

บทที่ 2

ทบทวนวรรณกรรม แนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม ประกอบด้วยคำสองคำ คือ “นิติ” และ “ธรรม”

1) “นิติ” (Legal) “หมายถึง กฎหมาย หรือกฎระเบียบแบบแผนที่ประกอบไปด้วยแบบแผนในการปกครองบ้านเมืองกับขนบธรรมเนียมประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้น”¹ โดยมีแนวคิดพื้นฐานในการเห็นพ้องร่วมกัน (General Consensus) ของคนหรือสมาชิกในประชาคมการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นความเห็นพ้องร่วมกันระหว่างคนกลุ่มน้อยที่เป็นผู้ปกครอง (Ruler) กับคนกลุ่มใหญ่ที่เป็นผู้ถูกปกครองหรือประชาชน (Citizen) เพื่อให้เป็นแบบแผนมาตรฐานของพฤติกรรมร่วม (Mutual Practice) ทั้งนี้ โดยอาศัยกฎเกณฑ์ของกฎหมายเป็นกรอบกำกับในการบังคับควบคุม โดยเฉพาะการควบคุมพฤติกรรมและการกระทำที่กระทบต่ออำนาจของผู้ปกครองและสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ถูกปกครอง ซึ่งเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมพื้นฐานที่สำคัญของรัฐใน 3 ด้านด้วยกันคือ การออกกฎหมาย (Legislative Practice), การบังคับใช้กฎหมาย (Executive Practice) และการตีความกฎหมายและพิพากษาคดี (Judicial Practice) โดยอยู่บนหลักพื้นฐานแห่งความเชื่อถือศรัทธา (Trust) เพื่อประกันเสถียรภาพของการอยู่ร่วมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักประกันเสถียรภาพระหว่างอำนาจอันชอบธรรมของผู้ปกครอง กับสิทธิเสรีภาพอันชอบธรรมของประชาชนผู้ถูกปกครอง ทั้งนี้ ต้องมีการกำหนดกรอบในการจำกัดควบคุมอำนาจของผู้ปกครองไว้ให้เป็นไปที่แน่นอนชัดเจน เช่นเดียวกันกับการกำหนดกรอบในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อเป็นหลักประกันได้ว่า ทั้งผู้ปกครองและประชาชนต่างมีเสถียรภาพในการอยู่ร่วมกัน โดยที่อำนาจของผู้ปกครองนั้น มิได้ใช้เพื่อการกดขี่ข่มเหงประชาชน หากแต่ใช้เพื่อการคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัยในชีวิตทรัพย์สินของประชาชนเป็นหลัก ด้วยสันติวิธี (Peace) เพื่อให้สภาพแวดล้อมของรัฐให้เกิดสันติสุขในการดำรงอยู่ร่วมกันระหว่างความแตกต่างของมนุษย์

¹ ราชบัณฑิตยสถาน. (2539). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: อักษรเจริญทัศน์. หน้า 447.

โดยไม่ก่อความขัดแย้งแตกแยก ระหว่างฝ่ายข้างมากกับฝ่ายข้างน้อย โดยไม่มีการกดขี่ข่มเหง คุกคามซึ่งกัน ระหว่างผลประโยชน์ส่วนใหญ่กับผลประโยชน์ส่วนน้อย และระหว่างความถูกต้อง ของฉันทมติชั่วคราว ฝ่ายข้างมากที่ได้รับการยอมรับก่อนกับฝ่ายข้างน้อยที่ยังต้องรอการยอมรับ ในภายหลัง ซึ่งเป็นการคัดแปลงสถานะธรรมชาติของสังคมมนุษย์ ให้เปลี่ยนจากการต่อสู้ ด้วยพลังกำลังโดยใช้ความรุนแรงหรือขจัดทำลายล้างขั้นแตกหัก เป็นการแข่งขันกันด้วยกติกาที่ สันติวิธีสามารถประนีประนอมประนีประนอมและหาทางออกที่เป็นสายกลาง โดยไร้ความสูญเสียของทุกฝ่ายได้ โดยใช้ความยุติธรรม (Justice) เป็นเจตจำนงร่วมอันชอบด้วยกติกา (Legality of General will) ซึ่งจะส่งผลให้กระบวนการในการขับเคลื่อนรัฐนั้น นำไปสู่ความเป็นรัฐแห่งกติกาที่เกื้อหนุนให้ การใช้อำนาจของผู้ปกครอง เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐไม่ใช่ตามอำเภอใจของตน ซึ่งมุ่ง สนองเป้าหมายของรัฐไม่ใช่เป้าหมายหรือประโยชน์ส่วนตัวหรือพวกของตน เพื่อให้การทำหน้าที่ ของรัฐนั้นเป็นเสมือนเบ้าหลอมในการสร้างเจตจำนงร่วมอันชอบด้วยกติกาให้เกิดขึ้นในหมู่ของ กลไกสำคัญฝ่ายต่าง ๆ ของรัฐร่วมกันได้ทั้งฝ่ายการเมืองการปกครอง (Government Sector) และ ฝ่ายประชาชน (Private Sector)

2) “ธรรม” (Dhamma) หมายถึง “คุณความดี คำสั่งสอน แนวทางปฏิบัติ ความจริง ความยุติธรรม ความถูกต้อง หรือกฎเกณฑ์” ซึ่งพระราชาวรมุณี (ประยุทธ์ ปยุตโต) ได้อธิบายคำว่า “ธรรม” คือ “สภาพที่ทรงไว้, ธรรมดา, ธรรมชาติ, สภาวะธรรม, สัจธรรม, ความจริง, เหตุ, ต้นเหตุ, สิ่ง, ปรากฏการณ์ ฯลฯ”²

ส่วนความหมายของหลักนิติธรรม ตามพจนานุกรม³ หมายความว่า “หลักพื้นฐาน ของกฎหมาย” หรือ “หลักการที่เป็นกฎกติกาของกฎหมายที่ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องยึดถือและ ปฏิบัติตาม” โดยอาจจะสรุปได้ว่า หลักนิติธรรม หมายถึง หลักการปกครองภายใต้กฎหมายเป็นใหญ่ และเป็นหลักการปกครองที่บุคคลทั้งหลาย สถาบันและหน่วยงาน ไม่ว่าจะเป็็นสาธารณะหรือ เอกชน รวมไปถึงรัฐ มีความรับผิดชอบทางกฎหมายที่ได้มีการประกาศบังคับใช้อย่างเป็นการ ทั่วไป มีการบังคับใช้อย่างเสมอภาคกันและสอดคล้องกับธรรมเนียมและมาตรฐานของสิทธิ มนุษยชนระหว่างประเทศที่เป็นสากล หลักดังกล่าวนี้จะต้องมีมาตรการเพื่อเป็นการประกันการ เคารพและปฏิบัติต่อหลักการความสูงสุดของกฎหมาย ความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย มีความ โปร่งใส และยุติธรรมในการใช้กฎหมาย การรวมอำนาจ การแบ่งแยกอำนาจ การกระจายอำนาจ

² พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต). (2559). *พจนานุกรมพุทธศาสตร์ ฉบับประมวลศัพท์* เพิ่มเติมและปรับปรุง. กรุงเทพฯ: มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. หน้า 142.

³ ราชบัณฑิตยสถาน. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1*. หน้า 447.

การมีส่วนร่วมในกระบวนการ ตัดสินใจ ความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย หลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติ ความโปร่งใสของกฎหมายและกระบวนการทางกฎหมายทุกขั้นตอน

2.1.2 ความเป็นมาของหลักนิติธรรม

ความเป็นมาของหลักนิติธรรมนั้น เชื่อกันว่ามีมาตั้งแต่ยุคสมัยของนักคิดและนักปรัชญาชาวกรีก อันได้แก่เพลโต (Plato) และ อริสโตเติล (Aristotle) ที่ได้คิดค้นรูปแบบการปกครองที่ดีเพื่อนำไปสู่สังคมที่เพื่อนมนุษย์สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุข สงบสุข มีประสิทธิภาพ มีศักดิ์ศรี และเป็นธรรม⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคิดของ อริสโตเติล ที่ได้สรุปว่า กฎหมายเท่านั้นที่ควรจะเป็นผู้ปกครองสูงสุดในระบอบการเมือง หากใช้ตัวบุคคล ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า สังคมอันชอบธรรมจะเกิดขึ้นได้ต้องเป็นสังคมที่ใช้กฎหมายเป็นหลักในการปกครองด้วยกฎหมาย (Rule by law) ซึ่งเป็นหลักการใช้กฎหมายเพื่อเป็นข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ไม่ใช่สังคมที่มีบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลเป็นใหญ่ (Rule by Men) ที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจโดยอำเภอใจโดยปราศจากการควบคุม โดยเหตุที่มีการปฏิเสธการปกครองโดยบุคคลหรือคณะบุคคล เนื่องจากสังคมนั้นหนึ่งที่ว่าเมื่อมนุษย์มีอำนาจจะมีแนวโน้มนำไปสู่การฉ้อฉลทุจริต อำนาจที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดนำไปสู่การฉ้อฉลทุจริตอย่างเด็ดขาดแน่นอน⁶ อย่างไรก็ตาม ลำพังแต่การที่มีกฎหมายเป็นหลักในสังคมหรือในประเทศนั้นยังไม่เพียงพอ เนื่องจากมนุษย์เป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นมาแต่มนุษย์ปุถุชน ย่อมมีทั้งด้านดีและด้านไม่ดี จนนำไปสู่การใช้กฎหมายสร้างความไม่เป็นธรรม ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือทำลายล้างสิ่งตรงข้าม ใช้กฎหมายสร้างความชอบธรรมให้กับตนเองหรือพวกพ้อง เป็นต้น ดังนั้น กฎหมายจึงต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานบางประการ ซึ่งก็คือ หลักนิติธรรม (The Rule of Law) โดยความเป็นมาของหลักนิติธรรมมีความเด่นชัดมากยิ่งขึ้นจากการที่เป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรจากแนวความคิดที่ว่า “มนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมาย”⁷ ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก

⁴ กำชัย จงจักรพันธ์. (2556). *หลักนิติธรรม ความหมายสาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืน*. เอกสารคำบรรยายร่างข้อเสนอเรื่อง “หลักนิติธรรม ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืน” ณ โรงแรมรามาร์คเดนมาร์ก เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2556. หน้า 1-2.

⁵ Aristotle. (1995). *Politics*. USA: Oxford University Press. p. 127.

⁶ John Emerich Edward Dalberg-Acton, 1st Baron Acton (Lord Acton) ได้มีความเห็นอันโด่งดังเกี่ยวกับแนวความคิดที่คัดค้านแนวความคิดที่ว่า “สันตะปาปาเป็นตัวแทนของพระเจ้า เป็นผู้มีอำนาจสูงสุด การกระทำใด ๆ ของสันตะปาปาย่อมถูกต้องเสมอ โดยความเห็นดังกล่าวมีถ้อยคำส่วนหนึ่งว่า “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely. Great men are almost always bad men”.

⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2555). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. *อุตนิติ*, หน้า 57-60.

ในสมัยของพระเจ้าจอห์น (King John) กษัตริย์แห่งสหราชอาณาจักรในเวลานั้น ได้ถูกบังคับโดยขุนนางให้พระองค์ลงนามในเอกสารสำคัญที่ชื่อว่า Magna Carta ซึ่งเอกสารฉบับนี้เป็นพันธสัญญาที่กษัตริย์ให้ไว้แก่บรรดาขุนนางในการจำกัดอำนาจของพระองค์ลง จึงอาจกล่าวได้ว่า Magna Carta เป็นก้าวสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของมนุษย์ที่จะนำไปสู่การปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ในเวลาต่อมา เนื่องจากเอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้หลักการปกครองโดยกฎหมายได้รับการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และการประกันสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการลงนามใน Magna Carta แล้ว ก็เป็นเพียงการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ลง แต่อำนาจปกครองยังคงอยู่ที่กษัตริย์โดยในเวลาต่อมา รัฐสภาได้พัฒนากลายเป็นสถาบันซึ่งเป็นผู้แทนของกลุ่มคนต่าง ๆ และเริ่มมีบทบาทมากขึ้นจนกลายเป็นคู่ปรับสำคัญของกษัตริย์โดยเมื่อ ค.ศ. 1628 ในยุคสมัยของพระเจ้าชาร์ลที่ 1 (King Charles I (ค.ศ. 1600-1649)) รัฐสภาได้ตรา Petition of Rights ขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและเสรีภาพส่วนบุคคล โดยประกาศว่าผู้ปกครอง รัฐบาล ตลอดจนศาลต้องเคารพในสิทธิดังกล่าว ในเวลาต่อมาเอกสารฉบับนี้ได้ถูกเพิ่มเติมโดยเอกสารที่ชื่อว่า Habeas Corpus Act (ค.ศ. 1679) นับเป็นจุดเริ่มต้นของการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมสาระสำคัญของเอกสารฉบับนี้คือ การให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนที่ถูกจับกุม ตัวอย่างเช่น กรณีที่บุคคลใดถูกจับกุม บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องปกป้องตนเองต่อศาลโดยคำฟ้องดังกล่าวเรียกว่า “writ of habeas corpus” เป็นต้นจนในที่สุดกษัตริย์เริ่มรู้สึกว่รัฐสภามีอำนาจมากขึ้นไปและเริ่มเป็นอันตรายเป็นเหตุให้การแย่งกันเพื่อครองอำนาจที่เหนือกว่าระหว่างรัฐสภากับกษัตริย์เป็นไปอย่างเข้มข้น และได้เกิดเป็นสงครามกลางเมืองขึ้นในระหว่างค.ศ. 1642-1649 จนกระทั่งในที่สุดรัฐสภาได้รับชัยชนะได้ในการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) ระหว่างปี ค.ศ. 1688-1689 ผลของการปฏิวัตินี้ได้นำมาซึ่งเอกสารสำคัญอีกฉบับหนึ่ง คือ Bill of Rights ที่ทำให้รัฐสภากลายเป็นรัฐอธิปไตย⁸ คู่กันกับกษัตริย์โดยเหตุนี้ในช่วงต้นศตวรรษที่ 17 ยังไม่ปรากฏแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจในสหราชอาณาจักรนั้น เห็นว่ากษัตริย์มีอำนาจปกครองโดยเด็ดขาดและดำรงอยู่เหนือกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา หรือ Common Law ที่พัฒนาขึ้นโดยศาลดังนั้น การที่กษัตริย์มีอำนาจเหนือรัฐสภาและศาล กษัตริย์จึงมีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ผ่านรัฐสภามาแล้วและมีอำนาจที่จะเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของศาล

⁸ รัฐอธิปไตยตามความหมายในระบบการเมืองการปกครอง คือ ผู้มีอำนาจสูงสุดตามประเพณีการปกครองในแต่ละยุคแต่ละสมัย หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นอำนาจปกครองสูงสุดของรัฐ ขณะเดียวกันความหมายเชิงนามธรรมยังหมายถึง รัฐธรรมนูญ หรือ กฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ซึ่งผู้ใดไม่อาจจะละเมิดได้ และกฎหมายอื่นไม่อาจจะขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้

ในเวลาต่อมา รัฐสภาสามารถจำกัดอำนาจกษัตริย์จนสำเร็จและได้กลายเป็นรัฐธรรมนูญที่ กษัตริย์โดยในช่วงที่รัฐสภาต่อสู้กับกษัตริย์อยู่นี้ศาลก็ได้เข้ามามีบทบาทด้วยโดยได้พิพากษาคดี ไปในทางยืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของ Common Law ที่พัฒนาขึ้นโดยศาล โดยเห็นว่า ทั้งกษัตริย์และรัฐสภาย่อมต้องตกอยู่ภายใต้ Common Law ทั้งกษัตริย์และรัฐสภาก็จะตรากฎหมาย หรือกำหนดกฎเกณฑ์ใดให้ขัดกับ Common Law ไม่ได้และศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการ วินิจฉัยว่ากฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นขัดหรือแย้งกับ Common Law หรือไม่ ประการใด แม้ว่า แนวความคิดและคำพิพากษาจะไม่ได้ทำให้ศาลกลายเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบบการปกครอง ของสหราชอาณาจักร เพราะศาลต้องผูกพันต่อกฎหมายที่สภาตราขึ้นจะอ้าง Common Law ปฏิเสธ กฎหมายที่สภาตราขึ้นไม่ได้ แต่แนวความคิดดังกล่าวที่ปรากฏในคำพิพากษาต่าง ๆ ก็กลายเป็น ส่วนประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมของสหราชอาณาจักรจวบจนถึงปัจจุบันนี้ โดยมีนักกฎหมาย ชาวอังกฤษที่ชื่อว่า Albert Venn Dicey ได้อธิบายหลักนิติธรรมไว้ในตำราชื่อว่า “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” ว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจ สูงสุดของรัฐสภา และหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกัน ต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ใต้กฎหมายซึ่งมีบรรดาศาสนาทั้งหลาย เป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายที่ ปวงที่จะยกเว้นมิให้ยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐ หรือตัวแทนแห่งรัฐ และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาลและ ฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพ ของราษฎรตามอำเภอใจ รัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษใด ๆ เหนือกว่าราษฎรไม่ได้

สำหรับหลักนิติธรรมในราชอาณาจักรไทยมีมาช้านานเช่นกัน โดยหลักนิติธรรม (Rule of Law) ไม่ใช่คำใหม่ในวงการกฎหมายของราชอาณาจักรไทย โดยพบว่า “หลักนิติธรรม” ปรากฏครั้งแรก ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹⁰ แต่เนื่องจากหลักนิติธรรมเป็นแนวคิด ที่กำเนิดและพัฒนาขึ้นก่อนในสหราชอาณาจักร อันมีระบบกฎหมาย แนวคิดและสภาพแวดล้อม ที่ต่างจากกฎหมายของราชอาณาจักรไทย¹¹ โดยจะเห็นได้จากกรณีที่ราชอาณาจักรไทยได้รับเอา

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 60.

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกในประวัติศาสตร์ของ รัฐธรรมนูญไทยที่ได้บัญญัติรับรู้ถึงความมีอยู่และความสำคัญของหลักนิติธรรม โดยใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” เขียนไว้ในกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน แต่มิได้อธิบายความหมายว่านิติธรรมคืออะไร มีความสำคัญ อย่างไร โดยรัฐธรรมนูญฯ ฉบับก่อนหน้านี้อาจจะบัญญัติถึงนิติรัฐ.

¹¹ กำชัย จงจักรพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 3.

แนวคิดของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากสหราชอาณาจักรอันเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มาเป็นรากฐาน โดยหลักนิติธรรมของราชอาณาจักรไทยกลับมีปรากฏเป็นรูปธรรมอย่างเป็นทางการเมื่อปี พ.ศ. 2550 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติไว้โดยสรุปว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล และการปฏิบัติหน้าที่ของทั้งสามองค์กรดังกล่าว รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ดังนั้น หลักนิติธรรมอันเป็นแนวคิดและทฤษฎีที่มีสภาพเป็นนามธรรมจึงได้ถูกทำให้ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมจับต้องได้เป็นครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้จึงเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรไทยที่ได้บัญญัติ รับรู้ถึงความมีอยู่ และให้ความสำคัญกับหลักนิติธรรม โดยทำให้ปรากฏขึ้นในตัวบทกฎหมายสูงสุดที่จับต้องได้ (Positive law or Existing law) อย่างจริงจัง

2.1.3 ความหมายของหลักนิติธรรม

จากการศึกษาความเป็นมาของหลักนิติธรรม จะทำให้เห็นว่า หลักนิติธรรม หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรมจะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม และหลักนิติธรรมนี้จะถูกล่วงละเมิดไม่ได้¹² ซึ่งอาจจำแนกความหมายของหลักนิติธรรมได้เป็น 2 ประการ¹³ ได้แก่

1) หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำต่าง ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรม หรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรมย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

2) หลักนิติธรรมโดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ที่อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า อุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะไม่มีลักษณะสาระสำคัญครบถ้วนของการเป็นกฎหมายและกระบวนการ

¹² วรเจตน์ ภาคิรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 62

¹³ คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติและคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม ในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ. หน้า 1-8.

ยุติธรรมที่ดี หรือขาดตกบกพร่อง ไปบ้างก็ตาม กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ยังใช้บังคับได้อยู่ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด

2.1.4 สาระสำคัญของหลักนิติธรรม

เมื่อได้ทราบถึงความเป็นมาของหลักนิติธรรมแล้วสิ่งที่ควรทราบต่อมาก็คือ สาระสำคัญของหลักนิติธรรมนั้น แม้ว่ากฎหมายจะมีเนื้อหาที่เข้มงวดและมีบทลงโทษรุนแรงเพียงใดก็ตาม หากมีความแน่นอนชัดเจนและบังคับใช้โดยทั่วไป ไม่เจาะจงต่อกรณีใดโดยเฉพาะ และไม่บังคับให้มีผลย้อนหลัง ไม่ขัดแย้งกับหลักการประชาธิปไตย องค์การที่ใช้อำนาจบังคับตามกฎหมายเข้มงวด ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของกฎหมาย และในส่วนของประชาชนก็ถือว่าอยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายแล้ว ที่กล่าวมาข้างต้นก็ย่อมเป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรม โดยกฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญหลายประการ¹⁴ กล่าวคือ

- 1) กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไป ไม่เว้นแม้กระทั่งองค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- 2) กฎหมายจะต้องประกาศใช้อย่างเปิดเผย
- 3) กฎหมายจะต้องมีผลใช้บังคับไปในอนาคต ไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต
- 4) กฎหมายต้องมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการใช้บังคับที่ไม่เป็นธรรม
- 5) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดหรือแย้งกันเอง
- 6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้
- 7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็เปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้
- 8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น

โดยอาจจำแนกสาระสำคัญของหลักนิติธรรมอีกแบบได้ 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

- 1) สาระสำคัญของหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด ได้แก่
 - (1) หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาและตุลาการหมายความว่า ผู้พิพากษาและตุลาการต้องมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้หลักกฎหมาย ความเป็นอิสระเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานเพื่อให้ผู้พิพากษาและตุลาการสามารถดำรงตนด้วยความเป็นกลางในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยบรรดคดีโดยปราศจากอคติไม่เอนเอียงเข้าข้างฝ่ายใด โดยเที่ยงธรรมตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่ามีอยู่ 2 รูปแบบ กล่าวคือ

¹⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). *รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 9 “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”*. กรุงเทพฯ: พี.เพรส. หน้า 445.

(1.1) ความเป็นอิสระและความเป็นกลางจากภายนอก คือ ผู้พิพากษาและตุลาการจะต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจการสั่งการและแทรกแซงได้จากผู้อื่น

(1.2) ความเป็นอิสระและความเป็นกลางจากภายใน คือ ผู้พิพากษาและตุลาการต้องพิจารณาพิพากษาคดีและตัดสินคดีโดยปราศจากอคติทั้งปวง

ดังนั้น หากกฎหมายใดที่ลิดรอนหรือทำให้ผู้พิพากษาและตุลาการไม่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ หรือปรากฏชัดแจ้งว่าอยู่ภายใต้อคติในการปฏิบัติหน้าที่ กฎหมาย คำพิพากษา คำสั่ง หรือคำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมไม่มีผลใช้บังคับเนื่องจากขัดต่อหลักนิติธรรม

(2) กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไปหมายถึง กฎหมายต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับโดยเสมอภาคกัน ไม่สามารถใช้บังคับกับเฉพาะคนบางคน หรือบางกรณีโดยเฉพาะเจาะจงได้ เพราะกฎหมายจะต้องเป็นการวางกฎเกณฑ์กติกาสำหรับสังคมโดยทั่วไป จึงจำเป็นต้องให้กฎหมายใช้บังคับเป็นการทั่วไป

(3) กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบหมายความว่า กฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลำดับชั้นใดจะต้องมีการประกาศใช้เป็นการทั่วไป เพื่อให้ประชาชนได้รับทราบก่อนที่จะมีผลใช้บังคับ

(4) กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษหมายความว่า หากในขณะกระทำการใด ๆ ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด กฎหมายที่บัญญัติในภายหลังจะกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและลงโทษมิได้ นอกจากนี้ หากการกระทำใดมีกฎหมายบัญญัติความผิดและโทษอยู่แล้วในขณะกระทำความผิดกฎหมายจะบัญญัติในภายหลังกำหนดให้การกระทำดังกล่าวมีความผิดและให้บุคคลต้องรับโทษที่หนักขึ้นไม่ได้ โดยการบัญญัติกฎหมายใช้ย้อนหลังแก่การกระทำที่เกิดขึ้นมาแล้ว ย่อมเท่ากับกฎหมายมุ่งจะให้บุคคลได้รับโทษก่อนที่จะมีกฎหมาย ประชาชนย่อมไม่ทราบหรือไม่ตระหนักว่าการกระทำของตนเองจะได้รับโทษซึ่งรุนแรงกว่าโทษอื่น ๆ กฎหมายดังกล่าวจึงกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าสังคมจะยอมรับได้ และกฎหมายจะกลายเป็นเครื่องมือให้ผู้มีอำนาจที่ฉ้อฉลใช้อำนาจออกกฎหมายกลับแกล้างโทษบุคคลอื่น จึงไม่ถูกต้อง กฎหมายที่มีโทษอันมีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษจึงขัดต่อหลักนิติธรรมย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

(5) ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องมีสิทธิในการต่อสู้คดีหมายความว่า หลักนิติธรรมในข้อนี้มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สุดในกระบวนการยุติธรรมของผู้ต้องหาหรือจำเลย ซึ่งผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องได้รับสิทธิต่าง ๆ ในการต่อสู้คดีของตนอย่างเต็มที่ตามขั้นตอนและกระบวนการของกฎหมาย การปิดกั้นมิให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยนำพยานเข้าสืบพินิจค้นคว้าความบริสุทธิ์ของตนจะกระทำไม่ได้

(6) เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจหมายความไว้ เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถใช้อำนาจได้ หากว่าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ทั้งนี้ เป็นไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งจะแตกต่างไปจากหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชนที่ว่าประชาชนสามารถกระทำการได้ทุกประการหากกฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามมิให้กระทำได้ ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้ย่อมทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนเสียหาย การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐดังกล่าวจึงไม่สามารถกระทำได้ และหากมีการฝ่าฝืนกระทำไปย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

(7) กฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้ หมายความว่า หลักนิติธรรมต้องมีพลวัตพัฒนาให้เท่าทันกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายไว้เป็นการล่วงหน้า กำหนดให้การกระทำใดที่ยังมิได้เกิดขึ้นให้ถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด หรือเป็นความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษไม่สามารถกระทำได้ เพราะจะทำให้การกระทำที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตดังกล่าวไม่ได้รับการตรวจสอบตามกฎหมายในขณะนั้นเท่ากับกฎหมายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจที่จะกระทำการอย่างใดก็ได้ตามอำเภอใจของตน กฎหมายดังกล่าวจึงขัดต่อหลักนิติธรรมย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

2) สารสำคัญของหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง ได้แก่

(1) กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน หมายความว่า การบัญญัติกฎหมายจะต้องใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ชัดเจนเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น หลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือไม่ชัดเจนโดยไม่จำเป็น เพราะจะทำให้สามารถตีความไปได้หลายนัย ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาโต้แย้งโต้เถียงต่อไปในการใช้การตีความกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีการบัญญัติกฎหมายอาจจำเป็นต้องใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ เพื่อเปิดโอกาสให้มีการใช้การตีความในอนาคต เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมตามกาลสมัยก็ได้ อาทิ การที่กฎหมายใช้ถ้อยคำทำนองที่ว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นต้น

(2) กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง หมายความว่า การบัญญัติกฎหมายจะต้องใช้ถ้อยคำที่มีความหมายและเนื้อหาสอดคล้องต้องกันทั้งฉบับ มิใช่กฎหมายมาตราหนึ่งขัดหรือแย้งกันเองกับอีกมาตราหนึ่ง ทั้งนี้ ไม่ได้เป็นข้อยกเว้น หรือบทบัญญัติในตอนต้นบัญญัติไว้อย่างหนึ่งแต่ในตอนท้ายกลับบัญญัติไว้เป็นอีกอย่างหนึ่งตรงกันข้ามกันหรือไม่สอดคล้องกัน เช่นนี้ย่อมทำให้เกิดความสับสนและก่อให้เกิดปัญหาการใช้การตีความกฎหมายได้

(3) กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล หมายความว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นจะต้องมีเหตุผลและมีความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติฉบับนั้น หากไม่สามารถอธิบายถึงเหตุผลอันชอบรับได้ และความจำเป็นของการมีกฎหมายนั้น ๆ ได้ จะทำให้กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ขาดน้ำหนัก

ความน่าเชื่อถือ ความไม่มีเหตุผลจะทำให้ไม่ได้รับการยอมรับจากผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากไม่เข้าใจ ไม่เห็นความสำคัญของกฎหมายฉบับนั้น และอาจไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวได้

(4) กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม หมายความว่า เป้าหมายของการมีกฎหมายในท้ายที่สุด คือ ความเป็นธรรม และต้องเป็นความเป็นธรรมของสังคมโดยภาพรวม ดังนั้น หากกฎหมายซึ่งเป็นเพียงวิธีการก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมบัญญัติโดยไม่ได้มีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อความเป็นธรรมแล้วย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่ดี

(5) กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐานหมายความว่า กฎหมายที่ดีจะต้องสอดคล้องและสนับสนุนหลักสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทั้งนี้ เพราะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดไม่สมควรที่รัฐหรือผู้มีอำนาจออกกฎหมายจะพรากสิทธิดังกล่าวไปจากผู้นั้นอย่างไรก็ตาม สิทธิบางประการหากมีความจำเป็นในบางสถานการณ์บางพื้นที่ รัฐสามารถบัญญัติกฎหมายมาจำกัดสิทธิบางประการได้เท่าที่จำเป็นและพอสมควรแก่เหตุ เช่น การห้ามผู้ต้องขังในเรือนจำใช้อุปกรณ์สื่อสารเพื่อป้องกันการติดต่อในการค้ายาเสพติด เป็นต้น

(6) กฎหมายที่ดีต้องทันสมัย และสามารถรองรับต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม หมายความว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมานั้นจะต้องไม่เพียงแต่สามารถสนองตอบต่อการแก้ปัญหาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรมในสมัยนั้น ๆ ได้ หากแต่ต้องสามารถรองรับการเปลี่ยนแปลงของพัฒนาการในด้านต่าง ๆ ของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรมในอนาคตได้ด้วย ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้สามารถรองรับความเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างเหมาะสม

(7) กฎหมายที่ดีต้องบัญญัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ หมายความว่า ในการบัญญัติกฎหมายโดยหลักการจะต้องเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีหน้าที่ตามระบอบประชาธิปไตย องค์กรหรือสถาบันอื่นจะบัญญัติกฎหมายได้ก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น ฝ่ายบริหารสามารถตราพระราชกำหนดได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ แต่ก็ต้องนำเข้ามาพิจารณารับรองโดยฝ่ายนิติบัญญัติอีกครั้ง หรือฝ่ายบริหารที่สามารถออกกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ เช่น กฎกระทรวง ฯลฯ เพื่อใช้ในทางบริหารโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บทที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น

(8) กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคลหมายความว่า กฎหมายจะต้องไม่บัญญัติให้เป็นผลร้าย หรือมีผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคลกับการกระทำของบุคคลที่เกิดขึ้นไปแล้ว และในขณะนั้น

ไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นผลร้ายหรือผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคลไว้ สำหรับการกระทำดังกล่าว เพราะหากให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแล้วจะทำให้บุคคลต่าง ๆ ในสังคมไม่สามารถเชื่อถือและไว้วางใจได้ ว่าสิ่งที่ตนเองได้กระทำไปในปัจจุบันซึ่งชอบด้วยกฎหมาย กลายเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในอนาคต เช่น การเพิกถอนสัญชาติย้อนหลัง การเพิกถอน สิทธิเลือกตั้งย้อนหลัง เป็นต้น

(9) กฎหมายที่ดีต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิดหมายความว่า บทลงโทษที่จำเลย หรือผู้ถูกกล่าวหา หรือผู้ละเมิดกฎหมายจะได้รับจะต้องได้สัดส่วนหรือ มีความสมเหตุสมผลกับความผิดที่ผู้นั้นได้กระทำ กล่าวคือ หากเป็นความผิดที่ร้ายแรงบทลงโทษ ที่ได้รับก็จะต้องรุนแรง แต่หากเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรงมากบทลงโทษก็จะต้องลดหลั่นลงไป การกำหนดสัดส่วนบทลงโทษให้สัมพันธ์กับความผิดนั้นจะช่วยส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายให้มี ประสิทธิภาพ

(10) กฎหมายที่ดีต้องมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมให้ประชาชน มีความรู้ และเคารพกฎหมาย หมายความว่า บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนั้น ๆ สามารถควบคุม กิจกรรมทางสังคมได้อย่างใดอย่างหนึ่งตามวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้อง บังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ต่อเนื่องโดยไม่เลือกปฏิบัติเพื่อให้กฎหมายมีความศักดิ์สิทธิ์ และ ควรส่งเสริมการให้ความรู้ด้านกฎหมายแก่ประชาชน เพื่อให้ประชาชนมีความรู้ด้านกฎหมาย ตระหนัก และเห็นความสำคัญของกฎหมายและหลักนิติธรรมอันจะนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมาย ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(11) กระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผยโปร่งใส และตรวจสอบได้ หมายความว่า ประชาชนจึงต้องมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการนิติบัญญัติได้ในทุกขั้นตอน แสดงความ คิดเห็น มีส่วนร่วม และเสริมสร้างกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ ความรับผิดชอบ ตามกฎหมายให้มีความเข้มแข็ง และอีกทั้งเป็นการตรวจสอบการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติ

(12) กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์ หมายความว่า ในกรณีที่มีการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่โดยมีการนำคดี หรือข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของ ศาลในกระบวนการยุติธรรมแล้ว และเมื่อมีคำพิพากษา คำวินิจฉัย หรือคำสั่ง กฎหมายควรจะ บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ได้รับผลกระทบดังกล่าวมีโอกาสได้อุทธรณ์คำพิพากษา คำวินิจฉัย หรือคำสั่ง นั้นได้ตามขั้นตอนและกระบวนการที่กฎหมายบัญญัติไว้

(13) กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยสะดวก ไม่ชักช้า ด้วยค่าใช้จ่ายที่เหมาะสมหมายความว่า เมื่อประชาชนมีปัญหาข้อพิพาทที่จำเป็นต้องได้รับการ แก้ไขเยียวยาโดยกระบวนการยุติธรรม หรือจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลก็ต้องให้ประชาชน

สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก กระบวนการยุติธรรมจะต้องดำเนินไปอย่างไม่ชักช้า เพราะความยุติธรรมที่ล่าช้าย่อมเท่ากับการปฏิเสธความยุติธรรม และขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรม ต้องมีน้อยที่สุด และเป็นไปตามกรอบเวลาที่เพียงพอสำหรับทำให้เกิดทั้งความรวดเร็วและรอบคอบ

