

วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย : Analysis of Legal Opinion

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
เรื่องเสร็จที่ 1018/2561 (การออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดิน
ที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติ
โดยไม่ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดิน)*

Decision of Commission on Administrative Procedure Number
1018/2561 (Title Deeds issued for Lands with Their Partial Areas
Adjoining and Overlapping or Encroaching upon National Park
without Appointing Land Surveying and Examining Committee)

นิธิพัฒน์ สินเพ็ง**
Nithipat Sinpeng

บทคัดย่อ

ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1018/2561 การที่หน่วยงานของรัฐได้ออกโฉนดที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติโดยไม่ได้แต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินเพื่อเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดนั้น เป็นการดำเนินการที่ไม่ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดอันส่งผลให้การออกโฉนดที่ดินดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หน่วยงานสามารถนำหลักเกณฑ์ในเรื่องการเยียวยาความบกพร่องในขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 (4) แห่ง

* อ้างอิงจากบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1018/2561 เรื่อง “การออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติโดยไม่ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดิน”

วันที่รับบทความ (received) 27 เมษายน 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) ผู้ทรงคุณวุฒิเห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติม, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 พฤษภาคม 2562

** LL.B. Kyoto University, Faculty of Law, LL.M. University of California, Berkeley, School of Law, เนติบัณฑิตไทย, ปัจจุบันรับราชการตำแหน่งอัยการผู้ช่วย สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด (บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน ไม่ใช่ความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดที่ผู้เขียนรับราชการอยู่แต่อย่างใด)

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาเทียบเคียงบังคับใช้ได้เพื่อดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินแล้วเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดต่อไป

คำสำคัญ : คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 (4)

Abstract

According to the decision of Commission on Administrative Procedure number 1018/2561, when a state agency issues title deeds for lands with their partial areas adjoining and overlapping or encroaching upon national park without appointing land surveying and examining committee and submit its opinion to the prefectural governor, the title deeds shall become unlawful since the agency does not follow procedures required by the laws. Nevertheless, the agency may adopt the rules concerning making good defects in procedure of defective administrative act pursuant to Section 41 (4) of Administrative Procedure Act B.E. 2539, by appointing land surveying and examining committee and submitting its opinion to the governor in order to make the procedures comply with the laws.

Keywords : Commission on Administrative Procedure, Making good defects in procedure and form of defective administrative acts, Administrative Procedure Act B.E. 2539 Section 41 (4)

การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินมักนำมาซึ่งปัญหาทางกฎหมายเสมอมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากที่ดินนั้นมีอาณาเขตติดต่อกับเขียวหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติก็ยิ่งทำให้ปัญหาเหล่านั้นเป็นที่น่าจับตามากยิ่งขึ้น เนื่องจากในปัจจุบันมีบุคคลจำนวนมากที่พยายามหาช่องทางเพื่อบุกรุกและแสวงหาประโยชน์จากที่ดินในเขตอุทยานแห่งชาติ โดยที่ผ่านมารการบุกรุกที่ดินเฉพาะในเขตอุทยานแห่งชาติสิรินาถ จังหวัดภูเก็ต เพียงแห่งเดียวมีมูลค่าความเสียหายกว่า 14,000 ล้านบาท¹ หน่วยงานของรัฐจึงควรใช้ความระมัดระวังในการออกหนังสือแสดงสิทธิ

¹ โพสต์ทูเดย์, ดีเอสไอลุยล้างสก.1 นาร่องอุทยานสิรินาถ [ออนไลน์], 3 มกราคม 2561. แหล่งที่มา www.posttoday.com /social/general/533449

ในที่ดินเพื่อป้องกันการฉกฉวยผลประโยชน์จากที่ดินในเขตอุทยานแห่งชาติอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน อย่างไรก็ตามก็ยังมีปัญหาที่น่าสนใจว่า ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเข้าใจว่าการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนแล้ว แต่ความมาปรากฏในภายหลังว่ากระบวนการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินมีความบกพร่องอันเป็นเหตุให้หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หน่วยงานของรัฐจะสามารถดำเนินการต่อไปอย่างไร คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับประเด็นที่น่าสนใจนี้ไว้ในเรื่องเสร็จที่ 1018/2561

