

บทที่ 3

อำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรอง การทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

โดยที่มาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้บัญญัติให้อธิบดีกรมที่ดินหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมาย มีอำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกเหนือจากให้เป็นอำนาจของศาลแต่เพียงองค์กรเดียว ในบทนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงรายละเอียดของอำนาจดังกล่าวอันเป็นหลักกฎหมายปกครอง โดยเริ่มศึกษาประเภทของอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองเป็นลำดับแรก และศึกษาอำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นลำดับต่อไป

3.1 ประเภทของอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง

ระบบกฎหมายปกครองของรัฐสมัยใหม่ที่ได้ชื่อว่าเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย วางอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่สำคัญสองหลัก ได้แก่ หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายและหลักการว่าด้วยการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองทั้งสองหลักข้างต้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายอยู่สามประการด้วยกันคือ¹

1. เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ถืออำนาจรัฐใช้อำนาจดังกล่าวแสวงหาผลประโยชน์แก่ตนเองหรือแก่พวกพ้องของตน แต่เพื่อให้มีการใช้อำนาจรัฐตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนหรือที่เรียกว่าประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน
2. เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผล

¹วรวจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทธรรมสารจำกัด, 2538), น. 12.

3. เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ของเอกชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เป็นการปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน

หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย มีความหมายว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด อันเป็นความหมายที่ถูกต้องตามระบอบรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย² เราอาจกล่าวเป็นหลักได้ว่า ในระบบกฎหมายปกครอง “หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่กระทบสิทธิของเอกชนได้”³ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการย่อยสองหลักการคือ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ⁴

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง มีได้ในสองลักษณะคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนั้นให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่⁵

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น โดยหลักแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ได้นั้น ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่⁶

² เฝิงอ๋าง, น. 13-14.

³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (แก้ไขเพิ่มเติม) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น. 17.

⁴ เฝิงอ๋าง, น. 18.

⁵ เฝิงอ๋าง, น. 18.

⁶ เฝิงอ๋าง, น. 21- 22.

หลักตามนัยดังกล่าวข้างต้นใช้บังคับกับการกระทำทางปกครองทุกประเภท ไม่ว่าจะ การกระทำทางปกครองนั้น ๆ จะเป็น “ปฏิบัติการทางปกครอง” (Administrative Real Act) หรือ “นิติกรรมทางปกครอง” (Administrative Juristic Act)⁷ โดยกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร ได้นั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนหรือ ปวงชนตราขึ้นเอง⁸ ได้แก่ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ส่วนกฎหมายลำดับรอง อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ นั้น อาจให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ เช่นกัน ซึ่งกฎหมายลำดับรองนั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือ การกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งซึ่งจะ ออกมาใช้บังคับได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอ กับพระราชบัญญัติเท่านั้น⁹ ซึ่งในทางทฤษฎีอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใน อันที่จะออกคำสั่งต่าง ๆ นั้น อาจจำแนกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)¹⁰

3.1.1 อำนาจผูกพัน (Mandatory Power)

ก. ความหมายของอำนาจผูกพัน

มีนักนิติศาสตร์ต่างให้ความหมายของคำว่าอำนาจผูกพันที่ใกล้เคียงกัน ดังนี้ รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายเกี่ยวกับอำนาจผูกพันว่า ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น รัฐสภาในฐานะองค์กรนิติบัญญัติอาจกำหนดให้องค์กร

⁷วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” บทบัญญัติ, เล่มที่ 47, ตอน 1, น. 46, (มีนาคม 2534).

⁸บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 282.

⁹ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2548), น. 71-72.

¹⁰วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 7, น. 51.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายอย่างเข้มข้นและเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมต้องมีหน้าที่กระทำการตามที่กฎหมายกำหนดหรือเรียกกันในทางกฎหมายว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน (Mandatory Power) ในเรื่องนั้น เช่น เมื่อปรากฏว่าชายและหญิงยื่นคำขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติครบถ้วนและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ปรากฏตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องครบทุกประการแล้ว นายทะเบียนครอบครัวย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ยื่นคำขอ ดังกล่าว หากนายทะเบียนครอบครัวปฏิเสธไม่จดทะเบียน การปฏิเสธของนายทะเบียนย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกรณีที่เกิดเพลิงไหม้ในบริเวณที่เข้าลักษณะเป็นเขตเพลิงไหม้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นต้องประกาศแสดงเขตเพลิงไหม้ไว้ ณ สำนักงานของราชการส่วนท้องถิ่นนั้น และบริเวณที่เกิดเพลิงไหม้ (พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 56) อันที่จริงอำนาจผูกพันที่กล่าวมานี้ก็คือ หน้าที่ (Duty) ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตนเอง¹¹

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้สรุปคำอธิบายของ Jean Rivero ที่ให้ความหมายเกี่ยวกับอำนาจผูกพันว่า คือ อำนาจที่กฎหมายได้ให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองนั้นจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้ เช่น กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์แก่เอกชนโดยบัญญัติกำหนดเงื่อนไขแห่งการออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์ไว้หลายประการ ถ้าเอกชนคนหนึ่งซึ่งได้ยื่นคำร้องขอใบอนุญาตล่าสัตว์ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้ครบถ้วน องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์ให้แก่ผู้ร้อง หรือเมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครบถ้วน นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ จะเห็นได้ว่าอำนาจผูกพันที่แท้จริงแล้วก็คือ หน้าที่นั่นเอง¹²

ดร. ชาญชัย แสงวงศ์ ได้อธิบายความหมายของอำนาจผูกพันว่า หมายถึงในการกระทำทางปกครอง เช่น การออกคำสั่ง ผู้ออกคำสั่งจะต้องได้ข้อเท็จจริงที่กฎหมายต้องการและต้องตัดสินใจไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น จะเลือกกระทำไปตามที่ตนเห็นว่าน่าจะเหมาะสมกว่าไม่ได้ เช่น ในเรื่องการจดทะเบียนสมรส กฎหมายกำหนดว่าเมื่อชายและ

¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 47-48.

¹² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 51-52.

หญิงอายุ 17 ปีบริบูรณ์ สมัครใจสมรสกัน นายทะเบียนจะต้องจดทะเบียนสมรสให้ นายทะเบียน จะปฏิเสธโดยอ้างว่าหญิงเป็นคนต่างด้าวและไม่จดทะเบียนสมรสให้มิได้¹³

ดร. โภคิน พลกุล ได้อธิบายความหมายของอำนาจผูกพันว่า หมายถึง การที่ กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีคำสั่งในลักษณะที่ไม่มีทางเลือกอย่างอื่น กล่าวคือ ถ้ามี ข้อเท็จจริงครบตามที่กฎหมายต้องการ ก็ต้องสั่งไปตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การลงทะเบียน เรียนในมหาวิทยาลัย กฎหมายกำหนดว่าต้องมีคุณสมบัติจบ ม. 8 หรือเทียบเท่าและเป็น มหาวิทยาลัยเปิด ดังนั้น ใครมีคุณสมบัติดังกล่าวย่อมสมัครเข้าเรียนได้ ทางมหาวิทยาลัยไม่มี อำนาจที่จะปฏิเสธ การจะปฏิเสธได้ ต้องไปดูว่ากฎหมายกำหนดคุณสมบัติในประการอื่นไว้ อย่างไร¹⁴

มีนักนิติศาสตร์ให้ข้อสังเกตว่ากรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้องค์กรของรัฐฝ่าย ปกครองมีอำนาจผูกพัน กฎหมายมักจะใช้คำเชื่อมว่า “ต้อง” หรือ “ให้”¹⁵

ข. ตัวอย่างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน

นักนิติศาสตร์และศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ดังที่จะกล่าว ต่อไปนี้ เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน ได้แก่

(1) พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478

มาตรา 8 “เมื่อได้รับจดทะเบียนสมรสหรือหย่าโดยความยินยอม นายทะเบียนต้องออกใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนนั้น มอบให้ฝ่ายละฉบับโดยไม่เรียก ค่าธรรมเนียม”¹⁶

¹³ชาญชัย แสวงศักดิ์, อ้างแล้ว เชนงรรถที่ 9, น. 292.

¹⁴โภคิน พลกุล, “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 12, น. 70 (2524).

¹⁵มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและ ควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่มที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2549), น. 171. และเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่าย ปกครองโดยศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 56.

¹⁶มานิตย์ จุมปา, เพิ่งอ้าง, น. 171.

(2) พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรา 25 “ในกรณีที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารมีลักษณะหรืออยู่ในประเภทที่ได้กำหนดเป็นวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพวิศวกรรม หรือเป็นวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพสถาปัตยกรรม ถ้าวิศวกรหรือสถาปนิกผู้รับผิดชอบในการนั้นตามที่ระบุในคำขอไม่เป็นผู้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมหรือวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมตามกฎหมายดังกล่าว แล้วแต่กรณี ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นปฏิเสธไม่รับคำขอนั้น¹⁷

(3) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 37/2546 วินิจฉัยว่า ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ ฯ เพียงแต่กำหนดให้ผู้จัดตั้งสถานบริการตามมาตรา 3(4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ต้องแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบก่อนการจัดตั้งไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน และให้ผู้รับแจ้งออกหลักฐานการแจ้งให้แก่ผู้แจ้งการจัดตั้งสถานบริการ ในการนี้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องตรวจสอบก่อนว่าผู้แจ้งการจัดตั้งสถานบริการมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 6 และสถานที่ตั้งสถานบริการไม่ขัดต่อมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน อีกทั้งได้จัดลักษณะอาคารภายนอกและภายในของสถานบริการไม่ขัดกับข้อ 9 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2521) เมื่อตรวจสอบแล้วเห็นว่าถูกต้องตามกฎหมาย พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมผูกพันที่จะต้องออกใบรับแจ้งให้ไป การออกหรือไม่ออกใบรับแจ้งให้ผู้จัดตั้งสถานบริการตามมาตรา 3 (4) แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ ฯ จึงมีลักษณะเป็นอำนาจผูกพัน ดังนั้น เมื่อคณะทำงานตรวจสอบการจัดตั้งสถานบริการได้รายงานว่าการจัดตั้งสถานบริการที่พิพาทชอบด้วยกฎหมายและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้โต้แย้งแต่ประการใด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงต้องผูกพันที่จะต้องออกใบรับแจ้งการจัดตั้งสถานบริการให้แก่ผู้ฟ้องคดี การไม่ออกใบรับแจ้งให้กับผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

(4) พระราชบัญญัติบัตรประจำตัวประชาชน พ.ศ. 2526

มาตรา 8 “การขอมีบัตร การขอมีบัตรใหม่ การขอเปลี่ยนบัตร การออกบัตร

¹⁷ จิรนิติ หะวานนท์, “ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง,” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดจรัสการพิมพ์, 2545): 402-403.

การออกไปรับและการออกไปแทนใบรับ ให้เป็นไปตามแบบ หลักเกณฑ์ และวิธีที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับคำขอ และเห็นว่าคำขอนั้นมีรายการถูกต้องครบถ้วนและผู้ขอได้ปฏิบัติตามกฎกระทรวงตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ถ่ายรูปผู้ขอและออกไปรับให้แก่ผู้ขอ”¹⁸

(5) พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534

มาตรา 20 “เมื่อนายทะเบียนผู้รับแจ้งได้รับแจ้งการมีคนเกิดตามมาตรา 18 หรือมาตรา 19 แล้ว ให้ออกสูติบัตรเป็นหลักฐานแก่ผู้แจ้ง”¹⁹

จากการศึกษาพบว่าอำนาจผูกพัน เป็นอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการหรือสั่งการ เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติ ไม่อาจเลือกสั่งการหรือวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากการที่กฎหมายบัญญัติได้ ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ หากไม่ปฏิบัติถือเป็นการละเลยต่อหน้าที่ อาจถูกดำเนินคดีอาญาหรืออาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อเร่งรัดให้ใช้อำนาจได้

3.1.2 อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนอยู่กับกฎหมายและขณะเดียวกันก็เป็นองค์กรที่มีภาระหน้าที่ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ย่อมส่งผลให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่จะต้องมีการปรับใช้กฎหมายต่าง ๆ อยู่เสมอ และโดยเหตุที่ภารกิจในทางปกครองมีความสลับซับซ้อน ประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นมีความหลากหลาย จึงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่ในหลายกรณีกฎหมายจะต้องเปิดช่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีแดนที่ตนจะเคลื่อนไหวได้ตามสมควร เพื่อปรับกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี ให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด ด้วยเหตุดังกล่าวข้อความคิดว่าด้วยดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงเป็นข้อความที่มีความสำคัญอย่างมากทั้งในทางวิชาการและในทางปฏิบัติ²⁰

¹⁸ ฤทัย หงส์ศิริ, “นิติกรรมทางปกครอง,” ใน คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2547): 315-316.

¹⁹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทวิศิษฐ์สรรจรอด ฝ่ายการพิมพ์, 2542), น. 18.

²⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 43.

