

การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง ขององค์กรวิชาชีพแพทยสภา

ศุภชัย บุญอำพันธ์ พ.บ.*

บทคัดย่อ

แพทย์ คือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ได้รับการคาดหวังจากสังคมค่อนข้างสูง ว่าเป็นอาชีพที่มีมาตรฐานการปฏิบัติงานสูง เป็นที่พึ่งของผู้ป่วย แต่บางครั้งอาจถูกผู้ป่วยและญาติฟ้องร้อง เนื่องจากพบปัญหาผลลัพธ์ไม่เป็นไปตามที่ต้องการ หรือพบความเสียหายทางการแพทย์ขึ้น

แพทยสภาเป็นองค์กรตามกฎหมาย แต่สถานะทางกฎหมายขององค์กรแพทยสภายังไม่มีความชัดเจนว่าเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรือเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการแพทยสภาจึงเป็นได้หลายลักษณะ ซึ่งส่งผลต่อสิทธิของบุคคลผู้รับคำสั่ง โดยคำสั่งของแพทยสภาเกิดจากการใช้ดุลพินิจก่อนจะทำคำสั่ง และอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้อง ทั้งจากการกระทำและการออกคำสั่งของแพทยสภา

บทความฉบับนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อนำเสนอ 1.สถานะในทางกฎหมายขององค์กรแพทยสภา 2.การออกคำสั่งทางปกครอง 3.วิเคราะห์ถึงการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการแพทยสภา โดยพบว่า 1.แพทยสภาไทยเป็นองค์กรวิชาชีพที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน เป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง แม้ว่าจะไม่ใช่ฝ่ายปกครองโดยตรง 2.การออกคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่อันเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลที่มีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จะต้องครบองค์ประกอบ 5 ประเด็น คือ (1)เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ (2) เป็นการใช้อำนาจรัฐ (3) เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย (4) เกิดผลเฉพาะกรณี (5) มีผลภายนอกโดยตรง 3.การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการแพทยสภา เป็นการดำเนินการอันเป็นผลมาจากข้อร้องเรียนอันเกิดจากพฤติกรรมของสมาชิกแพทยสภาที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย และข้อบังคับขององค์กร ทำให้แพทยสภาต้องดำเนินการสืบสวนสอบสวนหาข้อเท็จจริง และนำมาพิจารณาว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการประพฤติดลลาดเคลื่อนจากมาตรฐานวิชาชีพด้านใด มีโทษอย่างไร แล้วดำเนินการออกคำสั่งในฐานะหน่วยงานที่ใช้อำนาจปกครอง หากสมาชิกไม่เห็นด้วยก็สามารถฟ้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้โดยการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

คำสำคัญ : อำนาจดุลพินิจ การออกคำสั่งทางปกครอง แพทยสภา

*อดีตนายแพทย์สาธารณสุขจังหวัดพะเยา จังหวัดพะเยา

Corresponding Author: Supachai Bunamphan E-mail: tepssv@gmail.com

Received: 26 December 2023

Revised: 22 March 2024

Accepted: 1 April 2024

USING DISCRETION IN ISSUING ADMINISTRATIVE ORDERS OF THE MEDICAL COUNCIL PROFESSIONAL ORGANIZATION

Supachai Bunamphan M.D.*

ABSTRACT

Physicians are medical professionals who have high expectations from society, with high standard professional performance and patients rely on. But sometimes they are sued by patients and/or their relatives because of not as expected treatment results or founding medical damages.

The Medical Council is a legal organization, but the legal status of the Medical Council organization is still unclear either as a juristic person under private law or a juristic person under public law. The Medical Council has the actions in varying ways. Some actions are considered not the order, but some actions are realized as the general orders. The Medical Council's order comes from the exercise of discretion before making the order, that effected to related person by the actions and orders of the Medical Council.

This article presents 1. The legal status of Medical Council of Thailand. 2. Administrative order. 3. The discretionary power of administrative orders issued by Medical Council of Thailand. Our findings conclude the following topics. 1. Medical Council of Thailand is a juristic entity under the private law, possessing an administrative authority over medical profession despite not being a part of the administrative branch of the government. 2. Administrative orders must comply with five characteristics to form a legal binding that impacts the rights or duties of individuals. These characteristics include, (1) Issued by the authorized officials, (2) grounded in government legislation, (3) establishing legal binding status, (4) Having a case-by-case effect, and (5) Directly affects external entities. 3. The discretion exercised by the Medical Council in issuing administrative orders is based on complaints made by council members regarding individual act which deemed to be illegal, investigations must be done to determine the aspect of profession's ethics that have been violated along with appropriate penalties then the administrative order can be issued accordingly. Members of the council can veto such action by filing a lawsuit with the Administrative Court.

KEYWORDS: discretionary power, administrative orders, medical council of Thailand

* Former Public Health Doctor of Phayao Province

Corresponding Author: Supachai Bunamphan E-mail: tepssv@gmail.com

Received: 26 December 2023 Revised: 22 March 2024 Accepted: 1 April 2024

บทนำ

องค์กรวิชาชีพแพทยสภา เป็นองค์กรตั้งขึ้นมาอย่างยาวนานตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบันในฐานะองค์กรวิชาชีพที่ตั้งขึ้นมาเพื่อกำกับดูแลสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยวัตถุประสงค์ขององค์กรมีลักษณะการใช้อำนาจที่ไปในทางให้คุณให้โทษสมาชิก อันเป็นการใช้อำนาจแบบฝ่ายปกครอง ดังนั้นองค์กรแพทยสภาจึงเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในฐานะของหน่วยงานทางปกครอง เพราะว่าองค์กรวิชาชีพแพทยสภานั้น แม้ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นหน่วยงานกำกับดูแลสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ แต่ก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายขององค์กรวิชาชีพแพทยสภาที่ไม่ชัดเจนนักกว่า ที่สุดแล้วแพทยสภาเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตามกฎหมายในฐานะที่เป็นองค์กรนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรือเป็นองค์กรนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งมีส่วนเกี่ยวพันไปถึงการใช้อำนาจตามกฎหมาย และการต้องถูกฟ้องคดียังศาลปกครอง สาเหตุก็เพราะว่ามีการศึกษาวิจัยที่มีความเห็นเป็นสองทางโดยมีนักกฎหมายฝ่ายแรกมองว่า แพทยสภาเป็นสถานะที่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตามกฎหมายที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน เช่นการศึกษาของสิทธิเดช สิงห์บุระอุดม¹ แต่นักกฎหมายฝ่ายหลังกลับเห็นตรงกันข้ามกับการศึกษาของ ภัคเดช คมสัน² กลับมองว่า แพทยสภาเป็นองค์กรวิชาชีพที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน เพราะมีลักษณะเดียวกันกับการจัดตั้งองค์กรเอกชน เพียงแต่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายปกครองเท่านั้น เพื่อใช้อำนาจปกครองกันเองของสมาชิกกลุ่มวิชาชีพ และยังมีองค์ประกอบครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ตัวบ่งชี้ตามแนวกฎหมายฝรั่งเศสที่มีลักษณะเป็นองค์กรเอกชนโดยพิจารณาจาก 1.เกณฑ์การก่อตั้งนิติบุคคล 2.เกณฑ์วัตถุประสงค์ 3.เกณฑ์ความสัมพันธ์กับอำนาจรัฐ 4.เกณฑ์เอกสิทธิ์อันได้มาจากอำนาจมหาชน โดยผู้เขียนเห็นคล้อยตามฝ่ายหลัง เพราะว่าหากองค์กรแพทยสภาเป็นสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนแล้ว ก็อาจส่งผลกระทบ

