

**สถานะทางกฎหมายและการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย
ของกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป**
**THE LEGAL STATUS AND LEGALITY REVIEW OF RULES OF COURTS GENERALLY
ENFORCED**

ภาณุวัฒน์ ผ่องใส

Phanuwat Phongsai

นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนิติศาสตร์ : james_nsc_25@hotmail.com
Graduate student of Master of Law Program in Public Law, Faculty of Law,
Thammasat University : james_nsc_25@hotmail.com

Received : April 1, 2020

Revised : August 24, 2020

Accepted : September 21 2020

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาสถานะทางกฎหมายและการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยใช้วิธีการค้นคว้าจากตำรา บทความ เอกสารทางวิชาการทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตลอดจนทั้งการพิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลทั้งศาลไทยและศาลต่างประเทศ ทั้งนี้ มีวัตถุประสงค์การศึกษาคือบรรดากฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในประเทศไทย ทั้งในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อแสดงให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน อันเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนของประเด็นสถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ดังกล่าว ซึ่งเป็นสาเหตุให้บรรดากฎเกณฑ์ดังกล่าวหลุดพ้นจากการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่ารูปแบบ ขอบเขต และข้อจำกัดของการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในแต่ละประเทศ มีความแตกต่างกันออกไป โดยในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ มีลักษณะของการมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ค่อนข้างกว้างขวาง และมีเนื้อหาที่เป็น การกำหนดวิธีพิจารณาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ แต่ในขณะเดียวกันก็มีช่องทางในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหรือความชอบด้วยกฎหมายทั้งก่อนและหลังการประกาศใช้ได้หลายช่องทาง ในทางกลับกัน ในกลุ่มประเทศซีวิลลอร์ มีลักษณะของการมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปได้ค่อนข้างจำกัด และเนื้อหาของกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับอยู่ภายในวงงานของฝ่ายตุลาการเท่านั้น ไม่มีส่วนที่ กำหนดวิธีพิจารณาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ในกลุ่มประเทศซีวิลลอร์จึงไม่มีการกำหนดช่องทาง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหรือความชอบด้วยกฎหมายไว้ เนื่องจากบรรดากฎเกณฑ์ที่ฝ่าย ตุลาการออกมาใช้บังคับไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใด เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระบบ กฎหมายไทยที่เป็นระบบกฎหมายซีวิลลอร์ จากการศึกษพบว่าในระบบกฎหมายไทยฝ่ายตุลาการใช้อำนาจในการ ออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปอย่างค่อนข้างกว้างขวางในลักษณะเดียวกับกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ แต่ กลับมีช่องทางในการควบคุมตรวจสอบค่อนข้างจำกัด ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นสภาพการณ์ที่ไม่ควรปล่อยให้เกิดขึ้นระบบ กฎหมาย

ด้วยเหตุนี้การศึกษาจึงนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่ารูปแบบ ขอบเขต และข้อจำกัดของการมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการ ออกกฎเกณฑ์ในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ทั้งมีช่องทางในการควบคุมตรวจสอบที่เหมาะสมกับขอบเขตของ อำนาจที่ฝ่ายตุลาการใช้ในการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่ในระบบกฎหมายไทยช่องทางในการ

ควบคุมตรวจสอบกลับไม่สอดคล้องกับขอบเขตของอำนาจของฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นผลมาจากความเข้าใจต่อปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายและการควบคุมตรวจสอบกฎหมายดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยยังขาดความเป็นระบบ อันเป็นผลให้การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการของไทยยังขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอน และขาดระบบการควบคุมตรวจสอบที่เหมาะสม

คำสำคัญ

กฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป,สถานะทางกฎหมาย, กฎ, ฝ่ายตุลาการ, การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

ABSTRACT

The purpose of this study is to examine and suggest a possible solution to legal ambiguities like legal status and legality review of rules promulgated and enforced generally by courts, i.e. the court of Justice, the Constitutional Court as well as the Administrative Court. This work is based upon textbooks, articles, researches including court's rulings.

According to the research it is found that delegation of legislative power is employed to adopt judicial rules differently in each country. In common law countries, the legislative power is delegated to the judiciary broadly to make its procedural rules with prior and post constitutional and legal control. By contrast, civil law countries have adopted a specific delegation of rulemaking to comparatively restrict the judiciary to promulgating its rules including procedural matters. On this ground there is no constitutional and legal control to protect people's rights violation.

Similar to common law countries, Thai judiciary has broad power to declare its rules. But there is unclear whether they can be constitutionally and legally reviewed.

In conclusion, findings of the research is that albeit limited in each country constitutional and legal review of judicial rules are appropriately allowed. On the contrary, in Thailand, such control system cannot be found and established because there is no clear legal status of judicial rules.

Keywords

Rules of court, Rules generally enforced, Legal status, Rule, Judiciary, Legality review

บทนำ

1. ขอบเขตและข้อจำกัดของการมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป : พิจารณาเปรียบเทียบจากความแตกต่างของระบบกฎหมายต่างประเทศและระบบกฎหมายไทย

ระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้มอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยมีลักษณะ ขอบเขต และข้อจำกัดของการมอบอำนาจในการออกกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรีย และประเทศฝรั่งเศส ฝ่ายตุลาการสามารถออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปได้ แต่จำกัดอยู่แต่เฉพาะในเรื่องการบริหารจัดการทางธุรการ การบริหารจัดการองค์กร หรือการปกครองภายในฝ่ายตุลาการเท่านั้น หรือหากจะมีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาปะปนอยู่บ้าง ก็จะจำกัดอยู่แต่เฉพาะในเรื่องที่เป็นรายละเอียด ฝ่ายตุลาการไม่อาจออกกฎหมายใด ๆ ที่มีผลใช้บังคับออกไปภายนอกฝ่ายตุลาการ ซึ่งลักษณะเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ เช่น วิธีพิจารณาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญได้ ในทางกลับกัน กลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ซึ่งอาจจะถือได้ว่าเป็นต้นแบบของการมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ได้มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการออกกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือมีสภาพบังคับออกไปภายนอกฝ่ายตุลาการอย่างชัดเจน หรือถึงขนาดที่กฎหมายที่กำหนดวิธีพิจารณาภายในศาลเกือบทั้งหมดออกโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นผลเกิดจากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ หรือรูปแบบของระบบการเมืองการปกครองที่มีลักษณะเฉพาะของประเทศนั้น ๆ

