน (registration) การจดทะเบียนในสำนักงานที่ดินเป็นสิ่งที่สำคัญ และจำเป็นต้องมีสำหรับการสร้างโฉนดที่ดินที่มีอาจเพิกถอนไม่ได้ (indefeasible title) ความล้มเหลวในการจดทะเบียนที่ดินหมายถึงการที่ที่ดินหรือสิทธิประโยชน์ในที่ดินที่ถูกเรียกร้องโดยเจ้าของที่ดินไม่สามารถบังคับต่อผู้เอาากับบุคคลที่สามได้ หลักการจดทะเบียนนี้ไม่สามารถเชื่อถือได้โดยเด็ดขาด เนื่องจากยังคงมีสิทธิและภาระผูกพันของรัฐที่มีผลต่อโฉนดที่ดินของบุคคล แม้ว่าจะไม่แสดงให้เห็นในโฉนดที่ดิน เช่น สิทธิในการเวนคืนที่ดินโดยอำนาจรัฐหรือเวนคืนเนื่องจากไม่เสียภาษี การได้โฉนดที่ดินหรือสิทธิในที่ดินโดยการขอลด หรือสิทธิและภาระผูกพันในที่ดินนั้นได้มาโดยทางกฎหมาย แม้ว่าจะไม่มีปรากฏในโฉนดที่ดินก็ตาม เป็นต้น⁴⁴

3) หลักการสิ้นสุดของการแจ้ง (Abolition of Notice) หมายความว่าไม่จำเป็นที่จะต้องระบุถึงวันที่โฉนดที่ดินหรือสิทธิประโยชน์ในที่ดินมีผล บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับที่ดินและได้รับสิทธิในที่ดินจะได้รับความเชื่อถือโดยทางทะเบียนของโฉนดที่ดิน ไม่จำเป็นต้องมีการแจ้งให้บุคคลอื่นทราบ

4) หลักการรับประกัน (Assurance) พระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน (Land Title Act) บัญญัติให้มีกองทุนรับประกันเพื่อจ่ายค่าทดแทนให้แก่บุคคลที่ถูกตัดสิทธิออกจากที่ดินหรือประโยชน์ในที่ดินที่เขาควรได้รับ กรณีที่โฉนดที่ดินเกิดความผิดพลาดจากการดำเนินการภายใต้ระบบทอร์เรนส์

ค. ข้อยกเว้นของหลักเพิกถอนไม่ได้ (Exception to Indefeasibility of Title)

มีข้อยกเว้นหลักการเพิกถอนไม่ได้ตามมาตรา 23 ของพระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน 1996 (Land Titles Act 1996) ดังนี้⁴⁵

1) กรณีมีผู้ได้รับสิทธิมาจากการได้รับที่ดินจากรัฐ ตามบทบัญญัติของกฎหมาย ข้อยกเว้น ข้อยกเว้น ข้อยกเว้น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

⁴⁴Diane Kelly, *supra* note 39.

⁴⁵Roger Howay, "Land Registration Systems," <<http://www.blakes.com/english/publications/creb/july03/landregistration.asp>>.

- 2) กรณีที่ดินนั้นนำมาจดทะเบียน แต่ไม่ยอมจ่ายภาษีตามอัตราที่ประเมิน จึงถูกยึดไว้บังคับชำระภาษี แล้วปล่อยให้จนล่วงเลยกำหนดการชำระภาษี
- 3) กรณีการให้เช่าหรือซื้อตกลงให้เช่าไม่เกินกว่า 3 ปี ถ้ามีการครอบครองที่แท้จริงภายใต้การเช่านั้น
- 4) ที่ดินนั้นเป็นทางหลวง ทางสาธารณะ ทางน้ำ หรือสิทธิของรัฐเหนือทางน้ำนั้น
- 5) การถูกเวนคืนภายใต้พระราชบัญญัตินี้
- 6) การอายัด การเรียกให้ได้มาของผู้ให้กู้ยืมเงิน ช้อยกเว้นต่าง ๆ คำพิพากษาของศาล
- 7) ที่ดินบางส่วนหรือทั้งหมดมีการบรรยายแปลงที่ดินหรือแนวเขตที่ดินผิดพลาด หรือไม่ถูกต้องที่จะนำมาบรรยายไว้ในโฉนดที่ดิน
- 8) สิทธิของผู้เสียสิทธิในที่ดินจากการขอลด รวมถึงการปลอมแปลง โดยผู้เป็นเจ้าของที่ดินที่จดทะเบียนมีส่วนร่วมในการขอลดหรือปลอมแปลงนั้น
- 9) การถูกบังคับ สิทธิของผู้ที่ได้รับให้กลับมาสู่ฐานะเดิม ที่ดินที่ถูกบังคับให้ส่งคืนสิทธิในที่ดินตามพระราชบัญญัติป่าไม้

ง. อำนาจในการแก้ไขข้อผิดพลาด

ในการเพิกถอนและแก้ไขทางทะเบียนที่ดินนั้น ประเทศแคนาดาได้ให้อำนาจนายทะเบียนที่ดินที่จะแก้ไขทะเบียนของโฉนดที่ดินให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมาย คำสั่งศาล เปลี่ยนแปลงชื่อเจ้าของที่ดิน หรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลในข้อเท็จจริงได้⁴⁶ กรณีที่พบว่ามีการกระทำผิดโดยบุคคลหนึ่งได้ใช้กลฉ้อฉลให้จดทะเบียนชื่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าของที่ดินลงไปในโฉนดที่ดิน ผู้เป็นเจ้าของที่ดินที่ถูกต้องอาจยื่นคำขอต่อนายทะเบียนที่ดิน แล้วนายทะเบียนที่ดินอาจเพิกถอนข้อมูลที่ผิดพลาดนั้นและอาจใส่ชื่อเจ้าของที่ดินที่ถูกต้องลงไปในทะเบียนที่ดินแทน⁴⁷

⁴⁶ มาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน (Land Title Act, R.S.O.1990

<http://www.e-laws.gov.on.ca/DBILaws/Statues/English/90105_e.htm>.

⁴⁷ มาตรา 157 (1) of *Ibid.*

2.1.4 หลักการเยียวยาโดยกองทุนประกันความเสียหาย

ก. ประเทศออสเตรเลีย

1. ที่มาของแหล่งกองทุน

ประเทศออสเตรเลียนั้น ได้มีการจัดตั้งกองทุนรับประกันระบบทอร์เรนส์ (Torrens Assurance Fund) จากบัญชีเงินฝากประจำพิเศษ (มาตรา 134 พระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2443)⁴⁸ โดยเก็บเงินจากเจ้าของที่ดินเมื่อมีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน เช่น เมื่อมีการออกกฎหมายระบบทอร์เรนส์ฉบับแรกในรัฐเซาท์ออสเตรเลีย (South Australia) จะมีการเก็บเงินเข้ากองทุนเป็นจำนวน 0.2 เปอร์เซ็นต์ ของราคาที่ดินที่ขอออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน⁴⁹ หรือเรียกเก็บเมื่อมีการจดทะเบียนบางประเภท เช่น การรับมรดก⁵⁰

2. หลักเกณฑ์ในการชดเชยค่าเสียหาย

เพื่อจ่ายค่าทดแทนให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหาย เสียสิทธิในโฉนดที่ดิน โดยมีกระบวนการจ่ายค่าทดแทนตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ. 2443⁵¹. ดังนี้

บุคคลที่ได้รับความสูญเสียหรือเสียหายจากกลฉ้อฉล ความผิดพลาด ความเข้าใจผิด หรือการละเว้นกระทำการ หรือการจดทะเบียนของบุคคลที่มีสิทธิในที่ดินในทะเบียน อาจยื่นคำขอต่อศาลเพื่อเรียกค่าเสียหายจากกองทุนรับประกันระบบทอร์เรนส์ (Torrens Assurance Fund) ได้ (มาตรา 120) โดยสถานะในอันที่จะจ่ายค่าทดแทนให้ นั้น เมื่อความสูญเสียหรือเสียหายนั้นเกิดขึ้นจาก (มาตรา 129 (1))

- การกระทำหรือละเว้นกระทำการของหัวหน้านายทะเบียนในการดำเนินการภายใต้อำนาจหน้าที่ ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน

⁴⁸Real Property Act 1900 <http://www.austlii.edu.au/legis/nsw/consol_act/rpa1900178/5137.html>.

⁴⁹Simpson, Stanhope Rowton, *supra note* 1, p.180.

⁵⁰Jame Edward Hogg, Registration of title to Land Throughout the Empire, (Sydney, 1920), p.3.

⁵¹Real Property Act 1900. *Ibid.*

- การจดทะเบียนของบุคคลให้เป็นผู้มีสิทธิในที่ดิน หรือ
ในอสังหาริมทรัพย์หรือให้ได้ประโยชน์อื่นใดในที่ดิน

- ความผิดพลาด เข้าใจผิด หรือละเว้นกระทำการใน
ทะเบียนที่ดิน

- ที่ดินนั้นได้ดำเนินการไปภายใต้พระราชบัญญัตินี้
- บุคคลได้ถูกตัดสิทธิออกจากที่ดิน อสังหาริมทรัพย์ หรือ
ประโยชน์อื่นใดในที่ดิน เนื่องจากผลของการฉ้อฉล

- เจ้าหน้าที่เป็นผู้ตรวจพบความผิดพลาดหรือละเว้น
กระทำการในเรื่องเกี่ยวกับที่ดิน

แต่มีข้อยกเว้นของหลักการชดใช้ค่าเสียหาย โดยค่าทดแทนจะไม่จ่าย
ให้กับความสูญเสียหรือเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำหรือละเว้นกระทำการของบุคคล
ผู้เสียหายนั่นเอง หรือโดยนักกฎหมาย ผู้ที่ได้รับการจดทะเบียนให้เป็นผู้ทำการโอนทรัพย์สิน
(Licensed Conveyancer) หรือบริษัทอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Agent) หรือการจ่าย
ค่าเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การได้รับชดใช้ค่าเสียหายจากผู้ประกอบการรับประกัน เป็นต้น (มาตรา
129 (2) (b) (ii))

การเรียกค่าทดแทนความเสียหายต้องเรียกภายใน 6 ปี หลังจากวันที่
เกิดความสูญเสีย (มาตรา 131)

ตัวอย่างกรณี ความเสียหายที่เกิดจากความเชื่อในความถูกต้องของ
ทะเบียนที่ดิน (ในรัฐวิคตอเรีย) กล่าวคือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดของระบบ
ทะเบียนที่ดิน ได้กระทำการโดยสุจริตเพราะความเชื่อถือในระบบทะเบียนที่ดินที่รัฐได้จัดทำขึ้น
กรณีนี้เป็นการให้ความคุ้มครองอย่างกว้าง ๆ กรณีบุคคลที่ได้เข้าทำสัญญาให้กู้ยืมเงินหรือทำ
สัญญาอื่นใดกับคู่สัญญา โดยใช้หลักฐานทางทะเบียนที่ดินเป็นประกัน จึงขอตรวจสอบหลักฐาน
ทางทะเบียนที่ดิน เห็นว่าถูกต้อง แต่ปรากฏในภายหลังว่าเป็นทะเบียนที่ดินที่ไม่ถูกต้อง ทำให้เขา
ต้องสูญเสียสิทธิ เขาสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากกองทุนได้⁵²

⁵² Douglas J. Whalan, *supra* note 12, p.351.

ข. ประเทศนิวซีแลนด์

1. ที่มาของแหล่งกองทุน

มาจากงบประมาณแผ่นดินที่เรียกว่า Consolidated Fund หรือ Consolidate Revenue มาใช้ได้⁵³

2. หลักเกณฑ์ในการชดเชยค่าเสียหาย

ระบบทอร์เรนส์เป็นระบบการจดทะเบียนที่ดินที่นำมาดำเนินการภายใต้การโอนที่ดิน การจดทะเบียนที่ดินของระบบทอร์เรนส์เข้ามาในประเทศนิวซีแลนด์โดยปรากฏในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการโอนที่ดิน (Land Transfer Act 1870) และปัจจุบันคือ Land Transfer Act 1952 ระบบการจดทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์นี้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงขั้นพื้นฐานในกฎหมายที่สัมพันธ์กับการโอนที่ดิน 2 ประการ คือ⁵⁴

1) ระบบได้ทำให้เกิดการกระทำที่แน่นอนและให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบในการทำธุรกรรม ซึ่งก่อนหน้านั้นเป็นความรับผิดชอบของคู่สัญญา

2) ระบบมีผลให้ล้มเลิกหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (Non dat qui non habet) ในกรณีที่มีการจดทะเบียน

อย่างไรก็ตามทั้งสองประการข้างต้น ประเทศนิวซีแลนด์มองว่าการเปลี่ยนแปลงภายใต้ระบบทอร์เรนส์อาจมีส่วนทำให้นักลงทุนเป็นเจ้าของหรือเกี่ยวข้องกับที่ดิน มีความเป็นไปได้ที่จะพบกับความยุ่งยากของการสูญเสียที่จะเกิดขึ้น เช่น อาจถูกตัดสิทธิออกจากโฉนดที่ดินและประโยชน์ที่เขาจะได้รับ อันมีผลมาจากความผิดพลาด การละเว้นการกระทำ หรือการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงมีการบัญญัติถึงค่าทดแทนสำหรับผู้เสียหาย สำหรับกรณี

(ก) ความเป็นไปได้ของความเสียหายที่เกิดจากอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของนายทะเบียนและเจ้าหน้าที่ในสำนักงานที่ดิน ความผิดพลาดหรือการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ สามารถเกิดขึ้นได้ในสำนักงานทะเบียนที่ดิน

(ข) ความเป็นไปได้ของการสูญเสียที่จะเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (Non dat qui non habet)

⁵³Simpson, Stanhope Rowton, *supra* note 1, pp.180-181.

⁵⁴G.W.Hinde, *supra* note 9, pp. 138-139.

ข้อเท็จจริงที่ว่าที่ดินเป็นสินทรัพย์ที่มีค่า ความซับซ้อนและความหลากหลายของสิทธิประโยชน์ที่ดินถือว่าเป็นประโยชน์สำหรับการยังชีพ ดังนั้นการเสียสิทธิที่ดินนี้เป็นเหตุผลเพียงพอสำหรับการกำหนดให้มีค่าทดแทน โดยรัฐจะให้การเกื้อหนุนการจ่ายค่าทดแทนให้ในรูปแบบของการรับประกันซึ่งมีการใช้มากกว่า 100 ปีแล้ว⁵⁵ ซึ่งได้จัดเตรียมค่าทดแทนให้ในหลายกรณี และจัดให้มีกองทุนทดแทน มีระบบการเงิน ซึ่งการเรียกค่าทดแทนในปัจจุบันจะเรียกจากบัญชีรายได้รวม (Consolidated Revenue Accountant) บทบัญญัติเรื่อง ค่าทดแทนได้บัญญัติไว้ในมาตรา 172 ของพระราชบัญญัติการโอนที่ดิน 1952 ดังนี้

มาตรา 172 ค่าทดแทนสำหรับความผิดพลาดหรือการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของนายทะเบียนจะจ่ายให้กับบุคคล

(a) ผู้ซึ่งสูญเสียหรือเสียหายจากการละเว้นกระทำการ ความผิดพลาด หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของนายทะเบียน หรือเจ้าหน้าที่ในสำนักงานที่ดินในการดำเนินการตามหน้าที่ หรือ

(b) ผู้ซึ่งไม่ได้รับสิทธิในที่ดิน หรืออสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิประโยชน์ในที่ดิน ตลอดจนการนำที่ดินเข้ามาดำเนินการภายใต้บทบัญญัติของ Land Transfer Act หรือการจดทะเบียนที่ดินของบุคคลอื่นว่าเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินนั้น หรือโดยผิดพลาดคลาดเคลื่อน ละเว้นกระทำการ หรือบันทึกข้อความในโฉนดที่ดิน หรือเอกสารอื่นใดในทะเบียนที่ดิน หรือการได้รับความสูญเสียหรือเสียหายอย่างไม่ถูกต้อง ในโฉนดที่ดินดังกล่าวมาข้างต้น และบุคคลตามบทบัญญัติของมาตรานี้ ต้องแบกรับผลดังกล่าวจากการดำเนินการเพื่อเป็นเจ้าของ หรือดำเนินการอื่น ๆ เพื่อสิทธิในที่ดิน อสังหาริมทรัพย์ หรือประโยชน์อื่นใดในที่ดิน อาจฟ้องร้องต่อรัฐ (Crown) เพื่อเรียกค่าเสียหายได้

อธิบาย (a) ความเสียหายที่มีสาเหตุจากการละเว้นกระทำการ ความผิดพลาด การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายของนายทะเบียนหรือเจ้าหน้าที่ในสำนักงานทะเบียนที่ดิน

(b) มีวัตถุประสงค์ว่าในการดำเนินการตาม Land Transfer Act 1952 กรณีที่ผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้รับการจดทะเบียน อาจสูญเสียสิทธิต่อผู้มีสิทธิในที่ดินที่ได้

⁵⁵ Jonathan Flaws, "Compensation for loss under the Torrens System – Extending State Compensation with Private Insurance" p.2. <[http://www.firsttitle.com.au/Jonathan Flaws-Compensation-for-loss.pdf](http://www.firsttitle.com.au/Jonathan%20Flaws-Compensation-for-loss.pdf)>

จดทะเบียนก่อน หรือบุคคลอื่น โดยตัดสิทธิเขาออกจากที่ดิน หรืออสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิประโยชน์ในที่ดิน

หลักการ⁵⁶ คือ (1) ถ้าความเสี่ยงเกิดขึ้นโดยรัฐ รัฐจะต้องรับประกัน และจ่ายค่าชดเชย

(2) การบริหารงานที่มีประสิทธิภาพจะเป็นสิ่งที่ดี สำหรับรัฐที่จะจ่ายค่าทดแทนให้กับความผิดพลาดเล็กน้อยนั้น มากกว่าจะต้องจ่ายเงินจำนวนมากในการพยายามที่จะป้องกันความผิดของตน รัฐจะเป็นผู้รับประกันผู้มีชื่อเป็นเจ้าของสิทธิในที่ดินที่จดทะเบียนในโฉนดที่ดินที่มีอาจเพิกถอนได้ ค่าทดแทนของรัฐจะเป็นการจ่ายให้สำหรับความสูญเสียที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติการของระบบเทอร์เรนส์ ซึ่งไม่ได้เป็นการรับประกันความเสี่ยง แต่เป็นความรับผิดชอบในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำผิดหรือการปฏิบัติงานเป็นการกระทบสิทธิของเอกชน

มูลเหตุของค่าทดแทน⁵⁷

ค่าทดแทนมีไว้สำหรับความสูญเสียหรือเสียหายจากการละเว้น กระทำการ ความผิดพลาด หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการตามระบบการจดทะเบียน ผู้ถูกตัดสิทธิออกจากที่ดินมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย สำนักงานทะเบียนที่ดินที่ได้รับรองเขตที่ดินโดยรวมเขตถนนและที่สงวนเข้าไปด้วย ถือเป็นความผิดพลาดที่ไม่อาจเรียกค่าทดแทนได้ เพราะการรับรองโฉนดที่ดินของรัฐจะรับรองเฉพาะความจริงที่ควรปรากฏอยู่ในโฉนดที่ดินเท่านั้น หมายความว่าเขตถนนและที่สงวน ในความเป็นจริงก็ไม่มีทางปรากฏอยู่ในโฉนดที่ดินได้ นอกจากนี้การกระทำของนายทะเบียนตามคำสั่งของฝ่ายปกครอง หรือกรณีนายทะเบียนกระทำการโดยดุลพินิจของตน ก็ไม่เป็นสาเหตุให้นำมาเรียกค่าทดแทนได้

ข้อยกเว้นในการใช้สิทธิเรียกค่าทดแทน⁵⁸

1) ยกเว้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

มาตรา 178 ของ Land Transfer Act 1952 ได้กำหนด ข้อยกเว้น 5 ประการ สำหรับความรับผิดของรัฐ (Crown) ที่จะไม่ต้องจ่ายค่าทดแทน ดังนี้

(1) ที่ดินนั้นเป็นที่ดินแปลงเดียวกับที่ดินของหลวง บทบัญญัตินี้ สอดคล้องกับข้อยกเว้นหลักการเพิกถอนไม่ได้ ตามมาตรา 63 (e)

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ G.W.Hinde, *supra* note 9. p.140.

