

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีในการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับ อสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก

การจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดกมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกับกฎหมายมรดกและการทะเบียนที่ดินอย่างยิ่ง สำหรับในอดีตแต่ละยุคแต่ละสมัยย่อมปฏิบัติแตกต่างกันไป ตามสถานการณ์และสภาพแวดล้อมในขณะนั้น การจะทำความเข้าใจในเรื่องการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก จึงต้องศึกษาประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับกฎหมายมรดกและการทะเบียนที่ดินของประเทศไทยประกอบด้วย ซึ่งแต่ละยุคมีวิวัฒนาการ โดยลำดับ ดังนี้

ประวัติความเป็นมาในการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดกของประเทศไทย

ประวัติความเป็นมาของการรับมรดกในที่ดินและการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัย สมัยกรุงศรีอยุธยา จนถึงปัจจุบัน ตามลำดับดังต่อไปนี้

1. สมัยกรุงสุโขทัย

ในรัชกาลของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ทรงดำเนินรัฐประศาสน์นโยบายส่งเสริมเศรษฐกิจเกี่ยวกับการทำประโยชน์ในที่ดิน เพื่อให้ได้พืชผลมาเป็นปัจจัยในการบริโภคและอุปโภคพอควรแก่ระดับการครองชีพในสมัยนั้น เมื่อราษฎรเข้าบุกเบิกหักร้างถางพงในที่ดินจนเพาะปลูกได้ผลได้ประโยชน์แล้ว ก็โปรดให้ที่ดินที่ผลิตผลการเกษตรนั้น ๆ เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ออกแรงออกทุนไป (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 1) ในสมัยนั้นที่ดินรกร้างว่างเปล่ายังมีอยู่มากมายราษฎรซึ่งเข้าครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินเหล่านั้น มีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองและรับรองไว้ ดังปรากฏอยู่ในหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช หลักที่ 1 ศิลาจารึกนี้แม้ว่าจะไม่มีลักษณะเป็นค้ำบทกฎหมาย แต่ก็มีส่วนที่เกี่ยวเป็นกฎหมาย (สุทธิวาทนฤพฒติ, 2516, หน้า 135) ซึ่งหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองและรับรองสิทธิในที่ดินมิให้ใครมาแย่งไปได้ มีถ้อยคำจารึกไว้ดังนี้

“ไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม สร้างป่าหมาก ป่าพลู ทั่วเมืองนี้ทุกแห่ง ป่าพร้าวกี่หลายในเมืองนี้ ป่าลางก็หลายในเมืองนี้ หมากม่วงก็หลายในเมืองนี้ หมากขามก็หลายในเมืองนี้ ใครสร้างได้ไว้แก่มัน”

ประโยคที่ว่า “ใครสร้างได้ไว้แก่มัน” ประโยคนี้นับว่าเป็นการบัญญัติคุ้มครองสิทธิในที่ดิน เมื่อใครอุตสาหกรรมก่อสร้างตามที่ดินรกร้าง จนเป็นสวนหมาก สวนผลไม้ต่าง ๆ ขึ้น ก็ควรจะยอมรับนับถือว่าผู้นั้นเป็นเจ้าของ แม้จะอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของใช้ยันกับพระเจ้าแผ่นดินในสมัยนั้นไม่ได้ แต่ก็อ้างยันเอาได้ในระหว่างราษฎรด้วยกัน (สุทธิวาทนฤพุดิ, 2516, หน้า 175)

เมื่อเจ้าของที่ดินตายลง ก็ยอมรับรองให้ทายาทบุตรหลานสืบมรดกตกทอดต่อกันไปดังข้อความในศิลาจารึก ดังนี้

“ไพร่ฟ้าหน้าใส ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดแลล้มตายหายกว่า เย้าเรือนพ่อเชื้อ เลือคำมั่น ช่างขอ ลูกเมียเยี่ยข้าว ไพร่ฟ้าข้าไทย ป่าหมาก ป่าพลู พ่อเชื่อมั่นไว้แก่ลูกมั่นสิ้น” (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 1)

คำว่า หมายความว่า ตายเสียแล้ว หรือตายจากไป

ถ้อยคำดังกล่าวหมายความว่า พลเมืองลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดล้มหายตายจาก เย้าเรือนของบรรพบุรุษ เลือผ้า ช่าง ม้า ฉางข้าว ป่าหมาก ป่าพลู ของบรรพบุรุษของเขาให้เป็นมรดกแก่ลูกเขาทั้งหมด

จะเห็นได้ว่า ข้อบัญญัติฉบับนี้ช่วยให้สันนิษฐานว่า เย้าเรือนย่อมรวมทั้งที่ดินที่ปลูกบ้านเรือน ฉางข้าวตามปกติที่รวมทั้งที่ดินที่ปลูกฉางข้าวด้วย โดยที่เป็นเจ้าของเดียวกัน ส่วนป่าหมากป่าพลู ก็คือที่ดินที่ทำสวนหมากสวนพลูนั่นเอง (สุทธิวาทนฤพุดิ, 2516, หน้า 141-142) ซึ่งการโอนมรดกที่ดินในสมัยสุโขทัย เป็นการโอนมรดกไปโดยวิธีการเข้าครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินสืบต่อไป

2. สมัยกรุงศรีอยุธยา

ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ได้จัดแบ่งองค์การบริหารออกเป็นรูปจตุสดมภ์ คือ เวียง วัง คลัง นา ประจำอยู่ส่วนกลาง การจัดการเรื่องที่ดินขึ้นอยู่กับกรมนา หน้าที่ของกรมนา ในสมัยกรุงศรีอยุธยามีอยู่กว้างขวางมาก ทั้งในหน้าที่บริหารและหน้าที่ตุลาการในทางบริหาร มีหน้าที่จัดที่ดินซึ่งยังรกร้างเป็นทำเลเปล่าให้ราษฎรเข้าไถ่ก่อสร้างให้มีประโยชน์ขึ้น เขียน โฉนดไว้ให้แก่ผู้ไถ่ก่อสร้างที่ดิน มีหน้าที่เกี่ยวกับการชลประทานเก็บหางข้าวขึ้นฉางหลวง จัดเรื่องที่ดินเพื่อการศาสนาและแก่บุคคลส่วนในหน้าที่ตุลาการ ก็มีหน้าที่ระงับคดีวิวาทในเรื่องที่ดิน เช่น แย่งนากันทำ รวมถึงระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลักเครื่องมือทำนา ลักแอก ลักไถ เป็นต้น (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 106)

สมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 พระเจ้าอู่ทอง ทรงมีพระบรมราชโองการให้ขุนเกษตราธิบติ เสนาบดีกรมนา ร่างกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จที่เกี่ยวกับที่ไร่นาขึ้นใช้บังคับ โดยปรากฏในคำ

ปรารภในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จลงใน พ.ศ.1903 กล่าวถึงข้อพิพาทระหว่างราษฎรที่แย่งชิงที่ดินต่อกัน โดยหาว่าเป็นที่ดินเดิมของตนและเรียกหาว่าเป็นมรดก มีความดังนี้

“ด้วยผู้ซึ่งที่แดนรั้ว เรือน ไร่ สวน พืพาทว่าที่เดิมแก่กัน แลผู้หนึ่งว่าที่นั้นเป็นมรดก จะเอาที่นั้น จึงพระเจ้าอยู่หัวมีพระราชโองการมานพระบัณฑูรสุรสิงหนาท คำรัสตริสแก่ขุนหลวงสพทาแลมุขมนตรีทั้งหลายว่า ที่ในแคว้นแคว้นกรุงเทพมหานครศรีอยุธยามหาดิลกนพรัตน์ราชธานีบุรีรัมย์เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่ จะได้เป็นที่ราษฎรมิได้ แลมีพิพาทแก่กันดังนี้ เพราะมันอยู่แล้วมันละที่บ้านที่สวนมันเสีย แลมีผู้หนึ่งเข้ามาอยู่แลล้อมทำเอาปลูกสร้างอยู่ให้เป็นสิทธิแก่มัน อนึ่ง ถ้าที่นั้นมันมิได้ละเสีย แลมันล้อมทำไว้เป็นค้ำนบ แต่มันหากไปราชการกิจสุขทุกข์ประการใด ๆ ก็ดี มันกลับมาแล้วมันจะเข้ามาอยู่เล่าไซ้ให้กินให้มันอยู่ เพราะมันมิได้ซัดที่นั้นเสีย ถ้ามันซัดที่เสียช้านานถึง 9 ปี 10 ปีไซ้ ให้แขวงจัดให้ราษฎรซึ่งหาที่มิได้นั้นอยู่อย่าให้ที่นั้นเปล่าเป็นทำเนเสีย อนึ่ง ถ้าที่นั้นมันปลูกต้นไม้อันมีผลไว้ ให้ผู้อยู่ให้ค้ำนบมันนั้น ถ้ามันพุนเป็นโลกไว้ให้บำเน็จซึ่งมันพุนนั้น โดยควร (ส่วนที่นั้นมิให้ซื้อขายแก่กันเลย)...”

การที่สมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 พระเจ้าอยู่ทอง มีพระบรมราชวินิจฉัยว่า เมื่อเจ้าของที่ดินตายลง ที่ดินถือว่าเป็นที่ว่าง ใคร ๆ เข้าครอบครองทำต่อไปได้เป็นเจ้าของ ทายาทไม่มีสิทธิเรียกหาที่ดินในฐานะผู้รับมรดก ก็เพื่อตัดความยุ่งยากในเรื่องคดีความ เพราะโดยปกติเจ้าของมักทำประโยชน์ในที่ดินร่วมไปกับลูกหลานญาติพี่น้อง หากทำแต่คนเดียวไม่ ดังนั้น เพื่อผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวตายลง ที่ดินนั้นมักตกแก่ทายาทผู้รับภาระเป็นหัวหน้าครอบครัวต่อไป ทายาทจึงได้สิทธิในที่ดินนั้น ถ้าไม่ใช่โดยทางมรดก ก็โดยทางเข้าครอบครอง และหากจะถือตามพระบรมราชวินิจฉัยโดยเคร่งครัด ก็จะเป็นการขัดกับนโยบายของพระมหากษัตริย์ในสมัยกรุงศรีอยุธยาที่ส่งเสริมการไถ่สร้างถางพงอย่าให้ที่ดินรกร้างไร้ประโยชน์ และเป็นธรรมชาติของมนุษย์ในเมื่อผู้ใดได้สร้างโภคทรัพย์ด้วยกำลังแรงงานและทุนของตนแล้ว ผู้นั้นก็ประสงค์จะให้ทรัพย์ตกเป็นของลูกหลานสืบไป (ร.แลงคาส์, 2526, หน้า 364)

กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 45 เป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า เมื่อเจ้าของที่ดินผู้เฝ้าถางตายลง ก็มีการยอมรับรองให้ทายาทบุตรหลานสืบมรดกตกทอดต่อกันไป ดังบัญญัติว่า

“หัวป่าแลที่มีเจ้าของสืบสร้าง แลผู้นั้นตาย ได้แก่ลูกหลาน ถ้าแลผู้ใดไปเฝ้าถางเอาเอง ท่านว่าคนผู้นั้นบังอาจให้ใหม่ลาหนึ่งเป็นสินไหมกึ่งพิไนยกึ่ง คินที่นั้นให้แก่พี่น้องลูกหลานมัน”

ต่อมาในแผ่นดินพระเอกาทศรถ ทรงบัญญัติกฎหมายลักษณะมรดกขึ้นในปี พ.ศ.2155 หรือที่เรียกว่า พระอัยการลักษณะมรดก ได้บัญญัติถึงการแบ่งมรดกและการทำพินัยกรรม ข้อสังเกตการแบ่งมรดกตามกฎหมายลักษณะมรดก บัญญัติให้สมุหมรดกคือบุคคลผู้ได้รับแต่งตั้งให้มีอำนาจ

ตั้งทายาทของผู้ตายให้ทำบัญชีทรัพย์สินมรดกบุคคลผู้มีฐานะดี และมีหน้าที่นำความกราบบังคับทูลพร้อมด้วยบัญชีทรัพย์สินนั้น เพื่อรับสนองพระบรมราชโองการเกี่ยวกับการจัดแบ่ง ในสมัยนั้นบุคคลผู้จะมีทรัพย์สินมรดกมาก ๆ อย่างนี้ จะเป็นขุนนางผู้มีบรรดาศักดิ์หรือเศรษฐีคหบดี กฎหมายบัญญัติการแบ่งอย่างนี้สำหรับบุคคลประเภทนั้น ไม่ใช่จะใช้ทั่วไปแก่ทุกคน สมุหมรดกมีอำนาจหน้าที่พิจารณาทำความเข้าใจว่า มรดกรายใดควรหรือไม่ควรจัดการสถานใด ตลอดจนกำหนดส่วนแบ่งอย่างไร ไปด้วยเสร็จเรียบร้อย ถ้ารายใดไม่มีทรัพย์สินมรดกอันเป็นจำนวนควรจะทำก็ไม่ต้องทำ (หลวงสุทธีวาทนฤพฒติ, 2516, หน้า 142-144)

กฎหมายนี้ได้ใช้บังคับตลอดมาจนถึง พ.ศ.2466 มีพระราชบัญญัติเพิ่มเติมลักษณะมรดกร.ศ.121 แก้ไขบทบัญญัติในลักษณะมรดกให้ทันสมัยขึ้น และถูกยกเลิกไปเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6

การบริหารจัดการเรื่องที่ดินในสมัยกรุงศรีอยุธยา ยังไม่มีหนังสือสำคัญใดที่เป็นหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ส่วนใหญ่หนังสือสำคัญที่ทางการออกให้แก่เจ้าของที่ดิน เป็นหมายสำหรับเก็บภาษีอากรทั้งสิ้น การเก็บภาษีอากรที่ดินมีอยู่ 2 อย่างคือ อากรหางข้าว กับอากรสวนใหญ่ โดยในการเรียกเก็บอากรค่านาและค่าสวน เจ้าพนักงานจะออกหนังสือสำคัญฉบับหนึ่งให้เจ้าของ เรียกว่า “โฉนด” คำว่าโฉนดเป็นภาษาเขมร แปลว่าหนังสือ แต่โฉนดนี้ไม่ได้เป็นหนังสือแสดงสิทธิสำหรับที่แต่ประการใด (ร.แสงกาต์, 2483, หน้า 32, 37) ดังนั้น การโอนมรดกที่ดินในสมัยกรุงศรีอยุธยา ยังเป็นการโอนมรดกไปโดยวิธีการเข้าครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินสืบต่อไป

3. สมัยกรุงรัตนโกสินทร์

ประวัติความเป็นมาของการรับมรดกในที่ดินและการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์แบ่งออกได้เป็น 2 ยุค ได้แก่ ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายที่ดิน และยุคหลังมีประมวลกฎหมายที่ดิน ดังนี้

3.1 ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายที่ดิน

สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น การบริหารราชการในส่วนของที่ดินคงยึดหลักการตามกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ (กรมที่ดิน, 2543 ข, หน้า 16) กล่าวคือ ที่ดินในราชอาณาจักรไทยสมัยนี้ ราษฎรสามารถมีสิทธิถือครอบครองได้ และทางการก็ออกหนังสือสำคัญรับรองสิทธิให้ด้วย โดยปรากฏว่ามีการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินให้เป็นหลักฐานแล้ว หนังสือที่ออกให้ในชั้นนี้มีไว้เพื่อประโยชน์ในทางทะเบียนที่ดิน แต่ออกให้เพื่อความสะดวกในการที่เจ้าพนักงานจะเก็บภาษีอากรเท่านั้น หนังสือสำคัญดังกล่าว มี 4 ชนิด คือ

1. โฉนดสวน เป็นหนังสือสำคัญสำหรับที่สวนใหญ่ ที่ปลูกต้นไม้ยืนต้นมีอายุตั้งแต่ 3 ปีขึ้นไป
2. โฉนดป่า เป็นหนังสือสำคัญสำหรับที่สวนที่ปลูกพืชไม้ล้มลุก เช่น สวนจาก อ้อย
3. โฉนดตราแดง เป็นหนังสือสำคัญสำหรับที่นา
4. หนังสือสำคัญสำหรับที่บ้าน ออกโดยกระทรวงนครบาล (อมรฯ สาขากร, 2525, หน้า 7)

ต่อมาถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 มีปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดินขึ้นสู่ศาลบ่อย เนื่องจากผลของการจัดระเบียบที่ดิน เน้นหนักไปในทางแง่สำรวจตรวจเก็บภาษีอากรเกี่ยวกับที่ดิน โดยเจ้าหน้าที่ผู้เก็บภาษีอากรออกหนังสือสำคัญให้เจ้าของที่ดินยึดถือไว้นั้น ไม่อาจจะรับข้อพิพาทโต้แย้งในปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ได้ เพราะหนังสือสำคัญของเจ้าพนักงานภาษีอากรมีข้อความไม่กระจ่างว่าผู้ใดมีสิทธิอยู่ในที่ดินเพียงใดอย่างไร ส่วนมากมักจะระบุแต่ว่าได้ทำเอาสิน ปลูกผลพืชพันธุ์อะไรอันควรเรียกเก็บอากรได้บ้าง จึงไม่เป็นหลักฐานพอที่จะใช้สืบย้อนสิทธิกันระหว่างคู่พิพาทได้ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงประสบถึงความเดือดร้อนของราษฎรในกรณีพิพาทเรื่องที่ดินดังกล่าว จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้จัดตั้งกระทรวงเกษตรพาณิชย์การ (เดิมคือ กรมนา แต่ได้ยกฐานะขึ้นเป็นกระทรวง) จัดดำเนินงานในเรื่องสิทธิในที่ดินให้รัดกุมขึ้น แต่การที่จะสร้างหลักฐานเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินให้เห็นได้ชัดเจนลงไปนั้น โฉนดจะต้องมีการทำแผนที่ระวางรายละเอียด เรียกว่า “คาดัสตรัลเซอร์เวย์” (Cadastral survey) ซึ่งเวลานั้นยังจะจัดให้ลุล่วงไปโดยเร็วมิได้ เพราะช่างแผนที่มีอยู่น้อย การทำหลักฐานเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินจึงยังชะงักอยู่ (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 18)

ต่อมากระทรวงเกษตรพาณิชย์การยุบเลิกไป พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้สถาปนากระทรวงเกษตรธิการขึ้นใหม่ โปรดเกล้าฯ ให้พระยาเทเวศรวงศ์วิวัฒน์ (ตำแหน่งในขณะนั้น) มาดำรงตำแหน่งเสนาบดี เมื่อวันที่ 2 กันยายน ร.ศ.118 (พ.ศ.2442) การทำทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินก็ได้เริ่มขึ้นอย่างจริงจังและรีบด่วน ด้วยทรงพระราชดำริเห็นว่าที่ดินมีราคาแพงขึ้นกว่าแต่ก่อนมาก ย่อมเป็นเหตุให้ราษฎรมีคดีพิพาทกันด้วยเรื่องที่ดินชุกชุมขึ้น สมควรจัดระเบียบสิ่งสำคัญอันเป็นหลักฐานสำหรับที่ดินให้มีสิ่งหมายเขตที่ดินนั้น ๆ ให้มั่นคงยิ่งขึ้นตามกาลสมัย (กรมที่ดิน, 2543 ข, หน้า 16-17)

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงโปรดเกล้าฯ ประกาศพระบรมราชโองการลงวันที่ 3 พฤษภาคม ร.ศ.120 (พ.ศ.2444) ให้พระยาอาหารบริรักษ์ (ฝั่ง ชูโต) เมื่อครั้งมีบรรดาศักดิ์เป็นพระยา

ประชาธิปไตย เป็นข้าหลวงพิเศษจัดการที่ดิน โดยให้อยู่ในบังคับของเทศาภิบาลมณฑลกรุงเก่า ออกไปดำเนินการออกโฉนดที่ดิน และทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ตั้งศาลขึ้นด้วยพร้อมกัน เรียกว่า ศาลเกษตร สำหรับเป็นเครื่องมือชำระคดีเรื่องที่ดินในเขตที่จะออกโฉนดแผนที่อย่างใหม่และเขตที่ ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ไปออกโฉนดแผนที่อย่างใหม่ขั้นต้นคือท้องที่ที่สืบได้ตั้งแต่แยกบาง ไทรขึ้นไปตามฝั่งแม่น้ำเจ้าพระยาทิศตะวันตก และตามฝั่งแม่น้ำแควอ่างทองทิศตะวันออกไป จนถึงคลองตะเคียนเป็นที่สุดฝ่ายเหนือ มีหน้าที่ทำการทั้งธุรกิจและตุลาการ

พระยาประชาธิปไตย (ฝั่ง ชูโต) เมื่อได้รับเป็นข้าหลวงพิเศษจัดการที่ดินตาม ประกาศกระแสพระบรมราชโองการแล้ว ท่านคิดวางโครงการและแบบแผนขึ้นใหม่คือ ถิ่นโฉนด เป็นหลักของทะเบียน การส่งมอบต่อกรรมสิทธิ์ด้วยการสลักหลังโฉนด หรือที่เรียกว่า “ระบบทอ เรนส์” (Torrens System) ปรากฏตามคำชี้แจงประกอบของพระยาประชาธิปไตย (ฝั่ง ชูโต) ที่ เสนอร่างแบบโฉนดและร่างการทำทะเบียนและการจดทะเบียนเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ร.ศ.120 (พ.ศ. 2444)

“ระเบียบที่จะจัดการเรื่องที่ดินโดยออกโฉนดให้ นั้น ได้คิดด้วยเกล้าฯ ไว้นานแล้ว แต่ ครั้งทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้เป็นปลัดทูลฉลองกระทรวงเกษตรพาณิชย์การและต่อ ๆ มาด้วย เพราะการเรื่องนี้ย่อมมีนิสัยชอบมาแล้วแต่เดิม แต่ความคิมนั้นไม่มีอย่างใด นอกจากเห็นด้วยเกล้าฯ ว่าทำโฉนดขึ้นไว้เป็นหลักสำหรับกระทรวงฉบับหนึ่ง ทำให้แก่ราษฎรไปถือไว้เป็นคู่มือสำหรับ แสดงสิทธิ์ว่าตนเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินอีกฉบับหนึ่ง”

“ครั้งนี้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้เป็นข้าหลวงเกษตรออกมาทำการฉลองพระเดช พระคุณในการหมายเขตที่ดินและออกตราจองสำหรับที่ดินในแขวงกรุงเก่า จึงกลับหวนคิดถึง ความคิดเดิมซึ่งได้คิดมาแล้วและวิธีอื่น ๆ อีกหลายอย่างเทียบเคียงกันดู แต่ก็ไม่เห็นวิธีใดที่จะดีกว่า วิธีถือโฉนดไว้เป็นหลัก และการส่งต่อให้สลักหลังโฉนดนั้น แต่ถึงดั่งนั้นก็มีความคิดส่วนบุคคล จะถือเอาเป็นแนวว่าทีเดียวโดยยังไม่ได้ลงมือทำนั้นไม่ได้ จึงได้ค้นดูหนังสือเรื่องที่ดินในเสตทเซท เดลเมินท์ พบรายงานของแมกส์เวลส์ข้าหลวงที่ดินยื่นต่อท่านผู้ว่าราชการเมืองสิงคโปร์ ลงวันที่ 9 เมษายน ร.ศ.120 กล่าวถึงการที่ได้ตรวจการที่ดินซึ่งได้จัดในประเทศออสเตรเลีย ทั้งได้ยกย่องวิธี จัดระเบียบที่ดินของ เซอร์โรเบิร์ต ทอร์เรนส์มากและวิธีนั้นก็ถือเอาโฉนดซึ่งเป็นหลักของทะเบียน การส่งต่อกรรมสิทธิ์ก็จดทะเบียนในหลังโฉนดเช่นเดียวกันกับของเราซึ่งได้ใช้อยู่บ้างแล้วในโฉนด สวนเท่านั้น แต่ฝ่ายข้างของเราทำหยาบและทำไม่ตลอด เมื่อได้เห็นรายงานซึ่งเขากล่าวมานั้นว่าได้ จัดเรียบร้อยดีกว่าเมืองอื่น ๆ ทั้งหมด ดั่งนี้ ความเชื่อแนกก็ยังทวีขึ้นอีกได้ปรึกษากับมิสเตอร์ลิน

เจ้ากรมแผนที่ก็เห็นดีด้วยแล้ว เพราะฉะนั้นจึงได้ส่งร่างแบบโฉนดและทะเบียนสำหรับส่งต่อกรรมสิทธิ์นี้ขึ้น”

