



ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง



โดย
ัชชม ศรีวงศ์กลาง

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตาม
หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรังสิต
ปีการศึกษา 2567



**LEGAL ISSUES REGARDING THE PROTECTION OF LAND RIGHTS
ON INDIGINOUS PEOPLES ON ISLANDS**



**A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT
OF THE REQUIREMENTS FOR
THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
FACULTY OF LAW**

**GRADUATE SCHOOL, RANGSIT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2024**

วิทยานิพนธ์เรื่อง

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง

โดย

ชัชชม ศรีวงษ์กลาง

ได้รับการพิจารณาให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรังสิต

ปีการศึกษา 2567

รศ.ดร.ภูมิ มุสิกศิลป์
ประธานกรรมการสอบ

ผศ.ดร.สัณญพงค์ ลิ้มประเสริฐ
กรรมการ

ดร.กฤษฎา แสงเจริญทรัพย์
กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษา

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว

(ศ.ดร.สือจิตต์ เพ็ชรประสาน)
คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
14 กุมภาพันธ์ 2568

Thesis entitled

**LEGAL ISSUES REGARDING THE PROTECTION OF LAND RIGHTS
ON INDIGINOUS PEOPLES ON ISLANDS**

by

CHATCHOM SRIWONGKLANG

was submitted in partial fulfillment of the requirements
for the degree of Master of Laws

Rangsit University

Academic Year 2024

Assoc.Prof. Poom Moolsilpa, S.J.D.
Examination Committee Chairperson

Asst.Prof. Sanyapong Limpraseart, Ph.D.
Member

Krisda Saengcharoensap, Ph.D.
Member and Advisor

Approved by Graduate School

(Prof. Suejit Pechprasarn, Ph.D.)

Dean of Graduate School

February 14, 2025

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์เป็นอย่างดี ซึ่งได้รับความเมตตา กรุณา และความช่วยเหลือจาก รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มุลศิลป์ ประธานกรรมการ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สัตยพงษ์ ลิ้มประเสริฐ กรรมการ และ ดร.กฤษฎา แสงเจริญทรัพย์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่ให้ได้สละเวลาในการให้คำแนะนำ พร้อมทั้งแสดงความคิดเห็น ตรวจสอบ และชี้แนะจุดบกพร่องที่ต้องปรับปรุงแก้ไขของวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งเป็นกำลังใจและเป็นแบบอย่างที่ดีในการทำงานให้แก่ผู้วิจัย

โดยในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีขั้นตอนในการศึกษา ค้นคว้า นอกเหนือในหนังสือ ตำราแล้วยังต้องอาศัยข้อมูลจากผู้ทรงคุณวุฒิและผู้ที่มีประสบการณ์ทางกฎหมายที่ดินหรือผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินผู้ปฏิบัติงานในกรมที่ดิน โดยผู้วิจัยสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ได้สำเร็จตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ที่ตั้งใจไว้ด้วยความช่วยเหลือและคำแนะนำ รวมถึงได้ข้อมูลที่ช่วยให้เห็นถึงสภาพปัญหาและทำให้ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาได้ชัดเจนยิ่งขึ้นจาก นายสมบัติ ลาอ่อน ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านการออกหนังสือสำคัญ สำนักมาตรฐานการออกหนังสือสำคัญ กรมที่ดิน ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชา ในขณะนั้น รวมถึงหัวหน้ากลุ่มและเจ้าหน้าที่ทุกท่าน รวมถึงบุคคลจากหน่วยงานอื่น ๆ ที่ไม่ได้กล่าวไว้ ณ ที่นี้ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือและให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่ผู้วิจัยในการจัดทำวิทยานิพนธ์ จึงขอกราบเรียนขอบพระคุณทุกท่านมา ณ โอกาสนี้

ท้ายนี้ประโยชน์ ความรู้ และความดีงามอันเกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยขอบอกแก่ คณาจารย์ บิดามารดาญาติพี่น้อง บุคคลอันเป็นที่รัก และกัลยาณมิตร ตลอดจนมหาวิทยาลัยรังสิต อันเป็นสถาบันที่ส่งเสริมและสนับสนุนด้านการศึกษาแก่ผู้วิจัย ทั้งนี้ หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับด้วยความยินดี

ชัชชม ศรีวงษ์กลาง

ผู้วิจัย

6405441 : ชัชชม ศรีวงษ์กลาง
 ชื่อวิทยานิพนธ์ : ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของ
 ชนพื้นเมือง
 หลักสูตร : นิติศาสตรมหาบัณฑิต
 อาจารย์ที่ปรึกษา : ดร.กฤษฎา แสงเจริญทรัพย์

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมืองประเทศไทยและต่างประเทศ และศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิ ในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง โดยทำการศึกษากฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และเปรียบเทียบกับกฎหมายที่ดินของต่างประเทศ

ผลการวิจัย พบว่า มีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องของลำดับศักดิ์ ทางกฎหมาย ปัญหาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของชนพื้นเมืองในการได้รับสิทธิในที่ดินและได้รับหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน อันอาจจะขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ปัญหาการควบคุมการถือครองที่ดินบนที่เกาะ หากไม่มีการจำกัดระยะเวลาการห้ามโอนไว้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้รัฐกำหนดมาตรการทางกฎหมายให้ชนพื้นเมืองอยู่ร่วมกับธรรมชาติ

ข้อเสนอแนะ เห็นควรให้มีการแก้ไขสามารถออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินบนเกาะได้ โดยกำหนดมาตรการทางกฎหมาย นำแนวคิดเรื่องเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมมาเป็นหลักการพื้นฐานในการแก้ไข และให้มีการจัดการทางด้านผังเมืองบนเกาะให้ถูกต้องตามแนวทางที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองและการจัดโซนนิ่ง โดยต้องทำการตราเป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาเป็นรายเกาะ และในลำดับถัดมาจึงจะสามารถพิจารณาว่าจะออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้แก่ชนพื้นเมืองได้หรือไม่ พร้อมทั้งต้องมีการจำกัดเรื่องการห้ามโอนสิทธิและนิติกรรม ให้เป็นกรณีพิเศษแตกต่างไปจากหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินทั่วไป

(วิทยานิพนธ์มีจำนวนทั้งสิ้น 95 หน้า)

คำสำคัญ: สิทธิในที่ดิน, หนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน, ที่เกาะ, ชนพื้นเมือง

6405441 : Chatchom Sriwongklang
 Thesis Title : Legal Issues regarding the Protection of Land Rights of Indigenous Peoples
 on Islands
 Program : Master of Laws
 Thesis Advisor : Kritsada Saengcharoensub, Ph.D.

Abstract

The objectives of this research were to investigate the legal frameworks governing the protection of indigenous land rights in Thailand and globally, and to identify the challenges associated with safeguarding these rights. This was accomplished by analyzing pertinent laws, regulations, and related rules, as well as court verdicts or orders from the Supreme Administrative Court and opinions from the Council of State. Additionally, the research involved comparing these findings with land laws in other countries.

The findings uncovered several legal challenges, including inconsistencies in the legal hierarchy, restrictions on indigenous peoples' rights to acquire land rights and title deeds, which may conflict with the constitutional principle of equality. Furthermore, inadequate measures were identified to regulate land ownership on islands, notably the absence of a maximum period for transfer restrictions. These challenges underscore the necessity for legal frameworks that facilitate harmonious coexistence between indigenous communities and the natural environment.

It is recommended that the issuance of land title deeds on islands be revised through legal amendments grounded in the concept of cultural protection zones. Furthermore, island city planning should align with guidelines specified in city planning and zoning laws. This can be achieved through the enactment of specific laws or royal decrees tailored to each island. Subsequently, it would be possible to evaluate and issue land title deeds to indigenous peoples while imposing unique restrictions on transferring rights and conducting legal transactions. These deeds should be distinguished from general land title deeds.

(Total 95 pages)

Keywords: Land Rights, Land Title Deed, Island, Indigenous People

Student's Signature Thesis Advisor's Signature

สารบัญ

กิตติกรรมประกาศ	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ก
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ข
สารบัญ	ค
สารบัญตาราง	ง
	ฉ
บทที่ 1	บทนำ
1.1	ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา
1.2	วัตถุประสงค์การวิจัย
1.3	สมมติฐานการวิจัย
1.4	ขอบเขตการวิจัย
1.5	วิธีการดำเนินการศึกษา
1.6	ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ
บทที่ 2	แนวคิด และวิวัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของ พื้นเมือง
2.1	วิวัฒนาการของการถือครองที่ดินและการออกหนังสือแสดงสิทธิใน ที่ดินประเทศไทย
2.2	แนวคิด และทฤษฎีในการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน
2.3	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
2.4	คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ 8-10/2546
บทที่ 3	มาตรการทางกฎหมายในการการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะ ของชนพื้นเมืองต่างประเทศ
3.1	ประเทศไทย

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2 สาธารณรัฐอินโดนีเซีย	34
3.3 เครือรัฐออสเตรเลีย	39
3.4 สหพันธรัฐมาเลเซีย	44
3.5 ตารางเปรียบเทียบกฎหมายที่ดินระหว่างของประเทศไทยกับ ต่างประเทศ	51
บทที่ 4	วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง
4.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับลำดับศักดิ์ของกฎหมายของกฎกระทรวง ฉบับที่ 43	56
4.2 ปัญหาการถูกจำกัดสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์ และชนพื้นเมืองในการถือ ครองโฉนดที่ดินบนที่เกาะ	60
4.3 มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและควบคุมการถือครองที่ดิน	64
4.4 มาตรการทางกฎหมายเพื่อบังคับใช้ให้คนพื้นถิ่น ชนพื้นเมืองอยู่ ร่วมกับธรรมชาติ	71
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ
5.1 บทสรุป	81
5.2 ข้อเสนอแนะ	85
บรรณานุกรม	89
ประวัติผู้วิจัย	95

สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
3.1	เปรียบเทียบกฎหมายที่ดินระหว่างของประเทศไทยกับต่างประเทศ	51



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ที่ดินถือเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงในทางเศรษฐศาสตร์และถือเป็นทุนลักษณะหนึ่ง ที่ก่อให้เกิดการผลิตอันนำไปสู่การบริโภค เมื่อที่ดินเป็นทรัพย์สินที่มีค่ามนุษย์จึงต้องการครอบครอง ที่ดินเพื่อสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจให้แก่ตนเอง ความต้องการถือครองที่ดินนำไปสู่การออกกฎหมาย ในการถือครองที่ดินโดยรัฐเป็นผู้ดำเนินการออกกฎหมายดังกล่าวในลักษณะของการบัญญัติ เป็นกฎหมายและจัดทำหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้แก่ประชาชน โดยมีการกำหนดนโยบาย การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในแต่ละยุคแต่ละ สมัยตลอดมา การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้กับประชาชนจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะ จากทางภาครัฐ เพื่อที่จะเป็นการรับรองสิทธิในที่ดินให้กับประชาชนให้เกิดความมั่นคงในการ ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดิน ส่งผลต่อการเพิ่มผลผลิตในด้านการเกษตร ด้านที่อยู่อาศัย ที่ประกอบธุรกิจการค้าอันถือเป็นการกระจายรายได้สู่ประชาชน สามารถใช้เป็นหลักทรัพย์ ค้ำประกันการกู้ยืมเงินเพื่อเป็นทุนหมุนเวียนในการประกอบอาชีพได้ และได้มีความพยายาม ที่จะจำกัดขนาดการถือครองที่ดินสำหรับเอกชน โดยมีการตราพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวล กฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497¹ ได้กำหนดจำนวนสูงสุดที่เอกชนแต่ละคนจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน¹

มีบุคคลที่มีรายรับรายจ่ายเป็นเจ้าของที่ดินจำนวนหลาย ๆ ไร่ แต่ในขณะที่คนส่วนใหญ่เป็น เจ้าของที่ดินเพียงเล็กน้อยหรือไม่มีเลย ดังนั้นจึงเป็นปัญหาที่สำคัญของประเทศไทยที่ต้องได้รับการ แก้ไขโดยต้องมีการดำเนินการให้ชัดเจนด้านความเป็นธรรมในการถือครองที่ดินสำหรับทุกคน การ จัดการที่ดินในประเทศไทยในอดีตมีความสำคัญไม่มากนัก เนื่องด้วยพื้นที่ที่กว้างขวางเปล่า มีปริมาณมาก การทำศึกสงครามในอดีตก็มีใช้เพื่อการขยายดินแดนหรืออาณาเขต แต่เป็นการ

¹ จาก เศรษฐศาสตร์ที่ดิน: ทฤษฎีและนโยบาย, โดย ทองโรจน์ อ่อนจันทร์, 2564, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย เกษตรศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์และบริหารธุรกิจ ภาควิชาเศรษฐศาสตร์เกษตร

ทำสงครามเพื่อการแย่งชิงผู้คน ที่เป็นแรงงานสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ เช่น สมัยอยุธยา หรือสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น ไม่มีการหวงห้ามการบุกเบิกป่ามาเป็นที่ทำกิน รวมถึงมีการส่งเสริมให้ราษฎรบุกเบิกป่าเป็นนา และหากใครบุกเบิกป่า เป็นนาจะได้รับการยกเว้นภาษีเป็นเวลา 3 ปี ต่อมาภายหลังการทำสนธิสัญญาเบาว์ริง ในปี พ.ศ. 2398 ทำให้มีการผลิตเพื่อการค้าโดยเฉพาะ การปลูกข้าว ขยายตัวในพื้นที่ราบลุ่มภาคกลาง แต่พื้นที่รกร้างว่างเปล่าก็ยังคงมีพื้นที่คงเหลืออยู่มาก จึงไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะสงวนหวงห้ามมิให้มีการใช้ที่ดินในรูปแบบต่าง ๆ²

แต่ในปัจจุบันที่สาธารณประโยชน์ต่าง ๆ ได้ถูกจำกัดการถือครองไว้ในรูปแบบที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน³ ดังนั้น กฎหมายจึงให้ความสำคัญคุ้มครองเป็นพิเศษยิ่งกว่าทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ ของรัฐ และเอกชน บุคคลธรรมดาจะโอนทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นแก่กันมิได้ และการเข้าไปยึดถือครอบครองที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยไม่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่⁴

นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดให้มีหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันไว้เป็นการเฉพาะ เช่น บรรดาที่ดินทั้งหลายอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 8 บัญญัติให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาและดำเนินการคุ้มครองป้องกันตามควรแก่กรณี พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2551 มาตรา 122 บัญญัติให้นายอำเภอร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีหน้าที่ในการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันและสิ่งซึ่งเป็นสาธารณประโยชน์อื่นอันอยู่ในเขตอำเภอ ตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 มาตรา 5 ได้บัญญัติให้กระทรวงการคลังเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ที่ราชพัสดุ หรือที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ

² จาก นโยบายการป้องกันและแก้ไขปัญหาคาความยากจนของคนชนบท, โดย ภัทรกร แพงไทย และภักดี โพธิ์สิงห์, 2562, วารสารรัฐศาสตร์พิจารณา...ศูนย์การเมือง สังคมและอาคมบริเวณศึกษา, 6(12), 41-64

³ จาก ปัญหาการออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 ครี แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน, โดย แก้วใจ จินดา, 2554, นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช

⁴ จาก การจัดการที่ดินของรัฐในโครงการจัดที่ดินผืนใหญ่ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน (วิทยานิพนธ์), โดย ลินดาวรรณ ธรรมาวุฒิชัย, 2554, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, วิทยานิพนธ์ 2554 โดย ลินดาวรรณ ธรรมาวุฒิชัย

ที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน หรือที่นิยมเรียกกันว่า ที่สาธารณประโยชน์นั้น คือ สาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน ตามนัยมาตรา 1304 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปัจจุบันที่ดินอันเป็น สาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันมีจำนวนลดน้อยลงมาก เนื่องจากมีการ บุกรุก ทำลาย ทำให้เสื่อมสภาพการใช้ประโยชน์ร่วมกัน การแก้ไขปัญหาก็ผ่านมาภาครัฐ ได้ใช้มาตรการทางกฎหมายเชิงบังคับ เช่น การออกคำสั่งให้ผู้บุกรุกออกไปจากที่สาธารณประโยชน์ หรือดำเนินคดีกับผู้บุกรุก นอกจากจะไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควรแล้วในบางพื้นที่กลับกลายเป็น การสร้างปัญหาให้เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐกับประชาชนและระหว่างประชาชนด้วยกันเอง เนื่องจากปัญหาเรื่องแนวเขตที่ดินของรัฐไม่ชัดเจนการสงวนหวงห้ามและการนำขึ้นทะเบียน เป็นที่สาธารณประโยชน์ เจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องปล่อยปละละเลยไม่เคร่งครัดต่อกฎหมาย และระเบียบแบบแผนของทางราชการที่วางไว้ทำให้การสงวนหวงห้ามที่ดินบางแปลงไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย และหรือไม่มีอาณาเขตแน่นอน เจ้าหน้าที่รัฐไม่อาจพิสูจน์หรือยืนยันแนวเขตที่ดิน ของรัฐได้ทำให้การดูแลรักษาเป็นไปด้วยความยากลำบาก ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบุกรุกที่ดิน ของรัฐ และปัญหาเกี่ยวกับการพิสูจน์สิทธิในที่ดิน ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาล่วงหน้าและป้องกัน มิให้เกิดปัญหาดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2535 รัฐบาลในขณะนั้นพิจารณาเห็นว่า ปัญหาการบุกรุก ที่ดินของรัฐซึ่งรวมถึงที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน เป็นปัญหา สำคัญที่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การปกครอง และอาจก่อให้เกิด ความหายนะแก่ชาติ และหรือเกิดความขัดแย้งต่อส่วนรวมได้ และยังคงพบปัญหาการบุกรุกที่ดิน ของรัฐอย่างต่อเนื่อง⁵

โดยปัจจุบันตามในประมวลกฎหมายที่ดิน ประกอบพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมาย ที่ดิน พ.ศ. 2497 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการออกเอกสารสิทธิประเภท โฉนดที่ดินไว้ ซึ่งออกโดยวิธีการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน ตามมาตรา 58 และ 58 ทวิ แห่งประมวล กฎหมายที่ดิน หลักการในการออกโฉนดที่ดินโดยวิธีการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน เป็นการออก โฉนดที่ดินที่กรมที่ดินจัดส่งเจ้าหน้าที่จากส่วนกลางไปทำการเดินสำรวจเป็นหมู่บ้านหรือตำบล โดยประชาชนไม่ต้องมายื่นคำขอและไม่เสียค่าใช้จ่าย เนื่องจากเป็น โครงการของรัฐที่อาศัย เงินงบประมาณแผ่นดินในการดำเนินการ ซึ่งเจ้าของที่ดินหรือตัวแทนจะต้องนำพนักงานเจ้าหน้าที่ ทำการรังวัดและปักหลักเขตเจ้าหน้าที่จะทำการสอบสวนสิทธิในที่ดิน พร้อมทั้งให้ลงชื่อในเอกสาร

⁵ จาก มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการบุกรุกที่ดินของรัฐ, โดย จันทรสม จันทรอินทร์และ สังเวียน เทพผา, 2564, วารสารวิชาการ สถาบันวิทยาการจัดการแห่งแปซิฟิก, 7(1), 496-506

การสอบสวน และลงชื่อรับรองเขตที่ดินข้างเคียง และไม่ว่าผู้ครอบครองที่ดินที่นำเดินสำรวจ จะมีเอกสารสิทธิในที่ดินหรือไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินก็ได้ และออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะราย ตามมาตรา 59 และ 59 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน โดยมีหลักการในการออกโฉนดที่ดินเฉพาะ รายโดยวิธีการยื่นคำขอออกโฉนดที่ดิน ณ สำนักงานที่ดินท้องที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ นั้น ต้องผู้มีสิทธิ จะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ต้องอยู่ในฐานะผู้มีสิทธิครอบครองและมีหลักฐาน สำหรับที่ดิน เช่น ส.ค. 1, ใบจอง, หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3, น.ส. 3 ก.), โฉนด ครอบครอง ครอบครองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” หรือหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค. 3) หรือ หนังสือแสดงการทำประโยชน์ในที่ดินของนิคมสหกรณ์ (กสน. 5) ตามมาตรา 59 แห่งประมวล กฎหมายที่ดิน และตามมาตรา 59 ทวิ มีหลักการ ดังนี้ กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ครอบครองและ ทำประโยชน์ในที่ดินมาก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับและให้รวมถึงผู้ครอบครอง ต่อเนื่องด้วย โดยไม่มีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินและไม่ได้แจ้งการครอบครองที่ดิน ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และได้ปฏิบัติตามมาตรา 27 ตรี แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

ต่อมาในปี พ.ศ. 2537 ทางราชการได้ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตาม ความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ในการออก กฎกระทรวงดังกล่าว มีนโยบายในการป้องกันการบุกรุกของราษฎรเพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและ มีผลทำให้ห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินบนที่เกาะ ในกรณีที่มีได้มีการแจ้งการ ครอบครองในที่เกาะมีผลใช้บังคับกับทุก ๆ เกาะทั่วประเทศ แต่ไม่ให้รวมถึงที่ดินซึ่งมีหลักฐานการ แจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) หรือเอกสารสิทธิในที่ดินอื่นที่มีอยู่ก่อนแล้ว และห้ามมิให้มีการ ออกโฉนดที่ดินโดยวิธีการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินอีกด้วย ทั้งนี้ ตามข้อ 14 (3) แห่งกฎกระทรวง ฉบับดังกล่าว⁶

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว ทำให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนที่ได้ครอบครองและ ทำประโยชน์ในที่ดินบนที่เกาะโดยไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินมาก่อนการบังคับใช้กฎกระทรวง ดังกล่าว เนื่องจากต้องย้อนกลับไปในขณะที่ประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติให้ใช้ ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2497 ได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 5 แห่ง พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ว่าจะให้ผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินที่ยังไม่มีหนังสือ

⁶ จาก ปัญหากฎหมายการออกเอกสารสิทธิที่ดินบนเกาะ ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537), โดย ไชยา วิสุทธีปราณี, 2552, สหศาสตร์ศรีปทุม ชลบุรี, 1(2), 72-82

แสดงกรรมสิทธิ์ให้มาแจ้งการครอบครองที่ดินต่อนายอำเภอท้องที่ภายใน 180 วัน เพื่อจะได้ไป ซึ่งเอกสารสิทธิชนิดหนังสือแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) อันถือเป็นเอกสารสิทธิขั้นต้นที่สามารถใช้มาเป็นหลักฐานในการยื่นคำขอออกโฉนดที่ดินได้ แต่หากย้อนกลับไปในขณะนั้น การเดินทางไปแจ้งการครอบครองที่ดินของประชาชนที่อาศัยอยู่ที่เกาะการคมนาคมสัญจรเป็นไปด้วยความยากลำบาก ไม่ได้มีความสะดวกสบายเหมือนเช่นปัจจุบัน ประกอบกับอาจจะไม่ได้ทราบข่าวการแจ้งตามกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด อันสืบเนื่องมาจากการติดต่อสื่อสารจากทางราชการในขณะนั้นอาจไม่มีความทั่วถึงทุกแห่งหน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนซึ่งครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินบนพื้นราบทั่วไปของประเทศย่อมมีโอกาสได้รับข่าวสารและการเดินทางที่สะดวกสบายกว่าประชาชนในพื้นที่เกาะซึ่งมีความห่างไกลและไปลำบาก จึงทำให้ประชาชนที่อาศัยบนเกาะไม่ได้ไปแจ้ง ส.ค. 1 และเอกสารสิทธิประเภทอื่น ๆ โดยประชาชนที่เป็นกลุ่มชาติพันธุ์และชนพื้นเมืองที่มีวิถีชีวิตและอาศัยอยู่บนเกาะมาเป็นระยะเวลานานตั้งแต่สมัยบรรพบุรุษเป็นเวลาหลายร้อยปีจนกระทั่งตกทอดมรดกสิทธิในการถือครองที่ดินที่อยู่อาศัยและที่ทำมาหากินเป็นทอด ๆ มาแล้วในแต่ละยุคสมัย เช่น กลุ่มชนพื้นเมืองอุรักลาไวย์ในพื้นที่เกาะหลีเป๊ะ จังหวัดสตูล ที่มีปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินและการถือครองที่ดินกับรัฐและประชาชนที่มานุกรุกจนได้ไป ซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินก่อนกลุ่มชนพื้นเมืองดังกล่าวมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนี้ก็ยังคงมีกรณีปัญหาข้างต้นเรื่อยมา⁷ ดังนั้น จึงได้ตระหนักถึงปัญหาการออกโฉนดที่ดินบนเกาะตามประมวลกฎหมายที่ดิน ประกอบกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ข้อ 14 (3) จึงส่งผลกระทบต่อประชาชนรวมถึงกลุ่มชนพื้นเมือง กลุ่มชาติพันธุ์ที่อยู่อาศัยบนเกาะที่ยังไม่ได้ไปแจ้งกรรมสิทธิ์และไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดิน เป็นปัญหาของภาครัฐที่สำคัญและต้องให้ความช่วยเหลือเยียวยาให้ประชาชนบนเกาะมีสิทธิถือครองที่ดินในลักษณะกรรมสิทธิ์ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับที่ดินในพื้นที่ราบลุ่มทั่วไปสามารถดำเนินการออกโฉนดที่ดินได้โดยไม่มีข้อกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกโฉนดที่ดินโดยวิธีการเดินสำรวจ หรือในกรณีเกาะภูเก็ตซึ่งมีสถานะเป็นเกาะแห่งหนึ่ง ยังสามารถออกโฉนดที่ดินให้กับประชาชนที่อาศัยอยู่ในเกาะภูเก็ตเป็นจำนวนมากและหรือครอบคลุมไปถึงเอกสารสิทธิชนิดอื่นที่รัฐให้ความรับรองและยินยอมให้ประชาชนถือครองที่ดิน จากกรณีเปรียบเทียบดังกล่าวย่อมจะเห็นได้ชัดว่าการห้ามออกโฉนดที่ดินบนเกาะตามกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ ถือเป็นการทำให้ประชาชนเกิดความเหลื่อมล้ำในด้านการถือครองที่ดิน ประกอบกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือทุก ๆ ฉบับ ได้กำหนดสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนไว้ ดังนั้น การออกกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ซึ่งเป็นการออกกฎหมายลำดับรองที่มุ่งเน้นคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

⁷ จาก ชาวเล 'เกาะหลีเป๊ะ' คำนายทุนปิดเส้นทางไปโรงเรียน จินายอำเภอคูแล เพิกถอนที่ดินปัญหา, โดย ไทยโพสต์, 2565, สืบค้นจาก <https://www.thaipost.net/district-news/272752/>

เป็นที่ตั้ง อาจขัดต่อเจตนารมณ์และหลักการของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ว่าด้วยการเลือกตั้งหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประกอบกับในปัจจุบันได้มีภาคส่วนประชาชนกลุ่มหนึ่งได้เสนอหลักการและแนวคิดไว้ในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์และชนเผ่าพื้นเมือง พ.ศ. ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินไว้ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์และชนพื้นเมืองที่มีประวัติศาสตร์ความเป็นมาอย่างยาวนานให้ได้รับความเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกันกับประชาชนคนไทยในพื้นที่ราบลุ่มทั่วไปในเรื่องสิทธิในที่ดินด้วย อีกทั้งปัญหาเรื่องการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินบนที่เก่านั้นยังเป็นปัญหาในทางปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับประชาชนในพื้นที่มาโดยตลอด

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นผู้วิจัยจึงสนใจศึกษาปัญหาการออกโฉนดที่ดินบนที่เกาะตามประมวลกฎหมายที่ดิน ประกอบกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดมาตรการในการดำเนินการแก้ไข ปรับปรุงกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมสำหรับประชาชน ผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินบนที่เกาะ ให้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิในที่ดินอันเป็นหลักประกันแห่งชีวิตที่สำคัญประการหนึ่งได้ต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์การวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง

1.2.2 เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมืองประเทศไทยและต่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง

1.2.4 เพื่อค้นหาแนวทางหรือมาตรการที่เหมาะสมแก่การนำไปเป็นแนวทางในการแก้ไข และปรับปรุงกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกและบำบัดทุกข์ให้แก่ชนพื้นเมือง

1.3 สมมติฐานการวิจัย

การที่รัฐได้มีนโยบายในการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติจนนำไปสู่การออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ปรากฏว่าในข้อ 14 (3) มีการกำหนดห้ามออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินบนที่เกาะให้แก่ประชาชนที่ไม่ได้แจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) หรือเอกสารสิทธิในที่ดินประเภทอื่น ๆ ตามมาตรา 58, 58 ทวิ และ 59 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน และเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินบนที่พื้นราบลุ่มทั่วไป กลับไม่มีระเบียบกฎหมายกำหนดห้ามแต่อย่างใด อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ไม่มีความเสมอภาคตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติไว้ อันถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนชาวไทยทุกคน และการที่ออกเป็นกฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองจากรัฐธรรมนูญ อาจเป็นการออกกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ และหากพิจารณาถึงกฎหมายที่ดินของต่างประเทศที่ให้สิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนที่อาศัยอยู่บนที่เกาะทั้งบุคคลทั่วไปและชนพื้นเมือง ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการค้นหาแนวทางหรือมาตรการที่เหมาะสมแก่การนำไปสู่การแก้ไขและปรับปรุงกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกและบำบัดทุกข์กลุ่มชนพื้นเมืองที่อาศัยอยู่บนเกาะต่าง ๆ ทุกเกาะในประเทศไทยให้ได้รับสิทธิเสรีภาพอย่างบุคคลทั่วไปด้วยความเสมอภาค

1.4 ขอบเขตการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิจัยปัญหาการออกเอกสารสิทธิในที่ดินบนที่เกาะ ศึกษาเฉพาะกรณีการออกเอกสารสิทธิในที่ดินบนเกาะ โดยวิธีการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 และ 58 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ประกอบกับข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการออกเอกสารสิทธิในที่ดินตามกฎหมาย ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) และกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุง และพัฒนากฎหมาย ให้เกิดความเป็นธรรมและประโยชน์สูงสุดต่อไป

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

ศึกษาค้นคว้า รวบรวมข้อมูลและวิจัยเชิงเอกสาร เพื่อวิเคราะห์โดยใช้ข้อมูลจากประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ระเบียบต่าง ๆ หนังสือ ตำราคำพิพากษาศาลฎีกา หรือ ศาลปกครองสูงสุด หรือคำสั่ง ความเห็น บทความทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยใช้อินเทอร์เน็ต วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง

1.6.2 ทำให้ทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมืองประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหาการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง

1.6.4 ได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการที่เหมาะสมแก่การนำไปเป็นแนวทางในการแก้ไขและปรับปรุงกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกและบำบัดทุกข์ให้แก่ชนพื้นเมือง

บทที่ 2

แนวคิด และวิวัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของพื้นเมือง

จากการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง นั้น เห็นได้ว่ามีบทกฎหมายบางอย่างที่เกี่ยวข้องที่ยังมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องในการคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองในการถือครองที่ดิน ฉะนั้นจึงศึกษาค้นคว้ารวบรวมเอกสาร ตำรา แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าวให้เกิดความเป็นธรรมต่อชนพื้นเมือง จึงจำเป็นต้องศึกษาตั้งแต่เริ่มต้นตลอดจนวิวัฒนาการเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันอันจะทำให้ทราบข้อกฎหมายอย่างถ่องแท้ถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง

2.1 วิวัฒนาการของการถือครองที่ดินและการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินประเทศไทย

การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินของประเทศไทยนั้น มีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย โดยมีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ วิธีการ แนวคิดต่าง ๆ แต่ยังคงมีจุดประสงค์เพื่อให้ประชาชนได้รับไปซึ่งสิทธิในการถือครองที่ดินและออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้กับประชาชนเพื่อให้เกิดความมั่นคงในการดำรงชีวิต มีการประกอบอาชีพหาเลี้ยงครอบครัว มีหลักประกัน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามในแต่ละยุคสมัยย่อมมีเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายในแต่ละช่วงเวลาที่แตกต่างกันไปบ้าง ดังนั้น จึงควรศึกษาแนวคิดและวิวัฒนาการของการถือครองที่ดินและการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้เข้าใจอย่างถ่องแท้

2.1.1 สิทธิการถือครองที่ดินในแต่ละยุคสมัย

หลักเกณฑ์และวิธีการในการถือครองที่ดินของประชาชนย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย เช่น ในสมัยกรุงสุโขทัย สมัยกรุงศรีอยุธยา สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ จนสมัยปัจจุบันนี้ โดยผู้นำรัฐแต่ละช่วงเวลาก็มีแนวคิดที่แตกต่างกันออกไป ทั้งด้วยวิถีชีวิตของคนในสังคม ระบบเศรษฐกิจในช่วงเวลานั้นส่งผลต่อการออกกฎหมาย นโยบายต่าง ๆ มาใช้บังคับแตกต่างกัน

สมัยกรุงสุโขทัย ส่งเสริมเศรษฐกิจเกี่ยวกับการทำประโยชน์ที่ดิน เพื่อให้ได้พืชผลมาเป็นปัจจัยในการบริโภคและอุปโภคพอควรแก่การดำรงชีวิต ถ้าประชาชนรายได้เข้ากันสร้างทำประโยชน์ที่ดินก็ให้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น ดังปรากฏในหลักศิลาจารึกหลักที่ 1 ว่า ฯลฯ สร้างป่าหมากป่าพลูทั่วเมืองทุกแห่ง ป่าพร้าวก็หลายในเมืองนี้ ป่าคาง (ขนุน) ก็หลายในเมืองนี้ หมากม่วงก็หลายในเมืองนี้ หมากขามก็หลายในเมืองนี้ใครสร้างได้ไว้แก่มั่น ฯลฯ

สมัยกรุงศรีอยุธยา มีหน่วยงานที่รับผิดชอบคือ กรมนา และรัฐมีหลักการในการจัดที่ดินที่ยังว่างเปล่าไม่มีผู้ใดครอบครองให้ประชาชนสามารถเข้าครอบครองทำประโยชน์ได้

สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ได้มีการสถาปนากระทรวงเกษตราธิการขึ้น และได้ดำเนินการเริ่มออกเดินสำรวจเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) และพระองค์ทรงโปรดเกล้าพระราชทานโฉนดที่ดินฉบับแรกเป็นของพระองค์ท่านเอง โดยออกให้วันที่ 1 ตุลาคม ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) ในพื้นที่ของตำบลบ้านแปง อำเภอพระราชวัง จังหวัดกรุงเก่า (พระนครศรีอยุธยา) เนื้อที่ 89 ไร่ 1 งาน 52 ตารางวา มีการออกโฉนดตราจอง เป็นหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินที่ได้ทำประโยชน์แล้ว ปัจจุบันยังคงมีอยู่ในเขตมณฑลพิษณุโลก คือ จังหวัดพิษณุโลก พิจิตร อุตรดิตถ์ และสุโขทัย หรือที่เรียกกันว่า “มณฑลเก่า” และได้มีรวบรวมกฎหมายที่ดินและที่แก้ไขเพิ่มเติม จนเป็นประมวลกฎหมายที่ดินที่ใช้บังคับในปัจจุบัน⁸

2.1.2 วิวัฒนาการการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน

คำว่า “โฉนด” เป็นภาษาเขมร หมายความว่า “หนังสือ”

“โฉนด” คือ หนังสือสำคัญที่มีไว้แสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ที่กรมที่ดินออกโดยอาศัยอำนาจตามความในประมวลกฎหมายที่ดิน และโฉนดที่ดินหมายถึงโฉนดโฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ว่า ได้ทำประโยชน์แล้ว ซึ่งออกให้ตามกฎหมายเก่า

โฉนดที่ดินเป็นหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน มีประวัติความเป็นมาเริ่มตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 เนื่องจากมีปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดินขึ้นศาลบ่อย ๆ รัชกาลที่ 5 จึงให้จัดตั้งกระทรวงเกษตราธิการ และให้พระยาพระราชพิพิธบริบาล (ผึ้ง ชูโต) เป็นปลัดทูลฉลองดำเนินงานในเรื่องสิทธิในที่ดินให้รัดกุมขึ้น ต่อมาพระยาพระราชพิพิธบริบาลได้เป็นข้าหลวงพิเศษจัดการที่ดิน ท่านได้คิดโครงการและแบบแผนขึ้นใหม่ โดยถือโฉนดที่ดินเป็นหลักของทะเบียน การส่งมอบกรรมสิทธิ์ด้วย

⁸จาก วิวัฒนาการ โฉนดที่ดิน, โดย กรมที่ดิน, 2551, กรุงเทพฯ: กองการพิมพ์ กรมที่ดิน

การสลักหลังโฉนด หรือที่เรียกว่า “ระบบ ทอเรนส์” (Torrens System) มีการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินจำนวนหลายครั้ง เพื่อให้เท่าทันต่อยุคสมัยและสอดคล้องกับนโยบายของรัฐในขณะนั้น ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2496 กรมที่ดินจึงได้ดำเนินการรวบรวมจัดหมวดหมู่ กฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมด จัดทำในรูปของประมวลกฎหมายที่ดิน โดยออกใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2497⁹

ต่อมาในปี พ.ศ. 2518 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ทรงมีพระมหากรุณาธิคุณพระราชทานที่ดินอันเป็นทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ จำนวน 51,967 ไร่ 95 ตารางวา ในพื้นที่ 8 จังหวัด ได้แก่ ปทุมธานี พระนครศรีอยุธยา นครนายก นครปฐม ราชบุรี เพชรบุรี สระบุรี และฉะเชิงเทรา ให้กับสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เพื่อเป็นการช่วยเหลือเกษตรกรที่ยากจน ซึ่งมีโฉนดที่ดินเลขที่ 1 รวมอยู่ด้วย โฉนดที่ดินเลขที่ 1 ได้มีการจดทะเบียนโอนให้แก่กระทรวงการคลัง เพื่อใช้ประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม¹⁰

2.2 แนวคิด และทฤษฎีในการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน

การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่ออกเป็นกฎหมาย นโยบายและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่รัฐประกาศใช้บังคับเพื่อให้สิทธิในที่ดินแก่ประชาชนนั้น ล้วนแต่มีแนวความคิดและทฤษฎีรองรับ กระบวนการทางความคิดของรัฐเป็นตัวกำหนดแนวทางพื้นฐานเบื้องต้นหรือแม้กระทั่งรัฐสมัยใหม่ ก็อาจนำแนวคิด ทฤษฎีของนักปรัชญาที่ได้รับการยอมรับที่มีการกำหนดและบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ให้เข้ากับสังคมของรัฐนั้น ไม่ว่าจะเป็นแนวคิดเรื่องสิทธิ หลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักรัฐธรรมนูญนิยม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความเสมอภาค และหลักสิทธิมนุษยชน เป็นต้น ดังนั้น จึงต้องศึกษาหลักแนวคิด ทฤษฎีดังกล่าวให้เข้าใจอย่างถ่องแท้เป็นพื้นฐานเบื้องต้นเสียก่อน

1) แนวคิดเรื่องสิทธิ (Right)

⁹ จาก คู่มือดำเนินการตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน, โดย กรมที่ดิน สำนักมาตรฐานการออกหนังสือสำคัญ, 2553, กรุงเทพฯ: กองการพิมพ์ กรมที่ดิน

¹⁰ จาก จากโฉนดที่ดินฉบับแรกของสยามสู่การได้กรรมสิทธิ์ ในโฉนดที่ดินตามพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127, โดย จูติมา เงินอาจ, ธัญวรรณ อาษาสำเร็จ, วรดา สังอุดม, อรสา สอน โก้ย, และเชาวลิต สมพงษ์เจริญ, 2563, วารสารวิชาการวิทยาลัยบริหารศาสตร์, 3(2), 150-164

