

## บทที่ 4

### แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการขอได้มาซึ่งที่ดินของ คนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลและสิทธิใน  
ความเสมอภาค สิทธิทั้งสองประการถือเป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในรัฐเสรี  
ประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพ  
ของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น<sup>1</sup> การที่กรมที่ดินและกระทรวงมหาดไทยออกมาตรการ  
และระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการขอได้มาซึ่งที่ดินของคนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว  
โดยการให้คนสัญชาติไทยและคู่สมรสที่เป็นคนต่างด้าวทั้งโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยมิชอบด้วย  
กฎหมายยืนยันร่วมกันในหนังสือรับรอง (Letter of Confirmation) ว่าเงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินเป็น  
เงินที่ได้มาจากสินส่วนตัว หรือทรัพย์สินส่วนตัวของคนสัญชาติไทยเพียงฝ่ายเดียวนั้น ผู้เขียนเห็นว่า  
ยังขัดแย้งต่อแนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์  
แห่งการแสดงเจตนา อีกทั้งยังขัดแย้งกับแนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักความเสมอภาค  
ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไปนี้

#### 4.1 แนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความ ศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

โดยที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติ  
หลักการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพแตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี้นักกล่าวคือรัฐธรรมนูญ  
ฉบับนี้ได้คำนึงถึงการก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงของสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น  
รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้  
ผูกพันองค์กรของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับ และ การตีความกฎหมายทั้งปวง

---

<sup>1</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็น  
มนุษย์, (พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 23.

นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง<sup>2</sup> สิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันได้พัฒนามาจากสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุโรปโดยอาจแบ่งพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพได้ 4 ช่วงดังนี้<sup>3</sup>

1. ช่วงที่หนึ่ง เป็นช่วงของพัฒนาการเกี่ยวกับเสรีภาพในทางศาสนา ซึ่งพัฒนาการนี้ได้ประสบผลสำเร็จที่ละน้อยในช่วงของการปฏิรูปทางศาสนาตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 ปัญหาสำคัญในช่วงนั้นคือเรื่องการละทิ้งศาสนาคริสต์ นอกจากนั้นยังมีปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างศาสนากับปรัชญา และวิชาการสมัยใหม่ที่มีความขัดแย้งกันเสมอมา แต่สิ่งที่เป็นข้อนำสังเกตคือ การเรียกร้องต่อเสรีภาพในทางความคิดเห็นและโดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในทางวิชาการยังไม่เคยปรากฏจนถึงศตวรรษที่ 16 นักปฏิรูป นักปรัชญา และบรรดานักวิชาการในช่วงนั้นต่างก็ยึดมั่นในความเชื่อของตนอย่างมั่นคง และในช่วงการปฏิรูปศาสนาเองก็ยังมีความคิดเห็นว่ามีเพียงความจริงในทางศาสนาเท่านั้นที่ไม่อาจจะอดทนต่อความคิดเห็นที่แตกต่างได้ เสรีภาพในทางศาสนาประสบผลสำเร็จเป็นครั้งแรกเมื่อสงครามกลางเมืองที่เกิดจากความแตกแยกในทางศาสนา

2. ช่วงที่สอง พัฒนาการในช่วงที่สองของสิทธิและเสรีภาพเป็นพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจซึ่งเกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์ เสรีภาพในการทำสัญญา และเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องกรรมสิทธิ์ที่มีความเกี่ยวพันกับความคิดเรื่องการค้ากำหนดภาษีซึ่งจำเป็นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมของตัวแทนประชาชน เมื่อสิ้นศตวรรษที่ 16 และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงศตวรรษที่ 17 ได้เกิดหลักการที่มีผลมาจาก "หลักอธิปไตยของปวงชน" หลักการดังกล่าวคือหลักที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายจะต้องมีพื้นฐานมาจากเจตจำนงของผู้ปกครองซึ่งโดยตัวของผู้ปกครองเองย่อมไม่ผูกพันกับกฎหมาย เสรีภาพในทางเศรษฐกิจรวมทั้งหลักความเสมอภาคตามพัฒนาการดังกล่าวได้ทำหน้าที่ในฐานะเป็นเงื่อนไขสำหรับการดำเนินการอย่างอิสระของกระบวนการในการกำหนดตนเองของระบบทุนนิยมซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงจากสังคมศักดินามาเป็นสังคมระบุมิติโดยมีเงื่อนไขของการเปลี่ยนแปลงคือ การแก้ไข้ปัญหาเรื่องการถือครองที่ดินในระบบศักดินา การยกเลิกการดำเนิน

---

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

<sup>3</sup> Albert Bleckmann, Staatsrecht II-Die Grundrecht, 4 Aufl, 1997. S.2 อ้างถึงใน บรรณเจต สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 37.