ในแง่ของการใช้อำนาจขององค์กรตามวัตถุประสงค์ที่จัดตั้ง ประกอบกับแพทยสภาไม่ใช่องค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะต่อประชาชนโดยตรงเป็นหลักแต่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกำกับดูแลสมาชิกส่งเสริมการประกอบวิชาชีพ รวมถึงควบคุมพฤติกรรมจริยธรรมทางวิชาชีพของคนในองค์กรเป็นหลัก และหากแพทยสภาเป็นสถานะทางกฎหมายเป็นเช่นไรก็จะส่งผลต่อการใช้อำนาจตามโครงสร้างไม่มากนักน้อยผลในทางกฎหมายก็อาจแตกต่างออกไป จึงนำมาสู่การศึกษาเกี่ยวกับองค์กรแพทยสภาในการออกคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการกำกับดูแลสมาชิกว่าเป็นผลมาจากสถานะภาพในทางกฎหมายหรือไม่ อย่างไร โดยใช้หลักเกณฑ์การวิเคราะห์จากอำนาจการก่อตั้งตามกฎหมายเอกชน เพราะหากใช้หลักเกณฑ์การวิเคราะห์สถานะองค์กรการก่อตั้งตามกฎหมายมหาชนแล้ว ผลในทางกฎหมายจะแตกต่างกันออกไปหรือไม่ จึงเป็นประเด็นที่สนใจ และนำมาสู่การวิเคราะห์ว่าปัญหาการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งนั้น เป็นผลมาจากสถานะในทางกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาวิเคราะห์เอกสาร (Documentary analysis) ในประเด็นข้อมูลทางกฎหมาย หลักกฎหมาย งานวิจัยทางกฎหมาย และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับองค์กรวิชาชีพแพทยสภา โดยการวิเคราะห์จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยและวางแนวทางเอาไว้ตามเกณฑ์ของกฎหมาย และผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้น โดยใช้เหตุการณ์ หรือข้อมูลที่พบในช่วงปี 2562 เพื่อให้ผู้อ่านทราบถึง 1.สถานะในทางกฎหมายขององค์กรแพทยสภา 2.การออกคำสั่งทางปกครอง 3.การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการแพทยสภา

1. สถานะทางกฎหมายขององค์กรแพทยสภา

แพทยสภาจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2511 มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ให้ถูกต้องตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ให้ความรู้แก่ประชาชนด้านการแพทย์และสาธารณสุข ส่งเสริมความสามัคคีและผดุงเกียรติของสมาชิก ส่งเสริมการศึกษาวิจัย และการประกอบวิชาชีพในทางแพทย์ โดยรัฐก็ยังใช้อำนาจในการกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม ปี 2525 อันทำให้แพทยสภามีอำนาจ และใช้อำนาจตามที่ได้รับมอบหมายเหนือเอกชนและตามที่กฎหมายบัญญัติ เพื่อให้กิจการต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมายและบรรล่วัตถุประสงค์ขององค์กรวิชาชีพ ซึ่งแน่นอนว่าเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้น องค์กรวิชาชีพแพทยสภาก็เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน แต่นักกฎหมายบางท่านมองและให้น้ำหนักมาทางการพิจารณาตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายที่ให้แพทยสภาจัดทำบริการสาธารณสุขในการควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม และบริหารจัดการองค์กรตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายเอกชน รวมไปถึงทรัพย์สิน สิทธิต่าง ๆ ของแพทยสภาด้วยซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันมีลักษณะเป็นกฎหมายเอกชน

ดังนั้น หากมองว่า แพทยสภาเป็นองค์กรวิชาชีพที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน แต่ก็ยังเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง แม้ว่าหน่วยงานดังกล่าวจะไม่ใช่ฝ่ายปกครองโดยตรง แต่หากพิจารณาจาก พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ที่บัญญัติไว้ว่า ในพระราชบัญญัตินี้ หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า และให้หมายความรวมถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง จากมาตรา 3 นี้จะเห็นได้ว่า แม้ว่าการันนั้นจะไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ หรือแม้แต่เป็นหน่วยงานภาคเอกชน แต่หากได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณสุขเพื่อประโยชน์

สาธารณะแล้ว ก็ถือว่าเป็นหน่วยงานทางปกครอง และอาจถูกฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เช่นเดียวกัน

แพทยสภาจึงเป็นองค์กรที่รัฐประสงค์เข้ามาควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ จากบุคคลซึ่งไม่มีความรู้ความสามารถในวิชาชีพนั้น ๆ อันจะก่อให้เกิดภัยต่อสาธารณะและความเสียหายแก่ประชาชน รัฐจึงเห็นควรให้มีองค์กรที่มาจากผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกัน เข้ามาทำหน้าที่ควบคุม ตรวจสอบ รวมทั้งส่งเสริมการประกอบวิชาชีพแทนรัฐ เพื่อให้ผู้ประกอบวิชาชีพมีคุณภาพและมาตรฐานและมีความก้าวหน้าในวิชาชีพตัวเอง เช่น การกำหนดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพ การให้ยื่นคำขอใบประกอบวิชาชีพ การอนุญาต การอนุมัติ การเพิกถอนใบประกอบวิชาชีพ การให้ผู้มีพฤติกรรมไม่เหมาะสมกับการประกอบวิชาชีพหยุดหรือเลิกประกอบวิชาชีพนั้น ๆ เป็นต้น แต่ยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากรัฐหรือฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องอยู่เหมือนกับองค์กรวิชาชีพอื่น ๆ เช่น สภานายความตาม พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และสภาวิชาชีพบัญชีตาม พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 ครูสภา ตามพระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2546 เป็นต้น แพทยสภาจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองตามแนวทางกฎหมาย มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ในการจัดทำบริการสาธารณสุขต่อสมาชิกเป็นหลัก ยกตัวอย่างเช่น การออกระเบียบข้อบังคับสมาชิก การบังคับใช้ระเบียบข้อบังคับการออกใบอนุญาต การต่อใบอนุญาต การรับรองการอนุมัติ การเพิกถอนใบอนุญาต ใบประกาศนียบัตร ใบปริญญาบัตร การเรียกเก็บเงินค่าธรรมเนียม ค่าปรับ การจ่ายเงินอุดหนุน และเงินช่วยเหลือ เป็นต้น แพทยสภาเป็นองค์กรที่มีลักษณะข้างต้นนี้ จึงเป็นหน่วยงานเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองถือว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองตามกฎหมาย และสามารถถูกฟ้องต่อศาลปกครองได้เท่านั้น

2. การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับองค์กรวิชาชีพแพทยสภา

ในระบบนิติรัฐ มีหลักการสำคัญประการหนึ่งก็คือ การใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญของการปกครองทั้งในฐานะเป็นที่มาของอำนาจรัฐ การใช้อำนาจ และข้อจำกัดของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ³ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ จึงเกิดจากอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นพื้นฐานสำคัญ แน่นนอนว่า กฎหมายไม่อาจบัญญัติให้ไว้ครอบคลุมข้อเท็จจริง และเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอนาคตได้หมดทุกอย่าง แต่ก็ได้บัญญัติไว้โดยวางหลักการไว้ หรือวางเงื่อนไขสำคัญในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐไว้ในลักษณะที่ว่า หากมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นตามเงื่อนไขแล้ว เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องดำเนินการไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น จะตัดสินใจเลือกกระทำการเป็นอย่างอื่นไปไม่ได้ แต่กฎหมายก็ไม่อาจบัญญัติได้อย่างลงตัวพอดีกับเหตุการณ์ข้อเท็จจริง ในแต่ละกรณีที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมาย ออกคำสั่งทางปกครองเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้อย่างลงตัวพอเหมาะพอดีกับข้อเท็จจริงแต่ละอย่างเป็นกรณี ๆ ไป เพื่อมิให้เจ้าหน้าที่ บังคับใช้กฎหมายแบบแข็งกระด้างแต่มุ่งหมายให้บังคับใช้ด้วยความยืดหยุ่นพอเหมาะพอควร สามารถอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นได้ ซึ่งต้องอาศัยดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการดำเนินการเป็นสำคัญในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ภายใต้หลักเกณฑ์แห่งความเสมอภาค ความได้สัดส่วนที่เหมาะสมตามความเป็นจริง รวมไปถึงเงื่อนไขอื่น ๆ ที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้⁴

อำนาจดุลพินิจจึงเป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้ฝ่ายปกครองเพื่อใช้อำนาจนั้นกระทำการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประการ คือ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) สามารถพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้⁵

ประการแรก อำนาจผูกพัน เป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจ

กระทำการ และกระทำการโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีการจดทะเบียนสมรส เมื่อปรากฏว่า ชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ อำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อ คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเนื่องจากสามารถทำให้ประชาชนทราบได้อย่างชัดเจนว่า ในกรณีเช่นไรจะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างไร อันจะทำให้ประชาชนได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน

ประการที่สอง อำนาจดุลพินิจ เป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจได้ด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเอง และภายในขอบเขตของกฎหมาย อาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่าง แต่ละอย่างก็ต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากความหมายหรือบทนิยามที่มีผู้ให้คำนิยามไว้ ดังต่อไปนี้ คำว่า “ดุลพินิจ”⁶ มาจากคำ 2 คำซึ่งเอามาสนธิกัน คือ คำว่า “ดุล” ซึ่งแปลว่า เท่ากัน เสมอกัน และเท่าเทียมกัน และคำว่า “พินิจ” ซึ่งแปลว่า การพิจารณา การวินิจฉัย ดังนั้น คำว่า “ดุลพินิจ” จึงมีความหมายว่า การวินิจฉัยที่สมควร หรือการพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรม หรือการวินิจฉัยที่เห็นสมควร วรพจน์ วิศรุตพิชญ์⁷ ให้ความหมายว่า หมายถึง ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่ง (Mandate) อย่างใดอย่างหนึ่ง ในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ตนควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความว่าอย่างไร กรมลชัย รัตนสากวรงค์⁸ ให้ความหมายว่า

หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนเองในคดีเฉพาะรายดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะเลือกวินิจฉัย และกระทำการได้หลายอย่างในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยตัวบทกฎหมายมิได้กำหนดให้ผลทางกฎหมายขององค์ประกอบ ที่ครบถ้วนนั้นมีเพียงอย่างเดียว แต่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งตัวบทกฎหมายอาจจะเสนอให้เลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดจากสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไป หรือจะให้เลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ก็ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองมี 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะออกหรือไม่ออกคำสั่งทางปกครอง ประเภทที่สอง เมื่อฝ่ายปกครองเลือกที่จะออกคำสั่งทางปกครอง ก็มีดุลพินิจเลือกที่จะออกคำสั่งทางปกครองอย่างไรในหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายกำหนดไว้⁹

ในการดำเนินภารกิจของรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น (Separation of Power) กำหนดให้แต่ละฝ่ายต่างดำเนินการไปตามบทบาทหน้าที่ของตน โดยฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ ฝ่ายบริหารมีบทบาทหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ และฝ่ายตุลาการมีบทบาทหน้าที่ในการนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายมาใช้พิจารณาวินิจฉัยตัดสินอรรถคดีความต่าง ๆ เพื่อสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นและดำเนินการไปตามหลักตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (Check and Balance) โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายนิติบัญญัติที่ทำหน้าที่ตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ เพื่อให้ฝ่ายบริหารนำกฎหมายนั้นไปบังคับใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายตามภารกิจของรัฐ (Function of The State) ได้ แต่ในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจที่จะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงได้ในทุกเรื่องทุกกรณี รวมถึงเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย เพราะเหตุการณ์ต่าง ๆ นั้นมีความแปรผันเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลาอย่างเป็นพลวัต (Dynamic) จึงมีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองหรือ

เจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้ความคิดพิจารณาและใช้ดุลพินิจตัวเองพิจารณาข้อเท็จจริง แล้วพิจารณาข้อกฎหมายซึ่งนำหน้าวินิจฉัยในกรณีนั้น ๆ ไป เพื่อให้การทำหน้าที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ คัมครองประโยชน์สาธารณะ ขณะเดียวกันก็ปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปด้วย ซึ่งเป็นนิติวิธีเฉพาะ (Legal methods) ของกฎหมายมหาชน ประกอบกับภารกิจของรัฐสมัยใหม่มีความหลากหลายมากขึ้น ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายด้วยถ้อยคำที่ชัดเจนครอบคลุมทุกกรณีได้ ด้วยข้อจำกัดนี้เองทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องตรากฎหมายด้วยถ้อยคำที่เปิดกว้าง เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการดำเนินการกิจของรัฐได้อย่างราบรื่นสามารถอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นเฉพาะกรณีได้อย่างมีประสิทธิภาพ ฝ่ายนิติบัญญัติ จึงจำเป็นต้องตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองไว้ด้วยเหตุผล 3 ประการ คือ¹⁰

1. เหตุผลเกี่ยวกับภารกิจของรัฐสมัยใหม่จะต้องจัดทำภารกิจพื้นฐาน (Primary Function) ที่จำเป็นเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐ เช่น ด้านความมั่นคง การป้องกันประเทศ และจัดทำภารกิจลำดับรอง (Secondary Function) ที่ทำให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น การที่ภารกิจของฝ่ายปกครองมีความหลากหลาย ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายที่มีลักษณะที่ชัดเจนให้ครอบคลุมไปถึงภารกิจของฝ่ายปกครองได้ในทุกกรณี ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีอิสระในการดำเนินภารกิจของตนได้อย่างยืดหยุ่น แต่รับผิดชอบต่อผลลัพธ์สุดท้าย แม้ว่าอำนาจดุลพินิจในการดำเนินภารกิจของรัฐควรจะมีอยู่น้อยที่สุดเท่าที่จะมีได้ก็ตาม แต่ก็เป็นที่ประจักษ์ชัดว่าในการบริหารงานภาครัฐนั้น รัฐไม่สามารถดำเนินการกิจของตนอย่างมีประสิทธิภาพได้ หากปราศจากการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ อำนาจดุลพินิจจึงเป็นสาระสำคัญของการบริหารงานภาครัฐ ยิ่งมีการจัดทำภารกิจของรัฐที่มากขึ้นและสลับซับซ้อนมากขึ้นเท่าไร รัฐสภาก็ยิ่งตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่รัฐมากขึ้นเป็นเงาตามตัว

2. เหตุผลเกี่ยวกับการตรากฎหมาย โดยปกติกฎหมายจะใช้บังคับกับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต นับแต่วันที่ประกาศใช้เป็นต้นไป ด้วยเหตุนี้ฝ่ายนิติบัญญัติ จึงไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอนาคตจะเป็นอย่างไร ข้อจำกัดนี้ส่งผลให้ไม่สามารถตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับกับการกระทำในอนาคตได้ จึงต้องแก้ปัญหานี้ ด้วยการตรากฎหมายที่ใช้ถ้อยคำที่ไม่จำเพาะเจาะจง หรือมีความหมายเปิดกว้าง เพื่อให้สามารถใช้บังคับกับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในวันข้างหน้าได้มากที่สุด โดยใช้ถ้อยคำที่เปิดช่องให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเพื่อชั่งน้ำหนักแล้วตัดสินใจเลือกดำเนินการตามที่พิจารณาเห็นสมควร เพื่อให้สามารถดำเนินการกิจได้ ขณะเดียวกันกฎหมายที่บัญญัติต้องมีข้อความที่ชัดเจนพอสมควร เพื่อให้ประชาชนสามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าถ้าตนใช้สิทธิกระทำการใดไปแล้ว ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจตามกฎหมายสนองตอบการกระทำนั้นของตนอย่างไร ฝ่ายนิติบัญญัติจึงยอมรับข้อจำกัดนี้ ด้วยการตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองเพื่อการบังคับใช้กฎหมายครอบคลุมในมิติกรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมด้วย

3. เหตุผลเรื่องความยุติธรรมเฉพาะกรณี เพราะเหตุที่อำนาจผูกพัน ทำให้การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองเกิดความไม่เป็นธรรม บนพื้นฐานความเสมอภาคของบุคคล เนื่องจากอำนาจผูกพันเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามข้อเท็จจริงเดียวกันด้วยความเสมอภาค แต่กลับมิได้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้เป็นธรรมกับข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน ทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้อำนาจผูกพันอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณีได้อย่างมีประสิทธิภาพ เหตุนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองเพื่อใช้อำนาจรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมเฉพาะกรณี เพราะกฎหมายมุ่งคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ โดยต้องปฏิบัติตามประชาชนอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย และรัฐยังต้องมุ่งอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นเฉพาะกรณีอีกด้วย จึงต้องเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการบังคับใช้

กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่น เพื่อสร้างความเป็นธรรมเฉพาะกรณีให้เกิดขึ้น แม้อำนาจดุลพินิจจะเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นแก่ประชาชนเฉพาะกรณีได้ ในทางกลับกันอำนาจดุลพินิจก็เป็นเครื่องมือในการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เป็นเพราะว่า “อำนาจดุลพินิจเปรียบเสมือนขวานที่อาจก่อประโยชน์ให้กับผู้ใช้ และผู้อื่นได้อย่างมาก แต่ขณะเดียวกันก็อาจเป็นอาวุธที่ใช้ทำร้ายหรือเข่นฆ่าผู้อื่นได้ด้วยเช่นกัน” แต่ไม่ว่าอำนาจดุลพินิจจะเป็นสิ่งที่น่าพึงปรารถนาหรือไม่ก็ตาม แต่ อำนาจดุลพินิจก็มีอาจถูกขจัดออกให้หมดสิ้นไปได้อย่างสิ้นเชิงในแง่ที่ว่า อำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งชั่วร้าย (Evil) แต่คงจะปฏิเสธไม่ได้ว่า “เป็นสิ่งชั่วร้ายที่จำเป็น” (Necessary Evil) ทั้งนี้ เพราะการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง นับเป็นวิธีการหนึ่งที่จะทำให้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายดำเนินไปได้อย่างเป็นธรรม เพราะอำนาจดุลพินิจทำให้ฝ่ายปกครองสามารถปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีได้ตามความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากอำนาจดุลพินิจช่วยผ่อนคลายความแข็งกระด้าง (Rigidity) ของกฎหมายด้วยการเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจปรับใช้กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่น อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงเป็นสิ่งจำเป็นในการอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณีให้เกิดขึ้นกับประชาชน¹¹

“ในกรณีของแพทยสภา คณะกรรมการแพทยสภาถือว่าเป็นฝ่ายปกครอง เพราะเป็นเจ้าพนักงานที่ใช้อำนาจตามกฎหมาย ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของกรรมการแพทยสภาถือเป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นกับสมาชิก เพราะการตรากฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณีที่เกิดขึ้นนั้นย่อมเป็นไปไม่ได้ จึงต้องอาศัยดุลพินิจของกรรมการแพทยสภาพิจารณาข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายประกอบ การวินิจฉัยเรื่องร้องเรียนต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับสมาชิกเพื่อสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นเฉพาะกรณีเป็นเรื่อง ๆ ไป”

3. การออกคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองมีพื้นฐานมาจากวิวัฒนาการของการยกระดับสถานะของประชาชนจากเดิมที่เป็นวัตถุของเรื่อง (object) ขึ้นมาเป็นประธานของเรื่อง (Subject) ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงสิทธิของประชาชน เพราะหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยมิชอบย่อมถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้ คำสั่งทางปกครอง ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนในการใช้สิทธิทางศาล¹² การออกคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งออกมา บางกรณีก็เป็นคำสั่งทางปกครอง บางกรณีก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เพราะว่า ย่อมขึ้นอยู่กับองค์ประกอบในการพิจารณา การที่จะวินิจฉัยว่า กรณีใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของคำสั่งเป็นสำคัญ โดยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้นิยามว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ และการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

จากนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ข้างต้นสามารถจำแนกลักษณะสำคัญได้ดังต่อไปนี้¹³

1. คำสั่งทางปกครอง คือ การกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่เจ้าหน้าที่ ได้แก่ บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย อาจกระทำได้เลยลักษณะบางเรื่องก็กระทำการโดยใช้อำนาจปกครอง แต่บางเรื่องกับกระทำการโดยไม่ได้ใช้อำนาจใดๆ เลย การที่เจ้าหน้าที่กระทำการโดยไม่ได้ใช้อำนาจใด ๆ เลยการกระทำดังกล่าวย่อมไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เช่น การใช้สิทธิ

ตามสัญญาทางแพ่ง แต่การกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจปกครองเท่านั้นที่จะเข้าข่ายเป็นคำสั่งทางปกครองได้ กรณีจึงมีปัญหาคือต้องการทราบว่า อำนาจทางปกครอง คืออะไร เห็นว่าอำนาจทางปกครอง คือส่วนหนึ่งของอำนาจทางบริหารของรัฐ และอำนาจบริหารของรัฐแท้ที่จริงแล้ว คือ อำนาจกระทำการต่าง ๆ ที่ไม่ใช่การตรากฎหมาย (นิติบัญญัติ) หรือการพิพากษารรคดี (ตุลาการ) ดังนั้น การกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือ อำนาจตุลาการ จึงไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองได้เลย

2. คำสั่งทางปกครอง เป็นการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามกฎหมายสร้างนิติสัมพันธ์ ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลแท้ที่จริงแล้วก็คือ ข้อความที่กำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่ายโดยกำหนดให้บุคคลฝ่ายหนึ่งมีอำนาจหรือสิทธิที่จะเรียกร้องให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ และกำหนดให้บุคคลฝ่ายหลังนี้มีหน้าที่ต้องกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ ตามที่บุคคลฝ่ายแรกเรียกร้องบุคคลฝ่ายแรกเรียกว่า “ผู้ทรงอำนาจ” หรือ “ผู้ทรงสิทธิ” แล้วแต่กรณี บุคคลฝ่ายหลังเรียกว่า “ผู้มีหน้าที่” การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลจึงย่อมมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นมานั่นเอง

3. คำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่การออกกฎ แต่การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ นั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก เพราะว่าหากคำสั่งของเจ้าหน้าที่ ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เช่น การออกกฎ การแจ้งข่าวสาร หรือ การแถลงการณ์ คำสั่งนั้นจะมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้กระทบต่อสิทธิของผู้รับคำสั่งเป็นการเฉพาะราย แต่ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งนั้นย่อมมีผลทางกฎหมายต่อผู้ที่ได้รับคำสั่ง และเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองถูกกระทบสิทธิโดยผลของคำสั่งทางปกครองบุคคลนั้นก็ต้องเข้ามาเป็นคู่กรณีตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และมีสิทธิตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยสังเขป ดังต่อไปนี้¹⁴

(1) สิทธิได้รับแจ้งผลกระทบต่อสิทธิ มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน (2) สิทธิที่จะมีทนายความหรือที่ปรึกษาทางกฎหมาย (3) สิทธิแต่งตั้งผู้ทำการแทนตน (4) สิทธิได้รับคำแนะนำและได้รับแจ้งสิทธิหน้าที่ในกระบวนการพิจารณา (5) สิทธิตรวจดูเอกสารที่จำเป็นเพื่อโต้แย้งและป้องกันสิทธิของตน (6) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเร็ว (7) สิทธิได้รับรู้เหตุผลของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่ง (8) สิทธิได้รับทราบแนวทางหรือวิธีการโต้แย้งคำสั่ง

หากผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่พอใจในผลของคำสั่ง และประสงค์จะโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ในเบื้องต้นจะต้องอุทธรณ์คำสั่งตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานออกคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งคู่กรณีมีสิทธิขอทราบขั้นตอนการอุทธรณ์คำสั่งจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้ ในบางกรณีเจ้าหน้าที่อาจกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์คำสั่งในเอกสารที่แจ้งคำสั่งนั้นก็ได้ เช่น คู่กรณีมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งต่อเจ้าหน้าที่ภายในระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำสั่งนั้น เป็นต้น แต่หากว่าในเรื่องนั้นไม่มีกฎหมายกำหนดเรื่องการอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ ก็จะต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หากคู่กรณีไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการอุทธรณ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายให้ครบถ้วนเสียก่อนแล้ว จะไม่มีสิทธินำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองได้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่มีข้อยกเว้นคำสั่งทางปกครอง 2 ประเภท ที่แม้กฎหมายมิได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ ก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ 1. คำสั่งทางปกครองของรัฐมนตรี เนื่องจากไม่มีผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่าที่จะพิจารณาอุทธรณ์ได้ 2. คำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการ เนื่องจากคณะกรรมการต่างๆ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองโดยเฉพาะและไม่อยู่ในระบบสายการบังคับบัญชา คำสั่งของคณะกรรมการจึงเป็นที่สุดไม่มีองค์กรใดที่สูงกว่าที่จะพิจารณาได้

คำสั่งทางปกครองทั้ง 2 กรณีนี้ คู่กรณีสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยตรง กรณีคำสั่งทางปกครองอื่นๆ ผู้ประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาล

ปกครองจะต้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นเสียก่อน มิฉะนั้นศาลก็จะไม่รับคำฟ้องและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ แต่เมื่อคู่กรณีได้อุทธรณ์คำสั่งแล้ว ก็จะต้องพิจารณาว่า มีกฎหมายเฉพาะกำหนดระยะเวลาให้เจ้าหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์และแจ้งผลการวินิจฉัยอุทธรณ์ไว้หรือไม่ หากไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ก็เป็นไปตาม มาตรา 44 กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่พิจารณาและไม่แจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์จนระยะเวลาล่วงเลยไป คู่กรณีก็สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ แต่ต้องอยู่ภายในอายุความ เว้นแต่เป็นคำฟ้องเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว¹⁵

“แพทยสภามีหน้าที่โดยตรงในการออกคำสั่งทางปกครอง เมื่อกรรมการแพทยสภาได้ออกคำสั่งทางปกครอง และคำสั่งนั้นมีผลกระทบต่อผู้รับคำสั่ง ผู้รับคำสั่งจะต้องพิจารณาก่อนว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ซึ่งหากเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว หากผู้รับคำสั่งไม่เห็นด้วยจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนด หากผู้ได้รับคำสั่งหนึ่งเคยอาจจะเสียสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อกรรมการแพทยสภาได้ออกคำสั่งทางปกครองต่อผู้รับคำสั่งแล้ว หากไม่เห็นด้วยก็ต้องโต้แย้งอุทธรณ์คำสั่งนั้น และใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว”