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายจะมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการสามารถออกกฎหมายในลักษณะดังกล่าวได้ แต่ฝ่ายตุลาการก็ต้องสร้างกฎหมายที่มีผลใช้บังคับออกไปภายนอกฝ่ายตุลาการ ให้ฝ่ายนิติบัญญัติให้ความเห็นชอบก่อนเสมอ โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจที่จะอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้ประกาศใช้ หรือในบางกรณีฝ่ายนิติบัญญัติอาจเพิกถอนกฎหมายที่ฝ่ายตุลาการออกมาได้¹ ส่วนในประเทศอังกฤษฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจที่จะขอยกเลิกกฎหมายที่ออกมานั้น ทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในสี่สิบวัน หลังจากการประกาศใช้² นอกจากนี้ กระบวนการตราหรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการนั้น ยังมีการเปิดโอกาสให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและประชาชนโดยทั่วไปอย่างทั่วถึง ในทางกลับกัน กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ จะไม่มีการควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เนื่องจากกฎหมายที่ฝ่ายตุลาการตราขึ้น มีผลใช้บังคับจำกัดอยู่เฉพาะภายในวงงานของฝ่ายตุลาการ ไม่ได้มีผลออกไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใด

สำหรับกรณีของประเทศไทย ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ พบว่าฝ่ายตุลาการมักใช้อำนาจในการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งมีเนื้อหากกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือมีลักษณะเป็นการกำหนดวิธีพิจารณาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เช่นเดียวกับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ในขณะที่เดียวกันระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายดังกล่าว มีอยู่อย่างค่อนข้างจำกัด เช่นเดียวกับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งเป็นสภาพการณ์ที่ผู้เขียนเห็นว่า เป็นสภาพการณ์ที่ไม่เหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง และก่อให้เกิดปัญหาที่ตามมาทั้งในแง่ของการบ่งชี้สถานะทางกฎหมาย และการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของบรรดากฎหมายที่ฝ่ายตุลาการตราขึ้น ดังผู้เขียนจะได้นำเสนอไปตามลำดับ

¹James C. Duff, “How the Rulemaking Process Works,” The United States Courts, Retrieved on April 21, 2018, from <http://www.uscourts.gov/rules-policies/about-rulemaking-process/how-rulemaking-process-works>

²House of Commons Information Office, “Statutory Instruments,” Factsheet L7 Legislative Series, pp.4-5 (May 2008)

2. ข้อถกเถียงและความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายและการจัดระบบกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป

ประเด็นสถานะทางกฎหมายของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ยังเป็นที่ถกเถียงกันว่าอำนาจที่ฝ่ายตุลาการใช้ในการออกกฎหมายต่าง ๆ ขึ้นใช้บังคับนั้น เป็นอำนาจลักษณะใด ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นอำนาจในลักษณะพิเศษของฝ่ายตุลาการ ที่มีรากฐานจากข้อความคิดว่าด้วยอำนาจโดยปริยาย (implied power) หรืออำนาจโดยสภาพ (inherent power) ของฝ่ายตุลาการ ซึ่งถือว่าอำนาจในการที่ฝ่ายตุลาการจะออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปขึ้นใช้บังคับ เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจดังกล่าว โดยมีกรณีการยื่นคำฟ้องต่อสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสให้เพิกถอนคำสั่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญลงวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 2001 หรือที่เรียกว่า คดี Brouant ที่ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยสภาแห่งรัฐเห็นว่าการข้อกำหนดดังกล่าวเป็นสิ่งที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจัดให้มีขึ้นเพื่อกำหนดระบบพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ อันเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ข้อกำหนดดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง³ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยดังกล่าว สอดคล้องกับคำอธิบายของวรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ที่ได้อธิบายถึงลักษณะทางกฎหมายของอำนาจที่ฝ่ายตุลาการใช้ออกกฎหมายลักษณะดังกล่าวนี้ว่า เป็นอำนาจที่ไม่ใช่อำนาจตุลาการโดยแท้ แต่เป็นอำนาจที่ใช้ในการเตรียมการเพื่อให้การใช้อำนาจทางตุลาการของฝ่ายตุลาการในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ให้เป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และไม่ถือว่าเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองแต่อย่างใด หรือเรียกว่า para-judicial power⁴ นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายออสเตรียมีความเห็นในทางตำราว่าผลผลิตของการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายตุลาการเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายชนิดพิเศษ (rechtsnorm sui generis) ที่ต่ำกว่าระดับรัฐบัญญัติ⁵ อย่างไรก็ตามมีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่า อำนาจในลักษณะเช่นนี้เป็นอำนาจในทางปกครองอย่างหนึ่ง เช่น ตุลาการผู้แถลงคดีในคดี Brouant เห็นว่า ข้อกำหนดภายในเกี่ยวกับการเข้าถึงเอกสารของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองโดยแท้ เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีใ้โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและข้อกำหนดดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นกฎ (règlement) ที่ออกโดยฝ่ายปกครอง⁶ และในประเทศออสเตรียมีความเห็นที่เห็นว่า อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจในทางปกครอง เช่นเดียวกับอำนาจที่องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นใช้ในการออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับ⁷

สำหรับในระบบกฎหมายไทย ยังคงมีปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการบ่งชี้สถานะในทางกฎหมายของบรรดากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยส่วนใหญ่จะเห็นว่า ผลผลิตของการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเป็นการกระทำของฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นการให้นิยามในเชิงองค์กร แม้ไม่อาจถือว่าการอธิบายในลักษณะเช่นนี้ มีใช้การอธิบายที่ไม่ถูกต้อง แต่เป็นการอธิบายที่ได้ให้คำตอบที่ไม่ชัดเจน เนื่องจากการกระทำของฝ่ายตุลาการนั้นมีขอบเขตที่กว้างขวาง และหมายความรวมถึงการกระทำทาง

³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองหรือไม่,” สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2562, จาก http://publiclaw.net/publaw/view.aspx?id=711&fbclid=IwAR0gNmbOGPOE5wm_f5nWTioNzdEbk9aecrlQekY3_1fy8tVig9kB2m-dV1g

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สัมมนาปัญหาวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ภาคกฎหมายวิธีสบัญญัติ) และปัญหากฎหมายปกครองสารบัญญัติ,” ในการสัมมนาผู้บริหารศาลปกครองขึ้นต้น วันที่ 6 และวันที่ 13 มิถุนายน 2557, จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง กรุงเทพมหานคร, 2557 : น.6.

⁵ Admovich and Funk, *Österreichisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl. 1985, S. 333,325 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), น. 83.

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*

⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), น. 31.

ตุลาการที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาอาชญากรรมคดีด้วย เนื่องจากปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของ กฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจึงก่อให้เกิดกรณีปัญหาอันจากการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในประเทศไทย ทั้งในศาล ยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ เช่น

(1) การออกกฎหมายที่มีเนื้อหากำหนดวิธีพิจารณาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ อันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของ ประชาชน ทั้งที่กฎหมายดังกล่าวควรถูกกำหนดไว้ในกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การออกระเบียบ ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 การออกข้อกำหนดประธาน ศาลฎีกา ว่าด้วยการไต่ถามคดี พ.ศ. 2554

(2) การกำหนดหลักเกณฑ์ในทางวิธีพิจารณาที่มีลักษณะจำกัดหรือลดทอนสิทธิของคู่ความหรือคู่กรณี อาทิ ข้อจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้น เช่น การออกประกาศประธานศาลปกครองสูงสุด เรื่อง การตรวจคำอุทธรณ์ที่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย พ.ศ. 2559 หรือกรณี ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการไปออกกฎหมายเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายระดับ พระราชบัญญัติ เช่น การกำหนดกรณีที่ย้ายฎีกาต่อศาลฎีกาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 249 วรรคสอง (6) แห่งประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่ง ซึ่งให้อำนาจประธานศาลฎีกาที่จะออกข้อกำหนด เพิ่มเติมกรณีที่ย้ายฎีกาในคดีแพ่ง แม้ผลเป็นการขยายสิทธิเพิ่มเติมให้แก่คู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจผลคำพิพากษาของศาลชั้นอุทธรณ์ก็ตาม แต่ในอีกแง่มุม หนึ่ง การเพิ่มกรณีที่สามารถฎีกาต่อศาลฎีกาได้ย่อมมีผลเป็นการกระทบสิทธิของคู่กรณีที่เป็นฝ่ายตรงข้าม ซึ่งเป็นผู้ ชนคดีและพอใจผลคำพิพากษาของศาลชั้นอุทธรณ์ ดังนั้น เมื่อเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 249 วรรคสอง (1)-(5) จึงควรถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับเดียวกัน กล่าวคือ ควรถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายที่มีสถานะ ในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ

(3) การออกกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจหรือตีความกฎหมาย เนื่องจากการ ใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาแห่งคดีต้องตั้งอยู่บนหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาญา ผู้พิพากษาต้องคำนึงถึงหลักการสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักความยุติธรรมตามความเหมาะสมในแต่ละกรณี (Individualization of punishment) ดังนั้น การที่ฝ่ายตุลาการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปซึ่งมีผล เป็นการกำกับการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาแห่งคดี ในกรณีที่เรื่องที่กำหนดนั้น กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงเป็นเรื่องที่ถือได้ว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอย่างชัดเจน เช่น คำแนะนำของประธานศาลฎีกา เกี่ยวกับบัญชีมาตรฐานกลางหลักประกันการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย พ.ศ. 2547

(4) การที่ฝ่ายนิติบัญญัติเปิดช่องให้ฝ่ายตุลาการออกกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และในกฎหมายที่เป็นฐาน ที่มาแห่งอำนาจบัญญัติไว้ในทำนองว่าการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว ให้ถือว่าเป็นความผิดและมี บทลงโทษ เช่น บทบัญญัติมาตรา 38 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาล รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ที่ให้อำนาจประธานศาลรัฐธรรมนูญโดยความเห็นชอบของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออก ข้อกำหนดที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของศาล โดยมาตรา 39 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้บัญญัติให้การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 38 ในที่นี้คือ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ซึ่งข้อ 8 ข้อ 9 และข้อ 10 ของ ข้อกำหนดดังกล่าว กำหนดให้ถือว่ามีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลและมีโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 39 โดยเฉพาะอย่างยิ่งโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 39 (3) ซึ่งมีโทษจำคุก แม้ไม่อาจถือได้ว่าโทษจำคุกดังกล่าวจะเป็น โทษทางอาญา เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลจะมีความแตกต่างกันก็ตาม⁸ แต่ ก็เห็นได้ชัดว่าโทษดังกล่าว กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าโทษทางอาญา ดังนั้น กรณีจึงมีผล เท่าการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจในลักษณะของการมอบเช็คเปล่าให้ฝ่ายตุลาการไปกำหนดองค์ประกอบของสิ่ง ที่จะมีความผิดได้เอง ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจ

⁸ ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน, “สถานะ ‘ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล’ กับหลักสิทธิมนุษยชนและวิธี พิจารณาคดีอาญาสมัยใหม่,” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2563, จาก <https://www.tlhr2014.com/?p=5588>

3. บทวิเคราะห์และข้อเสนอเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายและการจัดระบบกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในประเทศไทย

จากสภาพปัญหาเกี่ยวกับความไม่แน่นอนชัดเจนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในประเทศไทย ซึ่งเป็นแก่นของปัญหาอันนำมาสู่กรณีปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในการออกกฎหมายลักษณะดังกล่าว ดังที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างใน ข้อ 2 นั้น ในส่วนนี้จะได้นำเสนอหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะและจัดระบบกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายตุลาการในประเทศไทย ดังต่อไปนี้