วิถีชีวิตชาวไร่ที่ต้องขึ้นอยู่กับผู้ครองที่ดิน การยกเลิกข้อจำกัดที่มีต่อบรรดาขุนนาง ซึ่งห้ามมิให้ขุนนางทำการค้าและการผลิตใด ๆ การบัญญัติกฎหมายตามแนวความคิดนี้ย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของชนชั้นกรรมพีได้รับความมั่นคงยิ่งขึ้น

3. ช่วงที่สาม การพัฒนาการในช่วงนี้เรียกว่า "เสรีภาพในทางประชาธิปไตย" อันได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ เสรีภาพในการชุมนุม และเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม กล่าวโดยสรุปก็คือความเติบโตในทางเศรษฐกิจของชนชั้นกรรมพีประกอบกับการได้รับการศึกษาตามระบบการศึกษาแนวใหม่ซึ่งมิใช่การศึกษาเฉพาะจากทางศาสนาเท่านั้น จากเหตุผลนี้จึงทำให้ชนชั้นกรรมพีเข้ามามีบทบาทในทางการเมืองการปกครองมากขึ้น

4. ช่วงที่สี่ เป็นพัฒนาการในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพ หรือที่เรียกว่า "สิทธิขั้นพื้นฐานทางสังคม" สิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพนั้นเกี่ยวกับผลประโยชน์โดยรวมของสังคม เพื่อให้ผลประโยชน์โดยรวมของสังคมสามารถดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายได้จำเป็นต้องอาศัยกฎหมายเป็นมาตรการบังคับ ผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมในเรื่องดังกล่าวได้แก่ การมีงานทำ การให้หลักประกันสำหรับอนาคต การให้ความดูแลทางด้านสุขภาพ อาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การศึกษา เป็นต้น สิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพได้รับการพัฒนาอย่างชัดเจนครั้งแรกในศตวรรษที่ 19 ซึ่งมีพื้นฐานจากองค์ประกอบหลายประการ สาเหตุประการสำคัญคือ การเกิดขึ้นของชนชั้นกรรมมาซีอันเป็นผลิตผลของยุคการปฏิวัติอุตสาหกรรมที่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากกระบวนการผลิตแบบทุนนิยม

สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยได้บัญญัติรับรองไว้ในตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 ซึ่งรับรองไว้ในมาตรา 12 ความว่า "ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายฐานันดรศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิ์แต่อย่างใดเลย" การรับรองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ซึ่งใช้บังคับอยู่จนถึง พ.ศ. 2549 และในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ก็ปรากฏการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในบททั่วไปในมาตรา 4 ว่า "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง"

ดังนั้น หลักสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคจึงนับว่าเป็นหลักทั่วไปในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ หลักการดังกล่าวได้แทรกซึมอยู่ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกฎหมายแม่บทอันส่งผลต่อระบบกฎหมายทั้งระบบ ดังนั้น การใช้และการตีความกฎหมายจึงต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักการในกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งก่อให้เกิดผลดังนี้<sup>4</sup>

1. คนชาวไทยทุกคนย่อมได้รับการรับรองจากกฎหมาย ให้มีสภาพบุคคลสามารถมีสิทธิต่าง ๆ ได้โดยเสมอภาคกัน และได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

2. คนชาวไทยย่อมมีเสรีภาพในการกระทำการต่าง ๆ โดยเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการทำสัญญา เสรีภาพในการได้มาซึ่งทรัพย์สิน และในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน

เนื่องจากการคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญมิได้มุ่งที่จะคุ้มครองเฉพาะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนไทย โดยไม่คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนต่างด้าว เพราะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่มีพรมแดนระหว่างคนของชาติกับคนต่างด้าว<sup>5</sup>

เจตนาที่มีความศักดิ์สิทธิ์เป็นหลักพื้นฐานของเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์หลักนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับปรัชญาคริสต์ศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นผลจากความคิดทางการเมืองที่ต้องการยืนยันหลักปัจเจกชนนิยม (Individualism) ต่อสู้กับรัฐ โดยยืนยันหลักที่ว่ารัฐจะต้องรับรู้สิทธิส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รัฐจะต้องรับรองเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งมนุษย์ทุกคนมีให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รัฐจะต้องไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล บุคคลทุกคนมีเสรีภาพเว้นแต่ในบางเรื่องที่เป็นกรณีอันสมควรจึงจะมีข้อจำกัดเสรีภาพได้ นอกจากนั้นแล้วเสรีภาพของบุคคลจะถูกจำกัดลงได้ด้วยความสมัครใจของบุคคลเองเท่านั้น ดังนั้น เจตนาของบุคคลจึงมีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นอิสระ บุคคลจะไม่ผูกพันในหนี้ใดที่เขาไม่ได้ตกลงยินยอมด้วย และในทางกลับกันหนี้ที่เกิดขึ้นจากเจตนาของบุคคลนี้จะผูกมัดบังคับแก่ผู้ที่ตกลงนั้น การมีเสรีภาพคือการที่บุคคลสามารถที่จะถูกบังคับด้วยตัวของตัวเอง โดยเฉพาะการผูกมัดตัวเองด้วยสัญญาที่สร้างขึ้นเสรีภาพจะไม่มีอยู่ถ้าบุคคลไม่มีอำนาจเหนือตัวเอง เจตนาของบุคคลมีอำนาจที่จะก่อให้เกิดความผูกพันทางหนี้ โดยเฉพาะการเป็นลูกหนี้เจ้าหนี้ การอธิบายเหตุผลของการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาด้วยหลักปัจเจกชนนิยมนั้นเป็นเหตุผลในตัวของมันเองที่จะต้องประกอบด้วยเหตุผลในทางหลักปฏิบัติด้วย จึงจะทำให้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาได้รับการยอมรับจาก

---

<sup>4</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, คำอธิบายวิชากฎหมายหลักทั่วไป ว่าด้วย บุคคลธรรมดาและหลักทั่วไปว่าด้วยนิติบุคคล, (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 5.