ตามเรื่องเสร็จนี้ กรมที่ดินได้ขอหารือมายังคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยมีข้อเท็จจริงสรุปได้ความว่า จังหวัดภูเก็ตได้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินจำนวนสองแปลงที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวกับเขตอุทยานแห่งชาติสิรินาถ แต่ในการออกโฉนดที่ดินนั้นช่างผู้ทำการรังวัดได้รายงานว่าที่ดินดังกล่าวอยู่นอกเขตอุทยานแห่งชาติสิรินาถจึงไม่ได้เสนอเรื่องให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินแล้วเสนอให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาตามข้อ 10 (3)² แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 จึงเป็นโฉนดที่ดินที่ออกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรมที่ดินจึงขอหารือว่า พนักงานเจ้าหน้าที่จะสามารถนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา

² กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 10 “เมื่อได้พิสูจน์สอบสวนการทำประโยชน์แล้ว ปรากฏว่าได้มีการครอบครองและทำประโยชน์ตามสมควรแก่สภาพที่ดินในท้องถิ่น ตลอดจนสภาพของกิจการที่ได้ทำประโยชน์ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการดังนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(3) ถ้าปรากฏว่าที่ดินนั้นตั้งอยู่ในตำบลที่มีป่าสงวนแห่งชาติ อุทยานแห่งชาติ พื้นที่รักษาพันธุ์สัตว์ป่า พื้นที่ห้ามล่าสัตว์ป่าหรือพื้นที่ที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาจารตามมติคณะรัฐมนตรีและกรมป่าไม้หรือกรมพัฒนาที่ดินยังไม่ได้ขีดเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตอุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่าหรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาจารตามมติคณะรัฐมนตรีลงในระวางรูปถ่ายทางอากาศเพื่อการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือกรณีที่ได้ขีดเขตแล้วแต่ที่ดินที่ขอออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวกับ หรืออยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตอุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า หรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาจารตามมติคณะรัฐมนตรี ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดิน ประกอบด้วยป่าไม้อาจารหรือผู้ที่ป่าไม้อาจารมอบหมายสำหรับท้องที่ที่ไม่มีป่าไม้อาจาร เจ้าหน้าที่บริหารงานที่ดินอำเภอ ปลัดอำเภอ (เจ้าพนักงานปกครอง) และกรรมการอื่นตามที่เห็นสมควร เมื่อคณะกรรมการดังกล่าวได้ทำการตรวจพิสูจน์เสร็จแล้ว ให้เสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดว่าสมควรออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้ได้หรือไม่ เพียงใด สำหรับที่ดินที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาจารตามมติคณะรัฐมนตรีแต่ยังไม่ได้ขีดเขตหรือขีดเขตแล้ว แต่ที่ดินดังกล่าวมีอาณาเขตคาบเกี่ยวกับเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาจาร ให้แต่งตั้งผู้แทนกรมพัฒนาที่ดินเป็นกรรมการด้วย”

41 (4)³ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาปรับใช้โดยให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินตามกฎหมายดังกล่าวแล้วเสนอให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาเพื่อให้ครบถ้วนตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ต้องดำเนินการเพิกถอนโฉนดที่ดินได้หรือไม่

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า การออกโฉนดที่ดินมีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5⁴ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เมื่อกรมที่ดินได้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเขตอุทยานแห่งชาติโดยไม่ได้แต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินเพื่อเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัด การออกโฉนดที่ดินดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดและมีผลให้การออกโฉนดที่ดินนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่โดยที่ความบกพร่องในการทำคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้เป็นความบกพร่องเกี่ยวกับขั้นตอนการออกโฉนดที่ดินที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหากจะนำมาเป็นเหตุในการเพิกถอนโฉนดที่ดินที่ออกให้แก่เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินในทันทีย่อมอาจส่งผลกระทบและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์หรือบุคคลภายนอกซึ่งได้ใช้ประโยชน์จากที่ดินนั้นได้ อีกทั้งความบกพร่องดังกล่าวก็หาได้ตัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ที่จะดำเนินการในเรื่องดังกล่าวให้ถูกต้องตาม