บทวิเคราะห์กรณีศึกษา

หลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่ากรณีใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่นั้น มีข้อพิจารณาจากคำนิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สามารถจำแนกองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ¹⁶ คือ

1. เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่
2. เป็นการใช้อำนาจรัฐ
3. เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย
4. เกิดผลเฉพาะกรณี

5. มีผลภายนอกโดยตรง จากองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองทั้ง 5 ประการ เมื่อนำมาพิจารณาประกอบเข้ากับแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้มีคำพิพากษาในแนวทางดังกล่าวแล้ว สามารถพิจารณาได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่อ. 94/2562

คำพิพากษานี้เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับองค์กรวิชาชีพแพทยสภา ในการพิจารณาใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการลงโทษแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยมีข้อเท็จจริงเบื้องต้นว่าผู้ป่วยรายหนึ่งเข้ารับการรักษาดังที่โรงพยาบาล ร.ทำการรักษาโดยนายแพทย์ พ. และจากการรักษาดังกล่าวซึ่งทำให้ผู้ป่วยรายนั้นถึงขั้นเสียชีวิตลง ทำให้ญาติผู้เสียชีวิตได้ยื่นหนังสือต่อแพทยสภาเพื่อดำเนินการสอบสวนทางด้านจริยธรรม กับนายแพทย์คนดังกล่าวและโรงพยาบาลด้วย และญาติผู้เสียชีวิตยังได้ฟ้องเป็นคดีต่อศาลยุติธรรมในคดีละเมิดเรียกค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่ง โดยศาลแพ่งมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำเลย คือ นายแพทย์ พ.และโรงพยาบาล ร.จ่ายค่าสินไหมทดแทน และคดีถึงที่สุดแล้ว แต่ในส่วนของคดีทางปกครองนั้นแพทยสภาซึ่งเป็นองค์กรควบคุมวิชาชีพ ได้ตั้งคณะกรรมการสอบสวนชุดที่ 5 ทำการสอบสวนนายแพทย์ พ.จากการสอบสวนพบว่า นายแพทย์คนดังกล่าวมีความตั้งใจรักษาผู้ป่วยเท่าที่ประสบการณ์ที่มีอยู่ มิได้ละเลยทอดทิ้งผู้ป่วยแต่อย่างใด แต่ในการรักษาผู้ป่วยนั้นก็มี ความบกพร่องในการตรวจร่างกายบันทึกการเปลี่ยนแปลงของผู้ป่วย เป็นสาเหตุให้การรักษาขาดความต่อเนื่องทำให้การวินิจฉัยโรคผิดพลาดส่งผลให้การรักษาลาดเคลื่อนตามไปด้วย โดยไม่ได้นำลักษณะทางคลินิกที่สำคัญในการดำเนินโรคมาระบุยกต์ใช้ติดตามดูแลคนไข้ในร่างกายของผู้ป่วยใช้เลือกออก โดยไม่ได้กระทำอย่างต่อเนื่องและทันท่วงทีจึงถือว่า การประกอบวิชาชีพเวชกรรมของนายแพทย์ พ.ยังไม่ได้มาตรฐาน ของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด อันเป็นการประพฤติดื้อบังคับของแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 4 ข้อ 15

ทำให้แพทยสภามีมติ ลงโทษว่ากล่าวตักเตือนนายแพทย์ พ. และได้เสนอสภานายกพิเศษให้ความเห็นชอบ สภานายกพิเศษให้ความเห็นชอบตามมติของคณะกรรมการแพทยสภา จึงมีคำสั่งลงวันที่ 28 ก.ค. 2552 ลงโทษว่ากล่าวตักเตือนนายแพทย์ พ.อันเป็นการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองลงโทษภายใต้กรอบกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ตามมาตรา 39 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ต่อมานายแพทย์ พ.ก็ได้ดำเนินการฟ้องแพทยสภาต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามที่กล่าวข้างต้น

ประเด็นสำคัญแห่งคดีที่ต้องวินิจฉัยมีว่า คำสั่งลงโทษทางปกครองของแพทยสภาชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า กรณีผู้ฟ้องคดีใช้สิทธิเรียกร้องการรักษาของแพทย์ตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และแพทยสภาได้มีคำสั่งลงโทษว่ากล่าวตักเตือนแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 เมื่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการประพฤติดื้อจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมดังกล่าว ไม่เห็นพ้องกับคำสั่งลงโทษของแพทยสภาจึงเป็นการโต้แย้งสิทธิในฐานะผู้ได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากคำสั่งของแพทยสภา ทำให้ผู้เสียหายเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี ต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเมื่อกระบวนการรักษาของแพทย์มีความเหมาะสมตามลักษณะคลินิกและการดำเนินการของโรคตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรม แต่ในส่วนการดูแลรักษาผู้ป่วยแพทย์มีความบกพร่องในการบันทึกแผนการดูแลรักษาประจำวัน ทำให้ไม่ทราบถึงข้อมูลสำคัญที่เกิดกับผู้ป่วยและอาการของผู้ป่วยที่เปลี่ยนแปลงอันเป็นสาเหตุที่ทำให้การรักษาขาดความต่อเนื่อง และทำให้เกิดการวินิจฉัยผิดพลาดคลาดเคลื่อนในการรักษา โดยการรักษาไม่ได้นำลักษณะทางคลินิกสำคัญในการดำเนินของโรคมาระบุยกต์ใช้

เพื่อติดตามคุณสมบัติในร่างกายผู้ป่วย ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการรักษาผู้ป่วยใช้เลือดออกเพื่อให้การรักษาเป็นไปอย่างถูกต้องต่อเนื่องและทันทั่วถึง จึงถือว่าการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของนายแพทย์ดังกล่าว ยังไม่ได้มาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด จึงเป็นการประพฤติดื้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 4 ข้อ 15 คำสั่งลงโทษว่ากล่าวตักเตือนจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดข้างต้นจะเห็นว่า เป็นกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองในรูปของคณะกรรมการแพทยสภา มิใช่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่มาจากดุลพินิจของนายกแพทยสภาเพียงคนเดียว เพราะหากกฎหมายให้อำนาจบุคคลคนเดียวในการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ก็ย่อมมีความเสี่ยงสูงต่อความผิดพลาดได้ง่ายถ้าหากมี ตามหลักที่ว่า การพิจารณาหลายหัวดีกว่าหัวเดียว และเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในการออกคำสั่งทางปกครอง ก็จะสามารถแยกพิจารณาในแต่ละองค์ประกอบได้ดังต่อไปนี้¹⁷

1. เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำโดย “เจ้าหน้าที่” ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ ในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตามต้องเป็นการใช้ “อำนาจทางปกครองของรัฐ” คือ ส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ได้ ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐนั้นอาจจะเป็นบุคลากรในภาครัฐ หรือบุคลากรในภาคเอกชนก็ได้ซึ่งในกรณีนี้คือ แพทยสภาเป็นองค์กรวิชาชีพที่ตั้งขึ้นมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนตามที่กล่าวมาข้างต้น และพิจารณาข้อร้องเรียนโดยคณะกรรมการแพทยสภาซึ่งส่วนใหญ่เป็นข้าราชการ หรือพนักงานของรัฐ ลงนามออกคำสั่งโดยนายกแพทยสภา ผ่านความเห็นชอบของสภานายกพิเศษตามกฎหมาย จึงถือว่าคำสั่งลงโทษว่ากล่าวตักเตือนนายแพทย์คนดังกล่าวได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายแล้ว

2. เป็นการใช้อำนาจรัฐ จะเห็นได้ว่า การออกคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง หรือใช้อำนาจจากหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร ที่ไม่ใช่การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ หรืออำนาจตามกฎหมายอื่น กรณีที่องค์กรวิชาชีพแพทยสภาเป็นหน่วยงานที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน แต่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้เข้ามาทำหน้าที่ในการควบคุมกำกับดูแลตนเองของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสาขาต่างๆ ส่งเสริมให้สมาชิกมีความสามัคคีมีคุณธรรมจริยธรรมในการประกอบวิชาชีพและผดุงเกียรติของสมาชิกตาม พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 คณะกรรมการแพทยสภาจึงถูกตั้งขึ้นให้เข้ามาทำหน้าที่แทนรัฐจึงมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ จึงเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย

3. คำสั่งทางปกครอง ต้องเป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย จะต้องมุ่งประสงค์เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล การกระทำใดที่มีได้เป็นการก่อกวนนิติสัมพันธ์ขึ้น หรือไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ถือเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ในกรณีนี้ ที่นายแพทย์ พ.ฟองคดี ต่อศาลปกครองเพื่อขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยแพทยสภา ถือเป็นการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการแพทยสภาซึ่งได้พิจารณาแล้วออกคำสั่งลงโทษว่ากล่าวตักเตือนนายแพทย์ คำสั่งลงโทษดังกล่าว จึงเป็นการกำหนดสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลผู้รับคำสั่ง และทำให้กระทบกระเทือนต่อสถานภาพของสิทธิหน้าที่ของผู้รับคำสั่งจากหน่วยงานที่กำกับดูแลผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทำให้ตนถูกลงโทษ แม้ว่าจะเป็นเพียงการว่ากล่าวตักเตือน แต่ก็บ่งชี้ว่าเป็นการกระทำผิดต่อจริยธรรมวิชาชีพจึงทำให้แพทยสภาสั่งลงโทษสมาชิก ซึ่งคำสั่งดังกล่าวเป็นผลมาจากการพิจารณาถึงข้อเท็จจริง และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 แล้วพิจารณาซึ่งน้ำหนัก ผลจากการใช้อำนาจดุลพินิจจึงออกมาในรูปแบบคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสถานภาพสิทธิหน้าที่ของนายแพทย์ผู้รับคำสั่ง

4. คำสั่งเกิดผลเฉพาะกรณี คำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยมุ่งกำหนดสถานะภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ โดยต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง แต่ในกรณีนี้จะเห็นว่าคำสั่งลงโทษว่ากล่าวตักเตือนสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมขององค์กรแพทยสภานั้น เป็นผลมาจากการยื่นคำร้องของทนายผู้ได้รับความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของนายแพทย์คนหนึ่งว่าเป็นการใช้วิชาชีพที่ขาดจริยธรรมในการรักษาดูแลผู้ป่วยส่งผลให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย ซึ่งหากรักษาดูแลให้ดีกว่านี้ก็อาจทำให้ไม่ถึงแก่ความตายได้ เมื่อองค์กรแพทยสภาตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงแล้วนำเข้าสู่การพิจารณาและออกคำสั่งลงโทษผู้ถูกร้อง คำสั่งดังกล่าวจึงเกิดผลเฉพาะกับคู่กรณีเท่านั้น ไม่มีผลไปยังบุคคลอื่น ซึ่งคำสั่งดังกล่าวผูกพันผู้ถูกร้องอันทำให้ผู้ถูกร้องเรียนเกิดสิทธิหน้าที่ต่อคำสั่งดังกล่าวและสามารถใช้สิทธิที่ถูกกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เพื่อให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้

5. คำสั่งนั้นมีผลภายนอกโดยตรง คำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์จะต้องมีการแสดงออกให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับทราบคำสั่งนั้น และมีผลต่อบุคคลภายนอกโดยตรง การพิจารณาคำสั่งว่าจะมีผลภายในหรือภายนอกนั้นต้องพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งเป็นสำคัญ กรณีแพทยสภาได้มีคำสั่งให้สมาชิกที่ประพฤติไม่ตรงตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 โดยการออกคำสั่งลงโทษว่ากล่าวตักเตือน และผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ได้รับทราบคำสั่งแล้ว ถือว่าคำสั่งของแพทยสภามีผลภายนอกโดยตรง แต่นายแพทย์ผู้นี้เห็นว่า เป็นคำสั่งที่กระทบสิทธิหน้าที่ของตนเอง จึงใช้สิทธิในการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ในการนี้ศาลขอที่จะควบคุมตรวจสอบคำสั่งของเจ้าหน้าที่องค์กรแพทยสภาว่า ได้มีการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จนนำมาสู่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.94/2562 ดังกล่าว

เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในประเทศฝรั่งเศสแล้วจะเห็นว่า¹⁸ แพทย์ในฝรั่งเศสซึ่งกระทำความผิดอันเนื่องมาจากการรักษาพยาบาลผู้ป่วย ซึ่งอาจต้องรับผิดชอบทั้งในทางแพ่ง และทางอาญารวมถึงโรงพยาบาลที่นายแพทย์ผู้นั้นสังกัดก็อาจต้องรับผิดชอบในทางปกครองด้วย ขณะเดียวกันนายแพทย์คนนั้นก็อาจต้องรับผิดชอบในทางจริยธรรม หรือรับผิดชอบในทางวินัยเนื่องจากประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ฝรั่งเศส มาตรา R.4127-1 ถึงมาตรา R.4127-112 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุข ได้บัญญัติให้การฝ่าฝืนจริยธรรมทางการแพทย์ว่าเป็นความผิดทางวินัย เช่น การไม่เลือกปฏิบัติหน้าที่ต่อผู้ป่วย การแจ้งข้อมูลและการได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย การใช้ความระมัดระวังในการวินิจฉัยโรค และมาตรฐานในการรักษาพยาบาล เป็นต้น มีผลให้แพทยสภาอาจมีคำสั่งลงโทษ ตั้งแต่การว่ากล่าวตักเตือนไปจนถึงขั้นลบชื่อออกจากทะเบียนผู้ประกอบวิชาชีพได้เลย และองค์กรแพทยสภาของไทยก็มีข้อบังคับแพทยสภาในเรื่องดังกล่าวนี้เช่นกัน คดีเกี่ยวกับองค์กรวิชาชีพแพทยนี้ เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดการจัดทำบริการสาธารณะ (Public service) ที่รัฐจะต้องจัดให้แก่ประชาชนทั่วไป ภายใต้หลักเกณฑ์ 3 ประการคือ 1.หลักความเสมอภาคในการเข้าใช้บริการ 2.หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และ 3.หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการอยู่เสมอ ที่บริการสาธารณะจะต้องมีคุณภาพ และต้องมีมาตรฐานการให้บริการภายใต้จริยธรรมวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่องค์กรแพทยสภาควบคุมกำกับดูแลอยู่ การที่องค์กรวิชาชีพออกคำสั่งทางปกครองลงโทษสมาชิกที่ประพฤติผิดหรือมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานจริยธรรมอย่างผู้มีวิชาชีพจะพึงกระทำนั้นเป็นผลมาจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้

บทสรุป

ในข้อเท็จจริงมีหลายกรณีที่แพทยสภาออกคำสั่งทางปกครองแล้ว สมาชิกมีการฟ้องเพิกถอนคำสั่งของแพทยสภาได้ และมีหลายกรณีที่ฟ้องเพิกถอนไม่ได้ ด้วยความที่แพทยสภามีสถานะภาพทางกฎหมายเป็นองค์กรนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง และสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ โดยแพทยสภาเมื่อรับเรื่องร้องเรียน จะมีการตั้งอนุกรรมการสอบสวนขึ้นมาพิจารณาข้อเท็จจริงที่ถูกร้องเรียน เกี่ยวกับการทำผิดต่อจริยธรรมวิชาชีพของสมาชิก แล้วส่งมติให้คณะกรรมการแพทยสภาพิจารณาและออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งองค์กรแพทยสภา มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมกำกับดูแลผู้ประกอบการวิชาชีพเดียวกัน แต่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมมีหลักเกณฑ์ในการรักษาที่จะต้องได้มาตรฐานวิชาชีพ ซึ่งเป็นเรื่องทางกายภาพที่สามารถพิสูจน์ได้ทางวิทยาศาสตร์ แต่การออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจของกรรมการแพทยสภา ที่พิจารณาในรูปคณะกรรมการย่อมรอบคอบกว่าการใช้ดุลพินิจของคน ๆ เดียว อำนาจดุลพินิจจึงเหมือนดาบสองคม เพราะการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองมากเกินไปย่อมไม่เกิดผลดีแก่ผู้ได้ปกครอง แต่ถ้าน้อยไปก็ส่งผลต่อการออกคำสั่งเช่นเดียวกัน แต่การปรับใช้กฎหมายอย่างยืดหยุ่นให้เข้ากับข้อเท็จจริงได้อย่างเหมาะสมและลงตัว และมีเหตุมีผลตามแต่ละกรณี ย่อมสร้างความเป็นธรรมได้ ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้วิจารณญาณของตนอย่างมีมาตรฐานเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรวิชาชีพแพทยสภา จึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจเพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิของผู้รับคำสั่ง และในการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่รับฟังเป็นยุติ ตามหลักวางตนเป็นกลาง รับฟังความทุกฝ่ายแล้วพิจารณาพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่าย แล้วพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และข้อบังคับเกี่ยวกับจริยธรรมวิชาชีพ ใช้ดุลพินิจกำหนดผลในทางกฎหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้น โดยเสนอแนะว่า เนื่องจากผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม

จึงมีความสับสนเสี่ยงจากการประกอบวิชาชีพสูง และแพทยสภาก็อยู่ในฐานะฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดอบรมให้ความรู้ทางกฎหมาย เผยแพร่วิทยาการใหม่ ๆ ทบทวนจริยธรรมวิชาชีพอยู่เนื่อง ๆ เพื่อให้แพทย์ปรับตัวให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมได้อย่างทันทั่วถึง

REFERENCES

1. Singburudom S. Problems of administrative legal acts issued by the Medical Council [Master's thesis]. Faculty of Law. Bangkok: Ramkhamhaeng University;2000. (in thai)
2. Khomsan P. Analysis of the legal status of the Thai Medical Council. Administrative Court Academic Journal. 2017;17(3):1-16.
3. Wisarutpit W. Control of the use of administrative discretion by the judicial organization. Administrative Law Journal. 1989;8:41.
4. Thaweerotkulsri C. The use of discretion by officials according to laws related to imprisonment [Master's thesis]. Faculty of Law. Ramkhamhaeng University;2000. (in thai)
5. Wongsawatkul E. Discretionary power and the control and inspection of discretionary power. In: Study Guidelines for Courses "Higher Administrative Law". Nonthaburi: Graduate Studies Field of Law study Sukhothai Thammathirat Open University; 2019.
6. Royal Institute. Dictionary of the Royal Institute. 2nd Edition. Bangkok: Nanmeebooks Publication; 2011. (in Thai)
7. Wisarutpit W. Control of the use of administrative discretion by the judicial organization. Botbandit, 1991; (1) 47

8. Rattanasakaowong K. Basic thoughts on administrative discretion in the Federal Republic of Germany. Botbundit, 1986, 42(3):32-53
9. Rattanasakaowong K. Principles of German Administrative Law. Bangkok: Nititham. 1994.
10. Makbun K. Legal problems in the use of discretion by officials according to the Town Planning Act [Master's thesis]. Faculty of Law. Bangkok: Ramkhamhaeng University 2006. (in thai)
11. Aemkrit L. Legal problems regarding the determination of conditions and the exercise of discretion by the Consumer Protection Committee in accordance with consumer protection laws [Master's thesis]. Faculty of Law. Bangkok: Sripatum University; 2016. (in thai)
12. Rattanasakaowong K. Administrative orders. In: Study guideline for the Advanced Administrative Law course, Unit 6. Nonthaburi: Graduate Studies Field of Law study Sukhothai Thammathirat Open University; 2019.
13. Wisarutpit W. Revocation of an administrative order by an official or supervisor of the official who issued the administrative order. 2nd edition. Bangkok: Textbook and teaching materials project. Faculty of Law Thammasat University; 2016.
14. Sawangsak C. Explanation of the law regarding Administrative procedures. Printed no. 12. Bangkok: Winyuchon; 2018.
15. Wongwattanasan C. Administrative Procedure Law, Bangkok: Jirarat Printing, 1997.
16. Kaenkham P. Issuance of administrative orders. Central Legal Information Center. Office of the Council of State. Bangkok: n.p. 2020.
17. Office of the Council of State, Law Reform Commission. Introduction to the use of discretion by government officials. Bangkok: Office of the Council of State; 2019 [update 2019 Nov 29; cited 2024 Mar 21]. Available from: <https://www.lawreform.go.th/index.php/post/674>
18. Khomsan P. Ethical proceedings of the French Medical Council. Administrative Court Academic Journal. 2017; 17(3):17-32.