<sup>5</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 123.

นักกฎหมายที่จะบัญญัติหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นรับรอง ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (The Doctrine of Freedom of Contract and Autonomy of Will) เป็นทฤษฎีและหลักเกณฑ์ที่ยอมรับนับถือกันมากของนักปราชญ์ในสมัยศตวรรษที่ 18 อาดัม สมิท (Adam Smith) ซึ่งเป็นนักปราชญ์ที่มีชื่อเสียงของโลก ได้กล่าวเอาไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างไรก็ได้ ซึ่งตนเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด” จากแนวความคิดนี้ยอมรับว่าบุคคลมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา รัฐจะเข้าแทรกแซงการแสดงเจตนาของบุคคลไม่ได้ รัฐต้องออกกฎหมายยอมรับบังคับให้ตามเจตนาที่นักปรัชญากฎหมายในสมัยที่ศตวรรษที่ 18 นี้มีความประสงค์จะให้เสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลถูกจำกัด น้อยที่สุด โดยเห็นว่าเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลนี้ควรจะถูกจำกัดโดยความสมัครใจของบุคคลเท่านั้น<sup>6</sup>

จากแนวความคิดดังกล่าวจึงนำไปสู่หลักเกณฑ์ในเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา กล่าวคือ คู่กรณีมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐจะไม่บัญญัติกฎหมายไปบีบบังคับ หรือเปลี่ยนแปลงยกเลิกการทำสัญญาของเอกชน โดยปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่สัญญาของตนได้โดยลำพัง กฎหมายจะยื่นมือเข้าไปเกี่ยวข้องก็แต่เฉพาะในกรณีให้เห็นสมควรหรือจำเป็นเท่านั้น หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาเป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนึ่งว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ การที่กล่าวว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์มิได้หมายความว่าเจตนาที่มีความเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้น แต่เป็นหลักที่ให้ความสำคัญแก่เจตนาถึงขนาดกล่าวได้ว่า ที่ไหนไม่มีเจตนาที่นั่นไม่มีสิทธิด้วยเช่นกัน บุคคลทุกคนย่อมมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิด สัญญาเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญาและเป็นตัวกฎเกณฑ์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญาตลอดจนปัญหาการตีความสัญญา เจตนาเป็นกลไกสำคัญในขั้นตอนของการเจรจาตกลงทำสัญญา ตลอดจนการกำหนดเนื้อหาของข้อตกลง สัญญาเกิดขึ้นตามหลักของคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน การตกลงสมัครใจยินยอมร่วมกันที่จะผูกพันกันตามสัญญาเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อที่จะให้สัญญาเกิดขึ้น ซึ่งจะต้องมีการแสดงเจตนาออกมาให้ปรากฏภาพแสดงว่ามีความต้องการเช่นไร เสรีภาพของคู่สัญญาที่จะตกลงทำสัญญาที่ตนสมัครใจเข้าผูกมัดตนโดยสามารถกำหนดเนื้อหาของข้อตกลงต่าง ๆ ไว้ในสัญญาที่เห็นว่าเหมาะสม แม้ว่าประมวลกฎหมาย

---

<sup>6</sup> ไซฎีก ไซติกำจร, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจบัตรเครดิต, (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี, 2550), หน้า 19.

แพ่งและพาณิชย์จะกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการทำสัญญาไว้บ้าง เช่น แบบของสัญญาบางประเภท ข้อกำหนดของสิทธิและหน้าที่ตามประเภทของสัญญาต่าง ๆ แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเพียงหลักพื้นฐานไว้เท่านั้น คู่สัญญาอาจจะกำหนดรายละเอียดอื่น ๆ เพื่อผูกพันระหว่างกันเพิ่มขึ้น หรือให้แตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ก็ได้ ถ้าข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>7</sup>

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วสัญญามีผลผูกพันตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามภาระหนี้ตามข้อผูกพันดังกล่าว เมื่อมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าสัญญามีผลผูกพันอย่างไร การตีความสัญญาตามหลักมาตรา 171 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ตีความไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา กล่าวคือ ให้สัญญาถูกบังคับไปตามเจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงไว้โดยถือว่าเจตนาเป็นกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ได้ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมด้วย ความผูกพันตามสัญญาที่ได้ตกลงนี้จะไม่ถูกกระทบด้วยการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายใหม่ แม้จะมีการบัญญัติกฎหมายใหม่ออกใช้บังคับ ซึ่งอาจมีหลักเกณฑ์จำกัด หรือขัดกับสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนก็ตาม สัญญานั้นยังมีผลผูกพันตามเจตนาของคู่สัญญาที่ก่อให้เกิดขึ้น โดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา เพราะถ้ายอมให้สัญญาต้องถูกบังคับไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายใหม่แล้ว ก็เท่ากับมีการแก้ไขปรับปรุงข้อสัญญาโดยทางอ้อมที่ไม่ได้เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา อย่างไรก็ตามก็มีข้อยกเว้นหากกฎหมายใหม่นั้นเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นจะต้องถูกบังคับตามกฎหมายใหม่ที่ออกมาภายหลังที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว เว้นแต่จะมีบทบัญญัติข้อยกเว้นไว้เป็นพิเศษว่าไม่ให้มีผลย้อนหลังบังคับแก่สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนจะมีกฎหมายนั้น ๆ

ตามขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงเจตนาเกี่ยวกับการทำสัญญาในปัจจุบัน มีข้อโต้แย้งหลายประการเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงเจตนา นี้ โดยมีนักปราชญ์บางคนเชื่อว่าสัญญาจะเกิดขึ้นอย่างยุติธรรมก็ต่อเมื่อบุคคลที่เป็นคู่สัญญามีความทัดเทียมกันของอำนาจต่อรอง (Equality of Bargaining Power) เท่านั้น ทั้งในด้านสถานะทางสังคม การเมือง เศรษฐกิจ ตลอดจนความรู้ความสามารถด้านเทคโนโลยี ซึ่งสภาพความเป็นจริงในสังคมปัจจุบัน คู่สัญญามีได้มีความทัดเทียมกันเช่นนั้นเลย ดังนั้น ผู้ที่เข้มแข็งกว่าเช่นผู้ประกอบการวิชาชีพในธุรกิจย่อมมีอำนาจเจรจาต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภคจึงมักจะถูกเอารัดเอาเปรียบจากการทำสัญญาให้เห็นอยู่เสมอ ในปัจจุบันกฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนามากขึ้น

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-21.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นมาตรการทางกฎหมายอย่างหนึ่งในการเข้าช่วยเหลือคุ้มครองผู้บริโภคที่อ่อนแอกว่า<sup>8</sup>

จากแนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อนำมาพิจารณาถึงกรณีที่ดินและกระทรวงมหาดไทยออกกฎระเบียบและแนวทางปฏิบัติให้คนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสทั้งโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยมิชอบด้วยกฎหมายร่วมกันยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรในหนังสือรับรองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในวันจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมว่าเงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินเป็นเงินที่ได้มาจากสินส่วนตัว (กรณีมีคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าว) หรือทรัพย์สินส่วนตัว (กรณีมี คู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าว) ของคนสัญชาติไทยเพียงฝ่ายเดียว มิเช่นนั้นพนักงานเจ้าหน้าที่จะไม่สามารถรับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้ได้ เพราะจะถือว่าเป็นการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าว หรือเป็นการถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าวอันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายที่ดินนั้น เป็นการขัดต่อสิทธิและเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคนสัญชาติไทยและคู่สมรสต่างด้าวทั้งโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยการตั้งเงื่อนไขให้ปฏิบัติก่อนจึงจะสามารถได้รับสิ่งที่ตนต้องการได้ ทำให้การเจตนาถูกเบี่ยงเบนไปจากความเป็นจริง

เนื่องจากแนวความคิดและทฤษฎีเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา นั้น ถือว่าคู่กรณีมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการเข้าทำสัญญาผูกพันตนเอง รัฐจะไม่บัญญัติกฎหมายไปบีบบังคับ หรือเปลี่ยนแปลงยกเลิกการทำสัญญาของเอกชน และปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่สัญญาของตนได้โดยลำพัง กฎหมายจะยื่นมือเข้าไปเกี่ยวข้องก็แต่เฉพาะในกรณีที่เห็นสมควรหรือจำเป็นเท่านั้น หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาเป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนี้ว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ การที่กล่าวว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์นี้ไม่ได้หมายความว่าเจตนาที่มีความเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้น แต่เป็นหลักที่ให้ความสำคัญแก่เจตนาถึงขนาดกล่าวได้ว่า ที่ไหนไม่มีเจตนาที่นั่นไม่มีสิทธิด้วยเช่นกัน บุคคลทุกคนย่อมมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ แม้หลักเกณฑ์ดังกล่าวของกรมที่ดินจะมีได้บังคับไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง หมายความว่าบังคับว่าจะต้องทำเช่นนั้น แต่การที่หลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดให้คนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวทั้งโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จะต้องแสดงหลักฐานให้ได้ว่าเงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินเป็นสินส่วนตัวหรือทรัพย์สินส่วนตัวของตนเองตามมาตรา 1471 และ 1472 แห่งประมวล

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พนักงานเจ้าหน้าที่จึงจะสามารถดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมสำหรับการซื้อที่ดินนั้นให้กับคนสัญชาติไทยได้ โดยไม่ต้องบันทึกถ้อยคำคู่สมรสที่เป็นคนต่างด้าวทั้งโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

หากในความเป็นจริงเงินทั้งหมดหรือบางส่วนที่นำมาซื้อที่ดินนั้นเป็นเงินของคู่สมรสที่เป็นคนต่างด้าวจริง แต่เนื่องจากในขณะนั้นทั้งคนสัญชาติไทยและคนต่างด้าวต่างต้องการให้ได้ที่ดินนั้นมาเป็นที่อยู่อาศัย จึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของกรมที่ดิน เพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยการแสดงเจตนาที่ไม่ตรงกับเจตนาแท้จริงอันซ่อนอยู่ภายในของตนจนนำมาซึ่งบทลงโทษทางกฎหมายกล่าว คือ คนสัญชาติไทยจะถือว่าได้มาซึ่งที่ดินในฐานะเป็นตัวแทนของคนต่างด้าวตามมาตรา 96 ซึ่งมีความผิดตามมาตรา 113 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน คือ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่น หรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ยังมี ความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงาน ตามมาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มีระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และ ความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่จัดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารราชการ ตามมาตรา 267 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนคนต่างด้าวที่ได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือฝ่าฝืนมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ก็จะมี ความผิดตามมาตรา 111 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งปรับทั้งจำ นอกจากนี้คนต่างด้าวยังถูกบังคับให้จัดการจำหน่ายที่ดินภายในเวลาที่อธิบดีกรมที่ดินกำหนด ซึ่งไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยแปดสิบวัน แต่ไม่เกินหนึ่งปี และถ้าคนต่างด้าวไม่จำหน่ายที่ดินภายในเวลาที่กำหนด อธิบดีกรมที่ดินก็มีอำนาจจำหน่ายที่ดิน และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมร้อยละห้าของราคาจำหน่าย นอกเหนือจากค่าธรรมเนียม ภาษี อากร ที่ต้องเรียกเก็บได้ จะเห็นได้ว่าการขาดเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาโดยการยินยอมในหนังสือรับรองเพราะมีสถานการณ์บีบบังคับให้ต้องเลือกว่าจะต้องการซื้อที่ดินหรือไม่ของคนสัญชาติไทยและคู่สมรสที่เป็นคนต่างด้าวทั้งโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยมิชอบด้วยกฎหมายทำให้การแสดงเจตนาดังกล่าวไร้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ตามแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา



## 4.2 แนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักความเสมอภาค

แนวความคิดเรื่องความเสมอภาคนั้น แต่เดิมเกิดจากคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ส่งผลต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคโรมัน ต่อมาในสมัยกลางระบบศักดินาได้ยกเลิกแนวคิดเรื่องความเสมอภาคโดยการสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้น แต่ความไม่เสมอภาคดังกล่าวในสมัยกลางก็ค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไปเมื่อเกิดชนชั้นกลางที่เข้มแข็งจนนำไปสู่การเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงความไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ซึ่งต่อมาได้มีเอกสารที่แสดงออกถึงหลักความเสมอภาคที่ดีที่สุดคือ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส” ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยบัญญัติรับรองเรื่องความเสมอภาคไว้ 3 มาตรา คือ<sup>9</sup>

มาตรา 1 ความว่า “มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกัน ตามกฎหมาย การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนร่วม”

มาตรา 6 ความว่า “กฎหมายคือการแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกัน...กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมายและได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องศักดิ์ศรีสถานะและงานภาคีรัฐตามความสามารถโดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพลังและพรสวรรค์ของแต่ละคน”

มาตรา 13 ความว่า “เพื่อทำนุบำรุงกองทัพและเพื่อระบายจ่ายในการดำเนินงานของรัฐจำเป็นที่จะต้องเก็บภาษีซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกันสำหรับพลเมืองทุกคนโดยคำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน”

ซึ่งในภายหลังแนวความคิดของหลักความเสมอภาคดังกล่าวก็ได้ถูกนำไปบัญญัติในรัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศ เพื่อเป็นการรับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 1 ว่า “ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่แบ่งแยกมิได้ เป็นของประชาชน เป็นประชาธิปไตยและเป็นสังคม สาธารณรัฐรับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชนโดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย”<sup>10</sup>

รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมัน ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 ก็บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 3 ความว่า

<sup>9</sup> สมควร มุ่งหมาย, ปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายถือครองที่ดินของ  
คนต่างด้าว, (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550), หน้า 43.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

“1. มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องต้นตามกฎหมาย

2. ชายและหญิงมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย รัฐผู้กพันที่จะต้องดำเนินการให้มีความเสมอภาคอย่างแท้จริง ระหว่างหญิงและชาย และจะต้องดำเนินการให้ยกเลิกอุปสรรคที่ดำรงอยู่

3. บุคคลย่อมไม่ถูกเลือกปฏิบัติหรือมีอภิสิทธิ์เพราะเหตุในเรื่องเพศ ชาติกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ชาติ ถิ่นกำเนิด หรือความคิดเห็นในทางศาสนา หรือในทางการเมือง บุคคลย่อมไม่ถูกแบ่งแยกด้วยเหตุเพราะความพิการ”<sup>11</sup>

รัฐธรรมนูญอิตาลี ลงวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 1947 ก็บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 3 ความว่า “พลเมืองทุกคนมีศักดิ์ศรีทางสังคมอย่างเดียวกันและเท่าเทียมกันเบื้องต้นตามกฎหมายโดยปราศจากการแบ่งแยกเพราะเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สภาพร่างกายหรือสภาพทางสังคม เป็นหน้าที่ของสาธารณรัฐที่จะต้องขจัดอุปสรรคทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคมที่ขัดขวางต่อการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงของผู้ใช้แรงงานในองค์กรทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ทั้งนี้ภายใต้ข้อจำกัดที่ไม่กระทบต่อเสรีภาพและความเสมอภาคของพลเมือง”<sup>12</sup>

รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐออสเตรเลีย ลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1920 บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 7 ความว่า