จอห์น ล็อก ให้ทรรศนะไว้ว่า สิทธิเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อมนุษย์ และสิทธิในทรัพย์สินถือเป็นจุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์ทุกคน โดยมีหน่วยงานภาครัฐเป็นผู้สนับสนุนช่วยเหลือเป็นเส้นขนานกันไป¹¹ สิทธิในทรัพย์สิน ศาสนาคริสต์มีความเชื่อว่า พระเจ้ามอบสมบัติทางธรรมชาติให้แก่มนุษย์อย่างเสมอภาค แต่บุคคลใดจะได้ไปซึ่งทรัพย์สินมากน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับความขยันในการหามาได้ของใครของมัน โดยเมื่อบุคคลใดเข้ายึดถือครอบครองในทรัพย์สินนั้น ๆ แล้ว ก็จะเป็นเจ้ามีสิทธิหวงห้ามไม่ให้ผู้ใดเข้ามารุกรานได้¹²

สิทธิตามธรรมชาติเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนจะพึงมี คือ สภาวะตามธรรมชาติ (State of Nature) และกฎธรรมชาติ (Natural Laws) ซึ่งถือกำเนิดมาก่อนการเกิดของรัฐ เช่น 1) สิทธิในตัวเอง เพื่อปกป้องชีวิตร่างกายให้ดำรงอยู่รอดปลอดภัย รวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างอื่น เช่น อาหาร ที่อยู่ เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค 2) สิทธิในทรัพย์สิน เพื่อเป็นเครื่องหมายหรือรางวัลแก่บุคคลผู้ที่อุสาหะหามาได้ จึงสามารถหวงห้ามที่จะปกป้องรักษาไม่ให้ผู้ใดมาแย่งหรือพรากไป (Inalienable Rights) 3) สิทธิเสรีภาพกับสิทธิของปัจเจกชน มนุษย์จึงมีสิทธิกำหนดการกระทำของตนเองโดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับคำยินยอมหรือเจตนาของใคร ทั้งสิ้น มนุษย์จึงขึ้นอยู่กับกฎธรรมชาติเท่านั้น¹³

ทรรศนะของประเทศไทย จากกฎหมายตราสามดวง ได้ให้แนวคิดเรื่องสิทธิในทรัพย์สินโดยใช้เกณฑ์ในการจำแนกประเภทของทรัพย์สิน ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า “ให้เอาทรัพย์อันเป็นสละวิญญาณกะทรัพย์ และอวัยวะกะทรัพย์ทั้งสอง ประการนั้นแบ่งปันให้แก่บิดามานดาแลลูกหลานชายหญิงแห่งผู้มรดกานั้น” ซึ่งทรัพย์ทั้งสองประเภทนี้ มีความหมายดังนี้ “สละวิญญาณกะทรัพย์” ได้แก่ ข้าทาสบริวารสัตว์พาหนะ และสัตว์เลี้ยง เช่น ช้าง ม้า วัว ควาย หมู เป็นต้น และ “อวัยวะกะทรัพย์” ได้แก่ เงิน ทอง ที่ดิน เสื้อผ้า เครื่องประดับ เป็นต้น และพระมหากษัตริย์ทรงให้ราษฎรเข้ายึดถือครอบครอง ทำมาหากินในที่ดิน ดูจากคำกล่าวที่ว่า “อนึ่งป่าดงทุ่งว่างร้าง

¹¹ จาก รายงานการวิจัยเรื่อง ข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, โดย สมเกียรติ วรปัญญาพันธ์, 2563, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹² จาก การศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิดเรื่องสิทธิ ของจอห์น ล็อก กับพุทธปรัชญาเถรวาท (วิทยานิพนธ์), โดย พระมหามหรรณพศ กวีวิโส (ศรีสุเมธิตานนท์), 2548, มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย, ลิขสิทธิ์ 2548 โดย พระมหามหรรณพศ กวีวิโส (ศรีสุเมธิตานนท์)

¹³ จาก ความมั่นคงของมนุษย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และทรัพย์สินส่วนร่วม, โดย กรกช ภารัชสิทธิ์ และ วีระ สมบูรณ์, 2555, วารสารสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 42(2), 67-92

เทร หา ผู้อยู่ทำมาหากินมิได้ แลผู้ใดชักชวนราษฎรให้เข้ามาทำมาหากิน เอาส่วยสาอากรขึ้น พระคลัง บำนานเป็นลหุ” และได้ออกกฎหมายให้เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทได้¹⁴

2) หลักนิติธรรม

ไคซีย์ เห็นว่าหลักนิติธรรมจะต้องสอดคล้องกับอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) และประชาชนทุกคนต้องเท่าเทียมกัน โดยมีกฎหมายฉบับเดียวกันในการปกครองรัฐ (The ordinary law of the land)

อริสโตเติล (Aristotle 384-322 ปีก่อนคริสตกาล) ความยุติธรรมมีสองประเภท คือความยุติธรรมตามธรรมชาติและความยุติธรรมที่มนุษย์ เมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม การปกครองด้วยเหตุผลนั้นคือการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่หรือที่เรียกว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes ค.ศ. 1588-1679) ทุกคนในสังคมต้องโอนสิทธิตามธรรมชาติอันเด็ดขาดที่แต่ละคนมีให้กับบุคคลที่สามโดย “สัญญาประชาคม” (Le Contrat Social, Social Contract) บุคคลที่สามนี้อาจจะเป็นกษัตริย์หรือสภาก็ได้ กษัตริย์ในความเห็นของฮอบส์มีหน้าที่คุ้มครองความปลอดภัยแก่ผู้อยู่ใต้การปกครอง

มองเตสกีเออ (Montesquieu ค.ศ. 1689-1755) ความสำคัญของระบอบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการจะต้องไม่รวมอยู่ที่องค์กรเดียวกัน ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออได้รับการยอมรับว่าเป็นทฤษฎีหนึ่งที่เป็นรากฐานซึ่งเป็นแนวคิดหนึ่งของหลักรัฐธรรมนูญนิยม¹⁵

3) หลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” หากแปลความหมายตามตัวอักษรแล้วจะหมายความว่า สิทธิ และ รัฐ โดยมีหลักการว่า กฎหมายจะควบคุมการใช้อำนาจ เพื่อไม่ให้ผู้มีอำนาจกระทำการได้อย่างใจชอบ โดยต้องอยู่ภายในบังคับของกฎหมายฉบับเดียวกันอย่างเท่าเทียม ซึ่งการควบคุมอำนาจของรัฐโดยอาศัยกฎหมายนั้น มิใช่เพียงคำว่ารัฐไม่อาจกระทำการใด ๆ ที่เป็นฝ่ายได้เปรียบมากกว่าประชาชน แต่ทั้งนี้ต้องเป็นฝ่ายที่จะต้องเสาะแสวงหามาตรการต่าง ๆ เพื่อมาดำเนินการอำนวยความสะดวกและช่วยให้การดำรงชีวิต

¹⁴ จาก ขวาศยาม ทวายสามิภักดิ์ และกวางสุ้งรีบปลิก : การเผชิญหน้าของราษฎรกับรัฐบาลเพื่อสิทธิในที่ดินเมืองกรุงเทพ, โดย นิภาพร รัชตพัฒนากุล, 2563, วารสารประวัติศาสตร์ ธรรมศาสตร์, 7(2), 34-63

¹⁵ จาก คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2555, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ของประชาชนดำเนินไปอย่างมีหลักในการปกป้องสิทธิไว้ด้วยและเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการบริหารกิจการของรัฐ¹⁶

4) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

มองเตสกีเออร์ ไม่ต้องการให้อำนาจกระจุกอยู่กับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดคนหนึ่งเพียงคนเดียว เนื่องจากอาจทำให้มีการใช้อำนาจมากเกินไป ดังนั้น จึงต้องจัดการให้มีองค์กรใดเข้ามามีส่วนในการตรวจสอบ ทั้ดทานการใช้อำนาจอย่างเกินขอบเขตไว้ จึงได้คิดหลักการแบ่งแยกอำนาจคือการมอบอำนาจธิปไตยเป็น 3 ลักษณะ ประกอบด้วย รัฐบาลในฐานะองค์กรด้านบริหารทำหน้าที่ด้านการบริหารบ้านเมือง รัฐสภาในฐานะองค์กรด้านนิติบัญญัติทำหน้าที่ออกกฎหมาย ส่วนศาลในฐานะองค์กรด้านตุลาการทำหน้าที่พิจารณาตัดสินคดีต่าง ๆ ภายใต้ระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันระหว่าง 3 องค์กร¹⁷

5) หลักความชอบด้วยกฎหมาย

ซึ่งหมายถึงรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (ประชาชน) และทุกคนในรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐ โดยเคารพต่อกฎหมายและจะไม่กระทำการใด ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดหรือละเมิดต่อกฎหมาย การที่ทุก ๆ คนในรัฐต้องเคารพต่อกฎหมายของรัฐก็คือการที่ทุก ๆ คนกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งก็คือ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” ในบทบาทของรัฐ องค์กรรัฐ หน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายนั้นเป็นผู้ที่ใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าต้องปฏิบัติหน้าที่โดยเคารพกฎหมายอย่างเคร่งครัดและไม่ใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายไปละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่เช่นนั้นแล้วอาจถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบและไม่เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักนิติรัฐ “กฎหมาย” ที่รัฐ องค์กรรัฐ หน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายต้องเคารพนั้นนอกจากเป็นกฎหมายที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วยังรวมถึง กฎหมายที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย เช่น กฎหมายจารีตประเพณีหลักทั่วไปของกฎหมาย¹⁸

¹⁶ จาก เอกสารวิชาการส่วนบุคคลเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและนิติรัฐ, โดย บรรพหลู จงเจริญประเสริฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สถาบันรัฐธรรมนุญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

¹⁷ จาก หลักการแบ่งแยกอำนาจและความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจธิปไตยตามแนวคิดของมองเตสกีเออร์, โดย ถาวร เกียรติทับทิว, 2546, วารสารพัฒนบริหารศาสตร์ 43(3), 155-183

¹⁸ จาก องค์การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (คยฎนิพนธ์), โดย พิจิตร เกิดจร, 2561, มหาวิทยาลัยศรีปทุม, ลิขสิทธิ์ 2561 โดย พิจิตร เกิดจร

6) หลักรัฐธรรมนูญนิยม

รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เป็นแนวคิดที่ต้องการวางหลักเกณฑ์ในการมองรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นกฎหมายสูงสุด และคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยแท้จริง แนวคิดนี้ยังกล่าวว่าหากรัฐใดมีรัฐธรรมนูญ แต่ไม่กล่าวถึงโครงสร้างแห่งหลักประกันสิทธิของประชาชนในรัฐ รัฐธรรมนูญนั้นก็เป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่สมบูรณ์ หรือไม่ป็นรัฐธรรมนูญ แนวคิดรัฐธรรมนูญนั้นมีมากมายแตกต่างกันแตกหากเชื่อในเรื่องของการมีกฎหมายสูงสุดอันเป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนเหมือนกันก็ย่อมเรียกว่า รัฐธรรมนูญนิยม เป็นความคิดที่เน้นการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเพื่อ

- (1) จำกัดการใช้อำนาจผู้ปกครอง
- (2) สร้างความเป็นธรรมในสังคม
- (3) สร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้รัฐบาล
- (4) กำหนดวาระแห่งชาติหรือเรื่องสำคัญของโลกที่ต้องการเปลี่ยนแปลง

(National Agenda)

ดังนั้น รัฐธรรมนูญนิยมจึงเป็นตัวกำหนดกติกาสูงสุดเพื่อใช้ในการปกครองประเทศ โดยได้กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้ใช้อำนาจตามใจชอบ และเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และถือเป็นรากฐานแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างแท้จริง¹⁹

7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเนื่องจากเป็นสัญญาประชาคมที่ประชาชนเจ้าของอำนาจอิสระเป็นผู้สถาปนาตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตย (Constituent Power) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ โดยเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างพื้นฐานและสถาบันทางการเมืองในการจัดองค์กรบริหารของรัฐ รวมถึงการคุ้มครองและรักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเป็นรากฐานที่มาของกฎหมายอื่น ๆ จึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่สำคัญยิ่ง เพราะเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญทุกประเทศต่างบัญญัติเรื่องของอำนาจการบริหารประเทศไว้ทั้งสิ้น ไม่ว่าประเทศนั้นปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย ระบอบคอมมิวนิสต์ หรือระบอบการปกครองอื่น ต่างก็บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเรื่องเดียวกัน คือ เรื่องอำนาจการบริหารประเทศ

¹⁹ จาก แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมท่ามกลางการเปลี่ยนผ่านของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557, โดย พิมลกร แสงฟู, 2562, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2(1), 17-53

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นถึงโครงสร้างของรัฐ ความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจขององค์กรด้วยตนเอง ในการออกกฎหมายลำดับรองจะต้องเป็นไป ภายใต้กรอบของข้อความที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติ ในรัฐธรรมนูญไม่ได้ กฎหมายนั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับไม่ได้²⁰

ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย สำคัญ กฎหมายที่ใช้ในประเทศไทยมีมากมายหลาย ประเภท เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เทศบัญญัติ เป็นต้น กฎหมาย บางประเภทก็มีผลบังคับใช้กับบุคคลโดยทั่วไป บางประเภทก็มีผลบังคับใช้เฉพาะประชาชนที่อยู่ใน เขตท้องที่นั้น ๆ กฎหมายที่มีความสำคัญบังคับใช้กับบุคคลทั่วไปย่อมมีความสำคัญมากกว่า กฎหมายที่มีผลบังคับใช้เฉพาะประชาชนที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น ๆ

การจัดลำดับตามศักดิ์ของกฎหมายเป็นตัวกำหนดเพื่อมิให้มีการบัญญัติกฎหมายใหม่ ขึ้นมาแล้วเป็นเหตุให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ได้ประกาศและมีผลใช้บังคับไปแล้ว อันจะทำให้เกิด ความสับสนวุ่นวายในการปฏิบัติและบังคับใช้กฎหมายได้ และเมื่อพิจารณากับหลักของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องนำหลักว่าด้วยศักดิ์กฎหมายมาบังคับใช้พิจารณาก่อนออกกฎหมายเสมอ ซึ่งตาม กฎหมายของประเทศไทยได้ทำการแบ่งลำดับชั้นของกฎหมายไว้ 7 ลำดับ ได้แก่ 1) รัฐธรรมนูญ 2) พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมาย 3) พระราชกำหนด 4) พระราชกฤษฎีกา 5) กฎกระทรวง 6) ข้อบังคับหรือข้อบัญญัติ 7) ประกาศคำสั่ง²¹

8) หลักความเสมอภาค

แนวคิดเรื่องหลักแห่งความเสมอภาคนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานว่าตามธรรมชาติมนุษย์ทุกคนเกิดมา มี ความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามธรรมชาติและทุกคนจะต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของ กันและกัน หลักความเสมอภาค ก็คือหลักที่ว่า หลักการพื้นฐานของความยุติธรรมที่กำหนดให้มีการ ปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียม ซึ่งการที่ประชาชนทุกคนในประเทศ มีความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในเรื่องสิ่งจำเป็นขั้นพื้นฐาน และในสถานการณ์ที่เหมือนกัน จะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน แต่หากมีการเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกัน กรณีนี้ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค และในรัฐธรรมนูญของ ประเทศไทยก็ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย กล่าวคือได้รับการพิจารณา ในมุมมองทางกฎหมาย มิใช่ในขอบเขตทางปรัชญาแต่เพียงอย่างเดียว ลักษณะดังกล่าวนี้ก็มาจาก

²⁰ จาก คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, โดย สมยศ เชื้อไทย, 2535, กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์

²¹ จาก ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติพ.ศ., โดย อภิวัฒน์ สุดสา, 2564, วารสารจุลนิติ, 18(3), 105-112

การยอมรับทางความคิดของ ทั้งสองสำนักกฎหมาย คือสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองและสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการแปรสัณฐานตามธรรมชาติของบุคคลมาเป็นสิทธิของบุคคลที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย²²

9) หลักสิทธิมนุษยชน

แนวความคิดในการจัดตั้งสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในประเทศต่าง ๆ เพื่อทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นผลสืบเนื่องจากการพัฒนาการในเรื่องสิทธิมนุษยชน การที่จะศึกษาถึงกระบวนการพิจารณาตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกล่าวถึงแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดทางปรัชญากฎหมายของนักปราชญ์ประเทศตะวันตกตั้งแต่สมัยกรีก โรมัน ในช่วงศตวรรษที่ 15-17 เป็นต้นมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากแนวความคิดของนักปราชญ์ที่สำคัญหลายท่าน เช่น เพลโต (Plato) อริสโตเติล (Aristotle) โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) จอห์น ล็อก (John Locke) มงเตสกีเยอ (Montesquieu) จัง จากส์รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) เป็นต้น ซึ่งได้เสนอแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์อันเป็นสิทธิหรือความชอบธรรมขั้นพื้นฐานที่มีอยู่ตามธรรมชาติพร้อมกับการเกิดของมนุษย์ ซึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขได้ ได้แก่ สิทธิในชีวิตเสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค สืบเนื่องจากลักษณะตามธรรมชาติในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ที่มีการเรียนรู้ มีความสามารถในการใช้เหตุผล รู้จักเคารพความเสมอภาคและความเป็นอิสระต่อกัน รู้ว่าแต่ละคนไม่ควรจะล่วงละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของกันและกัน มนุษย์จึงมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะต่อสู้หรือต่อต้านผู้อื่นที่มาล่วงละเมิดต่อชีวิตร่างกาย และทรัพย์สินของตน นอกจากนั้น เพื่อความมั่นคงในชีวิตและเสรีภาพ มนุษย์จำเป็นต้องยอมรับการทำสัญญาประชาคม ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นรากฐานของการจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์เพราะความเชื่อที่ว่าเหนืออำนาจสูงสุดของมนุษย์ยังมีธรรมชาติและเหตุผล เมื่อสิ่งใดเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์แล้ว ไม่อาจถูกผู้ใดใช้อำนาจลบล้างได้ และการใช้อำนาจทางการเมือง การปกครอง ต้องขึ้นอยู่กับหลักเหตุผลตามธรรมชาติ มิใช่อยู่บนอำเภอใจของบุคคล²³

²² จาก สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค, โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2543, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภา

²³ จาก บทความเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน, โดย สุรัช ศรีสารคาม, 2565, สืบค้นจาก www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1394

10) ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติว่าด้วยสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights)

สิทธิตามธรรมชาติ โดยกล่าวได้ว่าปรัชญากฎหมายธรรมชาตินั้นเกิดขึ้นเพื่อเป็นรากฐานของสิทธิตามธรรมชาติโดยสามารถอธิบายสิทธิตามธรรมชาติในฐานะรากฐานของมนุษยชนได้ว่า สิทธิตามธรรมชาติเป็นสิทธิซึ่งติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดโดยมนุษย์นั้นเกิดมาเท่าเทียมกัน และพระเจ้าซึ่งเป็นผู้สร้างมนุษย์มาและให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ มนุษย์จึงเป็นเจ้าของสิทธิโดยชอบธรรม สิทธิเหล่านี้จึงไม่อาจโอนแก่กันได้ และไม่มีใครล่วงละเมิดแก่กันได้ ซึ่งได้แก่สิทธิในชีวิต เนื้อตัวร่างกาย เสรีภาพในอันที่จะหาความสุข รัฐต้องกระจายอำนาจเพื่อให้มนุษย์ได้มีสิทธิเหล่านี้ได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น จึงถือได้ว่าปรัชญากฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามกฎหมายทั่วไป และรัฐจะตรากฎหมายในทางจำกัดหรือยับยั้งสิทธิดังกล่าวนี้ไม่ได้ นอกจากนี้ยังถือว่ากฎหมายธรรมชาตินั้นเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ไม่จำกัดเขตดินแดน และอยู่นอกกฎหมายของรัฐ หากรัฐตรากฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นย่อมไม่มีผลบังคับใช้²⁴

2.2.1 แนวคิดเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมเพื่อกลุ่มชาติพันธุ์

ในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่ากลุ่มชาติพันธุ์หลายกลุ่มที่มีวิถีชีวิตวัฒนธรรมที่พึงพิงทรัพยากรธรรมชาติ มีวิถีชีวิตที่ไม่เหมือนกับสังคมใหญ่ กำลังประสบปัญหาคล้ายคลึงกันคือการกลายเป็นกลุ่มชายขอบ ขาดความมั่นคง ในที่อยู่อาศัย ถูกกีดกันออกจากสิทธิในการใช้และเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติ ถูกผลักเข้าสู่กิจกรรมที่ผิดกฎหมาย และต้องทำงานที่เสี่ยงอันตราย ขาดความมั่นใจและภูมิใจในวิถีวัฒนธรรมดั้งเดิม และถูกดูแคลนจากบุคคล ที่ไม่เข้าใจในวิถีวัฒนธรรม ฯลฯ ปัญหาที่กลุ่มชาติพันธุ์หลายกลุ่มประสบอยู่มีรายละเอียดและความเข้มข้น ของปัญหาแตกต่างกันไปในแต่ละพื้นที่ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือกลุ่มชาติพันธุ์ชาวเล ภายหลังเหตุการณ์สึนามิ ปัญหาเรื่องที่ดินได้รับการเปิดเผย และติดตามมากขึ้นเพราะมีการอ้างกรรมสิทธิ์ในที่ดินชายฝั่งทะเล มีการไล่รื้อฟ้องร้องเรื่องการบุกรุก การขาดกรรมสิทธิ์ ที่ดินส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและสวัสดิการอื่น ๆ เช่น ชุมชนชาวเลที่หาดราไวย์ จังหวัดภูเก็ต มีสาธารณูปโภค ที่จำกัด บ้านบางหลังต้องใช้เทียนหรือตะเกียงเพราะไม่มีไฟฟ้า ต้องใช้น้ำบ่อซึ่งเป็นน้ำกร่อย และต้องใช้ชายหาดเป็นที่ขับถ่าย เพราะไม่มีห้องส้วมการเพิกเฉยต่อปัญหาและปล่อยให้อึดเยื้อต่อมา เป็นการบ่มเพาะให้เกิดปัญหาเศรษฐกิจสังคม รวมทั้งการเสื่อมถอยของวัฒนธรรม กลุ่มชาติพันธุ์ที่พึ่งพาทรัพยากรธรรมชาติสามารถจะเข้าถึงทรัพยากรได้อย่างอิสระ และทำให้เกิดวิถีวัฒนธรรมรวมทั้งความรู้พื้นบ้านที่เป็น

²⁴ จาก สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย, โดย กุมพล พลวัน, 2543, ม.ป.ท.: ม.ป.พ.

เอกลักษณ์และทำให้คำฐาน “เศรษฐกิจพอเพียง” ไว้ได้อย่างมีศักดิ์ศรี แต่ในปัจจุบันนี้ ทั้งที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติถูกจับจองครอบครอง ถูกเร่งรัดให้เกิดการพัฒนา หรือประกาศ เป็นพื้นที่คุ้มครอง อีกทั้งระบบกฎหมายในปัจจุบันยึดเอามุมมองกรรมสิทธิ์เป็นที่ตั้ง ในขณะที่หลายกลุ่มชาติพันธุ์ มีระบบคิดว่าทรัพยากร ไม่ว่าจะเป็นที่ดิน ป่า แม่น้ำลำธาร พื้นที่ชายฝั่ง หาดทราย รวมทั้งสิ่งมีชีวิตเป็นสิ่งที่ไม่มีใคร เป็นเจ้าของ ทุกคนสามารถจะเข้าถึงและใช้ทรัพยากรต่าง ๆ ได้โดยหลักสิทธิชุมชนและการเอื้อเฟื้อต่อกัน การอยู่อาศัยและใช้ประโยชน์มาอย่างต่อเนื่องก็น่าจะเป็นเครื่องรับรองสิทธิในตัวเองอยู่แล้ว เขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมเพื่อกลุ่มชาติพันธุ์ คือ การแก้ไขปัญหาเรื่องสิทธิในที่ดิน และการสร้างความมั่นคงด้านที่อยู่อาศัยสำหรับกลุ่มชาติพันธุ์นั้น ควรจะใช้แนวคิดเรื่องเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรม แนวคิดที่คล้ายกันนี้ คือเขตวัฒนธรรมพิเศษ ได้มีการรับรอง ในเชิงนโยบายแล้ว โดยระบุว่าเป็นแนวคิดที่จะต้องดำเนินงานตามมติคณะรัฐมนตรีเรื่องการฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวเล (วันที่ 2 มิถุนายน 2553) และมติคณะรัฐมนตรีเรื่องการฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกระเหรี่ยง (วันที่ 3 สิงหาคม 2553) แนวคิดเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมหรือเขตวัฒนธรรมพิเศษ ครอบคลุม พื้นที่เพื่อการอยู่อาศัยหรือ พื้นที่ตั้งของชุมชน ซึ่งสะท้อนให้เห็นความเป็นกลุ่มชุมชน พื้นที่เพื่อการอยู่อาศัยนั้นมีความหมายมากกว่า “บ้าน” และ “ครอบครัว” แต่ครอบคลุมไปถึงความเป็น “ชุมชน” ซึ่งมีภาษาขนบประเพณี คุณค่าและกติการ่วมกัน เขตคุ้มครองวัฒนธรรมจะสร้างความมั่นคงด้านที่อยู่อาศัยและความเข้มแข็งให้ชุมชน หากเป็นพื้นที่ที่มีการโต้แย้งเรื่องสิทธิ ควรจะมีการตรวจสอบ พิสูจน์ และคุ้มครองสิทธิโดยคำนึงถึงวัฒนธรรมชุมชน ซึ่ง “เอกสารสิทธิ” ไม่ควรจะเป็นหลักฐานเดียวที่ใช้ในการพิจารณาเรื่องสิทธิในที่ดินและที่อยู่อาศัยของชุมชนชาติพันธุ์ เขตคุ้มครองทางวัฒนธรรม ครอบคลุม พื้นที่ท่ามาหากินซึ่งสะท้อนให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับธรรมชาติ แนวคิดนี้สนับสนุนการดำรงชีพที่มีรากฐานอยู่บนความรู้ความเชี่ยวชาญของกลุ่มชาติพันธุ์ และยังเน้นการคุ้มครอง พื้นที่ศักดิ์สิทธิ์ หรือพื้นที่ทางจิตวิญญาณ ซึ่งสะท้อนให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับสิ่งเหนือธรรมชาติ และเป็นรากฐานของกติกาเพื่อความเคารพในธรรมชาติ และเคารพในสิทธิของเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน เขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมจะเน้นการปกป้องคุ้มครองกลุ่มชาติพันธุ์ รวมทั้งวิถีวัฒนธรรมที่เปราะบาง และที่กำลังถูกรุกไล่โดยแรงผลักดันจากการพัฒนาหรือการอนุรักษ์แบบสุดโต่งและเร่งรีบ ซึ่งการคุ้มครองทางวัฒนธรรมนี้ไม่ได้เป็นไปเพื่อกลุ่มชาติพันธุ์เป้าหมายอย่างเดียว แต่เป็นไปเพื่อที่สังคมไทยโดยรวมจะได้รักษา คุณค่าทางวัฒนธรรมที่เป็นเอกลักษณ์ซึ่งได้รับการสะสมบ่มเพาะกันมายาวนาน อีกทั้งเป็นแนวทางการปฏิรูป ที่รัฐไทยจะได้แสดงให้เห็นประชาคมโลกได้เห็นถึงความพยายามที่จะคุ้มครองสิทธิของกลุ่มด้อยโอกาส ที่มีความเปราะบาง และไม่สามารถปกป้องตนเองได้ตามลำพัง

แนวทางการดำเนินงานเรื่องเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมเพื่อกลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มชาติพันธุ์หลายชุมชนในประเทศไทยได้ประกาศ “เขตสังคมวัฒนธรรมพิเศษ” ขึ้นเองแล้ว เช่น ชุมชนกะเหรี่ยงบ้านห้วยหินลาดใน จังหวัดเชียงราย และชุมชนชาวอุรักลาโว้ยบ้านสังกะหู้ เกาะลันตา จังหวัดกระบี่ แต่ความพยายามนี้ยังไม่ได้รับการรับรองและสนับสนุนอย่างเป็นทางการและอย่างจริงจังจากภาครัฐ การดำเนินงานเพื่อส่งเสริมเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมอาจจะแตกต่างกันไปในแต่ละพื้นที่ เนื่องจากบริบทและความพร้อมของชุมชนมีความแตกต่างกัน โดยควรจะมีการกำหนดพื้นที่ที่น่าร่องเพื่อที่จะได้วิเคราะห์ ประสพการณ์ ปัญหาอุปสรรค รวมทั้งบทเรียนที่ได้ รวมทั้งมีการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ระหว่างชุมชนพื้นที่ที่น่าร่อง การจัดกระบวนการชุมชนเพื่อสร้างพลังทางปัญญาและความเข้มแข็งให้ชุมชน การสร้างบรรยากาศในการทำงานร่วมกันอย่างเท่าเทียม และการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมกำหนดรูปแบบการคุ้มครองทางวัฒนธรรมกำหนดแผนด้านที่อยู่อาศัยและสิ่งแวดล้อมชุมชน แผนการจัดการด้านวัฒนธรรม ฯลฯ เพื่อที่จะขยายผลและปรับปรุงให้การดำเนินงาน ส่งเสริมเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุเป้าหมายที่จะสร้างความมั่นคงด้านที่อยู่อาศัย ความเข้มแข็งของชุมชน และความเข้าใจเรื่องความหลากหลายทางวัฒนธรรมในสังคมได้ ในที่สุด การดำเนินงานเรื่องเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมต้องหลีกเลี่ยงการอพยพโยกย้ายชุมชนออกจากพื้นที่ ที่เคยอยู่อาศัยและทำมาากินมายาวนาน เพราะมีบทเรียนมากมายจากประเทศต่าง ๆ เช่น การจัดตั้งนิคมอินเดียแดง (Indian reservation) ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีการโยกย้ายชุมชนดั้งเดิมเพื่อไปอยู่ในนิคมที่เป็นพื้นที่ ห่างไกล แห่งแล้งกันดาร ฯลฯ ทำให้ยากต่อการปรับตัว ชุมชนหลายแห่งมีปัญหาการว่างงาน อดอยาก และโรคพิษสุราเรื้อรัง และกลายเป็นแหล่งเสื่อมโทรมในที่สุด ปัจจัยหลักที่ทำให้การจัดการล้มเหลวก็คือความไม่เข้าใจในวัฒนธรรมชุมชน นอกจากนั้น ไม่ควรดำเนินการในลักษณะสูตรตายตัวที่ทำเหมือนกัน รูปแบบเดียวกันในทุกพื้นที่ทุกชุมชน แต่จะต้องมีลักษณะยืดหยุ่นและปรับใช้ให้สอดคล้องสภาพวิถีวัฒนธรรมของแต่ละชุมชน การกำหนดเขต และแนวทางของเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมไม่ควรที่จะรวบรัดหรือมีการสร้างกฎกติกาโดยหน่วยงานหรือองค์กรหนึ่งใด และต้องมีการป้องกันการครอบงำด้านความคิดจากหน่วยงานหรือองค์กร โดยเฉพาะส่วนที่เน้นเรื่องมูลค่า ทางเศรษฐกิจ มิฉะนั้น วัฒนธรรมที่มีเอกลักษณ์จะถูกนำมาใช้ส่งเสริมการท่องเที่ยว หรือใช้เชิงพาณิชย์จนกระทั่ง ส่งผลกระทบในที่สุด²⁵

²⁵ จาก แนวคิดเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมเพื่อกลุ่มชาติพันธุ์, โดย สถาบันวิจัยสังคม, 2562, สืบค้นจาก

2.2.2 หลักสิทธิในที่ดิน

สิทธิขั้นพื้นฐานคือสิทธิในเสรีภาพของปัจเจกแต่ละคนที่ได้รับรองโดยรัฐ รัฐมีหน้าที่ปกป้องและห้ามแทรกแซงหรือละเมิดเสรีภาพของปัจเจก เช่น ในประเทศอังกฤษ มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ใน “มหากฎบัตร” (Magna Carta) ซึ่งตราขึ้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1215 โดยได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนไว้ในบทที่ 39 ระบุว่า “เสรีชนจะต้องไม่ถูกริบทรัพย์สินถูกจับกุมขัง ถูกเนรเทศ หรือถูกบังคับให้บังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจากข้าราชการ เว้นแต่จะเป็นไปตามคำพิพากษาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือกฎหมายของประเทศ (Common Law) ” และในประเทศฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ได้มีคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส กล่าวถึงสิทธิในทรัพย์สินไว้ในมาตรา 2 และมาตรา 1732 ว่า มาตรา 2 “วัตถุประสงค์ของสังคมการเมืองทุก สังคมย่อมเป็นไปเพื่อการคุ้มครองรักษาสิทธิตามธรรมชาติซึ่งไม่มีอายุความของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความมั่นคงปลอดภัยและการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง” มาตรา 17 “กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิอันศักดิ์สิทธิ์และจะละเมิดมิได้บุคคลไม่อาจถูกพรากกรรมสิทธิ์ไปจากตน เว้นแต่เมื่อมีความจำเป็นสาธารณะที่กำหนดโดยกฎหมายและภายใต้เงื่อนไขการให้ค่าทดแทนก่อนการเวนคืนและค่าทดแทนต้องเป็นธรรม”

สิทธิในที่ดิน หมายความว่า กรรมสิทธิ์และให้หมายความรวมถึงสิทธิครอบครองด้วย ตามความหมายในประมวลกฎหมายที่ดินมีสถานะในทำนองเดียวกันคือแสดงความเป็นเจ้าของ ซึ่งประเภทของสิทธิในที่ดิน สิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินตามกฎหมายมีหลายประเภทดังได้กล่าวมาแล้ว การใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นประกอบด้วยผลประโยชน์หลัก 2 ประการ ได้แก่ ผลประโยชน์ส่วนรวมและ ผลประโยชน์ส่วนบุคคล และเป็นเรื่องปกติที่ผลประโยชน์ทั้งสองอาจต้องกระทบกันหรือขัดกันอยู่ บ้าง กฎหมายจึงเป็นเครื่องมือหนึ่งที่รัฐใช้ในการจัดการกับปัญหาที่เกิดจากความขัดแย้งโดยเฉพาะเกี่ยวกับปัญหาที่ดินทำกินของประชาชน สำหรับประเทศไทยให้สิทธิในการถือครองที่ดิน และให้สิทธิการถือครองกรรมสิทธิ์ของเอกชนตามกฎหมาย ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะการครอบครองใช้สอยที่ดินดั้งเดิมของประชาชนตามจารีตประเพณีที่สืบทอดกันมาอย่างยาวนาน และผูกติดกับความเป็นชาติพันธุ์ ของกลุ่มชน จนทำให้เกิดข้อเรียกร้องเพื่อต้องการให้แก้ไขปัญหาที่ดินทำกิน ทั้งในที่ดินชุมชนที่เกษตรกรมีข้อพิพาทกับรัฐเรื่องกรรมสิทธิ์ และต้องการให้รัฐรับรองสิทธิตามความชอบธรรม รวมไปถึงที่ดินเอกชนหรือที่ดินบุคคลที่เกษตรกรรายย่อยและชุมชนเมืองบางแห่ง เนื่องจากบทเรียนที่ผ่านมาทำให้เห็นว่า

กรรมสิทธิ์ที่ดินของบุคคลจะทำให้ชุมชนไปไม่รอด จึงต้องการใช้ระบบกรรมสิทธิ์ร่วมเพื่อรักษาที่ดินของชุมชนไว้ สิทธิที่ดินในทางกฎหมายแบ่งสิทธิที่ดินได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

1) ที่ดินที่เป็นสิทธิของรัฐ (State Property Right) หมายถึง ที่ดินที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ รวมถึงที่รกร้างว่างเปล่าซึ่งมิได้มีผู้ใดครอบครองเป็นเจ้าของและสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งมีหลายประเภท ได้แก่ ที่ป่าสงวนแห่งชาติ ที่สงวนหวงห้ามของรัฐทุกประเภท ที่สาธารณะ ที่สาธารณประโยชน์ ที่ราชพัสดุ และที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินทุกประเภท ตามประมวลกฎหมายที่ดินในมาตรา 2 ที่บัญญัติว่า ที่ดินซึ่งมิได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้ถือว่าเป็นของรัฐ

2) ที่ดินที่เป็นสิทธิของปัจเจกชน (Individual Property Right) หมายถึง ที่ดินของเอกชนซึ่งมีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ เช่น โฉนดที่ดิน โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราไว้ว่าได้ทำประโยชน์ เป็นต้น ซึ่งประชาชนจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยมีหลักฐานโฉนดเป็นไปตามประมวลกฎหมายที่ดินในมาตรา 3 บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ในกรณีได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ หรือได้มาซึ่งโฉนดที่ดินตามกฎหมายแห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพหรือกฎหมายอื่น

3) ที่ดินที่เป็นสิทธิของชุมชน (Community Property Right) หมายถึง สิทธิที่กลุ่มบุคคล ชุมชน จะมีสิทธิร่วมกันในการใช้ประโยชน์จากที่ดิน โดยมีการวางกฎและกติกาของการใช้ร่วมกันจากคนรุ่นก่อนสืบทอดจนมาสู่รุ่นลูกหลาน ตลอดจนมีสิทธิหวงกันไม่ให้บุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของชุมชนเข้ามาใช้ประโยชน์ ในขณะเดียวกันก็มีหน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพยากรด้วย²⁶

2.2.3 ชนพื้นเมือง

ชนพื้นเมือง หมายถึง ผู้ที่สืบเชื้อสายจากประชากรที่อาศัยอยู่ในประเทศหรือภูมิภาคเชิงภูมิศาสตร์ในช่วงเวลาหลังอาณานิคมหรือการจัดตั้งรัฐชาติในปัจจุบัน พวกเขายังคงรักษาวัฒนธรรม สังคม เศรษฐกิจและสถาบันการเมืองไว้ได้บางส่วนหรือทั้งหมดโดยไม่คำนึงถึง สถานะทางกฎหมาย ต่อมาในปี ค.ศ. 2007 ได้มีประกาศ กฎบัตรปณิญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมือง (The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

²⁶ จาก พัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิที่ดินและการจำกัดสิทธิที่ดิน, โดย กานดิศ ศิริสานต์, 2565, วารสารสหวิทยาการวิจัยและวิชาการ, 2(1), 83-98

[UNDRIP]) ที่ใช้เวลาปรับปรุงเกือบสองทศวรรษ หลังจากองค์การสหประชาชาติ ได้ให้ความสนใจในเรื่องชนพื้นเมืองในอนุสัญญา No.169 ได้นิยามคำว่า “ชนพื้นเมืองคือคนที่บรรพบุรุษของพวกเขาตั้งถิ่นฐานอยู่บนดินแดนนั้นก่อนที่จะมีรัฐชาติ” อนุสัญญานี้ให้สิทธิพวกเขาในที่ตั้งถิ่นฐานและทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงให้รัฐต้องปกป้องวัฒนธรรม ภาษาและสิ่งแวดล้อมของชนพื้นเมือง อนุสัญญาที่ 169 นี้ได้รับการขยายความเพิ่มเติมโดยองค์การสหประชาชาติ อีกทั้งก่อนที่จะมีการพัฒนากฎบัตรปฏิญญาฉบับนี้ มีการเคลื่อนไหวของชนพื้นเมืองที่เกิดความรู้สึกว่า มีความจำเป็นต้องมีส่วนร่วมในการสะท้อนแนวคิดของ “ชนพื้นเมือง” (Indigenous People) และการนำไปใช้ในภูมิภาค ซึ่งกระบวนการที่นำไปสู่การนิยามจากประสบการณ์ทั่วไปและประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ของพวกเขา ไม่ว่าจะเป็นอัตลักษณ์ และการเชื่อมโยงรวมกันเป็นดินแดนเดียวกัน ชนพื้นเมืองเหล่านี้มีวิถีชีวิต วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี สถาบันสังคมและการเมืองเป็นศูนย์กลางชุมชนของพวกเขา อันมีรากฐานมาจากประวัติศาสตร์และเขตแดนร่วมกัน โดยผ่านการตั้งชื่อพวกเขาที่ทำให้พวกเขาได้รับความเสียหายกับคำเรียกที่มีความหมายแฝง เช่น การเรียกชนพื้นเมืองในประเทศไทยว่า “Sakai” ซึ่งมีความหมายแฝงเทียบเท่ากับ “อนารยชน” (Barbarian) “ดั้งเดิม” (Primitive) “ไร้อารยธรรม” (Uncivilized) หรือ “ถ้าหลัง” (Backward) เป็นต้น

