

อำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์



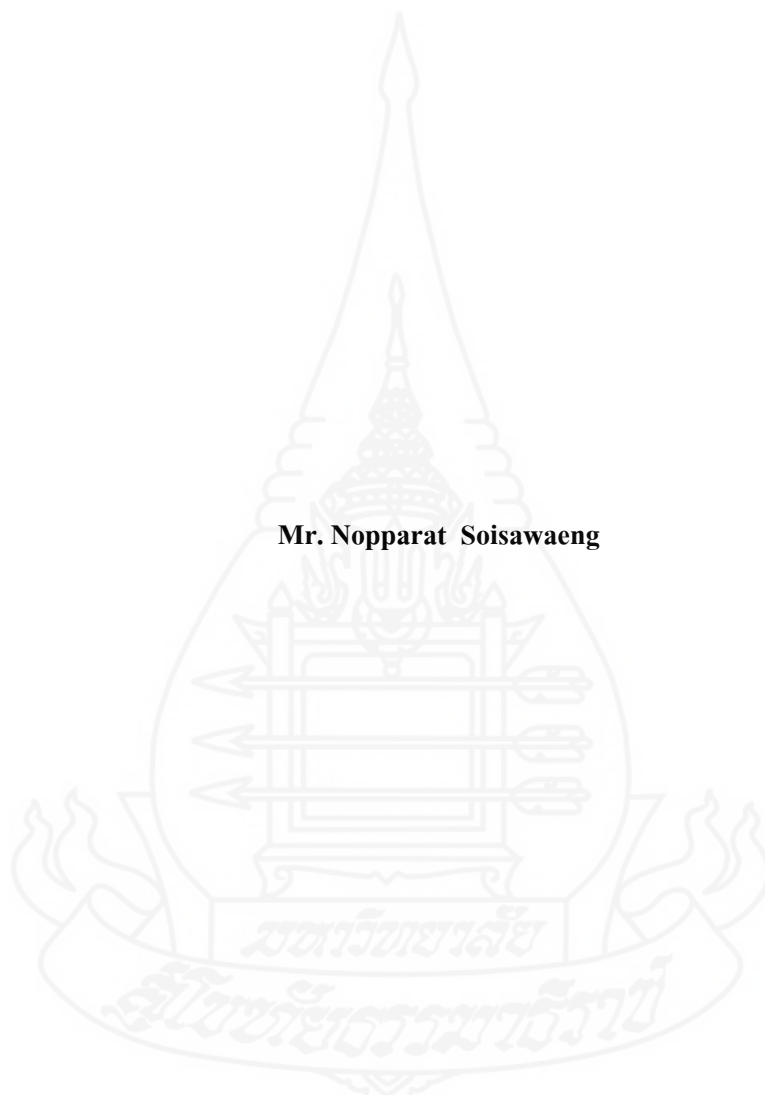
นายนพรัตน์ สร้อยแสง

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

พ.ศ. 2560

Discretionary Power of Registrar of Cooperatives

Mr. Nopparat Soisawaeng



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for

the Degree of Master of Laws in Public Law

School of Law

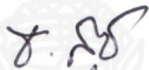
Sukhothai Thammathirat Open University

2017

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ อำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์
ชื่อและนามสกุล นายนพรัตน์ ศรีอยแสวง
วิชาเอก กฎหมายมหาชน
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา
อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช

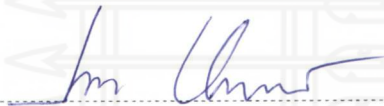
การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2561

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช)



กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ถาวรวัลย์ หอนพรัตน์)



(รองศาสตราจารย์ ดร.ภาณุมาศ ขัดเงางาม)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษา คั่นคว้ออิสระ อำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์

ผู้ศึกษา นายนพรัตน์ ศรีอัยแสง รหัสนักศึกษา 2594002673 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.รัชชัช สุวรรณพานิช ปีการศึกษา 2560

บทคัดย่อ

การศึกษาคั่นคว้ออิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจที่ขอบด้วยกฎหมาย และปัญหาการใช้อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ตามมาตรา 21 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 และแนวทางการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 21 และมาตรา 22

การศึกษาคั่นคว้ออิสระนี้เป็นการวิจัยทางกฎหมายโดยการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการวิจัยจากตัวบทกฎหมาย ตำรา บทความทางวิชาการ คำวินิจฉัยของศาล และเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง

ผลการศึกษาพบว่า อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 เป็นอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์. และพบว่ามีปัญหาทางปฏิบัติและการตีความข้อกฎหมายในการใช้อำนาจและการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรานี้ยังขาดความเป็นธรรมแก่กรณีเฉพาะเรื่อง. ส่วนอำนาจตามมาตรา 22 ในการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง ให้ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่อง ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว หรือให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์พ้นจากตำแหน่งทั้งหมด เป็นอำนาจดุลพินิจโดยแท้ของนายทะเบียนสหกรณ์. และพบว่ามีปัญหาในการเลือกใช้มาตรการและการกำหนดเนื้อความในการออกคำสั่ง เป็นเหตุให้คำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ขัดกับหลักความเสมอภาค และไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้. ข้อเสนอแนะต่อปัญหาดังกล่าว คือ ให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 21 เพื่อให้ชัดเจน โดยกำหนดให้เป็นอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ และให้นายทะเบียนสหกรณ์ผู้เดียวมีอำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ และให้สิทธิสมาชิกในฐานะเป็นเจ้าของสหกรณ์สามารถร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้ด้วย. ส่วนมาตรา 22 ให้กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์. ในการกำหนดเนื้อความและวิธีการที่ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องให้คำนึงถึงความคุ้มค่า ไม่เป็นการสร้างภาระเกินสมควร และวิธีการดังกล่าวสามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ และไม่กระทบต่อหลักความเป็นอิสระของสหกรณ์.

คำสำคัญ ดุลพินิจ นายทะเบียนสหกรณ์

Independent Study title: Discretionary Power of Registrar of Cooperatives
Author: Mr. Nopparat Soisawaeng; **ID:** 2594002673; **Degree:** Master of Laws;
Independent Study advisor: Dr.Thawatchai Suwanpanit, Professor;
Academic year: 2017

Abstract

The purpose of this independent study is to study regulations on mandatory power and discretionary power, regulations on lawful exercise of discretion and problems with exercising power by the registrar of cooperatives, pursuant to Sections 21 and 22 of the Cooperatives Act, B.E. 2542 (1999). This thesis also proposes recommendations to amend Sections 21 and 22 of the Act.

This independent study is the qualitative research. Data was collected from legal provisions, legal textbooks, legal articles, court decisions and other related documents.

The results of this study indicated that the registrar of cooperatives had the power to file a complaint or a lawsuit on behalf of the cooperatives, according to Section 21 of the Cooperatives Act, B.E. 2542 (1999) as the discretionary power. Moreover, it was found that there were problems in practice and an unjust legal interpretation, in certain specific cases, on the exercise of power and enforcement of this legal provision. On the other hand, by virtue of Section 22 of the same Act, the registrar of cooperatives has power to order the board of directors to rectify any defects, temporarily suspend the performance of duties, or remove the board of directors, as the genuine discretion of the registrar. In addition, there were problems when the registrar selected measures and methods of issuing an order against the principle of equality, and the objective of prescribed laws. Therefore to be clearer, the author recommends that Section 21 of the Cooperatives Act, B.E. 2542 (1999) should be amended by providing discretionary power to the registrar of cooperatives; stating that solely the registrar have power to file a complaint or a lawsuit on behalf of the cooperatives; and stating that the members as the owner of cooperatives should be entitled to file the complaint or lawsuit on behalf of the cooperatives. Furthermore, Section 22 of the same Act should also be amended to specify the scope of the registrar's discretion in prescribing methods and the time frame for the board of directors to rectify the defects regarding interests, not excessively burdening the cooperatives. The prescribed methods for the board of directors to rectify the defects should be practical and do not affect autonomy of the cooperatives.

Keywords: Discretion, Registrar of cooperatives

กิตติกรรมประกาศ

รายงานการศึกษาส่วนบุคคลเล่มนี้สำเร็จได้ด้วยคำแนะนำและการให้แนวทางของศาสตราจารย์ ดร.วัชชัย สุวรรณพานิช อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ถาวรวัลย์ หอนพรัตน์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ธวัชพร กังสังข์ ซึ่งท่านได้กรุณาให้คำปรึกษาแนะนำ ในการจัดทำรายงานการศึกษาส่วนบุคคลเล่มนี้มาโดยตลอด จนทำให้ผู้เขียนสามารถปรับปรุงรายงานการศึกษาส่วนบุคคลเล่มนี้ทั้งในส่วนของเค้าโครงและเนื้อหาจนทำให้สามารถเรียบเรียงรายงานการศึกษาส่วนบุคคลเล่มนี้ได้จนเป็นผลสำเร็จ และได้ประจักษ์ว่าการที่ได้มีโอกาสศึกษาหลักการและสาระสำคัญของอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจนี้ มีประโยชน์ต่อการปฏิบัติงานของผู้เขียนเป็นอย่างมาก จึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทั้งสามท่านเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้ด้วย

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ ดร.นพรัตน์ อุดมโชคมงคล เพื่อนร่วมงานผู้เป็นกัลยาณมิตร ที่ได้ให้ความอนุเคราะห์แนะนำเอกสารทางวิชาการต่างๆ ซึ่งได้นำมาใช้ในการศึกษาค้นคว้า วิเคราะห์ ในการจัดทำรายงานการศึกษาส่วนบุคคลเล่มนี้ และขอขอบคุณท่านอาจารย์และเจ้าของผลงานทางวิชาการทุกท่าน ที่ผู้เขียนได้ใช้ในการศึกษาและอ้างอิง รวมทั้งต้องขอขอบคุณ คุณรพีพงษ์ นิธิโสภณ และคุณเกศิณี มีใส ที่ช่วยเป็นธุระในการรวบรวม จัดถ่ายเอกสาร ตำราทางวิชาการต่างๆ และช่วยจัดเรียงเอกสารให้สมบูรณ์ ตลอดจนบุคคลในครอบครัวของผู้เขียนที่คอยช่วยเหลือและให้กำลังใจตลอดมา และหากรายงานการศึกษาส่วนบุคคลเล่มนี้มีข้อบกพร่องประการใดแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นพรัตน์ สร้อยแสง

มิถุนายน 2561

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย	3
3. สมมุติฐานของการวิจัย	3
4. ขอบเขตการวิจัย	4
5. วิธีดำเนินการวิจัย	4
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	4
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายสหกรณ์	5
1. ความหมาย คุณค่า อุดมการณ์ และหลักการของสหกรณ์	6
2. ประเภทของสหกรณ์	7
3. หลักการสหกรณ์ที่เป็นสากล	10
4. ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับสหกรณ์	11
5. ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหกรณ์	14
5.1 โครงสร้างของกฎหมายสหกรณ์	14
5.2 องค์กรที่มีบทบาทในการควบคุมกำกับดูแลส่งเสริมและสนับสนุนสหกรณ์	16
5.3 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์	19
5.4 การเลิกสหกรณ์	24
5.5 บทกำหนดโทษ	25
บทที่ 3 อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	26
1. โครงสร้างกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง	26
2. ความหมายและที่มาของอำนาจดุลพินิจ	30
2.1 อำนาจผูกพัน (Mandatory Power)	30
2.2 อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)	31

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3. ที่มาของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	44
3.1 ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ	44
3.2 ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย	45
4. ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	48
4.1 พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจ	48
4.2 พิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล	51
5. หลักเกณฑ์ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	55
5.1 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง	56
5.2 การควบคุมตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ	58
6. การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมายที่ศาลสามารถเข้าไปควบคุมได้	64
6.1 กรณีที่ศาลใช้อำนาจตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	64
6.2 กรณีที่ศาลไม่เข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	67
บทที่ 4 อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ตามพระราชบัญญัติสหกรณ์	70
1. นายทะเบียนสหกรณ์	70
2. อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์	76
2.1 อำนาจหน้าที่หลักของนายทะเบียนสหกรณ์	76
2.2 อำนาจหน้าที่อื่นของนายทะเบียนสหกรณ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542	77
3. อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์	82
3.1 ถ้อยคำว่า “การกระทำของกรรมการ ผู้จัดการหรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย” เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำอันเป็นการให้อำนาจดุลพินิจหรือไม่	82
3.2 การร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์เป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ	85
4. อำนาจสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องระงับการปฏิบัติหน้าที่ ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว หรือให้พ้นจากตำแหน่ง	86

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.1 ถ้อยคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” เป็นถ้อยคำประเภทที่กฎหมายให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจ ดุลพินิจวินิจฉัยหรือไม่	88
4.2 ถ้อยคำว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการ หรือฐานะการเงิน” เป็นถ้อยคำประเภทที่กฎหมายให้เป็นอำนาจ ดุลพินิจวินิจฉัยหรือไม่	89
4.3 อำนาจสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง ระงับการปฏิบัติหน้าที่ ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว หรือให้พ้นจากตำแหน่ง เป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ	90
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาการใช้อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์	95
1. การใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์	96
1.1 ปัญหาในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์	96
1.2 นายทะเบียนสหกรณ์จะใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ เพียงอย่างเดียวได้หรือไม่	103
1.3 กรณีที่เป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา นายทะเบียนสหกรณ์จะใช้อำนาจ ร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดีอาญาเพียงอย่างเดียวได้หรือไม่	103
2. การสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง สั่งระงับการปฏิบัติหน้าที่ สั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว หรือการสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง	105
2.1 ปัญหาคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก”	107
2.2 ปัญหาคำว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงินการบัญชี”	109
2.3 ปัญหาคำว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะทางการเงิน”	111
2.4 นายทะเบียนสหกรณ์ควรเลือกใช้มาตรการในการออกคำสั่งอย่างไร	115
2.5 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการสั่งให้คณะกรรมการ ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่อง	127
2.6 ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ หรือการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่อง	129

ญ

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	132
1. บทสรุป	132
2. ข้อเสนอแนะ	140
บรรณานุกรม	144
ประวัติผู้ศึกษา	147



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ตั้งแต่ได้มีการทดลองนำเอาระบบสหกรณ์เข้ามาใช้ เพื่อแก้ปัญหาสภาพทางเศรษฐกิจ และสังคมของชาวนาในประเทศไทยเมื่อปี พ.ศ.2459 โดยการจัดตั้งสหกรณ์ในรูปแบบของสหกรณ์ หาดุนขนาดเล็ก (แบบไร้ไฟฟ้า) โดยมีการตรา “พระราชบัญญัติสมาคมเพิ่มเติม พุทธศักราช 2459” ขึ้นมาถือใช้ในการจดทะเบียนสหกรณ์และมีกรรมพาณิชย์และสถิติพยากรณ์ สังกัดกระทรวงพระคลังมหาสมบัติ เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่เข้าไปตรวจตราควบคุมสหกรณ์ในระยะเริ่มแรก ซึ่งหลังจากที่มีการทดลองจัดตั้งสหกรณ์ได้ผลพอสมควรแล้ว จึงได้มีการขยายขอบข่ายการสหกรณ์ไปถึงประชาชนผู้มีอาชีพอื่นนอกจากผู้มีอาชีพทางการเกษตรด้วย รัฐบาลจึงจัดให้มีการตราพระราชบัญญัติสหกรณ์ พุทธศักราช 2471 ขึ้นถือใช้เพื่อให้การส่งเสริมและควบคุมสหกรณ์ครอบคลุมกับสหกรณ์ทุกประเภท ต่อมาในปี พ.ศ.2502 กระทรวงสหกรณ์ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ส่งเสริมควบคุมสหกรณ์ในขณะนั้น ได้พิจารณาเห็นว่าพระราชบัญญัติสหกรณ์ พุทธศักราช 2471 ใช้บังคับมารวมเป็นเวลานานไม่น้อยกว่า 30 ปีแล้ว สมควรจะมีการปรับปรุงให้เหมาะสมแก่กาลสมัย เนื่องจากเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปมากแล้ว จึงแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อปรับปรุงกฎหมายสหกรณ์ดังกล่าว แต่ในปี พ.ศ.2506 ได้มีการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม โดยยุบกระทรวงสหกรณ์และโอนงานทั้งหมดไปเป็นของกระทรวงพัฒนาการแห่งชาติ ที่ตั้งขึ้นใหม่ การปรับปรุงกฎหมายสหกรณ์ จึงชะงักไประยะหนึ่ง จนกระทั่งปี พ.ศ.2508 กระทรวงพัฒนาการแห่งชาติจึงแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นพิจารณาปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติสหกรณ์ พุทธศักราช 2471 และได้มีการตราพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2511 ขึ้นถือใช้บังคับ ต่อมาเมื่อกฎหมายใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ทำให้มีบทบัญญัติหลายประการไม่เอื้ออำนวยต่อการพัฒนาการสหกรณ์ให้ทันต่อสภาพการแข่งขันกับระบบธุรกิจ ในปัจจุบัน จึงได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ทั้งฉบับ โดยมีการจัดระบบสหกรณ์ให้มีสหกรณ์ชนิดเดียวคือสหกรณ์จำกัด โดยสมาชิกมีความรับผิดชอบจำกัดเท่าจำนวนหุ้นที่ถือ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ขึ้น โดยอาศัยพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2511 เป็นแนวทาง กล่าวคือ บทบัญญัติในส่วนที่ไม่จำเป็นแล้วให้ตัดออกไป เช่นตัดบทบัญญัติที่ว่าด้วยสหกรณ์ไม่จำกัด ออกทั้งหมด บทบัญญัติที่ยังใช้ได้คืออยู่ยังนำมาบัญญัติไว้เหมือนเดิมไม่แก้ไข เช่น เรื่องหลักเกณฑ์

การจดทะเบียนสหกรณ์ รายการที่ต้องมีในข้อบังคับ การดำเนินงานของสหกรณ์ที่ว่าด้วยวงเงินกู้ยืม การรับเงินอุดหนุน การประชุมใหญ่ การตรวจการสหกรณ์ การจัดทำทะเบียนหุ้นและสมาชิก การจัดทำงบดุล การอนุมัติและการจัดทำรายงานกิจการประจำปี การควมสหกรณ์และการชำระบัญชี ส่วนที่บัญญัติขึ้นใหม่คือบทบัญญัติที่ว่าด้วยคณะกรรมการพัฒนาการสหกรณ์แห่งชาติ กองทุนพัฒนาสหกรณ์ การให้สหกรณ์ดำรงสินทรัพย์สภาพคล่อง สมาชิกสมทบ การจำกัดจำนวนและวาระกรรมการ การแยกสหกรณ์ และที่แก้ไขจากบทบัญญัติเดิม เช่นคำบำรุงสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย ทุนสำรอง การอุทธรณ์คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ กรรมการสันนิบาตสหกรณ์ และเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ของสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย นอกจากนี้พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ยังให้อำนาจรัฐมนตรี นายทะเบียนสหกรณ์ ออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร เพื่อประโยชน์ในการควบคุมและส่งเสริมการสหกรณ์ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ และคำสั่งต่างๆ ได้ด้วย

เมื่อมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายสหกรณ์ตามลำดับมาจนถึงปัจจุบันเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและควบคุมสหกรณ์ และโดยที่มีการกำหนดสหกรณ์ออกเป็นประเภทต่างๆ ตามลักษณะของกลุ่มอาชีพและวัตถุประสงค์ของประชาชนที่มาร่วมตัวกันจัดตั้งสหกรณ์ การพัฒนาการของกฎหมายสหกรณ์จึงมีความสลับซับซ้อนมากขึ้นกว่าเดิม และมีความจำเป็นต้องควบคุมสหกรณ์แต่ละประเภทให้เข้มข้นขึ้นตามสภาพของข้อเท็จจริง แต่ก็มีข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่มีลักษณะแตกต่างกันออกไปตามสภาพของเรื่อง ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติไม่อยู่ในวิสัยที่จะตรากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงทุกกรณี โดยใช้ข้อความที่ชัดเจนแน่นอนได้ และไม่อยู่ในวิสัยที่จะตรากฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณีที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ฝ่ายปกครองผู้ให้อำนาจในการควบคุมสหกรณ์ซึ่งในที่นี้จะกล่าวเฉพาะนายทะเบียนสหกรณ์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย จึงควรทำความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ตามที่บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ โดยต้องสามารถจำแนกได้ว่า บทบัญญัติมาตราใดเป็นอำนาจผูกพันและบทบัญญัติมาตราใดเป็นอำนาจดุลพินิจ และหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจดุลพินิจในการควบคุมกำกับดูแลสหกรณ์ ซึ่งจากการศึกษาในเบื้องต้นพบว่า นายทะเบียนสหกรณ์ รองนายทะเบียนสหกรณ์และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่นายทะเบียนสหกรณ์มอบหมายยังขาดความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจเท่าที่ควร รวมถึงอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 และหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจดุลพินิจ การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาหลักเกณฑ์ของอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ

รวมถึงอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ในการควบคุมกำกับดูแลสหกรณ์ตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 โดยจะทำการศึกษาด้อย่างกรณีการใช้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ การสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง สั่งให้ระงับการปฏิบัติหน้าที่ สั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว และการสั่งให้กรรมการสหกรณ์พ้นจากตำแหน่ง ตามมาตรา 21 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ซึ่งน่าที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องและผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ตามสมควร

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจและหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย

2.2 เพื่อศึกษาถึงความหมายของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส เยอรมัน และในกฎหมายปกครองไทย

2.3 เพื่อศึกษาถึงอำนาจและปัญหาการใช้อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ ตามมาตรา 21 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 และแนวทางการแก้ไขกฎหมาย

3. สมมุติฐานของการวิจัย

สมมุติฐานของการศึกษาค้นคว้าดังกล่าว เนื่องจากมีปัญหาในการใช้อำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ในการควบคุมกำกับดูแลสหกรณ์ โดยมีความไม่ชัดเจนว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์หรือไม่ บางกรณีมีการใช้ดุลพินิจและมาตรการในการออกคำสั่งที่แตกต่างกัน ทั้งที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นมีข้อเท็จจริงทำนองเดียวกัน ซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกัน และมีการใช้มาตรการในการออกคำสั่งที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ จึงเกิดสมมุติฐานขึ้นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งให้อำนาจนั้นอาจบัญญัติถ้อยคำในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือผลของกฎหมายไว้ด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนหรือไม่เจาะจง ซึ่งหากปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวให้เหมาะสม และกำหนดขอบเขตของการใช้ดุลพินิจไว้รวมถึงจัดให้มีแนวทางการใช้ดุลพินิจแล้ว ก็น่าจะทำให้การใช้อำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์

ในการออกคำสั่งทางปกครองสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ และเป็นการใช้ดุลพินิจที่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ของการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย

4. ขอบเขตการวิจัย

ศึกษาถึงอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ และกรณีตัวอย่างของการใช้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์และการใช้อำนาจกำกับดูแลสหกรณ์ โดยการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง ระวังการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว และการให้กรรมการสหกรณ์พ้นจากตำแหน่ง ตามมาตรา 21 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542

5. วิธีดำเนินการวิจัย

ศึกษาวิจัยจากเอกสาร ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ศึกษาจากทฤษฎี ตำรา งานเขียน และ บทความทางวิชาการ และกรณีตัวอย่างการใช้อำนาจกำกับดูแลสหกรณ์ของนายทะเบียนสหกรณ์ รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ โดยจะนำมารวบรวม และวิเคราะห์ให้เป็นระบบเพื่อหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะ ระยะเวลาและขั้นตอนการดำเนินงาน ใช้เวลาประมาณ 1 ปี โดยเริ่มจากการศึกษา แนวคิดทฤษฎีทั้งของไทยและต่างประเทศ บทบัญญัติ และเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ตลอดจนตัวอย่างการใช้อำนาจกำกับดูแลของนายทะเบียนสหกรณ์ คำวินิจฉัยของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ และแนวคำวินิจฉัยของศาล

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 เพื่อให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ของอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ และอำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ตามมาตรา 21 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542

6.2 เพื่อให้ทราบถึงหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย

6.3 เพื่อให้ทราบถึงมาตรการที่เหมาะสมในการใช้ดุลพินิจกำกับดูแลสหกรณ์ตามกฎหมาย

6.4 เพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมายสหกรณ์ให้เหมาะสมต่อการใช้งาน

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายสหกรณ์

มูลเหตุกำเนิดของขบวนการสหกรณ์ในประเทศไทยมาจากปัญหาของชาวนา ในปลายสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทำให้กระทรวงพระคลังมหาสมบัติเกิดความคิดที่จะนำเอาระบบสหกรณ์เข้ามาใช้ เพื่อแก้ปัญหาด้านสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมของชาวนาในสมัยนั้นให้มีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น ซึ่งจะต้องจดทะเบียนเป็นสมาคมสหกรณ์ แต่มีข้อขัดข้องคือพระราชบัญญัติสมาคม พุทธศักราช 2457 บัญญัติให้สมาคมทุกสมาคมจดทะเบียน ณ ที่ทำการจดทะเบียนในแขวงเมือง ซึ่งจะประกาศตั้งขึ้นตามกฎหมายข้อบังคับของเสนาบดีเจ้ากระทรวงผู้ปกครองท้องถิ่น แต่ในเวลานั้นกระทรวงมหาดไทยซึ่งรับผิดชอบหัวเมืองยังไม่ได้ออกกฎข้อบังคับดังกล่าว ประกอบกับข้อบังคับของสมาคมปกติย่อมจะต้องกำหนดให้การสมาคมอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานสังกัดกระทรวงมหาดไทย ซึ่งไม่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการสหกรณ์ ทั้งยังขัดข้องต่อการที่กรมพาณิชย์และสถิติพยากรณ์ จะเข้าไปตรวจตราควบคุมสหกรณ์ตามอำนาจหน้าที่ด้วย จึงได้มีการตรา “พระราชบัญญัติสมาคมเพิ่มเติม พุทธศักราช 2459” เพื่อใช้ในการจดทะเบียนสหกรณ์ ต่อมาเมื่อการทดลองจัดตั้งสหกรณ์ได้ผลดีพอสมควรแล้ว แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติสมาคมเพิ่มเติม พ.ศ.2459 มุ่งหมายใช้สำหรับการสหกรณ์ในระยะทดลอง จึงยังไม่มียกเว้นเพียงพอที่จะขยายขบวนการสหกรณ์ให้กว้างขวางและก้าวหน้าต่อไปได้ เมื่อการสหกรณ์ในระยะทดลองได้ผลดีพอสมควร รัฐบาลจึงยกเลิกพระราชบัญญัติสมาคมเพิ่มเติม พ.ศ.2459 และตราพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2471 ขึ้นบังคับใช้ โดยขยายขบวนการสหกรณ์ไปถึงประชาชนผู้มีอาชีพอื่นนอกจากผู้มีอาชีพทางการเกษตรด้วย ซึ่งต่อมาก็ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์เรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบัน เพื่อใช้ในการควบคุมและส่งเสริมการสหกรณ์ในประเทศไทย

1. ความหมาย คุณค่า อุดมการณ์ และหลักการของสหกรณ์

สหกรณ์ คือ กลุ่มบุคคล หรือองค์การที่เกิดจากการรวมตัวกันของผู้มีอาชีพเดียวกัน และอาศัยอยู่ในท้องที่ใกล้เคียงกันเพื่อแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนในการประกอบอาชีพโดยยึด การช่วยเหลือตนเองและการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ตามหลักการ และวิธีการสหกรณ์ รวมถึง ต้องจดทะเบียน ตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ เพื่อร่วมกันดำเนินธุรกิจ เนื่องจากสหกรณ์เป็นของสมาชิก บริหารงาน โดยสมาชิก เพื่อผลประโยชน์ของสมาชิก ในการสร้างสรรค์และปรับปรุงการประกอบสัมมาชีพ และความเป็นอยู่ให้ดีขึ้น ซึ่งจะส่งผลให้ประเทศชาติมีการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และประชาธิปไตย¹

ลักษณะมูลฐานของสหกรณ์ ประกอบด้วย

- 1) เป็นกลุ่มบุคคลที่มีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างเดียวกันอย่างน้อย หนึ่งอย่าง
- 2) ทำความตกลงดำเนินกิจการร่วมกันในทางเศรษฐกิจ ด้วยเจตนารมณ์ที่จะช่วยเหลือตนเอง และช่วยเหลือซึ่งกันและกัน
- 3) ร่วมกันตั้งวิสาหกิจ (Enterprise) โดยการลงทุนและจัดการร่วมกัน
- 4) วัตถุประสงค์ของการตั้งวิสาหกิจนี้เพื่อส่งเสริมผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสมาชิก และครอบครัว

สหกรณ์ (Cooperatives) คือ องค์การของบรรดาบุคคล ซึ่งรวมกลุ่มกันโดยสมัครใจ ในการดำเนินวิสาหกิจที่พวกเขาเป็นเจ้าของร่วมกัน และควบคุมตามหลักประชาธิปไตย เพื่อสนอง ความต้องการ (อันจำเป็น) และความหวังร่วมกันทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม²

คุณค่าของสหกรณ์ (Cooperative Values) คือสหกรณ์อยู่บนพื้นฐานแห่งคุณค่า ของการช่วยเหลือตนเอง ความรับผิดชอบต่อตนเอง ความเป็นประชาธิปไตย ความเสมอภาค ความเที่ยงธรรม และความเป็นเอกภาพ สมาชิกสหกรณ์ เชื่อมมั่นในคุณค่าทางจริยธรรมแห่งความสุจริต ความเปิดเผย ความรับผิดชอบต่อสังคม และความเอื้ออาทรต่อผู้อื่น โดยสืบทอดประเพณีปฏิบัติของผู้ริเริ่ม การสหกรณ์

¹ กรมส่งเสริมสหกรณ์, การสหกรณ์ในประเทศไทย, กรุงเทพมหานคร: ชุมชนสหกรณ์การเกษตร แห่งประเทศไทย, 2556, หน้า 7

² “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 23

อุดมการณ์ของสหกรณ์ (Cooperative Ideology) คือ ความเชื่อร่วมกันที่ว่า การช่วย³ตนเองและการช่วยเหลือซึ่งกันและกันตามหลักการสหกรณ์ จะนำไปสู่การกินดีอยู่ดี มีความเป็นธรรม และสันติสุขในสังคม⁴

หลักการสหกรณ์ (Cooperative Principles) คือ แนวทางที่สหกรณ์ยึดถือปฏิบัติเพื่อให้คุณค่าของสหกรณ์เกิดผลเป็นรูปธรรมซึ่งประกอบด้วยหลักการที่สำคัญรวม 7 ประการ⁵

การกำหนดนิยามของความหมายและประเภทของสหกรณ์ตามกฎหมายสหกรณ์ หมายความว่า คณะบุคคลซึ่งร่วมกันดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคม โดยช่วยตนเองและช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้⁶

ดังนั้นจากบทบัญญัตินี้การเป็นสหกรณ์ต้องประกอบด้วยลักษณะ 4 ประการ คือ

- 1) เป็นองค์การธุรกิจ
- 2) เกิดจากการรวมทุนและรวมกำลังของกลุ่มบุคคลจำนวนหนึ่ง
- 3) มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกิจที่แน่นอน
- 4) มีการจดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายสหกรณ์

2. ประเภทของสหกรณ์

สำหรับประเภทของสหกรณ์ที่จะรับจดทะเบียนได้ตามกฎหมายเป็นไปตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 33 วรรคสาม ซึ่งกำหนดไว้ 7 ประเภท⁷ โดยแต่ละประเภทมีลักษณะเฉพาะดังต่อไปนี้

ประเภทที่ 1 สหกรณ์การเกษตร คือ สหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นในหมู่ผู้มีอาชีพทางการเกษตรรวมตัวกันจัดตั้งขึ้น และจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่อนายทะเบียนสหกรณ์ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สมาชิกดำเนินกิจกรรมร่วมกันและช่วยเหลือซึ่งกันและกัน เพื่อแก้ไขความเดือดร้อนในการประกอบอาชีพของสมาชิก และช่วยยกระดับฐานะความเป็นอยู่ของสมาชิกให้ดีขึ้น⁸

³ “เรื่องเดียวกัน”

⁴ “เรื่องเดียวกัน”

⁵ “เรื่องเดียวกัน”

⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 4

⁷ กฎกระทรวงกำหนดประเภทของสหกรณ์ พ.ศ.2548

⁸ <http://webhost.cpd.go.th/rlo/agriculture.html>

ประเภทที่ 2 สหกรณ์ประมง คือ สหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นในหมู่ชาวประมงเพื่อแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในการประกอบอาชีพ ซึ่งชาวประมงแต่ละคน ไม่สามารถแก้ไขให้ลุล่วงไปได้ตามลำพังบุคคลเหล่านี้จึงรวมตัวกัน โดยยึดหลักการช่วยตนเองและช่วยเหลือซึ่งกันและกัน⁹

ประเภทที่ 3 สหกรณ์นิคม ที่ดิน นับเป็นปัจจัยหลักที่สำคัญอย่างหนึ่งในการประกอบอาชีพทางการเกษตร มีเกษตรกรเป็นจำนวนมากที่ประสบปัญหาขาดแคลนที่ดินทำกิน หรือมีที่ดินทำกินน้อยไม่เพียงพอต่อการเพาะปลูก ต้องเช่าที่ดินจากนายทุนมาทำกิน โดยยอมเสียค่าเช่าราคาแพง และเมื่อรายได้จากการจำหน่ายผลิตผลน้อยไม่เพียงพอแก่การครองชีพ ทำให้เกษตรกรส่วนใหญ่มีภาระหนี้สินและมีฐานะยากจนเรื้อรังจนยากที่จะสร้างตัวเองให้มีฐานะมั่นคงได้ ดังนั้นจึงมีเกษตรกรจำนวนมากมิใช่ผู้น้อยใช้วิธีแก้ไขปัญหาโดยการบุกเบิกเข้าไปทำกินในที่สาธารณะประโยชน์และที่สงวนแห่งชาติ โดยผลการ ซึ่งนอกจากจะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายแล้ว ยังเป็นการทำลายป่าไม้และต้นน้ำลำธาร อันเป็นทรัพยากรที่มีค่าของชาตินับเป็นผลเสียต่อความอุดมสมบูรณ์ทางธรรมชาติ และก่อให้เกิดปัญหาฝนแล้งหรืออุทกภัย ซึ่งก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ส่วนรวมอย่างมากมาย ด้วยเหตุดังกล่าวนี้จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าไปช่วยเหลือราษฎรที่ประกอบอาชีพทางการเกษตรแต่ขาดแคลนที่ดินเหล่านั้น ให้ได้รับจัดสรรที่ดินทำกินในขนาดที่เหมาะสมเพื่อเป็นการส่งเสริมอาชีพเกษตรกรกรรม โดยสนับสนุนให้มีการจัดตั้งสหกรณ์เกี่ยวกับที่ดินขึ้น เพราะเห็นว่าสหกรณ์เป็นระบบเศรษฐกิจที่สมาชิกจะได้ร่วมมือกันแก้ไขปัญหาต่างๆ โดยการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน¹⁰

ประเภทที่ 4 สหกรณ์ร้านค้า คือ สหกรณ์ที่ผู้บริโภครวมกันจัดตั้งขึ้น เพื่อจัดหาสินค้าเครื่องอุปโภคบริโภคและรวบรวมผลิตผล ผลิตภัณฑ์มาจำหน่ายแก่สมาชิกและบุคคลทั่วไป ในต่างประเทศนิยมเรียกว่า “สหกรณ์ของแม่บ้าน” โดยจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ในประเภทสหกรณ์ร้านค้า มีสภาพเป็นนิติบุคคล ซึ่งสมาชิกผู้ถือหุ้นทุกคนเป็นเจ้าของสมาชิกลงทุนร่วมกันในสหกรณ์ด้วยความสมัครใจ เพื่อแก้ไขความเดือดร้อนในการซื้อเครื่องอุปโภคบริโภค และเพื่อผดุงฐานะทางเศรษฐกิจของตนและหมู่คณะ¹¹

⁹ <http://webhost.cpd.go.th/rlo/fishing.html>

¹⁰ <http://webhost.cpd.go.th/rlo/land.html>

¹¹ <http://webhost.cpd.go.th/rlo/customer.html>

ประเภทที่ 5 สหกรณ์บริการ คือ สหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 โดยมีประชาชนที่มีอาชีพอย่างเดียวกัน หรือหลากหลายอาชีพรวมกัน หรือที่ได้รับ ความเดือดร้อนในเรื่องเดียวกัน รวมตัวกันโดยยึดหลักการประหยัด การช่วยตนเองและช่วยเหลือ ซึ่งกันและกันเพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆ รวมทั้งการส่งเสริมอาชีพเพื่อให้เกิดความมั่นคง และรักษา อาชีพดั้งเดิมที่ดีให้คงอยู่ต่อไป¹²

ประเภทที่ 6 สหกรณ์ออมทรัพย์ คือ สถาบันการเงินแห่งหนึ่งที่มีสมาชิกเป็นบุคคล ที่มีอาชีพอย่างเดียวกันหรืออาศัยในที่ชุมชนเดียวกัน มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้สมาชิกรู้จัก การออมทรัพย์ และให้กู้ยืมเงินเมื่อเกิดความจำเป็น หรือเพื่อก่อให้เกิดผลประโยชน์กองงาย และได้รับการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542¹³

ประเภทที่ 7 สหกรณ์เครดิตยูเนียน คือ สหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นในหมู่ประชาชนทุกสาขาอาชีพ ซึ่งมีภูมิลำเนาหรือประกอบอาชีพหลักหรือมีวงสัมพันธ์อย่างหนึ่งอย่างใดอยู่ในเขตท้องที่ดำเนินงาน ของสหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้น และบุคคลเหล่านั้น มีความปรารถนาจะช่วยเหลือซึ่งกันและกัน โดยวิธีการ นำเงินของตนเองมาสะสมไว้เป็น กองทุน สมาชิกทุกๆ คนจะต้องสะสมเงินตามความสามารถ ของตนเองเป็นประจำและสม่ำเสมอตามที่สหกรณ์กำหนด กองทุนที่สมาชิกช่วยกันสะสมนี้ก็จะ มีเงินมากขึ้นสามารถจะให้สมาชิกที่มีความจำเป็นจะเดือดร้อนทางการเงินกู้ยืมไปบำบัดปัญหา และความเดือดร้อนเหล่านั้น พร้อมกับการชำระคืนเงินกู้ของสมาชิกแต่ละคน ก็จะสะสมเงินของตน ไปในคราวเดียวกันด้วย เงินกู้ก็จะค่อยๆ หมดไป ในขณะที่เงินสะสมก็มีมากขึ้น สหกรณ์เครดิตยูเนียน จึงเป็นสหกรณ์ที่มุ่งหวังในการให้สมาชิกช่วยตนเองและช่วยเหลือซึ่งกันและกัน บริหาร โดยสมาชิก และการทำกิจการทุกอย่าง เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับสมาชิก¹⁴

¹² <http://webhost.cpd.go.th/rlo/service.html>

¹³ <http://webhost.cpd.go.th/rlo/saving.html>

¹⁴ <http://webhost.cpd.go.th/rlo/creditunion.html>

3. หลักการสหกรณ์ที่เป็นสากล

หลักการสหกรณ์ คือ แนวทางที่สหกรณ์ยึดถือปฏิบัติเพื่อให้คุณค่าของสหกรณ์เกิดผลเป็นรูปธรรม ซึ่งประกอบด้วยหลักการที่สำคัญ 7 ประการ

หลักการสหกรณ์สากล (Cooperative Principles) 7 ประการ¹⁵

หลักการที่ 1 การเป็นสมาชิกโดยสมัครใจและเปิดกว้าง (Voluntary and Open Membership) สหกรณ์เป็นองค์กรแห่งความสมัครใจ เปิดรับบุคคลทั่วไปที่สามารถใช้บริการสหกรณ์ได้และเต็มใจจะรับผิดชอบในฐานะสมาชิก เข้าเป็นสมาชิกโดยปราศจากการกีดกันทางเพศ ฐานะทางสังคม เชื้อชาติ การเมือง หรือศาสนา

หลักการที่ 2 การควบคุมโดยสมาชิกตามหลักประชาธิปไตย (Democratic Member Control) สหกรณ์เป็นองค์กรประชาธิปไตยที่มีการควบคุมโดยสมาชิก ซึ่งมีส่วนร่วมอย่างแข็งขัน ในการกำหนดนโยบายและการตัดสินใจ บุรุษและสตรีที่ได้รับการเลือกตั้งจากที่ประชุมใหญ่ให้เป็นผู้แทนสมาชิก ต้องรับผิดชอบต่อสมาชิก ในสหกรณ์ชั้นปฐมสมาชิกมีสิทธิในการออกเสียงเท่าเทียมกัน (สมาชิกหนึ่งคนหนึ่งเสียง) สำหรับสหกรณ์ในระดับอื่นๆ ก็ดำเนินการตามแนวทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกัน

หลักการที่ 3 การมีส่วนร่วมทางเศรษฐกิจของสมาชิก (Member Economic Participation) สมาชิกมีส่วนร่วมในการลงทุน (ถือหุ้น) ในสหกรณ์ของตนเองอย่างเสมอภาคกัน และมีส่วนร่วมในการควบคุมการใช้เงินทุนของสหกรณ์ตามแนวทางประชาธิปไตย เงินของสหกรณ์อย่างน้อยๆ ส่วนหนึ่งต้องเป็นทรัพย์สินส่วนรวมของสหกรณ์ โดยปกติสมาชิกจะได้รับผลตอบแทน (ถ้ามี) ในอัตราที่จำกัดตามเงินลงทุน (หุ้น) ที่กำหนดเป็นเงื่อนไขของการเข้าเป็นสมาชิก สมาชิกสามารถจัดสรรเงินส่วนเกินของสหกรณ์เพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งหรือทุกอย่างตามข้อบังคับฉบับนี้ คือเพื่อการพัฒนาสหกรณ์โดยอาจกันไว้เป็นทุนสำรองซึ่งอย่างน้อยๆ จะต้องมีส่วนหนึ่งที่นำมาแบ่งปันกันไม่ได้เพื่อตอบแทนแก่สมาชิกตามสัดส่วนของปริมาณธุรกิจที่สมาชิกได้ทำกับสหกรณ์ เพื่อสนับสนุนกิจกรรมต่างๆ ที่มวลสมาชิกเห็นชอบ

หลักการที่ 4 การปกครองตนเองและความเป็นอิสระ (Autonomy and Independence) สหกรณ์เป็นองค์กรที่พึ่งพาตนเองและปกครองตนเอง โดยการควบคุมของมวลสมาชิก หากสหกรณ์จะต้องมีข้อตกลงผูกพันกับองค์กรอื่นใด ซึ่งรวมถึงหน่วยงานของรัฐบาลด้วย หรือจะต้องเพิ่มเงินลงทุน โดยอาศัยแหล่งเงินทุนจากภายนอกสหกรณ์ สหกรณ์จะต้องกระทำการดังกล่าวภายใต้เงื่อนไข

¹⁵ <http://webhost.cpd.go.th/rlo/principles.html>

ที่มั่นใจได้ว่ามวลสมาชิกจะยังคงชำระไว้ซึ่งอำนาจในการควบคุมสหกรณ์ตามแนวทางประชาธิปไตย และสหกรณ์ยังคงดำรงความเป็นอิสระ

หลักการที่ 5 การศึกษา ฝึกอบรม และสารสนเทศ (Education, Training and Information) สหกรณ์พึงให้การศึกษและการฝึกอบรมแก่สมาชิก ผู้แทนสมาชิกที่ได้รับการเลือกตั้ง ผู้จัดการ และเจ้าหน้าที่สหกรณ์ เพื่อให้บุคลากรเหล่านี้สามารถมีส่วนช่วยพัฒนาสหกรณ์ของตนเองได้อย่างมีประสิทธิภาพ และพึงให้ข่าวสารแก่สาธารณชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเยาวชนและบรรดาผู้นำทางความคิดในเรื่องคุณลักษณะและคุณประโยชน์ของสหกรณ์

หลักการที่ 6 การร่วมมือระหว่างสหกรณ์ (Cooperation among Cooperatives) สหกรณ์จะสามารถให้บริการแก่สมาชิกได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด และเสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่ขบวนการสหกรณ์ได้ โดยร่วมมือกันในระดับท้องถิ่น ระดับชาติ ระดับภูมิภาค และระดับนานาชาติ

หลักการที่ 7 การเอื้ออาทรต่อชุมชน (Concern for Community) สหกรณ์พึงดำเนินกิจการต่างๆ เพื่อการพัฒนาชุมชนให้มีความเจริญยั่งยืนตามนโยบาย ที่มวลสมาชิกเห็นชอบ

4. ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับสหกรณ์

นับตั้งแต่ได้มีการรับจดทะเบียนจัดตั้งสหกรณ์ รัฐได้ส่งเสริมและผลักดันให้มีการรวมกลุ่มของประชาชนในรูปสหกรณ์มากยิ่งขึ้น เนื่องจากรัฐให้การยอมรับบทบาทของสหกรณ์ในการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประชาชนในประเทศ เหตุผลประการสำคัญที่ทำให้งานสหกรณ์มีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมนั้น เนื่องจากลักษณะพิเศษของสหกรณ์ที่เป็นธุรกิจซึ่งสมาชิกต่างมีความเป็นเจ้าของอยู่ด้วย ซึ่งในสถานการณ์ของโลกในปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า บทบาทของรัฐในระบบเศรษฐกิจภายในนั้น เป็นไปในทิศทางที่มีบทบาทอย่างจำกัด กล่าวคือ รัฐมีหน้าที่เพียงแต่การใช้อำนาจเพื่อสร้างกลไกตลาดที่ถูกต้องกรอบของกฎหมายที่เหมาะสม และจะเป็นผู้ดำเนินการเองเฉพาะในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ที่ไม่อาจกระทำการในเรื่องนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น ความเข้าใจในบทบาทเช่นนี้เอง รัฐย่อมกระจายอำนาจทั้งในด้านการปกครอง การเมืองและระบบเศรษฐกิจ โดยลดการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงโดยรัฐให้มีอยู่น้อยที่สุด และสร้างความสมดุลในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจให้เกิดขึ้นในทุกภาคส่วน เป้าหมายดังกล่าวจะสำเร็จได้ ต้องมีสถาบันที่เข้มแข็งและพึ่งพาตัวเองได้รับผิดชอบการพัฒนาในภาคส่วนเหล่านั้นแทนรัฐ เหตุดังกล่าวนี้เองทำให้สหกรณ์ได้รับการส่งเสริม

ให้ทำหน้าที่ดังกล่าวมากขึ้น¹⁶ และโดยที่สหกรณ์เป็นองค์กรอิสระที่ช่วยเหลือพึ่งพาตนเอง ซึ่งควบคุมโดยสมาชิกของสหกรณ์นั้นตามวิถีทางประชาธิปไตย ภายใต้หลักการสหกรณ์สากล กล่าวคือ แนวทางที่สหกรณ์ยึดถือปฏิบัติเพื่อให้คุณค่าของสหกรณ์เกิดผลอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งประกอบด้วยหลักการที่สำคัญรวม 7 ประการ ดังนั้นการบริหารกิจการภายในของสหกรณ์ จึงควรกระทำได้โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงจากอิทธิพลภายนอก ทั้งจากภาครัฐและหน่วยงาน ทางเศรษฐกิจอื่น ซึ่งหมายความรวมถึงการช่วยเหลือจากรัฐในลักษณะการให้สิทธิพิเศษอื่นๆ อันจะทำให้สหกรณ์มีความสามารถในการแข่งขันที่ด้อยลงไป รัฐจึงไม่ควรแทรกแซงโดยการ ให้สิทธิพิเศษอื่นๆ เกินกว่าความจำเป็นซึ่งจะทำให้สหกรณ์เกิดการชะงักงันในการพัฒนา และการช่วยเหลือตนเอง รวมถึงเสียโอกาสในการที่จะเข้าแข่งขันกับองค์กรธุรกิจอื่น

ทั้งนี้ ในช่วงแรกของการจัดตั้งสหกรณ์ รัฐจะเข้ามามีบทบาทมากในการที่จะทำให้กิจการของสหกรณ์ดำรงอยู่ได้อย่างมั่นคง ทั้งการเข้าไปมีส่วนจัดการในกิจการของสหกรณ์ และการตรวจสอบ การดำเนินกิจการของสหกรณ์อย่างเคร่งครัด ทำให้สหกรณ์ไม่สามารถที่จะกำหนดบทบาท ในการดำเนินกิจการของตนเองได้อย่างเต็มที่ ในขณะที่เดียวกัน สหกรณ์มักได้รับผลประโยชน์ทางภาษี การเข้าถึงแหล่งเงินทุนที่ง่ายกว่าองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่นด้วย ทั้งนี้จากรายงานวิจัยของศูนย์วิจัย และให้คำปรึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เห็นว่า การดำเนินการของรัฐไม่ว่า ในทางเข้าไปแทรกแซงการดำเนินการของสหกรณ์อย่างเคร่งครัด หรือในทางการให้สิทธิประโยชน์ พิเศษแก่สหกรณ์ยิ่งกว่าองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่นนั้น เป็นการฝ่าฝืนหลักความเป็นอิสระและการช่วยเหลือ ตนเองของสหกรณ์ และย่อมเป็นอุปสรรคที่ทำให้สหกรณ์ไม่สามารถบรรลุเป้าหมายภายใต้หลักการ ของสหกรณ์ที่แท้จริงได้¹⁷

บทบาทหน้าที่ความสัมพันธ์ของรัฐต่อกิจการสหกรณ์นั้น รัฐย่อมมีหน้าที่ในการออกกฎหมาย ดำเนินการทางทะเบียน และการควบคุมรูปแบบทั่วไปของสหกรณ์ โดยในระบบเศรษฐกิจแบบตลาดนั้น รัฐจะต้องไม่กระทำการใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงทางเศรษฐกิจต่อสหกรณ์ การดำเนินการ ให้เป็นไปตามแนวทางดังกล่าว จะต้องมีความชัดเจน 3 ประการ คือ¹⁸ ประการแรก ความสัมพันธ์ ตามที่กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นความสัมพันธ์ในเชิงหลักการระหว่างรัฐและองค์กรทางเศรษฐกิจ ทั่วไป ไม่จำเพาะแต่สหกรณ์เท่านั้น รัฐจึงต้องปฏิบัติพิจารณาไม่ให้เกิดการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ

¹⁶ ศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษา, รายงานฉบับสุดท้าย โครงการศึกษาวิจัยเพื่อ ปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติ สหกรณ์ พ.ศ.2542, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร, 2542, หน้า 22

¹⁷ ศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษา, รายงานฉบับสุดท้าย, โครงการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติ สหกรณ์ พ.ศ.2542, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อกรมส่งเสริมสหกรณ์, 2542, หน้า 33

¹⁸ “เรื่องเดียวกัน”

ต่อสหกรณ์หรือสมาชิกไม่ว่าจะเป็นในทางให้เปรียบหรือในทางเสียเปรียบ ประการที่สอง หลังจากที่ได้มีการแทรกแซงในสหกรณ์ของรัฐมาเป็นเวลาหลายทศวรรษ มาสู่ช่วงเวลาปัจจุบันที่สภาพการดำรงชีพของผู้ค้อยโอกาสในหลายประเทศที่มีภาวะที่ตกต่ำลงอย่างมาก รัฐจึงไม่ควรที่จะถอนตัวจากบทบาทดังกล่าวในทันทีทันใด เช่นนี้แล้ว นโยบายทางกฎหมายต่อการดำเนินกิจการในรูปแบบของสหกรณ์ควรที่จะเป็นไปตามระยะเวลาที่ชัดเจน เพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการลดบทบาทการแทรกแซงของรัฐ และส่งเสริมให้สหกรณ์พัฒนาไปสู่การพึ่งพาตนเองได้อย่างมั่นคง ประการที่สาม ตลาดเศรษฐกิจในปัจจุบันมีโครงสร้างทางการเมืองและกฎหมายที่ซับซ้อนมากขึ้น การที่จะรักษาคุณภาพระหว่าง การแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยรัฐ กับหลักการค้าแบบเสรีนิยมซึ่งเป็นเครื่องทำลายระบบสหกรณ์นั้น จำเป็นจะต้องมีระบบกฎหมายที่ซับซ้อนเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว โดยกฎหมายควรเปิดโอกาสให้มีหน่วยธุรกิจของเอกชนในจำนวนที่มากขึ้น และให้โอกาสแก่หน่วยเหล่านั้นเข้าร่วมในกระบวนการตัดสินใจเกี่ยวกับปัจจัยทางเศรษฐกิจมากขึ้น ในส่วนที่เกี่ยวกับสหกรณ์นั้น รัฐไม่ควรที่จะใช้สหกรณ์เป็นเครื่องมือในการดำเนินการตามนโยบายของประเทศ หรือนโยบายเกี่ยวกับแผนการปรับเปลี่ยนในเชิงโครงสร้างใดๆ เนื่องด้วยลักษณะความเป็นองค์กรเอกชนของสหกรณ์นั่นเอง ที่ไม่ควรจะยอมให้รัฐนำไปใช้เป็นเครื่องมือในทางการเมืองหรือเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในทางสังคมอย่างใด การปล่อยให้รัฐใช้สหกรณ์ในรูปแบบดังกล่าว จะก่อให้เกิดผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจของสหกรณ์เอง

ดังนั้น หน่วยงานทางปกครองของรัฐที่มีบทบาทหน้าที่เกี่ยวข้องกับสหกรณ์จึงควรที่จะต้องเข้าใจบทบาทของตัวเอง เช่นบทบาทของนายทะเบียนสหกรณ์ในการรับจดทะเบียนสหกรณ์ การควบคุมรูปแบบต่างๆไปในการดำเนินงานสหกรณ์ และการควบคุมกำกับดูแลสหกรณ์เท่าที่จำเป็น รัฐควรส่งเสริมความร่วมมือกันระหว่างสหกรณ์ เพื่อให้ขบวนการสหกรณ์มีความเข้มแข็งสามารถร่วมมือช่วยเหลือกันทางเศรษฐกิจได้ ควรส่งเสริมให้มีแหล่งเงินทุนที่สหกรณ์เป็นเจ้าของ เช่น ธนาคารสหกรณ์ ส่วนการเผยแพร่การสหกรณ์ให้เป็นที่แพร่หลายนั้นก็ควรมีการเพิ่มเนื้อหา ของสหกรณ์ไว้ในหลักสูตรการศึกษาทุกระดับด้วย และที่สำคัญภาครัฐ หน่วยงานทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ควรทำความเข้าใจถึงขอบเขตของการควบคุมกำกับดูแลและการส่งเสริมสหกรณ์ ทั้งนี้ เพื่อมิให้การทำหน้าที่ดังกล่าวก้าวล่วงล้ำแดนแห่งความเป็นอิสระของสหกรณ์ ทั้งนี้ สหกรณ์ควรมีอิสระในการกำหนดนโยบายและแผนงานได้เองโดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ หรือเป็นเครื่องมือในการดำเนินตามนโยบายของรัฐโดยตรง

5. ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหกรณ์

พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 บัญญัติขึ้นโดยอาศัยโครงสร้างตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2511 เป็นแนวทาง โดยตัดบทบัญญัติที่ไม่จำเป็นแล้วออกไป สำหรับบทบัญญัติที่ยังใช้ได้อยู่ก็นำมาบัญญัติไว้ดังเดิม และส่วนที่บัญญัติเพิ่มขึ้นใหม่ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 เนื่องจากพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2511 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ทำให้บทบัญญัติหลายประการไม่เอื้อต่อการพัฒนาสหกรณ์ให้ทันต่อสภาพการแข่งขันในระบบธุรกิจปัจจุบัน ประกอบกับพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้รวมบทบัญญัติเกี่ยวกับกลุ่มเกษตรกรไว้ซึ่งสมควรปรับปรุงให้มีความเหมาะสม โดยมีการจัดระบบให้มีสหกรณ์ชนิดเดียวคือ สหกรณ์ที่สมาชิกมีความรับผิดชอบจำกัดเท่าจำนวนหุ้นที่ถือ และกำหนดให้มีคณะกรรมการพัฒนาการสหกรณ์แห่งชาติขึ้น เพื่อทำหน้าที่เสนอความเห็นต่อรัฐบาลเกี่ยวกับนโยบายและแนวทางในการส่งเสริมและพัฒนาสหกรณ์ และจัดให้มีกองทุนพัฒนาสหกรณ์เพื่อให้ความช่วยเหลือด้านการเงินแก่สหกรณ์ กับทั้งปรับปรุงองค์ประกอบและวาระการดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการดำเนินการสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย และบทบัญญัติเกี่ยวกับกลุ่มเกษตรกรเพื่อให้มีการพัฒนาไปสู่การจัดตั้งสหกรณ์อย่างเป็นระบบ ตลอดจนปรับปรุงบทกำหนดโทษให้เหมาะสมยิ่งขึ้น ต่อมาก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 อีกครั้งโดยปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบและการดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการ เพิ่มเติมลักษณะต้องห้ามของกรรมการหรือผู้จัดการ หลักเกณฑ์การพ้นจากตำแหน่งของกรรมการดำเนินการสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย การแต่งตั้งรองนายทะเบียนสหกรณ์ เงินค่าหุ้น การตั้งผู้รับโอนประโยชน์ของสมาชิกสหกรณ์ อำนาจของสหกรณ์ในการรับฝากเงิน กำหนดหลักเกณฑ์ในการเก็บค่าบำรุงสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย และให้รัฐมนตรีมีอำนาจเรียกประชุมใหญ่สามัญเพื่อแก้ปัญหาการดำเนินการของสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย¹⁹

5.1 โครงสร้างของกฎหมายสหกรณ์

กฎหมายสหกรณ์ได้กำหนดนิยามของความหมายและประเภทของสหกรณ์ บทบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งสหกรณ์ กำหนดโครงสร้างการดำเนินการของสหกรณ์และความสัมพันธ์ระหว่างสหกรณ์กับสมาชิก องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกำกับดูแลและส่งเสริมสหกรณ์ การเลิกสหกรณ์ และยังมีบทกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายสหกรณ์ ส่วนการทำธุรกิจระหว่างสหกรณ์กับสมาชิกหรือบุคคลภายนอก ต้องดำเนินการภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่ง

¹⁹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ (ฉบับที่ 2), พ.ศ.2553

และพาณิชย์และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเช่นเอกชนทั่วไป การที่กฎหมายสหกรณ์มีบทบัญญัติที่เป็นการควบคุมการดำเนินงานกิจการของสหกรณ์ จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายปกครอง นอกจากนี้พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 บัญญัติให้การบังคับใช้กฎหมายยังสามารถออกกฎหมายลำดับรองได้ เช่น พระราชกฤษฎีกา ว่าด้วยกลุ่มเกษตรกร พ.ศ.2547 และให้อำนาจรัฐมนตรีและนายทะเบียนสหกรณ์ มีอำนาจออกกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวง²⁰ ประกาศกระทรวง²¹ ระเบียบหรือประกาศของนายทะเบียนสหกรณ์ที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์ที่มีสภาพอย่างกฎได้ด้วย รวมทั้งให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้สหกรณ์ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย²²

พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มีบทบัญญัติแบ่งออกเป็น 10 หมวด ได้แก่ หมวดที่ 1 ว่าด้วยบททั่วไป หมวดที่ 2 ว่าด้วยการกำกับและส่งเสริมสหกรณ์ หมวดที่ 3 ว่าด้วยสหกรณ์ หมวดที่ 4 ว่าด้วยการชำระบัญชี หมวดที่ 5 ว่าด้วยการควบสหกรณ์เข้าด้วยกัน หมวดที่ 6 ว่าด้วยการแยกสหกรณ์ หมวดที่ 7 ว่าด้วยชุมนุมสหกรณ์ หมวดที่ 8 ว่าด้วยสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย หมวดที่ 9 ว่าด้วยกลุ่มเกษตรกร และหมวดที่ 10 ว่าด้วยบทกำหนดโทษ และมีบทเฉพาะกาลซึ่งสามารถพิจารณาแยกโครงสร้างของกฎหมายสหกรณ์ออกเป็น 3 ส่วนใหญ่ๆ ได้แก่

ส่วนที่ 1 การกำหนดองค์กรที่มีบทบาทในการดำเนินงานของสหกรณ์ของประเทศไทย

ส่วนที่ 2 กำหนดเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับสหกรณ์ ได้แก่เนื้อหาสาระในหมวดที่ 3 ว่าด้วยสหกรณ์ตั้งแต่ส่วนที่ 2 ข้อบังคับและการแก้ไขเพิ่มเติม ส่วนที่ 3 การดำเนินงานของสหกรณ์ ส่วนที่ 4 การสอบบัญชี ส่วนที่ 5 การเลิกสหกรณ์ หมวดที่ 4 ว่าด้วยการชำระบัญชี หมวดที่ 5 ว่าด้วยการควบสหกรณ์เข้าด้วยกัน หมวดที่ 6 ว่าด้วยการแยกสหกรณ์ หมวดที่ 7 ว่าด้วยชุมนุมสหกรณ์ และหมวดที่ 9 ว่าด้วยกลุ่มเกษตรกร

ส่วนที่ 3 การกำหนดบทกำหนดโทษ ตามกฎหมายไว้ในหมวดที่ 10 ตั้งแต่มาตรา 129 ถึงมาตรา 133

²⁰ กฎกระทรวงกำหนดประเภทของสหกรณ์ พ.ศ.2548 ,กฎกระทรวงว่าด้วยการดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องของสหกรณ์ พ.ศ.2550, กฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 เกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลตามหุ้นที่ชำระแล้วของสหกรณ์แต่ละประเภท พ.ศ.2543

²¹ ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่องการกำหนดอัตราการดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องของสหกรณ์ ลงวันที่ 31 ตุลาคม 2551

²² พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 5 บัญญัติว่า ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ กับออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 16 บัญญัติว่า ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้ (8) ออกระเบียบหรือคำสั่ง เพื่อให้มีการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้และเพื่อประโยชน์ในการดำเนินงานกิจการของสหกรณ์

5.2 องค์กรที่มีบทบาทในการควบคุมกำกับดูแลส่งเสริมและสนับสนุนสหกรณ์

5.2.1 คณะกรรมการพัฒนาการสหกรณ์แห่งชาติ

เป็นองค์กรที่กำหนดขึ้นใหม่ในพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ชื่อย่อว่า “คพช.” ประกอบด้วยบุคคลจากหลายภาคส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการของสหกรณ์ มีกรรมการ โดยตำแหน่ง กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และกรรมการจากผู้แทนสหกรณ์ โดยมีรัฐมนตรีเป็นประธาน กรรมการ และอธิบดีกรมส่งเสริมสหกรณ์ เป็นกรรมการและเลขานุการ²³ คพช. เป็นองค์กรระดับชาติ มีหน้าที่กำหนดนโยบายและแนวทางในการพัฒนาการสหกรณ์ของประเทศ เสนอความเห็น ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อผลักดันให้เป็นนโยบายของรัฐบาล กำหนดนโยบายและแผนพัฒนาการสหกรณ์ ให้สอดคล้องกับแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ กำหนดแนวทางในการส่งเสริมและสนับสนุน การขยายธุรกิจและกิจการของสหกรณ์ รวมทั้งการร่วมมือกับภาคเอกชนให้มีส่วนในการพัฒนา การสหกรณ์ กำหนดแนวทางในการประสานงานระหว่างส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือภาคเอกชน เพื่อให้การส่งเสริมสนับสนุนกิจการของสหกรณ์ และยังมีหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ที่มีกฎหมาย กำหนดให้อุทธรณ์ต่อ คพช. ด้วย²⁴ นอกจากนี้ คพช. อาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณา หรือปฏิบัติการตามที่ คพช. มอบหมายได้²⁵

5.2.2 นายทะเบียนสหกรณ์

นายทะเบียนสหกรณ์เป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการกำกับดูแลงานสหกรณ์ โดยเป็นผู้ที่ใช้อำนาจของภาครัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของสหกรณ์ตั้งแต่การจดทะเบียน จัดตั้งสหกรณ์ การดำเนินงานทั่วไป การดำเนินธุรกิจ การเงินการบัญชี การสอบบัญชี ตลอดจน การเลิกและการชำระบัญชีสหกรณ์ ซึ่งในการปฏิบัติงานนายทะเบียนสหกรณ์อาจมอบหมายให้ รองนายทะเบียนสหกรณ์ ผู้ตรวจการสหกรณ์ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์ มอบหมายให้ปฏิบัติการแทนได้²⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 บัญญัติอธิบดีกรมส่งเสริม สหกรณ์เป็นนายทะเบียนสหกรณ์ และนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจแต่งตั้งข้าราชการในสังกัด กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าเป็นรองนายทะเบียน สหกรณ์ มีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือตามที่นายทะเบียนสหกรณ์มอบหมาย การแต่งตั้งดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา²⁷

²³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 9

²⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 10 (7) มาตรา 2 มาตรา 72

²⁵ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 14

²⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 17

²⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 15

5.2.3 กองทุนพัฒนาสหกรณ์

กองทุนพัฒนาสหกรณ์ เป็นกองทุนที่จัดตั้งขึ้นในกรมส่งเสริมสหกรณ์ เรียกโดยย่อว่า “กพส.” มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นทุนส่งเสริมกิจการของสหกรณ์²⁸ ประกอบด้วย เงินและทรัพย์สิน คือเงินอุดหนุนจากงบประมาณแผ่นดิน เงินและทรัพย์สินที่มีผู้มอบให้เงิน และทรัพย์สินที่ตกเป็นของ กพส. เงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าว และดอกเบี้ย รายได้ หรือประโยชน์อื่นใดของ กพส.²⁹ ทั้งนี้ เงินและทรัพย์สินของ กพส. ดังกล่าวไม่ต้องนำส่งคลัง เป็นรายได้แผ่นดิน³⁰ กพส.บริหาร โดยคณะกรรมการบริหาร กพส. ซึ่งประกอบด้วยผู้แทน จากส่วนราชการเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และกรรมการอื่นซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้แทนของสหกรณ์ ประเภทละหนึ่งคน และผู้แทนกลุ่มเกษตรกรหนึ่งคน เป็นกรรมการ โดยมีรองอธิบดีกรมส่งเสริม สหกรณ์ซึ่งอธิบดีมอบหมายเป็นกรรมการและเลขานุการ มีอำนาจหน้าที่บริหาร กพส. ตลอดจน ตรวจสอบติดตามและประเมินผลงานของสหกรณ์ที่ได้รับการส่งเสริมกิจการจาก กพส.³¹

5.2.4 สันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย

สันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทยได้รับการจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ สหกรณ์ พ.ศ.2511 ซึ่งมีพัฒนาการมาตั้งแต่สันนิบาตสหกรณ์ประเทศไทยจำกัดสินใช้ในพระราชบัญญัติ สหกรณ์ พ.ศ.2471 โดยเป็นแนวคิดของภาครัฐที่ให้มีการจัดตั้งองค์กรขึ้นสูงสุดของขบวนการสหกรณ์ ขึ้นเพื่อรับโอนหน้าที่ช่วยเหลือสหกรณ์ไปจากรัฐบาล ซึ่งมีพัฒนาความเป็นมาในการจัดตั้งกล่าวคือ ในปี พ.ศ.2492 ทางราชการมีดำริที่จะให้มี “สหภาพสหกรณ์” ขึ้นเป็นศูนย์กลางให้ความช่วยเหลือ แก่สหกรณ์ต่างๆ และส่งเสริมให้สหกรณ์สามารถพึ่งตัวเองให้มากที่สุดในอนาคต จึงกำหนดให้ สหกรณ์มีส่วนร่วมในการจัดให้มีสหภาพสหกรณ์ โดยขอให้สหกรณ์จ่ายเงิน “สะสมช่วยจัดสหภาพ สหกรณ์” ในอัตราพันละหนึ่งของทุนดำเนินการในวันสิ้นปีทางบัญชี แต่ไม่เกินหนึ่งพันบาท แล้วทางราชการได้รวบรวมเงินจำนวนนี้ฝากไว้กับธนาคารเพื่อการสหกรณ์จนกระทั่งในปี พ.ศ.2509 กระทรวงพัฒนาการแห่งชาติจึงได้พิจารณาหาช่องทางจัดตั้งสหกรณ์ขึ้นและให้ชื่อว่า “สันนิบาตสหกรณ์” การจัดตั้งสันนิบาตสหกรณ์ได้ดำเนินการเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2511 โดยนายทะเบียนสหกรณ์ได้รับจดทะเบียนสันนิบาตสหกรณ์เป็น “ชุมนุมสหกรณ์” ตามพระราชบัญญัติ สหกรณ์ พ.ศ.2511 มีชื่อว่า สันนิบาตสหกรณ์ประเทศไทยจำกัดสินใช้ จนเมื่อวันที่ 19 มิถุนายน 2511

²⁸ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 27

²⁹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 28

³⁰ “อั้งแล้ว”

³¹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 30

ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2511 ซึ่งในส่วนที่ 6 มีบทบัญญัติให้จัดตั้ง สันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทยขึ้นตามมาตรา 104 โดยมีบทเฉพาะกาลให้สันนิบาตสหกรณ์ ประเทศไทยจำกัดสินใช้ที่ได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2471 เป็นสันนิบาตสหกรณ์ แห่งประเทศไทยตามกฎหมายปี พ.ศ.2511 ซึ่งกฎหมายสหกรณ์ปัจจุบันยังคงสืบทอดแนวความคิดนี้ มาโดยนำมาบัญญัติไว้ในหมวดที่ 8 ตั้งแต่มาตรา 108 ถึงมาตรา 118 และบทเฉพาะกาล มาตรา 134³²

องค์ประกอบของสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย ประกอบด้วยสมาชิก ที่เป็นสหกรณ์มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมกิจการสหกรณ์ทุกประเภททั่วราชอาณาจักรให้มีความ เจริญก้าวหน้าอันมิใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน³³ โดยมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีสำนักงานใหญ่ในกรุงเทพมหานคร และจะตั้งสำนักงานสาขาขึ้น ณ ที่อื่นใดก็ได้³⁴ มีอำนาจกระทำการ ต่างๆ ภายในขอบวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 108 รวมถึงการส่งเสริมและเผยแพร่ กิจการสหกรณ์การวิจัยและรวบรวมสถิติเกี่ยวกับกิจการสหกรณ์ การแนะนำช่วยเหลือทางวิชาการ แก่สหกรณ์ การให้การศึกษาศึกษาฝึกอบรมวิชาการเกี่ยวกับกิจการของสหกรณ์ การส่งเสริมสัมพันธ์ภาพ ระหว่างสหกรณ์ ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ หรือสันนิบาตสหกรณ์ของต่างประเทศ หรือองค์การต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์ทำนองเดียวกัน การส่งเสริม ธุรกิจการค้า อุตสาหกรรม หรือบริการของสหกรณ์ รวมถึงเป็นตัวแทนของสหกรณ์ เพื่อรักษา ผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้จาก การสนับสนุนของรัฐ องค์การระหว่างประเทศ หรือภาคเอกชนอื่น และร่วมมือกับรัฐบาลในการส่งเสริมสหกรณ์³⁵

สันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย มีรายได้จากค่าบำรุงสันนิบาตสหกรณ์ แห่งประเทศไทย เงินอุดหนุนจากรัฐบาล ดอกผลที่เกิดจากทุนกลางของสหกรณ์ไม่จำกัด เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้อุทิศให้ เงินหรือทรัพย์สินที่เหลือจากการชำระบัญชีสหกรณ์ตามมาตรา 84 และมาตรา 86 วรรคสอง เงินที่ได้จากการจำหน่ายหนังสือวิชาการ เอกสาร หรือสิ่งอื่น เงินหรือทรัพย์สิน ที่ได้รับเป็นค่าตอบแทนในการให้บริการ และผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพย์สิน³⁶

³² ศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รายงานฉบับสุดท้าย โครงการ ศึกษาวิจัยเพื่อ ปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542, หน้า 99

³³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 108

³⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 109

³⁵ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 110

³⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 111

การดำเนินงานของสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย มีการประชุมใหญ่ของสันนิบาตสหกรณ์ฯ เป็นเวทีที่เปิดให้มีส่วนร่วมจากสหกรณ์ต่างๆ คณะกรรมการดำเนินการสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย ประกอบด้วย ประธานกรรมการดำเนินการชุมนุมสหกรณ์ระดับประเทศประเภทละหนึ่งคน ในกรณีที่สหกรณ์ประเภทใดไม่มีชุมนุมสหกรณ์ระดับประเทศให้มีผู้แทนจากสหกรณ์ประเภทนั้นจำนวนหนึ่งคน เป็นกรรมการ โดยตำแหน่ง และกรรมการอื่นซึ่งที่ประชุมใหญ่ของสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทยเลือกตั้งจากผู้แทนสหกรณ์ซึ่งเป็นกรรมการดำเนินการ มีจำนวนเท่ากับกรรมการ โดยตำแหน่งเป็นกรรมการ ให้คณะกรรมการดำเนินการสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทยเลือกตั้งกรรมการเป็น ประธานกรรมการคนหนึ่ง และรองประธานกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคน และแต่งตั้งผู้อำนวยการสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย และให้ผู้อำนวยการสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทยเป็นเลขานุการของคณะกรรมการดำเนินการสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย คณะกรรมการดำเนินการสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย มีหน้าที่บริหารกิจการตลอดจนมีอำนาจออกระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามวัตถุประสงค์ของสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย³⁷ ส่วนผู้อำนวยการสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย มีหน้าที่บริหารกิจการของสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทยตามระเบียบและนโยบายที่คณะกรรมการดำเนินการสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทยกำหนดและมีอำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ของสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย และเป็นตัวแทนสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย ในกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอก

5.3 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์

5.3.1 การจัดตั้งและจดทะเบียนสหกรณ์

สหกรณ์ หมายความว่า คณะบุคคลซึ่งร่วมกันดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคม โดยช่วยตนเองและช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติสหกรณ์³⁸ และต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิกโดยวิธีช่วยตนเองและช่วยเหลือซึ่งกันและกันตามหลักการสหกรณ์และต้อง³⁹

- 1) มีกิจการร่วมกันตามประเภทของสหกรณ์ที่ขอลงทะเบียน
- 2) มีสมาชิกเป็นบุคคลธรรมดาและบรรลุนิติภาวะ
- 3) มีทุนซึ่งแบ่งเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่าๆ กัน และสมาชิกแต่ละคนจะต้องถือหุ้น

อย่างน้อยหนึ่งหุ้น แต่ไม่เกินหนึ่งในห้าของหุ้นที่ชำระแล้วทั้งหมด

³⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 113

³⁸ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 4

³⁹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 33

4) มีสมาชิกซึ่งมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในข้อบังคับภายใต้บทบัญญัติ มาตรา 43 (7)

ส่วนประเภทของสหกรณ์ที่จะรับจดทะเบียนให้กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงกำหนดประเภทของสหกรณ์ พ.ศ.2548 กำหนดให้แบ่งสหกรณ์ออกเป็น 7 ประเภท ดังกล่าวข้างต้น

ผู้ซึ่งประสงค์จะเป็นสมาชิกของสหกรณ์ที่จะขอจัดตั้งขึ้นต้องประชุมกัน เพื่อคัดเลือกผู้ที่มาประชุมให้เป็นคณะผู้จัดตั้งสหกรณ์จำนวนไม่น้อยกว่าสิบคน เพื่อดำเนินการจัดตั้งสหกรณ์ โดยให้คณะผู้จัดตั้งสหกรณ์ดำเนินการ ดังต่อไปนี้⁴⁰

1) พิจารณาเลือกประเภทของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

2) กำหนดแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งขึ้น และพิจารณากำหนดวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งนั้น

3) ทำบัญชีรายชื่อผู้ซึ่งจะเป็นสมาชิกพร้อมด้วยจำนวนหุ้นที่แต่ละคน จะถือเมื่อจัดตั้งสหกรณ์แล้ว

4) ดำเนินการร่างข้อบังคับภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 43 และเสนอให้ ที่ประชุมผู้ซึ่งจะเป็นสมาชิกพิจารณากำหนดเป็นข้อบังคับของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งขึ้น

การขอจดทะเบียนสหกรณ์ ให้คณะผู้จัดตั้งสหกรณ์ลงลายมือชื่อใน คำขอ จดทะเบียนตามแบบที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด ยื่นต่อนายทะเบียนสหกรณ์พร้อมเอกสาร ดังต่อไปนี้⁴¹

1) สำเนารายงานการประชุมตามมาตรา 34 จำนวนสองชุด

2) แผนดำเนินการตามมาตรา 34 (2) จำนวนสองชุด

3) บัญชีรายชื่อผู้ซึ่งจะเป็นสมาชิกพร้อมลายมือชื่อและจำนวนหุ้นที่แต่ละคน จะถือเมื่อจัดตั้งสหกรณ์แล้วจำนวนสองชุด

4) ข้อบังคับตามมาตรา 34 (4) จำนวนสี่ชุด

⁴⁰ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 34

⁴¹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 35

เมื่อนายทะเบียนสหกรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่า สหกรณ์ตามที่ขอจดทะเบียน มีวัตถุประสงค์ถูกต้องตามกฎหมาย คำขอจดทะเบียนมีเอกสารครบถ้วนถูกต้อง และการจัดตั้งสหกรณ์ตามที่ขอจดทะเบียนจะไม่เสียหายแก่ระบบสหกรณ์ให้นายทะเบียนสหกรณ์รับจดทะเบียน และออกใบสำคัญรับจดทะเบียนให้แก่สหกรณ์นั้น และให้สหกรณ์ที่ได้จดทะเบียนแล้วมีฐานะเป็นนิติบุคคล⁴²

5.3.2 การดำเนินงานของสหกรณ์

การดำเนินงานของสหกรณ์ต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ตามประเภทที่จดทะเบียนไว้ กฎหมายได้บัญญัติให้สหกรณ์มีอำนาจกระทำการใดๆ อย่างหนึ่งเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้⁴³

- 1) ดำเนินธุรกิจ การผลิต การค้า การบริการ และอุตสาหกรรมเพื่อประโยชน์ของสมาชิก
- 2) ให้สวัสดิการหรือการสงเคราะห์ตามสมควรแก่สมาชิกและครอบครัว
- 3) ให้ความช่วยเหลือทางวิชาการแก่สมาชิก
- 4) ขอหรือรับความช่วยเหลือทางวิชาการจากทางราชการ หน่วยงานของต่างประเทศหรือบุคคลอื่นใด
- 5) รับฝากเงินประเภทออมทรัพย์หรือประเภทประจำจากสมาชิกหรือสหกรณ์อื่นหรือสมาคมพาณิชย์ซึ่งมีสมาชิกของสมาคมนั้นไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นสมาชิกของสหกรณ์ผู้รับฝากเงิน ทั้งนี้ ตามระเบียบของสหกรณ์ที่ได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนสหกรณ์
- 6) ให้กู้ ให้สินเชื่อ ให้ยืม ให้เช่า ให้เช่าซื้อ โอน รับจ้างหรือรับจํานำซึ่งทรัพย์สินแก่สมาชิกหรือของสมาชิก
- 7) จัดให้ได้มา ซื้อ ถูกรวมสิทธิ์หรือทรัพย์สิน ครอบครอง กู้ ยืม เช่าเช่าซื้อ รับโอนสิทธิการเช่าหรือสิทธิการเช่าซื้อ จ้างหรือจํานำ ขายหรือจําหน่ายด้วยวิธีอื่นใดซึ่งทรัพย์สิน
- 8) ให้สหกรณ์อื่นกู้ยืมเงินได้ตามระเบียบของสหกรณ์ที่ได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนสหกรณ์
- 9) ดำเนินกิจการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวกับหรือเนื่องในการจัดให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของสหกรณ์

⁴² พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 37

⁴³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 46

นอกจากนี้ ในการดำเนินงานของสหกรณ์ ยังต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสหกรณ์ เช่น สหกรณ์ต้องดำเนินงานภายในวงเงินกู้ยืมหรือค้ำประกันที่นายทะเบียนสหกรณ์เห็นชอบ⁴⁴ หรือสหกรณ์ต้องดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง⁴⁵ หรือการรับเงินอุดหนุน⁴⁶ เป็นต้น

สหกรณ์มีคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์เป็นผู้ดำเนินกิจการและเป็นผู้แทนสหกรณ์ในกิจการอันเกี่ยวกับบุคคลภายนอก⁴⁷ คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ ประกอบด้วยประธานกรรมการหนึ่งคนและกรรมการอื่นอีกไม่เกินสิบสี่คนซึ่งที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งจากสมาชิก มีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละสองปีนับแต่วันเลือกตั้ง⁴⁸ คุณสมบัติของบุคคลที่จะเป็นกรรมการของสหกรณ์นั้นต้องเป็นไปตามข้อบังคับ และกฎหมายได้กำหนดข้อห้ามมิให้บุคคลดังต่อไปนี้ เป็นหรือทำหน้าที่กรรมการหรือผู้จัดการสหกรณ์⁴⁹ คือ 1) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ 2) เคยถูกไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการ องค์กร หรือหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน ฐานทุจริตต่อหน้าที่ 3) เคยถูกให้พ้นจากตำแหน่งกรรมการหรือมีคำวินิจฉัยเป็นที่สุดให้พ้นจากตำแหน่งกรรมการ ตามมาตรา 22 (4) หรือ 4) เคยถูกที่ประชุมใหญ่มีมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่งกรรมการ เพราะเหตุทุจริตต่อหน้าที่

สหกรณ์ต้องมีผู้ตรวจสอบกิจการซึ่งที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งจากสมาชิกหรือบุคคลภายนอก เพื่อทำการตรวจสอบกิจการของสหกรณ์แล้วทำรายงานเสนอต่อที่ประชุมใหญ่⁵⁰ ส่วนจำนวนผู้ตรวจสอบกิจการให้เป็นไปตามที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

สหกรณ์ต้องจัดให้มีการประชุมใหญ่สามัญปีละหนึ่งครั้งภายใน 150 วัน นับแต่วันสิ้นปีทางบัญชีของสหกรณ์⁵¹ แต่ในกรณีที่นายทะเบียนสหกรณ์มีหนังสือแจ้งให้เรียกประชุมใหญ่วิสามัญ หรือในกรณีที่สหกรณ์ขาดทุนเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนทุนเรือนหุ้นที่ชำระแล้ว

⁴⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 47

⁴⁵ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 48 และกฎกระทรวง ว่าด้วยการดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องของสหกรณ์ พ.ศ.2550

⁴⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 49

⁴⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 52

⁴⁸ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 50

⁴⁹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 52

⁵⁰ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 53

⁵¹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 54

หรือกรณีที่สมาชิกซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดหรือไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยคน หรือผู้แทนสมาชิกซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนผู้แทนสมาชิกทั้งหมดหรือไม่น้อยกว่าห้าสิบคน ลงลายมือชื่อทำหนังสือร้องขอให้เรียกประชุมใหญ่วิสามัญ คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ต้องเรียกประชุมใหญ่วิสามัญ โดยไม่ชักช้าแต่ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่สหกรณ์ทราบหรือนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ⁵² และต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดหรือไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยคน หรือถ้าเป็นการประชุมใหญ่โดยผู้แทนสมาชิกต้องมีผู้แทนสมาชิกเข้าประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของผู้แทนสมาชิกทั้งหมดหรือไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยคน จึงจะเป็นองค์ประชุม⁵³ สมาชิกหรือผู้แทนสมาชิกคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมใหญ่ให้ถือเสียงข้างมาก เว้นแต่การแก้ไขข้อบังคับ การควมสหกรณ์ การแยกสหกรณ์ การเลิกสหกรณ์ หรือการอื่นใดที่ข้อบังคับกำหนด ให้ใช้เสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกหรือผู้แทนสมาชิกซึ่งมาประชุม⁵⁴

เมื่อสหกรณ์มีกำไร สหกรณ์ต้องจัดสรรกำไรสุทธิประจำปี เป็นทุนสำรองไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของกำไรสุทธิ และเป็นค่าบำรุงสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทยตามอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่เกินร้อยละห้าของกำไรสุทธิ ส่วนกำไรสุทธิประจำปีที่เหลือจากการจัดสรรเป็นทุนสำรองและค่าบำรุงสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทยแล้วนั้น ที่ประชุมใหญ่อาจจัดสรรได้ภายใต้ข้อบังคับ ดังต่อไปนี้⁵⁵

- 1) จ่ายเป็นเงินปันผลตามหุ้นที่ชำระแล้ว แต่ต้องไม่เกินอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับสหกรณ์แต่ละประเภท
- 2) จ่ายเป็นเงินเฉลี่ยคืนให้แก่สมาชิกตามส่วนธุรกิจที่สมาชิกได้ทำไว้กับสหกรณ์ในระหว่างปี
- 3) จ่ายเป็นเงินโบนัสของกรรมการและเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ไม่เกินร้อยละสิบของกำไรสุทธิ
- 4) จ่ายเป็นทุนสะสมไว้เพื่อดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดของสหกรณ์ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ

⁵² พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 55

⁵³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 57

⁵⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 59

⁵⁵ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 60

สหกรณ์ต้องจัดทำทะเบียนสมาชิกและทะเบียนหุ้น ตามแบบที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดและให้เก็บรักษาไว้ที่สำนักงานของสหกรณ์ และต้องส่งสำเนาทะเบียนนั้น รวมถึงต้องรายงานการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนดังกล่าวต่อนายทะเบียนสหกรณ์ด้วย และต้องจัดทำบัญชีตามแบบและรายการที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด และจำต้องจัดทำงบดุลอย่างน้อยครั้งหนึ่งทุกกรอบสิบสองเดือนอันจัดว่าเป็นรอบปีทางบัญชีของสหกรณ์ ตามแบบที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด และจัดทำรายงานประจำปีแสดงผลการดำเนินงานของสหกรณ์เสนอต่อที่ประชุมใหญ่ในคราวที่เสนองบดุล และให้ส่งสำเนารายงานประจำปีกับงบดุลไปยังนายทะเบียนสหกรณ์ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีการประชุม⁵⁶

5.4 การเลิกสหกรณ์

สหกรณ์ย่อมเลิกด้วยเหตุหนึ่งเหตุใด ดังต่อไปนี้⁵⁷

- 1) มีเหตุตามที่กำหนดในข้อบังคับ
- 2) สหกรณ์มีจำนวนสมาชิกน้อยกว่าสิบคน
- 3) ที่ประชุมใหญ่ลงมติให้เลิก
- 4) ล้มละลาย
- 5) นายทะเบียนสั่งให้เลิก

กรณีที่นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจสั่งเลิกสหกรณ์ได้ มีดังต่อไปนี้⁵⁸

- 1) สหกรณ์ไม่เริ่มดำเนินกิจการภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่จดทะเบียนหรือหยุดดำเนินกิจการติดต่อกันเป็นเวลาสองปีนับแต่วันที่หยุดดำเนินกิจการ
- 2) สหกรณ์ไม่ส่งสำเนางบดุลหรือรายงานประจำปีต่อนายทะเบียนสหกรณ์เป็นเวลาสามปีติดต่อกัน
- 3) สหกรณ์ไม่อาจดำเนินกิจการให้เป็นผลดี หรือการดำเนินกิจการของสหกรณ์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์หรือประโยชน์ส่วนรวม

สหกรณ์ที่ถูกสั่งเลิกมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพัฒนาการสหกรณ์แห่งชาติ โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อนายทะเบียนสหกรณ์ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง และให้นายทะเบียนสหกรณ์ส่งคำอุทธรณ์ต่อไปยังคณะกรรมการพัฒนาการสหกรณ์แห่งชาติ

⁵⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 64-67

⁵⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 70

⁵⁸ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 71

โดยไม่ชักช้า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาการสหกรณ์แห่งชาติให้เป็นที่สุด⁵⁹ เมื่อสหกรณ์
เลิกให้จัดการชำระบัญชีตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ว่าด้วยการชำระบัญชี⁶⁰

5.5 บทกำหนดโทษ

1) ผู้ใดใช้คำว่า “สหกรณ์” หรือ “กลุ่มเกษตรกร” ประกอบกับชื่อหรือส่วนหนึ่งของชื่อในทางธุรกิจ โดยมีได้เป็นสหกรณ์ หรือกลุ่มเกษตรกรที่ได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้
ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับ
อีกตั้งแต่วันละห้าร้อยถึงหนึ่งพันบาทจนกว่าจะได้เลิกใช้⁶¹

2) ผู้ใดไม่มาชี้แจงข้อเท็จจริงหรือไม่ส่งเอกสารเกี่ยวกับการดำเนินงาน หรือรายงาน
การประชุมของสหกรณ์หรือชุมนุมสหกรณ์ตามคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์รองนายทะเบียนสหกรณ์
ผู้ตรวจการสหกรณ์ ผู้สอบบัญชี หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์มอบหมายซึ่งสั่งการ
ตามมาตรา 17 หรือไม่มาชี้แจงข้อเท็จจริง หรือไม่ส่งเอกสารเกี่ยวกับการดำเนินงานหรือรายงาน
การประชุมของกลุ่มเกษตรกรตามคำสั่งของนายทะเบียนกลุ่มเกษตรกร หรือพนักงานเจ้าหน้าที่
ซึ่งนายทะเบียนกลุ่มเกษตรกรมอบหมายตามมาตรา 128 แล้วแต่กรณีต้องระวางโทษปรับไม่เกิน
หนึ่งหมื่นบาท⁶²

3) ผู้ใดชักชวน หรือไม่ให้คำชี้แจงแก่นายทะเบียนสหกรณ์ รองนายทะเบียนสหกรณ์
ผู้ตรวจการสหกรณ์ ผู้สอบบัญชี หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์มอบหมายตาม มาตรา 18
หรือชักชวนหรือไม่ให้คำชี้แจงแก่นายทะเบียน กลุ่มเกษตรกรหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งนายทะเบียน
กลุ่มเกษตรกรมอบหมายตามมาตรา 124 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท⁶³

4) ผู้ใดฝ่าฝืน ไม่จัดการรักษาทรัพย์สินของสหกรณ์ หรือไม่ส่งมอบทรัพย์สิน
สมุดบัญชี เอกสาร และสิ่งอื่นของสหกรณ์ให้แก่ผู้ชำระบัญชีตามมาตรา 78 ต้องระวางโทษปรับ
ไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท⁶⁴

5) ผู้ใดฝ่าฝืนไม่แก้ไขข้อบกพร่องตามที่นายทะเบียนสหกรณ์สั่งการตามมาตรา 22 (1)
ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท⁶⁵

⁵⁹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 72

⁶⁰ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 73

⁶¹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 129

⁶² พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 130

⁶³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 131

⁶⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 132

⁶⁵ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 133

บทที่ 3

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การศึกษาถึงอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ นั้น ก่อนอื่นต้องศึกษาถึงโครงสร้างของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเสียก่อน และศึกษาถึงความหมายของอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ ที่มาและขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง รวมถึงแนวคิดของต่างประเทศเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ และการใช้ดุลพินิจที่มีขอบด้วยกฎหมายที่ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบควบคุมได้

1. โครงสร้างกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democratic State) หรือรัฐที่จัดองค์การทางการเมือง การปกครองของตนโดยยึดมั่นในหลักนิติรัฐ (Liberal State Principle) และหลักประชาธิปไตย (Democratic Principle) นั้น มีหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญอยู่หลักหนึ่งคือ หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย⁶⁶ (Principle of Legality of Administrative Action) ซึ่งหลักดังกล่าวนี้หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องใช้อำนาจกระทำการโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย⁶⁷ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจึงเป็นสาระสำคัญสำหรับการใช้อำนาจต่างๆ ของฝ่ายปกครอง

โดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (Fait Juridique) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ (Conditions d'exercice du pouvoir) นั้น เป็นส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ ซึ่งหากเกิดขึ้นแล้วจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามที่กำหนดไว้ โดยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนี้อาจมีหลายลักษณะด้วยกันและอาจจะบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือโดยปริยายก็ได้ เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคลผู้อยู่ภายใต้

⁶⁶ สมยศ เชื้อไทย และวราภรณ์ วิสวุฒิกิจ, “แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย”, วารสารนิติศาสตร์ 14, 3 (กันยายน): 25-59, 2527, หน้า 59

⁶⁷ “เรื่องเดียวกัน”

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคุณภาพของสิ่งของ หรือข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานการณ์ของสังคม กับ โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายซึ่งเป็นส่วนที่เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะใช้อำนาจเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น ซึ่งบางท่านเรียกว่าส่วนที่กำหนดมาตรการให้ฝ่ายปกครองดำเนินการ⁶⁸ จากโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจแบ่งลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองได้เป็น 4 ลักษณะด้วยกัน คือ⁶⁹

1) ลักษณะที่บัญญัติว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ โดยไม่มีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ

เป็นลักษณะที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้ได้อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการและในการใช้อำนาจนั้นจะต้องกระทำการโดยมีเนื้อความของการกระทำตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน

2) ลักษณะที่บัญญัติว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ โดยมีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ

เป็นลักษณะที่กฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้ได้อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการแต่ในการใช้อำนาจนั้นฝ่ายปกครองมีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาเนื้อความหลายอย่างที่กฎหมายได้กำหนดไว้

3) ลักษณะที่บัญญัติว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการก็ได้ แต่ถ้าตัดสินใจกระทำการแล้วไม่มีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ

เป็นลักษณะที่กฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้ได้อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถที่จะตัดสินใจได้ว่าสมควรจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่ แต่เมื่อตัดสินใจไปในทางใช้อำนาจกระทำการแล้วฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือไม่มีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ

⁶⁸ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์* 17, 3 (กันยายน), 2530, หน้า 51

⁶⁹ เอกนุญ วงศ์สวัสดิกุล, *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 12-14

4) ลักษณะที่บัญญัติว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำก็ได้ และเมื่อตัดสินใจกระทำการแล้วมีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ

เป็นลักษณะที่กฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถที่จะตัดสินใจได้ว่าสมควรจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่ และเมื่อตัดสินใจไปในทางใช้อำนาจแล้วฝ่ายปกครองยังสามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้ว่าจะกระทำการโดยมีเนื้อความอย่างไร

เมื่อทราบลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองแล้ว กระบวนการในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง คือเป็นการที่ฝ่ายปกครองจะต้องนำข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่เกิดขึ้นในชีวิตจริงซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรม (Concert) เฉพาะกรณีมาปรับกับกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป (norm) เพื่อหยั่งทราบ ว่า ข้อเท็จจริงหรือการกระทำเฉพาะกรณีนั้นๆ มีผลทางกฎหมายอย่างไร⁷⁰ ซึ่งก่อนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจ ฝ่ายปกครองต้องตรวจสอบให้แน่ชัดเสียก่อนว่าข้อเท็จจริงที่มีผู้กล่าวอ้างว่าได้เกิดขึ้นหรือที่ตนรู้สึกว่าได้เกิดขึ้นนั้น ได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริง (existence) หรือไม่ ซึ่งในการตรวจสอบนี้จะกระทำได้ด้วยวิธีการอาศัยพยานหลักฐานประเภทต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ โดยรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหลายที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดไว้มีอยู่จริง จากนั้นก็ตรวจสอบว่าพยานหลักฐานใดรับฟังได้หรือรับฟังไม่ได้ ในทางกฎหมาย แล้วก็พิจารณาว่าพยานรับฟังได้เท่าที่มีอยู่นั้นทำให้น่าเชื่อหรือไม่ว่าข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้างหรือที่ตนรู้สึกนั้น ได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริง จากนั้นก็เป็นขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Qualification juridique des faits constatés) ซึ่งเป็นขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงข้างต้น จะเป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เป็นการนำบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปมาปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่อง⁷¹

จากการศึกษาลักษณะ โครงสร้างของบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่าในลักษณะต่างๆของบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองซึ่งจำแนกออกได้เป็น 4 ลักษณะดังกล่าวแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าจากลักษณะกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญ 2 ประการที่พอจะแยกประเภทของอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง คือการที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น หรือฝ่ายปกครองสามารถ

⁷⁰ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์* 17, 3 (กันยายน), 2530, หน้า 50

⁷¹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล, *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*, วิทยานิพนธ์ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 17-18

ตัดสินใจว่าจะใช้หรือไม่ใช้อำนาจกระทำการก็ได้ และในส่วนของเนื้อความของการกระทำฝ่ายปกครอง อาจต้องใช้อำนาจกระทำการ โดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยไม่มีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ กับฝ่ายปกครองมีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำได้ว่า จะกระทำการ โดยมีเนื้อความอย่างไร ซึ่งกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีโอกาสตัดสินใจแต่ต้องใช้อำนาจกระทำการหรือฝ่ายปกครองไม่มีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำนี้อาจเรียกว่าเป็น อำนาจผูกพัน หรืออำนาจหน้าที่ก็ได้ ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองมีโอกาสตัดสินใจว่าสมควรจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่ก็ได้ หรือสามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้ นั้น เรียกว่า อำนาจดุลพินิจ ซึ่งในทางทฤษฎีแล้วอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจกระทำการต่างๆ นั้น สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)⁷² อำนาจผูกพัน⁷³ บางท่านเรียกว่า “อำนาจหน้าที่” หรือ “อำนาจผูกพัน” นั้น อำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการแลกระทำการ โดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนด⁷⁴ ส่วนอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเองและภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนี้ อาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่างแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน⁷⁵ ซึ่งการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนี้ก็เนื่องมาจากความคิดในเรื่องวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมาย โดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ หรือเป็นกรณีๆ ไป ทำให้การใช้กฎหมายไม่แข็งกระด้างแต่สามารถยืดหยุ่นสำหรับให้สอดคล้องและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายได้ เป็นกรณีที่คำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะคดี⁷⁶

⁷² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, ใน *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์* กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531, หน้า 199

⁷³ อิศระ นิตินันท์ประกาศ, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพมหานคร: คุณพินอักษรกิจ, 2527, หน้า 102

⁷⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ” *วารสารกฎหมายปกครอง* 3, 3 (กันยายน): 33-58, 2532, หน้า 39

⁷⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”, *บทบัญญัติ* 42, 3 (กันยายน): 46-83, 2529, หน้า 51

⁷⁶ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์* 17, 3 (กันยายน), 2530, หน้า 57

2. ความหมายและที่มาของอำนาจดุลพินิจ

หากจะถือว่า กิจกรรมของฝ่ายปกครองทุกอย่างต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กิจกรรมของฝ่ายปกครองจะเป็นเพียงการกระทำในลักษณะตั้งรับ (passive) เท่านั้น กล่าวคือ บทบาทของฝ่ายปกครองจะลดลงมาอยู่เพียงการดำเนินการออกคำสั่งเฉพาะรายไปตามขั้นตอนซึ่งกำหนดโดยหลักทั่วไปที่ใช้บังคับอยู่ เสรีภาพในการพิจารณาและการริเริ่มต่างๆจะเป็นสิ่งต้องห้ามของฝ่ายปกครอง แต่ในความเป็นจริงมิได้เป็นเช่นนั้น การอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของฝ่ายปกครองยังคงมีเสรีภาพเหลือให้แก่ฝ่ายปกครองอยู่บ้าง ซึ่งได้แก่อำนาจดุลพินิจ (le pouvoir discrétionnaire)⁷⁷ ก่อนที่จะกล่าวถึงความหมายและที่มาของอำนาจดุลพินิจ ต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นเกี่ยวกับประเภทของอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งในทางทฤษฎีอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจกระทำการต่างๆ นั้น สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน⁷⁸ ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

2.1 อำนาจผูกพัน (Mandatory Power)

อำนาจผูกพันหรือที่เรียกกันอีกอย่างหนึ่งว่า “อำนาจหน้าที่” เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการและกระทำการโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนด⁷⁹ เช่น เมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ⁸⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอำนาจผูกพันนั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือหน้าที่ (Duty) นั้นเอง แต่เหตุที่ยังคงเรียกว่าเป็นอำนาจผูกพัน ก็เนื่องจาก

⁷⁷ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เสนอต่อสำนักงานศาลปกครองผู้ให้ทุนสนับสนุนการวิจัย, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ตุลาคม), 2545, หน้า 78

⁷⁸ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ” วารสารกฎหมายปกครอง 3 8, 3 (กันยายน): 33-58, 2532, หน้า 41

⁷⁹ Jean Rivero, Droit administratif, 9e éd. (Paris: Dalloz, 1980), p. 83 อ้างถึงใน วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ วารสารกฎหมายปกครอง 3} 2532, หน้า 41

⁸⁰ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478 มาตรา 13

การกระทำที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่นี้ กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้⁸¹ ซึ่งการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันก็เนื่องจากความคิดในเรื่องความยุติธรรมทั่วไป คือ ความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเฉพาะราย

2.2 อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเองและภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนี้ อาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่างแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน⁸² ซึ่งการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนี้ก็เนื่องมาจากความคิดในเรื่องวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมาย โดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราว หรือเป็นกรณีๆ ไป ทำให้การใช้กฎหมายไม่แข็งกระด้างแต่สามารถยืดหยุ่นสำหรับให้สอดคล้องและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายได้ เป็นกรณีที่คำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะคดี⁸³ ซึ่งเรื่องอำนาจดุลพินิจนี้เป็นเรื่องสำคัญของวิชานิติพนธ์ฉบับนี้ จึงขอยกตัวอย่างแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองเยอรมันมาเทียบเคียงกับของประเทศไทยพอสังเขป ดังนี้

2.2.1 ความหมายของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

อำนาจดุลพินิจ หมายถึง การตัดสินใจโดยไม่มีกฎเกณฑ์มากำหนดการตัดสินใจนั้น แต่ขึ้นอยู่กับความจำเป็นที่จะต้องมีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งและยังมีลักษณะเป็นอำนาจเด็ดขาดปราศจากขอบเขตที่สามารถปรากฏขึ้นได้ทุกที่⁸⁴

⁸¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, *วารสารกฎหมายปกครอง* 3, 2532, หน้า 41

⁸² กมลชัย รัตนสากววงศ์ (2529) “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”, *บทบัญญัติ* 42, 3 (กันยายน): 46-83, 2529, หน้า 51

⁸³ สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553, หน้า 229

⁸⁴ Jean Kahn, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Colloque du 5 mars 1977, (Paris: Cujas, 1978), p. 9-10 อ้างถึงใน ธีรรัฐฯ สระทองอุ่น, *ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550, หน้า 7

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะมีต่อเมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติบังคับให้ตนกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงแต่จะเปิดช่องให้เลือกได้ว่าจะกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการ หรือในกรณีที่ตกลงใจว่าจะกระทำการก็สามารถเลือกการอันใดอันหนึ่งในบรรดาหลายๆ ประการที่แตกต่างกันออกไป⁸⁵

เมื่อกล่าวถึงแนวทางของประเทศฝรั่งเศส เกี่ยวกับที่มาของอำนาจดุลพินิจซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎี ได้แก่ อำนาจดุลพินิจที่ถูกกำหนดขึ้นด้วยกฎหมาย และอำนาจดุลพินิจที่ใช้อำนาจตุลาการเป็นผู้กำหนด⁸⁶

สำหรับในส่วนแรก คือ อำนาจดุลพินิจที่ถูกกำหนดขึ้นด้วยกฎหมายนั้น Michoud ผู้เป็นเจ้าของความคิดดังกล่าวได้กล่าวว่า อำนาจดุลพินิจจะปรากฏขึ้นทุกครั้งที่มีการให้อำนาจอย่างอิสระ โดยปราศจากกฎหมายที่กฎหมายกำหนด แต่ทฤษฎีนี้ก็กลับมิใช่ทฤษฎีที่ได้รับการพิจารณาเป็นทฤษฎีแรกก่อนทฤษฎีที่สอง ซึ่ง M.Kahn ผู้เป็นเจ้าของทฤษฎีที่สองนี้ได้กล่าวว่า อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่ใช้อำนาจตุลาการเป็นผู้กำหนด ซึ่งแนวคิดนี้อาจมีที่มาจากสาเหตุที่ว่า ในกฎหมายปกครองนั้น การจะควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจที่เกินขอบเขตของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจของตุลาการ ซึ่งด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้มักเกิดปัญหาว่าส่วนใดเป็นอำนาจดุลพินิจหรือส่วนใดที่ไม่เป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยส่วนที่เป็น “ดุลพินิจ” นั้น ตามปกติไม่ควรที่จะถูกควบคุมโดยอำนาจตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้หมายความว่าศาลจะไม่สามารถควบคุมการใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสม (inopportunité) หรือการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegalité) ของฝ่ายปกครองได้⁸⁷ กรณีอาจกล่าวได้ว่าอำนาจตุลาการเป็นส่วนหนึ่งที่จะอธิบายหรือตีความว่า ส่วนใดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ถือว่าเป็นอำนาจดุลพินิจ โดยมีฐานการพิจารณาจากกฎหมาย แต่ไม่ได้หมายความว่าตุลาการสามารถให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองได้ ดังนั้น

⁸⁵ Emile Giraud, “Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire” Rev. Gén. d’administration (1924) p. 194 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, *วารสารกฎหมายปกครอง* 3, 2532, หน้า 42

⁸⁶ Ruthai Hongsiri, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l’administration en Thaïlande”, (Doctorat de troisième cycle en droit. L’Université de Droit, d’Économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II, 1987), p. 60 อ้างถึงใน ชีริษฐา สระทองอุ่น, *ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง*, 2550, หน้า 10

⁸⁷ Jean Kahn, “Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif”, pp.9,11.

การศึกษาถึงอำนาจดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้การวิเคราะห์เนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจดุลพินิจในเรื่องนั้นๆ และแนวคำพิพากษาของศาล โดยมีใช้ศึกษาเฉพาะส่วนใดส่วนหนึ่งเพียงส่วนเดียว⁸⁸

จะขอยกตัวอย่างจากการศึกษาถึงอำนาจดุลพินิจในวิทยานิพนธ์ของประเทศฝรั่งเศสฉบับหนึ่ง ซึ่งได้กล่าวถึงการให้คำจำกัดความของอำนาจดุลพินิจว่าเป็นอำนาจที่สามารถจะตัดสินใจได้อย่างอิสระในสิ่งที่ต้องสัมพันธ์กับเนื้อหาของกรกระทำ โดยสามารถอธิบายเหตุผลการตัดสินใจดังกล่าวได้อย่างชัดเจนและมีหลักการ⁸⁹ ดังนั้น ด้วยการให้คำจำกัดความดังกล่าว ทำให้ต้องมีการวิเคราะห์ถึงเนื้อหาของกรกระทำ และในส่วนของกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดการให้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะเห็นได้ว่าในส่วนนี้จะสัมพันธ์กับแนวคิดในทฤษฎีแรกๆ ที่ Michoud ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น คือ อำนาจดุลพินิจที่ถูกกำหนดขึ้นด้วยกฎเกณฑ์

ในการนี้ทำให้พบว่าอำนาจดุลพินิจจะอยู่ที่กระบวนการทำคำวินิจฉัย หรือการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ซึ่งสามารถแยกได้เป็นสองส่วน ได้แก่ ความเหมาะสมในการตัดสินใจมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งใดๆ และทางเลือกที่จะตัดสินใจกระทำการ

แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งสองส่วนดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยที่ให้ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจไว้ ซึ่งขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในคำพิพากษาของศาลนั้น จะมีวิธีการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง โดยดูวัตถุประสงค์กับการตัดสินใจกระทำการหรือมีคำสั่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าวต้องไม่ใช่การกระทำหรือคำสั่งที่ไม่มีทางจะบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องนั้นๆ ได้เลย และต้องไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่มีความเป็นธรรมอย่างเห็นได้ชัด หรือในภาษาฝรั่งเศส ที่มีผู้ถอดความเป็นภาษาไทยว่า ความผิดพลาดอย่างชัดเจน หรือตามต้นฉบับภาษาฝรั่งเศสว่า l'erreur manifeste และหลักแห่งความได้สัดส่วน หรือ Le principe de proportionnalité หรือ bilan coût-avantage ซึ่งเราเรียนการจำแนกหลักเกณฑ์ทั้งสองหลักที่มีที่มา

⁸⁸ Charles Eisenmanne, Cours de droit administratif, T.2, (Paris: L.G.D.J., 1983), pp. 301-304; de CORAIL (J.-L.), Les actes administratifs dans la pensée de Charles Eisenmann, (Economica, Sept. 1985), pp. 203-204, อ้างถึงใน Ruthai Hongsiri. "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration en Thaïlande," (Doctorat de troisième cycle en droit. L'Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), 1987), p.61 อ้างถึงใน ธีรวิฑูชา สระทองอุ่น ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง, 2550, หน้า 11

⁸⁹ Venezia (J-CI), Le pouvoir discrétionnaire, T.17, (Paris: L.G.D.J., 1958), p.175 อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, p.62 อ้างถึงใน ธีรวิฑูชา สระทองอุ่น ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง, 2550, หน้า 11

จากแนวคำพิพากษานี้ว่า เป็นการควบคุมแบบปกติ (controle normal) และการควบคุมแบบมีเกณฑ์ขั้นต่ำ (controle minimum) ซึ่งเป็นการควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศาล หรือองค์กรตุลาการ

ดังนั้น ก่อนอื่นเราต้องแยกแยะให้ได้ว่าอำนาจใดเป็นอำนาจดุลพินิจและอำนาจใดไม่เป็น เมื่อพิจารณาจากทฤษฎีข้างต้นก็พอที่จะสรุปหลักเกณฑ์ประกอบการพิจารณาลักษณะของอำนาจดุลพินิจได้⁹⁰ คือ

- 1) พิจารณากฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจ (le contenu des règles)
- 2) พิจารณาบทบาทของศาลในการกำหนดอำนาจดุลพินิจ (le rôle du juge dans le contrôle discrétionnaire)
- 3) พิจารณาขอบเขตหรืออำนาจกระทำการที่มีสำหรับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี (les domaines (probablement les compétences) dans lesquels s'effectue le contrôle)

2.2.2 ความหมายของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองเยอรมัน

ความหมายของอำนาจดุลพินิจในความเห็นของนักวิชาการเยอรมัน พอจะสรุปได้โดยสังเขป คือ

ดุลพินิจ (Ermessen) หมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะสามารถกระทำการได้หลายอย่างเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะมีขึ้นต่อเมื่อกรณีเข้าตามเงื่อนไขของกฎหมายในกรณีนั้นๆ⁹¹

ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ การที่ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจได้ เมื่อกฎหมายได้กำหนดให้กรณีที่เข้าเงื่อนไขขององค์ประกอบของกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลายมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ กฎหมายได้กำหนดความผูกพันไว้เฉพาะกับส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย แต่กฎหมายมิได้กำหนดความผูกพันในส่วนผลของกฎหมายไว้เพียงประการเดียว หากแต่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะกำหนดผลของกฎหมายได้เอง ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดทางเลือกผลของกฎหมายไว้สองทางเลือกหรือมากกว่านั้น หรือกำหนดให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

⁹⁰ Ruthai Hongsiri, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration en Thaïlande", (Doctorat de troisième cycle en droit. L'Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), 1987), p.63. อ้างถึงใน ธีรรัฐชา สระทองอุ่น ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง, 2550, หน้า 12

⁹¹ Hans J. Wolff, Otto Bachof and Rolf Stober, Verwaltungsrecht I (München: 1994), S.374 อ้างถึงใน วิษณุ วรรณฤกษ์ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หน้า 7

อาจเป็นดุลพินิจที่จะตัดสินใจกระทำการหรือไม่หรืออาจเป็นดุลพินิจที่จะเลือกมาตรการใด มาตรการหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับกรณีนั้น⁹²

ดุลพินิจ หมายถึง ขอบเขตอิสระในการกระทำการหรือการตัดสินใจในการ เลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลายมาตรการที่เป็นไปได้ในกรณีที่เกิดข้อเท็จจริงหนึ่งขึ้น กล่าวคือ อาจเลือกมาตรการ A หรือเลือกมาตรการ B หรือเลือกที่จะไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ความเป็นไปได้ในกรณีนี้ หมายถึงความเป็นไปได้ในทางกฎหมาย⁹³

การให้ความหมายดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงคำจำกัดความสั้นๆ ที่พอจะทำให้ เข้าใจความหมายอย่างกว้างขวางของคำว่าดุลพินิจได้ ส่วนการให้ความหมายในทางตำรา และแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมัน ได้ให้ความหมายของดุลพินิจไว้ว่า ดุลพินิจเป็นเสรีภาพ ของฝ่ายปกครองที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการ แต่ดุลพินิจย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อฝ่ายปกครอง เช่นกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะถูกผูกพันโดยประโยชน์สาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง หากฝ่ายปกครอง กระทำการอันเป็นการกระทบสิทธิบุคคล ในกรณีนี้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจะกำหนดผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ในกรณีที่เป็นไป ตามองค์ประกอบของกฎหมายที่กำหนดไว้ในเรื่องนั้น เช่น เมื่อเข้าองค์ประกอบของกฎหมาย A เจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจเลือกผลของกฎหมาย B หรือ C ได้ กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองมีเสรีภาพ ที่กระทำการหรือไม่ ดุลพินิจในลักษณะนี้เป็นดุลพินิจที่ให้ฝ่ายปกครองเลือกที่จะกระทำการที่ก่อให้เกิด ประโยชน์ แต่ในอีกลักษณะหนึ่งเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิ ของบุคคล ซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจเหล่านี้ย่อมถูกควบคุม ตรวจสอบได้โดยการใช้สิทธิของบุคคล ที่ได้รับผลกระทบจากการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ในกรณีที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจว่าจะกระทำอย่างใด อย่างหนึ่งหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายให้ฝ่ายปกครองเลือกใช้มาตรการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในหลายมาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ในกฎหมาย หรือฝ่ายนิติบัญญัติอาจให้เจ้าหน้าที่ ที่มีดุลพินิจโดยสมบูรณ์ในการที่จะใช้มาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าเหมาะสม

ประเทศเยอรมันได้แยกดุลพินิจออกเป็นดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจ ตัดสินใจได้ในแต่ละสถานการณ์ หรือเรียกว่าเป็นอำนาจดุลพินิจตัดสินใจ (Entschließungsermessen) หรือในกรณี สถานการณ์หนึ่งสถานการณ์ใดที่ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ในหลายมาตรการที่อาจเป็นไปได้ หรือเรียกว่า อำนาจดุลพินิจที่จะเลือก (Auswahlermessen)

⁹² Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14 Aufl.(2002), S.108 อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 6-7

⁹³ Ernst Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts (München: 1973), S.84, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 7

ตัวอย่างการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้แก่

ตามมาตรา 15-II แห่งกฎหมายว่าด้วยการชุมนุม (Versammlungsgesetz-VersG) ได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการสั่งให้สลายการชุมนุม แต่ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจตัดสินใจที่จะมีคำสั่งให้สลายการชุมนุมหรือไม่ก็ได้ ซึ่งอำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองในที่นี้เป็นอำนาจทั่วไปของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมาย (Polizeiliche Generalklausel) ส่วนเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะเลือกใช้มาตรการใดในการสลายการชุมนุมนั้น ขึ้นอยู่กับว่าการชุมนุมดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายต่อการรักษาความปลอดภัยและการรักษาความสงบเรียบร้อยตามที่ของตำรวจหรือไม่ โดยการตัดสินใจและการเลือกใช้มาตรการใดเป็นอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามที่เห็นสมควร แต่สำหรับในกรณีที่การเลือกใช้มาตรการใดมีกฎหมายกำหนดมาตรการไว้หลายมาตรการอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะถูกจำกัดไว้ภายใต้ขอบเขตของการใช้มาตรการตามกฎหมาย เช่น การเก็บภาษีล่วงหน้ามีกฎหมายบัญญัติให้เรียกเก็บได้ในช่วงอัตรา 30-50 DM เจ้าหน้าที่ก็จะใช้อำนาจเรียกเก็บภาษีล่วงหน้าในช่วงอัตราที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวเท่านั้น เป็นต้น

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้อำนาจดุลพินิจไว้ในกฎหมายถือเป็นเทคนิคในการให้อำนาจดังกล่าวแก่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากในแต่ละสถานการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมมีการปรับใช้กฎหมายที่เหมาะสมสำหรับในแต่ละสถานการณ์แตกต่างกันออกไป ซึ่งโดยส่วนใหญ่การให้อำนาจดุลพินิจในกฎหมายจะบัญญัติ คำว่า “สามารถ (Kann)” “ให้อำนาจ (Dart)” “มีอำนาจในการ...(ist befugt)” เป็นต้น ส่วนการจะเลือกใช้อำนาจแบบใดในแต่ละกรณีต้องพิจารณาโดยอนุมานจากความสอดคล้องลงตัวของผลที่จะเกิดเมื่อตัดสินใจกระทำการใดกับสภาพเศรษฐกิจ สังคมและสถานการณ์โดยรวมในขณะนั้น ตัวอย่าง เช่น

ตามมาตรา 48 แห่งกฎหมายเกี่ยวกับจราจร (Strassenverkehrsordnung – StVO) กำหนดว่าเมื่อผู้ขับขี่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการจราจร ก็สามารถที่จะถูกยึดใบขับขี่เพื่อดำเนินการต่อไปในศาลจราจร ซึ่งจะเป็นได้ว่าการถูกยึดใบขับขี่สำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายจราจรดังกล่าวนั้น ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้มีอำนาจยึดตามกฎหมาย เนื่องจากมีการใช้คำว่า “สามารถ” ซึ่งเป็นการให้อำนาจภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย⁹⁴

⁹⁴ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE, t.23, p.25, 29, ; t.44, p.339, 342) อ้างถึงใน Hartmut Maurer, Droit administratif Allemand, traduit par Michel FROMONT (Paris : L.G.D.J, 1994), p.129. อ้างถึงใน ธีรญา สระทองอุ่น, ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง หน้า 16

ต่อมาจะได้กล่าวถึงอำนาจผูกพันซึ่งเป็นอำนาจที่ตรงข้ามกับอำนาจดุลพินิจ
อำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองถูกผูกพันให้ต้องใช้อำนาจให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้
ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายมักใช้คำว่า “มีหน้าที่ต้อง...(muss)” “เป็นไปตาม (ist zu (erteilen))”
“ปฏิเสธที่จะ...(darf nicht (versagt warden))” เป็นต้น

ตัวอย่างการจำแนกความแตกต่างระหว่างอำนาจดุลพินิจและอำนาจผูกพัน
ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากการใช้ถ้อยคำ เช่น ตามมาตรา 15 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยการค้า
เครื่องดื่มและการประกอบกิจการ โรงแรม (Gaststättengesetz – GastG) ซึ่งกำหนดว่าอำนาจในการ
ประกอบกิจการนี้สามารถถูกเพิกถอนได้ ถ้า...ซึ่งจะเห็นได้ว่าในสองกรณีดังกล่าว สามารถอธิบาย
ได้ว่า ถ้ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจใด ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตาม เช่น อำนาจ
ในการดำเนินกิจการนี้จะต้องถูกเพิกถอน ถ้า...ซึ่งหมายถึงว่า ถ้ามีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้น
ตามเงื่อนไขของกฎหมาย ฝ่ายปกครองผูกพันที่จะต้องเพิกถอนอำนาจในการดำเนินกิจการดังกล่าว
แต่ในบางกรณีกฎหมายใช้คำว่า “สามารถ” ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกที่จะเพิกถอนหรือไม่เพิกถอน
อำนาจในการดำเนินกิจการนี้หรือไม่ก็ได้ โดยต้องพิจารณาสถานการณ์และสภาพความร้ายแรง
แห่งกรณีที่ผู้ประกอบการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว เป็นต้น

โดยทั่วไปแล้วการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะกระทำการสำหรับในเรื่องใด
ก็ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทั่วไปของเรื่องนั้น ยกเว้นหากมีกรณีพิเศษในบางกรณีฝ่ายปกครอง
อาจไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์โดยทั่วไปดังกล่าว ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น
ในแต่ละกรณี เช่น ตามมาตรา 12-4 แห่งกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกองทัพ
(Wehrpflichtgesetz) (WehrPfG) กำหนดว่า โดยทั่วไปแล้วผู้มีหน้าที่ต้องเข้ารับราชการทหาร
จะต้องถูกส่งตัวกลับยังภูมิลำเนาเดิม หากปรากฏว่ามีคำสั่งเรียกตัวผู้นั้นโดยสร้างความลำบาก
ให้กับผู้นั้นมากจนเกินไป ยกเว้นกรณีที่เป็นการยากที่จะหาผู้เหมาะสมมาทำหน้าที่แทน

ปัญหาที่เห็นได้ชัดเจนสำหรับกรณีที่ไต่ยกตัวอย่างข้างต้นนี้ คือ การตีความ
คำว่า กรณีพิเศษหรือสถานการณ์พิเศษว่าเหตุการณ์ใดหรือข้อเท็จจริงใดจึงจะเข้าข่ายเป็นกรณีพิเศษ
ดังกล่าว แต่หากเป็นกรณีทั่วไปหรือสถานการณ์ทั่วไปแล้วกฎหมายจะบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครอง
ไว้โดยตรง ส่วนการบัญญัติกฎหมายโดยใช้คำว่า “ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการ...” กับ “ฝ่ายปกครอง
ต้องกระทำการ...” นั้น เป็นการยากที่จะกำหนดขอบเขตของการใช้กฎหมายดังกล่าว แต่ก็อาจสรุป
ได้ว่ากฎหมายได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการเลือกใช้มาตรการตามที่กฎหมายกำหนด

สำหรับในส่วนของศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐนั้น มีหลักว่าการที่ฝ่ายปกครอง
จะใช้อำนาจดุลพินิจได้นั้น จะต้องอ้างถึงประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ตัดสินใจใช้อำนาจดุลพินิจ
นั้นไป และการที่อาจมีสถานการณ์พิเศษที่มีผลให้ต้องใช้ดุลพินิจเพื่อก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่ง

ซึ่งในกรณีนี้เป็นการยากที่จะรอให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการได้ ในกรณีดังกล่าวศาลจึงไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงการมีหรือไม่มีอำนาจของฝ่ายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้าม ให้พิจารณาผลของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและมูลเหตุที่ใช้อำนาจกระทำการดังกล่าว ว่ามีความจำเป็นหรือไม่เพียงใด⁹⁵

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า คำว่า คุลพินิจ (Ermessen) ในทางกฎหมายเยอรมัน มีความแตกต่างจากถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง (unbestimmte Rechtsbegriffe) โดยกรณีของถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายไม่เจาะจงนั้น เป็นกรณีที่ผลทางกฎหมายมีความชัดเจน แต่เงื่อนไขในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายขาดความชัดเจน ซึ่งตามแนวคิดดังกล่าวมีข้อสังเกตว่าเป็นความเชื่อมโยงความหมายของคุลพินิจกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ ในสองแง่มุม คือ

ประการแรก ในเรื่องเงื่อนไขของกฎหมาย (Gesetzesvorbehalt) โดยกรณีที่มีการแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งกรณีนี้จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจอย่างเด็ดขาด โดยจะต้องกำหนดผลของการแทรกแซงในสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ว่า ฝ่ายปกครองสามารถแทรกแซงได้หรือไม่ และฝ่ายปกครองมีคุลพินิจหรือไม่ ซึ่งถ้ากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในลักษณะของคุลพินิจ ในกรณีนี้ถือว่ากฎหมายนั้นขาดความชัดเจน แต่หากในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งกฎหมายเรียกร้องว่าจะต้องได้รับอนุญาตก่อน บุคคลจะได้รับอนุญาตเมื่อกรณีเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ กรณีนี้ย่อมไม่ใช่กรณีของคุลพินิจตัดสินใจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการ

ประการที่สอง กรณีการกำหนดผลทางกฎหมายย่อมไม่มีความหมาย หากผลทางกฎหมายนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย

ดังนั้น ลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้คุลพินิจจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจว่าบทบัญญัตินั้นมีลักษณะเป็นประโยชน์เงื่อนไขหรือไม่ เช่น หากเข้าเงื่อนไขกฎหมาย A ให้มีผลทางกฎหมาย B แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงแต่อำนาจหน้าที่และกำหนดขอบเขตของการกระทำของฝ่ายปกครองเพียงให้อยู่ในเขตแดนของกฎหมายเท่านั้น กรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐมิได้เรียกว่าเป็นกรณีของคุลพินิจ หากแต่เป็นเรื่องความอิสระในการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ (Gestaltungsspielraum der Gesetzgebers) ซึ่งย่อมถือได้ว่าเป็นความอิสระของฝ่ายปกครองเช่นกัน หากกฎหมายเพียงแต่กำหนดอำนาจหน้าที่และกำหนดขอบเขตของการกระทำให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย

⁹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ (BVerwGE, t.72, p.1,6), อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน

ส่วนหลักในการพิจารณาการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามแนวทางของประเทศเยอรมัน คือ

1) การพิจารณาโดยตรงในการที่จะวินิจฉัยในเรื่องใดเรื่องหนึ่งจะต้องตีความบทบัญญัติกฎหมาย

2) การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นไม่ว่ากรณีใดๆ จะต้องกระทำเพื่อประโยชน์มหาชนและจะต้องไม่เป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (die Willkur)

อำนาจดุลพินิจเป็นความสามารถอันกฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะเลือกว่าในบรรดาคำสั่งสองหรือหลายคำสั่ง ซึ่งตามกฎหมายแล้วล้วนแต่ออกได้ทั้งสิ้นนั้น คำสั่งใดที่ตนเห็นว่า สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายแห่งอำนาจหน้าที่ของตนได้ดีที่สุด⁹⁶

สำหรับความหมายตามพจนานุกรมกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเล่มหนึ่งนั้นได้ให้คำจำกัดความว่า อำนาจดุลพินิจจะเกิดขึ้นเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายปล่อยให้ฝ่ายปกครองมีอิสระในขอบเขตที่กว้างขวางในการพิจารณาเพื่อกระทำการทางปกครอง โดยที่อิสระในการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขและสถานการณ์ที่หลากหลายภายใต้ขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ความชอบด้วยกฎหมายจะต้องไม่ใช่การที่ฝ่ายปกครองมีอิสระในการใช้อำนาจที่มากจนเกินไป โดยฝ่ายปกครองต้องเลือกทางที่เหมาะสมจากในหลายทางเลือกที่กฎหมายให้อำนาจกระทำการ⁹⁷

ตัวอย่างหนึ่ง คือ อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเลื่อนชั้นเลื่อยระดับของข้าราชการในฝรั่งเศสได้แบ่งกลุ่มข้าราชการไว้โดยกฎหมายกำหนดสถานะทั่วไป (Statut general) ของข้าราชการเป็น 3 ฝ่าย และข้าราชการฝ่ายต่างๆ ก็จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดสถานะไว้ แต่ถ้าหากว่าจะมีการกำหนดการเลื่อนระดับข้าราชการฝ่ายนั้นๆ จากระดับชั้นตรีเป็นชั้นโท จากชั้นโทเป็นชั้นเอก โดยนำหลักอาวุโสมาใช้ประกอบพิจารณาแล้ว ตามมาตรฐานกำหนดให้ข้าราชการที่มีอายุราชการครบ 5 ปี สามารถเลื่อนระดับจากชั้นโทเป็นชั้นเอกได้โดยอัตโนมัติ ในกรณีนี้ผู้บังคับบัญชาก็ต้องมีคำสั่งไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าข้าราชการต้องออกจากราชการเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเมื่ออายุครบ 60 ปีบริบูรณ์นั้น ผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจดุลพินิจที่จะเลือกว่าจะสั่งหรือไม่สั่ง แต่มีเพียงหน้าที่สั่งให้ข้าราชการคนนั้นพ้นจากราชการเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเมื่ออายุถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นต้น

⁹⁶ Marcel Waline, “Plaidoyer pour le pouvoir discretionnaire,” *Estudios de derecho administrative*, Tome 1 (1979) : 520 อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน

⁹⁷ Christophe Guettier, *Droit administratif*, 2ed. (Paris : Motchrestion, 2000), p.174

2.2.3 ความหมายและอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองไทย

ในระบบกฎหมายปกครองไทย ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติคำจำกัดความหรือความหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” ไว้ในกฎหมายต่างๆ ว่ามีความหมายอย่างไรอย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายบางฉบับจะเห็นว่ากฎหมายได้บัญญัติคำว่า “ดุลพินิจ” ไว้ในเนื้อหาของกฎหมาย โดยไม่ได้ให้คำจำกัดความหรือให้ความหมายในเชิงกฎหมายเอาไว้ เช่น พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ.2497⁹⁸ พระราชบัญญัติสัตยาธิ พ.ศ.2508⁹⁹ และพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540¹⁰⁰ เป็นต้น จึงต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ซึ่งได้ให้ความหมายว่า “ดุลพินิจ” หมายถึง “การวินิจฉัยที่เห็นสมควร”¹⁰¹ เมื่อพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมดังกล่าวดูเหมือนว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะทำได้อย่างกว้างขวางโดยไม่มีขอบเขตจำกัดแต่อย่างใด จึงต้องศึกษาความหมายของอำนาจดุลพินิจจากความเห็นทางกฎหมายของนักกฎหมายหรือนักวิชาการทางกฎหมายปกครองของไทยซึ่งได้ให้ความเห็นไว้ต่างๆ ดังนี้

อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเอง และภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนี้ อาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่างแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน¹⁰²

“อำนาจดุลพินิจ” หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ซึ่งดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายใน ซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายใน

⁹⁸ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ 2497

มาตรา 15/6 บัญญัติว่า “การพิจารณาประเด็นทางเทคนิค เป็นอำนาจดุลพินิจของผู้อำนวยการ และให้เป็นที่สุด”

⁹⁹ พระราชบัญญัติสัตยาธิ พ.ศ. 2508

มาตรา 9 บัญญัติว่า “การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้สัตยาธิไทยให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรี”

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

มาตรา 15 วรรคสอง บัญญัติว่า “คำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ แต่ต้องระบุไว้ด้วยว่าที่เปิดเผยไม่ได้เพราะเป็นข้อมูลข่าวสารประเภทใดและเพราะเหตุใด และให้ถือว่ากรณีคำสั่งของราชการเป็นดุลพินิจโดยเฉพาะของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามลำดับสายการบังคับบัญชา แต่ผู้ออกอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้”

¹⁰¹ ราชบัณฑิตยสถาน, ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์พับลิคชั่นส์, 2546, หน้า 412

¹⁰² กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”, *บทบัญญัติ* 42, 3 (กันยายน), 2529, หน้า 51

ขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองดังกล่าวเป็นที่สุด การใช้ดุลพินิจนี้เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนจะออกนิติกรรมทางปกครอง การใช้ดุลพินิจอาจจะอยู่ในรูปของการกระทำหรืองดเว้นกระทำการก็ได้ ดุลพินิจฝ่ายปกครองเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะเลือกวินิจฉัยและกระทำการได้หลายอย่างในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ด้วยบทกฎหมายมิได้กำหนดให้ผลทางกฎหมายขององค์ประกอบที่ครบถ้วนนั้นมีเพียงอย่างเดียว แต่ให้อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งด้วยบทกฎหมายจะเสนอให้เลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดจากสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไป หรือจะให้เลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ ดุลพินิจฝ่ายปกครองในส่วนผลทางกฎหมายนี้อาจแยกพิจารณาได้สองประการคือ

ประการแรก ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่

ประการที่สอง ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจเลือกมาตรการที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้หรือไม่ หรือดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติ¹⁰³

การกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนี้ก็เนื่องมาจากความคิดในเรื่องวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมาย โดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ หรือเป็นกรณีๆ ไป ทำให้การใช้กฎหมายไม่แข็งกระด้างแต่สามารถยืดหยุ่นสำหรับให้สอดคล้องและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายได้ เป็นกรณีที่คำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะคดี¹⁰⁴

“อำนาจดุลพินิจ” หมายถึง ความอิสระของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจากสองประการหรือหลายๆประการ หรือภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในคดีเฉพาะราย¹⁰⁵

กรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีโอกาสตัดสินใจแต่ต้องใช้อำนาจกระทำการหรือฝ่ายปกครองไม่มีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำนี้อาจเรียกว่าเป็น อำนาจผูกพันหรือ อำนาจหน้าที่ก็ได้ ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองมีโอกาสดังกล่าวสามารถจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่ก็ได้ หรือสามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้นั้น เรียกว่า อำนาจดุลพินิจ ซึ่งในทางทฤษฎีแล้วอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจกระทำการต่างๆ นั้น สามารถจำแนก

¹⁰³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537, หน้า 171

¹⁰⁴ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์* 17, 3 (กันยายน), 2530, หน้า 57

¹⁰⁵ สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553, หน้า 245

ออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)¹⁰⁶

อำนาจผูกพัน บางท่านเรียกว่า “อำนาจหน้าที่” หรือ “อำนาจผูกพัน” นั้นอำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ และกระทำการโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนด¹⁰⁷

“อำนาจดุลพินิจ” หมายถึง ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายๆอย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อบำบัดการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร¹⁰⁸

“อำนาจดุลพินิจ” หมายถึง อำนาจที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองสามารถที่จะเลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ กล่าวคือ อำนาจดุลพินิจเป็นผลมาจากการที่การกระทำทางปกครองมิได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน โดยบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้มีผลทางกฎหมายเพียงประการเดียวไว้กับองค์ประกอบของกฎหมายเหมือนอย่างที่ว่าฝ่ายปกครองต้องผูกมัดกับกฎหมายอย่างเคร่งครัด แต่บทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเลือกกำหนดผลทางกฎหมายเอาเอง โดยให้ทางเลือกสองทางหรือมากกว่านั้น หรือกำหนดขอบเขตของการที่จะต้องกระทำแน่นอนให้¹⁰⁹

“ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” หมายถึง การที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือกระทำการไปในทางใดทางหนึ่งในกรณีกฎหมายให้ทางเลือกหลายทาง และหากเลือกกระทำการไปในทางใดทางหนึ่งโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้ว ก็ล้วนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้ากฎหมายกำหนดให้

¹⁰⁶ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, ใน *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี คร.ปรีดี เกษมทรัพย์*, กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินติ้งเฮ้าส์, 2531, หน้า 199

¹⁰⁷ “เรื่องเดียวกัน”

¹⁰⁸ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, *บทบัญญัติ 47*, 1 (มีนาคม), 2534, หน้า 53

¹⁰⁹ หัสวุฒิ วิชาติวิริยกุล, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองในประเทศออสเตรเลีย”, *วารสารนิติศาสตร์* 20, 1 (มีนาคม), 2533, หน้า 128

ฝ่ายปกครองมีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมถือไม่ได้ว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้¹¹⁰

“อำนาจดุลพินิจ” หมายถึง อำนาจในการตัดสินใจหรือกระทำการใดได้อย่างอิสระ โดยปราศจากความพอใจส่วนตัว หรือกล่าวคือการตัดสินใจต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล โดยต้องพิจารณาถึงความยุติธรรมตามธรรมชาติและพิจารณาถึงประโยชน์ของทุกฝ่ายอย่างรอบด้านแล้วหรือเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผล¹¹¹

จากความเห็นของนักกฎหมายหรือนักวิชาการทางกฎหมายปกครองหลายท่าน จะเห็นได้ว่าต่างก็ได้ให้ข้อจำกัดความหรือความหมายของอำนาจดุลพินิจไปในแนวทางเดียวกัน จะต่างก็เฉพาะแต่เพียงถ้อยคำและการอธิบายในประเด็นเฉพาะเรื่องเท่านั้น จึงอาจสรุปได้ว่า “อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” หมายถึง เมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่ และหากเลือกตัดสินใจไปในทางที่จะใช้อำนาจกระทำการแล้ว ฝ่ายปกครองก็ยังสามารถเลือกมาตรการใด มาตรการหนึ่งในหลายๆมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเนื้อหาของ การกระทำได้เองตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ เนื่องจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองไม่อาจเข้ากันได้กับการกำหนดให้ทุกๆเรื่องเป็นอำนาจผูกพัน เพราะฝ่ายปกครองต้องปรับตัวอยู่ตลอดเวลาให้ เข้ากับสถานการณ์เฉพาะและความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น ซึ่งกฎหมายมิได้คาดการณ์และกำหนดไว้ในทางตรงข้ามหากปล่อยให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจมากเกินไป ก็จะไม่มีหลักประกันความมั่นคง ปลอดภัยของประชาชน เพราะฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจตามอำเภอใจ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องสร้างความสมดุลระหว่างอำนาจทั้งสอง¹¹²

¹¹⁰ อุทัย หงส์ศิริ, “นิติกรรมทางปกครอง” ในคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547, หน้า 315

¹¹¹ อมร จันทรสมนบูรณ์, หลักกฎหมายปกครอง, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520, หน้า 139-140

¹¹² สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง ผู้ให้ทุนสนับสนุนการวิจัย โดยสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ตุลาคม), 2545, หน้า 79

3. ที่มาของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

3.1 ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ

ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนี้เป็นส่วนที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ ซึ่งก่อนที่จะใช้อำนาจนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเสียก่อนว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ จากนั้นจึงให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยตรวจสอบข้อเท็จจริงในกฎหมายว่ามีอยู่อย่างใด ซึ่งก็เป็นการตีความกฎหมายนั่นเอง แล้วนำข้อเท็จจริงที่ได้ตรวจสอบแล้วว่าได้เกิดขึ้นจริงๆ มาปรับบทกับข้อเท็จจริงในกฎหมาย¹¹³

จากกระบวนการใช้อำนาจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุดังที่กล่าวแล้วข้างต้น เราอาจสรุปได้ว่า

ในการตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่นั้น ฝ่ายปกครองสามารถตรวจสอบได้โดยอาศัยพยานหลักฐานต่างๆ แล้ววินิจฉัยว่าพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่นั้นเพียงพอที่จะทำให้เชื่อว่าข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ จึงเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะเลือกความพอใจว่าข้อเท็จจริงนั้นๆ เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ แม้ว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนี้อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันเกิดขึ้นได้เสมอ แต่ในที่สุดแล้วก็จะต้องมีคำวินิจฉัยที่เด็ดขาดเป็นที่ยุติ¹¹⁴ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่มีดุลพินิจในขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง

สำหรับการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง หรือการตีความการปรับข้อความกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจน แล้วย่อมไม่มีปัญหา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนี้มีบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) เช่น “ดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”¹¹⁵ หรือ “ในลักษณะที่สกปรกรุงรังหรือไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย”¹¹⁶ หรือใช้ถ้อยคำที่มีความหมาย

¹¹³ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 22

¹¹⁴ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์* 17, 3 (กันยายน), 2530, หน้า 53

¹¹⁵ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21

¹¹⁶ พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 40

ทางเทคนิค¹¹⁷ เช่น “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ”¹¹⁸ ซึ่งทำให้บางครั้งฝ่ายปกครองสามารถปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่เป็นที่ยุติ โดยตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายเป็นกรณีๆ ไปได้ จึงมีปัญหว่าฝ่ายปกครองจะสามารถมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้หรือไม่ ซึ่งยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน¹¹⁹

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงประเภทที่จะต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกัน (Normative Concept) ในการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุคงได้กล่าวแล้ว เช่น “การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม” “อาคารที่ชำรุดทรุดโทรมหรือมีสภาพเป็นที่น่ารังเกียจ” “การกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ” หรือ “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ” เป็นต้น

3.2 ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายนี้ เป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่าตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดหน้าที่ (Obligation) หรือความสามารถ (Faculte) แก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจ และในการใช้อำนาจนั้นกฎหมายอาจกำหนดเนื้อหาของการกระทำเพียงประการเดียว หรือเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อหาของความจากการกระทำหรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ได้เจาะจงว่า เนื้อความนั้นจะเป็นอย่างไรบ้าง ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่ง ซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปว่าฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้

จากที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า ในการศึกษาความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองนี้ สามารถศึกษาได้ในขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ซึ่งในกรณี queถือว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้ได้ เรียกดุลพินิจในชั้นตอนนี้ว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” (Margin of Judgement) กับในขั้นตอนในการตัดสินใจใช้อำนาจ หรือที่เรียกกันว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” หรือ “ดุลพินิจบริหาร”

¹¹⁷ เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะทำนองเดียวกับถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง

¹¹⁸ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 26

¹¹⁹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล, การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 24

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ และถ้าตัดสินใจไปในทางใช้อำนาจแล้วจะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อความของการกระทำด้วย ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำ ดังนี้

3.2.1 กรณีฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจใช้อำนาจ

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ”¹²⁰ “มีสิทธิ”¹²¹ “อาจ... ก็ได้”¹²² หรือถ้อยคำทำนองนี้ เช่น “สามารถ” หรือ “ควรจะ” แต่หากไม่ประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “ต้อง”¹²³ หรือ “ให้ปฏิเสธไม่รับพิจารณาคำขอ”¹²⁴ เป็นต้น ซึ่งทำให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจเท่านั้น ไม่มีทางเลือกตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำเหล่านี้เป็นเพียงเครื่องบ่งชี้เบื้องต้นเท่านั้น ฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจจะต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจประกอบด้วยจึงจะสามารถทราบได้ อย่างต้องแท้ว่ากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองหรือไม่¹²⁵ นอกจากนี้แล้ว การที่จะยึดถือเทคนิคการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำเหล่านี้เป็นข้ออ้างเหตุของการมีอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ถ้อยคำเหล่านี้จะต้องถูกบัญญัติขึ้น โดยมีความรู้สำนึกและวิชาการอยู่เบื้องหลังด้วย มิฉะนั้นแล้ว การพิจารณาหรือตีความถ้อยคำเหล่านี้มาเป็นเงื่อนไขของการให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองแล้ว ย่อมไม่อาจกระทำได้¹²⁶

¹²⁰ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 30 มาตรา 43 และพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 มาตรา 40

¹²¹ พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499 มาตรา 26 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 มาตรา 8

¹²² ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 เรื่องควบคุมการจัดสรรที่ดิน ข้อ 12 และพระราชบัญญัติโรงแรม พุทธศักราช 2478 มาตรา 23

¹²³ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 มาตรา 8

¹²⁴ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 26

¹²⁵ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, ในรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531, หน้า 201

¹²⁶ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 57

3.2.2 กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อความของการกระทำ

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อความของการกระทำ ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง ดังนี้

1) กำหนดเนื้อความของการกระทำตั้งแต่สองเนื้อความขึ้นไปให้ฝ่ายปกครองเลือกเนื้อความให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น กรณีที่มีการกระทำผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงของข้าราชการผู้ใด กฎหมายได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งสามารถเลือกเนื้อความในการที่จะส่งลงโทษว่าจะส่งปลดออก หรือไล่ออกจากราชการ¹²⁷ หรือกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการคนใดคนหนึ่งดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม กฎหมายได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถเลือกเนื้อความว่าสมควรจะออกคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้¹²⁸ เป็นต้น

2) กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้เองภายในขอบเขตที่กำหนด โดยกฎหมายที่ให้อำนาจมิได้กำหนดเจาะจงว่าเนื้อความนั้นจะเป็นอย่างไรบ้าง เช่น กรณีที่สาธารณสุข ภัยทางอากาศ หรือการก่อวินาศกรรมเกิดขึ้นหรือใกล้จะเกิดขึ้น กฎหมายได้กำหนดให้ผู้บัญชาการท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่นั้นมีอำนาจสั่งให้ข้าราชการฝ่ายพลเรือน พนักงานส่วนท้องถิ่น เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ เจ้าพนักงาน อาสาสมัคร และบุคคลใดๆ ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่ที่เกิดสาธารณสุข ภัย ให้ปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามความจำเป็นในการป้องกันและบรรเทาสาธารณสุข¹²⁹ จะเห็นได้ว่า กฎหมายมิได้กำหนดว่าจะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งการโดยมีเนื้อความเจาะจงอย่างไร แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเนื้อความของการกระทำเองตามความจำเป็น โดยสั่งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งดังกล่าวปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความจำเป็นในการป้องกันและบรรเทาสาธารณสุข

¹²⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 97 วรรคหนึ่ง

¹²⁸ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21

¹²⁹ พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณสุข พ.ศ. 2550 มาตรา 21

4. ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ยอมรับให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนั้น อำนาจดุลพินิจที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้กับฝ่ายปกครองนี้ จะมีขอบเขตกว้างหรือแคบแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ให้อำนาจของฝ่ายปกครองว่าจะให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการวินิจฉัยสั่งการ โดยมีเสรีมากหรือน้อย¹³⁰

4.1 พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจ

การศึกษาถึงขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเองว่าได้บัญญัติโดยให้ฝ่ายปกครองมีขอบเขตของอำนาจดุลพินิจกว้างหรือแคบเพียงใด นอกจากนี้ หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลแล้วยังพบว่าบางกรณีศาลก็มีส่วนในการกำหนดขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเช่นกัน¹³¹

4.1.1 ถ้อยคำที่บัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ

1) ถ้อยคำที่บัญญัติเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ

กฎหมายที่ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่บัญญัติเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุคือ ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงประเภท Normative Concept แล้ว กล่าวได้ว่าในกรณีนี้ถ้อยคำดังกล่าวมิได้แสดงออกว่าให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในขอบเขตที่กว้างหรือแคบอย่างไร ทั้งนี้เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวเพียงแต่แสดงออกซึ่งคุณค่าบางอย่างบางประการที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจเพราะฝ่ายปกครองจะต้องนำถ้อยคำเหล่านี้มาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกันเท่านั้น ดังนั้น ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนี้จึงไม่สามารถพิจารณาจากถ้อยคำเหล่านี้ได้¹³² แต่อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนี้ จะไม่มีขอบเขต เพราะหากพิจารณาจากเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจดุลพินิจให้แก่ฝ่ายปกครองเนื่องจากฝ่ายปกครองมีความรู้ความสามารถ ความชำนาญ หรือประสบการณ์พิเศษ และยังมีใกล้ชิดคลุกคลีกับปัญหาต่างๆ มากกว่าแล้ว จะเห็นได้ว่าการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนี้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องวางหรือมีกฎเกณฑ์ในการประเมินความหมายหรือมาตรฐานทั่วไปในการวินิจฉัย ด้วยเหตุนี้ ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีนี้จึงอาจพิจารณาได้จากกฎเกณฑ์

¹³⁰ อิศระ นิตินันท์ประกาศ กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, กรุงเทพมหานคร: คุณพินอักษรกิจ, 2527, หน้า 106

¹³¹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล, การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 59

¹³² “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 60

ของการประเมินความหมาย หรือมาตรฐานทั่วไปที่ฝ่ายปกครองได้วางไว้ ซึ่งศาลเองก็น่าจะเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีนี้เช่นกัน¹³³

2) ถ้อยคำที่บัญญัติเป็นผลทางกฎหมาย

ถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดผลทางกฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อกระทำการนี้สามารถแสดงออกซึ่งขอบเขตของอำนาจดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมายดังนี้

(1) กรณีที่เป็นดุลพินิจอย่างแคบ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีขอบเขตของอำนาจดุลพินิจค่อนข้างแคบมาก เช่น บทบัญญัติที่ใช้ถ้อยคำว่า “ควรจะ” ซึ่งโดยปกติแล้วฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจะต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น เว้นแต่จะมีเหตุยกเว้นพิเศษเฉพาะเรื่องจริงๆ จึงจะสามารถใช้อำนาจดุลพินิจนี้ได้

(2) กรณีที่เป็นดุลพินิจอย่างกว้าง เป็นกรณีที่ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองกว้างกว่ากรณีแรก เช่น บทบัญญัติที่ใช้ถ้อยคำว่า “สามารถจะ” หรือ “มีอำนาจ” โดยไม่ได้กำหนดมาตรฐานการใช้ดุลพินิจไว้ ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาจากกรณีเฉพาะรายให้เกิดความยุติธรรม และไม่ถูกจำกัดด้วยหลักเกณฑ์พิจารณาทั่วไป

อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณาขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจากถ้อยคำเหล่านี้จะต้องเป็นกรณีที่มีความรู้สำนึกและมีวิชาการอยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายดังได้กล่าวมาแล้วด้วย มิฉะนั้นแล้ว การพิจารณาขอบเขตของอำนาจดุลพินิจจากถ้อยคำเหล่านี้ย่อมไม่อาจกระทำได้¹³⁴

4.1.2 ข้อความที่บัญญัติให้ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงในการใช้อำนาจดุลพินิจ

นอกจากถ้อยคำดังกล่าวข้างต้น ยังมีกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยการกำหนดข้อความที่เป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองจะต้องนำมาประกอบการพิจารณาในการใช้อำนาจ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นมาตรฐานการใช้ดุลพินิจซึ่งทำให้ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองถูกจำกัดลง เช่น กรณีอำนาจของคณะกรรมการผังเมืองที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินจะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือระงับการใช้ประโยชน์ที่ดินของตนภายในระยะเวลาที่เห็นสมควรกฎหมายได้จำกัดขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของคณะกรรมการฯ โดยกำหนดข้อความที่เป็นสิ่งที่คณะกรรมการฯ

¹³³ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”, *บทบัญญัติ* 42, 3 (กันยายน), 2529, หน้า 75

¹³⁴ เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล, *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 61

จะต้องคำนึงถึงหรือจะต้องนำมาประกอบการพิจารณาใช้อำนาจ กล่าวคือ คณะกรรมการฯ จะต้องใช้อำนาจโดยคำนึงถึงกิจการที่มีการใช้ประโยชน์ที่ดิน สภาพของที่ดินและทรัพย์สินอื่นที่เกี่ยวกับที่ดิน การลงทุน ประโยชน์หรือความเดือดร้อนรำคาญที่ประชาชนได้รับจากกิจการนั้นประกอบด้วย¹³⁵ จึงเห็นได้ว่าการใช้อำนาจของคณะกรรมการฯ ในกรณีนี้ อำนาจดุลพินิจของคณะกรรมการฯ ถูกจำกัดขอบเขตลงโดยข้อความดังกล่าว ซึ่งต่างกับกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดข้อความที่เป็นสิ่งเหล่านี้ไว้เลยที่ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะกว้างกว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดข้อความทำนองดังกล่าวไว้

สำหรับขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองของไทย จากการพิจารณาจากถ้อยคำตามข้อ 3.2.1 ดูจะเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก เนื่องจากยังขาดความรู้สำนึกและวิชาการในเรื่องดังกล่าวอยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายรวมทั้งการบัญญัติกฎหมายบางครั้งขึ้นอยู่กับสำนวนของผู้ร่างกฎหมายแต่ละบุคคลหรือแต่ละคณะด้วย ดังนั้น ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองของไทยก็คงต้องพิจารณาจากข้อความที่เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดว่าจะไว้บ้างที่จะต้องนำมาประกอบการพิจารณาใช้อำนาจตามข้อ 3.2.2 แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากกฎหมายต่างๆ ที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองของไทย จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองส่วนใหญ่มักจะมีได้กำหนดข้อความที่เป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองจะต้องนำมาประกอบการพิจารณาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กฎหมายไม่ได้วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการที่จะให้อำนาจดุลพินิจไว้ ทำให้หากพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายแล้วฝ่ายปกครองของไทยมีขอบเขตของอำนาจดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวาง¹³⁶

นอกจากบทบัญญัติของกฎหมายจะให้ฝ่ายปกครองของไทยมีขอบเขตของอำนาจดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางแล้ว ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองเองก็ใช้อำนาจโดยมีขอบเขตอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศไทยมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นเวลาหลายศตวรรษ ซึ่งมีหลักกฎหมายว่ากระทรวง ทบวง กรมที่ถูกฟ้องต่อศาลไม่จำเป็นต้องมาเป็นจำเลยในศาล โดยหลักกฎหมายดังกล่าวได้รับการรับรองโดยคำพิพากษาฎีกาที่ 520 ซึ่งตัดสินในปี ร.ศ.121 ต่อมาในปี ร.ศ. 129 กระทรวงยุติธรรมได้ออกกฎที่ 60 ว่าด้วยการที่ศาลจะมีหมายถึงกรมและกระทรวงต่างๆ มีใจความว่า “เรื่องฟ้องกรมและกระทรวงเป็นจำเลย ศาลอย่ามีหมายไปยังกรมอัยการเลย ให้

¹³⁵ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 27 วรรคสอง

¹³⁶ เอกบุณญ วงศ์สวัสดิกุล, การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 63

มีหนังสือแจ้งความไปยังกรมอัยการ เพราะเขาจะมาแก้ความก็ได้ไม่มาก็ได้”¹³⁷ และแม้แต่หลังจากที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วก็ตาม ศาลฎีกาก็ยังวินิจฉัยกรณีที่กระทรวง ทบวง กรม ถูกฟ้องว่าจำต้องยอมมาเป็นจำเลยหรือไม่นั้นว่าต้องถือบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 520¹³⁸ กล่าวคือ กระทรวง ทบวง กรมที่ถูกฟ้องจะมาเป็นจำเลยหรือไม่ก็ได้ ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายปกครองจึงมีเอกสิทธิ์ในทางศาลมานานแม้หลักดังกล่าวจะถูกยกเลิกแล้วโดยผลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492¹³⁹ ตลอดจนรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา¹⁴⁰ ก็ตาม การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลก็ยังไม่สู้จะแพร่หลายเท่าที่ควร ประกอบกับแต่โบราณกาลมาแล้วประเทศไทยมีประเพณีว่า เมื่อราษฎรมีทุกข์ร้อนประการใด ซึ่งรวมทั้งการไม่ได้รับความเป็นธรรมจากเจ้าหน้าที่ของทางราชการด้วย ก็มีสิทธิทูลเกล้าถวายฎีกาต่อพระมหากษัตริย์ได้ ดังนั้น การฟ้องคดีปกครองจึงเป็นเรื่องที่คนไทยไม่คุ้นเคย¹⁴¹ ทำให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจของตนได้ภายในขอบเขตที่กว้างขวาง จึงเป็นเรื่องที่ต้องยอมรับว่าระบอบการปกครองของไทยเป็นระบอบที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจมาก

4.2 พิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล

4.2.1 แนวคำพิพากษาของศาลในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ

ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ฝ่ายปกครองสามารถมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองนั่นเอง ซึ่งในกรณีของขอบเขตของอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้แม้โดยถ้อยคำที่ใช้กำหนดเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุจะไม่สามารถแสดงออกซึ่งขอบเขตของอำนาจดุลพินิจได้ก็ตามแต่ในทางปฏิบัติแล้ว ศาลก็มีส่วนในการกำหนดขอบเขตของอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ เช่นกัน เช่น ศาลปกครองของฝรั่งเศสในกรณีตามกฎหมายสถานภาพของบุคลากรในมหาวิทยาลัยบัญญัติว่า บุคลากรที่ปรากฏจากผลการประเมินการทดลองปฏิบัติราชการแล้วปรากฏว่าไม่น่าพึงพอใจจะต้องถูกปลดออกจากการเป็นบุคลากรในมหาวิทยาลัยปรากฏว่าเมื่อมีผู้ทดลองปฏิบัติราชการแต่เมื่อประเมินแล้วปรากฏว่าไม่น่าพึงพอใจจึงไม่ได้รับการบรรจุ แต่บุคคลผู้นั้นเห็นว่าการทดลองปฏิบัติราชการของตนนั้นเป็นที่น่าพึงพอใจแล้ว จึงนำคดีมาฟ้องต่อสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) แต่สภาแห่งรัฐ

¹³⁷ อิศระ นิตินันท์ประกาศ, “คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการ เรื่อง ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย”, *วารสารนิติศาสตร์* 12, 1, 2529, หน้า 137

¹³⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1106/2473 ธรรมสาร หน้า 776 (ระหว่าง นายฮอร์ชชาร์ล เฮนส์คัลลี ผู้รับมอบฉันทะจากบริษัท อีสเตรนสยามอินเดครดิง จำกัด โจทก์ กรมราชโลหกิจและภูมิวิทยา จำเลย)

¹³⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 44

¹⁴⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 46

¹⁴¹ อิศระ นิตินันท์ประกาศ, “คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการ เรื่อง ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย”, *วารสารนิติศาสตร์* 12, 1, 2529, หน้า 137

พิพากษายกฟ้อง โดยเห็นว่าการประเมิณนี้ไม่อาจนำมาฟ้องร้องต่อศาลได้ เพราะเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง¹⁴² หรือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมของอังกฤษในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีมหาดไทยออกคำสั่งกักขังบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เมื่อรัฐมนตรีมีเหตุที่น่าเชื่อว่าบุคคลนั้นฝ่าฝืนปฏิบัติที่เป็นปฏิปักษ์กับอังกฤษ หรือเป็นสมาชิกสมาคมที่เป็นปฏิปักษ์กับอังกฤษ ศาลยุติธรรมของอังกฤษได้ปฏิเสธที่จะเรียกร้องให้รัฐมนตรีแสดงเหตุผลเพราะศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ โดยถือว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง¹⁴³

จากสองกรณีนี้จะเห็นได้ว่าศาลได้จำกัดตนเองในการควบคุมฝ่ายปกครอง ทำให้ฝ่ายปกครองมีขอบเขตของอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงค่อนข้างกว้างขวาง

แต่อย่างไรก็ตาม บางกรณีศาลก็ได้ขยายอำนาจในการควบคุมฝ่ายปกครอง อันเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง จนกล่าวได้ว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้เลย เช่น ศาลปกครองของฝรั่งเศสในกรณีตามกฎหมายป่าไม้ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีเกษตรอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้เอกชนหักล้างถางพงในที่ดินของตนเอง ถ้าปรากฏว่าการสงวนไว้ซึ่งต้นไม้ในที่ดินนั้นมีความจำเป็นต่อการรักษาไว้ซึ่งสภาพสมดุลทางชีววิทยาของภูมิภาค เจ้าของที่ดินแปลงหนึ่งซึ่งตั้งอยู่ทางตอนเหนือของประเทศฝรั่งเศส ได้ยื่นคำร้องขออนุญาตหักล้างถางพงในที่ดินของตน รัฐมนตรีเกษตรเห็นว่าการสงวนต้นไม้ในที่ดินนั้นมีความจำเป็นต่อการรักษาไว้ซึ่งสภาพสมดุลทางชีววิทยาของภูมิภาค และเห็นสมควรไม่อนุญาตหักล้างถางพง ศาลปกครองของฝรั่งเศส (Jurisdiction administrative) เห็นว่าตนมีอำนาจตรวจสอบคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีเกษตรว่า กรณีตามข้อเท็จจริงในคดีนี้จำเป็นต่อการรักษาไว้ซึ่งสภาพสมดุลทางชีววิทยาของภูมิภาคหรือไม่ โดยศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่าคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีถูกต้องแล้ว¹⁴⁴ หรือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมของอังกฤษในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นประกาศว่าบริเวณใดเป็นบริเวณที่ต้องมีการกวาดล้าง (clearance area) เมื่อเห็นว่ามีบ้านเรือนที่ไม่เหมาะสมแก่การอยู่อาศัย โดยจะต้องบังคับซื้อที่ดินในบริเวณนั้น และหากเห็นว่ามีควมจำเป็นอย่างยิ่งแก่การพัฒนาหรือการใช้ประโยชน์บริเวณดังกล่าวก็อาจบังคับซื้อที่ดินที่อยู่ติดกับบริเวณดังกล่าวได้ ศาลยุติธรรมของอังกฤษเห็นว่าการวินิจฉัยคำว่ามีควมจำเป็นอย่างยิ่งแก่การพัฒนาหรือการใช้

¹⁴² คดี C.E., 27 juillet 1979

¹⁴³ คดี Liverside v. Anderson [1942] A.C. 204

¹⁴⁴ คดี C.E., 6 Ferrier 1981

ประโยชน์บริเวณดังกล่าวนี้ ศาลสามารถควบคุมตรวจสอบคำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้ว่า ถูกต้องเพียงใดหรือไม่¹⁴⁵

จากสองกรณีนี้จะเห็นได้ว่าศาลได้จำกัดขอบเขตอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงจนกล่าวได้ว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจเหลืออยู่เลย

4.2.2 แนวคำพิพากษาของศาลในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

การพิจารณาขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนผลทางกฎหมาย นอกจากจะพิจารณาจากถ้อยคำที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจบัญญัติไว้แล้ว คำพิพากษาของศาล ก็มีส่วนในการกำหนดขอบเขตอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนนี้เช่นกัน¹⁴⁶ เช่น คำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสในกรณีที่กฎหมายฉบับลงวันที่ 16 ธันวาคม 1940 ได้บัญญัติว่า การโอน และการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัด โดยกฎหมายฉบับนี้ มิได้กำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่ผู้ว่าราชการจังหวัด ไว้อย่างกว้างขวาง แต่ศาลปกครอง (Conseil d'Etat) เห็นว่า ในกรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนารมณ์โดยปริยายที่จะขีดขวางการเพิกถอนการ ซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น ศาลจึงได้เพิกถอนคำสั่งปฏิเสธการอนุญาตการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีได้กระทำเพื่อความมุ่งหมายดังกล่าว¹⁴⁷ จึงเห็นได้ว่าศาลได้จำกัดขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในอันที่จะพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้โอนหรือซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ก็ได้มาเป็นที่ว่า ถ้าการโอนหรือซื้อขายอสังหาริมทรัพย์รายใดมีลักษณะเป็นการเพิกถอนคำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัด จะต้องปฏิเสธไม่อนุญาต ส่วนการโอนหรือซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีลักษณะเป็นการเพิกถอนคำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัดต้องอนุญาต ซึ่งเท่ากับว่าอำนาจดุลพินิจดังกล่าวได้ถูกจำกัดลงจนฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจในกรณีนี้เหลืออยู่เลย

สำหรับการกำหนดขอบเขตของอำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย โดยศาลไทย นั้น จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปรากฏว่าศาลไทยก็มีส่วนในการกำหนดขอบเขตดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายด้วยเช่นกัน โดยก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง การฟ้องคดีเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีคำสั่งซึ่งให้คุณให้โทษข้าราชการ ศาลไทยไม่ควบคุมเลยแม้จะมีการอ้างว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม¹⁴⁸ โดยศาล

¹⁴⁵ คดี Coleen Properties Ltd.V.Minister of Housing and Local Government [1971] , W.L.R.434

¹⁴⁶ เอกนุญ วงศ์สวัสดิกุล, การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 68

¹⁴⁷ คดี C.E.,9 juillet 1943.Tabouret et Lavoche, Rec, 182

¹⁴⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1066/2513 น.1523 (ระหว่างนายสนธิ ศิวานวล โจทก์ กระทรวงการคลัง จำเลย)

ถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจของทางราชการฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะ จึงเห็นได้ว่า การที่ศาลไม่ควบคุมเช่นนี้ย่อมทำให้ฝ่ายปกครองมีขอบเขตของอำนาจดุลพินิจที่กว้างขวางมาก¹⁴⁹ แต่ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ศาลปกครองได้ตรวจสอบควบคุมดุลพินิจการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้คุณให้โทษกับข้าราชการในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย เช่น ดุลพินิจในการลงโทษทางวินัยข้าราชการว่ากรณีการกระทำอย่างใดที่ถือว่าเป็นความผิดวินัยไม่ร้ายแรง เช่น กรณีข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัยปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่พัสดุได้ร่วมกันสั่งซื้อเครื่องชุดวัดสีพร้อมอะไหล่จากบริษัทผู้จำหน่ายสินค้า ในนามของสถาบันให้แก่บริษัทเอกชน ซึ่งการสั่งซื้อในนามสถาบันการศึกษาดังกล่าวทำให้บริษัทเอกชนได้รับประโยชน์โดยตรงคือ ทำให้ซื้อได้ในราคาถูกกว่าปกติร้อยละ 40 กรณีเป็นความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงฐานอาศัยอำนาจหน้าที่ราชการของตนเพื่อหาผลประโยชน์ให้แก่ผู้อื่น¹⁵⁰ หรือการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง เช่น กรณีละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อกันเกินกว่า 15 วัน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร¹⁵¹ หรือการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจให้การเท็จในฐานะเป็นพยานในคดีอาญา ไม่ว่าจะเป็นการยอมให้การเท็จต่อพนักงานสอบสวน หรือเป็นการกลับคำให้การอันเป็นเท็จในการให้การต่อพนักงานอัยการ และเบิกความต่อศาลก็ตาม ย่อมถือได้ว่าเป็นการประพฤติด้อย่างร้ายแรง¹⁵² ทั้งนี้ ศาลปกครองจะตรวจสอบควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งของผู้บังคับบัญชาว่า ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งลงโทษต้องลงโทษภายในขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยพิจารณาจากลักษณะและความรุนแรงของการกระทำผิด อัตราโทษที่จะออกคำสั่งได้ วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางวินัย ซึ่งถ้าหากเป็นการสั่งภายในขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วก็เป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบ เช่น ข้าราชการครูมีพฤติการณ์กระทำอนาจารนักเรียนซึ่งเป็นศิษย์ของตนยอมเป็นการกระทำที่ได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติด้อย่างร้ายแรง การลงโทษไล่ออกจากราชการจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมแล้ว¹⁵³ หรือตัวอย่างการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ เช่น กรณีข้าราชการได้ยื่นใบลาป่วยโดยชอบด้วยระเบียบผู้บังคับบัญชาจะต้องพิจารณามีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตการลาดังกล่าว การที่ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งลงโทษข้าราชการที่ยื่นใบลาตามระเบียบในความผิดฐานละทิ้งหน้าที่ราชการโดยไม่มีเหตุผล

¹⁴⁹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล, *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 70

¹⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 144/2547

¹⁵¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 2/2549, อ.112/2549, อ.250/2550, อ.402/2550

¹⁵² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 63/2549

¹⁵³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 311/2549

อันสมควร จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ¹⁵⁴ นอกจากนี้ การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองกรณีอื่น ศาลปกครองก็ได้มีการควบคุมเช่นกันอันเป็นผลให้เป็นการจำกัดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ทำให้ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตและตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยจะต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจด้วย

5. หลักเกณฑ์ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

หลักกฎหมายที่ศาลใช้ในการตรวจสอบควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพื่อให้เป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย นั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ในการควบคุมเพื่อให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจอย่างแท้จริง และการควบคุมตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) ซึ่งเป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร ด้วยเหตุนี้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ มิฉะนั้นจะขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักนิติธรรม โดยฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายซึ่งเป็นเกณฑ์ที่จำกัดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง¹⁵⁵ ทั้งนี้ ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายนั้นศาลยุติธรรมอังกฤษจะเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากได้ความว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลยุติธรรมอังกฤษจะเพิกถอนการกระทำนั้นแล้วสั่งให้ฝ่ายปกครองกลับไปใช้ดุลพินิจเสียใหม่ให้ถูกต้อง โดยศาลยุติธรรมอังกฤษจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปใช้ดุลพินิจหรือออกกฎหรือคำสั่งแทนฝ่ายปกครอง¹⁵⁶ ซึ่งก็เช่นเดียวกันกับศาลปกครองไทยที่จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปใช้ดุลพินิจหรือออกคำสั่งแทนฝ่ายปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือศาลจะไม่ทำตัวเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง ดังนั้น หากปราศจากการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองก็อาจใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ ซึ่งฝ่ายตุลาการโดยศาลปกครองมีหน้าที่จะต้องควบคุมตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมาย

¹⁵⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 2/2549

¹⁵⁵ William Wade and Christopher Forsyth, Supra note 1. 17 อ้างถึงใน อนุวัฒน์ บุญนันท์, *การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554, หน้า 64

¹⁵⁶ ประสาท พงษ์สุวรรณ, บรรณาธิการ ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ: รวมรายงานผลการประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ, ครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 8, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2550, หน้า 182

ของการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่¹⁵⁷

นอกจากนี้ยังพิจารณาถึงหลักการกระทำเกินขอบอำนาจ (Doctrine of Ultra Vires) ด้วย ซึ่งเป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด¹⁵⁸ หากฝ่ายปกครองกระทำการใดเกินกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจ (Ultra Vires) ซึ่งไม่มีผลใดๆ (Void) ในทางกฎหมาย¹⁵⁹ อาจกล่าวได้ว่าหลักการกระทำเกินขอบอำนาจในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษมีสาระสำคัญตรงกับหลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” ซึ่งเป็นหลักการย่อยประการหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองไทย เพียงแต่ฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายปกครองไทยไม่สามารถอ้างกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมาเป็นฐานในการใช้อำนาจกระทำการต่างๆ ได้¹⁶⁰ ทั้งนี้ เมื่อฝ่ายปกครองได้กระทำการภายใต้กรอบของกฎหมาย กล่าวคือมีกฎหมายให้อำนาจที่จะกระทำการนั้นได้ และการกระทำนั้นไม่เกินขอบอำนาจที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้แล้ว การที่ศาลจะควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ก็จะต้องนำหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้มาใช้ในการพิจารณาเพื่อควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

5.1 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในกรณีใด มิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองมีเสรีภาพที่จะใช้ดุลพินิจหรือไม่ก็ได้ แต่ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองต้องถูกผูกพันให้ต้องใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง ซึ่งอาจแยกได้ดังต่อไปนี้

5.1.1 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กฎหมายกำหนด จะปฏิเสธไม่ใช้ดุลพินิจไม่ได้

กล่าวคือในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจกระทำการ ฝ่ายปกครองก็จำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากฝ่ายปกครอง

¹⁵⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์, *พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร: นิธิธรรม, 2537

¹⁵⁸ P.P. Craig. *Supra* note 4 . P. 5 .

¹⁵⁹ William Wade and Christopher Forsyth, *Supra* note 1. P.31 : ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, “นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายอังกฤษ”, *วารสารกฎหมายปกครอง* 4, 3 (ธันวาคม), 2528, หน้า 469

¹⁶⁰ อนุวัฒน์ บุญนันท์, *การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554, หน้า 66

สั่งการโดยไม่ใช้ดุลพินิจก็ย่อมเป็นเหตุให้การสั่งการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนโดยศาลปกครองได้¹⁶¹ ตัวอย่างเช่น การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้สั่งยกเลิกการประกวดราคาโดยไม่ให้ผู้เข้าร่วมเสนอราคาเพียงรายเดียว ทั้งที่ตามระเบียบที่เกี่ยวข้องมิได้กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดให้ต้องยกเลิกการประกวดราคาในทุกกรณี แต่ได้ให้อำนาจที่จะดำเนินการต่อไปได้หากคณะกรรมการเห็นว่ามิใช่เหตุผลสมควร หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสั่งยกเลิกการประกวดราคานั้น โดยไม่ปรากฏว่าได้มีการพิจารณาข้อเท็จจริงที่จะทำให้ไม่ต้องยกเลิกการประกวดราคานั้นแต่อย่างใด คำสั่งดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁶²

5.1.2 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีอย่างรอบด้าน

การพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างครบถ้วนรอบด้านถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการใช้อำนาจรัฐโดยชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองมิได้พิจารณาข้อเท็จจริงอย่างครบถ้วนและรอบด้านแล้วใช้ดุลพินิจไป ย่อมทำให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังเช่นในกรณีการยกเลิกการประกวดราคาตาม 1.1 ข้างต้น เหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้การยกเลิกดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สืบเนื่องมาจากการไม่ปรากฏว่าได้มีการพิจารณาข้อเท็จจริงที่ควรนำมาประกอบการสั่งการ เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำนวนผู้ซื้อของประกวดราคา เหตุผลที่ผู้มาเสนอราคาเพียงรายเดียว ตลอดจนราคาที่เอกชนผู้เข้าประกวดราคารายเดียวนั้นเสนอ ก่อนการสั่งยกเลิกการประกวดราคาแต่อย่างใด¹⁶³

5.1.3 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างอิสระ

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจและมีการกำหนดนโยบายในการใช้ดุลพินิจเป็นแนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่เรียกว่า “ซีต็อก” เอาไว้ ในกรณีเช่นนี้ในทางกฎหมายปกครองไม่ยอมรับการออกคำสั่งตามแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจอย่างลับๆลับตา เนื่องจากจะทำให้ในกรณีนั้นๆ ไม่มีการใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง เพราะไม่ได้มีการพิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่องนั้นๆ อย่างรอบด้านและตัดสินใจสั่งการโดยวางอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ ซึ่งทำให้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายมอบให้แก่ฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าวถูกแปลงไปเป็นอำนาจผูกพันแทน ซึ่งศาลในต่างประเทศมักเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยยึดถือแนวปฏิบัติในลักษณะนี้เสมอ และในประเทศไทยหลักการดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับเช่นกัน อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่กำหนดนโยบายในการใช้ดุลพินิจย่อมมีประโยชน์ในด้านช่วยส่งเสริม

¹⁶¹ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง *สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*, หน้า 36

¹⁶² คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1140/2544

¹⁶³ “เรื่องเดียวกัน”

ให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นเอกภาพ เพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น การออกคำสั่งทางปกครองโดยอ้างอิงตามแนวปฏิบัติจะถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายได้ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่องนั้นแล้ว และเห็นว่าไม่มีลักษณะพิเศษเพียงพอที่จะวินิจฉัยสั่งการให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งโดยมิได้พิจารณาในประเด็นดังกล่าวเลย การใช้ดุลพินิจในกรณีนั้นๆ ก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁶⁴

5.2 การควบคุมตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ

ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง แม้ว่าฝ่ายปกครองจะมีอิสระในการตัดสินใจมากกว่าในกรณีที่มีอำนาจผูกพัน แต่การใช้อำนาจดังกล่าวก็ยังคงต้องผูกพันกับกฎหมายตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครองได้นำหลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักความได้สัดส่วน และได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมดังนี้¹⁶⁵

5.2.1 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) หรือบางครั้งเรียกว่าหลักพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญและมีบทบาทในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่หลายๆ ประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น เยอรมนี ออสเตรีย ฝรั่งเศส รวมถึงประเทศไทยด้วยใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักความได้สัดส่วนนี้ได้รับการรับรองไว้โดยมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ¹⁶⁶ และผูกพันต่อการใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้น

¹⁶⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549, หน้า 55

¹⁶⁵ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง *สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง* หน้า 38

¹⁶⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

ใช้วิจารณ์ญาณของตนตัดสินใจว่าในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่ง สมควรจะออกคำสั่งอย่างไร จึงจะเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องกรณีนั้น คำสั่งทางปกครองที่เหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่อง ได้แก่ คำสั่งที่สามารถตอบสนองข้อเรียกร้องต้องการของประโยชน์มหาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด และขณะเดียวกันก็มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด¹⁶⁷ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่มุ่งเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี โดยมีหลักการย่อย 3 ประการดังนี้

1) *หลักความสัมฤทธิ์ผล หรือบางครั้งเรียกว่าหลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability)* ซึ่งบังคับให้ฝ่ายปกครองเลือกออกคำสั่งที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงหรือบรรลุผล¹⁶⁸ ดังนั้น หากมาตรการใดที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ซึ่งเห็นประจักษ์ชัดว่าไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ย่อมถือได้ว่าเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมและเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

2) *หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity)* หลักแห่งความจำเป็นนี้มีความหมายว่า ในบรรดาคำสั่งหลายๆ ประการซึ่งล้วนแล้วแต่สามารถดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ทั้งสิ้นนั้น ถ้าเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด และถ้าเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎร องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด¹⁶⁹

3) *หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense)* หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้เรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลขึ้น ระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ดังนั้น หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ จึงห้ามมิให้องค์การของรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะบังเกิดขึ้นกับราษฎร¹⁷⁰ ดังนั้น มาตรการใด

¹⁶⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15 เรื่อง การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, 2553

¹⁶⁸ “เรื่องเดียวกัน”

¹⁶⁹ “เรื่องเดียวกัน”

¹⁷⁰ “เรื่องเดียวกัน”

ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมน้อยกว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชน ฝ่ายปกครองจะนำมาตรการนั้นมากระทำไม่ได้เด็ดขาด แม้ว่ามาตรการนั้นจะสามารถกระทำทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ตามหลักความเหมาะสมและมีผลกระทบกระท่อนต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนน้อยที่สุดตามหลักความจำเป็นก็ตาม¹⁷¹

เช่น ในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงแผ่นดิน ซึ่งมีได้ยึดถือตามแนวถนนที่กำหนดไว้ในผังเมืองรวมนั้น ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดแนวเขตถนนดังกล่าวของหน่วยงานทางปกครอง โดยศาลได้พิจารณาว่าหน่วยงานผู้ถูกฟ้องคดีได้มีการศึกษาและสำรวจการวางแนวถนนตามผังเมืองรวมแล้วเห็นว่ามีความไม่เหมาะสมทางวิศวกรรมศาสตร์และเศรษฐศาสตร์ จึงได้ปรับแนวถนนตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน ซึ่งทำให้แนวเขตถนนที่กำหนดใหม่มีผู้ถูกเวนคืนน้อยกว่าและต้องจ่ายค่าเวนคืนน้อยกว่าแนวเขตถนนที่กำหนดไว้ในผังเมืองรวม การกำหนดแนวเขตถนนในกรณีนี้จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว¹⁷²

ส่วนกรณีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ที่ห้ามใช้เครื่องมือประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูวางไข่ในบางเขตพื้นที่นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า แม้มาตรการที่กำหนดไว้จะมีผลกระทบต่อผู้มีอาชีพประมงในบริเวณนั้นก็ตาม แต่ก็ถือว่าไม่มีมาตรการใดที่จะดำเนินการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้เท่ากับมาตรการดังกล่าว แม้ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีอาชีพประมงจะได้รับผลกระทบจากการสูญเสียรายได้ก็เป็นระยะเวลาเพียง 3 เดือน โดยผู้ฟ้องคดีก็ยังสามารถปรับเปลี่ยนวิธีการหรือเขตพื้นที่เพื่อทำการประมงในระยะเวลาดังกล่าวได้ มาตรการดังกล่าวจึงมิได้มีผลกระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดี และเมื่อพิจารณาแล้วมาตรการดังกล่าวจะเกิดผลประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ จึงถือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบแล้ว¹⁷³

¹⁷¹ อนุวัฒน์ บุญนันท์, การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์การตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554, หน้า 68

¹⁷² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.16/2545

¹⁷³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.51/2547

5.2.2 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค (Principle of Equality) เป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติธรรมที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกัน(The decision-maker should treat like situations alike and different situations differently)¹⁷⁴ หลักความเสมอภาคถือเป็นหลักกฎหมายที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 30¹⁷⁵ โดยผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมาย ในส่วนขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นก็ต้องถูกผูกพันต่อหลักดังกล่าว โดยมีหลักการว่าฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันโดยอำเภอใจไม่ได้ หรือจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันโดยอำเภอใจไม่ได้เช่นกัน โดยการปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือการเลือกปฏิบัตินั้น หมายถึง การปฏิบัติที่ไม่อาจหาเกณฑ์ที่แสดงถึงความแตกต่างระหว่างกรณีสองกรณีมาอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้¹⁷⁶ ในการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันให้เหมือนกัน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้เคยใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งและได้ออกนิตินกรรมทางปกครองให้แก่ประชาชนคนใดไปแล้ว ย่อมผูกพันที่จะวินิจฉัยเรื่องอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การจะเปลี่ยนแปลงแนววินิจฉัยใหม่นั้นจะต้องมีและแสดงเหตุผลพิเศษ ส่วนมากแล้วดุลพินิจในเรื่องนี้จะผูกพันกับแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครอง การที่ฝ่ายปกครองผูกพันต่อดุลพินิจก่อนๆ ของตนนั้น มิใช่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจแต่ตนได้สร้างแนวการใช้ดุลพินิจของตนขึ้น และเนื่องจากหลักความเสมอภาคตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามแนวการใช้ดุลพินิจนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติตาม

¹⁷⁴ Peter Leyland and Gordon Anthony . supra note 34 . 309. อ้างถึงใน อนุวัฒน์ บุญนันท์, การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย, 2554, หน้า 69

¹⁷⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

¹⁷⁶ วรเจตน์ ภักดิ์รัตน์ *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549, หน้า 39

แนวทางการใช้ดุลพินิจนี้ ถือว่าได้มีการใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะรายแล้ว¹⁷⁷ มีตัวอย่างที่ศาลปกครองควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยใช้หลักความเสมอภาค ดังนี้

กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เช่น มีกรณีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากราชการเพราะเกษียณอายุ โดยอาศัยหลักการนับอายุบุคคลตามมติของคณะรัฐมนตรี ซึ่งให้นับอายุบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ชำระใหม่ใน พ.ศ. 2535 เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเกิดเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2485 ซึ่งตามหลักเกณฑ์เดิมจะต้องเกษียณอายุราชการเมื่อสิ้นปีงบประมาณ พ.ศ. 2546 ต้องพ้นจากราชการเมื่อสิ้นปีงบประมาณ พ.ศ. 2545 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยไม่เสมอภาค เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 8 มิถุนายน 2535 แล้ว แต่คณะรัฐมนตรีเพิ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์การนับอายุบุคคลโดยให้ถือตามประมวลกฎหมายแพ่งฯ และสั่งให้ส่วนราชการถือปฏิบัติตั้งแต่วันที่ 6 พฤษภาคม 2537 เป็นเหตุให้ในระหว่าง พ.ศ. 2535-2536 ข้าราชการที่เกิดวันที่ 1 ตุลาคม 2475 และ 1 ตุลาคม 2476 ได้รับยกเว้นการบังคับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าว ซึ่งในคดีนี้ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยในประเด็นเรื่องความเสมอภาคไว้ว่า เมื่อกระทรวงการคลังได้แจ้งเวียนให้ส่วนราชการต่างๆถือปฏิบัติเกี่ยวกับการนับอายุบุคคลตามหลักเกณฑ์ใหม่ใน พ.ศ. 2537 ส่วนราชการต่างๆก็ได้ถือปฏิบัติตามมาโดยตลอดจนกระทั่งถึงกรณีของผู้ฟ้องคดี โดยมีได้มีข้อเท็จจริงใดปรากฏว่ามีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เสมอภาคแต่ประการใด การที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าก่อนที่กระทรวงการคลังจะกำหนดหลักเกณฑ์ให้นับอายุบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งแต่วันที่ 6 พฤษภาคม 2537 ได้มีกลุ่มของข้าราชการที่เกิดในวันที่ 1 ตุลาคม 2475 และ 2476 ยังคงถูกนับให้มีอายุครบ 60 ปีบริบูรณ์ตามหลักเกณฑ์เดิม นั้น มิใช่กรณีที่จะนำมาเปรียบเทียบกับกรณีของผู้ฟ้องคดีว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เสมอภาคได้ เพราะมิได้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน เนื่องจากระหว่างปี พ.ศ. 2535 และ 2536 ยังอยู่ในระหว่างการหาข้อยุติที่เหมาะสมเกี่ยวกับการนับอายุบุคคลโดยกระทรวงการคลัง ในระหว่างนั้นจึงมีการนับอายุบุคคลตามหลักเกณฑ์เดิม แต่เมื่อคณะรัฐมนตรีได้กำหนดให้ทุกส่วนราชการถือหลักเกณฑ์การนับอายุบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งฯที่ชำระใหม่ตั้งแต่วันที่ 6 พฤษภาคม 2537 แล้ว การนับอายุบุคคลของข้าราชการทุกรายก็อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด กรณีจึงไม่ได้มีการใช้บังคับกฎหมายโดยไม่เสมอภาคกันแต่อย่างใด¹⁷⁸

¹⁷⁷ กมลชัย รัตนสกาวงค์, *พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537, หน้า 174-175

¹⁷⁸ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1628/2545

กรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เช่น ในกรณีการวินิจฉัยคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการฯ คณะกรรมการข้าราชการอัยการใช้อัตราพิณินิจวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้สมัครสอบเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ เนื่องจากมีร่างกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมสำหรับการเป็นข้าราชการอัยการ ในการใช้อัตราพิณินิจวินิจฉัยดังกล่าวคณะกรรมการข้าราชการอัยการจะต้องมีเหตุผลหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังด้วยว่า ผู้สมัครสอบคัดเลือกรายนั้นมีร่างกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมอย่างไร เมื่อมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟัง มติดังกล่าวของคณะกรรมการข้าราชการอัยการจึงเป็นการใช้อัตราพิณินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นกรณเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี¹⁷⁹

นอกจากนี้ศาลปกครองยังได้ยอมรับ “หลักการเคารพต่อกฎเกณฑ์ที่ตนเองกำหนดขึ้น” ซึ่งถือเป็นหลักการย่อยของหลักความเสมอภาค ภายใต้หลักการนี้ฝ่ายปกครองต้องถูกผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ตนสร้างขึ้น โดยคำสั่งเฉพาะรายที่ตนออกมาจะต้องไม่ฝ่าฝืนกับกฎเกณฑ์ที่ตนกำหนดไว้เป็นการทั่วไป ดังกรณีศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่า ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อบรรจุแต่งตั้งเข้ารับราชการครู โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้เรียกบรรจุแต่งตั้งผู้ขึ้นบัญชีไว้ในลำดับถัดไปได้ โดยมีได้มีเงื่อนไขให้ต้องไปทำการคัดเลือกในตำแหน่งเดิมอีกครั้งหนึ่ง ผู้ถูกฟ้องคดีย่อมต้องถูกผูกพันกับหลักเกณฑ์หรือประกาศที่ได้กำหนดไว้เมื่อผู้ผ่านการคัดเลือกในลำดับที่ 1 ไม่ไปรายงานตัว และมีผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ผ่านการคัดเลือกที่รอการเรียกบรรจุอยู่ในบัญชี ผู้ถูกฟ้องคดีต้องเรียกผู้ฟ้องคดีเข้ารายงานตัวเพื่อบรรจุและแต่งตั้งในตำแหน่งดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ต้องผูกพันกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยไม่อาจใช้อัตราพิณินิจให้แตกต่างกันไปได้¹⁸⁰

¹⁷⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 142/2547

¹⁸⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.62/2547

6. การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมายที่ศาลสามารถเข้าไปควบคุมได้

สำหรับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการกระทำการทางปกครองนั้น จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและคำพิพากษาศาลปกครอง พบว่า มีทั้งกรณีที่ศาลได้เข้าไปตรวจสอบควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและในบางกรณีศาลได้จำกัดอำนาจตนเองโดยไม่เข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

6.1 กรณีที่ศาลใช้อำนาจตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2541 ได้กำหนดคุณสมบัติทั่วไปของผู้ที่จะได้รับการคัดเลือกหรือผู้ที่จะสอบแข่งขันเป็นข้าราชการตำรวจไว้ 15 ประการ โดยเฉพาะในมาตรา 41 (7) กำหนดว่า ต้องไม่เป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดี ซึ่งเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ที่จะได้รับการคัดเลือกหรือผู้ที่จะสอบแข่งขันเป็นข้าราชการตำรวจ ประกอบกับประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 3 บทที่ 1 ข้อ 10 กำหนดว่า กรณีอย่างไรที่จะถือว่าเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดี ซึ่งต่างก็มีความหมายเฉพาะเจาะจงว่าผู้ที่จะได้รับการคัดเลือกหรือผู้ที่จะสอบแข่งขันเป็นข้าราชการตำรวจต้องไม่เป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดี มิได้หมายความรวมถึงบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง การที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นบิดาของผู้ที่จะได้รับการคัดเลือกและภริยาจะมีพฤติกรรมเกี่ยวข้องกับยาเสพติดหรือไม่ก็ตาม เป็นเรื่องของผู้ฟ้องคดีและภริยาเท่านั้น ไม่อาจถือว่าบุตรของผู้ฟ้องคดีเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีเนื่องมาจากการกระทำของบุคคลอื่น ดังนั้น เมื่อการตรวจสอบประวัติคดีอาญาและสืบความประพฤติพบว่า บุตรของผู้ฟ้องคดีมีความประพฤติเรียบร้อยไม่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดและไม่มีความประพฤติเสื่อมเสีย จึงไม่มีคุณสมบัติต้องห้ามตามมาตรา 41 (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2541 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) ประกาศตัดสิทธิบุตรของผู้ฟ้องคดีไม่ให้ผ่านการสอบคัดเลือกเข้าเป็นนักเรียนพลตำรวจ เพราะถือว่าเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีตามกฎหมายดังกล่าวเป็นการออกคำสั่งนอกเหนืออำนาจหน้าที่และไม่ถูกต้อง จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁸¹ คดีนี้ศาลเห็นว่าคำว่า “ต้องไม่เป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดี” ตามความในมาตรา 41 (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2541 เป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ที่จะได้รับการคัดเลือก หรือผู้ที่จะสอบแข่งขันเป็นข้าราชการตำรวจเท่านั้น เช่น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะมีรูปกายพิการแต่ไม่ถึงขนาดที่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การทำงานตามปกติได้ โดยผู้ฟ้องคดีได้ประกอบวิชาชีพทนายความ

¹⁸¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.50/2549 ระหว่าง นายเรียบ จันทะมิตร ผู้ฟ้องคดี กับคณะอนุกรรมการอำนวยการคัดเลือกด้วยวิธีสอบ โรงเรียนตำรวจภูธร 4 กับพวก ผู้ถูกฟ้องคดี

มาแล้วและการที่คณะกรรมการแพทย์ฯ รายงานผลการตรวจร่างกายของผู้ฟ้องคดีว่า ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการ โดยคณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีบุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการตามมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 นั้น ความเห็นดังกล่าวเป็นเพียงความเห็นเบื้องต้นที่เสนอผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีโดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยฯ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงพิพากษาให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544¹⁸²

คดีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายได้ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งได้แก่คำว่า “บุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ” ซึ่งจะต้องมีการให้ลักษณะทางกฎหมาย แก่ข้อเท็จจริงว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการ แต่ไม่ถึงขนาดที่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การงานตามปกติได้ โดยผู้ฟ้องคดีได้ประกอบวิชาชีพทนายความมาแล้วนั้น ถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีบุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการตามมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 หรือไม่ ซึ่งคดีนี้ศาลปกครองได้เข้าไปควบคุมการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของผู้ถูกฟ้องคดี โดยได้วินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีโดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษาให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าว ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวอาจเทียบได้กับคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสกรณีและผู้สมัครเข้ารับราชการในตำแหน่งผู้ตรวจการไปรษณีย์พิการแขนขาจะถือว่ามีความสมบัตินี้เข้ากันไม่ได้ (incompatible) กับการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่า การที่พิการแขนขาหาได้เป็นปฏิบัติต่อการปฏิบัติหน้าที่แต่อย่างใด จึงเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธไม่ให้เข้าสอบ (C.E., 6 avril 1979, Picot, p.768)

¹⁸² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.142/2547 ระหว่าง นายศิริมิตร บุญมูล ผู้ฟ้องคดี กับคณะกรรมการอัยการผู้ถูกฟ้องคดี

อีกตัวอย่างเช่น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการขอรับอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักรไว้ว่า (1) เป็นเจ้าของ และ (2) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดที่เป็นลหุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือ (3) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย หรือ (4) ไม่อยู่ในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตซึ่งออกตามความในหมวดนี้ หรือใบอนุญาตทำไม้ ใบอนุญาตผูกขาดทำไม้หรือสัมปทานป่าไม้ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีหลักเกณฑ์ข้อใดที่กำหนดให้ใช้เกณฑ์เรื่องพฤติกรรมของบุคคลที่พัวพันกับการทำไม้ผิดกฎหมายเป็นลักษณะต้องห้ามมิให้ผู้ขอรับอนุญาตเมื่อผู้ฟ้องคดีเพียงแต่ถูกดำเนินคดีในความผิดตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 โดยพนักงานอัยการ ได้มีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ฟ้องคดีแล้ว และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีมีลักษณะต้องห้ามมิให้ขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ผู้ว่าราชการจังหวัดน่าน) จึงไม่อาจมีคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักรให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ที่ไม่ต่ออายุใบอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักรให้แก่ผู้ฟ้องคดี¹⁸³

คดีนี้ผู้ว่าราชการจังหวัดตีความบทบัญญัติมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ว่า บุคคลมีพฤติกรรมพัวพันกับการทำไม้ผิดกฎหมายถือว่าเป็นลักษณะต้องห้ามมิให้เป็นผู้ขอรับอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักร แต่ไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว กำหนดให้ใช้เกณฑ์เรื่องพฤติกรรมของบุคคลที่พัวพันกับการทำไม้ผิดกฎหมายเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการขอรับอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักร กรณีนี้ถือว่าไม่มีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจที่ผู้ว่าราชการจังหวัดจะใช้อำนาจปฏิเสธไม่ต่ออายุใบอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักรให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ เช่น กรณีที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกคำสั่งให้เจ้าของหรือถอนอาคารใดถ้าหากอาคารนั้นชำรุดทรุดโทรมหรืออยู่ในสภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ และไม่อาจแก้ไขได้ตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2503 เจ้าของอาคารโต้แย้งว่าอาคารของตนยังแข็งแรงไม่ชำรุดทรุดโทรมไม่อยู่ในสภาพอันน่ารังเกียจ ทั้งไม่มีลักษณะที่ไม่อาจแก้ไขได้ ศาลได้เข้าไปควบคุมการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองในกรณีนี้ โดยเห็นว่า อาคารของโจทก์แม้จะมั่นคงแข็งแรง แต่เป็นอาคารไม้สองชั้น ถัดไปทั้งซ้ายขวาเป็นที่ว่างเพราะห้องเดิมถูกรื้อไปต่อจากที่ว่างทั้งสองข้างเป็นตึกแถวสองชั้น ข้างหนึ่งมี 14 ห้อง ไปจดถนนเขาวราช อีกข้างหนึ่งมี 13 ห้อง

¹⁸³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.8/2549 ระหว่าง บริษัท นครน่าน จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กับพวก ผู้ถูกฟ้องคดี

ในถนนแถวเดียวกันมีอาคารไม้เฉพาะอาคารของโจทก์สองห้องปะปนอยู่นอกนั้นเป็นตึกแถวสองชั้น
 ทั้งนี้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นจึงเห็นว่าไม่มีความเป็นระเบียบเรียบร้อย เมื่อได้คำนึงถึงเหตุผลในการ
 ประกาศใช้พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดฯ ก็เพื่อให้บ้านเมืองอยู่ในสภาพที่สะอาดและเป็น
 ระเบียบเรียบร้อยยิ่งขึ้นแล้ว การที่มีอาคารของโจทก์ที่เป็นไม้ซึ่งปลูกสร้างมาตั้ง 15 ปีแล้วปะปนอยู่
 กับอาคารซึ่งล้วนแต่เป็นตึกแถวสองชั้นทั้งนั้นในถนนแถวเดียวกันเช่นนี้ ความเห็นของเจ้าพนักงาน
 ท้องถิ่นว่า อาคารของโจทก์อยู่ในสภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ จึงเป็นความเห็นที่ชอบตามความมุ่งหมาย
 ของพระราชบัญญัตินี้แล้ว¹⁸⁴

6.2 กรณีที่ศาลไม่เข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ก่อนที่จะมีการออกคำสั่งให้ผู้รับอนุญาตผลิตยา
 และผู้รับอนุญาตนำเข้าหรือส่งยาเข้ามาในราชอาณาจักรแก้ไขทะเบียนตำรับยา โดยตัดตัวยา
 ฟินิลโพรปาลโนลามีน (ฟิฟิเอ) ออกจากสูตรตำรับยาทุกตำรับ สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา
 ได้รวบรวมเอกสารข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับผลการศึกษาวิจัยของมหาวิทยาลัยในต่างประเทศ
 ซึ่งระบุว่ายาที่มีส่วนผสมของฟิฟิเอ เพิ่มความเสี่ยงต่อการเกิดภาวะเลือดออกในสมอง และให้นักวิชาการ
 ทำการวิเคราะห์ผลการศึกษาแล้วเห็นว่า ผลการศึกษาวิจัยในเรื่องดังกล่าวมีคุณภาพและน่าเชื่อถือ
 จึงเสนอให้คณะกรรมการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการควบคุมอันตรายจากการใช้ยาพิจารณา
 รายละเอียดว่าควรดำเนินการอย่างไร ซึ่งผลการพิจารณาสรุปว่ายาดังกล่าวน่าจะมีอันตรายรุนแรง
 และบางประเทศสั่งระงับการจำหน่ายหรือทบทวนตำรับยา ปัจจุบันมีตำรับยาแก้หวัดที่ไม่มีส่วนผสม
 ของยาฟิฟิเออยู่มากมาย สามารถใช้ทดแทนได้น่าจะไม่เกิดปัญหาการขาดแคลนยา จึงควรเพิกถอน
 ยาฟิฟิเอออกจากตำรับยาทุกตำรับ และได้เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการยาพิจารณา ซึ่งคณะกรรมการยา
 พิจารณาแล้วเห็นด้วย จึงมีมติให้เพิกถอนยาดังกล่าวออกจากสูตรยาทุกตำรับ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1
 (กระทรวงสาธารณสุข) จึงเสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข) ออกคำสั่ง
 ให้แก้ไขทะเบียนตำรับยาซึ่งมีตัวยาฟิฟิเอเป็นส่วนผสม การออกคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการ
 ตามขั้นตอนและเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ใช้ยาตามที่ระบุในมาตรา 86 ทวิ
 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ส่วนการที่มีนักวิชาการให้ความเห็นเกี่ยวกับความปลอดภัย
 ในการใช้ยาฟิฟิเอแตกต่างกันนั้น ศาลไม่อาจให้ความเห็นได้ว่า ความเห็นใดถูกต้องและความเห็นใด
 ผิดพลาดเนื่องจากเป็นเรื่องทางเทคนิค แต่เมื่อคณะกรรมการยาซึ่งประกอบไปด้วยผู้มีความเชี่ยวชาญ
 ด้านยาโดยเฉพาะเห็นว่าตัวยาฟิฟิเอมีความเสี่ยงเพิ่มขึ้นเมื่อใช้เป็น ยาแก้หวัด ประกอบกับไม่ปรากฏ

¹⁸⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510 น. 949 (ระหว่าง นายจิว แซ่ฉิม กับพวก โจทก์ เทศบาลนครกรุงเทพฯ กับพวกจำเลย)

ข้อเท็จจริงว่า การพิจารณาของคณะกรรมการยาหรือผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีข้อบกพร่องอย่างร้ายแรง หรือผิดพลาดในการพิจารณาผลการวิจัยหรือมีเจตนาถ่วงเวลาไม่ให้มีการนำตัวยาพีพีเอ มาเป็นส่วนผสมโดยไม่สุจริต ศาลจึงไม่อาจก้าวล่วงไปพิจารณาคุณพินิจขององค์กรผู้เชี่ยวชาญและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยคำแนะนำหรือความเห็นชอบของคณะกรรมการยา เห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้จึงได้ใช้คุณพินิจออกคำสั่งให้ผู้ผลิตยาหรือผู้รับ อนุญาตนำหรือส่งยาเข้ามาในราชอาณาจักรแก้ไขทะเบียนตำรับยาได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้วอันเป็นการ ดำเนินการตามกระบวนการในการออกคำสั่ง ตลอดจนเนื้อหาของคำสั่งชอบด้วยมาตรา 86 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 คำสั่งดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย¹⁸⁵

คดีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีความหมายทางเทคนิค ซึ่งได้แก่คำว่า “คุ้มครองความปลอดภัยของผู้ใช้ยา” ซึ่งจะต้องมีการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่า การตัดตัวยาพีนิลโพรพาโนลามีน (พีพีเอ) ออกจากสูตรตำรับยาทุกตำรับมีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้ยาหรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นเรื่องทางเทคนิคซึ่งศาลไม่อาจก้าวล่วงไปพิจารณา คุณพินิจขององค์กรผู้เชี่ยวชาญและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวอาจเทียบได้กับแนว คำพิพากษาศาลปกครองเยอรมันที่ยอมรับหรือไม่ทบทวนเนื้อหาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอิสระ ที่ประกอบขึ้นจากผู้แทนจากกลุ่มต่างๆ หรือคณะกรรมการที่ประกอบไปด้วยผู้มีความรู้ ผู้มีประสบการณ์ หลากๆ ด้าน หรือเป็นผู้เชี่ยวชาญต่างๆ (BVerwGE Bd.12, S.20 ; Bd.39, S.197 (203 ff.)) นอกจากนี้ คำพิพากษาดังกล่าวอาจเทียบได้กับกรณี “การควบคุมขั้นต่ำ” (controle minimal) ของศาลปกครอง ฝรั่งเศส กล่าวคือ ศาลปกครองฝรั่งเศสจะตรวจสอบแต่เพียงว่าข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้าง ในการออกคำสั่งทางปกครองดำรงอยู่หรือไม่เท่านั้น (l'existence materielle) โดยจะไม่เข้าไปตรวจสอบ การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงหรือการปรับบทกฎหมายของฝ่ายปกครอง เช่น คำสั่ง ทางปกครองที่เกี่ยวกับเทคนิคของทางวิทยาศาสตร์ต่างๆ ที่ศาลปกครองรู้สึกไม่แน่ใจและเห็นว่า ตนไม่มีความสามารถในเรื่องนั้น เช่น การพิจารณาลักษณะ “ความเป็นภัยต่อสาธารณสุข” ของผลิตภัณฑ์ยา เป็นต้น

จากหลักการที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย นั้น ทำให้กฎหมาย ที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองจึงเป็นสาระสำคัญสำหรับการใช้อำนาจต่างๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเมื่อ พิจารณาโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่ามีสาระสำคัญ สองประการที่พอจะแยกประเภทของอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองคือ เมื่อมีข้อเท็จจริงอัน เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองไม่มีโอกาสตัดสินใจ แต่ต้องใช้อำนาจกระทำการ

¹⁸⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.80/2547 ระหว่าง นายเทพ เวชวิสิษฐ์ ผู้ฟ้องคดี กับกระทรวงสาธารณสุข ผู้ถูกฟ้องคดี

และไม่มีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ นั้น เรียกว่าเป็นอำนาจผูกพัน หรือ อำนาจหน้าที่ ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองมีโอกาสตัดสินใจว่าสมควรจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่ก็ได้ หรือสามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้ นั้น เรียกว่า อำนาจดุลพินิจ ซึ่งการที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง ก็เนื่องจากในโลกปัจจุบัน ฝ่ายปกครองได้รับมอบหมายให้มีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะมากยิ่งขึ้น ทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งกับการที่สถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา การที่กฎหมายจะกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจผูกพันในทุกๆ เรื่อง ย่อมไม่เหมาะสม เนื่องจากบางกรณีเป็นเรื่องที่กฎหมายมิได้คาดการณ์หรือไม่อาจคาดการณ์ไว้ล่วงหน้าได้ กฎหมายจึงต้องให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง เพื่อที่จะทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมได้เฉพาะกรณี และโดยที่หลักนิติรัฐเรียกร้องให้ต้องมีการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน จากการใช้อำนาจขององค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น จึงต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยประเทศต่างๆ ได้ให้ความสำคัญในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งก็ได้มีความพยายามหาจุดสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการให้ศาลเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองกับการให้อิสระในการตัดสินใจแก่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในกรณีเฉพาะราย ซึ่งจากการหาจุดสมดุลดังกล่าว ทั้งจากนักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ รวมทั้งองค์กรศาล จึงก่อให้เกิดแนวคิดและทฤษฎี ตลอดจนหลักกฎหมายที่สำคัญๆ หลายประการ เช่น หลักเกณฑ์การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง กล่าวคือเมื่อมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ฝ่ายปกครองจะปฏิเสธการใช้ดุลพินิจไม่ได้ หรือการใช้อำนาจดุลพินิจต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีอย่างรอบด้าน และการใช้ดุลพินิจของตนอย่างอิสระ ส่วนการควบคุมตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ ก็ได้นำหลักความได้สัดส่วน หลักสุจริต หลักความเสมอภาค มาใช้ในการตรวจสอบดุลพินิจ ดังจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองซึ่งได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป

บทที่ 4

อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ตามพระราชบัญญัติสหกรณ์

นายทะเบียนสหกรณ์นับว่าเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการกำกับดูแลและควบคุมสหกรณ์ให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยเป็นผู้ที่ใช้อำนาจของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับสหกรณ์ ตั้งแต่การรับจดทะเบียนจัดตั้งสหกรณ์ การดำเนินงานทั่วไปของสหกรณ์ การดำเนินธุรกิจ การเงิน การบัญชี ตลอดจนการเลิกและการชำระบัญชีสหกรณ์ ทั้งนี้ ในการกำกับดูแลสหกรณ์นั้นกฎหมายให้อำนาจในการกำกับดูแลทั้งเหนือการกระทำและอำนาจกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล อาทิ อำนาจในการให้ความเห็นชอบ การอนุมัติ การอนุญาต และการรับจดทะเบียน อำนาจในการออกคำสั่ง เช่น การสั่งขังขังหรือเพิกถอนมติที่ประชุม การสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไข ข้อบกพร่อง ระงับการปฏิบัติหน้าที่ ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว หรือให้พ้นจากตำแหน่ง การสั่งเลิกสหกรณ์ และอำนาจในการเข้าดำเนินการแทน เช่น การใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทน การสั่งให้ผู้ตรวจการสหกรณ์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่เข้าช่วยเหลือดำเนินกิจการของสหกรณ์ หรือการเรียกประชุมใหญ่ เป็นต้น ทั้งนี้ อำนาจต่างๆ เหล่านี้จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน

1. นายทะเบียนสหกรณ์

ในสมัยแรกที่มีการริเริ่มการจัดตั้งสหกรณ์ขึ้น ระหว่างปี พ.ศ.2458-2463 หน่วยงานที่รับผิดชอบงานสหกรณ์ เริ่มจากเป็นแผนกหนึ่งในกรมพาณิชย์และสถิติพยากรณ์ กระทรวงพระคลังมหาสมบัติ เมื่อวันที่ 1 กันยายน 2458 เหตุที่จัดตั้งแผนกสหกรณ์ขึ้นในส่วนราชการแห่งนี้ เพราะว่าการพาณิชย์และสถิติพยากรณ์มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องเศรษฐกิจในส่วนภูมิภาค และการจัดตั้งสหกรณ์ในระยะแรกก็ได้อาศัยเงินกู้จากแบงก์สยามกัมมาจลทุน จำกัด (ธนาคารไทยพาณิชย์ในปัจจุบัน) โดยกระทรวงพระคลังมหาสมบัติเป็นผู้ค้ำประกันเงินกู้ จึงจำเป็นที่จะให้กระทรวงพระคลังมหาสมบัติทำการควบคุมและดูแลผลการดำเนินงานของสหกรณ์อย่างใกล้ชิด¹⁸⁶ ซึ่งในปี พ.ศ.2459 ได้มีกฎหมายออกมารองรับการจัดทะเบียนเป็นสหกรณ์ โดยให้ทำการจดทะเบียนสหกรณ์

¹⁸⁶ http://www.cpd.go.th/ewt_news.php?nid=55

รักษาราชการแทนพระยาพิพิธสมบัติ ในตำแหน่งนายทะเบียนสหกรณ์ ประมาณหนึ่งเดือน จึงได้มีประกาศของคณะราษฎร ลงวันที่ 8 สิงหาคม 2475 ว่า มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้หลวงเดชสหกรณ์ (ม.ล.เดช สนิทวงศ์) เป็นนายทะเบียนสหกรณ์ และในปี พ.ศ.2475 กระทรวงพาณิชย์และคมนาคม ได้เปลี่ยนชื่อเป็น กระทรวงเกษตรพาณิชย์การ จนถึง พ.ศ.2476 จึงได้เปลี่ยนชื่อเป็นกระทรวงเศรษฐกิจ และมีพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม เพิ่มเติม ได้แบ่งหน้าที่ การงานในกระทรวงเศรษฐกิจออกเป็น 2 ทบวง คือ ทบวงเกษตรราชการ และทบวงพาณิชย์ และคมนาคม ซึ่งกรมสหกรณ์ก็ได้โอนมาสังกัดในทบวงเกษตรราชการ ต่อมาปลายปี พ.ศ.2477 ได้มีการยกฐานะทบวงเกษตรราชการเป็น กระทรวงเกษตรราชการ¹⁸⁹ เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2478 หลวงเดชสหกรณ์ได้ดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงฯ และพระพิจารณ์พาณิชย์ได้รับการแต่งตั้ง เป็นผู้รักษาราชการตำแหน่งอธิบดีกรมสหกรณ์และนายทะเบียนสหกรณ์อยู่ชั่วระยะหนึ่ง จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้พระประกาศสหกรณ์ดำรงตำแหน่งอธิบดีกรมสหกรณ์ และนายทะเบียนสหกรณ์ เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2478 จนถึง พ.ศ.2485 จึงได้รับพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงเกษตรราชการ และโปรดเกล้าฯ ให้พระพิจารณ์พาณิชย์ ผู้ช่วยอธิบดี ดำรงตำแหน่งอธิบดีกรมสหกรณ์ และนายทะเบียนสหกรณ์ จนถึง พ.ศ.2492 จึงพ้น จากตำแหน่งเพราะเกษียณอายุราชการ และได้แต่งตั้งให้ ม.ล. อุดม ทินกร ณ อยุธยา เป็นผู้รักษาราชการแทนนายทะเบียนสหกรณ์ชั่วระยะหนึ่ง จึงได้มีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง นายพงส์ ศรีวรรณะ ดำรงตำแหน่งอธิบดีกรมสหกรณ์และนายทะเบียนสหกรณ์ เมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2493 ต่อมาในปี พ.ศ.2495 ได้มีการยกฐานะกรมสหกรณ์เป็น กระทรวงการสหกรณ์ โดยมีจอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรี รักษาการแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการสหกรณ์ และในวันที่ 17 มีนาคม พ.ศ.2495 คณะรัฐมนตรีได้มีมติแต่งตั้งให้พลอากาศตรี มุนีมหาสัมพันธะ เวชยันต์รังสฤษดิ์ รักษาการแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการสหกรณ์ ต่อจากจอมพล ป. พิบูลสงคราม จนกระทั่งวันที่ 29 มีนาคม พ.ศ.2495 จึงได้มีประกาศพระบรมราชโองการ แต่งตั้งให้พลเรือตรี หลวงยุทธศาสตร์โกศล รน. เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการสหกรณ์ และมีนายพงส์ ศรีวรรณะ เป็นนายทะเบียนสหกรณ์ตามเดิม ต่อมาในปี พ.ศ.2496 กระทรวงการสหกรณ์ได้เปลี่ยนชื่อเป็น กระทรวงสหกรณ์¹⁹⁰ มีพลเรือเอกหลวงยุทธศาสตร์โกศล รน. ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสหกรณ์ นายพงส์ ศรีวรรณะ ดำรงตำแหน่ง ปลัดกระทรวงสหกรณ์และนายทะเบียนสหกรณ์ ในปี พ.ศ.2500 นายพงส์ ศรีวรรณะ เกษียณอายุราชการ นายเชื้อ วายวานนท์ เข้าดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงสหกรณ์

¹⁸⁹ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม เพิ่มเติม พ.ศ.2477 ฉบับที่ 3

¹⁹⁰ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2496

และมีคำสั่งให้นายทูล สาดราภัย ผู้อำนวยการกองเศรษฐการสหกรณ์ ดำรงตำแหน่งนายทะเบียนสหกรณ์ ตั้งแต่ พ.ศ.2500-2502 ซึ่งในช่วงระยะเวลาดังกล่าว มีการเปลี่ยนแปลงคณะรัฐมนตรี และมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ พระประกาศสหกรณ์ (สดับ วีรเชียร) เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสหกรณ์ เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2501 ต่อมาในปี พ.ศ.2502 จึงได้มีคำสั่งแต่งตั้งให้ นายเชื้อ วายวานนท์ ดำรงตำแหน่งนายทะเบียนสหกรณ์จนถึง พ.ศ.2505

ต่อมาในปี พ.ศ.2506 ได้มีการยุบเลิกกระทรวงสหกรณ์และโอนงานทั้งหมดไปเป็นของกระทรวงพัฒนาการแห่งชาติที่ตั้งขึ้นใหม่ โดยให้แยกส่วนราชการสหกรณ์ออกมามีชื่อคือกองที่เกี่ยวกับการสหกรณ์ให้ขึ้นกับสำนักงานปลัดกระทรวงฯ นอกจากนี้ก็จัดให้มีกรมสหกรณ์ที่ดิน กรมสหกรณ์พาณิชย์และชนกิจ กรมตรวจบัญชีสหกรณ์¹⁹¹ สำหรับผู้ที่ดำรงตำแหน่งนายทะเบียนสหกรณ์ในระบอบนี้คือ นายทูล สาดราภัย (พ.ศ.2506-2510) พลโทชาญ อังศุโชติ (พ.ศ.2510-2511) พันเอกสุรินทร์ ชลประเสริฐ (พ.ศ.2511-2515) นายสัมฤทธิ์ เลิศบุศย์ (พ.ศ.2515) ในปี พ.ศ.2515 ได้มีการยกเลิกกระทรวงพัฒนาการแห่งชาติและตั้งกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ขึ้น¹⁹² และให้โอนอำนาจหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับการส่งเสริมการสหกรณ์ของสำนักงานปลัดกระทรวงพัฒนาการแห่งชาติ กรมสหกรณ์ที่ดิน กรมสหกรณ์พาณิชย์และชนกิจ ไปเป็นของกรมส่งเสริมสหกรณ์ สังกัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์¹⁹³ โดยมี พันเอกสุรินทร์ ชลประเสริฐ ดำรงตำแหน่งอธิบดีกรมส่งเสริมสหกรณ์และนายทะเบียนสหกรณ์เป็นคนแรก¹⁹⁴

ต่อมาในปี พ.ศ.2542 ได้มีการตราพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ขึ้นใช้บังคับใหม่ โดยใช้พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2511 ฉบับเดิมเป็นแนวทาง โดยตัดบทบัญญัติในส่วนที่ไม่จำเป็นออกไป เช่น บทบัญญัติที่ว่าด้วยสหกรณ์ไม่จำกัด ส่วนบทบัญญัติที่ยังใช้ได้คือยุ้งย้งนำมาบัญญัติไว้เหมือนเดิมไม่แก้ไข เช่น เรื่องหลักเกณฑ์การจดทะเบียนสหกรณ์ รายการที่ต้องมีในข้อบังคับการดำเนินงานของสหกรณ์ที่ว่าด้วยวงเงินกู้ยืม การรับเงินอุดหนุน การประชุมใหญ่ การตรวจการสหกรณ์ การจัดทำทะเบียนหุ้นและสมาชิก การจัดทำงบดุล การอนุมัติและการจัดทำรายงานกิจการประจำปี การควบสหกรณ์และการชำระบัญชี และมีส่วนที่บัญญัติขึ้นใหม่คือคณะกรรมการพัฒนาการสหกรณ์แห่งชาติ กองทุนพัฒนาสหกรณ์ การให้สหกรณ์ดำรงสินทรัพย์สภาพคล่อง สมาชิกสมทบ การจำกัดจำนวนและวาระกรรมการ การแยกสหกรณ์ และส่วนที่แก้ไขจากบทบัญญัติเดิม เช่น คำบำรุงสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย ทุนสำรอง การอุทธรณ์คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์

¹⁹¹ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2506

¹⁹² คำสั่งคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 216 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515

¹⁹³ คำสั่งคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 217 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515

¹⁹⁴ <http://webhost.cpd.go.th/ewt/rlo/recidence.html>

กรรมการสันนิบาตสหกรณ์ และเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ของสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย¹⁹⁵ มีปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เป็นนายทะเบียนสหกรณ์และนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจแต่งตั้งข้าราชการในสังกัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าเป็นรองนายทะเบียนสหกรณ์ ให้มีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสหกรณ์หรือตามที่นายทะเบียนสหกรณ์มอบหมาย¹⁹⁶ และให้อำนาจรัฐมนตรี นายทะเบียนสหกรณ์ ออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร เพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแลและส่งเสริมการสหกรณ์¹⁹⁷ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ และคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ ต่อมาได้มีแก้ไขผู้ที่ดำรงตำแหน่งนายทะเบียนสหกรณ์ จากเดิมปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เป็นอธิบดีกรมส่งเสริมสหกรณ์ เป็นนายทะเบียนสหกรณ์¹⁹⁸

กล่าวโดยสรุป สมัยแรกที่มีการเริ่มจัดตั้งสหกรณ์ขึ้นนั้น ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะใช้กับสหกรณ์ จึงใช้พระราชบัญญัติสมาคม พระพุทธศักราช 2457 โดยมีการตราพระราชบัญญัติสมาคมเพิ่มเติม พระพุทธศักราช 2459 ออกมารองรับการจดทะเบียนเป็นสหกรณ์ ให้อยู่ในความควบคุมดูแลและจดทะเบียนกับกรมพาณิชย์และสถิติพยากรณ์ กระทรวงพระคลังมหาสมบัติ ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนถึงนายทะเบียนสหกรณ์ แต่เข้าใจได้โดยปริยายว่าอธิบดีกรมพาณิชย์และสถิติพยากรณ์ ทำหน้าที่นายทะเบียนสหกรณ์ในการรับจดทะเบียน ควบคุมและเลิกสหกรณ์ได้ ซึ่งในขณะนั้นมีพระราชวรรังศ์เธอ กรมหมื่นพิทยาลงกรณ์ ทรงดำรงตำแหน่งอธิบดีและนายทะเบียนสหกรณ์พระองค์แรก ต่อมาเมื่อกรมพาณิชย์และสถิติพยากรณ์ยกฐานะเป็นกระทรวงพาณิชย์ พระราชวรรังศ์เธอ กรมหมื่นพิทยาลงกรณ์ ก็ยังทรงเป็นนายทะเบียนสหกรณ์สืบต่อมาจนถึง พ.ศ.2468 ในปี พ.ศ.2469 หม่อมเจ้าฉลาดลบเลอสรรรค์กมลลาสน์ ปลัดทูลฉลองฯ ทรงดำรงตำแหน่งนายทะเบียนสหกรณ์ด้วย ต่อมาพระยาพิพิธสมบัติ (ดาบ กุวานนท์) ก็เข้ารับตำแหน่งปลัดทูลฉลองฯ และเป็นนายทะเบียนสหกรณ์ ก็แสดงว่าการแต่งตั้งนายทะเบียนสหกรณ์สมัยนั้นแต่งตั้งจากอธิบดีกรมหรือปลัดกระทรวงก็ได้ ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติสหกรณ์ พระพุทธศักราช 2471 ขึ้นก็ใช้กฎหมายได้กำหนดให้เสนาบดีมีอำนาจตั้งเจ้าพนักงานนายหนึ่งเป็นนายทะเบียนสหกรณ์ มีหน้าที่

¹⁹⁵ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542

¹⁹⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 15

¹⁹⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 5 และมาตรา 16(8)

¹⁹⁸ พระราชกฤษฎีกาแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับการโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 พ.ศ.2545 มาตรา 122

รับจดทะเบียนสหกรณ์และกระทำการอื่นตามพระราชบัญญัติดังกล่าว¹⁹⁹ การแต่งตั้งนายทะเบียนสหกรณ์ก็แต่งตั้งมาจากอธิบดีบ้าง จากปลัดกระทรวงบ้าง เนื่องจากกฎหมายเปิดกว้างไม่กำหนดเฉพาะเจาะจงว่าจะต้องตั้งจากตำแหน่งใด แต่จะตั้งจากผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงของหน่วยงานที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลสหกรณ์ ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2511 ขึ้นก็ใช้กฎหมายบัญญัติให้รัฐมนตรีแต่งตั้งข้าราชการในสังกัดกระทรวงพัฒนาการแห่งชาติซึ่งมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือเทียบเท่าเป็นนายทะเบียนสหกรณ์²⁰⁰ ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขคำว่ากระทรวงพัฒนาการแห่งชาติ เป็นกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เพื่อให้สอดคล้องกับการปรับโครงสร้างใหม่²⁰¹ ตามคำสั่งคณะปฏิวัติที่ให้ยกเลิกกระทรวงพัฒนาการแห่งชาติ และตั้งกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และให้โอนอำนาจหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับงานสหกรณ์มาเป็นของกรมส่งเสริมสหกรณ์ สังกัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์²⁰² นายทะเบียนสหกรณ์ก็ยังแต่งตั้งมาจากข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดี ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ขึ้นบังคับใช้ กฎหมายจึงบัญญัติให้ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เป็นนายทะเบียนสหกรณ์²⁰³ ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเปลี่ยนเป็นให้อธิบดีกรมส่งเสริมสหกรณ์เป็นนายทะเบียนสหกรณ์²⁰⁴

¹⁹⁹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พุทธศักราช 2471 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ให้เสนาบดีมีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตั้งเจ้าพนักงานนายหนึ่งเป็นนายทะเบียนสหกรณ์ มีหน้าที่รับจดทะเบียนสหกรณ์และกระทำการอื่นตามพระราชบัญญัตินี้

²⁰⁰ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2511 มาตรา 6 บัญญัติว่า ให้รัฐมนตรีแต่งตั้งข้าราชการในสังกัดกระทรวงพัฒนาการแห่งชาติซึ่งมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือเทียบเท่าหนึ่งคนเป็นนายทะเบียนสหกรณ์ มีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ และข้าราชการในสังกัดกระทรวงพัฒนาการแห่งชาติ ซึ่งมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าหัวหน้ากองหรือเทียบเท่าคนหนึ่งหรือหลายคน เป็นรองนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือตามที่นายทะเบียนสหกรณ์มอบหมายการแต่งตั้งตามวรรคหนึ่งให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

²⁰¹ พระราชบัญญัติสหกรณ์(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2524

²⁰² คำสั่งคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 216 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515

²⁰³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 15

²⁰⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2552

2. อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า นายทะเบียนสหกรณ์เป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมกำกับดูแลงานสหกรณ์ โดยเป็นผู้ที่ใช้อำนาจของภาครัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของสหกรณ์ตั้งแต่การจดทะเบียนจัดตั้งสหกรณ์ การดำเนินงานทั่วไป การดำเนินธุรกิจ การเงิน การบัญชี การสอบบัญชี ตลอดจนการเลิกและการชำระบัญชีสหกรณ์ กฎหมายบัญญัติให้อธิบดีกรมส่งเสริมสหกรณ์เป็นนายทะเบียนสหกรณ์ และนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจแต่งตั้งข้าราชการในสังกัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่า เป็นรองนายทะเบียนสหกรณ์ มีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายหรือตามที่นายทะเบียนสหกรณ์มอบหมาย ทั้งนี้ การแต่งตั้งดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา²⁰⁵ ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์อาจมอบหมายให้รองนายทะเบียนสหกรณ์ ผู้ตรวจการสหกรณ์ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ปฏิบัติการแทนได้²⁰⁶ ส่วนอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่หลัก และอำนาจหน้าที่อื่นที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มีดังนี้

2.1 อำนาจหน้าที่หลักของนายทะเบียนสหกรณ์ ได้แก่²⁰⁷

- 1) รับผิดชอบ ส่งเสริม ช่วยเหลือ แนะนำ และกำกับดูแลสหกรณ์ให้เป็นไปตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น
- 2) กำหนดระบบบัญชีและมาตรฐานการสอบบัญชี ตลอดจนสมุดและแบบรายงานต่างๆ ที่สหกรณ์ต้องยื่นต่อนายทะเบียนสหกรณ์ รวมทั้งแบบพิมพ์อื่นๆ ที่ต้องใช้ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้
- 3) แต่งตั้งผู้สอบบัญชี ผู้ตรวจการสหกรณ์ และผู้ชำระบัญชี
- 4) ออกคำสั่งให้มีการตรวจสอบ หรือไต่สวนเกี่ยวกับการจัดตั้งการดำเนินงานหรือฐานะการเงินของสหกรณ์

²⁰⁵ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 15

²⁰⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542

มาตรา 16 วรรคสอง บัญญัติว่า บรรดาอำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ หรือการดำเนินการอื่นใดตามพระราชบัญญัตินี้ นายทะเบียนสหกรณ์อาจมอบอำนาจให้รองนายทะเบียนสหกรณ์ ผู้ตรวจการสหกรณ์ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์มอบหมายให้ปฏิบัติการแทนได้

วรรคสาม บัญญัติว่า การมอบอำนาจตามวรรคสองให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

²⁰⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 16

5) สั่งให้ระงับการดำเนินงานทั้งหมดหรือบางส่วนของสหกรณ์ หรือให้เลิกสหกรณ์ ถ้าเห็นว่าสหกรณ์กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอันอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์ หรือสมาชิก

6) ถอนชื่อสหกรณ์ออกจากทะเบียนสหกรณ์

7) จัดทำรายงานประจำปีแยกตามประเภทสหกรณ์เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาการสหกรณ์แห่งชาติ

8) ออกระเบียบหรือคำสั่ง เพื่อให้มีการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ และเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกิจการของสหกรณ์

9) กระทำการอื่นใดตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ หรือตามที่รัฐมนตรีมอบหมาย

2.2 อำนาจหน้าที่อื่นของนายทะเบียนสหกรณ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ได้แก่

- 1) อำนาจสั่งให้ชี้แจงข้อเท็จจริงหรือส่งเอกสาร²⁰⁸
- 2) อำนาจเข้าไปตรวจสอบในสำนักงานสหกรณ์²⁰⁹
- 3) อำนาจยับยั้งหรือเพิกถอนมติที่ประชุมใหญ่หรือมติที่ประชุมคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์²¹⁰
- 4) อำนาจในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์²¹¹
- 5) อำนาจในการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง หรือให้คณะกรรมการพ้นจากตำแหน่ง²¹²
- 6) อำนาจในการช่วยเหลือสหกรณ์ที่จัดตั้งยังไม่เกิน 3 ปี หรือสหกรณ์ที่มีผลการดำเนินงานขาดทุนติดต่อกันเกิน 2 ปี²¹³
- 7) อำนาจในการประกาศกำหนดประเภทของสหกรณ์ที่สามารถรับสมาชิกสมทบได้²¹⁴
- 8) อำนาจในการตีความข้อบังคับ²¹⁵

²⁰⁸ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 17

²⁰⁹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 18

²¹⁰ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 20

²¹¹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 21

²¹² พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 22

²¹³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 23

²¹⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 41

²¹⁵ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 45

- 9) อำนาจในการให้ความเห็นชอบวงเงินกู้ยืมหรือการค้าประกันของสหกรณ์²¹⁶
 - 10) อำนาจในการเรียกประชุมใหญ่วิสามัญ²¹⁷
 - 11) อำนาจให้ความเห็นชอบสหกรณ์ซื้อหุ้นของสถาบันที่ประกอบธุรกิจอันทำให้เกิดความสะดวกรหรือส่งเสริมความเจริญแก่กิจการของสหกรณ์²¹⁸
 - 12) อำนาจพิจารณาทะเบียนสมาชิกและทะเบียนหุ้นและการเปลี่ยนแปลงรายการในทะเบียนดังกล่าว²¹⁹
 - 13) อำนาจพิจารณารายงานประจำปีและงบดุลของสหกรณ์²²⁰
 - 14) อำนาจกำหนดค่าตอบแทนผู้ชำระบัญชี²²¹
 - 15) อำนาจตรวจสอบรายงานการชำระบัญชีและสั่งให้แก้ไขการชำระบัญชี²²²
 - 16) อำนาจให้ความเห็นชอบการโอนทรัพย์สินที่เหลือจากการชำระบัญชี²²³
 - 17) อำนาจให้ความเห็นชอบการชำระบัญชีและถอนชื่อสหกรณ์ออกจากทะเบียน²²⁴
- อำนาจหน้าที่นายทะเบียนสหกรณ์ ตามมาตรา 16 (3) (4) (5) ประกอบมาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในการตรวจสอบและกำกับดูแลสหกรณ์ตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด หากไม่ได้ตรวจสอบบัญชีตามมาตรฐานการสอบบัญชี และตามระเบียบที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด ไม่กำกับดูแลสหกรณ์ และไม่ได้ตรวจสอบรายการหรือรายงานเกี่ยวกับกิจการของสหกรณ์ รวมทั้งไม่ได้ดำเนินการใดๆ เพื่อแก้ปัญหาของสหกรณ์ เป็นเหตุให้สหกรณ์ประสบปัญหาการบริหารจัดการปัญหาทางการเงิน ก็อาจเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้²²⁵

²¹⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 47

²¹⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 55

²¹⁸ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 62 (6)

²¹⁹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 64

²²⁰ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 67

²²¹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 75 วรรคห้า

²²² พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 85

²²³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 86

²²⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 87

²²⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ร.317/2553

ส่วนเรื่องการออกระเบียบหรือคำสั่งเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายสหกรณ์ หรือเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกิจการของสหกรณ์ เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจนายทะเบียน สหกรณ์ออกระเบียบหรือคำสั่งเพื่อให้สหกรณ์ถือปฏิบัติได้ แต่ต้องเป็นการออกระเบียบหรือคำสั่ง เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายสหกรณ์ หรือเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกิจการของสหกรณ์ เท่านั้น ดังนั้น การออกระเบียบหรือคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์จึงต้องมีกฎหมายซึ่งเป็นแหล่งที่มา ของอำนาจกำหนดไว้ชัดเจน และต้องเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่ออกระเบียบหรือคำสั่ง หากยังไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นให้อำนาจไว้ก็ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²²⁶ ในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้ นายทะเบียนสหกรณ์ รองนายทะเบียน สหกรณ์ ผู้ตรวจการสหกรณ์ ผู้สอบบัญชี หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์มอบหมาย มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ ผู้ตรวจสอบกิจการ ผู้จัดการ เจ้าหน้าที่ หรือเชิญสมาชิกของสหกรณ์มาชี้แจงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกิจการของสหกรณ์ หรือให้ส่งเอกสารเกี่ยวกับการดำเนินงาน หรือรายงานการประชุมของสหกรณ์ได้²²⁷ นอกจากนี้ ยังมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบ ในสำนักงานของสหกรณ์ในระหว่างเวลาทำงานของสหกรณ์ได้ และให้ผู้ซึ่งเกี่ยวข้องอำนวยความสะดวก หรือช่วยเหลือหรือให้คำชี้แจงแก่ผู้ปฏิบัติตามสมควร

การออกคำสั่งเป็นหนังสือดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการเชิญมาชี้แจงข้อเท็จจริงหรือให้ ส่งเอกสารเกี่ยวกับการดำเนินงาน ยังไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครองแต่เป็นการเตรียมการเพื่อออก คำสั่งทางปกครอง ดังนั้นผู้ได้รับคำสั่งดังกล่าวจึงไม่อาจฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนหนังสือ ดังกล่าวได้ อนึ่ง กฎหมายกำหนดให้ผู้ตรวจการสหกรณ์มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบกิจการและฐานะ การเงินของสหกรณ์ตามที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด เมื่อตรวจสอบแล้วให้เสนอรายงานการตรวจสอบ ต่อนายทะเบียนสหกรณ์ ผู้ตรวจการสหกรณ์จึงเป็นเสมือนเครื่องมือของนายทะเบียนสหกรณ์ในการ ใช้อำนาจกำกับดูแลสหกรณ์ตามกฎหมาย

²²⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดง ที่ อ. 189/2548

²²⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542

มาตรา 17 บัญญัติว่า นายทะเบียนสหกรณ์ รองนายทะเบียนสหกรณ์ ผู้ตรวจการสหกรณ์ ผู้สอบบัญชี หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์มอบหมาย มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือ ให้คณะกรรมการ ดำเนินการสหกรณ์ ผู้ตรวจสอบกิจการ ผู้จัดการ เจ้าหน้าที่ หรือเชิญสมาชิกของสหกรณ์มาชี้แจงข้อเท็จจริง เกี่ยวกับกิจการของสหกรณ์ หรือให้ส่งเอกสารเกี่ยวกับการดำเนินงาน หรือรายงานการประชุมของสหกรณ์ได้

สำหรับอำนาจหน้าที่กำกับดูแลสหกรณ์ตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น อำนาจสั่งขยับยั้ง หรือเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่หรือที่ประชุมคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์²²⁸ อำนาจร้องทุกข์ หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์²²⁹ อำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ แก้ไขข้อบกพร่อง หรือสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุ ให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์และสมาชิก สั่งให้คณะกรรมการ ดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว หรืออำนาจสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการ สหกรณ์พ้นจากตำแหน่ง²³⁰ การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์มอบหมายเข้าช่วยเหลือ ดำเนินกิจการของสหกรณ์ทั้งหมดหรือบางส่วน²³¹ อำนาจตั้งคณะกรรมการชั่วคราว²³² การรับจดทะเบียน แก้ไขข้อบังคับของสหกรณ์²³³ หรือการให้ความเห็นชอบระเบียบต่างๆ ของสหกรณ์ เช่น ระเบียบ ว่าด้วยการรับฝากเงินประเภทออมทรัพย์หรือประเภทประจำจากสมาชิกหรือสหกรณ์อื่น²³⁴ ระเบียบ ว่าด้วยการให้สหกรณ์อื่นกู้ยืมเงิน²³⁵ การให้ความเห็นชอบวงเงินกู้ยืมหรือค้ำประกันของสหกรณ์²³⁶ การเรียกประชุมใหญ่วิสามัญ²³⁷ การให้ความเห็นชอบการลงทุนของสหกรณ์²³⁸ การกำหนดแบบ และรายการจัดทำบัญชีของสหกรณ์²³⁹ การกำหนดแบบการจัดทำงบดุลของสหกรณ์²⁴⁰ รวมถึงการ แต่งตั้งผู้สอบบัญชี²⁴¹ การสั่งเลิกสหกรณ์²⁴² และการแต่งตั้งผู้ชำระบัญชีสหกรณ์²⁴³ เห็นได้ว่า อำนาจ นายทะเบียนสหกรณ์ในการกำกับดูแลสหกรณ์ ต้องมีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมาย ว่าด้วยสหกรณ์ เนื่องจากตามหลักนิติรัฐ หรือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย มุ่งในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

²²⁸ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 20

²²⁹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 21

²³⁰ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 22

²³¹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 23

²³² พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 24

²³³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 44

²³⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 45 (5)

²³⁵ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 46 (8)

²³⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 47

²³⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 55

²³⁸ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 62 (6)

²³⁹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 65

²⁴⁰ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 66

²⁴¹ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 69

²⁴² พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 71

²⁴³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 75

ของประชาชน โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ การกระทำใดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจกระทำได้ จากหลักการดังกล่าว หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน นายทะเบียนสหกรณ์ก็ไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของสหกรณ์ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง อนึ่ง การดำเนินกิจการของสหกรณ์โดยทั่วไปเป็นการดำเนินกิจการของเอกชน หากใช้เป็นกิจการของรัฐหรือที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองแทนรัฐแต่อย่างใด นายทะเบียนสหกรณ์จึงมีอำนาจหน้าที่เพียงควบคุมกำกับดูแล การดำเนินกิจการของสหกรณ์ให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น การที่สมาชิกสหกรณ์ร้องขอให้นายทะเบียนสหกรณ์ทำหน้าที่แก้ไขปัญหานี้สินของเกษตรกรด้วยนั้น มิใช่หน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ จึงมิใช่เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ²⁴⁴ สำหรับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ในการกำกับดูแลสหกรณ์นั้น จะมีมาตรการทั้งในด้านการกำกับดูแลเหนือการกระทำ เช่น การให้ความเห็นชอบ การอนุญาต อนุมัติ และการรับจดทะเบียน การสั่งเพิกถอน การสั่งให้แก้ไขข้อบกพร่อง สั่งให้หยุดการปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว สั่งให้คณะกรรมการดำเนินการระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิด ข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก และมาตรการในการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล เช่น การสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์พ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้ กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีนั้นพ้นจากตำแหน่งกรรมการ และมาตรการในการเข้าดำเนินการแทน เช่นการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ หรือการสั่งให้ผู้ตรวจการสหกรณ์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ เข้าช่วยเหลือดำเนินกิจการของสหกรณ์ เป็นต้น ซึ่งจะได้อธิบายเฉพาะอำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ ในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ และในการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่อง ระงับการปฏิบัติหน้าที่ ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราวหรือให้พ้นจากตำแหน่ง ตามมาตรา 21 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นอำนาจผูกพัน หรืออำนาจดุลพินิจ โดยได้ทำการศึกษาโครงสร้างของกฎหมายในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริง ที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ และในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย และวิเคราะห์ถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติ แห่งกฎหมายดังกล่าวว่ากฎหมายได้ใช้ถ้อยคำที่เป็นการให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัย (Margin of Judgment) แก่นายทะเบียนสหกรณ์หรือไม่

²⁴⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ร. 610/2550

3. อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์

ในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย ถ้าสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้²⁴⁵

กรณีนี้กฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุคือ กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย และสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นเรื่องราวทางข้อเท็จจริง ที่เกี่ยวกับการกระทำหรือเหตุการณ์ของบุคคล คือถ้อยคำว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย” ซึ่งเป็นกรณีที่นายทะเบียนสหกรณ์จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริง ให้เป็นที่ยุติว่า กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ ได้กระทำการอย่างไร และนำข้อเท็จจริง ที่ได้นั้นมาปรับบทกับข้อกฎหมายว่าเหตุการณ์ดังกล่าวหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น ทำให้สหกรณ์เสียหายหรือไม่

3.1 ถ้อยคำว่า “การกระทำของกรรมการ ผู้จัดการหรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ ทำให้สหกรณ์เสียหาย” เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำอันเป็นการให้อำนาจดุลพินิจหรือไม่

จึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาว่า การที่กฎหมายใช้คำว่า “การกระทำของกรรมการ ผู้จัดการหรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ ทำให้สหกรณ์เสียหาย” เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำประเภทใด เมื่อพิจารณาถ้อยคำดังกล่าว จะเห็นว่าเป็นกรณีที่กฎหมายมาตรา 21 ได้บัญญัติลักษณะของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกี่ยวกับการกระทำ หรือพฤติกรรมของบุคคลคือเป็นการกระทำที่ทำให้สหกรณ์เสียหาย ซึ่งเมื่อพิจารณาถ้อยคำที่เป็นเรื่องราวทางข้อเท็จจริง ถ้อยคำแบบนี้บางทีเราดูมันเป็นถ้อยคำที่ไม่มีลักษณะเจาะจงคือเป็นถ้อยคำที่กำหนดเกี่ยวกับสิ่งของหรือเหตุการณ์ ซึ่งเป็นสิ่งที่รับรู้เห็นได้หรือเหตุการณ์ที่มีประสบการณ์... แต่เมื่อมันเกิดข้อเท็จจริงแต่ละกรณีเมื่อใดหรือเกิดกรณีเฉพาะเรื่องเมื่อใด เวลาที่จะบอกว่าข้อเท็จจริงนั้น เป็นข้อเท็จจริงเดียวกับที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ จึงต้องเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถบอกได้

²⁴⁵ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542

มาตรา 21 บัญญัติว่า ในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย ถ้าสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้ และให้พนักงานอัยการรับว่าต่างให้สหกรณ์ โดยให้สหกรณ์เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการร้องทุกข์ ฟ้องคดีหรือการว่าต่างแก่นายทะเบียนสหกรณ์ รองนายทะเบียนสหกรณ์ หรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณี

อย่างเป็นภาวะวิสัย ไม่เป็นเรื่องที่เป็นการประเมินคุณค่าทางข้อเท็จจริง ไม่ใช่เรื่องอัตวิสัย²⁴⁶ และการวินิจฉัยในเบื้องต้นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่อง กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ (Qualification Juridique des faits-Subsumtion) โดยปกติแล้วถือว่าเป็นการนำกฎหมายไปปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จึงเป็น “ปัญหาข้อกฎหมาย” ไม่ใช่ “ปัญหาคุณพินิจ” อันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยได้ อย่างอิสระตามแต่ตนจะเห็นสมควร ...²⁴⁷ อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่ง ได้บัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรืออีกนัยหนึ่ง ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจไว้ด้วยถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว (Indefinite Concepts) ถ้อยคำเช่นนี้ได้แก่ถ้อยคำซึ่งกฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้ และซึ่งวิญญูชน (Reasonable Man) อาจเข้าใจความหมายกว้างแคบแตกต่างกันไปได้²⁴⁸

จากกรณีปัญหาดังกล่าว มีความเห็นโดยนักวิชาการบางท่านเห็นว่า ถ้อยคำที่กฎหมายใช้พรรณนาข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ว่าจะมีความหมายแน่นอนชัดเจนหรือไม่แน่นอนชัดเจนก็ตาม ล้วนแล้วแต่เป็นถ้อยคำทางกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้น ปัญหาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจออกคำสั่งวินิจฉัยสั่งการทางปกครอง จึงย่อมมีคำตอบที่ถูกต้องทางกฎหมายอยู่เพียงคำตอบเดียวเท่านั้น เป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่จะต้องใช้วิจารณญาณของตนแสวงหาคำตอบที่ถูกต้องนั้นให้ได้ ทั้งนี้ ภายใต้การควบคุมของศาล²⁴⁹ แต่บางท่านกลับเห็นว่าการใช้ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้อยคำที่แสดงออกซึ่งความคิดเกี่ยวกับคุณค่าของบุคคลและสรรพสิ่งพรรณนาข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นเรื่องแสดงให้เห็นได้โดยปริยายว่ากฎหมาย

²⁴⁶ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*, วิทยานิพนธ์ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 565

²⁴⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15 “การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง”, 2553

²⁴⁸ Leo Goldenber, “Le Conseil d’Etat, juge du fait”, Paris, Dalloz, 1932, pp. 49-50; Pierre-Louis Manfrini, op.cit., p.168; คำกล่าวของ Lord Radcliff ในคดี Edwards v. Bairstow (1956) AC. 14 อ้างโดย ศ.ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15 “การตรวจสอบ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง”

²⁴⁹ Tezner อ้างโดย Lio Coldenberq, pp. 68-71 อ้างโดย ศ.ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เอกสารประกอบการ อบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15 “การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง”

มีเจตนาจะปล่อยให้การวินิจฉัยปัญหาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่อง เป็นหรือไม่เป็น ข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจอยู่ในดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ดุลพินิจประเภทนี้เรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” (Margin of Judgement-latitude de jugement)²⁵⁰

เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ว่า “การกระทำของกรรมการ ผู้จัดการหรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ ทำให้สหกรณ์เสียหาย” จะเห็นได้ว่าเป็นถ้อยคำที่เป็นเรื่องทาง ข้อเท็จจริงที่กำหนดเกี่ยวกับการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคล เช่น “ทำให้เงินสดขาดบัญชี” หรือ “มีการเผาทำลายเอกสารทางบัญชีของสหกรณ์” หรือ “กระทำการชำระหนี้ให้เจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ไปโดยผิดพลาด” เป็นต้น ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวเหล่านี้เป็นข้อเท็จจริงที่รับรู้ได้ เห็นได้หรือเป็นเหตุการณ์ที่อาจมีประสบการณ์ และสามารถบอกได้อย่างเป็นภาวะวิสัย และถ้อยคำดังกล่าวไม่ใช่ถ้อยคำที่จะต้องให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือเป็นถ้อยคำที่มีความหมายทางเทคนิค อย่างเช่นคำว่า “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพ”แต่อย่างไร และแม้กฎหมายจะไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้ แต่ก็ไม่ได้ทำให้วิญญูชนอาจเข้าใจความหมายได้แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง แม้ว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องดังกล่าว อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าสหกรณ์ได้รับความเสียหายแล้วหรือไม่ ก็เป็นกรณีที่เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง หรือการตีความปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งจะเป็ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือไม่ย่อมเป็นการวินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งตกอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติว่า “ในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย” เป็นการใช้อ้อยคำมีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ที่เป็นเรื่องราวทางข้อเท็จจริง (Empirical Concept) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กำหนดเกี่ยวกับสิ่งของหรือเหตุการณ์ของความเป็นจริง ที่อาจรับรู้เห็นได้ หรือเป็นเหตุการณ์ที่อาจมีประสบการณ์ได้ ดังนั้น การกระทำของกรรมการ ผู้จัดการหรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ ทำให้สหกรณ์เสียหาย ที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ จึงเป็นการวินิจฉัยใน “ปัญหาข้อกฎหมาย” ซึ่งมีใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของนายทะเบียนสหกรณ์

²⁵⁰ Andvi Grisel, “Droit administrative suisse, “Neuchatel Delachaux & Niestle, 1984, pp. 334-338
อ้างโดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15
“การตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง”

3.2 การร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์เป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ

เมื่อเกิดกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย และสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแล้ว จะถือเป็นหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ต้องใช้อำนาจ ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนเท่านั้น หรือนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจดุลพินิจที่จะเลือกตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์หรือไม่ก็ได้ ซึ่งกรณีนี้กฎหมายใช้คำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำที่เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ”²⁵¹ “มีสิทธิ”²⁵² “อาจ... ก็ได้”²⁵³ หรือถ้อยคำทำนองนี้ เช่น “สามารถ” หรือ “ควรจะ” แต่หากไม่ประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “ต้อง”²⁵⁴ หรือ “ให้ปฏิเสธไม่รับพิจารณาคำขอ”²⁵⁵ เมื่อพิจารณาถ้อยคำตามบทบัญญัติ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ซึ่งใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้ใช้ถ้อยคำใกล้เคียงกับถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ... ก็ได้” ที่เป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการจะเลือกใช้อำนาจนั้นหรือไม่ก็ได้ การใช้ถ้อยคำว่า “ให้..ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” เป็นการยืนยันว่า นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจทำได้ หากเข้าใจตรงกันดังกล่าวซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับถ้อยคำตามมาตรา 20 ที่บัญญัติว่า “ถ้าที่ประชุมใหญ่หรือที่ประชุมคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ลงมติอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย... ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจสั่งขยับยั้งหรือเพิกถอนมตินั้นได้” การใช้ถ้อยคำว่า “ให้มีอำนาจสั่งขยับยั้งหรือเพิกถอนมติได้” ก็เป็นการยืนยันว่า นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจทำได้หากเข้าใจตรงกันดังกล่าวเช่นเดียวกัน แม้มาตรา 21 จะมีได้ใช้ถ้อยคำว่า “ให้มีอำนาจ..ได้” แต่เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ประกอบกันทั้งหมดคือคำว่า “ให้..ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” ก็อาจเข้าใจได้ถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าเป็นกรณีที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่นายทะเบียนสหกรณ์ในการตัดสินใจที่จะใช้อำนาจ

²⁵¹ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 มาตรา 30 มาตรา 43 และพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2512 มาตรา 40

²⁵² พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ.2499 มาตรา 26 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530 มาตรา 8

²⁵³ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 เรื่องควบคุมการจัดสรรที่ดิน ข้อ 12 และพระราชบัญญัติโรงแรม พุทธศักราช 2478 มาตรา 23

²⁵⁴ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 มาตรา 8

²⁵⁵ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 มาตรา 26

ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์หรือไม่ก็ได้ แต่อย่างไรก็ดี กรณีนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา เคยให้ความเห็นว่าสหกรณ์ออมทรัพย์ซึ่งจัดตั้งตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ต้องอยู่ภายใต้ บังคับตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 และพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 กล่าวคือการดำเนินการของสหกรณ์ออมทรัพย์ ย่อมต้องอยู่ในการกำกับดูแลของนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะต้องทำหน้าที่ดูแลมิให้สหกรณ์ดำเนินการ ในทางที่เกิดความเสียหายแก่สมาชิกด้วย โดยหากข้าราชการหรือลูกจ้างที่ปฏิบัติหน้าที่ในสหกรณ์ ไม่ว่าจะในฐานะกรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหาย แก่สหกรณ์ หากสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะต้องดำเนินการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 นายทะเบียนสหกรณ์จึงต้องมีหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นให้ครบถ้วนตามภาระความรับผิดชอบของผู้กระทำผิดต่อสหกรณ์ออมทรัพย์เพื่อร้องทุกข์ หรือฟ้องคดีต่อไป²⁵⁶

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 21 ใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” เป็นการใช้อัตนัยเช่นเดียวกับคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ... ก็ได้” หรือ “ให้นายทะเบียนสหกรณ์ หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจสั่งขยับยั้งหรือเพิกถอนมตินั้นได้” ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ก็ได้ จึงเห็นว่า บทบัญญัติแห่งมาตรา 21 เป็นอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ของนายทะเบียนสหกรณ์

4. อำนาจสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง ระเบียบการปฏิบัติ หน้าที่ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว หรือให้พ้นจากตำแหน่ง

ในกรณีที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการ ปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือสหกรณ์มีข้อบกพร่อง เกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงาน การตรวจสอบ ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติการ ดังต่อไปนี้

- 1) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียน สหกรณ์กำหนด หรือ
- 2) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุ

²⁵⁶ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร 0901/0578 ลงวันที่ 23 มิถุนายน 2549

ให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก หรือ 3) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด หรือ 4) ให้คณะกรรมการดำเนินการพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีนั้นพ้นจากตำแหน่ง²⁵⁷

จากบทบัญญัติมาตรา 22 กฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบสาเหตุไว้คือ คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรือละเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก หรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ” เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจที่เป็นเรื่องราวทางข้อเท็จจริงที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ที่เกี่ยวกับการกระทำหรือเหตุการณ์ของบุคคล ซึ่งก่อนที่จะใช้อำนาจตามมาตรา 22 นายทะเบียนสหกรณ์จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องดังกล่าวเสียก่อนว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ จากนั้นจึงให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยตรวจสอบข้อเท็จจริงในกฎหมายว่ามีอยู่อย่างใด แล้วนำข้อเท็จจริงที่ได้ตรวจสอบแล้วว่าได้เกิดขึ้นจริง มาปรับบทกับข้อเท็จจริงในกฎหมาย เช่น ตรวจสอบว่าคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างไรในการปฏิบัติหน้าที่ และการกระทำหรือละเว้นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือไม่ อย่างไร หรือตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงินการบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงินหรือไม่

²⁵⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542

มาตรา 22 บัญญัติว่า ในกรณีที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรือละเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติการ ดังต่อไปนี้

- (1) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด
- (2) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก
- (3) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด
- (4) ให้คณะกรรมการดำเนินการพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีนั้นพ้นจากตำแหน่ง

จึงมีปัญหาคำที่ต้องพิจารณาว่า การที่บทบัญญัติของกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” และ “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน” นั้น เป็นการใช้ถ้อยคำที่ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยหรือไม่

4.1 ถ้อยคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” เป็นถ้อยคำประเภทที่กฎหมายให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยหรือไม่

จะเห็นว่าเมื่อใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่บัญญัติเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ประเภท Normative Concept ซึ่งเป็นถ้อยคำที่แสดงออกถึงคุณค่าบางประการ ที่จะต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการ หรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกัน อย่างเช่นถ้อยคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี” หรือ “ลามกอนาจาร” เป็นต้น ถ้อยคำเหล่านี้จะต้องอาศัยความเห็นของผู้ตีความซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่มีประสบการณ์ทั่วไปได้ และไม่อาจหลีกเลี่ยงอัตวิสัยของผู้ตีความนั้น²⁵⁸ การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งอยู่ในถ้อยคำประเภทนี้หรือไม่ จึงเป็นการประเมินคุณค่าของข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งผู้ประเมินแต่ละคนอาจมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ แต่ไม่มีผู้ใดสามารถกล่าวอ้างได้ว่าความเห็นของตนถูกต้องความเห็นเดียว²⁵⁹

เมื่อพิจารณาถ้อยคำว่า คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก จะเห็นได้ว่าเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคล ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุโดยใช้ถ้อยคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” ซึ่งไม่ได้เป็นถ้อยคำที่มีความหมายทางเทคนิค และไม่ได้เป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายได้ให้คำจำกัดความไว้ และถ้อยคำดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถบอกได้อย่างเป็นภาวะวิสัย ซึ่งหากให้วิญญูชนทั่วไปให้ความเห็นแล้ว ก็อาจเห็นได้ว่าวิญญูชนอาจจะเข้าใจความหมายกว้างหรือแคบหรือมีความเห็นแตกต่างกันกันได้ และหากจะพิจารณาคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” ถือว่าเป็นถ้อยคำที่จะต้องให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญ

²⁵⁸ กมลชัย รัตนสกาวงศ์ “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน” *วารสารบทบัญญัติ* 42 (กันยายน), 2529, หน้า 68

²⁵⁹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, *การควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 42

เฉพาะด้านหรือไม่ เห็นว่าเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงประเภทที่จะต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการ หรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกัน (Normative Concept) เช่น ถ้อยคำว่า “การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม” “อาคารที่ชำรุดทรุดโทรมหรือมีสภาพเป็นที่น่ารังเกียจ” “การกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ” หรือ “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ” เป็นต้น จึงเห็นได้ว่าคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” เป็นถ้อยคำเช่นเดียวกับที่ยกตัวอย่างข้างต้น ที่เป็นการประเมินคุณค่าของข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งผู้ประเมินแต่ละคนอาจมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ การให้ความหมายถ้อยคำดังกล่าวจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงอัตวิสัยของผู้ตีความนั้น จึงมีลักษณะเป็นการที่กฎหมายประสงค์จะให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแก่ถ้อยคำดังกล่าว ในกรณีที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตนในกรณีเฉพาะเรื่อง ว่าเป็นกรณีที่ทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือไม่ ซึ่งอาจเห็นได้ว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้นายทะเบียนสหกรณ์ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ประเภท Normative Concept ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัย (Margin of Judgment-latitude de jugement)

4.2 ถ้อยคำว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน” เป็นถ้อยคำประเภทที่กฎหมายให้เป็นอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยหรือไม่

ในกฎหมายมหาชนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนี้มีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดข้อเท็จจริงดังกล่าว โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง ด้วยถ้อยคำที่เป็นเรื่องราวทางข้อเท็จจริง (Empirical Concept) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กำหนดเกี่ยวกับสิ่งของหรือเหตุการณ์ของความเป็นจริง ซึ่งอาจเป็นวัตถุที่รับรู้เห็นได้ หรือเหตุการณ์ที่มีประสบการณ์ได้ เช่น คำว่า “กลางคืน” “แนวปฏิบัติทางการค้า” หรือ “ในพื้นที่อันตราย” เป็นต้น ถ้อยคำลักษณะนี้แม้จะมีความหมายไม่เจาะจง เช่น ไม่สามารถระบุว่าจะเวลาใดเป็นเวลากลางคืน แต่การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือไม่ นั้น ดำเนินไปอย่างเป็นภาวะวิสัย มิได้เป็นเรื่องประเมินคุณค่าทางข้อเท็จจริงแต่ประการใด²⁶⁰

²⁶⁰ “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 41

ส่วนถ้อยคำว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน” นั้น เป็นการบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นเรื่องราวทางข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิ่งของหรือเหตุการณ์ที่ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง เช่น สหกรณ์มีเงินสดขาดบัญชี หรือสหกรณ์ไม่บันทึกรายการบัญชีเกี่ยวกับกระแสเงินสดในวันเดียวกันกับที่เกิดเหตุหรือไม่จัดทำบัญชีตามแบบและรายการที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด หรือไม่จัดทำบุคคลในรอบปีทางบัญชี หรือสหกรณ์ไม่ดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เป็นต้น จะเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าว เป็นข้อเท็จจริงที่รับรู้ได้เห็นได้หรือเป็นเหตุการณ์ที่อาจมีประสบการณ์ หรือเคยเกิดขึ้นมาก่อน ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถบอกได้อย่างเป็นภาวะวิสัย ไม่ใช่อัศจรรย์ และไม่ได้เป็นข้อเท็จจริงที่ต้องให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และไม่อาจทำให้วิญญูชนเข้าใจความหมายได้แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง แม้ว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องดังกล่าว อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงินหรือไม่ ก็เป็นกรณีที่เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง หรือการตีความปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งจะเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือไม่ ย่อมเป็นการวินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมาย ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน” จึงเป็นการใช้ถ้อยคำที่ไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ประเภท Empirical Concept ดังนั้น การกระทำของกรรมการผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ จะทำให้สหกรณ์เสียหายหรือไม่ จึงเป็นการวินิจฉัยใน “ปัญหาข้อกฎหมาย” ซึ่งจะถูกหรือจะผิดก็เป็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจกระทำของนายทะเบียนสหกรณ์

4.3 อำนาจสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง ระวังการปฏิบัติหน้าที่ ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว หรือให้พ้นจากตำแหน่ง เป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ

จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า เมื่อมีกรณีที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก หรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบแล้ว นายทะเบียนสหกรณ์มีหน้าที่ต้องใช้อำนาจกระทำการตามมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หรือนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการก็ได้ หรือเลือกกระทำการตามมาตรการใด มาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำที่เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ... ก็ได้” หรือถ้อยคำทำนองนี้ เช่น “สามารถ” หรือ “ควรจะ” แต่หากไม่ประสงค์

จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “ต้อง” หรือ “ให้ปฏิบัติไม่รับพิจารณาคำขอ” เมื่อพิจารณาถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 22 ที่ใช้คำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติการ ดังต่อไปนี้” จึงเป็นกรณี ที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจ” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่กฎหมายให้เป็นอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ของนายทะเบียนสหกรณ์ ในการตัดสินใจที่จะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่กระทำการก็ได้ ฉะนั้น เมื่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เฉพาะกรณีเป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือข้อเท็จจริง อันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจแล้ว นายทะเบียนสหกรณ์จึงมีดุลพินิจตัดสินใจที่จะใช้อำนาจ ตามมาตรานี้หรือไม่ก็ได้

ส่วนผลทางกฎหมายนั้น เมื่อมีกรณีที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการ หรือคว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์ หรือสมาชิก หรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบแล้ว พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 22 บัญญัติให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติการดังต่อไปนี้

- (1) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลา ที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด
- (2) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุ ให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก
- (3) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด
- (4) ให้คณะกรรมการดำเนินการพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการนั้นพ้นจากตำแหน่ง

การที่กฎหมายบัญญัติให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือ ให้ปฏิบัติการ โดยบัญญัติมาตรการในการใช้อำนาจดังกล่าวไว้ 4 มาตรการ จึงเป็นกรณีที่กฎหมาย ประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อความของการกระทำ โดยกำหนดเนื้อความ ของการกระทำตั้งแต่สองเนื้อความขึ้นไปให้ฝ่ายปกครองเลือกเนื้อความที่เหมาะสมกับข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้น เช่น กรณีที่มีการกระทำผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงของข้าราชการผู้ใด กฎหมายได้กำหนดให้ ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งสามารถเลือกเนื้อความในการที่จะสั่งลงโทษว่าจะสั่งปลดออก หรือไล่ออก

จากราชการ²⁶¹ หรือกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการคนใดคนหนึ่งดำเนินกิจการสถานบริการ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ สามารถเลือกเนื้อความว่าสมควรจะออกคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้²⁶² ดังนั้น นายทะเบียนสหกรณ์ จึงมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกออกคำสั่ง เป็นหนังสือว่าจะให้ปฏิบัติการตามมาตรการใดมาตรการหนึ่ง หรือหลายมาตรการดังกล่าวข้างต้นได้

มีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า แต่ละมาตรการใน 4 มาตรการที่มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ให้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์เลือกใช้ดุลพินิจในการ ออกคำสั่งนั้น กฎหมายให้นายทะเบียนสหกรณ์สามารถเลือกเนื้อความในการออกคำสั่งได้เองภายใน ขอบเขตที่กำหนดหรือไม่

มาตรการแรก ตามมาตรา 22 (1) ที่บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ แก่ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด” จะเห็นว่า เป็นกรณีที่กฎหมาย กำหนดให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนดกล่าวคือ ให้นายทะเบียนสหกรณ์ออกคำสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง ส่วนจะให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องในเรื่องใดบ้าง แก้ไขอย่างไร และให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาใด กฎหมายบัญญัติให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจกำหนด เนื้อความของการกระทำได้เอง โดยสามารถกำหนดวิธีการและระยะเวลาให้คณะกรรมการดำเนินการ สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องเองได้ โดยกฎหมายมิได้กำหนดเจาะจงว่าเนื้อความนั้นจะเป็นอย่างไรบ้าง มีตัวอย่างกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้เอง เช่น เมื่อสาธารณภัย ภัยทางอากาศ หรือการก่อวินาศกรรมเกิดขึ้นหรือใกล้จะเกิดขึ้น กฎหมายได้ กำหนดให้ผู้อำนวยการท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่นั้น มีอำนาจสั่งให้

²⁶¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

มาตรา 97 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ภายใต้งบับวรรคสอง ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดวินัย อย่างร้ายแรง ให้ลงโทษปลดออกหรือไล่ออก ตามความร้ายแรงแห่งกรณี ถ้ามีเหตุอันควรลดหย่อนจะนำมาประกอบการ พิจารณาลดโทษก็ได้ แต่ห้ามมิให้ลดโทษลงต่ำกว่าปลดออก

²⁶² พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509

มาตรา 21 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติ หรือเมื่อสถานบริการใด ดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ขินยอมหรือปล่อยปละละเลย ให้มี การมั่วสุมเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในสถานบริการ หรือดำเนิน กิจการโดยไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่ออายุใบอนุญาตหรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ โดยให้คำนึงถึง ความร้ายแรงของการกระทำความผิด

ข้าราชการฝ่ายพลเรือน พนักงานส่วนท้องถิ่น เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ เจ้าพนักงาน อาสาสมัคร และบุคคลใดๆ ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่ที่เกิดสาธารณภัย ให้ปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามความจำเป็นในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยนั้นได้²⁶³ ซึ่งกรณีมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ.2550 นี้ได้กำหนดขอบเขตของการออกคำสั่งไว้ด้วย โดยให้ผู้อำนวยการท้องถิ่นสามารถออกคำสั่งให้ปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามความจำเป็นในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย ดังนั้น กรณีมาตรา 22 (1) จึงเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้นายทะเบียนสหกรณ์ต้องกระทำการตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนดและมีอำนาจกำหนดเนื้อความของการออกคำสั่งได้เอง แต่มิได้กำหนดขอบเขตของเนื้อความในการใช้อำนาจออกคำสั่งดังกล่าวไว้

มาตรการที่สอง ตามมาตรา 22 (2) ที่บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ ระวังการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนดกล่าวคือ ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ ระวังการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก ซึ่งจะให้การปฏิบัติในเรื่องใดบ้างนั้น ก็แล้วแต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามมาตรา 22 ซึ่งก็คือ การกระทำของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ที่ทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก หรือการกระทำที่เป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงินนั่นเอง แต่นายทะเบียนสหกรณ์ก็ยังมีอำนาจกำหนดเนื้อความที่จะสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ ระวังการปฏิบัติได้ ซึ่งจะเป็นการสั่งให้การปฏิบัติในเรื่องใดบ้างก็ถือเป็นดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ในการกำหนดเนื้อความของการกระทำได้ด้วย ทั้งนี้ ภายในขอบเขต

²⁶³ พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ.2550

มาตรา 21 บัญญัติว่า เมื่อเกิดหรือคาดว่าจะเกิดสาธารณภัยขึ้นในเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่ใด ให้ผู้อำนวยการท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่นั้น มีหน้าที่เข้าดำเนินการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยโดยเร็ว และแจ้งให้ผู้อำนวยการอำเภอที่รับผิดชอบ ในเขตพื้นที่นั้นและผู้อำนวยการจังหวัดทราบทันที

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้อำนวยการท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) สั่งข้าราชการฝ่ายพลเรือน พนักงานส่วนท้องถิ่น เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ เจ้าพนักงาน อาสาสมัคร และบุคคลใดๆ ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่ที่เกิดสาธารณภัย ให้ปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามความจำเป็นในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย

ที่กฎหมายกำหนดคือให้มีอำนาจสั่งให้ระงับการปฏิบัติได้เฉพาะการกระทำที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกเท่านั้น มาตรการตามมาตรา 22 (2) จึงเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้นายทะเบียนสหกรณ์ต้องกระทำการตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนดและมีอำนาจกำหนดเนื้อความในการออกคำสั่งได้เอง และได้กำหนดขอบเขตของเนื้อความในการออกคำสั่งดังกล่าวไว้ด้วย

มาตรการที่สาม ตามมาตรา 22 (3) ที่บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด” เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเนื้อความให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจกระทำการคือ ออกคำสั่งเป็นหนังสือให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยสามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้เองภายในขอบเขตที่กำหนดไว้คือ ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ได้เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด จะสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีกำหนดไม่ได้ และกฎหมายยังให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจกำหนดเนื้อความของการกระทำในการกำหนดวิธีการและระยะเวลาในการแก้ไขข้อบกพร่องของสหกรณ์ โดยกฎหมายมิได้กำหนดว่าวิธีการและระยะเวลาในการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นจะต้องมีเนื้อความอย่างไร ตามอนุมาตรานี้ จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนสหกรณ์กระทำการตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนด และยังให้นายทะเบียนสหกรณ์มีดุลพินิจในการกำหนดเนื้อความในการออกคำสั่งให้แก้ไขข้อบกพร่องและระยะเวลาให้แก้ไขได้เอง แต่ไม่ได้กำหนดขอบเขตในการใช้อำนาจกำหนดเนื้อความการออกคำสั่งไว้แต่อย่างใด

มาตรการที่สี่ ตามมาตรา 22 (4) ที่บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการดำเนินการพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับการณ์นั้นพ้นจากตำแหน่ง” เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเนื้อความของการกระทำตั้งแต่สองเนื้อความขึ้นไปให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจเลือกเนื้อความให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น กล่าวคือนายทะเบียนสหกรณ์อาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้คณะกรรมการดำเนินการพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือจะสั่งให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับการณ์นั้นพ้นจากตำแหน่งก็ได้ ซึ่งก็แล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ตามอนุมาตรานี้ จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเนื้อความให้นายทะเบียนสหกรณ์สามารถกระทำการตั้งแต่สองเนื้อความขึ้นไป โดยไม่สามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้เอง

ดังนั้น กรณีการใช้อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ในการออกคำสั่งตามมาตรา 22 นี้จึงเป็นอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) โดยแท้

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาการใช้อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์

จากการศึกษาอำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ เห็นได้ว่านอกจากนายทะเบียนสหกรณ์ มีอำนาจทั่วไปในการรับจดทะเบียนสหกรณ์ที่มีการรวมกลุ่มกันจัดตั้งสหกรณ์แล้ว นายทะเบียนสหกรณ์ ยังมีอำนาจหน้าที่ในการช่วยเหลือ แนะนำ และกำกับ (ควบคุม) ดูแลสหกรณ์ให้เป็นไปตามกฎหมาย ว่าด้วยสหกรณ์และกฎหมายอื่นอีกด้วย นอกจากนี้ นายทะเบียนสหกรณ์ยังมีหน้าที่กำหนดระบบบัญชี และมาตรฐานการสอบบัญชี ตลอดจนสมุดและแบบรายการต่างๆ ที่สหกรณ์ต้องยื่นต่อนายทะเบียน สหกรณ์ รวมทั้งแบบพิมพ์อื่นๆ ที่ต้องใช้ในการปฏิบัติงาน อำนาจหน้าที่ในการแต่งตั้งผู้สอบบัญชี ผู้ตรวจการสหกรณ์ และผู้ชำระบัญชี เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งอำนาจหน้าที่ ของนายทะเบียนสหกรณ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้มีมากมายหลายประการ แต่ที่มักเป็นปัญหา ในทางปฏิบัติอันสืบเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจหรือที่เป็นปัญหาการตีความกฎหมายว่านายทะเบียน สหกรณ์มีอำนาจดุลพินิจหรือไม่ ซึ่งมีผลกระทบต่อการใช้อำนาจในการกำกับดูแล (ควบคุมสหกรณ์) ให้สหกรณ์ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเพื่อที่จะแก้ไขป้องกันความเสียหายที่จะเกิดกับสหกรณ์ หรือสมาชิก คือกรณีการใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ และการใช้อำนาจสั่งให้ คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง ระวังการปฏิบัติหน้าที่ ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ ชั่วคราว หรือการสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

ในบทนี้จึงจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของนายทะเบียน สหกรณ์ ใน 2 กรณี คือ

1. การใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติ สหกรณ์ พ.ศ.2542
2. การออกคำสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการ และระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด การระวังการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิด ข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก การให้หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการ ชั่วคราว และการสั่งให้กรรมการสหกรณ์พ้นจากตำแหน่งเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542

1. การใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์

ในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย ถ้าสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้²⁶⁴

1.1 ปัญหาในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์

1.1.1 ปัญหาการตีความบทบัญญัติของกฎหมายว่าเป็นดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์หรือไม่

ดังที่เคยกล่าวไว้ในบทก่อนว่ากรมส่งเสริมสหกรณ์เคยหารือคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับกรณีที่ กรมส่งเสริมสหกรณ์ได้รับรายงานผลการสอบสวนจากคณะกรรมการเกษตรและสหกรณ์ สภาผู้แทนราษฎร กรณีข้าราชการครูซึ่งเป็นคณะกรรมการสหกรณ์ออมทรัพย์ กระทำให้สหกรณ์ได้รับความเสียหาย ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดในฐานะเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และกระทำความผิดในฐานะเป็นเจ้าพนักงานมีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการ หรือรักษาทรัพย์ใด เบียดบังทรัพย์นั้นเป็นของตนหรือเป็นของผู้อื่น โดยทุจริตยินยอมให้ผู้อื่นเอาทรัพย์นั้นเสีย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147 คณะกรรมการจึงขอให้กรมส่งเสริมสหกรณ์ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีกับคณะกรรมการของสหกรณ์ชุดดังกล่าว เนื่องจากตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ในการกำกับดูแลสหกรณ์ นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้ ถ้าสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี กรณีที่กรรมการสหกรณ์ทำให้สหกรณ์ได้รับความเสียหายตามนัยมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 จึงขอให้กรมส่งเสริมสหกรณ์ดำเนินคดีกับคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ชุดดังกล่าวตามมาตรา 147 และมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ โดยอ้างกรณีที่สำนักงาน ก.พ. ได้ตอบข้อหารือกระทรวงศึกษาธิการว่า การดำเนินการของสหกรณ์ออมทรัพย์ ถือว่าเป็นการดำเนินกาจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการตามกฎหมายเฉพาะคือตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ และข้าราชการหรือลูกจ้างที่ปฏิบัติงานของสหกรณ์ถือเป็นการปฏิบัติราชการ

²⁶⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542

มาตรา 21 บัญญัติว่า ในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย ถ้าสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้ และให้พนักงานอัยการรับว่าต่างให้สหกรณ์ โดยให้สหกรณ์เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการร้องทุกข์ ฟ้องคดีหรือการว่าต่างแก่นายทะเบียนสหกรณ์ รองนายทะเบียนสหกรณ์ หรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณี

ตามที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2530²⁶⁵ (ปัจจุบันคือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547) แต่กรมส่งเสริมสหกรณ์เห็นว่า การจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 ต้องอยู่ภายใต้การบริหารงานของคณะกรรมการสวัสดิการข้าราชการของส่วนราชการนั้นๆ โดยหัวหน้าส่วนราชการเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสวัสดิการ การปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการและลูกจ้างเกี่ยวกับสวัสดิการภายในส่วนราชการ จึงจะถือเป็นการปฏิบัติราชการ ตามข้อ 16 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 แต่กรณีสหกรณ์เป็นนิติบุคคลเอกชน ซึ่งมีคณะกรรมการดำเนินการของสหกรณ์เป็นผู้ดำเนินกิจการและเป็นผู้แทนสหกรณ์ในกิจการอันเกี่ยวกับบุคคลภายนอก โดยคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์มาจากการเลือกตั้งของสมาชิกและไม่อยู่ภายใต้คณะกรรมการสวัสดิการของส่วนราชการนั้น จึงไม่ถือว่าเป็นการดำเนินการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ ตามข้อ 6 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 ดังนั้น การดำเนินกิจการสหกรณ์ของข้าราชการและลูกจ้างจึงไม่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเจ้าพนักงาน เพราะมิใช่หน้าที่โดยตรงตามตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งหรือที่ได้รับมอบหมาย เมื่อข้าราชการและลูกจ้างกระทำผิดอาญาอันเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของสหกรณ์ จึงไม่เป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ จึงหาหรือว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า

1) การดำเนินกิจการสหกรณ์ของข้าราชการและลูกจ้างเป็นการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการที่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ (กฎหมายว่าด้วยการสหกรณ์) ตามข้อ 6 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 หรือไม่

2) การปฏิบัติหน้าที่ของราชการและลูกจ้างในสหกรณ์ดังกล่าวจะถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ ตามข้อ 16 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 หรือไม่ และ

3) หากถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ การกระทำผิดอาญาของข้าราชการและลูกจ้างเกี่ยวกับกิจการของสหกรณ์จะถือว่าเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่²⁶⁶

²⁶⁵ หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.6/285 ลงวันที่ 26 มกราคม 2544

²⁶⁶ หนังสือกรมส่งเสริมสหกรณ์ ด่วนที่สุด ที่ กษ 1101/3082 ลงวันที่ 28 มีนาคม 2549

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) ได้พิจารณาข้อหารือของกรมส่งเสริมสหกรณ์ รวมทั้งรับฟังคำชี้แจงข้อเท็จจริงจากผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงาน ก.พ.) และผู้แทนกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (กรมส่งเสริมสหกรณ์) แล้ว ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า เนื่องจากมีข้าราชการครูซึ่งเป็นกรรมการในคณะกรรมการดำเนินการของสหกรณ์ออมทรัพย์ได้ดำเนินการในลักษณะที่ทำให้สหกรณ์ออมทรัพย์เกิดความเสียหาย และมีผลกระทบถึงข้าราชการครูซึ่งเป็นสมาชิกของสหกรณ์ออมทรัพย์นั้นให้ได้รับความเดือดร้อน จึงมีปัญหว่านายทะเบียนสหกรณ์จะต้องมีหน้าที่ดำเนินการแก้ไขเยียวยาความความเดือดร้อนของข้าราชการครูซึ่งเป็นสมาชิกสหกรณ์ออมทรัพย์ โดยการฟ้องคดีในข้อหาการกระทำความผิดอย่างใดบ้าง

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 มีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกให้แก่ข้าราชการเพื่อประโยชน์แก่การดำรงชีพนอกเหนือจากสวัสดิการที่ทางราชการจัดให้แก่ข้าราชการเป็นกรณีปกติ หรือเพื่อประโยชน์แก่การสนับสนุนการปฏิบัติราชการ ทั้งนี้ ตามบทนิยามคำว่า “สวัสดิการภายในส่วนราชการ” ในข้อ 4 โดยเป็นหน้าที่ของหัวหน้าส่วนราชการในการริเริ่ม ดำเนินการหรือสนับสนุนให้มีการดำเนินการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการตามข้อ 6 วรรคหนึ่ง นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการตามกฎหมายใดเป็นการเฉพาะ การดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิการก็ยังคงต้องอยู่ในบังคับของระเบียบนี้เท่าที่ไม่ขัดแย้งกับกฎหมายเฉพาะนั้นด้วยตามข้อ 6 วรรคสอง ดังนั้น การจัดสวัสดิการของข้าราชการไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 หรือตามกฎหมายเฉพาะจึงถือว่าเป็นการจัดสวัสดิการข้าราชการเช่นเดียวกันและย่อมได้รับการสนับสนุนหรือการอำนวยความสะดวกจากส่วนราชการด้วยกันทั้งสิ้น เช่น การให้ข้าราชการหรือลูกจ้างของส่วนราชการปฏิบัติหน้าที่ในสวัสดิการภายในส่วนราชการ โดยถือเป็นการปฏิบัติราชการตามข้อ 16 ซึ่งอาจได้รับการพิจารณาความดีความชอบหรือมีความรับผิดชอบวินัย หรือการอนุมัติให้ใช้ที่ดิน ทรัพย์สิน อาคาร สถานที่ การใช้น้ำ กระแสไฟฟ้าหรือสิ่งสาธารณูปโภคอื่นของส่วนราชการตามข้อ 17 รวมทั้งการสนับสนุนการดำเนินการจากส่วนราชการในกรณีอื่นไม่ว่าจะเป็นการรับรองให้ข้าราชการหรือลูกจ้างเป็นสมาชิกสหกรณ์ หรือการหักเงินเดือนของข้าราชการหรือลูกจ้างเพื่อชำระค่าหุ้นสหกรณ์ด้วยเหตุนี้การจัดตั้งสหกรณ์ออมทรัพย์ของข้าราชการครู แม้ว่าจะจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 แต่ก็เป็นการจัดตั้งเพื่อช่วยเหลือข้าราชการและลูกจ้างของส่วนราชการในการดำรงชีพนั่นเอง จึงอยู่ในความหมายของการจัดสวัสดิการข้าราชการตามข้อ 6 วรรคสอง และข้าราชการผู้ปฏิบัติงานเป็นกรรมการของสหกรณ์ออมทรัพย์ย่อมเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามข้อ 16 ด้วย

สำหรับกรณีตามข้อหาหรือ สหกรณ์ออมทรัพย์ได้จัดตั้งตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 และพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ดังนั้น การดำเนินการของสหกรณ์ออมทรัพย์จึงย่อมอยู่ในการกำกับดูแลของนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะต้องมีหน้าที่ดูแลมิให้สหกรณ์ดำเนินการในทางที่เกิดความเสียหายแก่สมาชิกด้วย โดยหากข้าราชการหรือลูกจ้างที่ปฏิบัติหน้าที่ในสหกรณ์ ไม่ว่าจะในฐานะกรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์ หากสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีก็เป็นอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะต้องดำเนินการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 นายทะเบียนสหกรณ์จึงต้องมีหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้ครบถ้วนตามภาระความรับผิดชอบของผู้กระทำผิดต่อสหกรณ์ออมทรัพย์เพื่อร้องทุกข์หรือฟ้องคดีต่อไป ซึ่งสำหรับคดีอาญาพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการจะเป็นผู้พิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและดำเนินการฟ้องคดีตามข้อเท็จจริงนั้นต่อไป²⁶⁷

กล่าวโดยสรุปคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า การจัดสวัสดิการของข้าราชการไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 หรือตามกฎหมายเฉพาะถือว่าเป็นการจัดสวัสดิการข้าราชการเช่นเดียวกันการให้ข้าราชการหรือลูกจ้างของส่วนราชการปฏิบัติหน้าที่ในสวัสดิการภายในส่วนราชการดังกล่าวจึงถือเป็นการปฏิบัติราชการตามข้อ 16 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 เมื่อการจัดตั้งสหกรณ์ออมทรัพย์ของข้าราชการครู แม้ว่าจะจัดตั้งตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 แต่ก็เป็นการจัดตั้งเพื่อช่วยเหลือข้าราชการและลูกจ้างของส่วนราชการในการดำรงชีพ จึงอยู่ในความหมายของการจัดสวัสดิการข้าราชการตามข้อ 6 วรรคสองแห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดสวัสดิการภายในส่วนราชการ พ.ศ.2547 และข้าราชการผู้ปฏิบัติงานเป็นกรรมการของสหกรณ์ออมทรัพย์ ย่อมเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามข้อ 16 แห่งระเบียบเดียวกัน เมื่อนายทะเบียนสหกรณ์มีหน้าที่กำกับดูแลมิให้สหกรณ์ดำเนินการในทางที่เกิดความเสียหายแก่สมาชิก โดยหากข้าราชการหรือลูกจ้างที่ปฏิบัติหน้าที่ในสหกรณ์ ไม่ว่าจะในฐานะกรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์ หากสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะต้องดำเนินการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติ

²⁶⁷ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร 0901/0578 ลงวันที่ 23 มิถุนายน 2549

สหกรณ์ พ.ศ.2542 นายทะเบียนสหกรณ์จึงต้องมีหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้ครบถ้วน ตามภาระความรับผิดชอบของผู้กระทำผิดต่อสหกรณ์ออมทรัพย์เพื่อร้องทุกข์หรือฟ้องคดีต่อไป

เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำที่เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครอง มีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมาย ให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ... ก็ได้” หรือถ้อยคำทำนองนี้ เช่น “สามารถ” หรือ “ควรจะ” แต่หากไม่ประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “ต้อง” หรือ “ให้ปฏิบัติไม่รับพิจารณาคำขอ” เมื่อพิจารณาถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ซึ่งใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้ใช้ถ้อยคำใกล้เคียงกับถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ... ก็ได้” ที่เป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการจะเลือกใช้อำนาจนั้นหรือไม่ก็ได้ การใช้ถ้อยคำว่า “ให้..ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” เป็นการยืนยันว่า นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจทำได้ หากเข้าเงื่อนไขดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับถ้อยคำตามมาตรา 20 ที่บัญญัติว่า “ถ้าที่ประชุมใหญ่หรือที่ประชุมคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ลงมติอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย... ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจสั่งขยับยั้งหรือเพิกถอนมตินั้นได้” การใช้ถ้อยคำว่า “ให้มีอำนาจสั่งขยับยั้งหรือเพิกถอนมติได้” ก็เป็นการยืนยันว่า นายทะเบียนสหกรณ์ มีอำนาจทำได้หากเข้าเงื่อนไขดังกล่าวเช่นเดียวกัน แม้มาตรา 21 จะมีได้ใช้ถ้อยคำว่า “ให้มีอำนาจ..ได้” แต่เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ประกอบกันทั้งหมดคือคำว่า “ให้..ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” ก็เป็นการยืนยันว่านายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจทำได้เช่นกัน จึงอาจตีความเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ แห่งกฎหมายดังกล่าวว่าเป็นกรณีที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่นายทะเบียนสหกรณ์ในการตัดสินใจ ที่จะใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์หรือไม่ก็ได้

ดังนั้น ที่คณะกรรมการกฤษฎีกาตอบข้อหารือดังกล่าวว่า หากข้าราชการ หรือลูกจ้างที่ปฏิบัติหน้าที่ในสหกรณ์ ไม่ว่าจะในฐานะกรรมการ ผู้จัดการหรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์ หากสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะต้องดำเนินการร้องทุกข์หรือฟ้องคดี แทนสหกรณ์ ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 นายทะเบียนสหกรณ์จึงต้องมีหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้ครบถ้วน ตามภาระความรับผิดชอบของผู้กระทำผิดต่อสหกรณ์ ออมทรัพย์เพื่อร้องทุกข์หรือฟ้องคดีต่อไป จึงทำให้เป็นปัญหาแก่ผู้ปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากนายทะเบียนสหกรณ์ รองนายทะเบียนสหกรณ์ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์ มอบหมาย อาจตีความถ้อยคำของกฎหมายแตกต่างกัน แต่โดยที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยว่า

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับคดีที่ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำวินิจฉัยว่า เมื่อที่ประชุมใหญ่หรือที่ประชุมคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ลงมติอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อบังคับ ระเบียบของสหกรณ์ ระเบียบหรือคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ นายทะเบียนสหกรณ์จึงมีหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจ ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 สั่งยับยั้งหรือเพิกถอนมติที่ประชุมดังกล่าว ซึ่งการใช้ถ้อยคำว่าว่า “ให้มีอำนาจสั่งยับยั้งหรือเพิกถอนมติได้” เป็นการยืนยันว่า นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจทำได้ หากเข้าเงื่อนไขการใช้ อำนาจดังกล่าว โดยความเคารพต่อคำพิพากษาดังกล่าว ผู้เขียนกลับเห็นว่ากรณีที่บทบัญญัติแห่งมาตรา 20 ใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจสั่งยับยั้งหรือเพิกถอนมตินั้นได้” เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะเลือกตัดสินใจใช้อำนาจออกคำสั่งยับยั้งหรือเพิกถอนมติดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ซึ่งเป็นการที่กฎหมายให้ดุลพินิจในการเลือกใช้อำนาจให้เหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 21 ที่ใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” ก็เป็นการใช้ถ้อยคำทำนองเดียวกัน เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันและไม่ชัดเจน จึงทำให้เกิดการตีความที่แตกต่างกัน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 21 ใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” เป็นการใช้อำนาจเช่นเดียวกับคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ... ก็ได้” หรือ ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจสั่งยับยั้งหรือเพิกถอนมตินั้นได้” ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ก็ได้ จึงเห็นว่าบทบัญญัติแห่งมาตรา 21 เป็นอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ของนายทะเบียนสหกรณ์

1.1.2 ปัญหาผู้มีอำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์หลายคน

การที่กฎหมายให้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์เป็นผู้มีอำนาจในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ จึงมีปัญหาว่าเมื่อเกิดกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย และสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแล้ว ใครควรจะเป็นผู้ใช้อำนาจในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจ และหากรองนายทะเบียนสหกรณ์ใช้อำนาจดังกล่าวแล้ว แต่นายทะเบียนสหกรณ์ไม่เห็นด้วยกับการดำเนินการดังกล่าว จะแก้ไขหรือดำเนินการเยียวยาได้อย่างไร แต่ในทางปฏิบัตินายทะเบียนสหกรณ์มักมอบอำนาจให้รองนายทะเบียนสหกรณ์รับผิดชอบเฉพาะท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง รองนายทะเบียนสหกรณ์จึงมักจะเป็นผู้ใช้อำนาจตามมาตรานี้เสียเอง แต่ทั้งนี้ก็ได้เป็นการตัดอำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะใช้อำนาจตามมาตรานี้เช่นกัน ดังนั้น จึงเห็นว่ากรณีอำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์นี้ควรกำหนดให้เป็นอำนาจ

ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพียงคนเดียว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรรมาธิการหรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ ควรเป็นอำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์เท่านั้น เพื่อที่นายทะเบียนสหกรณ์จะได้ตรวจสอบข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายอย่างรอบคอบก่อนที่จะใช้อำนาจ แต่หากนายทะเบียนสหกรณ์จะมอบอำนาจให้ร่อนนายทะเบียนสหกรณ์ก็ควรเป็นการมอบอำนาจเป็นเฉพาะกรณีไป

1.1.3 ปัญหาการใช้อำนาจให้เหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่อง

เมื่อพิจารณาด้วยคำบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 21 แล้ว เห็นได้ว่าการกระทำของกรรมการ ผู้จัดการ หรือพนักงานของสหกรณ์ จะต้องทำให้สหกรณ์เสียหาย และเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดทางอาญาต่อสหกรณ์ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ที่สหกรณ์จะต้องใช้สิทธิทางศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 55 จึงจะเป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามมาตรา 21 ที่นายทะเบียนสหกรณ์หรือร่อนนายทะเบียนสหกรณ์ จะใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ ดังนั้น จึงนำที่นายทะเบียนสหกรณ์จะต้องพิจารณาก่อนว่า การกระทำของกรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ ที่ทำให้สหกรณ์เสียหาย ในแต่ละกรณีนั้นควรต้องร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนหรือไม่ ดังนั้น การใช้อำนาจตามมาตรานี้ ควรที่จะให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจดุลพินิจตัดสินใจในการใช้อำนาจให้เหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องหรือไม่ ซึ่งจะทำให้การใช้อำนาจตามมาตรานี้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการให้มีการแก้ปัญหาให้สหกรณ์ได้รับชดเชยค่าเสียหาย มากกว่ามุ่งเน้นการดำเนินคดีแพ่ง และอาญาเพียงอย่างเดียว แต่ถ้าหากว่าหากบุคคลดังกล่าวทำให้สหกรณ์เสียหายแล้ว เป็นหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ที่ต้องรวบรวมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้ครบถ้วนตามภาระความรับผิดชอบของผู้กระทำผิดต่อสหกรณ์เพื่อร้องทุกข์หรือฟ้องคดีทุกกรณี ซึ่งเสมือนว่านายทะเบียนสหกรณ์ เป็นเพียงเครื่องมือของกฎหมายที่ต้องดำเนินการทุกเรื่องเมื่อมีเงื่อนไขดังกล่าวเกิดขึ้น โดยไม่มีดุลพินิจตัดสินใจที่จะดำเนินการให้เหมาะสมเป็นรายกรณีไป ซึ่งจะเป็นภาระแก่นายทะเบียนสหกรณ์เกินสมควร จึงเป็นปัญหาในการใช้กฎหมายว่าถ้าหากเป็นอำนาจผูกพันหรือเป็นหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะต้องร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์แล้ว นายทะเบียนสหกรณ์ย่อมต้องมีภาระหน้าที่ในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ทุกกรณี แต่ในทางปฏิบัตินั้นก็ควรต้องพิจารณาก่อนว่าข้อเท็จจริงหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นกรณีโต้แย้งสิทธิหรือเข้าข่ายเป็นความผิดที่จะต้องฟ้องร้องทางแพ่งหรือต้องร้องทุกข์ในคดีอาญาหรือไม่ เนื่องจากบางกรณีมีการตกลงกันประนีประนอมยอมความกันได้ หรือสหกรณ์ได้รับการชดเชยค่าเสียหายแล้วบางส่วนหรือมีการจัดหลักประกันให้ไว้ ซึ่งการร้องทุกข์หรือการฟ้องคดีก็อาจไม่เกิดประโยชน์ต่อการเยียวยาความเสียหายของสหกรณ์ ซึ่งไม่น่าจะใช้วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้สหกรณ์ได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากผู้กระทำ

1.1.4 ปัญหาสมาชิกสหกรณ์ไม่มีอำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดี

การที่กฎหมายให้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ ในขณะที่สมาชิกซึ่งเป็นเจ้าของสหกรณ์เอง กลับไม่สามารถดำเนินการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีต่อผู้กระทำความเสียหายแก่สหกรณ์ได้ เนื่องจากสหกรณ์เป็นนิติบุคคลมีคณะกรรมการเป็นผู้แทนในการดำเนินกิจการแทนสหกรณ์ แต่เมื่อคณะกรรมการเป็นผู้ทำความเสียหายหรือทำผิดแก่สหกรณ์เสียเอง ก็ย่อมที่จะไม่ฟ้องตัวเอง ดังนั้น จึงควรเปิดโอกาสให้สมาชิกซึ่งเป็นเจ้าของสหกรณ์เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย และมีอำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีต่อผู้กระทำความเสียหายต่อสหกรณ์ได้ด้วย เพื่อเป็นการแก้ปัญหาการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์อีกทางหนึ่งด้วย เนื่องจากสมาชิกเป็นเจ้าของสหกรณ์และเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำความเสียหายให้สหกรณ์ดังกล่าว

1.2 นายทะเบียนสหกรณ์จะใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์เพียงอย่างเดียวได้หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า กรณีมูลค่าความผิดทางอาญาและการใช้สิทธิเรียกร้องทางแพ่ง นั้นเป็นคนละกรณีกัน หากการกระทำของกรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ ทำให้สหกรณ์เสียหายนั้นมีมูลค่าความผิดทางอาญา นายทะเบียนสหกรณ์ก็ต้องร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีอาญา และหากมีกรณีที่สหกรณ์ต้องใช้สิทธิเรียกร้องทางแพ่ง นายทะเบียนสหกรณ์ก็ต้องฟ้องคดีโดยขอให้พนักงานอัยการรับว่าต่างให้สหกรณ์ ดังนั้นการที่นายทะเบียนสหกรณ์จะใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป แต่หากการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์เป็นอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ดังที่ผู้เขียนได้เสนอความเห็นไว้ใน 1.1.1 แม้ว่าข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจจะเข้าข่ายเป็นทั้งความผิดทางอาญาและต้องใช้สิทธิฟ้องคดีในทางแพ่ง แต่นายทะเบียนสหกรณ์ก็สามารถใช้ดุลพินิจในการใช้อำนาจเพื่อให้เหมาะสมเกิดความเป็นธรรมแก่ข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีนั้นได้

1.3 กรณีที่เป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา นายทะเบียนสหกรณ์จะใช้อำนาจร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดีอาญาเพียงอย่างเดียวได้หรือไม่

ประเด็นนี้ ตามหลักกฎหมายในคดีอาญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่น คดีลักทรัพย์ ฉ้อโกง ยักยอก หรือรับของโจร ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาที่สูญหายไป เนื่องจากการกระทำผิดนั้น เมื่อพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีอาญา ก็ให้เรียกทรัพย์สินหรือราคา

แทนผู้เสียหายด้วย²⁶⁸ การเรียกทรัพย์สินหรือราคาคืนข้างต้น พนักงานอัยการจะขอรวมไปกับคดีอาญา หรือจะยื่นคำร้องในระยะเวลาใดระหว่างที่คดีอาญากำลังพิจารณาอยู่ในศาลชั้นต้นก็ได้²⁶⁹ และในคดีอาญา ที่พนักงานอัยการเป็น โจทก์ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลย ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้ การยื่นคำร้องดังกล่าวผู้เสียหายต้องยื่นคำร้องก่อนสืบพยาน ในกรณีที่ไม่มีกรสืบพยานให้ยื่นคำร้องก่อนศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดี และให้ถือว่าคำร้องดังกล่าวเป็นคำฟ้องตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และผู้เสียหายอยู่ในฐานะ โจทก์ในคดีส่วนแพ่งนั้น แต่ในกรณีที่พนักงานอัยการได้เรียกทรัพย์สินหรือราคาแทนผู้เสียหายแล้ว ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องดังกล่าวเพื่อเรียกทรัพย์สินหรือราคาทรัพย์สินอีกไม่ได้²⁷⁰ ทั้งนี้ กฎหมายยังบัญญัติไว้อีกว่าคดีเรื่องใดถึงแม้ว่าได้ฟ้องในทางอาญาแล้วก็ไม่ตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะฟ้องในทางแพ่งอีก²⁷¹ และคำพิพากษาคดีส่วนแพ่งต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในทางแพ่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจำเลยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดหรือไม่²⁷² ดังนั้น พนักงานอัยการอาจเรียกทรัพย์สินหรือราคาแทนผู้เสียหายในคดีอาญาหรือไม่ก็ได้ หากพนักงานอัยการไม่ได้เรียกทรัพย์สินหรือราคาแทนผู้เสียหาย กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้โดยให้ถือว่าคำร้องดังกล่าวเป็นคำฟ้องตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และผู้เสียหายอยู่ในฐานะ โจทก์ในคดีส่วนแพ่ง จึงเห็นว่าการที่นายทะเบียนสหกรณ์ใช้อำนาจร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดีอาญา ก็อาจใช้สิทธิยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในคดีอาญาไปเลยก็ได้ หรืออาจใช้สิทธิฟ้องเป็นคดีแพ่งต่างหาก

²⁶⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 43

²⁶⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44

²⁷⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1

²⁷¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 45

²⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 47

2. การสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง ตั้งระงับการปฏิบัติหน้าที่ สั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว หรือการสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

ในกรณีที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติกร ดังต่อไปนี้²⁷³

- 1) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด
- 2) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก
- 3) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด
- 4) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์พ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีนั้นพ้นจากตำแหน่งกรรมการ

จากบทบัญญัติของกฎหมาย จะเห็นว่าโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจของมาตรานี้ คือ

- 1) คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือ
- 2) สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ

สำหรับ โครงสร้างของกฎหมายในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจ ว่ากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองอย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นแล้ว นั้น มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 บัญญัติให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติกรได้ 4 ประการ ดังต่อไปนี้

- 1) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

²⁷³ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 22

2) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก

3) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

4) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์พ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีนั้นพ้นจากตำแหน่งกรรมการ

จะเห็นได้ว่ากฎหมายมาตรานี้กำหนดเนื้อความที่เป็นผลทางกฎหมายไว้หลายประการ โดยเปิดโอกาสให้นายทะเบียนสหกรณ์สามารถเลือกเนื้อความใดเนื้อความหนึ่งหรือมาตรการใดมาตรการหนึ่งจากหลายๆมาตรการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ได้เจาะจงว่านายทะเบียนสหกรณ์จะต้องใช้อำนาจตามข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้ก็เพื่อให้สามารถใช้อำนาจนั้นให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะกรณี

หากนายทะเบียนสหกรณ์เลือกที่จะใช้อำนาจกระทำการตามมาตรานี้ นายทะเบียนสหกรณ์จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องหรือข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเสียก่อน ว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ จากนั้นจึงให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยตรวจสอบข้อเท็จจริงในกฎหมายว่ามีอยู่อย่างใด ซึ่งก็เป็นการตีความกฎหมายนั่นเอง แล้วนำข้อเท็จจริงที่ได้ตรวจสอบแล้วว่าได้เกิดขึ้นจริง มาปรับบทกับข้อเท็จจริงในกฎหมาย กล่าวคือ ต้องตรวจสอบก่อนว่าคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรือดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตนหรือไม่ จึงมีประเด็นที่ต้องทำการศึกษาวเคราะห์เกี่ยวกับการใช้อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ 2 ประการคือปัญหาเกี่ยวกับการตีความถ้อยคำของกฎหมายที่บัญญัติเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ และปัญหาในการเลือกใช้มาตรการในการออกคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 เห็นว่าอาจแยกข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของการใช้อำนาจได้ 3 ประการคือ

1) ที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรือดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก

2) สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี

3) สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะการเงิน

จะเห็นว่ากฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง เช่นคำว่า “ทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์จะต้องนำถ้อยคำนี้มาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือนำมาประเมินคุณค่าของข้อเท็จจริง จึงเป็นกรณี

ที่นายทะเบียนสหกรณ์ต้องใช้ดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง ส่วนถ้อยคำว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน” ซึ่งเมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้ว นายทะเบียนสหกรณ์จะต้องนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาตีความ กับข้อกฎหมายว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนตามกฎหมายหรือไม่ จึงไม่สามารถกำหนดขอบเขตของถ้อยคำเหล่านี้ได้ แต่ก็มีได้หมายความว่า การตีความถ้อยคำเหล่านี้ จะไม่มีขอบเขตเสียทีเดียว โดยเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจในการใช้ดุลพินิจหรือการตีความ ข้อกฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองเพราะเห็นว่าฝ่ายปกครองมีความรู้และความชำนาญ หรือประสบการณ์ เกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ โดยเฉพาะ อีกทั้งยังใกล้ชิดกับปัญหาต่างๆ มากกว่า ดังนั้นกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองเองก็อาจจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ในการประเมินความหมายหรือมีมาตรฐานทั่วไปเพื่อประกอบในการ วินิจฉัยหรือตีความกฎหมายด้วย

2.1 ปัญหาคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก”

จากถ้อยคำของกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ถ้อยคำที่ว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไข ของการใช้อำนาจด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) เป็นถ้อยคำ ที่เป็นเรื่องราวทางข้อเท็จจริง ประเภท Normative Concept ซึ่งเป็นถ้อยคำที่แสดงออกถึงคุณค่า บางประการ ที่จะต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการ หรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือหลายๆด้านรวมกัน อย่างเช่นถ้อยคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี” หรือ “ลามก อานาจาร” เป็นต้น ถ้อยคำเหล่านี้จะต้องอาศัยความเห็นของผู้ตีความซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริง ที่มีประสบการณ์ทั่วไปได้ และไม่อาจหลีกเลี่ยงอัตวิสัยของผู้ตีความนั้น การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงใด ข้อเท็จจริงหนึ่งอยู่ในถ้อยคำประเภทนี้หรือไม่ จึงเป็นการประเมินคุณค่าของข้อเท็จจริงนั้น มาเป็น ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ดังนั้น การกระทำหรือการงดเว้นกระทำการของคณะกรรมการ ดำเนินการสหกรณ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของตน ทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก หรือไม่ จึงเป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงหรือตีความกฎหมาย กรณีนี้ นายทะเบียนสหกรณ์ จึงต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง หรือตรวจสอบข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบส่วนเหตุ แล้วจึงวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องนั้น ทำให้เสื่อมเสีย ผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือไม่ ซึ่งถือเป็นดุลพินิจวินิจฉัย แต่การให้ลักษณะกฎหมาย แก่ข้อเท็จจริงหรือการตีความการปรับกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าวนี้ นายทะเบียนสหกรณ์ สามารถปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่เป็นที่ยุติโดยตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริง เฉพาะรายเป็นกรณีๆ ไปได้ โดยต้องเป็นความเห็นที่ชอบด้วยเหตุผลและสอดคล้องกับหลักวิชาการ และเมื่อเทียบเคียงกับความเห็นหรือความรู้สึกรวมของวิญญูชนทั่วไปแล้ว วิญญูชนทั่วไปก็อาจเห็นพ้องกันว่า

การกระทำหรือการงดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ดังกล่าว ทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกแล้ว

คำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” มีความหมายแค่ไหน เพียงใด และนายทะเบียนสหกรณ์ควรใช้ดุลพินิจอย่างไร

เคยมีกรณีที่นายทะเบียนสหกรณ์ใช้อำนาจตามมาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 สั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ออมทรัพย์กรมส่งเสริมการเกษตร จำกัด แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด โดยให้ดำเนินการสอบสวนหาผู้รับผิดชอบ กรณีที่สหกรณ์อนุมัติเงินกู้ให้กับนายชนิด กระจ่างยศ สมาชิกสหกรณ์ โดยมีนายสมคิด นรเดชานนท์ และนางสุนันทา สุวรรณวร เป็นผู้ค้ำประกัน แต่ตรวจพบภายหลังว่านายสมคิดได้ค้ำประกันเงินกู้ให้สมาชิกรายอื่นแล้ว 2 ราย จึงไม่สามารถค้ำประกันเงินกู้ให้นายชนิดได้อีกตามระเบียบ จึงเหลือผู้ค้ำประกันเพียงรายเดียว ต่อมาปรากฏว่านายชนิด ผู้กู้ถูกไล่ออกจากราชการและสหกรณ์ไม่สามารถเรียกให้ชำระหนี้ได้ นางสุนันทาผู้ค้ำประกัน ได้ชำระหนี้แทนนายชนิดได้ครึ่งหนึ่งและไม่ยินยอมให้หักหนี้ส่วนที่เหลืออีกต่อไป²⁷⁴

กรณีนี้นายทะเบียนสหกรณ์วินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการดำเนินการของสหกรณ์อนุมัติเงินกู้ให้นายชนิด โดยไม่ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ค้ำประกันให้ถูกต้องตามระเบียบเสียก่อน ทำให้เหลือผู้ค้ำประกันเพียงคนเดียว เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์และสมาชิกแล้ว จึงใช้อำนาจตามมาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 สั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง ต่อมาสหกรณ์ได้อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการพัฒนาการสหกรณ์แห่งชาติ(คพช.) คพช. เห็นว่าเนื่องจากนางสุนันทา ได้ทำหนังสือยินยอมชดใช้หนี้แทนนายชนิด และขอผ่อนชำระต้นเงินเดือนละ 2,000 บาท ซึ่งเรื่องดังกล่าวผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการเงินกู้ของสหกรณ์แล้ว สหกรณ์จึงยังไม่เสียหาย²⁷⁵

เห็นว่าในขณะที่กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” เมื่อพิจารณาความเสียหายของสหกรณ์โดยพิจารณาตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นได้ว่ากรณีนี้สหกรณ์ยังไม่ได้รับความเสียหายเป็นตัวเงิน เนื่องจากสหกรณ์ยังมีผู้ค้ำประกันที่ยังต้องรับผิดชอบในหนี้จำนวนนี้อยู่คือนางสุนันทา ซึ่งได้ทำหนังสือยินยอมชดใช้หนี้แทนนายชนิดและผ่อนชำระหนี้ไปครึ่งหนึ่งแล้ว ดังนั้น นางสุนันทาก็ยังคงต้องรับผิดชอบต่อสหกรณ์ในหนี้ทั้งหมดที่ตนค้ำประกันเนื่องจากการค้ำประกันโดยไม่จำกัดจำนวน

²⁷⁴ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ ตามหนังสือ ที่ กษ 113/1095 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2542

²⁷⁵ มติ คพช. ครั้งที่ 2/2544 เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2544

หากนางสุนันทาไม่ชำระหนี้สหกรณ์ก็ยังสามารถใช้สิทธิทางศาลได้ ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่นายทะเบียนสหกรณ์ตรวจสอบได้อันเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี ยังไม่เข้าเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่นายทะเบียนสหกรณ์สามารถใช้อำนาจสั่งให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องได้ ประกอบกับเมื่อพิจารณาวิธีการแก้ไขข้อบกพร่องที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดให้สหกรณ์แก้ไขแล้ว จะเห็นได้ว่า วิธีการที่ให้สหกรณ์สอบสวนหาผู้รับผิดชอบไม่ได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เนื่องจากนางสุนันทายังต้องรับผิดชอบต่อสหกรณ์อยู่จึงยังไม่มี ความเสียหายเป็นตัวเงินที่สหกรณ์จะต้องหาผู้รับผิดชอบในทางแพ่งในขณะนี้ แต่หากจะพิจารณาว่า กรณีการอนุมัติเงินกู้โดยผิดระเบียบดังกล่าว เป็นข้อบกพร่องทางกิจการก็พออนุมานได้ว่าอาจเข้าเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามมาตรา 22 (1) ที่นายทะเบียนสหกรณ์สามารถสั่งให้แก้ไขข้อบกพร่องได้ แต่วิธีการที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดในการสั่งการให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องนั้น จะต้องเหมาะสมและบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองด้วย

2.2 ปัญหาคำว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงินการบัญชี”

การใช้กฎหมายใช้คำว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงินการบัญชี” ตามรายงานการตรวจสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ” เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจด้วยถ้อยคำที่เป็นเรื่องราวทางข้อเท็จจริง เกี่ยวกับสิ่งของหรือเหตุการณ์ที่ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ประเภท Empirical Concept ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กำหนดเกี่ยวกับสิ่งของหรือเหตุการณ์ของความเป็นจริง ซึ่งอาจเป็นวัตถุที่รับรู้เห็นได้ หรือเหตุการณ์ที่มีประสบการณ์ได้ นายทะเบียนสหกรณ์มีหน้าที่ต้องตรวจสอบว่า สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงินการบัญชีหรือไม่อย่างไร โดยตรวจสอบข้อเท็จจริงดังกล่าวจากรายงานการตรวจสอบบัญชีของผู้สอบบัญชีที่นายทะเบียนสหกรณ์แต่งตั้งและมอบหมายให้เข้าทำการตรวจสอบบัญชีของสหกรณ์²⁷⁶

ปัญหาว่า กรณีจะถือได้อย่างไรว่า สหกรณ์มีข้อบกพร่องทางการเงินการบัญชีที่เป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจตามมาตรา 22 นี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นเรื่องทางข้อเท็จจริง ที่นายทะเบียนสหกรณ์ต้องตีความถ้อยคำตามตัวบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่ได้มาจากรายงานการตรวจสอบบัญชี ดังนั้น ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าสหกรณ์มีข้อบกพร่องทางการเงินการบัญชี

²⁷⁶ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 69 บัญญัติว่า ให้นายทะเบียนสหกรณ์แต่งตั้งผู้สอบบัญชีเพื่อตรวจสอบบัญชีของสหกรณ์

การตรวจสอบบัญชีนั้น ให้ปฏิบัติตามมาตรฐานการสอบบัญชีที่รับรองทั่วไปและตามระเบียบที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

หรือไม่อย่างไร นายทะเบียนสหกรณ์จึงต้องมีกฎเกณฑ์ในการประเมินความหมายหรือมีมาตรฐานทั่วไปในการวินิจฉัย

มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า กฎเกณฑ์ในการประเมินความหมายหรือมาตรฐานทั่วไปในการวินิจฉัยของนายทะเบียนสหกรณ์กรณีนี้คืออะไร

เมื่อพิจารณาในเรื่องของการเงินการบัญชี จึงต้องมาพิจารณาว่าสหกรณ์จะต้องปฏิบัติเกี่ยวกับการเงินการบัญชีอย่างไร ซึ่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 กำหนดให้สหกรณ์จัดให้มีการทำบัญชีตามแบบและรายการที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด การบันทึกรายการบัญชีเกี่ยวกับกระแสเงินสดให้บันทึกภายในวันที่เกิดเหตุ นั้น สำหรับรายการที่ไม่เกี่ยวกับกระแสเงินสดให้บันทึกภายในสมุดบัญชีภายในสามวันและจะต้องมีเอกสารประกอบการลงบัญชีที่สมบูรณ์และครบถ้วน²⁷⁷ และให้สหกรณ์จัดทำงบดุลอย่างน้อยครั้งหนึ่งในรอบปีทางบัญชีของสหกรณ์และงบดุลนั้นต้องมีรายการแสดงสินทรัพย์ หนี้สิน และทุนของสหกรณ์กับทั้งบัญชีกำไรขาดทุนตามแบบที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด²⁷⁸ หรือสหกรณ์ต้องจัดทำบัญชีตามมาตรฐานการบัญชีของสหกรณ์²⁷⁹ การตรวจบัญชีสหกรณ์ ผู้สอบบัญชีก็ต้องตรวจสอบบัญชีตามมาตรฐานการสอบบัญชีที่รับรองทั่วไป ในการตัดจำหน่ายหนี้สูญจากบัญชีลูกหนี้ของสหกรณ์ต้องปฏิบัติตามระเบียบนายทะเบียนสหกรณ์²⁸⁰ การตัดเงินสดขาดบัญชีของสหกรณ์ตามระเบียบ

²⁷⁷ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 65 บัญญัติว่า ให้สหกรณ์จัดให้มีการทำบัญชีตามแบบและรายการที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดให้ถูกต้องตามความเป็นจริง และเก็บรักษาบัญชีและเอกสารประกอบการลงบัญชีไว้ที่สำนักงานสหกรณ์ภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

เมื่อมีเหตุต้องบันทึกภายในบัญชีเกี่ยวกับกระแสเงินสดของสหกรณ์ให้บันทึกภายในวันที่เกิดเหตุ นั้น สำหรับเหตุอื่นที่ไม่เกี่ยวกับกระแสเงินสดให้บันทึกภายในสมุดบัญชีภายในสามวันนับแต่วันที่มิเหตุอันจะต้องบันทึกภายในนั้น

การลงรายการบัญชีต้องมีเอกสารประกอบการลงบัญชีที่สมบูรณ์โดยครบถ้วน

²⁷⁸ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 66 บัญญัติว่า ให้สหกรณ์จัดทำงบดุลอย่างน้อยครั้งหนึ่งในรอบปีทางบัญชีของสหกรณ์

งบดุลนั้นต้องมีรายการแสดงสินทรัพย์ หนี้สิน และทุนของสหกรณ์ กับทั้งบัญชีกำไรขาดทุนตามแบบที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

งบดุลนั้นต้องทำให้แล้วเสร็จและให้ผู้สอบบัญชีตรวจสอบแล้วนำเสนอเพื่ออนุมัติในที่ประชุมใหญ่ของสหกรณ์ภายในหนึ่งร้อยห้าสิบวันนับแต่วันสิ้นปีทางบัญชี

²⁷⁹ ระเบียบนายทะเบียนสหกรณ์ ว่าด้วยมาตรฐานการบัญชีของสหกรณ์ พ.ศ.2553

²⁸⁰ ระเบียบนายทะเบียนสหกรณ์ ว่าด้วยการตัดจำหน่ายหนี้สูญจากบัญชีลูกหนี้ของสหกรณ์และกลุ่มเกษตรกร พ.ศ.2546

นายทะเบียนสหกรณ์²⁸¹ เป็นต้น สิ่งเหล่านี้อาจถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาใช้ประเมินความหมาย หรือใช้เป็นมาตรฐานในการวินิจฉัยได้ ดังนั้น จึงพอสรุปได้ว่ากฎเกณฑ์ในการประเมินความหมายหรือมาตรฐานทั่วไปในการวินิจฉัยว่าสหกรณ์มีข้อบกพร่องทางการเงินการบัญชีหรือไม่ ในกรณีนี้คือบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 และระเบียบ แบบแผนต่างๆ ที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดให้สหกรณ์ต้องปฏิบัติในการจัดทำในเรื่องเกี่ยวกับการเงินการบัญชี นอกจากนี้ นายทะเบียนสหกรณ์ยังจะต้องคำนึงถึงขั้นตอนการปฏิบัติงานหรือมาตรฐานในการตรวจสอบบัญชีด้วยว่าผู้สอบบัญชีซึ่งได้จัดทำรายงานการตรวจสอบบัญชีนั้น ได้ตรวจสอบบัญชีสหกรณ์โดยปฏิบัติตามมาตรฐานการสอบบัญชีที่รับรองทั่วไปและตามระเบียบที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดหรือไม่²⁸² หากการตรวจสอบบัญชีไม่ทำตามขั้นตอน หรือวิธีการที่กำหนดไว้ตามระเบียบนายทะเบียนสหกรณ์หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานการสอบบัญชีที่รับรองทั่วไป การออกคำสั่งทางปกครองก็อาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น²⁸³ อย่างไรก็ตามโดยปกติศาลจะไม่เข้าไปก้าวล่วงในการใช้ดุลพินิจของผู้ทรงอำนาจหรือองค์กรผู้เชี่ยวชาญ เว้นแต่ เป็นคำวินิจฉัยที่ขาดเหตุผลหรือเป็นที่เห็นได้ชัดว่าคำวินิจฉัยหรือการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยดังกล่าวนั้นผิดพลาดคลาดเคลื่อนอย่างชัดเจน

2.3 ปัญหาคำว่า”สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะทางการเงิน”

กฎหมายใช้คำว่า “ข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะการเงิน” ก็มีนัยเช่นเดียวกับคำว่า ข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงินการบัญชี” เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ประเภท Empirical Concept ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กำหนดเกี่ยวกับสิ่งของหรือเหตุการณ์ของความเป็นจริง ซึ่งอาจเป็นวัตถุที่รับรู้เห็นได้ หรือเหตุการณ์ที่มีประสบการณ์ได้ ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์จะต้องตีความถ้อยคำตามกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่ได้มาตามรายงาน

²⁸¹ ระเบียบนายทะเบียนสหกรณ์ ว่าด้วยการตัดเงินสดขาดบัญชีของสหกรณ์และกลุ่มเกษตรกร พ.ศ.2546

²⁸² “อ้างแล้ว”

²⁸³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

การตรวจสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบนั้น ว่าเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะการเงินของสหกรณ์หรือไม่ อันจะเป็นเงื่อนไขในการที่นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติการต่อไป

มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า จะใช้หลักเกณฑ์ใดในการวินิจฉัยว่าเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะการเงิน

เห็นว่า กรณีนี้จะต้องพิเคราะห์ถึงความหมายของคำว่า กิจการหรือฐานะการเงินของสหกรณ์ เมื่อศึกษาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ในส่วนที่ 3 ว่าด้วยการดำเนินงานของสหกรณ์ จะเห็นว่ากฎหมายได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการดำเนินงานของสหกรณ์ไว้หลายประการซึ่งค่อนข้างจะครอบคลุมการดำเนินงานของสหกรณ์ทั้งหมด อาทิเช่น เรื่องของวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ อำนาจกระทำการ การกู้ยืมเงินหรือการค้ำประกันของสหกรณ์ การให้สหกรณ์ดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง องค์กรประกอบ คุณสมบัติต้องห้ามและการได้มาซึ่งคณะกรรมการดำเนินการ วาระการดำรงตำแหน่ง องค์กรประชุม และการพ้นจากตำแหน่ง การประชุมใหญ่ การจัดสรรกำไรสุทธิประจำปี การฝากหรือการลงทุน การรวบรวมผลผลิต การจัดทำทะเบียนสมาชิกและทะเบียนหุ้น การจัดทำรายงานประจำปีแสดงผลการดำเนินงานของสหกรณ์ เป็นต้น ซึ่งที่กล่าวมาทั้งหมดนั้นเป็นเรื่องของการดำเนินกิจการของสหกรณ์ทั้งสิ้น ดังนั้น นายทะเบียนสหกรณ์จึงอาจใช้หลักเกณฑ์หรือกรอบในการตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการของสหกรณ์หรือไม่ ซึ่งอาจพิจารณาได้จากข้อเท็จจริงตามรายงานนั้นว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนตามที่กฎหมายว่าด้วยสหกรณ์กำหนดไว้ หรือฝ่าฝืนระเบียบ หรือคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องทางข้อเท็จจริงทั้งสิ้น เช่นกรณีเงินสดขาดบัญชี การปลอมแปลงเอกสารและใช้เอกสารปลอม สินค้าขาดบัญชี การกระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ หรือการยืมเงินตรองของสหกรณ์ไปใช้ประโยชน์ส่วนตัว เป็นต้น ส่วนคำว่าฐานะการเงิน เป็นถ้อยคำที่ค่อนข้างมีความหมายกว้างซึ่งก็ต้องอาศัยหลักการทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาใช้เป็นเครื่องมือหรือหลักเกณฑ์ประกอบการวินิจฉัยตีความว่าเป็นกรณีที่ถือว่าเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงินหรือไม่

นายทะเบียนสหกรณ์จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวจากรายงานการตรวจสอบบัญชีหรือจากรายงานการตรวจสอบของผู้ตรวจการสหกรณ์ ที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ตรวจการสหกรณ์มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบกิจการและฐานะการเงินของสหกรณ์ ตามที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดเมื่อตรวจสอบแล้วให้เสนอรายงานการตรวจสอบต่อนายทะเบียนสหกรณ์²⁸⁴ ซึ่งกรณีนี้นายทะเบียนสหกรณ์

²⁸⁴ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 19

ได้กำหนดให้รองนายทะเบียนสหกรณ์ซึ่งแต่งตั้งจากผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักจัดตั้ง และส่งเสริมสหกรณ์ ผู้อำนวยการสำนักงานส่งเสริมสหกรณ์พื้นที่ 1 พื้นที่ 2 และสหกรณ์จังหวัด ใช้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ตามที่ได้รับมอบหมายพิจารณาแต่งตั้งผู้ตรวจการสหกรณ์²⁸⁵ เมื่อผู้ตรวจการสหกรณ์ตรวจสอบแล้วและจัดทำรายงานการตรวจสอบเสนอต่อนายทะเบียนสหกรณ์ นายทะเบียนสหกรณ์จึงต้องพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงตามรายงานการตรวจสอบดังกล่าว สหกรณ์ มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะการเงินหรือไม่อย่างไร หากวินิจฉัยว่า สหกรณ์มีข้อบกพร่อง เกี่ยวกับกิจการหรือฐานะทางการเงิน ก็เป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไขของการใช้อำนาจ หรือถือว่าเป็นกรณี ที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุครบถ้วนที่จะใช้อำนาจออกคำสั่ง ตามนัยมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ได้

คำว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการตรวจสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ” มีความหมายแคบไปหนึ่งเพียงใด และนายทะเบียนสหกรณ์ควรใช้ดุลพินิจอย่างไร

ศึกษาจากกรณีดังต่อไปนี้

ตัวอย่างแรก ผู้อำนวยการสำนักงานตรวจบัญชีสหกรณ์ ที่ 3 พนักงานเจ้าหน้าที่ ปฏิบัติการแทนนายทะเบียนสหกรณ์ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติ สหกรณ์ พ.ศ.2542 สั่งให้สหกรณ์การเกษตรบ้านเขว้า จำกัด แก้ไขข้อบกพร่องทางการเงิน 3 ประการ คือ 1) สหกรณ์รับฝากเงินจากบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่สมาชิก ซึ่งถือเป็นการประกอบธุรกิจหลักขณะ ธนาคารพาณิชย์ ตามนัยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 อันเป็นการ ประกอบธุรกิจเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 8 และมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติ เดียวกัน 2) สาขาที่ดำเนินงานใช้คำว่าโครงการธนาคารสหกรณ์เพื่อชุมชน ซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 และ 3) สหกรณ์เข้าร่วมโครงการศูนย์จำหน่าย ผลิตภัณฑ์การเกษตรและสหกรณ์จังหวัดชัยภูมิ แต่การทำบัญชีไม่เป็นไปตามที่นายทะเบียนสหกรณ์ กำหนดและไม่เป็นไปตามคู่มือการเข้าร่วมโครงการดังกล่าว²⁸⁶

กรณีนี้ นายทะเบียนสหกรณ์สั่งให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี จะเห็นว่าในส่วนที่เกี่ยวกับการเงินคือ การที่สหกรณ์รับฝากเงินจากบุคคลภายนอก ซึ่งนอกจากจะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 แล้ว พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 46 (5) ในเรื่องอำนาจกระทำการของสหกรณ์บัญญัติให้ สหกรณ์รับฝากเงิน

²⁸⁵ ระเบียบนายทะเบียนสหกรณ์ ว่าด้วยผู้ตรวจการสหกรณ์ พ.ศ.2552

²⁸⁶ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ตามหนังสือที่ กษ 0407/725 ลงวันที่ 6 มิถุนายน 2547

ประเภทออมทรัพย์หรือประเภทประจำจากสมาชิกหรือสหกรณ์อื่นหรือสมาคมสถาปนกิจสงเคราะห์ ซึ่งมีสมาชิกของสมาคมนั้นไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นสมาชิกของสหกรณ์ผู้รับฝากเงินตามระเบียบของสหกรณ์ที่ได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนสหกรณ์เท่านั้น ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ก็ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจสหกรณ์รับฝากเงินจากบุคคลภายนอก ซึ่งนอกจากจะเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงินแล้วยังเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการอีกด้วย ในส่วนที่สหกรณ์ไม่ทำบัญชีตามแบบที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดและไม่ทำตามคู่มือ โครงการเห็นได้ชัดว่าเป็นข้อบกพร่องทางบัญชี เพราะสหกรณ์มีหน้าที่ต้องทำบัญชีตามแบบและรายการที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ดังนั้น การกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ดังกล่าวจึงเข้าเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่นายทะเบียนสหกรณ์สามารถใช้อำนาจตามมาตรา 22 (1) สั่งให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องได้

ตัวอย่างที่สอง หัวหน้าสำนักงานตรวจบัญชีสหกรณ์เชียงราย พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการแทนนายทะเบียนสหกรณ์ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มีคำสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์การเกษตรแม่จัน จำกัด แก้ไขข้อบกพร่องเนื่องจากได้รับรายงานการสอบบัญชีว่า สหกรณ์ได้ขายปุยเงินเชื่อให้แก่สหกรณ์อื่น 3 สหกรณ์ ซึ่งมีหนี้ค้าง จำนวน 20,870,000 บาท โดยมีการทำสัญญาซื้อขายกัน แต่มีเพียงคณะกรรมการดำเนินการของสหกรณ์ผู้ซื้อค้ำประกันหนี้ไว้เท่านั้น จึงสั่งให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องโดยให้จัดให้มีหลักทรัพย์จำนองเพื่อประกันหนี้การซื้อขายปุยดังกล่าวให้วงเงินจำนองไม่น้อยกว่าราคาสินค้าที่ได้จำหน่ายไป ซึ่งสหกรณ์ได้อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าว²⁸⁷

กรณีนี้ นายทะเบียนสหกรณ์เห็นว่า การที่สหกรณ์ขายปุยเงินเชื่อโดยมีเพียงบุคคลค้ำประกันนั้น เป็นข้อบกพร่องทางการเงิน การบัญชี เนื่องจากมีหนี้ค้างถึง 20,870,000 บาท จึงต้องพิจารณาว่า การกระทำของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์การเกษตรแม่จัน จำกัด ดังกล่าว ที่ขายปุยเงินเชื่อโดยไม่มีหลักทรัพย์จำนองเป็นประกันนั้น เป็นข้อบกพร่องทางการเงิน การบัญชี หรือเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะการเงินหรือไม่ ในเบื้องต้น นายทะเบียนสหกรณ์จึงต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุให้ได้ความจริงก่อนว่า คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ขายปุยเงินเชื่อโดยมีเพียงบุคคลค้ำประกัน ให้ 3 สหกรณ์ เป็นจำนวนเงิน 20,870,000 บาท จริงหรือไม่ มีหนี้ค้างหรือไม่ และสหกรณ์เสียหายหรือไม่ อย่างไร และได้ดำเนินการโดยถูกต้อง ตามระเบียบข้อบังคับ กฎหมายหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ปรากฏว่าระเบียบของสหกรณ์กำหนดให้คณะกรรมการดำเนินการมีอำนาจพิจารณาให้สินเชื่อ โดยให้จัดทำหลักประกันอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้ คือจัดให้มีหลักทรัพย์

²⁸⁷ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ตามหนังสือ ที่ กษ 04 ชร/426 ลงวันที่ 20 เมษายน 2550

จำนวนไม่น้อยกว่าราคาสินค้า หรือจัดให้มีบุคคลที่คณะกรรมการดำเนินการเห็นสมควรอย่างน้อย 2 คน เป็นผู้ค้ำประกันได้ กรณีดังกล่าวจึงไม่ถือว่าคณะกรรมการทำผิดระเบียบแต่อย่างใด ประกอบกับสหกรณ์ ยังมีลูกหนี้ที่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องในทางแพ่งให้ชำระหนี้ได้และหนี้ดังกล่าวยังไม่ถึงกำหนดชำระ จึงยังไม่ถือว่าเป็นข้อบกพร่องทางการเงิน การบัญชี หรือเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะทางการเงิน อันเป็นเงื่อนไขตามกฎหมายที่นายทะเบียนสหกรณ์จะสามารถใช้อำนาจสั่งให้สหกรณ์ แก้ไขข้อบกพร่องได้ ส่วนเรื่อง การกำหนดระเบียบที่ไม่เหมาะสมก็เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงาน ที่เกี่ยวข้องต้องให้คำแนะนำให้สหกรณ์แก้ไขระเบียบดังกล่าวให้เหมาะสมรัดกุม หากแนะนำแล้ว คณะกรรมการไม่ดำเนินการแก้ไข หากสหกรณ์ได้รับความเสียหายเพราะการดำเนินการตามระเบียบนั้น คณะกรรมการดำเนินการฯ ก็อาจต้องรับผิดชอบต่อสหกรณ์

กรณีต่อมา คพช.วินิจฉัยว่า คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ได้ปฏิบัติตามระเบียบของสหกรณ์ ว่าด้วยการให้เชื่อสินค้าและผลิตภัณฑ์ของสหกรณ์ พ.ศ.2545 ข้อ 8 ซึ่งให้คณะกรรมการดำเนินการฯ มีอำนาจขายสินค้าเชื่อได้โดยการจัดให้มีบุคคลค้ำประกัน จึงเป็นอำนาจของคณะกรรมการดำเนินการฯ ที่จะใช้ดุลพินิจว่าจะให้มีหลักประกันอย่างไร อีกทั้งกรณีดังกล่าวยังคงเป็นเพียงความเสี่ยง ในการทำธุรกิจ ยังไม่ได้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์ จึงยังไม่ถือว่าเป็นข้อบกพร่องของสหกรณ์

จากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นว่า การใช้อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์สั่งให้คณะกรรมการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่อง ต่างก็เป็นกรณีที่รองนายทะเบียนสหกรณ์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปฏิบัติการแทนตามที่นายทะเบียนสหกรณ์มอบหมาย ตามมาตรา 16 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ซึ่งการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยหรือการตีความกฎหมายเกี่ยวกับคำว่าจนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก หรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะทางการเงิน จึงอาจแตกต่างกันได้อันนำไปสู่การออกคำสั่งที่ไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือคำสั่งที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อน

2.4 นายทะเบียนสหกรณ์ควรเลือกใช้มาตรการในการออกคำสั่งอย่างไร

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วว่า อำนาจ แบ่งเป็น 2 ประเภทคืออำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ โดยอำนาจผูกพันนั้น คืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใด องค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่ง และจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งแท้จริงแล้วคือหน้าที่นั่นเอง ส่วนอำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับอำนาจผูกพัน อำนาจดุลพินิจคือความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจคือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

องค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้ อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่ง หรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มาตรา 22 บัญญัติว่า ในกรณีที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติการ ดังต่อไปนี้

- 1) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด
- 2) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก
- 3) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด
- 4) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์พ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับการนั้นพ้นจากตำแหน่งกรรมการ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเห็นว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบ ส่วนเหตุเกิดขึ้นแล้ว กฎหมายให้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ มีโอกาสเลือกเนื้อความในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยอาจสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องหรือให้ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่อง หรือให้สหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่อง หรือสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์พ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับการนั้นพ้นจากตำแหน่งกรรมการ จะเห็นได้ว่ากฎหมายใช้คำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจ” เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรการต่างๆ ที่กฎหมายให้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ออกคำสั่งเป็นหนังสือ จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนดมาตรการจากเบาไปหาหนัก กล่าวคือ การสั่งให้แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดนั้น เป็นมาตรการที่เบามากที่สุด ต่อมาจึงเป็นมาตรการที่เข้มข้นขึ้นคือ ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก และการสั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด จนถึงมาตรการที่หนักที่สุดคือการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์พ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับการนั้นพ้นจากตำแหน่งกรรมการ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้นายทะเบียนสหกรณ์เลือกใช้มาตรการใด

มาตรการหนึ่งในการออกคำสั่งตามความจำเป็นและความร้ายแรงแห่งกรณี ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการป้องกันประโยชน์สาธารณะคือป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่สหกรณ์หรือสมาชิกส่วนใหญ่ จึงเป็นกรณีที่นายทะเบียนสหกรณ์ใช้ดุลพินิจในการเลือกเนื้อหาของการกระทำได้ ดังนั้นบทบัญญัติในมาตรานี้จึงเป็นทั้งอำนาจผูกพัน และอำนาจดุลพินิจในบทมาตราเดียวกัน เมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจเกิดขึ้นแล้ว นายทะเบียนสหกรณ์จะต้องใช้อำนาจออกคำสั่งโดยนายทะเบียนสหกรณ์สามารถใช้ดุลพินิจว่าจะเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลายๆ มาตรการได้

การที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นใช้วิจารณญาณของตนตัดสินใจว่าในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่ง สมควรที่จะออกคำสั่งอย่างไรจึงจะเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องกรณีนั้น คำสั่งทางปกครองที่เหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่อง ได้แก่คำสั่งที่สามารถตอบสนองข้อเรียกร้องต้องการของประโยชน์มหาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด และขณะเดียวกันก็มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งลักษณะนี้ได้ ก็ต่อเมื่อได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องอย่างรอบด้าน แต่หากองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจดุลพินิจหรือผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไป ได้กำหนด “แนวปฏิบัติ” (Directive) หรือ “แนวนโยบาย” (Rule of Policy) ขึ้นไว้ล่วงหน้า เพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจ แต่กลับปรากฏว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจดุลพินิจออกคำสั่งตามคำสั่งบางการหรือแนวปฏิบัติเพียงอย่างเดียวหรือออกคำสั่งตามคำสั่งบางการของแนวปฏิบัติอย่างเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องแล้ว ก็อาจถือได้ว่าเป็นการออกคำสั่งไปโดยไม่ได้ใช้ดุลพินิจหรือการใช้ดุลพินิจเป็นไปอย่างไรเหตุผลแล้ว ศาลก็อาจพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจึงต้องใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจและเป็นหลักประกันในเบื้องต้นว่า คำสั่งที่ออกมาน่าจะเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องซึ่งคำสั่งนั้นมุ่งหมายจะใช้บังคับ ส่วนการควบคุมดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผลนั้นเป็นการควบคุมดุลพินิจโดยพิเคราะห์เจาะลึกเข้าไปถึงคุณภาพหรืออีกนัยหนึ่งความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของคำสั่งทางปกครอง โดยศาลมักอ้างหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) อันเป็นหลักการขั้นพื้นฐานแห่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อยๆ สามหลักการด้วยกันคือ

- 1) หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) ซึ่งบังคับให้ฝ่ายปกครองเลือกออกคำสั่งที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงหรือบรรลุผล

2) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) หลักแห่งความจำเป็นนี้มีความหมายว่า ในบรรดาคำสั่งหลายๆ ประการซึ่งล้วนแล้วแต่สามารถดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ทั้งสิ้นนั้น ถ้าเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด และถ้าเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎร องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้เรียกร่องให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ดังนั้น หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ จึงห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ใช้อำนาจออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่ง ซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะบังเกิดขึ้นกับราษฎร

กล่าวโดยสรุป หลักแห่งความได้สัดส่วนบังคับให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่อยู่ในวิสัยจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็ก่อความเสียหายแก่ราษฎรหรือรัฐแล้วแต่กรณีน้อยที่สุด และห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งซึ่งหากได้ลงมือปฏิบัติให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรและหรือแก่รัฐ²⁸⁸

ตัวอย่างการใช้อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์

ตัวอย่างแรก สหกรณ์จังหวัดชุมพร ร้องนายทะเบียนสหกรณ์ ปฏิบัติการแทนนายทะเบียนสหกรณ์อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 สั่งให้สหกรณ์ออมทรัพย์นครชุมพร จำกัด แก้ไขข้อบกพร่อง กรณีคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ดำเนินคดีกับนายวรรณะ ฐานหมิ่นประมาท โดยได้เบิกจ่ายเงินสหกรณ์ จำนวน 25,000 บาท ไปใช้ในการดำเนินคดีดังกล่าว และเบิกค่าใช้จ่ายเพื่อจัดทำเอกสารชี้แจงข้อเท็จจริงการโจมตีการทำงานของคณะกรรมการ จำนวน 8,900 บาท โดยไม่ผ่านมติคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์และไม่บันทึกรายงานการประชุม เป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับ ข้อ 45 และข้อ 69 จึงกำหนดวิธีการให้คณะกรรมการ

²⁸⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15 เรื่องการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, 2553

ดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง โดยให้เรียกเงินจำนวน 25,000 บาท และ 8,900 บาท คืนจากคณะกรรมการดำเนินการผู้มีรายชื่อทั้ง 14 คน²⁸⁹

สหกรณ์ได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ต่อมา คพช. ได้พิจารณาอุทธรณ์แล้วเห็นว่าการที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ทั้ง 14 คน ได้มีหนังสือมอบอำนาจให้ดำเนินคดีกับนายวรรณะ แม้จะไม่ได้บันทึกไว้ในรายงานการประชุมคณะกรรมการดำเนินการ แต่ก็เป็นดำเนินการดำเนินการของสหกรณ์ เพราะเป็นการดำเนินการของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ทั้งหมดและการดำเนินคดีกับสมาชิกสหกรณ์ก็ไม่จำเป็นต้องให้สมาชิกออกจากสหกรณ์ ตามข้อบังคับข้อ 45 แต่อย่างไรก็ตามการออกแถลงการณ์ชี้แจงข้อเท็จจริงการ โจมตีงานของสหกรณ์ คพช. เห็นว่า เป็นการดำเนินกิจการภายในกรอบวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ อุทธรณ์ของสหกรณ์ฟังขึ้น จึงให้เพิกถอนคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์²⁹⁰

เมื่อพิจารณาคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ดังกล่าว จะเห็นว่าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ คือคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ และผู้จัดการ ได้เบิกจ่ายเงินค่าดำเนินคดีและค่าจัดทำเอกสารชี้แจงข้อเท็จจริงโต้แย้งคำแถลงการณ์ของนายวรรณะ จำนวน 25,000 บาท และ 8,900 บาท โดยไม่ผ่านมติคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ จึงมีปัญหาต้องพิจารณาว่าการกระทำของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์และผู้จัดการดังกล่าว เป็นการผิดระเบียบ ข้อบังคับ หรือกฎหมาย หรือไม่ กรณีนี้นายทะเบียนสหกรณ์เห็นว่าคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์จะดำเนินคดีอาญากับนายวรรณะ ฐานหมิ่นประมาทได้ ก็ต่อเมื่อสหกรณ์ให้นายวรรณะ ออกจากการเป็นสมาชิกสหกรณ์ก่อน ตามข้อบังคับข้อ 45 (7) ซึ่งกำหนดว่าสมาชิกอาจถูกให้ออกจากสหกรณ์เพราะจงใจฝ่าฝืนกฎหมาย หรือข้อบังคับ หรือระเบียบ หรือมติของสหกรณ์ไม่ว่าโดยประการใดๆ อันเป็นเหตุที่เชื่อได้ว่าไม่ซื่อสัตย์สุจริต หรือแสดงตนเป็นปฏิปักษ์ต่อสหกรณ์ไม่ว่าโดยประการใดๆ และการเบิกจ่ายเงินของสหกรณ์จะต้องผ่านมติที่ประชุมคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์และบันทึกมติที่ประชุมไว้เป็นหลักฐานด้วย เมื่อไม่มีกรณีดังกล่าว นายทะเบียนสหกรณ์จึงเห็นว่าเป็นการกระทำที่ผิดข้อบังคับข้อ 45 (7) และข้อ 69 ที่กำหนดว่า ถ้ากรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรือคว้นกระทำการ หรือกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนจนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก หรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการ หรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชี หรือรายงานการตรวจสอบ เป็นเหตุให้สหกรณ์ได้รับความเสียหาย คณะกรรมการดำเนินการต้องรับผิดชอบใช้

²⁸⁹ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ ตามหนังสือ ที่ ขพ 0010/86 ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2549

²⁹⁰ มติ คพช. ครั้งที่ 2/2550 เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2550

ค่าเสียหายให้แก่สหกรณ์ แต่การที่สหกรณ์จะดำเนินคดีกับสมาชิกผู้ใดไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญานั้น ไม่ได้เกี่ยวกับการที่จะต้องให้สมาชิกออกจากสหกรณ์ก่อนแต่ประการใด ส่วนประเด็นเรื่องการเบิกจ่ายเงินสหกรณ์นั้น ระเบียบสหกรณ์ฯ ว่าด้วยการรับจ่ายและการเก็บรักษาเงิน พ.ศ.2544 ข้อ 21 กำหนดว่า การจ่ายเงินให้จ่ายเฉพาะเพื่อกิจการภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของสหกรณ์และเป็นไปโดยถูกต้องตามระเบียบและข้อบังคับของสหกรณ์ เมื่อคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์เบิกจ่ายเงินทั้งสองรายการดังกล่าวเพื่อดำเนินคดีอาญากับนายวรรณะ ฐานหมิ่นประมาท อันเนื่องมาจากคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการสหกรณ์ และจัดทำคำชี้แจงคำแถลงการณ์โจมตีการดำเนินงานสหกรณ์ของนายวรรณะ คพช. จึงเห็นว่าการกระทำของคณะกรรมการดำเนินการในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเป็นการดำเนินกิจการภายในกรอบวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ แม้ว่าการเบิกจ่ายดังกล่าวไม่ได้ผ่านมติที่ประชุมคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ก็ตาม แต่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ทั้งชุดก็เป็นผู้ดำเนินการ จริงอยู่ที่การดำเนินการใดๆ ของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์จะต้องมีการปรึกษาหารือกันในที่ประชุมและจดบันทึก รายงานการประชุมและมติคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ไว้โดยชัดแจ้งตามที่ข้อบังคับกำหนด ซึ่งจะเห็นได้ว่า การดำเนินการของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ที่ไม่มีมติในที่ประชุมและบันทึก รายงานการประชุมไว้เป็นหลักฐานนั้นเป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับสหกรณ์ แต่ก็ไม่ใช่เป็นกรณี ที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการ หรือละเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก อันจะเข้าเงื่อนไขในการใช้อำนาจตามมาตรา 22 ในการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดดังกล่าว แต่การไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับดังกล่าว โดยไม่นำเรื่องผ่านมติที่ประชุมและบันทึก รายงานการประชุมไว้ ก็อาจเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการที่นายทะเบียนสหกรณ์อาจใช้อำนาจสั่งให้แก้ไขโดยกำหนดวิธีการอื่นที่เหมาะสมได้ เช่น การให้นำเรื่องเข้าที่ประชุม และมีมติย้อนหลังเป็นการรับรองการที่ได้กระทำไปแล้ว กรณีนี้จึงเห็นได้ว่านายทะเบียนสหกรณ์ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยผิดพลาด เป็นเหตุให้การออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้มาตรการก็ยังไม่เหมาะสมกับกรณี

ตัวอย่างที่สอง สหกรณ์จังหวัดมุกดาหาร รอนายทะเบียนสหกรณ์ ปฏิบัติการแทนนายทะเบียนสหกรณ์ อาศัยอำนาจตามมาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มีคำสั่งให้สหกรณ์ออมทรัพย์ครูมุกดาหาร จำกัด แก้ไขข้อบกพร่องโดยให้จัดประชุมหน่วยเลือกตั้งผู้แทนสมาชิกจำนวน 8 หน่วย ให้ถูกต้องตามข้อบังคับของสหกรณ์ ข้อ 65 (1) (2) (3) ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน

นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์²⁹¹ สหกรณ์ ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าวเมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม 2550 แต่มิได้ปฏิบัติตาม เนื่องจากเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นธรรม และเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นายทะเบียนสหกรณ์จึงอาศัยอำนาจตามมาตรา 22 (3) แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 มีคำสั่ง ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ หยุดปฏิบัติหน้าที่ เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการ และภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด²⁹²

เรื่องนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า การเลือกผู้แทนสมาชิกของสหกรณ์ ตามข้อบังคับสหกรณ์ออมทรัพย์ครูมุกดาหาร จำกัด ข้อ 65 กำหนดให้กระทำในที่ประชุมหน่วยก่อนการประชุมใหญ่สามัญของสหกรณ์ทุกครั้ง โดยให้กรรมการหน่วยดำเนินการและแจ้งรายชื่อผู้แทนสมาชิกในหน่วยของตนต่อสหกรณ์โดยไม่ชักช้า และข้อบังคับข้อ 46 กำหนดว่า ในการจัดหน่วยการประชุมหน่วยกิจการของที่ประชุมหน่วย การเลือกตั้งกรรมการ บริหารหน่วย ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในระเบียบของสหกรณ์ แต่สหกรณ์ออมทรัพย์ครูมุกดาหาร จำกัด ไม่ได้กำหนดระเบียบเกี่ยวกับหน่วยสมาชิกดังกล่าวขึ้นถือใช้ ดังนั้น สหกรณ์จึงไม่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนในการประชุมหน่วยสมาชิก และแนวทางปฏิบัติในการเลือกผู้แทนสมาชิก การประชุมหน่วยและการเลือกผู้แทนสมาชิกของสหกรณ์ ได้ดำเนินการตามแนวทางหรือวิธีปฏิบัติที่เคยปฏิบัติกันมา กรณีนี้เมื่อมีการร้องเรียนนายทะเบียนสหกรณ์ได้ตรวจสอบว่ามีการจัดประชุมหน่วยสมาชิกสหกรณ์หรือไม่โดยการพิจารณาจากเอกสารการยื่นชื่อเข้าประชุมของสมาชิกสหกรณ์ และเอกสารการบันทึกรายงานการประชุมซึ่งจัดทำไว้ไม่เรียบร้อยและไม่เป็นรูปแบบเดียวกัน นายทะเบียนสหกรณ์จึงเห็นว่าไม่มีการประชุมหน่วยสมาชิกทั้ง 8 หน่วย จึงมีคำสั่งให้สหกรณ์ออมทรัพย์ครูมุกดาหาร จำกัด แก้ไขข้อบกพร่องตามหนังสือสำนักงานสหกรณ์จังหวัดมุกดาหาร ที่ มห 0010/1218 ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2550 และมีคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวหนังสือสำนักงานสหกรณ์จังหวัดมุกดาหาร ที่ มห 0010/1654 ลงวันที่ 12 กันยายน 2550 ดังกล่าว

ต่อมาสหกรณ์อุทธรณ์ทั้งสองคำสั่งดังกล่าวต่อ คพช. คพช. เห็นว่า คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ตามหนังสือ ที่ มห 0010/1218 ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2550 ให้สหกรณ์ออมทรัพย์ครูมุกดาหาร จำกัด แก้ไขข้อบกพร่องโดยจัดประชุมหน่วยเลือกตั้งผู้แทนสมาชิกจำนวน 8 หน่วย ให้ถูกต้องตามข้อบังคับของสหกรณ์ ข้อ 65 (1) (2) (3) และคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ตามหนังสือที่ มห 0010/1654 ลงวันที่ 12 กันยายน 2550 ที่ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติ

²⁹¹ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ ตามหนังสือ ที่ มห 0010/1218 ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2550

²⁹² คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ ตามหนังสือ ที่ มห 0010/1654 ลงวันที่ 12 กันยายน 2550

หน้าที่เป็นการชั่วคราว เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องให้แล้วเสร็จ ชอบแล้ว จึงให้ยกอุทธรณ์ของสหกรณ์ ออมทรัพย์กรมกุดอาหาร จำกัด โดยมีข้อพิจารณาว่า

หน่วยสมาชิกสหกรณ์กลุ่มที่ 1 หน่วยอำเภอหนองสูง พบว่ามีการปฏิบัติตามข้อบังคับ สหกรณ์ ข้อ 46 และข้อ 91 จึงเห็นว่าเป็นการเลือกตั้งที่ถูกต้อง

หน่วยสมาชิกสหกรณ์กลุ่มที่ 2 หน่วยมัธยม และหน่วยสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา พบว่า สหกรณ์ฯ อ้างว่าไม่มีการประชุมหน่วย แต่มีการสรรหาผู้แทนหน่วยจากโรงเรียนต่างๆ ในสังกัด จึงถือว่าเป็นโรงเรียนคัดเลือกผู้แทนเข้าร่วมประชุมใหญ่

หน่วยสมาชิกสหกรณ์กลุ่มที่ 3 หน่วยอำเภอนิคมน้ำอ้อย, หน่วยอำเภอคำชะอี, หน่วยอำเภอเมือง พบว่าสหกรณ์อ้างว่ามีการประชุมโดยผู้แทนของสมาชิกแต่ละโรงเรียนมาเป็นตัวแทน เพื่อเข้าประชุมหน่วยสมาชิก ซึ่งประชุมร่วมกันกับการประชุมสมาคมของแต่ละอำเภอ ดังนั้น จึงมีผู้เข้าร่วมประชุมน้อยกว่าสมาชิกในสังกัดจำนวนมาก

หน่วยสมาชิกสหกรณ์กลุ่มที่ 4 หน่วยอำเภอคอนताल, หน่วยอำเภอดงหลวง, หน่วยอำเภอห้วยน้ำใหญ่ พบว่า สหกรณ์อ้างว่าการประชุมหน่วยสมาชิกมีการประชุมร่วม หรือหลังจากเสร็จสิ้นงานวันครู โดยใช้บัญชีลงเวลาร่วมกับงานวันครู โดยไม่ได้แยกรายชื่อสมาชิก สหกรณ์กับผู้เข้าร่วมกิจการงานวันครู

แต่จากเอกสารหลักฐานและคำให้การของพยานยังขัดแย้งกัน และไม่พบเอกสาร หลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าตั้งแต่เริ่มตั้งสหกรณ์มาจนถึงปัจจุบันสหกรณ์มีวิธีการเลือกตั้งผู้แทนกลุ่ม สมาชิกสหกรณ์โดยวิธีใด พยานบางรายให้การว่า เมื่อประมาณปี พ.ศ.2543 สหกรณ์เคยมีการจัดประชุม หน่วยสมาชิกสหกรณ์แล้วเลิกไป หลังจากปี 2543 เป็นต้นมา ไม่มีการจัดประชุมเพื่อเลือกผู้แทนหน่วยอีก สำหรับวิธีการเลือกผู้แทนหน่วยสมาชิกสหกรณ์ได้มอบหมายให้กรรมการประจำหน่วยดำเนินการ เลือกผู้แทนหน่วยโดย ไม่มีข้อบังคับกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น สหกรณ์จึงแสดงหลักฐานยืนยันว่า มีการจัดประชุมหน่วยสมาชิก โดยให้สมาชิกจำนวนมากยืนยันว่ามีการประชุมจริง แต่จากตรวจสอบ ข้อเท็จจริงพบว่าคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์มอบหมายให้กรรมการสหกรณ์ เป็นกรรมการ ประจำหน่วยสมาชิก เพื่อทำหน้าที่เลือกผู้แทนสมาชิกของสหกรณ์และแจ้งรายชื่อผู้แทนหน่วยสมาชิก ให้สหกรณ์ทราบ ซึ่งส่วนใหญ่สมาชิกที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นตัวแทนหน่วยจะไม่ทราบล่วงหน้า สำหรับรายชื่อผู้แทนหน่วยจะเป็นการพิจารณาจากกรรมการประจำหน่วยที่มีหน้าที่จัดให้มีการประชุม เลือกผู้แทนหน่วยสมาชิกสหกรณ์ตามแต่วิธีการของแต่ละหน่วยจะคิดและถือปฏิบัติ โดยผู้แทนหน่วย สมาชิกส่วนใหญ่เป็นผู้อำนวยการ โรงเรียน จึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับสหกรณ์ข้อ 65 (2) “ที่ให้การเลือกตั้งผู้แทนสมาชิก ให้กระทำในที่ประชุมหน่วยก่อนการประชุมใหญ่สามัญ” และต้อง มีการบันทึกรายงานการประชุมหน่วยตามรูปแบบและวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ ข้อ 91

ที่ต้องให้ผู้เข้าร่วมประชุมลงลายมือชื่อ พร้อมทั้งบันทึกเรื่องที่พิจารณา วินิจฉัยทั้งสิ้นไว้ในรายงานการประชุม จึงถือว่าการได้มาซึ่งผู้แทนหน่วยสมาชิกของสหกรณ์ทั้ง 8 หน่วยดังกล่าว คือ หน่วยมัธยม, หน่วยสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา หน่วยนิคมคำสร้อย หน่วยอำเภอคำชะอี หน่วยอำเภอเมือง หน่วยอำเภอดอนตาล หน่วยอำเภอดงหลวง ไม่ชอบด้วยข้อบังคับของสหกรณ์ การที่นายทะเบียนสหกรณ์มีคำสั่งให้สหกรณ์ออมทรัพย์क्रमุดอาหาร จำกัด แก้ไขข้อบกพร่องโดยจัดประชุมหน่วยเลือกตั้งผู้แทนสมาชิก จำนวน 8 หน่วย ให้ถูกต้องตามข้อบังคับของสหกรณ์ ข้อ 65 (1) (2) (3) จึงชอบแล้ว

ส่วนกรณีที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ไม่ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องตามที่กำหนด นายทะเบียนสหกรณ์จึงมีคำสั่งให้คณะกรรมการดำเนินงานสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวนั้น คพช. เห็นว่า เหตุที่นายทะเบียนสหกรณ์ออกคำสั่งตามมาตรา 22 (3) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นแล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด นั้น เนื่องจากคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ออมทรัพย์क्रमุดอาหาร จำกัด ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ที่ให้ แก้ไขข้อบกพร่องโดยจัดประชุมหน่วยเลือกตั้งผู้แทนสมาชิกจำนวน 8 หน่วย ให้ถูกต้องตามข้อบังคับของสหกรณ์ ข้อ 65 (1) (2) (3) ภายใน 30 วัน จึงเห็นว่าคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ ที่ตามหนังสือสำนักงานสหกรณ์จังหวัดมุกดาหาร ที่ มห 0010/1654 ลงวันที่ 12 กันยายน 2550 ชอบแล้ว²⁹³

ผู้ศึกษาเห็นว่า คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ ตามหนังสือสำนักงานสหกรณ์จังหวัดมุกดาหาร ที่ มห 0010/1218 ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2550 ที่สั่งให้สหกรณ์ออมทรัพย์क्रमุดอาหาร จำกัด แก้ไขข้อบกพร่องโดยจัดประชุมหน่วยเลือกตั้งผู้แทนสมาชิกจำนวน 8 หน่วย ให้ถูกต้องตามข้อบังคับของสหกรณ์ ข้อ 65 (1) (2) (3) ภายใน 30 วัน นั้น ข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุคือ มีการร้องเรียนว่าการเลือกตั้งคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ออมทรัพย์क्रमุดอาหาร จำกัด ไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับสหกรณ์ นายทะเบียนสหกรณ์ จึงทำการตรวจสอบพบว่าการจัดประชุมใหญ่สามัญประจำปี เมื่อวันที่ 25 มกราคม 2550 เพื่อเลือกตั้งคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ ไม่ได้ดำเนินการประชุมใหญ่โดยผู้แทนหน่วยสมาชิกที่ถูกต้อง เนื่องจากสหกรณ์ไม่ได้จัดให้มีการเลือกผู้แทนหน่วยสมาชิกตามข้อบังคับ ข้อ 65 (2) (3) และไม่บันทึกรายงานการประชุมตามข้อบังคับ ข้อ 91 นายทะเบียนสหกรณ์จึงเห็นว่า สหกรณ์ฯ จัดประชุมหน่วยเลือกตั้งผู้แทนสมาชิกจำนวน 8 หน่วย โดยไม่เป็นไปตามข้อบังคับสหกรณ์ ข้อ 65 (2) (3) และ ข้อ 91 และมีการประชุมใหญ่สามัญประจำปี โดยผู้แทนสมาชิกที่ได้มาโดยไม่ชอบตามข้อบังคับสหกรณ์ ข้อ 65 (2) (3)

²⁹³ มติ คพช. ครั้งที่ 3/2552 เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2552

มีผลให้การประชุมใหญ่สามัญครั้งดังกล่าวไม่ชอบด้วยข้อบังคับของสหกรณ์ ข้อ 64 จึงให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง จะเห็นได้ว่าเมื่อนายทะเบียนสหกรณ์ฟังข้อเท็จจริงว่า สหกรณ์ไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับเกี่ยวกับการประชุม ผู้แทนสมาชิกที่มาร่วมประชุมใหญ่จึงเป็นผู้แทนสมาชิกที่ได้มาโดยไม่ชอบการที่นายทะเบียนสหกรณ์วินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องดังกล่าว เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ กล่าวคือ นายทะเบียนเห็นว่าเป็นกรณีที่สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการแล้ว จึงเป็นการนำข้อเท็จจริงที่ได้มาปรับกับข้อกฎหมายซึ่งเมื่อมีข้อเท็จจริงประกอบด้วยเหตุผลที่วิญญูชนทั่วไปอาจเห็นด้วยว่าการที่สหกรณ์ไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อบังคับนั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง การตีความข้อกฎหมายดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย

มีประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปมีว่า คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ที่กำหนดวิธีการและระยะเวลาให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องหรือไม่ จากข้อเท็จจริงตามรายงานการตรวจสอบปรากฏว่า สหกรณ์ออมทรัพย์ครูมุกดาหาร จำกัด เคยมีการจัดประชุมหน่วยสมาชิกโดยถูกต้องตามข้อบังคับประมาณปี พ.ศ.2543 หลังจากนั้นก็ได้ดำเนินการตามข้อบังคับอีกเลย จนกระทั่งมีกรณีร้องเรียนคณะกรรมการดำเนินการชุดนี้ จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าการออกคำสั่งให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องโดยกำหนดวิธีการดังกล่าว เหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องและเป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) อันเป็นหลักการขั้นพื้นฐานแห่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจหรือไม่ ซึ่งคงต้องพิจารณาในประการแรกว่า วิธีการและระยะเวลาที่ให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว สามารถดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายปกครองดังกล่าวแล้ว ถ้าเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด ซึ่งกรณีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในขณะที่นายทะเบียนสหกรณ์ออกคำสั่งตามหนังสือ ที่ มห 0010/1218 ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2550 กำหนดเวลาให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดคือให้สหกรณ์จัดประชุมหน่วยสมาชิกทั้ง 9 หน่วยและจัดประชุมใหญ่เพื่อเลือกตั้งคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ใหม่ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่สหกรณ์ได้รับคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ ซึ่งอย่างรวดเร็วที่สุดที่สหกรณ์จะต้องดำเนินการตามคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์เพื่อจัดให้มีการประชุมใหญ่เลือกตั้งคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ใหม่ คือภายในวันที่ 19 สิงหาคม 2550 แต่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ชุดนี้จะหมดวาระลงในวันที่ 31 ธันวาคม 2550 ซึ่งเป็นวันสิ้นปีทางบัญชีของสหกรณ์คือเหลือเวลาอีกเพียง 4 เดือนเศษเท่านั้น ดังนั้น การสั่งให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องโดยวิธีการดังกล่าวสามารถตอบสนองความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายได้หรือไม่ เพียงใด และมีผลกระทบ

กับสมาชิกสหกรณ์หรือการดำเนินงานสหกรณ์มากนักน้อยเพียงใด หากมีการจัดประชุมหน่วยสมาชิกสหกรณ์ทั้ง 8 หน่วย และมีการจัดประชุมใหญ่ใหม่ ย่อมจะมีผลกระทบต่อสมาชิกสหกรณ์ ทั้งเรื่องเวลาและงบประมาณที่ต้องดำเนินการดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาในแง่ความมุ่งหมายของมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ที่ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง นั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 22 นี้มีจุดมุ่งหมายที่จะให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจในการออกคำสั่งเพื่อให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องในสิ่งที่เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์ หรือเพื่อป้องกันหรือระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องนี้ ยังไม่ปรากฏว่าเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกในเชิงทรัพย์สินอย่างไร แต่สมาชิกบางรายอาจเสียโอกาสในการได้รับเลือกตั้งเป็นกรรมการสหกรณ์ ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการได้มาซึ่งคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ในการประชุมใหญ่ครั้งที่ผ่านมานั้นไม่ชอบ เนื่องจากมิได้เป็นการประชุมโดยผู้แทนสมาชิกที่แท้จริง ก็ควรที่นายทะเบียนสหกรณ์จะใช้อำนาจตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 เพิกถอนมติการประชุมใหญ่ดังกล่าวแล้วให้จัดให้มีการประชุมใหญ่ใหม่ให้เป็นไปตามข้อบังคับสหกรณ์ มิฉะนั้นแล้ว คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ชุดนี้ก็ยังมีสถานะความเป็นคณะกรรมการดำเนินการที่ถูกต้องอยู่ตราบใดที่ยังไม่มีการเพิกถอน ดังนั้น มาตรการตามคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ดังกล่าว จึงยังไม่น่าจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ ดังนั้นความเหมาะสมของคำสั่งแก่กรณีเฉพาะเรื่อง จึงเป็นประเด็นที่น่าพิจารณา ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ที่ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและภายในระชยะเวลาดังกล่าว ไม่น่าจะต้องด้วยหลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) และเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) ซึ่งเรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งหรือมาตรการทางปกครอง ซึ่งหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่ง ซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่า หากได้ลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้น เมื่อเทียบความเสียหายที่สหกรณ์และสมาชิกจะได้รับจากการปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ กับประโยชน์ที่สมาชิกสหกรณ์จะได้รับแล้ว อาจเห็นได้ว่าการดำเนินกิจการของสหกรณ์อาจต้องสะดุดหยุดลงและเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้นจากการดำเนินการตามคำสั่งดังกล่าว ทั้งที่กรณีดังกล่าวส่วนหนึ่งก็เกิดจากความบกพร่อง

ของนายทะเบียนสหกรณ์เองด้วยที่ไม่ให้คำแนะนำแก่สหกรณ์ให้ดำเนินการในสิ่งที่ถูกต้องตามระเบียบ ข้อบังคับ แต่มีการปล่อยปละละเลยมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2543

ส่วนคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ตามหนังสือ ที่ มห 0010/1654 ลงวันที่ 12 กันยายน 2550 ที่สั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดตามมาตรา 22 (3) แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 จะเห็นได้ว่าไม่สอดคล้องกับการปฏิบัติเนื่องจากหากให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดดังกล่าวหยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวแล้ว ก็ไม่มีผู้ใดที่จะเป็นผู้ดำเนินกิจการของสหกรณ์ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ดังกล่าวมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์และสมาชิก เมื่อพิจารณาองค์ประกอบส่วนเหตุที่จะเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามมาตรา 22 (3) แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 แล้ว เห็นว่า การให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดนั้น กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะมิให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ หยุดดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ต่อไปเพื่อที่จะได้แก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จเนื่องจากคณะกรรมการหยุดดังกล่าวอาจกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งกรณีที่เป็นข้อบกพร่องนั้นๆ โดยมากมักเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องที่เป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงินอันเกิดจากการกระทำของคณะกรรมการดำเนินการหยุดดังกล่าว แต่กรณีนี้เป็นกรณีที่เหตุที่นายทะเบียนสหกรณ์ใช้อำนาจในการออกคำสั่งตามมาตรา 22 (3) คือเหตุที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ที่ให้แก้ไขข้อบกพร่อง ซึ่งหากจะอนุมานได้ว่าข้อเท็จจริงอันเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเป็นเรื่องเดียวกับที่นายทะเบียนสหกรณ์ออกคำสั่งให้แก้ไขข้อบกพร่อง การสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการหยุดปฏิบัติหน้าที่ที่จะเห็นว่าไม่ได้ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นเลย เนื่องจากการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วยังอาจเป็นอุปสรรคต่อการแก้ไขข้อบกพร่องด้วยซ้ำไป เนื่องจากคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่อย่างใดได้ จึงเห็นว่าไม่น่าจะเป็นคำสั่งที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงหรือบรรลุผล จึงเห็นว่าพิจารณาในเนื้อหาของรายละเอียดของคำสั่งทางปกครองนี้แล้ว น่าจะเป็นประเด็นสำคัญที่ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

2.5 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่อง

จากการศึกษาการใช้อำนาจตามมาตรา 22(1) แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ของนายทะเบียนสหกรณ์ กรณีที่คณะกรรมการดำเนินการอนุมัติเงินกู้ให้นายชนิด โดยไม่ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ค้ำประกันให้ตรงตามระเบียบ ทำให้มีผู้ค้ำประกันเหลือเพียงคนเดียว จึงใช้อำนาจตามมาตรา 22(1) สั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องโดยให้ดำเนินการสอบสวนหาผู้รับผิดชอบเงินดังกล่าว เห็นได้ว่ากรณีนี้สหกรณ์ยังไม่ได้รับความเสียหายเป็นจำนวนเงิน เนื่องจากนางสุนันทาผู้ค้ำประกันได้ทำหนังสือยินยอมชำระหนี้แทนนายชนิดและผ่อนชำระไปบ้างแล้วซึ่งสหกรณ์ยังสามารถฟ้องร้องให้ชำระหนี้ได้²⁹⁴ ดังนั้น วิธีการที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว จึงมิได้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายต้องการ

กรณีที่สหกรณ์ทำสัญญาขายปุ๋ยเงินเชื่อให้แก่สหกรณ์อื่น โดยมีเพียงคณะกรรมการของสหกรณ์ผู้ซื้อค้ำประกันนี้ค้ำปุ๋ย และมีหนี้ค้าง จำนวน 20,870,000 บาท นายทะเบียนสหกรณ์จึงใช้อำนาจตามมาตรา 22(1) กำหนดวิธีการให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องโดยให้สหกรณ์ดำเนินการให้ผู้ซื้อจัดให้มีหลักทรัพย์จำนองประกันหนี้การซื้อขายปุ๋ยดังกล่าวในวงเงินจำนองไม่น้อยกว่าราคาปุ๋ยที่ได้จำหน่ายไป ทั้งๆ ที่ระเบียบของสหกรณ์กำหนดให้ขายสินค้าเชื่อโดยจัดให้มีบุคคลค้ำประกันเพียงอย่างเดียวได้²⁹⁵ คพช. จึงวินิจฉัยให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวโดยเห็นว่าคณะกรรมการได้ปฏิบัติตามระเบียบของสหกรณ์ ว่าด้วยการให้เชื่อสินค้าและผลิตผลของสหกรณ์ พ.ศ.2545 ซึ่งให้คณะกรรมการมีอำนาจขายสินค้าเชื่อโดยเพียงแต่จัดให้มีบุคคลค้ำประกันได้ จึงเป็นอำนาจของคณะกรรมการ ที่จะใช้ดุลพินิจว่าจะให้มีหลักประกันอย่างหนึ่งอย่างใด อีกทั้งกรณีดังกล่าวเป็นความเสี่ยงในการทำธุรกิจ ที่ยังไม่ได้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์ ดังนั้น จึงยังไม่ถือว่าเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน อันเป็นเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่จะออกคำสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามมาตรา 22(1) ได้

กรณีคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ดำเนินคดีกับนายวรรณะ ฐานหมิ่นประมาท โดยเบิกเงินสหกรณ์จำนวน 25,000 บาท ไปใช้ในการดำเนินคดี และเบิกค่าใช้จ่ายจำนวน 8,900 บาท ไปใช้ในการจัดทำเอกสารชี้แจงข้อเท็จจริงกรณีมีการโจมตีการทำงานของคณะกรรมการ โดยไม่มีมติอนุมัติให้เบิกจ่ายจากคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ นายทะเบียนสหกรณ์เห็นว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับ ข้อ 45 และข้อ 69 จึงออกคำสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง

²⁹⁴ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ตามหนังสือ ที่ กษ 113/1095 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2542

²⁹⁵ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ตามหนังสือ ที่ กษ 04 ชร/426 ลงวันที่ 20 เมษายน 2550

โดยให้เรียกเงินจำนวน 25,000 บาท และ 8,900 บาท คืนจากคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์จำนวน 14 คน²⁹⁶ ต่อมา คพช. ได้วินิจฉัยอุทธรณ์ว่า การที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์จำนวน 14 คน ทำหนังสือมอบอำนาจให้ดำเนินคดีกับนายวระณะ แม้จะไม่ได้จัดบันทึกเรื่องดังกล่าวไว้ในรายงานการประชุมคณะกรรมการ แต่ก็เป็นการดำเนินการของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ทั้งหมดซึ่งทำในฐานะผู้แทนสหกรณ์ และการดำเนินคดีสมาชิกสหกรณ์ก็ไม่จำเป็นต้องให้สมาชิกออกจากสหกรณ์ก่อน ส่วนการจัดทำเอกสารชี้แจงข้อเท็จจริงกรณีมีการโจมตีการทำงานของคณะกรรมการก็เป็นการดำเนินการภายในกรอบวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ จึงให้เพิกถอนคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ดังกล่าว²⁹⁷ จะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงกรณีนี้ ไม่ถือว่าเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่นายทะเบียนสหกรณ์จะสามารถใช้อำนาจสั่งให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามมาตรา 22(1) ได้

กรณีที่มีการร้องเรียนว่าการเลือกตั้งคณะกรรมการดำเนินการของสหกรณ์ออมทรัพย์ครูมุกดาหาร จำกัด ไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับสหกรณ์ เนื่องจากการจัดประชุมใหญ่สามัญประจำปี เมื่อวันที่ 25 มกราคม 2550 เพื่อเลือกตั้งคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ ไม่ได้มีการประชุมใหญ่โดยผู้แทนหน่วยสมาชิกที่ถูกต้อง เพราะเหตุที่สหกรณ์ไม่ได้จัดให้มีการเลือกผู้แทนหน่วยสมาชิกตามข้อบังคับ ข้อ 65 (2) (3) และไม่มีหลักฐานการบันทึกรายงานการประชุมหน่วยตามข้อบังคับ ข้อ 91 จึงเป็นการประชุมใหญ่สามัญประจำปี โดยผู้แทนสมาชิกที่ได้มาโดยไม่ชอบตามข้อบังคับสหกรณ์ ข้อ 65 (2) (3) มีผลให้การประชุมใหญ่สามัญครั้งดังกล่าวไม่ชอบด้วยข้อบังคับของสหกรณ์ ข้อ 64 นายทะเบียนสหกรณ์ จึงกำหนดวิธีการให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องโดยสั่งให้สหกรณ์จัดประชุมหน่วยสมาชิกทั้ง 9 หน่วยและจัดประชุมใหญ่เพื่อเลือกตั้งคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ใหม่ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่สหกรณ์ได้รับคำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์²⁹⁸ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่านับแต่วันที่สหกรณ์ได้รับคำสั่ง เหลือเวลาอีก 4 เดือนเศษก็จะสิ้นปีทางบัญชีซึ่งสหกรณ์จะต้องจัดให้มีการประชุมใหญ่สามัญประจำปี ดังนั้น วิธีการที่กำหนดให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องจึงมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้เนื้อหาหรือวิธีการที่กำหนดให้คณะกรรมการแก้ไขนั้นเป็นการแก้ไขในสิ่งที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์ หรือเพื่อป้องกันหรือระงับการปฏิบัติที่จะเป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก ส่วนการสั่งให้

²⁹⁶ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ตามหนังสือ ที่ ชพ 0010/86 ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2549

²⁹⁷ มติ คพช. ครั้งที่ 2/2550 เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2550

²⁹⁸ คำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ ที่ตามหนังสือสำนักงานสหกรณ์จังหวัดมุกดาหาร ที่ มห 0010/1218 ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2550

คณะกรรมการหยุดปฏิบัติหน้าที่²⁹⁹ หลังจากที่นายทะเบียนสหกรณ์ได้มีคำสั่งให้จัดประชุมใหญ่ เพื่อเลือกตั้งคณะกรรมการดำเนินการใหม่ ก็ไม่เป็นเหตุให้บรรล่วัตถุประสงค์ของกฎหมายในการแก้ไขข้อบกพร่องเรื่องการเลือกตั้งกรรมการมาโดยไม่ชอบด้วยข้อบังคับแต่อย่างใดเนื่องจากเมื่อคณะกรรมการต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่แล้ว ก็ไม่มีคณะกรรมการที่จะดำเนินการจัดประชุมใหญ่ใหม่ตามคำสั่งแรก ดังนั้น คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ดังกล่าวจึงไม่น่าจะชอบด้วยหลักความได้สัดส่วนและไม่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงหรือบรรลุผล

ส่วนกรณีที่สหกรณ์การเกษตรบ้านเขว้า จำกัด รับฝากเงินจากบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่สมาชิก เป็นการประกอบธุรกิจเชิงธนาคารพาณิชย์ และการใช้คำว่าโครงการธนาคารสหกรณ์เพื่อชุมชน ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 8 และมาตรา 40 และต้องห้ามตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 และไม่จัดทำบัญชีตามแบบที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนดของโครงการศูนย์จำหน่ายผลิตภัณฑ์การเกษตรและสหกรณ์จังหวัดชัยภูมิ ซึ่งถือเป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการและการเงินการบัญชี³⁰⁰ นายทะเบียนสหกรณ์จึงมีอำนาจสั่งให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องได้ แต่วิธีการที่กำหนดให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องนั้นจะเหมาะสมหรือเป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายหรือไม่นั้นคงต้องดูเป็นเรื่องๆ ไป

2.6 ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ หรือการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่อง

มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าเมื่อกฎหมายบัญญัติให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจดุลพินิจที่จะตัดสินใจในการเลือกใช้อำนาจหรือมีดุลพินิจวินิจฉัยตีความถ้อยคำบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจดังกล่าวแล้วนั้น ก่อให้เกิดปัญหาอย่างไร จากตัวอย่างที่ได้นำมาศึกษาข้างต้นจะเห็นว่าตามบทบัญญัติมาตรา 21 การที่กฎหมายใช้คำว่า ในกรณีที่กรรมการผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้อาณาสิทธิเสียหาย ถ้าสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้ทำให้เกิดปัญหาในการตีความถ้อยคำบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวว่าเป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิเคราะห์แล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์หรือไม่ก็ได้ ดังนั้น

²⁹⁹ คำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ ที่ตามหนังสือสำนักงานสหกรณ์จังหวัดมุกดาหาร ที่ มห 0010/1654 ลงวันที่ 12 กันยายน 2550

³⁰⁰ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ตามหนังสือที่ กษ 0407/725 ลงวันที่ 6 มิถุนายน 2547

เมื่อการใช้ถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 21 ไม่ชัดเจนย่อมทำให้เกิดปัญหาการตีความ และการบังคับใช้กฎหมาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะมีการแก้ไขกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นกรณีที่กฎหมายต้องการให้เป็นอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ ในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ เช่นเดียวกับที่กฎหมายบางฉบับใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” หรือ “มีสิทธิ” หรือ “อาจ...ก็ได้” หรือ “ให้มีอำนาจ...ได้”

ดังได้พิจารณาแล้วว่าบทบัญญัติตามมาตรา 21 เป็นอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้ เมื่อเป็นอำนาจดุลพินิจดังกล่าวแล้ว มีปัญหาให้ต้องพิจารณาอีกว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลสองคน มีอำนาจดุลพินิจในเรื่องเดียวกันเหมาะสมหรือไม่ หากรองนายทะเบียนสหกรณ์ใช้อำนาจเลือกที่จะไม่ดำเนินการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์แล้ว นายทะเบียนสหกรณ์จะใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้อีกหรือไม่ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรให้บุคคลมากกว่าหนึ่งคนมีดุลพินิจในเรื่องเดียวกันอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติหรืออาจก่อให้เกิดข้อยุ่งยากในการใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจได้ ในขณะที่สมาชิกซึ่งเป็นเจ้าของสหกรณ์กลับไม่สามารถร้องทุกข์หรือฟ้องคดีในกรณีที่เกิดกรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหายได้ เนื่องจากสหกรณ์มีฐานะเป็นนิติบุคคลและมีคณะกรรมการดำเนินการเป็นผู้แทน ดังนั้น จึงควรกำหนดให้สมาชิกเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยที่จะสามารถดำเนินการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีต่อผู้ทำความเสียหายแก่สหกรณ์ได้ด้วย

ส่วนปัญหาการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ในการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องตามมาตรา 22 นั้น จากการตัวอย่างกรณีศึกษาจะเห็นว่ารองนายทะเบียนสหกรณ์ปฏิบัติการแทนสหกรณ์นำข้อเท็จจริงที่ได้จากการตรวจสอบมาใช้ดุลพินิจตีความว่าการกระทำดังกล่าวเข้าข่าย “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” หรือไม่ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือเงื่อนไขที่จะใช้อำนาจต่อไป ซึ่งปรากฏว่าเมื่อมีการใช้ดุลพินิจที่คลาดเคลื่อนในเรื่องเงื่อนไขของการใช้อำนาจ จึงทำให้การใช้อำนาจออกคำสั่งของรองนายทะเบียนสหกรณ์ปฏิบัติการแทนนายทะเบียนสหกรณ์ไม่ชอบด้วยกฎหมายและถูกเพิกถอน และมักเป็นปัญหาที่การใช้ดุลพินิจไม่มีมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งอาจเกิดจากการขาดแนวปฏิบัติ (Directive) เพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจที่ถูกต้องในเรื่องนั้นๆ ซึ่งแนวปฏิบัตินี้อาจเป็นแนวทางทำให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในกรอบของการใช้ดุลพินิจที่ถูกต้องได้ แม้ว่าฝ่ายปกครองมีภาระที่จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ที่ประกอบกันเป็นกรณีเฉพาะเรื่องก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นการตีความข้อกฎหมายหรือการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของนายทะเบียนสหกรณ์ ต่างก็ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองไทยได้เสมอ

มีปัญหาในการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์อีกประการหนึ่งคือจากกรณีศึกษาพบว่านายทะเบียนสหกรณ์มีปัญหาในการเลือกใช้มาตรการในการออกคำสั่ง และการกำหนดเนื้อความในการออกคำสั่งเพื่อให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด กล่าวคือในส่วนของการเลือกใช้มาตรการในการออกคำสั่ง นายทะเบียนสหกรณ์ควรเลือกใช้มาตรการจากเบาไปหาหนักตามความจำเป็นและตามข้อเท็จจริงแห่งกรณีเฉพาะเรื่องตามที่กฎหมายกำหนดมาตรการให้ไว้ตามมาตรา 22 (1)-(4) ส่วนการกำหนดเนื้อความของการกระทำในการออกคำสั่งนั้น นายทะเบียนสหกรณ์ควรต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน โดยการนำหลักย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ให้เหมาะสมตามลำดับขั้นตอนโดยพิจารณาการออกคำสั่งนั้นได้ใช้ดุลพินิจกำหนดเนื้อความของการกระทำโดยเป็นไปตามหลักแห่งความเหมาะสม โดยต้องเลือกออกคำสั่งที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นสำเร็จลุล่วงหรือบรรลุผล หลักแห่งความจำเป็น โดยต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุดหรือมีผลทำให้รัฐเสียหายน้อยที่สุด และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ โดยต้องคำสั่งที่ออกนั้นจะต้องเกิดประโยชน์แก่สังคมหรือส่วนรวมคุ้มค่ากับผลกระทบหรือความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้ได้รับคำสั่ง หรือไม่ ซึ่งจากกรณีศึกษาจะเห็นได้ว่ามาตรการตามคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ยังไม่อาจดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจบรรลุผล และไม่ต้องด้วยหลักความจำเป็นและไม่ต้องด้วยหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรให้นายทะเบียนสหกรณ์มีดุลพินิจในการกำหนดเนื้อความของการกระทำให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยไม่มีขอบเขตของการใช้อำนาจ จึงเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติการตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์จะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายว่าด้วยสหกรณ์มีบทบัญญัติที่เป็นการควบคุมการดำเนินกิจการในภาคสหกรณ์ จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ ในการควบคุมกำกับดูแลสหกรณ์ กฎหมายยังได้บัญญัติให้นายทะเบียนสหกรณ์สามารถออกกระเบียบหรือคำสั่งเพื่อให้มีการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสหกรณ์ และเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกิจการสหกรณ์ซึ่งมีสภาพอย่างกฎและเป็นคำสั่งทางปกครอง กฎหมายสหกรณ์จึงเป็นกฎหมายมหาชนที่เป็นกฎหมายปกครองโดยกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับสหกรณ์ซึ่งเป็นเอกชน ซึ่งหน่วยงานทางปกครองมีอำนาจเหนือกว่าในการเข้าไปควบคุมกำกับดูแลการดำเนินงานของสหกรณ์ ในส่วนการดำเนินงานของสหกรณ์ก็มีบทบัญญัติที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างสหกรณ์กับสมาชิกและบุคคลภายนอก นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ยังมีบทกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์หรือฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์อีกด้วย ในบทนี้ผู้ศึกษาจึงนำเสนอบทสรุปเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์เฉพาะกรณี queศึกษาตามมาตรา 21 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 พร้อมกับข้อเสนอแนะในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอันเกิดจากปัญหาการใช้อำนาจตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวของนายทะเบียนสหกรณ์

1. บทสรุป

จากหลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” (Principle of Legality of Administrative Action) ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจึงเป็นสาระสำคัญสำหรับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำกรต่างๆ แบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ กับ โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายซึ่งเป็นส่วนที่เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะใช้อำนาจเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น

โดยที่มาของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น มีทั้งในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ ส่วนเหตุและในส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย

ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุจะเป็นส่วนที่กฎหมายกำหนด ข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ ซึ่งก่อนที่จะใช้อำนาจ ฝ่ายปกครอง จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเสียก่อนว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น หรือมีอยู่จริงหรือไม่ จากนั้นจึงให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยตรวจสอบข้อเท็จจริง ในกฎหมายว่ามีอยู่อย่างใด แล้วนำข้อเท็จจริงที่ได้ตรวจสอบแล้วว่าได้เกิดขึ้นจริง มาปรับบทกับข้อเท็จจริง ในกฎหมาย ซึ่งเป็นการตีความกฎหมายนั่นเอง แต่ในบางกรณีกฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงเป็น องค์ประกอบส่วนเหตุ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ประเภท Normative Concept ซึ่งเป็นถ้อยคำที่แสดงออกถึงคุณค่าบางประการ ที่จะต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมาย พิเศษทางวิชาการ หรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆด้านรวมกัน อย่างเช่นถ้อยคำว่า “การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม” “อาคารที่ชำรุดทรุดโทรมหรือมีสภาพ เป็นที่น่ารังเกียจ” “การกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ” หรือ “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ” เป็นต้น ซึ่งถ้อยคำเหล่านี้จะต้องอาศัยความเห็น ของผู้ตีความที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่มีประสบการณ์ทั่วไปได้ และไม่อาจหลีกเลี่ยงอัตวิสัย ของผู้ตีความ การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งอยู่ในถ้อยคำประเภทนี้หรือไม่ จึงเป็นการ ประเมินคุณค่าของข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งผู้ประเมินแต่ละคนอาจมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ แต่ไม่มีผู้ใดสามารถกล่าวอ้างได้ว่าความเห็นของตนถูกต้องความเห็นเดียว ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถ ตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีได้ การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง กรณีเช่นนี้ เรียกว่าเป็นดุลพินิจวินิจฉัย (Margin of Judgement) ของฝ่ายปกครอง

สำหรับส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจ โดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดหน้าที่ (Obligation) หรือความสามารถ (Faculte) แก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจ และในการใช้อำนาจนั้นกฎหมายอาจกำหนดเนื้อความ ของการกระทำเพียงประการเดียว หรือเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อความได้จาก หลายๆ เนื้อความที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเนื้อความของการกระทำ ได้เองภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ได้เจาะจงว่าเนื้อความนั้นจะเป็นอย่างไรบ้าง ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่ง ซึ่งเป็นที่ยอมรับ กันทั่วไปว่าฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจในขั้นตอนนี้

อนึ่ง เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้ อำนาจหรือไม่นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ... ก็ได้” หรือถ้อยคำทำนองนี้ เช่น “สามารถ” หรือ “ควรจะ” หรือถ้อยคำทำนองเดียวกัน แต่หากไม่ประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “ต้อง” หรือ “ให้ปฏิเสธไม่รับพิจารณาคำขอ แต่อย่างไรก็ตามถ้อยคำเหล่านี้เป็นเพียงเครื่องบังชี้เบื้องต้นเท่านั้น ฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจจะต้องพิเคราะห์เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจประกอบด้วย จึงจะสามารถทราบได้อย่างถ่องแท้ว่ากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองหรือไม่

1.1 การใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์

มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 บัญญัติว่า “ในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย ถ้าสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้”

เมื่อแยกพิจารณาโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “ในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย ถ้าสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี” จึงมีปัญหาคำที่ต้องพิจารณาว่า การที่กฎหมายใช้คำว่า “การกระทำของกรรมการ ผู้จัดการหรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ ทำให้สหกรณ์เสียหาย” เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่ให้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงซึ่งถือเป็นดุลพินิจวินิจฉัยหรือไม่ จากการศึกษาสรุปได้ว่าถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติว่า “ในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย” เป็นการใช้อธิบายที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ที่เป็นเรื่องราวทางข้อเท็จจริง (Empirical Concept) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กำหนดเกี่ยวกับสิ่งของหรือเหตุการณ์ของการกระทำที่อาจรับรู้เห็นได้ หรือเป็นเหตุการณ์ที่อาจมีประสบการณ์ได้ การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในกรณีนี้ จึงเป็นการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมาย มิใช่ดุลพินิจวินิจฉัยของนายทะเบียนสหกรณ์แต่อย่างใด

สำหรับโครงสร้างในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายนั้น กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นกรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำทำนองเดียวกับคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ... ก็ได้” หรือ ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจสั่งขยับยั้งหรือเพิกถอนมตินั้นได้”ตามมาตรา 20 ซึ่งการใช้ถ้อยคำว่า “ให้มีอำนาจสั่งขยับยั้งหรือเพิกถอนมติได้” เป็นการยืนยันว่า นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจทำได้หากเข้าใจตรงกัน แม้มาตรา 21 จะมีได้ใช้ถ้อยคำว่า “ให้มีอำนาจ..ได้”

แต่ใช้ถ้อยคำว่า “ให้..ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” ซึ่งเมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ประกอบกันทั้งหมด ก็เป็นการยืนยันว่านายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจทำได้เช่นเดียวกัน จึงต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วยว่าเป็นกรณีที่ต้องการให้อำนาจดุลพินิจแก่นายทะเบียนสหกรณ์ในการตัดสินใจที่จะใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์หรือไม่ก็ได้แล้วแต่ข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง จึงเห็นว่าเป็นกรณีที่กฎหมายให้เป็นอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ของนายทะเบียนสหกรณ์ในการที่จะร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์

กรณีจึงมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยวินิจฉัยว่า “หากข้าราชการหรือลูกจ้างที่ปฏิบัติหน้าที่ในสหกรณ์ ไม่ว่าจะในฐานะกรรมการ ผู้จัดการหรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์ หากสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ที่จะต้องดำเนินการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์”³⁰¹ หรือศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยอำนาจตามมาตรา 20 ว่า “เมื่อที่ประชุมใหญ่หรือที่ประชุมคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ลงมติอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อบังคับ ระเบียบของสหกรณ์ ระเบียบหรือคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ นายทะเบียนสหกรณ์จึงมีหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจ ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์พ.ศ. 2542 สั่งยับยั้งหรือเพิกถอนมติที่ประชุมดังกล่าว”³⁰² ทั้งที่บทบัญญัติมาตรา 20 ใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจสั่งยับยั้งหรือเพิกถอนมตินั้นได้” ซึ่งเป็นลักษณะถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง จึงเป็นปัญหาในการให้อำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ในการที่จะบังคับใช้กฎหมายให้เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง ประกอบกับ การกระทำที่ทำให้สหกรณ์เสียหายบางกรณีมีการตกลงประนีประนอมยอมความกันได้ หรือสหกรณ์ได้รับการชดเชยค่าเสียหายแล้วบางส่วน หรือผู้ก่อให้เกิดความเสียหายได้จัดหลักประกันไว้ให้แล้ว การร้องทุกข์หรือฟ้องคดีจึงไม่มีความจำเป็นและไม่เป็นประโยชน์ต่อการเยียวยาความเสียหายของสหกรณ์ นายทะเบียนสหกรณ์จึงไม่จำเป็นต้องร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทน เห็นว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรานี้ต้องการให้นายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ เพื่อให้สหกรณ์ได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในกรณีที่สหกรณ์ไม่ได้รับการชดเชยความเสียหายเท่านั้น ซึ่งการใช้ดุลพินิจเรื่องนี้มีความสัมพันธ์กับการที่สมาชิกซึ่งเป็นเจ้าของสหกรณ์ไม่มีอำนาจร้องทุกข์

³⁰¹ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร 0901/0578 ลงวันที่ 23 มิถุนายน 2549

³⁰² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 332/2550

หรือฟ้องคดีเองในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย ทั้งที่กรรมการก็คือสมาชิกซึ่งที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งให้เข้ามาทำหน้าที่ดำเนินกิจการสหกรณ์ และพนักงานก็เป็นลูกจ้างของสหกรณ์ จึงควรเปิดโอกาสให้สมาชิกซึ่งเป็นเจ้าของสหกรณ์เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย มีอำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีต่อผู้ทำความเสียหายแก่สหกรณ์ได้ด้วยก็จะเป็นการแบ่งเบาการใช้อำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ได้

1.2 การใช้อำนาจสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง ระวังการปฏิบัติหน้าที่ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว หรือให้พ้นจากตำแหน่ง

มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า ในกรณีที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติการ ดังต่อไปนี้

(1) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

(2) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก

(3) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

(4) ให้คณะกรรมการดำเนินการพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีนั้นพ้นจากตำแหน่ง

กฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้ 2 ประการคือ

(1) คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก หรือ

(2) สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงินตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ

กรณีแรก ที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุว่า คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก การที่กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ประเภท Normative Concept ซึ่งเป็นถ้อยคำที่แสดงออกถึงคุณค่าบางประการ

ที่จะต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการ หรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกัน ถ้อยคำดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถบอกได้อย่างเป็นภาวะวิสัย แต่เป็นการประเมินคุณค่าของข้อเท็จจริงนั้น ผู้ประเมินแต่ละคนอาจมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ การให้ความหมายถ้อยคำดังกล่าวจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงอัตวิสัยของผู้ตีความ ซึ่งหากให้วิญญูชนทั่วไปให้ความเห็นแล้ว ก็อาจเห็นได้ว่าวิญญูชนอาจจะเข้าใจความหมายกว้างหรือแคบหรือมีความเห็นแตกต่างกันกันได้ จึงเป็นกรณีที่กฎหมายประสงค์จะให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแก่ถ้อยคำดังกล่าว จึงเป็นดุลพินิจวินิจฉัยของนายทะเบียนสหกรณ์ว่าจนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือไม่

กรณีที่สอง ที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุว่า สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชี หรือตามรายงานการตรวจสอบ เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง ด้วยถ้อยคำที่เป็นเรื่องราวทางข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กำหนดเกี่ยวกับสิ่งของหรือเหตุการณ์ของความเป็นจริง ซึ่งอาจเป็นวัตถุที่รับรู้เห็นได้ หรือเหตุการณ์ที่มีประสบการณ์ได้ (Empirical Concept) เช่น สหกรณ์มีเงินสดขาดบัญชี หรือไม่บันทึกรายการบัญชีเกี่ยวกับกระแสเงินสดให้เป็นปัจจุบัน ซึ่งจะเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือไม่ เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงหรือการตีความข้อกฎหมาย ถือเป็นกรณีวินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมาย ไม่ใช่อำนาจดุลพินิจวินิจฉัย

เมื่อมีกรณีที่มีข้อเท็จจริงอันถือได้ว่าเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุตามมาตรา 22 แล้ว ผลในทางกฎหมายคือกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติการดังต่อไปนี้” (1)-(4) จึงเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจ” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่ก็ได้ และสามารถเลือกมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดใน 4 มาตรการที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ ซึ่งสามารถพิจารณาแต่ละมาตรการที่มาตรา 22 ให้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์เลือกใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งได้ดังนี้

มาตรการแรก ตามมาตรา 22 (1) ที่บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด” เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนดกล่าวคือ ให้นายทะเบียนสหกรณ์ออกคำสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง แต่จะให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องอะไรบ้าง แก้ไขอย่างไร และให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาใด กฎหมายให้นายทะเบียนสหกรณ์สามารถกำหนดหรือเลือกเนื้อความของการกระทำได้เองในการ

กำหนดวิธีการและระยะเวลาให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่อง มาตรา 22 (1) จึงเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้นายทะเบียนสหกรณ์ต้องกระทำการตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนดและมีอำนาจกำหนดเนื้อความในการออกคำสั่งได้เอง แต่มิได้กำหนดขอบเขตของเนื้อความในการออกคำสั่งดังกล่าวไว้ด้วย

มาตรการที่สอง ตามมาตรา 22 (2) ที่บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนดกล่าวคือ ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก ซึ่งจะให้ระงับการปฏิบัติในเรื่องใดบ้างนั้น ก็แล้วแต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามมาตรา 22 (2) ซึ่งก็คือการกระทำของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ที่ทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก หรือการกระทำที่เป็นข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงินนั่นเอง แต่นายทะเบียนสหกรณ์ก็ยังมีอำนาจกำหนดเนื้อความที่จะสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติได้ ซึ่งจะเป็นการสั่งให้ระงับการปฏิบัติในเรื่องใดบ้างก็ถือเป็นดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ในการกำหนดเนื้อความของการกระทำด้วย ทั้งนี้ ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดคือให้มีอำนาจสั่งให้ระงับการปฏิบัติได้เฉพาะการกระทำที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกเท่านั้น มาตรการตามมาตรา 22 (2) จึงเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้นายทะเบียนสหกรณ์ต้องกระทำการตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนด และมีอำนาจกำหนดเนื้อความในการออกคำสั่งได้เอง โดยได้กำหนดขอบเขตของเนื้อความในการออกคำสั่งดังกล่าวไว้ด้วย

มาตรการที่สาม ตามมาตรา 22 (3) ที่บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด” เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเนื้อความให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจกระทำการคือ ออกคำสั่งเป็นหนังสือให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยสามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้เองภายในขอบเขตที่กำหนดไว้คือ ให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ได้เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด จะสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีกำหนดไม่ได้ และกฎหมายยังให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจกำหนดเนื้อความของการกระทำในการกำหนดวิธีการและระยะเวลาในการแก้ไขข้อบกพร่องของสหกรณ์ โดยกฎหมายมิได้กำหนดว่าวิธีการและระยะเวลาในการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นจะต้องมีเนื้อความ

อย่างไร ตามอนุมาตรานี้ จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนสหกรณ์กระทำการตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนด และยังให้นายทะเบียนสหกรณ์มีดุลพินิจในการกำหนดเนื้อความในการออกคำสั่งให้แก้ไขข้อบกพร่องและระยะเวลาให้แก้ไขได้เอง แต่ไม่ได้กำหนดขอบเขตในการใช้อำนาจกำหนดเนื้อความการออกคำสั่งไว้แต่อย่างใด มาตราการสุดท้ายตามตามมาตรา 22 (4) ที่บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการดำเนินการพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีนั้นพ้นจากตำแหน่ง” เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเนื้อความของการกระทำตั้งแต่สองเนื้อความขึ้นไปให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจเลือกเนื้อความให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเนื้อความให้นายทะเบียนสหกรณ์สามารถกระทำการตั้งแต่สองเนื้อความขึ้นไป โดยไม่สามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้เอง

ดังนั้น กรณีการใช้อำนาจของนายทะเบียนสหกรณ์ในการออกคำสั่งตามมาตรา 22 นี้จึงเป็นอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) โดยแท้

การใช้อำนาจนายทะเบียนสหกรณ์ตามมาตรา 22 นี้มีปัญหาการใช้อำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงถ้อยคำอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่บัญญัติด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง เช่นคำว่า “ทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” หรือการตีความข้อความของถ้อยคำว่า “สหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน” ยังขาดกฎเกณฑ์ในการประเมินความหมายหรือมาตรฐานทั่วไปเพื่อประกอบในการวินิจฉัยหรือตีความข้อความดังกล่าว ทำให้มีปัญหาการตีความที่แตกต่างกัน หรือการใช้อำนาจออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยวิธีการที่สั่งให้สหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องนั้น ไม่ตอบสนองวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจออกคำสั่งนั้น เช่น การสั่งให้สหกรณ์สอบสวนหาผู้รับผิดชอบความเสียหายเนื่องจากสหกรณ์จัดให้มีผู้ค้าประกันเงินกู้ไม่ครบตามระเบียบ แต่สหกรณ์ยังไม่ได้เสียหาย หรือการสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องเนื่องจากอนุมัติขายปฎิยเงินเชื่อโดยมีบุคคลค้าประกัน ทั้งๆ ที่ไม่ได้ผิดระเบียบของสหกรณ์ เป็นต้น ซึ่งเป็นปัญหาของการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงหรือการตีความข้อความของรองนายทะเบียนสหกรณ์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่นายทะเบียนสหกรณ์มอบหมาย

นอกจากนี้ยังมีปัญหาเรื่องการเลือกใช้มาตรการในการออกคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์ ซึ่งการที่มาตรา 22 กำหนดมาตรการไว้ 4 มาตรการก็เพื่อให้นายทะเบียนสหกรณ์ใช้ดุลพินิจเลือกออกคำสั่งให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง และตามความจำเป็น ทั้งนี้ในการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งความได้สัดส่วน ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการคือ หลักแห่งความเหมาะสม หลักแห่งความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ แต่โดยมารองนายทะเบียนสหกรณ์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากนายทะเบียนสหกรณ์

มักใช้ดุลพินิจออกคำสั่งโดยไม่ได้คำนึงถึงหลักกฎหมายดังกล่าว ทำให้การใช้อำนาจไม่อยู่ในความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือไม่ปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ เช่นกรณีการออกคำสั่งให้เรียกเงินคืนจากคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ออมทรัพย์ครูชุมพร จำกัด หรือการออกคำสั่งให้สหกรณ์ออมทรัพย์ครูมุกดาหาร จำกัด แก้ไขข้อบกพร่อง โดยให้สหกรณ์จัดประชุมหน่วยสมาชิกและจัดประชุมใหญ่เพื่อเลือกตั้งคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ใหม่ ทั้งๆ ที่คณะกรรมการกำลังจะหมดวาระการดำรงตำแหน่ง หรือการออกคำสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องเรื่องการเลือกผู้แทนสมาชิกและเลือกคณะกรรมการโดยไม่ถูกต้องตามระเบียบ โดยจะให้สหกรณ์แก้ไขโดยเรียกประชุมกลุ่มสมาชิกและจัดประชุมใหญ่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเมื่อสั่งให้คณะกรรมการดำเนินการหยุดปฏิบัติหน้าที่แล้ว ก็ไม่มีคณะกรรมการที่จะดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องตามคำสั่งข้างต้น จึงเห็นได้ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งของนายทะเบียนสหกรณ์โดยผู้ปฏิบัติการแทนนั้น ไม่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงหรือบรรลุผลได้ ทั้งนี้ เมื่อกฎหมายบัญญัติอำนาจดุลพินิจโดยไม่ได้กำหนดเนื้อความของการกระทำหรือให้มีอำนาจกำหนดเนื้อความในการออกคำสั่งได้เอง แต่ไม่ได้กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจกำหนดเนื้อความนั้นไว้ จึงเป็นปัญหาในการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวข้างต้น

2. ข้อเสนอแนะ

2.1 ข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีตามมาตรา 21

2.1.1 แก้ไขถ้อยคำบทบัญญัติมาตรา 21 ที่ให้อำนาจดุลพินิจ

จากการวิเคราะห์โครงสร้างของมาตรา 21 ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายนั้น กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้” ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำทำนองเดียวกับคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ...ก็ได้” หรือ “ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจสั่งยับยั้งหรือเพิกถอนมตินั้นได้” จึงเป็นกรณีที่กฎหมายต้องการให้นายทะเบียนสหกรณ์ตัดสินใจที่จะใช้อำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์หรือไม่ก็ได้ ซึ่งแล้วแต่ข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง จึงเห็นว่าเป็นกรณีที่กฎหมายให้เป็นอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ของนายทะเบียนสหกรณ์ในการที่จะร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ แต่เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์ หรือในกรณีมาตรา 20 ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำวินิจฉัยว่าเป็นหน้าที่ของนายทะเบียนสหกรณ์

ในการใช้อำนาจสั่งขังขังหรือเพิกถอนมติที่ประชุมคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้น จึงสมควรที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายมาตรานี้ โดยใช้ถ้อยคำให้ชัดเจนยิ่งขึ้นที่แสดงให้เห็นว่านายทะเบียนสหกรณ์สามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่จะเลือกร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้

2.1.2 แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 21 ให้มีผู้ใช้อำนาจดุลพินิจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้เพียงคนเดียว

เมื่อกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ แต่ผู้มีอำนาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์มีสองคนคือนายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ จึงเป็นปัญหว่านายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ผู้ใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ เนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้คนใดคนหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจได้ และหากรองนายทะเบียนสหกรณ์ใช้อำนาจแล้ว แต่นายทะเบียนสหกรณ์ไม่เห็นด้วยกับการดำเนินการของรองนายทะเบียนสหกรณ์ดังกล่าว โดยเห็นว่ากรณีดังกล่าวข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นยังไม่เข้าข่ายเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุอันเป็นเงื่อนไขที่จะใช้อำนาจได้ จะดำเนินการอย่างไร เพราะการที่กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “ในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ทำให้สหกรณ์เสียหาย” ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง อาจทำให้มีการตีความกฎหมายที่แตกต่างกัน และรองนายทะเบียนสหกรณ์ก็มีหลายคน ซึ่งแต่งตั้งตามพื้นที่รับผิดชอบงานสหกรณ์ ทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ โดยให้นายทะเบียนสหกรณ์เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีอำนาจในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ แต่ทั้งนี้นายทะเบียนสหกรณ์อาจมอบหมายให้รองนายทะเบียนสหกรณ์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการแทนได้ โดยการมอบอำนาจตามมาตรา 16 วรรคสอง

2.1.3 แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 21 ให้สมาชิกเป็นผู้เสียหายโดยตรงมีสิทธิร้องทุกข์หรือฟ้องคดีได้เอง

ควรปรับปรุงสิทธิของสมาชิกสหกรณ์ในการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ตามมาตรา 21 ที่เดิมสมาชิกสหกรณ์ไม่มีสิทธิร้องทุกข์หรือฟ้องคดีในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ ทำให้สหกรณ์เสียหายเพราะสหกรณ์เป็นนิติบุคคลซึ่งมีคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์เป็นผู้ดำเนินการแทนสหกรณ์ แต่หากสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี ก็ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของสมาชิกสหกรณ์ในฐานะเป็นเจ้าของสหกรณ์ให้มากขึ้น จึงควรกำหนดให้สมาชิกสหกรณ์เป็นผู้เสียหายโดยตรง มีสิทธิร้องทุกข์หรือฟ้องคดีได้ด้วยตนเองเพื่อรักษาผลประโยชน์

ของสหกรณ์และสมาชิก ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ตามโครงการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ที่เห็นควรให้แก้กฎหมายมาตรานี้เพื่อเพิ่มสิทธิในการดำเนินคดีของสมาชิกสหกรณ์

จึงเห็นว่าสมควรที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 21 ใหม่โดยมีข้อความดังนี้

มาตรา 21 “ในกรณีที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือเจ้าหน้าที่ของสหกรณ์ ทำให้สหกรณ์เสียหาย ถ้าสหกรณ์ไม่ร้องทุกข์หรือฟ้องคดี ให้ถือว่าสมาชิกเป็นผู้เสียหายและมีสิทธิ ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ได้ แต่ทั้งนี้ ถ้านายทะเบียนสหกรณ์เห็นเป็นการสมควร อาจร้องทุกข์หรือฟ้องคดีแทนสหกรณ์ก็ได้ และให้พนักงานอัยการรับว่าต่างให้สหกรณ์โดยให้ สหกรณ์เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการร้องทุกข์ ฟ้องคดีหรือการว่าต่างแก่นายทะเบียนสหกรณ์ หรือพนักงานอัยการ แล้วแต่กรณี”

2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้อำนาจกำกับดูแลสหกรณ์ตามมาตรา 22

2.2.1 ควรจัดทำมาตรฐานทั่วไปหรือหลักเกณฑ์ในการประเมินความหมาย ของถ้อยคำตามบทบัญญัติกฎหมาย

ปัญหาประการแรกเกี่ยวกับการตีความหรือการแก้ปัญหาคำการใช้ดุลพินิจ ของรองนายทะเบียนสหกรณ์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าว เพื่อให้การใช้ดุลพินิจถูกต้อง ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปในแนวเดียวกัน จึงควรจัดทำกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจหรือแนวทางการตีความปัญหาข้อกฎหมาย เพื่อใช้เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยหรือการตีความ โดยจัดทำมาตรฐานทั่วไปหรือหลักเกณฑ์ในการประเมินความหมายของถ้อยคำที่จะใช้ในการวินิจฉัย ถ้อยคำว่า “จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก” หรือ “สหกรณ์มีข้อบกพร่อง เกี่ยวกับการเงินการบัญชี หรือข้อบกพร่องเกี่ยวกับกิจการหรือฐานะทางการเงิน” และอาจมีกรณี ตัวอย่างและคำวินิจฉัยเพื่อเป็นแนวทางการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยหรือตีความปัญหาข้อกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของรองนายทะเบียนสหกรณ์หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับ มอบอำนาจให้ปฏิบัติการแทนนายทะเบียนสหกรณ์

2.2.2 แก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 22 โดยให้มีกฎหมายหรือขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจ

สำหรับปัญหาการใช้อำนาจออกคำสั่งตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติ สหกรณ์ พ.ศ. 2542 ซึ่งนายทะเบียนสหกรณ์มีดุลพินิจตัดสินใจที่จะใช้อำนาจและเมื่อตกลงใจ ใช้อำนาจแล้วก็สามารถเลือกมาตรการที่จะกระทำได้ แต่ในบางมาตรการ เช่นมาตรการตามมาตรา 22 (1) กฎหมายให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจกำหนดเนื้อหาของมาตรการกระทำได้ โดยมีได้กำหนด

ข้อความที่เป็นสิ่งที่นายทะเบียนสหกรณ์จะต้องนำมาพิจารณาในการกำหนดเนื้อหาของการออกคำสั่ง หรืออีกนัยหนึ่งกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่นายทะเบียนสหกรณ์โดยไม่ได้วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการที่จะใช้อำนาจดุลพินิจในการกำหนดเนื้อหาของการออกคำสั่งไว้ ทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดวิธีการและระยะเวลาให้คณะกรรมการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องของนายทะเบียนสหกรณ์ตามมาตรา 22(1) ปราศจากขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจ และนายทะเบียนสหกรณ์สามารถใช้ดุลพินิจกำหนดเนื้อหาของการกระทำได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งเมื่อไม่มีกฎเกณฑ์หรือขอบเขตเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจแล้ว ก็ทำให้การใช้ดุลพินิจอาจกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิของคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ หรือสร้างภาระให้แก่สหกรณ์และสมาชิกมากเกินไป หรือไม่ปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นผลให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจหรือไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจผู้ทำการศึกษาจึงเห็นว่าการที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 22 นี้ โดยให้มีกฎเกณฑ์หรือขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของนายทะเบียนสหกรณ์ โดยอาจแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 21 ใหม่โดยมีข้อความดังนี้

มาตรา 22 “ในกรณีที่คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์กระทำการหรือคว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จนทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิกหรือสหกรณ์มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงิน การบัญชี หรือกิจการหรือฐานะการเงิน ตามรายงานการสอบบัญชีหรือตามรายงานการตรวจสอบ ให้นายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ปฏิบัติการ ดังต่อไปนี้

- (1) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์แก้ไขข้อบกพร่องตามวิธีการและระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด
- (2) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่องหรือเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสหกรณ์หรือสมาชิก
- (3) ให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์หยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้นให้แล้วเสร็จตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด
- (4) ให้คณะกรรมการดำเนินการพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ หรือให้กรรมการซึ่งเกี่ยวข้องกับงานนั้นพ้นจากตำแหน่ง

ทั้งนี้ ในการกำหนดวิธีการและระยะเวลาให้คณะกรรมการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่อง นั้น ต้องค้ำประกันและไม่เป็นการสร้างภาระให้แก่สหกรณ์เกินควร อีกทั้ง วิธีการที่กำหนดให้คณะกรรมการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องนั้น ต้องสามารถบรรลุผลได้และไม่กระทบต่อความเป็นอิสระของสหกรณ์”

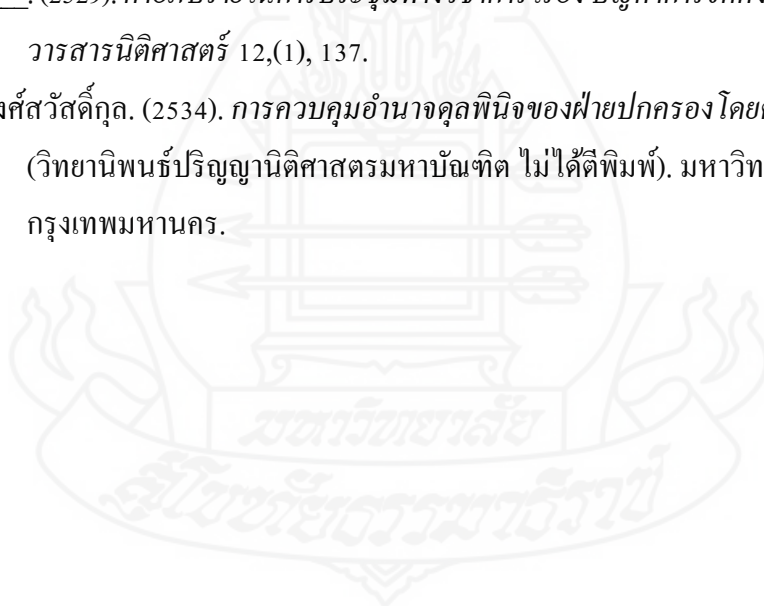


บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2529). ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. *วารสารบทบัญญัติ* 42,3, 46-83.
- _____. (2537). *ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- ธีรัญญา สระทองอุ่น. (2550). *ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2550). ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ: *รวมรายงานผลการประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 8*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร: ภาพพิมพ์.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2531). *การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ*. ในรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ หน้า 199 กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรีนติ้งเฮาส์.
- _____. (2532). *การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ*. *วารสารกฎหมายปกครอง* 3,(8), 39, 41.
- _____. (2553). *เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15 การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*. (ม.ป.ป.) (อัดสำเนา).
- ศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษา. (2542). *รายงานฉบับสุดท้ายโครงการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 เสนอต่อกรมส่งเสริมสหกรณ์*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมยศ เชื้อไทย. (2530). *การกระทำทางปกครอง*. *วารสารนิติศาสตร์* 17(3), 51.
- สมยศ เชื้อไทย และวรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2527). *แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย*. *วารสารนิติศาสตร์* 14(3), 59.

- สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. (2545). รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเสนอต่อสำนักงานศาลปกครองผู้ให้ทุนสนับสนุนการวิจัย. สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 78.
- ห้สวุฒิ วิจิตวิริยกุล. (2533). การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองในประเทศออสเตรเลีย. วารสารนิติศาสตร์ 20(1), 128.
- หนังสือวันสหกรณ์แห่งชาติปี 2539 .(2539). ฉลองสิริราชสมบัติครบ 50 ปี สหกรณ์ไทย เทิดไว้เหนือเกล้า ศิลปะสนองการพิมพ์, 102.
- ฤทัย หงส์สิริ. (2547). นิติกรรมทางปกครอง. ในคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2554). การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์การตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- อิสระ นิติทัศน์ประภาส. (2527). กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร: คุณพินอักษรกิจ. _____.(2529). คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการ เรื่อง ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย. วารสารนิติศาสตร์ 12,(1), 137.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2534). การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นายณพรัตน์ สร้อยแสง
วันเดือนปีเกิด	10 กุมภาพันธ์ 2505
สถานที่เกิด	จังหวัดสงขลา
ประวัติการศึกษา	<p>ประถมโรงเรียนเทศบาล 2(อ่อนอุทิศ)</p> <p>มัธยมโรงเรียนมหาวิชราวุธ จังหวัดสงขลา</p> <p>ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง</p> <p>เนติบัณฑิตไทย สมัย 37</p> <p>ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์</p>
สถานที่ทำงาน	ศาลปกครองกลาง
ตำแหน่ง	ตุลาการศาลปกครองกลาง