⁵⁸ Ibid pp.153-155.

(2) ความสูญเสียที่เกิดจากการใช้ตราประทับที่ไม่เหมาะสม ถูกต้องของเจ้าของที่ดินที่เป็นบริษัทห้างร้าน

(3) การจดทะเบียนในเอกสารโดยบุคคลที่ไม่มีความสามารถตามกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่าข้อเท็จจริงที่ว่าไม่มีความสามารถนั้น ได้ถูกเปิดเผยในเอกสารในลักษณะที่เป็นคุณว่าบุคคลนั้นได้รับการจดทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิในที่ดิน

(4) ผลของการดำเนินการโดยไม่มีอำนาจในการขายหรือการกลับเข้าครอบครอง เช่น การเช่า หรือการจำนอง

(5) บทบัญญัติของกฎหมายไม่ให้สิทธิในการเรียกค่าทดแทน

2) ความประมาทที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดอยู่ด้วยในเรื่องละเมิด

ระยะเวลาการเรียกค่าทดแทนและการประเมินค่าความเสียหาย⁵⁹

มีเรื่องที่สำคัญที่ควรพิจารณาถึงเกี่ยวกับค่าทดแทน คือ

(1) ระยะเวลาในการเรียกค่าทดแทน ตามมาตรา 180 Land Transfer Act 1952 ให้เรียกได้ภายใน 6 ปี นับจากวันที่สิทธิในการเรียกร้องเกิดขึ้น บุคคลที่ไม่มีความสามารถเนื่องจากเป็นทารกหรือวิกลจริต ให้เรียกค่าเสียหายได้ภายใน 3 ปี นับจากพ้นสภาพการเป็นทารกหรือวิกลจริตนั้น

(2) การประเมินค่าความเสียหาย ตามหลักกฎหมาย Common Law การประเมินค่าความเสียหาย สำหรับการสูญเสียหรือเสียหายในทรัพย์สินนั้นใช้หลัก restitution in integrum (หลักการกลับคืนสู่สถานะเดิม) กล่าวคือพิจารณาที่สถานะของเขาก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้น ในเรื่องเงินที่เขาจะได้มา ในการเรียกค่าเสียหายภายใต้ Land Transfer Act มีการนำหลักของ Common Law มาใช้ คือ ในกรณีของการสูญเสียส่วนใดส่วนหนึ่งของที่ดิน ความเสียหายจะคิดเป็นมูลค่าทั้งหมดของที่ดินที่แปลงที่ถูกตัดสิทธิ วันที่ถูกตัดสิทธิต้องรวมถึงการตัดสิทธิในอสังหาริมทรัพย์และสิทธิประโยชน์ในที่ดินด้วย สำหรับสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินก็จะต้องคำนวณมูลค่า ณ วันที่ถูกตัดสิทธิด้วย

ตัวอย่างคดีที่มีการชดเชยค่าทดแทนได้แก่

คดี Anderson v. Davy (1882)⁶⁰ เจ้าของที่ดินยังไม่ได้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ได้ตายโดยไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ บุตรชายของเจ้าของที่ดินได้แอบอ้างเป็นเจ้าของที่ดินและยื่น

⁵⁹ *Ibid.* pp.156-157.

⁶⁰ G.W. Hinde, *supra* note 9, p.146.

คำขอออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินโดยกมลฉัตร ซึ่งนายทะเบียนก็ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้ไป และบุตรชายของเจ้าของที่ดินได้นำที่ดินไปจำนองและไม่ชำระหนี้ ผู้รับจำนองจึงขายทอดตลาดที่ดินให้แก่ผู้ซื้อที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ (กฎหมายของนิวซีแลนด์ให้ผู้รับจำนองขายทอดตลาดที่ดินเพื่อนำมาใช้หนี้ได้) ต่อมาภรรยาของเจ้าของที่ดินได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการมรดก จึงฟ้องผู้ซื้อให้เพิกถอนการจดทะเบียน ศาลตัดสินว่าเพิกถอนสิทธิของผู้ซื้อไม่ได้เพราะผู้ซื้อได้สิทธิที่ไม่สามารถลบล้างได้ (Indefeasibility of Title) แต่ภรรยาของเจ้าของที่ดินมีสิทธิได้รับชดเชยค่าเสียหายจากกองทุนได้

Hermond J. ได้ให้ข้อสังเกตในเรื่องค่าทดแทนภายใต้ระบบเทอร์เรนส์ว่า "หากไม่มีค่าทดแทน การรับประกันในรูปแบบต่าง ๆ ก็จำเป็นจะต้องเกิดขึ้น" จากข้อสังเกตนี้ทำให้มีรูปแบบการรับประกันโฉนดที่ดินต่าง ๆ ของเอกชนเกิดขึ้นเมื่อปี 1995 การดำเนินการเรื่องค่าทดแทนของประเทศนิวซีแลนด์จึงมีถึง 2 ระบบ คือ ค่าทดแทนโดยรัฐ และการรับประกันของเอกชน⁶¹

การรับประกันของเอกชน

เป็นการรับประกันโฉนดที่ดินที่ไม่ได้ค้ำประกันในส่วนความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ธุรกิจการรับประกันโฉนดที่ดินเป็นธุรกิจที่ยอมรับความเสี่ยงและเป็นการจ่ายค่าทดแทนจากเบี้ยประกัน กรณีที่มีการเรียกร้องค่าประกันนั้น โดยมีเงื่อนไขว่า

1. ผู้เรียกค่าเสียหายต้องเป็นผู้ถือกรรมกรรม
2. ความสูญเสียได้เกิดขึ้นหรือมีลักษณะที่เกิดขึ้นจากผลของความเสียหายที่กำหนดไว้ในกรรมกรรม
3. สถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากที่บรรยายไว้ในกรรมกรรมจะไม่นำมาพิจารณา

การรับประกันโฉนดที่ดินไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะทรัพย์สินที่เป็นที่พักรักษาอาศัย แต่ยังพัฒนาไปถึงการจำนองที่พักรักษาอาศัย อสังหาริมทรัพย์เชิงพาณิชย์ และอาจรับประกันในเรื่องความเสี่ยงพิเศษ เช่น ความเสี่ยงในเรื่องการซื้อขายโฉนดที่ดินที่มีการจำนอง หรือมีสิทธิประโยชน์ในที่ดินด้วย

⁶¹Jonathan Flaws, *supra* note 55, p.2.

ค. ประเทศแคนาดา

1. ที่มาของแหล่งกองทุน

ในพื้นที่ของเมือง Ontario ที่ใช้ระบบทอร์เรนส์ ได้มีการจัดตั้งกองทุนประกันโฉนดที่ดิน (The Land Titles Assurance Fund) โดยใช้เงินทุนของกองทุนรายได้รวม (the Consolidated Revenue Fund) มาจากงบประมาณแผ่นดินที่เรียกว่า Consolidated Fund หรือ Consolidate Revenue มาชดใช้⁶²

2. หลักเกณฑ์ในการชดเชยค่าเสียหาย

ประเทศแคนาดามีบทกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งกระทำการภายใต้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งว่าไม่ต้องรับผิดชอบการกระทำใด ๆ ที่กระทำไปอย่างเหมาะสมหรือดำเนินการอย่างสมควรด้วยความสุจริตหรือละเว้นกระทำการในหน้าที่หรือส่วนที่ควรเป็นหน้าที่ ภายใต้อำนาจที่ได้รับจากพระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน 1990 (Land Title Act 1990) กฎหมายหรือคำสั่งหรือกฎระเบียบอื่นใด⁶³ ทั้งนี้ ในพื้นที่ของเมือง Ontario ที่ใช้ระบบทอร์เรนส์ ได้มีการจัดตั้งกองทุนรับประกันโฉนดที่ดิน (The Land Titles Assurance Fund) โดยใช้เงินทุนของกองทุนรายได้รวม (the Consolidated Revenue Fund) ซึ่งมีการกำหนดวงเงินรับประกันว่าต้องจ่ายให้ไม่เกิน 1 ล้านเหรียญสหรัฐ หากจะต้องจ่ายเกินกว่า 1 ล้านเหรียญจะต้องผ่านสภาของรัฐ (Lieutenant Governor in Council) และในการจ่ายเงินนั้นจะจ่ายผ่านทางศาล⁶⁴ สำหรับจำนวนค่าทดแทนที่ต้องจ่ายในแต่ละกรณีนั้น ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้อำนวยการสำนักหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน (Director of Titles) เป็นผู้กำหนด และให้เป็นดุลพินิจของศาล⁶⁵ โดยให้บุคคลผู้ถูกตัดสิทธิออกจากที่ดินหรือสิทธิประโยชน์ในที่ดิน อันเนื่องมาจากกลล่อลวง ความเข้าใจผิด การละเว้นกระทำการ หรือความผิดพลาด อื่นใด เรียก

⁶²Simpson, Stanhope Rowton, *supra* note 1. pp.180-181.

⁶³มาตรา 16 พระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน พ.ศ.2533 (Land Title Act, R.S.O.1990 <http://www.e-laws.gov.on.ca/DBILaws/Statues/English/90105_e.htm>.

⁶⁴มาตรา 54 พระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน พ.ศ.2533 (Land Title Act, R.S.O.1990, *Ibid.*

⁶⁵มาตรา 57(8) พระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน พ.ศ.2533 (Land Title Act, R.S.O.1990, *Ibid.*

ค่าทดแทนค่าเสียหายจากผู้ที่ทำให้ตนเสียสิทธิในที่ดินนั้น⁶⁶ และหากไม่สามารถเรียกได้ กฎหมายก็ให้สิทธิที่จะให้ยื่นคำขอต่อผู้อำนวยการสำนักหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน (Director of Titles) เรียกให้มีการจ่ายค่าทดแทนจากกองทุนรับประกัน (Assurance Fund) ได้ ภายใน 6 ปี นับจากเวลาที่ถูกต้องสิทธิออกจากที่ดิน⁶⁷ ทั้งนี้ในการจ่ายเงินค่าทดแทนนั้นผู้อำนวยการสำนักหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินจะต้องมีการรับรองการจ่ายเงินและมีการพิสูจน์ถึงภาระความเป็นหนี้ที่จะต้องรับผิดชอบต่อกองทุนรับประกันด้วย

นอกจากนี้ในส่วนของเมืองและเขตการปกครองอื่นที่ใช้ระบบทอร์เรนส์ ก็ได้จัดให้มีกองทุนรับประกันของรัฐบาลเช่นเดียวกัน แต่อาจแตกต่างกันบ้างในรายละเอียด เช่น วิธีการจ่ายเงิน ผู้รับผิดชอบกองทุน กำหนดวงเงินในการจ่าย เป็นต้น แต่ในหลักการแล้ว ก็เพื่อคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการไปตามอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบอย่างดีที่สุดแล้ว และเยี่ยวยาให้กับบุคคลผู้ต้องสูญเสียสิทธิในที่ดินและเกิดความเสียหายจากการสูญเสียนี้

จากการศึกษาหลักการทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์จะเห็นได้ว่าระบบนี้ได้สร้างตัวทะเบียนที่ดินขึ้นมาเพื่อเป็นหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินและถือว่าผู้มีชื่อในทะเบียนที่ดินได้รับการสันนิษฐานเด็ดขาด (Indefeasibility of title) นอกจากนี้ยังมีการนำระบบกองทุนประกันความเสียหายมาใช้เพื่อที่จะกำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเนื่องมาจากทะเบียนที่ดินเกิดการผิดพลาด ซึ่งประเทศประเทศออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา ที่ได้นำระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์ไปใช้ก็ได้นำหลัก Indefeasibility of title ไปใช้ในระบบทะเบียนที่ดินในประเทศของตนเช่นเดียวกัน แต่ได้กำหนดข้อยกเว้นของหลัก Indefeasibility of title เช่น กรณีการทะเบียนที่ดินเกิดการผิดพลาดเนื่องจาก การฉ้อฉล ออกให้กับผู้ไม่มีสิทธิ ก็ให้อำนาจแก่นายทะเบียนเพิกถอนหรือแก้ไขได้ และได้นำระบบกองทุนประกันความเสียหายมาเยี่ยวยาความเสียหายอันเกิดจากทะเบียนที่ดินผิดพลาดดังกล่าวด้วย แต่จากสถิติการจ่ายค่าทดแทนจากกองทุนของ Land Title Offices รัฐนิวเซาท์เวลส์ โดยนับถึงปี ค.ศ. 1939 มีจำนวนเล็กน้อยเพียง 21,000 ปอนด์ออสเตรเลีย ในปี ค.ศ. 1942 จำนวน 108 ปอนด์ออสเตรเลีย ในปี ค.ศ. 1949 จำนวน 61 ปอนด์ออสเตรเลีย ในปี ค.ศ. 1942 มีจำนวน 108

⁶⁶ มาตรา 57(1) พระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน พ.ศ.2533 (Land Title Act, R.S.O.1990, *Ibid.*

⁶⁷ มาตรา 57(4) พระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน พ.ศ.2533 (Land Title Act, R.S.O.1990, *Ibid.*

ปอนด์ออสเตรเลีย และ 12,800 เหรียญออสเตรเลีย ทั้งนี้การจ่ายค่าทดแทนสำหรับกรณีการจดทะเบียนจำนองภายหลังการได้รับเอกสารสิทธิในที่ดินโดยการปลอมแปลง เป็นประเด็นสำคัญที่มีการจ่ายภายใต้ระบบทอร์เร็นส์⁶⁸

นอกจากนี้ จากการศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมของผู้เขียนยังพบว่า มีจำนวนค่าทดแทนที่จ่ายให้สำหรับความผิดพลาดของสำนักงานที่ดินดังนี้

- ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1982 – 1994 เป็นเงิน 538,987 เหรียญออสเตรเลีย โดยมีการเรียกร้องค่าทดแทนเข้ามาทั้งสิ้นประมาณ 2,855,000 บาท (ข้อมูลนี้ยังพิจารณาจ่ายให้ไม่ครบทุกคำขอ)

- จำนวนค่าทดแทนที่จ่ายเพราะเหตุข้อผิดพลาดตั้งแต่ปี 1975-1995 เป็นเงิน 2,894,443 เหรียญออสเตรเลีย (เรียกร้องเข้ามาประมาณ 3,525,000 เหรียญออสเตรเลีย และยังพิจารณาไม่เสร็จสิ้นทุกคดี)

ทั้งนี้ไม่ปรากฏว่าเป็นการเรียกค่าทดแทนจากความผิดพลาดในเรื่องการออกโฉนดที่ดิน⁶⁹ อาจเป็นเพราะเหตุที่ว่าระบบทะเบียนที่ดินของประเทศออสเตรเลียมีมาตรฐาน ประกอบกับการใช้หลัก indefeasibility of title และเหตุยกเว้นหลักดังกล่าวมีจำกัด ทำให้มีการฟ้องทละเบียนที่ดินจำนวนน้อย ส่งผลให้มีการจ่ายเงินจากกองทุนไปจำนวนไม่มาก หากดูจากสถิติดังกล่าวข้างต้น

สำหรับระบบทะเบียนที่ดินของไทยซึ่งได้นำระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เร็นส์มาใช้เช่นเดียวกัน แต่ในกรณีทะเบียนที่ดินคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถฟ้องหรือแก้ไขได้ รายละเอียดจะได้กล่าวถึงในลำดับต่อไป

2.2 ที่มาของการฟ้องหรือแก้ไขก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ

ตามหลักกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จถือว่าที่ดินในราชอาณาจักรเป็นของพระเจ้า

⁶⁸Simpson, Stanhope Rowton, *supra* note 1. p.180.

⁶⁹Law Reform Commission, “Report 76 (1996) – Torrens Title: Compensation for Loss, <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/R76APPENDIXB>.

แผ่นดินดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติบทที่ 52 (ตรงกับบทที่ 42 ในฉบับกรมหลวงราชบุรีฯ)⁷⁰ ซึ่งเสด็จ ฯ ในกรมหลวงราชบุรีได้ทรงอธิบายคำว่า พระเจ้าแผ่นดินแปลว่า แผ่นดินในพระราชอาณาเขตรเป็นี่ของท่าน⁷¹ โดยทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ไพร่ฟ้าข้าแผ่นดินได้อยู่อาศัยและครอบครองทำประโยชน์และถือหลักคุ้มครองผู้มาก่อนให้มีสิทธิดีกว่า ถ้าไม่ได้ละทิ้งที่ดินนั้นเสียให้เปล่าประโยชน์และถ้าปรากฏว่าได้ละทิ้งที่ดินนั้นเสียตามกฎหมายยอมอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้าครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินนั้นแทนได้และถือหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนใช้บังคับแก่กรณีของอสังหาริมทรัพย์ด้วยเช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 62 ความว่า “ชื่อไร่นาเรียกสวนมีเอกสารเป็นค้ำับ มีผู้มาพิภาษว่าไร่นา เรียกสวนนั้นเป็นเดิมของผู้เฒ่า/แก่ทำสืบ ๆ มาแต่ก่อน พิจารณาเป็นสัจว่ามีไซ้เจ้าของเอามาขายไว้ ท่านว่าให้คงเดิม ส่วนเงินอันชื้อนั้นให้เอาแก่ผู้ชาย”⁷² แม้โดยลัทธิทางกฎหมาย ที่ดินจะไม่ไซ้เป็นของราษฎรก็จริงแต่เป็นนโยบายของแผ่นดินตั้งแต่ต้นที่ต้องการให้ราษฎรทั้งหลายได้อาศัยทำผลประโยชน์ในที่ดิน มิให้ทิ้งไว้เป็นทำเลเปล่าดังจะเห็นได้จากข้อความที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 52 ทั้งนี้ก็เพราะเกี่ยวกับส่วนได้เสียของแผ่นดินเอง ในการจะเรียกเก็บภาษีอากรเอาจากผลประโยชน์ที่ราษฎรทำมาหาได้จากที่ดิน ยิ่งราษฎรเข้าอยู่ในที่ดินทำเป็นไร่นาเรียกสวนเกิดผลประโยชน์ออกเจมมากขึ้น รายได้ของแผ่นดินก็พลอยสูงขึ้นด้วยความประสงค์ในทางนโยบายมีอยู่ดังนี้จึงเปิด

⁷⁰กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 52

๗๑

ที่ในแคว้นแคว้นกรุงเทพพระมหานครศรีอยุธยามหาดิลกภพนพรัตนราชธานีบุรีรมย เปนที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายผู้เปนข้าแผ่นดินอยู่ จะได้เปนที่ราษฎรหามิได้ และมีพิภาษแก่กันดังนี้ เพราะมันอยู่แล้วมันละที่บ้าน/ที่สวนมันเสีย และมีผู้หนึ่งเข้ามาอยู่แลล้อมทำเอาแลปลูกสร้างอยู่ ให้เปนสิทธิแก่มัน

อนึ่ง ถ้าที่นั้นมันไม่ได้ละเสีย แลมันล้อมทำไว้เปนค้ำับแต่มันหากไปราชการกิจศุขทุกขประการใดๆ ก็ดี มันกลับมาแล้วมันจะเข้ามาอยู่ไซ้ ให้คืนมันอยู่เพราะมันมิได้ขาดที่นั้นเสีย ถ้ามันขาดที่เสียช้านานถึง 9/10 ปีไซ้ ให้แขวงจัดให้ราษฎรซึ่งหาที่มีได้นั้นอยู่ อยู่ให้ที่นั้นเปล่าเปนทำเนเสีย

๗๑

⁷¹กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, ลายพระหัตถ์, น. 2.

⁷²สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, "อิทธิพลของกฎหมายตะวันตกต่อกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน," เอกสารวิจัยเสนอต่อมูลนิธิคอนราดอเดเนา, (กรกฎาคม 2539), น. 8.

โอกาสให้ราษฎรเข้าจับจองทำผลประโยชน์ในที่ดินได้นับตั้งแต่เดิมมาแต่ก็มีข้อขีดชั้นบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 35 ว่า การที่ผู้ใดเข้ากันสร้างที่ดินทำเป็นไร่นาเรือกสวนนั้น จะต้องไปบอกแก่เสนา นายระวาง นายอากรให้รู้ว่ามีน้อยเท่าใดเสียก่อนและให้เขียนโฉนดให้ไว้เป็นสำคัญ ถ้าผู้ใดลักลอบกันสร้างโดยไม่ได้บอกกล่าวเช่นนั้นให้ลงโทษถึง 6 สถาน⁷³

กล่าวโดยสรุปได้ว่าการให้ราษฎรครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินตามกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ มีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ที่ดินเป็นที่ว่างเปล่า และการออกโฉนดให้แก่ราษฎร มิใช่เป็นการให้กรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่ออกให้เพื่อประโยชน์ในการเก็บภาษี ซึ่งศาสตราจารย์ ร. แลงการ์ด ได้กล่าวว่า หากจะเป็นหลักฐานแห่งสิทธิของเจ้าของที่ดินก็เป็นโดยอ้อมเท่านั้น⁷⁴ นอกจากนี้ผู้ที่จะได้ที่ดินจะต้องขออนุญาตจับจองหรือทางราชการจัดให้ ดังนั้นสิทธิในที่ดินของราษฎรจึงผูกพันอยู่กับการครอบครอง หากละทิ้งที่ดินและมีผู้อื่นเข้าครอบครองแทน เจ้าของที่ดินเดิมขาดสิทธิทันที

จนกระทั่งในสมัยรัชกาลที่ 5 จึงได้นำระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์มาใช้ในประเทศไทย โดยมีสาเหตุสำคัญ คือ หลังจากประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาเบาริง (พ.ศ. 2398) สภาพเศรษฐกิจและสังคมไทยได้เปลี่ยนแปลงจากระบบเศรษฐกิจแบบเลี้ยงตนเองเป็นเศรษฐกิจเพื่อการส่งออก ที่ดินจึงมีความสำคัญมากขึ้นทั้งที่นาและที่อยู่อาศัย ชนชั้นสูงเริ่มเข้าจับจองเป็นเจ้าของที่นาคนละจำนวนมาก เพราะมีพลังในการผลิตมากกว่าชาวนาทั้งหมดและแรงงาน ส่วนที่อยู่อาศัยพระคลังข้างที่ได้เข้ามาทำประโยชน์โดยการจำนองที่ดินสร้างตึกแถวให้เช่า แต่เนื่องจากความบกพร่องของระบบการจัดที่ดินทำให้เกิดปัญหาการวิวาทที่ดินมีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งปัญหาการวิวาทที่ดินที่เกิดขึ้นระหว่างคนไทยกับคนไทย คนต่างด้าวและคนไทยในบังคับต่างชาติซึ่งไทยเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตอยู่ ประกอบกับรัฐต้องการเพิ่มรายได้จากภาษีที่ดินเพื่อนำไปใช้ในการพัฒนาประเทศ ดังนั้นรัฐจึงเห็นประโยชน์และมีความจำเป็นในการจัดระบบที่ดินแบบใหม่ซึ่งให้การรับรองในกรรมสิทธิ์ที่ดินแก่ราษฎร เพราะจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพ ในการจัดเก็บภาษีที่ดินได้อย่างถูกต้องและทั่วถึง⁷⁵ เมื่อเป็นเช่นนี้การดำเนินการออกโฉนดที่ดินแบบใหม่จึงเป็นสิ่งที่

⁷³ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, "คำอธิบายพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2479", บทบัญญัติ, เล่ม 10 ตอน 1, น. 24-25 (กรกฎาคม 2480).

⁷⁴ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) กฎหมายที่ดิน คำสอนชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2483, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, น.37.

⁷⁵ชัยยา โปธิ์แดง, "การออกโฉนดที่ดินเมืองกรุงเก่าระหว่าง พ.ศ.2444-2453," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2528), น. 60-61.

จำเป็นต่อการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดิน กล่าวได้ว่าในสมัยนี้คือหัวเลี้ยวหัวต่อของการจัดระบบที่ดินที่นำวิธีการของประเทศที่เจริญแล้วมาใช้ ทั้งในเรื่องการทำแผนที่ การออกโฉนดที่ดินและการจดทะเบียนที่ดิน ที่มาของการจัดระบบการทำทะเบียนที่ดินเราใช้ระบบที่ดินแบบทอร์เรนส์ ซึ่งได้กำเนิดในรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลียแล้วก็ได้แผ่ขยายมายังประเทศสิงคโปร์ซึ่งขณะนั้นยังเป็นของมาเลเซีย รัชกาลที่ 5 ได้ทรงให้เจ้าหน้าที่อาวุโสของกระทรวงเกษตรราธิการไปศึกษาวิชาการเกี่ยวกับการจัดทำทะเบียนที่ดิน การออกโฉนดที่ดินจากสิงคโปร์ ก็เลยได้ระบบการจัดทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์มาใช้⁷⁶ แต่โฉนดที่ดินแบบใหม่ไม่ใช่ผลิตผลนำเข้าจากต่างประเทศเพียงอย่างเดียวเพราะได้มีการดัดแปลงให้เหมาะสมกับสภาพของประเทศไทย ด้วยโดยอาศัยแนวพระราชดำริเรื่องจัดการออกโฉนดแบบใหม่ของสมเด็จพระยาดำรงราชานุภาพเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยสมัยนั้น และที่สำคัญสติปัญญาความคิดของพระยาประชาชีพบริหาร (ผิง ชูโต) ข้าหลวงเกษตรคนแรก หลักฐานที่ยืนยันความข้อนี้คือ เสด็จ ฯ ในกรมหลวงราชบุรี ฯ ได้กล่าวไว้เป็นหลักฐานว่า "วิธีจดทะเบียนที่ดินของเรานี้เป็นวิธีคิดขึ้นเองในเมืองไทยกว่าครึ่ง ซึ่งฝรั่งผู้ชำนาญในเมืองนอกยังเห็นว่ามีส่วนสำหรับทิ้งได้"⁷⁷ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ฯ รัชกาลที่ 5 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ พระราชทานพระบรมราชานุญาตให้จัดการออกโฉนดที่ดินในอำเภอบางปะอินเป็นครั้งแรกและได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ ให้ออกประกาศพระบรมราชโองการ ลงวันที่ 15 กันยายน ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) วางระเบียบการเรื่องโฉนดที่ดินอันเป็น มูลฐานของระบบการทะเบียนที่ดินในประเทศไทย โดยมีใจความสำคัญว่า

1) โฉนดที่ดินที่จะออกให้เจ้าของที่ดินเป็นแบบพิมพ์ออกชื่อและตำแหน่งเจ้าพนักงานออกโฉนด ชื่อ วงศ์ตระกูล ที่อยู่ของผู้รับโฉนด ตำแหน่งที่ดิน ขนาดที่ดินซึ่งจดทะเบียนทั้งสี่ทิศและจำลองรูปแผนที่ที่ดินลงในโฉนด ในท้ายโฉนดมีตารางสำหรับจดหมายเหตุและสิ่งสำคัญในการแก้ไขที่ดินแปลงนั้น

2) โฉนดที่ดินต้องเซ็นชื่อและประทับตราตำแหน่งผู้บัญชาการเมือง เจ้าพนักงานเกษตรราธิการ นายอำเภอผู้ปกครองท้องที่ ซึ่งที่ดินแปลงนั้นตั้งอยู่ จึงจะเป็นโฉนดที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยทำขึ้นสองฉบับ มอบให้เจ้าของที่ดินฉบับหนึ่งและเป็นของหลวงเก็บไว้ในหอทะเบียนที่ดินอีกหนึ่งฉบับ หากโฉนดที่ดินเป็นอันตรายเสียหายให้ขอรับใบแทนได้

3) ที่ดินซึ่งได้ออกโฉนดที่ดินให้แก่เจ้าของที่ดินให้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

⁷⁶ศิริ เกวลินสฤษดิ์, "คำบรรยายวิชากฎหมายที่ดิน," (เอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น. 7. (อัดสำเนา)

⁷⁷สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, *อ่างแล้ว เชียงอรุณที่* 72, น. 8-13.

4) ผู้ใดได้รับโฉนดนี้โดยการซื้อขาย ให้ แลกเปลี่ยน รับมรดก เช่า จำนอง หรือ โถ่ถอน เป็นต้น ต้องนำโฉนดไปให้เจ้าพนักงานทะเบียนสอบแก้ทะเบียนจึงจะสมบูรณ์ตามกฎหมาย

จะเห็นได้ว่ากรณีตาม 1) และ 2) เป็นหลักการที่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบ ทอริเรนส์ นอกจากนี้ในกรณีหลักการตาม 3) ถือเป็นกาหนดฐานะทางกฎหมายของโฉนด ที่ดินเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของกฎหมายที่ดินไทย โดยมีสถานะเป็นหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ อันแตกต่างจากหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินแบบเก่าอย่างสิ้นเชิงที่เป็นเพียงหลักฐานในการเสียภาษี และอาศัยผลประโยชน์โดยอ้อมในการพิสูจน์สิทธิในที่ดินระหว่างเอกชนด้วยกันเท่านั้น โดยที่รัฐ ไม่ได้มีความประสงค์จะรับรองสิทธิหรือให้สิทธิในที่ดินแก่ราษฎร⁷⁸

กฎหมายที่ดินซึ่งได้ออกใช้ในสมัยนั้นยิ่งนานปีเข้าก็ยิ่งมากฉบับ เสนาบดีกระทรวง เกษตรราธิการจึงดำริที่จะรวบรวมให้เป็นพระราชบัญญัติฉบับเดียวสะดวกในการปฏิบัติ ต่อมาได้มี การประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติ เรียกว่าพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) เป็นกฎหมายว่าด้วยการออกโฉนดที่ดินและวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและ นิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ โดยเฉพาะมาตรา 35 มาตรา 39 มาตรา 40 และมาตรา 41⁷⁹

⁷⁸วัลลภ นาคบัว, “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ตามประมวลกฎหมายที่ดิน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2540), น. 37.

⁷⁹พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127

มาตรา 35 ที่ดินซึ่งได้ออกโฉนดตามพระราชบัญญัตินี้ให้เจ้าของมีกรรมสิทธิ์ตาม พระราชกำหนดกฎหมาย

มาตรา 39 ผู้ใดได้รับประโยชน์เกี่ยวข้องด้วยเรื่องที่ดินซึ่งได้รับโฉนดตามพระราช บัญญัตินี้ก็คือ โดยการซื้อขาย ให้ปัน แลกเปลี่ยน รับมรดก เช่าถือ จำนำหรือโถ่ถอน เป็นต้น ต้องนำโฉนดมาให้เจ้าพนักงานสอบแก้ทะเบียนตามข้อบังคับแล้ว จึงเพนอันได้กระทำการนั้นโดย ถูกต้องด้วยกฎหมาย มิฉะนั้นอย่าให้ถือว่าได้ให้อำนาจอย่างไรแก่กันเพนอันขาด เว้นไว้แต่ในการ เช่าถืออันมีกำหนดไม่เกิน 3 ปี จึงไม่จำเป็นต้องแก้ทะเบียน

มาตรา 40 ในการแก้ทะเบียนด้วยประเภทการต่าง ๆ ดังว่ามาตามมาตรา 39 นั้น อย่างใดที่จะต้องทำหนังสือบริคณห์สัญญาอย่างนั้น ๆ ห้ามมิให้อำเภอทำต่อไป

มาตรา 41 ผู้ใดจะขายที่ดินที่ได้รับโฉนดอย่างใหม่ ให้ผู้ขายกับผู้ซื้อนำโฉนดที่ดิน นั้นไปให้เจ้าพนักงานทะเบียน ทำหนังสือสัญญาซื้อขาย ณ หอทะเบียนสำหรับที่ดินแห่งนั้น

จากหลักกฎหมายที่จัดระบบทะเบียนที่ดินดังกล่าวนี้เองที่ผู้ร่างบรรพ 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วินิจฉัยแล้วเห็นว่า สมควรกำหนดหลักการแสดงออกซึ่งทรัพย์สินโดยทางทะเบียนตามแนวทางที่เปรียบเทียบได้กับหลักที่ใช้กันอยู่ในต่างประเทศโดยเฉพาะหลักทางทะเบียนในระบบเทอร์เร็นส์ของออสเตรเลียและหลักกฎหมายสวิสซึ่งได้รับอิทธิพลเรื่องหลักทางทะเบียนจากเยอรมันอีกต่อหนึ่ง เพียงแต่มีจุดอ่อนอยู่ว่า มาตรา 39 ดังกล่าววางหลักไว้ค่อนข้างเด็ดขาดว่าการได้มาซึ่งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ทุกกรณีจะต้องจดทะเบียน มิฉะนั้นถือว่ามีไม่ได้มาซึ่งทรัพย์สิน ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงควรแยกความแตกต่างระหว่างการได้มาโดยนิติกรรมกับได้มาโดยนิติเหตุออกจากกัน ซึ่งนิติเหตุนี้มุ่งหมายถึงนิติเหตุในความหมายอย่างแคบที่ตรงข้ามกับนิติกรรม ด้วยเหตุนี้เมื่อมีการบัญญัติมาตรา 1299 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงได้แยกกรณีการได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ออกเป็นสองกรณีคือ การได้มาโดยนิติกรรมตามมาตรา 1299 วรรคแรก กับการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมตามมาตรา 1299 วรรคสอง⁸⁰ เนื่องจากทรัพย์สินสามารถไต่ถามได้กับบุคคลทั่วไปจึงจำเป็นต้องมีการแสดงออกโดยเปิดเผยพอที่จะให้คนทั้งหลายรู้สึกสำนึกถึงทรัพย์สินที่ไต่ถามตัวเองได้ด้วยสิ่งที่แสดงออกโดยเปิดเผยนั้นนิยมใช้ทะเบียนสาธารณะเป็นตัวแสดงออก เช่น โฉนดสำหรับที่ดิน⁸¹ สำหรับหนังสือรับรองการทำประโยชน์ปัจจุบันได้มีการยอมรับว่าเป็นทะเบียนที่ดินด้วยเช่นเดียวกัน⁸² ซึ่งศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความเห็นว่า กฎหมายไทยไม่ถือเอาโฉนดที่ดินเป็นตราสารที่แสดงสิทธิเป็นเด็ดขาด⁸³ อันสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1373 บัญญัติว่า "ถ้าทรัพย์สินเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนไว้ในทะเบียนที่ดินทำนให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลผู้มีชื่อในทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง" นอกจากนี้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาต่างวินิจฉัยว่า

⁸⁰สมเกียรติ วรรณานันต์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 72, น. 14.

⁸¹วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547), น. 24.

⁸²คำพิพากษาฎีกาที่ 3565/ 2538 วินิจฉัยว่า ที่พิพาทที่จำเลยครอบครองอยู่เป็นส่วนหนึ่งของที่ดินตาม น.ส. 3 ก. ที่โจทก์มีชื่อเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง ต้องด้วยข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1373 ว่าโจทก์ซึ่งมีชื่อในทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิครอบครองข้อสันนิษฐานตามบทบัญญัติดังกล่าวรวมถึงที่ดินที่มี น.ส. 3 หรือ น.ส. 3 ก. ด้วย

⁸³จิตติ ดิงศภัทย์, "การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์," *วารสารนิติศาสตร์*, เล่มที่ 1 ปีที่ 11, น. 3 (2523).

ผู้มีชื่อในทะเบียนที่ดินเป็นเพียง ข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินเท่านั้น⁸⁴ ผลจากการที่ทะเบียนที่ดินไม่ใช่บทสันนิษฐานเด็ดขาดส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมายลักษณะทรัพย์ โดยเฉพาะ มาตรา 1299 ในกรณีที่ โฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ออกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ได้โอนต่อกันไปเป็นทอด ๆ เป็นการรับโอนที่ดินจากผู้ไม่มีสิทธิ กรณีไม่อาจปรับเข้า มาตรา 1299 ได้จึงต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่า ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (nemo dat qui non habet)⁸⁵ ดังนั้น ทะเบียนที่ดินสามารถเพิกถอนหรือแก้ไขได้ หากได้ออกไปโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 (พ.ศ. 2451) พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่2) พ.ศ. 2459 พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2486 และประมวลกฎหมายที่ดินที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน

2.2.1 พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451)

มูลเหตุของการออกพระราชบัญญัติฉบับนี้ เนื่องจากปรากฏว่าประกาศและพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่ออกใช้บังคับตามความจำเป็นเกี่ยวกับการออกโฉนดที่ดินเริ่มมีมากมาย หลายฉบับและมีข้อความสลับซับซ้อนกระจัดกระจายไม่สะดวกแก่การปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ รัชกาลที่ 5 จึงทรงดำริที่จะรวบรวมประกาศและพระราชบัญญัติต่าง ๆ ให้เป็นพระราชบัญญัติฉบับเดียวเพื่อให้ข้อความชัดเจนเข้าใจง่ายและเป็นหมวดหมู่สะดวกในการปฏิบัติ จึงได้ทูลขอให้พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมทวงช่วยเหลือ และทรงโปรดให้พระเมธีนฤปกร ตำแหน่งกรรมการศาลฎีกา เป็นผู้รวบรวมและยกร่างขึ้น แล้วทรงตรวจแก้อีกชั้นหนึ่ง จึงโปรดสั่งให้เสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการนำขึ้นทูลเกล้า ฯ รัชกาลที่ 5 ซึ่งต่อมาได้พระราชทานพระบรมราชานุญาต ให้ประกาศเป็นพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน รัตนโกสินทร์ศก ร.ศ. 127 เมื่อวันที่ 2 มีนาคม ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนหรือแก้ไข มีดังนี้

⁸⁴โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3565/2538 (สงเสริม.), น. 204-206 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4343/2539 (สงเสริม.), น. 126-128 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5479/2543 (สงเสริม.), น. 69-71 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4001-4002/2548 (สงเสริม.), น. 184-187.

⁸⁵โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 996-997/2509 (เนติ.), น. 1125-1135 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1411-1412/ 2520 (เนติ.), น. 1042-1049.

มาตรา 38 ต่อไปบรรดาคดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ที่ดินที่ได้ออกโฉนดตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อศาลได้พิพากษาประการใด ให้ศาลมีเจตหมายแจ้งต่อเจ้าพนักงานทะเบียนสำหรับที่ดินนั้นให้ทราบว่าเป็นที่ดินตามโฉนดนั้น ๆ ได้พิพากษาให้เป็นของใครหรือให้แบ่งกันอย่างไร ถ้าหากว่าศาลไม่ได้มีเจตหมายตามความที่ได้ว่ามาในมาตรานี้ ก็ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องรับประโยชน์อย่างใดในคำพิพากษานั้น มีอำนาจที่จะทำคำขอต่อศาล ให้แจ้งความต่อเจ้าพนักงานทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 70 ถ้าศาลมีคำสั่งมายังนายทะเบียนอย่างใด ให้นายทะเบียนที่ดินทำตามคำสั่งของศาลทุกประการ

จากบทบัญญัติข้างต้นเห็นว่า แม้ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินโดยตรงก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตามมาตรา 38 และมาตรา 70 ถือได้ว่าเป็นอำนาจของศาลในการพิจารณาเพิกถอนหรือแก้ไข มีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า เรื่องการผิดพลาดคลาดเคลื่อนในการออกโฉนดที่ดินในสมัยนี้ไม่ค่อยจะมี ประกอบกับเป็นระยะเริ่มแรกของการออกโฉนดที่ดินและเพิ่งตั้งกรมทะเบียนที่ดินใหม่ ๆ งานยังน้อยอยู่ ปัญหาไม่มากหรือหากมีปัญหาก่อนการออกโฉนดที่ดิน ข้าหลวงออกโฉนดซึ่งบางท่านก็เป็นตุลาการตัดสินที่นาอยู่ด้วยเป็นผู้ตัดสินปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ ศาลตัดสินแล้วแจ้งให้นายทะเบียนปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว⁸⁶

2.2.2 พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2459

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการในขณะนั้น ทรงเห็นว่า บ้านเมืองเจริญขึ้นปริมาณงานออกโฉนดที่ดินและจดทะเบียนเพิ่มมากขึ้น การเขียนข้อความต่าง ๆ ในโฉนดที่ดินตลอดจนแผนที่ผิดพลาด สมควรที่จะให้เจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจเรียกโฉนดที่ดินมาแก้ไขให้ถูกต้องได้ โดยไม่ต้องให้ราษฎรไปร้องต่อศาลทุกเรื่องดังเช่นแต่ก่อนเป็นการสร้างความลำบากให้แก่ราษฎรประกอบกับเจ้าพนักงานที่ดินมีความสามารถเกี่ยวกับการออกโฉนดที่ดินและทะเบียนที่ดินมากขึ้น ทั้งนี้เพราะพระองค์ท่านได้เรียกเจ้าพนักงานที่ดินมาประชุมอบรมสั่งสอนให้มีความรู้ในทางกฎหมายการทะเบียนที่ดิน จึงได้นำร่างพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 2)

⁸⁶ เอก บุญเกิด, การเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ใบจอง และ ส.ค.1, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดอักษรบัณฑิต, 2528), น. 5.

พ.ศ.2459 ขึ้นทูลเกล้าฯ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ รัชกาลที่ 6 เพื่อประกาศใช้เป็นกฎหมาย⁸⁷ โดยได้ทรงแถลงความเป็นมาของพระราชบัญญัติดังกล่าว ปรากฏในหนังสือกระทรวงเกษตรราธิการ ที่ 15/12857 ลงวันที่ 8 กันยายน 2459 ความว่า

“ ด้วยเรื่องการออกโฉนดแผนที่นั้นแต่เดิมมาได้มีพระราชบัญญัติสั้น ๆ หลายฉบับครั้งเมื่อเห็นว่าพระราชบัญญัติเหล่านี้มีข้อความซับซ้อนกัน เจ้าพระยาเทเวศร์เมื่อยังเป็นเสนาบดีกระทรวงเกษตรจึงได้มาหาข้าพระพุทธเจ้า วานให้รวบรวมประกาศเหล่านี้ลงเป็นฉบับเดียว เพื่อให้ข้อความแจ่มแจ้งเข้าใจได้ง่าย ในเวลานั้นข้าพระพุทธเจ้าเป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม มีราชการมาก ข้าพระพุทธเจ้าจึงได้มอบให้พระยาภฤติกา กลาเป็นรูปขึ้น แล้วข้าพระพุทธเจ้าได้มาตรวจแก้ไขส่งให้พระยาเทเวศร์นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระบาทสมเด็จพระพุทธเจ้าหลวงฯ ได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ประกาศเป็นพระราชบัญญัติเรียกว่า “พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน รัตนโกสินศก 127” พระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ตั้งใจให้เป็นกฎหมายถ่วงถี่ทุกประการ เพราะคิดว่าเมื่อมีเรื่องใหม่เกิดขึ้นเมื่อใดอีก ก็จะได้ออกประกาศเป็นชั้น ๆ ไป เมื่อมีประกาศซับซ้อนขึ้นแล้วก็ได้รวบรวมใหม่ แต่สมัยที่เจ้าพระยาวงศาเป็นเสนาบดีกระทรวงเกษตรนั้นหาได้มีประกาศเพิ่มเติมเรื่องการออกโฉนดที่ดินแผนที่ไม่ มา ณ บัดนี้ความเจริญของบ้านเมืองทวีขึ้นแล้ว วิธีถือโฉนดโฉนดโฉนดมีแปลก ๆ ขึ้นมา ทั้งเจ้าหน้าที่ก็มีความสามารถมากขึ้น จึงควรต้องเพิ่มเติมข้อความประกาศปี 127 ให้ทันคราวสมัยทุกวันนี้ ข้าพระพุทธเจ้าจึงขอพระราชทานนำร่างประกาศเรื่องที่ดินโฉนดแผนที่เรียกว่า “ฉบับที่ 2” ทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย ขอพระราชทานบรมราชานุญาตพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาเป็นพระราชบัญญัติ”

ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติถึงเรื่องต่าง ๆ ได้แก่ การจดทะเบียนอาศัยที่ดินตามกฎหมาย ลักษณะเบ็ดเสร็จ อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานในการเรียกโฉนด ไร่ไต่สวน หรือไต่สวน การดำเนินการเกี่ยวกับการทอดทิ้งไม่ทำประโยชน์ที่ดินเกิน 9 ปี การสั่งฟ้องเรื่องมรดก อำนาจของเจ้าพนักงานที่ดินแก้ไขการจดทะเบียนหรือแผนที่ซึ่งกระทำไปโดยผิดพลาด การรวมโฉนด และการคุ้มครองไม่ให้ฟ้องร้องเจ้าพนักงานที่ดินที่ได้ออกโฉนดหรือจดทะเบียนไปโดยสุจริต

สำหรับกรณีที่มีการออกโฉนดที่ดินไปโดยผิดพลาดได้บัญญัติไว้ ดังนี้

⁸⁷ เฟิงอ๋าง, น. 7-8.

มาตรา 7 “ถ้าปรากฏว่าในทะเบียนที่ดินก็ดี ในโฉนดแผนที่ก็ดี หรือใบไต่สวนหรือใบนำสำหรับโฉนดที่ดินก็ดีหรือในแผนที่ก็ดี หรือลวดลายที่ผิดโดยเขียนพลั้งเผลอเจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจเรียกโฉนดแก่ทะเบียนเสียให้ถูกต้องโดยวิธีนี้คือ ถ้าผู้หนึ่งผู้ใดเสียเปรียบลงแล้วให้เจ้าพนักงานที่ดินแจ้งความไปให้ทราบ แต่ถ้าผู้นั้นยินยอมก็ให้เจ้าพนักงานที่ดินแก้ไขโฉนดและทะเบียนได้ ถ้าผู้นั้นไม่ยอมก็ให้เจ้าพนักงานที่ดินสั่งให้ผู้นั้นไปฟ้องร้องภายในกำหนดเวลาไม่ต่ำกว่าหนึ่งเดือน และไม่ยาวกว่าหกเดือน ถ้าไม่ฟ้องร้องภายในกำหนดก็ให้เจ้าพนักงานที่ดินแก้ไขโฉนดและทะเบียนทันที ถ้าในการแก้ไขโฉนดหรือทะเบียนหรือแผนที่ดังกล่าว ไม่เป็นเรื่องที่จะทำให้ผู้ใดเสียเปรียบแต่ประการใดแล้ว เจ้าพนักงานที่ดินไม่จำเป็นต้องแจ้งความไปให้รู้ก่อนก็ได้”

ตามบทบัญญัตินี้มุ่งแต่การผิดพลาดเล็ก ๆ น้อย ๆ ที่เขียนโดยพลั้งเผลอ (Clerical Errors) เท่านั้น เช่น การเขียนตัวอักษรผิด สะกดการันต์ อายุผิด บางทีก็เขียนจำนวนเนื้อที่และรูปแผนที่ผิดไป ลวดลายตามรูปแผนที่ผิดไปบ้าง เหล่านี้ล้วนแต่เป็นการผิดพลาดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งเจ้าพนักงานก็แก้ไขเองได้ ส่วนกรณีจดทะเบียนผิดกฎหมายซึ่งควรจะได้มีการสอบสวนไต่สวนแล้วจึงแก้หรือเพิกถอนเสีย ซึ่งพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับนี้กินความไม่ถึง เจ้าพนักงานที่ดินไม่มีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขและไม่มีอำนาจร้องต่อศาลให้เพิกถอนได้⁸⁸ นอกจากนี้ในพระราชบัญญัตินี้ยังได้บัญญัติคุ้มครองเจ้าพนักงานที่ดินที่ได้ออกโฉนดที่ดินและจดทะเบียนไปโดยสุจริต ดังนี้

มาตรา 11 “ในเรื่องออกโฉนดที่ดินก็ดี ในเรื่องแก้ไขโฉนดที่ดินก็ดี เจ้าพนักงานได้ทำการไปโดยสุจริตแล้ว ห้ามไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดฟ้องร้องเจ้าพนักงานผู้นั้นได้ เว้นไว้แต่จะได้รับอนุญาตจากเสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการ” ต่อมาความในมาตรา 11 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2479 เนื่องจากในสมัยนั้นได้มีการสำรวจกฎหมายที่ให้เอกสิทธิแก่บุคคลบางเหล่า ถึงแม้ว่ามาตรา 11 จะมุ่งหมายให้เป็นการคุ้มครอง เจ้าพนักงานผู้ทำการโดยสุจริตก็จริงอยู่ แต่โดยที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิแก่บุคคลบางเหล่า จึงยกเลิกไป

2.2.3 พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2486

เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม 2485 ได้มีประกาศให้พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2486 ใช้บังคับอีกฉบับหนึ่งเป็นฉบับที่ 7 ฉบับนี้ได้ยกเลิกความในพระราชบัญญัติออกโฉนด

⁸⁸ หลวงศรีราชบุรุษ, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2512), น. 75-76.

ที่ดิน ร.ศ. 127 บางมาตรา กับยกเลิกพระราชบัญญัติแก้ไขความในมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2469 แล้วบัญญัติวิธีการเกี่ยวกับการประกาศแจกโฉนดที่ดิน การถอนใบไต่สวน การออกใบแทนโฉนด การตั้งหอทะเบียนที่ดิน การแต่งตั้งเจ้าพนักงานที่ดิน การออกโฉนดที่ดินในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ราษฎรได้จับจอง การดำเนินการเพื่อเพิกถอนหนังสือสำคัญซึ่งออกให้แก่ผู้ไม่มีสิทธิในที่ดิน หรือเพิกถอนการจดทะเบียนที่เจ้าพนักงานที่ดินได้ทำไปโดยผิดพลาดด้วยประการอื่น การกำหนดเวลาให้ผู้ครอบครองนำที่ดินขึ้นทะเบียน การจดทะเบียนได้มาโดยการครอบครอง การออกตราของที่ดินว่า "ได้ทำประโยชน์แล้ว" สำหรับที่ดินที่มีผู้ครอบครองทำประโยชน์ก่อนวันใช้พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 การสอบเขตทั้งตำบล การเปลี่ยนโฉนดให้ใหม่แทนฉบับเดิม อำนาจหน้าที่เจ้าพนักงานที่ดินในการเรียกเจ้าของที่ดินข้างเคียงมาระวางแนวเขต การอายัดที่ดิน และกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมขึ้นใหม่

สำหรับการดำเนินการเพื่อเพิกถอนหนังสือสำคัญซึ่งออกให้แก่ผู้ไม่มีสิทธิในที่ดินนั้น ได้บัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา 7 ทวิ “เมื่อใดความปรากฏแก่เจ้าพนักงานที่ดินว่าได้ออกหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์หรือจดทะเบียนสิทธิให้แก่ผู้ใดโดยผู้ไม่มีสิทธิหรือโดยที่เจ้าพนักงานที่ดินผิดพลาดด้วยประการอื่น ให้เจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจเรียกหนังสือสำคัญนั้นมายึดไว้และงดการจดทะเบียน ให้เจ้าพนักงานที่ดินร้องต่อศาล ให้สั่งเพิกถอนหนังสือสำคัญหรือการจดทะเบียนที่ดินนั้น”

จะเห็นได้ว่ากรณีมีความผิดพลาดมากเจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจเพียงแต่ยึดหนังสือสำคัญไว้และงดการจดทะเบียนแล้วร้องต่อศาลให้เพิกถอน ซึ่งศาสตราจารย์หลวงศรีราชบุรุษได้ให้ความเห็นว่า แนวความคิดให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนเพราะเห็นว่าศาลเป็นสถานสถิตแห่งความยุติธรรม มีการพิจารณาโดยเปิดเผยผู้มีส่วนได้เสียอาจเข้ามาเกี่ยวข้องแต่งตั้งทนายความเข้าว่าคดีเพื่อความยุติธรรมได้เต็มภาคภูมิ เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมเป็นสิ่งที่ต้องเคารพเมื่อบุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแล้วอำนาจเพิกถอนกรรมสิทธิ์ควรเป็นอำนาจศาล⁸⁹

ตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินดังกล่าวข้างต้น แยกความผิดพลาดในการออกโฉนดที่ดินเป็นสองประเภท คือ การผิดพลาดโดยพลั้งเผลอเพียงเล็กน้อย และการผิดพลาดในการออกโฉนดให้แก่ผู้ไม่มีสิทธิ สำหรับการผิดพลาดเล็กน้อยนั้นพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 2) ให้อำนาจเจ้าพนักงานที่ดินเรียกโฉนดมาแก้ทะเบียนเสียให้ถูกต้องโดยกำหนดวิธีการ

⁸⁹ เฟิงอ๋าง, น. 76.

คือ ถ้าผู้หนึ่งผู้ใดเสียเปรียบให้เจ้าพนักงานที่ดินแจ้งความไปให้ทราบและถ้าผู้นั้นยินยอมให้เจ้าพนักงานที่ดินแก้ไขข้อบกพร่องได้ ถ้าผู้นั้นไม่ยินยอมให้ส่งให้ผู้นั้นไปฟ้องร้องภายในกำหนดไม่ต่ำกว่าหนึ่งเดือนและไม่เกินกว่าหกเดือนถ้าไม่ฟ้องร้องภายในกำหนดก็ให้เจ้าพนักงานที่ดินแก้ไขข้อบกพร่องและทะเบียนทันที ถ้าการแก้ไขข้อบกพร่องหรือทะเบียนไม่ทำให้ผู้หนึ่งผู้ใดเสียเปรียบก็ไม่ต้องแจ้งให้ทราบก็ได้ ส่วนกรณีผิดพลาดโดยออกโฉนดให้แก่ผู้ไม่มีสิทธิ พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 7) ให้อำนาจเจ้าพนักงานที่ดินเรียกหนังสือสำคัญมายึดไว้และงดการจดทะเบียนที่ดินและให้เจ้าพนักงานที่ดินร้องต่อศาลให้เพิกถอน

2.2.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2496

กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 25 มกราคม 2496 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นฉบับที่ 2 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 30 กันยายน 2496 เหตุที่บัญญัติกฎหมายฉบับนี้ปรากฏในแถลงการณ์สำนักนายกรัฐมนตรี มีใจความสำคัญว่า ในการจับจองยึดถือที่ดินเพื่อประกอบการอาชีพนั้น ประชาชนในบางท้องถิ่นได้รับความเดือดร้อน โดยปรากฏว่าบุคคลใช้การเงินและทางอื่น ๆ ได้เข้าแทรกแซงหาประโยชน์ใส่ตัวเอง มีอาทิเช่น กรณีที่ดินตำบลบางบ่อและบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ซึ่งได้รับความยุ่งยากเป็นอย่างยิ่ง ราษฎรได้อาศัยทำกินเป็นเวลานานได้ถูกแย่งสิทธิที่ดินไปโดยอุบายของผู้มีกำลังทรัพย์และอิทธิพลอื่น ๆ ซึ่งใช้วิธีการอันไม่เป็นธรรมรวบเอาที่ดินไปจากประชาชน พฤติการณ์จึงกลายเป็นว่าประชาชนได้แบ่งแยกออกเป็นสองฝ่ายต่างพยายามใช้กำลังป้องกันรักษาสิทธิของตนเองถ้ารัฐบาลไม่เข้าจัดการในเรื่องนี้ ที่ดินในตำบลดังกล่าวก็จะเป็นสาเหตุให้กลายเป็นสนามรบให้ราษฎรต่างประหัตประหารกันมาแล้วในพื้นที่นี้เป็นประจำเสมอมา กรณีที่ดินอันเป็นข้อพิพาทดังว่านี้ ได้มีมาเป็นเวลานานแล้ว รัฐบาลหลายรัฐบาลตั้งแต่ได้มีการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้พยายามแก้ไขระงับข้อพิพาทแต่ก็ไม่เป็นผลสำเร็จ แม้รัฐบาลจะได้ตั้งกรรมการไปทำการประนีประนอมข้อพิพาทก็หลายต่อหลายครั้ง ผู้ถือกรรมสิทธิ์ก็ยืนยันกรานว่าตนมีสิทธิคืออยู่ แต่เมื่อได้พิจารณาให้ลึกซึ้งลงไปแล้วก็ปรากฏว่าเป็นกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ได้มาด้วยกลอุบายโดยไม่ชอบ เจ้าพนักงานผู้ออกโฉนดที่ดินก็ได้ทำการออกโฉนดที่ดินไปให้โดยหาเหตุถึงความจริงและกลอุบายโดยมิชอบนี้ไม่⁹⁰ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญ ดังนี้

⁹⁰ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย, *รวมกฎหมายเก่าเกี่ยวกับที่ดิน 100 ปี กรมที่ดิน*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชุมนุมสหกรณ์แห่งประเทศไทย จำกัด, 2543), น. 201-202.

1. การบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้บังคับใช้ทั่วประเทศหรือทุกจังหวัดกล่าวคือ จะบังคับใช้ในท้องที่ใดให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา (มาตรา 2) และต้องอยู่ในเงื่อนไขที่ว่า ได้มีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือสำคัญอย่างอื่น ได้แก่ ออกโฉนดตราจอง ออกตราจองที่ตราว่า "ได้ทำประโยชน์แล้ว" และออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้แก่ผู้มีใบเหยียบย่ำไม่เป็นกรรมนอกจากนี้ยังรวมไปถึงกรณีการเตรียมงานของเจ้าพนักงานที่ดินเพื่อที่จะออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือสำคัญอย่างอื่นอีกด้วย (มาตรา 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2496 ฉบับที่ 2) เป็นเหตุให้ประชาชนผู้มีส่วนได้เสียได้รับความเดือดร้อนในท้องที่ใด คณะกรรมการสำรวจการออกโฉนดที่ดินมีอำนาจทำการสำรวจหรือสั่งทำการสำรวจการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือสำคัญอย่างอื่นนั้นได้โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตท้องที่ซึ่งจะทำการสำรวจออกโฉนดที่ดิน (มาตรา 4) และปรากฏว่า得有พระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2496 รวม 3 ฉบับ ได้แก่

ฉบับที่ 1 ให้ใช้ในจังหวัดสมุทรปราการ ตั้งแต่วันที่ 28 มกราคม 2496

ฉบับที่ 2 ให้ใช้ในจังหวัดชลบุรี จังหวัดนครสวรรค์ จังหวัดราชบุรี จังหวัดนครปฐม จังหวัดกาญจนบุรี จังหวัดเพชรบุรี ตั้งแต่วันที่ 20 ตุลาคม 2496

ฉบับที่ 3 ให้ใช้บังคับในจังหวัดฉะเชิงเทรา ตั้งแต่วันที่ 11 พฤศจิกายน 2496

2. คณะกรรมการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน

"คณะกรรมการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน" ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีเป็นประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง อธิบดีกรมอัยการ เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง กับกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอีกห้าคนซึ่งทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง (มาตรา 3) ในการปฏิบัติหน้าที่ให้ถือว่ากรรมการเป็นเจ้าพนักงานตามความในกฎหมายลักษณะอาญาด้วย (มาตรา 7 จัตวา)

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน ให้ถือเอาเสียงข้างมากในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานคณะกรรมการออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด (มาตรา 6) เมื่อคณะกรรมการได้มีคำสั่งยกเลิกโฉนดที่ดินหรือหนังสือสำคัญอย่างอื่นและให้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือสำคัญอย่างอื่นเสียใหม่แล้ว ให้ถือว่าเป็นการเด็ดขาด ผู้ใดจะนำไปฟ้องคดีเพื่อให้แก้ไขเป็นอย่างอื่นไม่ได้ (มาตรา 7) คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อสั่งให้ทำ

การสำรวจการออกโฉนดที่ดินและหนังสือสำคัญอย่างอื่นได้ทั้งนี้เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่การงานของคณะกรรมการ (มาตรา 7 ตี) นอกจากนี้คณะกรรมการหรือคณะอนุกรรมการจะแต่งตั้งพนักงานของรัฐบาลเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ได้โดยมีอำนาจเข้าไปยังสถานที่หรือที่ดินของกระทรวง ทบวง กรม เทศบาล สุขาภิบาล หรือเอกชน เพื่อตรวจสอบเกี่ยวกับที่ดิน (มาตรา 7 ตี วรรคสอง) และให้ถือว่าพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามความในกฎหมายลักษณะอาญาด้วย (มาตรา 7 จัตวา)

3. การส่งยกเลิกโฉนดที่ดินหรือหนังสือสำคัญอย่างอื่น

เรื่องนี้เป็นหัวใจสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ กล่าวคือ เมื่อการสำรวจออกโฉนดที่ดินดังกล่าวปรากฏว่าการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือสำคัญอย่างอื่นนั้น มิได้เป็นไปด้วยความเป็นธรรม และเห็นว่าสมควรจะยกเลิก คณะกรรมการสำรวจการออกโฉนดที่ดินมีอำนาจส่งยกเลิกโฉนดที่ดินเดิมหรือหนังสือสำคัญอย่างอื่นนั้นเสียและสั่งให้มีการออกใหม่ได้ตามความเป็นธรรม (มาตรา 5) คำสั่งเช่นนี้ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย (มาตรา 7 วรรคสอง)

ต่อมาเมื่อจอมพล ป. พิบูลสงคราม พ้นจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีไปแล้ว ก็มีเจ้าของโฉนดที่ถูกเพิกถอนเริ่มฟ้องศาลขอให้ออกโฉนดแก่ตนใหม่ ในที่สุดศาลได้วินิจฉัยว่า การที่ตั้งคณะบุคคลพิจารณาเรื่องราวทำนองเดียวกับการใช้อำนาจตุลาการนั้นเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การดำเนินการของคณะกรรมการสำรวจการออกโฉนดที่ดินเป็นอันใช้ไม่ได้⁹¹ ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 222/2506 วินิจฉัยว่า “มาตรา 3, 4, 5 และ 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2496 ขัดต่อมาตรา 99 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ซึ่งบัญญัติว่าการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ การให้อำนาจคณะบุคคลให้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดินอันเป็นกรณีพิพาทระหว่างบุคคล มีผลที่จะลบล้างกรรมสิทธิ์ของบุคคลที่มีอยู่แล้ว และก่อตั้งกรรมสิทธิ์ขึ้นใหม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว”

จากการศึกษาหลักการทะเบียนที่ดินของประเทศออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา จะเห็นได้ว่า กองทุนประกันความเสียหายเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับให้หลักประกันความน่าเชื่อถือของระบบทะเบียนที่ดิน ด้วยเหตุนี้ในระบบเทอร์เรนส์จึงสามารถใช้หลัก Indefeasibility

⁹¹ ศักดิ์ ไทยวัฒน์, “เรื่องคดีที่ดินพิสดาร”, ทัศนะในงานพระราชทานเพลิงศพ อำมาตย์เอกพระยาวิสุทธเกษตรศิลป์ (ข้า ศาลิกุปต), น. 26 (21 สิงหาคม 2508).

of Title ได้เป็นอย่างดี เพราะมีระบบกองทุนประกันความเสียหาย แต่เมื่อได้ศึกษาที่มา (2.2) ของไทยพบว่า ระบบทะเบียนที่ดินของไทยไม่มีระบบการเยียวยาโดยกองทุนประกันความเสียหาย จึงไม่ใช่หลัก Indefeasibility of Title อย่างในระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์ของต่างประเทศ เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา นอกจากนี้การเพิกถอนหรือแก้ไข ตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (2451) พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2459 และพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2486 ให้ถือเป็นอำนาจของศาลเพราะศาลจะตัดสินในประเด็นเรื่องสิทธิในทางกฎหมายสารบัญญัติในกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จะให้ถือเป็นเด็ดขาดโดยการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวไม่ได้ อนึ่ง แม้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2496 จะให้อำนาจฝ่ายปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการออกโฉนดที่ดินโดยไม่เป็นธรรมก็ตาม แต่ก็ยังเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในขณะนั้น อย่างไรก็ตามเมื่อมีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ใช้บังคับ ได้มีการบัญญัติมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นอำนาจทางบริหารในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีได้โต้แย้งสิทธิกันซึ่งจะได้กล่าวถึงในลำดับต่อไป

2.3 เหตุแห่งการเพิกถอนหรือแก้ไขตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

มาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์หรือการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือการจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ที่คลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีการแก้ไขหลายครั้ง ดังนี้

ครั้งที่ 1 มาตรา 61 บัญญัติว่า "เมื่อความปรากฏว่าได้ออกโฉนดที่ดินหรือจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน หรือจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนที่ดินให้แก่ผู้ใด โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้อธิบดีมีอำนาจเรียกโฉนดที่ดินหรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมหรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนที่ดินนั้นมาแก้ไขให้ถูกต้องหรือเพิกถอนเสียได้"

ก่อนแก้ไขหรือเพิกถอนตามความในวรรคแรก ให้แจ้งผู้มีส่วนได้เสียทราบโดยตรงล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบห้าวันเพื่อให้ได้แจ้งคัดค้าน เมื่ออธิบดีพิจารณาประการใด ก็ดำเนินการต่อไปตามควรแก่กรณี”

มาตรา 61 ตามที่บัญญัติไว้ข้างต้นมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม 2497 และมีข้อสังเกตว่าตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 61 ดังกล่าวได้บัญญัติเฉพาะผู้มีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินที่ออกไปโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เป็นอำนาจของอธิบดีกรมที่ดินเท่านั้น สำหรับหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ได้มีการกำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2497) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 7 ว่า “ถ้าปรากฏว่าการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น ได้กระทำไปด้วยความผิดพลาดก็ดี เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายก็ดี ไม่ถูกต้องโดยประการอื่นก็ดี เมื่อได้สอบสวนแล้ว ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจเพิกถอนหนังสือรับรองการทำประโยชน์เสียได้ แล้วแจ้งให้ผู้รับหนังสือรับรองการทำประโยชน์ทราบ” ต่อมาประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 61 ดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดยข้อ 7 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 334 พ.ศ. 2515 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 ธันวาคม 2515 ซึ่งได้บัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือได้ว่ากฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2497) ได้ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติในส่วนของอำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดในการเพิกถอนหรือแก้ไขหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เพราะหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนหรือแก้ไขได้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแล้ว ซึ่งตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวนี้ ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายที่ดินหลายมาตราโดยมีเหตุผลว่า คณะปฏิวัติพิจารณาเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อให้การจัดที่ดินให้ประชาชนดำเนินไปโดยรวดเร็วยิ่งขึ้น ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการพัฒนาทางเศรษฐกิจและส่งเสริมให้ประชาชนมีที่ดินทำมาหากิน และเห็นสมควรปรับปรุงประมวลกฎหมายที่ดินในเรื่องการควบคุมที่ดินสาธารณสมบัติ การสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติไว้เพื่ออนุชนรุ่นหลัง รวมทั้งการรังวัด และการจดทะเบียนที่ดิน ให้ประชาชนได้รับความสะดวกรวดเร็วด้วย⁹² โดยได้แก้ไขมาตรา 61 ดังนี้

ครั้งที่ 2 มาตรา 61 บัญญัติว่า “เมื่อความปรากฏว่าได้ออกโฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน หรือจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนที่ดินให้แก่ผู้ใดโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ผู้ดำรง

⁹²ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ 13 ธันวาคม 2515 เล่ม 89 ตอนที่ 190

ตำแหน่งต่อไปนี้มีอำนาจเพิกถอน แก้ไข หรือออกใบแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน หรือเพิกถอน แก้ไขเอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมหรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนรายการจดทะเบียนที่ดินนั้น ได้แล้วแต่กรณี

(1) อธิบดีสำหรับโฉนดที่ดิน การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมซึ่งกระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 (1) และการจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนที่ดินสำหรับโฉนดที่ดิน

(2) ผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับหนังสือรับรองการทำประโยชน์ การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมซึ่งกระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 (2) และการจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนที่ดินสำหรับหนังสือรับรองการทำประโยชน์

ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 มีอำนาจสอบสวนและเรียกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม เอกสารที่ได้จดทะเบียนรายการจดทะเบียนที่ดิน หรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นมาพิจารณา ก่อนที่จะดำเนินการเพิกถอนหรือแก้ไขให้แจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน เพื่อให้โอกาสคัดค้าน ถ้าไม่คัดค้านภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ให้ถือว่าไม่มีการคัดค้าน

เมื่อผู้มีอำนาจตามวรรคหนึ่งพิจารณาประการใดแล้วก็ให้ดำเนินการไปตามนั้น

ถ้ามีการคลาดเคลื่อนเนื่องจากเขียนหรือพิมพ์ข้อความผิดพลาดโดยมีหลักฐานชัดเจนและผู้มีส่วนได้เสียยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 มีอำนาจแก้ไขให้ถูกต้องได้

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้เพิกถอนหรือแก้ไขอย่างใดแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 ดำเนินการตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นตามวิธีการที่อธิบดีกำหนด”

มีข้อสังเกตว่ามาตรา 61 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติข้างต้น ได้มีการแก้ไขสาระสำคัญของมาตรา 61 เดิมหลายประการ อาทิเช่น ได้กำหนดกรณีการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้มีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขคือ อธิบดีกรมที่ดินสำหรับโฉนดที่ดิน และผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับหนังสือรับรองการทำประโยชน์ และได้เพิ่มเติมกรณีการเขียนหรือพิมพ์ข้อความผิดพลาดโดยมีหลักฐานชัดเจน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินมีอำนาจสั่งแก้ไขได้และได้กำหนด

เกี่ยวกับกรณีศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้เพิกถอนหรือแก้ไขให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 ดำเนินการตามวิธีการที่อธิบดีกำหนด

ต่อมามาตรา 61 ดังกล่าวนี้ได้ถูกยกเลิกโดยมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2528 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2529 โดยมีการแก้ไขประมวลกฎหมายที่ดินหลายมาตรา ซึ่งมีเหตุผลในการแก้ไขว่า โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงการออกเอกสารแสดงสิทธิในที่ดิน และการรับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยการรวมอำนาจหน้าที่ในการออกเอกสารแสดงสิทธิในที่ดิน และการรับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ และการทำกิจการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกันที่ดิน ซึ่งแต่เดิมให้ผู้ว่าราชการจังหวัด หัวหน้าเขต นายอำเภอ ปลัดอำเภอ ผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ มีอำนาจกระทำการดังกล่าวด้วย มาให้เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานที่ดินแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อให้การบริหารงานเกี่ยวกับที่ดินมีเอกภาพและสะดวกแก่ประชาชนมากขึ้น โดยแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว และในขณะเดียวกันสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายที่ดินในส่วนที่ยังเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานของกรมที่ดินให้เหมาะสมรัดกุม เพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างคล่องตัวยิ่งขึ้น นอกจากนี้ได้เพิ่มเติมกรณีของการออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ซึ่งใช้ระวางรูปถ่ายทางอากาศขึ้นเป็นพิเศษเพราะรัฐมนตรีมีนโยบายจะเร่งรัดให้มีการออกโฉนดที่ดินในกรณีนี้ให้รวดเร็วยิ่งขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนโดยทั่วไป⁹³ โดยได้แก้ไขมาตรา 61 ดังนี้

ครั้งที่ 3 มาตรา 61 บัญญัติว่า “เมื่อความปรากฏว่าได้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์หรือได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ หรือจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ใดโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ผู้ดำรงตำแหน่งต่อไปนี้เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขหรือออกไปแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือเพิกถอน แก้ไข เอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม หรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์นั้นได้

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

⁹³ หมายเหตุท้ายราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ 31 ธันวาคม 2528 เล่ม 102 ตอนที่

ก่อนที่จะดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจสอบสวนและเรียก โฉนดที่ดิน หนังสือรับรองการทำประโยชน์ เอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม เอกสารที่ได้จัดแจ้งรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์หรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องมาพิจารณา และแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบเพื่อให้โอกาสคัดค้าน ถ้าไม่คัดค้านภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ทราบ ให้ถือว่าไม่มีการคัดค้าน

เมื่อผู้มีอำนาจตามวรรคหนึ่งพิจารณาประการใดแล้ว ก็ให้ดำเนินการไปตามนั้น ถ้ามีการคลาดเคลื่อนเนื่องจากเขียนหรือพิมพ์ข้อความผิดพลาดโดยมีหลักฐานชัดแจ้ง และผู้มีส่วนได้เสียได้ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจแก้ไขให้ถูกต้องได้

ในกรณีที่ดินมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้เพิกถอนหรือแก้ไขอย่างใดแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่ดินดำเนินการตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นตามวิธีการที่อธิบดีกำหนด”

มีข้อสังเกตว่า ได้มีการบัญญัติให้มีการดำเนินการแก้ไขหรือเพิกถอนได้ คือ การผิดพลาดคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นอำนาจของอธิบดีกรมที่ดินหรือผู้ว่าราชการจังหวัดแล้วแต่กรณีเป็นผู้สั่งแก้ไขหรือเพิกถอน การคลาดเคลื่อนเนื่องจากเขียนหรือพิมพ์ผิดพลาดเป็นอำนาจของเจ้าพนักงานที่ดิน และการแก้ไขหรือเพิกถอนตามคำพิพากษาของศาล ต่อมา มาตรา 61 ดังกล่าวนี้ถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2543 โดยมีเหตุผลในการแก้ไขว่า ให้อธิบดีกรมที่ดินหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขแต่เพียงฝ่ายเดียวเพื่อให้การดำเนินการสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขในกรณีดังกล่าวเป็นไปด้วยความรวดเร็ว⁹⁴ โดยได้แก้ไขมาตรา 61 ดังนี้

ปัจจุบัน มาตรา 61 บัญญัติว่า “เมื่อความปรากฏว่าได้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือจัดแจ้งเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ใดโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจหน้าที่สั่งเพิกถอนหรือแก้ไขได้

ก่อนที่จะดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายตั้งคณะกรรมการสอบสวนขึ้นคณะหนึ่ง โดยมีอำนาจเรียกโฉนดที่ดิน หนังสือรับรองการทำประโยชน์

⁹⁴หมายเหตุท้ายราชกิจจานุเบกษา เล่ม 117 ตอนที่ 29 ก 1 เมษายน 2543

เอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม เอกสารที่ได้จดทะเบียนรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ หรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาพร้อมทั้งแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบเพื่อให้โอกาสคัดค้าน ถ้าไม่คัดค้านภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ให้ถือว่าไม่มีการคัดค้าน

คณะกรรมการสอบสวนการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออก โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างน้อยต้องมีเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองและตัวแทน คณะบริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่เป็นกรรมการ

การสอบสวนตามวรรคสอง ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จและส่งให้อธิบดีหรือ รองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ได้มีคำสั่งให้ทำการสอบสวน ใน กรณีที่คณะกรรมการสอบสวนไม่สามารถดำเนินการแล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ คณะกรรมการสอบสวนรายงานเหตุที่ทำให้การสอบสวนไม่แล้วเสร็จต่ออธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่ง อธิบดีมอบหมาย เพื่อขอขยายระยะเวลาการสอบสวนโดยให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดี มอบหมายสั่งขยายระยะเวลาดำเนินการได้ตามความจำเป็นแต่ไม่เกินหกสิบวัน

ให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสิบห้าวัน นับแต่ได้รับรายงานการสอบสวนจากคณะกรรมการสอบสวนตามวรรคสี่ เมื่ออธิบดีหรือรองอธิบดี ซึ่งอธิบดีมอบหมายพิจารณาประการใดแล้ว ก็ให้ดำเนินการไปตามนั้น

การดำเนินการเพิกถอนแก้ไขตามความในมาตรานี้ ถ้าไม่ได้โฉนดที่ดินหรือหนังสือ รับรองการทำประโยชน์มา ให้ถือว่าโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้นสูญหาย ให้ เจ้าพนักงานที่ดินออกใบแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเพื่อดำเนินการต่อไป

ถ้ามีการคลาดเคลื่อนเนื่องจากเขียนหรือพิมพ์ข้อความผิดพลาดโดยมีหลักฐาน ชัดแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจหน้าที่แก้ไข ให้ถูกต้องได้

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้เพิกถอนหรือแก้ไขอย่างใดแล้ว ให้ เจ้าพนักงานที่ดินดำเนินการตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นตามวิธีการที่อธิบดีกำหนด

การตั้งคณะกรรมการสอบสวน การสอบสวน การแจ้งผู้มีส่วนได้เสียเพื่อให้โอกาส คัดค้าน และการพิจารณาเพิกถอนแก้ไข ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดใน กฎกระทรวง⁹⁵

⁹⁵ กฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการตั้งคณะกรรมการสอบสวน การ สอบสวน การแจ้งผู้มีส่วนได้เสียเพื่อให้โอกาสคัดค้านและพิจารณาเพิกถอนหรือแก้ไขการออก โฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับ

มีข้อสังเกตว่าปัจจุบันได้มีการแก้ไขสาระสำคัญ 2 ประการคือ

1. เป็นการแก้ไขผู้มีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขมาเป็นอำนาจของอธิบดีกรมที่ดินหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมาย

2. เป็นการแก้ไขวิธีการในการดำเนินการเพิกถอนหรือแก้ไข ได้แก่ ผู้มีอำนาจสอบสวนจากเดิมเป็นอำนาจของเจ้าพนักงานที่ดินเป็นการตั้งคณะกรรมการสอบสวน ระยะเวลาการสอบสวนจากเดิมไม่ได้กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จไว้ เป็นกำหนดระยะเวลาหกสิบวันนับแต่ได้มีคำสั่งให้ทำการสอบสวน แต่อาจขยายระยะเวลาได้แต่ไม่เกินหกสิบวัน ระยะเวลาให้ผู้มีส่วนได้เสียคัดค้านจากเดิมได้กำหนดระยะเวลาภายในหกสิบวัน นับแต่วันที่รับทราบ แก้ไขใหม่เป็นระยะเวลาภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ระยะเวลาการพิจารณาของผู้มีอำนาจสั่งแก้ไขหรือเพิกถอนจากเดิมไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ แก้ไขใหม่เป็นระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่วันได้รับรายงานการสอบสวนจากคณะกรรมการ

สำหรับเหตุแห่งการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ยังคงกำหนดเหตุไว้อยู่สองประการ คือ ออกโดยคลาดเคลื่อน และไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.3.1 ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อน

คำว่าคลาดเคลื่อน ไม่มีบทนิยามในประมวลกฎหมายที่ดินจึงต้องอาศัยคำจำกัดความทางตำราและความเห็นของนักนิติศาสตร์รวมถึงคำพิพากษาศาลฎีกาและแนวทางปฏิบัติของกรมที่ดิน ดังนี้

คลาดเคลื่อน (Erroneously) ตามความหมายของ Black' s law Dictionary หมายถึง ยืนยันหรือเชื่อได้ว่าไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์อันแท้จริง (An assertion or belief that does not conform to objective reality)⁹⁶

อสังหาริมทรัพย์ หรือการจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์โดยคลาดเคลื่อน หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย พ.ศ. 2544

⁹⁶Henry Cambel Black, M.A. Black' s Law Dictionary. Fifth edition, (West Publishing Co, 1979), p.582.

คลาดเคลื่อน (Erroneously) ตามความหมายของ Dictionary an Encyclopedia) หมายถึง หันเหไปจากความถูกต้องหรือความเป็นจริง ความผิดพลาด (A deviation from right or truth, a mistake)⁹⁷

เมื่อนำมาประกอบการอธิบายของคำว่า คลาดเคลื่อน ตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน มีความสอดคล้องกันกับความเห็นของศาสตราจารย์ศิริ เภวลินสฤทธิ ที่เห็นว่า คลาดเคลื่อน หมายถึง การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้กระทำไปโดยไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง ตัวอย่างเช่น มีการออกโฉนดทับที่ดินของผู้อื่น จะเห็นได้ว่าความเป็นจริงเขตที่ดินเขามีอยู่เพียงแค่นี้แต่กลับออกโฉนดเกินไปทับส่วนของผู้อื่น อย่างนี้เรียกว่า คลาดเคลื่อน หรือออกโฉนดที่ดินทับที่เลี้ยงสัตว์สาธารณะบางส่วนถือว่าเป็นการออกโฉนดที่ดินผิดพลาดคลาดเคลื่อน⁹⁸ และมีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า คลาดเคลื่อน หมายถึง ถูกบ้างผิดบ้าง เช่น ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ทับที่ดินที่ต้องห้ามไม่ให้ออกโฉนดที่ดินหรือทับที่ดินของบุคคลอื่นบางส่วน⁹⁹

นอกจากนี้แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยไปในทางเดียวกันได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 5704/2533 วินิจฉัยว่า “หนังสือรับรองการทำประโยชน์ของจำเลยที่ 4 บางส่วนได้ออกทับที่ดินของโจทก์ เป็นการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์คลาดเคลื่อน อันกระทบกระเทือนสิทธิของโจทก์ในส่วนที่ไม่ถูกต้องเท่านั้น ซึ่งสามารถแก้ไขให้ถูกต้องตามความเป็นจริงได้ โจทก์จะขอให้เพิกถอนทั้งหมดหาได้ไม่”

แนวทางวินิจฉัยของกรมที่ดินที่วางหลักไว้ว่า กรณีเหล่านี้ถือว่าเป็นการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อน ได้แก่

ก) คำนวณเนื้อที่ผิดพลาด สาเหตุเนื่องจากเจ้าของที่ดินได้ยื่นคำขอรังวัดสอบเขตโฉนดที่ดินหรือขอรังวัดตรวจสอบเนื้อที่หนังสือรับรองการทำประโยชน์ ผลการรังวัดปรากฏว่าได้รูปแผนที่หรือเนื้อที่ต่างไปจากเดิม เนื่องจากเดิมได้มีการรังวัดและคำนวณเนื้อที่ไว้ผิด

⁹⁷ Collins Double Book, Dictionary and Encyclopedia second edition, (Wm Collins Sons & Co. Ltd, 1968), p.178.

⁹⁸ ศิริ เภวลินสฤทธิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดินพร้อมฎีกากระทรวงและระเบียบของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ, (กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์, 2532), น. 180.

⁹⁹ บรรจง ศ. นาคประดา, วิทยายุทธที่ดิน, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2545), น. 180.

ในกรณีที่มีการรังวัดสอบเขตโฉนดที่ดินผลปรากฏว่า แผนที่หรือเนื้อที่ รังวัดใหม่ไม่ตรงกับแผนที่หรือเนื้อที่ในโฉนดที่ดินเดิม อาจมีปัญหาไม่เป็นที่แน่ชัดว่าจะดำเนินการแก้ไขตามมาตรา 61 ซึ่งเป็นอำนาจของอธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมาย หรือเป็นอำนาจของเจ้าพนักงานที่ดินที่จะแก้ไขได้ตามมาตรา 69 ทวิวรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน เรื่องนี้ กรมที่ดินได้วางแนวทางการพิจารณาไว้ว่า¹⁰⁰ การดำเนินการแก้ไขตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้แก่ กรณีที่ปรากฏว่าหลักเขตที่ดินเก่าอยู่ครบหรือสูญหายก็ตาม ถ้าสามารถตรวจสอบและพิสูจน์ได้ว่าเดิมเจ้าหน้าที่ได้วัดระยะ รังวัดมุม คำนวณเนื้อที่ ลงที่หมายแผนที่หรือขีดเขตแผนที่ไว้ผิด เมื่อทำการรังวัดใหม่แล้วได้รูปแผนที่เท่าเดิม แต่เนื้อที่แตกต่างจากเดิมหรือรูปแผนที่ต่างจากเดิม หรือรูปแผนที่และเนื้อที่ต่างจากเดิม ให้ดำเนินการแก้ไขตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

ข) พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ออกโฉนดที่ดินไปโดยเจ้าหน้าที่ทำการรังวัด ออกโฉนดที่ดินลงที่หมายในระวางแผนที่โดยผิดพลาดคลาดเคลื่อน เป็นเหตุให้รูปแผนที่ในระวางแผนที่และโฉนดที่ดินคลาดเคลื่อน

ค) กรณีที่ดินแปลงหนึ่งมีผู้มีสิทธิในที่ดินร่วมกันสองคนและได้ไปยื่นคำขออออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ด้วยกันทั้งสองคน แต่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้แก่ผู้ขอโดยใส่ชื่อผู้ถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์เพียงคนเดียว

ง) พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ โดยจดแจ้งเครื่องหมายที่ดินของที่ดินแปลงข้างเคียงกับที่ดินแปลงนั้น (ในรูปแผนที่ในโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์) ผิดไปจากสภาพข้อเท็จจริง เช่น จดแจ้งว่า ที่ดินข้างเคียงทางด้านทิศตะวันออกจดทางสาธารณประโยชน์ แต่ตามข้อเท็จจริงด้านทิศตะวันออกของที่ดินดังกล่าวจดที่ดินแปลงเลขที่ 82 เป็นต้น

กรณีดังกล่าวข้างต้นถือว่าโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ได้ออกไปนั้น เป็นโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ได้ออกโดยคลาดเคลื่อน เนื่องจากไม่ถูกต้องตามข้อเท็จจริงหรือเป็นการผิดความประสงค์ของคู่กรณี

กล่าวได้ว่าการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนนั้นถือเป็นการออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงบางส่วน กฎหมายจึงใช้วิธีบรรเทาความเดือดร้อนของราษฎรโดยการแก้ไขส่วนที่ไม่ชอบซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองที่ว่าหากฝ่าย

¹⁰⁰หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0611/ว4254 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2525

ปกครองพบว่ามีกรกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องได้ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 50 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้ผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ แต่ถ้าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งเป็นกรให้ประโยชน์แก่ผู้รับกรเพิกถอนต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 51 และมาตรา 52“

2.3.2 ออกเอนดที่ดินหรือหนังสือรับรองกรทำประโยชน์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีในบทนิยามตามประมวลกฎหมายที่ดินเช่นเดียวกับกับคำว่าคลาดเคลื่อน จึงต้องอาศัยคำจำกัดความทางตำราและความเห็นของนักนิติศาสตร์ รวมถึงคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้

ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegally) ตามความหมายของ Black' s Law Dictionary หมายถึง การกระทำที่ไม่ได้รับอำนาจตามกฎหมาย (An act that is not authorized by law)¹⁰¹

ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegally) ตามความหมายของ Dictionary an Encyclopedia หมายถึง ตรงกันข้ามกับที่กฎหมายกำหนด ผิดกฎหมาย (A contrary to law, unlawful)¹⁰²

ศาสตราจารย์ศิริ เภวลินสฤษดิ์ เห็นว่า คำว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่กฎหมายบัญญัติไว้ถือได้ว่าเป็นกรไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ออกเอนดในที่สาธารณประโยชน์ซึ่งมีกฎกระทรวงห้ามไว้ว่าจะออกเอนดไม่ได้ ถ้ายังขึ้นออกก็เป็นกรไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰³ และมีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า เป็นโมฆะเสียเปล่ามาแต่ต้นไม้อาจจะให้สตัยบ้านหรือแก้ไขได้ อาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ดินหรือกฎหมายอื่น ๆ ก็ได้ สุดแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นราย ๆ ไป เช่น ออกเอนดที่ดินในที่ดินที่ต้องห้ามมิให้ออกเอนดที่ดินตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง เป็นต้น¹⁰⁴

¹⁰¹Henry Cambell Black, M.A. *supra* note 96, p.763.

¹⁰²Collins Double Book, *supra* note 97, p.251.

¹⁰³ศิริ เภวลินสฤษดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 98, น. 180.

¹⁰⁴บรรจง ศ. นาคประดา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 99, น. 125.

นอกจากนี้แนวคำพิพากษาศาลฎีกา ได้แก่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6371/2531 วินิจฉัยว่า “โฉนดที่ดินที่ออกทับที่ธรณีสงฆ์ของวัดโจทก์เป็นการออกโฉนดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้จะมีการโอนทางทะเบียนต่อมาจนถึงจำเลยผู้มีรายชื่อบุคคลสุดท้ายจำเลยผู้รับโอนก็หาได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่ เมื่อที่ดินออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วโจทก์จะขอให้ลงชื่อโจทก์แทนชื่อจำเลยในโฉนดที่ดินดังกล่าวหาได้ไม่ แม้โจทก์จะไม่ได้ขอให้เพิกถอนโฉนดดังกล่าว ศาลฎีกามีอำนาจเพิกถอนโฉนดดังกล่าวที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียได้”

กรณีที่เกี่ยวข้องว่าเป็นการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ดังนี้

ก) ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้แก่บุคคลซึ่งไม่ได้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดิน¹⁰⁵

การครอบครองและทำประโยชน์เป็นหลักการสำคัญแต่ดั้งเดิมที่กฎหมายจะให้สิทธิในที่ดินแก่เอกชน คำว่าครอบครองจะต้องเป็นลักษณะการเข้ายึดถือที่ดินโดยมีเจตนายึดถือเพื่อตนและเข้ายึดถือในลักษณะเป็นเจ้าของที่ดิน หากเป็นที่ดินของรัฐจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐด้วย ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7082/2537 วินิจฉัยว่า “การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในนามโจทก์ ทั้งที่โจทก์ไม่ได้เป็นผู้ครอบครองที่ดินพิพาทเป็นการออกโดยฝ่าฝืนประมวลกฎหมายที่ดิน จึงไม่มีผลเป็นหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน” เห็นได้ว่าการครอบครองข้างต้นก็คือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดินนั่นเอง ส่วนการทำประโยชน์นั้นจะต้องทำประโยชน์ตามสมควรแก่สภาพที่ดินในท้องถิ่น ตลอดจนสภาพของกิจการที่ทำประโยชน์ ซึ่งศาสตราจารย์ศิริ เกวลินสฤตย์ ได้อธิบายคำว่า ตามสมควรแก่สภาพของที่ดินในท้องถิ่น เช่น ภาคตะวันออกเฉียงเหนือพื้นที่แห้งแล้งอาจทำประโยชน์ไม่ได้เต็มที่ บางแห่งต้องปล่อยให้เป็นที่ป่าการพิจารณาการทำประโยชน์ก็ต้องถือว่าเจ้าของครอบครองทำประโยชน์ทั้งหมดรวมทั้งที่ป่าด้วย เพราะโดยสภาพต้องมีบางส่วนทิ้งไว้เป็น

¹⁰⁵ กฎกระทรวงฉบับที่ 43 (2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

ข้อ 5 “ที่ดินที่จะออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ต้องเป็นที่ดินที่ผู้มสิทธิในที่ดินได้ครอบครองและทำประโยชน์แล้วและเป็นที่ดินที่สามารถออกโฉนดที่ดินตามที่กำหนดไว้ในข้อ 14

ข้อ 10 “เมื่อได้พิสูจน์สอบสวนการทำประโยชน์แล้ว ปรากฏว่าได้มีการครอบครองและทำประโยชน์ตามสมควรแก่สภาพที่ดินในท้องถิ่น ตลอดจนสภาพของกิจการที่ได้ทำประโยชน์

ที่ป่า บ้างสำหรับใช้ไม้ทำฟืน ส่วนภาคใต้พื้นที่บางตอนเป็นเนินเขา บางตอนก็ทิ้งไว้แต่เจ้าของ เขาครอบครองก็ต้องถือว่าเขาทำประโยชน์ ส่วนสภาพของกิจการที่ทำประโยชน์ เจ้าหน้าที่จะต้อง มีความรู้ความเข้าใจถึงสภาพของกิจการนั้น ๆ เช่น ผู้ขอออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์อ้าง ว่าทำสวนมะม่วงแต่พอไปพิสูจน์ปรากฏว่าในเนื้อที่ 50 ไร่ มีมะม่วงอยู่เพียง 3 ต้น นอกจากนั้น เป็นหญ้ารก สภาพอย่างนี้ยังไม่สมควรออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้ เพราะยังไม่มี การทำประโยชน์อย่างจริงจัง¹⁰⁶

นอกจากนี้ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ยังให้ความเห็นว่า การ ทำประโยชน์หมายถึงการทำประโยชน์ในที่ดินเท่านั้น ไม่ได้หมายถึงประโยชน์อย่างอื่น เช่น นาย ก. ได้จับจองที่ดินมาแล้ว นาย ก. ก็ไม่ได้ทำประโยชน์อะไรได้เอาที่ดินให้นาย ข. เช่า นาย ข. ก็เพียงแต่ครอบครองอาศัยเท่านั้นไม่ได้ทำประโยชน์เป็น นา ไร่ หรือสวนแต่อย่างไร กรณีนี้ไม่ถือ ว่าทำประโยชน์ในที่ดิน ถึงแม้ว่า นาย ก. จะได้รับประโยชน์คือค่าเช่าที่ดินจากนาย ข. ก็ตาม¹⁰⁷

ข) ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินที่ราษฎร ใช้ประโยชน์ร่วมกัน

เช่น ทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ ที่ชายตลิ่ง เป็นต้น ที่ดินดังกล่าว ต้องห้ามไม่ให้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินทุกประเภท เนื่องจากที่ดินประเภทนี้มีฐานะทาง กฎหมายเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินตามมาตรา 1304 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พยานิชย์ ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายคือจะโอนแก่กันไม่ได้ เว้นแต่จะใช้อำนาจแห่งบท กฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา ตามมาตรา 1305 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพยานิชย์ แต่หากได้มีการถอนสภาพตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 8 วรรคสอง (1) ซึ่งอาจจะมีการ ถอนสภาพโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาแล้วแต่กรณี ที่ดินนั้นก็กลายเป็นที่ดิน รกร้างว่างเปล่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพยานิชย์ มาตรา 1304 (1) อีกครั้งหนึ่ง และรัฐ สามารถนำที่ดินดังกล่าวมาจัดให้ประชาชนโดยการออกไปจองให้ ต่อไปภายหน้าก็อาจจะมีการ ออกโฉนดที่ดิน หรือ น.ส. 3 น.ส. 3 ก. ต่อไปได้¹⁰⁸ ที่ดินซึ่งเป็นข้อห้ามข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่าง เท่านั้น ยังมีที่ดินประเภทอื่นอีกหากมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน เช่น ที่ดินที่ มีผู้อุทิศให้เป็นทางสาธารณะไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ทุ่งหญ้าเลี้ยงสัตว์สาธารณะ เป็นต้น

¹⁰⁶ศิริ เกวลินสฤทธิ, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 98, น. 16-17.

¹⁰⁷ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 73, น. 38.

¹⁰⁸ภาสกร ชุณหอุไร, "ที่ดินต้องห้ามในการออกโฉนดที่ดินและหนังสือรับรองการทำ ประโยชน์," วารสารกฎหมาย, เล่ม 3 ปีที่ 15, น. 69 (สิงหาคม 2538).

สำหรับที่ชายตลิ่งนั้น ให้เปรียบเทียบกับที่งอกริมตลิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1308 ได้แก่ ที่ดินที่เวลาน้ำขึ้นตามปกติแล้วน้ำท่วมถึง ส่วนที่งอกริมตลิ่งนั้น เมื่อน้ำขึ้นตามปกติหรือตามธรรมชาติ น้ำท่วมไม่ถึงอีกแล้ว ส่วนทางน้ำหมายถึงทางน้ำที่สามารถใช้สัญจรไปมาได้หรือประชาชนสามารถใช้ประโยชน์จากทางน้ำนั้นร่วมกันได้ เช่น นำน้ำไปใช้ในทางการเกษตร แต่ถ้าเป็นกรณีเป็นทางน้ำที่ประชาชนไม่ใช่ทางการเกษตร เพราะอยู่ในเขตที่อยู่อาศัยและไม่อาจใช้สัญจรไปมาได้เลยเพราะทางน้ำนั้นแคบมาก ตลอดจนไม่อาจให้ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันได้เลยมาตั้งแต่ต้น ย่อมไม่ใช่ทรัพย์สินตามมาตรา 1304 (2)¹⁰⁹

ค) ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่เขา ที่ภูเขา และพื้นที่ที่รัฐมนตรีประกาศหวงห้ามตามมาตรา 9 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

ที่เขา ที่ภูเขา คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2538 เรื่องข้อเสนอแนะเพื่อป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบเกี่ยวกับการปฏิบัติงานตามโครงการพัฒนารวมที่ดินและเร่งรัดการออกโฉนดที่ดินทั่วประเทศ เห็นชอบให้กำหนดค่านิยามคำว่า ที่เขา และที่ภูเขาไว้ว่า

ที่เขา หมายถึง ส่วนของพื้นที่ที่สูงจากระดับรอบ ๆ น้อยกว่า 600 เมตร

ที่ภูเขา หมายถึง ส่วนของพื้นที่ที่สูงจากระดับรอบ ๆ ตั้งแต่ 600 เมตร ขึ้นไป โดยนำหลักเกณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างเกี่ยวกับลักษณะและชื่อที่ปรากฏในแผนที่แสดงภูมิประเทศของกรมแผนที่ทหารมาตราส่วน 1:50000 ชื่อสถานที่หรือบริเวณดังกล่าวที่ประชาชนในท้องถิ่นเรียกขาน การตรวจสอบสภาพพื้นที่ โครงสร้างทางธรณีวิทยา และผลการแปลรูปถ่ายทางอากาศหรือภาพถ่ายดาวเทียมประกอบการพิจารณาด้วย พร้อมกับให้กรมพัฒนาที่ดินนำนิยามความหมายและหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปกำหนดที่เขา ที่ภูเขา ลงในแผนที่ภูมิประเทศของกรมแผนที่ทหาร และจัดให้มีคณะกรรมการตรวจสอบสภาพพื้นที่จริงและคณะกรรมการในส่วนกลางเพื่อชี้ขาดในกรณีคณะกรรมการตรวจสอบสภาพพื้นที่จริงหรือส่วนราชการที่เกี่ยวข้องมีความขัดแย้งกันจนไม่อาจหาข้อยุติในประเด็นลักษณะของพื้นที่ได้

ที่เขา และที่ภูเขา มีสถานะทางกฎหมายเป็นที่ดินของรัฐประเภทที่รกร้างว่างเปล่า ผู้ครอบครองจึงอาจได้สิทธิตามกฎหมายที่ดิน จึงไม่ต้องห้ามโดยเด็ดขาดในการ

¹⁰⁹ สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์, "สิทธิการถือครองและการใช้ประโยชน์ที่ดินของรัฐ,"

(งานวิจัยเสริมหลักสูตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 25.

นำที่ดินประเภทนี้ไปออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ดังนั้นถ้าบุคคลใดได้ครอบครองที่เขาหรือที่ภูเขาก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับและได้แจ้งการครอบครอง (ส.ค.1) ไว้ ก็สามารถออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้ ถือว่าเป็นที่ดินที่ผู้ครอบครองมีสิทธิครอบครองโดยชอบตามประมวลกฎหมายที่ดิน¹¹⁰

พื้นที่ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศหวงห้ามตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 9 (2)

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ทำการประกาศเขตหวงห้ามไว้ดังนี้

1. ประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 27 มีนาคม 2499 เรื่อง กำหนดเขตหวงห้ามที่เขาหรือที่ภูเขาในมาตรา 9 (2) ประมวลกฎหมายที่ดิน
 2. ประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 26 เมษายน 2515 กำหนดเขตแม่น้ำลำคลอง เป็นเขตหวงห้ามตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 9 (2)
 3. ประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2517 กำหนดที่ดินบริเวณ “แพะเมืองผี” ตำบลน้ำซ่า อำเภอเมืองแพร่ จังหวัดแพร่ เป็นเขตหวงห้ามมิให้บุคคลใดทำด้วยประการใดเป็นการทำลาย หรือทำให้เสื่อมสภาพที่ดิน ที่หิน ที่กรวด หรือที่ทราย เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่
 4. ประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 21 พฤษภาคม 2523
 - ข้อ 1 ให้ยกเลิกประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 27 มีนาคม 2499 และประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 26 เมษายน 2515
 - ข้อ 2 ให้บริเวณดังต่อไปนี้ทุกแห่งทุกจังหวัดเป็นบริเวณที่หวงห้ามมิให้บุคคลทำด้วยประการใดให้เป็นการทำลายหรือทำให้เสื่อมสภาพที่ดิน ที่หิน ที่กรวด หรือที่ทราย เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่
 - (1) บริเวณที่เขา หรือที่ภูเขา และบริเวณที่รอบที่เขาหรือภูเขา 40 เมตร
 - (2) บริเวณแม่น้ำและลำคลอง
 - (3) ที่ดินของรัฐ นอกจาก (1) และ (2) ซึ่งมีได้มีบุคคลใดมีสิทธิครอบครองเฉพาะบริเวณที่เป็นที่หิน ที่กรวดหรือที่ทราย
- รองศาสตราจารย์ภาสกร ชุณหอุไร ได้มีข้อสังเกตว่า ที่เขา ที่ภูเขา

¹¹⁰ ภาสกร ชุณหอุไร, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 108, น. 70.

และแม่น้ำลำคลองทุกสายเป็นที่ต้องห้ามในการออกโฉนดที่ดินซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2497 แล้ว (กฎกระทรวงฉบับที่ 5 ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497) แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพิ่งประกาศให้ที่ภูเขาที่ภูเขาเป็นเขตหวงห้ามในราชกิจจานุเบกษาในปี พ.ศ. 2499 และเพิ่งประกาศให้แม่น้ำลำคลองเป็นเขตหวงห้ามมาตั้งแต่ปี 2515 เท่านั้น ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์คนละกรณีกัน เพราะที่ภูเขาและที่แม่น้ำลำคลองจะออกโฉนดที่ดินไม่ได้ แต่อาจจะมีคนไปบุกรุก ทำให้เสื่อมสภาพก็ได้ จำเป็นต้องมีการประกาศหวงห้ามไว้ไม่ให้ใครไปบุกรุกทำลาย ดังนั้น พื้นที่ภูเขาและแม่น้ำลำคลองซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศหวงห้ามตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 9 (2) จึงเป็นพื้นที่ออกโฉนดที่ดินไม่ได้มาตั้งแต่ปี 2497 แล้ว ไม่ใช่ว่าออกโฉนดไม่ได้นับตั้งแต่วันประกาศหวงห้ามหรือนับแต่ที่ใช้กฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) เป็นต้นไปเท่านั้น แต่การที่กฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) หมวด 3 ข้อ 14 (2) กำหนดไว้เช่นนี้ก็คงต้องการให้ความกว้างไปถึงสิ่งซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศหวงห้ามไว้ ที่ดินชนิดอื่นที่ไม่ใช่ภูเขาหรือแม่น้ำลำคลองด้วยว่า แม้เป็นที่ดินชนิดอื่นที่ไม่ใช่ที่ภูเขาหรือแม่น้ำลำคลอง ถ้าที่ดินนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศหวงห้ามไว้ตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 9 (2) ก็ต้องห้ามในการออกโฉนดเช่นเดียวกัน และไม่จำกัดว่าที่ดินนั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะประกาศหวงห้ามไว้ก่อนหรือหลังวันประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ก็ตาม¹¹¹

ง) ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในทีเกาะ

ทีเกาะตามความหมายในกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) หมายถึง เกาะที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ไม่ใช่เกาะที่เกิดจากการกระทำให้เกิดขึ้นโดยมนุษย์ ดังนั้น เกาะเกิร์ตหรือพื้นที่ตำบลเกาะเกิร์ต อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี ต่อมา มีสภาพเป็นเกาะ เพราะมีการขุดคลองลัดแม่น้ำเจ้าพระยา จึงไม่ต้องห้ามออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามกฎหมายฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537)¹¹² ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1309 ถือว่าเกาะเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน แต่การพิจารณาว่าทีเกาะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ย่อมขึ้นกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามสภาพที่ดินบนเกาะของแต่ละเกาะ ถ้าเกาะใดมีที่อยู่หลายส่วนหลายประเภทบางส่วนบางประเภทอาจไม่มีลักษณะเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินก็ได้ เช่น ที่ดินที่ได้ยินยอมให้ประชาชนถือกรรมสิทธิ์หรือครอบครองได้ตามประมวลกฎหมายที่ดินหรือกฎหมายอื่น ๆ เป็นต้น แต่ก็อาจมีที่ดินบางส่วนบางประเภทบนเกาะนั้นซึ่งตาม

¹¹¹ เฟิงอ๋าง, น. 71-72.

¹¹² คำพิพากษาศาลปกครองกลางคดีหมายเลขแดงที่ 150/2546

สภาพและการใช้ที่ดินเข้าลักษณะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เช่น ถนนที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน หรือสถานที่ที่ราชการใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ เป็นต้น ฉะนั้นจะถือว่าเกาะทั้งเกาะเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินหาได้ไม่¹¹³ มีข้อสังเกตว่าแผ่นดินใหญ่ที่เป็นพื้นที่หลักของประเทศ เช่น ประเทศไทยประกอบด้วยที่ดินของรัฐทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นที่รกร้างว่างเปล่า ที่ดินที่พลเมืองใช้ร่วมกัน ที่ราชพัสดุ และประกอบด้วยที่ดินของเอกชนทุกประเภทสำหรับเกาะใหญ่ ๆ เช่น เกาะภูเก็ตที่เป็นจังหวัด หรือเกาะสมุยที่เป็นอำเภอ ก็เช่นเดียวกับแผ่นดินใหญ่ คือ ประกอบด้วยที่ดินของรัฐทุกประเภทและที่ดินของเอกชนทุกประเภทเช่นเดียวกัน ส่วนเกาะเล็ก ๆ ที่ไม่มีคนอยู่อาศัย เป็นเกาะที่มีนักท่องเที่ยวเดินทางไปชม อาจจะเป็นที่ดินของรัฐประเภทต่าง ๆ ดังนี้ เป็นที่ดินของรัฐประเภทที่สงวนหวงห้าม เป็นที่รกร้างว่างเปล่า เป็นที่ดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกัน เกาะเล็ก ๆ ที่จะเป็นที่ดินของรัฐประเภทที่สงวนหวงห้ามก็จะเป็นเกาะหรือหมู่เกาะที่ถูกประกาศเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 นั่นเอง จึงเป็นที่ดินที่ต้องห้ามที่จะนำไปจัดให้กับประชาชนหรือออกโฉนดที่ดิน น.ส. 3 เกาะเล็ก ๆ ที่ไม่ได้ประกาศเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ ตัวเกาะทั้งหมดจะเป็นที่รกร้างว่างเปล่า ซึ่งจะดำเนินการจัดให้ประชาชนต่อไปได้และอาจออกโฉนดในที่ดินประเภทนี้ได้หรือทั้งเกาะเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกัน ซึ่งไม่อาจออกโฉนดที่ดินให้ประชาชนได้¹¹⁴

สำหรับข้อยกเว้นไม่นำข้อห้ามการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่เกาะมาใช้กับบุคคลประเภทที่มีหลักฐานเกี่ยวกับที่ดิน คือ ผู้ซึ่งมีหลักฐานการแจ้งการครอบครอง ใบจอง ใบเหยียบย่ำ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ โฉนดตราจองตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ที่ดินของผู้มีสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพการครอบครอง ใบจอง ใบเหยียบย่ำ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ โฉนดตราจองตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ที่ดินของผู้มีสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพที่ดินที่คณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติได้อนุมัติให้จัดแก่ประชาชน คือ ที่รกร้างว่างเปล่าที่คณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติได้อนุมัติให้จัดให้แก่ประชาชนแล้ว แต่อาจยังไม่ได้ทำการคัดเลือกประชาชนผู้ขอจับจองหรืออาจทำการคัดเลือกประชาชนผู้ขอจับจองแล้ว แต่ยังไม่ได้ออกใบจอง

¹¹³บันทึกเรื่อง การขึ้นทะเบียนเกาะ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรกฎาคม 2523)

¹¹⁴ศาสตราจารย์ ดร. ชูณหุไร, "ที่ดินรกร้างว่างเปล่า," วารสารกฎหมาย, เล่มที่ 2 ปีที่ 14, น. 99 (มกราคม 2536).

ให้กับราษฎร และที่ดินซึ่งได้มีการจัดหาผลประโยชน์ตามมาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินโดยคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติได้อนุมัติแล้ว และต้องเป็นที่รกร้างว่างเปล่าเท่านั้น ซึ่งอธิบดีกรมที่ดินสามารถจัดหาผลประโยชน์โดยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่า หรือให้เช่าซื้อได้

ส่วนผู้ซึ่งครอบครองที่ดินมาก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับและได้ตกค้างการแจ้งการครอบครองหรือบุคคลที่ครอบครองที่ดินโดยพลการภายหลังประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับไม่มีสิทธิขอก่อนดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ซึ่งกรณีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานว่า บทบัญญัติมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติให้บุคคลได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญโดยเสมอกันนั้น เป็นการวางหลักการให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานความเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติไม่เสมอภาคแก่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน หรือออกกฎเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในสาระสำคัญตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล การที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) กำหนดให้มีการออกโฉนดที่ดินในที่เกาะใช้บังคับกับกรณีการครอบครองที่ดินที่เกาะซึ่งผู้ครอบครองยังไม่มีหลักฐานแจ้งการครอบครองทุกแห่งเสมอเหมือนกัน มิได้เป็นการเลือกปฏิบัติกับผู้ครอบครองรายหนึ่งรายใดหรือเกาะหนึ่งเกาะใดเป็นการเฉพาะ กฎกระทรวงดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด¹¹⁵

จ) ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่สงวนหวงห้าม ประกอบด้วย

1) ที่สงวนหวงห้ามตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน ประกอบด้วยการหวงห้ามที่ดินตามพระราชบัญญัติหวงห้ามที่ดินรกร้างว่างเปล่า พ.ศ. 2478 (ใช้บังคับระหว่างวันที่ 8 เมษายน 2479 ถึงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2497) โดยมีหลักการ ดังนี้

(1) แก้ปัญหาเรื่องการสงวนหวงห้ามที่ดินรกร้างว่างเปล่าให้เป็นที่ดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน หรือเพื่อการใด ๆ ให้เป็นระเบียบและมีหลักเกณฑ์ที่

¹¹⁵คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ 8-พ 10/2546 (ประชุมใหญ่) ซึ่งตุลาการองค์คณะที่พิจารณาคดีและตุลาการผู้แถลงคดีมีความเห็นแย้งว่า ความในข้อ 14 หมวด 3 ว่าด้วยโฉนดที่ดิน กำหนดห้ามไม่ให้ออกโฉนดที่ดินในบริเวณที่เป็นเกาะไว้ในข้อ 14 (3) มีผลเป็นการตัดสิทธิผู้ที่ได้ครอบครองที่ดินก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับโดยไม่ได้แจ้งการครอบครองจึงขัดต่อหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองตามมาตรา 5

แน่นอนกว่าเก่า กล่าวคือ การสงวนหวงห้ามจะกระทำได้แต่เฉพาะออกเป็นพระราชกฤษฎีกา เท่านั้นและจะต้องมีรูปแบบที่ประกอบพร้อมทั้งนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา

(2) ที่ดินที่จะทำการหวงห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นที่รกร้างว่างเปล่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1304 (1) เท่านั้น ส่วนที่ดินสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ประชาชนใช้ร่วมกัน เช่น ที่ชายตลิ่ง ทางน้ำ ทางหลวงหรือใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ เช่น บ่อม โรงทหาร ตามมาตรา 1304 (2), (3) นั้นไม่ต้องมีการหวงห้ามอีก เพราะเป็นสิ่งที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ในตัวแล้ว

(3) การสงวนหวงห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ไม่จำกัดว่าจะเพื่อประโยชน์ทางด้านให้ประชาชนใช้ร่วมกันหรือใช้เพื่อประโยชน์ใด ๆ ก็ได้

(4) เมื่อพระราชบัญญัตินี้ออกใช้บังคับ ไม่ลบล้างหรือกระทบกระเทือนการหวงห้ามที่มีอยู่ก่อนใช้พระราชบัญญัตินี้ ฉะนั้น การหวงห้ามที่ดินรกร้างว่างเปล่าให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน ไม่ว่าจะประกาศของนายอำเภอ กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน ที่มีมาก่อนวันที่ 8 เมษายน 2479 ก็ยังมีผลใช้บังคับได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย

(5) พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดบุคคลผู้มีอำนาจที่จะทำการหวงห้ามให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ไม่ใช่ให้กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน เหมือนแต่ก่อน กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน อาจทำการสำรวจได้ แต่อำนาจในการหวงห้ามต้องเป็นไปตามกฎหมายเพราะต้องออกเป็นพระราชกฤษฎีกา และประการสำคัญที่สุดคือจะไม่สำรวจไม่ได้เพราะจะต้องทำการรังวัดทำแผนที่ด้วยและแผนที่นี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของพระราชกฤษฎีกา ดังนั้น ที่ดินแปลงใดได้หวงห้ามตามพระราชบัญญัตินี้จะเถียงว่าแนวเขตไม่แน่นอนไม่ได้ต้องถือตามที่กฎหมายกำหนดและจะไม่ทำการสำรวจไม่ได้และจะเถียงว่าได้สงวนไว้เมื่อนั้นเมื่อนี้อย่างแต่ก่อนไม่ได้ เพราะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้ประชาชนทราบทั่วกันด้วย

(6) ข้อสำคัญคือ การเพิกถอนที่ดินที่หวงห้ามตามพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้จะต้องออกเป็นกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นหลักการที่เป็นระเบียบยิ่งขึ้น

ดังนั้น ที่ดินที่ได้หวงห้ามไว้โดยถูกต้องตามกฎหมายฉบับนี้ก็จะกลายเป็นที่ดินของรัฐประเภทอื่นไม่มีสภาพเป็นที่ดินรกร้างว่างเปล่าอีกต่อไป

2) ที่สงวนหวงห้ามตามกฎหมายอื่น

(1) การสงวนหวงห้ามก่อนพระราชบัญญัติว่าด้วยการหวงห้ามที่ดินรกร้างว่างเปล่า พ.ศ. 2478 มีกฎหมายได้บัญญัติไว้ เช่น ประกาศกระทรวง

เกษตรราธิการห้ามไม่ให้จับจองที่ดินท้องทุ่งฝั่งตะวันตกแห่งแม่น้ำเจ้าพระยา ลงวันที่ 5 ธันวาคม ร.ศ. 123 นอกจากนี้ยังมีพระบรมราชโองการประกาศเขตพระราชานิเวศน์มฤคทายวันและห้ามไม่ให้ทำอันตรายสัตว์ ลงวันที่ 17 พฤษภาคม 2467 หรือประกาศพระราชโองการให้ตำบล โคโพหักเป็นที่สำหรับเลี้ยงและผสมโค ลงวันที่ 21 เมษายน ร.ศ. 123 ให้เป็นที่สงวนหวงห้าม

(2) ป่าสงวนแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507

(3) อุทยานแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

(4) เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535

3) ที่สงวนหวงห้ามตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 20 (3) เป็นการกำหนดให้คณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติมีอำนาจสงวนที่ดินรกร้างว่างเปล่าเพื่อสงวนและพัฒนาที่ดินสำหรับจัดให้แก่ประชาชนได้ ดังนั้น ก่อนที่จะจัดให้กับประชาชน กฎหมายจึงห้ามมิให้นำที่ดินที่สงวนไว้ไปออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์

4) ที่สงวนหวงห้ามตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 20 (4) เป็นการกำหนดให้คณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ มีอำนาจสงวนหรือหวงห้ามที่ดินของรัฐประเภทที่รกร้างว่างเปล่าเพื่อให้ประชาชนใช้ร่วมกัน

ฉ) ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินที่คณะรัฐมนตรีสงวนไว้เพื่อรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ได้แก่

1) ป่าไม้ถาวร คือ ป่าที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้รักษาไว้เป็นสมบัติของชาติ เมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2504 รัฐบาลที่กระทรวงมหาดไทยโดยคณะกรรมการสำรวจจำแนกประเภทที่ดินเสนอว่า บริเวณป่าที่คณะอนุกรรมการสำรวจจำแนกประเภทที่ดินประจำจังหวัด เห็นสมควรกำหนดเป็นป่าสงวน ป่าคุ้มครอง หรือป่าที่จะรักษาไว้เป็นสมบัติของชาติโดยถาวร หากทบวงการเมืองใดประสงค์จะเข้าใช้ประโยชน์จะต้องทำความตกลงกับกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ โดยได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีเป็นรายไป และคณะรัฐมนตรีลงมติอนุมัติให้จังหวัดต่าง ๆ ประกาศเขตป่าที่จะสงวนคุ้มครองตามที่คณะกรรมการสำรวจจำแนกประเภทที่ดินประจำจังหวัดดำเนินการตามกำหนดเขตในท้องที่ 60 จังหวัด หลังจากคณะรัฐมนตรีมีมติแล้ว แต่ละจังหวัดจะทำการสำรวจหาข้อมูลเกี่ยวกับที่ดิน สภาพป่า การถือครอง การใช้ประโยชน์ในที่ดินและที่ป่านั้น ๆ แล้วนำเสนอคณะอนุกรรมการจำแนกประเภทที่ดินประจำจังหวัด

เพื่อพิจารณาเสนอความเห็นผ่านไปยังคณะกรรมการจำแนกประเภทที่ดินและคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาลงมติกำหนดพื้นที่ที่จะรักษาไว้เป็นป่าไม้ถาวร

2) ป่าชายเลน เป็นที่ดินที่สงวนไว้เพื่อรักษาทรัพยากรธรรมชาติ โดยคณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2523 เห็นชอบตามที่คณะกรรมการทรัพยากรธรรมชาติป่าชายเลนแห่งชาติเสนอ โดยกำหนดมาตรการไม่ให้มีการออกโฉนดที่ดิน หนังสือรับรองการทำประโยชน์หรือเอกสารสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินแก่ราษฎรที่เข้ามาอาศัยในบริเวณนั้น

3) พื้นที่ที่มีความลาดชัน 35 % ขึ้นไป คณะกรรมการนโยบายป่าไม้แห่งชาติได้พิจารณาว่าพื้นที่ดินส่วนที่มีความลาดชันเฉลี่ยตั้งแต่ 35 % ขึ้นไป เป็นพื้นที่ที่ไม่สามารถใช้ทำเกษตรได้อย่างถาวร จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และจะทำให้เกิดมีปัญหามือฝนตกน้ำจะไหลบ่าชะล้างทำให้หน้าดินเกิดการพังทลาย คณะกรรมการนโยบายป่าไม้แห่งชาติจึงได้กำหนดที่ลาดชันดังกล่าวเป็นพื้นที่ป่าไม้โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 3 ธันวาคม 2528 โดยห้ามไม่ให้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ลักษณะที่ดินที่ต้องห้ามไม่ให้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ได้แก่ ห้ามไม่ให้ออกโฉนดที่ดินที่เจ้าของที่ดินไม่ได้ครอบครองและทำประโยชน์ มีความมุ่งหมายเพื่อให้มีการครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินอย่างแท้จริง ป้องกันการเข้าไปจับจองหรือกว้านซื้อที่ดินเพื่อเก็งกำไร กับห้ามไม่ให้ออกโฉนดที่ดินของรัฐประเภทต่าง ๆ เช่น ที่ดินที่ราษฎรใช้ประโยชน์ร่วมกัน ที่สงวนหวงห้าม เพื่อหวงกั้นที่ดินไว้เป็นประโยชน์สาธารณะ ป้องกันการบุกรุกและทำลายทรัพยากรธรรมชาติ จึงได้มีมาตรการในการควบคุมและรักษาไว้ซึ่งทรัพย์สินของแผ่นดินและสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่มีข้อสังเกตว่าลักษณะที่ดินที่ต้องห้ามไม่ให้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินของรัฐดังกล่าว ไม่ได้เป็นข้อห้ามที่เด็ดขาดเนื่องจากกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ได้กำหนดมีข้อยกเว้นให้สามารถออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้ เช่น ในที่เขาหรือภูเขา ที่เกาะ ที่สงวนหวงห้ามต่าง ๆ หากเป็นกรณีและผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินเป็นผู้มีสิทธิครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนการกำหนดพื้นที่ให้เป็นที่ดินต้องห้ามไม่ให้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน

ด้วยเหตุที่ดินของรัฐดังกล่าวข้างต้นเกิดขึ้นได้หลายกรณี ได้แก่ ทางนิติกรรมอาจได้มาโดยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ยกให้ ซึ่งการยกให้ที่ดินเป็นที่สาธารณประโยชน์อาจเป็นการอุทิศให้โดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้ นอกจากนี้เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย ได้แก่ การสงวนหวงห้ามอาจทำได้หลายวิธี ได้แก่ โดยประกาศของทางราชการ ออกเป็นพระราชกฤษฎีกา

หวงห้ามตามพระราชบัญญัติหวงห้ามที่ดินรกร้างว่างเปล่าอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน พ.ศ. 2478 การสงวนหวงห้ามตามประมวลกฎหมายที่ดิน การได้มาด้วยการเวนคืน รวมทั้งการเกิดขึ้นจากสภาพธรรมชาติของทรัพย์สินนั้น และเกิดขึ้นจากการใช้ร่วมกันของประชาชน การที่ที่ดินของรัฐเกิดขึ้นได้หลายกรณีดังกล่าวเป็นปัญหาในเรื่องแนวเขตที่แน่นอนชัดเจนของที่ดินของรัฐ แม้รัฐจะมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกัน ได้แก่

1) การจัดทำทะเบียนที่สาธารณประโยชน์ มีความมุ่งหมายเพื่อทราบ ว่าที่สาธารณประโยชน์มีอยู่ที่ใด ตั้งอยู่ในตำบล อำเภอ จังหวัดใด เนื้อที่เท่าใด มีข้างเคียงติดต่อกับที่ดินของบุคคลใดบ้าง สภาพที่ดินเป็นห้วย หนอง คลอง บึง บาง หรือทำเลเลี้ยงสัตว์ เพื่อให้ทราบว่าที่ดินสาธารณประโยชน์เกิดจากการสงวนหวงห้ามหรือเกิดจากสภาพที่ดินโดยธรรมชาติ อย่างไรก็ตามทะเบียนที่สาธารณประโยชน์เป็นเพียงคำพรรณนา ไม่มีรูปแผนที่แต่อย่างใด

2) การออกหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง เป็นหนังสือสำคัญที่ทางราชการได้ออกไว้เพื่อแสดงแนวเขต ที่ตั้ง จำนวนเนื้อที่ และลักษณะที่ดินที่จะออกหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวงได้นั้นมาตรา 8 ตรี แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน กำหนดว่า เป็นที่ดินของรัฐประเภทพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกันที่ดินของรัฐประเภทพลเมืองใช้ร่วมกันบางลักษณะไม่จำเป็นจะต้องออกหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง เช่น ถนน แม่น้ำ ลำคลอง เพราะเป็นที่ดินที่มีสภาพและขอบเขตในตัวของมันเองอยู่แล้ว หรือใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ถ้าเป็นที่ดินของรัฐอย่างอื่น เช่น ที่ดินของรัฐซึ่งเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดาโดยรัฐถือที่ดินนั้นอย่างเอกชน ก็จะต้องออกเป็นโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์แล้วแต่กรณี จะเห็นได้ว่าการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวงเป็นแนวทางที่แก้ปัญหาในเรื่องแนวเขตที่ดินของรัฐได้ดีที่สุด แต่ก็มีข้อจำกัดอยู่บางประการเกี่ยวกับที่ดินของรัฐบางลักษณะให้ถือแนวเขตตามสภาพที่มีอยู่ไม่ต้องมีการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง ซึ่งมีปัญหาในเรื่องแนวเขตที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพแต่จะต้องใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินในการตรวจสอบด้วยความรอบคอบและสุจริต

สำหรับที่สงวนหวงห้ามประเภท ป่าสงวนแห่งชาติ อุทยานแห่งชาติ ที่มีเพียงรูปแผนที่แนบท้ายพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวง แต่ไม่มีแนวเขตที่ชัดเจนในพื้นที่จริง ซึ่งปัญหาเหล่านี้สามารถแก้ไขได้โดยรัฐให้ความสำคัญด้วยการสนับสนุนงบประมาณแก่ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องดำเนินการปักหลักเขตพื้นที่ดังกล่าวให้ชัดเจนต่อไป ซึ่งจะเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาใน

การออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกแนวทางหนึ่ง

กล่าวได้ว่าคำว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นถ้อยคำที่ตรงตามข้อความที่กฎหมายบัญญัติโดยเป็นการฝ่าฝืนข้อกฎหมายทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ซึ่งจะต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงแล้วแต่กรณี หากปรากฏว่ามีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ฝ่าฝืนข้อกฎหมายที่บัญญัติไว้ก็จะต้องดำเนินการเพิกถอนต่อไป

จากการศึกษาตามข้อ 2.1 ข้อ 2.2 และข้อ 2.3 ดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนพบประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับที่มาและเหตุของการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

1. หลักการทะเบียนที่ดินตามหลักกฎหมายต่างประเทศ เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา ซึ่งใช้ระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์ ได้นำหลัก Indefeasibility of Title มาใช้ อันเป็นหลักสำคัญในระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์หลักนี้แม้จะเป็นหลักสันนิษฐานเด็ดขาดหรือหลักเพิกถอนไม่ได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นอยู่บางประการที่ให้อำนาจนายทะเบียนสามารถแก้ไขทะเบียนที่ดินที่ออกโดยผิดพลาดได้ เช่น กรณีบุคคลได้สิทธิในที่ดินมาโดยการซื้อ การรวมที่ดินทำให้แนวเขตผิดพลาด การออกโฉนดที่ดินโดยไม่มีอำนาจ หรือออกทับที่สาธารณะ โดยมีกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) มาเยียวยาความเสียหายในกรณีการออกโฉนดที่ดินไปโดยผิดพลาด

2. แม้ประเทศไทยจะนำระบบทะเบียนที่ดินแบบทอร์เรนส์มาใช้ แต่ไม่ได้นำมาใช้ทั้งหมด หลัก Indefeasibility of Title และหลักการเยียวยาโดยมีกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance Fund) ที่ใช้กันอยู่ในประเทศออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา ไม่ได้นำมาใช้ในระบบทะเบียนที่ดินของไทย ผู้เขียนเห็นว่าอาจเป็นเพราะเหตุผลสำคัญ ดังนี้

(1) สิทธิในที่ดินของไทยใช้หลักครอบครองและทำประโยชน์ เห็นได้จากกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 35, 42 ถือเป็นนโยบายที่ต้องการให้ราษฎรได้อาศัยทำประโยชน์ในที่ดิน มิให้ทิ้งไว้เป็นที่รกร้างว่างเปล่า จึงเปิดโอกาสให้ราษฎรเข้าจับจองทำประโยชน์ในที่ดิน การให้ราษฎรเข้าจับจองนี้ปรากฏในกฎหมายในสมัยต่อ ๆ มา ได้แก่ กฎกระทรวงเกษตรราธิการ ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 ที่อนุญาตให้ราษฎรเข้าจับจองและรัฐได้

ออกใบเหยียบย่ำให้เป็นหลักฐาน ต่อมาสามารถนำหลักฐานดังกล่าวไปออกโฉนดที่ดินได้ จนกระทั่งได้มีการออกพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ได้มีการบัญญัติให้มีการแจ้งการครอบครอง (ส.ค. 1) เพื่อที่จะได้ทราบว่าคุณสมบัติที่ดินที่ทางราชการได้ออกหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ให้แก่ราษฎรไปแล้ว ยังคงมีที่ดินที่ราษฎรได้ครอบครองและทำประโยชน์อยู่อีกจำนวนเท่าใด เพื่อที่จะกำหนดนโยบายในการจัดใช้ประโยชน์ที่ดินของรัฐในส่วนที่ยังไม่มีผู้ถือครองให้ถูกต้อง นอกจากนี้ยังได้รับรองสิทธิแก่บุคคลที่ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 อีกด้วย และกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ยังได้กำหนดที่ดินที่จะออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้ จะต้องเป็นที่ดินที่ผู้มีสิทธิในที่ดินได้ครอบครองและทำประโยชน์แล้วเช่นเดียวกัน การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินแก่เอกชนผู้ครอบครองและทำประโยชน์ดังกล่าวได้ออกให้หลายประเภท เช่น โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง ตราจองที่ตราว่า "ได้ทำประโยชน์แล้ว" โฉนดที่ดิน รวมถึงหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ซึ่งหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินดังกล่าวนี้มีวิธีการทางเทคนิคที่แตกต่างกัน เนื่องจากรัฐมีข้อจำกัดทั้งทางด้านงบประมาณ บุคลากร และเทคโนโลยีสมัยใหม่ จึงอาจทำให้เกิดความผิดพลาดคลาดเคลื่อนได้

(2) ประเทศไทยได้กำหนดสิทธิการถือครองและใช้ประโยชน์ในที่ดินของรัฐโดยใช้หลักการคุ้มครองทรัพย์สินของแผ่นดินและสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และได้บัญญัติการคุ้มครองที่ดินประเภทนี้ไว้อย่างชัดเจนทั้งในกฎหมายลักษณะทรัพย์สินและกฎหมายที่ดิน โดยเฉพาะกฎหมายที่ดินได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวงทุกฉบับและปัจจุบันคือกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ได้กำหนดลักษณะที่ดินที่ราษฎรใช้ประโยชน์ร่วมกัน ที่สงวนหวงห้าม รวมทั้งที่ดินที่คณะรัฐมนตรีสงวนไว้เพื่อรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น เป็นลักษณะที่ดินต้องห้ามไม่ให้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ดังนั้น หากมีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินทับที่ดินของรัฐดังกล่าวข้างต้นจะต้องมีมาตรการเพิกถอนหรือแก้ไข เพื่อให้ระบบทะเบียนที่ดินถูกต้องตามกฎหมายและเป็นการป้องกันการบุกรุกที่สาธารณประโยชน์อีกทางหนึ่งด้วย

(3) เทคนิคการรังวัดทำแผนที่ยังไม่ทันสมัย เห็นได้จากยุคแรก ช่วงปี พ.ศ. 2444 – 2475 อันเป็นยุคบุกเบิกการทำแผนที่ เครื่องมือสมัยนั้น ใช้โช่วัดระยะ เครื่องจับฉาก โต๊ะแผนที่พร้อมกล้อง กล้องทราวนสิท แผนที่ระวาง เป็นแบบระวางศูนย์กำเนิดงานคำนวณ แผนที่ใช้ล้อการิทึม และเนื้อที่แปลงนาวัดโดยวิธีกราฟิค ต่อมาในช่วงปี พ.ศ. 2475 – 2500 การรังวัดทำแผนที่ในยุคนี้ได้รับการพัฒนาโดยใช้ระบบแผนที่มีความละเอียด

ถูกต้องสูง มีการสร้างระวางเพื่อการรังวัดแผนที่แบบชั้นหนึ่ง เครื่องมือรังวัดใช้กล้องอิโโดไลท์ และตั้งแต่ปี พ.ศ. 2500 ถึงปัจจุบัน ได้ปรับเปลี่ยนมาใช้ระบบ UTM จะเห็นได้ว่าระบบเทคนิคการทำแผนที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง การที่ไม่มีเครื่องมือไม่ทันสมัยเพียงพอ ทำให้การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินมีความผิดพลาดได้เช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุผลดังกล่าว เห็นว่าเป็นที่มาและเหตุของการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องมีการบัญญัติการเพิกถอนหรือแก้ไขไว้ในมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน¹¹⁶

ผู้เขียนพบว่า มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายหลายประการในการพิจารณาว่าทะเบียนที่ดินชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ประเด็นสำคัญคือ การครอบครองและทำประโยชน์ โดยจะต้องครอบครองและทำประโยชน์ตรงตามความจริงไม่ขาดหรือเกินไปจากการครอบครองและทำประโยชน์ นอกจากนี้จะต้องไม่ออกในที่ดินที่มีลักษณะต้องห้ามไม่ให้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามกฎหมาย หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวถือว่าทะเบียนที่ดินออกไปโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลจะต้องมีการเพิกถอนหรือแก้ไขซึ่งอำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขจะได้ศึกษาในบทที่ 3 นอกจากนี้ผลอันเกิดจากการใช้อำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขที่เกี่ยวข้องต่อบุคคลที่รับโอนหรือเปลี่ยนแปลงสิทธิทางทะเบียนโดยสุจริตตลอดจนความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐจะได้ศึกษาในบทที่ 4 ต่อไป

¹¹⁶ นอกจากที่มาและเหตุของการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีเหตุสำคัญประการหนึ่งซึ่งถือเป็นที่มาและเหตุของการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายคือ ปრაกฏการทุจริตและประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ แต่ไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้