ก. ความหมายของอำนาจดุลพินิจ

มีนักนิติศาสตร์ต่างให้ความหมายของคำว่าอำนาจดุลพินิจที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายคำว่าอำนาจดุลพินิจ คือ ความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง ในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายได้เปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์การของรัฐฝ่ายปกครององค์การนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร²¹

รองศาสตราจารย์ ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ได้สรุปคำอธิบายของ Vgl, G. Puttrer นักกฎหมายเยอรมัน ว่าดุลพินิจฝ่ายปกครอง หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจนี้ผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย²²

รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายอำนาจดุลพินิจว่า เป็นอำนาจที่ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองในขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งภายในขอบเขตดังกล่าวนี้อาจมีการเลือกตัดสินใจได้หลายแนวทางและไม่ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจในแนวทางใดการตัดสินใจนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น²³

ดร. ชาญชัย แสงศักดิ์ ได้อธิบายอำนาจดุลพินิจว่า ในการกระทำทางปกครอง เช่น การออกคำสั่ง เมื่อผู้ออกคำสั่งได้ข้อเท็จจริงที่กฎหมายประสงค์แล้ว ผู้ออกคำสั่งมีอำนาจเลือกที่จะตัดสินใจแบบใดที่ตนเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งกฎหมายจะกำหนดทางเลือกไว้ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรกอาจกำหนดทางเลือกไว้ไม่มากนัก เช่น 3-4 ทางเลือก ลักษณะที่สองอาจ

²¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 53.

²² กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," *บทบัญญัติ*, เล่มที่ 42, ตอน 1, น. 53 (กันยายน 2529).

²³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น. 48-49.

กำหนดเปิดกว้างให้ใช้ดุลพินิจได้ตามความเหมาะสม แม้จะเป็นอำนาจดุลพินิจ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นและเป็นไปโดยสุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ²⁴

มีนักนิติศาสตร์ให้ข้อสังเกตว่ากรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ บทบัญญัติของกฎหมายมักจะใช้คำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “สามารถ” “อาจจะ” “อาจ...ก็ได้” หรือ “ควรจะ”²⁵ แต่การจะยึดศัพท์กฎหมายเป็นข้ออ้างเหตุของการมีดุลพินิจของฝ่ายปกครองนี้ จะต้องเป็นถ้อยคำลายลักษณ์อักษรที่ถูกบัญญัติขึ้นโดยรู้สำนึกและมีวิชาการอยู่เบื้องหลังว่า ถ้าใช้ศัพท์คำใดแล้ว หมายถึงฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจกว้างหรือแคบตามลักษณะของการใช้ภาษาในทางเทคนิค แต่ถ้ามการบัญญัติศัพท์กฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติมิได้มีแนวความคิดเกี่ยวกับสถาบันกฎหมาย “ดุลพินิจฝ่ายปกครอง” ในทางวิชาการอยู่เบื้องหลังของการบัญญัติแล้ว การพิจารณาหรือจะตีความจากศัพท์กฎหมายมาเป็นเงื่อนไขของการใช้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองไม่อาจจะกระทำได้²⁶

ข. ตัวอย่างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ

นักนิติศาสตร์เห็นว่าตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้ เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ ได้แก่

(1) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

มาตรา 21 “ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติ หรือเมื่อสถานบริการใดดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้มีการมั่วสุมเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในสถานบริการหรือดำเนินกิจการโดยไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่ออายุใบอนุญาตหรือสั่งพักใช้

²⁴ ชาญชัย แสวงศักดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 9, น. 292-293.

²⁵ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 17, น. 57-58 (กันยายน 2530). เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 15, น. 56. และวรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 3, น. 51.

²⁶ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 22, น. 55.

ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ โดยให้คำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำ ความผิด²⁷

(2) พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512

มาตรา 40 “เมื่อปรากฏว่าผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎกระทรวง ประกาศ หรือเงื่อนไขที่ ออก หรือกำหนดตามความในพระราชบัญญัตินี้ ปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมาย ให้ออกใบอนุญาต มีอำนาจสั่งพักใช้ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานได้ โดยมีกำหนด ระยะเวลาที่เห็นสมควร

ในกรณีดังกล่าวในวรรคหนึ่ง ถ้าการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามนั้นเป็นการ ร้ายแรง ปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายให้ออกใบอนุญาตจะสั่งเพิกถอน ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานเสียก็ได้²⁸

(3) พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรา 42 “ถ้าการกระทำตามมาตรา 40 เป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ หรือเจ้าของอาคารมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตาม มาตรา 41 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ดำเนินการ รื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่ น้อยกว่าสามสิบวัน โดยให้ดำเนินการรื้อถอนตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดใน กฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 8 (11) หรือข้อบังคับท้องถิ่นที่ออกตามมาตรา 9 หรือมาตรา 10²⁹

(4) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

มาตรา 9 “เมื่อมีเหตุฉุกเฉินหรือเหตุภัยอันตรายต่อสาธารณสุขอันเนื่องมาจาก ภัยธรรมชาติหรือภาวะมลพิษที่เกิดจากการแพร่กระจายของมลพิษ ซึ่งหากปล่อยไว้เช่นนั้นจะเป็น อันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพอนามัยของประชาชน หรือก่อความเสียหาย ต่อทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐเป็นอันมาก ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งตามที่เห็นสมควร ให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือบุคคลใด รวมทั้งบุคคลซึ่งได้รับหรืออาจได้รับอันตรายหรือความ

²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น. 51.

²⁸ จิรนิติ หะวานนท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น. 400-401.

²⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น. 50.

เสียหายดังกล่าว กระทำหรือร่วมกันกระทำใด ๆ อันมีผลเป็นการควบคุม ระวัง หรือบรรเทา ผลร้ายจากอันตรายและความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นได้อย่างทันที่ ในกรณีที่ทราบว่าคุณใด เป็นผู้ก่อให้เกิดภาวะมลพิษดังกล่าว ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งบุคคลนั้นไม่ให้กระทำการใดอัน จะมีผลเป็นการเพิ่มความรุนแรงแก่ภาวะมลพิษในระหว่างที่มีเหตุภัยอันตรายดังกล่าวด้วย”³⁰

(5) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

มาตรา 104 “ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้ ผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษปลดออก หรือไล่ออก ตามความร้ายแรงแห่งกรณี ถ้ามีเหตุอันควร ลดหย่อนจะนำมาประกอบการพิจารณาโทษก็ได้ แต่ห้ามมิให้ลดโทษลงต่ำกว่าปลดออก”³¹

กล่าวได้ว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจ เมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง ตัดสินใจอย่างอิสระที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่ง อำนาจดังกล่าวจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น

ค. ขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจ³²

การใช้กฎหมายมีกระบวนการ 3 ขั้นตอน คือ (1) การวินิจฉัยข้อเท็จจริง (2) การปรับบทกฎหมาย และ (3) การตัดสินใจ ซึ่งจะต้องอาศัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ได้ วินิจฉัยเสร็จแล้ว

ในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและขั้นตอนการปรับบทกฎหมายจะมีส่วน เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจอยู่บ้าง แต่ดุลพินิจส่วนใหญ่ของฝ่ายปกครองจะอยู่ที่ขั้นตอนการ ตัดสินใจ

1. ขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทำการใด จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อน ซึ่งจะต้องอาศัยพยานหลักฐานและวินิจฉัย พยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่ว่า เพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ามีการเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ โดยที่ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงไปตามพยานหลักฐาน ไม่ใช่ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยได้อย่าง อิสระตามที่ตนเห็นสมควร

³⁰ ฤทัย หงส์ศิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 18, น. 319.

³¹ จิรนิติ หะวานนท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, น. 403-404.

³² เพิ่งอ้าง, น. 395-403.

2. ขั้นตอนการปรับบทกฎหมาย (นักนิติศาสตร์บางคนเรียกว่าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขการใช้อำนาจ) คือ ขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่นั้นตรงกับหลักกฎหมายมาตราใด มีวิธีการดังนี้

(1) ตีความข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในตัวบทกฎหมาย

(2) แยกแยะข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ออกเป็น ข้อเท็จจริงสำคัญกับข้อเท็จจริงรายละเอียด

(3) เปรียบเทียบข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องว่าเหมือนหรือคล้ายกับข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมายหรือไม่

โดยปกติการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ไม่ใช่ปัญหาดุลพินิจ

3. ขั้นตอนในการตัดสินใจ (นักนิติศาสตร์บางคนเรียกว่า ดุลพินิจในส่วนของกฎหมาย หรือดุลพินิจบริหาร) เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายเสร็จแล้ว ข้อพิจารณาต่อไปคือ กฎหมายกำหนดการใช้อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองไว้อย่างไร โดยทั่วไปบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง เป็น 2 ประการ คือ

(1) ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่

(2) ดุลพินิจเลือกการกระทำ เมื่อฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้อำนาจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจต่อไปว่าจะเลือกการกระทำประการใดในหลาย ๆ ประการ ได้แก่ 1) ดุลพินิจเลือกการกระทำอย่างหนึ่งในหลาย ๆ ประการที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง 2) ดุลพินิจเลือกการกระทำได้เองภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้กำหนดเจาะจงลักษณะของการกระทำให้แก่ฝ่ายปกครอง แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกลักษณะของการกระทำเองตามความจำเป็น

ง. การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด

การใช้ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเกิดความผิดพลาดได้หลายกรณี คือ³³

³³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เชิงอรุณที่ 3, น. 59-61.

1. การไม่ใช้ดุลพินิจ เป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจ ทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น มีผู้ชุมนุมประท้วงปิดถนนทำให้คนทั่วไปไม่อาจสัญจรไปมาได้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อาจต้องตัดสินใจสั่งให้สลายการชุมนุมหรือดำเนินการให้มีการสลายการชุมนุม เป็นต้น

มีนักนิติศาสตร์บางท่านมีความเห็นสอดคล้องว่า เมื่อฝ่ายปกครองมีดุลพินิจแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจจะปฏิเสธไม่ใช่ไม่ได้ โดยเฉพาะในกรณีที่จะต้องมีการร้องขอนั้น เมื่อฝ่ายปกครองได้รับการร้องขอแล้ว ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจะต้องพิจารณาก่อนว่าคำร้องขอนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่ชอบด้วยกฎหมายฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจก็สั่งยก หรือไม่รับคำขอได้เลย แต่หากคำร้องขอนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจ จะต้องพิจารณาคำร้องขอเสมอว่าสมควรจะใช้อำนาจกระทำการใด ๆ ตามคำร้องขอหรือไม่ กล่าวคือ เมื่อคำร้องขอชอบด้วยกฎหมายแล้วฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจะต้องใช้อำนาจ ส่วนจะใช้ อำนาจให้เป็นไปตามที่ร้องขอหรือไม่เป็นอีกกรณีหนึ่ง ดังนั้น กรณีที่มีการยื่นคำร้องขอ แม้จะเป็น กรณีที่ฝ่ายปกครองที่จะเลือกอนุญาตหรือไม่อนุญาตหรือไม่ก็ตาม ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจะต้อง พิจารณาคำร้องขอเสมอ ฝ่ายปกครองมักเข้าใจผิดว่า เมื่อมีดุลพินิจแล้วจะพิจารณาคำร้องขอ หรือไม่ก็ได้ แต่จริง ๆ แล้ว ดุลพินิจนั้นมีแล้วต้องใช้ การปฏิเสธไม่พิจารณาเลยถือได้ว่าไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจเลยเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁴

2. การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ เป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจเกินกว่ากรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น กฎหมายกำหนดให้เก็บค่าธรรมเนียม ระหว่าง 200-500 บาท แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเก็บค่าธรรมเนียม 1,000 บาท เป็นต้น โดยหลักการใช้ดุลพินิจแล้ว ฝ่ายปกครองไม่เลือกวินิจฉัยในสิ่งที่เกินกว่าขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ให้อำนาจ³⁵ ซึ่งมีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1046/2527 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 2 ปลุกสร้างอาคารผิดไปจากแบบแปลนที่ได้รับอนุญาตแล้ว ไม่รื้อถอนตามคำสั่งของหัวหน้าเขต ต่อมาจำเลยที่ 2 โอนขายที่ดินพร้อมอาคารให้แก่จำเลยที่ 1 ในขณะที่อยู่ระหว่างใช้พระราชบัญญัติควบคุมก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 ซึ่งตามมาตรา 11 โจทก์ไม่มีอำนาจสั่งให้จำเลยที่ 1 ซึ่งไม่ใช่ผู้ปลุกสร้างอาคารตามมาตรา 11 รื้อถอนอาคารได้ แม้ต่อมากฎหมายนี้จะถูกยกเลิกและใช้พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร

³⁴ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 15, น. 131.

³⁵ จิรนิติ หะวานนท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, น. 416.

พ.ศ. 2522 แทน ซึ่งมาตรา 40 ประกอบด้วยมาตรา 42 ให้อำนาจผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร โจทก์ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองหรือถอนอาคารนั้นได้ก็จะนำมาใช้ กับจำเลยที่ 1 อันเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังที่มีผลเสียหายแก่จำเลยที่ 1 ไม่ได้ โจทก์ไม่มี อำนาจฟ้องให้จำเลยที่ 1 รื้อถอนอาคารพิพาท

3. การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน ซึ่งเกิดขึ้นมากที่สุดโดยความผิดพลาดของการ ใช้ดุลพินิจอาจเกิดจากกรณีดังต่อไปนี้ คือ

(1) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเลยไม่สนใจวัตถุประสงค์ของการที่ กฎหมายมอบดุลพินิจให้ตน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1110/2512 วินิจฉัยว่า “ตามประกาศของ คณะกรรมการส่วนจังหวัด ออกตามความในพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร มาตรา 8 ท้ายฟ้องโจทก์มิได้แสดงแจ้งชัดว่า ที่ห้ามสุกรมมีชีวิตเข้าไปในเขตนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างไร และ เป็นที่รู้กันทั่วไปว่า การห้ามมิให้ขนย้ายสุกรมมีชีวิตเข้าไปในท้องที่ตามประกาศนั้น ย่อมทำให้สุกรม มีชีวิตในท้องที่นั้นมีปริมาณลดน้อยลง อันทำให้ราคาสูงขึ้น ประกาศดังกล่าวจึงไม่ได้มี วัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติที่ให้ อำนาจคณะกรรมการไว้ กรณีนี้เป็นกรณีที่คณะกรรมการส่วนจังหวัดมีอำนาจในการออกกฎตาม พระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควร ซึ่งในการออกกฎนั้นไม่ใช่ว่าจะออกอย่างไรก็ได้ แต่ต้องออก ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่บทด้วย เมื่อคณะกรรมการออกกฎโดยไม่คำนึงถึง วัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่บท กฎที่ตราขึ้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่นำพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่ เกิดขึ้นในกรณีนั้นมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักก่อนการตัดสินใจ ทั้ง ๆ ที่หากพิจารณาตามกฎหมาย แล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักพฤติการณ์ต่าง ๆ ให้รอบด้าน

(3) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจ มีนักนิติศาสตร์ ท่านหนึ่งได้อธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า การที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์ ให้ฝ่ายปกครองใช้วิจารณญาณพิจารณาเลือกสั่งการหรือไม่สั่งการหรือสั่งการให้เหมาะสมกับ ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณีเพื่อประโยชน์ของประชาชน แต่ไม่ใช่กรณีที่ฝ่ายปกครอง จะมีอำนาจเลือกสั่งการอย่างใดก็ได้ตามอำเภอใจ หากเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจแล้วย่อม ไม่ใช่ดุลพินิจอีกต่อไปแต่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁶

³⁶ ฤทัย หงส์สิริ, อ้างแล้ว เิงอรุทที่ 18, น. 322.

4. การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ กรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความเสมอภาค โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันโดยอำเภอใจไม่ได้ หรือจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันโดยอำเภอใจไม่ได้เช่นเดียวกัน การปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือการเลือกปฏิบัติ หมายถึง การปฏิบัติที่ไม่อาจหา “เกณฑ์แห่งความแตกต่าง” อันมีน้ำหนักสำคัญระหว่างสิ่งสองสิ่งหรือหลายสิ่งมาอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้ มีนักนิติศาสตร์บางท่านตั้งข้อสังเกตว่า หลักแห่งความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกัน³⁷

5. การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นหลักการนอกเหนือจากบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติของกฎหมายปกครองในระดับพระราชบัญญัติ โดยได้รับการยอมรับกันในประเทศที่เจริญก้าวหน้าในทางกฎหมายปกครองว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น

(1) ใช้ดุลพินิจโดยขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ (รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ใช้คำว่า หลักแห่งความได้สัดส่วน) หลักนี้กำหนดไว้ว่า การกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้ปัจเจกชน แม้การกระทำทางปกครองจะมีกฎหมายให้ทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องทำให้พอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในกฎหมายมหาชน ที่ห้ามไม่ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำให้พอเหมาะพอประมาณกับข้อเท็จจริง³⁸

(2) ใช้ดุลพินิจโดยขัดกับหลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบ หลักนี้กำหนดไว้ว่า ในระบบกฎหมายไทย หลักสุจริตปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ส่วนหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 แม้หลักทั้งสองประการดังกล่าวจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

³⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 35.

³⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 29-34.

ก็ตาม แต่หลักสองประการข้างต้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย ในการใช้อำนาจทางปกครององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้โดยสุจริต การบิดเบือนการใช้อำนาจ หรือการใช้อำนาจที่เป็นในลักษณะที่กลั่นแกล้งบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหาย จึงเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ³⁹

(3) ใช้ดุลพินิจโดยขัดกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ คำว่าประโยชน์สาธารณะ เป็นองค์ประกอบประการสำคัญที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง เช่น กรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หากปรากฏชัดว่าการเวนคืนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เจ้าของที่ดินคนใดคนหนึ่งได้ประโยชน์ ไม่ปรากฏว่าสาธารณะได้ประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น คำสั่งเวนคืนดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งเวนคืนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย⁴⁰

จ. ผลของการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด⁴¹

กรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาดดังกล่าวข้างต้นส่งผลให้การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ในกรณีคำสั่งทางปกครองนั้นกระทบสิทธิของเอกชนหรือทำให้เอกชนได้รับความเดือดร้อนเสียหาย เอกชนผู้ได้รับความเสียหายดังกล่าวย่อมอุทธรณ์โต้แย้งตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด และในที่สุดแล้ว สามารถนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบนั้น ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

3.1.3 รูปแบบที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจและอำนาจผูกพันแก่ฝ่ายปกครอง

กฎหมายได้ให้อำนาจทั้งสองไว้ในส่วนของเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจและในส่วนผลทางกฎหมาย ดังนี้⁴²

³⁹ เพิ่งอ้าง, น. 38.

⁴⁰ เพิ่งอ้าง, น. 40-41.

⁴¹ เพิ่งอ้าง, น. 62-63.

⁴² มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 168-169.

(1) อำนาจผูกพันทั้งในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจและผลของกฎหมาย กรณีนี้กฎหมายจะไม่เปิดทางให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจทั้งในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจและผลทางกฎหมาย หากแต่จะกำหนดให้เป็นอำนาจผูกพันทั้งสองส่วน ตัวอย่างเช่น กฎหมายกำหนดว่า “ผู้ใดยื่นเอกสารถูกต้องครบถ้วนเจ้าหน้าที่ต้องรับจดทะเบียน”

(2) อำนาจผูกพันในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ แต่มีอำนาจดุลพินิจในส่วนผลของกฎหมาย กรณีนี้กฎหมายไม่เปิดทางให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ แต่เปิดช่องให้มีอำนาจดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมาย

ตัวอย่างเช่น กฎหมายกำหนดว่า “โรงงานใดปล่อยน้ำเสีย เจ้าหน้าที่มีอำนาจพักใช้ใบอนุญาตเป็นเวลา 10 วัน หรือเพิกถอนใบอนุญาต”

(3) อำนาจดุลพินิจในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ แต่มีอำนาจผูกพันในส่วนผลของกฎหมาย กรณีนี้กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจ แต่กำหนดเป็นอำนาจผูกพันในส่วนผลของกฎหมาย

ตัวอย่างเช่น กฎหมายกำหนดว่า “อาคารใดตกอยู่ในสภาพชำรุดทรุดโทรมน่ารังเกียจ เจ้าหน้าที่ต้องสั่งรื้อถอนอาคารนั้น”

(4) อำนาจดุลพินิจทั้งในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจและผลทางกฎหมาย กรณีนี้กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขการใช้อำนาจและผลทางกฎหมาย

ตัวอย่างเช่น กฎหมายกำหนดว่า “อาคารหรือโรงเรือนใดอยู่ในสภาพน่าเป็นอันตราย เจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้แก้ไขหรือรื้อถอนอาคาร”

จากการศึกษาประเภทของอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการพบว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ อำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ โดยที่อำนาจผูกพัน ฝ่ายปกครองต้องผูกพันกับบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเคร่งครัด ถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ ไม่สามารถเลือกปฏิบัตินอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดได้ แต่อำนาจดุลพินิจกลับมีความยืดหยุ่นหรือผ่อนคลายกว่าอำนาจผูกพันโดยฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะเลือกกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดได้ ซึ่งอำนาจทั้งสองประเภทที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการมีอยู่มากมาย อาทิเช่น ตามประมวลกฎหมายที่ดิน กฎหมายได้ให้อำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ไว้หลายมาตรา ได้แก่

(1) มาตรา 30 “เมื่อได้จัดให้บุคคลเข้าครอบครองในที่ดินรายใดแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกใบจองให้ไว้เป็นหลักฐานก่อน และเมื่อปรากฏแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ว่า บุคคลที่ได้จัดให้เข้าครอบครองที่ดินได้ทำประโยชน์ในที่ดิน และทั้งได้ปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดโดยครบถ้วนแล้ว ก็ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้โดยเร็ว”

(2) มาตรา 32 วรรคหนึ่ง “บุคคลใดเข้าครอบครองที่ดินตามนัยแห่งพระราชบัญญัติมาตรา 30 ไม่ปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด และเงื่อนไขของคณะกรรมการ อธิบดีมีอำนาจสั่งให้บุคคลนั้นออกจากที่ดินนั้นได้ และนับตั้งแต่วันได้รับคำสั่งให้บุคคลนั้นขาดสิทธิอันจะพึงได้ตามระเบียบข้อบังคับทั้งหลายทันที”

(3) มาตรา 60 วรรคหนึ่ง “ในการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ถ้ามีผู้ได้แย้งสิทธิกัน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานที่ดินแล้วแต่กรณีมีอำนาจทำการสอบสวนเปรียบเทียบ ถ้าตกลงกันได้ก็ให้ดำเนินการไปตามที่ตกลง หากตกลงกันไม่ได้ ให้เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขามีอำนาจพิจารณาสั่งการตามที่เหมาะสม”

(4) มาตรา 61 วรรคหนึ่ง “เมื่อความปรากฏว่าได้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ใดโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจหน้าที่สั่งเพิกถอนหรือแก้ไขได้”

(5) มาตรา 64 “ถ้าโฉนดที่ดิน ใบไต่สวน หนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือใบจอง ฉบับสำนักงานที่ดิน เป็นอันตราาย ชำรุด สูญหาย ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 มีอำนาจเรียกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินดังกล่าว จากผู้มีสิทธิในที่ดินมาพิจารณาแล้วจัดทำขึ้นใหม่โดยอาศัยหลักฐานเดิมได้”

(6) มาตรา 66 “เพื่อประโยชน์แก่การรังวัด ให้พนักงานเจ้าหน้าที่และคนงานมีอำนาจเข้าไปในที่ดินของผู้มีสิทธิในที่ดิน หรือผู้ครอบครองในเวลากลางวันได้ แต่จะต้องแจ้งให้ผู้มีสิทธิในที่ดินทราบเสียก่อน และให้ผู้มีสิทธิในที่ดินหรือผู้ครอบครองที่ดินนั้น อำนวยความสะดวกตามควรแก่กรณี

ในกรณีต้องสร้างหมุดหลักฐานการแผนที่ในที่ดินของผู้ใด ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสร้างหมุดหลักฐานลงได้ตามความจำเป็น

ในการรังวัด เมื่อมีความจำเป็นและโดยสมควร พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะ ชูดิน ตัด รานกิ่งไม้ หรือกระทำการอย่างอื่นแกสิ่งกีดขวางแก่การรังวัดได้เท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ให้ ระลึกถึงการที่จะให้เจ้าของได้รับความเสียหายน้อยที่สุด

(7) มาตรา 69 ทวิ วรรคห้า “หากปรากฏว่ามีผู้คัดค้าน ให้เจ้าพนักงานที่ดินมี อำนาจสอบสวนใกล้เคียง โดยถือหลักฐานแผนที่เป็นหลักในการพิจารณา ถ้าตกลงกันได้ก็ให้ ดำเนินการไปตามที่ตกลง แต่ต้องไม่เป็นการสมยอมกัน เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย หากตกลงกัน ไม่ได้ ให้แจ้งคู่กรณีไปฟ้องศาลภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ถ้าไม่มีการฟ้องภายใน กำหนดดังกล่าว ให้ถือว่าผู้ขอไม่ประสงค์จะขอเขตโฉนดที่ดินนั้นต่อไป”

(8) มาตรา 73 “เมื่อปรากฏต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ว่า นิติกรรมที่คู่กรณีนำมาขอจด ทะเบียนนั้นเป็นโมฆะ พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ต้องจดทะเบียนให้

หากนิติกรรมที่คู่กรณีนำมาขอจดทะเบียนนั้น ปรากฏว่าเป็นโมฆะกรรม ให้พนักงาน เจ้าหน้าที่รับจดทะเบียนเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่อาจเสียหายยืนยันให้ชัด”

(9) มาตรา 74 วรรคหนึ่ง “ในการดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของ พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสอบสวนคู่กรณี และเรียกบุคคล ที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องได้ตามความจำเป็นแล้วให้พนักงาน เจ้าหน้าที่ดำเนินการไปตามควรแก่กรณี”

(10) มาตรา 81 วรรคหนึ่ง “การจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มา โดยทางมรดก ให้ผู้ได้รับมรดกนำหลักฐานสำหรับที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินพร้อมด้วย หลักฐานในการได้รับมรดก มายื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 ถ้าหนังสือแสดง สิทธิในที่ดินอยู่กับบุคคลอื่น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินดังกล่าว นั้นได้”

จากบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายที่ดินตามที่ยกตัวอย่างไว้ข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีตาม (1) (2) และ (8) เป็นอำนาจผูกพันของพนักงานเจ้าหน้าที่ เนื่องจากเป็น อำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการหรือสั่งการเมื่อปรากฏ ข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติ ไม่อาจเลือกสั่งการนอกเหนือจากที่กฎหมาย บัญญัติได้ ส่วนกรณีตาม (3) (5) (6) (7) (9) และ (10) เป็นอำนาจดุลพินิจ เนื่องจาก กฎหมายได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะเลือกกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดได้

สำหรับกรณีตาม (4) เป็นอำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยตลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นอำนาจอย่างหนึ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไข ส่วนจะเป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจจะได้ศึกษารายละเอียดในลำดับต่อไป

3.2 ผู้มีอำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยตลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เมื่อความปรากฏว่าได้ ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์หรือได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับ อสังหาริมทรัพย์ หรือจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ใดโดย ตลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจหน้าที่ สั่งเพิกถอนหรือแก้ไขได้” นอกจากนี้มาตรา 61 วรรคแปด ยังได้บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลมี คำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้เพิกถอนหรือแก้ไขอย่างใดแล้วให้เจ้าพนักงานที่ดินดำเนินการ ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นตามวิธีการที่อธิบดีกำหนด” จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติให้ผู้มี อำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดย ตลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ อธิบดีกรมที่ดินหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีกรมที่ดิน มอบหมาย และศาล

3.2.1 อธิบดีกรมที่ดิน

ก. การใช้อำนาจ

กฎหมายได้บัญญัติให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจหน้าที่เพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์เมื่อความปรากฏว่า ได้ออกไปโดยตลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย คำว่า “ความปรากฏ” นั้น อาจเกิดขึ้นจากการร้องเรียนของบุคคลที่ร้องเรียนต่อ อธิบดีกรมที่ดินหรือเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ได้ตรวจพบเองก็ได้ ซึ่งอำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไข ดังกล่าวไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นโฉนดที่ดินที่ได้ออกมาก่อนหรือหลังประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ เพราะมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ไม่ได้จำกัดอำนาจไว้ว่าให้สั่งเพิกถอนได้เฉพาะ โฉนดที่ดินที่ออกภายหลังประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับแล้ว และกรณีเช่นนี้ไม่ใช่เป็นการสั่ง

ย้อนหลัง เพราะเป็นการสั่งและให้บังเกิดผลให้โฉนดที่ดินถูกเพิกถอนตั้งแต่ออกคำสั่งนั้นเอง⁴³ นอกจากนี้อำนาจการเพิกถอนหรือแก้ไขของอธิบดีไม่มีอายุความหรือระยะเวลาในการสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขอีกด้วย⁴⁴ เนื่องจากหนังสือสำคัญตามที่กล่าวนี้มีหลายกรณีที่ปรากฏว่าได้จัดทำไปหรือได้ออกไปโดยผู้ขอหรือผู้รับไม่มีสิทธิหรือไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการ หรือคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจำเป็นที่จะต้องจัดการให้เป็นการถูกต้องโดยการยกเลิก เพิกถอนหรือแก้ไข ปัญหาว่ากรณีใดต้องดำเนินการยกเลิกและกรณีใดต้องดำเนินการเพิกถอนหรือแก้ไข ตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งได้ให้ความเห็นไว้ ดังนี้⁴⁵

ยกเลิก ใช้กับกรณีที่ปรากฏว่าได้มีการทำโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เต็มหรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในเอกสารสิทธิที่แท้จริง หรือประทับตราปลอม หรือลงลายมือชื่อปลอมในเอกสารสิทธิดังกล่าว เป็นกรณีไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะต้องเพิกถอนหรือแก้ไขตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน แต่ต้องแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบโดยปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกรณีที่ปรากฏว่าการเดินสำรวจออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน (การเดินสำรวจออก น.ส.3 ก. โฉนดที่ดินตามมาตรา 58 มาตรา 58 ทวิ หรือการออกโฉนดที่ดินโดยการเปลี่ยนจาก น.ส. 3 ก. ตามมาตรา 58 ตีร แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน) เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีเหตุขัดข้องซึ่งไม่อาจแก้ไขได้ จึงไม่สามารถแจกโฉนดที่ดินหรือ น.ส. 3 ก. ดังกล่าวได้ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งยกเลิกเรื่องราวการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินหรือ น.ส.3 ก. ดังกล่าว แต่ต้องแจ้งให้ผู้นำเดินสำรวจทราบตามนัยหมวด 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่นเดียวกัน

เพิกถอนหรือแก้ไข ใช้กับกรณีที่ปรากฏว่าได้มีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไปโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีที่ปรากฏว่ามีการออกไปแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกรณีที่ปรากฏว่ามีการสอบเขตโฉนดที่ดินหรือตรวจสอบเนื้อที่หนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือเปลี่ยน น.ส.3 เป็น น.ส. 3 ก.

⁴³โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 205/2508 (เนติ.) น. 198-204.

⁴⁴โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 386/2541 (เนติ.) น. 107-113.

⁴⁵ถวัลย์ ทิมसार, “จำหน่าย ยกเลิก เพิกถอน แก้ไข”, วารสารที่ดิน ปีที่ 48 ฉบับที่ 6 น. 23-25 (2546).

ตามนัยมาตรา 69 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะต้องดำเนินการตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

โดยที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2543 ซึ่งได้มีการแก้ไขหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับการเพิกถอนหรือแก้ไขการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายประการดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เช่น แก้ไขให้อธิบดีกรมที่ดินหรือรองอธิบดีซึ่งได้รับมอบหมายจากอธิบดีมีอำนาจหน้าที่ในการสั่งเพิกถอนหรือแก้ไข จากเดิมให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขในแต่ละจังหวัด เป็นที่สังเกตว่ากฎหมายได้แก้ไขให้การสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขเป็นอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้เป็นเพียงอำนาจ เหตุผลที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมผู้มีอำนาจหน้าที่ในการสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้อธิบดีกรมที่ดินหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อให้การดำเนินการสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขในกรณีดังกล่าวเป็นไปด้วยความรวดเร็ว⁴⁶ นอกจากนี้กฎหมายยังแก้ไขเพิ่มเติมให้มีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนก่อนที่จะสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขทุกครั้ง โดยกำหนดระยะเวลาในการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนและระยะเวลาในการพิจารณาของอธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งได้รับมอบหมายจากอธิบดี ให้แจ้งผู้มีส่วนได้เสียทราบเพื่อให้โอกาสคัดค้าน ต้องกระทำโดยคณะกรรมการสอบสวน ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง⁴⁷

เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 61 แล้ว ยังมีปัญหาที่ไม่สามารถหาข้อยุติได้ กล่าวคือ จากคำพิพากษาฎีกาที่ 210/ 2507 ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขไว้ว่า “ประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 61 ให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจเรียก

⁴⁶ หมายเหตุท้ายราชกิจจานุเบกษา เล่ม 117 ตอนที่ 29 ก 1 เมษายน 2543

⁴⁷ โปรดดู กฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการตั้งคณะกรรมการสอบสวน การสอบสวน การแจ้งผู้มีส่วนได้เสียเพื่อให้โอกาสคัดค้านและการพิจารณาเพิกถอนหรือแก้ไขการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือการจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย พ.ศ. 2544

โฉนดที่ดินหรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิไว้โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมาแก้ไขให้ถูกต้องหรือเพิกถอนเสียได้ แต่อธิบดีจะใช้อำนาจตามมาตรานี้หรือไม่ ย่อมอยู่ในดุลพินิจของอธิบดี แม้อธิบดีจะไม่ใช้อำนาจนี้ไม่เป็นการละเมิดต่อผู้ครอบครองที่ดินที่อ้างว่าโฉนดที่ดินทับที่ของตนโดยไม่ถูกต้องเพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้อธิบดีจำต้องกระทำ” จึงเป็นประเด็นปัญหาที่ถกเถียงกันของนักนิติศาสตร์ว่า มาตรา 61 เดิมบัญญัติไว้ว่าเป็นอำนาจ แต่เมื่อมาตรา 61 ใหม่บัญญัติให้การเพิกถอนหรือแก้ไขเป็นอำนาจหน้าที่ คำพิพากษาฎีกาที่ 210/2507 ยังเป็นบรรทัดฐานอยู่หรือไม่

ศาสตราจารย์ศิริ เกวลินสฤษดิ์ ได้แสดงความเห็นไว้ว่า ฎีกานี้เห็นได้ชัดว่าการที่อธิบดีจะสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมหรือจดทะเบียนในรายการจดทะเบียนที่ดินแปลงใดนั้น เป็นอำนาจของอธิบดีจะตัดสินใจว่าควรจะมีเพิกถอน แก้ไขหรือไม่ ศาลฎีกาจึงได้วินิจฉัยว่าไม่ใช่เรื่องกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้อธิบดีจำต้องกระทำ แต่ว่าเป็นอำนาจอย่างหนึ่งที่กฎหมายได้ให้ไว้แก่อธิบดีที่จะใช้หรือไม่ใช้ก็ได้ ฉะนั้น ในการที่อธิบดีไม่สั่งหรือไม่เพิกถอนโฉนดที่ดินที่ออกทับที่ดินของอีกฝ่ายหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งจะหาว่าอธิบดีละเมิดไม่ได้⁴⁸ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งที่ได้หมายเหตุไว้ท้ายฎีกาที่ 210/2507 ว่า คำพิพากษานี้เป็นตัวอย่างอีกฉบับหนึ่งที่แปลความหมายบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่สถาบันหนึ่งสถาบันใดไว้เป็นพิเศษ ให้ถือว่าสถาบันนั้นทรงไว้ซึ่งดุลพินิจที่จะใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดให้ไว้หรือไม่ใช้อำนาจนั้นก็ไม่ได้ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ศาลฎีกาอ้างเหตุผลว่า เพราะกฎหมายมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินนี้มิได้กำหนดหน้าที่ให้อธิบดีจำต้องกระทำ ทั้งนี้คงถือหลักอย่างเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 1050/2500⁴⁹ โดยคำพิพากษาฎีกาที่ 1050/2500 เป็นกรณีที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่ศาลชั้นต้นยังไม่ได้วินิจฉัยมานั้น ศาลอุทธรณ์มีอำนาจวินิจฉัยได้ไม่จำต้องสั่งให้ศาลชั้นต้นวินิจฉัยใหม่เสมอไป ซึ่งสาระสำคัญในคดีนี้สรุปได้ว่า “โจทก์ฟ้องว่าได้เช่าห้องแถวจากนายเสียง วิฑูรชาติ มาประมาณ 18 ปีเศษ ได้ทำสัญญาเช่าครั้งหลังเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2497 ค่าเช่าเดือนละ 48 บาท มีกำหนดเวลาเช่า 1 ปี เมื่อครบกำหนดแล้วได้ต่อสัญญาเช่าอีก 1 ปี ต่อมาจำเลยได้

⁴⁸ศิริ เกวลินสฤษดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน พร้อมมกฎกระทรวงและระเบียบของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ, (กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์, 2532), น. 186.

⁴⁹บันโน สุขทรศนีย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 210/2507 (เนติ.), น. 379-389.

เช่าห้องแถวดังกล่าวจากโจทก์โดยไม่ทำสัญญาเช่า คิดค่าเช่าเดือนละ 40 บาท จำเลยผิดนัดค้างชำระค่าเช่าเกินสองคราว โจทก์ได้บอกเลิกการเช่าและให้จำเลยส่งคืนห้องเช่าให้แก่โจทก์ แต่จำเลยยังขึ้นอยู่ในห้องเช่าตลอดมา โจทก์จึงฟ้องขับไล่จำเลยและบริวารพร้อมทั้งให้ชดใช้ค่าเสียหาย จำเลยแก้ว่า โจทก์เป็นเพียงคนเก็บค่าเช่าห้องแถวของบิดานายเสียง วิฑูรชาติ จำเลยได้เช่าห้องแถวจากบิดานายเสียง เมื่อบิดานายเสียงตาย นายเสียงหาได้แจ้งให้จำเลยทราบว่าได้ให้ผู้ใดเช่าห้องแถวไม่ และจำเลยไม่ได้ผิดนัดค่าเช่า ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า โจทก์ไม่ได้ทรงสิทธิในห้องพักจึงไม่มีสิทธิจะฟ้องขับไล่จำเลย และไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นข้ออื่น พิพากษายกฟ้องโจทก์ ต่อมาโจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยเป็นผู้เช่าห้องจากนายวิฑูร มาแต่เดิม ไม่ได้เช่าจากโจทก์ โจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องขับไล่จำเลยพิพากษายืน โจทก์ฎีกา ศาลฎีกาได้พิจารณาปัญหาข้อกฎหมายที่โจทก์ฎีกาว่า ศาลชั้นต้นยังไม่ได้วินิจฉัยว่าจำเลยได้เช่าห้องพักจากนายวิฑูร บิดานายเสียงหรือไม่ การที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าจำเลยได้เช่าห้องพักจากนายวิฑูร ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 240 (3) ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า มาตรา 240 (3) ที่บัญญัติว่า “ในคดีที่คู่ความอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมาย ถ้าศาลอุทธรณ์เห็นว่าศาลชั้นต้นยังไม่ได้พิจารณาหรือวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในประเด็น ให้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจทำคำสั่งให้ศาลชั้นต้นพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงเช่นว่านั้น แล้วพิพากษาตามรูปความ” การที่ให้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจทำคำสั่งให้ศาลชั้นต้นพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงเช่นว่านั้น มิได้มีคำบังคับว่าต้องทำคำสั่งให้ศาลชั้นต้นพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงก่อนทุกเรื่อง เป็นแต่ให้อำนาจที่จะสั่งได้เท่านั้นมิได้บังคับให้ต้องสั่ง จึงอยู่ในดุลพินิจของศาลอุทธรณ์ที่จะสั่งหรือไม่สั่งก็ได้⁵⁰

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 240 (3) เป็นคดีที่มีการอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมาย ถ้าศาลอุทธรณ์เห็นว่าศาลชั้นต้นยังไม่ได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญในอันที่จะนำมาใช้วินิจฉัยข้อกฎหมายที่อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์อาจพิพากษาให้ยกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและให้ศาลชั้นต้นวินิจฉัยข้อเท็จจริงนั้นแล้วพิพากษาใหม่ก็ได้ หรือศาลอุทธรณ์จะวินิจฉัยข้อเท็จจริงเองแล้วพิพากษาในข้อกฎหมายไปเลยก็ได้ ในกรณีที่พยานหลักฐานในสำนวนมีพร้อมที่จะให้วินิจฉัยข้อเท็จจริงได้⁵¹ ซึ่งมีแนวคำพิพากษาที่สนับสนุนหลักนี้คือ คำพิพากษาฎีกาที่

⁵⁰โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 1050/2500 (เนติ.), น. 1017-1022.

⁵¹อุดม เฟื่องฟูง, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 3 อุทธรณ์และฎีกา, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ศิริบรรจุกัณฑ์ สเตชันเนอร์, 2548), น.264.

1733/2500 วินิจฉัยว่า “ข้อเท็จจริงที่ศาลชั้นต้นไม่ได้วินิจฉัย ศาลอุทธรณ์มีอำนาจวินิจฉัยได้ ไม่จำเป็นต้องย้อนสำนวนไปให้ศาลล่างวินิจฉัย” จะเห็นได้ว่าการฟังข้อเท็จจริงนั้นต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงไปตามพยานหลักฐานไม่ใช่กรณีใช้อำนาจดุลพินิจได้อย่างอิสระแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามยังมีนักนิติศาสตร์บางท่านที่มีความเห็นที่แตกต่างกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 210/2507 โดยเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 61 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจผูกพันของอธิบดีกรมที่ดินหรือผู้ว่าราชการจังหวัด ให้เพิกถอน แก้ไข หรือออกใบแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน (ปัจจุบันมาตรา 61 ได้บัญญัติให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไข) หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิใช่เป็นอำนาจดุลพินิจ ดังนั้น ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจนว่ามีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากอธิบดีไม่เพิกถอนหรือแก้ไขหรือออกใบแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินอาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 ได้ เพราะกรณีเป็นหน้าที่ที่ต้องเพิกถอน แก้ไขหรือออกใบแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน การไม่กระทำก็เท่ากับเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่และอาจถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ ในกรณีที่เอกชนร้องขอให้อธิบดีทำการเพิกถอนหรือแก้ไขหรือออกใบแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อธิบดีไม่เพิกถอนหรือแก้ไขหรือออกใบแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน โดยถือว่าเป็น “อำนาจ” ที่ตนจะใช้หรือไม่ใช้ก็ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420⁵²

นอกจากนี้ยังมีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นว่า แม้อธิบดีกรมที่ดินจะมีดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะสั่งแก้ไขหรือเพิกถอนโฉนดที่ดินหรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนไว้โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม อธิบดีกรมที่ดินก็มีหน้าที่ในอันที่จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจตามมาตรา 61 ไม่ใช่อยู่ในดุลพินิจของอธิบดีว่าสมควรจะใช้อำนาจหรือไม่ เพียงแต่ว่าในการใช้อำนาจนั้นอธิบดีมีดุลพินิจที่จะพิจารณาตัดสินใจว่าจะสั่งการหรือไม่ ดังนั้น หากอธิบดียังไม่ได้อำนาจพิจารณาว่าจะสั่งการหรือไม่สั่งการแล้ว ย่อมถือได้ว่าอธิบดีกรมที่ดินยังไม่ได้ใช้อำนาจแท้จริง ซึ่งจะเห็นได้ว่าในคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ศาลมิได้พิจารณาถึงประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด⁵³

⁵² มานิตย์ จุมปา, “การเพิกถอนเอกสารสิทธิในที่ดิน”, วารสารกฎหมาย, ปีที่ 16 ฉบับที่ 3, น. 21 (พฤศจิกายน, 2539).

⁵³ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 126.

ผลจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 210/2507 นำไปสู่ประเด็นที่ว่าอธิบดีกรมที่ดินจะใช้อำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยตลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ได้ เพราะเป็นอำนาจดุลพินิจ จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงโดยละเอียดถึงคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีสาระสำคัญว่า

พลเรือจัตวา หลวงชินเชียววิวิท ได้เป็นโจทก์ ฟ้อง กรมที่ดิน โดยนายศักดิ์ไทยวัฒน์ เป็นจำเลย ในคดีแพ่ง ฐานละเมิด เรียกค่าเสียหาย คดีโจทก์ฟ้องว่า โจทก์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดิน ตำบลแพรกกตาสา (บางปู) อำเภอเมือง จังหวัดสมุทรปราการ เนื้อที่ประมาณ 18 ไร่เศษ โดยมีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินคือ ใบไต่สวน เลขที่ 203 และไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินซึ่งโจทก์ได้ครอบครองและทำประโยชน์ติดต่อกันมาจนถึงบัดนี้ 21 ปีเศษ (นับถึงวันฟ้อง) ประมาณเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2484 โจทก์ได้ยื่นคำขอสอบเขตใบไต่สวนและที่ดินที่ไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินนอกใบไต่สวนที่โจทก์ครอบครองและทำประโยชน์เพื่อขอรับโฉนดที่ดิน แต่มีผู้คัดค้าน ต่อมานายชัชวาลย์ เตชะเทศ ไปร้องขอรังวัดสอบเขตที่ดินเพื่อออกโฉนดที่ดินในเขตติดต่อกับโจทก์ได้นำชี้รุกกล้าทับที่ดินบางส่วนของโจทก์ประมาณ 10 ไร่เศษ ด้วยความประมาทเลินเล่อของเจ้าพนักงานที่ดินได้ออกโฉนดที่ดินเลขที่ 4953 ตำบลแพรกกตาสา (บางปู) อำเภอเมือง จังหวัดสมุทรปราการ ให้กับนายชัชวาลย์ ไปเมื่อวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2492 และในวันเดียวกันนายชัชวาลย์ ได้โอนขายที่ดินดังกล่าวให้กับนายชวน ชวณิชย์ เมื่อโจทก์ทราบเรื่องจึงได้ร้องคัดค้านต่อเจ้าพนักงานที่ดินในการออกโฉนดที่ดินทับที่ดินของโจทก์ กรมที่ดินได้มีคำสั่งให้สอบสวนเรื่องราวและโจทก์ได้ติดตามเรื่องราวตลอดมาและได้มีหนังสือไปยังกรมที่ดิน (จำเลย) ขอทราบผลการพิจารณาตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน กรมที่ดิน (จำเลย) ตอบว่าอยู่ระหว่างการสอบสวนผลเป็นประการใดจะแจ้งให้ทราบต่อไป โจทก์รออยู่ประมาณ 6 เดือนจึงได้สอบถามไปยังกรมที่ดินอีก ได้รับคำตอบว่ายังพิจารณาไม่เสร็จ โจทก์จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลขอให้พิพากษาให้กรมที่ดิน (จำเลย) ดำเนินการตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 61 และให้ออกโฉนดที่ดินให้กับโจทก์หากไม่สามารถดำเนินการได้ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

กรมที่ดิน (จำเลย) ให้การว่า โจทก์ไม่มีกรรมสิทธิ์ และไม่ได้ครอบครองที่ดินดังกล่าว เพียงแต่ได้ซื้อที่ดินตามใบไต่สวนเนื้อที่ 11 ไร่ 80 ตารางวาจากนางผัน เมื่อวันที่ 23 ธันวาคม พ.ศ. 2483 และได้ขอรังวัดสอบเขตที่ดินเพื่อขอรับโฉนดที่ดินเฉพาะที่ดินตามใบไต่สวนที่ได้ซื้อมาจากนางผัน เท่านั้น ไม่ได้ขอรังวัดที่ดินที่ไม่มีหนังสือสำคัญนอกใบไต่สวนด้วย ต่อมาเมื่อวันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ. 2484 เจ้าพนักงานที่ดินได้ไปรังวัดสอบเขตตามคำขอ โจทก์ได้นำชี้ที่ดินเกินจากใบไต่สวนและมีนางนา ชูใสว และนายชัชวาลย์ ได้คัดค้านการนำชี้ของโจทก์ เรื่องของโจทก์จึงค้าง

ดำเนินการเพราะมีผู้คัดค้านและโจทก์ได้ทอดทิ้งไม่มาติดต่อ และที่ที่นายชัชวาลย์ คัดค้านเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินตามใบไต่สวนเลขที่ 14 ซึ่งนางวาง อยู่คง ได้โอนขายให้เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม พ.ศ. 2473 ต่อมาวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2476 นายชัชวาลย์ ได้ขอสอบเขตที่ดินเพื่อรับโฉนดนางนา ได้คัดค้านและได้ฟ้องนายชัชวาลย์ ต่อศาลจังหวัดสมุทรปราการและศาลได้ยกฟ้องนางนา และมีหนังสือถึงกรมที่ดินให้ออกโฉนดที่ดินให้แก่ นายชัชวาลย์ เจ้าพนักงานที่ดินได้ออกไปรังวัดเพื่อออกโฉนดให้นายชัชวาลย์ เจ้าของที่ดินข้างเคียงหลายรายได้คัดค้านรวมทั้ง นายพอน ผู้รับมอบอำนาจจากนางผันและนางนา พนักงานเจ้าหน้าที่ได้นำผู้คัดค้านมาสอบสวนหลายครั้ง เฉพาะ นายพอน ไม่มาพบเจ้าหน้าที่ตามนัด พนักงานเจ้าหน้าที่จึงยกคำร้องคัดค้านของนายพอนผู้รับมอบอำนาจจากนางผัน และให้ผู้คัดค้านไปฟ้องต่อศาลภายในกำหนด 30 วัน คงมีนางนา ผู้เดียวที่ฟ้องนายชัชวาลย์ ผลที่สุดนางนากับนายชัชวาลย์ ได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันที่ศาลจังหวัดสมุทรปราการ โดยนางนายอมรับว่านายชัชวาลย์ เป็นผู้มียุทธสิทธิครอบครองที่ดินพิพาท พนักงานเจ้าหน้าที่จึงได้ออกโฉนดที่ดินเลขที่ 4953 ให้กับนายชัชวาลย์ ตามคำพิพากษา โจทก์ได้มีหนังสือให้กรมที่ดินดำเนินการเพิกถอนโฉนดที่ดินที่ออกให้กับนายชัชวาลย์ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 กรมที่ดินจึงสั่งให้จังหวัดสมุทรปราการสอบสวนหาหลักฐานที่ดินพิพาทว่าเป็นของใครแน่ ต่อมาโจทก์ได้มีหนังสือสอบถามมาอีกจำนวน 2 ฉบับ เลขานุการกรมที่ดินขอให้โจทก์ไปพบเพื่อทราบข้อเท็จจริง ต่อมาโจทก์ได้ไปพบผู้อำนวยการส่วนควบคุมสิทธิในที่ดินให้ถ้อยคำว่าเป็นทางราชการรอพิจารณาเรื่องนี้ไว้ก่อนเพื่อโจทก์จะได้นำหลักฐานเกี่ยวกับที่ดินพิพาทมาแสดงเพื่อประกอบการพิจารณาต่อไป จากนั้นโจทก์ก็ไม่ได้นำหลักฐานเกี่ยวกับที่ดินพิพาทมาแสดงแต่กลับฟ้องคดีนี้ และกรมที่ดินให้การต่อสู้ว่าอำนาจตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นอำนาจของกรมที่ดินที่จะใช้ดุลพินิจสั่งการโดยเฉพาะว่ามีเหตุผลสมควรที่จะสั่งหรือไม่ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องบังคับกรมที่ดินปฏิบัติตามมาตรา 61 ทั้งโจทก์ไม่ได้นำหลักฐานมาแสดง กรมที่ดินจึงยังพิจารณาสั่งการตามมาตรา 61 ไม่ได้เพราะไม่ทราบว่าโจทก์จะมีสิทธิในที่ดินพิพาทหรือไม่ และฟ้องโจทก์ขาดอายุความ

วันชี้สองสถาน มีปัญหาจะต้องพิจารณาสองประเด็นคือปัญหาข้อกฎหมายว่าจะบังคับให้กรมที่ดิน (จำเลย) ดำเนินการตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินได้หรือไม่ และคดีโจทก์ขาดอายุความหรือไม่

ศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยข้อกฎหมายตามนัยประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 ว่า โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องบังคับจำเลยและฟ้องโจทก์ขาดอายุความ พิพากษายกฟ้องโจทก์

โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน และโจทก์ได้ฎีกา

ศาลฎีกาตรวจสำนวนและประชุมปรึกษาแล้ว คดีนี้โจทก์และจำเลยตกลงร่วมกัน ขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดว่า โจทก์มีอำนาจฟ้องขอให้บังคับจำเลยดำเนินการตามนัยแห่งประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 และให้ออกโฉนดที่ดินที่โจทก์ครอบครองให้แก่โจทก์ได้หรือไม่ และคดีโจทก์ขาดอายุความหรือไม่

ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 บัญญัติว่า “เมื่อความปรากฏว่าได้ออกโฉนดที่ดินหรือได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินหรือจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนที่ดินให้แก่ผู้ใดโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้อธิบดีมีอำนาจเรียกโฉนดที่ดินหรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมหรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนแจ้งรายการทะเบียนที่ดินนั้นมาแก้ไขให้ถูกต้องหรือเพิกถอนเสียได้” (เป็นข้อความในมาตรา 61 เดิม ต่อมาถูกยกเลิกโดยข้อ 7 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 334 พ.ศ. 2515)

ความในมาตรานี้ศาลฎีกาเห็นว่า กฎหมายให้อำนาจอธิบดีมีอำนาจเรียกโฉนดหรือเอกสารที่จดทะเบียนสิทธิไว้โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมาแก้ไขให้ถูกต้องหรือเพิกถอนเสียได้ เป็นอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจอธิบดีที่ดินโดยเฉพาะในเมื่อความปรากฏว่ามีการออกโฉนดหรือจดทะเบียนสิทธิผิดพลาดคลาดเคลื่อน เพื่อแก้ไขให้ถูกต้องตามกฎหมายและความจริงโดยไม่ต้องให้ผู้เสียหายต้องเสียเวลาไปฟ้องร้องต่อศาล การใช้อำนาจของอธิบดีตามมาตรานี้ย่อมอยู่ในดุลพินิจของอธิบดีว่าสมควรจะใช้หรือไม่ กฎหมายมาตรานี้ไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้อธิบดีจำต้องกระทำดังโจทก์เข้าใจไม่ ถ้าอธิบดีไม่ใช้อำนาจนี้โจทก์ก็มีทางแก้ไขโดยยื่นฟ้องผู้ที่ทำให้โจทก์เสียหายต่อศาลได้ ด้วยเหตุนี้การที่จำเลยซึ่งเป็นอธิบดีไม่ใช้อำนาจดังกล่าวจึงไม่ผิดกฎหมายไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ เมื่อวินิจฉัยมาแล้วว่าการกระทำของจำเลยซึ่งงดเว้นไม่ใช้อำนาจตามความในประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 61 ไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ก็ไม่จำต้องวินิจฉัยเรื่องอายุความ

จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดีดังกล่าวข้างต้น เป็นการฟ้องการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรในการพิจารณาเพิกถอนโฉนดที่ดินซึ่งมีการกล่าวอ้างว่าได้ออกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยได้มีการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมซึ่งเป็นระยะเวลาก่อนที่จะได้มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้บังคับ เป็นที่น่าสังเกตว่าการฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองต่อศาล

ยุคธรรมนั้นมักจะเป็นความรับผิดชอบทางละเมิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นสำคัญ และศาลมักจะพิจารณาว่าเป็นละเมิดหรือไม่ หากไม่เข้าลักษณะเป็นละเมิดแล้ว ก็จะยกฟ้องโดยไม่ได้วินิจฉัยให้เห็นถึงหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอย่างชัดเจน อีกทั้งความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครองในอดีตมีความแตกต่างกับปัจจุบันหากพิจารณาพัฒนาการทางกฎหมายแล้วอาจแบ่งได้เป็น 3 ยุค คือ

ยุคแรก (ก่อนปี พ.ศ. 2475) เป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในช่วงที่ประเทศไทยยังปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ยุคนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นยุคที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบ ฟ้องให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบในทางละเมิดไม่อาจฟ้องได้ เว้นแต่กระทรวงและกรมนั้นจะยินยอมเข้าเป็นคู่ความในคดี

ยุคที่สอง (ช่วงระยะเวลาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 ถึงปี พ.ศ. 2539) เป็นยุคที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แต่เนื่องจากในระบอบกฎหมายไทยไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบทางละเมิดของหน่วยงานในฝ่ายปกครองโดยตรง ดังนั้นในการพิจารณาพิพากษาความรับผิดชอบที่มีต่อหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่นั้น ศาลจึงพิพากษาไปตามหลักกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งเจ้าหน้าที่ทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกและกรณีเจ้าหน้าที่ทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ นอกจากนี้ยังใช้หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเจ้าหน้าที่ การพิจารณาลักษณะแห่งความรับผิดชอบจึงได้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 76 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับนิติบุคคลและผู้กระทำการแทนนิติบุคคลมาใช้ ทำให้หน่วยงานราชการสามารถไต่เบียดกับข้าราชการที่เป็นผู้กระทำละเมิดจนทำให้หน่วยงานราชการเสียหายและได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ทุกกรณีโดยไม่มีเงื่อนไข

ยุคที่สาม (ช่วงระยะเวลาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 ถึงปัจจุบัน) ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ทำให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในผลแห่งการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ได้กระทำไปในการปฏิบัติหน้าที่เพียงผู้เดียว แต่อาจใช้สิทธิไต่เบียดต่อเจ้าหน้าที่ได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว หน่วยงานของรัฐสามารถไต่เบียดจากเจ้าหน้าที่ได้ แต่หากเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อธรรมดาให้ความเสียหายตกเป็นพับแก่หน่วยงาน

จากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวเห็นได้ว่าการฟ้องกรมที่ดินในมูลละเมิดและให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนซึ่งอยู่ในยุคที่สอง หากปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐแพ้คดีและได้ชดใช้ค่าเสียหายไปแล้ว ก็สามารถโต้แย้งกับเจ้าหน้าที่ได้ทุกกรณีโดยไม่มีเงื่อนไขซึ่งแตกต่างกันกับปัจจุบัน ปัญหาที่มีว่าแนวคำพิพากษาที่ 210/2507 ดังกล่าวที่วินิจฉัยว่า การเพิกถอนเป็นอำนาจดุลพินิจของอธิบดีกรมที่ดินแม้ไม่ใช้อำนาจก็ไม่ใช่การละเมิด แนวคำพิพากษานี้จะถือเป็นบรรทัดฐานได้อีกหรือไม่

หากพิจารณาถึงอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองตามที่กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่ามีอยู่ 2 ประเภท คือ อำนาจผูกพันหรือหน้าที่ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ อีกประเภทหนึ่งคืออำนาจดุลพินิจซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายให้ฝ่ายปกครองที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายและมีข้อสังเกตว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ที่ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจกระทำการ กฎหมายจะบัญญัติคำว่า มีอำนาจ มีสิทธิ สามารถ หรือ อาจจะ ส่วนบทบัญญัติใดที่ประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน กฎหมายจะใช้คำว่า ให้ หรือ ต้อง นอกจากนี้รูปแบบที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจและอำนาจผูกพันแก่ฝ่ายปกครอง มีการให้อำนาจทั้งสองไว้ทั้งในส่วนของเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจและในส่วนผลทางกฎหมาย เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายใช้คำว่า “...ให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจหน้าที่สั่งเพิกถอนหรือแก้ไขได้”

อาจารย์มีชัย ฤชุพันธุ์ ได้อธิบายความหมายคำว่า มีอำนาจ มีอำนาจหน้าที่ และมีอำนาจและหน้าที่ ว่ามีความหมายที่แตกต่างกัน ถ้าเขียนว่ามีอำนาจ จะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ใช้อำนาจก็ได้ ถ้าเขียนว่ามีอำนาจและหน้าที่แปลว่ามีทั้งอำนาจและหน้าที่ อำนาจนั้นจะใช้หรือไม่ใช้ก็ได้ส่วนที่เป็นหน้าที่ก็ต้องทำ แต่ถ้าเมื่อใดเขียนว่ามีอำนาจหน้าที่แปลว่าอำนาจนั้นเป็นหน้าที่ไปในตัวด้วย หมายถึงว่า ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ถือว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่⁵⁴ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ที่เห็นว่า ในกฎหมายมหาชนมักใช้คำว่าอำนาจหน้าที่

⁵⁴มีชัย ฤชุพันธุ์, “การร่างกฎหมายในประเทศไทย,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่มที่ 15, น. 42 (เมษายน 2539).

แสดงอยู่ในตัวว่า นอกจากมีอำนาจแล้วจะต้องมีหน้าที่ปฏิบัติด้วยจึงเรียกว่าอำนาจหน้าที่⁵⁵ ซึ่งคำว่า "อำนาจหน้าที่" ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายที่ดิน ได้แก่

1) มาตรา 8 วรรคหนึ่ง “บรรดาที่ดินทั้งหลายอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้อธิบดีมีอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาและดำเนินการคุ้มครองป้องกันได้ตามควรแก่กรณี อำนาจหน้าที่ดังกล่าวนี้รัฐมนตรีจะมอบหมายให้ทบวงการเมืองอื่นเป็นผู้ใช้ก็ได้”

2) มาตรา 20 “ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) วางนโยบายการจัดการที่ดิน เพื่อให้ประชาชนมีที่ดินสำหรับอยู่อาศัยและหาเลี้ยงชีพตามควรแก่สภาพ

(2) วางแผนการถือครองที่ดิน

(3) สงวนและพัฒนาที่ดินเพื่อจัดให้แก่ประชาชน

(4) สงวนหรือหวงห้ามที่ดินของรัฐ ซึ่งมีได้มีบุคคลใดมีสิทธิครอบครอง เพื่อให้ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน

ฯลฯ

3) มาตรา 61 วรรคหนึ่ง “เมื่อความปรากฏว่าได้ออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์หรือได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ใด โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจหน้าที่สั่งเพิกถอนหรือแก้ไขได้”

กรณีที่กฎหมายได้กำหนดให้เป็น “อำนาจหน้าที่” แต่ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ไม่ได้ใช้อำนาจดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ว่า เป็นการละเลยต่อหน้าที่ ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2547 วินิจฉัยว่า “ผู้ว่าราชการจังหวัดลพบุรีปล่อยให้มีการก่อสร้างและประตุกรกล้าทางสาธารณประโยชน์อันเป็นอำนาจหน้าที่ตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน พ.ศ. 2544 เป็นการละเลยต่อหน้าที่”

⁵⁵ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), น. 87.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.111/2547 วินิจฉัยว่า “คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่ากรุงเทพมหานครนำที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน ไปใช้เป็นที่พักสร้างอาคารสำนักงานเขตสวนหลวงและสร้างรั้วล้อมรอบ ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถใช้ทางพิพาทออกสู่ถนนพัฒนาการได้ ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีหรือรั้วเปิดทางพิพาท วินิจฉัยว่า การที่ผู้อำนวยการเขตสวนหลวงซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาทางสาธารณะประโยชน์มิได้ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ประชาชนได้ใช้ทางพิพาทซึ่งเป็นทางสาธารณะประโยชน์ จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่”

พิเคราะห์จากเหตุผลที่กล่าวมาตามลำดับข้างต้นแล้วเห็นว่า อำนาจของอธิบดีกรมที่ดินตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นอำนาจดุลพินิจ กล่าวคือ เมื่อความปรากฏว่ามีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนแล้ว ผลในทางกฎหมายคือ กำหนดให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจหน้าที่สั่งเพิกถอนหรือแก้ไขอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด จะตัดสินใจโดยไม่ใช้อำนาจไม่ได้ เนื่องจากมีหน้าที่จะต้องใช้อำนาจหากไม่ใช้อำนาจดังกล่าว ถือได้ว่าละเลยต่อหน้าที่ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ตาม การที่อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจหน้าที่สั่งเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว เป็นอำนาจดุลพินิจที่อธิบดีกรมที่ดินมีหน้าที่จะต้องใช้อำนาจก็ตาม แต่จะต้องผ่านขั้นตอนวินิจฉัยข้อเท็จจริงเสียก่อนว่า มีพยานหลักฐานเพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ามีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน หากในขณะที่อธิบดีใช้อำนาจหน้าที่ตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ปรากฏว่าเหตุที่ต้องเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้สิ้นสุดหรือเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณี อธิบดีจะไม่เพิกถอนหรือแก้ไขก็ได้

แต่ในกรณีที่ได้มีคำสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายไปแล้ว ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจของอธิบดีกรมที่ดินที่มีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่คำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายนี้อาจสิ้นผลลงได้โดยการถูกลบล้างขององค์กรผู้ทรงอำนาจได้แก่ องค์กร

ตุลาการ และองค์กรฝ่ายปกครองในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่ง กับการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยฝ่ายปกครองที่ไม่ขึ้นอยู่กับกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ คำสั่งทางปกครอง ซึ่งกรณีนี้เป็นดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการได้เองโดยไม่ต้อง ผ่านกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง⁵⁶ กล่าวได้ว่าคำสั่งของอธิบดีกรมที่ดินที่สั่งเพิกถอน หรือแก้ไขตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินอาจถูกลบล้างได้ตามที่กล่าวมาข้างต้น

ประเด็นที่น่าสนใจคือ การที่กฎหมายให้องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจลบล้างคำสั่ง ทางปกครองได้เองไม่ต้องผ่านกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยวิธีการเพิกถอนคำสั่งทาง ปกครอง ซึ่งอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 50 มาตรา 51 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กับคำสั่ง ทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁵⁷ มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งได้อธิบายว่า ในการพิจารณาว่าคำสั่ง ทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายให้พิจารณาจากเวลาที่เจ้าหน้าที่ได้ออก คำสั่งนั้นเป็นสำคัญว่าในเวลานั้นเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไข แห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ถ้าออกคำสั่งโดยถูกต้องตามเงื่อนไข แห่งความชอบด้วยกฎหมายคำสั่งนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมายการลบล้างคำสั่งดังกล่าวต้องปฏิบัติ ตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าออกคำสั่งทาง ปกครองโดยไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายคำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย การลบล้างคำสั่งดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁸

⁵⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง", วาริชยนิเทศศาสตร์ น.169 -170 (8 กันยายน 2545)

⁵⁷ รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ในกรณีที่องค์กรผู้ทรง อำนาจทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลลงหรือลบล้างคำสั่งทางปกครองนั้นควร เรียกการกระทำดังกล่าวว่า "การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง" ส่วนกรณีองค์กรผู้ทรงอำนาจทำให้ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลลงหรือลบล้างคำสั่งทางปกครองนั้นควรเรียกการ กระทำดังกล่าวว่า "การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง" โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพ็ญอักษร, น.171.

⁵⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2549) ,น.237.

ดังนั้น การที่อธิบดีกรมที่ดินใช้อำนาจดุลพินิจสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องผ่านขั้นตอนในการใช้อำนาจโดยการตั้งคณะกรรมการสอบสวน⁵⁹ เพื่อให้ได้ความว่ามี การออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁰ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏชัดแจ้งอธิบดีกรมที่ดินต้องดำเนินการเพิกถอนหรือแก้ไขแล้วแต่กรณี การออกคำสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขที่มีข้อเท็จจริงถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในทางกลับกันหากอธิบดีกรมที่ดินได้มีคำสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขโดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้งว่ามีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไปโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ตั้งแต่ก่อนออกคำสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขถือเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทั้งสองกรณีอาจถูกลบล้างคำสั่งได้เช่นเดียวกันโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ดังนี้

1. การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁶¹ ซึ่งสามารถแยกหลักเกณฑ์ได้ 2 กรณี คือ

⁵⁹โปรดดู บทที่ 3 หน้า 116-118.

⁶⁰โปรดดู บทที่ 2 หน้า 59-72.

⁶¹พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 53 บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มีผลตั้งแต่ขณะที่เพิกถอน หรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ต้องทำคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกันนั้นอีก หรือเป็นกรณีที่การเพิกถอนไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุอื่น ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลภายนอกประกอบด้วย

คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มีผลตั้งแต่ขณะที่เพิกถอน หรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้เฉพาะเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

(1) มีกฎหมายกำหนดให้เพิกถอนได้หรือมีข้อสงวนสิทธิให้เพิกถอนได้ในคำสั่งทางปกครองนั่นเอง

(1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง⁶² เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 53 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อาจใช้ดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนให้มีผลในปัจจุบันหรือมีผลใน

(2) คำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติแต่ไม่มีการปฏิบัติภายในระยะเวลาที่กำหนด

(3) ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ เช่นนี้ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้

(4) บทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปซึ่งหากมีบทกฎหมายเช่นนี้ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่การเพิกถอนในกรณีนี้ให้ทำได้เท่าที่ผู้รับประโยชน์ยังไม่ได้ใช้ประโยชน์ หรือยังไม่ได้รับประโยชน์ตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้

(5) อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชน อันจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าว

ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพราะเหตุตามวรรคสอง (3) (4) และ (5) ผู้ได้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในคำสั่งของคำสั่งทางปกครองได้ และให้นำมาตรา 52 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

คำสั่งทางปกครองที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มีผลย้อนหลังหรือไม่มีผลย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง

(2) ผู้ได้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครอง

ทั้งนี้ ให้นำความในมาตรา 51 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁶²รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ใช้คำว่า การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการสร้างภาระ รายละเอียดโปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 3, น. 232.

อนาคตเท่านั้นจะเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังไม่ได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว อาจถูกเพิกถอนได้ในกรณีที่สภาพการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปหลังจากที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว แต่ก็ยังถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่มีข้อยกเว้นว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่อาจกระทำได้อ่างถึงอย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองก็ยังคงต้องออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกันนั้นอีก หรือเป็นกรณีที่การเพิกถอนไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุอื่น เช่น มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้เป็นพิเศษและเงื่อนไขดังกล่าวมีอยู่ไม่ครบถ้วน

(2) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง

การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวนี้จะต้องเป็นไปตามเหตุที่บัญญัติไว้ในมาตรา 53 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีทั้งสิ้น 5 ประการคือ

- 1) มีกฎหมายให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้หรือมีข้อสงวนสิทธิให้ยกเลิกได้ในคำสั่งทางปกครองนั่นเอง
- 2) คำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติแต่ไม่มีการปฏิบัติภายในเวลาที่กำหนด
- 3) กรณีที่สภาพของข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปซึ่งหากมีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เช่นนี้ขณะทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้
- 4) กรณีบทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปซึ่งหากมีบทกฎหมายเช่นนี้ในขณะทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น
- 5) กรณีที่อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือประชาชน

โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวแยกได้เป็น 2 กรณี⁶³

⁶³มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), น.111 – 112.

กรณีแรก

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือ ให้ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ซึ่งจะกระทำได้อีกเมื่อต้องด้วยหลักเกณฑ์ที่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 53 วรรคสี่ กำหนดไว้ ได้แก่

- (1) มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตาม วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง
- (2) ผู้ได้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้ เป็นไปตามเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครอง

กรณีที่สอง

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ในกรณีนี้จะถูกเพิกถอนได้ก็เฉพาะที่มีเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 53 วรรคสอง (1) – (5) เท่านั้น

โดยหลักการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่งนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ให้มีผลตั้งแต่ปัจจุบันหรือให้มีผลในอนาคต จะเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังกลับไปอดีตไม่ได้ แต่ คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่ง ให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจยกเลิกคำสั่งทาง ปกครองดังกล่าวย้อนหลังกลับไปในอดีตได้หรือยกเลิกให้มีผลตั้งแต่ปัจจุบันหรือผลในอนาคตได้ หากมิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทาง ปกครอง หรือผู้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไข ของคำสั่งทางปกครอง⁶⁴

2. การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 50 มาตรา 51 และมาตรา 52⁶⁵ โดยสามารถแยกหลักเกณฑ์การ เพิกถอนคำสั่งทางปกครองออกเป็น 2 กรณี คือ

⁶⁴วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 3, น.237 – 238.

⁶⁵โปรดดู มาตรา 50 มาตรา 51 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์ (สร้างภาระ) แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง

เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในส่วนแรกของมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วน โดยกำหนดให้มีผลย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตก็ได้ อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจดุลพินิจซึ่งหมายความว่า การที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายยังไม่มีผลบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวแต่อย่างใด ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจมีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งได้⁶⁶

(2) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 51 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งอาจแยกพิจารณาตามประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับ 2 กรณี คือ⁶⁷

กรณีแรก

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความจริงของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองว่ามีสภาพบังคับหรือชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะไม่ได้รับความคุ้มครอง เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการต่อไปนี้

- 1) แสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย
- 2) ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ
- 3) ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง หรือการไม่รู้นั้นเป็นไปด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

⁶⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 223.

⁶⁷ มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63, น. 97-100.

กรณีที่สอง

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น ฝ่ายปกครองอาจใช้ดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ได้ ทั้งนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับผลกระทบมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง

ผู้เขียนเห็นว่า อำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นอำนาจดุลพินิจที่อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจหน้าที่ในการเพิกถอนหรือแก้ไขในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้งว่ามีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไปโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่ใช่อำนาจไม่ได้ถือเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่คำสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขดังกล่าวถือเป็นคำสั่งทางปกครองจึงสามารถอุทธรณ์คำสั่งได้ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปซึ่งหากมีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เช่นนี้ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้นและหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 53 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเข้าลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ ดังนั้น การใช้อำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน นอกจากจะยึดถือหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อีกด้วย

ข. ขั้นตอนในการใช้อำนาจ⁶⁸

⁶⁸รายละเอียดโปรดดู ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 และกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการตั้งคณะกรรมการสอบสวน การสอบสวน การแจ้งผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อให้โอกาสคัดค้านและการพิจารณาเพิกถอนหรือแก้ไขการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ หรือการจดทะเบียนรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย พ.ศ.2544

มาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้บัญญัติขั้นตอนในการเพิกถอนหรือแก้ไข โฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไว้อย่างชัดเจน อันถือเป็นหลักการควบคุม ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง รวมถึงการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอีกด้วย โดยมีขั้นตอนที่สำคัญ ดังนี้

1. ให้อธิบดีกรมที่ดินหรือรองอธิบดีผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย แต่งตั้ง คณะกรรมการสอบสวนการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดย คลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อดำเนินการสอบสวนพยานหลักฐานให้ได้ ความว่ามีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไปโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบ ด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยคณะกรรมการดังกล่าว อย่างน้อยต้องมีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและ ตัวแทนคณะผู้บริหารท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่เป็นกรรมการ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

สำหรับกรุงเทพมหานคร ประกอบด้วย เจ้าพนักงานที่ดิน กรุงเทพมหานครหรือเจ้าพนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร สาขา หรือข้าราชการสังกัดกรมที่ดินที่ อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายเห็นสมควร เป็นประธาน ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร หรือผู้แทน ผู้อำนวยการเขตซึ่งที่ดินตั้งอยู่หรือผู้แทน และผู้แทนส่วนราชการอื่นที่เกี่ยวข้องตามที่ เห็นสมควร เป็นกรรมการ และข้าราชการตั้งแต่ระดับห้าขึ้นไปในสำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร หรือสำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร สาขา เป็นกรรมการและเลขานุการ

สำหรับจังหวัดอื่น ประกอบด้วย เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือ เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัด สาขา หรือข้าราชการสังกัดกรมที่ดินที่อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดี มอบหมายเห็นสมควร เป็นประธาน นายอำเภอหรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอซึ่ง ที่ดินนั้นตั้งอยู่หรือผู้แทน ตัวแทนคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่หรือ ผู้แทน และผู้แทนส่วนราชการอื่นที่เกี่ยวข้องตามที่เห็นสมควร เป็นกรรมการ และข้าราชการ ตั้งแต่ระดับห้าขึ้นไปในสำนักงานที่ดินจังหวัดหรือสำนักงานที่ดินจังหวัด สาขา เป็นกรรมการและ เลขานุการ ในกรณีที่ดินนั้นมีอาณาเขตติดต่อกับ คาบเกี่ยว หรืออยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขต อุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า หรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้ ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรี ให้แต่งตั้งผู้แทนกรมป่าไม้ เป็นกรรมการด้วย

2. ให้คณะกรรมการสอบสวนแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบ เพื่อให้มีโอกาสคัดค้าน เมื่อผู้มีส่วนได้เสียได้รับแจ้งหรือถือว่าได้รับแจ้งเพื่อให้โอกาสคัดค้านแล้ว และมี

ความประสงค์จะคัดค้าน ให้ทำหนังสือคัดค้านยื่นต่อประธานกรรมการสอบสวนภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งหากไม่คัดค้านภายใน 30 วัน ให้ถือว่าไม่ประสงค์จะคัดค้าน

3. ออกคำสั่งเพิกถอนหรือแก้ไข โดยแจ้งคำสั่งดังกล่าวพร้อมด้วย เหตุผลให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบทางไปรษณีย์ตอบรับ เพื่อให้อุทธรณ์หรือโต้แย้งต่ออธิบดีภายใน 15 วัน นับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีที่มีการอุทธรณ์หากครบกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณา อุทธรณ์ตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบ กับกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ไม่ว่าจะ มี คำวินิจฉัยของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์หรือไม่ก็ตาม ผู้มีส่วนได้เสียสามารถทำคำฟ้องเป็น หนังสือยื่นต่อศาลปกครองหรือส่งคำฟ้องทางไปรษณีย์ลงทะเบียนไปยังศาลปกครองภายใน ระยะเวลา 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ตามมาตรา 49 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นกรณีที่ความปรากฏแก่อธิบดีกรมที่ดินว่ามีการออกโฉนด ที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย อธิบดีมี อำนาจหน้าที่ตั้งคณะกรรมการสอบสวนตามความในมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อ ดำเนินการสอบสวนและพิจารณาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ฯ ก่อนที่จะ ดำเนินการเพิกถอนหรือแก้ไข ซึ่งอำนาจดังกล่าวแม้จะเป็นอำนาจดุลพินิจก็ตาม แต่อธิบดีมีหน้าที่ ต้องใช้อำนาจ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้ระบบทะเบียนที่ดินถูกต้องตรงตาม ข้อเท็จจริง อย่างไรก็ตามบุคคลทั่วไปอาจฟ้องต่อศาลให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนหรือ แก้ไขเอกสารสิทธิที่ออกไปโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อีกทางหนึ่ง

3.2.2 ศาล

ประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 61 วรรคแปด บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งถึงที่สุดให้เพิกถอนหรือแก้ไขอย่างใดแล้วให้เจ้าพนักงานที่ดินดำเนินการตาม คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นตามวิธีการที่อธิบดีกำหนด”

ตามบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ในกรณีที่มีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือ รับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่กรณีมีอำนาจดำเนินการ

ฟ้องร้องต่อศาลให้เพิกถอนได้ ไม่จำเป็นที่จะต้องให้อธิบดีกรมที่ดินเป็นผู้เพิกถอนทุกกรณี และเมื่อศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนหรือแก้ไขแล้ว จึงให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ดำเนินการตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นตามที่อธิบดีกรมที่ดินกำหนด⁶⁹ ปัจจุบันคือระเบียบกรมที่ดิน ฉบับที่ 3/2516 ลงวันที่ 19 มกราคม 2516 และระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยวิธีการการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ในกรณีศาลพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนหรือแก้ไข (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 กำหนดว่าเมื่อศาลได้แจ้งผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งอันถึงที่สุด หรือผู้มีส่วนได้เสียนำสำเนาคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดซึ่งจำศาลรับรองสำเนา มาแสดงแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เรียกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์และเอกสารที่เกี่ยวข้องจากผู้ยึดถือไว้และดำเนินการดังนี้

กรณีเพิกถอนโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้หมายเหตุ ด้วยวิธีขีดเส้นคู่ขนานบนด้านหน้าโฉนดหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือรายการจดทะเบียนหรือเอกสารนั้น แล้วบรรยายอักษรแดงว่า “โฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์หรือเอกสารหรือรายการจดทะเบียนนี้ ได้เพิกถอนตามคำพิพากษา (หรือคำสั่ง) ศาล..... คดีหมายเลขดำที่...../..... คดีหมายเลขแดงที่...../..... ลงวันที่.....เดือน.....พ.ศ..... ซึ่งคดีถึงที่สุดแล้ว” แล้วลงชื่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมวัน เดือน ปี กำกับ

กรณีที่จะต้องแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้ขีดฆ่าตอนที่คลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วเติมแก้ไขให้ถูกต้องตามคำพิพากษา (หรือคำสั่ง) ศาล แล้วบรรยายด้วยอักษรแดงว่า “ได้แก้ไขตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล..... คดีหมายเลขดำที่/..... คดีหมายเลขแดงที่...../.....ลงวันที่.....เดือน.....พ.ศ..... ซึ่งคดีถึงที่สุดแล้ว” แล้วลงชื่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมวัน เดือน ปี กำกับ

กรณีศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้เพิกถอนโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นบางส่วน ให้รังวัดกันเขตที่ดินส่วนที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้เพิกถอนโดยวิธีกันเขตรูปแผนที่ในโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ทำนองเดียวกับเรื่องแบ่งแยกด้วยหมักสีเขียว และแสดงเครื่องหมายเส้นสีเขียวไว้ที่ด้านข้างหรือด้านล่างรูปแผนที่ แล้วเขียนข้อความต่อท้ายว่า “เขตที่ดินบางส่วนที่เพิกถอนออกจากรูปแผนที่

⁶⁹โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 4106/2529 (เนติ.) น. 2359-2362.

เดิมตามคำพิพากษาศาล (หรือคำสั่งศาล) แล้วแต่กรณี.....คดีหมายเลขแดงที่.....
ลงวันที่.....” แล้วเขียนชื่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมวัน เดือน ปี กำกับไว้

ให้หมายเหตุด้วยหมึกสีแดงในสารบัญญัตินี้ได้รายการสุดท้ายว่า
"ได้เพิกถอนที่ดินบางส่วนตามรูปแผนที่หมายเลขเขียวตามคำพิพากษาศาล (หรือคำสั่งศาล)
แล้วแต่กรณี.....คดีหมายเลขแดงที่.....วันที่.....จำนวนเนื้อที่.....คงเหลือเนื้อที่.....
แล้วลงชื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ พร้อมวัน เดือน ปี กำกับไว้

โดยไม่ต้องเสนอบริบทดีแต่งตั้งคณะกรรมการ เพื่อดำเนินการเพิกถอน
หรือแก้ไข เพราะเป็นการใช้อำนาจคนละกรณีกัน นอกจากนี้ศาลฎีกาได้วางแนวคำวินิจฉัยเป็น
บรรทัดฐานว่า แม้โจทก์จะไม่ได้มีคำขอท้ายฟ้องให้เพิกถอนหรือแก้ไข ศาลก็มีอำนาจเพิกถอน
หรือแก้ไขได้เพราะเป็นปัญหากฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5)⁷⁰

ศาลที่มีอำนาจตามที่ประมวลกฎหมายที่ดินบัญญัติไว้ข้างต้นสามารถแยกได้ดังนี้

ก. ศาลยุติธรรม

ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมมีสามชั้นคือศาลชั้นต้น ศาล
อุทธรณ์ และศาลฎีกา ซึ่งมีอำนาจพิพากษาคดีแพ่งทั้งปวง สำหรับการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนด
ที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นกรณี
พิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน โดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วินิจฉัย
ชี้ขาดไว้ว่ากรณีดังกล่าวต่อไปนี้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรม ได้แก่

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 49/2547 วินิจฉัยว่า คดีที่สำนักงาน
พระพุทธศาสนาแห่งชาติ ผู้ฟ้องคดี ยื่นฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานทางปกครองว่าออก
โฉนดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้เพิกถอนโฉนดดังกล่าว การที่ศาลจะมีคำสั่งตามคำขอของ
ผู้ฟ้องคดีได้นั้น จำต้องพิจารณาในปัญหาว่ากรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทเป็นของผู้ฟ้องคดีหรือของผู้มี
ชื่อในโฉนดเป็นสำคัญ จึงเป็นกรณีพิพาทอันเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินระหว่างคู่กรณีอันอยู่ในอำนาจ
ของศาลยุติธรรม

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 50/2547 วินิจฉัยว่า คดีที่เอกชนยื่นฟ้อง
เจ้าหน้าที่ของรัฐว่าจัดการออกกระวางที่ดินใหม่และมีคำสั่งให้ออกโฉนดแก่เอกชนรายอื่นไม่ชอบ
ด้วยกฎหมาย ขอให้เพิกถอน ศาลจำต้องพิจารณาในปัญหาว่าสิทธิในที่ดินพิพาทเป็นของเอกชน

⁷⁰โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 69/2543 (สงเสริม.) น. 34-38.

ผู้ฟ้องคดีหรือเอกชนรายอื่นเป็นสำคัญ จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินอันอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

หลักสำคัญของการเสนอคดีต่อศาลยุติธรรมคือ ผู้ที่จะเป็นคู่ความจะต้องเป็นบุคคล หมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ถ้าไม่มีสภาพบุคคลก็เข้ามาเป็นคู่ความไม่ได้ไม่ว่าในฐานะโจทก์หรือจำเลยหรือผู้ร้องสอดก็ตามและต้องถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่หรือมีความจำเป็นจะต้องใช้สิทธิทางศาล⁷¹ นอกจากจะต้องพิจารณาตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แล้ว ยังมีหลักพิเศษที่จะต้องพิจารณาคือ ผู้เสนอคดีใช้สิทธิโดยสุจริตหรือไม่ หลักนี้มาจากหลักสุภาพษิตที่ว่า “ต้องมาศาลด้วยมือสะอาด” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 ถ้าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตแล้วศาลอาจพิพากษายกฟ้องโดยไม่ต้องพิจารณาปัญหาอื่นอีก เมื่อมีบทกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษที่ต้องดำเนินการผ่านขั้นตอนในทางบริหารหรือขั้นตอนอื่นจึงจะฟ้องคดีได้ก็ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายนั้น ๆ บัญญัติไว้ก่อนจึงจะนำคดีมาสู่ศาลได้ และเมื่อกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษว่าจะฟ้องใครได้หรือไม่ได้อย่างไรก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายนั้น เช่น พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง”⁷²

สำหรับกรณีการออกเอกสารสิทธิโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายข้างต้น ผู้มีส่วนได้เสียซึ่งถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่อาจใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม เพื่อให้เพิกถอนหรือแก้ไขได้ซึ่งจะต้องเริ่มคดีโดยมีข้อพิพาทและต้องทำเป็นคำฟ้อง

ข. ศาลปกครอง

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองแบ่งออกเป็นสองชั้นคือ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด สำหรับศาลปกครองชั้นต้นมี 2 ประเภท ได้แก่ ศาลปกครองกลางและศาลปกครองในภูมิภาค⁷³ ปัญหาว่า

⁷¹โปรดดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55

⁷²อุดม เฟื่องฟุ้ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ตอน 1, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดศิริบรรจุกัณฑ์ สเตชันเนอรี่, 2545), น. 437-439.

⁷³โปรดดู พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 7

กรณีการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยตลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ เห็นว่าศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง อันได้แก่ คดีหรือข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน อันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ สำหรับกรณีการเพิกถอนหรือแก้ไขเอกสารสิทธิที่ออกโดยไม่ชอบดังกล่าวศาลปกครองก็มีอำนาจพิพากษาเพิกถอนหรือแก้ไขได้เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.17/2547 มีนายประสาน เจริญผล กับผู้ฟ้องคดีร่วม (รวม 6 ราย) ผู้ฟ้องคดีเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดจันทบุรี สาขาท่าใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดี ข้อเท็จจริงในคดีมีสาระสำคัญว่า เมื่อ พ.ศ. 2519 ได้มีการเดินสำรวจเพื่อออก น.ส.3 ก. ในท้องที่หมู่ที่ 5 ตำบลทุ่งเบญจา อำเภอท่าใหม่ จังหวัดจันทบุรี โดยใช้ระวางรูปถ่ายทางอากาศของกรมแผนที่ทหารที่ถ่ายไว้เมื่อปี พ.ศ. 2518 ซึ่งตามหลักฐานระวางดังกล่าว ปรากฏมีร่องรอยรูปทางผ่านบริเวณที่ดินแปลงพิพาทปัจจุบันคือ ที่ดิน น.ส. 3 ก. เลขที่ 419 เลขที่ 433 และเลขที่ 435 แต่ผู้ปกครองท้องที่ที่เป็นผู้นำชี้แนวเขตที่สาธารณประโยชน์เห็นว่าเป็นเส้นทางที่เกิดจากรถลากซุงไม่วิ่งผ่านไปมามิใช่ทางสาธารณประโยชน์ จึงมิได้กั้นไว้เป็นทางสาธารณประโยชน์ แต่มีการกั้นทางสาธารณประโยชน์ไว้ในบริเวณด้านทิศเหนือของที่ดินตาม น.ส.3 ก. เลขที่ 435 ต่อมาเจ้าของที่ดิน น.ส. 3 ก. ทั้งสามฉบับ ได้ก่อสร้างรั้วลวดหนามปิดกั้นทางพิพาท ทำให้ผู้ฟ้องคดีใช้เส้นทางดังกล่าวไม่ได้ จึงร้องเรียนต่อนายอำเภอท่าใหม่ ต่อมานายอำเภอท่าใหม่ได้แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริง ผลการตรวจสอบปรากฏว่า ราษฎรและผู้ใหญ่บ้านที่ร่วมตรวจสอบยืนยันว่า ทางพิพาทเป็นทางสาธารณประโยชน์ใช้เดินมานานประมาณยี่สิบปี คณะกรรมการฯ จึงเชื่อว่าเส้นทางพิพาทเป็นทางสาธารณประโยชน์จริง แต่เมื่อนายอำเภอท่าใหม่ได้สั่งให้เจ้าหน้าที่บริหารงานที่ดินอำเภอท่าใหม่ ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่กลับรายงานว่าได้ออก น.ส. 3 ก. ดังกล่าวถูกต้องแล้ว ผู้ฟ้องคดี จึงได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี เพิกถอน น.ส. 3 ก. เลขที่ 419 เลขที่ 433 และเลขที่ 435 และกั้นแนวทางสาธารณประโยชน์ใหม่

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยสรุปได้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการรับฟังข้อเท็จจริงซึ่งนำไปสู่การออก น.ส. 3 ก. โดยปราศจากข้อเท็จจริงสนับสนุนและขัดแย้งกับหลักฐานระวางรูปถ่ายทางอากาศ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าทางดังกล่าวเกิดจากรถลากซุง และผู้ฟ้องคดีให้การว่ามีขนาด 1 ทางวิ่ง ประกอบภาพถ่ายทางพิพาทที่ผู้ฟ้องคดีส่งต่อศาลเป็นทางดินลูกรังที่รถยนต์วิ่งผ่านไปมาได้มีความกว้างไม่น้อยกว่า 3 เมตร จึงพิพากษาให้เพิกถอน น.ส. 3 ก. เลขที่

419 เลขที่ 433 และเลขที่ 435 บางส่วนเฉพาะที่ทับทางสาธารณประโยชน์ โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขหลักฐานหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 ก.) ตามมาตรา 61 วรรคแปด แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ภายในกำหนด 90 วัน นับแต่วันมีคำพิพากษา

ผู้ถูกฟ้องคดีอุทธรณ์

ศาลปกครองสูงสุด พิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น

จึงเห็นได้ว่าศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ตามมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากการศึกษาอำนาจในการเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย พบว่าประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 61 ได้ให้อำนาจอธิบดีกรมที่ดินซึ่งเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง รวมทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขได้ สำหรับอำนาจของอธิบดีกรมที่ดินนั้นถือได้ว่าเป็นอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการซึ่งอำนาจดังกล่าวข้างต้นเป็นอำนาจดุลพินิจที่อธิบดีกรมที่ดิน จะใช้ดุลพินิจตัดสินใจโดยอิสระว่าจะใช้อำนาจดังกล่าวหรือไม่ แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายประสงค์ที่จะให้ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขเพื่อให้ระบบทะเบียนที่ดินถูกต้องตามกฎหมายโดยไม่ต้องใช้อำนาจศาลทุกกรณี ดังนั้น อธิบดีกรมที่ดินจึงจำต้องใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริงโดยใช้อำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากไม่ใช้อำนาจดังกล่าวถือว่าเป็นละเลยต่อหน้าที่ ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่การที่อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจหน้าที่สั่งเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวเป็นอำนาจดุลพินิจ ที่อธิบดีกรมที่ดินมีหน้าที่จะต้องใช้อำนาจก็ตาม ซึ่งจะต้องผ่านขั้นตอนวินิจฉัยข้อเท็จจริงเสียก่อนว่า มีพยานหลักฐานเพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ามีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน หากในขณะที่อธิบดีใช้อำนาจหน้าที่ตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ปรากฏว่าเหตุที่จะต้องเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้สิ้นสุดหรือเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณี อธิบดีจะไม่เพิกถอนหรือแก้ไขก็ได้ แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีการสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขไปแล้ว กฎหมายยังเปิดโอกาสให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่เพิกถอนหรือ

มีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

อย่างไรก็ตามผลของการใช้อำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องอยู่หลายประการโดยเฉพาะผลต่อบุคคลที่รับโอนหรือเปลี่ยนแปลงสิทธิทางทะเบียนโดยสุจริตรวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐด้วย



สำนักหอสมุด