³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

ฯลฯ

ฯลฯ

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิม ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น”

⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ”

ขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เสียใหม่แต่อย่างใด ดังนั้น กรมที่ดินจึงสามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องการเยียวยาความบกพร่องในขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาเทียบเคียงใช้บังคับกับกรณีนี้ได้เพื่อให้ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินดังกล่าวแล้วเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดตามที่กฎหมายกำหนดต่อไป

จากคำวินิจฉัยข้างต้นจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่าขั้นตอนการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินและการเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดตามที่กำหนดในข้อ 10 (3) แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537)ฯ เป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งในการออกโฉนดที่ดินที่ไม่ใช่ขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญขนาดจะทำให้กระบวนการออกโฉนดที่ดินเสียไปทั้งหมด ซึ่งประเด็นนี้อาจเปรียบเทียบกับเรื่องเสร็จที่ 268/2552⁵ ที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่ออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่าฝืนมาตรา 14⁶ แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ที่กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือครอบครองหรือกระทำการประการใด ๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาตินั้น ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) นั้นไม่มีผลบังคับใช้โดยสิ้นเชิง ซึ่งความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสร็จทั้งสองมีความแตกต่างกันเนื่องมาจากในเรื่องเสร็จที่ 268/2552 กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้บัญญัติห้ามมิให้ออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) สำหรับที่ดินในเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรีไว้อย่างชัดเจน การออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ในเขตที่ดินดังกล่าวจึงเป็นการขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้งอันเป็นเหตุให้หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินดังกล่าวเสียไปทั้งหมดโดยที่หน่วยงานของรัฐไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้เลย แต่ในเรื่องเสร็จที่ 1018/2561 กฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเขตอุทยานแห่งชาติเสียทีเดียว เพียงแต่กำหนดขั้นตอนว่าในการออกโฉนดที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อ

⁵ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 268/2552 เรื่อง “ผลใช้บังคับของคำสั่งทางปกครอง (หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.)) ที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

⁶ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 มาตรา 14 “ในเขตป่าสงวนแห่งชาติห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือ ครอบครอง ทำประโยชน์ หรืออยู่อาศัยในที่ดิน ก่อสร้าง แผ้วถาง เผาป่า ทำไม้ เก็บหาของป่า หรือกระทำการด้วยประการใด ๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ เว้นแต่

(1) ทำไม้หรือเก็บหาของป่าตามมาตรา 15 เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยตามมาตรา 16 มาตรา 16 ทวิ หรือมาตรา 16 ตริ กระทำการตามมาตรา 17 ใช้ประโยชน์ตามมาตรา 18 หรือกระทำการตามมาตรา 19 หรือมาตรา 20

(2) ทำไม้หวงห้ามหรือเก็บหาของป่าหวงห้ามตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้”

คาบเกี่ยวกับเขตอุทยานแห่งชาติจะต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินเพื่อเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อพิจารณาสั่งการต่อไปเท่านั้น ความบกพร่องที่ไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวจึงยังไม่รุนแรงขนาดเห็นประจักษ์ ไม่ทำให้โฉนดที่ดินนั้นเสียไปทั้งหมด

