

บทที่ 5

ปัญหาที่สำคัญบางประการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของทหาร

จากการที่ได้นำเสนอสิทธิและเสรีภาพประเภทต่างๆของทหารทั้งไทยและต่างประเทศ สถานะของสิทธิและเสรีภาพ และสภาพการตีความ และบังคับใช้สิทธิและเสรีภาพไปแล้วนั้น จะเห็นว่า การคุ้มครองและบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศจะมีมาตรฐานในการคุ้มครองและบังคับใช้กฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย โดยจะมีความแตกต่างอยู่บ้างในบางประเภทของสิทธิที่มีการพัฒนาไปมากกว่าประเทศไทย สำหรับในบทนี้จะได้อธิบายให้เห็นถึงสภาพโดยรวมของปัญหาการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในประเทศไทยที่สำคัญบางประการ ที่ยังคงเป็นปัญหาในลักษณะเฉพาะของประเทศไทย ซึ่งได้แก่ ปัญหาการขาดความชัดเจนของกฎหมาย และปัญหาการปัญหาการขาดความรู้และความเข้าใจของบุคลากรที่เกี่ยวข้องในเรื่องความมีอยู่ของสิทธิและเสรีภาพของทหาร สถานะทางกฎหมายของสิทธิและเสรีภาพที่ทหารมีตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการบังคับใช้และการตีความ เพื่อให้การคุ้มครองและบังคับตามสิทธิดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงทำให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทหารตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไม่เป็นรูปธรรมเท่าที่ควร ก่อให้เกิดการปฏิบัติที่ผิดพลาด เป็นเหตุให้ทหารไม่ได้รับรองและบังคับตามสิทธิและเสรีภาพที่ตนมีอยู่อย่างเต็มที่ อันจะนำไปสู่การทำลายขวัญและกำลังใจในการปฏิบัติของทหารโดยรวม ซึ่งอาจสรุปสภาพปัญหาได้ดังนี้

5.1 การไม่นำกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้ในกระบวนการทางวินัยทหารและกระบวนการทางปกครองอื่น

การใช้อำนาจปกครองในราชการทหารหรือการกระทำทางปกครองในราชการทหารที่เป็นการกระทบสิทธิของทหารในฐานะที่เป็นปัจเจกชน ไม่ใช่ในฐานะที่ดำรงตำแหน่งหน้าที่ในราชการทหาร ยังคงมีอยู่เป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้ง โยกย้าย การให้บำเหน็จประจำปี หรือการปลดข้าราชการออกจากประจำการ ซึ่งสมควรที่จะต้องนำหลักเกณฑ์การประกันความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อันเป็นกฎหมายกลางมาใช้บังคับ แต่กลับมีการตีความไปในทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพไม่ให้ทหารมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน ทั้งๆที่เป็น

กรณีให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า เป็นเรื่องทางปกครอง ไม่ใช่เรื่องทางยุทธการหรือการรบ หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับคำสั่งภายในทางปกครองที่ทหารต้องปฏิบัติตามตำแหน่งหน้าที่ของตนแต่อย่างใด แม้ต่อมาคณะกรรมการกฤษฎีกาจะได้ตีความว่า พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเฉพาะราชการทหารในส่วนที่เกี่ยวกับการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ แต่ก็ยังขาดความชัดเจนว่า ราชการทหารประเภทใดบ้างที่เกี่ยวกับการป้องกันประเทศและประเภทใดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการป้องกันประเทศ¹ ทำให้ยังไม่ผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจัง

การใช้อำนาจปกครองในราชการทหารหรือการกระทำทางปกครองในราชการทหารนั้น พระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 23 ได้บัญญัติให้สิทธิแก่คูกรณี (ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางวินัย) ในการนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการพิจารณาทางปกครอง (กระบวนการสอบสวนทางวินัย) ได้ แต่เนื่องจาก พระราชบัญญัติวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ไม่ได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ และโดยที่ พระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 4² ได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า “พระราชบัญญัตินี้มิให้บังคับใช้แก่...(7) การดำเนินงาน

¹ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 276/2548 (หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนมาก ที่ นร 0905/226 ลงวันที่ 27 เมษายน 2548)

² มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 4 พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่

- (1) รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี
- (2) องค์การที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ
- (3) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง
- (4) การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ใน

กระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดี และการวางทรัพย์

- (5) การพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์และการสั่งการตามกฎหมายว่าด้วย

คณะกรรมการกฤษฎีกา

- (6) การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ

เกี่ยวกับราชการทหาร หรือเจ้าหน้าที่ ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหารในการป้องกันประเทศและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามภายในและภายนอกประเทศ” จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความและการปฏิบัติในการสอบสวนทางวินัยตาม พระราชบัญญัติวินัยทหารในประเด็นต่างๆ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มีขอบเขตการบังคับใช้กับราชการทหารหรือไม่ เพียงใด