“1. พลเมืองของสหพันธ์ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมายอภิสิทธิ์จากการเกิด เพศ สภาพร่างกาย ชนชั้น ศาสนาไม่อาจมีได้ บุคคลย่อมไม่ถูกกีดกันเพราะความพิการ สาธารณรัฐผู้กพันที่จะคุ้มครองความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อคนพิการและบุคคลธรรมดาทั่วไปในทุกแง่มุมของชีวิตประจำวัน

2. สหพันธรัฐ มลรัฐและเทศบาลรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง มาตรการที่มุ่งส่งเสริมความเสมอภาคดังกล่าวย่อมได้รับการยอมรับโดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามาตรการเหล่านั้นต้องการขจัดความไม่เสมอภาคที่ดำรงอยู่...”<sup>13</sup>

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

นอกจากนี้ยังมีเอกสารระหว่างประเทศหลายฉบับที่ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้เช่นกัน ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Convention of Civil and Political Rights) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development) โดยได้ระบุหลักเกณฑ์การไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลทุกคน

จากแนวความคิดหลักความเสมอภาคในระบบสากลข้างต้นได้มีอิทธิพลต่อประเทศไทยในการกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคเช่นกัน โดยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 แนวความคิดในเรื่องหลักความเสมอภาคแบบตะวันตกนั้นไม่มีปรากฏอย่างชัดเจน เนื่องจากสมัยนั้นพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้มีอำนาจเด็ดขาดในการปกครองประเทศแต่เพียงผู้เดียว โดยเป็นทั้งผู้ออกกฎหมายบังคับใช้กฎหมายด้วยการบริหารประเทศ และพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ ประชาชนเป็นเพียงผู้อยู่ภายใต้การปกครองที่จะต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่ง ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคม แต่ก็อาจมีเพียงคนบางกลุ่ม เช่น พวกขุนนางชั้นผู้ใหญ่หรือพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมขึ้นไป ที่จะมีสิทธิพิเศษกว่าสามัญชน เช่น สิทธิในการศาลเมื่อต้องหาว่าเป็นจำเลยในคดีอาญาก็ไม่ต้องขึ้นศาลอาญา แต่ขึ้นกับกระทรวงวังเป็นการเฉพาะ<sup>14</sup>

หลังจากประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 โดยคณะราษฎร ก็มีการนำเอาหลักความเสมอภาคมาใช้ในประเทศไทย โดยคณะราษฎรได้ประกาศหลัก 6 ประการขึ้น เพื่อเป็นแนวทางในการปกครองประเทศ คือ<sup>15</sup>

1. หลักเอกราช
2. หลักความปลอดภัยของประเทศ
3. หลักความสุขของราษฎรในทางเศรษฐกิจ
4. หลักเสรีภาพ
5. หลักความเสมอภาค
6. หลักการศึกษา

---

<sup>14</sup> ปรีดี พนมยงค์, คณะราษฎรกับการอภิวัฒน์ประชาธิปไตย 24 มิถุนายน ในแนวความคิดประชาธิปไตยของปรีดี พนมยงค์, (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 41.

<sup>15</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คุรุสภา, 2543), หน้า 1-2.

อย่างไรก็ตามแม้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 จะมีได้กล่าวถึงหลักความเสมอภาคไว้โดยเฉพาะซึ่งก็น่าจะเป็นเพราะต้องการความรวดเร็วและมุ่งให้เป็นธรรมนูญฉบับชั่วคราว อีกทั้งคณะราษฎรเห็นว่าได้ยอมรับหลักความเสมอภาคไว้เป็นประกาศ 6 ประการ ซึ่งถือเป็นปฏิญญาแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของสยามที่มีผลบังคับได้ ดังเช่นรัฐธรรมนูญอยู่แล้วจึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติให้มีการเข้าช้อนแต่ประการใด แต่ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 นี้ก็เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้ชายและหญิงมีความเสมอภาคในการออกเสียงเลือกตั้งโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ว่า “ราษฎรไม่ว่าเพศใด...ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้...” หลังจากนั้นก็มีรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับที่บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้โดยชัดแจ้ง โดยมักบัญญัติให้ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญเสมอกัน<sup>16</sup> แต่การใช้กฎหมายของไทยนับตั้งแต่ที่ได้มีการนำหลักความเสมอภาคมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแรกแทบจะไม่ได้มีการกล่าวถึง หลักความเสมอภาค จึงเป็นเพียงหลักการที่บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้โดยไม่ก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ<sup>17</sup>

ภายหลังจากรัฐธรรมนูญฉบับแรก รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาก็ได้บัญญัติหลักความเสมอภาคตลอดมา เช่น รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2489 บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 12 ว่า “บุคคลย่อมมีฐานะเสมอกันตามกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิ์อย่างใดเลย” รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังบัญญัติตามแนวทางของรัฐธรรมนูญฉบับแรก จนมาถึงรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2517 ได้บัญญัติด้วยคำแตกต่างออกไป โดยบัญญัติไว้ 2 มาตรา คือ มาตรา 27 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และมาตรา 28 วรรคแรกบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” วรรคสอง บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” และวรรคสามบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้” ต่อมารัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2521 ได้บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 23 โดยบัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ตัดข้อความในส่วนที่เกี่ยวกับความเสมอภาคของชายและหญิงออก ส่วนรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2534 ก็ได้บัญญัติด้วยคำเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2521 จนมาถึงปัจจุบันรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติเรื่อง

<sup>16</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” วารสารนิติศาสตร์ 30, 2 (มิถุนายน 2543), หน้า 175.