เมื่อความบกพร่องในการออกโฉนดที่ดินตามข้อหาหรือนี้ยังไม่ถึงกับทำให้การออกโฉนดที่ดินเสียไปทั้งหมด กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อมาว่า กรมที่ดินจะมีวิธีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นว่า กรมที่ดินสามารถนำหลักเกณฑ์ในเรื่องการเยียวยาความบกพร่องในขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาเทียบเคียงบังคับใช้กับกรณีนี้ได้ ซึ่งความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีประเด็นที่น่าสนใจอยู่ไม่น้อย กล่าวคือ มาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้วางหลักว่า ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนแต่ได้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นไปโดยไม่ได้รับความเห็นชอบ หากเจ้าหน้าที่อื่นนั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมถือว่าสมบูรณ์มาแต่แรก ซึ่งหากตีความตามลายลักษณ์อักษรจากบทบัญญัติดังกล่าวจะได้ความว่าความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่อาจได้รับการเยียวยาได้นั้นจะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดว่าจะต้องได้รับ “ความเห็นชอบ” จากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนทำคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีตามข้อหาหรือของกรมที่ดินในเรื่องเสรีจันท์ ข้อ 10 (3) แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ได้กำหนดว่าในการออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวกับหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติจะต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินเพื่อทำการสำรวจตรวจสอบที่ดินแล้วเสนอความเห็นไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด โดยหากผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้สามารถออกโฉนดที่ดินได้ ผู้ว่าราชการจังหวัดก็จะดำเนินการ “สั่งการ” ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการออกโฉนดที่ดินต่อไป⁷ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การออกโฉนดที่ดินในกรณีนี้กฎหมายได้

⁷ กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 11 “เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดได้พิจารณาผลการตรวจพิสูจน์ที่ดินของคณะกรรมการตามข้อ 10 (3) แล้ว ปรากฏว่าที่ดินนั้นไม่อยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตอุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า หรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรี หรือปรากฏว่าที่ดินนั้นอยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตอุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า หรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรี แต่ผู้ขอได้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวโดยชอบด้วยกฎหมายมาก่อนวันที่ทางราชการกำหนดให้ที่ดินนั้นเป็นป่าสงวนแห่งชาติ อุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า หรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้

กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ “สั่งการ” ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการออกโฉนดที่ดิน ไม่ใช่กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดให้ “ความเห็นชอบ” ในการออกโฉนดที่ดินแต่อย่างใด นอกจากนี้ ขั้นตอนที่เกิดความบกพร่องในการออกโฉนดที่ดินตามข้อหาหรือนี้ยังรวมถึงตั้งแต่ขั้นตอนการแต่งตั้งคณะกรรมการพิสูจน์ที่ดิน การสำรวจตรวจสอบที่ดินของคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินตลอดจนการเสนอความเห็นไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดอีกด้วย ซึ่งขั้นตอนทั้งหลายเหล่านี้ไม่มีขั้นตอนใดเลยที่เป็นการให้ “ความเห็นชอบ” ตามตัวบทของมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

ที่ผ่านมาคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยให้ความเห็นในประเด็นลักษณะคล้ายกันในเรื่องเสรีที่ 143/2561⁸ ว่า การที่กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งได้จัดการประชุมซึ่งตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดว่าจะต้องให้ปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมพิจารณาอนุมัติเสียก่อน แต่กรมทรัพยากรทางทะเลฯ ได้จัดการประชุมจนเสร็จสิ้นโดยไม่ได้เสนอเรื่องให้ปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมพิจารณาอนุมัติแต่อย่างใด คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า อาจนำหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในเรื่องการเยียวยาความบกพร่องในขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองมาเทียบเคียงใช้กับการอนุมัติการประชุมในกรณีนี้ได้ ซึ่งหากปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้การอนุมัติย่อมทำให้การจัดการประชุมนั้นชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ดี เรื่องเสรีดังกล่าวมีข้อแตกต่างจากกรณีตามข้อหาหรือของกรมที่ดินบางประการ กล่าวคือ ประการแรก การกระทำทางปกครองในเรื่องเสรีดังกล่าวไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดินจึงอาจนำหลักเกณฑ์ในเรื่องการให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลังย่อมไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์มาเทียบเคียงใช้กับการอนุมัติการจัดการประชุมได้ ประการที่สองในเรื่องเสรีดังกล่าวกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่าจะต้องเสนอเรื่องให้ปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมพิจารณาอนุมัติเสียก่อน ซึ่งสอดคล้องกับตัวบทในมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่ว่าจะต้องได้รับ “ความเห็นชอบ” จากเจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อน แต่ตามข้อหาหรือของกรมที่ดินนี้มีประเด็นเกี่ยวกับความบกพร่องตั้งแต่การดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดิน การสำรวจตรวจสอบที่ดิน การทำรายงานการตรวจพิสูจน์ที่ดิน การเสนอความเห็นไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด ตลอดจนการสั่งการ

ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรี และไม่มีผู้คัดค้านภายในกำหนดเวลาที่ประกาศตามข้อ 10 (1) ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด สั่งการให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาดำเนินการตามข้อ 10 (2)”

⁸ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีที่ 143/2561 เรื่อง “การอนุมัติการจัดการประชุมของกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งที่ได้ดำเนินการเสร็จสิ้นไปแล้ว”

ของผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งขั้นตอนเหล่านี้ไม่ตรงกับความหมายของการให้ “ความเห็นชอบ” ตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เสียทีเดียว

ส่วนคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสรีที่ 920/2547⁹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้กำหนดให้เจ้าของโครงการต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อนจะดำเนินการก่อสร้างและเสนอรายงานดังกล่าวต่อสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเพื่อให้สำนักงานฯ ตรวจสอบและให้ความเห็นเสนอต่อคณะกรรมการตามกฎหมายต่อไป ตามเรื่องเสรีนี้ เจ้าของโครงการได้ดำเนินการก่อสร้างไปแล้วโดยไม่ได้จัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม แต่มายื่นรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมในภายหลังเมื่อล่วงเลยขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาได้นำมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาประกอบการพิจารณาและมีความเห็นว่า แม้การยื่นรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมจะล่วงเลยขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดแล้วอันเป็นการกระทำผิดขั้นตอน แต่ก็ไม่ตัดอำนาจของหน่วยงานของรัฐที่จะรับรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่ยื่นไว้เพื่อดำเนินการต่อไป เรื่องเสรีนี้มีความคล้ายกับข้อหาหรือของกรมที่ดินอยู่บ้างเพราะว่าในเรื่องเสรีดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้จะต้องมีรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมซึ่งไม่ตรงตามความหมายของการให้ “ความเห็นชอบ” ตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เช่นเดียวกันกับการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินตามข้อหาหรือของกรมที่ดินในเรื่องเสรีที่ 1018/2561 อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องเสรีดังกล่าวระบุแต่เพียงว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาได้นำมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาประกอบการพิจารณาเท่านั้น โดยไม่ปรากฏว่าได้นำมาตราดังกล่าวมาปรับใช้โดยตรงหรือเทียบเคียงใช้บังคับแต่อย่างใด

ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 334/2550¹⁰ ว่า ในการดำเนินการก่อสร้างโครงการชลประทาน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดให้จะต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบและสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับที่ดินรวมทั้งขอความเห็นไปยังส่วนราชการที่เกี่ยวข้องแล้วจึงเสนอความเห็นไปให้กระทรวงมหาดไทยพิจารณาอนุมัติ ซึ่งไม่ปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าว การก่อสร้างโครงการชลประทานจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า

⁹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 920/2547 เรื่อง “แนวทางปฏิบัติตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ในส่วนของการทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม”

¹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ 334/2550 ลงวันที่ 16 ตุลาคม 2550