2. หากมีการบังคับใช้กับราชการทหาร จะมีการบังคับใช้กับราชการทหารในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวนทางวินัยของฝ่ายทหารตามพระราชบัญญัติวินัยทหาร พ.ศ. 2476 หรือคำสั่งทางปกครองในราชการทหารอย่างอื่นด้วยหรือไม่ และในเรื่องใดบ้าง เช่น สิทธิของคู่กรณีที่จะมีทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือสิทธิตรวจดูเอกสารของเจ้าหน้าที่ที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตน เป็นต้น

เมื่อพิจารณาในเบื้องต้นแล้วเห็นว่า ทหารมีฐานะเป็นประชาชน (ปัจเจกชน) อีกฐานะหนึ่ง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของทหารไว้ว่า “บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ ...ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลโดยทั่วไป” ประกอบพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นกฎหมายกลาง ที่ใช้เป็นเครื่องมือจัดระบบและระเบียบการปฏิบัติราชการขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกประการให้เกิดความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ และทำหน้าที่เสริมหลักประกันความเป็นธรรมให้กับประชาชนในกรณีที่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งไม่ได้บัญญัติไว้ รวมทั้งข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 4 ดังกล่าวที่บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้

(7) การดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายในและภายนอกประเทศ

(8) การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

(9) การดำเนินกิจการขององค์กรทางศาสนา

การยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การดำเนินกิจการใดหรือกับหน่วยงานใดนอกจากที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง ให้ตราเป็นพระราชบัญญัติกฤษฎีกาตามข้อเสนอของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

มิให้บังคับใช้แก่... (7) การดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหารในการป้องกันประเทศและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามภายในและภายนอกประเทศ” นั้น น่าจะไม่ได้หมายความว่ารวมถึงบรรดาการดำเนินงานในราชการทหารทุกเรื่องทุกกรณี เพราะแม้การดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารจะมีธรรมชาติเป็นการกระทำของรัฐเพื่อประโยชน์ในการป้องกันประเทศที่ย่อมต้องการความเป็นเอกภาพของการบังคับบัญชาและการสั่งการก็ตาม แต่ในการดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารนั้นเองยังประกอบด้วยกิจกรรมต่างๆ หลายประเภท ทั้งที่เกี่ยวกับราชการทหารโดยตรง เช่น การส่งเคลื่อนย้ายกำลังทหาร การสั่งให้ไปปฏิบัติราชการหรือคำสั่งทางยุทธการต่างๆ เป็นต้น และที่ไม่เกี่ยวข้องกับราชการทหารโดยตรง เช่น การลา การลงทัณฑ์ทางวินัย การบรรจุและการแต่งตั้ง การได้รับค่าเช่าบ้าน ค่าเบี้ยเลี้ยงเดินทาง การจัดซื้อจัดจ้าง การศึกษา หรือการดำเนินการตามกฎหมายที่ให้อำนาจทหารเรือฉบับต่างๆ เป็นต้น ซึ่งคำสั่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับราชการทหารโดยตรงนี้จะเป็นการดำเนินงานที่ไม่ใช่การกระทำของรัฐ แต่เป็นการดำเนินงานในทางปกครองตามกฎหมายในระดับ พระราชบัญญัติ ซึ่งย่อมต้องมีการกระทบสิทธิทั้งของประชาชนโดยทั่วไปและทหารในฐานะที่เป็นประชาชนรายบุคคล (ปัจเจกชน) ได้ ซึ่งรวมถึงการดำเนินการตาม พระราชบัญญัติวินัยทหารฯ ด้วย ดังนั้น เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของทหารเป็นรายบุคคล จึงสมควรนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาบังคับใช้ในราชการทหารเฉพาะเรื่องที่ไม่ใช่เป็นการดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารในการป้องกันประเทศและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรโดยตรงซึ่งรวมทั้งการลงทัณฑ์ทางวินัย ด้วย

สำหรับการที่จะนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาบังคับใช้กับราชการทหารได้เพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมาตรฐานในการปฏิบัติราชการระหว่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง³ กับ พระราชบัญญัติวินัย

³ มาตรา 23 ในการพิจารณาทางปกครองที่คู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ คู่กรณีมีสิทธินำทนายความหรือที่ปรึกษาของตนเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองได้

การใดที่ทนายความหรือที่ปรึกษาได้ทำลงต่อหน้าคู่กรณีให้ถือว่าเป็นการกระทำของคู่กรณี เว้นแต่คู่กรณีจะได้คัดค้านเสียแต่ในขณะนั้น