<sup>17</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค, หน้า 1-2.

ความเสมอภาคไว้ในมาตรา 30 และถือเป็นการบัญญัติเรื่องความเสมอภาคที่ครอบคลุมครบถ้วนที่สุด ทั้งในเรื่องหลักความเสมอภาคทั่วไป ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง หลักเรื่องความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามมาตรา 30 วรรคสอง หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคสาม และหลักการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 30 วรรคสี่<sup>18</sup>

หลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพ เนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอกันทุกผู้ทุกคน แต่หากเสรีภาพสามารถใช้ได้เพียงบุคคลบางคนเท่านั้น ในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้น หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายจึงเป็นหลักการที่ทำให้การปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ทั้งนี้การปฏิบัติตามหลักความเสมอกันนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาค<sup>19</sup>

หลักความเสมอภาคเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสามารถได้เป็น 2 ประเภทดังนี้<sup>20</sup>

#### 1. หลักความเสมอภาคทั่วไป

ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย หมายความว่าบุคคลไม่ว่าจะมีฐานะทางกฎหมายอย่างไรก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน สถานะทางกฎหมายไม่ก่อให้เกิดเอกสิทธิ์แก่บุคคลเหล่านั้น ดังนั้น หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายจึงเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไปที่บุคคลอาจเรียกร้อง เพื่อให้ปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างเท่าเทียมกัน<sup>21</sup> หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใด ๆ ของรัฐได้ หากเรื่องนั้นมีได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หากเรื่องใดมี

<sup>18</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 158.

<sup>19</sup> สมควร มุ่งหมาย, ปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว, หน้า 47.

<sup>20</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค, หน้า 7-12.

<sup>21</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 159-160.

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้วก็ให้พิจารณาไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ๆ

## 2. หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง หมายความว่าถึง กฎหมายได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจแบ่งหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องได้ดังนี้ คือ

2.1 ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม หมายความว่า เมื่อมีกรณีที่ต้องใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล บุคคลทุกคนที่ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถนำคดีเข้าสู่การพิจารณาในศาลที่มีเขตอำนาจได้อย่างเท่าเทียมกันและได้รับการพิจารณาตามกระบวนการอย่างเดียวกัน

2.2 ความเสมอภาคในการเข้าทำงานภาครัฐ หมายความว่า บุคคลทุกคนที่เป็นคนไทยมีคุณสมบัติครบถ้วนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนฯ หรือตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ หรือตามกฎหมายอื่นที่กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะเข้าทำหน้าที่ในภาครัฐ บุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะสมัครเข้ารับราชการ

2.3 ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง พิจารณาทั้งกรณีของบุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้งและบุคคลผู้มีสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง หมายความว่า บุคคลทุกคนที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ย่อมมีสิทธิเลือกตั้งและสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งอย่างเท่าเทียมกัน

2.4 ความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ ได้แก่ ความเสมอภาคในการชำระภาษีให้แก่รัฐมากน้อยตามความสามารถของแต่ละบุคคล ความเสมอภาคในการรับราชการทหารของชายไทยทุกคนที่มีอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไปจะต้องเข้ารับราชการทหารประจำการ เว้นแต่บุคคลที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารเช่น ผู้พิการทุพพลภาพ หรือพระภิกษุในพระพุทธศาสนาที่มีสมณศักดิ์

2.5 ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณสุข เช่น บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเสมอภาคในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปี หรือบุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐานและผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย<sup>22</sup>

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 160-161.

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุกๆ เรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และบุคคลทุก ๆ คนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งต้องมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก<sup>23</sup>

หลักแห่งความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมแต่การใช้หลักความเสมอภาคที่มีความหลากหลายในการปฏิบัติ อาจเกิดขึ้นมาจากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน ดังนั้น การปฏิบัติแก่บุคคลตามหลักความเสมอภาคย่อมแตกต่างกันไป แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นความแตกต่างที่ยอมรับได้ ฉะนั้นจึงพอสรุปหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคเพื่อให้เกิดความยุติธรรมได้ดังนี้

1. ต้องใช้กฎหมายอันเดียวกันกับทุกคน เว้นแต่สถานการณ์แตกต่างกันไป
2. การใช้กฎหมายที่แตกต่างกันนั้นต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของหลักเกณฑ์กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น
3. การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน
4. การอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อไม่ต้องเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาคนั้น จะต้องไม่เป็นการก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ เช่น แบ่งแยกในเรื่องแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เป็นต้น

5. การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่<sup>24</sup>

จากแนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักความเสมอภาคที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อนำมาพิจารณาถึงกรณีที่ดินและกระทรวงมหาดไทยออกกฎระเบียบและแนวทางปฏิบัติให้ใช้บังคับกับเฉพาะคนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสทั้งโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยการให้ร่วมกันยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรในหนังสือรับรองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในวันจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมว่าเงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินเป็นเงินที่ได้มาจากสินส่วนตัว (กรณีมีคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าว) หรือทรัพย์สินส่วนตัว (กรณีมีคู่สมรสโดยมิชอบ

<sup>23</sup> สมควร มุ่งหมาย, ปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายการถือครองที่ดินของ  
คนต่างด้าว, หน้า 48.

