

บทที่ 4

สิทธิและเสรีภาพของทหารในต่างประเทศ

เพื่อให้ทราบถึงสิทธิและเสรีภาพของทหารในประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจและสังคมแบบเสรีนิยมในทำนองเดียวกับประเทศไทยอันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน และออสเตรเลีย เพื่อเปรียบเทียบแนวคิดสิทธิและเสรีภาพของทหารในต่างประเทศกับการนำมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทย

4.1 สิทธิและเสรีภาพของทหารในประเทศสหรัฐอเมริกา

“ศาลสูงสหรัฐฯ ได้ยอมรับมาเป็นเวลานานแล้วว่า ทหารคือสังคมพิเศษที่แยกออกจากสังคมพลเรือนโดยความจำเป็น สิทธิและเสรีภาพของทหารในกองทัพจึงต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่สอดคล้องกับความจำเป็นด้านวินัยและการปฏิบัติหน้าที่อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้” (ปาร์คเกอร์ วี เลวี, 1974)¹

4.1.1 ที่มาของสิทธิและเสรีภาพของทหาร

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศในระบบเสรีประชาธิปไตย และปกครองโดยหลักการนิติธรรม (Rules of Law) โดยมีกฎหมาย ระเบียบที่เกี่ยวข้องกับราชการทหารดังนี้

- ก. รัฐธรรมนูญสหรัฐฯ
- ข. ประมวลยุติธรรมทหาร
- ค. ธรรมนูญศาลทหาร
- ง. กฎหมายลายลักษณ์อักษร
- จ. กฎระเบียบต่างๆ
- ฉ. คำสั่งเฉพาะ

¹ Defense Institute of International Legal Studies, “Human Rights and the Military,” Executive Program of Thailand 1999, Newport, RI, 1999. p.30.

4.1.2 แนวคิดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหาร

สหรัฐฯ มีแนวคิดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหารในตนเองเดียวกับประเทศต่างๆ กล่าวคือ สิทธิต่างๆ ของกำลังพลทหาร อาจถูกจำกัดลงเนื่องจากลักษณะเฉพาะของการปฏิบัติหน้าที่ของทหาร

4.1.3 สิทธิและเสรีภาพของทหาร

ทหารในประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับและถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ แบ่งเป็นประเภทต่างๆ ได้ 3 ประเภท ดังนี้

ก. สิทธิในการได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย แบ่งตามประเภทต่างๆ ได้ดังนี้

1) สิทธิขั้นพื้นฐาน

(ก) ได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา วัฒนธรรม ชนิก้า เพศหรือสังกัดทางการเมือง ถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอันเป็นที่ยอมรับสำหรับประชาชนทุกคน ซึ่งรวมถึงกำลังพลทหารด้วย

(ข) การได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกันบนพื้นฐานของความพยายามของแต่ละบุคคล การปฏิบัติงาน การประพฤติ สติปัญญา ศักยภาพ ความสามารถและพรสวรรค์ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ เพศหรือชนิก้า ทำให้ทหารได้รับการสนับสนุนและนับถือจากสาธารณชน

2) สิทธิในการได้รับการปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย

หมายถึง ขั้นตอนที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามก่อนที่จะกระทำการใดๆ ที่เกี่ยวข้องปัจเจกบุคคล เช่น ขั้นตอนการปฏิบัติต่อทหาร ได้แก่

(ก) การแจ้งล่วงหน้าเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงการปฏิบัติของรัฐเพื่อให้โอกาสกำลังพลผู้นั้นได้แสดงความคิดเห็นต่อการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

(ข) โอกาสในการตรวจสอบเอกสารและข้อมูลของรัฐหรือการสอบถามพยาน

(ค) โอกาสสำหรับกำลังพลทหารที่จะมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการตกลงใจของรัฐ ซึ่งมีผลกระทบต่อพวกเขา

(ง) การได้รับความช่วยเหลือจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านกฎหมาย

ภายใต้ระบบกฎหมายของสหรัฐฯ ปริมาณของการคุ้มครองตามขั้นตอนของกฎหมายต่อบุคคลขึ้นอยู่กับความรุนแรงของการละเมิดที่กระทำต่อบุคคลนั้น ซึ่งแยกตามประเภทของกระบวนยุติธรรมทหารของสหรัฐฯ จะมีขั้นตอนของการคุ้มครองตามกฎหมายเป็น 3 ระดับ กล่าวคือ

(1) กระบวนการทางปกครอง มีกระบวนการตัดสินใจทางทหารที่จำเป็นต้องนำกระบวนการปกครองมาใช้² คือ

(ก) การเลื่อนชั้น การให้รางวัล(บำเหน็จ) การให้สิทธิประโยชน์

(ข) กระบวนการทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการไล่ออกหรือการออกจากทหารโดยไม่สมัครใจ และขึ้นอยู่กับเหตุผลและลักษณะของการออก รวมทั้งความอาวุโสของกำลังพลผู้นั้น เช่น กรณีทหารกองประจำการที่ปฏิบัติหน้าที่เกินกว่า 6 ปี หากถูกให้ออกเนื่องจากการกระทำความผิดหรือทหารกองประจำการซึ่งถูกให้ออกในการกระทำความผิดที่ไม่ถึงขั้นไล่ออก จะมีกระบวนการในทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ.2539 กล่าวคือ ประการแรกการแจ้งการให้ออกจะต้องระบุถึงเหตุผลที่มีการเสนอให้ออกและให้ทหารผู้นั้นทราบถึงสิทธิของเขาก่อนการให้ออก ประการที่สอง การให้ความช่วยเหลือจากนายทหาร หรือสิทธิในการจ้างนายพลเรือน ประการต่อมาในกระบวนการพิจารณาจะต้องทำต่อนายทหาร 3 นาย ซึ่งทหารผู้ถูกพิจารณาอาจนำเสนอหลักฐานหรือเรียกพยานมาให้ปากคำได้ นอกจากนี้ยังมีสิทธิในการตรวจสอบข้อมูลของรัฐและเอกสารที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการเสนอให้ไล่ออก และมีเวลาที่พอเพียงสำหรับการเตรียมการสำหรับการโต้แย้ง รวมทั้งยังมีสิทธิในการอุทธรณ์ คำตัดสินไปยังคณะกรรมการพลเรือนพิจารณากระบวนการให้ออกหลังจากที่ออกจากราชการแล้วด้วย

(2) กระบวนการทางวินัย

ตามประมวลยุติธรรมทหาร ผู้บังคับบัญชามีอำนาจลงทัณฑ์ทางวินัยในความผิดเล็กน้อย อำนาจในการลงโทษจะจำกัดตามลำดับอาวุโสของกระทำความผิด แต่จะต้องไม่เกินกว่าการกัก 7 วัน หรือตัดเงินเดือนครั้งหนึ่งเป็นเวลา 2 เดือน โดยเงื่อนไขดังนี้

(ก) การลงทัณฑ์ทางวินัยไม่จำเป็นต้องมีการตั้งศาลเพื่อพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการตามกระบวนการคุ้มครองทางศาล

² Defense Institute of International Legal Studies, “Rights of Military Members”, Executive Seminar for Thailand 2003, Newport, RI, 2004.pp. 3-1.

(ข) กระบวนทางวินัย เป็นการรับประกันสิทธิ สิทธิในการได้รับการบอกกล่าว การปรากฏตัวและการแก้ข้อกล่าวหา

(ค) กระบวนการทางวินัย ถูกนำมาใช้ทั้งทหารประจำการและทหารนอกประจำการ

(ง) กำลังพลทหารมีสิทธิในการปฏิเสธไม่ยอมรับการลงทัณฑ์ทางวินัยและร้องขอให้ใช้กระบวนการพิจารณาในศาลทหาร เว้นแต่ทหารผู้นั้นจะประจำการในเรือ

(จ) กำลังพลทหารสามารถอุทธรณ์คำตัดสินไปยังผู้บังคับบัญชาสูงกว่าได้

ข. สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองน้อยกว่าบุคคลทั่วไป

เนื่องจากลักษณะเฉพาะของการปฏิบัติหน้าที่ของทหารเอง กับการใช้สิทธิและเสรีภาพในทั้งในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัจเจกชนในบางประเภท อันได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพทางการเมือง เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการเข้าร่วมในสหภาพแรงงานและเสรีภาพในทางวิชาการ เป็นต้น จะมีลักษณะอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้นรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งจะรับประกันสิทธิเสรีภาพของพลเมืองในการแสดงความคิดเห็นสิทธิดังกล่าวนี้รวมถึงการแสดงความคิดเห็นด้วยวาจาและลายลักษณ์อักษร รวมทั้งการชุมนุม ซึ่งจะได้กล่าวถึงความจำเป็นและประโยชน์ของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างเสรีภาพที่ทหารจะพึงมีกับเสรีภาพที่ทหารจะถูกจำกัดมากกว่าบุคคลทั่วไป โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) ประโยชน์ของการแสดงความคิดเห็น การพูด การพิมพ์ และการชุมนุม มีดังนี้

(ก) ทำให้มีการปรึกษาหารืออย่างเปิดเผยเกี่ยวกับประเด็นที่มีความสำคัญ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย การโต้แย้งและการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นโดยอิสระจะนำมาซึ่งความคิดดี ๆ ที่หลากหลายซึ่งอาจนำมาช่วยเหลือสังคมได้

(ข) การแสดงความคิดเห็นโดยอิสระเป็นหลักประกันว่าผู้นำรัฐบาลได้รับทราบความประสงค์ของประชาชน พวกเขาจึงสามารถตอบสนองต่อเจตจำนงของประชาชนได้

(ค) ประชาชนมีแนวโน้มที่จะเชื่อฟังการตัดสินใจของผู้นำรัฐบาลหากพวกเขามีความเชื่อว่ารัฐบาลรับฟังความคิดเห็นของพวกเขา

(ง) การสร้างความสมดุลที่เหมาะสมระหว่างสิทธิในการแสดงออกของกำลังพลทหารกับความจำเป็นด้านความพร้อมในการปฏิบัติการจะขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยที่สุ่มและรอบคอบของผู้บังคับบัญชาที่มีหน้าที่รับผิดชอบ

(จ) การทดสอบความสมดุลกับสิทธิและเสรีภาพประเภทต่างๆ ที่ถูกจำกัด

(1) เสรีภาพในการพูด

เช่นเดียวกับประชาชนทั่วไป กำลังพล ทหารจะมีสิทธิให้การแสดงออก อย่างไรก็ตาม สิทธิในการเข้ามีส่วนร่วมในการพูดโดยเสรีมิได้ทำให้กำลังพลทหารนั้นมีความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดจากการลงโทษที่จะตามมา หากการพูดนั้นละเมิดกฎหมายอาญา และการพูดในลักษณะต่อไปนี้อย่างไร ก็จะเป็นความผิดอาญา

- (ก) การพูดถึงผู้บังคับบัญชาโดยขาดความเคารพ
 - (ข) การใช้ถ้อยคำหรือแสดงกริยาอาการซึ่งเป็นการยั่วยุให้เกิดการทะเลาะวิวาท
 - (ค) เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ
 - (ง) บริภาษหรือเรื่องราขการนอกกองทัพโดยปราศจากอำนาจ
- (2) เสรีภาพในการพิมพ์

การเป็นเจ้าของเอกสารงานเขียนที่มีไข่เอกสารลับของกำลังพลทหาร โดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าส่งผลในทางลบต่อวินัยหรือประสิทธิภาพทางทหาร อย่างไรก็ตาม การแสดงหรือแจกจ่ายงานเขียนต่อสาธารณะอาจต้องห้ามหากการแสดงออกค้านผลประโยชน์ของกำลังพลผู้นั้นมากเกินไป ผลประโยชน์ด้านการบังคับบัญชาในการรักษาขวัญกำลังใจและระเบียบวินัยที่ดี สิ่งพิมพ์ที่ต้องห้ามได้แก่งานเขียนที่ส่งผลต่อความเกลียดชังหรือต่อต้านกลุ่มบุคคลและภาพลามก

(3) เสรีภาพในการชุมนุมโดยสันติและการชุมนุมประท้วง มีเงื่อนไขดังนี้

- ก) ผู้บังคับบัญชาอาจห้ามการชุมนุมประท้วงในหน่วยที่ตั้งหากพบว่าการประท้วงนั้นอาจส่งผลเสียต่อระเบียบวินัยที่ดีและขวัญกำลังใจของกำลังพล
- ข) ผู้บังคับบัญชาอาจห้ามกำลังพลไม่ให้เข้าร่วมในการชุมนุมประท้วงนอกหน่วยที่ตั้งหากสถานการณ์แวดล้อมอาจก่อให้เกิดการแทรกแซงภารกิจทางทหาร
- ค) กำลังพลทหารไม่ควรสวมเครื่องแบบในขณะที่เข้าร่วมในการชุมนุมประท้วง หรือการรวมกลุ่มสาธารณะ เนื่องจากอาจทำให้พลเรือนเข้าใจว่า กองทัพสนับสนุนกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งอย่างเป็นทางการ

(4) สิทธิในการเข้าร่วมในสหภาพแรงงาน มีข้อจำกัดดังนี้

- ก) กำลังพลทหารต้องมีความพร้อมในการปฏิบัติภารกิจซึ่งมีอันตราย กำลังพลสหรัฐจึงไม่สามารถเข้าร่วมในสหภาพแรงงานของกองทัพ เนื่องจากการเข้าเป็นทหารเท่ากับได้อุทิศตนต่อกองทัพแล้ว

ข) กำลังทหารจะไม่ได้รับอนุญาตให้นัดหยุดงานเพื่อขอขึ้นค่าจ้าง แต่อาจเขียนจดหมายถึงผู้แทนของตนในสภาองค์กรหรือสภามณฑลว่า การกระทำดังกล่าวใหม่เพื่อนำคำร้องขอในการขึ้นค่าแรงงานต่อสภาองค์กรได้

(5) สิทธิในการร้องทุกข์

ก) กำลังพลทหารได้รับอนุญาตให้เสนอคำร้องทุกข์หรือข้อข้องใจต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป ตามกระบวนการที่เป็นทางการซึ่งผู้บังคับบัญชาดังกล่าวต้องตอบข้อร้องทุกข์หรือคำถามนั้น

ข) กำลังพลทหารยังคงได้รับสิทธิในการติดต่อสื่อสารโดยตรงกับเจ้าหน้าที่พลเรือนที่ได้รับการคัดเลือกให้มาเป็นผู้แทนของกำลังพลผู้นั้น

(6) สิทธิทางการเมือง

ก) กำลังพลทหารอาจลงคะแนนเสียงสำหรับผู้สมัครทางการเมืองตามที่ประสงค์จะเลือก

ข) กำลังพลทหารไม่สามารถเป็นผู้แทน หรือมีส่วนร่วมโดยตรงในการสมัครรับเลือกตั้งในตำแหน่งทางการเมืองใด

ค) กิจกรรมทางการเมืองที่แสดงการเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะถูกห้ามมิให้กระทำในที่ตั้งทางทหาร หรือใช้สิ่งอำนวยความสะดวกทางทหาร

4.2 สิทธิและเสรีภาพของทหารในประเทศฝรั่งเศส

สิทธิและเสรีภาพของทหารในประเทศฝรั่งเศสโดยทั่วไปมีใกล้เคียงกับสหรัฐอเมริกา คงแตกต่างกันบางเรื่อง เช่น มีสิทธิในการเข้าร่วมในสหภาพแรงงานของทหารฝรั่งเศส และยอมให้ข้าราชการนัดหยุดงานได้ยกเว้นข้าราชการบางจำพวก เช่น ทหาร และผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นต้น ซึ่งต้องปฏิบัติตามนโยบายของรัฐโดยเคร่งครัดเหมือนไทยและสหรัฐอเมริกา และจะต่างกับไทยตรงที่ศาลปกครองฝรั่งเศสเคยรับพิจารณาคดีเกี่ยวกับวินัยทหารด้วย³

ในเรื่องกระบวนการทางวินัยทหารนั้น ในประเทศฝรั่งเศส มีมาตรการระเบียบภายใน (Les mesures d'ordre interieur) เป็นมาตรการที่จัดทำภายในบริการและมีวัตถุประสงค์ที่จะ

³ L.Neville Brown and J.F.Garner, French Administrative Law, (London:Third Edition,1983), p. 99.

ปรับปรุงและอำนวยความสะดวกในการดำเนินงาน⁴ เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเล็กน้อยในการดำเนินการทางราชการ⁵ เช่น การลงทัณฑ์ทางวินัยในกองทัพ ในกรณีที่ผู้ถูกลงทัณฑ์ กักขัง 40 วัน หรือ ชังเดี่ยว 20 วัน มิได้เห็นว่าการลงทัณฑ์นั้นเป็นสาระสำคัญที่ต้องการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว⁶ ซึ่งไม่ใช่คำสั่งที่มีผลบังคับทันที หรือคำสั่งทางปกครองที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้โดยตรง⁷ อย่างไรก็ตามคำพิพากษาในเรื่องนี้มีจุดยืนค่อนข้างยืดหยุ่น เห็นว่าเมื่อมาตรการเหล่านี้ทำความเสียหายให้กับสถานะทางกฎหมายของผู้เกี่ยวข้องแล้ว คำพิพากษามักจะถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับและอาจฟ้องเพิกถอนได้⁸

4.3 สิทธิและเสรีภาพของทหารในประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมัน จะมีบทบัญญัติที่เรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic Rights หรือ Grundrechte) ที่ใช้บังคับกับประชาชนและทหาร โดยบัญญัติไว้ใน Article 1-19 GG⁹ ซึ่งพบได้เช่นเดียวกันในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส โดยไม่มีบทบัญญัติรองสิทธิและเสรีภาพของทหารไว้โดยเฉพาะ คงมีแต่บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในความเชื่อและการนับถือศาสนาใน Article 4 III GG ว่า บุคคลไม่อาจถูกบังคับหรือชักจูงให้ต้องรับราชการทหารหรือเข้าร่วมในราชการทหาร ทั้งนี้ เนื่องจากเยอรมันถือว่าสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานนี้ เป็นสิทธิที่ผูกพัน

⁴ พุนศักดิ์ ไวสำรวจ, “นิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส,” กฎหมายปกครองเล่ม 4, (สิงหาคม 2528), หน้า 289.

⁵ Rivero, Jean, Dr oit Administratif, (Paris : Dalloz, 1980), p.245.

⁶ L.Neville Brown, John S. Bell, French Administrative Law, (Oxford:ClarendonPress), p.54.

⁷ พุนศักดิ์ ไวสำรวจ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, หน้า 289.

⁸ เพ็ญอ้าง, หน้า 290.

⁹ Nigel G. Foster and Saish Sule, German Legal Sytem \$ Laws, (OXFORD UNIVERSITY,2002), pp. 204-205.

องค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ต้องปฏิบัติตามและคุ้มครองคนเยอรมันทุกคนรวมทั้งทหาร แต่อย่างไรก็ตามได้มีการบัญญัติอนุญาตให้จำกัดสิทธิของทหารไว้ใน Article 17 a¹⁰

ในประเทศเยอรมันไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติคุ้มครองสิทธิของพยานไว้โดยตรง โดยกฎหมายที่สำคัญที่สุดของเยอรมันเรียกว่า “Grundgesetz (GG) “ หรือ “Basic Constitutional Law” และใน Article 1 ส่วนที่ 2 ของกฎหมายดังกล่าว บัญญัติว่า “ประชาชนเยอรมันยอมรับว่าสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ล่องลอยและจะบังคับให้กระทำตามไม่ได้ ในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในทุกสังคม และความสันติสุขและความยุติธรรมของโลก” นอกจากนี้ใน Article 1 ของ The German Basic Constitutional Law ยังได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชาวเยอรมันใน Article 7a วรรค 3 ไว้อย่างไม่มีข้อจำกัดและไม่อาจเปลี่ยนแปลงบทบัญญัตินี้ได้ ซึ่งกฎหมายนี้ใช้บังคับเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั่วไปและทหาร

สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับกับทหารโดยตรงในประเทศเยอรมันจะเรียกว่า “Soldatengesetz (SG) หรือ Military Law” ซึ่งกล่าวถึงกฎระเบียบและสถานะของทหาร กฎหมายนี้ออกโดยพื้นฐานของ The Basic Constitutional Law โดยใน § 8 ของ Military บัญญัติว่า “ทหารต้องยอมรับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลที่มีอยู่ในระบบเสรีประชาธิปไตย และต้องปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับระบอบการปกครองและสภาพสังคมดังกล่าว

นอกจากนี้ใน Article 87a (1) ยังบัญญัติว่า “รัฐบาลกลางมีหน้าที่จัดเตรียมกำลังเพื่อการป้องกันประเทศ สำหรับจำนวนและหน่วยที่ต้องการขึ้นอยู่กับประมาณแผ่นดินที่มี”

สรุปได้ว่า สิทธิและเสรีภาพของทหารในประเทศเยอรมันนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติรองรับไว้โดยตรงไว้ใน “Grundgesetz” หรือ “Basic Constitutional Law” โดยสิทธิและเสรีภาพของทหารจะตกอยู่ภายใต้ Grundgesetz ในฐานะส่วนหนึ่งของ Grundgesetz.

สำหรับเรื่องการลงโทษทางวินัยนั้น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเห็นว่าบุคคลบางประเภท เช่น ข้าราชการอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาการดูแลของรัฐเป็นพิเศษจากเอกชนทั่วไป จึงมีนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับรัฐเป็นการพิเศษ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีผลไปกระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานนี้ ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก กระทั่งถึง

¹⁰ Grundgesetz Article 17a: The restriction of the basic rights for member of the armed force and

สิทธิของข้าราชการในฐานะส่วนตัว ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการพิจารณาโทษทางวินัยและมีคำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการย่อมมีผลต่อทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก¹¹

สรุปได้ว่า สิทธิและเสรีภาพของทหารในประเทศเยอรมันโดยทั่วไปมีใกล้เคียงกับสหรัฐอเมริกา คงแตกต่างกันบางเรื่องในทำนองเดียวกับฝรั่งเศส เช่น มีสิทธิในการเข้าร่วมในสหภาพแรงงานของทหาร แต่ไม่ยอมให้ทหารนัดหยุดงาน ส่วนเรื่องวินัยนั้น ทั้งสองประเทศถือว่าการพิจารณาโทษทางวินัยและมีคำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการมีผลต่อทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก อันเป็นคำสั่งทางปกครอง และในเรื่องสิทธิการฟ้องคดีมีเกี่ยวกับวินัยทหารในศาลปกครองนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสเคยมีคำพิพากษาในเรื่องนี้มีจุดยืนค่อนข้างยืดหยุ่นยินยอมให้ฟ้องคดีเกี่ยวกับวินัยทหารบางกรณีได้

4.4 สิทธิและเสรีภาพของทหารในประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลียและในเครือจักรภพอังกฤษ จะมีกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทหารในรูปแบบเดียวกัน ที่เรียกว่า Commonwealth of Independent States on the Parliamentary Oversight of the State Military Organization¹² ทั้งนี้โดยมีคณะกรรมการที่เรียกว่า คณะกรรมการของรัฐสภาเกี่ยวกับกิจการขององค์กรทางทหาร (Parliamentary (State) Commissioner on the Affairs of the State Military Organization) ทำหน้าที่ปฏิบัติตาม Article 5 ของกฎหมายดังกล่าวดังนี้

ก. ให้คำแนะนำที่สามารถปฏิบัติได้ในการประกันสิทธิพลเรือน สังคม และสิทธิส่วนบุคคลของข้าราชการ และบุคลากรทางทหาร รวมทั้งหน่วยสนับสนุนและหน่วยอื่นๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของทหาร

ข. ทำให้เกิดความร่วมมืออันเป็นประโยชน์ระหว่างเหล่าทัพ กองทัพ หน่วยสนับสนุน และหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกองทัพ รวมไปถึงประชาชน และองค์กรสาธารณะและสื่อมวลชน

¹¹ สกลชัย รัตนสกาวงศ์, พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, น. 127.

¹² <http://www.apf.gov.au/library/intguide/law/auslaw.htm#commonwealth>, Australian Law

ค.จัดทำแผนระยะยาว เกี่ยวกับการเครพข้อกำหนดสำหรับการเป็นกลางทางการเมือง และการป้องกันกิจกรรมทางการเมืองภายในองค์กรทางทหารของประเทศ

นอกจากนี้ใน Article 6 ของกฎหมายดังกล่าว ยังกำหนดให้การกระทำโดยมี จุดประสงค์ตาม Article 5 เป็นสิทธิของคณะกรรมการของรัฐสภาเกี่ยวกับกิจการขององค์กรทาง ทหาร ที่จะกระทำการดังต่อไปนี้

ก. ร้องขอ และได้รับข้อมูล เอกสาร และบันทึก ที่จำเป็นในการปฏิบัติการที่กำหนด ใน Article นี้ จากผู้บังคับบัญชาหรือเจ้าหน้าที่ของเหล่าทัพ กองทัพ หน่วยสนับสนุน และหน่วย อื่นๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของทหาร รวมไปถึงองค์กรที่ทรงอำนาจของประเทศ

ข. วินิจฉัยคำร้องเรียนของข้าราชการ และบุคลากรทางทหาร กองทัพ หน่วยสนับสนุน และหน่วยอื่นๆที่เป็นส่วนหนึ่งของทหาร ที่เกี่ยวกับการถูกผู้บังคับบัญชา และเจ้าหน้าที่ในกองทัพ หรือหน่วยละเมิดสิทธิพลเมือง สังคม และสิทธิส่วนบุคคล เพื่อดำเนินการ สอบสวน และ ดำเนินการต่อไป

ค. วินิจฉัยคำร้องขอ และข้อเสนอแนะของพลเรือน องค์กรอิสระ และสื่อมวลชน เกี่ยวกับกิจกรรมของทหาร หน่วยสนับสนุน และหน่วยอื่นๆที่เป็นส่วนหนึ่งของทหาร และภายใต้ ข้อกำหนดนี้ ให้ตอบคำถามและข้อเสนอแนะแก่บุคลากรทางทหาร หน่วยสนับสนุน และหน่วยอื่นๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของทหาร รวมไปถึงองค์กรอื่นๆที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจของรัฐ

ง. เรียกร้องคำตอบจากคำถามหลักๆ ที่กล่าวมาใน article นี้ จากผู้บังคับบัญชาทหาร หน่วยสนับสนุน และหน่วยอื่นๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของทหาร รวมถึงจากองค์กรอื่นๆที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจ ของรัฐ

จ. ผู้บังคับบัญชา และบุคลากรทางทหาร หน่วยสนับสนุน และหน่วยอื่นๆ ที่เป็นส่วน หนึ่งของทหาร และองค์กรอื่นๆที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจของรัฐต้องให้ข้อมูล เอกสาร และบันทึกที่จำเป็นต่อ การปฏิบัติการดังกล่าวใน article นี้แก่คณะกรรมการของรัฐสภาเกี่ยวกับกิจการขององค์กรทาง ทหาร ภายในระยะเวลาที่อำนาจ ตามกระบวนการของกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ในทางปฏิบัติ ทหารในประเทศออสเตรเลียมีสิทธิและเสรีภาพมาก ในทำนองเดียวกับ สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ โดยทหารอาจแสดงความคิดเห็นที่เกี่ยวกับทหารโดยตรงได้ และไม่

ยอมรับคำสั่งที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เนื่องจากการที่รัฐไม่ให้รายละเอียดเกี่ยวกับสิ่งที่จะมีผลกระทบต่อทหารผู้ควรจะได้รู้¹³

สรุปได้ว่า การคุ้มครองและบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศทั้งสี่ประเทศ จะมีมาตรฐานในการคุ้มครองและบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งมีศาลทหารเช่นเดียวกับประเทศไทย โดยจะมีความแตกต่างในรายละเอียดของการอนุญาตและการจำกัดสิทธิอยู่บ้างบางประเภทแตกต่างกันไปบ้างตามแนวคิดและสภาพสังคมและวัฒนธรรมเฉพาะของแต่ละประเทศ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้กำลังพลทหารมีสิทธิในการปฏิเสธไม่ยอมรับการลงทัณฑ์ทางวินัยและร้องขอให้ใช้กระบวนการพิจารณาในศาลทหาร เว้นแต่ทหารผู้นั้นจะประจำการในเรือ และในกระบวนการทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการไล่ออกหรือการออกจากทหารโดยไม่สมัครใจ จะต้องมีการแจ้งการให้ออกจะต้องระบุถึงเหตุผลที่มีการเสนอให้ออกและให้ทหารผู้นั้นทราบถึงสิทธิของผู้นั้นก่อนการให้ออกด้วย รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือจากทนายทหาร หรือสิทธิในการจ้างทนายพลเรือน การพิจารณาคดีต่อหน้านายทหาร 3 นาย ซึ่งทหารผู้ถูกพิจารณาอาจนำเสนอหลักฐานหรือเรียกพยานมาให้ปากคำได้ สิทธิในการตรวจสอบข้อมูลของรัฐและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการเสนอให้ไล่ออก มีเวลาที่พอเพียงสำหรับการเตรียมการสำหรับการโต้แย้ง สิทธิในการอุทธรณ์คำตัดสินไปยังคณะกรรมการพลเรือนพิจารณาระบบการให้ออกหลังจากที่ออกจากราชการ ซึ่งเป็นกระบวนการทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ของไทย เป็นต้น

สำหรับในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันได้อนุญาตให้ทหารมีสิทธิในการเข้าร่วมในสหภาพแรงงานของทหาร แต่ยังไม่ยอมให้ทหารนัดหยุดงานเช่นเดียวกัน แต่ที่แตกต่างกันคือ ฝรั่งเศสอนุญาตให้ทหารฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับวินัยทหารในบางกรณีต่อศาลปกครองฝรั่งเศสคดีด้วย¹⁴ ส่วนในประเทศออสเตรเลียนั้น ใช้กฎหมายที่มีรากฐานในระบบเครือจักรภพอังกฤษ จึงมีการคุ้มครองสิทธิของทหารเช่นเดียวกับทหารในประเทศเครือจักรภพอื่น เช่น สหรัฐอเมริกา ซึ่งไม่อนุญาตให้ทหารมีสิทธิในการเข้าร่วมในสหภาพแรงงานของทหารเหมือนฝรั่งเศสและเยอรมัน

¹³ Terry Cook , “Australian sailors en route to the Gulf refuse anthrax vaccine”, <http://www.wsws.org/articles/2003/mar2003/anth-m01.shtml>

¹⁴ L.Neville Brown and J.F.Garner, French Administrative Law, (London:Third Edition,1983), p.99.

4.5 กระบวนการยุติธรรมทางทหารในประเทศอังกฤษ อเมริกา และฝรั่งเศส

4.5.1 การเริ่มดำเนินคดี

การเริ่มดำเนินคดีต้องประกาศชื่อตุลาการแต่ละคนเพื่อให้จำเลยคัดค้านเสียก่อน ถ้ามีการคัดค้าน ก็ต้องถอนตัว หรือตุลาการที่เหลือต้องประชุมลงมติว่า ควรให้ถอนตัวออกหรือไม่ จนเหลือตุลาการครบองค์คณะก่อน ถ้าขาดไปก็ต้องมีการแต่งตั้งใหม่จนครบ เสร็จแล้วตุลาการจึงจะสถาบันตนท่ามกลางศาลเป็นราย ๆ ไป ตลอดจนอัยการโจทก์ พยาน จำศาล ผู้จัดบันทึกถ้อยคำสำนวน กว่าจะเริ่มเข้าสู่การดำเนินคดีได้แต่ละเรื่องก็กินเวลานานมาก

4.5.2 ระบบการศาลทหาร

ในอังกฤษและสหรัฐอเมริกาใช้แบบลูกขุนผสม คือ ตุลาการพระธรรมนูญ (ฝ่ายกฎหมาย) ทำหน้าที่เพียงแนะนำและควบคุมการดำเนินคดีให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ส่วนตุลาการอื่นทำหน้าที่ชี้ข้อเท็จจริงแบบลูกขุนและพิพากษาคดีไปด้วย คือเป็นวิธีย่อไม่ต้องใช้อย่างลูกขุนในศาลพลเรือน เพราะต้องสิ้นเปลืองมาก

ส่วนในฝรั่งเศสนั้นคล้าย ๆ ของไทย คือ ตุลาการพระธรรมนูญและตุลาการต่างมีสิทธิในการชี้ขาดตัดสินคดีทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและกฎหมาย

4.5.3 การอนุมัติคำพิพากษา

สำหรับอังกฤษและสหรัฐอเมริกานั้น ศาลพิพากษาแล้วยังต้องมีคำอนุมัติของผู้มีอำนาจก่อน คือ อาจยับยั้งหรือแก้ไขหรืออนุมัติคำพิพากษาแล้ว จึงจะบังคับคดีได้

ส่วนของฝรั่งเศสนั้น เนื่องจากต้องมีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์นั่งร่วมเป็นองค์คณะอยู่ด้วย จึงไม่ต้องมีคำอนุมัติคำพิพากษาอีก

4.5.4 การเปิดโอกาสให้จำเลยในการต่อสู้คดี

ในการพิจารณาของศาลทหารของทั้งสามประเทศ คือการที่ศาลเปิดโอกาสให้จำเลยต่อสู้คดีได้เต็มที่ ไม่ว่าจะเป็นคดีนั้นจะเป็นคดีเล็กน้อย เช่น ฐานหนีราชการ หรือคดีร้ายแรง เช่น ฐานกบฏ ภายนอกราชอาณาจักร และแม้กระทั่งจำเลยจะให้การรับสารภาพแล้วก็ตาม ศาล (ตุลาการพระธรรมนูญ) ก็ต้องซักไซ้ไล่เลียงจำเลยว่าการที่จำเลยรับสารภาพนั้นกระทำด้วยความสมัครใจหรือไม่ จำเลยรู้ถึงผลของกฎหมายที่จะเกิดขึ้นเนื่องจากการรับสารภาพนั้นหรือไม่ และก็เปิดโอกาสให้มีทนายช่วยเหลือได้ด้วย

นอกจากนี้ ศาลยังเปิดโอกาสให้จำเลยนำพยานหลักฐานที่มาสืบได้เต็มที่เพื่อประกอบดุลพินิจของศาลในการวางโทษจำเลยและรู้ว่าศาลได้เปิดโอกาสให้ โดยไม่คำนึงว่าจะเสียเวลามากน้อยเพียงใด ดังนี้ ย่อมเห็นได้ว่า ศาลได้พยายามทุกวิถีทางที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่และลักษณะดังกล่าวนี้ก็ปรากฏอยู่ในชั้นสอบสวนด้วยเช่นเดียวกัน

4.5.6 กฎหมายพลเรือนเหนือกฎหมายทหาร (Civil Law is Supreme)

หลักสำคัญประการหนึ่งของศาลทหารในประเทศเหล่านี้ คือ อำนาจศาลทหารในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นเพียงข้อยกเว้นของอำนาจศาลพลเรือน กล่าวคือ โดยทั่วไปศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะกรณีที่บุคคลสังกัดในราชการทหารกระทำผิดกฎหมายทหาร ในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่หรือในบริเวณโรงเรือนของทหารเท่านั้น หากบุคคลดังกล่าวไปกระทำผิดกฎหมายอื่นแล้ว ศาลพลเรือนก็ยังคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีบุคคลเหล่านั้นอยู่

อำนาจศาลทหารและศาลพลเรือนในเวลาไม่ปกติ ก็ไม่มีอะไรเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ จำเลยคงมีสิทธิต่อสู้คดีโดยมีทนายและอุทธรณ์ฎีกาได้อย่างปกติ ทั้งนี้โดยถือว่าแม้บุคคลจะเข้ามาับราชการทหารก็ตาม แต่สภาพที่เป็นพลเมืองของเขานั้นก็หาได้สูญสิ้นไปไม่ คงมีข้อจำกัดบางประการเพื่อให้ระเบียบวินัยในราชการทหารได้ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยเท่านั้น

4.5.7 ความสัมพันธ์ระหว่างศาลพลเรือนและศาลทหาร

ความสัมพันธ์และการประสานงานของศาลทหารและศาลพลเรือนทุกชั้น ทั้งในด้านวิชาการและด้านปฏิบัติการได้เป็นไปอย่างใกล้ชิดมาก เช่น แต่งตั้งผู้พิพากษาศาลพลเรือนให้มีอำนาจพิจารณาคดีในศาลทหารดังเช่นในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศส นอกจากนั้น ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายฝ่ายพลเรือนยังมีส่วนช่วยเหลือในการปรับปรุงการศาลทหารเป็นประจำ อยู่ด้วยเสมอ โดยในประเทศอังกฤษ เมื่อมีการตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาการปรับปรุงแก้ไขระบบการศาลทหาร ก็ได้ตั้งกรรมการทั้งฝ่ายทหารและพลเรือนขึ้นดำเนินการสอบสวนพิจารณาอย่างกว้างขวางแต่เริ่มแรก

สำหรับของไทยนั้น ถ้าเป็นศาลในภาวะไม่ปกติ (เวลาไม่ปกติ) คือ เวลาที่มีการรบหรือการสงคราม หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก ผู้ได้รับมอบพระราชอำนาจให้เป็นผู้แต่งตั้งตุลาการศาลทหารจะแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลพลเรือนเป็นตุลาการและแต่งตั้งพนักงานอัยการ จำศาลพลเรือน หรือผู้ทรงคุณวุฒิที่เหมาะสมเป็นอัยการทหารและจำศาลทหารได้เช่นกัน แต่การประกาศ กฎอัยการศึกในปัจจุบัน มักไม่ค่อยมีการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลพลเรือนเป็นตุลาการและแต่งตั้งพนักงานอัยการ จำศาลพลเรือน เป็นตุลาการในศาลทหาร อัยการทหารและจำศาลทหารเหมือนที่ผ่านมานในอดีต