มาตรา 27 ให้เจ้าหน้าที่แจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบตามความจำเป็นแก่กรณี

ทหารฯ ว่า ฉบับใดมีสูงกว่ากันเป็นเรื่องๆ ไป ส่วนเรื่องการนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการสอบสวนทางวินัยของฝ่ายทหาร เนื่องจากพระราชบัญญัติวินัยทหารฯ ไม่ได้กำหนดเรื่องนี้ไว้ จึงสามารถบังคับใช้ตาม พระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเป็นกฎหมายกลางได้

5.2 การตัดสินใจไม่ให้ทหารฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับวินัยทหาร

ในคดีที่เกี่ยวกับวินัยทหาร สิทธิในการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับวินัยทหารต่อศาลปกครอง เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9⁴

ถ้าคำขอหรือคำแถลงมีข้อบกพร่องหรือมีข้อความที่อ่านไม่เข้าใจหรือผิดหลงอันเห็นได้ชัดว่าเกิดจากความไม่รู้หรือความเลินเล่อของคู่กรณี ให้เจ้าหน้าที่แนะนำให้คู่กรณีแก้ไขเพิ่มเติมให้ถูกต้อง

มาตรา 28 ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้นๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี

มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสดังต่อไปนี้ที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

มาตรา 31 คู่กรณีมีสิทธิของตรวจดูเอกสารที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตนได้ แต่ถ้ายังไม่ได้ทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิขอตรวจดูเอกสารอันเป็นต้นร่างคำวินิจฉัย

⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 นั้น มาตรา 9 วรรคแรก (1) บัญญัติว่า “ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริต หรือมี

วรรคสอง (1) ซึ่งบัญญัติว่า “เรื่องดังต่อไปนี้ ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร” จึงทำให้ทหารไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องคดีปกครองได้ รวมทั้งไม่สามารถนำขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรศาลทหารได้ เพราะศาลทหารไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งการไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ จะทำให้กระบวนการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่ทหารควรจะได้รับ ไม่สามารถทำงานได้เลย อันเป็นการตัดสิทธิในทางในคดีปกครองของทหารโดยสิ้นเชิง เพราะศาลยุติธรรมซึ่งมีเขตอำนาจทั่วไป ก็มักไม่รับพิจารณาในเรื่องนี้ และเมื่อระยะเวลาล่วงเลยจนกระทั่งมีการบังคับตามโทษแล้ว ก็จะเป็นเป็นการยากที่จะเยียวยาให้กลับสู่สภาพเดิม ซึ่งปัญหาเหล่านี้สมควรที่จะต้องมีการเร่งทำการศึกษาค้นคว้า และหาหนทางแก้ไขโดยเร็ว ไม่ว่าจะด้วยวิธีการปรับเปลี่ยนแนวคิดในการตีความบังคับใช้กฎหมาย โดยให้มีการตีความไปในทางเป็นคุณแก่ทหารตามหลักการตีความในทางกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้ตีความ

ลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาล เพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง
เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษอื่น

ไปในทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือรายงานเสนอแก้ไขกฎหมาย กฎ ข้อบังคับที่ขาดความชัดเจน หรือขาดบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในเรื่องที่ทหารสมควรจะได้รับให้มีความสมบูรณ์ชัดเจนต่อไป

การที่มาตรา 9 วรรคสอง (1) บัญญัติไม่ให้ทหารฟ้องคดีเกี่ยวกับวินัยทหารต่อศาลปกครองในทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ สมควรจะได้รับการตรวจสอบจากองค์กรศาล และเป็นไปตามหลักความเสมอภาค แม้จะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสมรรถภาพและวินัยของทหารที่กฎหมายต้องการให้การกระทำทางวินัยทหารอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของฝ่ายทหารก็ตาม แต่เนื่องจากการดำเนินการในราชการทหารมีทั้งเรื่องที่เป็นวินัยโดยตรง เรื่องที่เป็นการบริหารราชการทหาร และการกระทำที่ถือว่า เป็นการกระทำทางปกครองในราชการทหาร เช่นการปลด การถอดยศ การแต่งตั้ง โยกย้าย การงดบำเหน็จ หรือการไม่อนุญาตให้ลา เป็นต้น ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิของทหารในอันที่จะเสนอเรื่องราวร้องทุกข์และสิทธิฟ้องร้องหน่วยราชการให้ผิดตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 และ 62 เป็นการเกินความจำเป็นของหลักความได้สัดส่วน และอาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากข้าราชการประเภทที่ถืออาวุธเช่นเดียวกับทหาร เช่น ตำรวจ หรือข้าราชการราชทัณฑ์ มิได้ถูกจำกัดสิทธินี้ด้วย นอกจากนี้การปฏิเสธมิให้เรื่องทางวินัยและเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวินัยทหารหรือวินัยเทียมนั้น มิให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองยังเป็นการตัดสิทธิทางศาลของทหาร เนื่องจากในความเป็นจริงศาลยุติธรรมก็มักปฏิเสธไม่รับพิจารณาในเรื่องนี้ ตลอดจนศาลทหารก็ไม่มีชอบอำนาจในการพิจารณาเรื่องทางปกครอง เพราะศาลทหารมีเขตอำนาจเฉพาะ

ในทางอาญา⁵และวินัยกึ่งอาญา⁶เท่านั้น จึงทำให้เรื่องทางปกครองของทหารไม่ได้รับการเยียวยาหรือตรวจสอบจากองค์กรศาลแต่อย่างใด

ปัญหาเกี่ยวกับการตัดสินใจไม่ให้ทหารฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับวินัยทหารต่อศาลปกครองนี้ นับว่าเป็นปัญหาที่มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการปกครองบังคับบัญชาทหาร อันนำไปสู่ประสิทธิภาพในการรักษาความมั่นคงของชาติอันเป็นบริการสาธารณะทางปกครองประเภทหนึ่งทหาร ซึ่งตามปกติแล้ว การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องได้รับการตรวจสอบโดยศาลปกครอง หรืออนุญาตให้ฟ้องต่อศาลปกครองซึ่งมีหลักการดำเนินคดีที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างไปจากศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า ศาลปกครองจะตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองทุกเรื่องเสมอไป กล่าวคือ มีบางกรณีที่ศาลปกครองไม่อาจดำเนินการตรวจสอบได้ อาทิ เช่น การกระทำของรัฐบาล (Act of Government) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ คดีที่อยู่ในอำนาจศาลชำนาญพิเศษต่าง ๆ และการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร⁷ เป็นต้น

เพื่อสามารถหามาตรฐานที่เหมาะสมในการอนุญาตหรือจำกัดสิทธิของทหารในประเทศไทยในการได้รับการคุ้มครองจากองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในราชการทหาร จึงจะได้ทำการเปรียบเทียบการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารของศาลปกครองในบางประเทศ เพื่อศึกษาถึงวิธีการและมาตรการตรวจสอบการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารว่ามีขอบเขตแค่ไหน เพียงใด และเหตุผลของการไม่ให้ศาลปกครองตรวจสอบในกรณีดังกล่าว รวมถึงวิเคราะห์ปัญหาการไม่ให้อำนาจศาลปกครองตรวจสอบการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารในประเทศไทยต่อไป

⁵ รัฐธรรมนูญมาตรา 281 บัญญัติว่า “ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทหารและคดีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

⁶ ได้แก่ วินัยที่ถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร และประมวลกฎหมายอาญารวมทั้งกฎหมายที่มีโทษทางอาญา ที่มีโทษไม่เกินลหุโทษ และผู้บังคับบัญชาเห็นว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยไม่สำคัญ ซึ่งผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจลงทัณฑ์แทนการส่งตัวไปดำเนินคดีในศาลทหารได้

⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคสอง บัญญัติว่า “เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร”

ก. ประเทศฝรั่งเศส

เดิมในประเทศฝรั่งเศสได้มีการแบ่งแยกนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่งทางปกครอง และกฎ)⁸ ออกจากมาตรการอื่นของฝ่ายปกครอง เช่น แบ่งแยกนิติกรรมทางปกครองออกจากการดำเนินการที่เกี่ยวกับการบริหารราชการภายในองค์กรโดยแท้ หรือที่เรียกว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (“Mesure d' order interior administrative”) ซึ่งโดยปกติแล้วลักษณะดังกล่าวเป็นเพียงการจัดการบริหารภายในส่วนราชการ ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง เช่น หนังสือเวียนของส่วนราชการที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการอธิบายหรือตีความบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ หรือ กรณีการสั่งการเกี่ยวกับเรื่องเครื่องแบบของโรงเรียนหรือหลักสูตรการเรียนในคดี CHAPOU ซึ่งศาลได้ปฏิเสธหรือไม่ยอมรับคำร้องเกี่ยวกับกฎของครูใหญ่ที่กำหนดห้ามมิให้นักเรียนสวมกางเกงขาวยาวสำหรับเล่นสกี

ในเวลาต่อมาสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยทำนองเดียวกันนี้สำหรับกรณีเกี่ยวกับมาตรการทางวินัยของทหารในกองทัพ⁹ ในคดี GUILLET คำวินิจฉัยลงวันที่ 10 ตุลาคม 1990 กรณีทหารฟ้องขอให้ตรวจสอบคำสั่งลงทัณฑ์ทางวินัยทหารด้วยการกัก 40 วัน หรือขังเดี่ยว 20 วัน¹⁰ แต่อย่างไรก็ตาม แนวทางการวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐข้างต้นต่างกับแนวทางของศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษในคดี Ex Parte Fry (1954) 2 All ER 118 เหตุที่สภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสวางหลักดังกล่าวเพราะโดยทั่วไปถือกันว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองโดยเด็ดขาด¹¹ เป็นคำสั่งหรือการกระทำของฝ่ายปกครองที่ทำให้การปฏิบัติงานภายในฝ่ายปกครองดำเนินไปได้ด้วยดีไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลเป็นการเฉพาะหรือเกี่ยวข้องกับเรื่องบางเรื่องเป็นการเฉพาะ หรือมีลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับการจัดการของฝ่ายปกครองต่าง ๆ ถือว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยเกินกว่าที่จะ

⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” อาจริยานุชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมานูรณ์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2545), หน้า 131 – 163.

⁹ L. Neville Brown and J.F. Garner, French Administrative Law, (London : Butterworths, Third Edition, 1983), p.154.

¹⁰ L. Neville Brown and John S. Bell, French Administrative Law, (Oxford : Clarendon Press, Fourth Edition, 1993).

¹¹ L. Neville Brown and J.F. Garner, *supra* note 9, p.99.

นำมาสู่การควบคุมของศาล¹² โดยถือว่าเป็นเรื่องที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ของทหารผู้ อยู่ใต้บังคับบัญชา

หลักการดังกล่าวได้วิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไป เช่น ในปี ค.ศ.1989 ได้เกิดปัญหาใน เรื่องศาสนาเกี่ยวกับการที่โรงเรียนออกระเบียบห้ามแขวนเครื่องหมายในทางศาสนา ถ้ามีการยก ระเบียบขึ้นมาฟ้อง ศาลปกครองก็จะไม่รับเนื่องจากเป็นเรื่องภายใน แต่ต่อมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1989 เมื่อปรากฏมีการฟ้องร้องเป็นคดีว่า โรงเรียนออกระเบียบห้ามแต่งชุดตามศาสนา เช่น กรณีของ ศาสนาอิสลาม มีการห้ามโพกผ้าและใส่ชุดฮิยาป ศาลปกครองได้มีแนวโน้มที่จะรับคดีประเภทนี้ มาพิจารณาพิพากษามากยิ่งขึ้น โดยอ้างว่าแม้เป็นระเบียบภายใน แต่ก็เป็นการกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของนักเรียน

ในปี ค.ศ. 1995 ได้มีการกลับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองของฝรั่งเศสอย่างสำคัญ ในเรื่องเกี่ยวกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการลงโทษวินัยทหาร ใน คดี Ttardouin มีข้อเท็จจริงว่า ทหารเรือนายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ที่ชอบดื่มสุรา ปฏิเสธไม่ยอมรับคำสั่ง ตรวจสอบระดับแอลกอฮอล์ในเลือด ขณะที่ขึ้นเรือ และจะต้องถูกลงโทษฐานปฏิเสธไม่ยอมรับการ ตรวจสอบ และนำคำสั่งลงโทษนี้มาฟ้องต่อศาลปกครอง ศาลปกครองได้รับไว้พิจารณา อันเป็นการ กลับแนวคำวินิจฉัยเดิม แม้ว่าต่อมาคดีนี้ศาลจะพิพากษายกฟ้องคดีนี้ก็ตาม¹³

กล่าวโดยสรุป เดิมศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสวางหลักมาตรการภายในของฝ่าย ปกครองเรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารไว้ว่า เป็นเพียงการจัดการหรือบริหารงานภายใน ของผู้บังคับบัญชา เป็นเรื่องเล็กน้อยที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของทหารผู้อยู่ใต้บังคับ บัญชา แต่ต่อมาสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเริ่มที่จะพัฒนาไป ในทางที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของทหารมากขึ้น โดยถือว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นเรื่องที่มี ผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของทหารที่ศาลปกครองจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้

¹² Jean – Cluaude Venezia, “การบรรยายพิเศษเรื่อง การเพิ่มประสิทธิภาพในการ ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย,” วันที่ 25 พฤศจิกายน 2545 ณ ห้องประชุมชั้น 3 สำนักงาน ศาลปกครอง, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 3 ฉบับที่ 1, (มกราคม – เมษายน 2546), หน้า 9.

¹³ Jean – Cluaude Venezia, เพ็ญอ้าง, น.9-10.

ข. ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง แยกต่างหากจากศาลยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้อนุญาตกำลังพลทหารมีสิทธิในการปฏิเสธไม่ยอมรับการลงทัณฑ์ทางวินัยและร้องขอให้ใช้กระบวนการพิจารณาในศาลทหาร เว้นแต่ทหารผู้นั้นจะประจำการในเรือ¹⁴ ซึ่งเท่ากับว่า เป็นการยอมรับให้องค์กรศาลเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางปกครองในราชการทหารได้ โดยเฉพาะในเรื่องวินัยทหาร

ค. ประเทศไทย

ในเรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารนั้น เนื่องจากคำว่า “การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร¹⁵” มีความหมายกว้างขวาง ทั้งที่เป็นกระบวนการพิจารณาและจัดทำคำสั่งลงทัณฑ์ทางวินัยโดยตรง เช่น การกระทำของผู้บังคับบัญชา ตลอดจนผู้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้บังคับบัญชา เพื่อที่จะจัดให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยทหาร การบังคับทางวินัยทหาร รวมทั้งการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งนี้ด้วย และที่เป็นกระบวนการต่อเนื่องที่เกี่ยวข้องหรือเป็นผลมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาและจัดทำคำสั่งลงทัณฑ์ทางวินัยดังกล่าว เช่น การออกคำสั่งดบ่าเหน็จประจำปีหรือย้ายโดยมีสาเหตุจากการกระทำผิดและถูกลงทัณฑ์ทางวินัยทหาร¹⁶ รวมถึงการออกคำสั่งปลดออกจากราชการเนื่องจากกระทำผิดวินัยทหาร ซึ่งไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็

¹⁴ Defense Institute of International Legal Studies, “ Rights of Military Members“, Executive Seminar for Thailand 2003, Newport, RI, 2004. pp. 3-1.

¹⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 มาตรา 4 บัญญัติว่า “วินัยทหารนั้น คือ การที่ทหารต้องประพฤติตามแบบธรรมเนียมของทหาร มาตรา 7 บัญญัติว่า ทหารผู้ใดกระทำผิดวินัยทหารจักต้องรับทัณฑ์ตามวิธีที่ปรากฏในหมวด 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ และอาจต้องถูกปลดจากประจำการ หรือถูกถอดจากยศทหาร”

¹⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 19/2544 การที่ผู้บังคับบัญชาดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงแล้วมีคำสั่งลงโทษทางวินัยทหารแก่ผู้ฟ้องคดี โดยลงทัณฑ์จำขังเป็นเวลา 15 วัน และมีคำสั่งกองทัพบกที่ 63/2542 ลง วันที่ 19 ม.ค. 2542 ให้ย้ายผู้ฟ้องคดีออกจากกองร้อยปฏิบัติการจิตวิทยา 4 ไปสังกัดหน่วยงานอื่น เป็นเรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารจึงไม่อยู่ในพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ตาม¹⁷ สมควรนำวิธีการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เช่น การให้ตรวจดูเอกสาร การให้สิทธิชี้แจงและแสดงพยานหลักฐาน และการให้มีทนายหรือผู้ไว้วางใจในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในราชการทหาร

สาเหตุที่กฎหมายบัญญัติยกเว้นไม่ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารเพราะผู้ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เห็นว่าสภาพของการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารเป็นคดีปกครองหากไม่มีการบัญญัติยกเว้น คดีเกี่ยวกับวินัยทหารก็ต้องอยู่ในอำนาจศาลปกครอง นอกจากนี้เห็นว่าอำนาจการบังคับบัญชาของทหารมีความแตกต่างจากข้าราชการอื่น¹⁸ การที่กฎหมายยกเว้นไว้คงเนื่องจากการเป็นการปกครองบังคับบัญชาของฝ่ายปกครองซึ่งต้องการความรวดเร็ว เด็ดขาด และมีกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ¹⁹ แล้ว

การที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลปกครองไม่มีอำนาจตรวจสอบหรือพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารตามที่กล่าวมาแล้วนั้น อาจมีผลดีอยู่บ้างบางประการ เช่น

¹⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 65/2544. คำสั่งกระทรวงกลาโหมที่ 243/2543 ลงวันที่ 24 มี.ค. 2543 ที่ให้ปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการเป็นนายทหารกองหนุนมีเบี้ยหวัด สังกัด บก.ทอ. เนื่องจากกระทำผิดวินัยทหารประพฤติไม่สมควรโดยปลอมและใช้เอกสารราชการปลอมนั้น คำสั่งดังกล่าวเป็นผลมาจากการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 คำฟ้องที่ผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจึงไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษา

¹⁸ บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. วุฒิสภา ครั้งที่ 3 วันพฤหัสบดีที่ 18 มีนาคม 2542 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการธิการ หมายเลข 115 ชั้น 1 อาคารรัฐสภา 2 หน้า 4-5

เนื่องจากทหารเป็นผู้ถืออาวุธที่รุนแรงอยู่ในมือ ซึ่งไม่พบในข้าราชการประเภทอื่น หากทหารใช้อาวุธนั้นในทางมิชอบสภาพกองทัพก็ไม่แตกต่างจากกองโจรยากที่จะควบคุม ประกอบกับทหารมีภารกิจหลักในการรักษาความมั่นคงของประเทศทหารจึงต้องเป็นผู้เชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะในยามสงคราม สถานการณ์ฉุกเฉิน หรือในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก

¹⁹ ฤทัย หงส์ศิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2545) น. 55.

ก. ทำให้คดีเล็กน้อยไม่เข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองอันจะเป็นสาเหตุให้จำนวนปริมาณคดีมากเกินไปจนเป็นอุปสรรคทำให้ศาลปกครองปฏิบัติหน้าที่ด้วยความล่าช้า หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทำให้คดีเล็กน้อยไม่รกรงรศาลปกครอง²⁰ เช่น ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งลงทัณฑ์ทางวินัยทหารโดยให้พลทหารนายหนึ่งทำทัณฑ์กรรมด้วยการตัดหญ้าหรือล้างสุขา เพิ่มจากหน้าที่ประจำซึ่งจะต้องปฏิบัติอยู่แล้ว

ข. ทำให้การกระทำทางปกครองของผู้บังคับบัญชามีความศักดิ์สิทธิ์เด็ดขาด และรวดเร็ว ส่งผลให้การบังคับบัญชามีประสิทธิภาพ อยู่ในระเบียบวินัยทหารอย่างเคร่งครัดในระดับหนึ่ง เนื่องจากทหารผู้ได้บังคับบัญชาไม่อาจนำการกระทำทางปกครองกรณีการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารไปฟ้องต่อศาลปกครองได้

แต่อย่างไรก็ตาม การไม่ให้ศาลปกครองทำหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารก็อาจเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดปัญหาไม่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพหรือเป็นการปฏิเสธสิทธิเรียกร้องจากทหารผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายได้ โดยเฉพาะกรณีการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารบางประเภท เช่น กัก ชัง จำขังหรือปลดออกจากราชการ รวมทั้งถอดจากยศทหาร ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 หรือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการทหาร พ.ศ. 2521 หรือพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2503 แล้วแต่กรณี เนื่องจากเห็นได้ชัดว่า กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอันมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของทหารผู้ได้บังคับบัญชาอย่างร้ายแรง ไม่ใช่เรื่องเล็กน้อยที่เป็นเพียงการจัดการบริหารงานภายในของฝ่ายปกครอง เนื่องจากการลงโทษทางวินัยดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพในร่างกายที่โดยหลักแล้วอาจเคลื่อนไหวได้โดยอิสระ แต่ต้องถูกจำกัดอยู่ในสถานที่ใดสถานที่หนึ่งเท่านั้น นอกจากนี้ในกรณีของการออกคำสั่งไม่เลื่อนขั้นเงินเดือนหรือปลดออกจากราชการหรือพักราชการ แล้วแต่กรณี อันเป็นผลสืบเนื่องจากการลงทัณฑ์ทางวินัยนั้น ยังเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพและสิทธิในการได้รับค่าจ้างหรือเงินเดือนที่เพิ่มขึ้นอีกด้วย

²⁰ พันตรี นิติพนธ์ ออรุ่งโรจน์, “ปัญหาการไม่ให้อำนาจศาลปกครองตรวจสอบการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร,” วารสารพระธรรมทูต, ฉบับพิเศษ 14, (กันยายน 2546), หน้า 98.

5.3 การไม่มีกฎหมายอนุญาตให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหาร

เนื่องจากในปัจจุบันยังมีกฎ และข้อบังคับ ที่มีผลใช้บังคับอยู่จำนวนมากไม่น้อยที่มีความไม่ชัดเจนของแหล่งที่มาของอำนาจกฎหมายที่อนุญาตให้มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหาร ทำให้ไม่สามารถอ้างแหล่งที่มาของอำนาจในการออกกฎและคำสั่งทางปกครองในราชการทหารได้อย่างชัดเจน และเกิดความสับสนในสถานะทางกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบของการออกกฎ และคำสั่งทางปกครองในราชการทหาร อันเป็นผลให้เกิดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎและข้อบังคับต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นทางเนื้อหา หรือในทางรูปแบบ ซึ่งความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายดังกล่าว ก่อให้เกิดความสับสนในระบบกฎหมายมหาชนในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และข้อบังคับว่า กฎหมาย กฎ และข้อบังคับดังกล่าวมีสถานะหรือสภาพแท้ที่จริงเป็นอย่างไร มีแหล่งที่มาของอำนาจจากแหล่งใด หรือมาจากทฤษฎีทางกฎหมายทฤษฎีใดที่จะนำมากล่าวอ้าง เพื่อให้กฎหมาย กฎ และข้อบังคับดังกล่าวกลับมีความชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งจะเป็นปัญหาสืบเนื่องไปถึงปัญหาในเรื่องความไม่ชัดเจนของกฎหมาย ตลอดจนการตีความบังคับใช้กฎหมายให้เกิดดุลยภาพในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทหารกับประโยชน์สาธารณะด้วย และที่สำคัญคือ การไม่สามารถอ้างบทบัญญัติของกฎหมายที่อนุญาตให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหารได้อย่างชัดเจน อาจเป็นสาเหตุทำให้กฎ และข้อบังคับนั้นๆ เป็นโมฆะได้²¹

มีปัญหาดังกล่าวต้องพิจารณาว่า การออกกฎ หรือคำสั่งทางปกครองในราชการทหาร ต้องมีที่มาหรืออาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติใด

เนื่องจากตามหลักรัฐธรรมนูญในระบอบเสรีประชาธิปไตย และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 บัญญัติประกันสิทธิและเสรีภาพของทหารไว้ในมาตรา 29 ซึ่งเป็นบททั่วไป และมาตรา 64 ซึ่งเป็นบทเฉพาะสรุปได้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหารจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย และจรรยาบรรณ บัญญัติอนุญาตไว้ และในมาตรา 29 วรรคสาม ยังบัญญัติกำหนดรูปแบบไว้อีกว่า จะต้องระบุแหล่งที่มาของอำนาจในการออกกฎนั้นๆ ด้วย

²¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544 และบันทึก สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องการกำหนดรูปแบบในการออกกฎหมายกฎและคำสั่งทางปกครอง

จากการตรวจสอบกฎหมายทหารจะพบกฎหมายที่อาจถือได้ว่าเป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการออกกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจแบ่งกฎหมายทหารดังกล่าวออกได้เป็น 3 ประเภท ประการแรก คือ กฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดระบบการบริหารราชการ อันได้แก่ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ.2503²² และพระราชบัญญัติข้าราชการทหาร พ.ศ.2521 ประเภทที่สอง คือ กฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมในชั้นศาล ได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ประมวลกฎหมายอาญาทหาร และพระราชบัญญัติว่าด้วยเรือนจำทหาร พ.ศ. 2498 เป็นต้น และประเภทที่สาม คือ กฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมและการปกครองบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาทหาร อันได้แก่ พระราชบัญญัติวินัยทหาร พ.ศ.2476 เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้น เช่น พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ.2503 ไม่มีมาตราใดที่บัญญัติอนุญาตให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหารเนื่องจากเนื้อหาสาระ จะเป็นเรื่องกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการและสายงานการบังคับบัญชาและการสั่งการ สำหรับพระราชบัญญัติข้าราชการทหาร พ.ศ. 2521 จะเป็นการบัญญัติถึงเรื่องยศและตำแหน่ง รวมทั้งอัตราเงินเดือนของข้าราชการทหาร ซึ่งไม่ครอบคลุมในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ส่วนพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 ประมวลกฎหมายอาญาทหาร และพระราชบัญญัติว่าด้วยเรือนจำทหาร พ.ศ. 2498 ก็เป็นเรื่องกำหนดขั้นตอนและวิธีการในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมของทหาร ซึ่งไม่ครอบคลุมในเรื่องอื่นๆ เช่นกัน และสำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ก็ตาม แม้จะเป็นเรื่องของการกำหนดลักษณะความผิดทางวินัยและวิธีการในการดำเนินกระบวนการบังคับทางวินัย แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติระบุอนุญาตให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพในด้านใดไว้โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น หากจะถือว่าพระราชบัญญัติที่กล่าวแล้วมานี้ เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่อนุญาตให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย และจรรยาบรรณ รวมทั้งสิทธิในด้านอื่นๆ ตามที่กระทรวงกลาโหมได้มีการออกกฎและคำสั่งทางปกครองไปแล้ว ก็คงไม่ถนัดนัก ในกรณีเช่นนี้ มีตัวอย่างของการออกพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 ซึ่งมีบทบัญญัติอนุญาตให้จำกัดสิทธิไว้ในลักษณะครอบคลุมอย่างกว้างๆ ไว้เกือบทุกเรื่องแล้ว ซึ่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม ที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงและบังคับใช้ในโอกาสต่อไป ก็ควรมีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวให้ชัดเจนด้วยเช่นกัน

²² พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2503 มาตรา 22 ทวิ บัญญัติว่า “มติสภากลาโหมให้ส่วนราชการต่างๆ ในกระทรวงกลาโหมถือปฏิบัติ”