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวสามารถแก้ไขได้ด้วยการดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งการรื้อถอนคลองส่งน้ำตามโครงการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ จึงยังไม่พิพากษาให้รื้อถอนแต่ให้ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวเสียก่อน หากกระทรวงมหาดไทยไม่อนุมัติจึงค่อยให้รื้อถอน จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดนี้ จะเห็นได้ว่า แม้ศาลปกครองสูงสุดจะเห็นว่าหน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินการแก้ไขความบกพร่องของการกระทำทางปกครองได้ แต่ก็มีได้นำมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาปรับใช้โดยตรงหรือเทียบเคียงใช้บังคับแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขความบกพร่องของการกระทำทางปกครอง ทั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง คณะกรรมการกฤษฎีกา และศาลปกครองสูงสุด น่าจะอาศัยหลักการเดียวกัน นั่นคือการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นอยู่ภายใต้หลักการเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากปรากฏว่าการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว หน่วยงานของรัฐก็ย่อมมีหน้าที่ในการขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเสีย แต่ในบางกรณีการขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นอาจส่งผลกระทบต่อผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องเกินสมควรหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์สาธารณะได้ หน่วยงานของรัฐจึงยังไม่ควรด่วนรีบเพิกถอนหรือดำเนินการขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทันที แต่ควรพิจารณาถึงหนทางเยียวยาความบกพร่องตามวิสัยที่พอจะทำได้เสียก่อน แต่ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจประการหนึ่ง นั่นคือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้นำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มา “เทียบเคียง” ใช้บังคับกับกระบวนการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินและเสนอความเห็นไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อให้ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการสั่งการได้ ทั้งที่มีใช้การ “ให้ความเห็น” ของเจ้าหน้าที่อื่นตามตัวบทของมาตราดังกล่าว

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง (*argumentum a simile*) คือการนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย (*praeter verba legis*) เช่น กรณีที่ไม่สามารถปรับใช้กฎหมายได้โดยตรงเนื่องจากไม่มีบัญญัติกฎหมายไว้รองรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงจะต้องคำนึงถึงโครงสร้างและระบบกฎหมาย ประวัติความเป็นมา ตลอดจนวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะนำมาใช้เทียบเคียงประกอบด้วย¹¹ โดยที่มาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มีลักษณะเป็น

¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง : หลักทั่วไปและการปรับใช้ในกฎหมายปกครอง,” *รวมบทความวิชาการในโอกาสอายุ 60 ปี วิษณุ วรรณุญ* (2560) : 175-202.

ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายจึงควรตีความโดยเคร่งครัดไม่ใช่ตีความโดยขยายความ (*singularia non sunt extendenda*) ผู้เขียนจึงเห็นว่าการนำมาตราดังกล่าวมาเทียบเคียงใช้บังคับกับกรณีตามข้อหาหรือของกรณีที่ดินน่าจะไม่ใช่สอดคล้องกับโครงสร้างของบทบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นเช่นนั้นน่าจะเป็นเพราะได้คำนึงถึงผลกระทบและความเสียหายที่อาจเกิดกับเจ้าของกรรมสิทธิ์และบุคคลภายนอกซึ่งได้ใช้ประโยชน์จากที่ดิน ประกอบกับเห็นว่ากระบวนการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดิน ตลอดจนการเสนอความเห็นไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดนั้นมีเจตนารมณ์เพื่อให้ผู้มีหน้าที่ดูแลพื้นที่เขตอุทยานแห่งชาติช่วยกันตรวจสอบตามกฎหมายของตนว่าอาณาเขตของที่ดินที่มีผู้ยื่นคำขอออกโฉนดอยู่ในแนวเขตที่หน่วยงานของตนดูแลหรือไม่เพียงใด เพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการของผู้ว่าราชการจังหวัด ดังนั้น จึงอาจมองได้ว่ากระบวนการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการ “สั่งการ” ของผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งพอที่จะเทียบเคียงได้กับการ “ให้ความเห็นชอบ” ของเจ้าหน้าที่อื่นตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นอกจากนี้ แม้ว่าจะไม่นำบทบัญญัตินี้มาใช้เทียบเคียงได้ก็ตาม แต่กรณีที่ดินก็ยังคงมีดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะดำเนินการเพิกถอนโฉนดที่ดินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่ก็ได้ เพราะการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

กล่าวโดยสรุป โดยรวมแล้วผู้เขียนเห็นพ้องกับความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรี 1018/2561 แต่มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่ามาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้นั้น เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงควรกระทำด้วยความเคร่งครัด ไม่ควรตีความโดยการขยายความมากเกินไปเพราะอาจเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหลีกเลี่ยงไม่กระทำตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม หากภาครัฐเห็นว่าควรที่จะเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด ก็ควรดำเนินการในระดับนโยบายเพื่อผลักดันให้มีการปรับปรุงแก้ไขข้อความในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นต่อไป