3.1 สถานะทางกฎหมายเมื่อพิจารณาจากองค์กรที่ทำหน้าที่ออกกฎหมาย

การพิจารณาโดยอาศัยเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น เป็นการจัดระบบหรือแบ่งประเภทของกฎหมาย โดยพิจารณาจากองค์กรที่ทำหน้าที่ออกกฎหมายว่า บรรดาองค์ประกอบในฝ่ายตุลาการซึ่งออกกฎหมายเหล่านั้น มีลักษณะเป็นหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทใด และเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า เป็นหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทใด ผลผลิตของการใช้อำนาจในการออกกฎหมายขององค์กรเหล่านั้น จะถือได้ว่าเป็น “การกระทำของ” (act of) องค์กรประเภทนั้น ๆ ดังนั้น การพิจารณาจากเกณฑ์ดังกล่าวนี้ จะพบว่าผลผลิตของการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ ไม่ว่าจะผู้ออกกฎหมายจะเป็นประมุขของศาล (ประธานศาล อธิบดีศาล ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล หรือที่เรียกชื่ออื่นใด) ที่ประชุมใหญ่ของผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาล จะถือได้ว่าเป็นการกระทำของฝ่ายตุลาการ และกฎหมายที่ออกโดยคณะกรรมการหรือคณะบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในฝ่ายตุลาการ เช่น คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งมีสถานะเป็นฝ่ายปกครอง จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม การพิจารณาโดยอาศัยเกณฑ์ดังกล่าวนี้ แม้จะให้คำตอบได้ค่อนข้างเป็นภววิสัย และไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นคำตอบที่ไม่ถูกต้อง แต่ก็ยังเป็นคำตอบที่ไม่ชัดเจน เพราะการกระทำของฝ่ายตุลาการนั้น มีความหมายและขอบเขตที่กว้างโดยหมายความรวมถึงการกระทำทางตุลาการซึ่งเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีด้วย

3.2 สถานะทางกฎหมายเมื่อพิจารณาจากฐานที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎหมาย

การพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยพิจารณาจากฐานที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎหมาย นั้น เป็นการพิจารณาในเชิงรูปแบบ กล่าวคือ ยึดโยงอยู่กับข้อความคิดเรื่องลำดับชั้นทางกฎหมายที่ถือกันว่ากฎหมายในลำดับชั้นหนึ่งย่อมเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการตรากฎหมายที่มีลำดับชั้นที่ต่ำกว่า และโดยนัยเดียวกันนี้ย่อมหมายความว่า กฎเกณฑ์ฉบับหนึ่งย่อมไม่อาจเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎหมายที่มีลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายที่เป็นฐานที่มาแห่งอำนาจได้ และผลผลิตของการใช้อำนาจจากกฎหมายในลำดับชั้นหนึ่ง ย่อมอยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่ากฎหมายดังกล่าวนี้ เช่น หากกฎหมายนั้นมีฐานที่มาแห่งอำนาจโดยตรงจากรัฐธรรมนูญจะถือว่ากฎหมายนั้นมีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เช่น ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ว่าด้วยการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง พ.ศ. 2561 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 235 (1) ประกอบกับมาตรา 226 วรรคเจ็ด ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หากกฎหมายที่ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ จะถือว่ากฎหมายนั้นมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎ แต่หากเป็นกรณีที่ใช้บังคับข้อเท็จจริงที่ถูกกำหนดไว้เป็นรูปธรรม (Concrete) และใช้บังคับกับบุคคลเป็นการทั่วไปแล้ว จะถือได้ว่ากฎหมายที่มีสถานะเช่นเดียวกับคำสั่งทั่วไปทางปกครอง ซึ่งหากพิจารณาจากหลักเกณฑ์นี้ จะพบว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการมีซึ่งผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในประเทศไทยโดยส่วนใหญ่ มีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วถึง นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่กฎหมายที่ได้ออกโดยไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายใด ๆ แต่มีลักษณะเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจบังคับบัญชาในความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา หรือมีเป็นลักษณะของการขอร่วมมือ หรือการชี้แนะแนวทางให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการประพฤติปฏิบัติตนโดยเหมาะสม จะถือว่ามิมีสถานะเช่นเดียวกับหนังสือเวียนหรือหนังสือขอความร่วมมือ โดยไม่ถือว่าก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ใด ๆ ระหว่างผู้ออกกฎหมายกับผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

3.3 สถานะทางกฎหมายเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎเกณฑ์

การพิจารณาถึงสถานะโดยพิจารณาจากเนื้อหาของกฎเกณฑ์ว่ามีสถานะทางกฎหมายอย่างไร ในที่นี้เป็นการพิจารณาจากการมีกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากเนื้อหาสาระของกฎเกณฑ์ เช่นว่านั้น มีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งโดยปกติแล้วต้องตราเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือเมื่อพิจารณาว่าโดยทั่วไปแล้วเนื้อหาในลักษณะเดียวกันกับที่ปรากฏกฎเกณฑ์นั้น ๆ จะถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายลำดับชั้นใด โดยไม่คำนึงว่าในทางรูปแบบแล้วกฎเกณฑ์เหล่านั้นอาศัยฐานที่มาอำนาจจากกฎหมายในลำดับใด และมีได้พิจารณาว่ากฎเกณฑ์เหล่านั้นออกมาในรูปแบบลำดับชั้นทางกฎหมายที่ถูกต้องหรือไม่ เช่น หากเนื้อหาของกฎเกณฑ์เหล่านั้น เป็นเนื้อหาที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ หรือมีลักษณะที่กำหนดวิธีพิจารณาความในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งตามปกติต้องกระทำโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น เมื่อพิจารณาโดยอาศัยเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น ต้องถือว่ากฎเกณฑ์เหล่านั้น มีสถานะในลำดับเดียวกับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เช่น ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 มาตรา 66 มาตรา 70 มาตรา 75/1 มาตรา 75/2 และมาตรา 75/4 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะพบว่าบทบัญญัติในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวหลายส่วน มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น บทบัญญัติในส่วนที่ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาหรือว่าด้วยการกำหนดวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณา ประกาศประธานศาลปกครองสูงสุด เรื่อง การตรวจคำอุทธรณ์ที่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย พ.ศ. 2559 และคำแนะนำของประธานศาลฎีกา เกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติ พ.ศ. 2559 ซึ่งมีเนื้อหาที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยชัดแจ้ง กรณีจึงถือว่าเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของระเบียบดังกล่าว จะถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาเทียบเท่ากับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หากเป็นกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาก่อตั้งนิติสัมพันธ์ให้บุคคลต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง และเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นโดยมีลักษณะมีผลออกมาใช้บังคับภายนอกฝ่ายตุลาการ โดยมีได้มีเนื้อหากระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ และมีผลบังคับในลักษณะเดียวกับกฎหรือคำสั่งทั่วไปในทางปกครอง จะถือว่ากฎเกณฑ์เหล่านั้น มีสถานะทางกฎหมายในลำดับชั้นเดียวกับกฎหรือคำสั่งทั่วไปทางปกครอง เช่น ข้อบังคับประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการจ่ายค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พักแก่พยานที่ศาลเรียกมาเอง พ.ศ. 2560 และในกรณีที่พิจารณาในทางเนื้อหาแล้วพบว่ากฎเกณฑ์เหล่านั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับภายในฝ่ายตุลาการ ไม่มีผลออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนโดยตรง ในกรณีนี้จะถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเดียวกับระเบียบภายในฝ่ายปกครอง โดยในกรณีนี้จะถือว่าฝ่ายตุลาการกระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา เช่น ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

การพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปฉบับหนึ่ง ๆ สามารถพิจารณาได้จากหลายแง่มุม โดยหากพิจารณาจากองค์กรที่ทำหน้าที่ออกกฎเกณฑ์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการพิจารณาในเชิงองค์กร นั้น ไม่สามารถให้คำตอบได้ชัดเจน เนื่องจากคำตอบที่ได้รับจะเป็นคำตอบที่เหมาะสมผลผลิตของการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการทั้งหมดให้มีลักษณะเดียวกันทั้งหมด และหากพิจารณาจากฐานที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นการพิจารณาในเชิงรูปแบบนั้น แม้จะสามารถให้คำตอบได้ชัดเจนยิ่งกว่าการพิจารณาจากองค์กรที่ทำหน้าที่ออกกฎเกณฑ์ก็ตาม แต่เนื่องจากในหลายกรณีจะเห็นได้ว่าเนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ที่อาศัยอำนาจจากกฎหมายในลำดับชั้นหนึ่ง กลับมีเนื้อหาซึ่งตามปกติแล้วควรต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายที่มีลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายซึ่งเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจ ซึ่งปัญหาดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและมีผลออกมากระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวนี้ตามปกติแล้วต้องตราเป็นกฎหมายของ

ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สภาพการณ์ในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันมีกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ที่มีผลใช้บังคับอยู่จริงจำนวนมาก มีเนื้อหากระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ โดยหากถือตามแนวทางการพิจารณาทั้งในเชิงองค์กรและในทางรูปแบบ จะทำให้บรรดากฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการไม่อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายได้ แต่การพิจารณาถึงสถานะของกฎหมายในทางเนื้อหานี้ก็ยังยั้งมีข้อจำกัดอยู่ที่ว่าเป็นการพิจารณาที่ขาดความเป็นทวิวิสัย เพื่อเป็นการนำเสนอทางออกต่อปัญหาที่เกิดขึ้น ผู้เขียนจะได้นำเสนอทางออกต่อปัญหาไว้ในส่วนที่ว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบ ในข้อ 4 ต่อไป

4. การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการมีซึ่งผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป

4.1 สภาพปัญหาจากสภาพการณ์ในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในปัจจุบัน

ในปัจจุบันการออกกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในประเทศไทย เกือบทุกกรณีฝ่ายตุลาการสามารถออกกฎหมายโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายนิติบัญญัติ แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับออกไปภายนอกฝ่ายตุลาการและมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ มีเพียงกรณีเดียวเท่านั้นที่ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาส่วนในการควบคุมตรวจสอบการออกกฎหมายของฝ่ายตุลาการ กล่าวคือบทบัญญัติมาตรา 6⁹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการอกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ที่กำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ส่งระเบียบที่ประกาศใช้ให้สภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบในวันนี้ออกระเบียบ โดยสภาผู้แทนราษฎร มีอำนาจที่จะยกเลิบทบัญญัติทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในสามสิบวัน ทั้งนี้ โดยใช้คะแนนเสียงของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายอังกฤษ โดยวิธีการ Negative Resolution Procedure ตาม The Instruments Statutory act of 1946 โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แม้มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะบัญญัติให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดส่งระเบียบฯ ให้สภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบได้ แต่การมีผลบังคับใช้ของระเบียบดังกล่าว เริ่มตั้งแต่วันที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศใช้ระเบียบข้างต้น เพียงแต่มีการเปิดช่องให้สภาผู้แทนราษฎรสามารถเข้ามาตรวจสอบได้ภายในระยะเวลา สามสิบวัน นับแต่ประกาศใช้ กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการควบคุมก่อนการประกาศใช้แต่อย่างใด นอกจากนี้ สภาผู้แทนราษฎรมีระยะเวลาจำกัดเพียงสามสิบวัน เท่านั้น แม้อาจจะถือได้ว่าการเปิดให้มีการควบคุมตรวจสอบภายหลังการประกาศใช้แล้วก็ตาม แต่เมื่อถูกจำกัดด้วยกรอบระยะเวลาดังกล่าว จึงทำให้ในทางปฏิบัติแล้ว ไม่เคยมีกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรยื่นญัตติขอให้ยกเลิกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแต่อย่างใด ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายไทยการควบคุมตรวจสอบในปัจจุบันปรากฏแต่เพียงเฉพาะการควบคุมตรวจสอบโดยที่ประชุมใหญ่ของผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลและคณะกรรมการ หรือคณะบุคคลซึ่งเป็นองคาพยพหนึ่งภายในฝ่ายตุลาการ เช่น ประธานศาลฎีกา โดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา อาศัยอำนาจตามมาตรา 20 ทวิ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ออกข้อกำหนดประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไต่ถามหรือประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบ

⁹ มาตรา 6 บัญญัติว่า ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 44 มาตรา 66 มาตรา 60/1 มาตรา 66 มาตรา 70 มาตรา 75/1 มาตรา 75/2 และมาตรา 75/4 ต้องส่งให้สภาผู้แทนราษฎรในวันนี้ออกระเบียบดังกล่าว เพื่อให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบได้ ถ้าต่อมามีการเสนอญัตติและสภาผู้แทนราษฎรมีมติภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ส่งระเบียบดังกล่าวให้สภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ยกเลิกระเบียบใดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น วรรคสอง บัญญัติว่า กำหนดวันตามวรรคหนึ่งให้หมายถึงวันในสมัยประชุม

ของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.) อาศัยอำนาจตามมาตรา 5¹⁰ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ออกข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเลือกกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิ พ.ศ. 2544 อย่างไรก็ตาม การควบคุมตรวจสอบในลักษณะนี้ยังมีข้อจำกัดอยู่ที่ว่า องค์ประกอบของที่ประชุมใหญ่ผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลแล้วแต่ประกอบด้วยผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลนั่นเอง ซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้ปฏิบัติงานภายใต้ประมุขของศาล หรือกรณีของการให้ความเห็นชอบโดยคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.) แม้จะมีบุคคลภายนอกที่มีใช่ตุลาการหรือผู้พิพากษาเป็นองค์ประกอบอยู่ด้วยก็ตาม แต่ก็ยังเป็นองค์ประกอบเพียงส่วนน้อยเท่านั้น กรณีจึงเป็นไปได้ว่า การควบคุมตรวจสอบนั้น เป็นเพียงการดำเนินการในทางแบบพิธี โดยไม่ได้มีการควบคุมตรวจสอบกันในเรื่องเนื้อหาและอาจเป็นการควบคุมที่ขาดความเป็นภววิสัยได้

สำหรับการควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ นั้น ปรากฏว่าทั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญต่างก็ปฏิเสธที่จะรับคำฟ้องหรือคำร้อง กรณีที่มีการยื่นขอให้เพิกถอนกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยต่างถือว่า บรรดา กฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้น มิใช่ผลิตผลของการใช้อำนาจในทางกฎหมาย ซึ่งสามารถเป็นวัตถุแห่งคดีที่ถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหรือความชอบด้วยกฎหมายโดยเขตอำนาจของตนได้ กล่าวคือ ศาลปกครองเห็นว่า กฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในทุก ลักษณะ มิใช่ผลิตผลของการใช้อำนาจทางปกครอง หากแต่เป็นผลิตผลของการใช้อำนาจในลักษณะพิเศษของฝ่ายตุลาการ เพื่อการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในการพิจารณาพิพากษารรคดี (การใช้อำนาจทางตุลาการ)¹¹ บรรลุผล อันสอดคล้องกับคำอธิบายว่าด้วยอำนาจโดยปริยายหรืออำนาจคู่ขนานของฝ่ายตุลาการ ตามที่ผู้เขียนอธิบายไว้ในข้อ 2 ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจที่จะรับคำฟ้องที่ขอให้เพิกถอนกฎเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวนี้ไว้พิจารณาได้ สำหรับศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่า บรรดา กฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายตุลาการนั้น มิใช่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ มิใช่กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ อันมีสถานะเป็นพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่า ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่รับคำร้องที่ผู้ร้องยื่นขอให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตรวจสอบแบบรูปธรรมภายหลังการประกาศใช้ ที่คู่ความหรือคู่กรณีในศาลยุติธรรมและศาลปกครอง สามารถโต้แย้งต่อศาลแห่งคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งจะใช้บังคับใช้แก่คดีตามช่องทางในมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (ตรงกับ มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560)¹² หรือช่องทางกรณียื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (ตรงกับมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560)¹³ จึงเป็นเหตุให้ในปัจจุบันไม่มีกรณีที่ฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหรือความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกณฑ์ลักษณะดังกล่าวข้างต้น

4.2 ทางออกในการควบคุมตรวจสอบกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในระบบกฎหมายไทย

จากที่ได้อธิบายไปในข้อ 4.1 จะเห็นได้ว่าสภาพการณ์ปัจจุบันในระบบกฎหมายไทยอยู่ในระดับที่จำกัด เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในปัจจุบัน นั้น ผู้เขียนเห็นว่า สามารถใช้ช่องทางตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นกรณีที่เปิดโอกาสให้ประชาชนฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญหากถูกละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ทั้งนี้ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า คำว่า “การกระทำ” ตามที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว นั้น หมายรวมถึงการที่ฝ่ายตุลาการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปขึ้นใช้บังคับอยู่ด้วย โดยหลักเกณฑ์วิธีการของการใช้สิทธิตามมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่ง

¹⁰ มาตรา 5 บัญญัติว่า ให้ประธานศาลฎีการักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม มีอำนาจออกข้อบังคับเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ข้อบังคับนั้น เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

¹¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 470/2552, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 74/2557, คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 1803/2562

¹² คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2544

¹³ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2552

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ซึ่งมาตรา 47¹⁴แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติข้อยกเว้นกรณีที่ไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ และผู้เขียนเห็นว่าการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายตุลาการไม่เข้าข้อยกเว้นดังกล่าวแต่อย่างใด

ทั้งนี้ เนื่องจากฝ่ายตุลาการก็เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งเมื่อเป็นกรณีที่ใช้อำนาจแล้วมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ย่อมต้องถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ และในกรณีดังกล่าวนี้ บทบัญญัติมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้บัญญัติถึงสภาพบังคับในผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าว โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยที่การออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายตุลาการนั้น อยู่ในความหมายของคำว่า “การกระทำ” ดังนั้น หากมีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปซึ่งถูกโต้แย้งมานั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญและผลที่จะตามมาก็คือบทบัญญัติที่ถูกโต้แย้งมานั้น จะใช้บังคับไม่ได้ ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 5¹⁵ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรตีความว่าการถูกละเมิดสิทธิตามบทบัญญัติมาตรา 213 ดังกล่าวข้างต้น ต้องเป็นการถูกละเมิดสิทธิอันเกิดจากการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น

4.3 ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้เสนอแนะแนวทางในการสร้างไกการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ในประเทศไทย ดังต่อไปนี้

4.3.1 การควบคุมตรวจสอบก่อนการประกาศใช้

เนื่องจากปัจจุบัน ในระบบกฎหมายไทยฐานที่มาแห่งอำนาจในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้น มีลักษณะกระจัดกระจาย ไม่มีกฎหมายฉบับใดที่มีลักษณะเป็นกฎหมายกลาง ที่กำหนดกลไกการควบคุมตรวจสอบไว้ให้มีลักษณะเดียวกัน ประกอบกับที่ได้อธิบายไปในข้อ 4.1 แล้วว่า ในปัจจุบันระบบกฎหมายไทยไม่มีการควบคุมตรวจสอบก่อนการประกาศใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอให้ มีการตรากฎหมายกลางที่ให้อำนาจฝ่ายตุลาการในการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และควรกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่มีผลใช้บังคับออกไปภายนอกฝ่ายตุลาการ และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ โดยให้ผลใช้บังคับของกฎหมายที่ถูกเสนอมามีผลในวันที่ได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ วิธีการที่เรียกว่า Affirmative Resolution Procedure ตาม The Statutory Act of 1946 ในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีใช้วิธีการที่เปิดช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถขอแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิก กฎเกณฑ์ได้ ภายหลังที่กฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว ซึ่งเรียกว่า Negative Resolution Procedure ตามที่ใช้กับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งไม่อาจจัดได้ว่าเป็นการควบคุมก่อนการประกาศใช้แต่อย่างใด

¹⁴ มาตรา 47 บัญญัติว่า การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 46 ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐ และต้องมีใช่เป็นกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (1) การกระทำของรัฐบาล (2) รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการร้องหรือผู้มีสิทธิขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว (3) กฎหมายบัญญัติขั้นตอนและวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ และยังมีได้ดำเนินการตามขั้นตอน หรือวิธีการนั้นครบถ้วน (4) เรื่องที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอื่น หรือเรื่องที่ศาลอื่นมีคำพิพากษา หรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว (5) การกระทำของคณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 192 (6) การกระทำที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง คณะกรรมการตุลาการศาลทหาร รวมถึงการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

¹⁵ มาตรา 5 บัญญัติว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

4.3.2 การควบคุมตรวจสอบหลังการประกาศใช้

ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 212 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้คู่ความหรือคู่กรณีในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหารโต้แย้งว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี นั้น มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการควบคุมแบบรูปธรรม ซึ่งที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญยืนยันมาโดยตลอดว่า คำว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีนั้น หมายความว่าเฉพาะกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่า เท่านั้น เป็นให้กฎหมายที่สามารถโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหมายความรวมถึงกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปด้วย

สำหรับการควบคุมแบบนามธรรม นั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 231 (1)¹⁶ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยเพิ่มคำว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ให้หมายความรวมถึง กฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปด้วย เพื่อให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปได้

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นต่อไปว่า นอกจากควรจะให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ควรจะให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรวมศูนย์อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกณฑ์ลักษณะดังกล่าวไว้ที่ศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นผลมาจากความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะในทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในปัจจุบัน

นอกจากนี้ จากที่เขียนได้เสนอให้มีกฎหมายกลางซึ่งเป็นฐานที่มาในการให้อำนาจฝ่ายตุลาการในการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป นั้น ผู้เขียนเห็นได้ว่าในกฎหมายกลางดังกล่าวควรรับเอาหลักการจากบทบัญญัติใน The Rule Enabling act of 1934 (U.S.C. § 2072 (b)) ของประเทศสหรัฐอเมริกาในส่วนของบัญญัติว่า *“Such rules shall not abridge, enlarge or modify any substantive right”* มาบัญญัติไว้ในด้วย เพื่อเป็นมาตรฐานในการควบคุมตรวจสอบบรรดากฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และเพิ่มเติมในส่วนท้ายโดยมีพิกัดคำนึงว่าเนื้อหาของกฎเกณฑ์เหล่านั้นจะเป็นกฎเกณฑ์ในทางสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติ ก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นดังเช่นที่เกิดขึ้นและเป็นถกเถียงกันในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยผู้เขียนเห็นว่า ควรบัญญัติไว้โดยมีใจความสำคัญว่า

“กฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ที่มีเนื้อหาหรือผลใช้บังคับออกไปภายนอกฝ่ายตุลาการ ต้องไม่มีลักษณะกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิของบุคคลอย่างมีนัยสำคัญ ไม่ว่าเนื้อหาของกฎเกณฑ์เหล่านั้น จะเป็นกฎเกณฑ์ในทางสารบัญญัติหรือในทางวิธีสบัญญัติ”

5. บทสรุป

ฝ่ายตุลาการสามารถใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปได้ แม้ยังไม่อาจหาข้อสรุปที่แน่ชัดได้ว่าสถานะในทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะอย่างไร อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายไทย เมื่อพิจารณาจากระบบการเมืองการปกครอง ที่มีการปกครองในระบบประชาธิปไตยระบบรัฐสภา และถือว่าอำนาจหลักในการตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายวิวลลอร์ ซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการไม่อยู่ในฐานะเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย หากแต่เป็นเพียงผู้ปรับใช้กฎหมายเท่านั้น ฝ่ายตุลาการในประเทศไทยจึงควรจำกัดอำนาจของตนเองในการใช้อำนาจดังกล่าว โดยกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายตุลาการจะตรารขึ้น ควรเป็นเรื่องที่มีผลใช้บังคับจำกัดอยู่แต่เฉพาะภายในวงงานของฝ่ายตุลาการ ไม่ควรมีลักษณะเป็นการ

¹⁶ มาตรา 231 บัญญัติว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีการณ์ ดังต่อไปนี้ (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่อง พร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

กำหนดวิธีพิจารณาความในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของคู่ความหรือคู่กรณีในคดี เช่น บทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิตามหลักการรับฟังความสองฝ่าย (*audi alterum partem*) หลักความเสมอภาค หรือบทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน เช่น บทตัดพยานหลักฐาน หรือที่มีลักษณะจำกัดหรือลดทอนช่องทางในการนำพยานหลักฐานเข้าสู่กระบวนการพิจารณา หรือบทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นต่อศาลสูง บทบัญญัติกำหนดระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่อาจส่งผลให้มีผลแพ้ชนะในคดี

โดยในกรณีที่จำเป็นต้องมีการออกกฎหมายที่มีเนื้อหาจำกัดหรือกระทบต่อหลักการลักษณะดังกล่าวข้างต้น ในระบบกฎหมายไทยควรต้องกระทำโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้ระบบกฎหมายไทยจะเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า เป็นระบบกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลในทางแนวคิดและนิติวิธีจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างมีนัยสำคัญ และในปัจจุบันกฎหมายลักษณะดังกล่าวมีผลใช้บังคับอยู่ในระบบกฎหมายอยู่เป็นจำนวนมาก ดังนั้น หากมีความจำเป็นที่ต้องให้ฝ่ายตุลาการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปที่มีเนื้อหากระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ ควรมีการตรากฎหมายกลางขึ้นมาฉบับหนึ่ง เพื่อเป็นกฎหมายกลางในการให้อำนาจในลักษณะดังกล่าวแก่ฝ่ายตุลาการ และควรให้ผลใช้บังคับของกฎหมายเหล่านั้น มีผลต่อเมื่อได้รับการอนุมัติหรือได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อนเสมอ

อนึ่ง ในปัจจุบันเนื่องจากปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะในทางกฎหมายของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น เป็นเหตุให้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายดังกล่าวเป็นไปได้ยากยิ่ง โดยทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองต่างก็ปฏิเสธที่จะรับคำฟ้องหรือคำร้องที่ขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมาย ของกฎหมายดังกล่าว ในที่นี้จึงเห็นควรเสนอให้มีการสร้างระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขึ้น โดยตรากฎหมายกลางขึ้นมาฉบับหนึ่ง เพื่อกำหนดกลไกให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาตรวจสอบร่างกฎหมายที่มีเนื้อหาออกไปภายนอกฝ่ายตุลาการและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญก่อนการประกาศใช้ และในกฎหมายกลางดังกล่าวควรมีบทบัญญัติที่เป็นเกณฑ์หรือมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ควรรวมศูนย์อำนาจในการควบคุมตรวจสอบทั้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ไว้ที่ศาลรัฐธรรมนูญ โดยการแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 212 ให้เปิดช่องให้คู่ความหรือคู่กรณีในคดีในศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลทหาร สามารถโต้แย้งว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป สามารถถูกโต้แย้งต่อศาลแห่งคดีว่ามีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ และควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว มาตรา 231 (1) เพื่อเปิดช่องให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายดังกล่าวได้

บรรณานุกรม

หนังสือ

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554

_____. วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

นันทวัฒน์ บรมานันท์. “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองหรือไม่.” http://publiclaw.net/publaw/view.aspx?id=711&fbclid=IwAR0gNmb0GP0E5wm_f5nWTioNzdEbk9aecrlQekY3_1fy8tVig9kB2m-dV1g, 29 มกราคม 2562.

เอกสารอื่น ๆ

ประสาธ พงษ์สุวรรณ. “หลักการพื้นฐานและประวัติการร่างระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดีฯ พ.ศ. 2544.” ในโครงการพัฒนาตน พัฒนางานจากความรู้และประสบการณ์...สู่เวทีเสวนา จัดโดยสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง กรุงเทพมหานคร, 2552.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “สัมมนาปัญหาวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ภาคกฎหมายวิธีสบัญญัติ) และปัญหากฎหมายปกครองสารบัญญัติ.” ในการสัมมนาผู้บริหารศาลปกครองชั้นต้น วันที่ 6 และวันที่ 13 มิถุนายน 2557. จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง กรุงเทพมหานคร, 2557.

BOOKS

Albert Venn Dicey. An Introduction to the Study of the Law of the Constitution. n.p : Elibron, 1982.

Charles Alan Wright. Procedural Reform in the States. Eagan, Minnesota : West Publishing, 1959.

David W. Neubauer and Henry F. Fradella. America's Courts and the Criminal Justice System. 10th edition. Belmont, California : Wadworth, 2011.

John Locke. The Second Treaties of Government. (Jonathan Bennett editor) N.p. : n.p., 2008.

Steven Harmon Wilson. The U.S. Justice System: an Encyclopedia. Santa Babara, California : ABC-CLIO,LLC, n.d.

ARTICLES

A. Benjamin Spencer. “ Substantive Procedure and The Rules Enabling Act.” UCLA Law Review 654 (2019) Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2018-37. (2019) : 25

Benjamin H. Barton. “ An Article I Theory of the Inherent Powers of the Federal Courts.” Catholic University Law Review. (2014) : 10.

Burton D. Esmond. “ Rule-Making by the Legislature.” The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 167. (May, 1933) : 102-105.

Henry M. Dowling. “ The Inherent Power of the Judiciary.” Indiana Law Journal. (December 1935) : 119.

Herbert Harley. “ The Argument for Judicial Rule-Making.” The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Vol. 167. (May, 1933) : 91-101.

House of Commons Information Office. “Statutory Instruments.” Factsheet L7 Legislative Series, (May 2008) : .4-5.

James D. Careron. “The Inherent Power of a State's Highest Court to Discipline the Judiciary.” Chicago-Kent Law Review. (1977) : 45.

Peter S. Boter. “Courts: Rule-Making Power.” Michigan Law Review, Vol.35 No.8 (June, 1937) : 1390-1392.

Robert H. Hall. “ Judicial Rule-Making Is Alive but Ailing.” American Bar Association Journal, Vol. 55. No. 7 (July 1969) : 637-640.

ELECTRONIC MEDIA

James C. Duff. “How the Rulemaking Process Works,” The United states courts.” <http://www.uscourts.gov/rules-policies/about-rulemaking-process/how-rulemaking-process-works>, 21 April 2018.