(14) กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องส่งเสริมให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก หมายความว่า การยุติข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทอันนำไปสู่คดีความ นอกจากกระบวนการยุติธรรม โดยปกติแล้ว ควรส่งเสริมให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือกให้แก่ประชาชน เพื่อจัดการกับปัญหาที่หลากหลายด้วยวิธีการที่เหมาะสม ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของการบริหารงาน ยุติธรรม และเพิ่มช่องทางในการระงับข้อพิพาท อันจะสร้างความปรองดองให้แก่คู่พิพาท ทำให้การบริหารจัดการทรัพยากรภาครัฐที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประสิทธิผลสูงสุด ลดความสูญเสียทางด้าน เศรษฐกิจ ลดความสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย เช่น การระงับข้อพิพาททางเลือก การเจรจา การไกล่เกลี่ย การระงับข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ยุติธรรมชุมชน เป็นต้น

(15) นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดี ต้องมีความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่หมายความว่า ไม่อยู่ภายใต้อำนาจ การสั่งการ และแทรกแซงได้จากผู้บังคับบัญชา หรือผู้อื่นเพื่อให้สามารถดำรงตนด้วยความเป็นกลาง ในการปฏิบัติหน้าที่ เช่น การสั่งคดี การออกคำสั่งทางปกครอง โดยปราศจากอคติไม่เอนเอียงเข้าข้าง ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

(16) นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดี ต้องซื่อสัตย์สุจริต ยึดหลักคุณธรรม เมตตาธรรม และสันติธรรมหมายความว่า จะต้องบัญญัติกฎหมาย ใช้ตีความกฎหมาย และบังคับใช้กฎหมายโดยยึดเจตนารมณ์ของกฎหมาย หลักคุณธรรม เมตตาธรรม และสันติธรรมด้วย ซึ่งจะเป็นส่วนประกอบอันสำคัญทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพ ความเป็นธรรม

2.1.5 องค์ประกอบของหลักนิติธรรม

จากการศึกษาความหมายและสาระสำคัญของหลักนิติธรรมแล้ว พบว่าองค์ประกอบของ หลักนิติธรรมจำแนกได้ 6 องค์ประกอบ ดังนี้

1) กฎหมายต้องกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ชัดเจน โดยต้องกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด หมายความว่า รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น องค์การของรัฐ ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ มีอำนาจก็เพราะกฎหมาย มอบอำนาจให้ ดังนั้นรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งหลายต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น จะใช้อำนาจเกินขอบเขตกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ รัฐที่ยึดถือหลักนิติธรรม รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ต้องเป็นไปตาม ที่กฎหมายกำหนด การกระทำใด ๆ ที่ไม่มีกฎหมายรองรับ จึงไม่ชอบ และไม่มีผลใช้บังคับ

2) กฎหมายต้องบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับบุคคลทั่วไปโดยเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ หมายความว่า กฎหมายที่จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับหรือ ห้ามมิให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่า มีข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ประเภทใดประเภทหนึ่งเกิดขึ้น ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันแก่ บุคคลทุกคนว่าจะได้รับการปฏิบัติจากฝ่ายปกครองอย่างสม่ำเสมอเท่าเทียมกัน ตามหลักแห่งความ เสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ

3) กฎหมายต้องไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลังในลักษณะที่เป็นโทษ หรือมีโทษย้อนหลัง หนักกว่าเดิมไม่ได้ หมายความว่า กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการใดจะต้องมีการแจ้ง หรือประกาศให้ประชาชนทราบล่วงหน้าก่อนที่จะนำไปใช้บังคับ และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่ การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ได้มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายนั้นไม่ได้ โดยข้อห้าม ตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังนี้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทยแทบทุกฉบับ ซึ่งการห้ามตรากฎหมายที่ผลย้อนหลังไม่จำกัดเฉพาะโทษอาญาเท่านั้น แต่รวมถึง กฎหมายที่ให้โทษเป็นผลร้ายย้อนหลังทุกกรณีด้วย

4) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อหลักแห่งความได้สัดส่วน หมายความว่า กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิด ประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือแก่สังคมโดยรวม เพราะ แม้ว่าการกฎหมายนั้นจะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตั้งไว้ก็ตาม แต่หากการบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น จะก่อให้เกิด ความเสียหายแก่เอกชนหรือต่อสังคมเป็นอย่างมากเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ส่วนรวมที่พึงได้รับ ก็น่าจะถือว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวขัดต่อหลักแห่ง ความได้สัดส่วน

5) กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะ เกิดขึ้นในอนาคตไว้ล่วงหน้า หมายความว่า กฎหมายที่ออกโดยโทษหรือนิรโทษกรรมให้แก่การกระทำ ที่เกิดขึ้นและผ่านมาแล้ว สามารถกระทำได้ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม แต่การนิรโทษกรรมให้แก่การ กระทำที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

6) กฎหมายต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขได้ เพื่อให้ทันสมัย และสามารถรองรับต่อความ เปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม และให้ประชาชนได้มีส่วนร่วม หมายความว่า กฎหมายต้องมีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม เพื่อที่สามารถควบคุม

กิจกรรมทางสังคมอย่างใดอย่างหนึ่งได้อย่างมีประสิทธิภาพ และควรเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วม ทั้งการส่งเสริมให้ความรู้ด้านกฎหมายแก่ประชาชน เพื่อให้ประชาชนมีความรู้ด้านกฎหมายตระหนัก และเห็นความสำคัญของกฎหมายและหลักนิติธรรมอันจะนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2.1.6 ผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม

ในทางปฏิบัติแล้วหากผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือมีการฝ่าฝืนหลักนิติธรรมผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรมย่อมตกเป็นโมฆะ¹⁵ กล่าวคือ หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ที่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งกับหลักนิติธรรม แม้รัฐธรรมนูญก็ตามถ้ามีบทบัญญัติใดขัดต่อหลักนิติธรรม ก็ย่อมหมายความว่าไม่มีผลบังคับใช้แต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2556 วันที่ 13 มีนาคม 2556 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการดำเนินการรับฟังพยานหลักฐานที่ขัดกับหลักนิติธรรมไว้ที่น่าสนใจว่า ในพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 ซึ่งบัญญัติให้บรรดาพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ให้ถือว่าเป็นพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้รับฟังตามกฎหมายนั้น เป็นบทบัญญัติที่มีได้กำหนดรายละเอียด ขั้นตอน และกระบวนการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน แต่ในทางกลับกันกลับบังคับให้จำเลยต้องผูกมัดตามพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาจากการสืบพยานของโจทก์ในศาลต่างประเทศที่จำเลยไม่มีโอกาสตรวจหรือรับทราบพยานหลักฐาน หรือต่อสู้คดีได้อย่างเพียงพอ แม้รับฟังได้ว่าพยานหลักฐานของศาล ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 และ มาตรา 227/1 ที่บัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ว่าพยานหลักฐานที่จำเลยไม่มีโอกาสถามค้านด้วยความระมัดระวังและไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานดังกล่าวโดยลำพังเพื่อฟังลงโทษจำเลย แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ยังไม่เปิดโอกาสให้ศาลนำพยานหลักฐานเช่นนี้รับฟังประกอบพยานหลักฐานอื่นได้ จึงไม่เป็นธรรมแก่จำเลย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 (2) (3) (4) และ (7) ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิไว้ อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR) ข้อ 14.3 อันเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้า สิทธิที่จะต่อสู้ด้วยตนเองหรือผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย สิทธิที่จะซักถามพยาน ซึ่งเป็นปรัภักย์ต่อสิทธิของจำเลย พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 และ

¹⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 52.

มาตรา 40 (2) (3) (4) และ (7) ได้บัญญัติไว้ ทั้งไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง กฎหมายดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการกระทำใดหรือแม้แต่กฎหมายที่ฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรมย่อมจะบังคับใช้ไม่ได้หรือเป็นโมฆะไป และจากตัวอย่างคดีข้างต้นก็สามารถสรุปได้ว่า การนำเอาพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาใช้ในกระบวนการทางอาญารั้งนี้ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) และ (7) นอกจากนี้ยังขัดกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR) ข้อ 14.3 อันเป็นกรณีเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้า สิทธิที่จะต่อสู้ด้วยตนเองหรือผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย สิทธิที่จะซักถามพยาน จึงไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม ผลก็คือ บังคับใช้ไม่ได้หรือตกเป็นโมฆะ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว

2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักธรรมาภิบาล

แนวคิดเกี่ยวกับหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) ปรากฏขึ้นครั้งแรกตามรายงานของธนาคารโลก (World Bank) เรื่อง Sub-Sahara Africa: From Crisis to Growth ; 1989¹⁶ ซึ่งเป็นรายงานที่ธนาคารโลกได้วิเคราะห์ถึงความล้มเหลวในการฟื้นฟูระบบการเงินและเศรษฐกิจของประเทศในทวีปแอฟริกา ซึ่งพบว่าปัญหาดังกล่าวเกิดจากวิกฤติการกำกับดูแลของภาครัฐที่มีอำนาจในรัฐมุ่งหาประโยชน์ส่วนตัวและพวกพ้อง โดยปราศจากความรับผิดชอบต่อส่วนรวม เนื่องจากขาดกลไกการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ ทำให้เกิดแนวความคิดว่าหากจะแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำให้บรรลุผลสำเร็จและส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้นั้น ต้องมุ่งเน้นการกำกับดูแลการใช้อำนาจของรัฐอย่างจริงจังการใช้อำนาจของรัฐเพื่อเป็นกลไกที่เพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารราชการของรัฐให้ดียิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้ การกำกับดูแลที่ถือเป็นกลไกสำคัญในการ

¹⁶ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 มีเจตนารมณ์ว่า การปฏิรูประบบราชการ เพื่อให้การปฏิบัติงาน ของส่วนราชการตอบสนองต่อการพัฒนาประเทศและให้บริการแก่ประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งการบริหาร ราชการและการปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการนี้ ต้องใช้วิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐมีประสิทธิภาพ เกิดความคุ้มค่าในเชิงภารกิจของรัฐ ลดขั้นตอนการปฏิบัติงาน ที่เกินความจำเป็น และประชาชนได้รับการอำนวยความสะดวกและได้รับการตอบสนองความต้องการ รวมทั้งมีการประเมินผลการปฏิบัติราชการอย่างสม่ำเสมอ.

สนับสนุนให้ภาครัฐใช้อำนาจการปกครองบริหารจัดการทรัพยากรของประเทศทั้งด้านเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด

หลักธรรมาภิบาล (Good Governance) ซึ่งราชอาณาจักรไทยได้นำเอาหลักธรรมาภิบาล มาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเรียกว่า “หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี” จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักธรรมาภิบาลเป็นปัจจัยที่สำคัญในการบริหาร การจัดการต่าง ๆ และการควบคุมดูแลกิจการทั้งในภาคเอกชนและภาครัฐให้เป็นไปตามครรลองธรรมที่เหมาะสม โดยจำต้องวางระบบและกลไกเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล แต่โดยที่กลไกทั้งหลายต้องอาศัยความร่วมมือกันของทุกคนภายในรัฐ โดยการปลูกฝังจิตสำนึกด้านคุณธรรมและจริยธรรมอันเป็นสิ่งสำคัญต่อความสำเร็จและความยั่งยืนของหลักธรรมาภิบาล หลักธรรมาภิบาลจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นกลไก และกระบวนการในการปฏิบัติควบคุมดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้เกี่ยวข้องกับงานนั้น ซึ่งมีหลักคุณธรรมและหลักจริยธรรมเป็นกลไกในการควบคุมพฤติกรรมของทุกคนในรัฐ โดยเฉพาะผู้มีอำนาจในการบริการและทางปกครองประเทศ และหลักธรรมาภิบาลยังเป็นกรอบแนวความคิดที่สำคัญของการบริหารภาครัฐ ซึ่งมีองค์ประกอบหลักที่สำคัญ คือ การเน้นบทบาทของการบริหารงานในภาครัฐ โดยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ตระหนักถึงการปกครองประเทศ การบริหารภาครัฐภายใต้หลักการหลักการประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม และการให้ความสำคัญกับประชาชน

จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) หมายความว่า การบริหารรัฐ ที่มีแนวความคิดในการปกครองที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการให้มีความรับผิดชอบ และพร้อมให้ประชาชนตรวจสอบการบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่ดีที่สุดด้วยความเป็นธรรม นำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืน มีความยุติธรรมทางสังคม ตอบสนองความต้องการของประชาชน และมีการปรับเปลี่ยนกลยุทธการพัฒนารูปแบบต่าง ๆ เพื่อให้การพัฒนา รัฐเต็มไปด้วยสำนึกของความรับผิดชอบต่อความสำคัญกับการประสานกลมกลืนระหว่างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและความยุติธรรมทางสังคมและการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งจะนำไปสู่กลยุทธ์การพัฒนาที่มีองค์ประกอบของการมีส่วนร่วมของประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักธรรมาภิบาลให้ความสำคัญในเรื่องการดำเนินการตัดสินใจ ในทางการบริหารปกครอง ซึ่งอาจจำแนกองค์ประกอบได้ 8 ประการ ดังนี้

- 1) ความรับผิดชอบรับการตรวจสอบต่อสาธารณะ
- 2) ประสิทธิภาพและประสิทธิผล
- 3) ความเป็นธรรมในสังคม และการคำนึงถึงส่วนรวม
- 4) การยึดมั่นมั่นทามติ

- 5) การมีส่วนร่วม
- 6) การสนองตอบความต้องการ
- 7) หลักนิติธรรม
- 8) หลักความโปร่งใส

สำหรับราชอาณาจักรไทยได้เริ่มนำหลักธรรมาภิบาลไปใช้เป็นแนวคิดการพัฒนาระบบราชการไทยภายหลังจากวิกฤตการณ์การเงินในเอเชีย พ.ศ. 2540 (วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจต้มยำกุ้ง) โดยการออกเป็นบทบัญญัติกฎหมายลำดับรอง คือ “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 เพื่อใช้กับองค์กรฝ่ายบริหารทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น รวมทั้งหน่วยงานในกำกับดูแลของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นรัฐวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยของรัฐ และองค์การมหาชน ซึ่งระเบียบดังกล่าวมีจุดประสงค์เน้นให้หน่วยงานของรัฐดำเนินงานตามภาระหน้าที่โดยยึดหลักพื้นฐาน 6 ประการ ได้แก่ หลักนิติธรรม หลักคุณธรรม หลักความโปร่งใส หลักการมีส่วนร่วม หลักความรับผิดชอบ และหลักความคุ้มค่า โดยต่อมาภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงมีการปฏิรูประบบการบริหารงานภาครัฐ โดยได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อจัดโครงสร้างองค์กรและกำหนดภารกิจขององค์กรในฝ่ายบริหารใหม่ พร้อมกับได้จัดตั้งหน่วยงานใหม่ ซึ่งแยกมาจากสำนักงานคณะกรรมการพลเรือน คือ คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการและสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ ให้ดำเนินการสนับสนุนการปฏิรูประบบราชการอย่างต่อเนื่อง และได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 เพื่อกำหนดให้นำหลักธรรมาภิบาลไปใช้ในการดำเนินการของรัฐให้เกิดการสอดคล้องกับมาตรา 221 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ประกอบกับ มาตรา 3/1 และมาตรา 7/10 (5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 สำหรับหลักธรรมาภิบาลตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาข้างต้น ที่มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐในระบบบริหารราชการแผ่นดิน และองค์กรที่อยู่ในการกำกับดูแลของหน่วยงาน ดังกล่าว ซึ่งรวมถึงกรมที่ดินซึ่งเป็นหน่วยงานระดับกรม สังกัดกระทรวงมหาดไทย ประกอบด้วยหลักการสำคัญทั้งสิ้น 6 หลักการ โดยแต่ละหลักการมีความหมายและองค์ประกอบย่อย ดังนี้

1) หลักนิติธรรม หมายถึง ในการปฏิบัติราชการต้องใช้อำนาจของกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับในการปฏิบัติงานอย่างเคร่งครัดด้วยความเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ และคำนึงถึงสิทธิ

เสรีภาพของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียฝ่ายต่าง ๆ ซึ่งสามารถจำแนกองค์ประกอบของการดำเนินงานภายใต้หลักนิติธรรมได้ 4 ประการ ดังนี้

- (1) มีกฎหมายรองรับการปฏิบัติหน้าที่
- (2) การปฏิบัติหน้าที่ต้องอยู่ภายใต้กรอบขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติ
- (3) การบังคับใช้กฎหมายต้องมีความเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ
- (4) การบังคับใช้กฎหมายต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น ๆ

2) หลักคุณธรรม หมายถึง ในการปฏิบัติราชการ ผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการจำต้องยึดถือและเชื่อมั่นในความถูกต้องดีงาม โดยการธำรงไว้เพื่อสร้างค่านิยมที่ดีงามให้ผู้ปฏิบัติงานในองค์กรหรือสมาชิกของสังคมถือปฏิบัติ ทั้งความซื่อสัตย์สุจริต ความเสียสละ ความอดทนขยันหมั่นเพียร ความมีระเบียบวินัย ฯลฯ อันจะนำไปสู่การปฏิบัติหน้าที่ราชการได้อย่างมีคุณภาพ สามารถดำเนินการแล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่ราชการกำหนด สร้างความเชื่อมั่นไว้วางใจ รวมถึงความคาดหวังหรือความต้องการของประชาชนผู้รับบริการ รวมทั้งผู้มีส่วนได้ส่วนเสียที่มีความหลากหลายและมีความแตกต่างกัน ได้อย่างถูกต้องเหมาะสม ซึ่งสามารถจำแนกองค์ประกอบของการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้หลักตอบสนองได้ 3 ประการ ดังนี้

- (1) การปฏิบัติราชการต้องสามารถให้บริการได้อย่างมีคุณภาพด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เห็นแก่ประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ของตนหรือพวกพ้อง และสามารถดำเนินการแล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่ราชการกำหนด
- (2) สร้างความเชื่อมั่นไว้วางใจ
- (3) ตอบสนองตามความคาดหวังหรือความต้องการของประชาชนผู้รับบริการและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียที่มีความหลากหลายและมีความแตกต่างกันได้อย่างเหมาะสม

3) หลักการความโปร่งใส หมายถึง ในการปฏิบัติราชการต้องปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ตรงไปตรงมา รวมทั้งต้องมีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นและเชื่อถือได้ให้ประชาชนได้รับทราบอย่างสม่ำเสมอ ตลอดจนวางระบบให้การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเป็นไปโดยง่าย โดยสามารถจำแนกองค์ประกอบของการปฏิบัติงานภายใต้หลักการความโปร่งใสได้ 3 ประการ ดังนี้

- (1) ต้องกำหนดกระบวนการในการตรวจสอบการปฏิบัติงานที่ชัดเจน
- (2) ต้องไม่ปกปิดข้อมูลและผลการปฏิบัติงาน
- (3) ต้องเปิดเผยหลักเกณฑ์ วิธีการและผลการปฏิบัติแต่ละขั้นตอนอย่างชัดเจน

4) หลักความคุ้มค่า หมายถึง ในการปฏิบัติราชการต้องใช้ทรัพยากรอย่างประหยัด เกิดประสิทธิภาพที่คุ้มค่าต่อการลงทุนและบังเกิดประโยชน์สูงสุดต่อส่วนรวม ซึ่งต้องมีกระบวนการที่ต้องพัฒนาเพื่อให้เกิดความประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุด เช่น การลดขั้นตอนและระยะเวลาในการปฏิบัติงานเพื่ออำนวยความสะดวก และลดภาระค่าใช้จ่ายของทางภาครัฐและภาคเอกชน ตลอดจนยกเลิกภารกิจที่ซ้ำซ้อนและไม่จำเป็น ซึ่งสามารถจำแนกองค์ประกอบของการปฏิบัติงานภายใต้หลักความคุ้มค่าได้ 3 ประการ ดังนี้

(1) การปฏิบัติหน้าที่ต้องใช้ทรัพยากรอย่างประหยัดให้เกิดประสิทธิภาพที่คุ้มค่าต่อการลงทุนและบังเกิดประโยชน์สูงสุดต่อส่วนรวม

(2) การปฏิบัติหน้าที่ต้องมีการลดขั้นตอนและระยะเวลาในการปฏิบัติงานเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน

(3) ยกเลิกภารกิจที่ซ้ำซ้อนและไม่จำเป็น

5) หลักความรับผิดชอบ หมายถึง ในการปฏิบัติราชการ ผู้ปฏิบัติราชการต้องสามารถชี้แจงได้เมื่อปรากฏข้อสงสัย รวมทั้งต้องมีการจัดวางระบบการรายงานความก้าวหน้าและผลสัมฤทธิ์ตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ต่อสาธารณะเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและการให้คุณให้โทษ ตลอดจนต้องมีการจัดเตรียมระบบการแก้ไขหรือบรรเทาปัญหาและผลกระทบใด ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้น ซึ่งสามารถจำแนกองค์ประกอบของการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้หลักความรับผิดชอบได้ 3 ประการ ดังนี้

(1) การปฏิบัติราชการต้องสามารถชี้แจงได้เมื่อมีข้อสงสัย

(2) การปฏิบัติราชการต้องมีการจัดวางระบบการรายงานความก้าวหน้าและผลสัมฤทธิ์ตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ต่อสาธารณะเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและการให้คุณให้โทษ

(3) การปฏิบัติราชการต้องมีการจัดเตรียมระบบการแก้ไขหรือลดสภาพปัญหาและผลกระทบใด ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้น

6) หลักการมีส่วนร่วม หมายถึง ในการปฏิบัติราชการต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เปิดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการรับรู้ เรียนรู้ ทำความเข้าใจ แสดงทัศนะของตน ร่วมเสนอปัญหาหรือประเด็นที่สำคัญที่เกี่ยวข้องร่วมวิพากษ์แก้ไขปัญหาร่วมในกระบวนการตัดสินใจ และการดำเนินงานและร่วมตรวจสอบผลการปฏิบัติงาน ทั้งนี้ ต้องมีความพยายามในการแสวงหาฉันทามติหรือข้อตกลงร่วมกันระหว่างกลุ่มผู้มีส่วนได้ส่วนเสียที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกลุ่มที่ได้รับผลกระทบ โดยตรงจะต้องไม่มีข้อคัดค้านที่หาข้อยุติไม่ได้ในประเด็นที่สำคัญ ซึ่งสามารถจำแนกองค์ประกอบของการปฏิบัติงานภายใต้หลักการมีส่วนร่วมได้ 3 ประการ ดังนี้

(1) การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

(2) เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการรับรู้ เรียนรู้ ทำความเข้าใจ ร่วมแสดงทัศนะ ร่วมเสนอปัญหาหรือประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องร่วมคิดแก้ไขปัญหา ร่วมใน กระบวนการตัดสินใจและการดำเนินงานและร่วมตรวจสอบผลการปฏิบัติงาน

(3) ผู้ปฏิบัติต้องมีความพยายามในการแสวงหาฉันทามติหรือข้อตกลงร่วมกันระหว่างกลุ่มผู้มีส่วนได้ส่วนเสียที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกลุ่มที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจะต้องไม่มีข้อคัดค้านที่หาข้อยุติไม่ได้ในประเด็นสำคัญ

หลักธรรมาภิบาลทั้ง 6 ประการ ที่กล่าวมานั้นมีผลผูกพันให้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานจำต้องดำเนินการตามขอบเขตและอำนาจหน้าที่ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ โดยต้องเป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล รวมไปถึงการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินและการเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินของกรมที่ดินที่ต้องมีการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาลตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546

2.3 หลักการออกคำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 12 วางหลักไว้ว่า คำสั่งทางปกครองหน้าที่ของบุคคล ดังนั้น จึงต้องมีการควบคุมคำสั่งทางปกครองให้เป็นไปตาม “หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย” (Principe de la légalité) ด้วย¹⁷ ต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในเรื่องนั้น¹⁸ หมายความว่า เจ้าหน้าที่จะต้องได้รับการแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมายให้มีหน้าที่ออกคำสั่งในเรื่องนั้น¹⁹

ในเรื่องของการออก “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ความหมายว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือ

¹⁷ อังกูร วัฒนรุ่ง. (2558). *หลักควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. หน้า 4.

¹⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 12 คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น.

¹⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2548). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 10 ปรับปรุงใหม่). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 100-101.

มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว แต่ไม่รวมถึงกฎ” คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้²⁰

- 1) เป็นมาตรการหรือคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง
- 2) เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครอง
- 3) เป็นคำสั่งที่ออกให้มีผลเฉพาะราย
- 4) มีผลผูกพันและบังคับต่อผู้รับคำสั่ง
- 5) มีผลทางกฎหมายสู่ภายนอก

ซึ่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดแบ่งหลักการออกคำสั่งทางปกครองไว้โดยสรุปเป็น 3 ขั้นตอน คือ²¹

1) ขั้นตอนการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ กล่าวคือ การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองในขั้นตอนการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่นี้เป็นกระบวนการภายในของฝ่ายปกครองที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐยังไม่ได้ใช้อำนาจทางปกครอง เพียงแต่มีการดำเนินการเพื่อนำไปสู่การจัดให้มีคำสั่งทางปกครองเท่านั้น จึงยังไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอันมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของประชาชน ได้แก่ การตอบข้อหารือของกรมบัญชีกลาง เป็นการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 655/2555)²²

2) ขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครอง หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น ขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้มีการใช้อำนาจตามกฎหมายอันมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

3) การดำเนินการภายหลังการออกคำสั่งทางปกครอง เป็นขั้นตอนที่คำสั่งทางปกครองมีผลออกสู่ภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมายของผู้รับคำสั่ง ตั้งแต่ขณะที่

²⁰ อังกูร วัฒนรุ่ง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 3-4.

²¹ อังกูร วัฒนรุ่ง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 12-13.

²² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 655/2555 ศาลพิพากษาว่า คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจรับพัสดุงานจ้างขนย้ายวัสดุครุภัณฑ์สำนักงาน โดยวิธีตกลงราคา เป็นการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง.

ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้น ไปและจะมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลา หรือเหตุอื่น และหากผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิที่จะ ขอให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ใน 3 ลักษณะ คือ การขอให้ พิจารณาใหม่ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง หรือการฟ้ององค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ใช้อำนาจทบทวนคำสั่งทางปกครอง โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แม้มิได้มีคำขอของ ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ตามและท้ายที่สุด ก็มีสิทธิที่จะนำคดีเข้าสู่การวินิจฉัยขององค์กรวินัยชี้ขาด คือศาลปกครองได้

2.3.1 สาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองจะมีสาระสำคัญอยู่ 5 ประการ กล่าวคือ²³

1) คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเจ้าหน้าที่หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการ ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น หมายความว่า เจ้าหน้าที่จะต้องได้รับการแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมาย บุคคลที่กระทำการพิจารณาทางปกครองใน เรื่องใด ต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น การพิจารณาทางปกครองในเรื่องใดที่ทำโดยบุคคลที่ไม่เคยได้รับตำแหน่ง แต่งตั้งให้ได้รับตำแหน่ง ซึ่ง มีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นเลยไม่ว่าในเวลาใด ๆ แต่ได้แสดงตนว่าเป็น ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในทางของกฎหมายแล้วถือว่าเป็นโมฆะ

2) คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจรัฐคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว บังคับแก่เอกชนโดยเอกชนไม่ยินยอมด้วย คำสั่งทางปกครองส่วนใหญ่จึงปรากฏอยู่ในลักษณะ เป็นการสั่งการให้เอกชนกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพราะการใช้อำนาจรัฐ จะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การใช้อำนาจรัฐในที่นี้จึงหมายถึง การใช้อำนาจทางปกครอง เท่านั้น

3) คำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดสถานภาพทางกฎหมายคำสั่งทางปกครองนั้น ต้องมุ่งประสงค์ให้เกิดผลทางกฎหมายอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดหรือ ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่

²³ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2548). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 100-101.

4) คำสั่งทางปกครองก่อให้เกิดผลเฉพาะกรณีคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยมุ่งกำหนดสถานภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่กรณีหนึ่งโดยเฉพาะ

5) คำสั่งทางปกครองมีผลภายนอกโดยตรง ซึ่งให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อใดโดยตราบใดที่ยังมีผลปรากฏอยู่ภายในก็ยังเป็นเพียงแต่การเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองนั้น และเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะเปลี่ยนแปลงก็ได้ กรณียังไม่มีคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นและยังไม่มีผลออกภายนอก ผู้จะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม บุคคลผู้อยู่ในบังคับคำสั่งจะมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามก็ต่อเมื่อได้รับคำสั่งสุดท้าย คือ คำสั่งของผู้มีอำนาจ และการโต้แย้งหรือกำหนดอายุความเริ่มนับตั้งแต่วันรับคำสั่งสุดท้ายนั้น

2.3.2 รูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง

รูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่จะได้รับการแต่งตั้งโดยหลักกฎหมาย และกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจในการออกคำสั่งได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องมีผู้มาร้องขอ ซึ่งส่วนใหญ่จะมีกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้โดยนิตินัยแล้ว แต่ในบางกรณีเจ้าหน้าที่จะริเริ่มออกคำสั่งทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีประชาชน หรือเอกชนมาร้องขอเสียก่อนจึงดำเนินการได้ ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งโดยไม่มีผู้มาร้องขอไม่ได้ ตัวอย่างเช่น ในเรื่องของการวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับจดทะเบียน การรับรองการอนุมัติ การออกใบอนุญาตต่าง ๆ อาทิเช่น ใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร ใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ เป็นต้น²⁴ นอกจากนี้ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีสิทธิที่ได้รับและรับทราบเหตุผลของฝ่ายปกครอง การรู้เหตุผลของคำสั่งทางปกครองทำให้คู่กรณีสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์หรือนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพเพราะได้รับทราบเหตุผลที่แท้จริงว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง เพราะเหตุใดและมีเหตุผลเหมาะสมหรือถูกต้องหรือไม่และขัดกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายหรือไม่²⁵ ซึ่งสอดคล้องกันกับมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย 3 ประการ กล่าวคือ ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญข้อกฎหมายที่อ้างอิง และข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ²⁶

²⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์. หน้า 25-27.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 269.

²⁶ คณะวิชาการ. (2550). *ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543*. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร. หน้า 212.

นอกจากนี้ ในมาตรา 12 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ยังได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น²⁷ นอกจากนี้ มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ในกรณีการออกคำสั่งทางปกครองที่คำสั่งทางปกครองอาจจะกระทบถึงสิทธิของกลุ่ม เจ้าหน้าที่ต้องให้กลุ่มมีโอกาที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน แต่มิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น คือ²⁸

- 1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยไว้จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ
- 2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป
- 3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่กลุ่มนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การ หรือ คำแถลง
- 4) เมื่อ โดยสภาพเห็นได้ชัดว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้
- 5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง
- 6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

นอกจากนี้ มาตรา 31 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ก็ได้วางหลักไว้ดีกว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือกลุ่ม มีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อเท็จจริง หรือตรวจดูเอกสาร กลุ่มมีสิทธิตรวจดูเอกสารที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตนได้ แต่ถ้ายังไม่ได้ทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นกลุ่มไม่มีสิทธิตรวจดูเอกสารอันเป็นต้นร่างคำวินิจฉัย²⁹

2.3.3 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง³⁰

- 1) ความหมายของคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด แก่บุคคล คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคล เช่น การอนุญาต การอนุมัติ การรับจดทะเบียน และคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการรับรองสิทธิหรือสถานภาพของบุคคล เช่น การรับรองสัญชาติไทย

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 212.

²⁸ คณะวิชาการ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26, หน้า 221.

²⁹ คณะวิชาการ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26, หน้า 222.

³⁰ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2554). *การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง*. เอกสารวิชาส่วนบุคคลหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง, หน้า 1-5.

2) ระยะเวลาในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้มีผลย้อนหลัง หรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้³¹

แต่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งนี้ จะต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งนั้น ได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งนั้น กล่าวคือ รู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายกฎหมาย เว้นแต่คำสั่งนั้นจะได้อำนาจขึ้นเพราะการแสดงความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือการข่มขู่ หรือการจูงใจ โดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย³² และการเพิกถอนต้องเป็นตามบทบัญญัติมาตรา 51³³ และมาตรา 52³⁴ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ด้วย

³¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 50.

³² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 49 วรรคสอง.

³³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 51 บัญญัติว่า การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

ความเชื่อโดยสุจริตตามวรรคหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้ว โดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี

ในกรณีดังต่อไปนี้ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้

(1) ผู้นั้นได้แสดงความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือข่มขู่ หรือจูงใจ โดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

(2) ผู้นั้นได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ

(3) ผู้นั้นได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในกรณีที่เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง การคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ไปให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยถ้าเมื่อใดผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือควรได้รู้เช่นนั้นหากผู้นั้นมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตตั้งแต่เวลานั้นเป็นต้นไป และในกรณีตามวรรคสาม ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในการคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปเต็มจำนวน

³⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 52 บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อยู่ในบังคับของ มาตรา 51 อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนได้แต่ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมิสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่

3) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพิกถอน

อำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ถ้าฟังแต่เฉพาะข้อเท็จจริงที่ว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ยังไม่มีผลเป็นการบังคับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเสมอไป ทั้งนี้เพราะการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์ตามมาตรา 50 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ด้วย และอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ เป็นอำนาจที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองริเริ่มดำเนินการได้เอง (ex officio) โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีคำร้องหรือคำขอจากคู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสีย

4) ประเภทของคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง

(1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้

(2) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ในลักษณะอื่นที่มีให้การให้เงิน ให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้

5) หลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งให้ประโยชน์ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งตกอยู่ในบังคับของหลักกฎหมายที่สำคัญสองหลัก ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง หลักกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับขัดหรือแย้งกัน โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองบังคับให้ต้องมีการฟื้นฟูความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว ซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่ง และดังนั้น จึงต้องมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองเรียกร้องให้ต้องคุ้มครองความเชื่อดังกล่าวและดังนั้น จึงต้องคงไว้ซึ่งคำสั่งทางปกครองนั้น แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

6) การพิจารณาความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ของคำสั่งทางปกครองได้และให้นำความในมาตรา 51 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น

ค่าทดแทนความเสียหายตามมาตรานี้จะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้ยื่นข้อร้องเรียนอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน.

ซึ่งเป็นกรทำให้ประโยชน์แก่ตนได้ในกรณีใด และความเชื่อโดยสุจริตดังกล่าวสมควรจะได้รับความคุ้มครองภายใต้เงื่อนไขเช่นไร ย่อมเป็นที่เห็นได้ชัดตั้งแต่ในเบื้องต้นว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ตนได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งมีความเชื่อนั้นจริง ๆ และผู้รับคำสั่งจะเกิดความเชื่อเช่นนั้นได้ก็ต่อเมื่อได้ทราบถึงได้ทราบถึงความมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว

กรณีที่หนึ่ง ผู้ยื่นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือข่มขู่ หรือชักจูงใน โดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า การออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งเกิดจากการกระทำดังกล่าวของผู้รับคำสั่งเอง

กรณีที่สอง ผู้ยื่นได้ให้ข้อมูลซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ ซึ่งหมายความว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเกิดจากความผิดของผู้รับคำสั่งเอง ที่ได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ ทั้งนี้ โดยมีพิกัดต้องคำนึงว่า ผู้รับคำสั่งได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความไม่ถูกต้องหรือความไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญของข้อความที่ได้ให้แก่เจ้าหน้าที่หรือไม่ ดังนี้ แม้บุคคลผู้ให้ข้อความจะได้ให้ข้อความไปตามที่ตนทราบโดยสุจริตก็ตาม แต่ถ้าข้อมูลซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองไม่ได้ แต่ถ้าความไม่ถูกต้องหรือความไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญของข้อความที่ผู้รับคำสั่งได้ให้แก่เจ้าหน้าที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ เช่น เกิดจากแบบฟอร์มคำขอที่เจ้าหน้าที่จัดไว้ให้ผู้ยื่นคำขอกรอกข้อความ กรณีก็ไม่อาจยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ อนึ่ง แม้แต่ในกรณีที่ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญอันเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดจากความผิดของผู้รับคำสั่งเองและของเจ้าหน้าที่ประกอบกัน ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นได้เช่นกัน

กรณีที่สาม ผู้ยื่นได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยการให้เหตุผลไปในทางตรงข้าม (argumentum a contrario) หากไม่มีกรณีใดกรณีหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ตนก็ย่อมอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นได้

นอกจากนั้น ความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ตนนี้ จะได้รับความคุ้มครอง

“ต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้หรือเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี”

ในกรณีที่ยังไม่จำเป็นต้องคุ้มครองประโยชน์ที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับไป เช่น ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้โดยไม่มีย้อนหลังนั้น ผู้รับคำสั่งนั้นต้องคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไป โดยถ้าผู้รับคำสั่งอาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ การคืนต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยถ้าเมื่อใดผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือควรได้รู้เช่นนั้น หากผู้นั้นมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป แต่ถ้าผู้รับคำสั่งไม่อาจความเชื่อโดยสุจริตในความอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในการคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปเต็มจำนวน (มาตรา 51 วรรคสองและมาตรา 52 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)

ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ ในลักษณะอื่นที่มีใ้การให้เงิน ให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ผู้รับคำสั่งที่ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ แต่ต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น (มาตรา 52 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539) ทั้งนี้ โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นชอบที่จะแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทราบถึงสิทธิดังกล่าวพร้อมกับการแจ้งให้เขาทราบถึงการเพิกถอนนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนี้ต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน (มาตรา 52 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)

บทบัญญัติมาตรา 51 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการจำกัดอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ ตลอดจนกำหนดค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับประโยชน์ที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับ

ว่าเป็นประโยชน์ที่เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่ใช่เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้

2.3.4 การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง

ตามมาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำสั่งทางปกครองเมื่อเกิดขึ้นแล้ว จะมีผลเรื่อยไปจนกว่าจะถูกเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลา หรือโดยเหตุอื่น เช่น เงื่อนไขสิ้นสุดโดยขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอน แต่คำสั่งทางปกครองบางอย่างอาจมีอายุโดยการกำหนดในกฎหมายก็ได้³⁵

1) การแก้ไขรายละเอียดเล็กน้อย

ในกรณีมีคำสั่งทางปกครองออกมาแล้ว ถ้าคำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อผิดพลาดไม่ตรงกับความตั้งใจแท้จริงของเจ้าหน้าที่ในรายละเอียดเล็กน้อย ก็อาจแก้ไขได้ เช่น พิมพ์ผิด นับตัวเลขผิด ใช้ศัพท์เทคนิคผิด อ้างข้อบุคคลผิด ไม่ได้ลงชื่อรับรองความถูกต้อง ฯลฯ³⁶ อันเห็นได้ชัดเจนในตัวว่า แท้จริงหากพิจารณาทั้งเรื่องแล้ว มิได้มุ่งประสงค์เช่นนั้น หากกรณีดังกล่าวไม่มีลักษณะถึงระดับที่ถือเป็นการบกพร่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องในการออกคำสั่งอาจแก้ไขได้เสมอตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁷ กำหนด แต่หากเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายถึงระดับที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์ก็ต้องแก้ไขโดยการเพิกถอนหรือขอให้พิจารณาใหม่หรือขอให้กระบวนการยุติธรรมทางปกครองแก้ไขเยียวยาให้

2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์

คำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์อาจเป็นเพราะบกพร่องในรูปแบบหรือวิธีพิจารณาหรือไม่สมบูรณ์ในเนื้อหาก็ได้ ซึ่งความบกพร่องในเรื่องที่สำคัญน้อยจะไม่ถือว่าทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์ กล่าวคือ มีผลตามปกติของคำสั่งทางปกครองนั้น เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่อง

³⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: แกนจันทร์การพิมพ์. หน้า 286.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 286.

³⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 43 คำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดพลาดเล็กน้อยนั้นเจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ

ในการแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองตามวรรคหนึ่ง ให้แจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบตามควรแก่กรณี ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่อาจเรียกให้ผู้ที่เกี่ยวข้องจัดส่งสำเนาคำสั่งทางปกครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมได้.

ที่สำคัญเท่านั้นจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์³⁸ แต่ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ยังจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

- (1) ประเภทที่เป็นโมฆะ ซึ่งเสียเปล่าไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น
- (2) ประเภทเพิกถอนได้ ซึ่งมีผลตามกฎหมายมาตั้งแต่ต้น แต่อาจถูกเพิกถอนภายหลังได้

2.3.5 การออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการออกกฎ คำสั่ง หรือ การกระทำอื่นใด อันกระทำไปโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตาม กฎหมาย หรือ โดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายได้ กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือ โดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ³⁹ ย่อมเป็นเหตุให้คำสั่งที่ออกนั้นถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง

2.3.6 หลักการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง

หลักการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง โดยหลักศาลปกครองจะอาศัย บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 มาตรา 16 และมาตรา 30 ตามลำดับ ดังนี้

1) ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือ การกระทำอื่นใด เนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้อง ตามกฎหมายหรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ สำหรับการกระทำนั้น หรือ โดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือ มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

2) ลักษณะของเจ้าหน้าที่ที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ไว้ ได้แก่ (1) เป็นคู่กรณีเอง (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือ ผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติ เกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น (4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือ

³⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 287.

³⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542. มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1).

ผู้แทนหรือตัวแทนของกลุ่ม (5) เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของกลุ่ม (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

3) ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

4) สิทธิได้รับแจ้งผลกระทบต้อสิทธิ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจจะกระทบถึงสิทธิของกลุ่ม เจ้าหน้าที่ต้องให้กลุ่มมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ซึ่งต่อไปผู้วิจัยจะได้อธิบายความเป็นมา วิชาการของหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินของราชอาณาจักรไทย ประเภทของหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ความสำคัญของหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ความแตกต่างของหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน และผลกระทบของการเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินต่อบุคคลผู้ครอบครองหรือถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินอันมีหรือไม่มีเอกสารสิทธิ และบุคคลภายนอก โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.4 ความเป็นมา วิชาการของหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินของราชอาณาจักรไทย

2.4.1 ความสำคัญในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามระบบการทะเบียนที่ดินของราชอาณาจักรไทย

ที่ดินเป็นทรัพยากรธรรมชาติขั้นมูลฐานที่สำคัญที่สุด เนื่องจากเป็นที่ผลิตอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค เป็นแหล่งกำเนิดทรัพยากรธรรมชาติอื่นที่สำคัญ เช่น น้ำ ป่าไม้ เป็นต้น รวมถึงเป็นที่พักผ่อน ที่อยู่อาศัย และเป็นสินทรัพย์ที่มีลักษณะแท้จริง (Real Asset) และสินทรัพย์ทางการเงิน (Financial Asset) ทำให้ที่ดินมีบทบาทต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ เพราะเป็นต้นทุนในการผลิตและใช้ค่าประกันการชำระหนี้ ที่ดินที่มีหนังสือรับรองสิทธิตามประมวลกฎหมายที่ดิน จึงเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่ามากในปัจจุบันและมีอยู่จำนวนจำกัด ทำให้เป็นที่ต้องการของประชาชน ดังนั้นความมุ่งหมายในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินเพื่อเป็นการเปิดเผยถึงสถานะอันเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินที่จะต้องจดทะเบียนนั้นเพื่อประชาชนทั่วไปจะได้ทราบถึงสิทธิของบุคคลใดผูกพันอยู่ ทั้งนี้เพื่อป้องกันการหลอกลวงหรือฉ้อฉลต่าง ๆ ในการที่จะทำการจำหน่ายจ่ายโอน ทรัพย์สินนั้น โดยเฉพาะกฎหมายบังคับว่า ถ้าบุคคลใดได้มาโดยทางนิติกรรมมาได้มานั้นต้องทำเป็นหนังสือและจะต้องจดทะเบียนการได้มาต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย การได้มานั้นจึงจะสมบูรณ์ ส่วนการได้มาทางอื่นนอกจากนิติกรรม เช่น ทางมรดก เป็นต้น กฎหมายบังคับว่าจะไปทำการเปลี่ยนแปลงมิได้จนกว่าจะได้จดทะเบียนการได้มานั้นเสียก่อน

ด้วยเหตุนี้ที่ดินที่มีหนังสือรับรองสิทธิตามประมวลกฎหมายที่ดิน (โฉนดที่ดิน หรือ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 และ น.ส. 3 ก.)) จึงกลายเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงเพิ่มมากขึ้น ในปัจจุบันทรัพยากรที่ดินมีจำนวนจำกัด ทำให้ที่ดินเป็นสิ่งที่ต้องการของประชาชนมากยิ่งขึ้นและ นับวันจะมีราคาสูงขึ้น ที่ดินที่มีหนังสือรับรองสิทธิ จึงถูกนำมาใช้ในมิติของทางเศรษฐศาสตร์ เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศ แต่เนื่องจาก การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการ นำที่ดินมาออกเอกสารสิทธิโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ที่ดินที่มีเอกสารสิทธิในหลายพื้นที่ถูก เพิกถอนสิทธิ ในขณะที่เดียวกันเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานรัฐละเลย ไม่ดำเนินการบังคับใช้ กฎหมาย ทำให้ที่ดินจำนวนมากที่มีเอกสารสิทธิและเป็นหลักทรัพย์ที่ใช้ค้ำประกันการชำระหนี้ ไม่มีการใช้ประโยชน์กลายเป็นที่รกร้างว่างเปล่า ทำให้ที่ดินที่มีเอกสารสิทธิตกอยู่ในมือของ กลุ่มนายทุนเพียงไม่กี่กลุ่ม ส่งผลให้กลุ่มเกษตรกร คนยากจนซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ของประเทศไม่มี ที่ดินเพื่อประกอบอาชีพเกษตรกรรมเป็นของตนเอง จึงมีการบุกรุกที่ดินของรัฐ โดยเฉพาะพื้นที่ป่า ทำให้ปัญหาข้อพิพาทในเรื่องที่ดินจึงเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจซึ่งเกิดขึ้นเป็น จำนวนมากในทุกพื้นที่และนับวันจะทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น

ในนานาอารยประเทศจึงได้พัฒนาระบบการทะเบียนที่ดิน โดยมีวัตถุประสงค์ในการ ทำให้การมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่เป็นการยุ่งยาก และสะดวกในการทำธุรกรรมเกี่ยวกับที่ดิน ทั้งทำให้ กรรมสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของที่ดินตามทะเบียนนั้นมีความมั่นคงด้วย เว้นแต่ในกรณีที่มีข้อระบุไว้ โดยเฉพาะ ซึ่งราชอาณาจักรไทยมีกรมที่ดินเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการออกโฉนดที่ดินจึงต้องมีการควบคุมและระบบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินที่ได้ออกหนังสือแสดงสิทธิ ในที่ดินแล้ว ทั้งนี้เพื่อให้การทำธุรกรรมเกี่ยวกับที่ดินประเภทนี้เป็นไปโดยสะดวกยิ่งขึ้นและ นอกจากนี้เพื่อให้ที่ดินที่ยังไม่ออกโฉนดที่ดิน (ที่ดินมือเปล่า) เดินไปในแนวทางเดียวกันกับที่ดิน ที่ได้ออกโฉนดแล้ว กรมที่ดินจึงได้รับโอนอำนาจดังกล่าวนี้มาจากกระทรวงมหาดไทย เมื่อ พ.ศ. 2485 มาดำเนินการทางกรมที่ดินอีกส่วนหนึ่ง

โดยงานทะเบียนสิทธิและนิติกรรมมีระเบียบแบบแผนที่จะต้องยึดถือหลักปฏิบัติเพื่อให้ การดำเนินการไปตามบทกฎหมาย ตามหลักนิยมแห่งการจดทะเบียนที่ดิน กรมที่ดินจึงได้ ตราข้อบังคับ ออกคำสั่งกำหนดวิธีปฏิบัติมาโดยลำดับ สมดังพระราชดำริของสมเด็จพระมหาลวง ราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการที่รับสั่งไว้ว่า “ศาลมีแบบแผนที่จะสั่ง เราก็มีแบบ แผนที่จะต้องทำ ถ้าแม้เสนาบดีจะสั่งอะไรก็ต้องสั่งตามกฎหมายให้อำนาจ เมื่อเรารู้สึกตัวว่า เจ้าพนักงานที่ดินอยู่ในหน้าที่ทำการตามวิชาพิเศษเหมือนทคน้ำ รถไฟ เช่นนี้แล้ว ทคน้ำ รถไฟนั้น เขาสั่งการตรงไปยังเจ้าที่ แต่เรื่องที่ดินยังไม่ชัดเหมือนทคน้ำ เจ้าพนักงานที่ดินแลเทศาเจ้าเมือง รับผิดชอบเพียงใดยังไม่ชัดเจน ในเวลาเมื่อเรื่อง เสนาบดีต้องคิดอย่าให้แก่งแย่งแลปฏิเสศกันต่าง ๆ

ต่อไปฉันเดิน วิธีดังนี้ในส่วนของความคิดเราต้องทำตามคำสั่งเทศาเจ้าเมือง เช่น มีราชการร้องขึ้นในหน้าที่ยื่น เราต้องช่วยเขา เพราะเป็นงานของพระเจ้าอยู่หัวเหมือนกัน นี่ในการประพฤติกิริยาต่าง ๆ ต้องทำตามเจ้าบารหารเมือง แต่ในส่วนอื่น ๆ ที่มีกฎหมาย เป็นหลักบังคับให้เราต้องทำอย่างนั้น อย่างนี้ เราต้องทำตามพระราชบัญญัตินั้น เทศาเจ้าเมืองบังคับให้เราทำผิดกฎหมาย เรามีอำนาจไม่ทำตาม แต่ฉันไม่หวังว่าข้าราชการที่ฉันจะไปตั้งเถียงเจ้าเมือง เจ้าเมืองสั่งอะไรผิดกฎหมายให้บอกมายังกระทรวงดีกว่า ด้วยผู้น้อยจะไม่ได้รับความลำบาก ถ้าผู้ใหญ่ได้รับความลำบากไม่เป็นไร ด้วยเสนาบดีกินเงินเดือนมาก”

เดิมการจำหน่าย จ่าย โอน เพียงทำหนังสือสัญญากันเองก็ใช้ได้ ต่อมา สมัยรัชกาลที่ 5 ได้ทรงกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีประกาศเรื่องจำหน่ายและขายฝากที่ดิน ร.ศ. 118 (พ.ศ. 2442) ลงวันที่ 8 มีนาคม ร.ศ. 118 กำหนดวิธีการจำหน่ายและขายฝากที่ดินให้มีสัญญาเป็นกรมธรรม์ ทำต่อหน้าเจ้าพนักงานตามกฎหมาย เมื่อไม่มีกรมธรรม์ห้ามไม่ให้ฟ้องอ้างว่าจำหน่ายและขายฝากได้เลย ต่อมา ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) ได้ทรงกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีประกาศออกโฉนดที่ดินใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 กันยายน ร.ศ. 120 การซื้อขายให้ปัน แลกเปลี่ยน มรดก เช่าซื้อ จำนำ หรือไถ่ถอน เป็นต้น ต้องนำโฉนดมาให้เจ้าพนักงานทะเบียนสอบแก้ทะเบียนตามข้อบังคับแล้ว จึงเป็นการอันได้กระทำการนั้น โดยถูกต้องด้วยกฎหมาย มิฉะนั้นอย่าได้ถือว่าให้อำนาจแก่กันเป็นอันขาด เว้นแต่การเช่าถืออันมีกำหนด 3 ปี จึงไม่จำต้องแก้ทะเบียน ต่อมา วันที่ 1 เมษายน 2472 ได้มีประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติให้การทำนิติกรรมบางประเภทเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งถือปฏิบัติมาจนถึงปัจจุบัน

2.4.2 วิวัฒนาการของการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินของราชอาณาจักรไทย

1) ประวัติความเป็นมาของการออกเอกสารสิทธิที่ดิน

ที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน หมายความว่า พื้นที่ดินทั่วไป และให้หมายความรวมถึง ภูเขา ห้วย หนองคลอง บึง บางลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะและที่ชายทะเล ที่ดินเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีความสำคัญต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษย์อย่างยิ่ง ทั้งในอดีต ปัจจุบัน และอนาคต โดยเฉพาะเมื่อจำนวนประชากรเพิ่มมากขึ้นทุก ๆ วัน ขณะที่พื้นดินมีอยู่เท่าเดิมหรือน้อยกว่าเดิมเนื่องจากภัยธรรมชาติและการทำลายของมนุษย์ รัฐจึงต้องมีการออกเอกสารสิทธิในที่ดินเพื่อเป็นการรับรองคุ้มครองสิทธิในที่ดินแก่เจ้าของ ทั้งนี้เพื่อป้องกันการโต้แย้งสิทธิในที่ดิน และเป็นหลักทรัพย์สำหรับเจ้าของที่ดินนั้น ซึ่งระบบกรรมสิทธิ์ที่ดินและการออกโฉนดที่ดินในประเทศไทยมีวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยสุโขทัย สมัยกรุงศรีอยุธยา และจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ ปัจจุบันตามลำดับ ดังนี้

(1) สมัยกรุงสุโขทัย สมัยนี้ปรากฏหลักฐานว่าพ่อขุนรามคำแหงมหาราช (ระหว่าง พ.ศ. 1820-1860) ทรงปกครองบ้านเมืองนั้น พระองค์ทรงดำเนินนโยบายส่งเสริมเศรษฐกิจเกี่ยวกับการทำประโยชน์ในที่ดินโดยให้พลเมืองเข้าทำประโยชน์ในที่ดินเพื่อให้ได้พืชผลมาเป็นปัจจัยในการบริโภคและอุปโภคพอควรแก่ระดับการครองชีพ เมื่อราษฎรเข้าบุกเบิกหักร้างถางพงในที่ดินจนเพาะปลูกได้ผลประโยชน์แล้วก็โปรดให้ที่ดินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ออกแรงออกทุนไป ดังปรากฏในหลักศิลาจารึกหลักที่ 1 ว่า “ไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชมสร้างป่าหมาก ป่าพลูทั่วเมืองนี้ทุกแห่ง ป่าพร้าวก็หลายในเมืองนี้ป่าลางก็หลายในเมืองนี้หมากม่วงก็หลายในเมืองนี้หมากขามก็หลายในเมืองนี้ใครสร้างได้ไว้แก่มัน” และเมื่อเจ้าของที่ดินตายลงก็ยอมรับรองให้ทายาทบุตรหลานสืบมรดกตกทอดต่อกันไปดังข้อความในศิลาจารึกว่า “ไพร่ฟ้าหน้าใส ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดแลล้มตายหายกว่า เข้ายเรือนพ่อเชื้อเชื้อกำมัน ช้างขอลูกเมียเหยยข้าม ไพร่ฟ้าชาวไทย ป่าหมากป่าพลูพ่อเชื้อมันไว้แก่ลูกมันสิ้น

(2) สมัยกรุงศรีอยุธยา สมัยนี้สมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 พระเจ้าอู่ทองทรงมีพระบรมราชโองการให้ขุนเกษตราธิบดีเสนาบดี กรมนา ร่างกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จที่เกี่ยวกับที่ไร่นา เรียกวาน เมื่อ พ.ศ. 1903 โดยพระองค์พระราชทานที่ดินให้ราษฎรเข้าอยู่อาศัยทำกินที่ไม่ให้ทิ้งที่ดินไว้ว่างเปล่า โดยมอบหมายให้เสนา ระวัง นายอากร เป็นเจ้าหน้าที่ทำการจัดเก็บภาษีและรับแจ้งการเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน เพื่อตรวจดูว่าเป็นที่สาธารณะหรือที่หวงห้ามหรือไม่ ถ้าที่ดินมีความเหมาะสมก็จะออกใบอนุญาตซึ่งเรียกว่า “โฉนด” ให้ราษฎรเหล่านั้นยึดไว้เป็นหลักฐาน และเมื่อที่ดินทำประโยชน์แล้วเมื่อผู้นั้นตายไปก็ให้ตกแก่ลูกหลาน ตามกฎหมายที่ปรากฏในสมัยนี้การกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการทอดทิ้งที่ดินที่ได้จับจองทำประโยชน์แล้ว ดังนี้

บทที่ 5 มาตรา 33 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใดไถ่สร้างเล็กรั้งที่ไร่นาเรียกสวนนั้นให้ไปบอกแก่เสนา นายระวาง นายอากร ไปดูที่ไร่นาเรียกสวนที่ไถ่สร้างนั้นให้รู้มากแลน้อยอยู่ให้เสนา นายระวาง นายอากร เขียนโฉนดให้ไว้แก่ผู้เล็กรั้ง ไถ่สร้างนั้นให้รู้ว่าผู้นั้นอยู่บ้านนั้น ไถ่สร้างเล็กรั้งตำบลนั้น ขึ้นในปีนั้นเท่านั้นไว้เป็นสำคัญ ถ้าแลผู้ใดลักลอบไถ่สร้างเล็กรั้งทำตามอำเภอใจตนเอง มิได้บอกเสนา นายระวาง นายอากรจับ ได้ก็ตีมีผู้ร้องฟ้องพิจารณาเป็นสัจไชร์ให้ลงโทษ 6 สถาน”

บทที่ 42 “ที่ในแวนแคว้นกรุงเทพมหานคร พระมหานครศรีอยุธยา มหาฉลิก นพรัตน์ราชธานีบุรีรมย์ เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่ จะได้เป็นที่ราษฎรหามิได้ แลมีพิพาทแก่กัน เพราะมันอยู่แล้ว มันละที่ที่บ้านที่สวนมันเสียและมีผู้หนึ่งเข้ามาอยู่แลล้อมทำเอาปลูกสร้างอยู่ให้เป็นสิทธิแก่มัน อนึ่งถ้าที่นั้นมันมิได้ละเสีย แลมันล้อมทำไว้เป็นค่านับ แต่มันหากไปราชากิจสุขทุกข์ประการใดก็ตีมันกลับมาแล้วมันจะเข้ามาอยู่เล่าไชร์ ให้คืนให้มันอยู่ เพราะมันมิได้ชัดที่นั้นเสียถ้ามันชัดที่เสียช้านานถึง 9 ปี 10 ปีไชร์ ให้แขวงจัดการให้ราษฎร

ซึ่งหาที่มีได้นั้นอยู่ อย่าให้ที่นั้นเปล่าเป็นทำเลเสียหนึ่งถ้าที่นั้นมันปลูกต้นไม้ อัญมณีอันมีผลไว้ให้ผู้อยู่ให้ค่าต้นไม้ นั้น ถ้ามันพูนเป็น โศกไว้ให้บำเหน็จซึ่งมันพูนนั้น โดยควรส่วนที่นั้นมิให้ซื้อขายแก่กันเลยฯ” ต่อมาสมัยพระเจ้าปราสาททอง (พ.ศ. 2175) ได้จัดตั้งกรมนาขึ้นมีหน้าที่จัดที่ดินและหน้าที่ตุลาการระงับคดีวิวาทในเรื่องที่ดิน เช่น แย่งนากันทำ รวมถึงระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลักเครื่องมือทำนาลักแอกลักไถ เป็นต้น

(3) สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

สมัยรัชกาลที่ 1 ถึงสมัยรัชกาลที่ 2 งานที่ดินยังคงดำเนินการเช่นเดียวกับสมัยกรุงศรีอยุธยาตามกฎหมายเบ็ดเสร็จ

สมัยรัชกาลที่ 3 ในปีจุลศักราช 1203 (ร.ศ. 60 หรือ พ.ศ. 2384) พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงกรุณาโปรดเกล้าให้ได้มีการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ บ้านขึ้น เนื่องจากก่อนหน้านี้มีได้มีการออกหนังสือสำคัญสำหรับส่วนที่ดินเป็นที่บ้านที่อยู่อาศัย ทั้งปรากฏว่ามีกรณีพิพาททูกล้ำกันอยู่เสมอ ซึ่งเป็นการดำเนินการเฉพาะภายในกำแพงพระนครก่อนและได้แพร่หลายกระจายไปออกในหัวเมืองลักษณะรูปแบบหนังสือสำคัญสำหรับที่ บ้านซึ่งเป็นหนังสือเขียนด้วยดินสอพอนกระดาษข่อย ต่อมาเปลี่ยนเป็นกระดาษฝรั่งแทน กระทรวงการนครบาลเป็นเจ้าหน้าที่ในการออกหนังสือสำคัญชนิดนี้ โดยให้นายอำเภอไปทำการรังวัดแล้วประกาศโฆษณาให้ผู้คัดค้านภายในเวลาที่กำหนด เมื่อไม่มีผู้ใดโต้แย้งคัดค้านประการใดก็ออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ บ้านให้ผู้อยู่ต่อไป ส่วนในหัวเมืองให้ผู้ว่าราชการเมืองหรือสมุหเทศาภิบาลเป็นผู้ดำเนินการและเมื่อมีการออกโฉนดที่ดินในพื้นที่ใดก็ให้เปลี่ยนหนังสือสำคัญฉบับนี้สำหรับที่ บ้านเป็นโฉนดที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิต่อไปหนังสือสำคัญสำหรับที่ บ้านจึงไม่ใช่หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์หรือเพื่อเก็บภาษีอากรแต่อย่างใด แต่ออกให้เพื่อเป็นหลักฐานและขอบเขตที่ดินที่ตนปลูกบ้านอยู่อาศัย

สมัยรัชกาลที่ 4 พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (ตั้งแต่ พ.ศ. 2394-2411) นั้น ราชการในด้านที่ดินมีการจัดทำโฉนดเช่นเดียวกับสมัยกรุงศรีอยุธยาแต่ยังไม่ทั่วถึง เหตุว่าผู้ใดจะทำประโยชน์จะต้องไปขออนุญาตราษฎรมักไม่ขออนุญาตจึงทำให้การเก็บภาษีอากรขาดไปบ้าง ดังนั้นในปีจุลศักราช 1226 (ร.ศ. 83 หรือ พ.ศ. 2407) พระองค์จึงทรงโปรดเกล้าให้ข้าหลวงเสนาออกไปทำการรังวัดที่นาโคก คือ นาหวานที่ทำได้โดยอาศัยทั้งน้ำฝนและน้ำทำเป็นนาที่ทำได้ผลดีบริเวณนาในท้องที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา (กรุงเก่า) อ่างทอง สุพรรณบุรี และลพบุรี ข้าหลวงเดินนาเป็นเจ้าหน้าที่ทำตราแดงหรือบางคนเรียกว่า “โฉนดตราแดง” เป็นหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินที่เป็นนา โดยบอกตำบลที่ดินตั้งอยู่ ชื่อเจ้าของนา ระยะกว้าง ยาวจำนวนเนื้อที่อาณาเขตติดต่อบ้างเคียงทั้งสี่ทิศ มีชื่อข้าหลวงเดินนาซึ่งเป็นผู้ออกตราแดงโดยออกให้แก่เจ้าของนาเพื่อประโยชน์ในการเก็บเงินค่านา

มากกว่าที่จะให้เป็นหนังสือสำหรับแสดงกรรมสิทธิ์ แต่ก็ยังเป็นหลักฐานในเรื่องสิทธิ์ในที่ดินอยู่บ้าง และเป็นมรดกตกทอดกันต่อ ๆ ไปจนถึงลูกหลานได้ ต่อมาได้มีการออกพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 (พ.ศ. 2451) เพื่อเปลี่ยนตราแดงเป็นโฉนดที่ดินทั้งหมด ในสมัยนี้ได้มีพระบรมราชโองการประกาศกำหนดที่ให้ขาย ให้เช่าแก่คนนอกประเทศตามประกาศ ณ วันพฤหัสบดี ขึ้นสองค่ำ เดือนเจ็ด ปีมะโรง นักษัตรอัฐศกศักราช 1218 (พ.ศ. 2399) มีหลักการว่าที่ดินภายในพระนครและห่างกำแพงพระนครออกไปในรัศมี 200 เส้น ห้ามไม่ให้ผู้ใดขายที่ดินแก่คนต่างประเทศที่เข้ามาอยู่ในประเทศไทยไม่ถึง 10 ปี หากผู้ใดมีความจำเป็นอาจได้รับอนุญาตจากเสนาบดีจึงจะขายได้ เหตุผลที่มีการประกาศห้ามไม่ให้ขายที่ดินแก่คนต่างด้าวเนื่องมาจากการแทรกแซงทางการเมืองในประเทศและประเทศเพื่อนบ้านก็ได้สูญเสียเอกราชไปเนื่องจากยอมให้กองทัพและขบวนการค้าขายที่ช่อนนโยบายขยายอำนาจการเมืองขึ้นไว้เป็นฉากหลังได้โอกาสก็ยึดอำนาจเอาบ้านเอาเมืองเสียด้วย เหตุนี้พระองค์จึงทรงห้ามมิให้ขายที่ดินแก่คนต่างด้าวภายในรัศมี 200 เส้นจากพระนครดังกล่าว และได้มีประกาศเรื่องฝรั่งทำหนังสือสัญญาลงวันพฤหัสบดี แรมค่ำหนึ่ง เดือนเจ็ด ปีมะโรงนักษัตรอัฐศก บัญญัติเรื่องคนสัญชาติฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกาและคนในบังคับดังกล่าวจะซื้อหรือเช่าที่ดิน

นอกจากนี้ยังมีประกาศขายสวน ขายนาคอกแก่กัน ตามประกาศ ณ วันอาทิตย์ แรมสิบเอ็ดค่ำ ปีมะโรงอัฐศกศักราช 1228 (ร.ศ. 85 หรือ พ.ศ. 2409) โดยมีใจความสำคัญสรุปได้ว่าการขายนาคอกหรือการจำหน่ายที่สวนที่นาถ้าผู้ขายหรือผู้จำหน่ายได้มอบโฉนดตราแดงหรือหนังสือสำคัญอื่น ๆ ให้แก่ผู้ซื้อหรือผู้รับจำหน่ายก็ให้ที่ดินนั้นตกเป็นของผู้ซื้อหรือผู้รับจำหน่ายถ้าไม่ได้มอบก็ไม่ตก

สมัยรัชกาลที่ 5 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (พระปิยมหาราช) (พ.ศ. 2411) พระองค์ทรงออกหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินบางประเภท แต่ก็ยังไม่ใช่หนังสือสำคัญที่แสดงกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ทรงประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.120 (พ.ศ. 2444) และพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 (พ.ศ. 2451) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ดินใช้บังคับจนถึง พ.ศ. 2497 หนังสือสำคัญสำหรับที่ดินออกใช้ในรัชกาลที่ 5 ได้แก่ โฉนดสวน โฉนดป่า หนังสือสำคัญสำหรับที่บ้าน ไบเหียบย่ำ ตราจองโฉนดตราจอง โฉนดแผนที่ และโฉนดที่ดิน เป็นต้น กล่าวคือ

(3.1) โฉนดสวน เป็นหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินออกตามประกาศซึ่งจะเดินสวนออกในปีจุลศักราช 1236 (ร.ศ. 93 หรือ พ.ศ. 2417) โดยเจ้าพระยาภาสกรวงศ์ผู้ว่าการกรมนาเป็นผู้ดำเนินการ ตั้งข้าราชการหลายเหล่าจำนวน 8 นาย เป็นข้าหลวงไปดำเนินการรังวัดที่สวนสำรวจต้นผลไม้ยืนต้นที่มีอายุเกิน 3 ปีขึ้นไป ที่ต้องเสียอากรสวน จำนวน 7 ชนิด คือ หมาก พลุมะปราง มะม่วงทุเรียน มังคุดกลางสาด ส่วนต้นไม้อื่น ๆ ที่อยู่ในสวนนั้นไม่ต้องเสียอากรการสำรวจสวน

มีกำหนดทำการสำรวจทุก ๆ 10 ปี หรือเปลี่ยนรัชกาลใหม่ได้ครบกำหนด 3 ปี อีกครั้งหนึ่ง โดยมุ่งหมายในการเก็บอากรสวนเท่านั้น

ลักษณะของโฉนดสวนเป็นแบบพิมพ์มีต้นข้าวมีสาระสำคัญที่ตั้งที่ดิน ชื่อเจ้าของสวน รายชื่อข้าหลวงจำนวน 8 นายจำนวนต้นผลไม้ทั้ง 7 ชนิดดังกล่าวแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ ชนิดไม้ใหญ่และไม้เล็กจำนวนเงินต้องเสียอากรสวน วัน/เดือน/ปีที่ออกโฉนดประทับตราให้ไว้เป็นสำคัญถ้าโฉนดสวนเป็นอันตราสูญเสียเจ้าของสวนขอออกใบแทนได้

(3.2) โฉนดป่า เป็นหนังสือสำคัญออกให้สำหรับที่ดิน ที่ปลูกไม้ล้มลุก พรรณไม้มขนาดเล็ก ซึ่งไม่ใช่ไม้ยืนต้น และที่ไม่อยู่ในลักษณะที่จะต้องเสียอากรเช่นสวนผักต่าง ๆ สวนอ้อยหรือสวนจากเป็นต้น เพื่อเป็นหลักฐานสำหรับเจ้าของที่ดิน โฉนดป่าเจ้าเมืองกรมการเป็นผู้ออกให้มีได้เกี่ยวกับข้าหลวงเสนา แต่อย่างไร การเก็บอากรโฉนดป่าก็เก็บตามจำนวนเนื้อที่ที่ระบุไว้เท่านั้น

(3.3) หนังสือสำคัญสำหรับที่ดิน ออกให้เฉพาะในเขตกรุงเทพมหานคร เท่านั้น โดยกระทรวงนครบาล หนังสือสำคัญสำหรับที่ดินไม่ใช่หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์เพื่อเก็บภาษี แต่ออกให้เป็นหลักฐานและขอบเขตที่ดินที่ปลูกบ้านอยู่อาศัยเท่านั้น

(3.4) ใบเหยียบย่ำ เป็นหนังสือที่เป็นใบอนุญาตให้จองที่ดินเพื่อให้ผู้ขอเข้าครอบครองทำที่ดินให้เกิดประโยชน์ ใบเหยียบย่ำ มีหลายแบบ ดังนี้

(3.4.1) ใบเหยียบย่ำซึ่งมีมาก่อน ร.ศ. 117 (พ.ศ. 2441) เป็นใบอนุญาตให้ราษฎรจับจองเพื่อทำประโยชน์ที่ดิน เป็นการจ้องจองที่ออกตามพระราชบัญญัติสำหรับผู้รักษาเมืองกรมการและเสนากำนันอำเภอ ซึ่งออกประเมินนาจุลศักราช 1244 (ร.ศ. 101 หรือ พ.ศ. 2424) ผู้ประสงค์จะขอที่ดินทำกินก็ให้ไปบอกเสนากำนันซึ่งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ตรวจสอบพิจารณาแล้วออกใบเหยียบย่ำ ใบเหยียบย่ำชนิดนี้เขียนด้วยเส้นดินสอบนกระดาษข่อยมีจำนวนเนื้อที่ที่ขอจับจองไม่เกิน 100 ไร่ กำหนดให้ทำประโยชน์ให้แล้วเสร็จภายใน 1 ปี ถ้าไม่ทำประโยชน์ก็สิ้นสิทธิการจับจองทำประโยชน์ได้เฉพาะที่ดินที่ทำประโยชน์แล้ว

(3.4.2) ใบเหยียบย่ำตามข้อบังคับการหวงห้ามที่ดิน ร.ศ. 117 (พ.ศ. 2441) นายอำเภอเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ในการออกใบเหยียบย่ำ มีกำหนดอายุ 12 เดือน เมื่อครบต่ออายุได้อีกทุกรอบ 12 เดือน ถ้าผู้ถือใบเหยียบย่ำมีความประสงค์จะปันแลกเปลี่ยนหรือขายที่ดินแก่ผู้อื่นก็ให้นำใบเหยียบย่ำไปขอเปลี่ยนเจ้าของต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้โดยผู้รับโอนมีสิทธิในการจับจองที่ดินตามอายุของใบเหยียบย่ำที่เหลือ

(3.4.3) ใบเหยียบย่ำออกตามกฎกระทรวงเกษตรราชการ ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) หมวดที่ 8 ว่าด้วยการจับจองที่ดินตามความในข้อ 15 แห่งประกาศกระแสพระบรมราชโองการเรื่อง

ออกโฉนดที่ดิน ตามประกาศเมื่อวันที่ 15 กันยายน ร.ศ. 120 ความว่า “ถ้าผู้ใดจะขอจับจองที่ดินว่างเปล่าในท้องที่ที่ได้ออกโฉนดอย่างใหม่ (โฉนดแผนที่) แล้วให้ปักเขตที่ดินของตนเองแล้วยื่นเรื่องต่อกรมการอำเภอ ใบเหยียบย่ำชนิดนี้มีกำหนดอายุ 1 ปี ต่ออายุได้แต่โอนให้ผู้อื่นต่อไม่ได้

แม้จะได้ยื่นใบเหยียบย่ำให้แก่ผู้ใดไปแล้วก็ถือว่าความปรากฏภายหลังว่าที่ดินที่อนุญาตให้จับจองเป็นที่ซึ่งรัฐบาลยังไม่มีคำสั่งจะให้ผู้ใดมีกรรมสิทธิ์ก็อาจไม่ยอมให้จับจองต่อไปอีกก็ได้ หรือถ้าปรากฏว่าจับจองที่ดินมากเกินไปกำลังความสามารถที่จะทำให้ที่ดินเกิดประโยชน์ได้จะจับจองแต่พอสมควรก็ได้

(3.4.4) ใบเหยียบย่ำออกตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) หมวดที่ 11 ว่าด้วยการจับจองที่ดิน มีวิธีดำเนินการเช่นเดียวกับใบเหยียบย่ำตามกฎหมายกระทรวงเกษตรราชการ ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444)

(3.4.5) ใบเหยียบย่ำออกตามพระราชบัญญัติโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 เป็นใบอนุญาตตามใบแบบพิมพ์หลวงที่นายอำเภอออกให้โดยระบุตำแหน่ง เนื้อที่ และเขตที่ดิน ผู้ใดประสงค์จะขอจับจองที่ดินจะต้องยื่นคำขอจับจองที่ดินตามแบบหมายเลข 1 ต่อคณะกรรมการอำเภอที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ หลังจากการรังวัดและสอบสวนสิทธิ์ นายอำเภอจะออกใบเหยียบย่ำให้แก่ไม่เกิน 50 ไร่ และต้องทำประโยชน์ให้แล้วเสร็จใน 2 ปี นับแต่วันที่ได้รับใบเหยียบย่ำ จะสิ้นสิทธิ์ในส่วนที่ใบเหยียบย่ำที่ยังไม่ได้ทำประโยชน์ ใบเหยียบย่ำเป็นเพียงหลักฐานใบอนุญาตให้จับจองเท่านั้น จะจำหน่ายจ่ายโอนไม่ได้ เว้นแต่ตกทอดทางมรดก

(3.4.6) ตราจอง เป็นใบหนังสืออนุญาตให้จองที่ดินเพื่อให้ผู้ขอเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดิน

- ตราจองออกตามพระราชบัญญัติสำหรับผู้รักษาเมืองกรมการและเสนา กำนันอำเภอ ซึ่งจะออกเดินประเมินนา จุลศักราช 1236 (ร.ศ. 93 หรือ พ.ศ. 2417) โดยข้าหลวงกรมนา เป็นผู้ออกให้เพื่อความสะดวกในการเก็บเงินค่านา

- ตราจองที่ข้าหลวงชุดคลองออกให้ ตามประกาศชุดคลอง จุลศักราช 1239 (ร.ศ. 96 หรือ พ.ศ. 2420) แก่ราษฎรที่ออกเงินหรือแรงในการช่วยชุดคลอง เช่น คลองรังสิต คลองประเวศบุรีรัมย์ คลองในทุ่งหลวง เป็นต้น

- ตราจองชั่วคราวออกตามพระราชบัญญัติออกตราจองชั่วคราว ร.ศ. 121 (พ.ศ. 2445) ต่อมาเมื่อประกาศเปลี่ยนชื่อเป็นพระราชบัญญัติออกโฉนดตราจองและให้ใช้ในมณฑลพิษณุโลกใน ร.ศ. 124 (พ.ศ. 2448) เรียกตราจองดังกล่าวว่า “โฉนดตราจอง”

การออกตราจองชั่วคราวหรือ โฉนดตราจองดังกล่าวเป็นการแก้ไขปัญหาในพื้นที่ที่ยังไม่สามารถออกโฉนดแผนที่ได้โดยจะใช้ พระราชบัญญัตินี้ในท้องที่ใด ให้ประกาศใน

ราชกิจจานุเบกษาใช้เป็นท้องที่ไป โดยข้าหลวงเกษตรเป็นผู้ออกให้ และจัดตั้งหออทะเบียนที่ดิน เพื่อใช้เป็นที่เก็บรักษาและตั้งนายทะเบียนเพื่อรับจดทะเบียนด้วย แต่ถ้าทางการดำเนินการออกโฉนดแผนที่ให้เมื่อใดก็ให้เปลี่ยนมารับโฉนดแผนที่ต่อไป ท้องที่ที่เคยมีการออกตราจองชั่วคราว ได้แก่ อำเภอนครไชยศรี อำเภอบางขุนเทียน จังหวัดชลบุรี จังหวัดพิษณุโลก จังหวัดพิจิตร และจังหวัดอุดรดิตถ์ เป็นต้น

วิธีการออกและการจดทะเบียนที่ดินตามตราจองชั่วคราวหรือโฉนดตราจองนี้เป็นไปทำนองเดียวกับโฉนดแผนที่ทุกประการ ซึ่งมีแผนที่ประกอบไว้หลังตราจองนั้นด้วย แตกต่างกันที่ข้าหลวงเกษตรเป็นผู้ลงนามและประทับตำแหน่งในตราจองแต่ผู้เดียวเท่านั้น ส่วนโฉนดแผนที่ต้องประทับตราตำแหน่งผู้บัญชาการเมืองและนายอำเภอแห่งท้องที่นั้นด้วยอีก 2 ดวง

ตราจองที่เป็นใบอนุญาตออกตามความในพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 7 เมษายน 2480 เป็นตราจองที่เป็นใบอนุญาต แต่ก็สามารถเปลี่ยนเป็นตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ได้ทันที โดยการสลักหลังของพนักงานเจ้าหน้าที่ ตราจองที่ตราว่าได้ทำประโยชน์แล้วนั้น ผู้ถือมีกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเป็นหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกับโฉนดแผนที่

(3.4.7) โฉนดตราจอง เป็นหนังสือสำคัญแสดงสิทธิ์ในที่ดิน ออกตามพระราชบัญญัติออกโฉนดตราจองและให้ใช้ในมณฑลพิษณุโลกใน ร.ศ. 124 (พ.ศ. 2448) ใช้เฉพาะในจังหวัดพิษณุโลก พิจิตร สุโขทัย และอุดรดิตถ์ (เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในภายหลังจึงรวมถึงพื้นที่บางส่วนของจังหวัดนครสวรรค์) หลังจากนั้นตั้งแต่ พ.ศ. 2497 เป็นต้นมาทางการได้ส่งเจ้าหน้าที่ไปดำเนินการสำรวจเพื่อเปลี่ยนโฉนดตราจองเป็นโฉนดแผนที่ แต่ขณะนี่ยังดำเนินการได้ไม่ทั้งหมดทุกแปลง

สำหรับโฉนดตราจองและตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ให้คงใช้กฎหมายว่าด้วยการนั้นเฉพาะในส่วนที่บัญญัติถึงวิธีการรังวัดและการออกหนังสือสำคัญดังกล่าวข้างต้นต่อไปจนกว่าจะได้ออกโฉนดที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว

(3.4.8) โฉนดแผนที่เป็นหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ เมื่อทางราชการได้ออกโฉนดแผนที่ในที่ท้องที่ใด ผู้ครอบครองที่ดินมือเปล่า หรือผู้ถือหนังสือสำคัญอย่างอื่นต้องนำรังวัดเพื่อออกโฉนดแผนที่ หรือเปลี่ยนหนังสือแสดงสิทธิ์ในที่ดินเดิมเป็นโฉนดแผนที่ ดังนี้

- โฉนดแผนที่ออกตามประกาศพระบรมราชโองการ ให้ออกโฉนดที่ดินมณฑลกรุงเก่าและมณฑลกรุงเทพมหานคร ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) ในจังหวัดพระนครศรีอยุธยาเป็นครั้งแรก ในปี ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) โดยออกโฉนดแผนที่ให้แทนตราจองที่มีอยู่เดิม โฉนดแผนที่นี้ทำตามแบบพิมพ์หลวง

- โฉนดแผนที่ออกตามความในพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) โดยเมื่อมีประกาศใช้พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับนี้แล้ว โดยประกาศใช้ทั่วราชอาณาจักรไทย จึงยกเลิกประกาศออกโฉนดที่ดินแต่เดิมทั้งหมด โดยเมื่อจะออกโฉนดที่ดินในท้องที่ใด เสนาบดี กระทรวงเกษตรธิการ จะประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) บัญญัติว่า ในบัดนี้มีความประสงค์จะเปลี่ยนหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินเป็นโฉนดแผนที่ทั้งหมด เพราะเหตุฉะนั้น จึงให้เสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการมีอำนาจแจ้งความในราชกิจจานุเบกษาให้เจ้าของที่มารับโฉนดหรือเปลี่ยนโฉนดได้ทุกแห่งทุกตำบลถ้าผู้ใดขัดขืนไม่ช่วยพนักงานกระทำการรังวัดหรือการออกโฉนดแผนที่ให้สะดวกอย่างใดให้มีโทษปรับครั้งละ 100 บาท ลงมาเป็นพินัยแล้วแต่ศาลจะเห็นสมควร

2) วิวัฒนาการในการออกโฉนดที่ดินของราชอาณาจักรไทย

ปลายปี ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) ได้มีการปรับปรุงและวางระเบียบเกี่ยวกับการเดินสำรวจออกโฉนดเพื่อให้ความสะดวกแก่กองเดินสำรวจและเจ้าของที่ดิน โดยได้ยกเลิกใบเดินทุ่งและยกเลิกใบไต่สวน ตอนที่ 3 จึงคงใช้แต่ใบไต่สวนตอนที่ 1 และที่ 2 และได้เปิดงานออกโฉนดขึ้นที่มณฑลกรุงเทพมหานครอีกแห่งหนึ่ง เริ่มต้นลงมือเดินสำรวจออกโฉนดตั้งแต่คลองบางเขนฝั่งเหนือและตามเขตคลองเปรมประชากรฝั่งตะวันตกกับทิศตะวันตก ลำน้ำเจ้าพระยาฝั่งตะวันออกจนถึงคลองเชียงรากน้อยฝั่งเหนือ พอถึงปลายปี ร.ศ. 121 (พ.ศ. 2445) ก่อนที่จะแจกโฉนดให้แก่เจ้าของที่ดิน พระยาประชาชีพบริบาล (ฝั่ง ชูโต) ได้นำโฉนดที่ดินของพระคลังข้างที่ 2 โฉนดกับโฉนดในนามของบริษัทขุดคลองกุณาสยามทุ่งหลวงคลองรังสิตและโฉนดของราษฎรขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ณ พระราชวังดุสิต เพื่อให้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานแก่บริษัทขุดคลองฯ และราษฎรเจ้าของที่ดินเป็นปฐมฤกษ์ก่อน แล้วจึงลงมือแจกให้แก่เจ้าของที่ดินต่อไป ตามลำดับ

ต่อมา มีการจัดตั้งหอทะเบียนขึ้นเป็นแห่งที่ 2 ตั้งอยู่ชั้นล่างของกระทรวงเกษตรธิการ ในขณะนั้น (คือ ที่ตั้งกรมที่ดินขณะนั้น) มีขุนวิวิธพจนวิภาค (เส็งี่ยม) จากกรมแผนที่มาเป็นนายทะเบียนและขุนนายอิน (ภายหลังเป็นขุนปริชารังวัด) มาเป็นผู้ช่วยนายทะเบียน หอทะเบียนที่ดินนี้ในครั้งแรกอยู่ในความอำนวยการรับผิดชอบของพระยาประชาชีพบริบาล และได้ตั้งหอทะเบียนกลางขึ้นที่ชั้นล่างของกระทรวงเกษตรธิการเพื่อใช้เก็บหนังสือสำคัญที่หอทะเบียนท้องที่ส่งมา (ต่อมาหอทะเบียนกลางดังกล่าวได้เปิดรับทำธุระให้แก่ราษฎรเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2483 ในสมัยหลวงชำนาญนิติเกษตร (อุทัย แสงมณี) เป็นอธิบดีกรมที่ดิน) จุดประสงค์ของพระยาประชาชีพบริบาล (ฝั่ง ชูโต) ที่ตั้งหอทะเบียนกลางสำหรับทำสัญญาจดทะเบียนให้แก่ประชาชนทั่วไปด้วย

เรียกว่า หอทะเบียนกลาง จะมีพร้อมทุกอย่างเหมือนหอทะเบียนท้องถิ่น เว้นไว้แต่โฉนดไม่มี ถ้าผู้ใดจะทำสัญญาจดทะเบียนหรือคู่มือหลักฐานสำหรับที่ดินดูได้ที่หอทะเบียนกลางมีต้องไปยังหอทะเบียนท้องถิ่นก็ได้ ถ้าหลักฐานสำหรับที่ดินที่หอทะเบียนท้องถิ่นเกิดอันตรายสูญหายก็เอาหลักฐานจากหอทะเบียนกลางไปทำแทนขึ้นได้มีต้องจัดเจ้าพนักงานออกไปทำใหม่และตัวบุคคลที่จะเป็นนายทะเบียนกลางนั้นต้องเป็นผู้ที่รอบรู้ระเบียบและข้อบังคับดี ฉะนั้น หอทะเบียนกลางจึงควรมีหน้าที่เก็บแต่หนังสือสำคัญอย่างเดียว

ต่อมาประมาณปลายปี ร.ศ. 121 (พ.ศ. 2445) เนื่องจากงานออกโฉนดที่ดินมีมากขึ้น ประกอบกับการเซ็นชื่อลงในโฉนดของผู้บัญชาการเมืองและกรมการอำเภอ มีข้อขัดข้องทำให้การออกโฉนดดำเนินไปโดยไม่สะดวก เพราะผู้บัญชาการเมืองและกรมการอำเภอมุ่งงานมากทั้งต้องประจำอยู่สถานที่ทำการ การจะเดินทางมาลงนามในโฉนดจึงไม่สะดวก พระยาประชาชีพบริบาล (ฝั่ง ชูโต) จึงไปกราบทูลหารือกับสมเด็จพระยาคำรงราชานุภาพขอยกเลิกการเซ็นลงนามของผู้บัญชาการเมืองและกรมการอำเภอคงเพียงให้ประทับตราอย่างเดียวในโฉนดและเซ็นชื่อเฉพาะกรรมการตำแหน่งนาหรือเจ้าพนักงานที่ดินเท่านั้น ซึ่งสมเด็จพระยาคำรงราชานุภาพทรงเห็นชอบด้วยและได้ทำหนังสือกราบบังคมทูลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งก็ได้ทรงพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ยกเลิก ดังนั้นตั้งแต่ปลายปี ร.ศ. 121 (พ.ศ. 2445) เป็นต้นมา ในโฉนดจึงไม่มีลายเซ็นของผู้บัญชาการเมืองและกรมการอำเภอคงมีแต่ประทับตราตำแหน่งเท่านั้น และให้ถือว่าโฉนดที่มีลายเซ็นกรมการนาตำแหน่งเดียวเป็นโฉนดที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแสดงว่า ในประวัติศาสตร์การออกโฉนดที่ดินของราชอาณาจักรไทยได้เคยมีการลงนามในโฉนดโดยเจ้าพนักงานที่ดินแต่เพียงผู้เดียวมาก่อนแล้ว กองการข้าหลวงที่ตั้งกองอาศัยทำงานอยู่ที่สภากวราชประยูร พระราชวังบางปะอินนั้น ครั้นต่อมาได้สร้างหอทะเบียนที่ดินประจำจังหวัดพระนครศรีอยุธยาขึ้นเสร็จราวเดือน กรกฎาคม ร.ศ. 122 (พ.ศ. 2446) ก็ยกกองขึ้นไปทำอยู่ที่หอทะเบียนที่ดินประจำจังหวัดในปี ร.ศ. 122 (พ.ศ. 2446) นั่นเอง

ต่อมาประมาณปลายปี ร.ศ. 124 (พ.ศ. 2448) งานออกโฉนดซึ่งกระทรวงเกษตราธิการเป็นผู้รับผิดชอบได้มีการคิดค้นแบบขึ้นใหม่เรียกว่า “ใบนำ” ซึ่งทำขึ้นใช้แทนใบไต่สวน ตอนที่ 2 และในใบนำนั้นได้ยกเลิกข้อที่ให้เจ้าของที่ดินข้างเคียงลงลายมือชื่อรับรองเขตกัน

ต่อมาในสมัยพระยาวงษานุประพัทธ์ยังมีได้เป็นเจ้าพระยาเป็นเพียงรองเสนาบดีอยู่แล้ว ก็เลื่อนขึ้นเป็นเสนาบดีแทนพระยาประชาชีพบริบาล (แยม แสงชูโต) บรรดาศักดิ์เป็นพระยาบรมบาทบุรุษ มาเป็นอธิบดีกรมทะเบียนที่ดิน เห็นว่า แบบใบนำกับใบไต่สวนเป็นแบบที่ใช้การอยู่อย่างเดียวกันไม่ควรจะใช้ให้แตกต่างกันไปและใบนำก็ไม่มีข้อความรู้ได้คืออย่างใบไต่สวน จึงสั่งยกเลิกใบนำนั้นเสียให้กลับมาใช้แบบใบไต่สวน ตอนที่ 2 ตามเดิมอีก

ต่อมาในสมัยพระเจ้าจักรปาณีสรีศิลาวิสุทธิ (อู่ ไกรฤกษ์) เมื่อเป็นพระยาสุรเกษตร โศภณ เป็นอธิบดีกรมที่ดิน ได้มีการแก้ไขใบไต่สวนโดยเพิ่มเติมข้อความบางประการและใช้กระดาษทั้งแผ่นเพื่อให้สะดวกแก่วิธีการที่จะมีหักโอนใบไต่สวนเท่านั้น และการรังวัดก็ได้เปลี่ยนวิธีใหม่ คือ จัดการกองเดินสำรวจออกไปทำการรังวัดพร้อมกันกับกรมรังวัดออกไปทำแผนที่รายละเอียดทีละขบวน เรื่องประกาศเมื่อได้ออกโฉนดแผนที่เปลี่ยนให้ใหม่ในตำบลหนึ่งตำบลใดแล้วก็ประกาศยกเลิกหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินเดิมนั้นเสียอีกชั้นหนึ่ง ต่อมาภายหลังมิได้มีการประกาศกันอีกเห็นจะถือว่าเมื่อออกโฉนดใหม่ให้แล้วของเก่าก็เลิกไปในตัวเอง ดังนี้ก็ได้เรื่องหลักปักเขตที่ดินนั้น การออกโฉนดครั้งแรกมิได้ใช้คงถือเขตตามที่เจ้าของที่ดินกับเจ้าของที่ดินข้างเคียงรับรองกันเป็นเกณฑ์

ต่อมาหลายปีจึงได้เกิดใช้หลักกันขึ้น (ประมาณปี พ.ศ. 2456) หลักที่ใช้ครั้งแรก ๆ เป็นเหล็กโตประมาณ 4 หุน ยาวประมาณ 1 เมตร และใช้ปักตามที่นาและที่สวนแต่อยู่ไม่ได้ถาวร มักจะถูกคนลักเอาจึงได้เลิกหลักเหล็กและคิดทำหลักคอนกรีตขึ้นใช้แทน ส่วนในเรื่องของการแบ่งแยกโฉนดทางหอทะเลเบียนที่ดินแต่แรกเริ่มมาเจ้าของที่ดินมีความประสงค์ขอแบ่งแยกก็ให้เจ้าของซึ่งแผนที่หลังโฉนดเจ้าของผู้ขอแบ่งแยกมักจะชี้ให้แบ่งตามคันทาที่สวนก็ชี้ให้แบ่งตามลูกร่อง เพราะแผนที่หลังโฉนดที่ทำกันมาแต่เดิมถ้าเป็นที่นาที่จุดคันทาไว้ในแผนที่หลังโฉนด หากเป็นที่สวนก็จุดลูกร่องสวนไว้เหมือนกัน การแบ่งแยกผู้ขอจึงถือคันทาและร่องสวนเป็นแนวเขตแบ่งแยกกันช่างแผนที่ก็นับเขตให้ตามนั้น จึงมิได้มีการไปรังวัดปักหลักแบ่งแยกยังที่ดินได้ทำกันเช่นนี้เรื่อยมา

ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2457 พระยาวิสุตรเกษตรศิลป์ (ข้า ศาสติคุปต) เป็นข้าหลวงออกโฉนดอยู่มณฑลราชบุรี เห็นว่า คันทาที่จุดไว้ในแผนที่หลังโฉนดชักช้า คันทาเจ้าของที่ดินอาจเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเสียเมื่อไรก็ได้ไม่มีประโยชน์อันใด ควรยกเลิกเสียดีกว่าการลองแผนที่หลังโฉนดก็จะเร็วขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ให้เลิกได้คงมีแต่เขตรอบนอกอย่างเดียว การดำเนินการเรื่องที่ดินดังกล่าวที่ผ่านมาได้มีการประกาศพระบรมราชโองการและกฎเสนาบดีรวมหลายฉบับ เช่น ประกาศออกโฉนดที่ดินมณฑลกรุงเก่าลงวันที่ 3 พฤษภาคม ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) ประกาศออกโฉนดที่ดิน ลงวันที่ 15 กันยายน ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) และกฎเสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการสำหรับการออกโฉนดที่ดิน ลงวันที่ 31 มีนาคม ร.ศ. 124 (พ.ศ. 2448) ทั้งนี้ จัดเป็นกฎหมายที่ดินซึ่งได้ออกใช้ตามความจำเป็นสำหรับให้กิจการดำเนินการไปได้ในสมัยนั้นถึงนานปีเข้าก็ยังมากฉบับมีข้อความซับซ้อนและกระจัดกระจายไม่สะดวกแก่การปฏิบัติ เสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการจึงดำริที่จะรวบรวมให้เป็นพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันเพื่อให้ข้อความแจ่มแจ้งเข้าใจง่ายและเป็นหมวดหมู่สะดวกในการปฏิบัติ จึงได้ทูลขอให้พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งในสมัยนั้นดำรงตำแหน่ง

เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมทรงโปรดให้พระเมธีนฤปกร ตำแหน่งกรรมการศาลฎีกา เป็นผู้รวบรวม และยกร่างขึ้นแล้วทรงตรวจแก้อีกชั้นหนึ่งแล้วโปรดส่งให้เสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการนำขึ้น ทูลเกล้าฯ ถวายพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าอยู่หัว ซึ่งต่อมาได้พระราชทานพระบรม ราชานุญาตให้ประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติเรียกว่า พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ดังนั้น พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงได้มีบทบัญญัติไว้ชัดเจนว่าในโฉนดที่ดินผู้บัญชา การเมืองและนายอำเภอท้องที่ไม่ต้องเซ็นชื่อ ซึ่งกฎหมายมาตรานี้ หมายความว่า โฉนดที่ดินที่ออก ตั้งแต่ปี ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) จนถึง พ.ศ. 2486 จะมีตราของผู้บัญชาการเมืองและตราของนายอำเภอ ท้องที่ประทับแต่ไม่มีลายเซ็นชื่อผู้บัญชาการเมืองและนายอำเภอคงมีลายเซ็นชื่อของเจ้าพนักงาน เกษตราธิการและประทับตราอยู่ระหว่างกลางของตราทั้งสองดังกล่าว ซึ่งปัจจุบันการออกโฉนด ที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายที่ดินและ หลักเกณฑ์วิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงนั้น ได้เริ่มดำเนินการมาตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม 2497 ซึ่งโฉนดที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินนี้มี 6 แบบ กล่าวคือ น.ส. 4, น.ส. 4 ก. , น.ส. 4 ข. ,น.ส. 4 ค. , น.ส. 4 ง. และ น.ส. 4 จ. โดยที่ น.ส. 4 ก. , น.ส. 4 ข. และ น.ส. 4 ค. เป็นโฉนดที่ดินที่ออกโดยอาศัย กฎกระทรวง ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2497 ซึ่งได้ถูกยกเลิกไปแล้ว โดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2510) แต่ถ้ราษฎรผู้ใดยังถือโฉนดที่ดินทั้ง 3 แบบอยู่แล้ว ก็ยังถือว่าใช้ได้ ส่วนโฉนดที่ดิน แบบ น.ส. 4 เป็น โฉนดที่ดินที่ออกโดยอาศัยกฎกระทรวง ฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2510) ซึ่งต่อมาถูกยกเลิกโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 34 (พ.ศ. 2529) ส่วนโฉนดที่ดิน แบบ น.ส. 4 ง. เป็นโฉนดที่ดินที่ออกโดยอาศัยกฎกระทรวง ฉบับที่ 17 (พ.ศ. 2514) ซึ่งต่อมาถูกยกเลิกโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 34 (พ.ศ. 2529) และส่วนของ โฉนดที่ดิน แบบ น.ส. 4 จ. เป็นโฉนดที่ดินที่ออกโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 34 (พ.ศ. 2529) ซึ่งต่อมา ได้ถูกยกเลิกโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) แต่กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 ก็ยังคงให้ออก โฉนดที่ดิน แบบ น.ส. 4 จ. เช่นเดิมและถูกใช้สำหรับการออกโฉนดที่ดินนับมาจนถึงปัจจุบัน

2.4.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการออกโฉนดที่ดินในปัจจุบัน

1) การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

บุคคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในกรณี ดังต่อไปนี้

(1) การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามบทกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ หรือได้มาซึ่งโฉนดที่ดินตามบทแห่งกฎหมายนี้

(2) การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดการที่ดินเพื่อการครองชีพ หรือกฎหมายอื่น

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามบทกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ ได้แก่ ผู้ได้รับโฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” หรือได้มาซึ่ง

โฉนดที่ดินตามบทแห่งประมวลกฎหมายนี้ ได้แก่ การเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน ตามมาตรา 58 และมาตรา 58 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดินและการออกโฉนดที่ดินเฉพาะรายตามมาตรา 59 และมาตรา 59 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

การได้ที่ดินมาโดยอธิปไตยที่ดินจัดที่ดินซึ่งมิได้มีบุคคลใดครอบครอง ให้เพื่อที่อยู่อาศัย และทำมาหาเลี้ยงชีพ ตามระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด และเงื่อนไขของคณะกรรมการจัดสรรที่ดิน แห่งชาติ ตามมาตรา 27 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินกำหนด โดยรวมรายการคือ จำนวนที่ดินที่จะแบ่งให้ครอบครอง หลักเกณฑ์สอบสวนคัดเลือกผู้เข้าครอบครอง วิธีที่ผู้เข้าครอบครองพึงปฏิบัติ หลักเกณฑ์การชดใช้ทุนที่ได้ลงไปในพื้นที่ดินนั้นและการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม กิจกรรมที่จำเป็น และสำหรับการจัดแบ่งที่ดิน

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดการที่ดินเพื่อการครองชีพตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 ซึ่งต่อมาตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมประชาสัมพันธ์และกรมส่งเสริมสหกรณ์ (ปัจจุบันหมายถึงกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ และกรมส่งเสริมสหกรณ์) ดำเนินการจัดสรรที่ดินของรัฐให้กับบุคคลบางประเภท ในรูปนิคมสร้างตนเอง ซึ่งเจ้าหน้าที่จะออกหนังสือสำคัญให้เป็นหลักฐานเพื่อนำไปยื่นขอออกโฉนดที่ดินต่อไป หรือการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายอื่น ได้แก่ การออกพระราชบัญญัติโฉนดที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินให้กับเอกชนในกรณีมีการแลกเปลี่ยนที่ดิน ฯลฯ

การได้มาด้วยการครอบครองปรบักษ์ตามมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ การครอบครองที่ดินที่ผู้อื่นมีกรรมสิทธิ์อยู่โดยสงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของติดต่อกันเป็นเวลาสิบปีผู้ครอบครองก็ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ซึ่งการได้มาซึ่งโฉนดที่ดินโดยการครอบครองปรบักษ์นั้นอาจได้มาโดยประการอื่นนอกจากนิติกรรม ในกรณีที่ดินนั้นมีโฉนดที่ดินแล้ว เช่น การได้มาโดยทางมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม หรือการได้สิทธิในภาระจำยอมโดยทางอายุความ หรือการได้มาจากการกลายเป็นส่วนควบด้วยผลแห่งกฎหมาย เช่น ที่งอกริมตลิ่ง เป็นต้น นอกจากนี้ ถ้ามีบุคคลอื่นมาแย่งการครอบครองนั้น ผู้เป็นเจ้าของที่ดินไม่ฟ้องภายในหนึ่งปีก็เป็นอันสิ้นสิทธิ

การได้กรรมสิทธิ์ในที่งอกตามมาตรา 1308 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือที่ดินงอกออกไปจากที่ดินที่เจ้าของมีกรรมสิทธิ์อยู่แล้วส่วนที่งอกนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินแปลงนั้น

การได้มาทางมรดกตามมาตรา 1599-1600 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งในฐานะทายาทโดยธรรมและทายาทโดยพินัยกรรม การได้มาโดยทางนิติกรรม ชื่อ ขาย แลกเปลี่ยนที่ดิน การบังคับจำนองโดยวิธีเอาทรัพย์หลุดจำนอง เป็นต้น

นอกจากนี้ สามารถได้มาซึ่งโฉนดที่ดินหรือหนังสือการทำประโยชน์อันสืบเนื่องมาจากใบจองตามมาตรา 30 และมาตรา 33 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งอยู่ในบังคับห้ามโอน 10 ปี ตามมาตรา 31 วรรคหนึ่ง (1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน หรืออยู่ในบังคับห้ามโอน 5 ปี ตามมาตรา 31 วรรคหนึ่ง (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งสามารถโอนให้บุคคลอื่นได้ ดังนี้

(1) โอนโดยทางตกทอดทางมรดก ไม่ว่าจะโอนตกทอดทางมรดกให้ทายาทโดยธรรม หรือผู้รับพินัยกรรมก็ตาม การรับมรดกถือว่าเป็นการสืบทอดสิทธิเจ้ามรดก เมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย บรรดาทรัพย์สินทุกชนิด ตลอดจนสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่าง ๆ ของผู้ตายย่อมเป็นมรดกตกทอดแก่ทายาท เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแวดล้อมเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตาย โดยแท้ตามมาตรา 1559 และมาตรา 1600 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) โอนที่ดินนั้นให้แก่ทบวงการเมือง ตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ประกอบระเบียบคณะกรรมการจัดสรรที่ดินแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2532) ข้อ 7 (2) หมายความว่า หน่วยราชการที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น

(3) โอนที่ดินนั้นให้แก่องค์การของรัฐบาล ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล เช่น องค์การทหารผ่านศึก เป็นต้น

(4) โอนให้แก่รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ

(5) โอนให้แก่สหกรณ์เพื่อการชำระหนี้ โดยได้รับอนุมัติจากนายทะเบียนสหกรณ์แล้ว

ในกรณีการโอนโดยการตกทอดทางมรดก ผู้ที่รับมรดกที่ดินมาแล้ว หากที่ดินแปลงดังกล่าวอยู่ในระยะเวลาห้ามโอน 10 ปี หรือ 5 ปี แล้วแต่กรณี ผู้ที่รับมรดกผู้นั้นจะถูกจำกัดห้ามโอนที่ดินดังกล่าวแต่ระยะเวลาห้ามโอนของเจ้าของมรดกที่เหลืออยู่

นอกจากที่กล่าวมานี้ ยังมีกรณีอื่น ๆ ที่อาจทำให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมายอีกหลายประการ อาทิเช่น สัญญาขายฝากที่ดินก็เป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยที่กฎหมายได้หลักเกณฑ์ไว้ว่า สัญญาขายฝากเป็นสัญญาที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกเป็นของผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงว่า ผู้ขายอาจไถ่ที่ดินนั้นคืนได้ ซึ่งต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยกำหนดเวลาไถ่ตามสัญญาขายฝากที่ดินจะต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่เวลาจดทะเบียนขายฝากที่ดิน คู่สัญญาจะตกลงกันไม่ให้ผู้ซื้อฝากจำหน่ายที่ดินระหว่างขายฝากก็ได้หากมีการฝ่าฝืนผู้รับซื้อฝากต้องรับผิดชอบผู้ฝากขายในความเสียหายที่เกิดขึ้น นอกจากนี้การขายฝากจะต้องมีการตกลงเรื่องสินไถ่ไว้ ถ้าไม่ได้กำหนดให้ไถ่ตามราคาขายฝากและสัญญาขายฝากที่ดินที่ทำตั้งแต่วันที่ 10 เมษายน 2541 เป็นต้นไปจะกำหนดสินไถ่สูงกว่าราคาขายฝากรวมกับ

ดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีไม่ได้ ทั้งนี้สัญญาขายฝากที่มีกำหนดเวลาต่ำกว่า 10 ปี คู่สัญญาอาจขายกำหนดเวลาได้ แต่รวมกันทั้งหมดต้องไม่เกิน 10 ปี การไถ่ที่ดินคืนผู้ไถ่ที่ดินจะต้องไถ่คืนภายในกำหนดเวลาขายฝากนั้น มิฉะนั้นจะไถ่คืนไม่ได้และที่ดินนั้นจะตกเป็นของผู้รับซื้อฝาก นอกจากนี้ ในส่วนของการจำนองที่ดินก็เป็นเหตุให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน โดยกฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การจำนองต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์บางประเภท คือ เรือกำปั่น หรือเรือที่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือรถยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ และสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะ โดยที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ตกเป็นของผู้รับจำนองเป็นเพียงการรับจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้เท่านั้น ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนอง นอกจากนี้เกี่ยวกับการจำนองที่ดินนั้นกำหนดว่า การจำนองที่ดิน น.ส. 3 ก ไม่ต้องมีการประกาศการจดทะเบียน แต่ น.ส. 3 ต้องมีการประกาศการจดทะเบียน ดังนั้น เมื่อที่ดินที่จำนองนั้นมิได้มีการไถ่ถอนจำนองและหลุดจำนองที่ดินนั้นย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับจำนอง และนอกจากนี้ การจดทะเบียนโอนที่ดินเป็นที่สาธารณะประโยชน์หรือแบ่งหักเป็นที่สาธารณะประโยชน์ก็เป็นเหตุให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน หากเจ้าของที่ดินมีเจตนาอุทิศให้ที่ดินเป็นที่สาธารณะโดยตรง ข้อยกเว้นคือ ในการขอโอนหรือแบ่งหักที่ดินของผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถ ให้เป็นทางสาธารณะประโยชน์ ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์หรือผู้อนุบาลของคนไร้ความสามารถต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน

นอกจากนี้แล้ว การได้มาของกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น อาจได้มาจากสินสมรส ซึ่งต้องเป็นการสมรสที่ต้องจดทะเบียนกัน โดยถูกต้องตามกฎหมาย โดยหลักการได้มาของสินสมรส คือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่องครอบครัว ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรส หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างสมรสโดยพินัยกรรม หรือโดยการให้เป็นหนังสือ โดยระบุว่า “ให้เป็นสินสมรส” หรือเป็นทรัพย์สินที่เป็นดอกผลของสินส่วนตัว หรือเป็นกรณีที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งเป็นสินสมรสหรือไม่ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสินสมรส แต่การที่บุคคลทั้งสองไม่ได้มีการจดทะเบียนสมรสกัน ทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างนั้นไม่เป็นสินสมรส แต่เป็นทรัพย์สินที่บุคคลทั้งสองเป็นเจ้าของร่วมกัน หรือการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการอาศัยสัญญาแลกเปลี่ยน คือ เป็นสัญญาซึ่งคู่กรณีต่างฝ่ายต่างโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่กันและกัน ซึ่งการแลกเปลี่ยนจะสำเร็จบริบูรณ์ต่อเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้แสดงเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อผู้ที่ได้มาซึ่งที่ดินตามกรณีต่าง ๆ ดังกล่าวมาข้างต้นที่และเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ โดยชอบด้วยกฎหมายในที่นั้นสามารถนำมาขออนุญาตที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ได้แล้วแต่กรณี ซึ่งการดำเนินการออกโฉนดที่ดินของกรมที่ดินมี 2 วิธี กล่าวคือ

(1) การเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน และ

(2) การออกโฉนดที่ดินเฉพาะราย

ซึ่งในปัจจุบันการออกโฉนดที่ดินมีการดำเนินการเป็น 4 วิธีใหญ่ ๆ กล่าวคือ

(1) การเดินสำรวจการออกโฉนดที่ดิน ตามมาตรา 58, 58 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้แก่

(1.1) การเดินสำรวจการออกโฉนดที่ดินภาคพื้นดิน ดำเนินการในพื้นที่หมู่บ้าน หรือพื้นที่ที่มีสิ่งปกคลุมไม่เห็นรายละเอียดในระวางแผนที่ที่รูปถ่ายทางอากาศ หรือพื้นที่ที่ไม่สามารถสร้างระวางรูปถ่ายทางอากาศได้

(1.2) การเดินสำรวจการออกโฉนดที่ดิน โดยใช้ระวางแผนที่รูปถ่ายทางอากาศ ดำเนินการในพื้นที่โล่ง สามารถเห็นตลอดภายในระวางแผนที่รูปถ่ายทางอากาศซึ่งเป็นลักษณะงานเก็บตกเสริมหรือเพิ่มเติมในพื้นที่ระวางแผนที่เดียวกันกับการเปลี่ยน น.ส. 3 ก. เป็นโฉนดที่ดิน ในกรณีที่ดินไม่มี น.ส. 3 ก. หรือมีแต่ไม่สามารถย้ายรูปแปลงที่ดินในระวางแผนที่รูปถ่ายทางอากาศเพื่อเปลี่ยนเป็นโฉนดที่ดินได้

(2) การออกโฉนดที่ดินโดยการเปลี่ยน น.ส. 3 ก. เป็นโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 ตริ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

(3) การออกโฉนดที่ดินเฉพาะราย ตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งรวมการออกโฉนดที่ดินตามโครงการต่าง ๆ ดังนี้

(3.1) การออกโฉนดที่ดินแบบท้องถิ่น

(3.2) การออกโฉนดที่ดินตามโครงการจัดรูปที่ดิน

(3.3) การออกโฉนดที่ดินตามโครงการปฏิรูปที่ดิน

(4) การออกโฉนดที่ดินโดยมิได้แจ้งการครอบครอง (ส.ค. 1) ตามมาตรา 59 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

ส่วนในเรื่องของการออกโฉนดที่ดินในราชอาณาจักรไทยในยุคปัจจุบัน (พ.ศ. 2528 ถึงปัจจุบัน) ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2528 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการออกโฉนดที่ดิน ดังนี้

(1) กำหนดแบบโฉนดที่ดินใหม่ โดยให้ใช้แบบ น.ส. 4 จ. (กฎกระทรวง ฉบับที่ 34 (พ.ศ. 2529) ลงวันที่ 1 มกราคม 2529)

(2) กำหนดแบบโฉนดที่ดินใหม่ โดยให้ใช้แบบ น.ส. 4 จ. (กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2537) ซึ่งเป็นแบบล่าสุดและได้ใช้ตลอดมาจนถึงปัจจุบัน

ในกรณีโฉนดที่ดิน น.ส. 4 จ. ที่ออกเป็นโฉนดตราจองหรือตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ให้มีคำว่า “โฉนดตราจอง” หรือตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” แล้วแต่กรณี ไว้ใต้ตราครุฑ และที่ดินที่จะออกโฉนดที่ดินต้องเป็นที่ดินที่ผู้มีสิทธิในที่ดินได้ครอบครองและทำประโยชน์แล้ว และเป็นที่ดินที่สามารถออกโฉนดที่ดินได้ตามกฎหมาย

2.4.4 หลักเกณฑ์และวิธีการออกโฉนดที่ดินเฉพาะราย

การออกโฉนดที่ดินเฉพาะราย เป็นไปตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน แต่สำหรับการออกโฉนดที่ดินเฉพาะรายโดยมิได้แจ้งการครอบครอง ตามมาตรา 59 ทวิ (ไม่มีกรแก้ไขเพิ่มเติม) แต่กรณีการขออนุมัติผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อออกโฉนดที่ดิน กรณีจำเป็น และกรณีที่ดินที่ขออโฉนดมีเนื้อที่เกินกว่า 50 ไร่ นั้น ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการดำเนินการโดยข้อ 5, 6 และข้อ 7 แห่งระเบียบของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2532) ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2532 โดยมีขั้นตอนการออกโฉนดที่ดินเฉพาะราย เมื่อเจ้าของที่ดินมีความประสงค์ขอรังวัดออกโฉนดที่ดินให้ยื่นคำขอเจ้าพนักงานที่ดิน ณ สำนักงานที่ดินจังหวัด/สาขา/ส่วนแยก ที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ ซึ่งหลักฐานที่สามารถนำมาออกโฉนดได้ ได้แก่ หลักฐานการแจ้งการครอบครอง (ส.ก. 1) รวมตลอดถึงผู้ครอบครองต่อเนื่อง, ใบจอง (น.ส. 2), ใบเหยียบย่ำหมายเลข 3, หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3, น.ส. 3 ก., น.ส. 3 ข.) ตราจอง ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว”, หนังสือแสดงการทำประโยชน์นิคมสร้างตนเอง (น.ค. 3), หนังสือแสดงการทำประโยชน์สหกรณ์นิคม (กสน. 5) หรือไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับที่ดินแต่ได้ครอบครองที่ดินมาก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ โดยยื่นใบแจ้งความประสงค์ที่จะได้โฉนดที่ดินตามมาตรา 27 ทรี แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน หากที่ดินที่นำมาขออโฉนดที่ดิน ติดจำนอง ต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมจากผู้รับจำนองมาประกอบด้วย และการออกโฉนดที่ดินเฉพาะรายนี้จะกระทำได้ในบริเวณที่ดินที่ได้สร้างระวางแผนที่เพื่อการออกโฉนดที่ดินไว้แล้ว เท่านั้น ตามระเบียบคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2532) ว่าด้วยเงื่อนไขการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ โดยขั้นตอนในการออกโฉนดที่ดินมี 4 ขั้นตอน คือ

1) การรับคำขอรังวัดออกโฉนดที่ดิน เป็นขั้นตอนการสอบสวนสิทธิเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริง ว่าผู้ขอหลักฐานเอกสารสำหรับที่ดินแปลงนั้น หรือไม่อย่างไร โดยตรวจสอบจากหลักฐานเอกสารต่าง ๆ ที่ผู้ขอนำมาแสดงและจากการสอบสวนถ้อยคำผู้ขอและพยาน ผู้ปกครองท้องถิ่น หากเป็นกรณีครอบครองต่อเนื่องต้องสอบสวนพยานบุคคลด้วย

2) การรังวัดสอบสวนสิทธิการครอบครองและทำประโยชน์ ตามข้อ 10 แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 คือ เมื่อได้พิสูจน์สอบสวนการทำประโยชน์แล้ว ปรากฏว่าได้มีการครอบครองและทำประโยชน์แก่ สภาพที่ดินในท้องถิ่น ตลอดจนสภาพของกิจการที่ได้ทำประโยชน์ฯ โดยเจ้าหน้าที่ผู้สอบสวนต้อง ตรวจสอบสภาพการทำประโยชน์ในที่ดิน ด้วยตนเองทุกแปลง ก่อนทำการสอบสวนลงลายมือชื่อเพื่อให้ ทราบว่าเจ้าของที่ดินนั้นให้ถ้อยคำถูกต้องหรือไม่อย่างไร ในการสอบสวนต้องสอบสวน รายละเอียดของการใช้ประโยชน์ ระยะเวลาการครอบครองและทำประโยชน์ เป็นการต่อเนื่อง หรือ ทิ้งร้างหรือไม่ ที่ดินนั้นเป็นที่สาธารณะประโยชน์ ที่หลวงหวงห้าม ที่ราชการสงวนหวงห้ามไว้ หรือไม่ ทำประโยชน์อะไรในที่ดิน ทำติดต่อกันตลอดหรือละทิ้งไปบ้าง หรือไม่ และสภาพการทำ ประโยชน์ตรงตามที่แจ้งไว้ในหลักฐานเดิม หรือไม่ ประการใด และให้สอบสวนว่า ที่ดินเป็นของ ใครมาก่อนด้วย หรือไม่ โดยวิธีการดำเนินการให้ดำเนินการตามข้อ 15 (1) และ (2) แห่ง กฎกระทรวงฉบับเดียวกัน กล่าวคือ ให้มีการรังวัดทำแผนที่ตามวิธีการรังวัดเพื่อออกโฉนดที่ดิน โดยให้เจ้าของที่ดินปักหลักหมายเขตที่ดินไว้ทุกมุมที่ดินของตน และให้ถ้อยคำตามแบบ น.ส. 5 พ้ายกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว โดยการรังวัดนั้น เพื่อให้ทราบที่ตั้ง ระยะเวลาเขตที่ดิน กว้างยาว และเนื้อที่แปลงที่ดิน

3) การแจกโฉนดที่ดิน ตามข้อ 15 (3) ประกอบข้อ 16 แห่งกฎกระทรวงฉบับเดียวกัน กำหนดไว้ว่า ก่อนการแจกโฉนดที่ดินให้เจ้าพนักงานที่ดินประกาศแจกโฉนดที่ดินให้ทราบ มีกำหนด 30 วัน ประกาศนั้นให้ปิดไว้ในที่เปิดเผย ณ สำนักงานที่ดินท้องที่ สำนักงานเขตหรือ ที่ว่าการอำเภอหรือที่ว่าการกิ่งอำเภอท้องที่ ที่ทำการแขวงหรือที่ทำการกำนันท้องที่ และในบริเวณ ที่ดินนั้น แห่งละหนึ่งฉบับในเขตเทศบาลให้ปิดไว้ ณ สำนักงานเทศบาล อีกหนึ่งฉบับ โดยนับจาก วันถัดจากวันปิดประกาศ เป็น 1 จนครบ 30 วัน จึงจะถือว่าประกาศครบกำหนดตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกาศหาผู้คัดค้านเพื่อที่ทางราชการจะได้ข้อมูลเพิ่มเติมว่าที่ดินดังกล่าวนั้นสามารถ ออกโฉนดที่ดินให้กับผู้ขอได้หรือไม่

ในกรณีที่เรื่องการขออออกโฉนดที่ดินอยู่ระหว่างดำเนินการ ซึ่งอาจเป็นเรื่องจะต้อง แสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ไม่ว่าจะเป็นการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินในเขตที่ดินของรัฐหรือ กรณีอื่น ๆ นั้น ให้ดำเนินการประกาศแจกโฉนดที่ดินได้โดยไม่ต้องรอให้เสร็จสิ้นขั้นตอนดังกล่าว ซึ่งกรณีนี้ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ทราบใดที่ผู้ถือที่ดินยังไม่ได้มาซึ่งโฉนด หรือยังไม่ได้รับ โฉนดไปจากเจ้าหน้าที่ ผู้ที่ยึดถือไว้ก็จะถือว่าตนได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินอันแท้จริงถูกต้องตาม กฎหมายแล้วไม่ได้”

4) การพิจารณาลงนามในโฉนดที่ดิน เป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดเพราะเป็นการตรวจสอบพิจารณาข้อเท็จจริงก่อนที่เจ้าพนักงานจะลงนามในโฉนดที่ดิน ซึ่งต้องมีข้อมูลพร้อมและเพียงพอที่แสดงว่าเป็นที่ดินของผู้มีสิทธิครอบครองได้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินมิได้เป็นที่สงวนหรือหวงห้าม หรือต้องห้ามตามหลักเกณฑ์การออกโฉนดที่ดิน หรือหลักฐานเดิมตรงกับแปลงที่ดินที่นำมาทำการรังวัด หรือระยะข้างเคียงเนื้อที่ และการรับรองแนวเขต ถูกต้องตามระเบียบ กฎหมายที่กรมที่ดินวางไว้หรือไม่ หากข้อมูลเหล่านี้ไม่เพียงพอเป็นหน้าที่ของผู้พิจารณาก่อนการลงนามจะดำเนินการเพิ่มเติม แล้วจึงประมวลข้อมูลพร้อมความเห็นเสนอเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือสาขาหรือเจ้าพนักงานที่ดินหัวหน้าส่วนแยก เพื่อพิจารณาลงนามในโฉนดที่ดินเพื่อแจกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้ขอต่อไป

การออกโฉนดที่ดินเฉพาะรายในที่หวงห้ามโดยถูกต้องตามกฎหมาย

ในการออกโฉนดที่ดินเฉพาะรายในที่หวงห้ามโดยถูกต้องตามกฎหมายนั้น ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป 10 กรณี ดังต่อไปนี้

- (1) กรณีที่ดินอยู่ในเขตป่าไม้
- (2) กรณีที่ดินอยู่ในเขตป่าชายเลน
- (3) กรณีที่ดินอยู่ในความรับผิดชอบของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืช
- (4) ในกรณีที่ดินอยู่ในความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง
- (5) ในกรณีที่ดินอยู่ในเขตปฏิรูปที่ดิน
- (6) ในกรณีที่ดินอยู่ในเขตหวงห้ามเพื่อจัดตั้งนิคมสร้างตนเองและนิคมสหกรณ์

(6.1) นิคมสร้างตนเอง เป็นงานบริหารสวัสดิการสังคมรูปแบบหนึ่ง เริ่มเมื่อปี พ.ศ. 2483 โดยจอมพล ป.พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรีสมัยนั้น ซึ่งนำที่ดินรกร้างว่างเปล่ามาใช้ประโยชน์เพื่อสงเคราะห์คนยากไร้ให้มีที่อยู่อาศัยและที่ดินทำกินในลักษณะชุมชนที่เป็นระเบียบและพัฒนาให้มีรายได้และคุณภาพชีวิตที่ดี แล้วให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2485 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2504 และฉบับล่าสุดแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2511 ซึ่งใช้มาจนปัจจุบัน คือ

(6.1.1) หนังสืออนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดิน (น.ค. 1) ออกให้เมื่อสมาชิกนิคมได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ตามมาตรา 8 พระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 กล่าวคือ เมื่อคณะกรรมการฯ พิจารณาให้เป็นสมาชิกนิคมฯ แล้วจะออกหนังสือดังกล่าวให้ (น.ค. 1)

(6.1.2) หนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค. 3) ออกให้เมื่อสมาชิกนิคมฯ มีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อได้รับหนังสือ น.ค. 1

แล้ว โดยเข้าทำประโยชน์ในที่ที่ดินนั้นเกินกว่า 5 ปี ไม่มีหนี้สินเกี่ยวกับกิจการนิคมค้างชำระและชำระเงินช่วยเหลือที่รัฐบาลลงไปแล้ว ก็จะได้รับหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค. 3)

ซึ่งหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค. 3) สามารถนำมาออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดินได้ทันที แต่ห้ามโอนโฉนดที่ดินกันมีกำหนด 5 ปี นับแต่วันรับโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เว้นแต่ยกทอดทางมรดกหรือโอนไปยังสหกรณ์ที่ตนเป็นสมาชิกและกำหนดเวลาห้ามโอนดังกล่าวไม่อยู่ในข่ายแห่งการบังคับคดี ทั้งนี้ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบหนังสือกรมประชาสัมพันธ์ ที่ รส. 0405/ว. 8656 ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2541 เวียน โดยหนังสือกรมที่ดิน ที่ มท. 0719/ว. 09488 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2541 เรื่อง การออกหนังสือสำคัญตามประมวลกฎหมายที่ดินให้แก่ราษฎรที่มีหลักฐาน ส.ค. 1 ในเขตนิคมสร้างตนเอง

(6.2) นิคมสหกรณ์ ของกรมส่งเสริมสหกรณ์ ตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 พื้นที่ดำเนินการคือ ที่ดินในเขตนิคมสหกรณ์ที่ได้มาโดยคณะกรรมการจัดสรรที่ดินแห่งชาติมอบที่ดินของรัฐที่ได้จำแนกให้เป็นที่ดินจัดสรรเพื่อการเกษตรกรรมให้กรมส่งเสริมสหกรณ์ดำเนินการจัดที่ดินให้แก่ราษฎรที่ไม่มีที่ดินทำกินหรือมีที่ดินน้อยไม่เพียงพอต่อการประกอบอาชีพได้มีที่ดินเป็นของตนเอง มี 2 ประเภท ดังนี้

(6.2.1) หนังสืออนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดิน (กสน. 3) ออกให้เมื่อสมาชิกฯ ได้รับอนุญาตให้เข้าทำกิน ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน คือ นิคมประกาศรับสมัครบุคคลเป็นสมาชิก นิคมฯ คัดเลือกสมาชิกและจัดผู้ผ่านการคัดกรองลงแปลงที่ดินตามแผนผังจัดแบ่งที่ดินและออกหนังสือ (กสน. 3) อนุญาตให้ทำประโยชน์ต่อไป

(6.2.2) หนังสือแสดงการทำประโยชน์ (กสน. 5) ออกให้เมื่อสมาชิกมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อได้รับหนังสืออนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดิน (กสน. 3) โดยเข้าทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวแล้วเกินกว่า 5 ปีไม่มีหนี้สินเกี่ยวกับกิจการนิคมค้างชำระและชำระเงินช่วยเหลือที่รัฐบาลลงไปแล้ว ก็จะได้รับหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (กสน. 5)

โดยหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (กสน. 5) สามารถนำมาออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดินได้ เมื่อได้รับความเห็นชอบจากสหกรณ์ที่ตนเป็นสมาชิกอยู่ตามนัยมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่อยู่ในบังคับห้ามโอนโฉนดที่ดินกันมีกำหนดระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันรับโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เว้นแต่ยกทอดทางมรดกหรือโอนไปยังสหกรณ์ที่ตนเป็นสมาชิกและกำหนดเวลาห้ามโอนดังกล่าวไม่อยู่ในข่ายแห่งการบังคับคดีเช่นเดียวกับ น.ค. 3

(7) ในกรณีการออกโฉนดที่ดินในเขตที่ดินของรัฐ คือ ที่ดินสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สำหรับพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกัน ที่สงวนหวงห้ามตามประมวลกฎหมายที่ดิน และกฎหมายอื่น ที่ดินที่รัฐมนตรีสงวนไว้เพื่อรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น เป็นต้น ตามมาตรา 56/1 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2551 ประกอบระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการตรวจสอบที่ดินเพื่อการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ กรณีเป็นที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวหรืออยู่ในเขตที่ดินของรัฐ ด้วยวิธีอื่น พ.ศ. 2551 ให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการดังนี้

(7.1) ตรวจสอบหลักฐานเดิมและหลักฐานทางทะเบียนที่ดิน ว่าผู้ขอเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินและถูกต้องตรงตามหลักฐานที่ทางราชการมีอยู่หรือไม่

(7.2) ตรวจสอบที่ดินข้างเคียงทุกด้านถูกต้องตรงกับหลักฐานที่ดินเดิมนำมาแสดงหรือไม่ ตรวจสอบระยะแนวเขตที่ดิน และบันทึกถ้อยคำของเจ้าของที่ดิน เจ้าของที่ดินข้างเคียง ตลอดจนผู้ปกครองท้องที่ ไว้เป็นหลักฐาน

(7.3) ตรวจสอบสภาพการทำประโยชน์ว่ามีความเป็นไปได้ตรงกับที่ได้แจ้งไว้ในหลักฐานที่นำมาแสดงในการขออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือไม่

(7.4) กรณีชื่อผู้ขอออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินไม่ตรงกับชื่อในหลักฐานที่ดินเดิมที่ผู้ขอนำมาขึ้นฯ ให้สอบสวนและบันทึกถ้อยคำผู้ขอ ผู้ปกครองท้องที่ และผู้ที่เชื่อถือได้ว่าการครอบครองและการทำประโยชน์ในที่ดินต่อเนื่องมาจากผู้ที่มีชื่อในหลักฐานที่ดินเดิม อย่างไร ตั้งแต่เมื่อไหร่

(7.5) กรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยเป็นอย่างยิ่งว่าที่ดินขออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินอาจไม่ตรงกับหลักฐานที่ผู้ขอฯ นำมาแสดง ให้เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัด/สาขา/ส่วนแยก นายอำเภอ ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ หรือผู้อำนวยการศูนย์ดินสำรวจแล้วแต่กรณี ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการอย่างน้อย 3 คน เพื่อพิจารณาตรวจสอบสภาพที่ดินและการครอบครองทำประโยชน์เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริง เมื่อตรวจสอบแล้วให้รายงานผลต่อผู้แต่งตั้งประกอบการพิจารณาดำเนินการกับผู้ขอต่อไป

อีกทั้ง หากยังไม่ได้ข้อยุติว่าเป็นที่ดินที่อยู่ในหลักเกณฑ์จะออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้ ให้ดำเนินการตรวจสอบกับระวางแผนที่รูปถ่ายทางอากาศหรือระวางรูปถ่ายทางอากาศฉบับที่ทำขึ้นก่อนสุดเท่าที่ทางราชการมีอยู่ โดยตรวจสอบกับแผนที่ภาพถ่ายทางอากาศกรมแผนที่ทหาร ว่าสามารถออกได้หรือไม่

ซึ่งประกอบกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการแก้ไขปัญหาคารบูกฏที่ดินของรัฐ พ.ศ. 2545 กำหนดว่า สำหรับที่ดินที่เป็นที่ดินของรัฐ ให้ดำเนินการดังนี้

(1) กรณีที่ปรากฏชัดแจ้งตามเอกสารซึ่งผู้ขอนำมาเป็นหลักฐานในการขออนุญาตออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ว่าได้มีการครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินมาก่อนการเป็นที่ดินของรัฐดังกล่าว ก่อนการออกหนังสือแสดงสิทธิฯ ดังกล่าว ให้จังหวัดนำเรื่องเสนอต่อคณะกรรมการแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐประจำจังหวัด (กปร. จังหวัด) เพื่อพิสูจน์สิทธิในที่ดินตามกำหนด

(2) กรณีที่ปรากฏชัดแจ้งตามเอกสารซึ่งผู้ขอนำมาเป็นหลักฐานในการขออนุญาตออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ว่าได้มีการครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินภายหลังการเป็นที่ดินของรัฐดังกล่าว ให้เจ้าหน้าที่ที่ดินยกเลิกค่าของของผู้ขอ พร้อมทั้งแจ้งให้ผู้ขอทราบเพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ต่อไป

(3) กรณีที่ไม่ปรากฏชัดแจ้งตามเอกสารซึ่งผู้ขอนำมาเป็นหลักฐานในการขออนุญาตออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ว่าได้มีการครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินมาก่อนหรือภายหลังการเป็นที่ดินของรัฐดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น ที่ดินเป็นที่หวงห้ามตามพระราชกฤษฎีกาสงวนหวงห้ามที่ดิน พ.ศ. 2478 โดยการอ้างสิทธิในที่ดินตามหลักฐาน ส.ค. 1 โดยระบุว่าได้รับมาจากบิดาเมื่อ พ.ศ. 2485 เป็นต้น ให้เจ้าพนักงานที่ดินดำเนินการสอบข้อเท็จจริงให้ได้ความโดยชัดเจนเป็นที่ยุติว่าได้มีการครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวมาก่อนหรือภายหลังการเป็นที่ดินของรัฐแล้วจึงดำเนินการตามข้อ 1 หรือข้อ 2 แล้วแต่กรณี

ในการสอบสวน นอกจากเอกสารที่เป็นพยานหลักฐานต่าง ๆ แล้ว ให้รวมถึงการสอบพยานบุคคล และสภาพแวดล้อม ประกอบกัน เช่น การตรวจสอบการเสียดำเนินการที่ เป็นต้น

ในกรณีไม่สามารถดำเนินการได้ให้เจ้าหน้าที่แจ้งเป็นหนังสือและเหตุผลประกอบโดยละเอียดให้ทราบภายใน 2 วันนับแต่ทราบผลคำสั่งดังกล่าว และถือว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง (กรณีไม่ออกโฉนดที่ดิน) ให้แจ้งผู้ขออนุญาตออกโฉนดที่ดินทราบพร้อมแจ้งการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งซึ่งหมายถึง เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัด/สาขา/ส่วนแยก ภายในกำหนด 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งตามมาตรา 44 และมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติเดียวกัน และประกอบมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติเกี่ยวกับผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องระบุวิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับการยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่งดังกล่าว ประกอบเนื่องจากมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติเกี่ยวกับการให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องแจ้งรายละเอียดและระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองฯ การออกโฉนดที่ดินในเขตที่ดินของรัฐจึงต้องดำเนินการตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้

(8) กรณีที่ดินอยู่ในเขตที่เขา ที่ภูเขา

ที่ดินในเขตที่เขา ที่ภูเขา นั้นห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 14 (2) กล่าวคือ ที่เขา ที่ภูเขา และพื้นที่ที่รัฐมนตรีประกาศหวงห้าม ตามมาตรา 9 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน แต่ไม่รวมถึงที่ดินซึ่งผู้ครอบครองมีสิทธิครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายที่ดิน

กำหนดบริเวณที่เขา หรือภูเขา และปริมาตรรอบที่เขาหรือภูเขา 40 เมตร และความลาดชัน 35 เปอร์เซ็นต์ และนอกจากนี้ตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ป. เสนอสำหรับ ที่เขา หรือที่ภูเขา คือ สำหรับที่เขา หมายถึง ส่วนของพื้นที่สูงจากบริเวณรอบ ๆ (SURROUNDING) น้อยกว่า 600 เมตร และที่ภูเขา หมายถึง ส่วนของพื้นที่สูงจากบริเวณรอบ ๆ (SURROUNDING) ตั้งแต่ 600 เมตร ขึ้นไป โดยจะต้องนำหลักเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างต่อไปนี้ประกอบการพิจารณา คือ

(8.1) ลักษณะและชื่อที่ปรากฏในแผนที่แสดงภูมิประเทศของกรมแผนที่ทหาร มาตราส่วน 1: 50,000 หมายถึง การพิจารณาลักษณะและชื่อที่ปรากฏในแผนที่ของกรมแผนที่ทหาร ซึ่งได้มีการสำรวจในพื้นที่จริงแล้วแสดงสภาพพื้นที่โดยเส้นชั้นความสูง รวมทั้งชื่อของภูมิประเทศที่สำคัญ

(8.2) การเรียกของประชาชนในท้องถิ่น หมายถึง การเรียกว่าเป็นเขาหรือภูเขา มาประกอบการพิจารณา

(8.3) การตรวจสอบพื้นที่ หมายถึง การตรวจสอบสภาพพื้นที่จริงประกอบการพิจารณากับหลักฐานแผนที่รูปถ่ายเพื่อให้เห็น โครงสร้างของดิน

(8.4) โครงสร้างทางธรณีวิทยา หมายถึง บริเวณที่ดินทั้งบริเวณที่อยู่ในโครงสร้างของภูเขา

(8.5) ผลการแปลตีความรูปถ่ายทางอากาศหรือภาพจากดาวเทียม หมายถึง การตรวจสอบสภาพที่ดินแสดงให้เห็นว่าเป็นที่เขาหรือที่ภูเขาจากรูปถ่ายทางอากาศหรือภาพจากดาวเทียม ตามหลักวิชาการแล้วแต่กรณี

อีกทั้ง หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0713/ว 19779 ลงวันที่ 15 กันยายน 2531 เรื่อง นโยบายป่าไม้แห่งชาติ ได้วางแนวทางปฏิบัติการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินในพื้นที่ที่มีความลาดชันโดยเฉลี่ย 35 เปอร์เซ็นต์ขึ้นไปว่า “ไม่อนุญาตให้มีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน หากมีความจำเป็นควรจะให้เช่าหรือสัมปทานโดยขออนุญาตคณะรัฐมนตรีเป็นราย ๆ เว้นแต่กรณีราษฎรมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนแล้ว แม้ว่าที่ดินผืนนั้นจะมีความลาดชันเกินกว่า 35 เปอร์เซ็นต์ อนุญาตให้ออกเอกสารสิทธิได้ แต่ควรมี

เงื่อนไขเพื่อป้องกันผลกระทบสิ่งแวดล้อมไว้ด้วย” ซึ่งหนังสือฉบับสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่ว่า กรณีนายทุน ออก น.ส. 3 ก. โดยมีขอบด้วยกฎหมายโดยใช้ ส.ค. 1 (ที่ดิน ส.ป.ก. 4-01) จากที่อื่นมาสวมออกทับที่ดิน ส.ป.ก. ลำห้วย อำเภอป่าซาง จังหวัดลำพูน ทิ้งที่ดินให้รกร้างและพื้นที่นั้นก็มีความลาดชันเกิน 35 เปอร์เซ็นต์ จึงเป็นการออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

ทั้งนี้ กรมที่ดิน ได้วางแนวทางแนวทางปฏิบัติไว้ตามหนังสือ ที่ 7509/2499 ลงวันที่ 27 กันยายน 2499 ตอบข้อหารือจังหวัดจันทบุรี เวียน โดยหนังสือกรมที่ดิน ที่ 7509/2499 ลงวันที่ 2 ตุลาคม 2499 ว่า ถ้าเป็นที่ดินซึ่งบุคคลมีสิทธิครอบครอง โดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนวันประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับแล้ว ที่ดินนั้นก็ไม่อยู่ในบริเวณประกาศหวงห้ามข้างต้น

นอกจากนี้ กรมที่ดิน ได้เวียนตามหนังสือกรมที่ดินที่ มท 0712/ว 7508 ลงวันที่ 1 เมษายน 2529 เรื่อง นโยบายป่าไม้แห่งชาติ และต่อมาคณะกรรมการนโยบายป่าไม้แห่งชาติ ได้พิจารณาบททวน ข้อ 17 มีมติรวม 3 ประการ คือ

(1) ไม่อนุญาตให้มีการออกโฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ในพื้นที่ที่มีความลาดชัน 35 เปอร์เซ็นต์ขึ้นไป หากมีความจำเป็นควรให้เช่าหรือสัมปทานโดยขออนุมัติคณะรัฐมนตรีเป็นราย ๆ ไป เว้นแต่ราษฎรมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนแล้ว

(2) กรณีราษฎรรายใดมีสิทธิครอบครองที่ดินมาก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน ถือว่าผู้นั้นมีสิทธิครอบครองตามกฎหมาย แม้ว่าที่ดินผืนนั้นจะมีความลาดชันเฉลี่ยเกิน 35 เปอร์เซ็นต์ อนุญาตให้ออกเอกสารสิทธิได้ แต่การอนุญาตควรมีเงื่อนไขป้องกันผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมด้วย

(3) ขอให้กรมพัฒนาที่ดินจัดส่งแผนที่แสดงพื้นที่ที่มีความลาดชันเกิน 35 เปอร์เซ็นต์ ให้แก่หน่วยราชการที่เกี่ยวข้อง

ในพื้นที่ดังกล่าว กรณีราษฎรรายใดมีสิทธิครอบครองที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมาย ก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ คือ ได้แจ้ง ส.ค. 1 ไว้ด้วย แม้ว่าที่ดินผืนนั้นจะมีความลาดชันเฉลี่ยเกิน 35 เปอร์เซ็นต์ อนุญาตให้ออกเอกสารสิทธิได้

(9) ในกรณีการออกโฉนดที่ดินที่งอกริมตลิ่ง

หากมีผู้ยื่นคำขอออกโฉนดที่ดินและที่ดินนั้นเป็นที่ดินริมน้ำน่าจะมีลักษณะเป็นที่ดินที่งอกริมตลิ่ง ต้องพิจารณาว่า ที่ดินที่จะถือว่าเป็นที่งอกริมตลิ่งนั้นเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ไม่ใช่โดยการถม ต้องเป็นการงอกจากผืนดินออกไป ไม่ใช่เป็นการตื้นเขินเงินมาจากลำน้ำเข้าหา

แผ่นดินและจะต้องไม่มีทางน้ำสาธารณะ ทางสาธารณะ หรือที่สาธารณะอันใดคั่นอยู่ระหว่างที่ดินเดิมกับที่งอกเมื่อเวลาน้ำขึ้นตามปกติทั่วไม่ถึง

ทั้งนี้ มาตรา 1308 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า ที่ดินแปลงใดเกิดที่งอกริมตลิ่ง ที่งอกย่อมเป็นทรัพย์สินของเจ้าของที่ดินแปลงนั้น แต่อย่างไรก็ตามที่ชายตลิ่งทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ มาตรา 1304 (2) บัญญัติว่า ทรัพย์สินสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน ส่วนมาตรา 1336 บัญญัติว่า เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย และจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้นกับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ที่ดินที่จะออกโฉนดที่ดินที่งอกริมตลิ่งได้ จะต้องเป็นที่งอกเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ ไม่ใช่เกิดจากการกระทำที่ตื้นเขินงอกขึ้น เป็นอันพ้นจากการเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินและอยู่ในลักษณะที่จะออกโฉนดที่ดินได้ โดยให้จังหวัดแต่งตั้งคณะกรรมการอย่างน้อย 3 คน เพื่อออกไปตรวจสอบสภาพที่ดินว่าเป็นที่งอกตามมาตรา 1308 ดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร หากปรากฏว่าที่งอกเป็นแถวเป็นแนวยาวติดต่อกันแล้วให้จังหวัดสั่งเจ้าหน้าที่จัดการวางแนวเขตที่งอกนั้นไว้เพื่อตัดปัญหาเรื่องเขตที่ริมตลิ่งและเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ขอรายอื่น หากจังหวัดเห็นควรให้มีการวางแนวเขตที่งอกริมตลิ่ง ก็ให้คณะกรรมการตรวจสอบสภาพที่ดินนั้น ทำการกำหนดแนวเขตที่งอกริมตลิ่ง และในการจัดการวางแนวเขตจะใช้งบประมาณของจังหวัด ส่วนเจ้าหน้าที่จะใช้ของจังหวัดหรือจะขอสนับสนุนจากส่วนกลางก็ได้ ต่อจากนั้นจะดูแลรักษาและดำเนินการคุ้มครองป้องกันที่ดินจากแนวเขตที่วางไว้ไปจดแม่น้ำลำคลอง หรือทะเล ให้คงเป็นที่สาธารณประโยชน์สำหรับประชาชนใช้ร่วมกัน และให้ปฏิบัติตามนัยแห่งหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ 19519/2498 ลงวันที่ 23 กันยายน 2498 และหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0609/18387 ลงวันที่ 1 กันยายน 2523

แต่ข้อควรระวังในการพิจารณาเรื่องการเป็นที่งอกนี้ว่า ต้องพิจารณาให้ได้ว่าเป็นที่งอกจากดินเดิมจริง ๆ ไม่ใช่ที่ดินริมแม่น้ำ ริมคลอง หรือทะเล ที่เดิมที่ได้ออกเอกสารสิทธิไว้ไม่ถึงแนวเขตที่ครอบครอง และเป็นการออกโฉนดที่ดินเฉพาะรายเท่านั้น จะนำเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินไม่ได้

เมื่อมีการงอกของที่ดิน ก็มีการพังทลายของที่ดินเนื่องจากถูกน้ำกัดเซาะได้เช่นกัน ในเรื่องดังกล่าวนี้ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2490, 353-360/2507 ประกอบคำสั่งกรมที่ดินที่ 5/2548 ลงวันที่ 8 ธันวาคม 2485 เรื่อง การปฏิบัติในเรื่องที่ดินพังลงน้ำทำให้รูปแผนที่เดิมเปลี่ยนแปลงไป และตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร. 0901/2011 ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2547 ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า กรณีที่ดินเป็นที่ของเอกชนมีกรรมสิทธิ์อยู่ แม้ภายหลัง

ถูกน้ำกัดเซาะหรือพังทลายทำให้แนวเขตที่ดินเปลี่ยนไป เจ้าของที่ดินยังคงใช้สิทธิแสดงความเป็นเจ้าของโดยการหวงกัน หรือสงวนสิทธิในการครอบครองที่ดินของตนอยู่โดยมิได้ทอดทิ้งต้องถือว่าที่ดินดังกล่าวไม่เป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน

(10) ในกรณีการออกโฉนดที่ดินในเขตจัตุรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม

การออกโฉนดที่ดินในเขตจัตุรูปที่ดินฯ เป็นการดำเนินการตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติจัตุรูปที่ดินเพื่อการเกษตร พ.ศ. 2517 และประกอบกฎกระทรวง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2518 ออกตามความในพระราชบัญญัติจัตุรูปที่ดินเพื่อการเกษตร พ.ศ. 2517 ได้กำหนดให้หัวหน้าสำนักงานจัตุรูปที่ดินจังหวัดเป็นผู้ยื่นคำขอออกโฉนดที่ดินต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัด/สาขา/ส่วนแยกแห่งท้องที่ซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ ส่วนกรณีการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินในเขตโครงการจัตุรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม นั้น พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตโครงการจัตุรูปที่ดินมีผลเพียงให้เจ้าของที่ดินหรือผู้มีสิทธิได้รับที่ดินต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น ไม่มีผลทำให้เจ้าของที่ดินหรือผู้มีสิทธิได้รับที่ดินต้องเสียสิทธิในที่ดินแต่อย่างใด ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3124/2532 ประกอบหนังสือกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ที่ กษ 0214/21776 ลงวันที่ 19 สิงหาคม 2542

(11) ที่เกาะ เป็นสมบัติของแผ่นดิน ตามมาตรา 1309 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นที่ต้องห้ามมิให้มีการออกโฉนดที่ดิน ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ข้อ 14 (3) แต่หากจะออกโฉนดที่ดินได้จะต้องเป็นกรณีของการครอบครองหรือมีสิทธิอยู่ก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ และประกอบตามนัยหนังสือคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0601/1230 ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2535 เรื่อง การเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน และหนังสือคณะกรรมการกฤษฎีกา ค่วนที่สุด ที่ นร 0601/209 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2537 เรื่อง การออกกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน และประกอบคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ อ. 61/2548 ลงวันที่ 16 พฤษภาคม 2548 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดแห่งหนึ่งปฏิเสธไม่ดำเนินการออกโฉนดที่ดินให้นางสาว พ. (ผู้ฟ้องคดี) ซึ่งได้ยื่นคำขอไว้ก่อนกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ใช้บังคับ โดยอ้างว่า เป็นที่เกาะ ซึ่งต้องห้ามมิให้มีการออกโฉนดที่ดิน แต่ศาลเห็นว่าที่ดินแปลงดังกล่าวนั้นซึ่งเป็นที่เกาะผู้ฟ้องคดีนำเดินสำรวจเพื่อออกโฉนดที่ดินดังกล่าวในขณะนั้นอยู่ในหลักเกณฑ์ที่สามารถออกโฉนดที่ดินได้ ก็เป็นการออกโฉนดที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น โดยสรุป บุคคลที่สามารถออกโฉนดที่ดินเฉพาะรายได้ได้ตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินนั้น กล่าวคือ

กรณีที่ 1 บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ต้องอยู่ในฐานะผู้มีสิทธิครอบครอง เช่น เป็นผู้มีหลักฐาน ส.ค. 1 ใบจอง น.ส. 3 โฉนดตราจอง ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” หรือมีหนังสือแสดงการทำประโยชน์ในที่ดินนิตมสร้างตนเอง (น.ค. 3) หรือนิตมสหกรณ์ (ก.ส.น. 5) และรวมถึงที่ดินที่ไม่มีหลักฐานด้วย

กรณีที่ 2 ผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินได้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อประสงค์ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกโฉนดที่ดินให้ กรณีนี้มีหลักฐานสำหรับที่ดิน เช่น หลักฐานการแจ้งการครอบครอง (ส.ค. 1) ใบจอง (น.ส. 2) ใบเหยียบย่ำ แบบหมายเลข 3 (ที่ออกก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับและได้แจ้ง ส.ค. 1 แล้ว) แบบหมายเลข 3 (ที่ออกหลังประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ) หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 น.ส. 3 ก. และ น.ส. 3 ข.) หนังสือแสดงการทำประโยชน์ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ (น.ค. 3 หรือ ก.ส.น. 5) หรือใบไต่สวนกรณีเป็นการรังวัดสอบเขตใบไต่สวนหรือรังวัดซ้ำใบไต่สวน

สรุปหลักเกณฑ์การออกโฉนดที่ดินเฉพาะรายตามมาตรา 59 คือ

(1) ผู้ขอต้องเป็นผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินที่จะขอออกโฉนดที่ดินนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) ที่ดินแปลงที่จะขอนั้นอยู่ในบริเวณที่มีประกาศของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 58 แล้วหรือไม่ก็ได้ โดยหากเป็นการเดินสำรวจตามมาตรา 58 บุคคลจะต้องมีองค์ประกอบคือ

(2.1) ต้องครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินมาก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ โดยไม่มีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์และไม่ได้แจ้งการครอบครอง (ส.ค. 1)

(2.2) ต้องเป็นผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินต่อเนื่องตลอดมา มิใช่แย่งการครอบครอง หรือเป็นบุคคลที่กฎหมายถือว่าได้สละสิทธิการครอบครองตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว

(2.3) หากที่ดินนั้นมีประกาศเดินสำรวจฯ จะต้องมาแจ้งการครอบครองที่ดินภายใน 30 วัน นับแต่วันปิดประกาศกำหนดท้องที่และวันเริ่มต้นเดินสำรวจของผู้ว่าราชการจังหวัด หรือในกรณีที่ไม่มีมาแจ้งการครอบครองแต่ได้นำพนักงานเจ้าหน้าที่พิสูจน์การทำประโยชน์ตามวันเวลาที่ได้นัดหมาย ถือว่าเป็นผู้ปฏิบัติตามมาตรา 27 ตรี แต่หากว่าท้องที่นั้นไม่เคยมีประกาศเดินสำรวจมาก่อนบุคคลนั้นก็สามรถออกโฉนดที่ดินเฉพาะรายได้

สรุปหลักเกณฑ์ของบุคคล ตามมาตรา 59 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดินได้ ดังนี้

(1) ต้องครอบครองและทำประโยชน์ก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ และให้รวมถึงผู้ครอบครองต่อเนื่อง

- (2) ได้ครอบครองโดยไม่มีหนังสือสำคัญแสดงสิทธิในที่ดิน
- (3) ได้มีการแจ้งการครอบครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497
- (4) ได้ปฏิบัติตามมาตรา 27 ตรี แห่งประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว
- (5) มีความจำเป็นที่จะออกโฉนดที่ดินตามระเบียบคณะกรรมการจัดสรรที่ดินแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2532) ข้อ 7
- บุคคลประเภทนี้สามารถออกโฉนดที่ดินได้ไม่เกินห้าสิบไร่ ถ้าเนื้อที่เกินห้าสิบไร่ จะต้องได้รับอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัด

2.4.5 หลักเกณฑ์และวิธีการเดินสำรวจเพื่อการออกโฉนดที่ดิน

การเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน เป็นการออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 มาตรา 58 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน และมาตรา 58 ตรี แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการเปลี่ยน น.ส. 3 ก. เป็นโฉนดที่ดิน นั้น ดำเนินการโดยการยึดถือกฎหมายเก่าเพียงแต่ในปัจจุบันกฎหมายในมาตรา 58 ได้ปรับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่พิสูจน์สอบสวนการทำประโยชน์จากนายอำเภอมาเป็นเจ้าพนักงานที่ดิน และได้เปลี่ยนตำแหน่งผู้ควบคุมงานเดินสำรวจ “ผู้กำกับการเดินสำรวจ” เป็น “ผู้อำนวยการศูนย์เดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน” และเปลี่ยนชื่อหน่วยงานปฏิบัติการเดินสำรวจจาก “กองกำกับการเดินสำรวจ” เป็น “ศูนย์อำนาจการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน” สำหรับมาตรา 58 ทวิ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมคือ ให้มีการยกเว้นการห้ามโอนกรรมสิทธิ์ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินมาภายหลังประมวลกฎหมายที่ดินสำหรับองค์การของรัฐบาลและรัฐวิสาหกิจด้วย ซึ่งเกิดจากเหตุสำคัญคือ กรมที่ดิน ได้มีโครงการพัฒนากรมที่ดินและเร่งรัดการออกโฉนดที่ดินให้แล้วเสร็จทั่วประเทศภายใน 20 ปี (พ.ศ. 2528-2547) โดยการกู้เงินจากธนาคารโลกมาดำเนินการและนำเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ในการรังวัดทำแผนที่และเปลี่ยนระบบ 29 ศูนย์กำเนิด มาเป็นระบบพิคัดฉาก ยูทีเอ็ม และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน โดยเพิ่มเติมมาตรา 58 ตรี ขึ้นเพื่อให้ประชาชนมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ใช้ระวางรูปถ่ายทางอากาศ (น.ส. 3 ก) สามารถมีหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินของตนโดยทั่วถึง โดยมีใจความสำคัญ คือ

- 1) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดท้องที่และวันเริ่มดำเนินการออกโฉนดที่ดิน สำหรับที่ดินที่มี น.ส. 3 ก. ให้ทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 30 วัน
- 2) การทำแผนที่เพื่อออกโฉนดที่ดินตาม (1) ให้นำระวางรูปถ่ายทางอากาศมาตราส่วน 1: 5,000 ที่ใช้ในการออก น.ส. 3 ก. ไปขยายรูปแปลง น.ส. 3 ก. ลงในระวางแผนที่รูปถ่ายทางอากาศระบบพิคัดฉาก ยูทีเอ็ม มาตราส่วน 1: 4,000 แล้วใช้รูปในแผนที่ในระวางแผนที่รูปถ่ายทางอากาศไปเขียนโฉนดที่ดิน โดยไม่ต้องไปทำการสำรวจรังวัดในที่ดิน

3) เมื่อถึงกำหนดวันที่เริ่มดำเนินการออกโฉนดที่ดินตาม (1) ให้ระงับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมใด ๆ ที่ต้องทำการรังวัดสำหรับที่ดินที่มี น.ส. 3 ก. ในท้องที่ดังกล่าว

4) ให้ออกโฉนดที่ดินแก่ผู้มีชื่อซึ่งเป็นผู้มีสิทธิใน น.ส. 3 ก.

5) เมื่อได้จัดทำโฉนดที่ดินแปลงใดพร้อมที่จะแจกแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่ดินประกาศกำหนดวันแจกโฉนดที่ดินแปลงนั้นแก่ผู้มีสิทธิ และให้ถือว่า น.ส. 3 ก. สำหรับที่ดินแปลงนั้นได้ยกเลิกตั้งแต่วันที่กำหนดแจกโฉนดที่ดินตามประกาศดังกล่าว

นอกจากนี้ ที่ดินที่นำเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน ผู้ครอบครองและผู้ที่ทำประโยชน์ในที่ดิน ไม่มีหลักฐาน หรือมีหลักฐาน ส.ค. 1 ซึ่งถือเป็นที่ดินมือเปล่า สามารถโอนให้กันได้โดยการส่งมอบการครอบครองตามนัยมาตรา 133/8 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น หากมีความจำเป็นต้องดำเนินการโอนที่ดินสามารถดำเนินการได้โดยการส่งมอบการครอบครองที่ดินให้แก่ผู้รับโอนแล้วยื่นคำขอสวมสิทธิการนำรังวัดเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และแก้ไขหลักฐานการนำเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินให้ถูกต้องต่อไป

กรณีตัวอย่างเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายในการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58, 58 ทวิ และ 58 ตริ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน อาทิเช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 7) เรื่องเสร็จที่ 781/2535 เรื่อง การเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินของสำนักปลัดกระทรวงและสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ หรือ ส.ป.ก. ซึ่งโต้แย้งว่าการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินจะดำเนินการในทุกพื้นที่ในเขตปฏิรูปที่ดิน หรือไม่ และที่ดินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของ ส.ป.ก. โดยผลของพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 36 ทวิ ซึ่งหากผู้ครอบครองไม่มีหนังสือสำคัญแสดงสิทธิตามประมวลกฎหมายที่ดินและมีได้ดำเนินการใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าวนั้น เป็นกรณีเข้าหลักเกณฑ์ตามที่ได้มีการประกาศเดินสำรวจออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือไม่ โดยให้เหตุผลประกอบว่า หากผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในกรณีดังกล่าวได้สละสิทธิการครอบครองแล้ว ส.ป.ก. มีอำนาจดำเนินการปฏิรูปที่ดินนั้นได้ และพนักงานเจ้าหน้าที่จะออกโฉนดที่ดินกรณีนี้ไม่ได้ ซึ่งคณะกรรมการฯ คณะที่ 7 เห็นว่า ผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ มิได้แจ้งการครอบครองภายในระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2479 และไม่ได้รับการผ่อนผันจากผู้ว่าราชการจังหวัด วรรคสองของบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ถือว่าบุคคลมีเจตนาสละสิทธิครอบครองที่ดินและรัฐมีอำนาจจัดที่ดินนั้นตามกฎหมายที่ดิน แม้ต่อมาตรา 5 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2479 ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 96 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2515 และกำหนดมาตรา 27 ตริ แห่ง

ประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 96 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2515 ขึ้นแทน เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ครอบครองและทำประโยชน์เหล่านี้ได้แจ้งความประสงค์จะได้สิทธิในที่ดินโดยแจ้งการครอบครองภายใน 30 วัน นับแต่วันปิดประกาศหรือนำมาหรือส่งตัวแทนมานำพนักงานเจ้าหน้าที่ทำการสำรวจรังวัดชี้เขตที่ดินของตน ในเวลาที่มีการเดินสำรวจรังวัดก็ถือว่าประสงค์จะได้สิทธิในที่ดินนั้นต่อไป และหากผู้ครอบครองและทำประโยชน์ดังกล่าวได้แจ้งความประสงค์จะได้สิทธิในที่ดินก่อนมีการกำหนดเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมก็ถือว่ามิได้สิทธิของออกโฉนดที่ดินได้ตามมาตรา 58 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2528 แต่ถ้าไม่ประสงค์จะได้สิทธิในที่ดินไว้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และต่อมาที่ดินนั้นถูกกำหนดเป็นเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ผู้นั้นก็ไม่มีสิทธินำพนักงานเจ้าหน้าที่ทำการสำรวจรังวัดที่ดินเพื่อออกโฉนดที่ดินได้ เพราะถือว่าไม่มีสิทธิครอบครองที่ดินนั้น ส.ป.ก. จึงมีอำนาจนำที่ดินนั้นมาดำเนินการปฏิรูปเพื่อเกษตรกรรมได้ กล่าวโดยสรุป พนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดินมีอำนาจใจการออกเดินสำรวจรังวัดเพื่อออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินหรือโฉนดได้ แต่จะออกโฉนดให้แก่ราษฎรที่ครอบครองและทำประโยชน์อยู่ก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับโดยไม่ได้แจ้งการครอบครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2479 ทั้งมิได้แจ้งความประสงค์จะได้สิทธิในที่ดินตามมาตรา 27 ตรี แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ฯลฯ ไว้ก่อนมีการกำหนดเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมไม่ได้

หรือกรณีการนำเดินสำรวจออก น.ส. 3 ก. โดยแจ้งว่าซื้อที่ดินมาจากบุคคลอื่นและเป็นที่ดินไม่มีหลักฐาน และพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 ทวิ วรรคสอง (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดินไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้ภายหลังจะปรากฏข้อเท็จจริงว่าที่ดินดังกล่าวผู้เดินสำรวจได้แจ้ง ส.ค. 1 ไว้ ก็ถือว่าผู้นำเดินสำรวจออก น.ส. 3 ก. ได้ ดังนั้น การออกโฉนดกรณีดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย

หมายเหตุ การออกโฉนดที่ดินโดยการเดินสำรวจออกโฉนดที่ดิน ตามมาตรา 58 ทวิ มาตรา 58 ตรี และการออกโฉนดที่ดินเฉพาะราย มาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ดังกล่าว ถ้าหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเดิมมีรายการภาระผูกพัน หรือมีรายการเปลี่ยนแปลงผู้มีสิทธิในที่ดินในระหว่างดำเนินการออกโฉนดที่ดิน ให้ขยายการดังกล่าวมาจดแจ้งไว้ในโฉนดที่ดินด้วย กล่าวคือ

1) กรณีการออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 ทวิ และมาตรา 59 โฉนดที่ดินเป็นผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เมื่อเจ้าพนักงานที่ดินได้ลงนามในโฉนดที่ดินและแจกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้มีสิทธิรับไปแล้ว

ฉะนั้น จึงสามารถจดทะเบียนแจ้งรายการฯ ดังกล่าว ในกรณีนี้ได้ก่อนที่เจ้าพนักงานที่ดินแจกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้มีสิทธิรับไป หลังจากนั้นไม่สามารถจดทะเบียนได้

2) กรณีการออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 ตรี โฉนดที่ดินเป็นผลสมบูรณ์ตามกฎหมายในวันกำหนดแจกโฉนดที่ดินตามประกาศของเจ้าพนักงานที่ดิน ฉะนั้น จึงสามารถจดทะเบียนแจ้งรายการฯ ดังกล่าว ในกรณีนี้ได้ก่อนกำหนดวันแจกโฉนดที่ดินตามประกาศของเจ้าพนักงานที่ดินและตั้งแต่วันที่ดังกล่าวเป็นต้นไป จะไม่สามารถจดทะเบียนได้

ส่วนกำหนดให้ยกเลิกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเดิม โดยมาตรา 59 เบื้อง กำหนดไว้โดยสาระสำคัญคือ เมื่อมีการออกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้ใดไปโดยการเดินสำรวจตามมาตรา 58 ทวิ กี่ดี หรือโดยการขอโฉนดเฉพาะรายตามมาตรา 59 กี่ดี ให้ถือว่า หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเดิม อาทิเช่น น.ส. 3, น.ส. 3 ก., โฉนดตราจอง, หรือตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” เป็นอันยกเลิก และให้ผู้มีสิทธิในที่ดินนั้นส่งหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่ยกเลิกแล้วนั้นคืนแก่เจ้าพนักงานที่ดิน ยกเว้นกรณีสูญหาย เมื่อไม่สามารถคืนได้ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ก็จะบันทึกการสูญหายไว้เป็นหลักฐาน และส่วนสำหรับการออกโฉนดที่ดินโดยการปรับแก้ระวางรูปถ่ายทางอากาศเปลี่ยนจาก น.ส. 3 ก. ตามมาตรา 58 ตรี มีการกำหนดให้ยกเลิกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเดิมไว้ในมาตรา 58 ตรี นั้นแล้ว กล่าวคือ ให้ถือว่า น.ส. 3 ก. สำหรับที่ดินแปลงนั้นได้ยกเลิกตั้งแต่กำหนดแจกโฉนดที่ดินตามประกาศของเจ้าพนักงานที่ดินและให้ส่ง น.ส. 3 ก. ที่ยกเลิกแล้วนั้นคืนแก่เจ้าพนักงานที่ดิน เว้นแต่กรณีสูญหาย ในการแจกโฉนดที่ดินดังกล่าวโดยกำหนดสถานที่ในการปิดประกาศ ซึ่งมีกำหนดสามสิบวันไว้ในที่เปิดเผย ณ สำนักงานที่ดินท้องที่ สำนักงานเขตหรือที่ว่าการอำเภอหรือที่ว่าการกิ่งอำเภอท้องที่ ที่ทำการแขวงหรือที่ทำการกำนันท้องที่และในบริเวณที่ดินนั้น แห่งละหนึ่งฉบับ ในเขตเทศบาลให้ปิดไว้ ณ สำนักงานเทศบาล อีกหนึ่งฉบับ การปิดประกาศไม่ถูกต้องมีผลให้การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน (ทั้ง 2 กรณีดังกล่าวข้างต้น) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.4.6 สาเหตุของการออกโฉนดที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สาเหตุของการออกโฉนดที่ดินโดยผิดพลาดคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมาจากสาเหตุโดยสรุป ดังต่อไปนี้

1) การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ไม่มีสิทธิในที่ดินตามหลักฐานเดิม

(1) การออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน น.ส. 3 ก. ให้แก่ ผู้ไม่มีสิทธิในที่ดินตามหลักฐานเดิม

(2) การออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน น.ส. 3 ก. เนื่องจากผู้ขอออกโฉนดที่ดินได้ขายที่ดินตามหลักฐาน น.ส. 3 ก. ให้บุคคลอื่น โดยการส่งมอบการครอบครอง ผู้ซื้อจึงเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินตามหลักฐาน น.ส. 3 ก. ดังกล่าว ออกโฉนดที่ดินไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากผู้ขอ

ออกโฉนดที่ดินได้ที่ดินมาโดยการจดทะเบียนรับมรดก และศาลได้มีคำพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนโอนมรดกดังกล่าว จึงเป็นการออกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้ไม่มีสิทธิในที่ดิน

2) การออกโฉนดที่ดินทับที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน

(1) การออกโฉนดที่ดิน โดยการนำทำการเดินสำรวจทับที่ราชพัสดุ

(2) การออกโฉนดที่ดินหรือ น.ส. 3 ก. ในเขตพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามฯ

และเขตหวงห้ามตามพระบรมราชโองการ

3) ออกโฉนดที่ดินทับที่ดินของบุคคลอื่น

(1) การออกโฉนดที่ดิน โดยการรังวัดรวมหนังสือรับรองการทำประโยชน์ซึ่งมีอาณาเขตไม่ติดต่อกันเป็นผืนเดียว และยังทับที่ดินตามหลักฐาน น.ส. 3 ก. ของบุคคลอื่น

(2) การออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน ส.ค. 1 หรือใบจอง (น.ส. 2) ทับโฉนดที่ดินหรือ น.ส. 3 หรือ น.ส. 3 ก. ของบุคคลอื่น

(3) การออกโฉนดที่ดินทับที่ดินตามหลักฐาน น.ส. 3 ก. และอาศัยหลักฐาน น.ส. 3 ก. ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากได้นำหลักฐานการแจ้งการครอบครองที่ดินที่ได้ออกโฉนดที่ดินไปแล้ว เป็นหลักฐานในการออก น.ส. 3 ก.

(4) การออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน ส.ค. 1 ใ้้ออกทับที่ดินตามหลักฐาน ส.ค. 1 ซึ่งที่ดินดังกล่าวเป็นที่ดินของวัดร้าง ตามทะเบียนที่ดินศาสนสมบัติ

(5) การออกโฉนดที่ดินหรือ น.ส. 3 ก. ทับ น.ส. 3 หรือโฉนดที่ดินของบุคคลอื่น

(6) การออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐานใบจองซึ่งใบจองออกทับพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ

(7) การออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน ส.ค. 1 ซึ่งใ้้ออกทับที่ดินตามหลักฐาน ส.ค. 1 ของบุคคลอื่น

(8) การออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน ส.ค. 1 ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดได้มีคำสั่งผ่อนผันแจ้งการครอบครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและทับที่ดินตามโฉนดที่ดินของบุคคลอื่น

(9) การออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน ส.ค. 1 และใ้้ออกทับที่ดินตามหลักฐาน น.ส. 3 ของบุคคลอื่นประกอบกับ ส.ค. 1 ที่ใช้ในการออก น.ส. 3 ก. เป็นหลักฐานของที่ดินแปลงอื่น

(10) การออกโฉนดที่ดินโดยมีการนำหลักฐาน น.ส. 3 ไปสวมทับที่ดินแปลงอื่นบริเวณอื่นที่มีใช้ที่ดินตามหลักฐาน น.ส. 3

4) การออกโฉนดที่ดินโดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของระเบียบและกฎหมาย

(1) เนื่องจากที่ดินมีหลักฐาน น.ส. 3 ก. อยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติ ในขณะที่ออก น.ส. 3 ก. มิได้ตั้งคณะกรรมการตามนัยกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความใน พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

(2) ออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน น.ส. 3 ก. ซึ่งมีรายการจดทะเบียนประเภท ให้ใน น.ส. 3 ก. ดังกล่าว เป็นการจดทะเบียนให้ที่ดินมรดกแก่บุคคลภายนอกโดยยังไม่ได้ จดทะเบียนโอนที่ดินมรดกลงชื่อทายาทที่มีสิทธิรับมรดกเสียก่อน

5) ออกโฉนดที่ดินทับที่สาธารณประโยชน์

(1) ออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายโดยไม่มีหลักฐานสำหรับที่ดิน และบางส่วน ได้ออกทับที่สาธารณประโยชน์

(2) ออกโฉนดที่ดินซึ่งบางส่วนทับที่สาธารณประโยชน์ โดย กพร. จังหวัดมิดิให้ แก่โฉนดที่ดินเฉพาะส่วนที่ออกทับที่สาธารณประโยชน์

(3) ออกโฉนดที่ดินโดยบางส่วนได้ออกทับคลองสาธารณประโยชน์ หรือทาง สาธารณประโยชน์

6) ออกโฉนดที่ดินในที่ป่าไม้

(1) ออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน ส.ค. 1 จากการวิเคราะห์ ภาพถ่ายทาง อากาศ ปรากฏว่าสภาพพื้นที่เป็นป่าธรรมชาติทั้งแปลงและไม่ปรากฏร่องรอยการทำประโยชน์ใน ที่ดินแต่ประการใด

(2) ออกโฉนดที่ดินโดยไม่มีหลักฐานการแจ้งการครอบครอง (ส.ค. 1) ในที่ดิน ที่อยู่ในเขตป่าไม้ถาวร และสภาพพื้นที่ที่มีความลาดชันโดยเฉลี่ยเกิน 35 เปอร์เซ็นต์ขึ้นไป

(3) ออกโฉนดที่ดินทับที่เขาบางส่วน

7) ออกโฉนดที่ดินในที่ดินไม่ตรงตามหลักฐานเดิม

(1) ออกโฉนดที่ดินโดยได้มีการรังวัด รวมที่ดินนอกหลักฐานรวมเข้าไปด้วย

(2) ออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน ส.ค. 1 แต่ได้นำ ส.ค. 1 สำหรับที่ดินแปลงอื่น มาใช้เป็นหลักฐานในการออก ออกโฉนดที่ดิน โดยไม่ปรากฏว่าที่ดินมีหลักฐานเดิมอย่างไร และ ได้รังวัดลงไปในพื้นที่บริเวณคลองสาธารณประโยชน์ที่ประชาชนใช้ร่วมกัน

(3) ออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน ส.ค. 1 แต่ได้นำ ส.ค. 1 สำหรับที่ดินแปลงอื่น มาใช้เป็นหลักฐานในการออก ออกโฉนดที่ดิน โดยไม่ปรากฏว่าที่ดินมีหลักฐานเดิมอย่างไร โดยที่ดินอยู่ในเขตพื้นที่ป่าชายเลน

(4) ออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน ส.ค. 1 ซึ่งเป็นหลักฐานที่ดินแปลงอื่นที่ได้ ออกโฉนดที่ดินไปแล้ว อีกทั้งที่ดินดังกล่าวเป็นพื้นที่เกาะ

(5) ออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน น.ส. 3 ก. ซึ่งหลักฐานเดิมเป็นหลักฐาน ส.ค. 1 และเป็นหลักฐาน ส.ค. 1 ของที่ดินแปลงอื่น และที่ดินอยู่ในเขตปฏิรูปที่ดิน

(6) ออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน ส.ค. 1 ซึ่งเป็นหลักฐานที่ดินแปลงอื่น และที่ดินอยู่ในเขตห้ามล่าสัตว์ป่า

8) รายการจดทะเบียนไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(1) ออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน น.ส. 3 ก. ซึ่งซื้อมา แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ศาลได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่า ผู้ถือกรรมสิทธิ์ใน โฉนดที่ดินได้ปลอมลายมือชื่อผู้ขายในหนังสือมอบอำนาจและใช้เอกสารปลอมในการจดทะเบียนซื้อขาย จึงถือว่าการซื้อขายมิได้เกิดขึ้น

(2) มิได้บันทึกชื่อผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินรวมไว้ลงในสารบัญจดทะเบียนฉบับเจ้าของที่ดิน และได้จดทะเบียนบันทึกรายการจดทะเบียนและการกันรูปแผนที่ในฉบับเจ้าของที่ดินฉบับเดียว

9) อื่น ๆ

(1) ช่างรังวัดนำค่าพิกคณากของหมุดหลักเขตซึ่งไม่ถูกต้องมาคำนวณเนื้อที่

(2) การคำนวณเนื้อที่ข้ามหลักเขตไป 1 หลัก โดยมีได้คำนวณเนื้อที่รอบแปลงเพื่อตรวจสอบความถูกต้อง

(3) ช่างรังวัดเขียนหมายเลขค่าพิกคณากของหลักเขตไว้ผิด ทำให้การคำนวณเนื้อที่โฉนดที่ดินผิดพลาด ส่วนรูปแผนที่คงเดิม

(4) ในการรังวัดออกโฉนดที่ดิน เจ้าหน้าที่คำนวณค่าพิกคณากโยงยึดหลักเขตที่ผิดพลาดเป็นเหตุให้รูปแผนที่และเนื้อที่ในที่ดินผิดพลาดไปด้วย

(5) เจ้าหน้าที่ได้ทำการรังวัดโยงยึดหลักเขตที่ดินโดยทำการรังวัดมุมไว้ผิดพลาดทำให้รูปแผนที่และเนื้อที่ที่คำนวณได้ในโฉนดที่ดินผิดพลาด

(6) การสร้างโฉนดที่ดินแปลงแยกทั้งสองแปลงได้ใช้แบบพิมพ์โฉนดที่ดินสลับหมายเลขกัน ส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับเลขโฉนดที่ดิน ตำแหน่งที่ดินและชื่อผู้ถือกรรมสิทธิ์ในโฉนดที่ดินทั้งคู่ฉบับตรงกันยกเว้นรูปแผนที่หน้าโฉนดที่ดินแตกต่างกัน รายการจดทะเบียนคลาดเคลื่อนสลับแปลงกันด้วย

(7) ออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน น.ค. 3 และมีได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ

(8) ออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐานใบจอง ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และได้เข้าครอบครองที่ดินแล้ว การที่ผู้มีสิทธิครอบครองขอจับจองที่ดินที่ได้อุทิศถวายให้เป็นที่ธรณีสงฆ์แล้ว และได้ออกโฉนดที่ดิน ในที่ดินที่อยู่ในความครอบครองของวัดจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(9) ออกโฉนดที่ดินไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการจดทะเบียนขาย น.ส. 3 ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายโดยไม่มี การส่งมอบที่ดิน อีกทั้งผู้ซื้อและผู้ขายยังครอบครองที่ดินใน ส่วนของตนเองอยู่

นอกจากนี้ การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเป็นการเฉพาะราย กรณีได้เนื้อที่เกิน จากหลักฐานที่ดินเดิม ซึ่งตามหนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0516.5/ว 18083 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2554 เรื่อง การออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นการเฉพาะราย กรณีได้เนื้อที่เกิน จากหลักฐานที่ดินเดิม ได้วางหลักไว้ว่า การออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นการเฉพาะราย กรณีได้เนื้อที่เกินจากหลักฐานที่ดินเดิมตั้งแต่ 10 เปอร์เซ็นต์ ขึ้นไป ภายหลังจาก เจ้าหน้าที่ได้ออกโฉนดที่ดินไปแล้วนั้น ได้แก่ กรณีหลักฐานเดิมเป็นหนังสือรับรองการทำประโยชน์ กล่าวคือ สำหรับ น.ส.3, น.ส. 3 ก., และ น.ส. 3 ข. ที่ได้เนื้อที่ตั้งแต่ 10 เปอร์เซ็นต์ขึ้นไป, หนังสือ แสดงการแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1) ใบจอง (น.ส. 2) หนังสือแสดงการรับรองการทำประโยชน์ ในเขตนิคมสร้างตนเอง (น.ค. 3) หนังสือแสดงการรับรองการทำประโยชน์ในเขตนิคมสหกรณ์ (ก.ส.น. 5) ที่ได้เนื้อที่เกินตั้งแต่ 20 เปอร์เซ็นต์ ขึ้นไป และกรณีการรังวัดเพื่อเปลี่ยนโฉนดตราจอง หรือตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” เป็นโฉนดที่ดินให้ถือปฏิบัติตามทั้ง 2 กรณีข้างต้นด้วย และถือว่าการออกโฉนดที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากมีกรณีดังกล่าวนี้เกิดขึ้นก็ต้อง ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นการเฉพาะราย กรณีได้เนื้อที่เกินจากหลักฐานที่ดินเดิม ตามนัยแห่งสำเนาคำสั่งกรมที่ดิน ที่ 1661/2554 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำ ประโยชน์เป็นการเฉพาะราย กรณีได้เนื้อที่เกินจากหลักฐานที่ดินเดิม ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2554 เพื่อดำเนินการกับกรณีดังกล่าว

2.4.7 หลักการเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เนื่องจากมาตรา 5 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า 1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มี ผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ และ 2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง” ส่วนโฉนดที่ดิน หมายความว่า หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินและให้หมายความรวมถึง โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงในส่วนที่กล่าวมา ประกอบกันแล้วจึงสรุปได้ว่า การออกโฉนดที่ดินนับเป็นการออกคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง

โดยที่โฉนดที่ดินที่ออกไปแก่ผู้ที่มีกรรมสิทธิ์หรือมีสิทธิครอบครองที่ดิน ตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินนั้น อาจเป็นการออกโฉนดที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้และย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ทั้งหมดหรือบางส่วนเสียไปได้เช่นกัน ซึ่งในการดำเนินการเพิกถอนการออกโฉนดที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเป็นการเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการออกโฉนดที่ดินเองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกโฉนดที่ดินนั้น ซึ่งเป็นกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ และคำพิพากษาของศาลปกครองให้เพิกถอนได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น การดำเนินการเพิกถอนการออกโฉนดที่ดินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนั้น ย่อมมีความเกี่ยวข้องกับความมุ่งหมายเพื่อการดำเนินการออกโฉนดที่ดินในครั้งต่อ ๆ ไปทุกกรณีออกโดยถูกต้องตามหลักทางราชการทะเบียนที่ดินและถูกต้องตามกฎหมายกำหนด การเพิกถอนโฉนดที่ดิน (คำสั่งทางปกครอง) จึงจำเป็นต้องดำเนินการเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ หรือโดยศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอน แล้วแต่กรณี รายละเอียดดังนี้

2.4.8 หลักการเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินของกรมที่ดิน

นับแต่วันที่ 1 ธันวาคม 2497 อันเป็นวันที่ประมวลกฎหมายที่ดิน ใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติวางหลักเกณฑ์ว่า ในกรณีที่มีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน หรือได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือจดทะเบียนเอกสารรายการจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ใดโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้อธิบดีมีอำนาจแก้ไขให้เป็นการถูกต้องหรือเพิกถอนเสียได้ ตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งไม่ว่าความผิดพลาดจะเกิดแก่ผู้ใด การดำเนินการเพื่อแก้ไขให้การจดทะเบียนที่คลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกต้องตามหลักการทางทะเบียนและตามกฎหมาย บทบัญญัติตามมาตรา 61 ดังกล่าว ถือว่าเป็นกฎหมายหลักในการแก้ไขความผิดพลาดที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่กรมที่ดิน มาตรา 61 นี้ จึงเป็นบทบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการเพิกถอนการออกโฉนดที่ดินที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยมาตรา 61 ดังกล่าว ได้กำหนดให้อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย ซึ่งดำรงตำแหน่งรองอธิบดีหรือผู้ตรวจราชการกรมที่ดินมีอำนาจหน้าที่สั่งเพิกถอนหรือแก้ไขได้ (แก้ไขอำนาจฯ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2551 มาตรา 6 ความว่า ให้ยกเลิกความในมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2543) โดยกำหนดการดำเนินการเพิกถอนโฉนดที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ดังนี้คือ

ก่อนที่จะดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมาย ตั้งคณะกรรมการสอบสวนขึ้นคณะหนึ่ง โดยมีอำนาจเรียกโฉนดที่ดิน หนังสือรับรองการทำประโยชน์

เอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม เอกสารที่ได้จดทะเบียนแจ้งรายการทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ หรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องมาพิจารณา พร้อมทั้งแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบเพื่อให้โอกาสคัดค้าน ถ้าไม่คัดค้านภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ให้ถือว่าไม่มีการคัดค้าน

คณะกรรมการสอบสวนการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออก โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างน้อยต้องมีเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองและตัวแทน คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่เป็นกรรมการ

การสอบสวนตามวรรคสองต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จและส่งให้อธิบดีหรือรองอธิบดี ซึ่งอธิบดีมอบหมายภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ได้มีคำสั่งให้ทำการสอบสวนในกรณี ที่คณะกรรมการสอบสวนไม่สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้ คณะกรรมการสอบสวนรายงานเหตุที่ทำให้การสอบสวนไม่แล้วเสร็จต่ออธิบดีหรือรองอธิบดี ซึ่งอธิบดีมอบหมายเพื่อขอขยายระยะเวลาการสอบสวน โดยให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดี มอบหมายสั่งขยายระยะเวลาดำเนินการได้ตามความจำเป็นแต่ไม่เกินหกสิบวัน

ให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสิบห้าวันนับแต่ ได้รับรายงานการสอบสวนจากคณะกรรมการสอบสวนตามวรรคสี่ เมื่ออธิบดีหรือรองอธิบดี ซึ่งอธิบดีมอบหมายพิจารณาประการใดแล้ว ก็ให้ดำเนินการไปตามนั้น

การดำเนินการเพิกถอนตามความในมาตรานี้ ถ้าไม่ได้โฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรอง การทำประโยชน์มา ให้ถือว่าโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้นสูญหาย และ ให้เจ้าพนักงานที่ดินออกใบแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเพื่อดำเนินการต่อไป

ถ้ามีการคลาดเคลื่อนเนื่องจากเขียนหรือพิมพ์ข้อความผิดพลาด โดยมีหลักฐานชัดเจนและ ผู้มีส่วนได้เสียยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจหน้าที่แก้ไขให้ถูกต้องได้

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดให้เพิกถอนหรือแก้ไขอย่างใดแล้วให้ เจ้าพนักงานที่ดินดำเนินการตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นตามวิธีการที่อธิบดีกำหนด

การตั้งคณะกรรมการสอบสวน การสอบสวน การแจ้งผู้มีส่วนได้เสียเพื่อให้โอกาสคัดค้าน และการพิจารณาเพิกถอนแก้ไข ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

แต่อย่างไรก็ตาม ตามมาตรา 61 นี้ การแก้ไขความผิดพลาดคลาดเคลื่อนหรือผิดพลาดเล็กน้อย เนื่องจากการเขียนหรือพิมพ์ ที่มีใช้ผิดพลาดในสาระสำคัญที่เป็นเหตุให้การออกหนังสือแสดงสิทธิ ในที่ดินไม่ชอบ พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการแก้ไขได้ ตามแนวทางในสำเนาหนังสือกรม ที่ดิน ที่ มท 0609/2/ว 9864 ลงวันที่ 30 เมษายน 2524 เรื่อง การแก้ไขรูปแบบที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อน และผิดตำแหน่งในระวางรูปถ่ายทางอากาศ และในบางครั้งการแก้ไขความผิดพลาดคลาดเคลื่อน ตามมาตรา 61 นี้ ซึ่งเป็นการเพิกถอนโฉนดที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินโดยเจ้าหน้าที่นั้น

ยังคงต้องอาศัยการแก้ไขในลักษณะของการบูรณาการร่วมกันหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น การแก้ไขปัญหากรณีที่ดินได้ออกเอกสารสิทธิ น.ส. 3 ก. ตั้งแต่ พ.ศ. 2519 ครอบคลุมพื้นที่ 3 อำเภอ ในจังหวัดอุทัยธานี คือ อำเภอบ้านไร่ อำเภอห้วยคต และอำเภอลานสัก จำนวน 5,748 แปลง เนื้อที่ 109,000 ไร่ 2 งาน 69.6 ตารางวา ซึ่งเป็นที่ดินในเขตอนุรักษ์ เป็นป่าสงวนแห่งชาติ ตามมติ คณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2513 ซึ่งกรมป่าไม้พบว่า มีการออก น.ส. 3 ก. ในพื้นที่ดังกล่าว โดยไม่ชอบ จึงมีหนังสือแจ้งผู้ว่าราชการจังหวัดให้ดำเนินการเพิกถอนตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งผู้ว่าราชการฯ และกรมที่ดินเห็นว่า หากเพิกถอนจะเกิดผลกระทบตามมา จึงใช้ดุลพินิจสั่งไม่เพิกถอน ต่อมาพื้นที่ดังกล่าวคณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม 2536 มอบพื้นที่ดังกล่าวให้สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม (ส.ป.ก.) เพื่อนำไปดำเนินการปฏิรูปที่ดินทางกรมป่าไม้จึงได้มีหนังสือลงวันที่ 12 เมษายน 2544 ถึงอธิบดีกรมที่ดินเพื่อให้พิจารณาเพิกถอนตามมาตรา 61 ดังกล่าว กรมที่ดินจึงตรวจสอบสภาพที่ดินพบว่า เป็นพื้นที่เกษตรกรรม ที่ตั้งชุมชนหมู่บ้าน และโรงงานอุตสาหกรรม ไม่มีสภาพของป่าไม้แต่อย่างใด หากเพิกถอนอาจทำให้ราษฎรได้รับความเดือดร้อน กรณีจึงหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 7 ให้ความเห็นเห็นว่า พื้นที่ดังกล่าวยอมเป็นพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ ผู้ใดจะถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินนี้ไม่ได้ และไม่อาจออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้ ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ดังนั้น น.ส. 3 ก. ดังกล่าว จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น แนวทางการแก้ไขรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้ลงนามบันทึกข้อตกลงกับผู้ว่าราชการจังหวัดอุทัยธานีเพื่อมุ่งหมายให้ประชาชนได้รับ น.ส. 3 ก. มากกว่า ส.ป.ก. 4-01 และต้องการให้เพิกถอนสภาพป่า ดังนั้น กรณีนี้ในการแก้ไขปัญหาที่นอกจากจะอาศัยข้อกฎหมายหลายฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ประมวลกฎหมายที่ดิน หรือแม้แต่ มติรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง ฯลฯ ก็ยังคงต้องอาศัยการบูรณาการของหน่วยงานหรือผู้ที่เกี่ยวข้องร่วมหลายฝ่าย และต้องอาศัยหลักทางรัฐศาสตร์เข้ามาช่วยแก้ไขปัญหาก็เป็นไปตามหลักนิติธรรม เพราะกรณีนี้หากมีการเพิกถอน น.ส. 3 ก. ย่อมไม่เป็นผลดีต่อประชาชน ส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจของจังหวัด และอาจก่อให้เกิดปัญหาด้านความสงบเรียบร้อยเนื่องจากกระทบต่อสิทธิของประชาชนจำนวนมาก และประชาชนในพื้นที่ก็สุจริต หน่วยงานของรัฐจึงต้องปฏิบัติตามกรณีนี้ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมดังกล่าว เป็นต้น

นอกจากนี้ ในการเพิกถอนการออกโฉนดที่ดินที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นกรณีของการเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่กรมที่ดินผู้ออกโฉนดที่ดินหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกโฉนดที่ดินนั้นต้องยึดถือปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ประกอบด้วยเช่นกัน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชา ดังกล่าว มีอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ดังนี้

1) เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา 51 มาตรา 52 และมาตรา 52 ไม่ว่าจะพ้นขั้นตอนการกำหนดให้อุทธรณ์หรือให้โต้แย้งตามกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นมาแล้วหรือไม่

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ต้องกระทำภายในเก้าสิบวัน นับแต่ได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่คำสั่งทางปกครองที่ได้ทำขึ้นเพราะแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือการข่มขู่หรือการชักจูงใจ โดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาทิเช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.8/2547 หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 58/2554 ที่ศาลพิพากษาทำนองเดียวกันว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองกรณีนี้เป็นผู้ได้รับเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้จากคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อคำสั่งทางปกครองได้เกิดขึ้นแล้วจะมีผลในทางกฎหมายไปจนกว่าจะมีการกระทำทางปกครองอื่นมาลบล้าง ผู้ออกคำสั่งดังกล่าวจึงมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยมาตรา 3 มาตรา 50 และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมบางส่วนได้ เป็นต้น

2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้มิมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ แต่ถ้าคำสั่งนั้นเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับ การเพิกถอนต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนด

นอกจากนี้ การขอให้พิจารณาใหม่ตามส่วนที่ 7 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ก็เป็นประเภทหนึ่งของกระบวนการเยียวยาในฝ่ายปกครองที่คู่กรณีผู้รับคำสั่งได้ร้องขอให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้พิจารณาเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองได้ แม้จะพ้นกำหนดอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 กล่าวคือ (1) กำหนดอุทธรณ์ภายใน 15 วัน สำหรับการอุทธรณ์ประเภทบังคับตามมาตรา 44 และ (2) กำหนดอุทธรณ์เฉพาะตามมาตรา 44 โดยหลักการแล้วการพิจารณาใหม่เป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่ได้รับความเป็นธรรม และเปิดโอกาสให้แก่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งนั้นเองจะได้แก้ตัวโดยแก้ไขการที่ตนดำเนินการมาโดยบกพร่องให้ชอบด้วยกฎหมาย โดยที่ขอบเขตในการยื่นคำขอให้พิจารณาใหม่นั้นกระทำได้ในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) มีพยานหลักฐานใหม่
- 2) คู่กรณีที่แท้จริงมิได้เข้ามามีส่วนในการพิจารณา
- 3) เจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจที่จะทำคำสั่งทางปกครอง

4) ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป

หากมีผู้เสนอขอพิจารณาใหม่เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาคำขอนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไข

2 ประการ คือ

1) ในกรณีตามมาตรา 54 วรรคหนึ่ง (1) (2) และ (3) จะต้องเป็นเรื่องที่คู่กรณีผู้มีคำขอไม่ทราบข้อเท็จจริงนั้นมาก่อนในการพิจารณาคำร้องที่แล้ว โดยไม่ใช่ความผิดของตน

2) ต้องยื่นคำขอให้พิจารณาใหม่ภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ตนได้รู้ถึงเหตุที่ขอให้พิจารณาใหม่

นอกจากเงื่อนไข 2 ประการข้างต้นแล้ว หากเจ้าหน้าที่จะรับฟังคำร้องขอนั้น กฎหมายก็มิได้ห้ามเพราะเป็นการได้ข้อเท็จจริง และอาจนำไปใช้อำนาจในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่แทนได้ เพียงแต่ไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เสมอไปอย่างเรื่อง “การขอให้พิจารณาใหม่” นี้เท่านั้น

2.4.9 หลักการเพิกถอนโฉนดที่ดินที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง

มาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้กำหนดให้อำนาจศาลปกครองสูงสุด ให้กระทำหรือวินิจฉัยได้เฉพาะเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี และประกอบกับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)-(6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ให้อำนาจศาลปกครองในการพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนเกี่ยวกับข้อพิพาทในเรื่องของการออกกฎหรือคำสั่ง หรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร หรือคดีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดหรือเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือคดีที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาล หรือคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองมีอำนาจตามกฎหมายในการพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายข้างต้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับอำนาจประการหนึ่งในพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเหตุที่ศาลปกครองใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หมายความว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่ายปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งไม่ว่าจะเป็นกรณีของการสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน เป็นต้น และย่อมหมายความว่าไปถึงการออกโฉนดที่ดิน กล่าวคือ เป็นกรณีของการอนุมัติหรือไม่อนุมัติเกี่ยวกับการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ซึ่งถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งด้วย ซึ่งศาลสามารถพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนได้ ดังนั้น ในการ

เพิกถอนการออกโฉนดที่ดินที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง ศาลยึดหลักการที่ว่า ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ หรือคำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้าง ขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจ โดยไม่ชอบ (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542) กำหนด ซึ่งในการฟ้องคดีปกครองตามเหตุแห่งการออกโฉนดที่ดินโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย หรือการปฏิเสธไม่ออกโฉนดที่ดินดังกล่าวนี้ อันหมายถึง เป็นการฟ้องเป็นคดีปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ จะต้องฟ้องภายในอายุความ กล่าวคือ ผู้เสียหายหรือคู่กรณีจะต้องยื่นฟ้องเป็นคดีปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้ หรือควรรู้ถึงเหตุ แห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด และไม่ได้ รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดี เห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และคำสั่งใดที่ อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ ให้ผู้ออกคำสั่งระงับวิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องไว้ ในคำสั่งดังกล่าวด้วยในกรณีที่ปรากฏต่อผู้ออกคำสั่งใดในภายหลังว่า ตนมิได้ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้นั้นดำเนินการแจ้งข้อความซึ่งพึงระงับตามวรรคหนึ่งให้ผู้รับคำสั่งทราบโดยไม่ชักช้า ในกรณีนี้ ให้ระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเริ่มนับใหม่ นับแต่วันที่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งข้อความดังกล่าว และ กอปรกับการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี และการฟ้องคดีตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ให้ยื่นฟ้องภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่ เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี (มาตรา 49 มาตรา 50 และมาตรา 51 ตามลำดับ) อาทิเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 98/2555 ซึ่งศาล ได้มีคำสั่งว่า กรณีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ให้เพิกถอนคำสั่งของสำนักงานที่ดินจังหวัดสมุทรสาครที่ไม่ออกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้ฟ้องคดีและ เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของสำนักงานที่ดินจังหวัดสมุทรสาครที่ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีนั้น ต้องฟ้องต่อศาลปกครองภายในกำหนดเก้าสิบวันตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เป็นต้น

นอกจากเหตุดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาลยังยึดหลักการเกี่ยวกับความไม่เป็นกลางในการ พิจารณาทางปกครอง 2 กรณี กล่าวคือ ความไม่เป็นกลางอันเกิดจากภาวะวิสัย (เหตุเกิดจากภายนอก จิตใจ) และความไม่เป็นกลางอันเกิดจากอัตวิสัย (เหตุเกิดจากภายในจิตใจ) ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง

ตามมาตรา 13 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตามลำดับ และรวมไปถึงเหตุแห่งการไม่ให้คู่กรณีได้มีโอกาสโต้แย้งปกป้องสิทธิของตนเองได้อย่างเพียงพอ ตามที่กฎหมายภายในฝ่ายปกครองที่กำหนดเกี่ยวข้องกับแก่งการนี้ โดยเฉพาะ และรวมไปถึงตามที่กฎหมายมาตรฐานกลาง กล่าวคือ ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันกำหนด ก็เป็นเหตุประการหนึ่งที่ศาลใช้เป็นเหตุประกอบในการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนการออกโฉนดที่ดินโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน ซึ่งสามารถอธิบายรายละเอียดได้ดังนี้

2.4.10 เหตุแห่งการเพิกถอนโฉนดที่ดินตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบมาตรา 61 วรรคแปด แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

1) การกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่

มาตรา 12 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น โดยความไม่มีอำนาจหมายถึง เจ้าหน้าที่กระทำการออกคำสั่ง โดยไม่มีอำนาจเลย หรือคำสั่งออกโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ (ออกโดยเจ้าหน้าที่อื่น/เจ้าหน้าที่ไม่ได้รับมอบอำนาจ/การมอบอำนาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย) หรือเป็นคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสีย ส่วนการกระทำที่นอกเหนืออำนาจ คือ การกระทำที่มากกว่าที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ ดังนั้น การกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะกระทำการในเรื่องใดได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ โดยเฉพาะกรณีที่การใช้อำนาจไปมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งบางกรณีอาจเป็น “อำนาจโดยปริยาย (Pouvoirs Implicites)” เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุวัตถุประสงค์ นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่อาจกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามหลักทั่วไป เช่น “หลักอำนาจอันนา” (Principe du Parallélisme des Compétences) ที่ถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งในเรื่องใด ย่อมมีอำนาจออกคำสั่งในทางตรงกันข้าม (Acte Contraire) โดยกฎหมายไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้อำนาจไว้ เช่น ผู้มีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งย่อมมีอำนาจออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งด้วย

(1) อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับการพิจารณาในมิติต่าง ๆ

ผู้กระทำการจะต้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ (อำนาจหน้าที่ในแง่ของ “บุคคล”) สามารถกระทำการได้เฉพาะในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ (อำนาจหน้าที่ในแง่ของ “เรื่อง”) และภายในเขตพื้นที่ที่รับผิดชอบ (อำนาจหน้าที่ในแง่ของ “พื้นที่”) โดยกระทำการในขณะที่มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น (อำนาจหน้าที่ในแง่ของ “เวลา”)

(1.1) อำนาจหน้าที่ในแง่ของบุคคล (Compétence ratione Personae) ผู้ที่จะกระทำการในฐานะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้จะต้องดำรงตำแหน่งที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจกระทำการ

ในเรื่องนั้น บุคคลทั่วไปที่ไม่เคยได้รับแต่งตั้งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่แสดงตนเป็นเจ้าหน้าที่และกระทำการไปประหนึ่งว่าเป็นฝ่ายปกครอง การใดที่บุคคลนั้นทำไปย่อมตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย

(1.2) อำนาจหน้าที่ในแง่ของเรื่อง (Compétence ratione Materiae) เจ้าหน้าที่ผู้ดำรงตำแหน่งหนึ่งย่อมกระทำการได้เฉพาะในเรื่องซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของตน มีอาจก้าวล่วงไปกระทำการในเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่อื่นได้ และอาจมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่อื่นได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน มาตรา 38 โดยการกระทำใด ๆ ของผู้รับมอบอำนาจย่อมถือเป็นการกระทำในฐานะผู้มอบอำนาจนั่นเอง นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาย่อมทบทวนและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของผู้ใต้บังคับบัญชาได้โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(1.3) อำนาจหน้าที่ในแง่ของพื้นที่ (Compétence ratione Loci) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจกระทำการได้เฉพาะในเขตพื้นที่รับผิดชอบของตน ไม่อาจกระทำการในเขตพื้นที่รับผิดชอบของเจ้าหน้าที่อื่นได้ เว้นแต่บทกฎหมายจะบัญญัติให้กระทำเช่นนั้นได้

(1.4) อำนาจหน้าที่ในแง่ของเวลา (Compétence ratione Temporis) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจกระทำการในระหว่างที่ดำรงตำแหน่ง หากล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดไปแล้วย่อมมีผลตัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ที่จะกระทำการได้ต่อไป กล่าวคือ เจ้าหน้าที่มีอำนาจกระทำการในขณะที่ดำรงตำแหน่งและต้องกระทำการภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด อาทิเช่น มาตรา 61 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายที่ดินการสอบสวน กำหนดให้คณะกรรมการฯ ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จและส่งให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ได้อำนาจสั่งให้ทำการสอบสวนในกรณีที่คณะกรรมการสอบสวนไม่สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้คณะกรรมการสอบสวนรายงานเหตุที่ทำให้การสอบสวนไม่แล้วเสร็จต่ออธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายเพื่อขอขยายระยะเวลาการสอบสวน โดยให้อธิบดีหรือรองอธิบดีซึ่งอธิบดีมอบหมายสั่งขยายระยะเวลาดำเนินการได้ตามความจำเป็นแต่ไม่เกินหกสิบวัน เป็นต้น

(2) ผลของความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่

(2.1) เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการใดไปโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำอื่นใดก็ตาม ทั้งนี้ กฎหมายของบางประเทศได้ให้ความสำคัญกับอำนาจหน้าที่ในแง่ของพื้นที่ (Compétence ratione Loci)

เป็นพิเศษ เช่น กฎหมายเยอรมันที่บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่ง นอกเหนือเขตพื้นที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนและเป็นเรื่องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ย่อมตกเป็น โฆษ” มาตรา 44 วรรคสอง (3) แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Verwaltungsverfahrensgesetz : VwVfG) ฯลฯ ในราชอาณาจักรไทย เช่น การออกหนังสือรับรอง การทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ในเขตป่าไม้ถาวรหรือในเขตป่าสงวนแห่งชาตินั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่บกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ไม่มีอำนาจออกคำสั่งทางจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจถูกเพิกถอนได้ ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 268/2552 เป็นต้น

(2.2) ความบกพร่องที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถือเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่งซึ่งศาลปกครองใช้เพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนด โดยระบบกฎหมายของนานาอารยประเทศมองว่าเป็นเหตุบกพร่องดังกล่าวค่อนข้างร้ายแรง จึงถือเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” (Moyen d’ordre Public) ที่ศาลปกครองสามารถยกขึ้นวินิจฉัยได้เองแม้ผู้ฟ้องคดีจะมีได้กล่าวอ้างในคำฟ้องก็ตาม ซึ่งเป็นทำนองเดียวกันกับกำหนดใน ข้อ 92 แห่งระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 อาทิเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 509/2555, คดีหมายเลขแดงที่ อ. 780/2555 และคดีหมายเลขแดงที่ อ. 853/2556 ซึ่งทั้งหมดเป็นคำสั่งเกี่ยวกับการฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัย โดยที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะมีได้กล่าวอ้างว่าผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยไม่ใช่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย แต่ศาลปกครองก็มีอำนาจยกปัญหาดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยได้เอง และเมื่อการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะผู้แต่งตั้งไม่มีอำนาจเสียแล้ว ผลการสอบสวนทางวินัยและคำสั่งลงโทษทางวินัยย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วย ศาลจึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่พิพาทนั้น เป็นต้น

(2.3) ปัญหาการเยียวยาความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจได้กระทำการใดไป จะให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายให้สัตยาบันเพื่อเยียวยาให้การกระทำนั้นมีผลสมบูรณ์ได้หรือไม่ โดยในทางแพ่งอาจมีการให้สัตยาบันต่อนิติกรรมที่เป็นโมฆียะเพื่อรับรองให้นิติกรรมนั้นมีผลสมบูรณ์แต่เริ่มแรกได้ ซึ่งในทางปกครองยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนเท่าใดนัก อาทิเช่น ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 6) เรื่องเสร็จที่ 224/2519 ที่เคยวินิจฉัยว่า กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดได้สั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน

เพื่อลงโทษข้าราชการครูในสังกัดกรมสามัญศึกษาซึ่งรับราชการประจำอยู่ที่จังหวัด ทั้งที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมิใช่ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการต่างสังกัดที่ประจำในส่วนภูมิภาคและไม่มีอำนาจแต่งตั้งตั้งคณะกรรมการสอบสวนแก่ข้าราชการดังกล่าวนั้น อธิบดีกรมสามัญศึกษาในฐานะผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกสอบสวนย่อมไม่อาจอาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 มอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนอธิบดีโดยให้มีผลย้อนหลังได้ เพราะจะเป็น “การให้สัตยาบันการกระทำที่ผู้ว่าราชการจังหวัดได้กระทำไปโดยไม่มีอำนาจ” ซึ่งอยู่นอกขอบเขตของประกาศคณะปฏิวัติฯ ดังนั้น การที่อธิบดีกรมสามัญศึกษาได้มีคำสั่งมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนโดยให้มีผลย้อนหลังจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ทำให้คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนของผู้ว่าราชการจังหวัดมีผลใช้บังคับขึ้นมาได้ หรือเป็นกรณีศาลปกครองสูงสุดก็เคยยอมรับการให้สัตยาบันต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจกล่าวคือ ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด หมายเลขคดีแดงที่ อ.235/2553 กรณีที่คณบดีคณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม ได้ออกคำสั่งให้อาจารย์วิชาฟิสิกส์อิเล็กทรอนิกส์สอนในวิชาดังกล่าว ทั้งที่คณบดีไม่อาจใช้อำนาจในฐานะผู้บังคับบัญชาของคณะหรือในฐานะประธานคณะกรรมการประจำคณะวิทยาศาสตร์ออกคำสั่งให้งดสอนได้โดยลำพัง เพราะการออกคำสั่งให้งดสอนอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการประจำคณะวิทยาศาสตร์ตามมาตรา 31 (5) แห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยมหาสารคาม พ.ศ. 2537 แต่ในภายหลังเมื่อปรากฏว่าคณบดีได้เสนอเรื่องการสั่งให้งดสอนต่อที่ประชุมคณะกรรมการประจำคณะวิทยาศาสตร์และที่ประชุมได้พิจารณาให้ความเห็นชอบกับคำสั่งให้งดสอนแล้ว จึงถือว่าคณบดีมีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวได้ ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นต้น

กระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

โดยปกติแล้วภายในฝ่ายปกครองนั้นหากมีการกระทำใด ๆ เป็นการภายในตามอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีกฎหมาย หรือระเบียบต่าง ๆ กำหนดขั้นตอนและวิธีการของการดำเนินการหรือการเตรียมกันประเภทนั้น ๆ ไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงเพื่อให้เจ้าหน้าที่ถือปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง หรือเรียกว่า วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของฝ่ายปกครองนั้น ๆ ซึ่งในการใช้บังคับต้องพิจารณาใช้ร่วมกับกฎหมายมาตรฐานกลางคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 3 ซึ่งบัญญัติกำหนดหลักประกันขั้นต่ำเอาไว้สำหรับวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครองของหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นกรณีกฎหมายภายในฝ่ายปกครองมีหลักประกันขั้นต่ำที่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน หรือเป็นกรณีที่ภายในฝ่ายปกครองมิได้มีกฎหมาย หรือกฎ หรือ

ระเบียบกำหนดวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครองแก่การนั้นไว้โดยชัดแจ้ง หรือมิได้กำหนดไว้ ก็ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้เป็นหลักประกันความเป็นธรรมในการดำเนินการเช่นกัน และอีกทั้ง มาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ก็บัญญัติว่า “การยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ มาใช้บังคับแก่การดำเนินการใด ๆ หรือกับหน่วยงานใด ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามข้อเสนอของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง” ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า วิधिปฏิบัติราชการทางปกครองนั้น ๆ ภายในฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายกำหนดไว้ทั้งสิ้นและมีอาจอ้างการกระทำโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับเพื่อให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายได้แต่อย่างใด เรียกว่า เป็นการปฏิบัติโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ โดยมีองค์ประกอบคือ รูปแบบตามที่กฎหมายกำหนด (ทำเป็นหนังสือ, เหตุผลประกอบคำสั่งฯ, รายการไม่ครบ ฯลฯ) หรือขั้นตอนและวิธีการ (การรับฟังคู่กรณี, ไม่แจ้งข้อเท็จจริง, ไม่ให้โอกาสโต้แย้ง, ไม่ผ่านขั้นตอนความเห็นชอบ ฯลฯ) เป็นต้น ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาทิเช่น กรณีสำหรับวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง (กรมที่ดิน) เพียงบางส่วนที่หยิบยกขึ้น กล่าวคือ ในการออกคำสั่งทางปกครอง (การออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน) โดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของระเบียบและกฎหมายของกรมที่ดิน นั้นย่อมเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น อาทิเช่น การออกโฉนดที่ดินโดยเนื่องจากที่ดินมีหลักฐาน น.ส. 3 ก. อยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติ ในขณะที่ออก น.ส. 3 ก. มิได้ตั้งคณะกรรมการตามนัยกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความใน พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และกับกรณีของออกโฉนดที่ดินโดยอาศัยหลักฐาน น.ส. 3 ก. ซึ่งมีรายการจดทะเบียนประเภทให้ใน น.ส. 3 ก. ดังกล่าว เป็นการจดทะเบียนให้ที่ดินมรดกแก่บุคคลภายนอกโดยยังไม่ได้จดทะเบียนโอนที่ดินมรดกลงชื่อทายาทที่มีสิทธิรับมรดกเสียก่อน หรือกรณีที่ดินที่ขออนุญาตโฉนดที่ดินนั้นตั้งอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติ ซึ่งในขั้นตอนการออกโฉนดที่ดินต้องให้หัวหน้าอุทยานแห่งชาติร่วมตรวจพิสูจน์ที่ดินตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 10 (3) หากการตรวจพิสูจน์ดังกล่าวไม่มีหัวหน้าอุทยานแห่งชาติซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ร่วมตรวจพิสูจน์ที่ดิน ทำให้ขั้นตอนกระบวนการออกโฉนดที่ดินดังกล่าวไม่ครบถ้วนอันเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองคือ โฉนดที่ดินนั้น ไม่สมบูรณ์ตามนัยแห่งมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ ศาลปกครองเองก็ได้วางหลักเกณฑ์ไว้เป็นแนวทางจากคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับกรณีของการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการ

อันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาทิเช่น

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขคำที่ อ. 661/2558 และคดีหมายเลขแดงที่ อ. 71/2552 ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาทำนองเดียวกันว่า คำสั่งเลื่อนข้าราชการในสำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ถือได้ว่าเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ หรือขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด และไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และมีลักษณะเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วย

2) ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะมีอำนาจหน้าที่ในการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำและทางบกตามมาตรา 67 (1) แห่งพระราชบัญญัติสภาพน้ำและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 และเป็นกรณีที่ดำเนินการตามมติของสภาองค์การบริหารส่วนตำบลก็ตาม แต่ในส่วนของการก่อสร้างยังต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ซึ่งเป็นกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ จึงไม่อาจดำเนินการให้ขัดกับกฎหมายดังกล่าวได้ อันต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องของภายในกรอบอำนาจหน้าที่ของตน กฎหมายทั้งสองฉบับจึงไม่มีความขัดแย้งกัน แม้การก่อสร้างดังกล่าวจะเป็นการสร้างทางสัญจรของประชาชนทางน้ำที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันตามมาตรา 1304 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีจึงไม่อาจนำเหตุดังกล่าวมาอ้างเพื่อไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ได้ คำสั่งรื้อถอนสะพานทางเดินเท้าดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้จึงถือได้ว่าเป็นการดำเนินการไปโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ หรือขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด

3) คดีพิพาทกรณีนำผลการสอบสวนทางวินัยมาออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายฐานกระทำละเมิด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดกับคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย มีวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่แตกต่างกัน ทั้งเป็นคณะกรรมการสอบสวนตามกฎหมายคนละฉบับ การที่หน่วยงานของรัฐนำผลการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยมาออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายฐานกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ จึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครองโดยมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามรูปแบบหรือขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำโดยไม่สุจริต

การปฏิบัติหน้าที่ราชการของข้าราชการพลเรือนสามัญหรือข้าราชการพลเรือนในพระองค์นั้น อธิบายว่า จะต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วยความสุจริต ตามกำหนดในมาตรา 82 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งหากไม่ปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วยความสุจริตก็ย่อมเป็นการ

กระทำผิดวินัยผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ต้องดำเนินการลงโทษทางวินัยได้ และหากละเลยไม่ปฏิบัติให้ถือว่าปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต ตามมาตรา 90 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันกำหนด และนอกจากนี้ แม้แต่ในคดีทางแพ่งโดยเฉพาะในส่วนของ การแสดงการใช้สิทธิโดยสุจริตหรือไม่นั้น บางส่วนก็อาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีที่ดิน ซึ่งศาลฎีกาก็ให้ ความสำคัญยิ่งกับการกระทำต่าง ๆ ที่ไม่สุจริต โดยได้วางหลักเกณฑ์ไว้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1032/2554 และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2129/2554 ไว้ว่า “หากมีการแย่งใช้สิทธิโดยรู้ว่าคนอื่น มีสิทธิดีกว่า หรือรับรองให้เขาใช้สิทธิบางอย่างแล้วนำคดีมาฟ้องเขา หรือมีพฤติการณ์หลีกเลี่ยง กฎหมายแล้วนำคดีมาฟ้อง หรือเป็นการใช้สิทธิทางศาลโดยมิชอบ หรือทำการฉ้อโกง หรือหา ประโยชน์โดยมิชอบ หรือทำการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้วนำคดีมาฟ้อง ด้วยเหตุเหล่านี้เป็น การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และแม้ว่าในฟ้องมิได้บรรยายเหตุแห่งความไม่สุจริตเหล่านี้มาศาลก็สามารถ หยิบยกขึ้นพิจารณาเองได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) ประกอบ มาตรา 246 และ 247 และประกอบคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 505/2551 และส่วนของในทางปกครอง เองก็เช่นกันคำสั่งทางปกครองใดที่ออกโดยไม่สุจริตไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องมีลักษณะเป็นการ ใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตัวและพวกพ้อง ความไม่สุจริตในการออกคำสั่งทางปกครองโดยหลัก จะพิจารณาจากมูลเหตุ (Motif) ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการกระทำทางปกครองนั้น ๆ เป็นต้นว่า ได้ดำเนินการไปโดยใช้เหตุผลส่วนตัวหรือโดยกลั่นแกล้งผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เช่น การที่ ข้าราชการรายหนึ่งกับผู้บังคับบัญชามีเรื่องขัดใจ โดยข้าราชการรายนั้นได้เคยร้องเรียนตามกฎหมาย กล่าวหาผู้บังคับบัญชาของตน ซึ่งในที่สุดปรากฏว่าข้อร้องเรียนไม่มีมูลความจริง แต่อย่างไร ฝายผู้บังคับบัญชาก็ไม่พอใจจึงแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงข้าราชการรายนั้น โดยอ้างว่าการกระทำดังกล่าวของข้าราชการรายนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อภาพพจน์และชื่อเสียง ของหน่วยงานอันเป็นมูลความผิดวินัยอย่างร้ายแรง กรณีนี้เห็นได้ว่า เป็นการแต่งตั้งกรรมการ สอบสวนทางวินัยโดยไม่สุจริตนั้นคือเป็นการใช้อำนาจโดยมิวัตถุประสงค์นอกเหนือจาก วัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นความไม่พอใจส่วนตัวที่ถูกผู้ได้บังคับบัญชาเรียน ทั้ง ๆ ที่การ ใช้สิทธิร้องเรียนตามกฎหมายเป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่งของหลักการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตย และกฎหมายก็บัญญัติรับรองสิทธิของข้าราชการที่จะร้องเรียนผู้บังคับบัญชา ได้ อาทิเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 16/255

การกระทำโดยการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้ให้ความหมายไว้ว่า การปฏิบัติที่ แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียงซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ผิว เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่น ๆ สัญชาติ หรือที่มาในสังคม ความยากดมีเงิน

สถานะของแหล่งกำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบหรือทำให้สูญเสียไป หรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป การเสวยสิทธิหรือการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งหมด ล้วนแต่เป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งสิ้น หรือการปฏิบัติใด ๆ ต่อบุคคลหรือกลุ่มคน โดยไม่เท่าเทียมกันและไร้เหตุผล หรือ การปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติเนื่องจาก เชื้อชาติ อายุ สัญชาติ หรือศาสนา หรือ การปฏิบัติที่แตกต่างเนื่องจากความชอบหรือไม่ชอบที่ปราศจากเหตุผลที่สามารถรับฟังได้ เช่น ในอดีตรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติรับรองว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางร่างกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ กอปรกับปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 บัญญัติว่า ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณี การปกครองของราชอาณาจักรไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ราชอาณาจักรไทย มีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ อีกทั้งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล พ.ศ. มาตรา 4 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล” และรวมไปถึงพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใด อันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจาก ความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศ โดยกำเนิด การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติ ของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใด ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้ มาตรา 17 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และนอกจากนี้ยังมีกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทางความทุพพลภาพ (Disability Discrimination Ordinance หรือ DDO) ซึ่งคณะกรรมการเพื่อความเท่าเทียมทางโอกาส ได้อธิบายไว้พอสรุปได้ว่า แนวทางเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมไว้ 2 ประการ คือ

1) การเลือกปฏิบัติทางตรง หมายถึง กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทุกฉบับห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติทางตรง ซึ่งถือเป็นแนวคิดหลัก ของกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติและสิทธิมนุษยชนในเขตอำนาจต่างประเทศอื่น ๆ โดยการเลือกปฏิบัติทางตรงเกิดขึ้นเมื่อบุคคลใด

บุคคลหนึ่งเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งดีกว่าที่ผู้เลือกปฏิบัติปฏิบัติหรือพึงปฏิบัติต่อบุคคลทั่วไป เพราะเหตุแห่งลักษณะที่ได้รับความคุ้มครอง (เพศ การตั้งครรถ์ สถานภาพสมรส เชื้อชาติ ความทุพพลภาพ หรือสถานภาพครอบครัว) ถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางตรง และ

2) ส่วนการเลือกปฏิบัติทางอ้อม หมายถึง การเลือกปฏิบัติทางอ้อมเกี่ยวข้องกับนโยบายหรือการปฏิบัติที่เป็นกลาง แต่มีผลกระทบทำให้กลุ่ม ที่มีลักษณะที่ได้รับความคุ้มครองเสียเปรียบ และไม่มีเหตุผลสนับสนุนได้ แนวคิดของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมสำคัญยิ่งในสถานการณ์เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในระบบและ โครงสร้างซึ่งตรงข้ามกับการ เลือกปฏิบัติทางตรงอย่างชัดเจน องค์ประกอบสำคัญในการทดสอบการเลือกปฏิบัติทางอ้อม คือ 1) มีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขสำหรับบุคคล 2) สักส่วนของผู้ที่มิได้ลักษณะที่ได้รับความคุ้มครองที่ไม่ตรงตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขน้อยกว่าสัดส่วนของผู้ที่ไม่มีลักษณะดังกล่าวเป็นอย่างมาก 3) ซึ่งเป็นข้อเสียสำหรับบุคคลที่มีลักษณะที่ได้รับความคุ้มครองเพราะไม่สามารถทำตามได้ และ 4) ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขนี้ไม่สมเหตุสมผลทำนองเดียวกันข้อสรุปต่าง ๆ ข้างต้นก็สอดคล้องกับการวางหลักเกณฑ์ของศาลปกครองในคดีปกครองที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.251/2551 ที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาดังกล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า การเลือกปฏิบัติที่ถือว่าเป็นธรรมนั้น ต้องเป็นกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคและเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะกระทำมิได้ การจะกล่าวอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่ผู้กล่าวอ้างสิทธิตามกฎหมายจะได้รับสิทธินั้น ๆ แต่ไม่ได้รับสิทธินั้นเพราะการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น กรณีที่ผู้กระทำความผิดด้วยกัน จึงไม่สามารถอ้างสิทธิตามกฎหมายข้างต้นได้ หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 ศาลวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุสภาพร่างกายของผู้สมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ในกรณีนี้แม้ร่างกายจะพิการแต่ไม่ใช่อุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานอัยการ การที่ไม่ได้รับสมัครจึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดหรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/2550 ศาลวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า กรณีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในการสมัครสอบเข้ารับราชการ (เฉพาะเกียรตินิยม) นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม เป็นต้น

ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่า การเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม หมายถึง การกระทำหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะของการกีดกัน การแบ่งแยก การหน่วงเหนี่ยว หรือการจำกัด

ซึ่งสิทธิแก่บุคคลใด อันมีผลทำให้บุคคลนั้นไม่ได้รับโอกาสแห่งความเท่าเทียมกันอย่างที่บุคคลนั้นพึงจะได้รับ และในการตีความความหมายของการคำว่า การเลือกปฏิบัติ ตามปณิญาสาเกตฯ ควรจะต้องตีความตามความมุ่งหมายที่ต้องการให้มีการเคารพต่อมนุษย์อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันด้วย

การกระทำมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร

การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นที่เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความหมายว่า การจะมีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นหากจะมีขั้นตอนใดที่ต้องปฏิบัติตามก็ต้องเป็น “ขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้” เท่านั้น ถ้าปรากฏว่าฝ่ายปกครองได้ให้เอกชนปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ แต่เป็นขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองกำหนดหรือสร้างขึ้นเองโดยไม่จำเป็นแก่การมีภาระทางปกครองเช่นนั้นแต่ประการใด ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อพึงสังเกตตามคือ การสร้างขั้นตอนที่จะถือว่าเป็นเหตุอันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องเป็นขั้นตอนที่ไม่จำเป็นเท่านั้น หากเป็นขั้นตอนที่จำเป็น เช่น การกำหนดขั้นตอนเพื่อการตรวจสอบความถูกต้องเหมาะสมหรือความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแล้ว ขั้นตอนดังกล่าวก็น่าจะถือได้ว่าเป็นขั้นตอนที่จำเป็น และสำหรับในส่วนของภาระการที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร ความหมาย เป็นการกระทำที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น เพียงแต่เหตุในกรณีนี้จะพิจารณาในแง่ที่ว่า เป็น “ภาระ” ที่เกิดกับประชาชนและเป็นภาระที่เกินสมควรหรือไม่ ภาระในที่นี้อาจเป็นภาระอย่างใดก็ได้ เช่น ภาระทางด้านค่าใช้จ่ายหรือภาระที่ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างและต้องเป็นภาระที่เกินสมควร และการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร นั้น เป็นลักษณะของการกระทำที่เกินขอบเขตแห่งความจำเป็นตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนด หรือเป็นกรณีของการกระทำการโดยขัดต่อหลักความได้สัดส่วน เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีนี้ มีความหมายว่า การจะมีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น หากจะมีขั้นตอนใดที่ต้องปฏิบัติตามก็ต้องเป็นขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ถ้าปรากฏว่า ฝ่ายปกครองได้ให้เอกชนปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ แต่เป็นขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองกำหนดหรือสร้างขึ้นเองโดยไม่จำเป็นแก่การมีภาระทางปกครองเช่นนั้นแต่ประการใด ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำโดยเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1) หลักทั่วไปของการใช้ดุลพินิจ

ตามหลักกฎหมายปกครองนั้นถือว่า กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ (ฝ่ายปกครอง) กับประชาชน ในลักษณะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจมหาชน (อำนาจตามกฎหมาย) เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคมและประโยชน์สาธารณะ การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองจึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานทางปกครองมีอำนาจใน 2 ลักษณะ คือ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และ อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

ดังนั้น ดุลพินิจตามความหมายของกฎหมายปกครองหมายความรวมถึง อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจสามารถเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างอิสระ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็คืออำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจที่จะกระทำก็ได้หลายอย่างเพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีและบรรลุดุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เหตุที่กฎหมายจะต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เนื่องจากเป็นข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อาจจะตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ในทุกเรื่องทุกกรณี จึงต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้กฎหมายจึงเป็นการนำกฎหมายมาใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นการปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว โดยมีหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องอะไร มีหลักกฎหมายในเรื่องนั้นว่าอย่างไร ข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นหรือไม่ และถ้าข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นแล้วมีผลอย่างไร ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองเลือกได้หลายทางในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากตัดสินใจเลือกกระทำไปทางหนึ่งทางใด โดยมีเหตุผลอันสมควรแล้วถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการใดเพียงทางเดียวโดยไม่ให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีนี้ถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ จึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองไว้นั่นเอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีอยู่หลายมาตราที่บัญญัติให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง เช่น

ดุลพินิจในการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการออกคำสั่งทางปกครอง ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับในเวลาใด หรือดุลพินิจในการตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม เป็นต้น อย่างไรก็ตามเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติเดียวกันนี้ก็ได้กำหนดให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และข้อพิจารณา และข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ ไม่ใช่กระทำได้ตามอำเภอใจ ดังนั้น หากการที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำเภอใจ ก็ถือได้ว่าไม่ใช่เป็นการใช้ดุลพินิจแต่จะเรียกว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างหาก

การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ การใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเหตุผลอันสมควรภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย เริ่มจากการพิจารณาคำร้องหรือคำขอว่าได้ยื่นถูกต้องตามแบบขั้นตอน และระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ก่อนมีคำสั่งรับหรือไม่รับคำร้องหรือคำขอ เมื่อได้รับคำร้องไว้พิจารณาแล้วต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอย่างอิสระ เป็นกลาง โปร่งใส ไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ใช่อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด คำนี้ถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลขณะเดียวกันจะต้องสงวนและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของส่วนรวมด้วย นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ฝ่าฝืนระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่วางไว้เป็นแนวปฏิบัติ ต้องใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลและไม่ขัดกับหลักกฎหมาย ส่วนการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ไม่สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แต่ละกรณี รวมถึงการใช้ดุลพินิจไม่เป็นไปตามสัดส่วนของการกระทำ (Principle of Proportionality) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดความสัมพันธ์ของผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองให้เกิดความสมดุลสมเหตุสมผลพอเหมาะพอควรแก่กรณี ได้แก่

(1) หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) คือ การใช้อำนาจให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามกฎหมาย โดยเป็นหลักการที่บังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาเลือกออกคำสั่งที่สามารถดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจได้กำหนดไว้เท่านั้น คำสั่งทางปกครองใด ๆ ก็ตามที่ในความเป็นจริงแล้วไม่อาจทำให้บรรลุความมุ่งหมาย ตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจได้กำหนดไว้ได้ ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม

(2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) คือ ต้องออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดหรือทำให้รัฐเสียหายน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยเป็นหลักการที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาเปรียบเทียบมาตรการที่อาจทำให้บรรลุผล

ที่ต้องการได้อันมืออยู่หลายมาตรการนั้น ว่ามาตรการใดมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนรุนแรงมากน้อยอย่างไร ฝ่ายปกครองต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด แต่ถ้าเป็นมาตรการที่ให้ประโยชน์แก่ประชาชน ฝ่ายปกครองต้องเลือกมาตรการที่มีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) คือ หากผลของคำสั่งทางปกครองเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมน้อยมากเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ประชาชนได้รับ โดยเป็นหลักการมุ่งพิจารณาที่ภาวะสมดุลระหว่างความเสียหายที่เอกชนจะได้รับกับประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง หลักการนี้ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด และในขณะเดียวกันต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐน้อยที่สุด และห้ามฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่เมื่อปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้วจะเกิดประโยชน์น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

ขั้นตอนการใช้ดุลพินิจมี 3 ขั้นตอน คือ การวินิจฉัยข้อเท็จจริง การปรับบทกฎหมาย (ดุลพินิจในส่วนของประกอบของกฎหมาย) และ การตัดสินใจกล่าวคือ

(1) ขั้นตอนแรก คือ การวินิจฉัยข้อเท็จจริง ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากพยานหลักฐาน และต้องพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่มีอยู่เพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ เมื่อได้ข้อเท็จจริงแน่ชัดแล้วจึงนำมาปรับกับบทบัญญัติกฎหมาย

(2) ขั้นตอนที่สอง คือ การปรับกฎหมาย ซึ่งกฎหมายจะบัญญัติข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความชัดเจนแน่นอน แต่บางกรณีกฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง ๆ และไม่มีคำจำกัดความไว้ กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะต้องปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อเท็จจริงที่บัญญัติไว้ในกฎหมายโดยใช้วิจาร์ณญาณเสมือนเช่นวิญญูชนโดยทั่วไปพึงเข้าใจ เช่น คำว่า “การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ” “มีพฤติการณ์เป็นภัยต่อสังคม” “การกระทำอันน่ารังเกียจ” เป็นต้น การที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและไม่แน่นอน แสดงให้เห็นโดยปริยายว่า มีเจตนารมณ์ให้การปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั่นเอง เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายแล้ว

(3) ขั้นตอนที่สาม คือ การตัดสินใจ ซึ่งต้องพิจารณาว่ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียวหรือหลายประการ หากกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองจะเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ การรับฟังความเห็นข้อโต้แย้งของคู่กรณี การให้เหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครอง หรือการจัดให้มีเหตุผลในการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น การตัดสินใจในขั้นที่ 3 นี้ แบ่งได้เป็น 2 ประการ คือ

(3.1) คุณพินิจตัดสินใจหรือคุณพินิจจะกระทำการหรือไม่ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ แต่ไม่ได้กำหนดผลของกฎหมาย กฎหมายปล่อยให้ฝ่ายปกครองที่จะกระทำหรือไม่ก็ได้ สังเกตได้จากถ้อยคำในกฎหมายมักใช้คำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” และ “อาจ...ก็ได้”

(3.2) คุณพินิจเลือกกระทำ ฝ่ายปกครองมีอำนาจคุณพินิจว่าจะเลือกมาตรการใด มาตรการหนึ่งในหลายมาตรการ ซึ่งเป็นกรณีที่เมื่อข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมาย กำหนด กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่สามารถเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่เหมาะสมกับข้อเท็จจริง หรือภายในขอบเขตของกฎหมายกำหนดได้โดยแยกได้ 2 กรณี กล่าวคือ

(3.2.1) คุณพินิจที่จะเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายประการตามที่กฎหมาย กำหนด คุณพินิจในส่วนนี้เกิดขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่อยู่ในวิสัยที่จะเลือกกระทำกรทำได้หลายอย่างให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 มาตรา 36 กำหนดให้ในกรณีที่พนักงานตรวจความปลอดภัยตรวจพบสภาพแวดล้อม ในการทำงาน อาคาร สถานที่ เครื่องจักรของนายจ้างไม่ปลอดภัย พนักงานตรวจความปลอดภัยมีอำนาจ ออกคำสั่งให้ผู้นั้นหยุดกระทำการ แก้ไข ปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องได้ เป็นต้น เห็นได้ว่ากฎหมาย ดังกล่าวให้อำนาจเจ้าหน้าที่สามารถเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้ตามความเหมาะสมเพื่อให้ สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและสถานการณ์แต่ละกรณี

(3.2.2) คุณพินิจเลือกกระทำได้เอง ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดโดยกฎหมาย ไม่ได้กำหนดทางเลือกไว้ เช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 41 วรรคหนึ่ง เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ควบคุมดูแลที่หรือทางสาธารณะเพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ควบคุมดูแลที่หรือทางสาธารณะคือ เพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป โดยมีได้กำหนดทางเลือกไว้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถ กำหนดทางเลือกได้เองแต่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป

2) หลักการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย

คุณพินิจฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ

(1) คุณพินิจเมื่อมีแล้วต้องใช้ การริเริ่มการใช้ดุลพินิจต้องมาจากการตัดสินใจว่า คำร้องแบบใดหนึ่งจึงจะชอบด้วยกฎหมาย ถูกแบบ ถูกขั้นตอน ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด การพิจารณาคำร้องที่ชอบก็พิจารณาว่าต้องใช้ดุลพินิจหรือไม่ คำร้องที่ไม่ชอบก็ยกคำร้อง แต่เมื่อมีคำร้องขอมาแล้วยกคำร้องเลย โดยไม่ได้พิจารณาคำร้องนั้น เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) คุณพินิจมีแล้วต้องใช้ใช้อย่างอิสระ เมื่อกฎหมายให้คุณพินิจก็หมายความว่า เขาไว้วางใจองค์การนั้น การใช้อำนาจดุลพินิจไม่อิสระเกิดขึ้นได้ในเวลาที่ฝ่ายปกครองริเริ่มใช้อำนาจ เช่น

คณะรัฐมนตรี มีมติต่ออายุข้าราชการจะทำได้ก็ต่อเมื่อรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงเสนอแนะต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี อยู่ ๆ คณะรัฐมนตรีจะต่ออายุข้าราชการไม่ได้ คำเสนอแนะจะต้องมาจากองค์กรที่กฎหมายกำหนด

(3) การใช้ดุลพินิจโดยผ่านขั้นตอนการพิจารณาถูกต้อง การที่เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 จะมีคำสั่งอนุญาตให้ปลูกสร้างอาคารหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคารแล้วย่อมพิจารณาถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย เมื่อคำขออนุญาตระบุว่า ขออนุญาตสร้างอาคารเพื่อใช้เป็นโรงแรม โดยไม่ปรากฏว่าผู้ยื่นคำขอได้ยื่นแผนผังและรายการของโรงแรม เพื่อขออนุญาตจัดสร้างต่อนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2478 มาตรา 5 แล้ว การที่เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นไม่อนุญาตให้ปลูกสร้างอาคารโรงแรม โดยเกี่ยงให้ผู้ยื่น คำขอได้รับอนุญาตตาม มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2478 เสียก่อน จึงชอบที่จะกระทำได้ กรณีนี้ยังถือไม่ได้ว่าเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นจงใจปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการละเมิดต่อผู้ยื่นคำขอ

(4) การใช้ดุลพินิจต้องไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ตามประกาศคณะกรรมการส่วนจังหวัดออกตามความในพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 มาตรา 8 ท้ายพ้องโจทก์ มิได้แสดงแจ้งชัดว่า ที่ห้ามสุกรมมีชีวิตเข้าไปในเขตนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างไร และเป็นที่ยุ้จักกันทั่วไปว่า การห้ามมิให้ขนย้ายสุกรมมีชีวิตเข้าไปในท้องที่ตามประกาศนั้น ย่อมทำให้สุกรมมีชีวิตในท้องที่นั้นมีปริมาณลดน้อยลง อันจะทำให้ราคาสูงขึ้น ประกาศดังกล่าว จึงมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการไว้ กรณีนี้เป็นกรณีที่คณะกรรมการส่วนจังหวัดมีอำนาจในการออกกฎตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร แต่ในการออกกฎนั้น จะต้องออกกฎให้สอดคล้องวัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่บท เมื่อคณะกรรมการออกกฎโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่บท กฎที่ตราขึ้น (ประกาศคณะกรรมการส่วนจังหวัด) จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(5) การใช้ดุลพินิจไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด แม้ว่าพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 40 วรรคสอง จะได้กำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีคำสั่งให้รื้อถอนอาคารโดยมิชักช้าและต้องไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันที่ได้มีคำสั่งให้ระงับการก่อสร้างอาคารก็ตาม แต่คำสั่งให้รื้อถอนอาคารพิพาทที่ออกภายหลังคำสั่งให้ระงับการก่อสร้างเกินกว่า 30 วัน ก็ไม่ทำให้อำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการที่จะสั่งให้จำเลยรื้อถอนอาคารพิพาทที่ต่อเติมดัดแปลง โดยไม่ได้รับอนุญาต และไม่สามารถแก้ไขดัดแปลงให้ถูกต้องนั้นหมดไป โจทก์จึงมีอำนาจสั่งให้รื้อถอนอาคารพิพาทเมื่อพ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่มิคำสั่งให้ระงับการก่อสร้างได้

(6) การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความเสมอภาคตาม มาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

(7) การใช้ดุลพินิจไม่ฝ่าฝืนระเบียบที่ฝ่ายปกครองวางไว้เอง เช่น ข้อบังคับของการสื่อสารแห่งประเทศไทย กำหนดให้การขึ้นบัญชีผู้สอบคัดเลือกได้เป็นไปตามผู้ว่าการฯ กำหนดและผู้ว่าการฯก็ได้วางระเบียบไว้แล้วว่า บัญชีผู้สอบคัดเลือกได้ให้ใช้ได้จนกว่าจะมีการสอบคัดเลือกอย่างเดียวกันนั้นอีก และได้ประกาศผลการสอบคัดเลือกใหม่แล้ว ดังนั้นการยกเลิกบัญชีผู้สอบคัดเลือกในการสอบทุกครั้งควรต้องเป็นไปตามระเบียบที่วางไว้ ฉะนั้นการที่ผู้ว่าการได้ประกาศผลการสอบคัดเลือกแล้วกำหนดว่า บัญชีผลการสอบคัดเลือกครั้งนี้ให้กำหนด 2 ปี นับแต่วันประกาศจึงเป็นการฝ่าฝืนระเบียบและไม่มีอำนาจที่จะกำหนดได้

(8) การใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลเพียงพอ ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลในการใช้ดุลพินิจทุกครั้ง เช่น พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 บัญญัติให้คำชี้ขาดของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์เป็นที่สุดนั้น หมายถึง เป็นคำชี้ขาดที่ถูกต้องตามที่กฎหมายให้อำนาจ หากคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีเหตุผลเพียงพอในการทำวินิจฉัยแล้ว ผู้ที่ได้รับเสียหายเพราะคำชี้ขาดย่อมมีอำนาจฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงได้

(9) การใช้ดุลพินิจไม่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองในนิติรัฐ จำเป็นอย่างยิ่งที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง ได้แก่ หลักความพอสมควรแก่เหตุที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง ในการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองกระทำการตามหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องมือทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ และวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้น เครื่องมือทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ก็คือมาตรการที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้น ซึ่งอาจจะเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือกฎก็ได้ ส่วนวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้น ย่อมจะเห็นได้จากบริบทของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประกอบกับมาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้

3) การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด

การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเกิดความผิดพลาดได้หลายกรณี กล่าวคือ

(1) การเลือกไม่ใช้ดุลพินิจ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจ ทั้ง ๆ ที่ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นองค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง อาทิเช่น มีผู้ชุมนุมประท้วงปิดถนนทำให้บุคคลทั่วไปไม่อาจสัญจรไปมาได้ ซึ่งองค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจต้องตัดสินใจสั่งให้สลายการชุมนุม หรือดำเนินการให้มีการสลายการชุมนุม เป็นต้น

(2) การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ เช่น กฎหมายกำหนดให้เก็บค่าธรรมเนียมระหว่าง 200-500 บาท แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเก็บค่าธรรมเนียมถึง 1,000 บาท เป็นต้น

(3) การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน ซึ่งอาจเกิดจากเจ้าหน้าที่ละเลยไม่สนใจวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายมอบดุลพินิจให้ตน การใช้ดุลพินิจโดยไม่นำพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาพิจารณา ชั่งน้ำหนักก่อนตัดสินใจ การใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ เป็นต้น

(4) การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เช่น การใช้ดุลพินิจ ขัดหลักความเสมอภาค

(5) การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป โดยไม่คำนึงถึงถึงหลักการอันเป็นพื้นฐานของหลักนิติรัฐ

ดังนั้น โดยสรุปแล้ว ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายและภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติ เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีทางเลือกในการตัดสินใจกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดเพื่อปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงเพื่อบรรลุเจตนารมณ์ตามกฎหมายกำหนด การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปอย่างอิสระ และต้องปราศจากการแทรกแซงใด ๆ มีความเป็นกลาง โปร่งใส เป็นธรรม และมีเหตุผลในการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมตรวจสอบได้ หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาทิเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 90/2547 ที่ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัดแห่งหนึ่งออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ไปปฏิบัติงานเป็นการประจำ ณ ท่าเทียบเรือที่ให้เอกชนเช่าดำเนินการ โดยเห็นว่าการออกคำสั่งดังกล่าวเป็นการกั้นแกล้ง จึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง โดยเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกรณีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ. 992/2556 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 33/2557 ที่ศาลพิพากษาว่า คำสั่งของนายรัฐมนตรีที่ให้ย้ายเลขาธิการ สมช. ไปดำรงตำแหน่งอื่น เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น หากฝ่ายปกครองมีการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจถูกตรวจสอบโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเอง หรือศาลปกครองได้ และอาจต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัยจากผลการกระทำนั้นได้

4) การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง มี 2 กรณี กล่าวคือ

(1) ก่อนการมี การจัดตั้งศาลปกครองเพื่อควบคุมตรวจสอบในเรื่องของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งหากศาลเห็นว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลมีอำนาจทั่วไปที่จะเข้าควบคุมในการใช้ดุลพินิจนั้นได้ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 818/2499, คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 646-647/2510, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1066/2513, คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2531/2522, คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1155/2526 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3535/2529 ซึ่งโดยสรุปแล้วศาลพิพากษาว่า ปกติแล้วศาลจะไม่ก้าวล่วงไปถึงการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เว้นแต่ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจโดยปราศจากพยานหลักฐาน หรือเหตุผลสนับสนุนเพียงพอ หรือเป็นไปโดยไม่สุจริต หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 910-920/2510 ซึ่งศาลได้พิพากษาว่า ถ้าไม่ปรากฏว่าได้มีกฎหมายได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองวินิจฉัยโดยเด็ดขาดและเป็นที่สุด ศาลยุติธรรมก็ย่อมมีอำนาจควบคุมการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตามเมื่อภายหลังได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้นแล้ว เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2544 เป็นต้นมา การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็กลายเป็นอำนาจโดยตรงของศาลปกครองไป ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติไว้

(1.1) การควบคุมโดยศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทาง ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และสัญญาทางปกครอง เป็นต้น ศาลปกครองจะทำหน้าที่ตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองได้กระทำการโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ เป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่ทำหน้าที่ควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมาย เป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยสุดท้าย

(1.2) การควบคุมโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 มาตรา 16 ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีอำนาจพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือการปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

(1.3) การควบคุมโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 35 ในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการดำเนินการอย่างใด

ในหน่วยงานของรัฐอันอาจนำไปสู่การทุจริตหรือสื่อว่าอาจมีการทุจริต ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการตรวจสอบโดยเร็ว ถ้าผลการตรวจสอบปรากฏว่ากรณีมีเหตุอันควรระมัดระวัง คณะกรรมการ ป.ป.ช. อาจมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ มีหนังสือแจ้งให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวและคณะรัฐมนตรีทราบ พร้อมด้วยข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ไข

2.4.11 ผลของการเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่ออกไปโดยตลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าหน้าที่กรมที่ดินที่ออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือผิดพลาดตลาดเคลื่อนจนเป็นเหตุให้เกิดการเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเกิดผลกระทบต่อทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชน ดังนี้

เมื่ออธิบดีกรมที่ดินหรือศาลได้ใช้อำนาจเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่ตลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว ย่อมมีผลกระทบต่อบุคคลที่มีชื่อในที่ดิน ทั้งผู้รับโอนหรือเปลี่ยนแปลงสิทธิทางทะเบียนโดยสุจริต รวมทั้งหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นผู้ดูแลทรัพย์สินของรัฐ

1) ผลต่อบุคคลที่รับโอนหรือเปลี่ยนแปลงสิทธิทางทะเบียน โดยสุจริต

จากการศึกษาข้างต้นจะพบว่าหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเป็นเอกสารที่จัดทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอันถือว่าเป็นเอกสารมหาชน แต่ก็ยังเป็นเพียงข้อสันนิษฐานว่าเอกสารดังกล่าวถูกต้องแท้จริง และผู้มีชื่อในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินก็เป็นเพียงข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินนั้นเช่นกัน⁴⁰ อันไม่ถือว่าเอกสารที่แสดงสิทธิในที่ดินโดยเด็ดขาด อาจสามารถพิสูจน์หักล้างได้ การที่รัฐมีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้ตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ย่อมแสดงให้เห็นว่าหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินมิได้เป็นหลักประกันความถูกต้องของหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน รวมทั้งผู้มีชื่อในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน เนื่องจากระบบการจดทะเบียนของราชอาณาจักรไทยไม่ได้ยึดถือหลัก Indefeasibility of Title ซึ่งหลัก Indefeasibility of Title ให้ความสำคัญกับมั่นคง ความเรียบง่าย ความถูกต้อง ความฉับไว ความประหยัด ความเหมาะสมกับสภาพทั่วไป และความสมบูรณ์ของระบบทะเบียนที่ดิน จนเป็นเหตุให้ไม่สามารถใช้หลักเพิกถอนได้ในกรณีที่ผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน อันเนื่องมาจากในช่วงเวลาที่รับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินจากชาติตะวันตก ประชาชนมีความต้องการใช้ที่ดินและต้องการหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน แต่ผู้มีอำนาจออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินมีน้อย อันเนื่องมาจากการปฏิรูปการปกครองในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) ซึ่งเปลี่ยนจาก

⁴⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 127.

ข้าราชการคนเดียวทำหลายหน้าที่ มาเป็นข้าราชการคนเดียวทำหน้าที่เพียงอย่างเดียว ทำให้เกิดชะงักของการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ด้วยเหตุนี้เพื่อระงับข้อพิพาทจึงรับเอาระบบทะเบียนจากชาติตะวันตก โดยมีสาระสำคัญในการจัดทำารลงเลขหมาย หลักเขต และเนื้อที่ของที่ดิน โดยมีแผนที่ที่ถูกต้อง ไม่รุกล้ำที่ดินของบุคคลอื่นที่อยู่ติดกัน โดยมีหนังสือสำคัญหรือหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินจำนวน 2 ฉบับ คือ ฉบับเจ้าของที่ดิน และฉบับที่ทางราชการเก็บรักษาไว้ (หอทะเบียนที่ดิน) โดยหากมีการโอนที่ดินจะต้องทำต่อหน้าเจ้าพนักงานหอทะเบียนที่ดิน แลสลักหลังหนังสือสำคัญทั้งสองฉบับจึงจะสมบูรณ์⁴¹ ซึ่งเป็นการดัดแปลงระบบทะเบียนที่ดินของชาติตะวันตกมาใช้ให้เหมาะสมกับสภาพของราชอาณาจักรไทย โดยจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 544/2542 ได้วินิจฉัยโดยสรุปว่า การได้สิทธิตามมาตรา 1299 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องเป็นการได้สิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนแล้วและสิทธิที่ได้นั้นต้องเกิดจากเอกสารสิทธิของที่ดินนั้นออกชอบด้วยกฎหมาย เมื่อ น.ส. 3 ก. ออกไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับโอนอ้างสิทธิใด ๆ ที่เกิดจากเอกสารที่ออกไปโดยมิชอบหาได้ไม่ จึงเห็นได้ว่า ไม่สามารถนำหลักการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่ได้ทรัพย์สินมาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนมาปฏิเสธรการเพิกถอนหรือแก้ไขหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้

2) ผลของความสมบูรณ์แห่งสิทธิในที่ดินอันเกิดจากการเพิกถอนตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งสามารถจำแนกได้ ดังนี้

(1) กรณีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินโดยมีหลักฐานเดิม อาทิเช่น น.ส. 3 ส.ค. 1 หรือใบจอง ต้องพิจารณาหลักฐานเดิมออกโดยชอบหรือไม่ หากปรากฏว่าหลักฐานเดิมถูกต้อง แต่กระบวนการออกโฉนดที่ดินไม่ถูกต้องในสาระสำคัญ เช่น ขั้นตอนในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ไม่ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด เป็นเหตุให้ดำเนินการเพิกถอน สถานะทางกฎหมายในที่ดินย่อมยังคงอยู่ตามหลักฐานเดิมไม่เปลี่ยนแปลง

(2) กรณีการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินโดยมีหลักฐานเดิมหรือไม่มีหลักฐานเดิม แต่ปรากฏว่าได้ออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อาทิเช่น ออกทับที่สาธารณประโยชน์ของแผ่นดินหรือที่สงวนห้ามตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้โฉนดกันมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา ห้ามยกอายุความขึ้นต่อสู้กับแผ่นดิน และห้ามยึดทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งทำให้ผู้ถือครองไม่เกิดสิทธิในที่ดินนั้น แต่อย่างไรก็ตามบุคคลภายนอกจะได้รับโอนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ก็มิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน”

⁴¹ ร. แลงการ์ด. (2483). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) กฎหมายที่ดิน*. เอกสารคำสอนชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2483. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง. หน้า 335.

การปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินและการเพิกถอนของเจ้าหน้าที่กรมที่ดินมีจุดประสงค์ในการรับรองสิทธิในที่ดินให้แก่ประชาชนผู้ครอบครองและทำประโยชน์ รวมไปถึงผู้ได้รับสิทธิในที่ดินต่อจากผู้ครอบครองข้างต้น แต่รัฐก็ยังสามารถเพิกถอนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่ออกไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือผิดพลาดคลาดเคลื่อนได้โดยไม่ต้องถือหลัก “ผู้รับ โอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” แต่อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อเอกชน ประเทศเสรีประชาธิปไตยซึ่งยึดถือหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงมีแนวคิดที่จะนำหลักนิติธรรมและหลักธรรมาภิบาลมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและให้ได้ประสิทธิภาพสูงสุดในการบริการประชาชนให้เกิดความคุ้มค่าสูงสุด