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน.

ด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าว) ของคนสัญชาติไทยเพียงฝ่ายเดียว มิเช่นนั้นพนักงานเจ้าหน้าที่จะไม่สามารถรับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้ได้ เพราะจะถือว่าเป็นการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าว หรือเป็นการถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าวอันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายที่ดินนั้น ขัดกับหลักความเสมอภาคที่เป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน เพราะระเบียบและแนวทางปฏิบัติดังกล่าวแสดงถึงการใช้หลักความเสมอภาคที่มีความหลากหลายในการปฏิบัติเนื่องจากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป ดังนั้น การปฏิบัติแก่บุคคลตามหลักความเสมอภาคจึงย่อมแตกต่างกันไป โดยเป็นการใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันเนื่องมาจากความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยรัฐเลือกที่จะปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน แต่การเลือกปฏิบัติดังกล่าวเลือกใช้เฉพาะกับคนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและมีชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าวเท่านั้น มิได้ใช้บังคับกับคนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและมีชอบด้วยกฎหมายเป็นคนสัญชาติไทยเหมือนกันแต่อย่างใด อันเป็นการอ้างประโยชน์สาธารณะที่ไม่ต้องเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาค เพราะเป็นการก่อให้เกิดการแบ่งแยกเหตุแห่งกำเนิดและเชื้อชาติ ดังนั้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อคนต่างด้าว และมิได้มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่แต่อย่างใด แม้ว่ารัฐอาจมีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงความมั่นคงแห่งรัฐจึงไม่ประสงค์ให้คนต่างด้าวได้ที่ดินมาโดยวิธีการอื่นนอกเหนือจากที่ประมวลกฎหมายที่ดินและกฎหมายพิเศษบัญญัติไว้ แต่การออกมาตรการป้องกันการถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว หรือถือครองที่ดินเพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าวดังกล่าวก็ได้ใช้ปฏิบัติกับคนไทยโดยทั่วไป คงเลือกบังคับใช้กับกรณีคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและมีชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลสัญชาติไทยเพราะเหตุที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว อันขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ด้วย

จากการที่คนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและมีชอบด้วยกฎหมายยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรร่วมกันในหนังสือรับรองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในวันจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมว่าเงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินเป็นเงินที่ได้มาจากสินส่วนตัวหรือทรัพย์สินส่วนตัวของคนสัญชาติไทยเพียงฝ่ายเดียวนั้น นอกจากจะขัดแย้งกับแนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเพราะหากคู่สมรสมิได้มีความประสงค์ที่แท้จริงที่จะยืนยันเช่นนั้น เพราะรู้ดีว่าเงินที่นำมาซื้อที่ดินทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นเงินของคนต่างด้าว แต่จำต้องยืนยันไปว่าเป็นเงินที่ได้มาจากสินส่วนตัวหรือทรัพย์สินส่วนตัวของคนสัญชาติไทย เพื่อจะได้มาซึ่งที่ดินเป็นที่อยู่อาศัย



นอกจากนั้นระเบียบดังกล่าวยังขัดกับแนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักความเสมอภาคเพราะเป็นระเบียบปฏิบัติที่เลือกใช้เฉพาะกับคนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิได้ใช้บังคับกับคู่สมรสหรือชายหญิงที่อยู่กินร่วมกันโดยทั่วไป นอกจากนี้การยืนยันในหนังสือรับรองดังกล่าวยังก่อให้เกิดปัญหาตามมาทั้งในปัญหาข้อกฎหมาย เช่น การยืนยันในหนังสือรับรองทำให้ที่ดินเป็นสินส่วนตัวของคนสัญชาติไทย ที่คนสัญชาติไทยมีสิทธิในการจัดการได้เพียงลำพังตามมาตรา 1473 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จริงหรือไม่ และหากเงินที่นำมาซื้อที่ดินเป็นเงินที่มาจากสินส่วนตัวหรือทรัพย์สินส่วนตัวของคนสัญชาติไทยจริงแล้ว คนต่างด้าวยังจะต้องให้ถ้อยคำยืนยันในหนังสือรับรองอีกหรือไม่ หรือหากพิจารณาว่าการยืนยันในหนังสือรับรองเป็นการให้ในระหว่างสมรสหรือการให้โดยเสนาหาของคนต่างด้าว แล้วคนต่างด้าวจะสามารถบอกล้างการให้หรือขอถอนคืนการให้ได้หรือไม่อย่างไร หรือในปัญหาข้อเท็จจริง เช่น การแสดงเจตนาในหนังสือรับรองหากเป็นการแสดงเจตนาโดยชอบเร้น การแสดงเจตนาลวง การแสดงเจตนาเพราะถูกกลล่อลวง หรือถูกข่มขู่ให้กระทำการ แล้วจะมีผลให้การแสดงเจตนาเป็นเช่นไร ผู้เขียนจะได้อธิบายโดยละเอียดอีกครั้งในบทที่ 5 เรื่องปัญหาในการขอได้มาซึ่งที่ดินของคนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว