

คำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 47/2565 : พร้อมหมายเหตุท้ายคำสั่ง

ภาณุวัฒน์ ผ่องใส*

คดีนี้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อปรากฏตามคำฟ้องว่า สืบเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (ประธานศาลรัฐธรรมนูญ) โดยมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ) ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 6 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 38 มาตรา 41 มาตรา 42 มาตรา 49 มาตรา 56 มาตรา 60 มาตรา 63 มาตรา 66 มาตรา 67 มาตรา 68 มาตรา 71 มาตรา 74 มาตรา 75 มาตรา 76 และมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 โดยข้อ 10 ของข้อกำหนดดังกล่าวห้ามมิให้ผู้ใดบิดเบือนข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายตามคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ หรือวิจารณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่สุจริต หรือใช้ถ้อยคำหรือมีความหมายหยาบคาย เสียดสี ปลุกปั่น ยุยง หรืออาฆาตมาดร้าย และข้อ 11 กำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดหรือคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญตามข้อ 10 ให้ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 39 ผู้ฟ้องคดีในคดีนี้เห็นว่า ข้อ 10 และข้อ 11 ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อ 10 ของข้อกำหนดดังกล่าวออกโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น โดยมีคำขอให้ศาลเพิกถอนข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 เฉพาะข้อ 10 และข้อ 11 ในส่วนที่กำหนดว่า ผู้ใดฝ่าฝืนข้อ 10 ให้ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาล จากคำฟ้องประกอบข้อกฎหมายดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า การออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายในการออกกฎ หากแต่เป็นการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรฝ่ายตุลาการ อันมีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือการดำเนินการเพื่อให้การใช้อำนาจทางตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยคดีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย กรณีตามคำฟ้องจึงไม่อยู่ในอำนาจ

* พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มค้นคว้าและเรียบเรียงคำพิพากษา สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด, นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

พิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา

หมายเหตุ :-

ตามที่ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยบ่งชี้สถานะทางกฎหมายของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ข้อ 10 และข้อ 11 ว่ามีสถานะทางกฎหมายเป็นการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรฝ่ายตุลาการ อันมีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือการดำเนินการเพื่อให้การใช้อำนาจตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยคดีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย นั้น ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคำวินิจฉัยส่วนดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการวินิจฉัยบ่งชี้สถานะกฎหมายของกฎหมายของกฎหมายจากการพิจารณาในเชิงองค์กรแต่เพียงประการเดียว กล่าวคือ ผลผลิตของการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการย่อมเป็น “การกระทำของฝ่ายตุลาการ” ทุกกรณี การวินิจฉัยคดีพิพาทซึ่งเป็นการกระทำทางตุลาการย่อมเป็นการกระทำของฝ่ายตุลาการอย่างหนึ่งด้วย อันเป็นการสอดคล้องกับคำอธิบายในทางตำราที่เรียกอำนาจลักษณะดังกล่าวว่า “para-judicial power”¹ ซึ่งแปลอย่างเอาความได้ว่า อำนาจคู่ขนานของฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีขึ้นเพื่อเป็นอำนาจเสริมที่ช่วยให้การใช้อำนาจทางตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

โดยที่วัตถุประสงค์นี้ คือ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ข้อ 10 ซึ่งกำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดบิดเบือนข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายตามคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาล หรือวิจารณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลโดยไม่สุจริตหรือใช้ถ้อยคำหรือมีความหมายหยาบคาย เสียดสี ปลุกปั่น ยุยง หรืออาฆาตมาดร้าย” และข้อ 11 ซึ่งกำหนดว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนดหรือคำสั่งศาลตามข้อ 8 ข้อ 9 และข้อ 10 ให้ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มาตรา 39” อันจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นกฎหมายในทางกฎหมาย (Norm) ที่มีผลก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรง เนื่องจากการกำหนดองค์ประกอบของความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไว้ในข้อกำหนดฯ และหากมีการฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าวจะได้รับโทษตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ การที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้บ่งชี้สถานะทางกฎหมายของบรรดากฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปว่าเป็นอำนาจลักษณะพิเศษของฝ่ายตุลาการ (para-judicial power) ไปเสียทุกกรณี ย่อมเป็นสิ่งที่น่ากังวลและเป็นสิ่งที่พึงต้องพิจารณากันอย่างถ่องแท้ว่า ระบบกฎหมายควรปล่อยให้สภาพการณ์เช่นนี้ดำรงอยู่ต่อไปหรือไม่ กล่าวคือ หากยอมรับให้สภาพการณ์เช่นนี้ดำรงอยู่ต่อไปได้ ย่อมทำให้ฝ่ายตุลาการขยายปริมณฑลแห่งอำนาจของตนเข้าไปใช้อำนาจ ซึ่งเป็นแดนแห่งอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอันขัดต่อหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอย่างชัดเจน

¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สัมมนาปัญหาวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ภาคกฎหมายวิธีสบัญญัติ) และปัญหากฎหมายปกครองสารบัญญัติ,” ในการสัมมนาผู้บริหารศาลปกครองชั้นต้น วันที่ 6 และวันที่ 13 มิถุนายน 2557, จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง กรุงเทพมหานคร, 2557 : น. 6.

ทั้งยังเป็นการเปิดช่องและส่งเสริมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายโอนอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งมีลักษณะเป็นการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญให้แก่ฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายบริหาร ทั้งที่แท้ที่จริงแล้วอำนาจลักษณะดังกล่าวเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยระบบกฎหมายเยอรมันมีหลักกฎหมายที่เรียกว่า Wesentlichkeitstheorie ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถแปลอย่างเอาความได้ว่า “หลักการสงวนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ” ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการพัฒนาขึ้นโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์² อันมีข้อเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติสงวนไว้ซึ่งอำนาจในการตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ อันมีลักษณะก้าวล่วงไปยังแดนแห่งเสรีภาพของเอกชน ในขั้นนี้ผู้เขียนจึงไม่เห็นพ้องด้วยกับการที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวข้างต้น

อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าฝ่ายตุลาการไม่ควรใช้อำนาจลักษณะดังกล่าวนี้ หากแต่ฝ่ายตุลาการมีความชอบธรรมโดยเหตุผลของเรื่องที่จะคงไว้ซึ่งอำนาจลักษณะเช่นนี้ได้ แต่ควรเป็นเรื่องที่จำกัดในวงงานของฝ่ายตุลาการโดยแท้ หรือหากจะเป็นการกำหนดวิธีพิจารณาความในชั้นศาลก็ควรเป็นเรื่องที่เป็นการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยเท่านั้น เช่น ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับวงงานภายในของฝ่ายตุลาการโดยแท้ มิได้มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีในคดีหรือประชาชนโดยตรงแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม กล่าวแต่เฉพาะกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับภายในวงงานของฝ่ายตุลาการ ก็ยังมีข้อพิจารณาว่าสถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ลักษณะเช่นว่านี้ อาจถูกจัดเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีลักษณะเป็นระเบียบภายในฝ่ายปกครอง ที่เกี่ยวกับการจัดการองค์กรภายในฝ่ายปกครองและการดำเนินการภายในฝ่ายปกครอง (die Organisations- und Dienstvorschrift) หรือระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่กำหนดแนวทางการปฏิบัติงาน กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ (gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften)³ ได้เช่นกัน เนื่องจากอาจถือได้ว่าในกรณีนี้ฝ่ายตุลาการกระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาได้ ทั้งนี้ กรณีไม่ว่าจะเป็นประการใดก็ตาม เนื่องจากผลบังคับของกฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจำกัดอยู่แต่ภายในวงงานของฝ่ายตุลาการเท่านั้น คู่กรณีหรือประชาชนจึงมิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อน

² ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่วินิจฉัยโดยอาศัยหลักการดังกล่าวข้างต้น เช่น คำวินิจฉัยคดีผ้าคลุมศีรษะ (Headscarf case) รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู Axel Frhr. Von Campenhausen, “The German Headscarf Debate,” BRIGHAM YOUNG UNIVERSITY LAW REVIEW, pp. 672-674 (2004).

³ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., München 1985, S. 363 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), น. 45.



หรือเสียหาย หรือถูกโต้แย้งสิทธิจากกฎเกณฑ์ดังกล่าว จึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้แต่อย่างใด

ประเด็นที่ต้องพิจารณาในลำดับต่อมา คือ ความเห็นทางวิชาการและข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ รวมถึงความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อยในที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ว่า ข้อ 10 ข้อ 11 ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 เป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง เนื่องจากเห็นว่าในคดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนิยามในมาตรา 3⁴ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการออกข้อกำหนดดังกล่าวมิใช่การพิจารณาวินิจฉัยคดีหรือออกคำสั่งในคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีอันเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการ หากแต่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจออกกฎเพื่อบังคับตามกฎหมาย ซึ่งเท่ากับมีสภาพเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายซึ่งอยู่ในอำนาจตรวจสอบหรือพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง นั้น ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อความเห็นในลักษณะดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ฉบับใดฉบับหนึ่งไม่อาจจะพิจารณาจากแง่มุมใดแง่มุมหนึ่งได้ โดยต้องพิจารณาจากเกณฑ์ในทางองค์กร ทางรูปแบบ และทางเนื้อหาประกอบกัน ในที่นี้หากพิจารณาในทางรูปแบบ ซึ่งยึดโยงกับข้อความคิดว่าด้วยลำดับชั้นทางกฎหมายที่ว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายหนึ่งย่อมเป็นฐานที่มาในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นซึ่งมีลำดับชั้นที่ต่ำลงมา ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 มีฐานที่มาแห่งอำนาจจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ด้วยเหตุนี้ ข้อกำหนดดังกล่าวจึงมีสถานะเป็น “กฎ” ทางปกครองอย่างหนึ่ง ก็เป็นทัศนะหนึ่งในการพิจารณาความเป็นกฎจากรูปแบบของอำนาจที่ได้รับมา อย่างไรก็ตาม เนื่องจากธรรมชาติของเนื้อหาของข้อกำหนดข้อ 10 และข้อ 11 นี้ ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจในการดำเนินการทางปกครอง หากแต่เป็นการดำเนินการกิจของฝ่ายตุลาการที่มีความใกล้ชิดกับการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของศาล ในที่นี้จึงไม่อาจถือได้ว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกข้อ 10 และข้อ 11 ของข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง หากแต่โดยสภาพของเรื่อง

⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัตินิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า

- (1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง
- (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ
- (3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

(nature of thing) แล้วจะเห็นได้ว่า เป็นการใช้อำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Norm) ซึ่งมีลักษณะก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งปกติแล้วต้องกระทำในรูปของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเห็นได้ว่าข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการตรากฎเกณฑ์ขึ้นใหม่เพื่อใช้ในการดำเนินการกิจของฝ่ายตุลาการ ซึ่งแตกต่างจากการออกกฎเกณฑ์ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเพื่อใช้ในการดำเนินการกิจทางปกครอง ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “กฎ” ตามนิยามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และแท้ที่จริงแล้วรัฐสภาจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ขึ้นเอง การมอบอำนาจดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดเองจึงอาจมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้กระนั้นยังไม่อาจถือได้ว่าการออกข้อกำหนดในกรณีนี้เป็นการกระทำทางปกครองที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองได้ ในแง่นี้จึงเป็นการพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์จากเกณฑ์ในทางเนื้อหาของกฎเกณฑ์เป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม การให้ความเห็นในลักษณะเช่นนี้ของผู้เขียนย่อมมีข้ออ่อนที่ไม่อาจเลี่ยงได้ กล่าวคือ การพิจารณาว่าเนื้อหาของกฎเกณฑ์หนึ่ง ๆ กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากน้อยเพียงใด ย่อมขาดความเป็นภววิสัย จึงทำให้การบ่งชี้สถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ฉบับหนึ่ง ๆ แตกต่างกันไปในแต่ละบุคคลได้ แต่ในที่นี้ผู้เขียนได้พิจารณาจากการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ

อนึ่ง ในที่นี้มีได้หมายความว่า การที่ฝ่ายตุลาการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปจะมีใช้กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองไปเสียทุกกรณี เนื่องจากในบางกรณีก็ถือได้ว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครอง เช่น ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง หรือการที่อธิบดีศาลเยาวชนและครอบครัวกลางอาศัยอำนาจตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฉบับดังกล่าวออกประกาศศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง เรื่อง รับสมัครเข้ารับการอบรมความรู้แก่ผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมาย ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2556 อันจะเห็นได้ว่าเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายอย่างหนึ่งเช่นกัน (มีข้อพิจารณาว่าสถานะทางกฎหมายของบรรดาประกาศรับสมัครสอบแข่งขันเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป หรือเป็นเพียงการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งกรณีนี้มีความเห็นต่างระหว่างแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งวินิจฉัยว่า บรรดาประกาศรับสมัครต่าง ๆ เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปอย่างหนึ่ง⁵ แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นว่า บรรดาประกาศรับสมัครต่าง ๆ เป็นเพียงแต่การพิจารณาทางปกครอง มิใช่คำสั่งทางปกครองทั่วไปแต่อย่างใด)⁶ แต่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 74/2557 ว่าข้อบังคับของประธานศาลฎีกาและประกาศของอธิบดีศาลเยาวชน

⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 89/2554 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 309/2555

⁶ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1030/2554 และเรื่องเสร็จที่ 1569/2560



และครอบครัวกลางดังกล่าวข้างต้น เป็นผลิตผลของการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายตุลาการเช่นเดียวกับที่วินิจฉัยตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 47/2565 นี้

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าการที่จะพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปฉบับใดฉบับหนึ่ง นั้น ย่อมไม่อาจพิจารณาจากแง่มุมใดแง่มุมหนึ่งเพียงประการเดียวได้ หากแต่ต้องพิจารณาจากเกณฑ์ทั้งในทางองค์กร ทางรูปแบบ และทางเนื้อหาประกอบกัน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นพ้องด้วยในผลกับการที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยืนตามคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ไว้พิจารณา เนื่องจากเห็นว่าข้อ 10 และข้อ 11 ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 มิใช่การกระทำทางปกครอง แต่ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับส่วนที่วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรฝ่ายตุลาการ อันมีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือการดำเนินการเพื่อให้การใช้อำนาจทางตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญ ในการวินิจฉัยคดีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย นอกจากนี้ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นทางวิชาการและข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ที่ว่า ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังเหตุผลที่ได้อธิบายไปข้างต้น