เนื่องจากยังไม่มียกกฎหมายเป็นหลักในการออกโฉนดที่ดินโดยชัดแจ้ง จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ออกประกาศพระบรมราชโองการลงวันที่ 15 กันยายน ร.ศ.120 (ประกาศออกโฉนดมณฑลกรุงเก่า ร.ศ.120 พ.ศ.2444) วางระเบียบการเรื่องโฉนดที่ดินไว้โดยแน่ชัด ประกาศพระบรมราชโองการฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการจัดทำทะเบียนที่ดินและสิทธิของผู้เป็นเจ้าของที่ดินอย่างสมัยใหม่ ซึ่งแผนที่ระวางรายละเอียดอันอาจจะชี้ได้ว่าที่ดินแต่ละแปลง อันอาจออกโฉนดได้ว่าตั้งอยู่ที่ไหน เนื้อที่เท่าใด ใครเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินในทะเบียน (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 25-27)

ตามประกาศออกโฉนดที่ดินดังกล่าว ได้ระบุข้อความแสดงความหมายของโฉนดที่ดิน วิธีการดำเนินการออกโฉนดที่ดิน กรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินผู้ได้รับโฉนด และการแก้ทะเบียนโฉนดที่ดิน โดยข้อกำหนดว่าด้วยการแก้ทะเบียนโฉนด ข้อ 12 ได้กำหนดให้ผู้รับมรดกที่ดินต้องนำโฉนดมาให้เจ้าพนักงานทะเบียนสอบแก้ทะเบียนตามข้อบังคับด้วย ความตามประกาศ (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 32-34) มีดังนี้

ว่าด้วยโฉนดที่ดิน

ข้อ 1 หนังสือโฉนดที่ดินที่จะได้ออกให้แก่เจ้าของที่ดินตามประกาศนี้เป็นหนังสือพิมพ์แบบหลวงบอกชื่อแลตำแหน่งเจ้าพนักงานออกโฉนด ซึ่งวงษ์ตระกูลที่อยู่ของผู้รับโฉนดตำแหน่งแห่งที่ดินเลขนาครที่ดินที่ซึ่งจดเขตทั้งสี่ทิศ แลจำลองรูปแผนที่ดินแปลงนั้นลงไว้ในโฉนดด้วยเป็นสำคัญในท้ายโฉนดที่ตารางสำหรับจดหมายเหตุแลสำคัญในการแก้ทะเบียนที่ดินนั้นไป ภายหน้าด้วย

ข้อ 2 โฉนดที่ดินซึ่งออกให้แก่เจ้าของที่ดินตามประกาศนี้ ที่ดินอยู่ในเขตเมืองใดต้องเซ็นชื่อแลประทับตราตำแหน่งผู้บัญชาการเมืองนั้น 1 เจ้าพนักงานเกษตรราชการเมืองนั้น 1 นายอำเภอผู้ปกครองท้องที่ซึ่งที่ดินแปลงนั้นอยู่ในนั้น 1 จึงเป็นโฉนดอันได้ทำโดยชอบ

ข้อ 3 โฉนดที่ดินตามประกาศนี้ให้ทำเป็น 2 ฉบับอย่างเดียวกัน มอบให้เจ้าของที่ดินไปรักษาไว้ฉบับ 1 เป็นของหลวงเก็บไว้ในหอทะเบียนที่ดินฉบับ 1

ข้อ 4 โฉนดที่ดินของผู้ใดเป็นอันตราหายเสียประการใด เมื่อเจ้าของโฉนดได้ทำคำตราสินตามกฎหมายแล้ว ก็รับใบแทนโฉนดได้ แลใบแทนโฉนดนั้นต้องเซ็นชื่อประทับตราตำแหน่งเจ้าพนักงาน ตามความที่ว่ามีมาในข้อ 2 จึงใช้ได้ ตั้งแต่ได้ออกใบแทนโฉนดไปแล้ว โฉนดเดิมเป็นใช้ไม่ได้ต่อไป

ข้อ 5 เมื่อได้ลงมือจัดการตามประกาศนี้เมื่อใด ให้เสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการ จัดตั้งหอทะเบียนขึ้นไว้สำหรับเก็บรักษาทะเบียนที่ดินในเมืองนั้น ๆ ให้ตั้งกรรมการตำแหน่งเกษตรธิการไว้ประจำทำการเกษตรแลให้ตั้งเจ้าพนักงานทะเบียนไว้ประจำทำการทะเบียนทุกเมืองและให้มีพนักงานรังวัดแผนที่ แลพนักงานกองทะเบียนตามสมควรแก่ราชการ

ข้อ 6 ในการออกโฉนดที่ดินตามประกาศนี้ถ้าที่ดินมีตราแดงหรือใบจอง หรือนำโฉนดของเดิมอยู่แล้ว ให้เรียกแต่ค่ากระดาษทำโฉนด ค่าเขียน แลค่าตราตามกำหนด ไม่ต้องเรียกค่าจอง เว้นแต่ถ้าถ้ารังวัดที่ดิน ได้เกินตราแดง หรือใบจอง หรือนำโฉนดของเดิมออกไปเท่าใด จึงให้เรียกค่าจองเท่าเนื้อที่ดินที่เกินนั้น ที่ดินซึ่งยังไม่มีหนังสือสำคัญดังกล่าวมาแล้ว จึงให้เรียกค่าจองตามอัตราคือไร่ละ 16 อัฐ เศษงานละ 4 อัฐ เศษค้างงานเรียกเสมองาน 1

ว่าด้วยกรรมสิทธิ์ที่ดิน

ข้อ 7 ที่ดินซึ่งได้ออกโฉนดตามประกาศนี้ ให้เจ้าของมีกรรมสิทธิ์เหมือนอย่างนาคู่โลก คือต้องเสียค่าที่หรือค่านาแก่รัฐบาลทุก ๆ ปี

ข้อ 8 ไม่ให้ถือว่ากรรมสิทธิ์ที่ได้เข้ามาในข้อ 7 เป็นเหตุที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์นั้นจะพ้นจากความรับผิดชอบแลความจำเป็นจะต้องประพฤติตามพระราชกำหนดกฎหมาย ซึ่งบังคับในการที่ดิน คือ ในการเก็บภาษีอากร แลการที่รัฐบาลจะต้องการที่เพื่อราชการ หรือเพื่อสาธารณประโยชน์เป็นต้น

ข้อ 9 คนในบังคับต่างประเทศ เมื่อได้รับพระราชทานใบพระบรมราชานุญาตพิเศษให้ถือโฉนดฉบับใด ก็มีอำนาจแลหน้าที่เหมือนกับคนในบังคับไทย ที่ถือโฉนดนั้นทุกประการ

ข้อ 10 ต่อไปบรรดาคดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ที่ดินได้ออกโฉนดตามประกาศนี้ เมื่อศาลได้พิพากษาประการใดให้ศาลมีจดหมายแจ้งต่อเจ้าพนักงานทะเบียนสำหรับที่ดินนั้นให้ทราบ ว่า ที่ดินตามโฉนดนั้น ๆ ได้พิพากษาให้เป็นของใครหรือให้แบ่งกันอย่างไร ถ้าหากว่าศาลมิได้มีจดหมายตามความที่ได้เข้ามาในข้อนี้ ก็ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องรับประโยชน์อย่างใดในคำพิพากษานั้นมีอำนาจที่จะทำคำขอต่อศาล ให้แจ้งความแก่เจ้าพนักงานทะเบียนตามประกาศนี้

ข้อ 11 ถ้าผู้ใดจะเวนคืนที่ดิน ให้นำโฉนดที่ดินมาส่งต่อเจ้าพนักงานเกษตรธิการประจำเมืองนั้น

ว่าด้วยแก่ทะเบียนโฉนด

ข้อ 12 ผู้ใดได้รับประโยชน์เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ดิน ซึ่งได้รับโฉนดตามประกาศนี้ คือ โดยการซื้อขายให้ปันแลกเปลี่ยนรับมรดกเช่าถือ จำนำหรือ ใถ่ถอน เป็นต้น ต้องนำโฉนดมาให้เจ้าพนักงานทะเบียนสอบแก่ทะเบียนตามข้อบังคับแล้ว จึงเปนอันได้กระทำการนั้น โดยถูกต้องด้วย

กฎหมาย มิฉะนั้นอย่าให้ถือว่า ได้ให้อำนาจอย่างไรแก่กันเป็นอันขาด เว้นไว้แต่ในการเช่าถือ อันมีกำหนดไม่เกิน 3 ปี จึงไม่จำเป็นจะต้องแก้ทะเบียน

ข้อ 13 ในการแก้ทะเบียนด้วยประเภทการต่าง ๆ ดังว่ามาในข้อ 12 นั้น อย่างไรก็ดี จะต้องทำหนังสือบริคณห์สัญญาตามกฎหมาย ให้เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานทะเบียนสำหรับที่ดินนั้น ทำหนังสือบริคณห์สัญญาอย่างนั้น ๆ ห้ามมิให้อำเภอทำต่อไป

ข้อ 14 ที่วางอันมีอยู่ในจังหวัดท้องที่ซึ่งได้ออกโฉนดตามประกาศนี้ ถ้าผู้ใดจะขอถือที่ดินซึ่งวางนั้นต่อเมื่อผู้นั้นได้รับโฉนดอย่างนี้แล้ว จึงจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นตามกฎหมาย

ข้อ 15 ให้เสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการมีอำนาจที่จะตั้งกฎเสนาบดีเป็นข้อบังคับในวิธีที่จะขอถือที่ดิน แลวิธีที่จะพึงกระทำในการแก้ทะเบียนโฉนดตามประกาศนี้ แลให้มีอำนาจที่จะกำหนดค่าธรรมเนียมสำหรับการนั้น ๆ ได้ เมื่อได้ประกาศกฎเสนาบดีในหนังสือราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็ให้กฎนั้นเหมือนเป็นส่วน 1 ในพระราชบัญญัติ

ต่อมาเสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการได้ออกกฎเสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการ รัตนโกสินทรศก 120 ว่าด้วยวิธีแก้ทะเบียนโฉนดซึ่งได้ออกโฉนดที่ดินอย่างใหม่และวิธีจองที่ดินในท้องที่ ฉบับลงวันที่ 17 กันยายน ร.ศ.120 (พ.ศ.2444) ได้กำหนดวิธีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนที่ดินไว้ 2 ประเภท คือ

1. ประเภทโอนทะเบียน หมายความว่า การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ ซึ่งขาดจากเดิมตามกฎหมาย ได้แก่ ขาย ให้ และรับมรดก เป็นต้น
2. ประเภทแก้ทะเบียน หมายความว่า การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ซึ่งไม่ขาดจากเดิม ได้แก่ จำนำ ขายฝากและเช่า เป็นต้น

วิธีการเปลี่ยนแปลงแก้ทะเบียนทั้งสองประเภทนี้มีหลักสำคัญคือ ต้องแก้ทะเบียนในโฉนดทั้งสองฉบับเจ้าของที่ดินและฉบับหออทะเบียน ทั้งแก้ไขในสารบัญชารายชื่อ กับสารบัญชที่ดินด้วย (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 113)

สำหรับวิธีการรับมรดกที่ดิน ได้กำหนดไว้ในกฎเสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการ รัตนโกสินทรศก 120 ฉบับลงวันที่ 17 กันยายน ร.ศ.120 (พ.ศ.2444) หมวดที่ 4 ว่าด้วยรับมรดกที่ดิน (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 37) ดังนี้

ข้อ 12 ผู้ใดได้รับมรดกที่ดินแปลงใด ให้ทำเรื่องราวขอโอนโฉนดยื่นต่อเจ้าพนักงานทะเบียนสำหรับที่ดินนั้น ให้เจ้าพนักงานทะเบียนปิดประกาศโฆษณาการคำขอนั้น ไว้ในที่เปิดเผยในบริเวณหออทะเบียนให้มหาชนทราบ ถ้าได้ปิดประกาศโฆษณาการได้ 30 วัน ไม่มีใครโต้แย้ง ก็ให้บอกผู้ยื่นเรื่องราวให้นำโฉนดมา แลจัดการโอนให้ผู้นั้นตามคำขอ ถ้าหากว่าในระหว่างประกาศ

โฆษณาการมีผู้มาขึ้นคำร้องโต้แย้งก็ให้เจ้าพนักงานทะเบียนบอกให้ไปฟ้องร้องว่ากล่าวกันตามกบิลเมือง แลรอกการโอนโฉนดไว้จนกว่าคดีเรื่องนั้นจะได้พิพากษาเด็ดขาด แล้วจึงโอนโฉนดไปตามคำพิพากษา

ข้อ 13 ถ้าผู้รับมรดกหลายคน จะเข้าชื้อกันเป็นเจ้าของที่แปลงเดียว เมื่อได้กระทำถูกต้องตามว่ามาในข้อ 12 แล้ว ก็ให้โอนโฉนดที่ดินเป็นชื่อหลายคนในที่ดินแปลงเดียวได้

จึงถือได้ว่า การจดทะเบียนโอนมรดกที่ดินหรือการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดกได้เริ่มมีขึ้นครั้งแรก ตามความในประกาศกระแสพระบรมราชโองการ เรื่องออกโฉนดที่ดิน ลงวันที่ 15 กันยายน ร.ศ.120 (พ.ศ.2444) ที่กำหนดให้ผู้รับมรดกที่ดินต้องนำโฉนดมาให้เจ้าพนักงานทะเบียนสอบแก้ทะเบียนตามข้อบังคับด้วย

การดำเนินการออกโฉนดแผนที่ให้แก่ราษฎร เป็นไปด้วยความล่าช้า ทางราชการจึงออกหนังสือสำคัญมีชื่อเรียกว่า “ตราจองชั่วคราว” ออกตามพระราชบัญญัติตราจอง และต่อมายังออกหนังสือสำคัญอีกชนิดหนึ่ง เรียกว่า ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” การออกหนังสือสำคัญมีหลายชนิด ทำให้กฎหมายที่ดินซึ่งใช้อยู่ในขณะนั้นกระจัดกระจาย ไม่สะดวกแก่การปฏิบัติ เสนากระทรวงเกษตราธิการ ได้ทูลเชิญขอให้พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งในสมัยนั้นดำรงตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมช่วยเหลือในการร่างพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินเสียใหม่ ซึ่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ต่อมาได้พระราชทานพระราชราชนุญาตให้ประกาศเป็นพระราชบัญญัติ เรียกว่าพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ซึ่งถือว่าเป็นพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับแรก กฎหมายฉบับนี้รวบรวมประกาศต่าง ๆ เกี่ยวกับที่ดินไว้ในที่เดียวกัน นอกจากนี้ได้กำหนดวิธีการรังวัดที่ดิน วิธีออกโฉนดที่ดินและการโอนที่ดินหรือการจดทะเบียนที่ดินนั่นเอง ถือได้ว่าเป็นกฎหมายหลักฉบับแรกในเรื่องการจัดทำทะเบียนที่ดินที่ออกโฉนด อันเป็นการแสดงกรรมสิทธิ์ให้กับเอกชน (อมรา สาขากร, 2525, หน้า 11) โดยมีมาตรา 39 เป็นมาตราหลักในการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของในที่ดิน รวมถึงการเปลี่ยนแปลงวิธีการแสดงออกจากการครอบครองมาเป็นการแสดงออกโดยทางทะเบียน กล่าวคือ กำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนลงในโฉนดที่ดินด้วย

มาตรา 39 บัญญัติว่า “ผู้ได้รับประโยชน์เกี่ยวข้อด้วยเรื่องที่ดินซึ่งได้รับโฉนดตามพระราชบัญญัตินี้ คือ โดยการซื้อขาย ให้อ่าน แลกเปลี่ยน รับมรดก เช่าถือนำ หรือถ้อยถอน เป็นต้น ต้องนำโฉนดมาให้เจ้าพนักงานทะเบียนสอบแก้ทะเบียนตามข้อบังคับแล้วจึงเป็นอันได้กระทำการนั้น โดยถูกต้องตามกฎหมาย มิฉะนั้นอย่าให้ถือว่าได้ให้อ่านอย่างไรแก่กันเป็นอันขาด เว้นไว้แต่ในการเช่าถือนำมีกำหนดไม่เกิน 3 ปี จึงไม่จำต้องแก้ทะเบียน”

สาระสำคัญของมาตรา 39 นี้ ถือว่าเป็นการแสดงออกซึ่งสิทธิในที่ดินโดยทะเบียนอย่างเคร่งครัดและใช้อย่างกว้างขวางกับการเปลี่ยนแปลงทุก ๆ กรณี เช่น ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้รับมรดก เป็นต้น รวมไปถึงการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ซึ่งสิทธิในที่ดินในกรณีอื่น ๆ ก็ต้องมีการจดทะเบียนด้วย มิฉะนั้นต้องถือว่าไม่ได้ให้อำนาจอย่างไรกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้หลักการตามมาตรา 39 จะถือเป็นหลักการทางทะเบียนที่ดี แต่ก็มีข้อบกพร่องที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ

1. การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 39 หมายถึง การได้มาทุกประเภทซึ่งจะต้องมีการจดทะเบียนก่อนจึงจะได้กรรมสิทธิ์ ซึ่งไม่สอดคล้องกับความจริง เนื่องจากการได้มาโดยผลของกฎหมาย ถือว่าการได้มานั้นสมบูรณ์ทันที เช่น สิทธิของทายาทรับมรดก (ตามมาตรา 1599) หรือโดยพินัยกรรม (มาตรา 1603) เป็นสิทธิตามกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องจดทะเบียน ผู้ได้มาก็ได้กรรมสิทธิ์แต่ไม่สามารถโอนให้กับบุคคลภายนอกได้ เว้นแต่มีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน

2. กรณีบุคคลภายนอกได้อสังหาริมทรัพย์โดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และจดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว บุคคลดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ ได้รับการแก้ไขภายหลังการร่างมาตรา 1299 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และถือได้ว่ามาตรา 39 เป็นมาตราที่มีอิทธิพลต่อการร่างมาตรา 1299 ด้วย ซึ่งจะได้ศึกษาในลำดับถัดไป (สุภารัตน์ ภัทรานุรักษ์กุล, 2551, หน้า 50-51)

สำหรับบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการจดทะเบียนโอนมรดกที่ดินหรือการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก ตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 (พ.ศ. 2451) ได้บัญญัติไว้ในภาคที่ 4 กฎหมายที่ดินซึ่งมีโฉนดแผนที่ หมวดที่ 7 ว่าด้วยการรับมรดกที่ดิน (กรมที่ดิน, 2543 ค, หน้า 61) ดังนี้

มาตรา 52 ผู้ใดได้รับมรดกที่ดินแปลงใด ให้ทำเรื่องราวขอโอนโฉนดยื่นต่อเจ้าพนักงานทะเบียนสำหรับที่ดินนั้น ให้เจ้าพนักงานทะเบียนปิดประกาศโฆษณาการคำขอนั้นไว้ในที่เปิดเผยในบริเวณหอทะเบียน แลในที่ดินรายนั้นให้มหาชนทราบ ถ้าได้ปิดประกาศโฆษณาการได้ 30 วัน ไม่มีใครโต้แย้ง ก็ให้บอกผู้ยื่นเรื่องราวให้นำโฉนดมา แลจัดการโอนให้ผู้ยื่นตามคำขอ ถ้าหากว่าในระหว่างประกาศโฆษณาการมีผู้ยื่นคำร้องโต้แย้ง ก็ให้เจ้าพนักงานทะเบียนบอกให้ไปฟ้องร้องว่ากล่าวกันตามกระบิลเมืองภายใน 30 วัน แลรอการโอนโฉนดไว้จนสิ้นกำหนด 30 วันนั้น แม้ว่าไม่ได้ฟ้องร้องกันจึงให้โอนโฉนดไปตามที่ขอ แต่ถ้าฟ้องร้องกันแล้ว ก็ให้รอการโอนโฉนดไว้จนกว่าคดีเรื่องนั้นจะได้พิพากษาเด็ดขาด แลจึงโอนโฉนดไปตามคำพิพากษา

มาตรา 53 ถ้าผู้รับมรดกหลายคน จะเข้าชื่อกันเป็นเจ้าของที่แปลงเดียว เมื่อได้กระทำถูกต้องตามว่ามาในมาตรา 52 แล้ว ก็ให้โอนโฉนดที่ดินให้เป็นชื่อหลายคนในที่ดินแปลงเดียวได้

ต่อมามีการออกกฎหมายตราที่ 17 ว่าด้วยเรื่องแก้ทะเบียนชื่อใน โฉนดแผนที่โดยได้รับมรดก ฉบับลงวันที่ 14 กันยายน พ.ศ.2459 ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนโอนมรดก ตามมาตรา 52-53 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 (พ.ศ. 2451) (กรมที่ดิน, 2543 ค, หน้า 111-113) ดังนี้

มรดกที่มีพินัยกรรม

ข้อ 1 ผู้ใดมาขอลงชื่อตนเองในโฉนด โดยอ้างว่าได้รับมรดกมีพินัยกรรมเป็นสำคัญแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่ดินเรียกพินัยกรรมมาดู เมื่อปรากฏว่าเป็นผู้มีส่วนได้ในมรดกแล้วก็ให้ประกาศมรดกตามเคย

ข้อ 2 ถ้าผู้นั้นไม่สามารถนำพินัยกรรมและโฉนดมาได้ โดยอ้างว่าอยู่กับผู้อื่น ก็ให้เจ้าพนักงานที่ดินเรียกโฉนดและพินัยกรรมมาดูตามอำนาจที่มีอยู่ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดฉบับที่ 2 เมื่อเจ้าพนักงานที่ดินได้โฉนดกับพินัยกรรมมาดูแล้ว ให้นำผู้ที่ควรได้รับมรดกตามพินัยกรรมนั้นมาพร้อมกัน เมื่อตกลงกันแล้วก็ให้ประกาศตามเคยและแก้ทะเบียนตามควร

ข้อ 3 ถ้าไม่ตกลงกันด้วยประการใด ๆ ก็ให้เจ้าพนักงานสั่งให้ผู้โต้แย้งพินัยกรรมนั้นไปเป็นโจทก์ภายในกำหนดเวลาในพระราชบัญญัติ (คือ มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดฉบับที่ 1 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติฉบับที่ 2) และออกประกาศมรดกพร้อมกันไปด้วย เพื่อผู้อื่นที่ไม่ได้มาประชุมจะได้ทราบเรื่องไว้ด้วย ถ้าไม่ได้ฟ้องร้องกันจนพ้นกำหนดก็จะให้เจ้าพนักงานแก้ทะเบียนให้อีกฝ่ายหนึ่งไป

ข้อ 4 ถ้าผู้ที่ได้โฉนดไว้ ไม่นำโฉนดมาให้เจ้าพนักงานดู ให้เจ้าพนักงานบอกไปยังอัยการให้ฟ้องเอาโทษตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดฉบับที่ 2

ถ้าเจ้าพนักงานไม่ได้พินัยกรรมมาดูแล้ว ก็เป็นหน้าที่ของผู้ที่อ้างถึงพินัยกรรมนั้นจะต้องชวนขวายสืบหาพินัยกรรมมาให้ดูด้วยประการใดประการหนึ่งแล้วแต่เขาจะเห็นสมควร เช่น เขาจะไปฟ้องร้องในศาล เป็นต้น และในเวลาที่ยังหาพินัยกรรมไม่ได้เห็นพินัยกรรมแล้ว เจ้าพนักงานต้องถือว่าเหมือนหนึ่งเป็นมรดกไม่มีพินัยกรรม

ข้อ 5 ถ้าในพินัยกรรม ผู้มรดกบางชื่อคนให้เป็นผู้จัดการแบ่งแยกมรดก (เอ็กเซคิวเตอร์) แล้ว ผู้จัดการแบ่งแยกมรดกนี้มีอำนาจที่จะขอให้ลงชื่อตนเองในโฉนดได้ เพื่อผู้แบ่งแยกมรดกนั้น จะได้โอนให้ผู้ที่จะได้รับมรดกต่อไปในเบื้องหน้า หรือผู้จัดแบ่งมรดกจะขอให้โอนชื่อตรงไปยังผู้ที่ได้รับมรดกนั้นก็ได้ แต่ควรให้มีลายลักษณ์อักษรไว้เป็นสำคัญ ถ้าจะต้องจดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดกในโฉนดแล้ว ให้ใส่ชื่อผู้นั้นและต่อชื่อผู้นั้น ไปให้ลงว่า “ในหน้าที่ผู้จัดการแบ่งมรดกของผู้นั้น ๆ”

มรดกไม่มีพินัยกรรม

ข้อ 6 ถ้าผู้ใดมาลงชื่อในโฉนดและทะเบียน โดยอ้างว่าได้รับมรดกมาจากเจ้าของโฉนดเดิมแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่ดินถามว่าผู้นั้นเป็นญาติกันประเภทใด และให้เจ้าพนักงานที่ดินจำว่าเป็นวิธีแบ่งมรดกนั้น กฎหมายแบ่งเป็นภาค และในภาคหนึ่ง ๆ ญาติที่จะได้รับมรดกได้นั้นคือญาติที่ใกล้ชิด ตัดอำนาจญาติที่ไกลเป็นชั้น ๆ เมื่อเจ้าพนักงานระลึกถึงกฎหมายส่วนนี้ได้แล้ว ก็จะรู้ว่าผู้ใดควรได้รับมรดกและผู้ใดไม่ควรได้รับมรดก

ข้อ 7 ถ้าผู้ที่มาขอแก้ทะเบียนไม่ได้เป็นญาติหรือเป็นคู่สมรสหรือญาติของคู่สมรสผู้ตายแล้ว และไม่มีโฉนดนำมาให้ดูด้วย เจ้าพนักงานไม่ต้องทำอะไร แต่ถ้ามีโฉนดนำมาให้ดูแล้ว ให้ประกาศมรดก เพื่อให้ญาติมีตัวมายังหอทะเบียนเจ้าพนักงานจะได้ไต่สวนให้รู้ว่าใครเป็นผู้รับมรดก ถ้าตกลงกันได้จะไต่จดทะเบียนไปตามตกลงกันนั้น ถ้าตกลงกันไม่ได้เจ้าพนักงานจะได้สั่งให้ผู้โต้แย้งที่ชนะว่าไม่มีอำนาจ ไปเป็นโจทก์ยังศาลภายในกำหนดเวลาในพระราชบัญญัติ (คือ มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดฉบับที่ 1 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติฉบับที่ 2) ถ้าไม่ได้ฟ้องร้องกันจนพ้นกำหนด ก็ให้เจ้าพนักงานแก้ทะเบียนให้อีกฝ่ายหนึ่งไป ถ้าไม่มีญาติมาโต้แย้งแล้ว เจ้าพนักงานต้องทำตามข้อ 11 ของกฎฉบับนี้

ข้อ 8 ถ้าคู่สมรสหรือญาติมาขอแก้ทะเบียน และเจ้าพนักงานไต่สวนว่าเป็นผู้รับมรดกผู้ตายได้แล้ว ก็ให้ออกประกาศมรดก ถ้ามีใครโต้แย้งก็ให้เจ้าพนักงานเรียกประชุมพร้อมกัน ถ้าตกลงกันได้ก็ให้จดทะเบียนตามที่ตกลงกันนั้น ถ้าตกลงกันไม่ได้ก็ให้เจ้าพนักงานสั่งให้ผู้ที่ขอไม่ถูกต้องกฎหมาย ไปเป็นโจทก์ภายในเวลาในพระราชบัญญัติ (คือ ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดฉบับที่ 1 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติฉบับที่ 2) ถ้าไม่ได้ฟ้องร้องกันจนพ้นกำหนด ก็ให้เจ้าพนักงานแก้ทะเบียนให้อีกฝ่ายหนึ่งไป

ข้อ 9 ถ้าคู่สมรสหรือญาติที่มีอำนาจรับมรดกได้มาขอประกาศแก้ทะเบียน แต่ไม่สามารถนำโฉนดมาได้ด้วยผู้อื่นยึดโฉนดไว้ ก็ให้เจ้าพนักงานเรียกโฉนดมาดูตามอำนาจในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดฉบับที่ 2 และบอกให้ผู้ถือโฉนดไว้ให้รู้เรื่องด้วย เมื่อได้โฉนดมาแล้วก็ให้ออกประกาศมรดกตามเคย ถ้าตกลงกันได้ก็ให้แก้ทะเบียนตามตกลงกันนั้น ถ้าตกลงกันไม่ได้ก็ให้สั่งให้คนที่ขอไม่ถูกต้องกฎหมาย ไปเป็นโจทก์ภายในกำหนดเวลาในพระราชบัญญัติ (คือ ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดฉบับที่ 1 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติฉบับที่ 2) แม้ว่าไม่ได้ฟ้องร้องกันจนพ้นกำหนด ก็ให้เจ้าพนักงานแก้ทะเบียนให้อีกฝ่ายหนึ่งไป ถ้าไม่ได้โฉนดมาก็ให้เจ้าพนักงานบอกไปยังอัยการให้ฟ้องเอาโทษตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดฉบับที่ 2

ข้อ 10 ในมรดกของผู้ตายที่ไม่มีพินัยกรรมนั้น อาจมีผู้จัดการแบ่งมรดก (อแอดมินิสเตรเตอร์) ได้เหมือนมรดกมีพินัยกรรม ผู้จัดการแบ่งมรดกไม่มีพินัยกรรมเช่นนี้จะเป็ญาติของผู้ตายก็ได้ หรือเป็นผู้ไม่เกี่ยวข้องกันเลยก็ได้ ถ้ามีคณษะชนิดนี้มาขอแก้ทะเบียนแล้ว ให้ออกประกาศมรดกบ่งควมว่า ผู้นั้นมาขอในหน้าที่เป็นผู้จัดการแบ่งมรดก เพื่อให้โอกาสแก่ญาติทั้งหลายมาโต้แย้งต่าง ๆ ถ้าตกลงว่าเป็นผู้จัดการมรดกจริงแล้ว ผู้นั้นมีอำนาจขอแก้ทะเบียนลงชื่อตนเองได้เหมือนอย่างผู้จัดการมรดกมีพินัยกรรมที่ได้กล่าวมาแล้ว

ข้อ 11 ถ้าปรากฏว่าที่ดินตำบลใด ไม่มีผู้รับมรดกได้ตามกฎหมายแล้ว ที่ดินรายนี้อาจตกเป็นหลวงได้ ต้องให้เจ้าพนักงานบอกมายังเจ้ากรมทะเบียน

มรดกมีพินัยกรรมและไม่มีพินัยกรรม

ข้อ 12 ที่กล่าวว่า “ตกลงและไม่ตกลง” ข้างบนนั้น ในเรื่องมรดกมีพินัยกรรมก็ดี หรือไม่มีพินัยกรรมก็ดี ไม่จำเป็นต้องตกลงละเอียดทุกประการ เมื่อตกลงว่ามีส่วนได้แล้วก็จดชื่อลงในโฉนดได้ ส่วนมากน้อยประการใดที่ผู้หนึ่งผู้ใดจะได้รับในกันแลกันนั้น ไม่ใช่กังวลของหอทะเบียน ต้องให้คู่ความไปว่ากันเอง เป็นต้นตกลงกันไว้ว่า ก. กับ ข. มีส่วนได้ทั้งสองฝ่ายแต่ ก. ว่าควรได้คนละครึ่ง ข. ว่า ข. ควรได้มากกว่า ก. เจ้าพนักงานจดชื่อ ก. กับ ข. ลงในโฉนดได้ว่าเป็นเจ้าของทั้งสอง เป็นหน้าที่ของ ก. กับ ข. จะไปว่าความกันเองในศาลว่าส่วนของใครได้มากน้อยเท่าใด ถ้าไม่ตกลงว่าใครเป็นผู้ถือโฉนดต่อไปแล้ว ให้เจ้าพนักงานหอทะเบียนรับฝากไว้ได้ในระหว่างที่เขาจะเป็นความกัน

ข้อ 13 ถ้ามีผู้ขอทะเบียนทางมรดก และมีผู้โต้แย้งอ้างว่าผู้นั้นขาดปกครองแล้ว ให้เจ้าพนักงานระลึกว่า กำหนดอายุความมรดกนั้น 1 ปีนับแต่วันตาย ถ้าวันที่ขอไม่พ้นปีแล้ว เรื่องที่อ้างว่าขาดปกครองนั้นต้องตกไป ถ้าเกิน 1 ปีแล้ว ให้สั่งให้ผู้ที่อ้างเกินกำหนดที่ 1 ปีนั้นเป็นโจทก์ด้วยเหตุผลว่าผู้นี้ถ้าเป็นเจ้าของที่ดินนั้น โดยได้ปกครองมาเกินปีแล้ว ควรต้องเป็นผู้มาขอแก้ทะเบียนทันทีตามมาตรา 52 จะให้ยกความผิดของผู้นั้นมาเอาเปรียบไม่ได้

ข้อ 14 ในเรื่องมรดกใด ๆ คงจะต้องมีเรื่องที่ว่าที่นั่นที่นี้เป็นสินเดิมของผัวหรือเมีย ไม่ใช่มรดกผู้ตาย ถ้าฝ่ายหนึ่งเถียงว่าเป็นสินเดิม ฝ่ายหนึ่งเถียงว่าเป็นมรดกเช่นนี้แล้ว ให้เจ้าพนักงานพลิกดูทะเบียนและหนังสือสำคัญต่าง ๆ ที่มีอยู่ในหอทะเบียนก็ดี หรือที่ผู้หนึ่งผู้ใดจะนำมาให้ดูก็ได้ ถ้าชื่อในหนังสือเหล่านั้นปรากฏว่าเป็นชื่อของฝ่ายใด หรือชื่อของญาติพี่น้องฝ่ายนั้น และไม่ปรากฏว่าได้โอนให้กันโดยทางขายหรือแลกเปลี่ยนหรือมีสินจ้างด้วยประการใด ๆ แล้ว ก็ให้ถือ

ว่าเป็นสินเดิม ไม่ใช่มรดกเว้นไว้ไว้แต่ศาลหนึ่งศาลใดจะได้ตัดสิน ไปทางอื่น ถ้าฝ่ายใดไม่พอใจแล้ว ก็ให้ไปเป็นโจทก์ยังศาลภายในกำหนดเวลาในพระราชบัญญัติ (คือตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติฉบับที่ 1 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติฉบับที่ 2) ถ้าไม่ได้ฟ้องร้องกันจนพ้นกำหนด ก็ให้เจ้าพนักงานแก้ทะเบียนให้อีกฝ่ายหนึ่งไป

ต่อมามีการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 อีกหลายครั้ง คือพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 2-7 พระราชบัญญัติสำคัญที่จะกล่าวในที่นี้ คือ พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2459)

พระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ซึ่งกระทำการ โคนสุจริต ไว้ด้วย โดยพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงตระหนักว่า เรื่องการจดทะเบียนนั้นเจ้าพนักงานอาจถูกฟ้องเป็นจำเลยได้ จึงทรงหามาตรการเพื่อที่จะคุ้มครองเจ้าพนักงานที่กระทำการ โดยสุจริต พระองค์มีหนังสือกราบบังคมทูลพระกรุณาชี้แจงวัตถุประสงค์ พร้อมทั้งเสนอร่างพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2459) ความว่า

“ตามวิธีจดทะเบียนที่ดินของ “ทอร์เรนส์” นั้น เก็บค่าธรรมเนียมสูงมาก และสะสมไว้เรียกว่าเงิน “อินชัวร์นซ์” ถ้าเจ้าพนักงานทำการพลั้งเผลอเช่นอย่างในเรื่องกฎหมายในข้อนี้ไม่ปรากฏชัด และภายหลังปรากฏว่าการที่เข้าไปนั้นเป็นความผิด รัฐบาลก็ชักเงินอินชัวร์นซ์นี้ไปทำขวัญคนที่ได้เสียหาย เอาโทษแก่เจ้าพนักงานไม่ได้ ถ้าจะเอาโทษแล้วก็จะไม่มีใครรับเป็นเจ้าหน้าที่ เช่นเดียวกับผู้พิพากษาศาลล่างตัดสินความ แล้วศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาศาลล่างเสีย ผู้พิพากษาศาลล่างไม่ต้องถูกฟ้อง ในเมืองไทยไม่มีเงินสะสมสำหรับทำขวัญผู้เสียหาย ข้าพระพุทธเจ้าได้พบเรื่องน่าขงสองสามเรื่องทำขวัญนี้ด้วยเหตุว่า วิธีการจดทะเบียนของเรานี้เป็นวิธีคิดขึ้นเองในเมืองไทยกว่าครึ่ง ซึ่งฝรั่งผู้ชำนาญในเมืองนอกยังเห็นว่ามีมูลสำหรับทั้งได้ ถ้าเราใช้คนที่ชำนาญเป็นเจ้าหน้าที่อยู่แล้ว จะไม่มีความลำบาก แต่ถ้าเมื่อใดเลือกคนสับสนเป็นเจ้าหน้าที่ไม่มีวุฒิทางนี้ขึ้นแล้ว นั้นแหละจะเกิดเรื่องร้องขอค่าเสียหายจากรัฐบาลเป็นการลำบากขึ้น และได้ทรงวางมาตรการในการคุ้มครองพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 2 พ.ศ.2459 ดังนี้ “ในเรื่องออกโฉนดที่ดินก็ดีในเรื่องแก้ทะเบียนก็ดี ถ้าเจ้าพนักงานได้ทำการไปโดยสุจริตแล้ว ห้ามไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดฟ้องร้องเจ้าพนักงาน ผู้นั้นได้ เว้นไว้แต่จะได้รับอนุญาตจากเสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการ”

ต่อมาเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ.2479 มีประกาศใช้พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 5 พ.ศ.2479 ให้ยกเลิกความในมาตรา 11 ดังกล่าวข้างต้นเสีย เหตุที่ยกเลิกนั้นเนื่องจากมีการ

สำรวจกฎหมายที่ให้เอกสิทธิแก่บุคคลบางเหล่า จึงยกเลิกเพื่อให้เป็นการเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่ามาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 2 นี้จะมุ่งเป็นการคุ้มครองเจ้าพนักงานผู้กระทำการโดยสุจริตก็จริงอยู่ แต่โดยที่ลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิแก่บุคคลบางเหล่า จึงต้องถูกยกเลิกไป (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 49-50)

ภายหลังจากที่มีการปรับปรุงระบบบริหารราชการแผ่นดินและปฏิรูปการศาลในสมัย รัชการที่ 5 แล้ว ก็ได้มีการปรับเปลี่ยนกฎหมายให้เข้าสู่รูปแบบกฎหมายสมัยใหม่และถือเป็นความ จำเป็นที่จะต้องรีบทำในเวลานั้น เพื่อจะได้ข้อแก้ไขข้อเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต แต่การที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายทั้งหมดหรือจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นเรื่อง ที่ต้องใช้เวลาอันยาวนาน การแก้ไขปัญหาในระยะแรกก็คือการประกาศใช้กฎหมายเป็นเรื่อง ๆ ไป หรือนำ หลักกฎหมายต่างประเทศซึ่งส่วนใหญ่ก็คือหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในการพิพากษาคดี หลังจากนั้น จึงได้ตัดสินใจที่จะจัดทำประมวลกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรป (แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2552, หน้า 197)

ใน พ.ศ.2451 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้โปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง คณะกรรมการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีพระราชดำริว่า

“กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่ในเวลานี้ ยังกระจัดกระจายอยู่หลายแห่งสมควรจะ นำมารวบรวมไว้แห่งเดียวกันและจัดเข้าเป็นหมวดหมู่ เพื่อให้สมแก่กาลสมัยความเจริญและ พาณิชยกรรมแห่งบ้านเมือง และความสัมพันธ์กับนานาประเทศ

ส่วนหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งศาลยุติธรรมได้เคยยกขึ้นปรับสัดดีตัดสินคดี เนื่อง ๆ มา โดยธรรมเนียมประเพณีอันควรแก่การยุติธรรมนั้น สมควรจะบัญญัติไว้ให้เป็นหลักฐาน และกิจการบางอย่างในส่วนแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งไม่มีกฎหมายที่ใช้ในบัดนี้ก็ควรจะบัญญัติไว้ด้วย และทรงพระราชดำริหว่า ทางที่จะให้ถึงซึ่งผลอันนี้ ควรจะประมวลและบัญญัติบทกฎหมายที่กล่าว มาแล้วเข้าเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามแบบอย่างซึ่งประเทศอื่น ๆ ได้ทำมา

อนึ่ง ทรงพระราชดำริหว่า การชำระประมวลกฎหมายซึ่งทำอยู่ ณ บัดนี้ได้ดำเนินการ ไปมากแล้ว สมควรจะประกาศให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ส่วนที่สำคัญและเป็น ประโยชน์ตอนหนึ่งก่อนได้ ส่วนอื่น ๆ เมื่อสำเร็จบริบูรณ์จะได้ประกาศให้ใช้เพิ่มเติมในภายหลัง

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติไว้สืบไปดังนี้” (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 40 วันที่ 11 พฤศจิกายน 2466, หน้า 2-3) (แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2552, หน้า 228-229)

ในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายชาวต่างประเทศได้ทำการเสนอร่าง Draft Civil and

Commercial Code Book IV: Law on Thing ต่อที่ประชุมกรรมการร่างกฎหมาย โดยได้ทำการยก
ร่างหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ไว้ 2 ประการ คือ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ใน
อสังหาริมทรัพย์โดยผลของหนี้ (มาตรา 20) และ โดยผลของกฎหมาย (มาตรา 21) แห่งร่างกฎหมาย
ฉบับ พ.ศ.2462 ไว้ดังนี้

มาตรา 20 “การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โดยผลของหนี้ย่อมบริบูรณ์ด้วย
การจดทะเบียนสิทธิของเขาลงในทะเบียนที่ดินเท่านั้น”

(อ้างมาตรา 656 วรรค 1 และมาตรา 657 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวีต)

มาตรา 21 “ในส่วนของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยผลของกฎหมาย โดยการ
ครอบครอง หรือโดยทางมรดก กรรมสิทธิ์ย่อมผ่านมือเมื่อเขาได้ปฏิบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขที่
กฎหมายกำหนด แม้จะยังไม่ได้จดทะเบียนก็ตาม แต่เขาไม่อาจยกเอาสิทธินั้นขึ้นยืนต่อ
บุคคลภายนอก หรือโอนสิทธินั้นต่อไป จนกว่าจะได้มีการจดทะเบียนแล้ว”

(อ้างมาตรา 176, 177 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 656 วรรค 2, 657 และ
662 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวีต)

โดยหลักการตามมาตรา 20 และ 21 นั้น มีทำนองเดียวกับมาตรา 39 แห่ง
พระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 ในส่วนของหลักการแสดงออกซึ่งกรรมสิทธิ์ใน
อสังหาริมทรัพย์โดยทางทะเบียน แต่มาตรา 20, 21 ได้พัฒนาการหลักการก้าวขึ้นมาอีกระดับหนึ่ง
กล่าวคือ มาตรา 20 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการได้มาโดยผลของหนี้ซึ่งถ้าไม่จดทะเบียนแล้วการได้มา
นั้นจะไม่บริบูรณ์ ส่วนมาตรา 21 ว่าด้วยการได้มาโดยทางอื่นที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ซึ่ง
ถ้าไม่มีการจดทะเบียนแล้ว เพียงแต่จะเอาการได้มานั้นขึ้นยืนต่อผู้บุคคลภายนอกไม่ได้ ในขณะที่
มาตรา 39 ถือเอาการได้มาโดยทุกกรณีหากไม่จดทะเบียนแล้วไม่มีสิทธิใด ๆ เกิดขึ้นต่อ
กันทั้งสิ้น

จากร่างเดิมที่คณะกรรมการชาวต่างประเทศได้ร่างพิมพ์ไว้เมื่อปี พ.ศ.2462
คณะกรรมการร่างกฎหมายได้ทำการตรวจพิจารณา และได้ทำการแก้ไขอีกหลายครั้ง จนถึงปี พ.ศ.
2472 ได้มีการตรวจชำระร่างกฎหมายดังกล่าว โดยบัญญัติไว้เป็นร่างมาตรา 1299 และมาตรา 1300
ใหม่ ดังนี้

การตรวจแก้ไขร่าง มาตรา 1299

มาตรา 1299 “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น
ท่านว่าการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์ เว้น

แต่นิติกรรมาทำเพื่อได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้าว่ามี จะได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่

ผู้ได้มามีสิทธิที่จะขอจดทะเบียนของตน และถ้าได้มาโดยการโอนไซ้ จะเรียกให้ผู้ โอนทำการจดทะเบียนให้แก่ตนก็ได้”

มาตรา 1300 “สิทธิของผู้ได้มานั้นถ้ายังมิได้จดทะเบียนไซ้ ท่านว่าจะมีการ เปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้และสิทธิอันยังมิได้จดทะเบียนนั้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ บุคคลภายนอกผู้ได้มาโดยสุจริตและจดทะเบียนสิทธิแล้วไม่ได้

ถึงกระนั้นก็ดี ถ้ามีข้อพิพาท ท่านว่าสิทธิของผู้รับโอนโดยมีค่าตอบแทน ย่อมได้ ผลสำเร็จเหนือสิทธิของผู้รับโอน โดยไม่มีค่าตอบแทน แต่ถ้าผู้รับโอนโดยไม่มีค่าตอบแทนกลับ โอนสิทธินั้นต่อไปให้แก่บุคคลภายนอก รับไปโดยสุจริตและมีค่าตอบแทนและบุคคลภายนอกนั้น ได้จดทะเบียนการโอนแล้ว สิทธิของผู้นั้นย่อมได้ผลสำเร็จ”

จากร่างบทบัญญัติมาตรา 1299 และมาตรา 1300 มีข้อน่าสังเกตว่าข้อความคิดว่าด้วยการ แยกแยะผลของการได้มาที่ไม่จดทะเบียนตามวิธีการได้มา ตามที่ปรากฏในมาตรา 20 และ 21 ของร่างกฎหมายฉบับปี พ.ศ.2462 ได้ถูกตัดออกไป แม้มาตรา 1299 ของร่างใหม่นี้ จะมีถ้อยคำโน้ม เอียงที่จะใช้กับการได้มาโดยนิติกรรม แต่ก็มิได้บังคับเจาะจงอย่างชัดเจน ทำให้เกิดความไม่ แน่นอนในทางทะเบียนว่า กรณีที่เป็นการได้มาโดยไม่จดทะเบียนไม่ว่าจะเป็นการได้มาโดย ทางใด จะต้องใช้มาตรา 1299 หรือมาตรา 1300

ดังนั้น ผลจากความไม่ชัดเจนที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้มีการหยิบยกบทบัญญัติในส่วน ที่เกี่ยวกับหลักการแสดงออกซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์โดยทางทะเบียนขึ้นมาพิจารณาใหม่ ซึ่ง ปรากฏตามบันทึก เรื่องผลการจดทะเบียนในกรณีการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ในการประชุมฯ ดังต่อไปนี้

เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ.2472 โดยคณะกรรมการชาวต่างประเทศได้พิจารณาถึง ปัญหาในเรื่องการจดทะเบียน ในส่วนของการได้มาหรือการ โอนอสังหาริมทรัพย์ และผลของการ จดทะเบียน โดยการตั้งเป็นข้อสังเกตและข้อเสนอแนะที่น่าสนใจ ดังนี้

“ตามกฎหมายว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์นั้น เห็นว่าการได้มาซึ่งทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์จะมีได้ 2 ทาง กล่าวคือ

1. กรณีการได้มาโดยนิติกรรมสัญญา ซึ่งมีบทบัญญัติอย่างชัดเจนในกฎหมายแพ่งและ พานิชย์ (ซื้อขาย มาตรา 456 แลกเปลี่ยน มาตรา 519 ให้ มาตรา 525) วางหลักว่า ทรัพย์สินยอมไม่โอน

ไปตราบเท่าที่นิติกรรมนั้นไม่ได้จดทะเบียนซึ่งเป็นไปตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 วิธีการนี้สอดคล้องกันและถือเป็นยุติแล้ว

2. หากเป็นการได้มาโดยทางอื่นแล้ว การได้มาย่อมบริบูรณ์ทันที แต่การจดทะเบียนยังคงเป็นสิ่งจำเป็นในการที่เจ้าของทรัพย์สินจะเข้าเกี่ยวข้องกับสิทธินั้น โอนทรัพย์สินหรือยกสิทธินั้นขึ้นยืนต่อบุคคลภายนอก เช่น ทายาทโดยธรรมย่อมเป็นเจ้าของทรัพย์สินของเจ้ามรดกทันทีที่เจ้ามรดกตาย แต่ต้องจดทะเบียนการโอนเสียก่อน จึงจะสามารถเข้าจัดการกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้ ซึ่งวิธีนี้แท้จริงแล้วก็คือ หลักเกณฑ์การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมนั่นเอง

ในที่สุดคณะกรรมการผู้ร่างกฎหมายชาวต่างประเทศ ต่างเห็นพ้องว่าหลักการของเรื่องดังกล่าวข้างต้นเป็นเรื่องที่เป็นปัจจุบันและเหมาะสมแล้ว โดยเห็นว่าควรแก้ไขมาตรา 1299 เพื่อที่จะแสดงหลักการดังกล่าวได้อย่างชัดเจน

กล่าวโดยสรุปแล้ว กรณีการได้มาโดยนิติกรรมนั้นโดยทั่วไปเป็นการตกลงรับรู้เฉพาะระหว่างบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา ดังนั้น การแสดงออกเพื่อให้บุคคลทั่วไปได้รับรู้ถึงการได้มาโดยวิธีนี้จำเป็นต้องมีการแสดงออกทางทะเบียน หากไม่มีการจดทะเบียนแล้วต้องถือว่าการได้มานั้นไม่บริบูรณ์ ดังนั้น การแสดงออกซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์นั้นจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมากและขณะเดียวกันการจดทะเบียนเพื่อแสดงออกซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ ต้องรักษารายการในทะเบียนให้ถูกต้องและเป็นจริงเสมอ จึงได้กำหนดให้ผู้ได้มาโดยวิธีนี้จดทะเบียน มิฉะนั้นจะเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนมิได้ และจะยกเอาการได้มาขึ้นต่อบุคคลภายนอกก็ไม่ได้ด้วย สำหรับการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม กฎหมายถือว่าการได้มาโดยวิธีการนี้มีผลสมบูรณ์ในตัวเอง แม้จะยังไม่จดทะเบียนก็ตาม ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการเห็นพ้องต้องตรงกัน จึงได้บัญญัติให้มาตรา 1299 วรรค 1 เป็นเรื่องการได้มาโดยนิติกรรม หากไม่จดทะเบียนแล้ว การได้มานั้นย่อมไม่บริบูรณ์ และวรรค 2 เป็นเรื่องการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม หากไม่จดทะเบียนแล้วจะเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และจะยกขึ้นต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสียค่าตอบแทน และจดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตไม่ได้ และประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 เมื่อปี พ.ศ.2475 (สุดารัตน์ ภัทธานุรักษ์กุล, 2551, หน้า 56-62)

ในส่วนของกฎหมายมรดก ในปี พ.ศ.2475 อันเป็นปีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองและเป็นเวลาที่ประเทศไทยจะต้องจัดทำประมวลกฎหมายให้ครบตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญากับประเทศต่าง ๆ เพื่อยกเลิกเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต รัฐบาลไทยจึงได้ดำเนินการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 (แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2552, หน้า 237) โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ตั้งแต่มาตรา 1599 ถึงมาตรา 1755 มีรวม 157

มาตรา มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2578 ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยมรดก ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น เมื่อมีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 แล้ว ก็เป็นอันยกเลิกกฎหมายลักษณะมรดกไปในตัว แต่มีข้อยกเว้นให้ใช้กฎหมายอิสลามกับคดีแพ่งเกี่ยวกับมรดก ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พุทธศักราช 2489 (รพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2549, หน้า 12-13)

3.2 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ยุคหลังมีประมวลกฎหมายที่ดิน ถึงปัจจุบัน

พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินทุกฉบับ และรวมกฎหมายว่าด้วยที่ดินที่มีอยู่หลายฉบับกระจัดกระจายกันอยู่มาประมวลไว้ในที่เดียวกัน และปรับปรุงขึ้นใหม่บ้างเพื่อให้เหมาะกับสถานการณ์ ประมวลกฎหมายที่ดินให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม 2497 ซึ่งเป็นการกำหนดเวลาเริ่มใช้บังคับไว้แน่นอน ส่วนพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดินให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากประกาศราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ก็เพื่อประสงค์ให้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดินมีผลบังคับใช้ก่อนบทบัญญัติในประมวลกฎหมายที่ดินแต่ละพระราชบัญญัติ ให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดินได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ เล่ม 71 ตอนที่ 78 ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ.2497 จึงมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม 2497 อันเป็นวันเดียวกับวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ ดังนั้นบทบัญญัติในกฎหมายทั้ง 2 แบบ จึงใช้บังคับพร้อมกัน (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 59) โดยในส่วนของ การจดทะเบียนโอนมรดกตามประมวลกฎหมายที่ดิน มีการดำเนินการได้ 2 กรณี คือ กรณีทายาทผู้มีสิทธิรับมรดกยื่นคำขอจดทะเบียนโอนมรดกต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยตรง ตามมาตรา 81 และกรณีผู้จัดการมรดกยื่นคำขอจดทะเบียนโอนมรดกให้แก่ทายาทผู้มีสิทธิรับมรดก ตามมาตรา 82

ความในมาตรา 81 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินเดิมตั้งแต่เริ่มบัญญัติ มีความดังนี้

“มาตรา 81 การได้มาซึ่งที่ดินทางมรดก ให้ผู้ขอรับมรดกนำหลักฐานหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินมายื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนพยานหลักฐาน และประกาศให้ทราบในที่เปิดเผยในสำนักงานที่ดินจังหวัด หรือสำนักงานที่ดินสาขา ในที่ว่าการอำเภอ และในบริเวณที่ดินมีกำหนดหกสิบวัน เมื่อไม่มีผู้โต้แย้งและหลักฐานเป็นที่เชื่อได้ว่าผู้ร้องมีสิทธิในการรับมรดกก็ให้จดทะเบียนให้ตามคำขอ

ในกรณีที่มิผู้โต้แย้ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสอบสวนคู่กรณี และเรียกบุคคลใด ๆ มาให้ถ้อยคำ หรือส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องได้ตามความจำเป็นและให้พนักงานเจ้าหน้าที่เปรียบเทียบ ถ้าเปรียบเทียบไม่ตกลง ก็ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สั่งการไปตามที่เห็นสมควร

ถ้าฝ่ายใดไม่พอใจคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ ก็ให้ฝ่ายนั้นไปฟ้องร้องกันเองยังศาล ภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันทราบคำสั่ง แต่ในกรณีที่เจ้ามรดกตายไปยังไม่ถึงหนึ่งปี ก็ให้พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนดเวลาให้ไปฟ้องร้องกันเองได้แต่ต้องไม่เกินหนึ่งปีกับหกสิบวัน นับแต่วันเจ้ามรดกตาย”

ความในมาตรา 81 เดิม ถูกยกเลิกโดยข้อ 11 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 344 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 81 การขอลดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก ให้ผู้ได้รับมรดกนำหลักฐานสำหรับที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน พร้อมด้วยหลักฐานในการได้รับมรดกมายื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ถ้าหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินอยู่กับบุคคลอื่นให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินดังกล่าวมานั้นได้

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนพยานหลักฐาน และเชื่อได้ว่าผู้ขอเป็นทายาทแล้ว ให้ประกาศโดยทำเป็นหนังสือปิดไว้ในที่เปิดเผยมีกำหนดหกสิบวัน ในกรณีการจดทะเบียนสิทธิซึ่งกระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 (1) ให้ปิดประกาศ ณ สำนักงานที่ดิน ที่ว่าการอำเภอหรือกิ่งอำเภอท้องที่ ที่ทำการกำนัน และบริเวณที่ดินนั้นแห่งละหนึ่งฉบับ ถ้าเป็นกรณีการจดทะเบียนสิทธิซึ่งกระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 (2) ให้ปิดประกาศ ณ ที่ว่าการอำเภอหรือกิ่งอำเภอ ที่ทำการกำนันและบริเวณที่ดินนั้นแห่งละหนึ่งฉบับ

ในการนี้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือส่งประกาศดังกล่าวให้บุคคลที่ผู้ขอแจ้งว่าเป็นทายาททุกคนทราบเท่าที่สามารถจะทำได้ หากไม่มีผู้ใดโต้แย้งภายในกำหนดเวลาที่ประกาศและมีหลักฐานเป็นที่เชื่อได้ว่าผู้ขอมีสิทธิได้รับมรดกแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการจดทะเบียนให้ตามที่ผู้ขอแสดงหลักฐานการมีสิทธิตามกฎหมาย ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่มีผู้โต้แย้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสอบสวนคู่กรณี และเรียกบุคคลใด ๆ มาให้ถ้อยคำ หรือให้ส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องได้ตามความจำเป็น และให้พนักงานเจ้าหน้าที่เปรียบเทียบ ถ้าเปรียบเทียบไม่ตกลง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สั่งการไปตามที่เห็นสมควร

ถ้าฝ่ายใดไม่พอใจคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ ให้ฝ่ายนั้นไปฟ้องร้องต่อศาลภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันทราบคำสั่ง ในกรณีที่ไปฟ้องร้องต่อศาล ให้หรือเรื่องไว้ เมื่อศาลได้พิพากษาหรือมีคำสั่งถึงที่สุดประการใด ให้ดำเนินการไปตามนั้น ถ้าไม่ฟ้องร้องภายในกำหนด ให้ดำเนินการไปตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่”

ความในมาตรา 81 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 344 ถูกยกเลิกโดยมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2528 และให้ใช้ความต่อไปนี้เป็นแทน

“มาตรา 81 การขอจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก ให้ผู้ได้รับมรดกนำหลักฐานสำหรับที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินพร้อมด้วยหลักฐานในการได้รับมรดก มายื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 ถ้าหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินอยู่กับบุคคลอื่น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินดังกล่าวนั้นได้

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนพยานหลักฐาน และเชื่อได้ว่าผู้ขอเป็นทายาทแล้ว ให้ประกาศโดยทำเป็นหนังสือปิดไว้ในที่เปิดเผยมีกำหนดหกสิบวัน ณ สำนักงานที่ดินท้องที่ซึ่งที่ดินตั้งอยู่ เขตหรือที่ว่าการอำเภอ หรือกิ่งอำเภอท้องที่ ที่ทำการแขวงหรือที่ทำการกำนันและบริเวณที่ดินนั้นแห่งละหนึ่งฉบับ และให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือส่งประกาศดังกล่าวให้บุคคลที่ผู้ขออ้างว่าเป็นทายาททุกคนทราบเท่าที่สามารถจะทำได้ หากไม่มีผู้ใดโต้แย้งภายในกำหนดเวลาที่ประกาศและมีหลักฐานเป็นที่เชื่อได้ว่าผู้ขอมีสิทธิได้รับมรดกแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการจดทะเบียนให้ตามที่ผู้ขอแสดงหลักฐานการมีสิทธิตามกฎหมาย ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่มีผู้โต้แย้ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสอบสวนคู่กรณีและเรียกบุคคลใด ๆ มาให้ถ้อยคำ หรือสั่งให้ส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องได้ตามความจำเป็น และให้พนักงานเจ้าหน้าที่เปรียบเทียบ ถ้าเปรียบเทียบไม่ตกลงให้พนักงานเจ้าหน้าที่ส่งการไปตามที่เห็นสมควร

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ส่งประกาศใดแล้ว ให้แจ้งให้คู่กรณีทราบและให้ฝ่ายที่ไม่พอใจไปดำเนินการฟ้องต่อศาลภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ทราบคำสั่ง

ในกรณีที่ได้ฟ้องต่อศาลแล้วหรือเรื่องไว้ เมื่อศาลได้พิพากษาหรือมีคำสั่งถึงที่สุด ประกาศใดจึงให้ดำเนินการไปตามกรณี ถ้าไม่ฟ้องภายในกำหนดก็ให้ดำเนินการไปตามที่พนักงานเจ้าหน้าที่สั่ง”

ความในมาตรา 81 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2528 ถูกยกเลิกโดยมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 9) พ.ศ.2543 และให้ใช้ความต่อไปนี้เป็นแทน มีผลบังคับวันที่ 2 เมษายน พ.ศ.2543 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

“มาตรา 81 การขอจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก ให้ผู้ได้รับมรดกนำหลักฐานสำหรับที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินพร้อมด้วยหลักฐานในการ

ได้รับมรดกมาขึ้นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 ถ้าหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินอยู่กับบุคคลอื่นให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินดังกล่าวนั้นได้

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนพยานหลักฐานและเชื่อได้ว่าผู้ขอเป็นทายาทแล้ว ให้ประกาศโดยทำเป็นหนังสือปิดไว้ในที่เปิดเผยมีกำหนดสามสิบวัน ณ สำนักงานที่ดิน เขตหรือที่ว่าการอำเภอ หรือกิ่งอำเภอ สำนักงานเทศบาล ที่ทำการองค์การบริหารส่วนตำบลที่ทำการแขวงหรือที่ทำการกำนันท้องที่ซึ่งที่ดินตั้งอยู่ และบริเวณที่ดินนั้นแห่งละหนึ่งฉบับ และให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือส่งประกาศดังกล่าวให้บุคคลที่ผู้ขอแจ้งว่าเป็นทายาททุกคนทราบเท่าที่จะทำได้หากไม่มีทายาทซึ่งมีสิทธิได้รับมรดกได้แย้งภายในกำหนดเวลาที่ประกาศและมีหลักฐานเป็นที่เชื่อได้ว่าผู้ขอมีสิทธิได้รับมรดกแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการจดทะเบียนให้ตามที่ผู้ขอแสดงหลักฐานการมีสิทธิตามกฎหมาย ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่มีทายาทซึ่งมีสิทธิได้รับมรดกได้แย้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสอบสวนคู่กรณีและเรียกบุคคลใด ๆ มาให้ถ้อยคำ หรือสั่งให้ส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องได้ตามความจำเป็น และให้พนักงานเจ้าหน้าที่เปรียบเทียบ ถ้าเปรียบเทียบไม่ตกลง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สั่งการไปตามที่เห็นสมควร

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่สั่งประการใดแล้ว ให้แจ้งให้คู่กรณีทราบ และให้ฝ่ายที่ไม่พอใจไปดำเนินการฟ้องต่อศาลภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง หากผู้นั้นมิได้ฟ้องต่อศาลและนำหลักฐานการยื่นฟ้องพร้อมสำเนาคำฟ้องเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับมรดกมาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ก็ให้ดำเนินการไปตามที่พนักงานเจ้าหน้าที่สั่ง

ในกรณีที่ทายาทได้ยื่นฟ้องต่อศาลภายในกำหนดเวลาตามความในวรรคสี่หรือทายาทอื่นซึ่งมีสิทธิได้รับมรดกได้ฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับมรดกต่อศาลก่อนที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมการได้มาโดยทางมรดก เมื่อผู้นั้นนำหลักฐานการยื่นฟ้องพร้อมสำเนาคำฟ้องแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ระงับการจดทะเบียนไว้เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดประการใดก็ให้ดำเนินการไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น

ความในมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินเดิมตั้งแต่เริ่มบัญญัติ มีความดังนี้

“มาตรา 82 ในกรณีที่มีผู้มาขึ้นคำขอเป็นผู้จัดการมรดก หรือทรัพย์สินที่ก่อตั้งทรัพย์สินไว้แล้ว โดยชอบด้วยกฎหมายก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 เกี่ยวกับที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนพยานหลักฐานแล้วจึงให้รับจดทะเบียนจัดการมรดกหรือทรัพย์สินได้”

ความในมาตรา 82 เดิม ถูกยกเลิกโดยข้อ 11 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 344 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

“มาตรา 82 ผู้ใดประสงค์จะขอจดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดกในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ให้ยื่นคำขอพร้อมด้วยนำหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินนั้น และหลักฐานการเป็นผู้จัดการมรดกมาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 ถ้าเป็นผู้จัดการมรดกโดยคำสั่งศาล ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการจดทะเบียนให้ตามคำขอ แต่ถ้าเป็นผู้จัดการมรดกในกรณีอื่นให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนและตรวจสอบหลักฐาน และให้นำความในมาตรา 81 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม เมื่อไม่มีผู้โต้แย้ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดกในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินนั้นได้ แต่ถ้ามีผู้โต้แย้งก็ให้รอเรื่องไว้ และให้คู่กรณีไปฟ้องร้องต่อศาล เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดประการใดแล้ว ให้ดำเนินการไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลนั้น

ในกรณีที่ผู้จัดการมรดกซึ่งได้มีชื่อในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินแล้วขอจดทะเบียนสิทธิในที่ดินให้แก่ทายาท ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการจดทะเบียนให้ตามคำขอโดยไม่ต้องประกาศตามมาตรา 81

ในกรณีที่ทรัพย์สินของทรัพย์สินซึ่งได้ก่อตั้งขึ้น โดยชอบด้วยกฎหมายไว้แล้วขอจดทะเบียนในฐานะเป็นทรัพย์สิน เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนพยานหลักฐานแล้ว ให้ดำเนินการจดทะเบียนได้”

ประวัติความเป็นมาในการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินของต่างประเทศ

1. หลักการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมัน

ประมาณ 168 B.C. ระบบสังคมของโรมันยุคนี้แบ่งออกเป็น 3 ชั้น คือชนชั้นสูงเป็นเจ้าของที่ดิน ชนชั้นกลางเป็นพ่อค้าและชนชั้นต่ำเป็นกรรมกรและพวกเจ้าของที่ดินแปลงเล็กแปลงน้อย หลังจากนั้นโรมันได้พยายามจัดระบบการถือครองที่ดินเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมด้วยการปฏิรูปที่ดินในหลายครั้งหลายหน แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ เนื่องจากเจ้าของที่ดินมีอิทธิพลในสภาซีเนต มักจะลี้ภัยกฎหมายอยู่เสมอ และในสมัย Tiberius Cracchus เมื่อประมาณ 133-121 B.C. ก็ได้มีการปฏิรูปที่ดินสำเร็จ โดยการออกกฎหมายจำกัดจำนวนการถือครองที่ดิน แล้วนำส่วนที่เกินกำหนดไปจัดแบ่งให้คนยากจน แต่ Tiberius Cracchus ได้ถูกสังหารในเวลาต่อมาและกฎหมายดังกล่าวก็ได้ถูกยกเลิก ต่อมาเมื่อประมาณ 40 B.C. สมัยจูเลียส ซีซาร์ได้มีการปฏิรูปที่ดินอีกครั้งหนึ่ง โดยการนำเอาที่ดินสาธารณะมาจัดสรรแบ่งให้แก่ประชาชน ทำให้ประชาชนมีที่ดินทำกินเพิ่มมากขึ้น และเมื่อประมาณ ค.ศ.530 ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินโดยตรงเกิดขึ้น คือ Justinian Code กำหนดให้

เอกชนมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้และได้เป็นแบบแก่ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปในเวลาต่อมา (อุกฤษ มงคลนาวิน, 2542, หน้า 5)

อย่างไรก็ดีสถานภาพทางกฎหมายของคนในสมัยโรมันย่อมขึ้นอยู่กับสถานภาพของเขา ในสังคมและครอบครัว เพื่อจะได้เป็นบุคคลโดยสมบูรณ์ตามกฎหมาย คนในสมัยโรมันจะต้องเป็นคนเสรี (คือไม่เป็นทาส) มีสถานะเป็นราษฎรโรมัน คือถือสัญชาติโรมันและขณะเดียวกันก็เป็นหัวหน้าครอบครัวอีกด้วย (ประชุม โฉมฉาย, 2549, หน้า 89)

ในเรื่องของทรัพย์สิน กฎหมายโรมันมีหลักว่า สมาชิกในครอบครัวจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินใด ๆ ไม่ได้เลยเพราะไม่มีความสามารถในการมีทรัพย์สิน ฉะนั้นทุกสิ่งทุกอย่างที่สมาชิกในครอบครัวหามาได้ย่อมตกเป็นของหัวหน้าครอบครัวทั้งสิ้น โดยหัวหน้าครอบครัวบริหารทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของครอบครัว

การยึดถือหลักการไร้ความสามารถในเชิงทรัพย์สินของสมาชิกในครอบครัวเช่นนี้น่าจะทำให้คนในครอบครัวไม่มีกำลังใจในการทำงาน ต่อมาจึงเริ่มมีการแก้ไขแนวปฏิบัติให้บุคคลในครอบครัวได้ใช้สอยทรัพย์สินบางส่วนของครอบครัวเป็นทรัพย์สินเฉพาะตัว (Peculium) ได้ โดยในขั้นต้นนั้นไม่ได้มองในแง่ของกฎหมายแต่เป็นการมองในแง่ของสังคม คือยอมให้นำทรัพย์สินโดยเฉพาะทรัพย์สินที่สมาชิกในครอบครัวหามาได้ด้วยความเหนื่อยยากของตนเองไปใช้ได้ แต่อย่างไรก็ตามในลักษณะที่นำเอาทรัพย์สินส่วนรวมไปใช้เช่นนี้ หัวหน้าครอบครัวจะเรียกคืนเมื่อใดก็ได้ และเมื่อหัวหน้าครอบครัวสิ้นชีวิตลง ทรัพย์สินเฉพาะตัว (Peculium) นี้ ก็จะต้องตกเป็นของกองมรดก แต่ที่เรียกว่า “ทรัพย์สินเฉพาะตัว” เป็นเพราะว่าโดยปกติบิดาคือหัวหน้าครอบครัวจะไม่เข้าไปก้าวก่ายหรือยุ่งเกี่ยวกับการบริหารทรัพย์สินนั้น และเมื่อทำผิดกรรมตามธรรมเนียมหัวหน้าครอบครัวมักจะยกทรัพย์สินนั้นให้แก่สมาชิกในครอบครัวซึ่งดูแลทรัพย์สินนั้นอยู่ แต่ก็ไม่เป็นการแน่นอนเสมอไป เพราะในบางครั้งถ้าหัวหน้าครอบครัวมิได้ทำผิดกรรมไว้ทรัพย์สินนั้นก็ตกเป็นส่วนหนึ่งของกองมรดกไป หรือถ้าทำผิดกรรมไว้อาจมิได้ยกให้เป็นของสมาชิกครอบครัวที่เกี่ยวข้องก็ได้ หรือถ้าผิดกรรมยกทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง ผิดกรรมอาจจะเป็นโมฆะก็ได้ ในทุกกรณีเหล่านี้สมาชิกในครอบครัวที่เกี่ยวข้องก็มิได้รับมรดกทรัพย์สินเฉพาะตัวตามที่คาดหวังไว้ (ประชุม โฉมฉาย, 2549, หน้า 102-103)

ในส่วนกฎหมายมรดกโรมัน จุดเด่น คือ โอนทุกอย่างที่เป็นไปได้จากผู้ตายให้กับทายาทต่อไป ทุกสิ่งทุกอย่างที่สืบทอดได้ กฎหมายพยายามให้สืบทอดได้หมดเสมือนหนึ่งไม่ขาดช่วงสภาพบุคคลเลย สิ่งที่ตกทอดคือมรดก (Hereditas) เรียกว่า “Universitas iuris” (Successio in universum ius คือ สืบทอดทั้งมวล) คือ มวลรวมของสิทธิและหน้าที่ของผู้ตาย ยกเว้นสิ่งที่เป็นการ

เฉพาะตัวของผู้ตาย เช่น ภาระหน้าที่ในการเป็นผู้ปกครองหรือผู้อนุบาล (Tutor) เพราะฉะนั้นสิ่งที่ตกทอดคือสิทธิในทรัพย์สินมรดก (Patrimonial rights) อันเป็นสิทธิซึ่งปรากฏในกฎหมายทรัพย์สิน และหนี้ยกเว้นสิ่งที่เป็นภาระเฉพาะตัวของผู้ตายเช่นหนี้ตามกฎหมายละเมิดบางอย่างและภาระจำยอมส่วนบุคคล (Personal servitudes) (สมัยจัสติเนียน) อันต่างจากภาระจำยอมที่ตกติดกับที่ดิน เป็นต้น

การรับมรดกโรมันเป็นเพียงตัวอย่างของการสืบสิทธิอันอาจเกิดขึ้นระหว่างผู้มีชีวิตด้วยกันก็ได้ คือ Inter vivo ที่เรียกว่า Universal succession อันต่างจาก Singular succession (ซึ่งผู้สืบสิทธิรับทรัพย์สินมาเป็นบางส่วนเท่านั้น)

ในกรณีที่ผู้มีชีวิตอยู่สืบสิทธิจากผู้ตาย ระบบนี้คาดหวังให้มีทายาทเพื่อ (1) ทำพิธีศพให้สมเกียรติผู้ตายและให้วิญญาณไปสู่สุคติ (2) มีหัวหน้าดำเนินการศาสนกิจ (Sacra) ในครอบครัวต่อไป (3) มีตัวผู้แทนตายในการพบปะกับเจ้าหนี้ ฉะนั้นการแจกจ่ายทรัพย์สินของผู้ตายมีความสำคัญรองลงมาส่วนในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) การแจกจ่ายทรัพย์สินของผู้ตายนี้กลับเป็นเรื่องสำคัญที่สุด

อย่างไรก็ดีกฎหมายมรดกโรมันและระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) มีความเหมือนกันหลายอย่างเช่น (1) ให้โอกาสผู้ตายแสดงเจตนาได้อย่างสมบูรณ์ และ (2) ทั้ง 2 ระบบไม่ประสงค์จะให้ผู้ตายไร้ทายาท และ (3) แสดงความพอใจให้ผู้ตายจัดการทรัพย์สินของตนตามความประสงค์แม้จะมีข้อจำกัดบางประการอันเนื่องมาจากกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายอื่นก็ตาม

ทายาทในกฎหมายโรมันแบ่งประเภทได้ 2 อย่าง

1. ทายาทซึ่งไม่ต้องให้ความยินยอม (โดยอัตโนมัติ) คือ (1) Suus et necessarius heres และ (3) Necessarius heres นับเป็น Necessarii heredes ทั้งสิ้น
2. ทายาทซึ่งต้องให้ความยินยอมก่อนจึงจะรับมรดกจากผู้ตายได้ (ผู้รับพินัยกรรม) คือ (2) Extraneus หรือ Voluntarius heres

ประเภทแรก (1) คือ ผู้ที่ขึ้นอยู่กับอำนาจหัวหน้าครอบครัว คนเหล่านี้เป็นทายาทอัตโนมัติ เพื่อให้สภาพบุคคลอยู่ต่อเนื่องไปโดยไม่ขาดตอน โดยเฉพาะไม่ให้ทรัพย์สินหลุดหายไปไหน ทายาทเหล่านี้ปฏิเสธรับมรดกไม่ได้ เพราะไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของครอบครัวและของตนเอง จึงให้ชื่อว่าทายาทแห่งตน ทำให้หัวหน้าครอบครัว (เจ้ามรดก) มีฐานะเป็นเพียงผู้พิทักษ์ทรัพย์ (Trustee) เท่านั้น คนกลุ่มนี้เป็นทายาทโดยธรรม และมีสิทธิรับมรดก (นอกจากถูกตัดขาดโดยชัดแจ้งมิให้รับมรดก) เพื่อเข้าสวมสภาพบุคคลผู้ตายโดยไม่ขาดตอน

ประเภทที่สอง (2) คือ ผู้อื่นที่อยู่นอกครอบครัว (ผู้รับพินัยกรรม) ซึ่งหัวหน้าครอบครัวเจ้ามรดกประสงค์เช่นนั้น เช่น เป็นไปตามพินัยกรรม คนนอกเหล่านี้มีสิทธิเลือกที่จะรับมรดก

หรือไม่ก็ได้ จะเป็นทายาทได้ต่อเมื่อแสดงเจตนารับแล้ว ปัญหาใหญ่คือปัญหาทางเศรษฐกิจ คือรับแล้วคุ้มหรือไม่และมีปัญหามากหรือเปล่า

ประเภทแรกและสาม (ทาสของผู้ตาย) ไม่มีสิทธิปฏิเสธ แม้ว่ารับไปแล้วจะมีปัญหาต่าง ๆ มากมายก็ตาม ซึ่งไม่ยุติธรรมนัก ควรจะให้ทุกคนมีโอกาสเลือกตัดสินใจเองมากกว่า เพราะมรดกบางอย่างเป็นการระมากกว่าประโยชน์

ส่วนอีกปัญหาหนึ่งก็คือ มรดกมีสิทธิประโยชน์มากแต่ทายาทเป็นคนมีหนี้สินล้นพ้นตัว ความหวังของผู้ตายที่จะรักษาทรัพย์มรดกไว้ให้ถาวรก็อาจสูญเปล่าเพราะได้ทายาทไม่ดี ปัญหาอีกอย่างหนึ่งคือ ทายาทเป็นบุคคลภายนอกจะทราบได้อย่างไรว่า มรดกนั้นคุ้มหรือไม่ที่จะรับ

มีการแก้ความไม่เป็นธรรม คือ หลักทายาทโดยธรรมโดยใช้หลักครอบครัวนับสายฝ่ายชาย (Agnatio) ตลอด ปัญหาก็คือพี่น้องคนอื่นที่สืบสายเลือดเดียวกันจะได้อะไรบ้างในลักษณะมรดก กฎหมายโรมันดั้งเดิมกำหนดไว้ว่าทายาทต้องนับสายฝ่ายชายก่อน ถ้ามีคนอื่นที่เป็นญาติด้วยแต่ไม่ได้อยู่ในสายของฝ่ายชายก็ไม่ได้ วิธีแก้ไขปัญหาคือ ให้คนเหล่านั้นอันถือเป็นผู้สืบสันดานสืบทอดตามหลักสายเลือดทั้งหญิงและชาย (Cognatio) ไปครอบครองทรัพย์มรดกนั้น (Bonorum possessio) ถ้าครอบครองได้ครบ 1 ปี ก็ได้กรรมสิทธิ์ตามหลัก USUCAPIO (ครอบครองปรปักษ์)

ตัวอย่าง หัวหน้าครอบครัวตายลง เชื้อสายใกล้ชิดฝ่ายชายไม่มีเลย จะตกเป็นของบุคคลภายนอกได้อย่างไร น่าจะตกแก่ญาติซึ่งอยู่ในสายเลือดเดียวกันดีกว่า โดยได้แก้ไขให้ครอบครองครบ 1 ปี จึงได้กรรมสิทธิ์ (ประชุม โฉมฉาย, 2553, หน้า 98-100)

วิธีการโอนกรรมสิทธิ์

การโอนกรรมสิทธิ์ในสมัยโรมัน ใช้วิธีการส่งมอบ ซึ่งมีอยู่ 2 วิธี คือ Traditio กับ Mancipatio แต่ในภายหลังนิยมใช้ Traditio มากกว่า Mancipatio ซึ่งเป็นการส่งมอบแบบเก่า ต้องใช้วิธีการมากมาย เช่น การส่งมอบทรัพย์ที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ เช่น พวาทาส สัตว์พาหนะ และสัตว์เลี้ยงที่สำคัญ 4 อย่าง คือ วัว ม้า ลา พ่อ ที่ดินในโรม และการจำยอมเหนือที่ดินนั้น ทรัพย์เหล่านี้ถ้าส่งมอบไม่ถูกวิธี กรรมสิทธิ์จะไม่โอน วิธีการส่งมอบอาจกระทำโดย

Mancipatio คือการส่งมอบต่อหน้าสาธารณชนตามกฎหมายพิเศษ

In Iure Cessio คือการส่งมอบโดยกระทำต่อหน้าผู้พิพากษา (Praetor)

สำหรับการโอนกรรมสิทธิ์แบบ Traditio นั้น โดยปกติใช้วิธีการส่งมอบเป็นสำคัญ การส่งมอบกระทำโดยการยื่นให้ แต่บางกรณีการยื่นให้เฉย ๆ เป็นไปไม่ได้ จึงต้องศึกษาว่าอย่างไร จึงจะถือว่าได้มีการยื่นให้เรียบร้อยแล้ว

1. Traditio brevi manu เป็นกรณีที่ผู้รับมอบทรัพย์สินครอบครองนั้นอยู่แล้ว แต่ไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินในฐานะเจ้าของ แต่ต่อมาได้ครอบครองในฐานะเจ้าของ เช่น ก. ให้ ข. ยืมหนังสือ ต่อมา ก. ตกกลางขยหนังสือให้ ข. เช่นนี้ไม่จำเป็นต้องทำการส่งมอบให้อีก

2. Traditio longa manu หมายถึง กรณีเหลือวิสัยที่จะนำทรัพย์สินไปส่งมอบให้แก่ผู้รับมอบ อาจเป็นกรณีของอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ใหญ่ ๆ ไม่สามารถส่งให้ด้วยมือได้ เช่น มีขง ในแม่น้ำต้องการขายขง เวลาส่งมอบใช้วิธีแจ้งให้ทราบ และต้องอยู่ในสายตาของผู้รับมอบ ถ้าเขาไม่เห็นใช้ไม่ได้

การส่งมอบสินค้าในโกดังเก็บสินค้า การส่งมอบกุญแจโรงเก็บ ถือกันว่าเป็นการเพียงพอ แต่ก็มีกรณีโต้แย้งว่าเป็นการส่งมอบสัญลักษณ์เท่านั้น

ในสมัยยุคทอง ไม่ได้ส่งมอบกุญแจเฉย ๆ แต่ต้องส่งมอบที่หน้าโรงเก็บสินค้าคืออยู่ในฐานะที่จะเข้าไปดูได้ ในแง่กายภาพ เช่นนี้เป็นเรื่องที่จะสามารถทำได้ดีที่สุดสมัยจัสติเนียน ได้ผ่อนปรนให้มอบกุญแจให้ผู้รับมอบ ณ ที่ใดก็ได้

การซื้อขายตามหลักกฎหมายโรมัน ได้มาโดยการส่งมอบเท่านั้น

3. Constitutum possessorium เป็นการกระทำที่ถือเสมือนการส่งมอบการครอบครองให้ตรงข้ามกับการส่งมอบแบบ Traditio brevi manu ที่มีทรัพย์สินอยู่กับตัวแล้ว เช่น ก. ต้องการขายทรัพย์สินแก่ ข. แต่ยังคงการจะเก็บไว้ใช้ เช่นนี้ถือว่าการกรรมสิทธิ์ได้โอนไปเรียบร้อยแล้ว แม้ผู้เป็นเจ้าของใหม่จะไม่ได้รับทรัพย์สินไป เพราะฉะนั้นในเรื่องนี้จึงถือเจตนาเป็นสำคัญ (อมรสา สาขากร, 2525, หน้า 150-151)

2. การจดทะเบียนเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินของประเทศไทย

ที่ดินทั้งหมดของอังกฤษนั้น ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้แก่พระมหากษัตริย์ การถือครองของบุคคลอื่นต่างถือครองในนามของกษัตริย์ บุคคลที่ถือครองเป็นเพียงผู้มีสิทธิใช้สอยเท่านั้น หลักการนี้มีมาแต่โบราณ และขอบเขตของสิทธิบนที่ดินก็มีแตกต่างกันไป และสืบทอดกันได้โดยทางมรดก สิทธิบางชนิดมีลักษณะใกล้เคียงกับกรรมสิทธิ์มาก ซึ่งถ้าจะพิจารณาในด้านข้อเท็จจริงแล้ว ก็คือกรรมสิทธิ์นั่นเอง นักกฎหมายอังกฤษถือว่าประโยชน์บนที่ดินทั้งหมดเป็นสิทธิชั่วคราว การตกทอดไปเป็นเรื่องของหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด และเป็นเรื่องเจตนาของผู้ถือประโยชน์ ทั้งนี้เพราะรากฐานของกฎหมายที่ดินนั้น ราษฎรไม่มีกรรมสิทธิ์มีแต่สิทธิในการถือครองหรือใช้ประโยชน์

ต่อมาพระมหากษัตริย์ได้พระราชทานที่ดินให้แก่ราษฎร และราษฎรซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินเหล่านี้จึงได้ซื้อขาย หรือให้เช่าแก่กันต่อ ๆ มา ระบบการโอนกรรมสิทธิ์แต่เดิมมี

ความยุ่งยากมาก เนื่องจากที่ดินแต่ละแปลงยังไม่มีเอกสารสิทธิ เมื่อจะมีการซื้อขายหรือโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กัน จึงจำเป็นต้องมีการพิสูจน์กรรมสิทธิ์ (Root of title) ว่าผู้โอนมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นหรือไม่ เนื่องจากการโอนที่ดินมีความยุ่งยากดังกล่าวมาแล้ว การดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องนี้ทางฝ่ายผู้ที่จะซื้อที่ดิน จึงมักจะให้เป็นหน้าที่ของทนายความ (Solicitor) ที่จะจัดการให้ เมื่อทนายความ (Solicitor) ตรวจเช็คที่ดินแปลงนี้ ผู้ขายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงแล้ว จึงดำเนินการในเรื่องซื้อที่ดินแปลงนั้น ๆ ได้

มีข้อน่าสังเกตว่า ที่ดินเหล่านี้แม้ว่าจะไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดิน หรือที่เรียกว่าเป็นที่ดินมือเปล่า แต่เจ้าของก็ยังมีกรรมสิทธิ์อยู่นั่นเอง

ต่อมามีการออกเอกสารสิทธิสำหรับที่ดิน (Land Certificate) เพื่อสะดวกแก่การพิสูจน์กรรมสิทธิ์ และเป็นประโยชน์แก่การจดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดินด้วย การจดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดินของอังกฤษ เริ่มมีขึ้นประมาณหนึ่งร้อยปีมาแล้ว โดยมีพระราชบัญญัติจดทะเบียนที่ดิน ค.ศ.1862 (The Land Registry Act, 1862) พระราชบัญญัติฉบับนี้ ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติจดทะเบียนที่ดิน ค.ศ.1875 (The Land Transfer Act, 1875) แต่พระราชบัญญัติการจดทะเบียนที่เป็นรากฐานของการจดทะเบียนในปัจจุบันนี้คือ พระราชบัญญัติการจดทะเบียนที่ดิน ค.ศ.2002 (The Land Registration Acts, 2002)

ปัจจุบันที่ดินในประเทศอังกฤษจึงมีทั้งที่ดินที่ยังไม่มีหลักฐานสำหรับที่ดิน และที่ดินที่มีหลักฐานเป็นโฉนดที่ดินแล้ว ซึ่งจะได้แยกอธิบาย ดังนี้

กรณีที่ดินที่ยังไม่มีหลักฐานสำหรับที่ดิน เจ้าของก็มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินอยู่แล้ว แต่ว่าการซื้อขายกระทำได้อย่างถูกต้อง เพราะต้องมีการพิสูจน์กรรมสิทธิ์ (Root of Title) เสียก่อน ที่ดินเหล่านี้เมื่อจะมีการซื้อขาย ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของ Law of Property Act, 1925 กล่าวคือจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ลงลายมือชื่อฝ่ายที่จะต้องรับผิดชอบที่สำคัญ ซึ่งมักจะเป็นในรูปของสัญญาตามแบบพิเศษ ซึ่งเรียกว่า Deed วิธีการโอนกรรมสิทธิ์ตามแบบนี้จะต้องมีแบบพิธี เช่น

1. ต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ
2. ต้องมีการกล่าวคำพูดหรือการประกาศออกมาว่าที่ดินเป็นของใคร ใครเป็นผู้ซื้อ
3. มีการลงนามและประทับตราประจำตระกูล เป็นต้น

การซื้อขายที่ดินซึ่งกระทำในรูปแบบของ Deed นี้ หากทำไม่ถูกต้องตามแบบวิธีการถือว่าเป็นโมฆะ

การโอนที่ดินที่มีหลักฐานเอกสารเป็น Deeds นี้ โดยปกติคู่กรณีสามารถกระทำกันได้เอง โดยอาศัยทนายความเป็นผู้ดำเนินการให้ และไม่ต้องจดทะเบียนโอนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ถ้าหากเจ้าของที่ดินที่มีหลักฐาน Deeds นี้ถูกจำกัดสิทธิใด ๆ (Land Charge) การถูกจำกัดตัดสิทธินี้ จำเป็นต้องไปจดทะเบียนให้ปรากฏด้วย

ตามกฎหมายอังกฤษ สำหรับที่ดินที่มีหลักฐาน Deed กรรมสิทธิ์ในที่ดินย่อมจะโอนไปเมื่อทำสัญญาเสร็จ การซื้อขายสังหาริมทรัพย์แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บังคับให้ต้องจดทะเบียน แต่ถ้าหากว่าผู้ซื้อผู้ขายไม่ไปจดทะเบียน ก็จะยกขึ้นอ้างต่อสู้บุคคลภายนอกผู้สุจริตไม่ได้

สำหรับที่ดินที่มีหลักฐานสำหรับที่ดิน (Land Certificate) ตามกฎหมาย Land of Property Act, 1925 บัญญัติให้ต้องทำตามแบบ คือจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ สำหรับการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินที่มีหลักฐานแล้วนี้ กรรมสิทธิ์จะโอนไปเมื่อได้มีการจดทะเบียนเสร็จ ระบบการจดทะเบียนที่ดินของอังกฤษได้พัฒนาออกมาเป็น 2 ระบบ คือ Land Charge Registration และ Registered Land

Land Charge Registration ซึ่งหมายถึงการจดทะเบียนสิทธิเหนือที่ดินที่ไปจำกัดตัดสิทธิเจ้าของที่ดินเดิม การจดทะเบียนลักษณะนี้ ใช้ได้ไม่ว่าที่ดินจะเป็นที่ดินที่มีโฉนดแล้วหรือไม่ก็ตาม ถ้าหากไปจำกัดตัดสิทธิเจ้าของที่ดินเดิมแล้ว ก็จะต้องไปจดทะเบียน เมื่อจดทะเบียน Land Charge แล้ว ผู้ทรงสิทธิยอมใช้ยื่นผู้รับโอนได้เสมอ ถ้าไม่จดทะเบียนสิทธิของผู้ทรงจะใช้ยื่นผู้รับโอนโดยสุจริตหรือแม้เจ้าของเดิมก็ไม่ได้ เช่น ที่ดินที่ไม่มีทะเบียน แต่มีหลักฐาน Deeds เจ้าของที่ดินอาจไปตกลงให้ภารจำยอม สิทธิเก็บกิน ให้เช่า ฯลฯ สิทธิเหล่านี้จำเป็นต้องไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่เจ้าของที่ดินอาจจะตกลงทำสัญญา (Deeds) กันเองก็ได้ โดยไม่ต้องไปจดทะเบียน แต่ผลของการทำสัญญาต่อตนเองโดยไม่ไปจดทะเบียนนี้ เมื่อเจ้าของโอนที่ดินไป ผู้รับโอนโดยสุจริตสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับข้อจำกัดสิทธิ (Land Charge) เหล่านี้ได้

Registered Land คือการจดทะเบียนที่ดินบริเวณที่ได้สร้างโฉนดที่ดินแล้ว การไปจดทะเบียนต้องไปจดกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดิน สำหรับสำนักงานที่ดินมีสำนักงานใหญ่ (Headquarters of The Land Registry) ตั้งอยู่ในกรุงลอนดอน แต่สำนักงานที่ดินที่รับดำเนินการจดทะเบียน คือสำนักงานที่ดินอำเภอ (District Land Registries) ที่ตั้งซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ พื้นที่ดินส่วนใหญ่ของประเทศอังกฤษเป็นที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน (Title Deeds) แล้ว และการดำเนินการเกี่ยวกับการจดทะเบียนที่ดินนี้คู่กรณีจะมอบหมายให้เป็นหน้าที่ของทนายความ (อมรา สาขากร, 2525, หน้า 168-171)

3. การจดทะเบียนเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินของประเทศเยอรมัน

ตามบทบัญญัติของกฎหมายเยอรมัน ถือหลักการ โอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายโรมัน โดยเคร่งครัด กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปต่อเมื่อได้มีการโอนการครอบครองแล้ว ซึ่งต่างจากประเทศฝรั่งเศสหรือประเทศอังกฤษ ซึ่งถือว่ากรรมสิทธิ์ยอมโอนไปโดยมิต้องรอให้มีการส่งมอบการครอบครองเสียก่อน

การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่สังหาริมทรัพย์นั้น จะต้องประกอบด้วยการส่งมอบการครอบครอง โดยเจ้าของไปยังผู้รับโอน และต้องมีการตกลงระหว่างเจ้าของกับผู้รับโอนว่า ให้กรรมสิทธิ์ฝ่ายไปยังผู้โอน จะเห็นได้ว่า กฎหมายเยอรมันแยกสัญญาทางหนึ่ออกจากสัญญาทางทรัพย์สิน

สัญญาทางทรัพย์สิน คือ ต้องมีการส่งมอบ ถ้าผู้รับโอนครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่แล้ว สัญญาทางทรัพย์สินก็สมบูรณ์เพียงการตกลงของคู่สัญญา สำหรับสังหาริมทรัพย์บางชนิดที่กฎหมายบังคับให้จดทะเบียน โดยเพียงการแสดงเจตนาทางทรัพย์สิน และส่งมอบ การโอนกรรมสิทธิ์นั้นยังไม่สมบูรณ์ กล่าวคือยังไม่มีผลผูกมัดคู่กรณี เว้นแต่จะจดทะเบียนการโอนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ทรัพย์สินประเภทนี้ได้แก่ เรือ: เครื่องบิน เป็นต้น

สำหรับอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายของเยอรมันดั้งเดิมก่อนที่จะมีประมวลแพ่งนั้นถือหลักว่าการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ต้องมีการแสดงเจตนาสละกรรมสิทธิ์และจดทะเบียน หลักเกณฑ์ทั้งสองต้องประกอบกัน การแสดงเจตนาได้แก่การเข้าทำสัญญาซึ่งอาจโดยวาจาก็ได้ และจะมาทำก่อนหรือขณะจดทะเบียนก็ได้ แต่ต้องเป็นเจตนาที่จะโอนและเข้าใจถูกต้องระหว่างคู่กรณี ทั้งนี้ไม่ขึ้นกับหลักเกณฑ์ของสัญญาทางหนึ่อื่น ๆ เพราะมีการสัญญาทางหนึ่ออกจากสัญญาทางทรัพย์สิน กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โอนไปทันทีที่จดทะเบียนเสร็จ หลักเกณฑ์เช่นนี้ เมื่อมีการร่างประมวลแพ่งก็นำมาบัญญัติไว้เช่นเดิม การจดทะเบียนเป็นแนวความคิดที่มาจากโรมัน แต่อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนเพียงประการเดียวแต่ปราศจากการแสดงเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ ก็ยังไม่ถือว่าเป็นสัญญาทางทรัพย์สินที่สมบูรณ์แล้ว เพราะหลักเกณฑ์ทั้งสองต้องครบถ้วน จะขาดอย่างใดอย่างหนึ่งมิได้ หลักเกณฑ์สำคัญในสัญญาทางทรัพย์สินในกรณีโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ จึงประกอบด้วยหลักใหญ่ ๆ คือ

1. มีสัญญาทางทรัพย์สิน กล่าวคือ การแสดงเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ระหว่างคู่สัญญา
2. มีการจดทะเบียนโอน

อนึ่ง หากมิได้มีการจดทะเบียนการโอน สัญญาทางทรัพย์สินก็ยังไม่ผลทำให้กรรมสิทธิ์โอนไป กล่าวคือ ยังไม่มีผลผูกมัดคู่กรณี และบุคคลภายนอกแต่อย่างใด

เท่าที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่า การโอนกรรมสิทธิ์ของเยอรมัน ยึดถือระบบสองสัญญา คือ กรรมสิทธิ์จะโอนไปเมื่อใด อย่างไรนั้น ต้องอาศัยหลักเกณฑ์ของสัญญาทางทรัพย์สินเท่านั้น การแสดงเจตนาโอนการส่งมอบ และการจดทะเบียนเป็นสาระสำคัญของสัญญาทางทรัพย์สิน เยอรมันไม่พิจารณาถึงเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์โดยอาศัยประเภทของทรัพย์สินเป็นหลักเกณฑ์ เช่น ทรัพย์สินที่ต้องชั่งตวง วัด หรือทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง หรือระบุเจาะจง ฯลฯ เป็นต้น ทั้งนี้เพราะกรรมสิทธิ์จะโอนไปหรือไม่ขึ้นอยู่กับสัญญาทางทรัพย์สิน ดังนั้นก่อนที่จะส่งมอบแก่กันคู่สัญญาก็ต้องรู้ตัวทรัพย์สิน หรือมีทรัพย์สินแน่นอนมาก่อนแล้ว ความจำเป็นที่จะบัญญัติในเรื่องประเภทของทรัพย์สินชนิดใด จะทำให้กรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปหรือไม่อย่างไรนั้น จึงไม่มี ซึ่งแตกต่างจากระบบสัญญาเดี่ยว เช่น ฝรั่งเศส หรืออังกฤษ เป็นต้น

การจดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดินของเยอรมัน จะต้องเป็นไปตามกฎหมาย Grunbuchordnung ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ.1897 Grunbuchordnung เป็นกฎหมายว่าด้วยระเบียบเกี่ยวกับการทะเบียนที่ดิน ซึ่งมีอยู่กันทั้งหมด 124 มาตรา บางมาตราที่มีการยกเลิกไปแล้ว กฎหมายนี้บัญญัติให้ศาลเป็นนายทะเบียน (Amtgericht) การจดทะเบียนให้แบ่งเป็นเขต โดยตัวทะเบียนที่ดินหรือโฉนดที่ดินจะต้องระบุเขตอำนาจศาลไว้ด้วย การเก็บรักษาเอกสารต่าง ๆ เกี่ยวกับที่ดินให้ศาลเป็นผู้เก็บรักษาไว้ และการจดทะเบียนที่ดินทุกประเภทต้องทำสำเนาเก็บไว้ที่ศาลด้วย เมื่อมีการจดทะเบียนผิดพลาดคลาดเคลื่อน หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลเป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับการเพิกถอนทางทะเบียน นอกจากนี้ยังได้กำหนดสิทธิเกี่ยวกับการยื่นคำร้องของทนายความ (Notar) ไว้ด้วย เช่น ให้ทนายความมีสิทธิขอตรวจดูทะเบียนที่ดิน ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมต่าง ๆ ตลอดจนการยื่นคำร้องเกี่ยวกับการขอให้มีการแก้ไขทางทะเบียน เป็นต้น สำหรับการจดทะเบียนซื้อขาย Grunbuchordnung กำหนดให้มีการจดทะเบียนก่อนมีการซื้อขายได้ (ทั้งนี้เนื่องจากระบบสองสัญญา) การจดทะเบียนที่ดินหลายแปลงที่มีกรรมสิทธิ์คนเดียว จะจดทะเบียนรวมในคราวเดียวกันก็ได้ หรือที่ดินหลายแปลงอาจรวมเป็นแปลงเดียวกันได้ ถ้ามีเขตติดต่อกัน สำหรับในเรื่องการแบ่งแยกโฉนดที่ดิน ก็ให้กระทำได้แต่ถ้าหากเป็นที่เกษตรกรรม ห้ามมิให้แบ่งซอยออกเป็นแปลงย่อย

สำหรับการเสียค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนที่ดินนั้น มีกำหนดไว้ในกฎหมายเรียกว่า Kostenordnung การจดทะเบียนต่าง ๆ โดยปกติต้องเสียค่าธรรมเนียมด้วยเว้นแต่กรณีการเพิกถอน

ทะเบียน หรือการทำทะเบียนขึ้นใหม่ สำหรับการเรียกเก็บค่าบริการของนายความก็คิดตามทุนทรัพย์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย Kostenordnung นี้เช่นกัน

ส่วนการสำรวจรังวัดที่ดินเพื่อออกโฉนดที่ดิน ตลอดจนการแบ่งแยกโฉนดที่ดินหรือการรังวัดเพื่อรวมโฉนดที่ดินก็ตาม เป็นงานราชการซึ่งขึ้นตรงต่อ Minister of the Land Government งานสำรวจรังวัดทำให้เกิดงานจดทะเบียนที่ดิน (Grundbuch) ในเยอรมันมีการกระจายอำนาจการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมไปสู่ระดับอำเภอ ซึ่งแต่เดิมมาผู้พิพากษา (The Local district judge) เป็นผู้จดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดิน แต่ปัจจุบันนี้มอบอำนาจการจดทะเบียนให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนที่ดิน ซึ่งมีชื่อเรียกว่า Rechtspfleger และ Registrar การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของประเทศอาฟริกาใต้ (South Africa) ก็กำหนดให้ผู้พิพากษาเป็นผู้จดทะเบียนที่ดินที่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้น ๆ ด้วย การดำเนินการเกี่ยวกับที่ดิน นับตั้งแต่ ค.ศ.1872 จะต้องทำโดยผ่านสำนักงานนายความ (Notar) เสียก่อน สำหรับการจดทะเบียนที่ดิน ซึ่งเริ่มเมื่อ ค.ศ.1900 ก็ต้องกระทำผ่านสำนักงานนายความ (Notar) เช่นกัน Notar คือบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐธรรมนูญ ให้เป็นข้าราชการประเภทหนึ่ง แต่รับเงินค่าตอบแทนจากลูกค้า (อมรา สาขากร, 2525, หน้า 172-175)

แนวคิดและทฤษฎีในการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก

แต่เดิมการโอนสิทธิในที่ดินทำกันง่าย ๆ กล่าวคือให้ผู้รับโอนเข้าไปครอบครองที่ดิน ต่อมาภายหลังได้มีการพัฒนาระบบการโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน โดยการจัดทำทะเบียนที่ดินขึ้นและกำหนดให้มีการจดทะเบียนสิทธิในที่ดิน เพื่อประโยชน์ในการแสดงสิทธิความเป็นเจ้าของ และให้สาธารณชนสามารถตรวจสอบความถูกต้องของผู้มีสิทธิได้ ซึ่งการศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีในการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก จำเป็นต้องศึกษาถึงความเป็นมาของระบบกรรมสิทธิ์ที่ดินในสมัยโบราณ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน หลักกรรมสิทธิ์ แนวความคิดเกี่ยวกับการตกทอดแห่งทรัพย์มรดก แนวความคิดในการจดทะเบียนที่ดิน และทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน ดังนี้

1. ความเป็นมาของระบบกรรมสิทธิ์ที่ดินในสมัยโบราณ

ในสมัยดึกดำบรรพ์ ยุคที่มนุษย์หาเลี้ยงชีพด้วยการล่าสัตว์หรือเก็บผลไม้ในป่าอยู่ สมัยนี้มนุษย์ไม่รู้เรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินเลย ถือว่าที่ดินเป็นของกลางไม่มีใครหวงห้ามเป็นของตน โดยเฉพาะแต่อย่างใด (ร.แลงกาต์, 2526, หน้า 295)

ต่อมาเมื่อถึงสมัยที่มนุษย์รู้จักเลี้ยงปศุสัตว์ท่องเที่ยวไปเรื่อย ๆ ก็ตาม ที่ดินก็ยังไม่มียุโรป
ยังเป็นของกลางอยู่

ต่อมาเมื่อมนุษย์รู้จักการเพาะปลูก จึงเกิดมีเจ้าของที่ดินขึ้น เพราะมนุษย์จะต้อง
ครอบครองที่ดินบริเวณใดบริเวณหนึ่งสำหรับการเพาะปลูกพืชพันธุ์ไม้ แต่ในสมัยเดิมที่ดินยังไม่ตก
เป็นของเอกชนคนใดคนหนึ่ง แต่ตกเป็นของ “เผ่าหรือหมู่” อันร่วมกัน และจะแบ่งปันกัน
ระหว่างครัวเรือนเป็นระยะสั้นทุกปี ต่อมาเมื่อวิธีการเพาะปลูกดีขึ้น ผู้ต้องการยึดถือที่ดินนานกว่า
แต่ก่อน การแบ่งปันที่ดินนั้นนาน ๆ จึงจะทำขึ้นสักครั้งหนึ่ง จนในที่สุดต้องเลิก ไม่มีแบ่งปันกันอีก
ต่อไป ที่ดินจึงตกเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของครอบครัว หัวหน้าครอบครัวจึงเป็นผู้ถือที่ดินในนาม
ของสมาชิกในครอบครัว มีอำนาจตัดสินใจเด็ดขาดในเรื่องการใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นทุกประการ
แต่หัวหน้าครอบครัวไม่มีสิทธิโอนที่ดินนั้นให้แก่ใครเพราะที่ดินนั้นยังเป็นสมบัติของหมู่

ต่อมาเผ่าหรือหมู่มีประมุข ซึ่งเป็นหัวหน้าครอบครัวผู้หนึ่ง มีอำนาจเหนือหัวหน้า
ครอบครัวคนอื่น จึงมีกำลังเข้มแข็งขึ้น สามารถที่จะตั้งลูกหลานของตนเป็นประมุขสืบต่อกันไปได้
เป็นเหตุให้อำนาจของหัวหน้าครอบครัวเสื่อมลง ในบางแห่งประมุขเข้าสวมสิทธิของหัวหน้า
ครอบครัวคนอื่นได้บางประการ ประมุขจึงได้เป็นผู้ถือที่ดินอยู่ในบังคับบัญชาของตนแต่ผู้เดียว
แทนหัวหน้าครอบครัวทั้งหลายได้

ต่อมาเมื่อเผ่าหรือหมู่รวมกันเป็นประเทศชาติใหญ่ การปกครองมั่นคงยิ่งขึ้นเป็นเหตุให้
อำนาจของครอบครัวเสื่อมลงไปอีก แม้ในหมู่ที่ยังถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันของครอบครัว หัวหน้า
ครอบครัวก็ไม่มีอำนาจเด็ดขาดเหมือนแต่ก่อน ต้องปรึกษาสมาชิกผู้อื่น บางทีต้องยอมแบ่งปันที่ดิน
ให้สมาชิกด้วย ดังนั้นกรรมสิทธิ์ในที่ดินของเอกชนจึงเริ่มแพร่หลายขึ้น

กรรมสิทธิ์ในที่ดินของเอกชนที่เริ่มเกิดขึ้นนี้ มีลักษณะแตกต่างกับกรรมสิทธิ์ใน
สังหาริมทรัพย์เป็นอย่างมาก เพราะในสมัยเดิมที่ดินมีอยู่มากแต่คนยังมีน้อย ดังนั้นถ้าหากใคร
ต้องการที่จะเพาะปลูกหรือปลูกเรือนอยู่ก็ต้องไปหาที่ในป่าแล้วแผ้วถางโกนสร้างที่นั่น จึงจะเป็น
ของตน แต่ถ้าเจ้าของอพยพออกจากที่หรือเลิกทำประโยชน์แล้ว ที่นั่นก็จะกลับมาเป็นของกลาง
ผู้ใดจะเข้าทำต่อไปอีกก็ได้ ทั้งนี้เพราะในสมัยโบราณกรรมสิทธิ์ยังไม่แยกออกจากการครอบครอง
เจ้าของต้องเป็นผู้ที่ครอบครองอยู่หรือทำประโยชน์ในที่ดินนั้น จึงจะมีสิทธิหวงห้ามในที่ดินนั้นได้
(ร.แลงกาต์, 2526, หน้า 296) ดังนั้นที่ดินจึงไม่เป็นที่ทรัพย์ที่สำคัญของบุคคล ทรัพย์ที่สำคัญของ
บุคคล คือ ทาส กรรมกร ช่าง ม้า โค กระบือ สิ่งของเงินทองที่ติดตัวไปกับผู้เป็นเจ้าของ เพราะ
เจ้าของจะต้องอาศัยทรัพย์เหล่านี้ ทำให้เกิดประโยชน์ หรือผลผลิตในที่ดิน ถ้าไม่มีก็ไม่สามารถจะ
ทำได้ ดังนั้นการที่กฎหมายเก่าของไทยเกี่ยวกับที่ดินระบุแต่ทรัพย์ต่าง ๆ ที่รวมเป็นกองสมบัติของ

บุคคลโดยมิได้พูดถึงที่ดินเลย เพราะที่ดินไม่มีค่าในตัวของมันเอง แต่ผลเก็บเกี่ยวที่ได้จากที่ดิน จึงตกเป็นของสมบัติของบุคคลมากกว่าเนื้อที่ตนเอง

สมัยต่อมาเมื่อการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แยกออกจากการครอบครองแล้ว (คือได้กรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยไม่ต้องอาศัยหลักการครอบครองหรือทำประโยชน์ในที่ดินนั้น) ที่ดินจึงเป็นทรัพย์สินที่มีคุณค่าต่างหากจากผลประโยชน์ที่ทำได้ แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิในที่ดินก็ยังไม่เหมือนสิทธิในสังหาริมทรัพย์ เพราะสมัยที่มนุษย์รวมตัวเป็นชุมชนใหญ่ เป็นสมัยของ “การปกครองดินแดน” มีพระเจ้าแผ่นดินเป็นเจ้าของอาณาเขต ดังนั้นการที่เจ้าของที่ดินจะหวงแหนที่ดินยึดถือไว้ในอำนาจของตนก็จะเป็นปรปักษ์ต่ออำนาจของพระเจ้าแผ่นดิน ไม่เหมือนสังหาริมทรัพย์ที่ผู้เป็นเจ้าของไม่มีโอกาสที่จะใช้สิทธิของตนในการที่เป็นอุปสรรคต่ออำนาจของพระเจ้าแผ่นดินได้ ดังนั้นในประเทศที่พระเจ้าแผ่นดินมีอำนาจมาก พระองค์ก็พยายามตัดทอนและจำกัดสิทธิของเจ้าของที่ดินมิให้เป็นอันตรายต่ออำนาจของพระองค์ได้ และส่วนใหญ่ก็จะบัญญัติไว้ในกฎหมายเลยทีเดียว ที่ดินทั้งหมดในประเทศเป็นของพระเจ้าแผ่นดิน ภาษีเป็นของราษฎรไม่เช่น ประเทศจีน โบราณ ถือกันว่าพระเจ้าแผ่นดินเป็นเจ้าของที่ดินในอาณาจักร โดยปรากฏในคัมภีร์ชี่กิงของขงจื้อที่ว่า “ที่ดินได้ท้องฟ้าเป็นของผู้เป็นประมุข และบรรดาผู้อาศัยที่ดินนั้นเป็นข้าของประมุข” ตามกฎหมายอิสลาม ถือกันว่าที่ดินเป็นของอิหม่ามผู้เป็นประมุขแห่งศาสนา ไม่เป็นของราษฎร

ในทวีปยุโรปสมัยกลาง ก็ถือว่าอาณาเขตคือที่ดินที่พระเจ้าแผ่นดินทรงอำนาจปกครอง เป็นของพระมหากษัตริย์ เมื่อกษัตริย์ถึงแก่ความตายก็จะแบ่งปันกันระหว่างทายาท เหมือนมรดกของบุคคลธรรมดา ในบางประเทศ ผู้เป็นประมุขแผ่อำนาจโดยรอบชนะ อาณาเขตจึงตกเป็นของพระองค์เหมือนสิ่งของเชลย เช่น พระเจ้าวิลเลียมที่ 1 แห่งพวกนอร์มัน เมื่อตีอังกฤษได้แล้วก็ถือเอาอาณาเขตที่ได้นับว่าเป็นทรัพย์สินสมบัติของตน และแบ่งปันกันในระหว่างขุนนางที่เป็นพรรคพวก

สำหรับประเทศไทย มีหลักบัญญัติไว้ชัดเจนในพระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ 42 ซึ่งเป็นกฎหมายสมัยอยุธยาที่ว่า “ที่ดินในแคว้นกรุงเทวมหานครศรีอยุธยา มหาดิลก นพรัตน์ ราชธานีบุรีรมย์ เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่ จะได้เป็นที่ราษฎรก็หามิได้ และบทที่ 54 มีความว่า “ถ้าที่นอกเมืองหลวงอันเป็นแคว้นกรุงศรีอยุธยา ไซ้ที่ราษฎรอย่าให้ซื้อขายแก่กัน”

เหตุที่ประเทศทั้งหลายในสมัยเดิมถือหลักเช่นนี้ เพราะในสมัยนั้น หลักเรื่อง “กรรมสิทธิ์” และ “อำนาจทางปกครอง” ยังสับสนปะปนกันอยู่ เพราะถือกันว่าสามิเป็นเจ้าของกริยา บิดาเป็นเจ้าของบุตร ประมุขจึงถือกันว่าเป็นเจ้าของที่ในอาณาเขต เพราะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในประเทศ ต้องกินเวลานานจนถึงปัจจุบัน มนุษย์จึงสามารถแยกอำนาจของสามิ บิดาและประมุขออกมาได้

และเพิ่งพิจารณาที่เห็นว่าเป็นสิทธิคนละประเภทและใช้ได้คนละขอบเขต (ร.แดงกาด์, 2526, หน้า 309) ทั้งนี้เพราะ “กรรมสิทธิ์” มุ่งไปในทางกฎหมายเอกชน เกี่ยวกับผลประโยชน์ในทางการเงิน โดยเฉพาะในระหว่างบุคคล และให้เจ้าของมีสิทธิห้ามมิให้ผู้อื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนเท่านั้น ส่วน “อำนาจทางปกครอง” มุ่งไปในทางกฎหมายมหาชน ประมาณราคาเป็นเงินไม่ได้ ผู้มีอำนาจมีสิทธิบังคับให้ผู้อื่นปฏิบัติตามคำสั่งของตน ดังนั้นบุคคลอาจมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่ไม่มีอำนาจ หรือเขาอาจมีอำนาจแต่ไม่ค่อยมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ได้

ในสมัยโบราณมีหลักอยู่ว่า “ใครเป็นอิสระ จะต้องเป็นเจ้าของ” ดังนั้นการที่ประมุขถือตนว่าเป็นเจ้าของอาณาเขต ก็เท่ากับเป็นการแสดงถึงความสมบูรณ์แห่งอำนาจอธิปไตย แต่เรื่องนี้เป็นเรื่องทางทฤษฎีมากกว่า เพราะอาณาเขตทั่วประเทศมีพื้นที่อยู่กว้างขวาง ผู้เป็นประมุขย่อมไม่ครอบครองที่ดินทั้งหมดเหมือนเจ้าของที่ดินที่แท้จริงได้ ในทางพฤตินัยก็ทำได้เพียงปกครองอาณาเขต ทำนองเดียวกับวิธีการปกครองในปัจจุบัน ดังนั้น ในประเทศทั้งหมดที่ประมุขอ้างว่าตนเป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมดในประเทศ จึงไม่ค่อยเป็นอุปสรรคต่อสิทธิของราษฎรเท่าไรนัก เพราะเป็นเรื่องทางพฤตินัยเท่านั้น (ภาสกร ชุณหอุไร, 2529, หน้า 1-4)

2. แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน

อริสโตเติล (Aristotle) ให้ทัศนะเกี่ยวกับทรัพย์สินว่าต้องยอมรับในกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล เพราะกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลก่อให้เกิดคุณค่าทั้งทางภาคเศรษฐกิจและศีลธรรม กล่าวคือในแง่เศรษฐกิจกระตุ้นให้คนอยากทำงานเพื่อเพิ่มพูนทรัพย์สินส่วนตัวให้มากขึ้น ขณะเดียวกันการมีทรัพย์สินสมบัติส่วนบุคคลทำให้แยกส่วนได้ส่วนเสี้ยวของคนในสังคมได้ชัดเจนกว่า และทำให้เกิดความขัดแย้งน้อยกว่าการให้ทรัพย์สินเป็นของส่วนรวม ส่วนในแง่ศีลธรรมทรัพย์สินสมบัติส่วนบุคคลทำให้คนมีศักดิ์ศรี กล่าวคือ เมื่อมีทรัพย์สินส่วนตัวทำให้ไม่ต้องพึ่งพาคนอื่น เป็นตัวของตัวเองและทรัพย์สินสมบัติส่วนตัวสามารถแบ่งปันให้บุคคลอื่น เป็นสิ่งที่แสดงออกถึงคุณธรรมความเมตตากรุณาต่อเพื่อนมนุษย์ในสังคม (สมยศ เชื้อไทย, 2552, หน้า 78-79)

ฌอง โบแดง (Jean Bodin) มีความคิดสนับสนุนเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคล โดยกล่าวได้ว่าบุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สิน เพราะสิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิธรรมชาติ (nature right) และรัฐต้องให้การรับรองและคุ้มครองในสิทธิดังกล่าวแก่ประชาชนด้วย (สตีจิด จำเจริญ, 2549, หน้า 48)

จอห์น ล็อก (John Locke) ให้ทัศนะในหนังสือ Two Treatises of Government ว่า อิสรภาพและเสรีภาพเป็นสิทธิมูลฐานของมนุษย์ ในสภาพธรรมชาติมนุษย์มีสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิในการเป็นเจ้าของเกิดจากแรงงานของมนุษย์ เมื่อมนุษย์ใช้แรงงานเข้าผสมผสานกับ

ธรรมชาติที่พระเจ้าให้มาก็เท่ากับว่าเขาทำให้เกิดสิ่งใหม่ สิ่งนั้นควรเป็นสมบัติของเขาแต่ผู้เดียว เพราะแรงงานที่ลงไปเป็นของมนุษย์ผู้นั้น สิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิมูลฐานตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคน มิใช่มนุษย์ได้รับสิทธินี้จากรัฐ ความคิดของล็อคในเรื่องสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินนี้ แข็งกับลัทธิศักดินาที่มอบให้เจ้านายหรือกษัตริย์เท่านั้นเป็นเจ้าของที่ดิน ความคิดของล็อคจึงเป็นพื้นฐานสนับสนุนหลักการกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล (Private property) นอกจากนี้ ล็อคยังได้ระบุไว้อย่างชัดเจนด้วยว่ากรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลนี้ จะต้องไม่ใช่เพื่อเอาเปรียบบุคคลอื่น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นหลักการที่จะช่วยส่งเสริมมนุษย์มีความอิสระกระทำการต่าง ๆ ได้ ในทัศนะของล็อค กรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลจึงเป็นเครื่องสนับสนุนเสรีภาพ มิใช่เครื่องมือสำหรับบังคับบุคคล

3. หลักกรรมสิทธิ์

การที่บุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ตามกฎหมายโรมันเรียกว่า มี “Jura in re” อันหมายถึงการควบคุมใช้สอยทรัพย์สิน สิทธิในทรัพย์สินนั้น แบ่งออกเป็นสองชนิดคือ สิทธิของความเป็นเจ้าของ และสิทธิในทรัพย์สินซึ่งคนอื่นเป็นเจ้าของ เช่น การจำยอม จำนอง จำน่า เป็นต้น สิทธิประการหลังนี้มีความแตกต่างจากสิทธิประการแรก เพราะมีขอบเขตจำกัดกว่า แต่กรรมสิทธิ์ไม่มีการจำกัดขอบเขตของสิทธิ คำว่า “Jura in re” ใช้กับสิทธิในทรัพย์สินโดยความหมายทั่วไป กล่าวคือ เป็นความหมายอย่างกว้าง เฉพาะสิทธิที่เรียกว่ากรรมสิทธิ์นั้นเรียกว่า “Dominium” ดังนั้น “Jura in re” จึงเป็นส่วนหนึ่งของ “Dominium” กล่าวคือ ทรัพย์สินสิทธิอื่น ๆ เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิที่เรียกว่ากรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์ ตามกฎหมายโรมันจึงหมายถึงความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน อันเป็นความหมายในแง่ของการครอบครองควบคุมทรัพย์สินโดยแท้จริงของเจ้าของ ไม่มีการแยกการครอบครองออกจากกรรมสิทธิ์เหมือนปัจจุบันนี้ ทั้งนี้เพราะในสมัยโบราณ ความจำเป็นหรือคุณค่าทางเศรษฐกิจของที่ดิน หรือทรัพย์สินอื่นยังมีไม่มากนัก คำว่ามีกรรมสิทธิ์ตามความหมายของโรมัน จึงหมายถึงการได้รับสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินมาจากเจ้าของเดิมและต้องประกอบด้วยความยินยอมร่วมกันด้วย การมีกรรมสิทธิ์จะมีได้เฉพาะผู้เป็นชาวโรมันเท่านั้น (อมรา สาขากร, 2525, หน้า 147)

กรรมสิทธิ์ ในกฎหมายโรมันซึ่งปรากฏอยู่ใน Corpus Juris Civilis ของพระเจ้าจัสติเนียน (Justinian) ถือว่าเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินสมบูรณ์ที่สุดในสถาบันกฎหมายเอกชน ลักษณะสำคัญของหลักกรรมสิทธิ์มีอยู่ 3 ประการ คือ (1) กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิเด็ดขาด (2) กรรมสิทธิ์ก่อให้เกิดอำนาจกัน และ (3) กรรมสิทธิ์มีลักษณะถาวร เจ้าของกรรมสิทธิ์ ครอบครอง (Jus Possidendi) มีสิทธิในการใช้สอย (Jus Abutendi) สิทธิที่จะได้ดอกผล (Jus Fruendi) จำหน่ายจ่ายโอนและทำลายทรัพย์สิน

ของตน (Jus Abutendi) อย่างสมบูรณ์ สิทธิดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้บ้าง แต่ยังคงถือว่ามีคุณสมบัติอยู่ (นัยนา เกิดวิชัย, พันตำรวจเอกหญิง, 2549, หน้า 12)

4. แนวคิดเกี่ยวกับการตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดก

ในสมัยโบราณยุคที่ฝูงชนรวมกันอยู่เป็นหมู่เหล่า ทรัพย์สินทั้งหลายที่ใครแสวงหามาได้ ย่อมนำมาไว้ในหมู่คณะที่รวมกันอยู่ถือเป็นของกลาง แม้แต่คนที่เป็นหัวแรงหามาได้ ก็จะต้องถือว่าเป็นเจ้าของไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมไม่มีอะไรจะเป็นมรดกตกทอดมายังบุตรหลาน ต่อมาเมื่อชุมชนรวมกันจนเป็นประเทศ ต่างมีถิ่นฐานที่อยู่ประกอบการทำมาหาเลี้ยงชีพเป็นหลักแหล่งแล้ว ทฤษฎีที่ว่าทรัพย์สินทั้งหลายไม่ใช่ของใคร จะต้องเป็นของกลางแม้คนที่หาได้นั้นตายลงก็จะเป็นของกลางต่อไป เป็นทฤษฎีที่ทำให้มนุษย์ต่างตัดช่องน้อยแต่พอตัว ไม่สะสมทรัพย์สิน อันเป็นเหตุแห่งความเสื่อมในชุมชน และเป็นอันตรายแก่เศรษฐกิจของชาติไม่มีทางที่มั่งคั่งรุ่งเรืองได้ ด้วยเหตุนี้ชุมชนที่เจริญขึ้นบ้างแล้ว จึงยอมรับสิทธิในทรัพย์สิน เห็นสมควรให้มีการรับมรดกของผู้ตายเกิดเป็นธรรมเนียมประเพณีให้บุตรหลานที่เป็นทายาทสืบสายโลหิตรับทรัพย์สินของผู้ตายเป็นมรดกสืบต่อ ๆ กันมาได้ (หลวงสุทธีวาทนฤพุดิ, 2516, หน้า 140)

4.1 ลักษณะการตกทอดแห่งทรัพย์สินมรดก

ในระบบกฎหมายของประเทศที่ยอมรับกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล ย่อมต้องมีการยอมรับให้กรรมสิทธิ์และสิทธิทั้งหลายของบุคคลที่มีอยู่ก่อนตายตกทอดเป็นมรดกได้ แต่ระบบกฎหมายทั้งหลายก็ใช้ระบบการตกทอดที่ต่างกันตามวิธีการตกทอดและประเภทของทรัพย์สินที่ตกทอด

สำหรับวิธีการตกทอดนั้น มี 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ ระบบที่ทรัพย์สินมรดกตกทอดไปยังทายาทโดยตรงทันทีที่เจ้ามรดกตาย ซึ่งเป็นระบบที่ใช้กันแพร่หลายในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย เช่น ฝรั่งเศสหรือเยอรมัน ส่วนประเทศอังกฤษนั้น ใช้ระบบการตกทอดของทรัพย์สินมรดกโดยผ่านผู้แทน (Representative succession) หรือผู้จัดการมรดกที่มีหน้าที่ชำระหนี้กองมรดกและแบ่งปันทรัพย์สินมรดกให้ทายาท

ทรัพย์สินมรดกเองก็ตกทอดต่างกันไปตามระบบกฎหมาย ในระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลส่วนใหญ่ถือตามกฎหมายโรมันว่า มรดกตกทอดไปทั้งกอง คือทั้งทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ และหนี้สิน เว้นแต่ผู้ตายจะทำพินัยกรรมกำหนดทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง (Per vindicationem) ไว้ ทรัพย์สินนั้นก็ตกทอดตามพินัยกรรมแยกจากทรัพย์สินอื่น ส่วนในกฎหมายอังกฤษนั้นการตกทอดของทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ (Personality) และหนี้สินที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์นั้น กับทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ (realty) และหนี้สินที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกัน เช่น คู่สมรสผู้ตายจะได้ทรัพย์สินส่วนตัวของผู้ตาย (Personal

chattels) จำนวนเงิน 40,000 ปอนด์ ดอกเบี้ยร้อยละเจ็ดจากเงิน 40,000 ปอนด์ นับแต่วันตายจนถึงวันได้รับเงินจำนวนดังกล่าว สิทธิที่จะซื้อที่อยู่อาศัยของกลุ่มสมรสที่ตายตามราคาที่ถูกกฎหมายกำหนด ฯลฯ เมื่อคู่สมรสที่มีชีวิตอยู่ได้รับสิทธินี้เรียบร้อยแล้ว จึงจะนำมรดกมาแบ่งแก่ทายาทธรรมดา (Brown,Lavirotte,J.C.Droit compare II,grande Bretagne Fasc.2, p. (5-6))

สำหรับในประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายโรมัน คือ ประการแรก ทรัพย์มรดกตกทอดไปเป็นกองยังทายาทโดยธรรม เว้นแต่ผู้ตายจะทำพินัยกรรมกำหนดการ ตกทอดทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างไว้เป็นอย่างอื่น และประการที่สอง ทรัพย์มรดกตกทอดยังทายาทโดยตรงทันทีที่ผู้ตายตายโดยไม่จำเป็นต้องมีการผ่านผู้แทนหรือผู้จัดการมรดก (บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, 2548, หน้า 42-43)

4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างระบบเศรษฐกิจกับกฎหมายมรดก

การที่กฎหมายมรดกจะมีบทบัญญัติอย่างไรในหลักการสำคัญ อาทิ ขอมให้ทรัพย์สินทุกประเภทตกทอดเป็นมรดก ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์นั้นขึ้นอยู่กับลัทธิเศรษฐกิจและอุดมการณ์ในรัฐใดรัฐหนึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยหลักกรรมสิทธิ์

ในประเทศสังคมนิยมคอมมิวนิสต์นั้น ถ้อยคำสำคัญว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์อันเป็นปัจจัยการผลิตสำคัญโดยเฉพาะที่ดินและอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นของรัฐแต่ผู้เดียว เอกชนจะมีได้อย่างมากก็แค่สิทธิครอบครองใช้สอยประโยชน์ อาทิ ใช้บ้านเป็นที่อยู่อาศัย โดยเหตุนี้ในระบบเศรษฐกิจการเมืองประเภทนี้ ทรัพย์บางอย่างจึงมีอาจตกทอดเป็นมรดกได้เพราะเอกชนไม่มีกรรมสิทธิ์

ในทางตรงกันข้าม ในประเทศทุนนิยมและเสรีนิยมกลับถือว่า หลักกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ของบุคคลเป็นหัวใจสำคัญของระบบเศรษฐกิจการเมือง พอ ๆ กับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom to contract) เมื่อเป็นเช่นนี้ การยอมรับในกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่เจ้าของมีอยู่ก่อนตายตกทอดเป็นมรดกไปยังทายาทได้ จึงเป็นเรื่องสำคัญพอ ๆ กับการยอมรับหลักกรรมสิทธิ์ในเวลาที่มีชีวิตอยู่นั่นเอง เหตุนี้จึงมีรัฐธรรมนูญของหลายชาติ ซึ่งยึดระบบเศรษฐกิจการเมืองแบบนี้ บัญญัติรับรองทั้งสิทธิของบุคคลในกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และสิทธิของทายาทในการรับมรดกในทรัพย์สินนั้น เมื่อเจ้าของเดิมตาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 48 ก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิทั้งสองประการนี้เอาไว้ว่า

“สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การสืบมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง สิทธิของบุคคลในการสืบมรดกย่อมเป็นไปตามกฎหมายบัญญัติ”

จากที่กล่าวมานี้แสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายมรดกมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ หลักกรรมสิทธิ์เป็นบททั่วไปและจะใช้อยู่จนกว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ตาย บทบัญญัติของกฎหมายมรดกจึงมารองรับว่าเมื่อผู้ทรงสิทธินั้นตายแล้ว จะให้วัตถุแห่งสิทธินั้นตกทอดแก่ผู้ใดและอย่างไร หากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ไว้เมื่อผู้ทรงสิทธิตาย วัตถุแห่งสิทธิบางประเภทก็จะกลายเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ อาจทำให้มีการยึดแย้งกันได้ ความไม่สงบเรียบร้อยก็อาจเกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าหลักการใหญ่ของการสืบมรดกจะถูกกำหนดโดยเงื่อนไขทางลัทธิและอุดมการณ์ทางเศรษฐกิจการเมืองก็ตาม แต่ตัวหลักการย่อยและบทบัญญัติในกฎหมายมรดกของแต่ละรัฐซึ่งยึดถืออุดมการณ์การเมืองเศรษฐกิจอย่างเดียวกัน ก็อาจแตกต่างกันได้อีกตามวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีและศาสนา โดยเฉพาะในกฎหมายลักษณะครอบครัวมรดกนั้น บทบาทของปัจจัยเหล่านี้สำคัญยิ่งกว่าในกฎหมายอื่น ๆ เพราะในกฎหมายอื่น ๆ อาทิกฎหมายพาณิชย์(ลักษณะซื้อขาย ตัวเงิน ประกันภัย ฯลฯ) อาจมีการลอกเลียนกฎหมายต่างประเทศกันได้ง่าย แต่กฎหมายลักษณะครอบครัว มรดกนั้น ผู้ร่างจำต้องอาศัยพื้นเพภูมิหลัง ทางขนบธรรมเนียมประเพณีเดิมของชาติตนเป็นหลักสำคัญ โดยเหตุนี้ การศึกษากฎหมายลักษณะครอบครัว มรดกจะละเอียดภูมิหลังและสภาพสังคมในอดีตและปัจจุบันมิได้ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2548, หน้า 3-4)

4.3 ความสัมพันธ์ระหว่างขนบธรรมเนียมประเพณีและศาสนากับกฎหมายมรดก

ความสัมพันธ์ดังกล่าวแสดงออกมาในรูปบทบัญญัติทั้งหลายที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายนั่นเอง ข้อนี้มีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 อยู่หลายประการ ถึงแม้ว่าหลักการสำคัญหลายประการในกฎหมายตราสามดวงลักษณะมรดกเดิมจะถูกยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับกาลสมัยอย่างไร หลักการสำคัญ ๆ อันมีที่มาจากขนบประเพณีเดิมยังปรากฏอยู่หลายเรื่องให้เห็นได้ เช่น การจัดให้บิดามารดาเป็นทายาทลำดับ 2 ซึ่งจะไม่ถูกตัดโดยทายาทลำดับอื่นเลย (มาตรา 1629) นั้น มีที่มาจากกฎหมายลักษณะมรดก บทที่ 3 ซึ่งจัดบิดามารดาให้เป็นทายาทภาคหนึ่งในสี่ภาค อันสืบเนื่องมาจากคติไทยเรื่องความกตัญญูต่อบิดามารดา บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการหมดสิทธิในการรับมรดกหลายเรื่องก็มีที่มาจากธรรมเนียมและกฎหมายเก่า เช่น การกำจัดมิให้รับมรดกนั้น มีที่มาจากกฎหมายเก่าว่าด้วยญาติไม่เป็นมิตร การตัดมิให้รับมรดกสืบมาจากการที่บิดามารดาบอกศาลาบุตรชายหญิงใจบาปหยาบช้าไม่นับว่าเป็นบุตร และที่เห็นได้ชัดที่สุด คือ อายุความมรดก 1 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 นี้ ตก

ทองคำจากกฎหมายเก่าว่าด้วยอายุความมรดกโดยตรง ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะรับฟ้อง บทที่ 21 (บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, 2548, หน้า 4-5)

5. แนวคิดในการจดทะเบียนที่ดิน

ในสมัยที่ชุมชนยังเล็กและมีความใกล้ชิดกัน ผู้คนจะรู้จักและรู้ความเป็นไปของเพื่อนบ้านทั้งใกล้และไกลเป็นอย่างดี การโอนสิทธิในที่ดินก็ทำกันง่าย ๆ โดยโอนด้วยปากเปล่าต่อหน้าพยาน และให้ผู้รับโอนเข้าไปครอบครองที่ดินทันที แต่การโอนแบบนี้มีข้อบกพร่องมาก เพราะไม่มีหลักฐานอื่นใดนอกจากพยานรู้เห็นไม่ถึคน ถ้าคนเหล่านั้นตายไปคนอื่นก็ไม่อาจรู้ได้ จึงยากต่อการพิสูจน์ว่าใครเป็นเจ้าของที่แท้จริง และการโอนแบบนี้ ถ้าผู้รับโอนไม่เข้าครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินทันทีแล้ว คนอื่นก็อาจไปครอบครองได้ เป็นทางให้เกิดข้อพิพาทได้ง่าย และเมื่อเกิดข้อพิพาทแล้ว ก็พิสูจน์สิทธิที่แท้จริงได้ยากมาก

ต่อมาจึงมีกฎหมายกำหนดว่า ในการโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ให้ทำเป็นหนังสือกันขึ้นเอง โดยมีพยานลงชื่อรับรู้ด้วย ในอังกฤษและประเทศที่เคยเป็นอาณานิคมของอังกฤษเรียกเอกสารที่ใช้ในการโอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดินนี้ว่าดีด (Deed) การโอนวิธีนี้แม้ว่าจะมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ตาม แต่ก็มีผู้รู้เห็นอีกไม่ถึคน บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสรับรู้ได้เลย ทำให้เจ้าของที่ดินสามารถทำหนังสือโอนที่ดินซ้ำขึ้นอีกได้ หรืออาจร่วมมือกับผู้รับโอนแก้ไขสัญญาเพื่อหลอกลวงบุคคลอื่นได้ ทำให้บุคคลอื่นเสียเปรียบ ต่อมาจึงมีกฎหมายบังคับว่า เมื่อได้ทำสัญญาเป็นหนังสือแล้ว จะต้องนำสัญญานั้นมาจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (Registration of deeds) เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่เก็บสำเนาเอกสารสัญญา และบันทึกสาระสำคัญของสัญญานั้น ๆ ไว้ในทะเบียน เพื่อให้บุคคลภายนอกสามารถมาตรวจสอบสัญญาที่ทำกันไว้ได้ เมื่อจดทะเบียนแล้วจะทำให้ผู้รับโอนมีสิทธิในที่ดินนั้นดีกว่าผู้ที่ทำแต่เพียงสัญญา แต่ไม่ได้นำสัญญามาจดทะเบียนหรือนำสัญญามาจดทะเบียนแต่จดทีหลัง

แม้ว่าการโอนวิธีนี้จะป้องกันการทำสัญญาลับ ๆ และป้องกันการแก้ไขหรือปลอมแปลงสัญญากันได้ก็ตาม แต่การโอนด้วยวิธีนี้เป็นเพียงการจดทะเบียนตัวเอกสารที่ใช้เป็นหลักฐานในการโอนหรือก่อตั้งสิทธิในที่ดินเท่านั้น ไม่ใช่เป็นการจดทะเบียนตัวสิทธิโดยตรงและกฎหมายไม่ได้ให้ถือทะเบียนที่ทำขึ้นไว้สำหรับจดทะเบียนเอกสารสัญญานั้น เป็นหลักฐานเด็ดขาดสำหรับการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดิน แต่ให้ถือตัวเอกสารสัญญาเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิ ดังนั้น แม้ว่าคู่สัญญาจะนำสัญญามาจดทะเบียนแล้วก็ตาม แต่ถ้าหากว่าสัญญานั้นทำกันไม่ถูกต้อง เช่น ผู้โอนไม่ใช่เจ้าของที่แท้จริง หรือสิทธิของผู้โอนมีข้อบกพร่องอยู่ผู้รับโอนก็จะไม่ได้สิทธิในที่ดินหรือได้สิทธิไปโดยมีข้อบกพร่องติดไปด้วย ตามหลักผู้รับโอน ไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (Nemo dat quid non habet)

ในทางปฏิบัติเมื่อจะทำสัญญาใด ๆ ผู้โอนจะต้องพิสูจน์ให้ผู้รับโอนเชื่อว่าตนเป็นเจ้าของที่แท้จริง โดยการนำสัญญาที่ตนทำกับเจ้าของเดิมรวมทั้งสัญญาที่เจ้าของเดิม ๆ ทำกันไว้มาแสดงต่อผู้รับโอนและผู้รับโอนก็จะต้องตรวจสอบหลักฐานเหล่านั้นกับทะเบียนอย่างละเอียด ว่าได้มีการทำไว้ถูกต้องหรือไม่ ในกรณีที่มีการตกทอดสิทธิโดยผลของกฎหมาย เช่น การรับมรดก ก็ต้องมีการตรวจสอบบัญชีเครือญาติหรือพินัยกรรมให้ดี เพราะการตกทอดสิทธิโดยผลของกฎหมายนี้ไม่ต้องมีการจดทะเบียนใด ๆ การโอนวิธีนี้จึงก่อภาระในการพิสูจน์สิทธิและตรวจสอบสิทธิมาก เพราะต้องตรวจสอบทั้งข้อเท็จจริงและข้อกำหนดเอง จะพึงแต่ทะเบียนอย่างเดียวไม่ได้ และปกติทั้งผู้โอนและผู้รับโอนมักไม่มีความรู้ทางกฎหมายดีพอที่จะตรวจสอบความถูกต้องเกี่ยวกับสิทธิของผู้โอน จึงมักต้องว่าจ้างให้ทนายความช่วยดำเนินการให้ ทำให้เสียค่าใช้จ่ายมากและแม้จะได้ตรวจสอบอย่างดีแล้วก็ไม่แน่ว่าจะมีข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่จะทำให้ผู้รับโอนเสียเปรียบแต่ผู้รับโอนไม่เคยทราบมาก่อนเลยปรากฏออกมาอีกหรือไม่ ทำให้ผู้รับโอนยังเสี่ยงต่อการเสียสิทธิของตนได้

ต่อมาจึงเกิดระบบการโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดินขึ้นมาอีกแบบหนึ่งเรียกว่าระบบ Registration of title หรือที่รู้จักกันดีในชื่อว่า ระบบทอร์เรนส์ (Torrens system) ระบบนี้ทางราชการจะจัดทำทะเบียนที่ดินขึ้นเป็นรายแปลง และกำหนดไว้ในกฎหมายว่า ถ้าทะเบียนที่ดินแสดงว่าใครมีสิทธิอย่างไร ก็ให้ถือว่าสิทธิตามที่ปรากฏในทะเบียนโดยเด็ดขาด ใครจะขอให้เพิกถอนทะเบียนหรือโต้แย้งเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ (Indefeasible) ถ้าผู้รับโอนเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทนเมื่อจดทะเบียนแล้วจะกำหนดให้ผู้รับโอนต้องได้สิทธิตามนั้นโดยเด็ดขาด (มีข้อยกเว้นบางประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้) แม้แต่เจ้าของเดิมก็ไม่มีสิทธิฟ้องศาลหรือขอให้นายทะเบียนเพิกถอนรายการจดทะเบียนนั้นแต่อย่างใด จะมีสิทธิก็แต่เพียงขอรับค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหาย (Assurance fund) หรือจากรัฐเท่านั้น การกำหนดหลักการเช่นนี้ ทำให้การโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดินทำได้ง่ายขึ้น เพราะเพียงแค่ขอตรวจดูว่าทะเบียนที่ดินมีชื่อใครเป็นผู้มีสิทธิในที่ดิน ก็ติดต่อทำสัญญากับผู้นั้นได้โดยไม่ต้องตรวจสอบถึงความถูกต้องของการทำสัญญาช่วงก่อน ๆ แต่อย่างใด และถ้าผู้รับโอนรับโอนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน (Bona fide purchaser for value) ก็จะได้สิทธิไปโดยเด็ดขาด แต่ถ้ามีเหตุใด ๆ ที่ทำให้ผู้รับโอนหรือเจ้าของเดิมต้องเสียสิทธิในที่ดินไป เช่น มีการจดทะเบียนโอนที่ดินไปยังผู้อื่นโดยผู้รับโอนคนหลังเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน ผู้รับโอนคนแรกที่ต้องเสียสิทธิในที่ดินไป ก็จะได้รับชดเชยค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหายหรือจากรัฐ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายด้วย (รุ่งนภา ศรีสมวงษ์, 2539, หน้า 8-11)

ตามหลักการจดทะเบียนที่ดินมีวัตถุประสงค์อันเป็นอุดมการณ์สำคัญของการจดทะเบียนที่ดิน ตามระบบ “ทอเรนส์” (Torren’s System) ซึ่งนิยามกันอยู่ในอารยะประเทศนั้นก็คือ การทำให้เรื่องของกรรมสิทธิ์ที่ดินไม่เป็นเรื่องยุ่งยาก มีความสะดวกในการทำธุระเกี่ยวกับที่ดินต่าง ๆ และทำให้กรรมสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของที่ดินในทะเบียนมีความมั่นคง เว้นแต่ในกรณีที่มีข้อระบุไว้โดยเฉพาะ (อมรา สาขากร, 2525, หน้า 39)

ระบบการโอนที่ดินที่สมบูรณ์นั้น เซอร์ เฟอเตสคิว คริคเดล (Sir Charles Fortescue Brickdale) กล่าวว่า จะต้องมียุทธศาสตร์ 6 ประการ คือ ความมั่นคง ความไม่ยุ่งยาก ความแม่นยำ ถูกต้อง ความประหยัด ความรวดเร็ว และความเหมาะสมแก่รูปเรื่องที่แวดล้อม ทั้งนี้โดยมีสาระสำคัญที่จะขาดเสียมิได้ คือให้ความเป็นเจ้าของที่จดไว้ในทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานมั่นคง ไม่สูญเสียดูฤกษ์ หรือ ไม่อาจจะลบล้างสิทธิได้ (Indefeasible Right) และให้เป็นพยานหลักฐานที่ศาลรับฟังโดยไม่ต้องนำสืบอีกด้วย (Conclusive Evidence) (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 111)

6. หลักความเป็นธรรม

กฎหมายบัญญัติขึ้น โดยยึดถือหลักความเป็นธรรมในสังคม ดังนั้น หลักความเป็นธรรมจึงเป็นแก่นแท้ของกฎหมาย ปัญหาที่ว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะเรียกได้ว่า “เป็นธรรม” นักปราชญ์จึงพยายามหาข้อยุติของความเป็นธรรม เพราะไม่เช่นนั้นแล้วก็ต้องแจกแจงรายละเอียดกันไม่รู้จบ สิ่งที่ยุติในสายตาศึกษาทางกฎหมาย คือ ความเป็นธรรมตามกฎหมาย ซึ่งเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ความยุติธรรม ที่อาจจะไม่ใช่ความเป็นธรรมในสายตาประชาชนทั่วไปก็ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายย่อมบัญญัติขึ้นเพื่ออำนวยความยุติธรรมให้ปวงชนโดยเสมอหน้ากัน ด้วยเหตุนี้ส่วนใหญ่ความเป็นธรรมตามกฎหมายจะไม่ผิดแผกแตกต่างหรือห่างไกลจากความเป็นธรรมตามธรรมชาติมากนัก กฎหมายส่วนมากจึงยังเป็นที่ยอมรับนับถือของปวงชนมาตราบนานเท่าทุกวันนี้กฎหมายแม้จะมีความสำคัญแต่ก็ยังไม่เพียงพอและไม่เป็นหลักประกันว่าจะทำให้ชีวิตดีงามและสังคมมีสันติสุขได้ โดยเฉพาะสังคมประชาธิปไตยที่มีและยอมรับความแตกต่างหลากหลายของประชาชนคนในสังคมจะต้องมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันหรือมีความสามัคคีเป็นเอกภาพ และมีหลักความประพฤติปฏิบัติต่าง ๆ ที่จะทำให้เกิดความเป็นเอกภาพความสามัคคี จึงจะดำรงรักษาสังคมให้มั่นคงและมีสันติสุขหลักการต่าง ๆ เพื่อดำรงรักษาสังคมให้มั่นคงและมีความสุขนั้นเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย ถ้ายึดและปฏิบัติตามหลักการเหล่านั้น ก็แทบจะกล่าวได้ว่าไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายหลักการดังกล่าว

เป็นหลักทั่วไปมีอยู่ในรูปคตินิยมหรือหลักคำสอนทางศาสนา นอกจากนี้ยังนำมาเป็นหลักการในการบัญญัติข้อกฎหมายด้วย คือ หลักนิติรัฐ (เพียงจิตต์ คล้ายสวน, 2549, หน้า 22-23)

7. ทฤษฎีกฎหมายมหาชน

ปรัชญาของหลักกฎหมายมหาชน คือ การสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ (Interet general) อีกนัยหนึ่งคือการประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน” (กูริชญา วัฒนรุ่ง, 2550, หน้า 65)

7.1 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน

ตามแนวความคิดดั้งเดิมสิทธิและเสรีภาพก่อให้เกิดสิทธิในการป้องกัน (Abwehrrechte) ตนเองของปัจเจกบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐในเสรีภาพหรือในทรัพย์สิน แนวความคิดนี้เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพได้ก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชน การกิจประการสำคัญของสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จึงเป็นการทำหน้าที่ในการป้องกันการแทรกแซงจากอำนาจมหาชน ทั้งนี้ เพื่อความมุ่งหมายที่จะทำให้เกิดความมั่นคงหรือหลักประกันต่อเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอันเกิดจากการแทรกแซงของอำนาจมหาชน ความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันในปัจจุบันส่วนหนึ่งเห็นว่า สิทธิและเสรีภาพประเภทสิทธิในการป้องกันได้ลดบทบาทความสำคัญลงอย่างมาก ในปัจจุบันต่างยอมรับกันว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นมีไว้เพียงสิทธิในการป้องกันเท่านั้น หากสิทธิและเสรีภาพยังทำหน้าที่ในการเรียกร้องให้รัฐกระทำการ (Leistungsfunktion) โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิและเสรีภาพที่มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผู้อ่อนแอกว่าในทางสังคมนั้น ได้ให้สิทธิเรียกร้องแก่ปัจเจกบุคคลเพื่อเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของตนในเรื่องดังกล่าว

สิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวกับการเรียกร้องให้รัฐกระทำการนี้มักจะจำกัดอยู่เฉพาะกับสิทธิที่เรียกว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีวิต” (Soziale Grundrechte) หรือสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่คุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวกับความจำเป็นในการดำรงชีพของมนุษย์ เช่น ที่อยู่อาศัย อาหาร เครื่องนุ่งห่ม เรื่องเกี่ยวกับสาธารณสุข หรือ สาธารณูปโภคต่าง ๆ

แนวคิดเรื่องการให้ความคุ้มครองในทางหลักการ (Die institutionelle Garantie) เป็นแนวคิดที่ได้รับการพัฒนามาจาก Carl Schmitt เห็นว่า การให้ความคุ้มครองในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญต่อการปกครองตนเองขององค์กรปกครองท้องถิ่นก็ดี การปกครองตนเองของมหาวิทยาลัยก็ดี การให้หลักประกันในเรื่องกรรมสิทธิ์ก็ดี และการรับมรดกก็ดี เหล่านี้ถือว่าเป็นการ

ให้หลักประกันในทางหลักการ มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองหลักกฎหมายดังกล่าว เพื่อมิให้เกิดการเปลี่ยนแปลงจากฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวโดยสรุป สิทธิและเสรีภาพที่ให้ความคุ้มครอง โดยหลักการนั้นมีความแตกต่างจากสิทธิและเสรีภาพที่ให้ความคุ้มครองในลักษณะปัจเจกบุคคล สิทธิและเสรีภาพที่ให้ความคุ้มครองโดยหลักการนั้น นอกเหนือจากที่ให้ความคุ้มครองในลักษณะปัจเจกบุคคลแล้ว ยังเป็นการให้ความรับรองคุ้มครองในลักษณะที่ไม่เกี่ยวกับตัวบุคคล หากแต่เป็นการให้ความรับรองคุ้มครองที่มุ่งหมายต่อหลักการหรือกฎเกณฑ์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง การให้หลักประกันในทางหลักการนั้นก่อให้เกิดหน้าที่ในการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครอง กล่าวคือ หลักประกันในทางหลักการบางกรณีก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่รัฐในการทำให้บรรลุความมุ่งหมายของการคุ้มครองดังกล่าว เช่น การให้ความคุ้มครองต่อสถาบันครอบครัวย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ต่อรัฐในการออกกฎหมายที่ดี หรือในการบังคับใช้กฎหมายที่ดี เพื่อให้เกิดความเข้มแข็งต่อสถาบันครอบครัว (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2552, หน้า 55-59)

7.2 แนวคิดว่าด้วยรัฐ

หากสังคมคือการที่มนุษย์อยู่รวมกันเป็นหมู่เหล่า รัฐก็ย่อมมีความหมายถึงสังคมซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นอย่างเป็นระเบียบนั่นเอง ความหมายของรัฐ Roger Benjamin และ Raymond Duvall เสนอว่า ได้มีแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้อยู่ 4 แนวด้วยกัน คือ

- 1) รัฐในฐานะที่เป็นรัฐบาล (The State as Government) ซึ่งหมายความถึง กลุ่มบุคคลที่ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจในการตัดสินใจในสังคมการเมือง
- 2) รัฐในฐานะที่เป็นระบบราชการ (The State as Public Bureaucracy) หรือ เครื่องมือทางการบริหารที่เป็นปีกแผ่นและเป็นระเบียบทางกฎหมายที่มีความเป็นสถาบัน
- 3) รัฐในฐานะที่เป็นชนชั้นปกครอง (The State as Ruling Class)
- 4) รัฐในฐานะที่เป็นโครงสร้างทางอุดมการณ์ (The State as Normative Order)

แนวความคิดที่หนึ่งและที่สอง เป็นแนวความคิดของนักสังคมศาสตร์ ซึ่งมองว่า รัฐ คือ กลไกทางการเมือง ซึ่งได้แก่ สถาบันต่าง ๆ ของรัฐบาลและข้าราชการที่ทำงานให้สถาบันเหล่านั้น ผู้ทำหน้าที่ในการปกครองบ้านเมืองโดยอำนาจตามกฎหมาย ขณะที่แนวความคิดที่สามนั้น เป็นแนวความคิดของมาร์กซิสต์ ส่วนแนวความคิดที่ 4 จะเป็นแนวความคิดของนักมานุษยวิทยา สะท้อนว่าหากพิจารณาในแง่ความหมายของรัฐแล้ว ย่อมมีผู้ให้เห็นแตกต่างกันไปหลากหลายแล้วแต่ว่าจะมองมาจากศาสตร์ใด แต่ในแง่กฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว อาจพอให้ความหมายของรัฐ ได้ว่า หมายถึง “สังคมการเมืองขนาดใหญ่ ซึ่งประกอบด้วยดินแดนหรืออาณาเขตอันแน่นชัด

และราษฎรหรือสมาชิกของสังคมนั้น ๆ ตลอดจนอำนาจทางการเมืองการปกครอง ในอันที่จะรักษารัฐนั้นไว้ให้ดำรงต่อไปได้”

เหตุผลแห่งรัฐ

โดยธรรมชาติแล้วมีพลัง 3 ด้านที่ขัดกันมนุษย์ให้มาอยู่ร่วมกันในสังคมภายใต้ อำนาจที่เหนือกว่าครอบครัวและชุมชน พลังทั้งสามด้าน ได้แก่ ความกลัว ความปรารถนาที่จะมีชีวิตรอดอยู่อย่างมีความสุข และความต้องการที่จะอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี

1. ความกลัว

มนุษย์มีความกลัวอยู่ตลอดเวลาไม่ว่าในสมัยที่ยังไม่เข้าใจธรรมชาติ ไม่สามารถควบคุมธรรมชาติได้ หรือในสมัยที่มีความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยี ความกลัวของมนุษย์มีทุกระดับ นับตั้งแต่กลัวตนเอง (ความไม่เชื่อใจ ไม่แน่นอนใจ) กลัวความตาย กลัวการสูญเสียสิ่งที่รัก หวงแหน และเป็นเจ้าของ กลัวการถูกรุกราน กลัวถูกโต้ตอบเมื่อไปรุกราน เพราะมนุษย์มีความกลัว มนุษย์จึงแสวงหาความมั่นคงปลอดภัย ซึ่งหลักประกันขั้นต่ำ ได้แก่ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต การดำรงชีพ การประกอบอาชีพ และทรัพย์สิน ทั้งที่เป็นความมั่นคงปลอดภัยภายในสังคม และจากการรุกรานของพลังภายนอกสังคมความต้องการความมั่นคง เพราะความกลัวที่ไม่เกี่ยวกับสิ่งที่เป็นรูปธรรมก่อให้เกิดความเชื่อ อุดมการณ์ และลัทธิศาสนาต่าง ๆ ความมั่นคงทางกายภาพและทางจิตใจ นำไปสู่กำเนิดและพัฒนาการของโครงสร้างหรือกลไก 2 ด้าน ในสังคมคือกลไกกำลังบังคับกับกลไกอุดมการณ์

2. ความปรารถนาที่จะมีชีวิตรอดอยู่อย่างมีความสุข

เมื่อมนุษย์อยู่รอดได้และมีความมั่นคงขั้นต่ำในชีวิต การประกอบอาชีพ ถิ่นที่อยู่ และทรัพย์สินแล้ว มนุษย์ย่อมแสวงหาชีวิตที่มีความสุข ซึ่งนำไปสู่การสะสมเพื่อวันข้างหน้า ปีน้า ทศวรรษหน้า และเพื่อลูกหลาน การมีชีวิตอยู่อย่างมีความสุขนี้ด้านหนึ่ง หมายถึง การอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองที่เป็นธรรมไม่กดขี่ไม่เอาเปรียบ หากเป็นอำนาจการปกครองที่ให้ความร่วมมือ ชีวิตภายใต้อำนาจรัฐจึงจะเป็นสุข เงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งเป็นหลักประกันของการมีชีวิตที่เป็นสุขในระยะยาว ก็คือการรับรองสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล ในประวัติศาสตร์สังคมความร่วมมือเป็นสุขมิได้มีอยู่เสมอไป บางสมัยก็มีแต่ทุกข์เข็ญ เพราะสภาพชีวิตความยากจนข้นแค้น หรือไม่ก็เกิดจากสภาพการณ์ข้าวยากหามาแพง นอกจากนี้สังคมที่ร่วมมือเป็นสุขจะต้องเป็นสังคมที่ความร่วมมือเป็นสุขนั้นแผ่ขยายวงกว้างออกไปมิใช่จำกัดวงแคบ ยิ่งความร่วมมือเป็นสุข (อย่างน้อยในปัจจัยสี่มีความมั่นคง) มีมากเท่าใด ความชอบธรรมและความเป็นธรรมก็จะยิ่งมากขึ้นเท่านั้น

3. ความต้องการที่จะอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี

มนุษย์เป็นสัตว์ที่มีศักดิ์ศรีมนุษย์จึงมีไม่เฉพาะภาษา แต่ยังมีเพลง มีการละเล่น มีการกีฬา และมีการสังสรรค์กัน นับตั้งแต่วัยเด็กจนถึงผู้ใหญ่ ความต้องการที่จะอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี สะท้อนจากความปรารถนาในการมีส่วนร่วม การมีส่วนร่วมหลายรูปแบบและหลายระดับ ในบางกรณีก็มีอาณาบริเวณที่ซ้อนกันอยู่ เราจะกล่าวถึงการมีส่วนร่วมเพียงด้านใดด้านหนึ่งหรือในระดับใดระดับหนึ่งไม่ได้ แต่จะต้องพิจารณาพหุมิติ และหลายระดับของการมีส่วนร่วมทางสังคม วัฒนธรรม ทางเศรษฐกิจ และทางการเมือง

พลังขับเคลื่อนสามประการนี้ เป็นพื้นฐานสำคัญของการดำรงอยู่แห่งรัฐและเป็นเหตุผลสามด้านของการใช้อำนาจรัฐ และก็เป็นความคาดหวังของคนในสังคมที่ต้องการการตอบสนองจากรัฐในสามมิติด้วยเช่นกัน พลังสามด้านที่เกาะเกี่ยวและขับเคลื่อนซึ่งกันและกันนี้ได้ก่อให้เกิดไตรภาคของเหตุผลแห่งรัฐเพราะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับสังคมต่างเกิดมาจากเหตุผลทั้งสามนี้ และแต่ละเหตุผลต่างเป็นอุปสรรคแก่กัน ในปัจจุบันนี้ เรารู้จักไตรลักษณ์ของรัฐ หรือ ลักษณะกิจกรรมของรัฐทั้งสามด้าน กล่าวโดยสรุป ก็คือ

ความกลัว ความต้องการความมั่นคงปลอดภัย

ความสุข การพัฒนาคุณภาพชีวิต

ความมีศักดิ์ศรี ความต้องการที่จะมีศักดิ์ศรี

ซึ่งทั้งหมดก็ล้วนเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับสัญชาตญาณของมนุษย์ทั้งสิ้น อันเป็นเหตุผลดั้งเดิมของรัฐที่ก่อให้เกิด โครงสร้างที่ประกอบกิจกรรมอันต่อเนื่องยาวนาน ดังนั้น มิติความมั่นคง มิติการพัฒนา และมิติการมีส่วนร่วม จึงเป็นพื้นฐานสำคัญของรัฐและสังคม

อาจสรุปหน้าที่หลักของรัฐที่สำคัญได้ว่ามีอยู่ด้วยกัน 2 ด้าน ได้แก่

1) การจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดเพราะมนุษย์มีความต้องการที่หลากหลาย แต่ทรัพยากรที่มีอยู่มีจำกัด จึงต้องมีรัฐมาทำหน้าที่จัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่จำกัดเหล่านี้

2) หน้าที่ในการปกป้องเพื่อให้เกิดความปลอดภัยในร่างกาย และชีวิตอันเป็นความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ จึงต้องมีรัฐมาทำหน้าที่คุ้มครองตนเอง และสังคมจากศัตรู (มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2554, ออนไลน์)

7.3 หลักการใช้อำนาจรัฐ

กฎหมายมหาชน เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจและหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการปกครองบริหารประเทศและการบริการสาธารณะ ฉะนั้นการใช้อำนาจตามกฎหมายของผู้ปกครองไม่ว่าจะเป็นรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ล้วนแล้วแต่มีผลกระทบโดยตรงต่อประชาชน ซึ่งหากผู้ใช้อำนาจและหน้าที่มากกว่าและพิเศษกว่าประชาชน

โดยทั่วไปตามกฎหมายนั้น ได้เบี่ยงเบนในการใช้อำนาจและหน้าที่ที่ตนมี จะทำให้เกิดผลเสียหายต่อประชาชน ดังนั้นการใช้อำนาจและหน้าที่ดังกล่าวต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานและหลักการที่เหมาะสม ซึ่งเป็นที่มาของ “หลักการใช้อำนาจหน้าที่ตามหลักกฎหมายมหาชนในการบริหารประเทศ และการบริการสาธารณะของรัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ” ซึ่งมีอยู่ 3 ประการสำคัญคือ

7.3.1 การใช้อำนาจและหน้าที่ของรัฐของหน่วยงานของรัฐและของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำเพื่อให้บรรลุตามเป้าประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น

การปกครองในระบบประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยกฎหมาย หรือที่เรียกว่า การปกครองโดยใช้หลักนิติรัฐ ซึ่งผู้ที่จะมีอำนาจและหน้าที่ในการปกครองและบริหารประเทศจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจและหน้าที่ไว้และกฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติโดยประชาชนหรือโดยตัวแทนของประชาชนในการให้อำนาจและหน้าที่ดังกล่าว เพื่อให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นในการทำหน้าที่ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชน ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเท่านั้น หากการใช้อำนาจและหน้าที่ตามหลักกฎหมายมหาชนของผู้ปกครองไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว กฎหมายมหาชนก็ยังมีบทบัญญัติถึงกระบวนการควบคุมการใช้อำนาจนั้นด้วย

7.3.2 การใช้อำนาจของรัฐของหน่วยงานของรัฐและของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำด้วยความเหมาะสมและตามสมควรเท่านั้น

การพิจารณาถึงเกณฑ์ของความเหมาะสมและความสมควรในการใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือของหน่วยงานของรัฐนั้น เป็นเรื่องที่หาข้อยุติได้ยาก ทั้งนี้ เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์อันใดที่จะใช้เป็นเกณฑ์ได้อย่างเที่ยงตรง เพราะในเรื่องของการใช้อำนาจดังกล่าว นั้น เป็นเรื่องของการใช้ดุลยพินิจ และการใช้ดุลยพินิจนี้มีองค์ประกอบและเงื่อนไขหลายประการ ในแต่ละบุคคลแต่ละสถานการณ์และในแต่ละสิ่งแวดล้อม ฯลฯ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนแล้วแต่มีผลต่อการตัดสินใจของผู้มีอำนาจและหน้าที่ดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีการพิจารณาในเรื่องของความเหมาะสมและสมควรในการใช้อำนาจและหน้าที่นั้น จะต้องพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจและหน้าที่นั้นว่ามีความเหมาะสมและสมควรกับประโยชน์ของสาธารณะชนหรือของประชาชนโดยรวมหรือไม่ เพราะการที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจและหน้าที่แก่ผู้ปกครองและผู้บริหารประเทศไว้นั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อการบริการแก่สาธารณะชน และเพื่อการปกครองที่กระทำเพื่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ ดังนั้นหากการกระทำตามอำนาจและหน้าที่เพื่อประโยชน์ของประชาชนส่วนรวมเป็นไปเพื่อสาธารณะและประโยชน์ของคนโดยส่วนรวมแล้ว ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่สมควรและเหมาะสม เช่น การเวนคืนที่ดินเพื่อทำถนนสาธารณะ ดังนี้ถือได้ว่าเป็นการใช้

อำนาจและหน้าที่ที่มีความเหมาะสมและสมควร แต่หากการเวนคืนที่ดินดังกล่าวเพื่อที่จะนำมาสร้างสนามกอล์ฟ ถือว่าการใช้อำนาจและหน้าที่ดังกล่าวไม่สมควรและไม่เหมาะสม เพราะการสร้างสนามกอล์ฟไม่เป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

อย่างไรก็ตามการพิจารณาว่า การกระทำตามอำนาจและหน้าที่ใดจะเป็นการสมควรหรือมีความเหมาะสมหรือไม่อย่างไรนั้นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบขณะนั้นเป็นสำคัญ ด้วย เพราะหลักการและเหตุผลในการใช้ดุลยพินิจในยุคนั้นสมัยหนึ่งอาจมีความเหมาะสมและเป็นการสมควร หรือไม่มีความเหมาะสมและเป็นการไม่สมควรก็ตาม แต่ในอีกยุคหนึ่งสมัยหนึ่งอาจจะเป็นในทางตรงกันข้ามก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่าง ๆ หลายอย่างสำหรับกาลสมัยนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ดี แม้กาลสมัยและสถานการณ์ในขณะนั้นจะเป็นตัวแปรหรือเป็นเงื่อนไขอันหนึ่งก็ตาม แต่ความเหมาะสมและความสมควรในการใช้อำนาจและหน้าที่ในการตัดสินใจในการบริหารประเทศของรัฐของหน่วยงานของรัฐ และของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีได้พ้นไปจากหลักการที่ว่า จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของสาธารณชนหรือของประชาชนคนส่วนใหญ่แต่อย่างใดเลย

7.3.3 การใช้อำนาจและหน้าที่ของรัฐ ของหน่วยงานของรัฐและของเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องไม่เป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนจนเกินควร

เนื่องจากกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจและหน้าที่แก่รัฐ แก่หน่วยงานของรัฐ และแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการบริหารประเทศและในการบริการสาธารณะและเนื่องจากการที่ผู้ปกครองมีอำนาจและหน้าที่ที่มากกว่าและเกินกว่าที่ประชาชนมี หรือที่เรียกกันว่ามีความไม่เสมอภาคกันในฐานะหรือสถานภาพนี้เอง จึงอาจทำให้สิทธิและประโยชน์บางประการของประชาชนบางคน บางส่วน หรือบางกลุ่มต้องสูญเสียไปหรือเรียกได้ว่าเกิดการละเมิด ฉะนั้นจึงเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่ว่า ประชาชนอาจจะต้องเกิดการละเมิดบ้าง จากการใช้อำนาจและหน้าที่เพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการปกครองและบริหารประเทศของผู้ปกครอง แต่อย่างไรก็ดีการใช้อำนาจและหน้าที่ดังกล่าวนั้น ในการบริหารและการปกครองจะต้องไม่มีผลกระทบหรือสร้างภาระแก่ประชาชนมากจนเกินควร เพราะมิฉะนั้นแล้วจะเป็นการขัดต่อหลักการของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งเน้นและยึดหลักในเรื่องของความสุขสงบและความเป็นธรรมของคนในสังคม (Thethailaw.com, 2554, ออนไลน์)

7.4 การใช้อำนาจทางปกครองที่เกี่ยวกับการจดทะเบียน

ฝ่ายปกครองได้แก่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาหรือควบคุมกำกับขององค์กรฝ่ายบริหารอันได้แก่คณะรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่ในการ

ปฏิบัติงานให้เป็นไปตามกฎหมายและนโยบายในการบริหารประเทศของรัฐบาล ซึ่งเรียกว่า “การจัดทำบริการสาธารณะ” เพื่อสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ “ประโยชน์สาธารณะ” ในการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือ “การกระทำของฝ่ายปกครอง” (Acté des administrations) จำแนกลักษณะทางกฎหมายได้เป็นสองลักษณะ คือ การกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง และการกระทำที่เป็นปฏิบัติการทางปกครอง

การกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง (Acté des administrations) ได้แก่ การกระทำที่มุ่งผลทางกฎหมาย ซึ่งแยกเป็นสองประเภท คือ การกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว และการกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย

การกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (Acté unilatérale) ได้แก่ การกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาของตนออกสู่ภายนอกเพียงฝ่ายเดียวก็มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว ซึ่งจำแนกได้เป็นสองประการ คือ นิติกรรมทางปกครองซึ่งมุ่งผลเป็นการทั่วไป และนิติกรรมทางปกครองซึ่งมุ่งผลเป็นการเฉพาะ

นิติกรรมทางปกครองซึ่งมุ่งผลเป็นการเฉพาะ จำแนกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ การออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป และการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะราย (La decision exécutoire) ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะตัวผู้รับคำสั่ง ซึ่งคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ในระบบกฎหมายปกครองไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคล เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียน เป็นต้น (วรศักดิ์ อารีเปี่ยม, 2553, หน้า 1-9)

ความมุ่งหมายในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สิน ก็เพื่อเปิดเผยถึงสถานะอันเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินที่จะต้องจดทะเบียนนั้น ทั้งนี้ เพื่อประชาชนทั่วไปจะได้ทราบโดยง่ายว่า สิทธิของบุคคลใดผูกพันที่ดินอยู่อย่างใดบ้างหรือไม่ เพื่อป้องกันการหลอกลวง หรือการฉ้อฉลต่าง ๆ ในการที่จะจำหน่าย จ่ายโอนทรัพย์สินนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นจำเป็นต้องเน้น เพราะกฎหมายบังคับว่า ถ้าบุคคลได้มาโดยทางนิติกรรม การได้มาต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนการได้มาต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย การได้มานั้นจึงจะสมบูรณ์ ส่วนการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม เช่น การได้มาทางมรดก เป็นต้น กฎหมายก็บังคับว่าจะไปทำการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนมิได้ จนกว่าจะได้จดทะเบียนการได้มานั้นเสียก่อน (กรมที่ดิน, 2543 ก, หน้า 111) อีก

ประการหนึ่ง นิติกรรมต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ล้วนแต่เป็นนิติกรรมที่กฎหมายเห็นว่ามีความสำคัญ ควรที่จะต้องทำไว้เป็นหลักฐานมั่นคง เพื่อให้คนทั่วไปสามารถตรวจสอบ เพราะการจดทะเบียนนั้น เป็นวิธีการที่เปิดเผย ซึ่งกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ หลักฐานทางทะเบียนนี้ จึงเป็นหลักฐานทางราชการอันเป็นการแน่นอน เชื่อถือได้ อีกทั้งยังอำนวยความสะดวกให้แก่เจ้าของทรัพย์สินนั้นในอันที่จะแสดงความเป็นเจ้าของ โดยไม่ต้องขนเคลื่อนเอาที่ดินติดตัวไปด้วย นอกจากนี้เจ้าของยังได้รับประโยชน์ที่อาจจากไปได้ชั่วคราว โดยไม่ต้องระแวงว่าจะเสียสิทธิ ดังข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1373 ว่า “ถ้าทรัพย์สินเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนที่ดิน ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลผู้มีชื่อในทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง” สำหรับบุคคลภายนอกก็ย่อมจะได้รับความคุ้มครองตาม มาตรา 1299 วรรคสอง ที่ว่า “...และสิทธิอันยังมีได้จดทะเบียนนั้น มิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว” (อมรา สาขากร, 2525, หน้า 39-40)