“ชนเผ่าพื้นเมือง” หมายถึง บุคคลหรือกลุ่มชาติพันธุ์ที่ตั้งถิ่นฐานร่วมกัน โดยมีวิถีปฏิบัติตามจารีตประเพณีที่สืบทอดจากบรรพบุรุษ ตลอดจนมีภาษาและแบบแผนทางวัฒนธรรมของตนเองมาจนถึงปัจจุบัน เป็นกลุ่มคนที่มีความสืบเนื่องทางประวัติศาสตร์อาศัยอยู่ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งหรือหลายพื้นที่และพึ่งพาผูกพันกับทรัพยากรในพื้นที่นั้น ๆ มิได้เป็นกลุ่มครอบงำทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรม และมีความหลากหลายตามแต่ละภูมิภาค แต่จะมีความรักสามัคคีและตั้งใจที่จะพิทักษ์และปรับปรุงแก้ไข ให้สามารถดำรงคงอยู่ตราบนาน เป็นมรดกทางภูมิปัญญาตกทอดสู่คนรุ่นต่อไป รวมทั้งเป็นกลุ่มที่รักษาสันติวัฒนธรรม อันเป็นแนวปฏิบัติตามจารีตประเพณี ยิ่งกว่านั้น ยังระบุตนเองว่าเป็นชนเผ่าพื้นเมืองและได้รับการยอมรับจากกลุ่มอื่น ๆ สิทธิของชนเผ่าพื้นเมืองได้บัญญัติอยู่ในปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง ซึ่งปฏิญญานี้ได้รับการลงนามเห็นชอบในปี พ.ศ. 2550 สิทธิในการครอบครองและเป็นเจ้าของที่ดินของชนเผ่าพื้นเมืองได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐไม่สามารถโยกย้ายถิ่นฐานของชนเผ่าพื้นเมืองได้ หากปราศจากความยินยอมและฉันทามติที่ได้รับการแจ้งให้ทราบล่วงหน้ารวมทั้งไม่ให้เกิดการขูดรีดที่เหมาะสมและเป็นธรรม ชนเผ่าพื้นเมืองจำนวนมากถูกโยกย้ายออกจากดินแดนของตน เนื่องด้วยนโยบายที่เลือกปฏิบัติหรือความขัดแย้งที่เกิดขึ้น สิทธิ

ของชนพื้นเมือง “ชนพื้นเมือง” (Indigenous People) โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับที่ดินทำกิน และการดำรงวิถีชีวิต เมื่อปี ค.ศ. 1981 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยเรื่องชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยมีภารกิจให้คำปรึกษากับ รัฐบาลและชนพื้นเมืองของประเทศต่าง ๆ เพื่อกำหนดหลักการพื้นฐานเรื่องความสัมพันธ์ของชนพื้นเมืองและรัฐบาล โดยต้องคำนึงถึงเรื่องของสิทธิพื้นฐานของทุก ๆ ชนพื้นเมืองในรัฐชาตินั้น ๆ คณะทำงานดังกล่าวมีการประชุมครั้งแรกใน ปี ค.ศ. 1982 และใช้เวลามากกว่า 10 ปีถึงจะมีการยกร่าง “คำประกาศว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมือง” (Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) ขึ้นในปี ค.ศ. 1993 ร่างประกาศนี้สะท้อนเจตนาคือของคนส่วนใหญ่ ร่างดังกล่าวมีสาระสำคัญที่ได้กล่าวถึง “สิทธิของชนพื้นเมืองในการเข้าถึงทรัพยากรที่ดิน” ว่า พวกเขาสามารถเข้าถึงทรัพยากรที่ดินได้ แต่ไม่ได้หมายความว่า การเรียกร้องที่ดินคืนจะเป็นไปได้ทุกกรณีสำหรับ โครงการพัฒนาที่รัฐบาลในประเทศต่าง ๆ ได้ริเริ่มขึ้น ได้มีการรับประกันสิทธิของชนพื้นเมืองในการยินยอมว่าจะให้หรือไม่ให้โครงการนั้น ๆ ²⁷

2.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

กฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคย่อมได้รับการปกป้องคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้เพื่อให้ประชาชนได้รับความปลอดภัยจากการใช้กฎหมายเดียวกัน รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติ หรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนห้ามรัฐออกกฎหมายมาเพื่อกำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือเพิ่มภาระแก่ประชาชน โดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือเกินจำเป็น เป็นไปตามมหากฎบัตรแมกนา คาร์ต้า (Magna Carta) คือ เลือกลปฏิบัติไม่ได้ต้องทำให้ทุกคนใช้สิทธิเสรีภาพได้เหมือนกับคนอื่น การทำให้คนใช้สิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกันเป็นสิ่งที่ต้องทำโดยไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม หลักนิติธรรม (Rule of Law) และหลักนิติรัฐ (Legal State) ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ โดยจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไม่ได้ และต้องระบุเหตุผลความจำเป็นหากจะต้องตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิ

²⁷ จาก รายงานการวิจัยเรื่อง การใช้สิทธิและมีส่วนร่วมของประชาชนในการเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยชนเผ่าพื้นเมือง, โดย นิทยา โพธิ์นอก, อริย์รัช บุญถึง, และดวงจันทร์ ศิริรักษ์โสภณ, 2565, กรุงเทพฯ: สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า

การจัดพื้นที่ในการใช้ประโยชน์จากที่ดินให้เหมาะสม จัดให้มีการวางมาตรการกระจายการถือครองที่ดินเพื่อให้ประชาชนมีที่ทำกินอย่างทั่วถึงและเป็นธรรม ซึ่งเกิดจากความพยายามของภาครัฐที่จะตรากฎหมายจำกัดการถือครองที่ดินของประชาชนโดยกำหนดให้ประชาชนแต่ละคนมีสิทธิถือครองที่ดินจำนวนตามที่กำหนดการตรากฎหมายให้คำนึงถึงหลักการที่ไม่ให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าหรือต้องไม่คัดค้านกับหลักการของรัฐธรรมนูญด้วย เมื่อออกมาแล้วต้องไม่เกิดเป็นการจำกัดสิทธิหรือเพิ่มภาระให้แก่ปวงชน ดังนั้นจึงต้องมีความคุ้มค่าและมีความจำเป็นอย่างแท้จริง²⁸

2.4 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ 8-10/2546

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 8 – 10/2546 สรุปได้ว่า การที่ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ.2537) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 14 (3) เป็นการออกหลักเกณฑ์ที่มีความเท่าเทียมตามหลักความเสมอภาคและชอบด้วยกฎหมายแล้ว ตามบทบัญญัติมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยให้เหตุผลว่า การกำหนดห้ามมิให้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินบนเกาะเป็นการห้ามในทุก ๆ เกาะ มิได้จำกัดสิทธิดังกล่าวไว้ในเกาะใดเกาะหนึ่งเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงบุคคลที่ได้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินโดยมีเอกสารสิทธิอยู่ก่อนแล้ว ฉะนั้นข้อคัดค้านที่ผู้คัดค้านกล่าวอ้างให้ยกเลิกข้อกำหนดในกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวนี้ เพราะขัดแย้งหรือต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญนั้น จึงฟังไม่ขึ้น ศาลพิพากษาให้กฎกระทรวงฉบับนี้มีผลใช้บังคับต่อไปได้โดยชอบ²⁹

²⁸ จาก ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, โดย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ 8-10/2546

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะ ของชนพื้นเมืองต่างประเทศ

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมืองตามกฎหมายในประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศ โดยจะนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายประเทศอื่น โดนีเซีย ประเทศออสเตรเลีย และประเทศมาเลเซีย มีรายละเอียดต่อไปนี้

3.1 ประเทศไทย

3.1.1 หลักการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน

1) นิยามศัพท์

“ที่ดิน” หมายความว่า พื้นที่ดินทั่วไป และให้หมายความรวมถึง ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย

“ให้หมายความรวมถึง” นั้น มิได้หมายความว่า จะจำกัดแต่เฉพาะสิ่งที่กล่าวถึงนั้นเท่านั้น หากความหมายแท้จริงอยู่ที่คำว่า “พื้นที่ดินทั่วไป” เป็นสำคัญและจากตัวอย่างที่ “ให้หมายความรวมถึง” นั้นเอง เช่น ลำน้ำและทะเลสาบทำให้เข้าใจได้ว่าพื้นที่ดินทั่วไปดังกล่าวจะอยู่บนบกหรืออยู่ใต้น้ำก็ได้ ดังนั้น พื้นผิวโลกอันเป็นที่ดินได้ทะเลที่ประเทศไทยมีอาณาอธิปไตยจึงเป็น “ที่ดิน” ตามประมวล กฎหมายที่ดินด้วย ๆ แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่าเมื่อบริเวณใดเป็นที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน แล้วจะสามารถออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้เสมอไป

“กรรมสิทธิ์” และ “สิทธิครอบครอง” ตามความหมายในประมวลกฎหมายที่ดิน มีสถานะในทำนองเดียวกันคือแสดงความเป็นเจ้าของ

“หนังสือรับรองการทำประโยชน์” หมายความว่า หนังสือคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้ทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว

“ใบได้สวน” หมายความว่า หนังสือแสดงการสอบสวนเพื่อออกโฉนดที่ดิน และให้หมายความรวมถึงใบนำด้วย

“โฉนดที่ดิน” หมายความว่า หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินและให้หมายความรวมถึง โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า ได้ทำประโยชน์แล้ว

“สิทธิในที่ดิน” หมายถึง สิทธิในการได้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดิน และให้หมายความรวมถึงการครอบครองต่อเนื่องมาจากบรรพบุรุษเป็นมรดกตกทอด (การสืบสายโลหิต) แม้จะมีเพียงสิทธิครอบครองหรือสิทธิแห่งกรรมสิทธิ์ และไม่ว่าจะมีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินแล้วไม่ก็ตาม

“ที่เกาะ” หมายถึง ส่วนของแผ่นดินที่มีน้ำล้อมรอบ และยังมีส่วนของแผ่นดินที่ไม่ได้อยู่เหนือน้ำตลอดเวลา โดยเป็นพื้นที่ที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ไม่ได้เกิดขึ้นโดยฝีมือมนุษย์ และต้องมีราษฎรอาศัยอยู่เป็นชุมชนดั้งเดิมหรือชนพื้นเมือง

“ชนพื้นเมือง” หมายถึง บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ตั้งถิ่นฐานร่วมกันเพื่อดำรงชีวิตประกอบอาชีพ อยู่ร่วมกันเป็นชุมชนอยู่บนที่เกาะเป็นหลักแหล่งถาวร และเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทย และให้หมายความรวมถึง กลุ่มบุคคลธรรมดาทั่วไปที่อยู่อาศัยบนเกาะเป็นระยะเวลานานจนมีการสืบทอดสู่ทายาท และกลุ่มชาติพันธุ์

2) หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน สามารถจำแนกตามสิทธิในที่ดินได้ 2 ประเภท

2.1) หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน ได้แก่ โฉนดที่ดิน โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ซึ่งเป็นหนังสือแสดงความเป็นเจ้าของที่ดินที่มีสิทธิในที่ดิน มีสิทธิที่จะทำการใช้ประโยชน์ได้อย่างเต็มที่ในฐานะเจ้าของ รวมถึงหากมีการเพาะปลูกก็ย่อมเป็นเจ้าของคอกผลที่งอกงามขึ้นมา และมีสิทธิหวงกันไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามาทำลายทรัพย์สินได้ รวมถึงการครอบครองปรปักษ์ในที่ดิน ที่ดินซึ่งมีหนังสือสำคัญ

แสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินต้อง ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาสิบปีโดยความสงบและโดยเปิดเผย ด้วยเจตนาเป็นเจ้าของ

หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน จึงได้แก่ โฉนดที่ดิน และเนื่องจาก โฉนดที่ดิน หมายความว่ารวมถึง หนังสือสำคัญอีก 3 ประเภท ได้แก่ โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” หนังสือสำคัญทั้ง 3 ประเภทนี้ จึงเป็นหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ด้วยเหตุที่กฎหมายต้องบัญญัติให้มีความครอบคลุม เช่นนี้ เนื่องจาก โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และ ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” เป็นหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายเก่า กล่าวคือ “โฉนดแผนที่” ออกตามประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 120 ซึ่งต่อมาได้ออกเป็น พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 120) “โฉนดตราจอง” ออกตามพระราชบัญญัติออกโฉนดตราจองและให้ใช้ในมณฑลพิษณุโลก ร.ศ. 124 และ “ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว”” ออกตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 เมื่อพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินมิได้นิยามให้ความหมายของคำว่า “โฉนดที่ดิน” หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์

2.2) หนังสือแสดงสิทธิครอบครองที่ดิน ได้แก่ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3., น.ส. 3 ก., น.ส. 3 ข.) และแบบหมายเลข 3 ที่ออกให้ภายหลังวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินประเภทนี้จะต้องพิจารณาถึงการครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดิน ประกอบด้วย เพราะเป็นสิทธิที่เกิดจากการที่บุคคลได้ยึดถือทรัพย์สินไว้โดยเจตนายึดถือเพื่อตนหรือผู้อื่นยึดถือไว้ให้ การฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการ ครอบครองจะต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่เวลาถูกแย่งการครอบครอง

3) การได้กรรมสิทธิ์ที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 3 บุคคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ในกรณีต่อไปนี้

3.1) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามบทกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายนี้ใช้บังคับ หรือได้มา ซึ่งโฉนดที่ดินตามบทแห่งประมวลกฎหมายนี้

3.2) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพหรือกฎหมายอื่นเมื่อพิจารณาตาม มาตรา 3 บุคคลมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ 3 กรณี ได้แก่

(1) ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมาย ก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 อันได้แก่กรรมสิทธิ์ตามโฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว”

(2) ได้กรรมสิทธิ์ตามบทบัญญัติ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ได้แก่ การออกโฉนด ที่ดินโดยการได้กรรมสิทธิ์โดยการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินตามบทบัญญัติ

ในประมวลกฎหมายที่ดิน ตามมาตรา 58, 58 ทวิ หรือเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินโดยการเปลี่ยน น.ส. 3 ก. เป็นโฉนดที่ดินตาม ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 58 ตริ และการออกโฉนดที่ดินเป็น การเฉพาะรายตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 58, 58 ทวิ เป็นต้น

(3) ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายว่าด้วย การจัดที่ดินเพื่อการครองชีพหรือพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511

4) องค์ประกอบที่สำคัญของการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ต้องเป็นที่ดินที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 43 และต้องเป็นบุคคลผู้ที่ครอบครองและทำประโยชน์ที่ดินอย่างแท้จริง ส่วนขั้นตอนวิธีการก็เป็นไปตามประมวลกฎหมายที่ดิน เช่น ออกโดยวิธีการเฉพาะราย ต้องมายื่นคำขอต่อสำนักงานที่ดินที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ หรือออกโดยวิธีการเดินสำรวจซึ่งเป็นไปตามนโยบายภาครัฐที่ส่งเจ้าหน้าที่จากส่วนกลางกรมที่ดินไปเดินสำรวจในที่ดินของประชาชน โดยประชาชนไม่ต้องเสียค่าดำเนินการ จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่าที่ดินที่จะออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้นั้น จะต้องเป็นที่ดินที่มีสิทธิในที่ดินได้ครอบครองและทำประโยชน์แล้ว และเป็นที่ดินที่สามารถออกโฉนดที่ดินได้ แต่กฎกระทรวงดังกล่าวมิได้กำหนดว่าที่ดินประเภทใดที่สามารถออกโฉนดที่ดินได้ แต่กลับกำหนดลักษณะประเภทของที่ดินที่ต้องห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินไว้แทน จึงแปลความได้ว่าถ้ามิได้เป็นที่ดินที่ต้องห้ามตามที่กำหนดไว้แล้ว ย่อมสามารถออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้³⁰

5) วิธีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินโดยวิธีการเดินสำรวจ

การเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน การเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินเป็นวิธีการออกโฉนดที่ดินประเภทหนึ่งซึ่งได้มีการ ดำเนินการมาตั้งแต่ก่อน พ.ศ. 2490) และเมื่อประมวลกฎหมายที่ดินมีผลใช้บังคับเมื่อ พ.ศ. 2497 การเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน เป็นวิธีการที่รัฐออกนโยบายมาเพื่ออำนวยความสะดวกต่อประชาชนโดยมีเจ้าหน้าที่กรมที่ดินจากส่วนกลางไปทำการรังวัดออกโฉนดที่ดินให้ ซึ่งกระบวนการขั้นตอนในการเดินสำรวจ ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ส่วนใหญ่แล้วจะมีวิธีการที่เหมือนกันโดยมีหลักการที่ จะออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้แก่ประชาชนได้มากที่สุดในระยะเวลา อันรวดเร็ว โดยการส่งเจ้าหน้าที่จากส่วนกลางไปดำเนินการเป็นท้องที่ไปและประชาชนเสียค่าใช้จ่ายไม่มากนักเกินไป (ปัจจุบันเก็บเฉพาะค่าออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ค่าหลักเขตที่ดินและค่ามอบอำนาจเท่านั้น) ซึ่งการดำเนินการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามมาตรา 58 และ 58 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน หากพิจารณาแล้วเห็นว่า

³⁰ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดินพร้อมกฎกระทรวงและระเบียบของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ, โดย สิริ เกลินสฤตย์, 2531, กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์

เป็นที่ดินที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายฉบับที่ 43 และเป็นบุคคลที่มีสิทธิในที่ดิน และได้ดำเนินการตามกระบวนการขั้นตอนจนครบถ้วน และไม่มีผู้ใดโต้แย้งคัดค้าน ก็ทำการการจัดสร้างโฉนดที่ดิน หรือ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ หากไม่มีข้อขัดข้องประการใดแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกโฉนด ที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้แก่บุคคลดังกล่าวต่อไป³¹

6) วิธีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเป็นการเฉพาะราย

การออกโฉนดที่ดินเฉพาะราย มาตรา 59 “ในกรณีที่ผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินมาขอออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นการเฉพาะราย ไม่ว่าจะมิประกาศของรัฐมนตรีตามมาตรา 58 แล้วหรือไม่ก็ตาม เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณา เห็นสมควรให้ดำเนินการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์แล้วแต่กรณี ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ประมวลกฎหมายนี้กำหนด” มีขั้นตอนในการดำเนินการคือ เป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินต้องมีหลักฐานสำหรับที่ดินเดิม แล้วนำมายื่นคำขอออกโฉนดที่ดิน ณ สำนักงานที่ดิน ที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่และมีเขตอำนาจ ซึ่งวิธีการออกโฉนดที่ดินวิธีนี้เป็นการที่ประชาชนร้องขอต่อรัฐให้ทำการรังวัดออกโฉนดที่ดินให้จึงต้องทำการเสียค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ให้แก่รัฐ เมื่อเจ้าหน้าที่รับคำขอแล้ว ก็จะนัดทำการรังวัดในพื้นที่ดินจริง และเมื่อทำการรังวัดเสร็จแล้ว เจ้าหน้าที่ก็จะพิจารณาว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะสามารถออกได้หรือไม่ กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่าที่ดินดังกล่าวอยู่ภายในเขตที่สงวนหวงห้ามหรือที่ดินสาธารณะประโยชน์ใดหรือไม่ เป็นต้น หากไม่ต้องห้ามก็จะทำการจัดสร้างโฉนดที่ดินให้แก่เจ้าของที่ดินต่อไป³²

3.1.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ลักษณะ 2 กรรมสิทธิ์ หมวด 1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์

มาตรา 1309 “เกาะที่เกิดในทะเลสาบ หรือในทางน้ำหรือในเขตน่านน้ำของประเทศก็ดีและท้องทางน้ำที่เงินขึ้นก็ดี เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน”

เกาะที่เกิดขึ้นในทะเลสาบทางน้ำแม่น้ำบึงนั้นจะเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินได้ต่อเมื่อทางน้ำแม่น้ำบึงนั้นต้องเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินถ้ากรอกหรือท้องทางน้ำ ที่ดินเงินขึ้นเกิดในที่ดินที่เป็นของเอกชนแล้วก่อนนั้นก็จะเป็นของเอกชนไม่ใช่ทรัพย์สินของแผ่นดิน

³¹ จาก การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามกฎหมายที่ดิน, โดย วัชร มาลัยมาตร, 2558, กรุงเทพฯ: กรมที่ดิน

³² จาก คู่มือปฏิบัติงานการออกโฉนดที่ดินเฉพาะราย, โดย สำนักมาตรฐานการออกหนังสือสำคัญ, 2554, กรุงเทพฯ: กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย

มาตรา 1334 “ที่ดินรกร้างว่างเปล่า และที่ดินซึ่งมีผู้เวนคืนหรือทอดทิ้งหรือกลับมาเป็นของแผ่นดินโดยประการอื่นตามกฎหมายที่ดินนั้น ท่านว่าบุคคลอาจได้มาตามกฎหมายที่ดิน”

เป็นเรื่องที่ดินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งไม่อาจได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์แต่ถ้าเอกชนคนใดเข้าไปครอบครองก็จะมีเพียงสิทธิครอบครองเท่านั้น ไม่ว่าจะครอบครองนานเพียงใดหรือโอนขายกำไรไปอย่างไรก็ตามก็ไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ในการครอบครองปรปักษ์ได้ แต่อาจได้กรรมสิทธิ์ไปตามกฎหมายที่ดินได้ซึ่งตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตราสามบุคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังต่อไปนี้

1) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามบทกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายนี้ใช้บังคับหรือได้มาซึ่งโฉนดที่ดินตามบทแห่งประมวลกฎหมายนี้

2) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพหรือกฎหมายอื่นโดยมาตรา 1334 บัญญัติเพื่อให้ทราบว่าจะใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในลักษณะการครอบครองหรือจะโอนในรูปแบบใด เพื่อให้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยทางอื่นไม่ได้นอกจากจะได้กรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายที่ดินเท่านั้น

3.1.3 กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

โดยมีเจตนารมณ์ในการออกกฎกระทรวงดังกล่าว เพื่อเป็นการป้องกันการบุกรุกและอนุรักษ์ทรัพยากรทางธรรมชาติไม่ให้เกิดความเสียหายและมีผลทำให้ห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดิน ดังนี้

ข้อ 14 ที่ดินที่จะออกโฉนดที่ดินต้องเป็นที่ดินที่ผู้มีสิทธิในที่ดินได้ครอบครองและทำประโยชน์แล้ว และเป็นที่ดินที่สามารถออกโฉนดที่ดินตามกฎหมายแต่ห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดิน ดังต่อไปนี้

- 1) ที่ดินที่ราษฎรให้ประโยชน์ร่วมกัน เช่น ทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ ที่ชายคลอง
- 2) ที่เขา ที่ภูเขา และพื้นที่ที่รัฐมนตรีมีประกาศหวงห้ามตามมาตรา 9 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน แต่ไม่รวมถึงที่ดินซึ่งมีผู้ครอบครองมีสิทธิครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายที่ดิน
- 3) ที่เกาะ แต่ไม่รวมถึงที่ดินของผู้ซึ่งมีหลักฐานแจ้งการครอบครองที่ดิน มีใบจองใบเหยียบย่ำ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ โฉนดตราจอง ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว”

หรือเป็นผู้มีสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ หรือที่ดินที่คณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติได้อนุมัติให้จัดแก่ประชาชน หรือที่ดินซึ่งได้มีการจัดหาผลประโยชน์ตามมาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินโดยคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติได้อนุมัติแล้ว

4) ที่สงวนหวงห้ามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มาตรา 20 (3) และ (4) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2526 หรือกฎหมายอื่น

5) ที่ดินที่คณะรัฐมนตรีสงวนไว้เพื่อรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น³³

3.1.4 ร่างพระราชบัญญัติสภานะแห่งพื้นเมืองแห่งประเทศไทย พ.ศ.

หลักการและเหตุผลในการร่างกฎหมายฉบับนี้ เพื่อต้องการให้การส่งเสริม ค้ำครอง และปกป้องสิทธิของชนเผ่าพื้นเมืองซึ่งเป็นกลุ่มชาติพันธุ์ที่มีถิ่นที่อยู่อาศัยมาเป็นระยะเวลายาวนาน ในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง จนทำให้มีอัตลักษณ์ วิถีชีวิต และวัฒนธรรม เป็นของตัวเองในแต่ละกลุ่มชาติพันธุ์ และมีเป้าหมายที่จะอนุรักษ์พัฒนาและสืบทอดวิถีชีวิต และเพื่อไม่ให้เกิดความลำเอียงหรือไม่เข้าถึงสิทธิตามกฎหมายอย่างกลุ่มคนทั่วไปโดยไม่เป็นธรรม อาจส่งผลกระทบต่อดำรงชีวิตประจำวันให้มีอุปสรรค ขัดจำกัด ที่ถูกลิดรอนสิทธิ ไม่ได้รับสิทธิเต็มจำนวนตามที่กฎหมายได้บัญญัติขึ้น และมีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปในชุมชนปกติซึ่งได้รับความคุ้มครอง ปกป้อง ช่วยเหลือจากรัฐอย่างเต็มกำลัง ดังนั้น เพื่อให้มีการต่อยอดตามที่กฎหมายวางหลักการไว้ในมาตรา 43 และมาตรา 70 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของชาวไทยให้เสมอภาคกันโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางด้านนโยบายและกฎหมายและมาตรการต่าง ๆ ที่อาจไม่สอดคล้องกับวิถีวัฒนธรรมและส่งเสริมให้กลุ่มชาติพันธุ์ได้มีส่วนร่วมในกลไกกระบวนการต่าง ๆ ของรัฐอย่างเป็นรูปธรรม นอกจากนี้ร่างกฎหมายยังเป็นไปตามข้อ 27 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR) ที่รัฐต้องประกันสิทธิที่จะมีวัฒนธรรม ความเชื่อ และภาษาของ

³³ จาก คำบรรยาย เรื่อง การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน, โดย มานัส ฉั่วสวัสดิ์, 2554, กรุงเทพฯ: กรมที่ดิน

ตนเองตลอดจนกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights; ICESCR) ที่รัฐต้องประกันสิทธิของบุคคลภายในเขตอำนาจรัฐในการมีมาตรฐานชีวิตที่ดีพอเพียงมีสุขภาวะด้านกายและจิตใจสิทธิในการศึกษาและสิทธิในวัฒนธรรมเท่าที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966 : ICCPR) ข้อ 27 ในรัฐทั้งหลายซึ่งมีชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาอยู่บุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยดังกล่าวจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในอันที่จะมีวัฒนธรรมของตนเอง หรือนับถือและประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของตนเอง หรือใช้ภาษาของตนเอง ภายในชุมชนร่วมกับสมาชิกอื่น ๆ ของชนกลุ่มน้อยด้วยกัน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights; ICESCR) ข้อบทที่ 2 (2) ข้อ 11 ข้อ 12 ข้อ 13 และข้อ 15 ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) มีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามมาตรฐานซึ่งกำหนดไว้ในกติกาดังกล่าว ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำและต้องดำเนินการอย่างค่อยเป็นค่อยไปให้มีความก้าวหน้า อาทิ การให้สิทธิพิเศษบางประการ (Special Rights) เพื่อให้ชนกลุ่มน้อยสามารถรักษาอัตลักษณ์ ภาษา ลักษณะและขนบธรรมเนียมของตนเองได้ เพื่อช่วยให้ได้มาซึ่งความเท่าเทียมโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ แต่มิใช่เป็นการมอบอภิสิทธิ์ (Privileges) เหนือกลุ่มบุคคลอื่นในสังคม รวมถึงการได้รับประโยชน์จากบริการต่าง ๆ ได้ รวมทั้งการมีส่วนร่วมในชีวิตการเมืองและเศรษฐกิจตามที่พึงได้รับ (Entitlement) โดยนโยบายและมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นควรจัดอุปสรรคและส่งเสริมให้ชนกลุ่มน้อยสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นและรัฐพึงเคารพในการแสดงออกถึงอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมและภาษา ตลอดจนสามารถรักษาและพัฒนา (Preserve and Develop) อัตลักษณ์ของกลุ่มชาติพันธุ์ เห็นว่าเป็นการกำหนดหลักการหรือมาตรฐานที่สอดคล้องกันสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาในหลักการแล้วเห็นว่า การที่กลุ่มชาติพันธุ์จะสามารถใช้สิทธิต่าง ๆ ตามที่พันธกรณีระหว่างประเทศและรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ นอกจากการรวมกลุ่มที่เข้มแข็งแล้ว จำเป็นจะต้องมีกลไกการดำเนินการที่เชื่อมโยงและสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการขับเคลื่อนนโยบายต่าง ๆ จากภาครัฐด้วย เพื่อใช้เป็นช่องทางในการแสดงอัตลักษณ์และสะท้อนปัญหาที่อาจเกิดจากการเข้าไม่ถึงสิทธิต่าง ๆ การมีมาตรฐานชีวิตที่ดีพอเพียง มีสุขภาวะด้านกายและจิตใจ สิทธิในการศึกษาและสิทธิ

ในวัฒนธรรมเท่าที่ดีที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติ ตามพันธกรณีในประเทศไทย ต้องปฏิบัติตาม³⁴

สำหรับร่างพระราชบัญญัติสภาชนเผ่าพื้นเมืองแห่งประเทศไทย พ.ศ. คณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายได้เปิดให้รับฟังความคิดเห็นผ่านเว็บไซต์ของรัฐสภาในระหว่างวันที่ 22 เมษายน 2565 ถึงวันที่ 13 มิถุนายน 2565 และได้ปิดรับฟังความคิดเห็นแล้วปรากฏว่า ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวถูกตีความว่าเป็นร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการเงิน ขณะนี้อยู่ระหว่างขั้นตอนการส่งไปให้นายกรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน จึงจะสามารถพิจารณาดำเนินการในขั้นตอนต่อไปได้³⁵

3.2 สาธารณรัฐอินโดนีเซีย

3.2.1 การได้สิทธิในที่ดินตามกฎหมายที่ดินอินโดนีเซีย

ในประเทศอินโดนีเซียปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยแบบสาธารณรัฐซึ่งมีหลักการแบ่งแยกอำนาจ มีระบบรัฐบาลแบบประธานาธิบดี อินโดนีเซียมีหลักปกครองที่ยึดถือเป็นสำคัญคือหลักปญญาสี่ที่ใช้เป็นหลักของประเทศ ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ สำหรับระบบกฎหมายนั้น เป็นระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร เพราะระบบกฎหมายของอินโดนีเซีย นั้นมีรากฐานจากกฎหมายโรมันและกฎหมายดัทช์ (ประเทศเนเธอร์แลนด์) และยังได้รับอิทธิพลจากกฎหมายธรรมเนียมประเพณี นอกจากนี้อินโดนีเซียยังบังคับใช้หลักกฎหมายอิสลามหรือกฎหมายชารีอะห์นำมาใช้อีกด้วย ส่วนลำดับชั้นของกฎหมายของประเทศอินโดนีเซีย มีรัฐธรรมนูญของอินโดนีเซียระบุว่า อินโดนีเซียเป็นประเทศที่ยึดกฎหมายเป็นหลัก กฎหมายอินโดนีเซียได้ใช้หลัก Lex Superior Derogat Legi Inferiori ซึ่งมีความหมายว่า กฎหมายและข้อบังคับที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าย่อมเข้าแทนที่กฎหมายและข้อบังคับที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า

³⁴ จาก รายงานผลการรับฟังความคิดเห็นและรายงานผลการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากร่างพระราชบัญญัติสภาชนเผ่าพื้นเมืองแห่งประเทศไทย พ.ศ., โดย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2564, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง

³⁵ จาก ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์และชนเผ่าพื้นเมือง พ.ศ., โดย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2565, สืบค้นจาก https://www.parliament.go.th/section77/survey_detail.php?id=224

ในรัฐธรรมนูญของประเทศอินโดนีเซียกำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบของกฎหมายในเชิงรูปแบบเป็นเรื่องของสองศาล คือ ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลฎีกา โดยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจำกัดอยู่ที่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (ระดับพระราชบัญญัติ) ที่อาจมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ขณะที่ศาลฎีกาจะมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบกฎข้อบังคับต่าง ๆ หรือพระราชกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่ถูกกฎหมายขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือที่สูงกว่าและศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเอง โดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียสามารถตรวจสอบได้สองแบบ คือ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ในเชิงรูปแบบ กับตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงเนื้อหา และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงของรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาถึงกระบวนการ วิธีการในการบัญญัติบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ว่าเป็นไปโดยชอบตามรัฐธรรมนูญหรือไม่³⁶

กฎหมายอันเป็นปอเกิดของกฎหมายว่าด้วยที่ดินของประเทศอินโดนีเซีย คือ กฎหมายฉบับที่ 5 ค.ศ. 1960 ว่าด้วยหลักการพื้นฐานของกสิกรรม (Law No. 5 of 1960 on Basic Principles of Agrarian) (“กฎหมายว่าด้วยกสิกรรม”) ซึ่งกำหนดประเภทของสิทธิเหนือที่ดินออกเป็นหลายประเภท กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ สิทธิในการปลูกสร้าง สิทธิในการเพาะปลูก สิทธิใช้สอย กรรมสิทธิ์นั้นได้มาโดยการสืบทอด และเป็นสิทธิที่แน่นอนและสมบูรณ์ที่สุดในที่ดินที่อาจมีได้ ชาวอินโดนีเซียและนิติบุคคลบางประเภทที่รัฐบาลได้กำหนดไว้เท่านั้นที่มีกรรมสิทธิ์ในขณะเดียวกัน ผู้ถือสิทธิในการปลูกสร้าง สิทธิในการเพาะปลูก และสิทธิในการใช้สอย จะมีสิทธิใช้สอยที่ดินตามสภาพสิทธิดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด สิทธิดังกล่าวนี้บุคคลธรรมดาอินโดนีเซียและนิติบุคคลสามารถถือเอาได้ สำหรับสิทธิในการใช้สอยนั้น หน่วยงานรัฐบาล องค์การทางสังคมและศาสนา คนต่างด้าวที่พำนักอยู่ในประเทศอินโดนีเซีย สำนักงานผู้แทนต่างประเทศ ตัวแทนของรัฐต่างประเทศ และตัวแทนขององค์กรระหว่างประเทศสามารถถือเอาได้

ความพิเศษของกฎหมายว่าด้วยกสิกรรมก็คือ มีบทบัญญัติที่กำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับที่ดินในประเทศอินโดนีเซีย (ตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์แห่งชาติและกฎหมายของประเทศอินโดนีเซีย) กรรมสิทธิ์ สิทธิในการปลูกสร้าง

³⁶ จาก ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอินโดนีเซีย, โดย ศรสวัสดิ์ มลสุวรรณ, 2562, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สิทธิในการเพาะปลูก สิทธิในการใช้สอย สิทธิในการจัดการที่ดินเป็นสิทธิที่ดินที่มีทะเบียน นอกจากที่ดินที่มีทะเบียน ยังมีที่ดินที่ไม่มีทะเบียน ซึ่งก็คือที่ดินที่ไม่ได้จดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดิน เพราะฉะนั้น จึงไม่มีการออกโฉนดที่ดินให้แก่ที่ดินดังกล่าว

ระบบกฎหมายภาครัฐประกอบด้วยระบบกฎหมายหลักสามระบบ ได้แก่

- 1) ระบบกฎหมายจารีตประเพณี
- 2) ระบบกฎหมายอิสลาม
- 3) ระบบกฎหมายซึ่งได้รับมาจากกฎหมายเนเธอร์แลนด์ในระหว่างยุคอาณานิคม

ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Adat) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ก่อนที่ชาวเนเธอร์แลนด์จะเข้ามายังอินโดนีเซีย บรรดาอาณาจักรพื้นเมือง ต่างก็มีกฎหมายจารีตประเพณีของตนเอง เรียกว่า Adat ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสังคมในพื้นที่นั้น ๆ อินโดนีเซียมีชนเผ่าพื้นเมืองกว่าพันชนเผ่า และแต่ละชนเผ่าต่างก็มี Adat เป็นของตนเอง กล่าวโดยทั่วไป อาณานิคม Adat ได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ของพฤติกรรมของคนในสังคมทั้งหมดที่ใช้บังคับซึ่งไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่ได้รวบรวมเป็นประมวล โดยมีบทลงโทษแก่ผู้ที่ฝ่าฝืน Adat จวบจนถึงปัจจุบัน ระบบกฎหมายอินโดนีเซียยอมรับการมีอยู่และการใช้บังคับ Adat³⁷

3.2.2 หลักการและระบบกรรมสิทธิ์ที่ดิน

ในระบบกรรมสิทธิ์ที่ดิน เช่น ในพื้นที่นอกเขตชวา กรรมสิทธิ์ในที่ดิน ของคนพื้นเมืองที่ย้ายออกหรือตายโดยไม่มีทายาทจะกลับไปเป็นของชุมชนท้องถิ่น และรัฐธรรมนูญ ของอินโดนีเซียในปี ค.ศ. 1945 ได้ให้การรับรอง Adat ว่ามิได้ขัดกับผลประโยชน์ของรัฐหรือชาติทั้ง ๆ ที่ ความหลากหลายในการตีความ Adat นั้นสร้างความยุ่งยากในการสร้างกฎระเบียบในระดับรัฐ และเป็นผลสืบเนื่องอันก่อให้เกิดปัญหาในระบบศาลในเวลาต่อมา เพราะในปี ค.ศ. 1960 ได้มีการออกกฎหมายที่ดิน (Basic Agrarian Law 1960) ซึ่งเป็นการให้หลักการเรื่องสิทธิในการถือครองที่ดินทั้งแก่ประชาชนและรัฐ โดยยังคงให้การยอมรับเรื่องการถือครองที่โดยปราศจากเอกสารแสดงสิทธิ อย่างไรก็ตาม กฎหมายใหม่นี้ได้เปิดโอกาสและเป็นเครื่องมือแก่นขนชั้นนำทางการเมือง

³⁷ จาก กฎหมายเกี่ยวกับสังคม วัฒนธรรม การเมืองและความมั่นคงของประเทศอินโดนีเซีย, โดยมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2562, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ³⁸ และในเวลาต่อมา รัฐบาลยังได้ออกกฎหมายป่าไม้ (Basic Forestry Law 1967) เพื่อให้อำนาจแก่รัฐในการยึดที่ดินที่ไม่มีผู้ใดอ้างกรรมสิทธิ์และเอื้อให้เกิดการใช้ประโยชน์แก่ บริษัทเอกชน ทำให้พื้นที่มหาศาลของป่าฝนถูกใช้เพื่อให้สัมปทานในการชักลากไม้ และรวมทั้งทำให้พื้นที่ป่าชุมชนที่ไม่มีเอกสารสิทธิหลายแห่งตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ โดยที่รัฐได้มอบกรรมสิทธิ์ ผ่านการให้สัมปทานแก่กลุ่มธุรกิจต่าง ๆ จึงเป็นเหตุให้เกิดข้อพิพาทระหว่างชุมชนกับบริษัทที่เข้ามาในพื้นที่นั้น ซึ่งในบางพื้นที่ภายใต้บริบทเช่นนี้การเผาป่าจะถูกใช้เป็นอาวุธในการยุติข้อพิพาทในพื้นที่ที่มีความไม่ชัดเจนในประชาคม โดยเฉพาะในพื้นที่ส่วนใหญ่ซึ่งเป็นพื้นที่ที่มีกรรมสิทธิ์ร่วม ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ความสัมพันธ์ที่ประปรายระหว่างผู้ได้รับสัมปทาน ผู้อพยพและคนในพื้นที่ทำให้เกิดความ ตั้งใจในการเผาทำลายพื้นที่ซึ่งวิธีการการเผาทำลายป่านั้นถูกใช้โดยทั้งผู้ได้รับสัมปทานที่เข้ามาและ ทั้งคนในพื้นที่เพื่อที่จะหยุดการกระทำของอีกฝ่าย กรณีเหล่านี้ปรากฏให้เห็นในพื้นที่บริเวณเกาะสุมาตรา และกาลมินตัน³⁹

กฎหมายที่ดินอินโดนีเซีย (ได้แก่ กฎหมายฉบับที่ 5 ค.ศ. 1960 (Law No. 5 of 1960) ระบุอย่างชัดเจนว่ากฎหมายที่ดินที่ใช้บังคับในอินโดนีเซียให้เป็นไปตาม adat ภายในขอบเขตว่า จะไม่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของชาติและนิติบัญญัติของอินโดนีเซีย นอกจากนี้ ภายใต้กฎหมายฉบับที่ 48 ค.ศ. 2009 ว่าด้วย อำนาจตุลาการ (Law No. 48 of 2009 on Judicial Powers) (“กฎหมายฉบับที่ 48/2009”) ผู้พิพากษาจำเป็นต้องคำนึงถึงกฎหมายจารีตประเพณีในสังคมในการพิพากษามาตรา 5 ของกฎหมายฉบับที่ 5 ค.ศ. 1960 ระบุว่า “กฎหมายว่าด้วยที่ดินซึ่งใช้บังคับกับที่ดิน พื้นน้ำ และอากาศ ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ตราบเท่าที่ยังไม่ขัดกับผลประโยชน์ของรัฐและของชาติบนรากฐานของความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติ ระบบสังคมนิยมของอินโดนีเซีย รวมถึงบทบัญญัติในกฎหมาย และทุกสิ่ง โดยคำนึงถึงองค์ประกอบตามหลักความเชื่อทางศาสนา” และมาตรา 5 ของกฎหมายฉบับที่ 48/2009 ระบุว่า “ผู้พิพากษาและผู้พิพากษารัฐธรรมนูญจะต้องสืบค้น ปฏิบัติตาม และทำความเข้าใจคุณค่าแห่งกฎหมาย และความรู้สึกล้านุติธรรมซึ่งมีอยู่ในสังคม”

³⁸ จาก รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ฉบับ ค.ศ. 1945 กับแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นชาติ, โดย สุวัฒนา ณีเจริญ, 2558, วารสารวิชาการ สาขามนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์ และศิลปะ มหาวิทยาลัยศิลปากร, 8(2), 1964-1976

³⁹ From The return of the native in Indonesian law Indigenous communities in Indonesian legislation, by Bedner & Van Huis, 2008, *Journal of the Humanities and Social Sciences of Southeast Asia and Oceania*, 164(2), 165-193

ดินแดนกลุ่มเกาะอินโดนีเซียยุคโบราณมีรัฐท้องถิ่นและชุมชนของคนพื้นเมือง ซึ่งแสดงให้เห็นการตั้งหลักแหล่งของกลุ่มคนมาโดยตลอด แต่การตั้งหลักแหล่ง ตามกลุ่มเกาะดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นเช่นกันว่า สังคมกลุ่มเกาะอินโดนีเซียนั้นประกอบด้วยกลุ่มชาติพันธุ์ที่แตกต่างหลากหลาย คนพื้นเมืองซึ่งสถาปนาอำนาจขึ้นมาเป็นอาณาจักรขนาดใหญ่บนเกาะสำคัญ เช่น อาณาจักรศรีวิชัย (Srivijaya) บนเกาะสุมาตรา อาณาจักรมะตะรัม (Mataram) และอาณาจักรมัชปาหิต (Majapahit) บนเกาะชวา เป็นต้น

รัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย “หมวด 6 การปกครองท้องถิ่น (มาตรา 18) การแบ่งเขตดินแดนของประเทศอินโดนีเซียเป็นหน่วยปกครองตลอดจนการวางรูปแบบของการปกครองท้องถิ่นให้กระทำโดยกฎหมายโดยให้สอดคล้องกับหลักการที่ให้มีการปรึกษาหารือและมีสิทธิตามจารีตประเพณีของเขตดินแดน” ในหมวดที่ 6 นี้แสดงให้เห็นถึงการประนีประนอมระหว่างการจัดการอำนาจแบบสมัยใหม่และการดำรงอยู่ในอำนาจแบบจารีตดั้งเดิม คือ ยังให้คงอำนาจของผู้นำท้องถิ่นเดิมซึ่งมีอยู่ก่อนหน้าการเกิดขึ้นของประเทศอินโดนีเซียไว้ในบางพื้นที่ ดังได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อแรกว่าประเทศอินโดนีเซียที่เกิดขึ้นใหม่ไม่ได้เกิดมาบน ดินแดนว่างเปล่า แต่เกิดขึ้นบนดินแดนที่มีระบบการปกครองตลอดจนวัฒนธรรมของท้องถิ่นเดิมอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งอำนาจท้องถิ่นเดิมต้องการปฏิบัติตามจารีตประเพณีเดิมในเขตแดนตนเอง⁴⁰

บริเวณพื้นที่ตามชายฝั่งของเกาะต่าง ๆ ซึ่งเป็นท่าเรือ ทำให้สะดวกต่อการติดต่อ ค้าขาย จึงมีชาวมุสลิมต่างถิ่นที่มาจากประเทศเพื่อนบ้านเข้ามาจำนวนมาก ประชากรส่วนใหญ่จะนับถือศาสนาอิสลาม จึงมีวัฒนธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีของชาวมุสลิม และการประกอบอาชีพส่วนใหญ่จึงเกี่ยวข้องกับการประมง และค้าขายในชุมชน บริเวณพื้นที่ศูนย์กลางของเกาะขนาดเล็กต่าง ๆ ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยของชาวพื้นเมืองมาตั้งแต่ดั้งเดิม ประชากรส่วนใหญ่ไม่นับถือศาสนาแต่ดำรงชีวิตบนศีลธรรมพื้นฐานของชาวพื้นเมือง เช่น หลักช่วยเหลือเกื้อกูลกันในกิจการงาน (Kotong Rayong) หลักการตัดสินใจร่วมกัน (Musyawarah-mufakat) เป็นต้น จึงมีวัฒนธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีของชาวพื้นเมือง การประกอบอาชีพของประชากรมีความหลากหลายกันไป เช่น การทำเกษตรกรรม เพาะปลูก ทำการปศุสัตว์ บนพื้นที่ราบของเกาะตามบรรพบุรุษ (คำว่า Kotong Royong อ่านว่า โกตอง โรยง หมายถึงการร่วมมือทำงานในลักษณะการช่วยกันลงแขกทำนาของไทย และคำว่า musyawarah-mufakat อ่านว่า

⁴⁰ From A Resistance for Protecting Indigenous Rights: The Case Study of the Samin Community in Sukolilo Village, Pati, Indonesia, by Al Amin, 2017, *Journal of Human Rights and Peace Studies*, 4(2), 225-253

มุสยาอารา มูฟาถัด แปลว่าการตัดสินใจร่วมกันเป็นหมู่คณะในลักษณะการปกครองแบบประชาธิปไตย)⁴¹

3.3 เครื่องรัฐออสเตรเลีย

3.3.1 การได้สิทธิในที่ดินตามกฎหมายที่ดินออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียใช้ระบบการจดทะเบียนที่ดินแบบ ทอร์เร็นส (Torrens) หรือ Registration of Title เป็นส่วนใหญ่โดยในมลรัฐควีนส์แลนด์ (Queensland) หน่วยงานที่รับผิดชอบในการจดทะเบียนที่ดินคือกรมทรัพยากรธรรมชาติส่วนมลรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลียมลรัฐนิวเซาท์เวล และมลรัฐทัสมาเนียใช้ระบบการจดทะเบียนทางอินเทอร์เน็ตซึ่งทั้งผู้บริโภคและนายหน้าสามารถลงทะเบียนเพื่อตรวจสอบได้โดยในระบบดังกล่าวจะแสดงที่ตั้งขนาดของที่ดินประวัติการขาย และเจ้าของที่ดิน เป็นต้น

ประเภทของสิทธิถือครองของที่ดินปัจจุบันประเภทของระยะเวลาการครอบครองที่ดินในประเทศออสเตรเลียมีทั้งแบบที่เป็นการครอบครองโดยเอกชนหรือเป็นการครอบครองเพื่อประโยชน์ของกษัตริย์ในกรณีหลังรัฐบาลจะเป็นผู้ครอบครองที่ดินโดยนำที่ดินดังกล่าวไปไว้ในพัสดุเพื่อประชาชนของประเทศนั้นๆ โดยที่ดินจะถูกนำมาให้ประชาชนเช่าช่วงระยะเวลาการเช่าช่วงนั้นแตกต่างกันขึ้นอยู่กับสถานะของการครอบครองว่าเป็นการครอบครองในฐานะเอกชนหรือเป็นการนำออกมาให้เช่าแก่เอกชนหรือกลุ่มของเอกชน โดยรัฐบาลเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือชุมชนที่ดินเอกชน (Private Land) ถือเป็นที่ดินประเภท Freehold Land ผู้ที่ครอบครองที่ดินประเภทนี้มีสิทธิอย่างเต็มที่ในที่ดินนั้น โดยสามารถนำออกให้เช่าเพื่อสามารถซื้อขายกันเสมือนสินค้าทั่วไปผู้ครอบครองที่ดินมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์สินนั้นด้วยตนเองแนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดเกี่ยวกับที่ดินของทางตะวันตกซึ่งนำที่ดินมาเป็นสินค้าดังนั้นจึงสามารถซื้อขายที่ดินได้เหมือนสินค้าทั่วไป ผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินประเภท Freehold Land สามารถนำที่ดินของตนออกให้ผู้อื่นเช่า โดยการเช่าที่ดินดังกล่าวเรียก Leasehold สำหรับการให้เช่าในลักษณะนี้ผู้ให้เช่า (Freeholder) ให้สิทธิในการอยู่อาศัยในที่ดินดังกล่าวแก่ผู้เช่าผู้เช่าจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่าเดิมระยะเวลาการเช่าจะนานถึง 99 ปี แต่ปัจจุบันระยะเวลาการเช่าทรัพย์สินจะสั้นลงกว่าเดิม

⁴¹ From Recognition of the customary land law in the constitution of Indonesia and Malaysia, by Napoh, 2015, *Journal of Legal Studies: Law and Globalization*, 2(2), 1-19

ทรัพย์สินที่นำออกมาให้เช่าส่วนใหญ่จะเป็นแฟลต โดยทั่วไปสัญญาเช่าจะระบุหน้าที่ในการบำรุงรักษาและซ่อมแซมส่วนต่าง ๆ ของทรัพย์สินและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ผู้เช่าต้องปฏิบัติตาม

ประเภทของที่ดิน Crown Land (ที่ดินกษัตริย์) ได้แก่ ที่ดินซึ่งกษัตริย์ (Crown) ยังคงเป็นเจ้าของอยู่และกันไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ Crown Land สามารถทำให้เป็น Freehold Land (ที่ดินกรรมสิทธิ์) ได้โดยการออก Crown Grant Freehold Land หรือ Fee Simple โดยทั่วไปจะเรียกว่า กรรมสิทธิ์ (Ownership) เป็นที่ดินซึ่งกษัตริย์มอบประโยชน์ในทรัพย์สินให้แก่เอกชนประโยชน์ในทรัพย์สินแบบ Freehold นั้นมีข้อจำกัดน้อยที่สุดในบรรดาประโยชน์ที่ดินประเภทอื่น และโดยทั่วไปเป็นที่รู้จักว่าเป็นกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ที่ดินประเภทนี้แตกต่างจากที่ดินประเภทอื่น Leasehold (ผู้เช่า) โดยที่ดินประเภทนี้ไม่ถูกเรียกว่า Crown Land (ที่ดินกษัตริย์) อีกต่อไป หลังจากที่ได้มีการมอบประโยชน์ในฐานะ Freehold (ที่ดินกรรมสิทธิ์) แล้ว และกษัตริย์ (Crown) ไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินเหมือนในกรณีที่กำหนดใน Leasehold (ผู้เช่า) แต่ที่ดินดังกล่าวอาจอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายอื่นได้ เช่น กฎหมายท้องถิ่น ผู้ถือกรรมสิทธิ์ใน Freehold Land (ที่ดินกรรมสิทธิ์) มีสิทธิโดยเด็ดขาดในที่ดินโดยไม่จำกัดระยะเวลาเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวสามารถขายและให้เช่าที่ดินให้แก่ผู้อื่นได้ โดยจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ หรือไม่ก็ได้ เช่นเดียวกันกรณีที่ Crown นำที่ดินออกให้เช่า แต่อย่างไรก็ตาม Crown ยังคงมีสิทธิในการบังคับซื้อที่ดินดังกล่าว ทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การสร้างถนน ทางรถไฟ สะพาน โรงเรียน โรงพยาบาล หรือวัตถุประสงค์อื่นใด ที่เป็นประโยชน์ต่อรัฐ ในทางปฏิบัติสำหรับการบังคับซื้อที่ดินประเภท Freehold คืนจากเจ้าของที่ดินนั้น โดยปกติ Crown จะพยายามตกลงขอซื้อกับเจ้าของที่ดินก่อนในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้จึงใช้มาตรการบังคับซื้อและจ่ายค่าชดเชยกับเจ้าของที่ดิน⁴²

3.3.2 หลักการและระบบกรรมสิทธิ์ที่ดิน

สิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองในออสเตรเลียหรือที่เรียกว่าสิทธิในที่ดินของชาวอะบอริจินในออสเตรเลียเกี่ยวข้องกับสิทธิและผลประโยชน์ในที่ดินของชาวอะบอริจินและชาวเกาะช่องแคบเทอร์

⁴² จาก กฎหมายและการจัดการสิ่งแวดล้อมของเครือรัฐออสเตรเลีย, โดย จิตรพรต พัฒนสิน, ปราณี ติรสมบุญศิริ, กาญจนารักษ์ อินทปັນติ เลิศลอย, จันทกานต์ เชิดชู, ปรีดีเทพ บุณนาค, เจนจิรา บิณยิร, ... ชาตินัย โมรราย, 2560, สืบค้นจาก <https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/1506887867.4a3cec554aa0f7f06e95eca6bc412157.pdf>

เรสในออสเตรเลีย และคำนี้อาจรวมถึงการต่อสู้เพื่อสิทธิเหล่านั้นด้วย การเชื่อมต่อกับแผ่นดินและน่านน้ำมีความสำคัญในวัฒนธรรมอะบอริจินของออสเตรเลียและของชาวเกาะช่องแคบทอร์เรส และมีการสู้รบกันมานานเพื่อให้ได้รับการยอมรับทางกฎหมายและทางศีลธรรมในการเป็นเจ้าของที่ดินและน่านน้ำที่ผู้คนจำนวนมากยึดครองก่อนการตั้งอาณานิคมของ ออสเตรเลียเริ่มต้นในปี ค.ศ. 1788 และการผนวกหมู่เกาะช่องแคบทอร์เรสโดยอาณานิคมของควีนส์แลนด์ ในยุคปี ค.ศ. 1870 ในฐานะที่เป็นอะบอริจินและชาวเกาะช่องแคบทอร์เรส สิทธิของประชาชนและผลประโยชน์ในที่ดินได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการในช่วงประมาณ 40 ปีของแผ่นดินของออสเตรเลียต่อและสิทธิเหล่านี้ได้รับการยืนยันในหลายกรณีซื้อพื้นเมือง กรรมสิทธิ์ของเจ้าของภาษาในออสเตรเลียรวมถึงสิทธิและผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับที่ดินและน่านน้ำที่ชาวพื้นเมืองถือครองภายใต้กฎหมายและประเพณีดั้งเดิม ดังนั้นจึงมีผลบังคับใช้กับทั้งประเทศออสเตรเลียแต่วิธีการที่กระบวนการสำหรับเจ้าของกรรมสิทธิ์ดำเนินการในแต่ละรัฐและดินแดนนั้นขึ้นอยู่กับประวัติของการจัดการสิทธิในที่ดินของรัฐหรือดินแดนนั้น ๆ ในเขตอำนาจศาลบางแห่งการให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินขนาดใหญ่ตามประเพณีก่อนเริ่มพระราชบัญญัติชนพื้นเมือง โดยนำกฎหมายของอังกฤษมาเป็นกฎหมายของอาณานิคมมกุฎราชกุมารแห่งควีนส์แลนด์ได้เข้าครอบครองที่ดินทั้งหมดเพื่อประโยชน์อย่างแท้จริง ศาลตัดสินว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามกฎหมายจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองจะต้องได้รับการยอมรับจากศาลออสเตรเลียด้วยกฎหมายโดยทั่วไป อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาณานิคมไม่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณี⁴³

กฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินประเภทต่าง ๆ ในประเทศออสเตรเลีย ซึ่งช่วยให้ชาวพื้นเมืองออสเตรเลียสามารถต่ออายุกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ แผนการสิทธิในที่ดินอยู่ในสถานที่ในดินแดนทางเหนือ ควีนส์แลนด์ (รวมทั้งตอร์เรสเกาะช่องแคบ), New South Wales , เซาท์ออสเตรเลีย , วิคตอเรียและรัฐแทสเมเนีย โฉนดที่ดินอาจรับรู้ถึงผลประโยชน์ดั้งเดิมในที่ดินและปกป้องผลประโยชน์เหล่านั้นด้วยการให้กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายแก่ชาวอะบอริจินในที่ดินนั้น นอกจากนี้ ตามคำพิพากษาของศาลโฉนดที่ดินแห่งชาติ “การเรียกร้องสิทธิในที่ดินที่ประสบความสำเร็จมักจะส่งผลให้ได้รับสิทธิพิเศษของกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือสัญญาเช่าถาวร มีการออกเอกสารกรรมสิทธิ์ที่ดิน โดยปกติแล้วชุมชนหรือองค์กรจะถือกรรมสิทธิ์กรรมสิทธิ์ดังกล่าวไม่ใช่โดยบุคคล มักจะมีข้อจำกัดในการขายและการจัดการกับที่ดินที่ได้รับในการเรียกร้องสิทธิในที่ดินโดยปกติแล้ว ที่ดินจะถูกส่งต่อไปยังคนรุ่นต่อไปในลักษณะที่ตระหนักถึงความเชื่อมโยงดั้งเดิม

⁴³จาก วันแห่งการ “ขอโทษ” ชนพื้นเมือง: บทเรียนจากรัฐบาลออสเตรเลียสู่สามจังหวัดชายแดนใต้ของประเทศไทย, โดย อลิสา หะสาณะ, 2562, วารสารรัฐสมิแล, 40(3), 43-54

ของชุมชนกับประเทศนั้น” สิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองเกี่ยวข้องกับสิทธิและผลประโยชน์ในดินแดนของชาวอะบอริจินและชาวเกาะช่องแคบทอร์เรสในออสเตรเลีย และคำนี้ใช้เพื่ออธิบายการต่อสู้เพื่อสิทธิ สิทธิและผลประโยชน์ของชาวอะบอริจินและชาวเกาะช่องแคบทอร์เรสในที่ดินที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการมากกว่าร้อยละ 40 ของพื้นที่ดินทั้งของออสเตรเลีย การรับรู้สิทธิของชนพื้นเมืองในแผ่นดินและน้ำเป็นพื้นฐานของกระบวนการของการปรองดอง การผ่านกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินของชาวอะบอริจินในออสเตรเลียในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 เพื่อขอคืนที่ดินและสิทธิ ดินแดนอะบอริจิน โดยพระราชบัญญัติสิทธิในที่ดินของชาวอะบอริจิน (ดินแดนทางเหนือ) ค.ศ. 1976 เป็นพื้นฐานที่ชาวออสเตรเลียอะบอริจินในดินแดนทางเหนือสามารถอ้างสิทธิในที่ดินตามอาชีพดั้งเดิม ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ไม่สามารถขายหรือโอนได้ (แต่สามารถเช่าได้) ตามกฎหมายสิทธิในแผ่นดินของชาวอะบอริจิน (เขตปกครองตนเองนอร์เทิร์นเทร์ริทอรี) ปี ค.ศ. 1976 ชาวอะบอริจินได้รับแผ่นดินที่มีอาณาเขตกว้างใหญ่ไพศาลในเขตแอ่งแม่น้ำคอสโตรเลีย⁴⁴

ในรัฐควีนส์แลนด์ ในปี ค.ศ. 1984 รัฐบาลท้องถิ่นของชาวอะบอริจินและชาวเกาะช่องแคบทอร์เรสเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ และการครอบครองที่ดินภายใต้การครอบครองประเภทนี้ถือเป็นชื่อส่วนรวม ต่อมา มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติที่ดินของชาวอะบอริจิน ค.ศ. 1991 และพระราชบัญญัติที่ดินของชาวเกาะช่องแคบทอร์เรส ค.ศ. 1991 จัดให้มีการถือครองกรรมสิทธิ์ของชาวเกาะช่องแคบทอร์เรสของชาวอะบอริจินตามลำดับ อะบอริจินและชาวเกาะช่องแคบทอร์เรสที่ดินตรงบริเวณ 5% หรือ 59,489 ตารางกิโลเมตร (22,969 ตารางไมล์) ทางตอนเหนือของรัฐควีนส์แลนด์ ลงทะเบียนชื่อพื้นเมืองนิตินุกคัล (RNTBC) สามารถดูแลทรัพย์สินของแผ่นดินนี้ที่สามารถให้สัญญาเช่าถึง 99 ปี โดยเป็นกรรมสิทธิ์ของ Torres Strait Islander และ Aurukun เป็นที่ดินถือครองของชาวอะบอริจิน กฎหมายจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองออสเตรเลีย หมายถึงระบบกฎหมายและแนวปฏิบัติที่เป็นของชนพื้นเมืองออสเตรเลียโดยเฉพาะภายในชุมชนพื้นเมืองของออสเตรเลียบางแห่ง คำว่า “กฎหมาย” และ “ตำนาน” เป็นคำที่ใช้ในการแยกความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายของชนพื้นเมืองกับหลักอาณานิคม คำว่า “กฎหมาย” ใช้เพื่ออ้างถึงระบบกฎหมายที่นำมาใช้ในช่วงการล่าอาณานิคมของยุโรปในออสเตรเลียในขณะที่คำว่า “ตำนาน” ใช้เพื่ออ้างถึงระบบจารีตประเพณีของชนพื้นเมือง เรียนรู้ตั้งแต่วัยเด็ก ตำนานกำหนดกฎเกณฑ์ในการโต้ตอบกับแผ่นดินเครือญาติและชุมชนขนบธรรมเนียมประเพณีของชนพื้นเมืองมีความเกี่ยวข้องกับขนบธรรมเนียมประเพณี การปฏิบัติ และขนบธรรมเนียมประเพณีถูกถ่ายทอดผ่านรุ่นสู่รุ่นด้วย

⁴⁴ From *Land Rights and Development Reform in Remote Australia*, by Altman, Linkhorn, & Clarke, 2005, Retrived from https://openresearch-repository.anu.edu.au/bitstream/1885/43041/2/2005_DP276.pdf

ผลงานทางวัฒนธรรม เช่น บทเพลงเรื่องราว และการเต้นรำ บรรดาผลงานทางวัฒนธรรมจะถูกส่งผ่านจากปาก รายงานโดยรัฐบาลออสเตรเลียในปี ค.ศ. 1986⁴⁵

สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น ในกรณีชุมชนชนพื้นเมือง ได้มีการยอมรับทั้งตามกฎหมาย และมีแนวคำพิพากษาของศาลเป็นไปในทิศทางเดียวกัน สอดคล้องกันในบริบทของการยอมรับสิทธิของชนพื้นเมืองโดยเฉพาะชาวอะบอริจิน เกี่ยวกับการใช้ที่ดิน การทำประมง ตลอดจนการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติต่าง ๆ ซึ่งชาวอะบอริจินที่ครอบครองที่ดินมาก่อนที่จะมีกฎหมายที่ดิน โดยมีหลักฐานชัดเจน คือ สุสานบรรพบุรุษที่ถูกฝังอยู่ในพื้นที่ยาวนานนับร้อย ๆ ปี และมีกฎหมายประกาศให้พื้นที่ทำกินและอยู่อาศัยกลายเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ ซึ่งรูปแบบในการคุ้มครองสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง ได้มีคำพิพากษาสำคัญในออสเตรเลีย คือ คดีมาโบ (The Mabo case) ถือเป็นการปฏิวัติทางกฎหมาย (Judicial Revolution) ประเทศออสเตรเลีย ที่ทำให้ประเทศออสเตรเลียต้องทำการทบทวนเกี่ยวกับกฎหมายเดิมเกี่ยวกับที่ดินที่มีต่อเนื่องมาถึง 200 ปี ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าการได้สิทธิในที่ดินเฉพาะการได้รับสิทธิจากรัฐบาลเท่านั้น ศาลสูงได้ยอมรับสิทธิเหนือพื้นดินของชาวเมเรียม (The Meriam people) ยอมรับการเป็นเจ้าของตามจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองที่ อาศัยอยู่ตามหมู่เกาะบริเวณช่องแคบทอเรส (Torres Strait) และเป็นการกลับหลักกฎหมายที่เป็นมายาคติตกทอด ตั้งแต่ยุคอาณานิคม ที่เรียกว่า หลักดินแดนไม่มีเจ้าของ หรือ 'Terra Nullius' ซึ่งให้เห็นว่า หลักการที่ยอมรับกันมานานในออสเตรเลียว่าชนเผ่าพื้นเมืองอะบอริจินไม่มีสิทธิในที่ดินตามหลักคอมมอนลอว์ เพราะได้มีการตรากฎหมายกำหนดให้ที่ดินทั้งหมดเป็นของรัฐไปแล้ว จึงไม่เป็นธรรม เป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในหุ้มนานอารยประเทศ และศาลย่อมไม่อาจบังคับใช้หลักการเช่นนั้นต่อไปได้และแนวคำพิพากษานี้ก็ยังคงเป็นหลักมาจนถึงปัจจุบัน และเหตุการณ์นี้ก็ทำให้รัฐสภาของประเทศออสเตรเลียต้องตรากฎหมายที่เรียกว่า กฎหมายสิทธิชนพื้นเมือง ค.ศ. 1993 (The Native Title Act 1993: NTA) เพื่อรับรองสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองและชนพื้นเมืองในหมู่เกาะบริเวณชายฝั่ง ในฐานะของผู้สืบทอดสิทธิของผู้ที่อยู่อาศัยมาแต่เริ่มต้นก่อนที่ชาวยุโรปจะเข้ามาตั้งรกราก และกระบวนการพิจารณาคำร้องของชนพื้นเมืองเพื่อเรียกร้องสิทธิในที่ดิน⁴⁶

⁴⁵ จาก กฎหมายการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศออสเตรเลีย, โดย ศิริพร เอี่ยมรงค์ชัย และอภิวัฒน์ จิระศิริ โสภณ, 2550, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

⁴⁶ Form Land rights and Aboriginal voices, by Foley and Anderson, 2006, *Journal of Human Rights*, 12(1), 83-108

ศาลสูงเห็นว่าจะยอมรับสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีในที่ดิน ถ้าหากว่าสิทธิทางกฎหมายเหล่านั้นได้รับการบำรุงรักษาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่มีการตกลงกัน และไม่ถูกแทนที่ด้วยการให้สิทธิที่ไม่สอดคล้องกันในกรรมสิทธิ์ของบุคคลอื่น (เช่น การให้สิทธิในกรรมสิทธิ์ในที่ดิน) การอ้างสิทธิตามจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองในที่ดินถูกควบคุมโดยพระราชบัญญัติ โฉนดที่ดิน เมื่อปี ค.ศ. 1993 ส่วนในบริบทของการประกาศอุทยานแห่งชาติกับชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ในพื้นที่นั้น ในประเทศออสเตรเลียมีอุทยานทางทะเลเกรตแบร์ริเออร์รีฟ (The Great Barrier Reef Marine Park) ซึ่งเป็นพื้นที่ที่มีแนวปะการังที่สวยงามและความหลากหลายทางชีวภาพขั้นสูงจึงได้ถูกประกาศเป็นอุทยานแห่งชาติ โดยเกรตแบร์ริเออร์รีฟนี้มีการจัดการอาณาเขตทั้งหมดโดยองค์การการจัดการของประเทศ และมีกฎหมายสำหรับบังคับใช้เพื่อการบริหาร บริเวณอาณาเขตเกรตแบร์ริเออร์รีฟนั้นมีทั้งศูนย์กลางชุมชน อุตสาหกรรม การเกษตรและการประมง การจัดการสามารถทำได้โดยการใช้ระบบการแบ่งเขตของการใช้ประโยชน์ และบริหารโดยหน่วยงานของรัฐบาลกลาง (the GBR Marine Park Authority; GBRMPA) ซึ่งมีการบริหารจัดการแตกต่างและเป็นอิสระ แม้ว่าจะมีรัฐมนตรีคณะสิ่งแวดล้อมเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ โดยมีการประกาศใช้กฎหมายทำให้หน่วยงานบริหารเกรตแบร์ริเออร์รีฟมีความสำคัญ⁴⁷

3.4 สหพันธรัฐมาเลเซีย

3.4.1 การได้สิทธิในที่ดินตามกฎหมายที่ดิน

ประเทศมาเลเซียปกครองแบบสหพันธรัฐ เขตอำนาจของสหพันธรัฐและรัฐบาลในแต่ละรัฐได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ ภายใต้ Schedule 9 (ตารางที่ 9) ซึ่งระบุรายละเอียด ที่ดินที่อยู่ภายใต้การควบคุมของภาครัฐ โดยให้อำนาจสูงสุดแก่รัฐบาลในแต่ละรัฐในการตัดสินใจเกี่ยวกับที่ดิน ประเทศมาเลเซียกำหนดให้มี Federal Lands Commissioner (คณะกรรมการที่ดินแห่งสหพันธรัฐ) เพื่อดำเนินงานเกี่ยวกับที่ดินที่เป็นของรัฐรวมถึงเป็นที่ปรึกษาให้แก่อำนาจ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากกษัตริย์ หรือ Yang di-Pertuan Agong ตามรัฐธรรมนูญ และได้ให้อำนาจในหลักการของคณะกรรมการที่ดิน ในการดำเนินงานตาม National Land Code 1965 (ประมวลกฎหมายที่ดินแห่งชาติ ค.ศ. 1965) ภายใต้ตำแหน่งอธิบดีกรมที่ดินและเหมืองแร่ ซึ่งแต่งตั้ง

⁴⁷ From *Planning in Indigenous Australia*, by Sue, 2017, New York: Routledge; From *Native Title, land rights and Aboriginal self-determination* (pp. 8-13), by Reid, 2018, New York: Emerging Scholars in Australian Indigenous Studies

โดยกษัตริย์ หรือ Yang di-Pertuan Agong และสามารถแต่งตั้งรองอธิบดีและผู้ช่วยอธิบดีของกรมดังกล่าวได้อีกด้วย ทั้งนี้ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในประเทศมาเลเซีย ได้แก่

- 1) Federal Constitution – As November 2010 (รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ ปรับปรุงเมื่อ ค.ศ. 2010)
- 2) National Land Code 1965 (ประมวลกฎหมายที่ดินแห่งชาติ ค.ศ. 1965)
- 3) Town and Country Planning Act 1976 (พระราชบัญญัติการผังเมืองและประเทศ ค.ศ. 1976)
- 4) Land Ordinance - Sabah (พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับที่ดินในรัฐซาบะห์)
- 5) Sarawak Land Code (ประมวลกฎหมายที่ดินรัฐซาราวัก)
- 6) Mining Enactment 1936 (พระราชบัญญัติเหมืองแร่ ค.ศ. 1936)
- 7) National Forestry Act 1984 (พระราชบัญญัติป่าไม้แห่งชาติ ค.ศ. 1984)
- 8) Strata Title Act 1985 (พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์อาคารชุด ค.ศ. 1945)

โดยสิทธิที่จดทะเบียนอาจเป็นกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง เป็นต้น ทั้งนี้ การธุรกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวข้องที่ดินจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดให้ถูกต้อง และรัฐจะต้องเก็บข้อมูลโฉนดที่ดิน เอกสารทางทะเบียน และเอกสารทุกฉบับ รวมถึงเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันไว้ด้วย

กฎหมายเกี่ยวกับการถือครองที่ดิน มีกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง คือ National Land Code 1965 (ประมวลกฎหมายที่ดินแห่งชาติ ค.ศ. 1965) โดยการถือครองที่ดินตามความหมายของ National Land Code 1965 คือ

- 1) ตัวพื้นผิวดิน รวมถึงสิ่งทั้งหมดที่ก่อตัวบนผิวดินนั้น
- 2) ดินชั้นล่างของพื้นดิน รวมถึงสิ่งทั้งหมดในนั้น
- 3) พืชผักทั้งหมดและผลิตภัณฑ์ธรรมชาติที่อยู่บนหรือล่างพื้นดินนั้น
- 4) ทุกสิ่งที่อยู่ติดถาวรกับพื้นแผ่นดิน ไม่ว่าจะอยู่บนหรือใต้พื้นผิว ได้แก่ สิ่งที่เป็นส่วนควบกับอาคาร
- 5) ที่ดินที่ปกคลุมด้วยน้ำ

ทั้งนี้ การถือครองที่ดินในประเทศมาเลเซียนั้นแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ ได้แก่

1) การถือครองแบบไม่มีภาระหรือถือครองอิสระ (Free hold) เจ้าของที่ดินสามารถทำธุรกรรม การซื้อขายที่ดินประเภทนี้ได้ด้วยตนเองบนข้อจำกัดที่น้อยกว่าที่ดินประเภทอื่น (เช่น ไม่จำเป็นต้องขออนุมัติจากเจ้าหน้าที่ภาครัฐ) ทั้งนี้ รัฐบาลไม่สามารถอ้างความเป็นเจ้าของบนที่ดินที่มีสิทธิการถือครองประเภทนี้ได้

2) การถือครองแบบสิทธิการเช่า (Lease Hold) ผู้ถือครองได้รับการเช่าจากรัฐในระยะเวลาที่กำหนด (เช่น 30 ปี 60 ปี 99 ปี หรือ 999 ปี ทั้งนี้ หากหมดอายุเวลาการเช่าสามารถทำการต่ออายุสัญญาได้ โดยยื่นความจำนงไปที่สำนักงานที่ดินเพื่อพิจารณา หากอนุมัติต้องทำการชำระค่าเช่า (ค่าเช่าขึ้นอยู่กับแต่ละวัตถุประสงค์)

3) การถือครองที่สงวนไว้ให้คนท้องถิ่นมาเลเซีย และสำหรับชาวบุมิบุตร (Bumiputera) การถือครองรูปแบบนี้จะสงวนเอาไว้ให้คนท้องถิ่นมาเลเซียด้วยกันเท่านั้น ส่วนบุมิบุตร หรือ Bumiputera จะซื้อขายที่ดินได้ก็แต่เฉพาะกลุ่มบุมิบุตรด้วยกันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากประสงค์ที่จะทำธุรกรรมซื้อขายกับคนที่ไม่ใช่บุมิบุตรสามารถทำได้โดยแจ้งความยินยอมในการโอนสิทธิถือครอง ดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่สำนักงานที่ดินเป็นกรณี ๆ ไป (ตามมาตรา 160 (2), 161(A) (6) (a), (b) แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมาเลเซีย)⁴⁸

3.4.2 หลักการและระบบกรรมสิทธิ์ที่ดิน

มาเลเซียมีประชากรมากกว่า 30 ล้านคน ในปัจจุบันประกอบด้วยกลุ่มเชื้อชาติหลัก 3 กลุ่ม คือ ชาวมลายู เชื้อสายมลายู ชาวมลายูเชื้อสายจีน และชาวมลายูเชื้อสายอินเดียที่อาศัยอยู่บนคาบสมุทรมาลายูเป็นส่วนใหญ่ ส่วนชนพื้นเมืองอื่น ๆ เช่น อิบัน (Ibans) ส่วนใหญ่อาศัยอยู่ในรัฐซาราวัก สภาพสังคมของประเทศมาเลเซียมีลักษณะเป็นพหุสังคม ประกอบด้วยประชากรกลุ่มชนหรือชาติพันธุ์ที่มีความหลากหลายทางเชื้อชาติ ได้แก่ เชื้อชาติมลายูหรือชาวมลายู (Melayu) หรือ (Malay) เชื้อชาติจีน เชื้อชาติอินเดีย รวมทั้งชาวพื้นเมืองที่อยู่มาดั้งเดิม (The Orang Asli) นอกจากนี้ยังมีชนเผ่าชน้อยใหญ่กระจายกันอยู่ในหลายรัฐ กลุ่มชนพื้นเมืองของประเทศมาเลเซียประกอบ

⁴⁸ จาก รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ข้อมูลกฎหมายของประเทศมาเลเซียและข้อมูลกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสังคม วัฒนธรรม การเมือง และความมั่นคงของประเทศมาเลเซีย, โดย มหาวิทยาลัยบูรพา, 2561, สืบค้นจาก [https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/รายงานฉบับสมบูรณ์%20\(มาเลเซีย\)%20-%20ไทย.pdf](https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/รายงานฉบับสมบูรณ์%20(มาเลเซีย)%20-%20ไทย.pdf)

ไปด้วย 3 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มชนพื้นเมืองบริเวณคาบสมุทรมาเลเซีย (Malay Peninsula) กลุ่มชนพื้นเมืองบริเวณรัฐซาบะห์และกลุ่มชนพื้นเมืองบริเวณรัฐซาราวัก⁴⁹

ในส่วนของชาวมาเลเซียเชื้อสายจีน มักจะประกอบอาชีพค้าขาย และทำธุรกิจเป็นส่วนใหญ่ เป็นกลุ่มชนที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ ส่วนชาวมาเลเซียเชื้อสายมลายูนั้นมีความนิยมต่อกลุ่มชนของตนเองว่าเป็นบุตรแห่งแผ่นดิน (ภูมิบุตร) ซึ่งเหนือกว่าชนชาติอื่น ๆ ที่อยู่ในแหลมมลายูด้วยกัน ชาวมาเลเซียเชื้อสายมลายูส่วนใหญ่มีอาชีพหลักทางด้านการเกษตร ในสังคมและวัฒนธรรมของมาเลเซียแต่ละพื้นที่จะแตกต่างกันออกไป เช่น ชาวมาเลเซียเชื้อสายมลายูที่ยึดถือขนบธรรมเนียมประเพณีแบบ “Adat Temenggong” ที่ยึดถือสายเลือดทางฝ่ายบิดา เป็นผู้รับมรดกสืบทอดเป็นขนบธรรมเนียมที่ยึดถือในรัฐส่วนใหญ่ของแหลมมลายู (ยกเว้นรัฐเนกรี เซมปีลัน) ซึ่งเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีที่ยึดถือมาตั้งแต่ยุคมะละกา สำหรับรัฐเนกรีเซมปีลันยึดถือขนบธรรมเนียมประเพณีแบบ “Adat Minangkabau” หรือ “Adat Perpatih” ซึ่งหมายถึง อำนาจต่าง ๆ และทรัพย์สินมรดกจะถูกสืบทอดจากรุ่นหนึ่งไปยังอีกรุ่นหนึ่งทางสายเลือดของมารดา ซึ่งมรดกจะตกมาเป็นของบุตรสาว ซึ่งนโยบายภูมิบุตรหรือนโยบายบุตรของแผ่นดิน ค.ศ. 1969 เป็นนโยบายด้านสังคมที่งานวิชาการจำนวนมากล้วนกล่าวถึงคือ นโยบายภูมิบุตร หรือ นโยบายบุตรของแผ่นดิน (Bumiputera or Son of Soil Policy) ซึ่งเป็นนโยบายที่สำคัญในช่วงสมัยการสร้างสังคมมาเลเซียขึ้นมาใหม่ โดยเป็นนโยบายการให้สิทธิพิเศษทางสังคม เศรษฐกิจและการเมืองแก่ผู้ที่เป็นชาวมลายู และชนพื้นเมืองซึ่งมีผลอย่างมีนัยสำคัญต่อสังคมมาเลเซียในเวลาต่อมาภูมิบุตรเป็นแนวคิดสำคัญที่ยังคงมีอิทธิพลในสังคมมาเลเซียมาจนถึงปัจจุบัน ภูมิบุตรเป็นแนวคิดที่ไม่เพียงมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบาย หากแต่ยังส่งต่ออิทธิพลไปสู่การจัดระเบียบทาง สังคมของมาเลเซียอย่างมีนัยสำคัญแรกเริ่มนั้นภูมิบุตรคือคำที่ใช้เรียก ชาวมลายูและชนพื้นเมือง ดั้งเดิมที่ถือกันว่าเป็นบรรพบุรุษของชาวมาเลย์” (Orang Asti) ความหมายโดยตรงของคำว่าภูมิบุตร คือ บุตรแห่งแผ่นดิน แต่ความหมายโดยนัยแล้ว คำดังกล่าวมีความหมายเพื่อแสดงให้เห็นความ แตกต่างกันทางชาติพันธุ์ระหว่างกลุ่มคนอื่น ๆ ในประเทศ ทั้งชาวจีน ชาวอินเดีย และชนกลุ่มน้อยอื่น ๆ ในมาเลเซีย⁵⁰

⁴⁹ จาก ระบบบริหารราชการของสหพันธรัฐมาเลเซีย, โดย ประยูร อัครบวร, 2557, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน

⁵⁰ จาก ภูมิบุตรา ประวัติศาสตร์ความขัดแย้งและกระบวนการพัฒนาประเทศมาเลเซีย, โดย ศุภการ สิริไพศาล และอดิศร ศักดิ์สูง, 2554, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย

สำหรับรัฐกลันตัน (Kelantan) หนึ่งในห้ารัฐทางเหนือของมาเลเซียที่มีพรมแดนติดกับ ประเทศไทย และเป็นรัฐที่พรรคอิสลามมาเลเซีย (PAS) มีฐานอำนาจอยู่ในรัฐนี้มานานหลายปี จึง ทำให้กลันตันเป็นรัฐที่มีความเป็นอนุรักษนิยมทางสังคมมากที่สุดในประเทศ โดยมีองค์ประกอบทางชาติพันธุ์หลักคือ ชาวมลายู ชาวจีน และไทยซึ่งจากข้อมูลของสมาคมสยามกลันตันพบว่า มีคนเชื้อ สายไทยในรัฐนี้ ทั้งสิ้น 14,532 คน (ข้อมูล ณ วันที่ 10 กันยายน 2551) ซึ่งส่วนใหญ่จะอาศัยรวมกัน หนาแน่นที่ อำเภอคุมบัต นับถือพระพุทธศาสนา และใช้ภาษาไทยประจำถิ่นในการติดต่อสื่อสารขนบธรรมเนียมประเพณีมลายู นับถือศาสนาอิสลาม ส่วนชาวภูมิบูตร หรือ Bumiputra หมายถึงผู้ เป็นคนดั้งเดิมของประเทศมาเลเซีย นอกจากที่เป็นชาวมลายูแล้ว ยังมีที่เป็นชนเผ่าดั้งเดิมต่าง ๆ ในรัฐ ซาเบห์ และรัฐซาราวัก ในที่นี้ยังรวมถึงชาวมลายูดั้งเดิม หรือคนอัสลี ชาวมลายูเชื้อสายไทยพุทธ ในรัฐกลันตัน รัฐตรังกานู รัฐเคดะห์ รัฐเปอร์ลิส อีกด้วย สำหรับชาวภูมิบูตรนั้น ไม่จำเป็นต้องนับถือ ซึ่งในส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่แตกต่างของเผ่าพันธุ์ กล่าวไว้ว่าการสงวนที่ดินสำหรับคนพื้นเมืองหรือคนอัสลี นั้น มีหน่วยงานที่เรียกว่า Jabatan Hal Ehwal Orang Asli เป็นผู้ดำเนินการสำหรับคนมลายูเอง แม้ที่ดินจะสงวนสำหรับคนมลายูก็ตาม แต่ถ้าคนมลายูคนนั้นไม่ใช่คนกลันตัน เขาผู้นั้นไม่สามารถที่จะซื้อที่ดินสงวนสำหรับคนมลายู ในรัฐกลันตันได้ การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์บ้านเรือนนั้น มี 2 ชนิด คือ ที่ดินสงวนสำหรับคนมลายู หรือ Tanah Rezab Melayu และที่ดินที่บุคคลใด ๆ ไม่จำกัดศาสนา เชื้อชาติ หรือรัฐที่ตั้งถิ่นฐานทำการซื้อขายได้ หรือที่เรียกว่า Tanah Pegangan bebas หรือ Free Hold Land กล่าวโดยเฉพาะนั้นคนมลายู หมายถึง คนที่มีเชื้อชาติมลายู พูดภาษามลายู ยึดถือสงวนที่ดินเช่นกันเรียกว่า Tanah Rezab Melayu⁵¹

สังคมพหุชาติพันธุ์และพหุวัฒนธรรมของมาเลเซียประกอบด้วย ชาวมลายู ซึ่งเป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศ (ประมาณ 50 เปอร์เซ็นต์ ของประชากรรวม) ชาวจีน (28.1 เปอร์เซ็นต์) ชาวอินเดีย (7.9 เปอร์เซ็นต์) และชนเผ่าพื้นเมือง (14 เปอร์เซ็นต์) ประชากรชนเผ่าพื้นเมืองของมาเลเซียถูกปกครองภายใต้ระบอบนิติภูมิศาสตร์ที่ต่างกันสามแบบ พวกที่อยู่ในคาบสมุทรมลายู รู้จักกันในชื่อ โอริง อัสลี อยู่ภายใต้กฎหมายชนพื้นเมือง ขณะที่พวกอาศัยอยู่ในซาบาห์และ ซาราวัก (พื้นที่บางส่วนในรัฐซาราวัก ตั้งอยู่มาเลเซียทางตะวันออกบนเกาะบอร์เนียว) รู้จักกันในชื่อ โอริง อะซัล ขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐนั้น ๆ ชนพื้นถิ่นแห่งซาบาห์ หรือ ซาเบห์ หรือ

⁵¹ จาก รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ข้อมูลกฎหมายของประเทศมาเลเซียและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนของประเทศมาเลเซีย, โดย มหาวิทยาลัยสยาม, 2563, สืบค้นจาก <https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/Malaysia-TH-Final-Apr-2020.pdf>

ซาบาห์ (มลายู: Sabah, ออกเสียง [sa' bah]) เป็นรัฐในประเทศมาเลเซียที่ตั้งอยู่บนเกาะบอร์เนียวตอนเหนือ ในภูมิภาคมาเลเซียตะวันออก ซาบาห์มีชายแดนทางตะวันตกเฉียงใต้ติดกับรัฐซาราวักของประเทศมาเลเซีย สำหรับรัฐซาบาห์ มาตรา 161A (6) (b) ของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐกำหนดว่าสำหรับบุคคลที่จะได้รับ พิจารณาว่าเป็นชนพื้นถิ่นของซาบาห์ ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (ก) เป็นพลเมืองมาเลเซีย
- (ข) เป็นบุตรหรือหลาน ของบุคคลที่มีเชื้อชาติเป็นชนเผ่าพื้นถิ่นซาบาห์ และ
- (ค) เกิดในซาบาห์หรือมีพ่อที่มีภูมิลำเนาอยู่ในซาบาห์ในช่วงเวลาเกิด

ภายใต้การตีความของซาบาห์ (นิยามของพื้นถิ่น) พระราชกฤษฎีกา (2)(1), 7 a “พื้นถิ่น” หมายถึงบุคคล ผู้เป็นชนเผ่าพื้นถิ่นซาบาห์ พ่อหรือแม่หรือบรรพชนคนหนึ่งเป็นชนเผ่าพื้นถิ่นซาบาห์และมีชีวิตในฐานะสมาชิกของ ชุมชนพื้นถิ่น และพลเมืองมาเลเซียคนใดผู้เป็นสมาชิกของชนเผ่าพื้นถิ่นซาราวัก บรูไน อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ มาเลเซีย หรือสิงคโปร์ สำหรับบรรดาผู้อยู่ภายใต้ประเภทสุดท้ายนี้ จำเป็นว่าคำประกาศใด ๆ ถึงสถานภาพพื้นถิ่น ในมาตรา 160 ของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ นิยาม “ชนพื้นเมือง” (Aborigine) ว่าเป็น “ชนพื้นเมืองแห่ง คาบสมุทรมลายู 15 ส่วนที่ 3 (2) ของกฎหมายชนพื้นเมือง ปี ค.ศ. 1954 (APA) นิยามโอริง อัสลี ว่าเป็นบุคคลที่พ่อแม่ ทั้งสองคนเป็นชนพื้นเมือง หรือพ่อหรือแม่คนใดคนหนึ่งเป็นหรือเคยเป็นสมาชิกกลุ่มชาติพันธุ์ชนพื้นเมือง เขาหรือเธออาจเป็นบุคคลอีกเชื้อชาติหนึ่งที่เป็นบุตรบุญธรรม เกณฑ์คือเขาหรือเธอพูดภาษาชนพื้นเมืองและทำตามวิถีชีวิต ชนพื้นเมืองเป็นนิสัยและประเพณีและความเชื่อแบบชนพื้นเมือง และรวมทั้งผู้สืบเชื้อสายของบุคคลนั้น เด็กของการมาร่วมกันระหว่างหญิงและชายชนพื้นเมืองของอีกเชื้อชาติหนึ่งคือชนพื้นเมืองต่อเมื่อเด็กพูดภาษาชนพื้นเมืองเป็นนิสัยตามวิถีชีวิตชนพื้นเมือง และธรรมเนียมและความเชื่อแบบชนพื้นเมืองและยังคงเป็นสมาชิกของชุมชนชนพื้นเมืองได้กำหนดสิทธิในที่ดิน เขตแดน และทรัพยากรในรัฐซาราวักและรัฐซาบาห์ กฎหมายที่อังกฤษนำเข้ามาใช้ในช่วงปกครองอาณานิคม รับรองสิทธิในที่ดินตาม ประเพณีและกฎระเบียบจารีตประเพณีของชนเผ่าพื้นเมืองยังคงอยู่ อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านี้มิได้รับการ ดำเนินการอย่างเหมาะสม และยิ่งกว่านั้นยังถูกละเลยโดยรัฐบาล อันทำให้เกิดการเอื้อต่อการเข้ามาดูดซับทรัพยากรขนาดใหญ่ และแปลงปลูกพืชขนาดใหญ่ของบริษัทเอกชนเหนือกว่าสิทธิและผลประโยชน์ของชุมชนชนเผ่าพื้นเมืองในคาบสมุทรมลายู ขณะที่ยังขาดการคำนึงถึงสิทธิในที่ดินตามประเพณีของโอริง อัสลีในกฎหมายที่ดินแห่งชาติ การถือครองที่ดินตามประเพณีของโอริง อัสลีได้รับการรับรอง ภายใต้กฎหมายทั่วไป กฎหมายหลักที่กำกับการบริหารของโอริง อัสลี รวมทั้งการครอบครองที่ดิน

คือกฎหมายชนพื้นเมือง ปี ค.ศ. 1954 ซึ่งมาเลเซียได้รับรองปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง (UNDRIP)⁵²

คาบสมุทรมาเลเซียมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ดินแห่งชาติ ปี ค.ศ. 1965 กฎหมายที่ดินในคาบสมุทรมาเลเซียอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ฉบับนี้ที่ให้การรับรองการถือครองที่ดินตามจารีตประเพณี โดยระบุว่า ไม่มีส่วนใดในกฎหมายนี้จักมีผลต่อการดำเนินงานในอดีตของกฎหมายที่ดินเดิม และไม่มีผลต่อการถือครองที่ดินตามจารีตประเพณี กฎหมายชนพื้นเมือง ปี ค.ศ. 1954 (ปรับปรุงปี ค.ศ. 1974) เรียกชื่อย่อว่า APA เป็นกฎหมายที่กำกับการครอบครองที่ดิน จึงเป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองความเป็นอยู่และความก้าวหน้าของชนพื้นเมืองในคาบสมุทรมาเลเซีย ซึ่งการยอมรับสิทธิในที่ดินภายใต้กฎหมายของมาเลเซีย ในมาเลเซียรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐให้การปกป้องสิทธิอันเป็นความสัมพันธ์พิเศษระหว่างชุมชนชนพื้นถิ่น และชุมชนชนพื้นเมืองกับที่ดินของตน ความสัมพันธ์นี้รองรับการดำรงอยู่ของจิตวิญญาณ วัฒนธรรม เศรษฐกิจ และสังคมของชุมชนชนพื้นถิ่น สิทธิในทรัพย์สิน วิถีชีวิต และความเสมอภาคในกฎหมาย การพิทักษ์รักษาเพื่อประโยชน์ของชนพื้นถิ่น ความไว้วางใจเจ้าหน้าที่รัฐบาลและการยอมรับกฎจารีตประเพณีว่าเป็นกฎหมายอันนำมาสู่เอกสารสิทธิชนพื้นถิ่น ซึ่งรวมถึงเอกสารสิทธิชนพื้นเมือง และสิทธิในที่ดินตามประเพณีของชนพื้นถิ่น เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมาเลเซียและได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ พระราชกฤษฎีกาที่ดินชาบห์ ปี ค.ศ. 1930 โดยพระราชกฤษฎีกา หมายเลข 10 ปี ค.ศ. 1930 กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิชนพื้นถิ่นในที่ดินของตนและการปฏิบัติตามจารีตประเพณีเป็นระยะเวลาหนึ่งจะต้องคืนกลับสู่รัฐบาล⁵³

⁵² From Shifting ground': Renegotiating land rights and rural livelihoods in Sarawak, Malaysia, by Rob and Patrick, 2011, *Asia Pacific Viewpoint*, 52(2), 136-147

⁵³ From Customary Land and the Indigenous People of Sabah: A Case Study of Sinumagang-Tinuman Toki, by Nuar and Lunkapis, 2019, In *IOP Conference Series: Earth and Environmental Science*, Volume 286, *IGEOS International Geography Seminar* (pp. 1-17). doi:10.1088/1755-1315/286/1/012039

3.5 ตารางเปรียบเทียบกฎหมายที่ดินระหว่างของประเทศไทยกับต่างประเทศ

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบกฎหมายที่ดินระหว่างของประเทศไทยกับต่างประเทศ

ประเด็น	ประเทศอินโดนีเซีย	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศมาเลเซีย	ข้อเปรียบเทียบกับ ของประเทศไทย
กฎหมายและระบบ กฎหมายที่นำมาปรับ ใช้ (ระบบ Civil Law/Common Law)	ใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ (Civil Law) โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ - กฎหมายที่ดินอินโดนีเซีย (ได้แก่ กฎหมายฉบับที่ 5 ค.ศ. 1960 (Law No. 5 of 1960) เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณี (adat) โดยในมาตรา 5 ระบุว่า “กฎหมายว่าด้วยที่ดินซึ่งใช้บังคับกับที่ดิน พื้นน้ำ และอากาศ ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณี - กฎหมายฉบับที่ 48 ค.ศ. 2009 ว่าด้วย อำนาจตุลาการ (Law No. 48 of 2009 on Judicial Powers) ผู้พิพากษาจำเป็นต้องคำนึงถึงกฎหมายจารีตประเพณีในสังคม	ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ - พระราชบัญญัติสิทธิในที่ดินของชาวอะบอริจิน (ดินแดนทางเหนือ) ค.ศ. 1976 - พระราชบัญญัติที่ดินของชาวอะบอริจิน ค.ศ. 1991 - พระราชบัญญัติที่ดินของชาวเกาะช่องแคบทอร์เรส ค.ศ. 1991 - กฎหมายสิทธิชนพื้นเมือง ค.ศ. 1993 (The Native Title Act 1993: NTA)	ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ - National Land Code 1965 (ประมวลกฎหมายที่ดินแห่งชาติ ค.ศ. 1965) - กฎหมายชนพื้นเมืองปี ค.ศ. 1954 (APA)	ใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ (Civil Law) โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ - ประมวลกฎหมายที่ดิน - พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 สำหรับในประเทศไทยไม่ได้มีการนำหลักการแนวคิดที่กำหนดในกฎหมายจารีตประเพณีและระบบกฎหมายแบบคอมมอน ลอว์ มาบัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์วิธีการในการใช้บังคับแต่อย่างใด ซึ่งจะแตกต่างจากทั้งสามประเทศที่มีการนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในชั้นศาลที่เป็นคดีเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของคนดั้งเดิมหรือชนพื้นเมือง ซึ่งหากมีการนำหลักกฎหมายตามระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ มาปรับใช้กับการพิจารณาพิพากษาในชั้นศาลของ

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบกฎหมายที่ดินระหว่างของประเทศไทยกับต่างประเทศ (ต่อ)

ประเด็น	ประเทศอินโดนีเซีย	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศมาเลเซีย	ข้อเปรียบเทียบกับ ของประเทศไทย
	ในการพิพาท (แม้จะเป็นประเทศที่นำระบบ กฎหมายแบบซีวิล ลอว์ มาใช้ แต่ก็ ยังนำแนวคิด หลักการของระบบ กฎหมายคอมมอน ลอว์ มาปรับใช้ กับกฎหมายที่ดิน)			ประเทศไทยอาจทำให้เกิดความเป็นธรรม และให้ความเสมอภาคแก่ชนพื้นเมืองหรือ คนดั้งเดิมได้มากกว่าในปัจจุบัน
ระบบกรรมสิทธิ์	- ในระบบกรรมสิทธิ์ที่ดิน เช่น ระบบ ที่อยู่นอกพื้นที่เขตชวา สำหรับด้านกรรมสิทธิ์ในที่ดินของ คนพื้นเมือง ถ้าหากมีการขายออก หรือเจ้าของเดิมตายโดยไม่มีทายาท ที่ดินนั้น ๆ จะกลับ ไปเป็นของ ชุมชนท้องถิ่น - รัฐธรรมนูญของอินโดนีเซีย ปี ค.ศ. 1945 ได้ให้ การรับรอง กฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับ ที่ดินของชนพื้นเมืองไว้อย่าง ชัดเจน	กฎหมายท้องถิ่น ผู้ถือกรรมสิทธิ์ใน Freehold Land (ที่ดินกรรมสิทธิ์) มี สิทธิ โดยเด็ดขาด ในที่ดิน โดยไม่ จำกัดระยะเวลาเจ้าของกรรมสิทธิ์ ในที่ดินดังกล่าวสามารถขายและให้ เช่าที่ดิน ให้แก่ผู้อื่น ได้ โดยจะ กำหนดเงื่อนไข ใด ๆ หรือไม่ก็ได้ โดยมีหลักการที่ยอมรับกันมานาน ในออสเตรเลียว่าชนเผ่าพื้นเมืองอะ บอริจินไม่มีสิทธิในที่ดินตามหลัก คอมมอน ลอว์ เพราะได้มีการตรา กฎหมายกำหนดให้ที่ดินทั้งหมด	การถือครองที่ดินสงวนให้คนท้องถิ่น มาเลเซีย และสำหรับชาวบุมิบุตร (Bumiputera) การถือครองรูปแบบนี้ จะสงวนเอาไว้ให้คนท้องถิ่นมาเลเซีย ด้วยกันเท่านั้น ส่วนบุมิบุตร หรือ Bumiputera จะซื้อขายที่ดินได้ก็แต่ เฉพาะกลุ่มบุมิบุตรด้วยกันเท่านั้น อย่างไรก็ดี หากประสงค์ ที่จะทำ ธุรกรรมซื้อขายกับคนที่ไม่ใช่บุมิ บุตรสามารถทำได้โดยแจ้งความ ยินยอมในการโอนสิทธิถือครอง ดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่สำนักงานที่ดิน	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แม้จะ มีการบัญญัติคร่าวๆ ด้วยหลักความเสมอ ภาค และการกระจายที่ดินทำกินให้แก่ ประชาชนไว้เป็นกฎหมายแม่บทก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีความหมายระดับประมวล กฎหมายหรือพระราชบัญญัติ หรือ แม้กระทั่งกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ กำหนดรับรองสิทธิตามจารีตประเพณีแก่ คนดั้งเดิมหรือชนพื้นเมืองที่อยู่อาศัยในที่ เกาะหรือชุมชนพื้นเมืองเอาไว้อย่าง ชัดเจนอย่างในทั้งสามประเทศ ทำให้ไม่ สามารถนำไปกล่าวอ้างเพื่อพิสูจน์สิทธิ

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบกฎหมายที่ดินระหว่างของประเทศไทยกับต่างประเทศ (ต่อ)

ประเด็น	ประเทศอินโดนีเซีย	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศมาเลเซีย	ข้อเปรียบเทียบกับ ของประเทศไทย
		เป็นของรัฐ	เป็นกรณี ๆ ไป (ตามมาตรา 160 (2), 161(A) (6) (a), (b) แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมาเลเซีย)	ต่าง ๆ ในชั้นศาลเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินได้
การคุ้มครองสิทธิคน ดั้งเดิม/ชนพื้นเมือง (Islander right/ indigenous right)	รัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย “หมวด 6 การปกครองท้องถิ่น (มาตรา 18) การแบ่งเขตดินแดนของประเทศ อินโดนีเซียเป็นหน่วยปกครอง ตลอดจนการวางรูปแบบของการ ปกครองท้องถิ่นให้กระทำโดย กฎหมายโดยให้สอดคล้องกับ หลักการที่ให้มีการปรึกษาหารือ และมีสิทธิตามจารีตประเพณีของ เขตดินแดน”	ศาลสูงออสเตรเลียได้มีการพิพากษา และยอมรับสิทธิตามกฎหมายจารีต ประเพณีในที่ดิน ถ้าหากว่าสิทธิทาง กฎหมายเหล่านั้น ได้รับการ บำรุงรักษาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่มีการ ตกลงกัน และไม่ถูกแทนที่ด้วยการ ให้สิทธิที่ไม่สอดคล้องกัน ใน กรรมสิทธิ์ของบุคคลอื่น (เช่น การให้ สิทธิในกรรมสิทธิ์ในที่ดิน) การอ้าง สิทธิตามจารีตประเพณี ของชน พื้นเมืองในที่ดินถูกควบคุมโดย พระราชบัญญัติ โฉนดที่ดินเมื่อปี ค.ศ. 1993 ทำให้ประเทศออสเตรเลียต้องทำการ ทบทวนเกี่ยวกับกฎหมายเดิมเกี่ยวกับ	ประเพณี และความเชื่อแบบชน พื้นเมือง ได้กำหนดสิทธิในที่ดิน เขต แดน และทรัพยากรในรัฐซาราวัก และรัฐซาบาห์ สิทธิ และ ผลประโยชน์ของชุมชนชนเผ่า พื้นเมืองในคาบสมุทรมลายู สิทธิ ในที่ดินตามประเพณีของโอรัง อัสลี ในกฎหมายที่ดินแห่งชาติ การถือ ครองที่ดินตามประเพณีของโอรัง อัส ลี ได้รับการรับรอง รวมทั้งการ ครอบครองที่ดิน คือกฎหมายชน พื้นเมือง ปี ค.ศ. 1954 ซึ่งมาเลเซียได้ รับรองปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วย สิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง (UNDRIP)	สำหรับการคุ้มครองสิทธิคนดั้งเดิม/ ชนพื้นเมืองในประเทศไทยนั้น ไม่ได้มี การมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือ บัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ มีเพียง กฎหมายกลางที่ให้สิทธิเสรีภาพเป็นการ ทั่วไปตามสิทธิในรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ความเสมอภาค จึงทำให้กลุ่มคนดังกล่าว อาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ อย่างในทั้งสามประเทศที่มีการออก กฎหมายให้สิทธิไว้โดยเฉพาะแล้ว

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบกฎหมายที่ดินระหว่างของประเทศไทยกับต่างประเทศ (ต่อ)

ประเด็น	ประเทศอินโดนีเซีย	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศมาเลเซีย	ข้อเปรียบเทียบกับ ของประเทศไทย
		ที่ดินที่มีต่อเนื่องมาถึง 200 ปี ปรากฏว่า ศาลสูงออสเตรเลียได้ยอมรับสิทธิเหนือพื้นดินของชาวเมเรียน (The Meriam people) โดยยอมรับการเป็นเจ้าของตามจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองที่อาศัยอยู่ตามหมู่เกาะบริเวณช่องแคบทอเรส (Torres Strait)		
การปกครองส่วนท้องถิ่นในชุมชนคนดั้งเดิม/ชนพื้นเมือง	-ดินแดนกลุ่มเกาะอินโดนีเซียยุคโบราณมีรัฐท้องถิ่นและชุมชนของคนพื้นเมือง ซึ่งแสดงให้เห็นการตั้งหลักแหล่งของกลุ่มคนมาโดยตลอด และ - มีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองชุมชนพื้นเมืองเหล่านี้ คือ รัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย “หมวด 6 การปกครองท้องถิ่น (มาตรา 18) การแบ่งเขตดินแดนของประเทศอินโดนีเซียเป็นหน่วยปกครอง	- สำหรับสิทธิชุมชนคนพื้นเมือง ซึ่งชาวอะบอริจินที่ครอบครองที่ดินมาก่อนที่จะมีกฎหมายที่ดิน โดยมีหลักฐานชัดเจน คือ สุสานบรรพบุรุษที่ถูกฝังอยู่ในพื้นที่ยาวนานนับร้อย ๆ ปี ต่อมาได้มีการยอมรับทั้งตามกฎหมายและมีแนวคำพิพากษาของศาลเป็นไปในทิศทางเดียวกัน สอดคล้องกัน ในบริบทของการยอมรับสิทธิของชนพื้นเมือง โดยเฉพาะชาวอะบอริจิน เกี่ยวกับ	- ชุมชนชนพื้นถิ่น และชุมชนชนพื้นเมืองกับที่ดินของตน ความสัมพันธ์นี้รองรับการดำรงอยู่ของจิตวิญญาณ วัฒนธรรม เศรษฐกิจ และสังคมของชุมชนชนพื้นถิ่น สิทธิในทรัพย์สิน วิถีชีวิต และความเสมอภาคในกฎหมาย การพิทักษ์รักษาเพื่อประโยชน์ของชนพื้นถิ่น ความไว้วางใจเจ้าหน้าที่รัฐบาลและการยอมรับกฎจารีตประเพณี ว่าเป็นกฎหมาย อันนำมาสู่การออกเอกสาร	สำหรับในประเทศไทยแม้จะมีองค์กรที่พิทักษ์และรวบรวมชนพื้นเมืองชนเผ่าพื้นเมือง คนดั้งเดิม เช่น กลุ่มชาวเลอุรักลาไวย์ ที่อาศัยอยู่บนเกาะหลีเป๊ะ จังหวัดสตูล ที่มีขนบธรรมเนียมประเพณีพื้นถิ่นสืบทอดต่อกันมาเป็นระยะเวลานาน แต่ก็ไม่มีระเบียบกฎหมายที่ออกมาบัญญัติคุ้มครองสิทธิในด้านต่าง ๆ รวมทั้งสิทธิในที่ดินอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นเหตุให้คนดั้งเดิมหรือชนพื้นเมืองอาจเสียสิทธิในที่ดินหากมีการต่อสู้เรื่องสิทธิ

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบกฎหมายที่ดินระหว่างของประเทศไทยกับต่างประเทศ (ต่อ)

ประเด็น	ประเทศอินโดนีเซีย	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศมาเลเซีย	ข้อเปรียบเทียบกับ ของประเทศไทย
	ตลอดจนการวางรูปแบบของการปกครองท้องถิ่นให้กระทำโดยกฎหมายโดยให้สอดคล้องกับหลักการที่ให้มีการปรึกษาหารือและมีสิทธิตามจารีตประเพณีของเขตดินแดน”	การใช้ที่ดิน การทำการประมง ตลอดจนการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติต่าง ๆ และมีแนวคำพิพากษาศาลสูงนี้ยังคงเป็นหลักมาจนถึงปัจจุบัน - มีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองชุมชนพื้นเมืองเหล่านี้ คือ กฎหมายสิทธิชนพื้นเมือง ค.ศ. 1993 (The Native Title Act 1993: NTA) เพื่อรับรองสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองและชนพื้นเมืองในหมู่เกาะบริเวณชายฝั่งในฐานะของผู้สืบทอดสิทธิของผู้ที่อยู่อาศัย	สิทธิสำหรับชนพื้นถิ่น ชนพื้นเมือง และสิทธิในที่ดินตามประเพณีของชนพื้นถิ่น - มีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองชุมชนพื้นเมืองเหล่านี้ คือ รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมาเลเซีย พระราชกฤษฎีกาที่ดินซาบาห์ แห่งปี ค.ศ. 1930 พระราชกฤษฎีกา หมายเลข 10 แห่งปี ค.ศ. 1930	ในที่ดินว่าผู้ใดมีสิทธิดีกว่ากัน ในระหว่างเอกชนด้วยกันเองหรือเอกชนกับรัฐ ทำให้เกิดความเสียหาย ไม่ได้ได้รับความเสมอภาคเป็นธรรมอย่างแท้จริง (ปัจจุบันจะมีร่าง พ.ร.บ. คุ้มครองสิทธิและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์และชนเผ่าพื้นเมือง พ.ศ. ผ่านขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นแล้ว อยู่ระหว่างการรอให้นายกรัฐมนตรีรับรองเพื่อนำเข้าสู่การประชุมคณะรัฐมนตรีต่อไป)

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง

สิทธิในที่ดินเป็นสิ่งที่ประชาชนทุกคนต้องการที่จะได้รับ เนื่องจากถือเป็นปัจจัยหลักในการดำรงชีวิตนอกเหนือไปจากอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และยารักษาโรค นับตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2497 เป็นต้นมา รัฐได้มีการตราประมวลกฎหมายที่ดิน และพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน ใช้บังคับ แม้มีจุดประสงค์ที่จะเป็นการรวบรวมระเบียบ กฎหมาย ที่กระจัดกระจาย ออกมาในหลาย ๆ แล้ว ให้มาอยู่รวมกันและใช้บังคับในกฎหมายฉบับเดียว ก็ยังได้บัญญัติข้อกฎหมายเพื่อที่จะทำให้รัฐสามารถทราบได้ว่า ที่ดินของรัฐมีอยู่จำนวนเท่าใด เพื่อใช้ในการบริหารจัดการภาครัฐ จึงได้กำหนดให้ประชาชนมาแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) และหากสิ้นสุดระยะเวลาให้แจ้งภายใน 180 วัน นับแต่วันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ ที่ดินที่ยังไม่ถูกประชาชนมาแจ้งย่อมถือเป็นที่ดินของรัฐ โดยผลของผลกฎหมาย อีกทั้งในปี พ.ศ. 2537 ก็ได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ซึ่งในข้อ 14 (3) ได้กำหนดห้ามมิให้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินบนที่เกาะ อีกด้วย

ตามที่ได้ศึกษาประวัติความเป็นมา วิวัฒนาการ ข้อกฎหมาย ตลอดจนแนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในหลาย ๆ ฉบับ ก็ได้บัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในการถือครองที่ดิน สิทธิการได้รับการกระจายที่ดินทำกิน ให้แก่ประชาชน ประกอบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศ ก็ได้กำหนดสิทธิในที่ดินไว้ให้แก่ประชาชน ที่อาศัยอยู่บนเกาะ ดังนั้น จึงสามารถกำหนดประเด็นที่จะศึกษาและวิเคราะห์ ดังนี้

4.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับลำดับศักดิ์ของกฎหมายของกฎกระทรวงฉบับที่ 43

ในประเทศไทยมีการจัดลำดับความสำคัญและลำดับศักดิ์ของกฎหมายไว้เพื่อไม่ให้เกิดความผิดพลาดในการตรากฎหมายในแต่ละระดับ จนทำให้เกิดสถานะกฎหมายขัดแย้งกัน เช่น กฎหมายในระดับประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติกำหนดหรือบัญญัติแนวทางปฏิบัติให้สามารถกระทำได้ แต่ได้มีกฎหมายในระดับที่ต่ำกว่า อาทิ กระทรวง ระเบียบ ฯลฯ ออกมา

ห้ามมิให้กระทำการได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าทำให้เกิดความลักลั่นหรือทำให้สภาพบังคับของกฎหมายไม่สามารถใช้บังคับได้ เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติตามกฎหมายก็ไม่สามารถดำเนินการไปในทางใดทางหนึ่งให้ถูกต้องได้

สำหรับประเทศอินโดนีเซียปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยแบบสาธารณรัฐ ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร ส่วนลำดับชั้นของกฎหมายของประเทศอินโดนีเซีย มีรัฐธรรมนูญของอินโดนีเซียระบุว่า อินโดนีเซียเป็นประเทศที่ยึดกฎหมายเป็นหลัก กฎหมายและข้อบังคับที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าย่อมเข้าแทนที่กฎหมายและข้อบังคับที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า

ในรัฐธรรมนูญของประเทศอินโดนีเซียกำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบของกฎหมายในเชิงรูปแบบเป็นเรื่องของสองศาล คือ ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลฎีกา โดยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจำกัดอยู่กับการตรวจสอบด้วยกฎหมาย (ระดับพระราชบัญญัติ) ที่อาจมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ขณะที่ศาลฎีกาจะมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบกฎ ข้อบังคับต่าง ๆ หรือพระราชกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่ถูกกฎหมายขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือที่สูงกว่า โดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะพิจารณาถึงกระบวนการ วิธีการในการบัญญัติบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ว่าเป็นไปโดยชอบตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

สำหรับประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งเป็นกฎหมายในระดับประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติได้มีการกำหนดหลักการในการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินไว้ในมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ว่า ในประมวลกฎหมายนี้ “ที่ดิน” หมายความว่า พื้นที่ดินทั่วไป และให้หมายความรวมถึง ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย ย่อมหมายถึงว่า ที่เกาะก็สามารถนำมาออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือโฉนดที่ดินได้ แต่ต่อมาในปี พ.ศ. 2537 รัฐได้มีการตรากฎกระทรวง ฉบับที่ 43 ขึ้นมาโดยในข้อ 14 (3) “ที่เกาะแต่ไม่รวมถึงที่ดินของผู้ซึ่งมีหลักฐานแจ้งการครอบครองที่ดิน มีใบจอง ใบเหี้ยบย่ำ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ โฉนดตราจอง ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์” หรือเป็นผู้มีสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ หรือที่ดินที่คณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติได้อนุมัติจัดให้แก่ประชาชน หรือที่ดินซึ่งได้มีการจัดหาผลประโยชน์ตามมาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน โดยคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติได้อนุมัติแล้ว”

จึงทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เป็นอย่างมาก อีกทั้งยังทำให้ประชาชนที่อาศัยอยู่บนเกาะต่าง ๆ ถูกจำกัดสิทธิซึ่งไม่เป็นไปตามหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งการที่รัฐตรากฎกระทรวงซึ่งมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายอยู่ในลำดับรองลงมา กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขห้ามออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือโฉนดที่ดินไว้ย่อมทำให้การตรากฎกระทรวง ฉบับที่ 43 นี้เกิดความขัดแย้งกันกับกฎหมายในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า อันเป็นการขัดต่อหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย สำคัญ กฎหมายที่ใช้ในประเทศไทยมีมากมายหลายประเภท เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เทศบัญญัติ เป็นต้น กฎหมายบางประเภทก็มีผลบังคับใช้กับบุคคลโดยทั่วไป บางประเภทก็มีผลบังคับใช้เฉพาะประชาชนที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น ๆ กฎหมายที่มีความสำคัญบังคับใช้กับบุคคลทั่วไปย่อมมีความสำคัญมากกว่ากฎหมายที่มีผลบังคับใช้เฉพาะประชาชนที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น ๆ ซึ่งเรียกลักษณะนี้ว่า ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ซึ่งการจัดเรียงลำดับศักดิ์ของกฎหมายมีที่มาจากรัฐธรรมนูญที่มีหลักการว่า จะมีบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญไม่ได้ จึงมีแนวคิดที่จะต้องทำการจัดลำดับชั้นของกฎหมายเพื่อให้มีการออกกฎหมายไม่ฝ่าฝืนกับกฎหมายแม่บทในเรื่องนั้น ๆ อันจะทำให้กฎหมายที่ออกมาใหม่ไม่สามารใช้บังคับได้

สิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับไม่ได้บัญญัติว่าอะไรคือสิทธิมนุษยชนไว้ รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล” หลักความเสมอภาคเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สำหรับความหมายของคำว่า สิทธิมนุษยชน ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2543 มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ให้ความหมายไว้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” เนื่องจากไทยเป็นภาคีสมาชิกของพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนอยู่ 7 ฉบับ จากจำนวนทั้งสิ้น 9 ฉบับ" ในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยยึดถือระบบทวินิยม (Dualism) ซึ่งต้องนำพันธกรณีดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายไทยเสียก่อน จึงจะใช้บังคับได้ มีปัญหาว่า หากรัฐธรรมนูญและกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติกฎเกณฑ์เรื่องใดเกี่ยวกับพันธกรณี 7 ฉบับดังกล่าว ไทยจะสามารถนำพันธกรณีดังกล่าวมาใช้บังคับโดยตรงได้หรือไม่ ปัจจุบันมีความเห็นกันว่าหากพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวมีสภาพเป็นจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป ศาลไทยก็สามารถนำพันธกรณีระหว่างประเทศ

นั้นมาใช้แก่คดีได้ ศาลรัฐธรรมนูญของไทยก็เคยนำจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ในคดีหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent) ที่ประเทศไทยยื่นต่อ IMF⁵⁴

สำหรับกฎหมายที่ดินในประเทศไทย ได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายที่ดินโดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2497 โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการให้สิทธิในที่ดินแก่ประชาชนคนไทยไว้ตามหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญ ที่ให้บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ก็ได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า ที่ดิน ไว้ว่า ที่ดิน หมายความว่า ความรวมถึง เกาะ ด้วย โดยบัญญัติให้บุคคลผู้ที่ครอบครองและทำประโยชน์ในพื้นที่ดังกล่าว ต่อมาในปี พ.ศ. 2537 ทางราชการได้ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ในการออกกฎกระทรวงดังกล่าว มีนโยบายในการป้องกันการบุกรุกของราษฎรเพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ และได้บัญญัติข้อห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินบนที่เกาะ ในกรณีที่มีได้มีการแจ้งการครอบครองในที่เกาะมีผลใช้บังคับกลับทุก ๆ เกาะทั่วประเทศ แต่ไม่ให้รวมถึงที่ดินซึ่งมีหลักฐานการแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) หรือเอกสารสิทธิในที่ดินอื่นที่มีอยู่ก่อนแล้ว และห้ามมิให้มีการออกโฉนดที่ดินโดยวิธีการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินอีกด้วย ตามข้อ 14 (3) แห่งกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว

จากสภาพปัญหาและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งของไทยและต่างประเทศ สรุปได้ว่า การที่ประมวลกฎหมายที่ดินได้มีบทบัญญัติในมาตรา 1 ในนิยามศัพท์คำว่า ที่ดิน โดยให้หมายความรวมถึงที่เกาะด้วย และหากพิจารณาถึงหลักการและเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายฉบับนี้ก็เพื่อที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน รวมถึงการให้สิทธิในที่ดินแก่ประชาชนชาวไทย แต่ต่อมารัฐได้ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 ข้อ 14 (3) โดยมีข้อกำหนดห้ามมิให้ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินบนที่เกาะ ดังนั้น จึงเห็นว่าในเมื่อกฎหมายในระดับประมวลกฎหมายซึ่งมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายที่สูงกว่ากฎกระทรวง ยังคงกำหนดไว้เป็นหลักการทางกฎหมายพื้นฐานว่าให้สามารถออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน หรือรวมสิทธิในที่ดินตามความหมายในนิยามศัพท์ดังกล่าว แต่กลับมีกฎหมายในลำดับรองกำหนดห้ามมิให้ออกในเวลาต่อมา จะเห็นได้ว่าการตรากฎกระทรวง ฉบับที่ 43 ในข้อ 14 (3) นั้น อาจเป็นการขัดหรือแย้งต่อเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายที่ดินก็เป็นได้

⁵⁴ จาก ปัญหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, โดย ชุตติกาญจน์ สายอุตสาหะ, 2562, รมยสาร, 16(3), 49-62

4.2 ปัญหาการถูกจำกัดสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์ และชนพื้นเมืองในการถือครองโฉนดที่ดินบนที่เกาะ

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว ทำให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนที่ได้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินบนที่เกาะ โดยไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินมาก่อนการบังคับใช้กฎกระทรวงดังกล่าว เนื่องจากต้องย้อนกลับไปในขณะที่ประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2497 ได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ว่าให้ผู้ที่ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินที่ยังไม่มีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์เข้ามาแจ้งการครอบครองที่ดินต่อนายอำเภอท้องที่ภายใน 180 วัน เพื่อจะได้ไปขึ้นเอกสารสิทธิชนิดหนังสือแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) อันถือเป็นเอกสารสิทธิขั้นต้นที่สามารถเข้ามาเป็นหลักฐานในการยื่นคำขอออกโฉนดที่ดินได้ แต่หากย้อนกลับไปในขณะนั้นการเดินทางไปแจ้งการครอบครองที่ดินของประชาชนที่อาศัยอยู่ที่เกาะการคมนาคมสัญจรเป็นไปด้วยความยากลำบาก ไม่ได้มีความสะดวกสบายเหมือนเช่นปัจจุบัน ประกอบกับอาจจะไม่ได้ทราบข่าวการแจ้งตามกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด อันสืบเนื่องมาจากการติดต่อสื่อสารจากทางราชการในขณะนั้นอาจไม่มีความทั่วถึงทุกแห่งหน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนซึ่งครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินบนพื้นราบทั่วไปของประเทศย่อมมีโอกาสได้รับข่าวสารและการเดินทางที่สะดวกสบายกว่าประชาชนในพื้นที่เกาะซึ่งมาความห่างไกลและไปลำบาก จึงทำให้ประชาชนที่อาศัยบนที่เกาะไม่ได้ไปขึ้น ส.ค. 1 และเอกสารสิทธิประเภทอื่น ๆ โดยประชาชนที่เป็นกลุ่มชาติพันธุ์และชนพื้นเมืองที่มีวิถีชีวิตและอาศัยอยู่บนที่เกาะมาเป็นระยะเวลานานตั้งแต่สมัยบรรพบุรุษเป็นเวลาหลายร้อยปีจนกระทั่งตกทอดมรดกสิทธิในการถือครองที่ดินที่อยู่อาศัยและที่ทำมาหากินเป็นทอด ๆ มาแล้วในแต่ละยุคสมัย เช่น กลุ่มชนพื้นเมืองอุรกลาไว้อยู่ในพื้นที่เกาะหลีเป๊ะ จังหวัดสตูล ที่มีปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินและการถือครองที่ดินกับรัฐและประชาชนที่มานุกรุกจนได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินก่อนกลุ่มชนพื้นเมืองดังกล่าวมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนี้ก็ยังคงมีกรณีปัญหาข้างต้นเรื่อยมา

จึงส่งผลกระทบต่อประชาชนรวมถึงกลุ่มชนพื้นเมือง กลุ่มชาติพันธุ์ที่อยู่อาศัยบนที่เกาะที่ยังไม่ได้ไปขึ้นกรรมสิทธิ์และไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดิน เป็นปัญหาของภาครัฐที่สำคัญและต้องให้ความช่วยเหลือเยียวยาให้ประชาชนบนเกาะมีสิทธิถือครองที่ดินในลักษณะกรรมสิทธิ์ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับที่ดินในพื้นที่ราบลุ่มทั่วไปสามารถดำเนินการออกโฉนดที่ดินได้โดยไม่มีข้อกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกโฉนดที่ดินโดยวิธีการเดินสำรวจ หรือในกรณีเกาะภูเก็ตซึ่งมีสถานะ

เป็นเกาะแห่งหนึ่ง ยังสามารถออกโฉนดที่ดินให้กลับประชาชนที่อาศัยอยู่ในเกาะภูเก็ตเป็นจำนวนมากและหรือครอบคลุมไปถึงเอกสารสิทธิชนิดอื่นที่รัฐให้ความรับรองและยินยอมให้ประชาชนถือครองที่ดิน จากกรณีเปรียบเทียบดังกล่าวย่อมจะเห็นได้ชัดว่าการห้ามออกโฉนดที่ดินบนที่เกาะตามกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว นั้น ถือเป็นการทำให้ประชาชนเกิดความเหลื่อมล้ำในด้านการถือครองที่ดิน ประกอบกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือทุก ๆ ฉบับ ได้กำหนดสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนไว้ การออกกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ซึ่งเป็นการออกกฎหมายลำดับรองที่มุ่งเน้นคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นที่ตั้ง อาจขัดต่อเจตนารมณ์และหลักความของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ว่าด้วยการถ่วงดุลสิทธิหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และขัดต่อหลักการเรื่องลำดับศักดิ์กฎหมายที่กฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์รองจากประมวลกฎหมายที่ดินและรัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่ง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ 8-10/2546 สรุปได้ว่า การที่รัฐได้ออกมาตรการตามข้อ 14 (3) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 43 นี้ มีจุดประสงค์และเป้าหมายในการควบคุมกับที่เกาะทุกแห่ง ไม่ได้ออกกฎหมายมาเพื่อจำกัดเกาะใดเกาะหนึ่ง แก่บุคคลที่ยังไม่มีเอกสารสิทธิโดยไม่ได้เลือกปฏิบัติ จึงถือว่าไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด บทบัญญัติดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ส่วนความเห็นทางกฎหมายของตุลาการศาลปกครองสูงสุดในองค์คณะบางท่านที่พิจารณาคดีศาลปกครองสูงสุด ที่ พ 8 – 10/2546 ซึ่งรวมการพิจารณา 3 ส่วนวนเข้าด้วยกัน เนื่องจากทั้ง 3 ส่วนวน ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า เจ้าพนักงานที่ดิน จังหวัดภูเก็ตอ้างกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2547 ข้อ 14 (3) เพื่อปฏิเสธไม่รับคำขออออกโฉนดที่ดินเฉพาะราย หรือปฏิเสธไม่ออกโฉนดที่ดินให้ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากฎกระทรวงดังกล่าวมีลักษณะเป็น การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียหาย จึงฟ้องขอให้ศาลปกครองสูงสุดยกเลิก ข้อ 14 (3) แห่งกฎกระทรวงดังกล่าว และให้เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดภูเก็ตรับคำขออออกโฉนดที่ดิน เฉพาะรายหรือดำเนินการออกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้ฟ้องคดี คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุด ต้องพิจารณาคือ ข้อ 14 (3) แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความ ในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2547 ที่กำหนดห้ามมิให้มีการออกโฉนดที่ดิน ในบริเวณที่เป็นที่เกาะเป็นกฎที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยเป็นเสียงข้างน้อย ในองค์คณะมีความเห็นแย้ง สรุปประเด็นได้ว่า เมื่อพิจารณาจากหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักที่ปกป้องสิทธิเสรีภาพของราษฎร โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดรับรองสิทธิ

และเสรีภาพเอาไว้ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ เมื่อมีการออกกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับที่มีเนื้อหากระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะต้องให้ประชาชนให้ความ เห็นชอบก่อนด้วยเสมอ อีกทั้งการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกกฎหมายลำดับรอง มาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสิทธิในที่ดินของประชาชน โดยมีมาตรการขึ้นมาจำกัดสิทธิ หรือกระทบสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญหรือตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และประมวลกฎหมายที่ดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 1 นิยามศัพท์คำว่า ที่ดิน ให้หมายรวมถึง ที่เกาะ ด้วยที่สามารถในที่ดินบริเวณดังกล่าวมาขึ้นคำขอ ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้ แต่กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 ข้อ 14 (3) ห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดิน ในที่เกาะ จึงถือได้ว่าเป็นการออกกฎกระทรวงที่ขัดกับบทบัญญัติที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายที่ดิน อย่างชัดเจน⁵⁵

สำหรับในประเทศออสเตรเลียก็มีกรณีเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในที่ดินของชาวอะบอริจิน และก็ได้มีการออกกฎหมาย Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976 มาควบคุมการ ถือครองที่ดิน แต่มีข้อจำกัดคือไม่สามารถโอนได้ (Inalienable Freehold Tie) ประกอบกับในรัฐควีนส์แลนด์ (Queensland) ได้ออกกฎหมายในระบับพระราชบัญญัติสิทธิในที่ดินชนพื้นเมือง 1993 (The Native Title Act, 1993) เพื่อคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองและกำหนดแนวทางการตรวจสอบ สิทธิและการจัดสรรสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองด้วย

จากสภาพปัญหา เมื่อได้ทำการศึกษาข้อกฎหมายและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ 8-10/2546 สรุปได้ว่า ตามคำพิพากษาดังกล่าวได้วินิจฉัยว่า การที่รัฐออกกฎกระทรวงฉบับที่ 43 ฯ ขึ้นก็เพื่อมีเจตนารมณ์ไม่ให้เกิดการบุกรุกทำลายทรัพยากรธรรมชาติบนเกาะ โดยกำหนดห้ามมิให้ ประชาชนทุกคนที่ยังไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดิน ไม่ว่าจะเป็นประเภทหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือหนังสือแสดงการทำประโยชน์ หรือแบบแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) เป็นต้น หากไม่มี เอกสารซึ่งชั้นต้นเหล่านี้ ก็ย่อมไม่สามารถที่จะขอออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินประเภท โฉนด ที่ดิน และคำพิพากษายังให้คำอธิบายไว้ว่า กฎกระทรวงฉบับนี้ก็เป็นการออกกฎที่เป็นการใช้บังคับ ได้เป็นการทั่วไปโดยให้ใช้บังคับกับประชาชนทุกคนที่อาศัยอยู่บนเกาะ ในทุก ๆ เกาะทั่วประเทศ ถือเป็นการกระทำตามหลักความเสมอภาคแล้ว ทั้งนี้ ในการพิพากษาคิดดังกล่าวยังมีตุลาการ ผู้พิจารณาคดีในฐานะเสียงข้างน้อยได้ให้ความเห็นทางกฎหมายไว้โดยสรุปว่า แม้การออก กฎกระทรวงฉบับที่ 43 ฯ จะเป็นการบังคับใช้กับประชาชนทุกคน บนทุก ๆ เกาะทั่วประเทศ

⁵⁵ จาก คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ 8-10/2546, โดย สำนักงานศาลปกครอง, 2548, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง

ก็ตาม แต่หากมองถึงว่าประชาชนที่อยู่บนพื้นที่ราบลุ่มทั่วไป ที่ไม่ใช่ที่เกาะ แม้ไม่มีเอกสารสิทธิในชั้นต้นก็ไม่ตัดสิทธิที่จะสามารถทำการออกโฉนดที่ดินได้ ซึ่งอาจจะไม่เป็นธรรมต่อประชาชนที่อาศัยบนเกาะ อีกทั้งในประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 1 ก็ได้บัญญัตินิยามศัพท์คำว่า ที่ดิน ให้หมายความรวมถึง เกาะ ด้วยนั้น ย่อมถือเป็นเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายฉบับประมวลกฎหมายมีเจตนารมณ์ให้รวมถึงที่บนเกาะที่จะสามารถออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้ และเมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่ตราขึ้นมากล่าวคือ กฎกระทรวงฉบับที่ 43 ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับรองลงมาจากประมวลกฎหมายที่ดิน อาจเป็นการออกกฎหมายซึ่งขัดกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประชาชนที่ครอบครองที่ดินที่อยู่บนพื้นที่ราบซึ่งสามารถขอออกโฉนดที่ดินได้โดยวิธีการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน เป็นการที่รัฐมีนโยบายโดยใช้งบประมาณของรัฐในการออกค่าใช้จ่ายการรังวัดเอง ประชาชนไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด เป็นการอาศัยกลไกจากนโยบายของรัฐที่ต้องจัดที่ดินทำกิน กระจายการถือครองที่ดิน ให้แก่ประชาชนตามหลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศออสเตรเลีย ในรัฐควีนส์แลนด์ (Queensland) ชนพื้นเมืองมีสิทธิในใช้ที่ดินในดินแดนที่ปฏิบัติสืบทอดกันมา โดยได้มีการออกเป็นกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมือง 1993 (The Native Title Act, 1993) เพื่อคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมือง จะเห็นได้ว่าในประเทศออสเตรเลียก็ได้ให้สิทธิแก่ชนพื้นเมือง โดยได้ออกเป็นกฎหมายโดยเฉพาะสำหรับกฎหมายที่ดินของชนพื้นเมือง แต่ในประเทศไทยนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เป็นการเฉพาะสำหรับการใช้สิทธิ การได้สิทธิในที่ดินสำหรับชนพื้นเมืองที่อาศัยบนเกาะ และเมื่อนำหลักการในการตรากระทรวงฉบับที่ 43 ฯ นี้มาวิเคราะห์ก็พอที่จะเข้าใจในเจตนารมณ์ว่า ต้องการที่จะอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ แต่การรักษาทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ใช่เพียงแค่ป้องกันการบุกรุกการเข้าแผ้วถางธรรมชาติของประชาชนเท่านั้น แต่การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวยังต้องอาศัยการทํานุบำรุงซึ่งก็ล้วนเกิดขึ้นได้โดยอาศัยทรัพยากรจากมนุษย์เป็นส่วนใหญ่ ดังที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 ทรงมีพระราชดำริให้ศึกษาการพัฒนาที่มีความเหมาะสมสอดคล้องกับวิถีความเป็นอยู่ของคนในท้องถิ่น โดยคำนึงถึงประเพณี วัฒนธรรม และความเชื่อ เพื่อขยายผลการอนุรักษ์และพัฒนาให้คนอยู่กับป่าได้อย่างเกื้อกูลกัน ฉะนั้น จะเห็นได้ว่า การที่กระทรวงฉบับที่ 43 ฯ กำหนดการจำกัดสิทธิในการออกโฉนดที่ดินบนเกาะสำหรับบุคคลที่ไม่มีเอกสารสิทธิเบื้องต้นนั้น อาจมองได้ว่าเป็นบทกฎหมายที่จำกัดสิทธิ เห็นควรที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายและยุคสมัย

4.3 มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและควบคุมการถือครองที่ดิน

จากข้อมูลของมูลนิธิสถาบันที่ดินแห่งประเทศไทย ระบุข้อมูลเกี่ยวกับการครอบครองที่ดินของภาคต่าง ๆ ในประเทศว่า จากพื้นที่ประเทศไทยที่มีอยู่ทั้งหมด 321 ล้านไร่ แบ่งเป็นที่ดินของรัฐ 183 ล้านไร่เศษ เป็นที่ดินของประชาชน 138 ล้านไร่เศษ โดยกรมที่ดินได้ออกเป็นหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินไปแล้วประมาณ 31.4 ล้าน โฉนด คิดเป็นเนื้อที่ 127 ล้านไร่เศษ โดยเอกสารสิทธินั้นกว่า 90 เปอร์เซ็นต์ กระจัดอยู่กับกลุ่มบุคคลและนิติบุคคลที่มีความมั่งคั่งร่ำรวยประมาณ 10 เปอร์เซ็นต์ ของประชากรคนไทย ซึ่งที่ดินเหล่านี้ถูกปล่อยทิ้งร้างไว้โดยไม่ทำประโยชน์ มีมากถึง 48 ล้านไร่ เพราะที่ดินเป็นที่ดินที่ถูกกว้านซื้อเพื่อเก็งกำไร โดยไม่ได้นำมาใช้ประโยชน์จริง

ทั้งนี้ยังไม่รวมถึงข้าราชการระดับสูงที่ไม่ปรากฏข้อมูลต่อสาธารณะ แต่ก็เป็นที่คาดหมายได้ว่า มีแนวโน้มไปในลักษณะเดียวกัน ซึ่งตรงกันข้ามกับการถือครองที่ดินของเกษตรกร หรือคนยากจนในพื้นที่ต่าง ๆ โดยเฉพาะเกษตรกรรายย่อยที่ต้องใช้ที่ดินเป็นฐานทรัพยากรสำคัญในการผลิตเพื่อดำรงชีพ โดยข้อมูลจากการสำรวจพบว่า ปัจจุบันเกษตรกรรายย่อยไม่มีที่ดินเป็นของตัวเองไม่น้อยกว่า 811,892 ครอบครัว และในส่วนของเช่าที่ดินทำกินมีจำนวนไม่น้อยกว่า 1.5 ล้านครอบครัว รวมทั้งข้อมูลการสูญเสียที่ดินทำกินของเกษตรกรรายย่อยจากสาเหตุอื่น ๆ เช่น การถูกไล่รื้อ ฟ้องร้องจากเจ้าของที่ดิน โดยเฉพาะประเด็นความเหลื่อมล้ำทางที่ดิน ที่เป็นกรณีพิพาทที่ดินระหว่างรัฐและเอกชนกับประชาชนที่ยากจน จนเป็นเรื่องฟ้องร้องดำเนินคดีที่มีแนวโน้มรุนแรงมากขึ้น ความไม่เป็นธรรมจากกลไกของรัฐและกระบวนการยุติธรรม ทำให้ส่วนใหญ่ต้องแพ้คดี นำมาซึ่งความสูญเสียที่ดินอยู่อาศัยทำกิน เป็นหนี้สิน ครอบครัแตกแยก ชุมชนล่มสลายในที่สุด⁵⁶

อีกปัญหาที่สังคมไม่อาจจัดได้ คือ ปัญหาออกเอกสารสิทธิและการเพิกถอน อย่างกรณีการออกเอกสารโดยมิชอบ เมื่อพิสูจน์ได้ว่า ออกโดยมิชอบต้องการให้รัฐเพิกถอน ก็ไม่เคยมีใครกล้าทำ แม้แต่กรมที่ดินที่เป็นผู้ออกเอกสารสิทธิ์ด้วยตนเอง เกิดจากความผิดพลาดของตนเอง แต่ก็ไม่แก้ไข ประชาชนกลายเป็นคนรับบาป ถึงเวลาแล้วที่ประเทศไทยควรมีคณะกรรมการทำงานด้านการเพิกถอนโฉนดโดยตรง ไม่ใช่โอนอำนาจให้อธิบดีกรมที่ดินเพียงลำพัง นอกจากนี้ประเทศ

⁵⁶ จาก นายทุนใหญ่ครองที่ดินของเมืองไทย เก็งกำไร-ทิ้งร้างไม่ทำประโยชน์, โดย ชุติพร บุตรโคตร, 2557, กรุงเทพฯ: ศูนย์ข้อมูลและข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง

ไทยยังอ่อนด้อยเรื่องการให้ความสำคัญกับสิทธิชุมชนอย่างมาก เช่น รัฐธรรมนูญเขียนไว้ในสิทธิชุมชนที่จะปกป้อง ที่จะอนุรักษ์ฟื้นฟู จารีต ประเพณีและวัฒนธรรมชุมชน แต่ไม่มีผลใด ๆ เลย แม้แต่ศาลที่มีอำนาจว่าความเรื่องกระบวนการยุติธรรมก็กลับไม่เคยเอารัฐธรรมนูญนี้มาใช้ เพราะศาลไม่เข้าใจคำว่าชุมชนในทางกฎหมาย แต่ความหมายสังคมชัดเจน เป็นเรื่องใหญ่ที่ประเทศควรใช้ และหากมีการออกโฉนดที่ดินให้กับประชาชนผู้ที่อาศัยบนเกาะอย่างไม่มีข้อจำกัด ก็จะถูกกลุ่มนายทุนที่มีแหล่งทุนทรัพย์หรือทรัพยากรที่สูงกว่าประชาชนโดยทั่วไปกว้านซื้อที่ดินบนที่เกาะเสียหมด ซึ่งเป็นที่ดินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูงสามารถต่อยอดในทางธุรกิจต่อไปได้ และยอมนำมาซึ่งปัญหาการไร้ที่อยู่อาศัยของประชาชนที่อาศัยอยู่บนที่เกาะดั้งเดิมเป็นปัญหาที่ไม่มีทางแก้ไขได้⁵⁷

สำหรับในประเทศมาเลเซีย ซึ่งชาวมาเลเซียเชื้อสายมลายูนั้นมีค่านิยมต่อกลุ่มชนของตนเองว่าเป็นบุตรแห่งแผ่นดิน (ภูมิบุตร) ซึ่งเหนือกว่าชนชาติอื่น ๆ ที่อยู่ในแหลมมลายูด้วยกัน ชาวมาเลเซียเชื้อสายมลายูส่วนใหญ่มีอาชีพหลักทางด้านการเกษตร ในสังคมและวัฒนธรรมของมาเลเซียแต่ละพื้นที่จะแตกต่างกันออกไป เช่น ชาวมาเลเซียเชื้อสายมลายูที่ยึดถือขนบธรรมเนียมประเพณีแบบ “Adat Temenggong” ที่ยึดถือสายเลือดทางฝ่ายบิดา เป็นผู้รับมรดกสืบทอด เป็นขนบธรรมเนียมที่ยึดถือในรัฐส่วนใหญ่ของแหลมมลายู (ยกเว้นรัฐเนกรี เซมบีลัน) ซึ่งเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีที่ยึดถือมาตั้งแต่ยุคมะละกา สำหรับรัฐเนกรีเซมบีลันยึดถือขนบธรรมเนียมประเพณีแบบ “Adat Minangkabau” หรือ “Adat Perpatih” ซึ่งหมายถึง อำนาจต่าง ๆ และทรัพย์มรดกจะถูกสืบทอดจากรุ่นหนึ่งไปยังอีกรุ่นหนึ่งทางสายเลือดของมารดา ซึ่งมรดกจะตกมาเป็นของบุตรสาว ซึ่งนโยบายภูมิบุตรหรือนโยบายบุตรของแผ่นดิน ค.ศ. 1969 เป็นนโยบายด้านสังคมที่งานวิชาการจำนวนมากกล่าวถึงคือ นโยบายภูมิบุตร หรือ นโยบายบุตรของแผ่นดิน (Bumiputera or Son of soil Policy) ซึ่งเป็นนโยบายที่สำคัญในช่วงสมัยการสร้างสังคมมาเลเซียขึ้นมาใหม่ โดยเป็นนโยบายการให้สิทธิพิเศษทางสังคม เศรษฐกิจและการเมืองแก่ผู้ที่เป็นชาวมลายูและชนพื้นเมืองซึ่งมีผลอย่างมีนัยสำคัญต่อสังคมมาเลเซียในเวลาต่อมาภูมิบุตรเป็นแนวคิดสำคัญที่ยังคงมีอิทธิพลในสังคมมาเลเซียมาจนถึงปัจจุบัน ภูมิบุตรเป็นแนวคิดที่ไม่เพียงมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบาย หากแต่ยังส่งต่ออิทธิพลไปสู่การจัดระเบียบทางสังคมของมาเลเซียอย่างมีนัยสำคัญ แรกเริ่มนั้นภูมิบุตรคือคำที่ใช้เรียก ชาวมลายูและชนพื้นเมือง ดั้งเดิมที่

⁵⁷ จาก ร่างพระราชบัญญัติสถาบันบริหารจัดการที่ดินและกระจายการถือครองที่ดินอย่างเป็นธรรมและยั่งยืน พ.ศ..., โดย สถาบันบริหารจัดการธนาคารที่ดิน (องค์การมหาชน), 2564, สืบค้นจาก https://www.labai.or.th/file_download/drat_ILMD.pdf

ถือกันว่าเป็นบรรพบุรุษของชาวมาเลย์” (Orang Asti) ความหมายโดยตรงของคำว่าภูมิบุตร คือ บุตรแห่งแผ่นดิน แต่ความหมายโดยนัยแล้ว คำดังกล่าวมีความหมายเพื่อแสดงให้เห็นความแตกต่างกันทางชาติพันธุ์ระหว่างกลุ่มคนอื่น ๆ ในประเทศ ทั้งชาวจีน ชาวอินเดีย และชนกลุ่มน้อย อื่น ๆ ในมาเลเซีย

ชาวภูมิบุตร หรือ Bumiputra หมายถึงผู้เป็นคนดั้งเดิมของประเทศมาเลเซีย นอกจากที่เป็นชาวมลายูแล้ว ยังมีที่เป็นชนเผ่าดั้งเดิมต่าง ๆ ในรัฐ ซาบะห์ และรัฐซาราวัก ในที่นี้ยังรวมถึงชาวมลายูดั้งเดิม หรือ คนอัสลี ชาวมาเลเซียเชื้อสายไทยพุทธ ในรัฐกลันตัน รัฐตรังกานู รัฐเคดาห์ รัฐเปอร์ลิส อีกด้วย สำหรับชาวภูมิบุตรนั้นไม่จำเป็นต้องนับถือ ซึ่งในส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่แตกต่างของเผ่าพันธุ์ กล่าวไว้ว่าการสงวนที่ดินสำหรับคนพื้นเมืองหรือคนอัสลี นั้น มีหน่วยงานที่เรียกว่า Jabatan Hal Ehwal Orang Asli เป็นผู้ดำเนินการสำหรับคนมลายูเอง แม้ที่ดินจะสงวนสำหรับคนมลายูก็ตาม แต่ถ้าคนมลายูคนนั้นไม่ใช่คนกลันตัน เขาผู้นั้นไม่สามารถที่จะซื้อที่ดินสงวนสำหรับคนมลายูในรัฐกลันตันได้ การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์บ้านเรือนนั้น มี 2 ชนิด คือ ที่ดินสงวนสำหรับคนมลายูหรือ Tanah Rezab Melayu และที่ดินที่บุคคลใด ๆ ไม่จำกัดศาสนา เชื้อชาติ หรือรัฐที่ตั้งถิ่นฐานทำการซื้อขายได้ หรือที่เรียกว่า Tanah Pegangan bebas หรือ Free Hold Land กล่าวโดยเฉพาะนั้น คนมลายู หมายถึง คนที่มีเชื้อชาติมลายู พุทธภาษามลายู ยึดถือสงวนที่ดินเช่นกัน เรียกว่า Tanah Rezab Melayu

ในภูมิภาคมาเลเซียตะวันออก ซาบะห์มีชายแดนทางตะวันตกเฉียงใต้ติดกับรัฐซาราวักของประเทศมาเลเซีย สำหรับรัฐซาบะห์ มาตรา 161A (6) (b) ของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐกำหนดว่าสำหรับบุคคลที่จะได้รับ พิจารณาว่าเป็นชนพื้นถิ่นของซาบะห์ ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ (ก) เป็นพลเมืองมาเลเซีย (ข) เป็นบุตรหรือหลาน ของบุคคลที่มีเชื้อชาติเป็นชนเผ่าพื้นถิ่นซาบะห์ และ (ค) เกิดในซาบะห์หรือมีพ่อที่มีภูมิลำเนาอยู่ในซาบะห์ใน ช่วงเวลาเกิด ภายใต้การตีความของซาบะห์ (นิยามของพื้นถิ่น) พระราชกฤษฎีกา (2)(1), 7 a “พื้นถิ่น” หมายถึงบุคคล ผู้เป็นชนเผ่าพื้นถิ่นซาบะห์ พ่อหรือแม่หรือบรรพชนคนหนึ่งเป็นชนเผ่าพื้นถิ่นซาบะห์และมีชีวิตในฐานะสมาชิกของ ชุมชนพื้นถิ่น และพลเมืองมาเลเซียคนใดผู้เป็นสมาชิกของชนเผ่าพื้นถิ่นซาราวัก บรูไน อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ มาเลเซีย หรือสิงคโปร์ สำหรับบรรดาผู้อยู่ภายใต้ประเภทสุดท้ายนี้ จำเป็นว่าคำประกาศใด ๆ ถึงสถานภาพพื้นถิ่น ในมาตรา 160 ของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ นิยาม “ชนพื้นเมือง” (Aborigine) ว่าเป็น “ชนพื้นเมืองแห่ง คาบสมุทรมลายู 15 ส่วนที่ 3 (2) ของกฎหมายชนพื้นเมือง ปี ค.ศ. 1954 (APA) นิยามโอริง อัสลี ว่าเป็นบุคคลที่พ่อแม่ ทั้งสองคนเป็นชนพื้นเมือง หรือพ่อหรือแม่คนใดคน

หนึ่งเป็นหรือเคยเป็นสมาชิกกลุ่มชาติพันธุ์ชนพื้นเมือง เขาหรือเธออาจเป็นบุคคลอีกเชื้อชาติหนึ่งที่เป็นบุตรบุญธรรม เกณฑ์คือเขาหรือเธอพูดภาษาชนพื้นเมืองและทำตามวิถีชีวิต ชนพื้นเมืองเป็นนิสัย และประเพณีและความเชื่อแบบชนพื้นเมือง และรวมทั้งผู้สืบเชื้อสายของบุคคลนั้น เด็กของการมาร่วมกันระหว่างหญิงและชายชนพื้นเมืองของอีกเชื้อชาติหนึ่งคือชนพื้นเมืองต่อเมื่อเด็กพูดภาษาชนพื้นเมืองเป็นนิสัยตามวิถีชีวิตชนพื้นเมือง และธรรมเนียมและความเชื่อแบบชนพื้นเมืองและยังคงเป็นสมาชิกของชุมชนชนพื้นเมือง ได้กำหนดสิทธิในที่ดิน เขตแดน และทรัพยากรในรัฐชาราวัก และรัฐซาบห์ กฎหมายที่อังกฤษนำเข้ามาใช้ในช่วงปกครองอาณานิคม รับรองสิทธิในที่ดินตามประเพณีและกฎระเบียบจารีตประเพณีของชนเผ่าพื้นเมืองยังคงอยู่ อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านี้มิได้รับการ ดำเนินการอย่างเหมาะสม และยิ่งกว่านั้นยังถูกละเลยโดยรัฐบาล อันทำให้เกิดการเอื้อต่อการเข้ามาครอบครองทรัพยากรขนาดใหญ่ และแปลงปลูกพืชขนาดใหญ่ของบริษัทเอกชนเหนือกว่าสิทธิและผลประโยชน์ของชุมชนชนเผ่าพื้นเมืองในคาบสมุทรมาเลเซีย ขณะที่ยังขาดการคำนึงถึงสิทธิในที่ดินตามประเพณีของโอรัง อัสลีในกฎหมายที่ดินแห่งชาติ การถือครองที่ดินตามประเพณีของโอรัง อัสลีได้รับการรับรองภายใต้กฎหมายทั่วไป กฎหมายหลักที่กำกับการบริหารของโอรัง อัสลี รวมทั้งการครอบครองที่ดิน คือกฎหมายชนพื้นเมือง ปี ค.ศ. 1954 ซึ่งมาเลเซียได้รับรองปฎิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง (UNDRIP)

คาบสมุทรมาเลเซียมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ดินแห่งชาติ ปี ค.ศ. 1965 กฎหมายที่ดินในคาบสมุทรมาเลเซียอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ฉบับนี้ที่ให้การรับรองการถือครองที่ดินตามจารีตประเพณี โดยระบุว่า ไม่มีส่วนใดในกฎหมายนี้จักมีผลต่อการดำเนินงานในอดีตของกฎหมายที่ดินเดิม และไม่มีผลต่อการถือครองที่ดินตามจารีตประเพณี กฎหมายชนพื้นเมือง ปี ค.ศ. 1954 (ปรับปรุงปี ค.ศ. 1974) เรียกชื่อย่อว่า APA เป็นกฎหมายที่กำกับการครอบครองที่ดิน จึงเป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองความเป็นอยู่และความก้าวหน้าของชนพื้นเมืองในคาบสมุทรมาเลเซีย ซึ่งการยอมรับสิทธิในที่ดินภายใต้กฎหมายของมาเลเซีย ในมาเลเซียรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐให้การปกป้องสิทธิอันเป็นความสัมพันธ์พิเศษระหว่างชุมชนชนพื้นถิ่น และชุมชนชนพื้นเมืองกับที่ดินของตน ความสัมพันธ์นี้รองรับการดำรงอยู่ของจิตวิญญาณ วัฒนธรรม เศรษฐกิจ และสังคมของชุมชนชนพื้นถิ่น สิทธิในทรัพย์สิน วิถีชีวิต และความเสมอภาคในกฎหมาย การพิทักษ์รักษาเพื่อประโยชน์ของชนพื้นถิ่น ความไว้วางใจเจ้าหน้าที่รัฐบาลและการยอมรับกฎจารีตประเพณีว่าเป็นกฎหมาย อันนำมาสู่เอกสารสิทธิชนพื้นถิ่น ซึ่งรวมถึงเอกสารสิทธิชนพื้นเมือง และสิทธิในที่ดินตามประเพณีของชนพื้นถิ่นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมาเลเซียและได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ พระราชกฤษฎีกาที่ดินซาบห์ ปี ค.ศ. 1930 โดยพระราชกฤษฎีกา หมายเลข 10 แห่งปี ค.ศ. 1930 กล่าวถึงการ

คุ้มครองสิทธิชนพื้นถิ่นในที่ดินของตนและการปฏิบัติตามจารีตประเพณี เป็นระยะเวลาหนึ่งจะต้องคืนกลับสู่รัฐบาล

สิทธิของคนไทยต้องใช้ภาษามลายูเป็นภาษาราชการ ยอมรับให้ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำชาติ ยอมรับสถานภาพการเป็นชนพื้นเมืองที่ไม่ใช่คนมลายูที่จะได้รับสิทธิตามกฎหมายที่ไม่เท่าเทียมกันคนเชื้อสายมลายูโดยตรงเช่น สิทธิในการซื้อขายที่ดินเป็นต้น แม้ว่าคนไทยจะได้รับการยอมรับให้มีสถานะเป็นภุมิบุตราเช่นเดียวกับคนมลายูก็ตามถึงแม้คนไทยจะช่วยกันทำนุบำรุงพระพุทธศาสนาให้เจริญรุ่งเรืองในรัฐกลันตันอย่างไร แต่ก็ไม่สามารถเผยแพร่ศาสนาของตนไปสู่คนที่นับถือศาสนาอิสลามได้ เพราะข้อจำกัดทางกฎหมาย แต่ในทางกลับกัน คนที่นับถือศาสนาอิสลามนั้นสามารถเผยแพร่ศาสนาไปยังกลุ่มคนไทยได้ และสามารถรับคนไทยให้เข้ารีตศาสนาอิสลามได้ด้วยฐานะพลเมืองของคนไทยในกลันตัน ได้รับการรับรองให้เป็น "ภุมิบุตรา" ซึ่งมีสิทธิเท่าเทียมกันกับคนเชื้อสายมลายู ที่นับถือศาสนาอิสลาม แต่ถึงอย่างไรก็ตามก็ยังมีการเลือกปฏิบัติอยู่บ้าง โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิการครอบครองที่ดินสงวนบางแปลงที่มีไว้เฉพาะคนมลายู

การถือครองที่ดินสงวนให้คนท้องถิ่นมาเลเซีย และสำหรับชาวภุมิบุตร (Bumiputera) การถือครองรูปแบบนี้จะสงวนเอาไว้ให้คนท้องถิ่นมาเลเซีย" ด้วยกันเท่านั้น ส่วนภุมิบุตรหรือ Bumiputera จะซื้อขายที่ดินได้ก็แต่เฉพาะกลุ่มภุมิบุตรด้วยกันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากประสงค์ที่จะทำธุรกรรมซื้อขายกับคนที่ไม่ใช่ภุมิบุตรสามารถทำได้โดยแจ้งความยินยอมในการโอนสิทธิถือครองดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่สำนักงานที่ดินเป็นกรณี ๆ ไป เมื่อโอนแล้ว สิทธิหน้าที่และภาระผูกพันต่าง ๆ ของที่ดินแปลงดังกล่าวย่อมโอนไปหาผู้รับโอนด้วย อาทิ หน้าที่ผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่า ภาระจำยอม และข้อตกลงอื่น ๆ ที่มีอยู่ก่อนการรับโอนและนอกเหนือจากภายใต้ข้อห้ามหรือข้อจำกัดตามประมวลกฎหมายที่ดินแห่งชาติแล้วการโอนย่อมมีผลตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่เป็นลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ ก็อาจกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดด้วย เช่น กฎหมายว่าด้วยเขตสงวนอนุรักษมาเลเซียของมลรัฐที่เกี่ยวข้องในคาบสมุทรมาเลเซียห้ามมิให้โอนที่ดินในเขตอนุรักษของมาเลเซียให้กับผู้ที่ไม่ใช่ชาวมาเลเซีย

สำหรับกฎหมายไทย ก็ยังมีการกำหนดเงื่อนไขด้านระยะเวลาไว้สำหรับการออกโฉนดที่ดินเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อให้แน่ใจว่าหากออกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใดแล้วจะไม่ได้นำไปโอน ขาย เปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ให้ผู้อื่นได้โดยง่าย อันเป็นการป้องกันการถือครองที่ดินให้แก่ประชาชนอีกทางหนึ่งด้วย เช่น บุคคลที่จะออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งบุคคล

ที่จะออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 59 นี้ต้องมีหลักฐานสำหรับที่ดินเดิม เช่น ส.ค.1 หรือ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นต้น รวมถึงเอกสารสิทธิที่ได้มาโดยกฎหมายอื่นนอกจากประมวลกฎหมายที่ดิน เช่น หนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค.3) หรือ (ก.ส.น.5) ก็สามารถนำมาขอออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้เช่นกัน ทั้งนี้เป็นการรับรองสิทธิโดยกฎหมาย⁵⁸

หนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค. 3) สามารถนำหลักฐานดังกล่าว มาขอออกโฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดินได้ทันที แต่จะห้ามโอนมีกำหนด 5 ปี และหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (ก.ส.น. 5) ก็สามารถนำหลักฐานดังกล่าวมาขอออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้ แต่จะอยู่ในบังคับห้ามโอนมีกำหนดระยะเวลา 5 ปี เช่นเดียวกัน

สำหรับการออกโฉนดที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน โดยมีข้อจำกัดสิทธิเรื่องระยะเวลาการโอนกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ การออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยใบจองซึ่งออกตามมาตรา 30 และ 33 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน มีข้อกำหนดไว้ว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ทำการออกโฉนดที่ดินให้แล้วต้องห้ามมิโอนที่ดินนั้นให้บุคคลอื่น เว้นแต่จะตกทอดทางมรดก โดยแยกพิจารณาเรื่องระยะเวลาการห้ามโอนไว้ คือ ต้องพิจารณาว่าใบจองที่นำมาขอออกโฉนดที่ดินเป็นใบจองที่เจ้าของที่ดินได้รับมาก่อนหรือหลังวันที่ 14 ธันวาคม 2515 ถ้าได้มาก่อนก็ต้องห้ามโอนมีระยะเวลา 5 ปี แต่หากได้รับใบจองมาภายหลังวันดังกล่าวโฉนดที่ดินนั้นจะต้องห้ามโอนมีระยะเวลา 10 ปี หรือการออกตามมาตรา 58 ทวิ วรรคสอง (3) กล่าวคือ เป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินไม่มีหลักฐานสำหรับที่ดินเดิมและเข้าทำประโยชน์ภายหลังที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ เมื่อออกโฉนดที่ดินให้ก็ต้องห้ามโอน 10 ปี⁵⁹

เมื่อวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวข้างต้น กับข้อกฎหมายทั้งไทยและของต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันที่ดินในประเทศไทยมีอยู่จำนวนจำกัด โดยสืบเนื่องมาจากในปี พ.ศ. 2497 รัฐได้ออกประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และได้กำหนด

⁵⁸ จาก ปัญหาการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเฉพาะราย ตามมาตรา 59 และมาตรา 59 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน: ศึกษากรณีได้เนื้อที่ดินเกินจากหลักฐานเดิม, โดย จิราวัฒน์ สว่าง, 2563, วารสารปัญญาภิธาน, 5(1), 228-241

⁵⁹ จาก คู่มือปฏิบัติงานกระบวนการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน, โดย สำนักมาตรฐานการออกหนังสือสำคัญ, 2551, กรุงเทพฯ: กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย

ระยะเวลาให้ประชาชนที่ครอบครองที่ดินให้มาแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) เพื่อให้ทราบว่ามีที่ดินของเอกชนมีจำนวนเท่าใด และที่เหลือเป็นที่ดินของรัฐจำนวนเท่าใด แต่หากมองถึงยุคสมัยนั้น การรับรู้ข่าวสารจากทางราชการอาจเข้าถึงยากทำให้ประชาชนไม่ทราบและพลาดการแจ้งสิทธิในที่ดินนี้ไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนที่อาศัยอยู่บนเกาะซึ่งมีบางแห่งอยู่ในพื้นที่ห่างไกลและการสัญจรลำบากอีกด้วย รัฐจึงอาศัยข้อกฎหมายดังกล่าวตีตราว่าที่ดินที่ไม่ได้มีการแจ้งการครอบครองเป็นที่ดินของรัฐทั้งสิ้น และหากมองถึงที่ดินบนที่เกาะก็เป็นที่ต้องการของกลุ่มคนที่มีทรัพยากรมากเพียงพอเพื่อถือครองที่ดินไปในเชิงธุรกิจ และในปัจจุบันก็มีการถือครองที่ดินบนที่เกาะของกลุ่มบุคคลดังกล่าว และมีการสร้างอาคารบ้านเรือนทำธุรกิจ จนส่งผลกระทบต่อธรรมชาติ อาจมีบางแห่งที่ไม่ได้คำนึงถึงการอนุรักษ์ธรรมชาติ จนต่อมาได้มีการออกกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 43 ฯ ขึ้น โดยมีจุดประสงค์และเจตนารมณ์ในการคุ้มครองอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งก็ได้มีการกำหนดข้อห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินบนที่เกาะ ซึ่งถือว่าเป็นวิธีการอย่างหนึ่งในการป้องกันทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้สูญเสียหรือพังทลายไปมากกว่าเดิมได้ เนื่องจากภายหลังจากที่ออกกฎหมายฉบับนี้หากบุคคลใดไม่มีเอกสารสิทธิเดิม มีเพียงการครอบครองที่ดินเท่านั้น ย่อมไม่สามารถที่จะขอออกโฉนดที่ดินได้ ซึ่งความสำคัญของเอกสารสิทธิในที่ดินอย่างเช่น โฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นต้น ก็สามารถนำไปเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อ เพื่อนำเงินมาลงทุน เชื้อเพลิงดูครอบครัว และใช้ในการประกอบอาชีพได้ แต่หากไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินโดยส่วนใหญ่สถาบันทางการเงินย่อมไม่อนุญาตให้สินเชื่อ ก็ถือเป็นการลดภาวะที่จะมีกลุ่มบุคคลเข้ามาสร้างธุรกิจ บ้านเรือน อาคาร อันเป็นการรุกรานธรรมชาติได้เป็นอย่างดี แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่รัฐได้กำหนดเขตหวงห้ามต่าง ๆ ขึ้นก็เพื่อที่อนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้เกิดการบุกรุกทำลาย คงความอุดมสมบูรณ์ของธรรมชาติ อันเป็นแหล่งอาหาร ที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่า เป็นต้น แต่ก็ควรที่จะให้ประชาชน ชนพื้นเมืองที่อยู่อาศัยในที่ดินผืนนั้นร่วมกันอนุรักษ์ธรรมชาติ ป่าไม้ และแหล่งน้ำ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากวิถีชีวิตของกลุ่มบุคคลในชุมชนธรรมชาติย่อมมีวัฒนธรรม ประเพณีในการอนุรักษ์ธรรมชาติเป็นประจำ เนื่องจากธรรมชาติเป็นแหล่งทำมาหากินของบุคคลเหล่านั้น และเมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศมาเลเซียที่กำหนดนโยบายของรัฐเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของชาวภูมิบุตร กล่าวคือ ให้สิทธิในที่ดินแก่กลุ่มชนพื้นเมืองที่อยู่อาศัยในเขตพื้นที่อนุรักษ์ให้ถือครองและทำประโยชน์ แต่รัฐก็ได้จำกัดสิทธิบางประการเพื่อมิให้ที่ดินในเขตสงวนหวงห้ามนั้นไปอยู่ในความครอบครองของกลุ่มบุคคลที่อาจจะเข้ามาบุกรุก ทำลายทรัพยากรธรรมชาติ มากกว่ากลุ่มบุคคลที่อยู่อาศัยในผืนดินนั้นมาตั้งแต่ครั้งบรรพบุรุษ อันมีวัฒนธรรมและประเพณีในการปกป้องคุ้มครองธรรมชาติตามวิถีของกลุ่มชนพื้นเมืองนั้น ๆ โดยมีการจำกัดให้โอนสิทธิการครอบครองที่ดินให้เฉพาะ

กลุ่มบุคคลภูมิบุตร คือ คนที่อยู่อาศัยหรือสืบทอดมรดกภายในกลุ่มชนพื้นเมืองนั้นเท่านั้น อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากข้อความของกฎหมายของไทยเองก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิบางประการ กล่าวคือ ในประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 30 และ 33 ที่กำหนดให้เมื่อมีการออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐานใบจอง ห้ามมิให้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโอนกรรมสิทธิ์ให้บุคคลอื่นภายในระยะเวลา 5 ปี หรือ 10 ปี แล้วแต่กรณี รวมถึงกรณีการออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 และ 58 ทวิ โดยไม่มีหลักฐานสำหรับที่ดินเดิมก็ห้ามมิให้จำหน่ายจ่ายโอนให้บุคคลอื่นเป็นระยะเวลา 10 ปี เช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้แน่ชัดว่าเมื่อได้ที่ดินอันเป็นสิทธิประเภทกรรมสิทธิ์แล้วจะไม่ทำการโอนกรรมสิทธิ์ไปให้บุคคลอื่นอย่างรวดเร็วต้องใช้ระยะเวลา ก็ถือเป็นการช่วยให้บุคคลที่ได้รับโฉนดที่ดินในกรณีนี้ยังมีทรัพย์สินไว้ใช้ประโยชน์และเป็นประกันให้กับครอบครัวได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง จึงเห็นได้ว่า หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงฉบับที่ 43 ฯ ข้อ 14 (3) โดยอนุญาตให้มีการออกโฉนดที่ดินในที่เกาะได้ ก็ควรที่จะกำหนดการจำกัดสิทธิโดยนำหลักการของประเทศมาเลเซียเกี่ยวกับการจำกัดระยะเวลาในการโอนกรรมสิทธิ์ของไทยมาพิจารณาประกอบกันอีกทางหนึ่งด้วย

4.4 มาตรการทางกฎหมายเพื่อบังคับใช้ให้คนพื้นถิ่น ชนพื้นเมืองอยู่ร่วมกับธรรมชาติ

เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับที่ 43 นี้ เพื่อปรับปรุงแบบ หลักเกณฑ์และวิธีการในการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์และโฉนดที่ดินที่ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว ให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน และเพื่อเป็นการปกป้องมิให้มีการรุกล้ำ ทำลายทรัพยากรธรรมชาติ จึงได้ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ในการออกกฎกระทรวงดังกล่าว มีนโยบายในการป้องกันการบุกรุกของราษฎรเพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและมิผลทำให้ห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินบนที่เกาะ ในกรณีที่มีได้มีการแจ้งการครอบครองในที่เกาะมีผลใช้บังคับกลับทุก ๆ เกาะทั่วประเทศ แต่ไม่ให้นำรวมถึงที่ดินซึ่งมีหลักฐานการแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) หรือเอกสารสิทธิในที่ดินอื่นที่มีอยู่ก่อนแล้ว และห้ามมิให้มีการออกโฉนดที่ดินโดยวิธีการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินอีกด้วย ทั้งนี้ ตามข้อ 14 (3) แห่งกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว

ซึ่งมีพื้นที่ทางทะเลและชายฝั่งถือเป็นแหล่งทรัพยากรที่สำคัญยิ่งต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมไทย ทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งได้ถูกนำไปใช้เพื่อการพัฒนาประเทศมาเป็นเวลาช้านาน

นาน ทั้งด้านอุตสาหกรรม เกษตรกรรม แหล่งเหมืองแร่และเหมืองทราย การตั้งถิ่นฐาน การท่องเที่ยว การคมนาคมและการขนส่ง ฯลฯ แต่นับจากอดีตจนถึงปัจจุบันประเทศไทยยังขาดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการดูแลทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน ทั้งจากการขาดการทำงานร่วมกันแบบบูรณาการ ความขัดแย้งและความซ้ำซ้อนในบทบาทหน้าที่ ขาดบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง รวมถึงการมีกฎหมายที่ล้าหลังเปิดช่องโหว่ให้แก่ผู้กระทำความผิด การขาดมาตรการในการบริหารจัดการดูแลรักษาทรัพยากรดังกล่าวเป็นสาเหตุสำคัญที่นำมาสู่ปัญหาความเสื่อมโทรมของทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง เนื่องจากความต้องการใช้ทรัพยากรที่เพิ่มมากขึ้นทุกวัน ทั้งจากปัญหาการจับสัตว์น้ำเกินอัตราการผลิต การใช้เครื่องมือประมงแบบทำลายล้าง การปล่อยหรือทิ้งของเสียและสารเคมีลงสู่ทะเล การพัฒนาพื้นที่เพื่ออุตสาหกรรมและการท่องเที่ยว การรुकล้ำพื้นที่ชายฝั่ง ฯลฯ

การบริหารจัดการพื้นที่ทางทะเลและชายฝั่งจึงเป็นสิ่งที่ทุกภาคส่วนควรหันมาให้ความสำคัญ และร่วมมือกันหาแนวทางในการพัฒนาและแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน เพื่อนำไปสู่การอนุรักษ์และฟื้นฟูทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งอย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืนต่อไป

เป้าหมายหลักของการจัดการทรัพยากรชายฝั่งทะเล คือการรักษาเพื่อให้สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างต่อเนื่องและยาวนาน มีการเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากทรัพยากรไม่มากเกินไปหรือเร็วเกินไปจนทรัพยากรไม่สามารถฟื้นฟูได้ทัน หรือเปรียบฐานทรัพยากรที่มีอยู่เป็นต้นทุนที่จะได้รับผลเป็นกำไรหรือดอกเบี้ยรายปี และส่วนของกำไรหรือดอกเบี้ยนี้ก็คือทรัพยากรที่เรานำมาใช้ประโยชน์ได้ โดยไม่นำส่วนที่เป็นต้นทุนหรือฐานทรัพยากรมาใช้ ซึ่งการรักษาฐานทรัพยากรไว้จะทำให้แน่ใจว่า กำไรหรือดอกเบี้ยรายปีนี้จะตกทอดไปถึงคนรุ่นหลังต่อไป

การกำหนดขอบเขตที่ดินชายทะเลให้เป็นที่ยอมรับในระดับสากล เพื่อใช้ในการบริหารจัดการที่ดินชายฝั่งทะเลและการอนุรักษ์ฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ จำเป็นจะต้องพิจารณาเขตอิทธิพลทั้งหมดเพื่อให้ทราบถึงความสัมพันธ์และความเชื่อมโยงของระบบนิเวศทั้งหมด ว่าแต่ละระบบนิเวศนั้น ๆ มีหน้าที่ (Function) และต้องการสภาพแวดล้อมที่ต่างกัน มีความหลากหลายทางชีวภาพ (Biodiversities) ที่มีบทบาทสำคัญในแต่ละระบบนิเวศอย่างไร ซึ่งสามารถจำแนกเขตการใช้ที่ดินได้

เขตการจัดการพื้นที่ดินชายทะเล (Coastal Land Management Boundary) ได้แก่ เขตที่ดินชายทะเลในส่วนของแผ่นดิน (Terrestrial) ที่มีศักยภาพการพัฒนาในด้านต่าง ๆ สูง มีความเข้มข้นของการแข่งขันการใช้ประโยชน์ที่ดิน และได้รับอิทธิพลจากทะเลที่รุนแรง รวมถึงพื้นที่ทะเลจรดแนวขอบที่ลาดไหลทวีปด้วย โดยมีหลักการจำแนกเขตเพื่อให้เกิดความเด่นชัดในการเลือกพื้นที่เพื่อการวางแผนการจัดการเพื่อการอนุรักษ์ พื้นฟู ทรัพยากรชายฝั่งและพัฒนากการใช้ประโยชน์ที่ดิน ดังนี้

เขตอิทธิพลชั้นนอก (Outer Zone) เป็นเขตที่มีความสำคัญในแง่การจัดการที่มุ่งเน้นการใช้ประโยชน์ที่ดินตามลักษณะเสมือนพื้นที่กันชน (Buffer Zone) และที่ดินชายทะเลส่วนนี้เป็นพื้นที่พัฒนาหรือมีการใช้ประโยชน์ที่ดินที่ต่อเนื่อง (Transitional Zone) กับพื้นที่ลุ่มน้ำชั้นในพื้นที่ส่วนใหญ่อยู่ภายใต้อิทธิพลของน้ำจืด ตั้งแต่เขตสันปันน้ำลงมาเชื่อมต่อกับที่ราบลุ่มชายฝั่ง (Coastal Plain) ดังนั้น การใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตนี้จะส่งผลกระทบนอกพื้นที่ (off-site impacts) โดยเฉพาะพื้นที่ที่ต่ำกว่าหรือพื้นที่ราบลุ่มชายฝั่งทะเล เช่นการทับถมของตะกอนบริเวณที่ราบลุ่มหรือพื้นที่ชายฝั่งและทะเลอันเนื่องจากการทำการเกษตรในบริเวณที่ดอน หรือการทำเหมืองแร่ในบริเวณ ที่สูง หรือการสร้างเขื่อนกักเก็บน้ำจะดักตะกอนดินที่พัดพามาตามแม่น้ำทำให้ปริมาณตะกอนทับถมบริเวณปากแม่น้ำลดน้อยลง เป็นต้น

เขตอิทธิพลชั้นใน (Inner Zone) เป็นส่วนของแผ่นดินบริเวณที่ราบลุ่มชายฝั่งต่อเนื่องกับทะเล พื้นที่ดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากทะเลอย่างเด่นชัด เช่น ดินเค็ม มีพืชทนเค็มขึ้น เป็นต้น เป็นเขตที่มีความสำคัญมาก เนื่องจากมีความหลากหลายของระบบนิเวศและมีคุณค่าทางด้านเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นทางด้านการท่องเที่ยว การอุตสาหกรรม การเกษตร การประมง การป่าไม้ การเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำชายฝั่ง ชุมชนที่อยู่อาศัย และการันทนาการ เป็นต้น ดังนั้น จึงเกิดความขัดแย้งในการใช้ประโยชน์ที่ดินอยู่เสมอ

โดยทั่วไปการแบ่งเขตการจัดการพื้นที่คุ้มครองทางทะเล มักจะเป็นการแบ่งเขตในลักษณะของการเป็นพื้นที่เพื่อการใช้ประโยชน์ในหลายรูปแบบ (Multiple Uses) และยังคงอนุญาตให้มีการทำการประมงด้วยเครื่องมือบางชนิด ซึ่งสามารถพบได้ในการจัดการพื้นที่คุ้มครองทางทะเลในหลายพื้นที่ เช่น ในบริเวณ Great Barrier Reef Marine Park ของออสเตรเลีย Key Lago Marine Sanctuary ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Bonaire Marine Park ในทะเลแคริบเบียน ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดขอบเขตของแต่ละบริเวณในทะเลนั้น ไม่สามารถทำได้ง่าย และเป็นบริเวณที่มีการใช้ประโยชน์อยู่ก่อนแล้ว เช่น การประมงเพื่อยังชีพ ซึ่งถ้าพื้นที่นั้นประกาศเป็นอุทยานแห่งชาติ

ทางบกแล้ว การจับปลา หรือจับสัตว์น้ำ ถือเป็นการล่าสัตว์ประเภทหนึ่ง ซึ่งผิดหลักการจัดการอุทยานแห่งชาติ⁶⁰

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยผังเมืองเฉพาะชุมชนเกาะช้าง จังหวัดตราดในการจัดทำกฎหมายต้นแบบผังเมืองเฉพาะชุมชนเกาะช้างนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกพื้นที่เพื่อการจัดทำผังเมืองเฉพาะเนื่องจากพื้นที่เกาะช้างเป็นเขตอุทยานแห่งชาติเป็นส่วนใหญ่ เป็นพื้นที่ที่ควรจะมีชุมชนที่อยู่อาศัยร่วมกันกับธรรมชาติมาเป็นระยะเวลานาน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้จะมีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ในที่ดินของประชาชน จึงต้องเป็นกฎหมายในลักษณะที่สามารถบังคับได้ กล่าวคือต้องออกกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ

ลักษณะการใช้สิทธิของชุมชนแบ่งได้เป็น สิทธิในการใช้ประโยชน์และสิทธิของผู้มาก่อน โดยสิทธิในการใช้ประโยชน์ตามแนวคิดสิทธิชุมชน คือสิทธิที่จะใช้ทรัพยากรโดยไม่อาจหวงการใช้ทรัพยากรได้ เช่น ไม่มีการจับจองที่ดินเพื่อใช้ประโยชน์เฉพาะตน เมื่อตนไม่ใช้ประโยชน์ในทรัพยากรนั้นก็ต้องเปิดโอกาสให้คนอื่นในชุมชนได้ใช้ทรัพยากรนั้น ดังนั้น ชาวบ้านจะไม่มีสิทธิในการซื้อขายและเปลี่ยนมือของที่ดินทำกิน ซึ่งทำให้ชุมชนสามารถรักษาที่ดินและตกทอดสู่รุ่นลูกหลานได้มากกว่าการเข้าสู่ระบบซื้อขายสิทธิส่วนสิทธิของผู้มาก่อน คือ ผู้ใดที่ได้เข้าไปจับจองทรัพยากรก่อนก็มีสิทธิที่จะใช้ทรัพยากรนั้นโดยการทำเครื่องหมายจองไว้เพื่อทำมาหากินในช่วงเวลาที่เหมาะสม ส่วนผู้มาทีหลังจะไม่เข้าไปแย่งทรัพยากรนั้น แต่การใช้ทรัพยากรนี้ไม่ได้ตายตัวมากนัก และอาจเป็นการจับจองแบบชั่วคราวหรือแบบถาวรที่เป็นมรดกแก่ลูกหลานก็ได้ รูปแบบการใช้สิทธิของชุมชนนี้น่าจะสอดคล้องสถานการณ์ที่เรียกว่า “โศกนาฏกรรมของทรัพยากรส่วนรวม” (Tragedy of the commons)⁶¹

ปัญหาสิทธิชุมชนในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมสภาพสิทธิชุมชนในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยภาพรวมมีดังนี้

⁶⁰ จาก สถานการณ์กัดเซาะชายฝั่งทะเลไทย, โดย กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง, 2556, สืบค้นจาก <https://projects.dmcr.go.th/miniprojects/175/news/264/detail/48978>

⁶¹ จาก กฎหมายต้นแบบเพื่อใช้บังคับผังเมืองเฉพาะ (คุชฎินพนธ์), โดย อติศักดิ์ น้อยสุวรรณ, 2562, มหาวิทยาลัยศรีปทุม, ลิขสิทธิ์ 2562 โดย อติศักดิ์ น้อยสุวรรณ

1) สิทธิของชุมชนยังคงขาดกฎหมายเฉพาะ ทำให้การตีความขอบเขตการมีส่วนร่วมของชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมคลุมเครือ เพราะจะเกิดปัญหาว่าชุมชนจะสามารถใช้บริหารจัดการ บำรุงรักษา ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้นได้มากน้อยเพียงใด

2) ภาครัฐมีบทบาทแทนที่ชุมชน ในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทำให้ชุมชนไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการดั้งเดิม ขณะที่ภาครัฐไม่อาจบริหารจัดการได้ทั่วถึง ยังเป็นการเปิดโอกาสให้เกิดการลักลอบใช้ทรัพยากรอย่างควบคุมได้ยาก หรือในอีกกรณีหนึ่งคือภาครัฐออกกฎระเบียบห้ามคนในชุมชนที่อยู่มาก่อนใช้ทรัพยากรป่าไม้แต่กลับให้สัมปทานกับนายทุน ทำให้ชาวบ้านบางส่วนลักลอบตัดไม้บ้างเพราะเห็นว่าตนมีสิทธิได้รับประโยชน์จากป่าไม้เช่นกัน เมื่อการบริหารจัดการและรักษาทรัพยากรในชุมชนโดยยึดถือตามหลักประเพณีและความเชื่อของชุมชนไม่ได้รับการยอมรับจากภาครัฐ ทำให้ชุมชนต้องปรับวิธีการที่เป็นทางการมากขึ้น เช่น คณะกรรมการป่าชุมชน เครือข่ายลุ่มน้ำการออกกฎระเบียบข้อบังคับ เป็นต้น เพื่อให้ชุมชนมีสิทธิในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมด้วยตนเอง

3) การเอื้อประโยชน์ให้เฉพาะคนบางกลุ่ม เริ่มจากรัฐชาติที่เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 ได้เบียดให้ชุมชนออกห่างจากการบริหารจัดการทรัพยากรในพื้นที่ตนเองมากขึ้น เช่น การปลูกบ้านเรือนที่ปากเสาลงทะเลเมื่อรัฐประกาศพื้นที่อุทยานชาวบ้านก็ไม่สามารถลงเสาเรือนและต้องอพยพออกไป หรือกรณีการตัดไม้เพื่อประโยชน์ใช้สอยเมื่อประกาศอุทยานทำให้ชาวบ้านไม่สามารถใช้ประโยชน์จากป่าไม้ได้อีก และความเป็นเจ้าของของชุมชนถูกเปลี่ยนมือเป็นการให้สิทธิเด็ดขาดแก่นายทุนและกลุ่มผลประโยชน์ที่เข้ามาเพราะภาครัฐเปิดทางให้ด้วยเหตุผลเรื่องความเจริญและการพัฒนาแต่กลับกลายเป็นว่าการพัฒนาที่วุ่นวายไม่ได้เกิดขึ้นอย่างแท้จริง มีหน้าซ้ำยังทำให้ทรัพยากรทางธรรมชาติลดน้อยลงและสิ่งแวดล้อมก็เสื่อมโทรมลงทุกขณะ⁶²

ประเทศออสเตรเลีย การจัดการน้ำร่วมกันของรัฐกับชุมชนออสเตรเลียมีที่ตั้งเป็นเกาะทวีป (Island Continent) อยู่ในซีกโลกใต้โดยมีพื้นที่รวม 7,692,000 ตารางกิโลเมตร ประชากรรวม 22 ล้านคน (ปี 2553) เมืองหลวงของออสเตรเลีย คือ กรุงแคนเบอร์รา ภาษาราชการที่ใช้ คือ ภาษาอังกฤษ คนส่วนใหญ่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกร้อยละ 25.8 ประเทศออสเตรเลียได้รับการก่อตั้งเมื่อปี พ.ศ.2444 ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.1901 ซึ่งเป็นแบบลายลักษณ์อักษร รูปแบบการปกครองของออสเตรเลีย เป็นระบอบประชาธิปไตยแบบสหพันธ์ (Federal Democracy)

⁶² จาก สิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน: ศึกษาความเหมาะสมของการใช้ทฤษฎีของ Elinor Ostrom ในประเทศไทย (คุณฉันทิพนธ์), โดย อรทัย อินตะไชยวงศ์, 2560, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2560 โดย อรทัย อินตะไชยวงศ์

และเป็นประเทศในเครือจักรภพ โดยมีประมุข คือสมเด็จพระราชินีนาถเอลิซาเบธที่ 2 แห่งสหราชอาณาจักร โดยมีผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ฯ (Governor-General) (กระทรวงการต่างประเทศ กองแปซิฟิกใต้, 2553) ทรัพยากรน้ำผิวดินในออสเตรเลียเหนือมีประโยชน์ที่หลากหลายได้แก่ มีความเฉพาะทางระบบนิเวศ ใช้เพื่อการประมงพาณิชย์และสันตนาการการท่องเที่ยว เป็นแหล่งทรัพยากรสำหรับชนพื้นเมืองได้ใช้ประโยชน์อย่างกว้างขวาง และใช้สนับสนุนชลประทานเพื่อการเกษตร อีกทั้งมีโครงการเหมืองต่าง ๆ แต่ปริมาณของการใช้น้ำทำได้จำกัด เพราะจำนวนประชากรเพิ่มขึ้น ทำให้ใช้น้ำตามความต้องการไม่ได้มากนัก ด้วยเหตุที่แต่เดิมนั้นสิทธิในการจัดการน้ำยัง ไม่มีขอบเขตเกี่ยวกับปริมาณและวิธีการใช้น้ำ ทำให้แหล่งน้ำถูกใช้มากเกินไป ในปี ค.ศ.1994 รัฐบาลจึงเปลี่ยนแนวทางบริหารจัดการน้ำใหม่ภายใต้รูปแบบคณะกรรมการและตลาดการค้า ซึ่งการปฏิรูปลักษณะนี้มีผลกระทบต่อการใช้น้ำของชุมชนพื้นเมืองเพราะเจ้าของที่ดินจะไม่สามารถใช้น้ำหากไม่เสียค่าน้ำแม้แหล่งน้ำนั้นจะอยู่ในที่ดินของตนเองก็ตาม ซึ่งตามแนวทางใหม่นี้จะกำหนดจำนวนน้ำที่ใช้เพื่อดำรงสถานะทางสุขภาพก่อน จากนั้นจึงกำหนดโควตาในแหล่งเก็บน้ำแต่ละแห่งในแต่ละปี กำหนดผู้ที่ จะได้รับการจัดสรรน้ำจากโควตา และกำหนดจำนวนน้ำที่สามารถใช้ได้ โดยผู้ที่เกี่ยวข้องที่ใช้น้ำเพื่อการเกษตรเชิงพาณิชย์และบริษัทผู้จัดส่งน้ำจะได้รับการจัดสรรก่อน ส่วนผู้ที่ไม่สามารถสร้างผลกำไรให้เกิดขึ้นจากการใช้น้ำจะถูกจัดสรรน้ำที่หลังตามหลักการใช้ประโยชน์สูงสุดแนวทางดังกล่าวมีความสอดคล้องตามกฎหมายจารีตประเพณีในประเด็นที่ไม่มีใครคนใดคนหนึ่งเป็นเจ้าของแหล่งน้ำธรรมชาติ เพราะน้ำที่เป็นน้ำผิวดินหรือน้ำไหลผ่านเป็นทรัพยากรส่วนรวมที่ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของได้ อย่างไรก็ดี ได้มีกฎหมายใหม่ที่ให้สิทธิแก่ชนพื้นเมืองในการจัดสรรน้ำเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ หรือตัดสินเกี่ยวกับความยั่งยืนในการใช้น้ำ และให้มีข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการจัดสรรน้ำที่เป็นไปเพื่อสังคมและเศรษฐกิจของชนพื้นเมืองลักษณะกฎหมายของออสเตรเลียที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการน้ำเป็นการสืบทอดต่อจากประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นแบบจารีตประเพณี เพราะออสเตรเลียมีสภาพทางภูมิศาสตร์และสภาพอากาศที่โดดเด่น โดยช่วงก่อนศตวรรษที่ 19 - 20 ยังไม่มีกฎหมายหลักซึ่งยอมรับสิทธิชนพื้นเมืองที่หลากหลายต่อมารัฐสภาอาณานิคมแห่งวิกตอเรีย (The Colonial Parliaments of Victoria) และ รัฐ New South Wales ได้ผ่านกฎหมายที่เกี่ยวกับน้ำจนกระทั่งปัจจุบัน ได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการน้ำอยู่ในทุกรัฐกฎหมายเหล่านั้นกล่าวถึงสิทธิในการใช้และควบคุมน้ำ โดยสิทธิในการใช้และควบคุมน้ำในแม่น้ำและทะเลสาบบนผิวดินถูกมอบให้กับผู้ครองเมือง (The crown) กฎหมายที่ตามมาหลังจากนี้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายจารีตประเพณีและสิทธิในการใช้น้ำได้ถูกอภิปรายโต้เถียงกันมาหลายทศวรรษจนกระทั่งได้มีการให้ความเป็นเจ้าของผ่านสิทธิทางกฎหมายในการใช้น้ำที่จัดการผ่านอำนาจศาลของแต่ละรัฐ

อาจกล่าวได้ว่า รากฐานกฎหมายของออสเตรเลียเป็นแบบจารีตประเพณีกฎหมายด้านสิทธิชุมชนในออสเตรเลียจึงมีลักษณะที่เรียกรวมกันว่า Native Title ซึ่งแบ่งเป็น 2 มิติ มิติแรกกฎหมายว่าด้วยชนพื้นเมืองของออสเตรเลียซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายจารีตที่มีการตัดสินโดยศาล (Native Title Right) โดยศาลจะไม่ตัดสินคดีสิทธิชนพื้นเมืองที่ไม่สอดคล้องกับหลักสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณี และมิติที่สองคือ Native Title Act 1993 (NTA) ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยสิทธิชุมชนพื้นเมืองของรัฐบาลออสเตรเลียตามกฎหมาย Native Title Act, 1993 ได้ให้นิยามเกี่ยวกับน้ำว่าหมายถึง ทะเล แม่น้ำ ทะเลสาบ และปากทางที่มีน้ำขึ้นน้ำลง อ่าว ปากอ่าวน้ำท่าเรือ และน้ำใต้ดิน รวมถึงพื้นดินที่อยู่ใต้แหล่งน้ำ และอากาศที่อยู่เหนือพื้นน้ำนั้น นอกจากนี้ยังรวมไปถึงชายฝั่งพื้นดินที่อยู่ใต้ชายฝั่ง และอากาศที่อยู่เหนือพื้นน้ำชายฝั่ง ซึ่งสิทธิว่าด้วยเรื่องน้ำในกฎหมายว่าด้วยชนพื้นเมืองนี้ ได้แก่

สิทธิในการใช้ประโยชน์ที่ดินและแหล่งน้ำของผู้ทรงสิทธิ ที่ไม่เป็นสิทธิโดยเฉพาะเพื่อการล่าสัตว์ การกักเก็บน้ำใช้สำหรับส่วนตัวสังคม วัฒนธรรม ศาสนา พิธีกรรมหรือความต้องการของชุมชนและเพื่อใช้น้ำและทรัพยากรจากน้ำสำหรับส่วนตัว สังคมวัฒนธรรม ศาสนา พิธีกรรมหรือความต้องการของชุมชน ซึ่งต้องไม่ใช่เพื่อการค้า

กรณีชุมชน Rubibi กับรัฐออสเตรเลียตะวันตก ที่ศาลตัดสินเพื่อรองรับสิทธิในการเข้าถึงและใช้น้ำที่ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ทางการค้า กรณีร้องเรียนชื่อ Torres Strait Seas' ต่อรัฐ Queensland ในเดือนมิถุนายน ค.ศ.2010 ซึ่งศาลกลางตัดสินรับรองการหาปลาและใช้ปลาในเชิงพาณิชย์เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณี เพราะการประมงนั้นเกิดขึ้นในที่ดินของชนพื้นเมืองผู้ทรงสิทธิ และกรณีร้องเรียนชื่อ Gawirrin Gumana กับเขตปกครองภาคเหนือออสเตรเลีย (Northern Territory of Australia) ที่ศาลกลางตัดสินรับรองสิทธิชนพื้นเมืองเพื่อควบคุมการเข้าถึงน้ำ ชนพื้นเมืองควรมีสภาพพิเศษในการตัดสินใจเกี่ยวกับการเข้ามาใช้น้ำของบุคคลอื่นและควรมีสภาพตัดสินใจเกี่ยวกับการใช้น้ำเพื่อความบันเทิงในพื้นที่นั้น ๆ

นอกจากนี้ รัฐบาลออสเตรเลียได้ให้การรับรองปฏิญญาระดับนานาชาติเกี่ยวกับชนพื้นเมือง (The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) ในปี ค.ศ.2009 โดยเป็นปฏิญญาให้การยอมรับสิทธิของชนพื้นเมืองหากเป็นสิทธิเพื่อดำรงไว้และทำให้ความสัมพันธ์ของชนพื้นเมืองทางประเพณีและดินแดนมีความเข้มแข็ง เพื่อรับรองการใช้ในเชิงการค้าและการพัฒนาแหล่งน้ำตามขอบเขตวัฒนธรรม อย่างไรก็ตามปฏิญญานี้ไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับทางกฎหมายและในทางปฏิบัติแล้วชนพื้นเมืองหรือผู้ทรงสิทธิมีสิทธิตามผลประโยชน์ที่จะได้รับน้อย แม้จะมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการน้ำและการยอมรับสิทธิในการใช้น้ำอยู่แล้วก็ตาม

สำหรับประเทศไทยก็ได้มีแนวคิดการกำหนดกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง เพื่อคุ้มครองอนุรักษ์ ปกป้องทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ให้ถูกชุมชนทำลาย โดยได้มีการแบ่งแนวเขตระหว่างชุมชนกับธรรมชาติไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะในท้องที่เกาะช้าง มีความไร้ระเบียบของการใช้ประโยชน์ที่ดิน ทำให้ทรัพยากรธรรมชาติในเกาะช้างถูกทำลาย ไม่ได้ได้รับความใส่ใจในการอนุรักษ์ ย่อมส่งผลเสียในเชิงระบบนิเวศ จึงต้องจัดทำผังเมืองเฉพาะชุมชนเกาะช้างเพื่อนำมาจัดการควบคุมการใช้ที่ดิน โดยจำแนกระหว่างพื้นที่ที่สงวนหวงห้าม ที่ธรรมชาติ กับพื้นที่ที่เป็นที่อยู่อาศัยของชุมชน ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยการผังเมืองเฉพาะพื้นที่ ย่อมมีการปฏิบัติการที่กระทบต่อกรรมสิทธิ์ในที่ดินของราษฎรในชุมชนนั้น ๆ ดังนั้น กฎหมายจึงต้องมีสภาพบังคับที่สามารถบังคับใช้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ในพื้นที่ตามที่กฎหมายกำหนด และต้องมีบทลงโทษสำหรับบุคคลที่ฝ่าฝืนด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกัน รักษา อนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติให้คงอยู่ได้อย่างยั่งยืน ฉะนั้นต้องบัญญัติกฎหมายในระดับชั้นพระราชบัญญัติ

พิจารณาประกอบกับแนวคิดเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมเพื่อกลุ่มชาติพันธุ์ โดยแนวคิดเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมหรือเขตวัฒนธรรมพิเศษ ครอบคลุมพื้นที่เพื่อการอยู่อาศัยหรือพื้นที่ตั้งของชุมชน โดยสร้างความมั่นคงด้านที่อยู่อาศัยและความเข้มแข็งให้ชุมชน หากเป็นพื้นที่ที่มีการโต้แย้งเรื่องสิทธิ ควรจะมีการตรวจสอบ พิสูจน์ และคุ้มครองสิทธิโดยคำนึงถึงวัฒนธรรมชุมชน ซึ่ง “เอกสารสิทธิ” ไม่ควรจะเป็นหลักฐานเดียวที่ใช้ในการพิจารณาเรื่องสิทธิในที่ดินและที่อยู่อาศัยของชุมชนชาติพันธุ์ เขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมครอบคลุมพื้นที่ที่ทำมาหากินซึ่งสะท้อนให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับธรรมชาติ

ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์จากสภาพปัญหา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง จะเห็นได้ว่า การศึกษาในครั้งนี้เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของชนพื้นเมือง ซึ่งเป็นพื้นที่ที่ต้องมีการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติอย่างเคร่งครัด แต่เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายของกฎกระทรวงฉบับที่ 43 ฯ ข้อ 14 (3) ที่กำหนดห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินบนที่เกาะถ้าไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินขึ้นต้นมาก่อน ดังที่กล่าวข้อเท็จจริงและเหตุผลมาในบทวิเคราะห์ในข้อต่าง ๆ ที่ผ่านมา เป็นข้อกฎหมายที่มีสภาพบังคับ อันอาจเป็นการจำกัดสิทธิในที่ดินของกลุ่มบุคคลที่อยู่อาศัยไม่ว่าจะเป็นประชาชนคนทั่วไปหรือกลุ่มชนพื้นเมืองที่มีการตั้งรกรากอาศัยอยู่บนเกาะเป็นระยะเวลาหลายร้อยปีจนมีการตกทอดสิทธิในที่ดินเป็นมรดกสืบเนื่องมาเป็นทอด ๆ ตลอดมา นั้น ถูกกฎหมายจำกัดไม่ให้มีสิทธิในการขออนุญาตที่ดินอันเป็นลักษณะสิทธิทางกรรมสิทธิ์อันเป็นสิทธิความเป็นเจ้าของที่ดินโดยเด็ดขาด แต่เมื่อพิจารณาหลักการตามแนวคิดเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมเพื่อกลุ่มชาติพันธุ์

และกฎหมายต้นแบบว่าด้วยผังเมืองเฉพาะชุมชนเกาะช้าง จังหวัดตราด ในการจัดทำกฎหมายต้นแบบผังเมืองเฉพาะชุมชนเกาะช้าง นั้น จะสรุปได้ว่า ก่อนที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับกับกลุ่มชุมชนใดชุมชนหนึ่งจะต้องมีการคัดกรองคุณสมบัติ และพิสูจน์สิทธิในที่ดินของกลุ่มชนพื้นเมืองหรือประชาชนที่ต้องการอยู่อาศัยบนเกาะ โดยรัฐจะต้องดำเนินการจัดทำผังเมืองให้มีรูปแบบที่ชัดเจนโดยการแบ่งโซนนิ่งของประเภทการอยู่อาศัย การทำธุรกิจ ที่ตั้งหน่วยงานรัฐ พื้นที่อุทยาน พื้นที่ป่าไม้ พื้นที่เขตปฏิรูปที่ดิน พื้นที่นิคมสหกรณ์ พื้นที่รกร้างว่างเปล่า พื้นที่อนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติชายฝั่ง เป็นต้น เสร็จแล้วจึงจะสามารถนำกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาใช้บังคับกับคนในเกาะ ซึ่งอาจมีบริบททางสังคม วิถีชีวิต วัฒนธรรมและประเพณี แตกต่างกันไป มิใช่บัญญัติกฎหมายมาเพื่อจำกัดสิทธิในที่ดินโดยไม่เปิดโอกาสให้คนที่อยู่อาศัยมาเป็นระยะเวลาอันไม่ให้อายุได้รับสิทธิในที่ดินไม่ว่าจะเป็นสิทธิในที่ดินประเภทกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง หรือการขออนุญาตใช้สิทธิในที่ดินของรัฐ อย่างน้อยที่สุดกลุ่มบุคคลที่อยู่อาศัยบนเกาะก็ไม่สมควรที่จะมีกฎหมายจำกัดสิทธิดังเช่นกฎกระทรวงฉบับที่ 43 ฯ 1 ข้อ 14 (3) จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเสียใหม่ โดยใช้หลักการและเหตุผลดังกล่าวนำมาพิจารณาพิเคราะห์ สังเคราะห์เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่บุคคลที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยได้รับความเสมอภาค เท่าเทียม ตามนัยหลักกฎหมายของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่มุ่งปรารถนาให้ประชาชนคนไทยทุกคนมีสิทธิ เสรีภาพ รวมถึงสิทธิในการถือครองที่ดินด้วย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายที่ดิน และพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ขึ้นโดยมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 ธันวาคม 2497 และได้มีบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 กำหนดให้ประชาชนผู้ที่ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินต้องมาแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) ภายในระยะเวลา 180 วันนับแต่วันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ โดยมีเจตนารมณ์ประการหนึ่งคือเพื่อรัฐต้องการที่จะทราบว่าที่ดินในประเทศไทยมีอยู่จำนวนเท่าใด เป็นของประชาชนและของรัฐเท่าใด ซึ่งในอดีตเมื่อปี พ.ศ. 2497 การรับรู้ข่าวสาร การเดินทาง ตลอดจนการเข้าถึงการบริการของรัฐ คงมีความยากลำบาก จึงทำให้ในปัจจุบันยังคงมีประชาชนที่ครอบครองที่ดินแต่ไม่มีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินจำนวนมาก และโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ดินที่อยู่บนเกาะที่มีความห่างไกลออกไปจากพื้นที่ชายฝั่งที่เป็นพื้นดินราบลุ่ม แต่ในขณะนั้นก็ได้มีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินประเภทต่าง ๆ ให้แก่ประชาชนเป็นการทั่วไป ทั้งที่ได้แจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) แล้วและยังไม่ได้แจ้งก็ตามก็สามารถและมีสิทธิที่จะได้รับเอกสารสิทธิในที่ดินจากรัฐ จนกระทั่งต่อมาในปี พ.ศ. 2537 รัฐได้ออกกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 โดยมีข้อกำหนดหนึ่งคือ ข้อ 13 (4) ที่กำหนดห้ามมิให้หนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน หากผู้ครอบครองที่ดินไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินเบื้องต้น เช่น แบบแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 หรือ น.ส. 3 ก.) หรือหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (ก.ส.น. 5 หรือ น.ค. 3) เป็นต้น โดยมีเจตนารมณ์ในการออกกฎกระทรวงฉบับนี้ขึ้น โดยมีเหตุผลประการหนึ่งคือ เพื่อเป็นการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ให้ถูกประชาชนรุกฉ้อ ทำลาย

จึงทำให้เกิดความสับสนในทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีหน้าที่ในการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน อีกทั้งยังทำให้ประชาชนหรือกลุ่มชนพื้นเมืองที่อาศัยอยู่บนเกาะมาเป็นระยะเวลายาวนานแต่ยังไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินใด ๆ ก็ย่อมสิ้นสิทธิในการที่จะได้รับหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินด้วย จนทำให้เกิดการเรียกร้องสิทธิในที่ดิน รวมถึงการขอให้ออกโฉนดที่ดิน

อันเป็นหลักประกันสิทธิในที่ดินของประชาชนและกลุ่มชนพื้นเมืองที่ได้รับมรดกตกทอด และในปัจจุบันรัฐก็ยังคงไม่สามารถแก้ไขปัญหาด้านสิทธิในที่ดินของกลุ่มบุคคลดังกล่าวให้เป็นที่ยุติได้ จึงได้ทำการศึกษาวิเคราะห์แนวคิด ทฤษฎี และข้อกฎหมาย รวมทั้งคำพิพากษาของศาล ตลอดจนข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องของต่างประเทศ สรุปได้ดังนี้

5.1 บทสรุป

5.1.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับลำดับศักดิ์ของกฎหมายของกฎกระทรวงฉบับที่ 43 ฯ

เมื่อปรากฏว่า กฎหมายที่เป็นกฎหมายในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า คือ ประมวลกฎหมายที่ดิน ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพท้องที่ที่สามารถนำมาออกโฉนดที่ดินได้แก่ มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ว่า ในประมวลกฎหมายนี้ “ที่ดิน” หมายความว่า พื้นที่ดินทั่วไป และให้หมายความรวมถึง ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย ย่อมหมายถึงว่า ที่เกาะก็สามารถนำมาออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน หรือ โฉนดที่ดินได้ ประกอบกับตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นกฎหมายในลำดับศักดิ์สูงสุด ก็ได้บัญญัติหลักการว่าด้วย หลักความเสมอภาคที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมต้องปฏิบัติโดยความเป็นธรรม และเท่าเทียม โดยหน่วยงาน องค์การภาครัฐ ย่อมต้องนำนโยบายของรัฐบาลสนับสนุน ช่วยเหลือ เกื้อกูล ประชาชน โดยไม่จำกัดเพศ อายุ กล่าวคือต้องไม่เลือกปฏิบัติกับบุคคลเป็นการเฉพาะ ดังนั้น กฎกระทรวงฉบับที่ 43 ข้อ 14 (3) สำหรับที่ดินเดิมอยู่แล้ว เช่น ส.ก. 1 หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นต้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญให้สิทธิไว้และขัดต่อกฎหมายหลักซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทคือประมวลกฎหมายที่ดินอีกด้วย

5.1.2 ปัญหาการถูกจำกัดสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์ และชนพื้นเมืองในการถือครองโฉนดที่ดินบนที่เกาะ

กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 14 (3) ที่กำหนดไว้ว่า ที่ดินที่จะออกโฉนดที่ดินต้องเป็นที่ดินที่มีการทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว และไม่ต้องห้ามในการออกโฉนดที่ดินตามกฎหมาย ตามในที่เกาะแต่ไม่รวมถึงที่ดินของผู้ซึ่งมีหลักฐานแจ้งการครอบครองที่ดิน มีใบจองใบเหยียบย่ำ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ โฉนดตราจอง ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” หรือเป็นผู้มีสิทธิ

ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ หรือที่ดินที่คณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ ได้อนุมัติให้จัดแก่ประชาชน หรือที่ดินซึ่งได้มีการจัดหาผลประโยชน์ตามมาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินโดยคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติได้อนุมัติแล้ว

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในข้อ 14 (3) นี้ ย่อมหมายความว่า นับตั้งแต่วันที่กฎกระทรวง ฉบับดังกล่าวใช้บังคับทำให้ประชาชนผู้ที่ไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินไม่สามารถมาขึ้นคำขอหรือขอให้รัฐเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินให้ได้ ซึ่งจะแตกต่างจากพื้นที่ราบลุ่มทั่วไป แม้บุคคลจะไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินใด ๆ ก็นำทำการรังวัดโดยวิธีการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินได้ ซึ่งเป็นบริการตามนโยบายภาครัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด

แต่เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายในประเทศออสเตรเลีย รัฐควีนส์แลนด์ที่ได้กำหนดสิทธิในการถือครองที่ดินของชนพื้นเมืองไว้โดยเฉพาะแล้ว โดยได้ตราเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน ค.ศ. 1993 ซึ่งมีสภาพบังคับชัดเจน รวมทั้งมีคำพิพากษาของศาลสูงให้การสนับสนุนรับรองคุ้มครองหลักการตามกฎหมาย โดยนำเอาข้อเท็จจริงซึ่งมีความสัมพันธ์กันกับความเป็นจริงของสังคม และเมื่อพิจารณาจากความหมายที่แท้จริงของการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ใช่เพียงแต่ห้ามไม่ให้ประชาชนเข้ามาบุกรุกที่ธรรมชาติเท่านั้น แต่ยังต้องมีการทำนุบำรุงซึ่งเกิดจากการกระทำของมนุษย์ ดังที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 ทรงมีพระราชดำริให้ศึกษาการพัฒนาที่มีความเหมาะสมสอดคล้องกับวิถีความเป็นอยู่ของคนในท้องถิ่น โดยคำนึงถึงประเพณี วัฒนธรรม และความเชื่อ เพื่อขยายผลการอนุรักษ์และพัฒนาให้คนอยู่กับป่าได้อย่างเกื้อกูลกัน

และเมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายของประเทศไทยจากความเห็นของตุลาการเสียงน้อยในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ 8-10/2546 ที่ไม่เห็นด้วยกับเสียงข้างมากที่เห็นชอบกับการออกกฎกระทรวงฉบับที่ 43 ฯ ไว้ โดยไม่เห็นด้วยเนื่องจากการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนในการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ซึ่งเปรียบเทียบกับที่ดินบนพื้นที่ราบลุ่มทั่วไปที่แม้ไม่มีเอกสารสิทธิก็สามารถออกโฉนดที่ดินได้ อาจทำให้เกิดความไม่เสมอภาคขึ้นได้ ประกอบกับในประมวลกฎหมายที่ดินก็ได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า ที่ดิน ให้หมายความรวมถึง เกาะ ด้วย โดยที่ดินเป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งในการพิจารณาออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน

5.1.3 มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและควบคุมการถือครองที่ดิน

ปัญหาดังกล่าวที่หน่วยงานเกี่ยวข้องต้องเร่งดำเนินการ คือ ควรมีการดูแลราษฎรที่เดือดร้อนจากการถูกบังคับคดีให้ออกจากที่ดิน ให้มีที่อาศัยทำกินเพื่อดูแลครอบครัวและไม่เป็นภาระแก่สังคม และข้อเสนอด้านความเป็นธรรมขั้นพื้นฐาน ช่วยให้ราษฎรมีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรม และเท่าเทียมด้วยการให้คำปรึกษาแนะนำด้านกฎหมายและอื่นๆที่จำเป็น สำหรับข้อเสนอแก้ปัญหาในเชิงโครงสร้าง เสนอให้ปรับปรุงแก้ไขการบริหารจัดการด้านข้อมูลและพยานหลักฐานด้านการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐ ด้านการฟ้องคดีและการพิจารณาคดี ด้านการต่อสู้คดี ด้านการเยียวยาผู้บริสุทธิ์

นอกจากนี้ยังเสนอให้ทบทวนกฎหมายเฉพาะด้านที่ดินและป่าไม้ให้สอดคล้องกับความเป็นจริงในปัจจุบัน ตลอดจนทบทวนนโยบายสำคัญที่ไม่เป็นธรรมแก่ราษฎร อาทิ การอนุญาตให้เช่าที่ดินในเขตป่า ด้านการจัดสรรที่ดิน และการปฏิรูปหน่วยงาน/องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมคดีที่ดิน ในส่วนกระบวนการยุติธรรมเสนอให้ทบทวนการพิจารณากลับกรองคดีก่อนนำขึ้นสู่ศาล ทบทวนวิธีการไต่สวน และการเดินเพชฌัญญ์ เพื่อให้สามารถเข้าถึงพยานหลักฐานด้วยความเป็นจริง ส่วนการบังคับคดีควรพิจารณาถึงผลกระทบรุนแรงที่อาจจะเกิดขึ้นกับราษฎรที่ถูกบังคับคดีด้วย

และประการที่สำคัญที่สุดหากการดำเนินการผ่านขั้นตอนกระบวนการมาโดยชอบด้วยกฎหมายทุกแนวทางแล้ว และสามารถออกโฉนดที่ดินบนที่เกาะให้กับประชาชนได้ ก็ควรนำหลักกฎหมายและแนวทางในการปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องกำหนดระยะเวลาห้ามโอนที่ดิน เหมือนอย่างเช่นการออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยใบจองหรือออกโดยวิธีการเดินสำรวจโดยไม่มีหลักฐานสำหรับที่ดินเดิมตามที่กล่าวมาข้างต้น สำหรับผู้วิจัยข้อเสนอให้กำหนดเงื่อนไขโดยที่ไม่สามารถโอนเปลี่ยนมือให้แก่ผู้อื่นผู้ใดได้โดยเด็ดขาด เว้นแต่จะเป็นการตกทอดทางมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการเปลี่ยนมือ การถูกกลุ่มนายทุนบีบบังคับให้ขายที่ดิน อาจจะให้เหลือเพียงสิทธิการเช่า แต่ก็ต้องผ่านการประชุมพิจารณาจากคณะกรรมการซึ่งแต่งตั้งมาโดยเฉพาะ มีทั้งผู้แทนจากภาครัฐและเอกชนร่วมพิจารณาว่าสมควรจะให้เช่าที่ดินได้หรือไม่ เป็นรายกรณีไป

5.1.4 มาตรการทางกฎหมายเพื่อบังคับใช้ให้คนพื้นถิ่น ชนพื้นเมืองอยู่ร่วมกับธรรมชาติ

การแก้ไขปัญหาเรื่องสิทธิในที่ดินบนที่เกาะของกลุ่มชาติพันธุ์หรือกลุ่มชนพื้นถิ่นที่อาศัยอยู่บนที่เกาะมาแต่ดั้งเดิม ต้องมีการสร้างความมั่นคงด้านที่อยู่อาศัย ควรจะใช้แนวคิดเรื่องเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรม แนวคิดที่คล้ายกันนี้ คือเขตวัฒนธรรมพิเศษ ได้มีการรับรองในเชิงนโยบายแล้ว โดยระบุว่าเป็นแนวคิดที่จะต้องดำเนินงานตามมติคณะรัฐมนตรีเรื่องการฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวเล เมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2553 และมติคณะรัฐมนตรีเรื่องการฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกระเหรี่ยง เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2553 แนวคิดเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมหรือเขตวัฒนธรรมพิเศษ ครอบคลุมพื้นที่เพื่อการอยู่อาศัยหรือพื้นที่ตั้งของชุมชน ซึ่งสะท้อนให้เห็นความเป็นกลุ่มชุมชน พื้นที่เพื่อการอยู่อาศัยนั้นมีความหมายมากกว่า “บ้าน” และ “ครอบครัว” แต่ครอบคลุมไปถึงความเป็น “ชุมชน” ซึ่งมีภาษา ขนบประเพณี คุณค่าและกติการ่วมกัน เขตคุ้มครองวัฒนธรรมจะสร้างความมั่นคงด้านที่อยู่อาศัยและความเข้มแข็งให้ชุมชน หากเป็นพื้นที่ที่มีการโต้แย้งเรื่องสิทธิ ควรจะมีการตรวจสอบ พิสูจน์ และคุ้มครองสิทธิโดยคำนึงถึงวัฒนธรรมชุมชน แนวคิดนี้สนับสนุนการดำรงชีพที่มีรากฐานอยู่บนความรู้ความเชี่ยวชาญของกลุ่มชาติพันธุ์และยังเน้นการคุ้มครองพื้นที่ศักดิ์สิทธิ์ หรือพื้นที่ทางจิตวิญญาณ ซึ่งสะท้อนให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับสิ่งเหนือธรรมชาติ และเป็นรากฐานของกติกาเพื่อความเคารพในธรรมชาติ และเคารพในสิทธิของเพื่อนมนุษย์ด้วยกันเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมจะเน้นการปกป้องคุ้มครองกลุ่มชาติพันธุ์หรือกลุ่มชนพื้นถิ่นที่อาศัยอยู่บนที่เกาะมาแต่ดั้งเดิม อีกทั้งเป็นแนวทางการปฏิรูปที่รัฐไทยจะได้แสดงให้เห็น

ประชาคมโลกได้เห็นถึงความพยายามที่จะคุ้มครองสิทธิของกลุ่มด้อยโอกาส ที่มีความเปราะบางและไม่สามารถปกป้องตนเองได้ตามลำพังแนวทางการดำเนินงานเรื่องเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมเพื่อกลุ่มชาติพันธุ์ควรจะเป็นอย่างไร กลุ่มชาติพันธุ์หลายชุมชนในประเทศไทยได้ประกาศ “เขตสงวนวัฒนธรรมพิเศษ” ขึ้นเองแล้ว เช่น ชุมชนกะเหรี่ยงบ้านห้วยหินลาด ใน จังหวัดเชียงราย และชุมชนชาวอุรักลาโว้ยบ้านสังกะอู เกาะลันตา จังหวัดกระบี่ แต่ความพยายามนี้ยังไม่ได้รับการรับรองและสนับสนุนอย่างเป็นทางการและอย่างจริงจังจากภาครัฐการดำเนินงานเพื่อส่งเสริมเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมอาจจะแตกต่างกันไปในแต่ละพื้นที่ เนื่องจากบริบทและความพร้อมของชุมชนมีความแตกต่างกัน โดยควรจะมีการกำหนดพื้นที่นำร่องเพื่อที่จะได้วิเคราะห์ประสบการณ์ ปัญหาอุปสรรค รวมทั้งบทเรียนที่ได้ รวมทั้งมีการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ระหว่างชุมชนพื้นที่นำร่องการจัดกระบวนการชุมชนเพื่อสร้างพลังทางปัญญาและความเข้มแข็งให้ชุมชน การสร้างบรรยากาศในการทำงาน

ร่วมกันอย่างเท่าเทียม และการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมกำหนดรูปแบบการคุ้มครองทางวัฒนธรรมกำหนดแผนด้านที่อยู่อาศัยและสิ่งแวดล้อมชุมชน แผนการจัดการด้านวัฒนธรรม ฯลฯ เพื่อที่จะขยายผลและปรับปรุงให้การดำเนินงานส่งเสริมเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุเป้าหมายที่จะสร้างความมั่นคงด้านที่อยู่อาศัย ความเข้มแข็งของชุมชน และความเข้าใจเรื่องความหลากหลายทางวัฒนธรรมในสังคมได้ในที่สุดมีข้อควรระวังเกี่ยวกับการกำหนดเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมฯ บ้างหรือไม่การดำเนินงานเรื่องเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมต้องหลีกเลี่ยงการอพยพโยกย้ายชุมชนออกจากพื้นที่ที่เคยอยู่อาศัยและทำมาากินมายาวนาน

ประกอบกับในประเทศไทยก็ได้มีการกำหนดกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง เพื่อคุ้มครองอนุรักษ์ ปกป้องทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ให้ถูกชุมชนทำลาย โดยได้มีการแบ่งแนวเขตระหว่างชุมชนกับธรรมชาติไว้อย่างชัดเจน กฎหมายว่าด้วยการผังเมืองหากมีการกำหนดแนวเขตที่ชัดเจนและถูกต้องตามหลักการต่าง ๆ แล้ว ย่อมมีความสำคัญในพื้นที่จริง อันจะสามารถอนุรักษ์และปรับสมดุลการใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัด และเพื่อกำหนดให้มีแนวเขตที่สามารถทำการพัฒนาต่อยอดให้มีศักยภาพในเชิงธุรกิจ เศรษฐศาสตร์ อันสร้างประโยชน์ต่อประเทศชาติควบคู่ไปด้วย กับการอยู่ร่วมกันระหว่างประชาชนกับธรรมชาติได้อย่างยั่งยืนสืบไป แต่ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยการผังเมืองจะสำเร็จและบรรลุเป้าหมาย วัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นก็ต้องเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับได้ มีการกำหนดโทษสำหรับบุคคลผู้ที่ทำการฝ่าฝืน จึงจำเป็นที่จะต้องตราไว้ในลักษณะของพระราชบัญญัติ

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ข้อเสนอแนะในปัญหาความไม่สอดคล้องกับลำดับศักดิ์ของกฎหมายของกฎกระทรวงฉบับที่ 43 ฯ

เพื่อให้เกิดความเสมอภาคแก่ประชาชนชาวไทย และไม่เป็นจำกัดสิทธิ เนื่องจากประชาชนผู้มีสิทธิในที่ดินบนที่ราบทั่วไปก็ได้มีการถูกจำกัดสิทธิไว้ในกฎกระทรวงแต่อย่างใด แต่กลับมีการกำหนดการจำกัดสิทธิห้ามออกเอกสารสิทธิบนที่เกาะ ย่อมไม่เป็นธรรม อันเป็นการออกกฎหมายที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติกับบุคคลซึ่งควรจะได้รับสิทธิเช่นเดียวกันโดยทั่วไป และประการที่สำคัญอีกหนึ่งประการคือ กฎกระทรวงฉบับนี้ เป็นกฎหมายในลำดับศักดิ์รองจากประมวล

กฎหมายที่ดินและรัฐธรรมนูญ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติทั้งในส่วนของผู้ที่กรณที่ดิน (ภาครัฐ) ในการปฏิบัติหน้าที่และให้ความรู้ความเข้าใจแก่ประชาชน กับประชาชนผู้ที่มีสิทธิในการขออนุญาตที่ดินอาจทำให้เกิดข้อเรียกร้องที่ไม่มีจุดสิ้นสุดจนกลายมาเป็นปัญหาทางสังคม จึงเห็นควรยกเลิกกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 14 (3) ทั้งเสีย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่บุคคลผู้มีสิทธิในที่ดินบนที่เกาะที่ยังไม่มีเอกสารสิทธิเดิมมาตั้งแต่ครั้งอดีตและได้ครอบครองต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบันหรือได้รับการสืบทอดทางมรดกเป็นทอดๆ ตลอดมาด้วย และเพื่อมิให้เกิดความขัดกันของหลักกฎหมายและแนวทางในการปฏิบัติงานที่เจ้าหน้าที่ภาครัฐใช้หลักเกณฑ์แนวทางปฏิบัติในประมวลกฎหมายที่ดินควบคู่กับกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ให้สอดคล้องตรงกัน ไม่ให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติต่อไป

5.2.2 ข้อเสนอแนะในปัญหาการถูกจำกัดสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์ และชนพื้นเมืองในการถือครองโฉนดที่ดินบนที่เกาะ

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา จึงเห็นว่า ข้อ 14 (3) แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่เห็นด้วยกับเสียงข้างมากในองค์คณะและเห็นว่าคดีนี้ศาลปกครองสูงสุด ควรมีคำพิพากษาให้เพิกถอนข้อ 14 (3) แห่งกฎกระทรวงดังกล่าวเสียทั้งหมด ต้องพูดถึงเรื่องตั้งแต่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ และได้ประกาศให้คนมาแจ้ง ส.ค.1 ซึ่งในสมัยก่อนเมื่อ 60-70 ปีที่แล้ว การแจ้งข่าวสาร รับรู้ข่าวสาร การเดินทาง ย่อมยากลำบาก จึงทำให้ผู้คนไม่ได้มาแจ้ง ส.ค.1 ได้ครบทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนที่อาศัยอยู่บนที่เกาะ และที่ว่าการอำเภออยู่บนฝั่งพื้นราบการเดินทางไม่สามารถไปได้ จึงได้ทำกินโดยไม่แจ้ง ส.ค.1 และไม่มีเอกสารสิทธิเรื่อยมา จนกระทั่ง กฎกระทรวงฉบับที่ 43 ออกใช้บังคับเมื่อปี พ.ศ. 2537 ทำให้คนอาศัยอยู่บนเกาะที่ไม่มีเอกสารสิทธิซึ่งกล่าวมาแล้วข้างต้น หหมดสิทธิที่จะขออนุญาตหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน

5.2.3 ข้อเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและควบคุมการถือครองที่ดิน

หากได้มีการออกโฉนดที่ดินบนที่เกาะแล้ว ให้กำหนดเงื่อนไข ห้ามโอนตลอดไปโดยไม่มีระยะเวลา จะโอนได้ก็แต่เฉพาะในกลุ่มชาวเกาะหรือคนพื้นเมืองหรือคนพื้นถิ่นที่อยู่อาศัย

บนที่เกาะเป็นหลักแหล่งเท่านั้น จะโอนให้แก่บุคคลภายนอกไม่ได้ เทียบเคียงการห้ามโอน โดยกำหนดระยะเวลาตามการออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยใบจองตามมาตรา 30 และ 33 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ประกอบกับหลักกฎหมายของประมวลกฎหมายที่ดินที่กำหนดให้โอนที่ดินได้เฉพาะ กลุ่มชาวนุญมิตรเท่านั้น จะโอนให้แก่บุคคลอื่นไม่ได้ นั่นเอง และหากมิใช่การโอนเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ แต่เป็นการตกทอดทางมรดกสู่ทายาทตามหลักกฎหมายว่าด้วยมรดกใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมกระทำได้

5.2.4 ข้อเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายเพื่อบังคับใช้ให้คนพื้นถิ่น ชนพื้นเมืองอยู่ร่วมกับธรรมชาติ

จากบทสรุปและข้อเสนอแนะที่กล่าวมาทั้งหมดที่ผ่านมา เห็นว่า ก่อนที่จะทำการออกโฉนดที่ดินบนที่เกาะ ควรจะต้องมีการกำหนดแนวเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมเพื่อ กลุ่มชาติพันธุ์หรือกลุ่มชนพื้นถิ่นที่อาศัยอยู่บนที่เกาะมาแต่ดั้งเดิม โดยต้องมีการกำหนดผังเมืองให้แน่ชัดว่าพื้นที่ใดเป็นพื้นที่ชุมชน พื้นที่ใดเป็นพื้นที่เขตเมือง เป็นต้น โดยที่กลุ่มชาติพันธุ์หรือกลุ่มชนพื้นถิ่นที่อาศัยอยู่บนที่เกาะมาแต่ดั้งเดิมที่พึ่งพาทรัพยากรธรรมชาติสามารถจะเข้าถึงทรัพยากรได้อย่างอิสระ และทำให้เกิดวิถีวัฒนธรรมรวมทั้งความรู้พื้นบ้านที่เป็นเอกลักษณ์และทำให้ดำรงฐาน “เศรษฐกิจพอเพียง” ไว้ได้อย่างมีศักดิ์ศรี แต่ในปัจจุบันนี้ ทั้งที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติถูกจับจองครอบครอง ถูกเร่งรัดให้เกิดการพัฒนาหรือประกาศเป็นพื้นที่คุ้มครอง อีกทั้งระบบกฎหมายในปัจจุบันยึดเอามุมมองกรรมสิทธิ์เป็นที่ตั้ง ในขณะที่หลายกลุ่มชาติพันธุ์มีระบบคิดว่าทรัพยากร ไม่ว่าจะเป็นที่ดิน ป่า แม่น้ำลำธาร พื้นที่ชายฝั่ง หาดทราย รวมทั้งสิ่งมีชีวิตเป็นสิ่งที่ไม่มีใครเป็นเจ้าของ ทุกคนสามารถจะเข้าถึงและใช้ทรัพยากรต่างๆ

ดังนั้น จึงเห็นควรให้มีการจัดการทางด้านผังเมืองในเกาะให้ถูกต้องตามแนวทางที่กฎหมายกำหนด และให้เป็นการสอดคล้องกับหลักการแนวเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรม กลุ่มชาติพันธุ์หรือกลุ่มชนพื้นถิ่นดั้งเดิมตามข้อเสนอข้างต้น โดยต้องมีการตราเป็นกฎหมายให้ชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นตราเป็นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติผังเมืองเกาะช้าง หรือพระราช

กฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินเกาะช้าง ซึ่งจำเป็นที่จะต้องเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับชัดเจน แล้วค่อยมาพิจารณาเป็นรายกรณี ๆ ไป ว่าสมควรจะออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ขอได้หรือไม่ต่อไป สำหรับวิธีการและขั้นตอนในการพิสูจน์สิทธิในที่ดินว่าบุคคลใดจะสามารถได้รับไปซึ่งโฉนดที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือได้ไปเพียงสิทธิครอบครองและใช้ประโยชน์ในที่ดิน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กรมที่ดินได้วางแนวทางไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน และที่แก้ไขเพิ่มเติมในกฎกระทรวง ฉบับที่ 59 (พ.ศ. 2566)๑ และระเบียบ คำสั่งที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ การจัดทำผังเมืองเฉพาะพื้นที่ในเกาะใดเกาะหนึ่งให้แล้วเสร็จก่อนเป็นประการแรก ก็เพื่อที่จะให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎกระทรวงฉบับที่ 43 ก็เพื่อเป็นการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติที่ออกมาบังคับใช้โดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนแล้ว



บรรณานุกรม

- กรกช ภาวสิทธิ์, และวีระ สมบูรณ์. (2555). ความมั่นคงของมนุษย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และทรัพย์สินส่วนร่วม. วารสารสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 42(2), 67-92.
- กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง. (2556). สถานการณ์กัดเซาะชายฝั่งทะเลไทย. สืบค้นจาก <https://projects.dmcg.go.th/miniprojects/175/news/264/detail/48978>
- กรมที่ดิน สำนักมาตรฐานการออกหนังสือสำคัญ. (2553). คู่มือดำเนินการตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน. กรุงเทพฯ: กองการพิมพ์ กรมที่ดิน.
- กรมที่ดิน. (2551). วิชาการโฉนดที่ดิน. กรุงเทพฯ: กองการพิมพ์ กรมที่ดิน.
- กานติศ ศิริสานต์. (2565). พัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินและการจำกัดสิทธิในที่ดิน. วารสารสหวิทยาการวิจัยและวิชาการ, 2(1), 83-98.
- กมล พลวัน. (2543). สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย. ม.ป.ท.: ม.ป.พ.
- แก้วใจ จินดา. (2554). ปัญหาการออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 ตีรแห่งประมวลกฎหมายที่ดิน. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- จันทร์สม จันทร์อินทร์, และสังเวียน เทพผา. (2564). มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการบุกรุกที่ดินของรัฐ. วารสารวิชาการ สถาบันวิทยาการจัดการแห่งแปซิฟิก, 7(1), 496-506.
- จิตรพรต พัฒนสิน, ปราณี ศิริสมบูรณ์ศิริ, กาญจนภรณ์ อินทปิ่นดี เลิศลอย, จันทกานต์ เชิดชู, ปรีดีเทพ บุญนาค, เจนจิรา บิณศิริ, ... ชาตินัย โมรราย. (2560). กฎหมายและการจัดการสิ่งแวดล้อมของเครือข่ายรัฐอุตสาหกรรม. สืบค้นจาก <https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/1506887867.4a3cec554aa0f7f06e95eca6bc412157.pdf>
- จิราวัฒน์ สว่าง. (2563). ปัญหาการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเฉพาะราย ตามมาตรา 59 และมาตรา 59 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน: ศึกษากรณีได้เนื้อที่ดินเกินจากหลักฐานเดิม. วารสารปัญญาปณิธาน, 5(1), 228-241.
- ชุดิกกาญจน์ สายอุดมสำห. (2562). ปัญหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. รมยสาร, 16(3), 49-62.
- สุทธิพร บุตรโคตร. (2557). นายทุนใหญ่ครองที่ดินของเมืองไทย เก่งกำไร-ทิ้งร้างไม่ทำประโยชน์. กรุงเทพฯ: ศูนย์ข้อมูลและข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง.
- ไชยา วิสุทธิปราณี. (2552). ปัญหากฎหมายการออกเอกสารสิทธิที่ดินบนเกาะ ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537). สหศาสตร์ศรีปทุม ชลบุรี, 1(2), 72-82.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- จิตติมา เงินอาจ, ธีญวรรณ อาษาสำเร็จ, วรดา สังอุดม, อรยา สอนโก้ย, และเชาวลิต สมพงษ์เจริญ. (2563). จากโหนดที่ดินฉบับแรกของสยามสู่การได้กรรมสิทธิ์ ในโหนดที่ดินตามพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127. *วารสารวิชาการวิทยาลัยบริหารศาสตร์*, 3(2), 150-164. <https://so05.tci-thaijo.org/index.php/SASAJ/article/view/240720/165685>
- ถาวร เกียรติทับทิว. (2546). หลักการแบ่งแยกอำนาจและความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยตามแนวคิดของมองเตสกีเออ. *วารสารพัฒนบริหารศาสตร์*, 43(3), 155-183.
- ทองโรจน์ อ่อนจันทร์. (2564). *เศรษฐศาสตร์ที่ดิน: ทฤษฎีและนโยบาย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์และบริหารธุรกิจ ภาควิชาเศรษฐศาสตร์เกษตร.
- ไทยโพสต์. (2565, 28 พฤศจิกายน). ชาวเล 'เกาะหลีเป๊ะ' คำนายทุนปิดเส้นทางไปโรงเรียน จี๋นายอำเภอดูแล เพิกถอนที่ดินปัญหา. สืบค้นจาก <https://www.thaipost.net/district-news/272752/>
- นิตยา โพธิ์นอก, อริย์รัช บัญถึง และ ดวงจันทร์ ศิริรักษ์โสภณ. (2565). รายงานการวิจัยเรื่อง การใช้สิทธิและมีส่วนร่วมของประชาชนในการเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยชนเผ่าพื้นเมือง. กรุงเทพฯ: สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า
- นิภาพร รัชพัฒน์กุล. (2563). ชาวสยาม ทวายสวามีภักดี และกวางตุ้งรีบบลิก : การเผชิญหน้าของราษฎรกับรัฐบาลเพื่อสิทธิในที่ดินเมืองกรุงเทพ. *วารสารประวัติศาสตร์ ธรรมศาสตร์*, 7(2), 34-63.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่อง หลักความเสมอภาค*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภา.
- บรรหาญ จงเจริญประเสริฐ. (2557). *เอกสารวิชาการส่วนบุคคลเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและนิติรัฐ*. กรุงเทพฯ: วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- ประยูร อัครบวร. (2557). *ระบบบริหารราชการของสหพันธรัฐมาเลเซีย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน.
- พระมหาพรหมพศ กวีวิโส (ศรีสุเมธิตานนท์). (2548). *การศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิดเรื่องสิทธิ ของจอห์น ล็อก กับพุทธปรัชญาเถรวาท* (Unpublished Master's thesis). มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย, พระนครศรีอยุธยา.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- พิจิตร เกิดจร. (2561). *องค์การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย* (Unpublished Doctoral dissertation). มหาวิทยาลัยศรีปทุม, กรุงเทพมหานคร.
- พิมลกร แปงฟู. (2562). แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมท่ามกลางการเปลี่ยนผ่านของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง*, 2(1), 17-53. สืบค้นจาก <https://so08.tci-thaijo.org/index.php/MFULJ/article/view/59/80>
- ภัทรกร แพงไทย, และภักดี โพธิ์สิงห์. (2562). นโยบายการป้องกันและแก้ไขปัญหาความยากจนของคนชนบท. *วารสารรัฐศาสตร์พิจิตร...ศูนย์การเมือง สังคมและอาณานิคมศึกษา*, 6(12), 41-64. สืบค้นจาก <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/PSC/article/download/253838/169473/925801>
- มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. (2562). *กฎหมายเกี่ยวกับสังคม วัฒนธรรม การเมืองและความมั่นคงของประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- มหาวิทยาลัยบูรพา. (2561). *รายงานการศึกษาลบสัมบูรณ์ข้อมูลกฎหมายของประเทศมาเลเซียและข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับสังคม วัฒนธรรม การเมือง และความมั่นคงของประเทศมาเลเซีย*. สืบค้นจาก [https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/รายงานฉบับสมบูรณ์%20\(มาเลเซีย\)%20-%20ไทย.pdf](https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/รายงานฉบับสมบูรณ์%20(มาเลเซีย)%20-%20ไทย.pdf)
- มหาวิทยาลัยสยาม. (2563). *รายงานการศึกษาลบสัมบูรณ์ข้อมูลกฎหมายของประเทศมาเลเซียและข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนของประเทศมาเลเซีย*. สืบค้นจาก <https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/Malaysia-TH-Final-Apr-2020.pdf>
- มานัส นั้วสวัสดิ์. (2554). *คำบรรยาย เรื่อง การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน*. กรุงเทพฯ: กรมที่ดิน.
- ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้อง และคำวินิจฉัยศาลปกครอง. (2546). *คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ 8-10/2546*. สืบค้นจาก <https://dspace.spu.ac.th/server/api/core/bitstreams/6e6cd69f-0ba1-486d-8932-048962d03404/content>
- ลินดาวรรณ ธรรมมาวุฒิชัย. (2554). *การจัดการที่ดินของรัฐในโครงการจัดที่ดินผืนใหญ่ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน* (Unpublished Master's thesis). มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, นนทบุรี.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2555). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วัชร มาลัยมาตร. (2558). *การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน*. กรุงเทพฯ: กรมที่ดิน.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- ศรสวัสดิ์ มลสุวรรณ. (2562). *ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอินโดนีเซีย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- ศิริ เกวลินสฤทธ์. (2531). *คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดินพร้อมกฎกระทรวงและระเบียบของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ*. กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์.
- ศิริพร เอี่ยมธงชัย, และอภิวัฒน์ จิระศิริ โสภณ. (2550). *กฎหมายการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศออสเตรเลีย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- สุกการ สิริไพศาล, และอดิศร ศักดิ์สูง. (2554). *ภูมิบุตรา ประวัติศาสตร์ความขัดแย้งและกระบวนการพัฒนาประเทศมาเลเซีย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- สถาบันบริหารจัดการธนาคารที่ดิน (องค์การมหาชน). (2564). *ร่างพระราชบัญญัติสถาบันบริหารจัดการที่ดินและการกระจายการถือครองที่ดินอย่างเป็นธรรมและยั่งยืน พ.ศ....* สืบค้นจาก https://www.labai.or.th/file_download/drat_ILMD.pdf
- สถาบันวิจัยสังคม. (2562). *แนวคิดเขตคุ้มครองทางวัฒนธรรมเพื่อกลุ่มชาติพันธุ์*. สืบค้น 17 มิถุนายน 2566, จาก <http://www.andaman.cusri.chula.ac.th/media/2019/06/3-1.pdf>
- สมเกียรติ วรรณปัญญอนันต์. (2563). *รายงานการวิจัยเรื่อง ข้อความคิดว่าด้วยการครอบครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2562). *ความมุ่งหมายและคำอธิบายระบอบราชอาณาจักรของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2564). *รายงานผลการรับฟังความคิดเห็นและรายงานผลการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากร่างพระราชบัญญัติสภาชนเผ่าพื้นเมืองแห่งประเทศไทย พ.ศ.* กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2564). *รายงานผลการรับฟังความคิดเห็นและรายงานผลการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากร่างพระราชบัญญัติสภาชนเผ่าพื้นเมืองแห่งประเทศไทย พ.ศ.....* กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2565). *ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์และชนเผ่าพื้นเมือง พ.ศ.* สืบค้น 2566, 23 ตุลาคม, จาก https://www.parliament.go.th/section77/survey_detail.php?id=224
- สำนักงานศาลปกครอง. (2548). *คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ8-10/2546*. กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง

บรรณานุกรม (ต่อ)

- สำนักมาตรฐานการออกหนังสือสำคัญ. (2551). *คู่มือปฏิบัติงานกระบวนการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน*. กรุงเทพฯ: กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย.
- สำนักมาตรฐานการออกหนังสือสำคัญ. (2554). *คู่มือปฏิบัติงานการออกโฉนดที่ดินเฉพาะราย*. กรุงเทพฯ: กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย.
- สุรัชย์ ศรีสารคาม. (2565). *บทความเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน*. สืบค้น 20 กันยายน 2565, จาก https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1394
- สุวัฒนา มณีเจริญ. (2558). รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ฉบับ ค.ศ. 1945 กับแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นชาติ. *วารสารวิชาการ สาขามนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์ และศิลปะ มหาวิทยาลัยศิลปากร*, 8(2), 1964-1976.
- อดิศักดิ์ น้อยสุวรรณ. (2562). *กฎหมายต้นแบบเพื่อใช้บังคับผังเมืองเฉพาะ* (Unpublished Doctoral dissertation). มหาวิทยาลัยศรีปทุม, กรุงเทพมหานคร.
- อภิวัฒน์ สุดสาว. (2564). ลำดับศักดิ์ทางกฎหมาย. *วารสารจลนिति*, 18(3), 105-112. สืบค้นจาก <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php>
- อรทัย อินตะไชยวงศ์. (2560). *สิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน: ศึกษาความเหมาะสมของการใช้ทฤษฎีของ Elinor Ostrom ในประเทศไทย* (Unpublished Doctoral dissertation). สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- อลิสสา หะสามะ. (2562). วันแห่งการ “ขอโทษ” ชนพื้นเมือง: บทเรียนจากรัฐบาลออสเตรเลียสู่สามจังหวัดชายแดนใต้ของประเทศไทย. *วารสารรัฐมิแล*, 40(3), 43-54.
- Al Amin, A. (2017). A Resistance for Protecting Indigenous Rights: The Case Study of the Samin Community in Sukolilo Village, Pati, Indonesia. *Journal of Human Rights and Peace Studies*, 4(2), 225-253.
- Altman, J. C., Linkhorn, C., & Clarke, J. (2005). *Land Rights and Development Reform in Remote Australia*. Retrived from https://openresearch-repository.anu.edu.au/bitstream/1885/43041/2/2005_DP276.pdf
- Bedner, A., & Van Huis, S. (2008). The return of the native in Indonesian law Indigenous communities in Indonesian legislation. *Journal of the Humanities and Social Sciences of Southeast Asia and Oceania*, 164(2), 165-193.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Foley, G., and Anderson, T. (2006). Land rights and Aboriginal voices. *Journal of Human Rights*, 12(1), 83-108.
- Napoh, D. B. (2015). Recognition of the customary land law in the constitution of Indonesia and Malaysia. *Journal of Legal Studies: Law and Globalization*, 2(2), 1-19.
- Nuar, E., and Lunkapis, G. J. (2019). Customary Land and the Indigenous People of Sabah: A Case Study of Sinumagang-Tinuman Toki. In *IOP Conference Series: Earth and Environmental Science, Volume 286, IGEOS International Geography Seminar* (pp. 1-17). doi:10.1088/1755-1315/286/1/012039
- Reid, L. (2018). *Native Title, land rights and Aboriginal self-determination*. New York: Emerging Scholars in Australian Indigenous Studies.
- Rob, C., and Patrick, S. S. (2011). Shifting ground': Renegotiating land rights and rural livelihoods in Sarawak, Malaysia. *Asia Pacific Viewpoint*, 52(2), 136-147.
- Sue, J. (2017). *Planning in Indigenous Australia*. New York: Routledge.



ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	ชัชชม ศรีวงษ์กลาง
วัน เดือน ปีเกิด	14 เมษายน 2535
สถานที่เกิด	จังหวัดร้อยเอ็ด ประเทศไทย
ประวัติการศึกษา	มหาวิทยาลัยมหาสารคาม ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, 2556 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา เนติบัณฑิตไทย, 2564 มหาวิทยาลัยรังสิต ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, 2567
ที่อยู่ปัจจุบัน	3274/209 ถนนลาดพร้าว แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร
ตำแหน่งปัจจุบัน	นักวิชาการที่ดินปฏิบัติการ
สถานที่ทำงาน	สังกัด สำนักมาตรฐานการออกหนังสือสำคัญ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย