

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา ทฤษฎีและแนวความคิดที่เกี่ยวกับโครงสร้างศาลทหาร

ในบทนี้ได้ทำการศึกษาถึงประวัติความเป็นมาของศาลทหารประเทศไทยซึ่งจะทำให้ทราบถึงความเป็นมาของศาลทหารตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และเหตุผลของการตั้งศาลทหาร และศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้อง

2.1 ประวัติความเป็นมาของศาลทหาร

ในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์เมื่อปี พ.ศ. 2347 พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกได้ทรงตั้งกรรมการชำระสะสางพระราชกำหนดกฎหมายต่างๆที่กระจัดกระจายมาจัดหมวดหมู่เสียใหม่ เรียกว่า “กฎหมายตราสามดวง” โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับทหารรวมอยู่ด้วย เรียกว่า “กฎหมายลักษณะขบถศึก” ได้วางระเบียบการลงโทษทหารที่ย่อท้อในการรบ โดยกำหนดว่าชั้นใดผู้บังคับบัญชาสามารถลงโทษเองได้และชั้นใดต้องนำตัวส่งให้องค์คณะพิจารณาเป็นผู้ชำระความ ซึ่งมีความว่า “ถ้าผู้ใดต่อรบด้วยราชศัตรูมีพึงบังอาจย่อท้อในที่รบพ้นเพื่อนจากกระบวนทัพประการใดถ้ามีบันดาศักดิ์แต่นา 800 ลงมาถึงไพร่ใช้โทษหนักเท่าใดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษโทษนั้นถ้าบรรดาศักดิ์นา 1000 ขึ้นไปให้กุมตัวเอามาส่งแก่นายกองยุกรบัตรเกียกกายให้ลงโทษโดยโทษานุโทษนั้นและให้เกียกกายบันดาถืออาญาต้นพลกฎหมายเอาโทษนั้นไปบอกแก่นายกองแลยุกรบัตรเกียกกายให้พิจารณาโดยโทษ” หมายความว่าทหารที่มีศักดิ์นา 800 ลงมาที่กระทำผิดวินัยให้ผู้บังคับบัญชาลงโทษได้เอง แต่ทหารที่มีศักดิ์นา 1000 ขึ้นไปต้องนำตัวส่งองค์คณะเป็นผู้พิจารณาพิพากษา ประกอบด้วย นายกอง คือ ผู้บังคับบัญชาของจำเลย ยุกรบัตร คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายศาล หรือ ฝ่ายกฎหมาย เกียกกาย คือ เจ้าหน้าที่ต่อนทหารเข้ารบ เป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา¹

¹ ธนภัทร บุญเดช. (2557). *อำนาจการฟ้องคดีอาญาในศาลทหาร ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับการทุจริต*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 22.

กฎหมายลักษณะขบถศึกนี้ได้ใช้บังคับมาจนถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงมีพระราชดำริให้จัดให้มีกฎหมายกำหนดลักษณะโทษต่างๆและหน้าที่ของฝ่ายทหารจึงได้ตราประมวลกฎหมายอาญาทหาร ร.ศ. 130 ขึ้นและให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะขบถศึก²

ในด้านการศาลในสมัยต้นรัตนโกสินทร์รัชการที่ 1 ถึงสมัยรัชการที่ 5 ในด้านการศาลสมัยนั้นได้รวมอยู่กับราชการฝ่ายปกครองซึ่งแบ่งเป็นกรมต่างๆเมื่อคดีเกิดขึ้นเนื่องในหน้าที่ราชการของกรมใดก็จะให้ศาลของกรมนั้นพิจารณาพิพากษาคดีแต่สำหรับศาลกลาโหมนอกจากจะชำระความที่เกี่ยวกับทหารแล้วยังชำระความที่เกี่ยวกับพลเรือนด้วยเนื่องจากพระสมุหกลาโหมนั้นมีได้มีอำนาจหน้าที่เฉพาะการบังคับบัญชาทหารบก ทหารเรือเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ปกครองหัวเมืองฝ่ายใต้ด้วยศาลที่ขึ้นอยู่ในกลาโหมจึงมีทั้งศาลที่ตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานครและศาลในหัวเมืองฝ่ายใต้ด้วยศาลกลาโหมจึงมีลักษณะเป็นศาลทหารและศาลพลเรือน³ ในปี พ.ศ. 2420 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงจัดตั้งหน่วยทหารมหาดเล็กเป็นกองร้อยจำนวน 6 กองร้อยซึ่งต่อมาได้ขยายหน่วยขึ้นเป็นกรมทหารมหาดเล็กซึ่งมีวิธีการปกครองบังคับบัญชาตามข้อบังคับทหาร จ.ศ. 1239 ซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องการตัดสินความของทหารมหาดเล็ก⁴ ในปี พ.ศ. 2429 ได้โปรดเกล้าให้ตราพระราชบัญญัติจัดการทหาร จุลศักราช 1248 โดยรวมทหารบกและทหารเรือจัดตั้งเป็น กรมยุทธนาธิการต่อมาในปี พ.ศ. 2433 ได้โปรดเกล้าให้ตราพระราชบัญญัติจัดการยุทธนาธิการ ร.ศ. 109 ได้แยกให้ปลัดทหารบกใหญ่มีหน้าที่จัดการทั้งปวงที่เกี่ยวกับด้วยถ้อยความในทหารบกและปลัดทหารเรือใหญ่มีหน้าที่จัดการทั้งปวงที่เกี่ยวกับด้วยถ้อยความในทหารเรือ

ในด้านการปกครองแผ่นดินในสมัยโบราณตั้งแต่ก่อนสมัยสุโขทัย จะให้ทหารทำทั้งราชการทหารและพลเรือนซึ่งชายไทยทุกคนจะต้องเป็นทหาร และใช้หลักการปกครองโดยถือเอาการทหารเป็นสำคัญ ดังนั้นราชการทหาร และราชการพลเรือนทหารจึงเป็นผู้ทำทั้งสิ้น ต่อมาในสมัยพระบรมไตรโลกนาถ ในช่วงปี พ.ศ.1991 ถึง พ.ศ.2034 พระองค์ได้ทรงแก้ไขปรับปรุงการปกครองแผ่นดินเสียใหม่โดยกำหนดหน้าที่ราชการแยกออกเป็น 2 ฝ่ายคือ ฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ซึ่งมีกรมพระกลาโหมทำหน้าที่ดูแลและบังคับบัญชาฝ่ายทหาร และกรมมหาดไทยทำหน้าที่ดูแลและบังคับบัญชาฝ่ายพลเรือน สืบต่อมาในสมัยสมเด็จพระเพทราชา ในช่วงปี พ.ศ.2231 ถึง พ.ศ.2246 ได้ทรงเปลี่ยนแปลงการปกครองที่สมเด็จพระบรมไตรโลกนาถทรงวางไว้ โดยทรง

² กรมพระธรรมานุญ. (2541). *สุข เปรุณาวิน ประวัติกระบวนการยุติธรรมทหาร*. กรุงเทพฯ: กรมพระธรรมานุญอนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ พลโท สุข เปรุณาวิน ณ เมรุหลวง หน้าพลับพลาอิศริยาภรณ์ วัดเทพศิรินทราวาส วันที่ 12 กรกฎาคม พ.ศ. 2514. หน้า 6.

³ ประทีน พัฒนธรรม. (2525). *การดำเนินคดีอาญาในศาลทหาร*. กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์ จำกัด. หน้า 6.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

ให้ทหารรับผิดชอบทั้งในราชการทหารและราชการพลเรือน จนกระทั่งในสมัยสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงเปลี่ยนให้กลับไปใช้แบบเดิมที่สมเด็จพระบรมไตรโลกนาถทรงวางไว้ กล่าวคือ แยกราชการทหารและราชการพลเรือนออกจากกันอย่างเด็ดขาด โดยกำหนดให้สมุหกลาโหมเป็นหัวหน้า กรมพระกลาโหมบังคับบัญชาราชการฝ่ายทหารทั่วไป และสมุหนายกเป็นหัวหน้ากรมมหาดไทยมีหน้าที่บังคับบัญชาราชการฝ่ายพลเรือนทั่วไป

สำหรับกิจการทหารนั้น เดิมแบ่งเป็นราชการทหารบกและราชการทหารเรือ โดยมีศาลทหาร คือ ศาลกลาโหมสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ทหารบกและทหารเรือกระทำผิด โดยเฉพาะซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมพระกลาโหม ต่อมาได้แยกกรมทหารบกและกรมทหารเรือออกจากกรมพระกลาโหม และตั้งกรมยุทธนาธิการขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2429 เพื่อให้รับผิดชอบดูแลทหารบกและทหารเรือ รวมถึงงานด้านการทหารต่างๆ ตลอดจนกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับของกรมทหารบกและทหารเรือแทนกรมพระกลาโหม โดยมีศาลทหารสำหรับพิจารณาพิพากษาทหารบกและทหารเรือที่กระทำผิดด้วย ส่วนศาลกลาโหมคงมีอำนาจพิจารณาเฉพาะความอาญานอกในบริเวณหัวเมืองต่างๆ เท่านั้น

ศาลในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นมีอยู่มากมายหลายศาลกระจายกันอยู่ตามกระทรวงกรมต่าง ๆ และมีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีต่างพระเนตรพระกรรณแทนพระมหากษัตริย์ ต่อมาเมื่อบ้านเมืองมีการเปลี่ยนแปลงมากขึ้น มีการติดต่อกับชาวต่างชาติลัทธิชาวตะวันตกได้แผ่ขยายเข้ามาทำให้ระบบการศาลไทยมีการเปลี่ยนแปลง มีฉะนั้นอาจเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งกับชาติตะวันตกได้จึงมีการปฏิรูประบบการศาลไทยขึ้นใน พ.ศ. 2434 รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ทรงมีบทบาทในการวางรากฐานระบบการศาลยุติธรรมโดยได้รวมศาลที่กระจัดกระจายอยู่ตามกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ให้สังกัดในที่แห่งเดียวกัน ที่กระทรวงยุติธรรม ยกเว้นเพียงศาลทหารที่ยังคงสังกัดกระทรวงยุทธนาธิการอยู่ตามเดิม ศาลในประเทศไทยจึงแบ่งเป็น “ศาลกระทรวงยุติธรรม” และ “ศาลทหาร” ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ในปี พ.ศ.2435 ได้มีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินครั้งใหญ่ เนื่องจากเจ้าหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินทั้งฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือนมีอำนาจซ้ำซ้อนกัน จึงแบ่งราชการบริหารส่วนกลางออกเป็น 12 กระทรวง ซึ่งกรมพระกลาโหมได้ถูกยกฐานะขึ้นเป็น “กระทรวงกลาโหม” ส่วนกรมยุทธนาธิการได้ถูกย้ายไปขึ้นกับกระทรวงกลาโหม ต่อมาได้มีการปรับปรุงกิจการทหารไทย เมื่อปี พ.ศ.2474 ในสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ให้รวมกระทรวงทหารเรือมาอยู่กับกระทรวงกลาโหม ซึ่งหมายถึงการรวมกรมพระธรรมนูญทหารบกและกรมพระธรรมนูญทหารเรือเป็นกรมเดียวกัน โดย ใช้ชื่อว่า “กรมพระธรรมนูญทหาร” ตามคำสั่งสำหรับทหารที่ 19/10359 ลงวันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ. 2474 และในปี พ.ศ.2475 ได้โอนกรมพระธรรมนูญทหารให้ขึ้นอยู่กับกระทรวงกลาโหม

ตามที่ได้มีการจัดระเบียบในราชการกระทรวงกลาโหมใหม่ และแก้ไขเป็น “กรมพระธรรมนูญ” นอกจากนี้ยังได้ออกกฎหมายใหม่ คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2477 ใช้บังคับแทน โดยใช้บังคับกับกองทัพอากาศที่เกิดขึ้นในภายหลังด้วย จนกระทั่งปี พ.ศ.2498 รัฐสภาได้ยกเลิกพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2477 ทั้งฉบับและให้ใช้ฉบับใหม่แทน คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ซึ่งยังคงใช้บังคับเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันนี้⁵

นับแต่ตั้งกระทรวงยุติธรรมซึ่งทำหน้าที่ดูแลรับผิดชอบงานธุรการของศาลยุติธรรมมาได้ 100 ปีเศษ จึงได้เกิดแนวความคิดที่จะแยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรม เพื่อให้พ้นจากข้อสงสัยว่าศาลยุติธรรมอาจถูกแทรกแซงจากฝ่ายบริหารซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี จนกระทั่งได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 แยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรม บัญญัติให้ ศาลยุติธรรมมีหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระ ให้เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลฎีกา และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 5 บัญญัติให้มีสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระมีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้นศาลในประเทศไทยจึงแบ่งได้เป็นศาลพลเรือนในกระทรวงยุติธรรมกับศาลทหารแต่นั้นมา⁶

ศาลทหารเป็นศาลที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 สังกัดกระทรวงกลาโหม โดยศาลทหารกรุงเทพ ศาลทหารกลาง และศาลทหารสูงสุดอยู่ภายใต้สังกัดกรมพระธรรมนูญส่วนศาลมณฑลทหาร และศาลประจำหน่วยทหารอยู่ภายใต้สังกัดกองทัพบก มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้รับผิดชอบงานธุรการของศาลทหาร⁷ กรมพระธรรมนูญเป็นส่วนราชการที่ควบคุมดูแลกิจการด้านศาลทหาร มีเจ้ากรมพระธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด เจ้ากรมพระธรรมนูญไม่สามารถเข้าไปก้าวก่ายการตัดสินใจของตุลาการทหารได้ การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นดุลพินิจของศาลทหารโดยเฉพาะ เจ้ากรมพระธรรมนูญมีอำนาจในด้านการปกครองบังคับบัญชา เช่น การพิจารณาบรรจุแต่งตั้ง โยกย้ายเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคดีของศาล ดูแลความประพฤติ สนับสนุนในด้านวิชาการ อำนวยความสะดวก ในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 เป็นกฎหมายหลักที่บัญญัติถึงการจัดตั้งศาลทหาร

⁵ ธนบาล ยุพาพันธ์. (2549). *ปัญหาทางกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนในการดำเนินคดีอาญาในศาลทหารตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี. หน้า 27-30.

⁶ ศาลยุติธรรม. (2560). *ประวัติศาลยุติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.coj.go.th/home/history.html> [2561, 19 กันยายน].

⁷ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 5.

การกำหนดชั้นและอำนาจของศาลทหารทั้งในเวลาปกติและเวลาไม่ปกติ นอกจากนี้ยังได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความของศาลทหารตลอดจนกำหนดสิทธิและหน้าที่ของทหารที่เกี่ยวกับการพิจารณาของศาลทหารซึ่งหลักการสำคัญที่เป็นแนวคิดในการร่างพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารฉบับนี้ก็คือในขณะนั้นประเทศไทยได้มีการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงกิจการทหารใหม่ให้เหมาะสมกับการป้องกันประเทศ ทั้งในทางประสิทธิภาพและการขยายกำลังทหารเพิ่มขึ้น⁸ ศาลทหารจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 เพื่อพิจารณาพิพากษาวางบทลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาในคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ซึ่งเหตุที่ต้องมีศาลทหารเนื่องจากทหาร คือ ประชาชนส่วนหนึ่งของชาติซึ่งมีหน้าที่ใช้อาวุธในการรักษาชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ทหารจึงอยู่ในบังคับของกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองนั้นยังไม่พอสำหรับผู้ที่เป็นทหาร เพราะการที่ทหารจะมีสมรรถภาพพร้อมรบได้นั้น ทหารจะต้องอยู่ในวินัยทหารอย่างเคร่งครัดเสมอ ถ้าทหารไปกระทำความผิดวินัยทหารหรือ ผ่าฝืนกฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อลงโทษทหารที่กระทำความผิด โดยเฉพาะ หรือ แม้แต่ไปละเมิดกฎหมายซึ่งเป็นความผิดทางอาญาฝ่ายบ้านเมืองย่อมจะนำความเสียหายสู่วินัยทหาร ด้วยเหตุนี้ผู้บังคับบัญชาทหารซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบให้ทหารอยู่ในบังคับบัญชาของตนอยู่ในระเบียบวินัยจึงจำเป็นต้องมีส่วนเข้าไปจัดการกับทหารที่กระทำความผิดดังกล่าว กล่าวคือ หากกระทำความผิดนั้นเป็นเรื่องทางวินัยโดยเฉพาะให้ผู้บังคับบัญชาลงทัณฑ์แก่ทหารผู้กระทำความผิดนั้น แต่หากเป็นการกระทำความผิดในทางอาญาซึ่งไม่อาจใช้วิธีลงทัณฑ์ได้แล้วก็ต้องใช้วิธีทางศาลเพื่อพิพากษาลงโทษ

ศาลทหารในปัจจุบันจัดตั้งตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 สังกัดอยู่ในกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้รับผิดชอบในงานธุรการของศาลทหาร ให้ดำเนินไปโดยเรียบร้อย โดยมีกรมพระธรรมนูญทำหน้าที่เกี่ยวกับศาลทหารขึ้นตรงต่อสำนักปลัดกระทรวงกลาโหม โดยมีเจ้ากรมพระธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชารับผิดชอบ ส่วนการพิจารณาคดีตลอดถึงการที่จะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาคดีนี้อยู่ในดุลพินิจของศาลทหาร โดยเฉพาะ⁹ ส่วนการตัดสินใจคดีของศาลทหารเป็นการกระทำการในนามพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม¹⁰ ศาลทหารจึงเป็นศาล ที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาและคดีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

⁸ เสนีย์ พรหมวิวัฒน์. (2553). *โครงสร้างองค์กรและอำนาจหน้าที่ของศาลทหาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 6.

⁹ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 5.

¹⁰ ภูษฤทธิ์ นิลสนิท. (2559). *พระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://elib.coj.go.th/Article/d58_1_4.pdf. [2561, 3 สิงหาคม].

2.2 ความจำเป็นและเหตุผลที่ต้องมีศาลทหาร

ทหารนั้นจะมีสมรรถภาพพร้อมรบหรือปฏิบัติการรบได้อย่างดีเยี่ยมในสนามรบย่อมขึ้นอยู่กับวินัยและขวัญกำลังใจของทหารด้วย ทหารจะต้องอยู่ในวินัย ต้องยึดถืออยู่เสมอว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชามีค่ายิ่งกว่าตัวทหารถ้าทหารเสื่อมเสียวินัยแล้ว สมรรถภาพของกองทหารก็จะเสื่อมจนถึงขั้นเป็นภัยร้ายแรงต่อประเทศชาติได้ ดังนั้นผู้บังคับบัญชาทหารจึงต้องควบคุมดูแล ตลอดจนต้องทำการกวัดขັນวินัยทหาร โดยใกล้ชิดไม่ว่ากองทหารจะไปปฏิบัติหน้าที่ในหรือนอกราชอาณาจักร เมื่อทหารกระทำผิดในเรื่องวินัยโดยเฉพาะ หรือกระทำความผิดอาญาประเภทที่กฎหมายทหารยอมให้ผู้บังคับบัญชาลงทัณฑ์ได้ แต่ถ้าการกระทำผิดนั้นเป็นความผิดทางอาญาที่ไม่อาจใช้วิธีลงทัณฑ์ได้ หรือเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ของทหาร ซึ่งทหารสมควรที่จะได้รับโทษต่างจากพลเรือน¹¹ ทหารคือประชาชนส่วนหนึ่งซึ่งเป็นกำลังสำคัญของชาติ ได้รับมอบหมายให้เป็นบุคคลที่มีหน้าที่ใช้อาวุธเพื่อปกป้องชาติศาสนาและพระมหากษัตริย์จึงจำเป็นต้องควบคุมทางวินัยอย่างเข้มงวดดังนั้นผู้บังคับบัญชาทหารจึงต้องควบคุมดูแลตลอดจนต้องทำการกวัดขັນวินัยของทหาร โดยใกล้ชิดไม่ว่ากองทหารจะไปปฏิบัติหน้าที่ในราชอาณาจักรหรือนอกราชอาณาจักรเมื่อทหารกระทำผิดในเรื่องของวินัยโดยเฉพาะ หรือกระทำความผิดอาญาประเภทที่กฎหมายทหารยอมให้ผู้บังคับบัญชาลงทัณฑ์ได้ ผู้บังคับบัญชาทหารจึงต้องเข้ามาเกี่ยวข้องมีส่วนในการพิจารณาสั่งลงทัณฑ์ทหารที่กระทำผิดนั้น ได้แก่ ทัณฑ์กักขัง จำขัง แต่ถ้าการกระทำผิดนั้นเป็นความผิดอาญาที่ไม่อาจใช้วิธีลงทัณฑ์ได้หรือเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ของทหาร ก็จำเป็นต้องใช้วิธีการทางศาลทหารเพื่อพิจารณาพิพากษาลงโทษทหารที่กระทำผิดตามสมควรแก่โทษานุโทษต่อไป¹²

ศาลทหารนั้นถือเป็นหลักสากลซึ่งในนานาอารยประเทศต่างก็มีศาลทหารไม่ว่าจะเป็นประเทศมหาอำนาจอย่างเช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เวียดนามในประเทศที่พ่ายแพ้สงคราม (สงครามโลกครั้งที่ 2) อย่างเช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือญี่ปุ่น ที่ถูกจำกัดไม่ให้มีศาลทหาร¹³ นอกจากนี้ศาลทหารมีวิธีพิจารณาคดีที่สามารถปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ได้ ซึ่งต่างจากศาลยุติธรรมที่ไม่สามารถปรับเปลี่ยนได้ ดังนั้นในเวลาไม่ปกติ เช่น เวลาสงคราม ก็จำเป็นต้อง

¹¹ เสนีย์ พรหมวิวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 4-5.

¹² บุญญารัตน์ พัฒนมะหินทร์. (2559). *จอมทัพไทย : กระบวนการยุติธรรมทหารกับหลักนิติธรรม*. หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 2. วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สถาบันรัฐธรรมนุญศึกษา. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

¹³ กองพระธรรมนูญ กรมสารบรรณทหาร. (2557). *เกร็ดความรู้ เรื่อง ศาลทหาร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://voicefromthais.wordpress.com>. [2562, 24 มิถุนายน]

ใช้ระบบของศาลทหาร เพื่อแก้ไขสถานการณ์ที่ไม่สงบสุขของประเทศให้กระบวนการยุติธรรมของประเทศสามารถดำเนินต่อไปได้ และเหมาะสมต่อสถานการณ์ในขณะนั้น ประกอบกับในเรื่องเขตอำนาจศาลยุติธรรมจะมีเขตอำนาจจำกัดอยู่แต่ในพื้นที่ตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น ในกรณีที่กองทัพต้องไปปฏิบัติการกิจ หรือเข้ายึดดินแดนเข้าศึกในต่างประเทศ ศาลยุติธรรมก็ไม่สามารถติดตามกองทัพไปทำหน้าที่ให้ความยุติธรรมได้ ยังมีความจำเป็นอย่างหนึ่งในการที่จะต้องมีศาลทหาร เนื่องจาก การรักษาความมั่นคงของประเทศ ถือได้ว่าเป็นประโยชน์สูงสุดของประชาชน ซึ่งการรักษาความมั่นคงนั้นจำเป็นต้องให้กองกำลังทหารที่เข้มแข็งในการดูแลจัดการสถานการณ์ที่ไม่ปกติให้กลับคืนสู่สภาวะที่ปกติโดยเร็วที่สุด ถือได้ว่าเป็นหลักการสากลอย่างหนึ่ง คือ หลักเอกภาพการบังคับบัญชา

การบังคับบัญชา กล่าวโดยย่อ นั้น หมายถึง หลักการปกครองด้วยความถูกต้องเป็นธรรม เนื่องจากทหารเป็นผู้ถืออาวุธ จึงจำเป็นต้องอยู่ในระเบียบวินัยที่เข้มงวดยิ่งกว่าพลเรือน เพราะหากทหารไร้ซึ่งระเบียบวินัยก็อาจนำอาวุธร้ายแรงดังกล่าวมาสร้างความวุ่นวายในสังคมให้เป็นที่เดือนร้อนแก่ประชาชนได้ ดังนั้นระบบการบังคับบัญชาและวินัยของทหารจึงต้องเข้มงวดและเด็ดขาด ความผิดวินัยบางอย่างของพลเรือนอาจเป็นเรื่องเล็กน้อย แต่ทางทหารถือเป็นเรื่องร้ายแรงต้องถูกลงโทษเช่นเดียวกับความผิดทางอาญาของบ้านเมืองทั่วไปเพื่อมิให้เป็นเยี่ยงอย่าง เช่นการขัดคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หรือการหนีราชการ เป็นต้น จึงจำเป็นที่จะต้องมิวินัยทหารให้อำนาจผู้บังคับบัญชาลงโทษทหารที่กระทำผิดวินัยได้¹⁴ การมีอยู่ของศาลทหารเป็นการแสดงถึงอำนาจของผู้บังคับบัญชาทหารในการปกครองแบบรวมอำนาจ และเป็นเอกภาพในการบังคับบัญชา เพราะผู้บังคับบัญชาทหารจะมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมทหาร เช่น การเป็นองค์คณะตุลาการในการตัดสินคดี และมีอำนาจอุทธรณ์ ฎีกา อำนาจสั่งลงโทษตามที่ศาลทหารได้พิพากษาให้ลงโทษแล้วเป็นต้น หากไม่มีศาลทหารการปกครองบังคับบัญชาจะระส่ำระสาย เช่น หากทหารไม่ยอมออกไปรบยามมีสงครามเพราะออกไปรบก็อาจจะต้องตายในสนามรบก็ถือโอกาสกระทำความผิดอาญาเสียจะได้ไม่ต้องออกไปรบยามมีสงครามผู้บังคับบัญชาก็จะต้องส่งตัวไปให้เจ้าหน้าที่บ้านเมืองเพื่อสอบสวนดำเนินคดีต่อไปซึ่งกระบวนการยุติธรรมของฝ่ายพลเรือนก็คงจะไม่ต้องการที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องในสนามรบขณะมีศึกสงคราม เช่น พนักงานสอบสวนไม่อาจเข้าไปรวบรวมพยานหลักฐานในพื้นที่ๆ มีการรบได้ หรือ ศาลพลเรือนหรือพนักงานอัยการพลเรือนก็คงจะไม่ต้องการที่จะแปรสภาพเป็นศาลทหารหรืออัยการทหารเพื่อปฏิบัติหน้าที่ในสนามรบเป็นต้น ทหารเป็นผู้ที่มีความแตกต่างจากประชาชนพลเรือนทั่วไป ด้วยระบบโครงสร้างของศาลทหาร

¹⁴ กฤษฎา เจริญพานิช. (2560). *หลักนิติธรรมกับการปกครองบังคับบัญชาทหาร*. หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 5 วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 6-8.

มีเรื่องเอกภาพในการบังคับบัญชา มีเรื่องระเบียบวินัยข้อบังคับที่เคร่งครัดมากกว่าประชาชนพลเรือนทั่วไป ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมี ข้อบังคับ กฎหมาย ระเบียบที่เด็ดขาดเพื่อควบคุมทหาร หรือ เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาควบคุมกองทัพให้เป็นไปตามระเบียบวินัยที่ดี โดยมีประสิทธิภาพ และเชื่อฟังผู้บังคับบัญชา ศาสดาทหารจึงมีความจำเป็นต่อ กระบวนการทางทหาร

2.3 แนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับศาลทหาร

ศาลทหารเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อบุคคลที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลทหาร ซึ่งประเทศทั่วโลก ที่มีศาลทหารจะยึดหลักเกณฑ์เช่นเดียวกัน โดยจะยึดถือเขตอำนาจศาลเหนือตัวบุคคลผู้กระทำความผิดมิใช่เขตอำนาจเหนือท้องที่ที่ความผิดเกิดขึ้นหรือประเภทของลักษณะความผิดที่ได้กระทำลงซึ่งต่างจากศาลยุติธรรมที่จัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีที่พลเมืองของประเทศนั้นกระทำความผิด ดังนั้นในเวลาปกติศาลทหารจึงไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ประชาชนได้กระทำความผิด ส่วนในเวลาไม่ปกติเช่นมีการรบหรืออยู่ในสภาวะสงครามหรือประกาศกฎอัยการศึกเมื่อประชาชนได้กระทำความผิดจะต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลที่จะพิจารณาพิพากษาลงโทษทั้งนี้ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายของแต่ละประเทศได้บัญญัติไว้

การที่จะควบคุมทหารให้ปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบวินัยที่ดี มีประสิทธิภาพเชื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชาอย่างเคร่งครัด มีจิตสำนึก รักษาดี เสียสละชีวิตเพื่อชาติ และปกป้องประเทศชาติให้รอดพ้นจากศัตรูจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายทหาร เพื่อบังคับใช้กับเจ้าหน้าที่ทหารให้ปฏิบัติตามกฎหมาย ข้อบังคับระเบียบของฝ่ายทหาร โดยมีศาลทหารเป็นผู้พิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการยุติธรรมทางทหารโดยกระบวนการยุติธรรมทางทหารมีแนวคิดที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้¹⁵

2.3.1 แนวความคิดเรื่องการปกครองบังคับบัญชา

สำหรับการปกครองบังคับบัญชาทหารนั้น ทหารนั้นอยู่คู่กับประเทศชาติมาแต่โบราณกาล จวบจนถึงปัจจุบัน การปกครองบังคับบัญชาทหาร มีแนวคิดที่เป็นหลักสากลอยู่ว่าการปกครองทหารจะใช้วิธีการเช่นเดียวกับการปกครองพลเรือนไม่ได้ เนื่องจากทหารเป็นผู้ถืออาวุธจึงจำเป็นต้องอยู่ในระเบียบวินัยที่เข้มงวดยิ่งกว่าพลเรือน เพราะหากทหารไร้ซึ่งระเบียบวินัยก็นำอาวุธร้ายแรงดังกล่าวมาสร้างความวุ่นวายในสังคมให้เป็นที่เดือนร้อนแก่ประชาชนได้ ดังนั้นระบบการบังคับบัญชาและวินัยของทหารจึงต้องเข้มงวดและเด็ดขาด ความผิดวินัยบางอย่างของพลเรือนอาจเป็นเรื่องเล็กน้อย แต่ทางทหารถือเป็นเรื่องร้ายแรงต้องถูกลงโทษเช่นเดียวกับความผิด

¹⁵ โกเมศ สุบงกช. (2555). *ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของทหาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 37.

ทางอาญาของบ้านเมืองทั่วไปเพื่อมิให้เป็นเยี่ยงอย่าง เช่นการขัดคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หรือการหนีราชการ เป็นต้น จึงจำเป็นที่จะต้องมิให้นายทหารให้อำนาจผู้บังคับบัญชาลงโทษทหารที่กระทำผิดวินัยได้แต่ถึงแม้จะมีความจำเป็นอย่างยิ่งเพียงใดก็ตาม ในการปกครองบังคับบัญชาทหารก็มีได้ให้อำนาจผู้บังคับบัญชาทหารที่จะสั่งลงโทษ ลงทัณฑ์ทหารได้ตามอำเภอใจแต่อย่างใด แต่จะมีกรอบและหลักเกณฑ์ที่ว่าด้วยวินัยทหารเป็นหลักในการปกครองบังคับบัญชาทหาร¹⁶ ซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พุทธศักราช 2476 กฎหมายว่าด้วยวินัยทหารนี้มีระบบการควบคุมกำกับตรวจสอบ และถ่วงดุล¹⁷

ผู้บังคับบัญชา หมายถึง ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในเรื่องความเป็นอยู่ ความประพฤติการฝึกสอนและฝึกลบธรรมเนียม การลงทัณฑ์ และการสั่งการแก่ผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชาทางทหารสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

- 1) ผู้บังคับบัญชาโดยตรง หมายถึง ผู้บังคับบัญชาที่อยู่ใกล้ชิดผู้ใต้บังคับบัญชาที่สุด
- 2) ผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น หมายถึง ผู้บังคับบัญชาชั้นสูงขึ้น ไปถัดจากผู้บังคับบัญชา

โดยตรง

การปกครองบังคับบัญชาทหารจึงต้องกระทำโดยเคร่งครัด เพื่อให้ทหารอยู่ในระเบียบวินัย และเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเหตุที่ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ควบคุมให้ผู้ใต้บังคับบัญชาอยู่ในระเบียบวินัยทำให้ผู้บังคับบัญชาต้องทราบการกระทำผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาและเข้าร่วม

¹⁶ กฎญา เจริญพานิช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 1-2.

¹⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พุทธศักราช 2476.

มาตรา 6 “ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่จัดการระงับรักษาวินัยทหารที่ตนเป็นผู้บังคับบัญชาอยู่นั้นโดยกวดขัน , มาตรา 7 ทหารผู้ใดกระทำผิดต่อวินัยทหารจักต้องรับทัณฑ์ตามวิธีที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนี้ มาตรา 9 วรรคท้าย และนอกจากทัณฑ์ที่กล่าวไว้แล้ว ห้ามมิให้คิดทัณฑ์ขึ้นใหม่ หรือใช้วิธีลงทัณฑ์อย่างอื่นเป็นอันขาด มาตรา 13 ก่อนที่ผู้ที่มีอำนาจลงทัณฑ์จะลงทัณฑ์ครั้งคราวใดก็ดี ให้พิจารณาให้ถ่วงถ่วงแน่นอนว่า ผู้ที่จะต้องรับทัณฑ์นั้นมีความผิดจริงแล้วจึงสั่งลงทัณฑ์นั้น ต้องระงับอย่าให้เป็นการลงทัณฑ์ไปโดยโหดหรือลงทัณฑ์แก่ผู้ที่ไม่มีความผิดโดยชัดเจนนั้นเป็นอันขาด เมื่อพิจารณาความผิดละเอียดแล้วต้องชี้แจงให้ผู้กระทำผิดนั้นทราบว่ากระทำผิดในข้อใด เพราะเหตุใด แล้วจึงลงทัณฑ์”

มาตรา 21 “ในการที่จะรักษาวินัยทหารให้เป็นระเบียบเรียบร้อยอยู่เสมอ ย่อมเป็นการจำเป็นที่ผู้บังคับบัญชาจักต้องมีอำนาจในการบังคับบัญชาหรือลงทัณฑ์อยู่เองเป็นธรรมดา แต่ผู้บังคับบัญชาบางคนอาจใช้อำนาจในทางที่ผิดยุติธรรม ซึ่งเป็นการสมควรที่จะให้ผู้ใต้บังคับบัญชามีโอกาสร้องทุกข์ได้ในทางเป็นระเบียบไม่ก้าวก่าย มาตรา 29 ถ้าผู้บังคับบัญชาได้รับเรื่องร้องทุกข์เมื่อใด ต้องรีบไต่สวนและจัดการแก้ไขความเดือดร้อนหรือชี้แจงให้ผู้ยื่นใบร้องทุกข์เข้าใจ จะเพิกเฉยเสียไม่ได้เป็นอันขาด ผู้ใดเพิกเฉยนับว่ากระทำผิดต่อวินัยทหาร”

กระบวนการพิจารณาคดี ผู้บังคับบัญชาจึงมีอำนาจลงทัณฑ์ทางวินัยกับทหารที่กระทำความผิดต่อวินัยทหารได้ทันที¹⁸

การจัดให้มีกำลังทหารเพื่อปกป้องประโยชน์ของรัฐที่จะต้องจัดหากำลังทหารการที่จะปกครองบังคับบัญชากำลังทหารซึ่งเป็นบุคลากรที่ใช้อาวุธสงครามในการปฏิบัติหน้าที่ราชการให้ เป็นไปโดยคล่องตัวนั้น จะต้องมียุทธวิธีการปกครองโดยสายบังคับบัญชาทางทหารและจะต้องมีการแบ่ง ชั้นยศเพื่อประโยชน์ในการปกครองบังคับบัญชาเมื่อมีการจัดการปกครองตามสายบังคับบัญชาและ มีการแบ่งชั้นยศเพื่อก่อให้เกิดผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาโดยผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ที่จะ ปกครองผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติราชการให้ลุล่วงตามวัตถุประสงค์ของทางราชการทางทหาร ซึ่งเป็นพื้นฐานเบื้องต้นที่กองทัพยึดถือเป็นแนวทาง ถือได้ว่าเป็นหลักเอกภาพในการบังคับบัญชา ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่สำคัญเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาสามารถรวมอำนาจได้แก่ การรวม ทหารได้อย่างรวดเร็วเพื่อทำภารกิจทางทหารหลักเกณฑ์ในการบังคับบัญชานี้เป็นแนวคิดที่ตั้งอยู่ บนพื้นฐานแห่งอำนาจในการกำกับดูแลวินัยของทหารผู้ใต้บังคับบัญชาโดยวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจชอบที่จะลงโทษนายทหารที่กระทำความผิดได้แต่ถ้าความผิดนั้นเป็น ความผิดที่ร้ายแรงเกินกว่าอำนาจของผู้บังคับบัญชาจะลงทัณฑ์ได้ก็ต้องเสนอเรื่องให้ศาลทหารเป็น ผู้บังคับใช้กฎหมายในการลงโทษ โดยศาลทหารนี้จึงเป็นหลักประกันการบังคับใช้กฎหมายอย่าง เป็นธรรมให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชาที่จะทำให้การปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่ขัดกับ หลักเอกภาพในการบังคับบัญชา

การกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องด้วยวินัยทหาร คือ การกระทำความผิดที่เป็นทั้งความผิด ทางอาญาและความผิดทางวินัยทหาร และไม่สามารถแบ่งแยกได้ว่าการกระทำอันไหนเป็นความผิด ทางอาญาและการกระทำอันไหนเป็นความผิดทางวินัยทหาร ซึ่งการกระทำความผิดนี้มีผลกระทบ ต่อการปกครองบังคับบัญชาทางทหารโดยตรง จึงกำหนดให้ผู้บังคับบัญชามีอำนาจลงทัณฑ์ทาง วินัยกับทหารที่กระทำความผิดดังกล่าวเช่นเดียวกับทหารที่กระทำความผิดต่อวินัยทหาร การกระทำ ความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องด้วยวินัยทหาร มีทั้งหมด 21 ฐาน¹⁹ โดยปกติทหารที่กระทำความผิดอาญา

¹⁸ ธนบาล ยุพาพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 5. หน้า 40.

¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญาทหาร ภาค 1 ว่าด้วยข้อบังคับ. มาตรา 8.

“1) ความผิดฐานนายเรือทำให้เรือชำรุดโดยประมาท 2) ความผิดฐานทำให้เรือชำรุด หรือ อับปางโดย ประมาท 3) ความผิดฐานกระทำต่อเรือที่ใช้เดินในลำน้ำ 4) ความผิดฐานทำลาย หรือละทิ้งทรัพย์สินที่ใช้ในการยุทธ 5) ความผิดฐานสบประมาทธง 6) ความผิดฐานละทิ้งหน้าที่ 7) ความผิดฐานขัดขืนหรือละเลยไม่กระทำตามคำสั่ง 8) ความผิดฐานขัดขืนหรือละเลยไม่กระทำตามคำสั่งอย่างองอาจ 9) ความผิดฐานขัดขืนหรือละเลยไม่กระทำตาม ข้อบังคับ 10) ความผิดฐานขัดขืนหรือละเลยไม่กระทำตามข้อบังคับอย่างองอาจ 11) ความผิดฐานหลับยามหรือ เมาสุรา 12) ความผิดฐานไม่เอาใจใส่หรือประมาทในหน้าที่ 13) ความผิดฐานทำร้ายทหารยาม 14) ความผิดฐาน

ที่เกี่ยวข้องด้วยวินัยทหารจะถูกดำเนินคดีใน ศาลทหารผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจลงทัณฑ์ทางวินัยกับทหารที่กระทำความผิดได้ แต่การกระทำความผิดดังกล่าวจะถือว่าเป็นความผิดต่อวินัยทหารและผู้บังคับบัญชามีอำนาจลงทัณฑ์ทางวินัยกับทหารที่กระทำความผิดได้ ก็ต่อเมื่อผู้บังคับบัญชาเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดเล็กน้อยไม่สำคัญ และผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการวินิจัยเห็นชอบด้วย ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำความผิดใดเป็นการกระทำความผิดเล็กน้อยไม่สำคัญ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้ 1) ฐานะของผู้กระทำความผิด 2) ลักษณะแห่งการกระทำความผิด 3) ผลแห่งการกระทำความผิด 4) ความรู้สำนึกในการกระทำความผิด และ 5) แบบธรรมเนียมของทหารที่กำหนดมาตรการบังคับทางวินัยเมื่อผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการวินิจัยเห็นชอบให้ผู้บังคับบัญชาส่งลงทัณฑ์ทางวินัยกับทหารที่กระทำความผิดแทนการส่งตัวทหารที่กระทำความผิดไปดำเนินคดีในศาลทหารการกระทำความผิดดังกล่าวจะถือว่าเป็นความผิดต่อวินัยทหาร และผู้มีอำนาจบังคับบัญชาตามกฎหมายว่าด้วยวินัยทหารมีอำนาจลงทัณฑ์ทางวินัยแก่ทหารที่กระทำความผิดได้ ผู้บังคับบัญชาไม่ว่าจะเป็นผู้บังคับบัญชาโดยตรงหรือผู้บังคับบัญชาลำดับชั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร มาตรา 7 ได้กำหนดให้มีอำนาจลงทัณฑ์ทางวินัยแก่ทหารที่กระทำความผิดต่อวินัยทหารทั้งสิ้น แต่ในทางบังคับบัญชาตามตำแหน่งหน้าที่อันชอบด้วยแบบธรรมเนียมทหารและกฎหมายทหารกำหนดให้การส่งลงทัณฑ์ทางวินัยเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาโดยตรงเท่านั้น เพื่อให้ผู้ได้บังคับบัญชาตระหนักว่าผู้บังคับบัญชาโดยตรงซึ่งเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้ได้บังคับบัญชามากที่สุดมีอำนาจพิจารณาให้โทษแก่ผู้ได้บังคับบัญชาได้ผู้ได้บังคับบัญชาจะให้เกิดความเกรงกลัวจนอยู่ในระเบียบวินัยและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอย่างเคร่งครัด

ผู้มีอำนาจลงทัณฑ์มีอำนาจสั่งลงทัณฑ์ทหารที่กระทำความผิดในสถานใดสถานหนึ่งดังต่อไปนี้เท่านั้นได้แก่

- 1) ภาคทัณฑ์ คือ การที่ผู้กระทำความผิดมีความผิดที่ต้องโทษในสถานใดสถานหนึ่งแต่มีเหตุอันควรปรานี จึงลงทัณฑ์แก่แสดงความคิดของผู้นั้นให้ปรากฏหรือทำทัณฑ์บนไว้เท่านั้น
- 2) ทัณฑ์กรรม คือ การให้กระทำการสุขา การ โยธา ฯลฯ หรือให้อยู่เวรยามเพิ่มจากหน้าที่ประจำที่ตนเองต้องปฏิบัติอยู่แล้ว
- 3) กัก คือ การกักตัวไว้ในบริเวณใดบริเวณหนึ่ง
- 4) ชัง คือ การขังในที่คุมขัง

หมิ่นประมาทหรืออุ้มเจ็ญทหารยาม 15) ความผิดฐานทารุณทหารผู้ใหญ่เหนือตน 16) ความผิดฐานแสดงความอาฆาตหรือหมิ่นประมาทผู้บังคับบัญชาหรือทหารผู้ใหญ่เหนือตน 17) ความผิดฐานกระทำการกาเริบ 18) ความผิดฐานกระทำการกาเริบโดยมีศาสตราวุธ 19) ความผิดฐานกระทำการกาเริบแล้วเลิกไปโดยดี 20) ความผิดฐานหนิราชการ 21) ความผิดฐานปลอมปนทรัพย์สินของทหาร”

5) จำขัง คือ การขัง โดยส่ง ไปให้อยู่ในความควบคุมของเรือนจำทหาร²⁰

2.4 กระบวนการยุติธรรมทางทหาร

การดำเนินคดีอาญาในศาลทหารมีความสำคัญและจำเป็น 2 ประการ

ประการแรก ในยามที่บ้านเมืองเป็นปกติเป็นระบบดำเนินคดีที่ใช้กองทัพ ซึ่งจุดมุ่งหมายหลักให้ผู้บังคับบัญชาของทหารมีส่วนรับรู้การกระทำความผิดของนายทหารผู้ได้บังคับบัญชาเพื่อพิจารณาคำเนินการอย่างเหมาะสมและเด็ดขาดให้อยู่ในระเบียบวินัยอันเป็นสิ่งสำคัญและเกียรติยศของกองทัพนอกเหนือจากการรับโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดนั้น

ประการที่สอง ในยามที่บ้านเมืองไม่ปกติ เช่น มีการสงครามหรือมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกอันเนื่องมาจากความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมือง กฎหมายให้อำนาจแก่ผู้ประกาศกฎอัยการศึกหรือผู้บังคับบัญชาทหาร ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังอยู่ได้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหารมีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึก²¹ ออกคำสั่งตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาอื่นใดที่เกิดขึ้นในเขตประกาศใช้และในระหว่างเวลาประกาศกฎอัยการศึก นอกเหนือจากคดีอาญาที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาตามปกติของศาลทหารด้วย

แม้ผู้กระทำความผิดจะเป็นพลเรือน เพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อยและการแก้ไขปัญหามันเมืองที่เกิดขึ้นในขณะนั้นเป็นไปโดยเร็ว²²

บุคคลที่ได้การกระทำซึ่งการกระทำนั้นกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดย่อมต้องได้รับโทษซึ่งบุคคลตามกฎหมายสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติบุคคล และบุคคลธรรมดาและต้องพิจารณาต่อไปว่าบุคคลดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลใด โดยดูจากเขตอำนาจของศาลที่ทำความผิดเกิดขึ้นมีศาลบางประเภทเท่านั้นที่มีเขตอำนาจเหนือบุคคล นั่นคือ ศาลทหาร โดยศาลทหารมีไว้เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีอาญาอันเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ทหารที่กระทำความผิดเป็นการเฉพาะ หรือ บุคคลพลเรือนที่อยู่ในอำนาจของศาล²³ โดยการดำเนินคดีในศาลทหารนั้นแยกคดีออก ได้แก่ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา หรือพระราชบัญญัติอื่นที่มีโทษทางอาญาและคดีตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร

²⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พุทธศักราช 2476. มาตรา 8.

²¹ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457. มาตรา 4.

²² อุษา ไกรฤกษ์. (2560). *การดำเนินคดีอาญาในศาลทหาร*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 1.

²³ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 16 (6) (7). “กล่าวถึงบุคคลพลเรือนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลทหาร.”

ระบบพิจารณาคดีของศาลทหารมีความแตกต่างจากศาลยุติธรรมเนื่องจาก โครงสร้างของศาลทหาร บุคลากรของศาลทหาร หรือ ข้อยกเว้นต่างๆในสถานการณ์ไม่ปกติ เช่น ห้ามอุทธรณ์ฎีกา และศาลทหารมีเจ้าหน้าที่กระบวนการยุติธรรมของทหารไว้ เช่น ตุลาการทหาร อัยการทหาร นายทหาร จำศาลทหาร คณะกรรมการตุลาการศาลทหารเป็นการเฉพาะ และมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่รวดเร็ว ซึ่งคดีที่ทหารเป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดต้องได้รับการพิจารณาพิพากษาอย่างรวดเร็วและเด็ดขาดเพื่อความเหมาะสมกับภารกิจ หรือ กิจการด้านทหาร ดังนั้น ศาลทหารจึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร และเฉพาะอัยการทหาร ผู้เสียหายที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารเท่านั้นมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญา และดำเนินคดีในศาลทหาร ได้ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลทหารจะฟ้องคดีจะต้องมอบคดีให้อัยการทหารฟ้อง

2.4.1 รูปแบบโครงสร้างของศาลทหาร

โครงสร้างของศาลทหารในระบบของศาลทหาร มี 2 รูปแบบดังนี้

1. กระบวนการยุติธรรมทางทหารแบบสมบูรณ (Absolute Military Justice) ระบบโครงสร้างของศาลทหารในประเทศไทยใช้รูปแบบกระบวนการยุติธรรมแบบสมบูรณซึ่งเป็นศาลที่สังกัดกระทรวงกลาโหมโดยศาลทหารชั้นอุทธรณ์หรือฎีกามีอำนาจในการตรวจสอบเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารชั้นต้นได้ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการอุทธรณ์หรือฎีกานอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดเขตอำนาจและวิธีพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหารในสถานการณ์ไม่ปกติ ในเวลาที่มีสงคราม หรือ มีการประกาศกฎอัยการศึก หรือสถานการณ์ในบ้านเมืองเกิดความไม่สงบ ซึ่งถ้าหากได้มีการตั้งศาลอาญาศึกขึ้นในยุทธบริเวณศาลอาญาศึกมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นในยุทธบริเวณได้ทุกประเภทคดี ดังนั้นในเวลาไม่ปกติศาลทหารมีอำนาจเหนือบุคคลพลเรือนด้วย โดยกระบวนการยุติธรรมแบบสมบูรณนี้ผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจเปลี่ยนแปลง โทษหรือแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารได้เหมือนกับประเทศที่มีกระบวนการยุติธรรมทางทหารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมพลเรือนโดยประเทศที่มีรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางทหารแบบสมบูรณนั้นผู้บังคับบัญชามีเพียงอำนาจในการใช้สิทธิอุทธรณ์หรือฎีกาเท่านั้น ซึ่งไม่ขัดกับหลักการใช้อำนาจตุลาการแต่อย่างใดแต่โครงสร้างของศาลทหารที่ใช้รูปแบบกระบวนการยุติธรรมแบบสมบูรณเมื่อพิจารณาถึงโครงสร้างแล้วจะขาดความเป็นอิสระเนื่องจากศาลทหารเป็นหน่วยงานที่สังกัดอยู่ในกระทรวงกลาโหมและตุลาการมีลำดับชั้นยศตามสายบังคับบัญชาไม่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ เมื่อไม่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ศาลทหารของประเทศไทยจึงยังไม่อาจประกันสิทธิให้ประชาชนเมื่อถูกพิจารณาพิพากษาที่ศาลทหารได้อย่างเป็นรูปธรรม²⁴

2. กระบวนการยุติธรรมทางทหารที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมพลเรือน (Relative Military Justice) กระบวนการยุติธรรมทางทหารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมพลเรือน กระบวนการพิจารณาชั้นต้น จะดำเนินการโดยศาลทหาร แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลชั้นอุทธรณ์หรือชั้นฎีกาจะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมจะมีอำนาจในการตรวจสอบ และเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาของศาลทหารชั้นต้น โดยศาลทหารที่รูปแบบนี้ จะไม่มีการจัดโครงสร้าง กำหนดเขตอำนาจ หรือระบบการพิจารณาพิพากษาคดีสำหรับเวลาสงครามหรือเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินให้แตกต่างไปจากเวลาปกติเนื่องจากการจัดตั้งศาลทหารในรูปแบบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินคดีกับทหารที่กระทำความผิดในขณะที่มีทหารจัดกำลังพลออกไปทำสงครามการกำหนดเขตอำนาจของศาลทหารจึงเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อใช้ในเวลาสงครามภายหลังที่มีการตั้งศาลทหารขึ้นในเวลาปกติจึงได้นำหลักเกณฑ์ของศาลทหารที่ใช้ในเวลาสงครามมาใช้กับศาลทหารในเวลาปกติด้วย ดังนั้นโครงสร้างของศาลทหารในระบบนี้จึงมีความเหมือนกันทั้งในเวลาปกติและในเวลาไม่ปกติจึงเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลที่เป็นนายทหาร และประชาชนให้มีความเสมอกันโดยบุคคลทั้ง 2 สถานะนั้นแม้ตกเป็นจำเลยในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นจะได้รับการพิจารณาจากศาลที่ต่างกันแต่เมื่อมีการอุทธรณ์หรือฎีกาจะได้รับการพิจารณาจากศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลยุติธรรมเช่นเดียวกันและยังมีการรับรองสิทธิของจำเลยในศาลทหารไว้อย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นเวลาปกติหรือในเวลาสงคราม

2.4.2 โครงสร้างของศาลทหาร

ปัจจุบัน โครงสร้างองค์กรศาลทหารได้กำหนดให้ศาลทหารทั้งหลายสังกัดอยู่ในกระทรวงกลาโหมโดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้รับผิดชอบในงานธุรการของศาลทหารให้ดำเนินไปโดยเรียบร้อย หมายถึง งานตามหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารฯ และงานธุรการอื่นในส่วนที่ จะให้ศาลทหารดำรงอยู่ได้ เช่น การงบประมาณ การบริหารงานบุคคล และการดำเนินการอื่น ๆ ส่วนงานธุรการอื่นที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินคดีอาญาของศาลทหาร เช่น การรับคำร้อง การประกันตัวการรับคำคู่ความ การนำพยานสาบานตน การรักษาความปลอดภัยในบริเวณศาล ให้อยู่ในความรับผิดชอบของจำศาลทหาร และการพิจารณาคดีตลอดถึงการมีคำสั่งหรือคำพิพากษาบังคับคดีนั้นให้อยู่ในดุลพินิจของศาลทหาร²⁵ โดยเฉพาะ

²⁴ โกเมศ สุนงคช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 40.

²⁵ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 5.

โดยอนุมัติของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมให้ เจ้ากรมพระธรรมนุญเป็นผู้วางระเบียบข้าราชการศาลทหารเพื่อให้กิจการของศาลทหารและอัยการทหารดำเนินไปโดยเรียบร้อย

ศาลทหารจัดขึ้นตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มีลักษณะเช่นเดียวกับพระธรรมนูญศาลยุติธรรม แต่พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารฯ ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความในศาลทหาร เขตอำนาจศาล อำนาจการฟ้องคดี การแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการศาลทหาร จึงเป็นการนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับระบบศาลทหาร ผู้เสียหาย อัยการทหาร และตุลาการศาลทหารทั้งหมดมารวมไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน

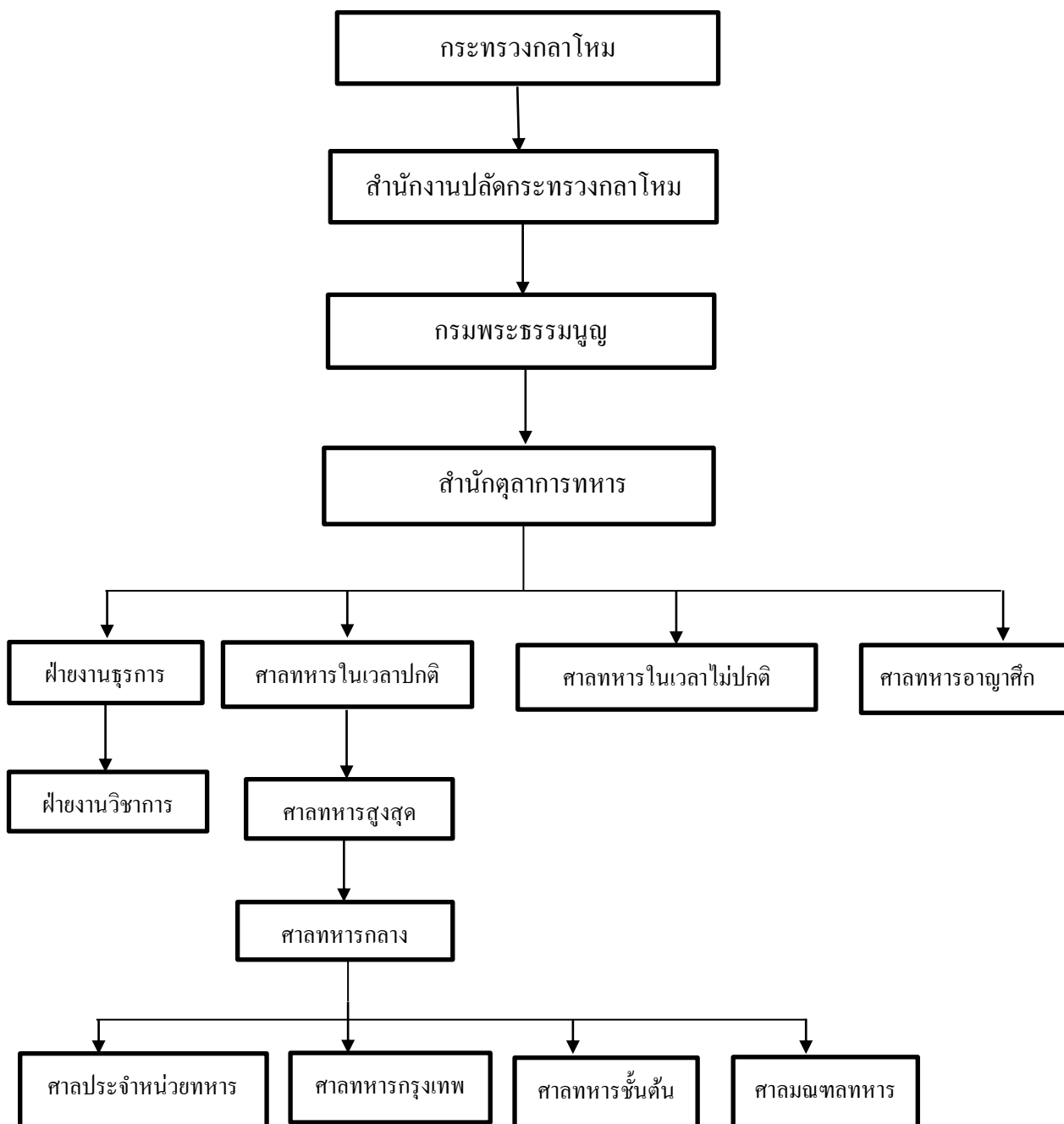
ศาลทหารเป็นหน่วยงานที่สังกัดกระทรวงกลาโหม และกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้รับผิดชอบงานธุรการของศาลทหารแต่การจัดส่วนราชการศาลทหารขึ้นอยู่กับกรมพระธรรมนูญซึ่งกรมพระธรรมนูญเป็นหน่วยงานที่ขึ้นตรงกับสำนักงานปลัดกระทรวงกลาโหม จึงเห็นได้ว่าศาลทหารเป็นหน่วยงานที่อยู่ในลำดับที่ 4 ตามสายการบังคับบัญชาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมสำนักปลัดกระทรวงกลาโหม โดย กรมพระธรรมนูญมีเจ้ากรมพระธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดขึ้นตรงต่อสำนักปลัดกระทรวงกลาโหมแม้จะมีการบัญญัติว่าการพิจารณาพิพากษาคดีตลอดจนถึงการมีคำสั่งหรือคำพิพากษานั้นให้อยู่ในดุลพินิจของศาลทหารแต่ตามสายบังคับบัญชา เจ้ากรมพระธรรมนูญมีอำนาจโยกย้ายตำแหน่งตุลาการศาลทหารได้ซึ่งการที่เจ้ากรมพระธรรมนูญมีอำนาจดังกล่าวอาจทำให้มีการให้คุณหรือให้โทษแก่ตุลาการศาลทหารได้

เมื่อพิจารณาถึง โครงสร้างของศาลทหารแล้วศาลทหารเป็นหน่วยงานที่มีฝ่ายบริหารเข้ามามีส่วนในโครงสร้างขององค์กรศาลซึ่งทำให้มีโอกาสที่จะถูกแทรกแซงอาจส่งผลกระทบต่อความมีอิสระของศาลทหารและตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งถ้าหากองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการถูกแทรกแซงจะทำให้ส่งผลกระทบต่อประชาชนที่ถูกพิจารณาคดีในศาลทหารอาจไม่ได้รับการประกันสิทธิและเสรีภาพ หรือศาลทหารอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองได้

ศาลในประเทศไทยใช้ระบบศาลคู่โดยรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้แต่ละศาลมีหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการที่มีความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่นๆ โดยให้มีหัวหน้าหน่วยงานคนหนึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานแต่ละศาล ยกเว้นศาลทหาร เมื่อนำลักษณะการจัด โครงสร้างองค์กรศาลทหารและศาลยุติธรรมมาพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่า ในอดีตศาลยุติธรรมนั้นสังกัดอยู่ในกระทรวงยุติธรรมโดยกระทรวงยุติธรรมเป็นองค์กรของฝ่ายบริหาร เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้กำกับดูแล เมื่อเกิดการปฏิรูปการเมืองในช่วงปี 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราชไทย 2540 จึงกำหนดให้ศาลยุติธรรมแยกออกจากกระทรวงยุติธรรม โดยมีหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระ และกำหนดให้การแต่งตั้ง การให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง การเลื่อน

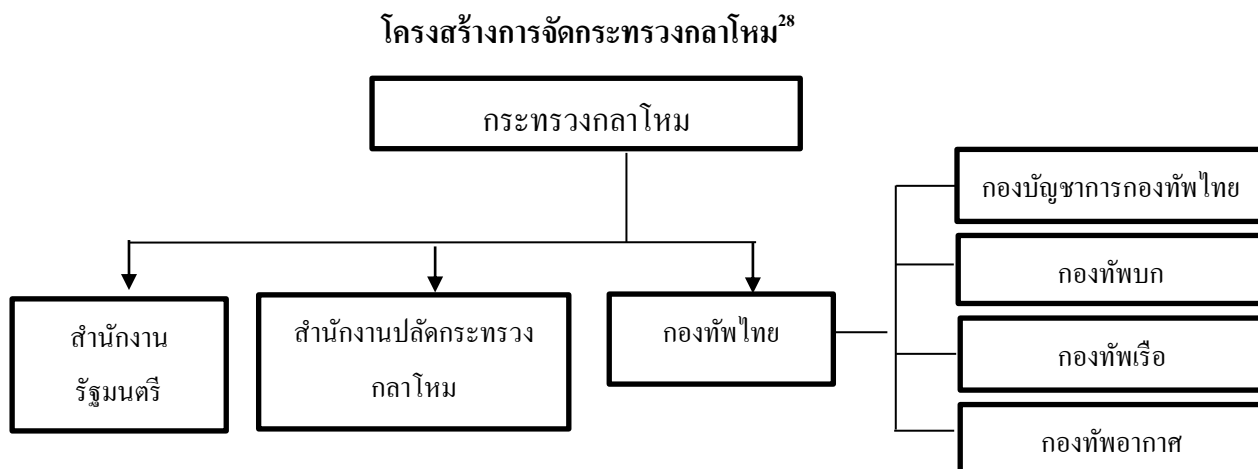
ตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษตุลาการ ต้องได้รับการเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมเสียก่อน เพื่อเป็นหลักประกันให้ให้ตุลาการปฏิบัติหน้าที่ได้โดยอิสระ²⁶

โครงสร้างการจัดศาลทหาร²⁷



²⁶ ศรีนชา สีมา. (2560). *คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 1.

²⁷ เสนีย์ พรหมวิวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 35.



2.4.3 ประเภทของศาลทหาร

ลักษณะของศาลทหารนั้นย่อมเป็นไปตามช่วงเวลาเหตุการณ์บ้านเมือง กล่าวคือ ในเวลาที่บ้านเมืองเป็นปกติก็จัดตั้งศาลทหารในเวลาปกติ แต่ถ้าในเวลาไม่ปกติคือเวลาที่มีการรบหรือสถานการณ์สงครามหรือได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกก็มีศาลทหารในเวลาไม่ปกติเกิดขึ้น หรือเมื่อหน่วยทหารปฏิบัติหน้าที่อยู่นอกราชอาณาจักรก็จัดตั้งศาลประจำหน่วยทหารตามความจำเป็นและถ้าหน่วยทหารหรือเรือรบอยู่ในยุทธภพบริเวณถ้ามีความจำเป็นก็ตั้งศาลอาญาขึ้นศาลทหารหากจัดตามช่วงเวลา หรือ ตามสถานการณ์จะสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทดังนี้

1. ศาลทหารในเวลาปกติ คือ ศาลทหารที่มีอยู่ในช่วงที่บ้านเมืองสงบปราศจากศึกสงครามไม่มีการประกาศกฎอัยการศึกและไม่มีการยึดอำนาจจากการปกครองประเทศ เพราะความจำเป็นที่จะต้องรักษาสถานการณ์ของบ้านเมืองซึ่งเกิดความไม่สงบ²⁹

2. ศาลทหารในเวลาไม่ปกติ คือ ศาลทหารที่อยู่ในช่วงที่บ้านเมืองอยู่ในสถานะศึกสงครามจึงมีความจำเป็น ในเวลานี้ศาลทหารย่อมมีเพิ่มมากขึ้นการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหารต้องดำเนินไป ด้วยความรวดเร็วเด็ดขาดยิ่งกว่าในเวลาปกติเพื่อประโยชน์ในการทำสงครามเพื่อให้สถานการณ์บ้านเมืองกลับคืนสู่สภาวะปกติได้อย่างรวดเร็ว

3. ศาลทหารอาญาศึก พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498 บัญญัติไว้ในมาตรา 39 มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นเฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของหน่วยทหารที่ตั้งศาลอาญาคดีนั้นเป็นคดีอาญาทั้งปวงซึ่งการกระทำผิดเกิดขึ้นในเขตอำนาจได้ทุกบทกฎหมายและไม่

²⁸ กระทรวงกลาโหม. (2560). *โครงสร้างกระทรวงกลาโหม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.mod.go.th>. [2562, 25 มิถุนายน]

²⁹ โกมล มีจุล. (2552). *ศาลทหาร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://elib.coj.go.th/Article/c13_8_5.pdf. [2562, 25 มิถุนายน]

จำกัดตัวบุคคลจึงไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นใครจะเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารตามธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 16 หรือไม่และไม่ต้องคำนึงว่านายทหารนั้นมียศชั้นใดสังกัดกรมกองใด ดังนี้ไม่ว่าทหาร ตำรวจ หรือ พลเรือนหากกระทำความผิดอาญาใดภายในเขตอำนาจของศาลอาญาศึกแล้วนั้น ศาลอาญาศึกมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ทั้งสิ้น คดีที่ศาลอาญาศึกมีคำพิพากษาแล้วนั้นเป็นอันถึงที่สุดของศาลอาญาศึก ศาลอาญาศึกมีลักษณะพิเศษไม่จำกัดอยู่ในประเภทของศาลทหารชั้นต้นเพราะเป็นศาลชั้นเดียว และองค์คณะประกอบด้วยนายทหารชั้นสัญญาบัตรสามนายไม่มีตุลาการพระธรรมนูญร่วมเป็นองค์คณะซึ่งมีบัญญัติไว้ในพระธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 41

2.4.4 การจัดลำดับของศาลทหาร

ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร 2498 มาตรา 6 ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารศาลทหารแบ่งออกเป็น 3 ชั้น ทำนองเดียวกับศาลยุติธรรมพลเรือน คือ ศาลทหารชั้นต้น , ศาลทหารชั้นกลาง, ศาลทหารชั้นสูงสุด

โดยศาลทหารชั้นต้นเทียบได้กับ ศาลพลเรือน สามารถแบ่งได้ 3 ประเภท ศาลมณฑลทหาร, ศาลทหารกรุงเทพ, ศาลประจำหน่วยทหาร

ศาลมณฑลทหารบก มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีคล้ายกับศาลจังหวัดของศาลพลเรือนมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดในเขตอำนาจได้ทุกบทกฎหมายแต่ต้องไม่ใช่ นายทหารชั้นสัญญาบัตรยศนายพล หรือเทียบเท่า ศาลมณฑลทหารไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต้องนำไปดำเนินยังศาลทหารกรุงเทพต่อไป

ปัจจุบันมีศาลมณฑลทหาร 34 แห่ง ได้แก่

1. ศาลมณฑลทหารบกที่ 12 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดปราจีนบุรี, นครนายก และฉะเชิงเทรา
2. ศาลมณฑลทหารบกที่ 13 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดลพบุรี, ชัยนาท, สิงห์บุรี, อ่างทอง
3. ศาลมณฑลทหารบกที่ 14 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดจันทบุรี, ระยอง
4. ศาลมณฑลทหารบกที่ 15 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดเพชรบุรี และจังหวัดประจวบคีรีขันธ์
5. ศาลมณฑลทหารบกที่ 16 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดราชบุรี, สมุทรสงคราม , สมุทรสาคร
6. ศาลมณฑลทหารบกที่ 17 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดกาญจนบุรี และสุพรรณบุรี

7. ศาลมณฑลทหารบกที่ 18 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดสระบุรีและจังหวัดพระนครศรีอยุธยา
8. ศาลมณฑลทหารบกที่ 19 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดสระแก้ว, จันทบุรี, ตราด
9. ศาลมณฑลทหารบกที่ 21 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดนครราชสีมาและจังหวัดชัยภูมิ
10. ศาลมณฑลทหารบกที่ 22 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดอุบลราชธานีและจังหวัดอำนาจเจริญ
11. ศาลมณฑลทหารบกที่ 23 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดขอนแก่นและจังหวัดกาฬสินธุ์
12. ศาลมณฑลทหารบกที่ 24 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดอุดรธานีและจังหวัดหนองคาย
13. ศาลมณฑลทหารบกที่ 25 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดสุรินทร์และจังหวัดศรีสะเกษ
14. ศาลมณฑลทหารบกที่ 26 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดบุรีรัมย์และจังหวัดมหาสารคาม
15. ศาลมณฑลทหารบกที่ 27 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดร้อยเอ็ดและจังหวัดยโสธร
16. ศาลมณฑลทหารบกที่ 28 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดเลยและจังหวัดหนองบัวลำภู
17. ศาลมณฑลทหารบกที่ 29 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดสกลนครและจังหวัดมุกดาหาร
18. ศาลมณฑลทหารบกที่ 21 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดนครพนมและจังหวัดมุกดาหาร
19. ศาลมณฑลทหารบกที่ 31 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดนครสวรรค์ และจังหวัดกำแพงเพชรและจังหวัดอุทัยธานี
20. ศาลมณฑลทหารบกที่ 32 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดลำปาง
21. ศาลมณฑลทหารบกที่ 33 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดเชียงใหม่ จังหวัดแม่ฮ่องสอน จังหวัดลำพูน
22. ศาลมณฑลทหารบกที่ 34 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดพะเยา
23. ศาลมณฑลทหารบกที่ 35 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดอุตรดิตถ์ และจังหวัดแพร่
24. ศาลมณฑลทหารบกที่ 36 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดเพชรบูรณ์ และจังหวัดพิจิตร
25. ศาลมณฑลทหารบกที่ 37 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดเชียงราย
26. ศาลมณฑลทหารบกที่ 38 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดน่าน
27. ศาลมณฑลทหารบกที่ 39 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดพิษณุโลก และจังหวัดสุโขทัย
28. ศาลมณฑลทหารบกที่ 40 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดตาก
29. ศาลมณฑลทหารบกที่ 41 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดนครศรีธรรมราชนอกจากอำเภอทুমัง และจังหวัดภูเก็ต

30. ศาลมณฑลทหารบกที่ 42 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดสงขลา จังหวัดพัทลุง จังหวัด
จังหวัดสตูล

31. ศาลมณฑลทหารบกที่ 43 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่อำเภอทุ่งสง จังหวัดนครศรีธรรมราช
จังหวัดกระบี่ จังหวัดตรัง

32. ศาลมณฑลทหารบกที่ 44 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดชุมพร จังหวัดระนอง

33. ศาลมณฑลทหารบกที่ 45 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดสุราษฎร์ธานี จังหวัดพังงา

34. ศาลมณฑลทหารบกที่ 46 มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดปัตตานี จังหวัดนราธิวาส
จังหวัดยะลา³⁰

ศาลทหารกรุงเทพ มีลักษณะคล้ายกับศาลอาญาของศาลพลเรือน โดยตั้งอยู่ในกรม
พระธรรมนูญ และมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ทุกบทกฎหมาย โดยไม่จำกัดพื้นที่และไม่
จำกัดชั้นยศของจำเลย³¹ นายทหารชั้นนายพลก็ตกเป็นจำเลยในศาลทหารกรุงเทพได้แต่โดยปกติถ้า
การกระทำผิดเกิดในพื้นที่ที่มี ศาลทหารชั้นต้นอื่นตั้งอยู่ ก็ให้พิจารณาพิพากษาในศาลทหารท้องถิ่น
นั้นๆ³² ยกเว้นจำเลยมียศชั้นนายพล จะต้องพิจารณาพิพากษาโดยศาลทหารกรุงเทพ เนื่องจากจำเลยที่
มียศชั้นนายพลนั้น จะเกินอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลมณฑลทหารและศาลจังหวัด
ทหารบก นอกจากนี้ยังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร
ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องรับโทษในราชอาณาจักรด้วย และเนื่องจากจังหวัดทหารบกกรุงเทพและ
มณฑลทหารบกที่ 11 เป็นที่ตั้งของศาลทหารกรุงเทพ ฉะนั้นกฎหมายจึงไม่ยอมให้มีการจัดตั้งศาล
จังหวัดทหารบกกรุงเทพ และศาลมณฑลทหารบกที่ 11 จึงมีผลให้ศาลทหารกรุงเทพมีเขตอำนาจ
ครอบคลุม กรุงเทพมหานคร นครปฐม นนทบุรี ปทุมธานี สมุทรปราการ สมุทรสาคร ซึ่งเป็นพื้นที่ที่
อยู่ในเขตอำนาจของมณฑลทหารบกที่ 11³³

ศาลประจำหน่วยทหารจะถูกตั้งขึ้นเมื่อหน่วยทหารปฏิบัติหน้าที่อยู่นอกราชอาณาจักรหรือ
ขณะกำลังออกเดินทางเพื่อไปปฏิบัติหน้าที่นอกราชอาณาจักร และมีกำลังทหารไม่น้อยกว่าหนึ่ง
กองพันกระทรวงกลาโหมออกข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยกำหนดกำลังทหารเพื่อการตั้งศาล
ประจำหน่วยทหาร พ.ศ.2499 ขึ้น เพื่อกำหนดกำลังทหารที่ถือว่าไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน ดังนี้ 1)

³⁰ พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตอำนาจศาลมณฑลทหาร พ.ศ. 2558. มาตรา 4 ว่าด้วยเขตอำนาจของศาลมณฑล
ทหารบก

³¹ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 22.

³² พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 17(2).

³³ สุรางค์ บุญสรรค์. (2560). *อำนาจศาลทหารภายใต้กฎอัยการศึก*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://library.senate.go.th/document/Ext7729/7729352_0002.PDF. [2562, 2 กรกฎาคม].

หน่วยทหารซึ่งอัตรากำลังได้จัดเป็นหน่วยตั้งแต่หนึ่งกองพันขึ้นไป 2) หน่วยทหารที่มีเรือชั้น 1 ตั้งแต่หนึ่งลำขึ้นไป หรือ หมู่เรือ หรือหมวดเรือซึ่งมีจำนวนเรือตั้งแต่สองลำขึ้นไป 3) หน่วยทหารซึ่งอัตรากำลังได้จัดเป็นหน่วยตั้งแต่หนึ่งฝูงบินขึ้นไป 4) หน่วยทหารซึ่งมีจำนวนทหารรวมกันไม่น้อยกว่า 500 คน และผู้บังคับบัญชาหน่วยทหารนั้นมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้บังคับกองพัน หรือผู้บังคับการเรือชั้น 1 หรือผู้บังคับฝูงบิน หรือเทียบเท่า³⁴ ศาลประจำหน่วยทหารมีเขตอำนาจ ดังนี้

1. เขตอำนาจเหนือบุคคล หมายความว่า ศาลประจำหน่วยทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่สังกัดอยู่ในหน่วยทหารนั้นๆ เท่านั้น

2. เขตอำนาจไม่จำกัดพื้นที่ หมายความว่า ศาลประจำหน่วยทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่บุคคลที่สังกัดอยู่ในหน่วยทหารนั้นกระทำความผิดทั้งในหรือนอกราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 17 (3) ศาลประจำหน่วยทหารตั้งอยู่ในพื้นที่ ซึ่งเป็นที่ตั้งหน่วยทหารนั้นๆ และมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับศาลมณฑลทหาร³⁵

ศาลทหารกลาง เทียบได้กับศาลอุทธรณ์ของศาลยุติธรรมเป็นศาลชั้นอุทธรณ์มีศาลเดียวตั้งอยู่ที่กรมพระธรรมนูญกระทรวงกลาโหมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในบรรดาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารชั้นต้น

ศาลทหารสูงสุด เทียบได้กับศาลฎีกาของศาลยุติธรรมเป็นศาลทหารชั้นฎีกาที่มีอยู่ศาลเดียวตั้งอยู่ที่กรมพระธรรมนูญ กระทรวงกลาโหมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาบรรดาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารกลาง คดีที่ศาลทหารสูงสุดได้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งแล้วเป็นอันถึงที่สุด

2.4.5 ตุลาการศาลทหาร

ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ลักษณะ 2 บุคคลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลทหาร เรียกว่า ตุลาการ³⁶ ส่วนในศาลพลเรือนเรียกว่า ผู้พิพากษา ซึ่งต่างเป็นผู้ที่พิจารณาพิพากษาคดีและกระทำการในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์เช่นเดียวกันตุลาการศาลทหารโดยตุลาการศาลทหารแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ³⁷

ตุลาการทหารนั้นแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ตุลาการ และตุลาการพระธรรมนูญ

1. ตุลาการ ได้แก่ นายทหารชั้นสัญญาบัตรโดยการที่จะได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการร่วมเป็นองค์คณะในศาลทหาร โดยเป็นบุคคลที่ไม่จำเป็นต้องสำเร็จการศึกษาวิชาทางด้านกฎหมาย

³⁴ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498. มาตรา 9 วรรคท้าย.

³⁵ ธนบาล ยุพาพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 33-34.

³⁶ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 . มาตรา 25.

³⁷ โกเมศ สุลงกช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 77.

ซึ่งตุลาการต้องมีคุณสมบัติดังนี้เป็นนายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการรับราชการในกระทรวงกลาโหมสำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่า ต้องไม่เป็นผู้มีตำแหน่งหน้าที่ขัดกับอำนาจศาลทหาร หรือเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการซึ่งอาจทำให้เสียความยุติธรรม ต้องไม่เป็นผู้กระทำผิดวินัยทหารซึ่งเป็นความผิดที่อาจถูกปลดจากประจำการตามกฎหมายว่าด้วยวินัยทหาร ต้องไม่เป็นผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกโดยไม่รอการกำหนดโทษหรือไม่รอการลงโทษ ต้องไม่เป็นผู้ที่มีความประพฤติไม่เหมาะสมแก่การเป็นตุลาการ ต้องไม่เป็นผู้ที่มีสุขภาพการหรือจิตใจบกพร่องขนาดที่ส่งผลกระทบต่อการทำงานที่ตุลาการ³⁸ โดยตุลาการศาลทหารนี้ เสมือนเป็นผู้บังคับบัญชาทหาร มีสิทธิ์ออกเสียงในการพิจารณาได้หนึ่งเสียง เช่นเดียวกับตุลาการพระธรรมนูญ การที่ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้แทนร่วมเป็นตุลาการศาลทหารก็เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาได้ทราบถึงสาเหตุแห่งการกระทำความผิด และมีส่วนร่วมพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดตามความเหมาะสม อีกทั้งยังเป็นการหาทางป้องกันเพื่อมิให้มีการกระทำผิดเช่นนั้นเกิดขึ้นได้อีกด้วย ซึ่งจะประกอบเป็นประโยชน์ในการปกครองบังคับบัญชาทางทหาร ถือเป็นลักษณะพิเศษของศาลทหารที่แตกต่างจากศาลพลเรือน แต่ในทางปฏิบัติของศาลทหารนั้นจะให้นายทหารที่มีความรู้ความสามารถที่เกี่ยวข้องกับคดีมาร่วมเป็นองค์คณะเพื่อร่วมในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วแต่ความผิดที่เกิดขึ้นว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับอะไรถึงจะให้นายทหารผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านนั้นๆ มาร่วมเป็นองค์คณะในการพิพากษาคดี

2. ตุลาการพระธรรมนูญ ได้แก่ ผู้ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการพระธรรมนูญซึ่งเป็นเหล่าทหารพระธรรมนูญ สังกัดในสำนักตุลาการทหาร กรมพระธรรมนูญ ได้แก่ นายทหารสัญญาบัตรโดยมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปีบริบูรณ์ เป็นผู้สำเร็จการศึกษาตั้งแต่ชั้นปริญญาตรีหรือเทียบเท่าขึ้นไป สาขานิติศาสตร์ และเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตไทย รับราชการหรือประกอบอาชีพที่ต้องใช้ความรู้ทางกฎหมายเป็นประจำมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี หรือได้เป็นตุลาการศาลทหารมาแล้ว มีความประพฤติเหมาะสม ตุลาการพระธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมาย และมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี และเมื่อได้รับแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ประจำศาลใด ให้มีอำนาจปกครองบังคับบัญชาศาลและเจ้าหน้าที่ประจำศาลนั้น และถ้าเป็นตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าศาลใด ให้มีอำนาจปกครองบังคับบัญชาตุลาการพระธรรมนูญในศาลนั้นด้วย³⁹ นอกจากนี้ ตุลาการพระธรรมนูญที่อยู่ในองค์คณะจะเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามข้อกฎหมายเพื่อให้ทราบถึงสาเหตุของการกระทำผิดและมีส่วนในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดตาม

³⁸ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2561

³⁹ ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยตุลาการศาลทหาร พ.ศ. 2528. ข้อ 5.

ความเหมาะสม และป้องกันมิให้กระทำความผิดซ้ำอีกซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการปกครองบังคับบัญชา

การกำหนดองค์คณะตุลาการศาลทหารมีดังนี้

ศาลทหารชั้นต้น ต้องมีตุลาการสามนายเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา คือ นายทหารชั้นสัญญาบัตรสองนาย ตุลาการพระธรรมนูญหนึ่งนาย

ศาลทหารกลาง ต้องมีตุลาการห้านายเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา คือนายทหารชั้นนายพลหนึ่งหรือสองนาย นายทหารชั้นนายพัน หรือนายนาวาอากาศชั้นไปหนึ่งคือสองนาย ตุลาการพระธรรมนูญสองนาย⁴⁰

ศาลทหารสูงสุด ต้องมีตุลาการห้านายเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา คือ นายทหารชั้นนายพลสองนาย ตุลาการพระธรรมนูญสามนาย⁴¹

ศาลมณฑลทหาร,ศาลทหารกรุงเทพ และ ศาลประจำหน่วยทหารต้องมีตุลาการเป็นองค์คณะพิจารณา นายทหารชั้นสัญญาบัตรสองนาย ตุลาการพระธรรมนูญหนึ่งนาย⁴²

ศาลอาญาศึก ต้องมีตุลาการสามนายเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา คือ นายทหารชั้นสัญญาบัตรสามนาย⁴³

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดชั้นยศของตุลาการศาลทหารไว้ดังนี้

- 1) ศาลทหารชั้นต้น ต้องเป็นนายทหารชั้น นายร้อย นายเรือ หรือนายเรืออากาศชั้นไป
- 2) ศาลทหารกลาง ต้องเป็นนายทหารชั้น นายพัน นายนาวา หรือนายนาวาอากาศชั้นไป
- 3) ศาลทหารสูงสุด ต้องเป็น (ก) นายทหารชั้นพันเอก นาวาเอก หรือนาวาอากาศเอก ซึ่งรับเงินเดือนอัตรา พันเอกพิเศษ นาวาเอกพิเศษ หรือนาวาอากาศเอกพิเศษ (ข) นายทหารชั้นนายพล⁴⁴ ส่วนในเรื่องชั้นยศของตุลาการที่ไม่ใช่ตุลาการพระธรรมนูญนั้น ได้กำหนดไว้ดังนี้

1) ในศาลทหารชั้นต้น กำหนดให้ตุลาการซึ่งมิใช่ตุลาการพระธรรมนูญต้องมียศทหารสูงกว่าหรือเท่าจำเลยที่มียศทหารสูงสุดยศจำเลยให้ถือในขณะฟ้อง⁴⁵

2) ในศาลทหารชั้นต้นถ้าไม่มีนายทหารที่มียศสมควรเป็นตุลาการครบองค์คณะ กำหนดให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการตามความในมาตรา 30 จะแต่งตั้งนายทหารที่เห็นสมควรเป็นตุลาการก็ได้⁴⁶

⁴⁰ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 28.

⁴¹ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 29.

⁴² พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498. มาตรา 29.

⁴³ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 41.

⁴⁴ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 31.

⁴⁵ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 32.

จากข้อความดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่าองค์คณะตุลาการศาลทหารนั้นมีลักษณะเป็นการตายตัว คือ มีการกำหนดจำนวนตุลาการในแต่ละชั้นศาลไว้ ซึ่งจะแตกต่างไปจากการกำหนดองค์คณะผู้พิพากษาตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 26 และมาตรา 27 ที่ใช้ถ้อยคำว่า “อย่างน้อย” กล่าวคือองค์คณะผู้พิพากษาของศาลชั้นต้น นอกจากศาลแขวงและศาลยุติธรรมอื่น ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลนั้นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อยสองคน องค์คณะผู้พิพากษาของศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาค หรือศาลฎีกา ต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อยสามคน

นอกเหนือไปกว่านั้นศาลทหารยังมีการแต่งตั้งตุลาการสำรองมาั่งพิจารณาคดี เพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีที่ตุลาการไม่ครบองค์คณะในขณะหนึ่งขณะใดในการพิจารณาคดี ซึ่งกำหนดให้ผู้ที่จะเป็นตุลาการสำรองได้จะต้องได้รับการแต่งตั้งโดยผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการ⁴⁷ ตามมาตรา 30 เช่นเดียวกับตุลาการปกติด้วย ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ในองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีจะต้องมีการจัดลำดับอาวุโสด้วย กล่าวคือให้ตุลาการที่มีอาวุโสสูงสุด เป็นประธานในการพิจารณาพิพากษา เรียกว่า “ประธานตุลาการ”⁴⁸ ซึ่งในทางปฏิบัติประธานตุลาการอาจเป็นตุลาการพระธรรมนูญก็ได้ การพิจารณาว่าผู้ใดมีอาวุโสสูงสุดก็ย่อมเป็นไปตามหลักการจัดลำดับอาวุโส⁴⁹

จากที่ได้กล่าวถึงเรื่องตุลาการศาลทหารนั้นมีทั้งหมด 2 ประเภทด้วยกัน คือ 1 ตุลาการศาลทหาร 2 ตุลาการพระธรรมนูญซึ่งจะเห็นได้ว่าตุลาการ 2 ประเภทนี้มีความแตกต่างกันเรื่องคุณสมบัติเรื่องคุณวุฒิทางการศึกษา จากที่ได้ศึกษาศาลทหารทั้งศาลทหารชั้นต้น ศาลทหารชั้นกลาง ศาลทหารชั้นสูงสุดนั้น จะมีนายทหารที่เป็นตุลาการศาลทหารร่วมเป็นองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าตุลาการทั้ง 2 ประเภทนี้ควรที่จะมีคุณสมบัติในเรื่องคุณวุฒิทางการศึกษาที่จะต้องเป็นผู้ที่จบการศึกษาทางกฎหมายเช่นเดียวกับตุลาการพระธรรมนูญ เหตุที่ผู้ศึกษาเสนอเช่นนี้เพราะศาลทหารเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม เพราะมีบางความผิดเมื่อประชาชนได้กระทำซึ่งจะเป็นความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลทหาร หรือช่วงเวลาที่เหมาะสมกฏอัยการศึกศาลทหารเป็นองค์กร ที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ซึ่งอาจไม่ประกันสิทธิให้ประชาชนเกิดความมั่นใจได้ว่าจะได้รับการพิจารณาคดีจากองค์คณะที่มีความรู้ทางด้านกฎหมายอย่างเพียงพอ

⁴⁶ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 33.

⁴⁷ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 34.

⁴⁸ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 35.

⁴⁹ ระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการจัดลำดับอาวุโสข้าราชการทหาร พ.ศ. 2527. ข้อ 4.

2.4.5.1 หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการ

การแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการนั้น ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้ถวายคำแนะนำเพื่อทรงกรุณาโปรดเกล้า แต่งตั้งและถอดถอนตุลาการศาลทหารสูงสุดและตุลาการศาลทหารกลาง⁵⁰ และกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมรับผิดชอบในงานธุรการของศาลทหาร⁵¹ ในเรื่องการถวายคำแนะนำเพื่อทรงกรุณาโปรดเกล้า นั้น กระทรวงกลาโหมต้องเสนอไปยังสำนักนายกรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการเมื่อมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าแต่งตั้ง นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการ

การแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการศาลทหารชั้นต้นและศาลอาญาศึกนั้น พระมหากษัตริย์ได้ทรงมอบ พระราชอำนาจให้ผู้บังคับบัญชาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้แต่งตั้งและถอดถอนได้ กล่าวคือ ตุลาการศาลประจำหน่วยทหารให้ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาหน่วยทหารเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอน ตุลาการศาลอาญาศึกให้ผู้บังคับบัญชาสูงสุด ที่นั่นเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอน

การแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการศาลทหารนั้นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยตุลาการศาลทหาร พ.ศ. 2528 กล่าวคือ การแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการศาลทหารทุกชั้นจะต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร (ก.ต.ท) ในทางปฏิบัติการแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการศาลทหารชั้นต้น สำหรับศาลทหารในส่วนภูมิภาคผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการจะเสนอรายชื่อนายทหารสัญญาบัตรที่ประสงค์จะแต่งตั้งเป็นตุลาการมาให้คณะกรรมการตุลาการ พิจารณาเห็นชอบเสียก่อนจึงจะแต่งตั้งได้ ส่วนกรณีการแต่งตั้งตุลาการศาลทหารกรุงเทพนั้น สำนักตุลาการทหารจะดำเนินการนำรายชื่อเสนอคณะกรรมการตุลาการศาลทหารเพื่อขอความเห็นชอบและจะเสนอไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเพื่อออกคำสั่งแต่งตั้ง ซึ่งจะมีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการ ประกอบด้วยตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าศาลทหารสูงสุด เป็นประธาน ตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าศาลทหารกลางเป็นรองประธาน ตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าคณะฝ่ายศาลทหารสูงสุด ตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้า ศาลทหารกรุงเทพ ตุลาการพระธรรมนูญประจำสำนักตุลาการศาลทหาร (อัคราพลตรี พลเรือตรี พลอากาศตรี) เป็นอนุกรรมการ หัวหน้าฝ่ายงานคณะกรรมการตุลาการ เป็นอนุกรรมการและเลขานุการ ประจำ

⁵⁰ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 10.

⁵¹ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 5 วรรค 2.

ฝ่ายงานคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร เป็นอนุกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ⁵² คณะอนุกรรมการคัดเลือกตุลาการมีหน้าที่และอำนาจดังต่อไปนี้

1. มีอำนาจในการตรวจสอบและกลั่นกรองคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ขอรับการคัดเลือกและ ผู้สมัคร ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการที่มีความเหมาะสม
2. มีอำนาจแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำเนินการใด ๆ ตามแต่จะมอบหมายภายในอำนาจหน้าที่
3. มีอำนาจเชิญบุคคลใดมาให้อธิบายหรือส่งเอกสารประกอบการพิจารณาได้ตามสมควร⁵³

การคัดเลือกผู้ที่จะสมัครเป็นตุลาการที่มีคุณสมบัติครบตามข้อ 5⁵⁴ ไม่มีลักษณะต้องห้ามอย่างหนึ่งอย่างใดตามข้อ 6⁵⁵ และ ยศทหารดังต่อไปนี้

ตุลาการศาลทหารสูงสุด ให้คัดเลือกจากผู้ที่มีความเหมาะสมจาก นายทหารชั้นสัญญาบัตรยศพลเอก หรือพลเรือเอก พลอากาศเอก หรือ นายทหารชั้นสัญญาบัตรยศพลโท พลเรือโท พลอากาศโท ซึ่งเคยได้รับการแต่งตั้งและเคยปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลทหารกลางมาแล้ว หรือ นายทหารสัญญาบัตรยศพลตรี พลเรือตรี พลอากาศตรี พลอากาศตรี ซึ่งเคยได้รับการแต่งตั้งและเคยปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลทหารกลางมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้ง

ตุลาการศาลทหารกลาง ให้คัดเลือกผู้ที่มีความเหมาะสมจาก นายทหารชั้นสัญญาบัตรยศพลโท พลเรือโท พลอากาศโท หรือ นายทหารชั้นสัญญาบัตรยศพลตรี พลเรือตรี พลอากาศตรี ซึ่งเคยได้รับการแต่งตั้ง และเคยปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลทหารชั้นต้นมาแล้ว หรือ

⁵² ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร พ.ศ. 2561 ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง. ข้อ 13.

⁵³ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร พ.ศ. 2561 ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง. ข้อ 14.

⁵⁴ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง ข้อ 5 ตุลาการต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ 1 เป็นนายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการ รับราชการกระทรวงกลาโหม 2 สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่า

⁵⁵ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง ข้อ 6 ตุลาการศาลทหารต้องมีคุณสมบัติดังนี้ 1 เป็นผู้ที่มิได้ตำแหน่งหน้าที่ไม่ขัดกับการใช้อำนาจของศาลทหาร หรือเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ 2 ไม่เป็นผู้ที่กระทำผิดวินัยทหารที่อาจถูกปลดจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยวินัยทหาร 3 ต้องไม่เป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกโดยไม่รอลงอาญาหรือไม่รอกำหนดโทษ 4 ไม่เป็นผู้ที่มีความประพฤติที่ไม่เหมาะสมแก่การเป็นตุลาการ 5 ไม่เป็นผู้ที่มีสุขภาพร่างกายหรือจิตที่บกพร่อง

นายทหารสัญญาบัตรยศพันเอก นาวาเอก นาวาอากาศเอก ซึ่งรับเงินเดือนอัตราพันเอกพิเศษ นาวาเอกพิเศษ นาวาอากาศเอกพิเศษ ซึ่งเคยได้รับการแต่งตั้งและปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลทหาร ชั้นต้นโดยนั่งพิจารณาพิพากษามาแล้วไม่น้อยกว่าสิบครั้ง

ตุลาการศาลทหารกรุงเทพ ให้คัดเลือกจากผู้ที่มีความเหมาะสมจากนายทหารชั้นสัญญาบัตรยศพันเอก นาวาเอก นาวาอากาศเอก ขึ้นไป

ตุลาการศาลมณฑลทหาร ให้คัดเลือกจากผู้ที่มีความเหมาะสมจาก นายทหารชั้นสัญญาบัตร ยศร้อยเอก เรือเอก เรืออากาศเอกขึ้นไป เว้นแต่นายทหารเหล่าพระธรรมนูญจะมียศต่ำกว่านั้นก็ได้⁵⁶

การแต่งตั้งตุลาการประจำในศาลทหารสูงสุด ศาลทหารกลาง และศาลทหารชั้นต้น จะกระทำทุกปีตามจำนวนดังต่อไปนี้

ตุลาการศาลทหารสูงสุด ให้มีตุลาการไม่เกิน 72 นาย และอาจจะเพิ่มจำนวนได้ตามมติของคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร

ศาลทหารกลาง ให้มีตุลาการไม่เกิน 108 นาย และอาจจะเพิ่มจำนวนได้ตามมติของคณะกรรมการ ตุลาการศาลทหาร

ศาลทหารกรุงเทพ ให้มีตุลาการไม่น้อยกว่า 200 นาย และไม่เกิน 400 นาย

ศาลมณฑลทหาร ให้มีตุลาการไม่น้อยกว่า 20 นาย และไม่เกิน 60 นาย⁵⁷ โดยกำหนดให้ตุลาการดำรงตำแหน่งคราวละหนึ่งปีนับแต่วันแต่งตั้งและจะมีการแต่งตั้งผู้ที่พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากครบวาระให้ดำรงตำแหน่งเข้ารับหน้าที่

2.4.5.2 หลักเกณฑ์และวิธีการให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง

ตุลาการพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

1. ครบวาระ
2. พ้นจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ
3. ตาย
4. ออกจากประจำการ
5. ลาออกจากตำแหน่งตุลาการ
6. มิได้รับราชการในกระทรวงกลาโหม

⁵⁶ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง. ข้อ 7.

⁵⁷ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง. ข้อ 8.

7. กรณีเป็นตุลาการศาลมณฑลทหาร มิได้รับราชการประจำอยู่ในพื้นที่มณฑลทหารบกนั้นๆ

8. ขาดคุณสมบัติตาม ข้อ 5 หรือมีลักษณะต้องห้ามตามข้อ 6⁵⁸ การพ้นจากตำแหน่ง ตามข้อนี้ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการทหารตุลาการทหารในกรณีที่คณะกรรมการตุลาการทหารมีมติเห็นชอบให้พ้นจากตำแหน่งตุลาการให้หัวหน้าสำนักตุลาการทหารเสนอเรื่องเพื่อถอดถอนตุลาการพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวโดยให้เสนอเรื่องตามข้อ 17 มาใช้บังคับโดยอนุโลม⁵⁹ พระราชโองการและคำสั่งให้ถอดถอนตุลาการพ้นจากตำแหน่งให้มีผลตั้งแต่วันที่คณะกรรมการตุลาการทหารมีมติเห็นชอบให้พ้นจากตำแหน่ง

ตุลาการศาลทหารสูงสุดและตุลาการศาลทหารกลางที่ประสงค์จะลาออกจากตำแหน่งให้ยื่นใบลาออกต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ตุลาการศาลทหารชั้นต้นให้ยื่นใบลาออกต่อผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการ และการลาออกมีผลนับแต่ผู้นั้นลาออก⁶⁰

เมื่อมีการกล่าวหาหรือกรณีที่สงสัยว่าตุลาการเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติให้คณะกรรมการตุลาการทหารแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทำการสอบสวนตามที่ตุลาการถูกกล่าวหาหรือตามที่สงสัยเพื่อให้ทราบถึงความจริงเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเมื่อคณะกรรมการตุลาการทหารได้รับรายงานการสอบสวนและความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนให้พิจารณา

⁵⁸ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง ข้อ 5 ตุลาการต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ 1 เป็นนายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการ รับราชการกระทรวงกลาโหม 2 สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี หรือเทียบเท่า

ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง ข้อ 6 ตุลาการศาลทหารต้องมีคุณสมบัติดังนี้ 1 เป็นผู้ที่มิตำแหน่งหน้าที่ไม่ขัดกับการใช้อำนาจของศาลทหาร หรือเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ 2 ไม่เป็นผู้ที่กระทำผิดวินัยทหารที่อาจถูกปลดจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยวินัยทหาร 3 ต้องไม่เป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกโดยไม่รอลงอาญาหรือไม่รอกำหนดโทษ 4 ไม่เป็นผู้ที่มีความประพฤติที่ไม่เหมาะสมแก่การเป็นตุลาการ 5 ไม่เป็นผู้ที่มีสุขภาพร่างกายหรือจิตที่บกพร่อง

⁵⁹ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง ข้อ 17 เมื่อคณะกรรมการตุลาการให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งตุลาการแล้วให้หัวหน้าสำนักตุลาการทหารดำเนินการดังนี้ 1 เสนอเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เพื่อนำความกราบบังคมทูลพระกรุณาโปรดเกล้าแต่งตั้งตุลาการศาลทหารสูงสุดและตุลาการศาลทหารกลาง 2 เสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมในฐานะผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลทหารกรุงเทพเพื่อออกคำสั่งแต่งตั้งตุลาการศาลทหารกรุงเทพ 3 เสนอผู้บัญชาการมณฑลทหารบกในฐานะผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลมณฑลทหารเพื่อออกคำสั่งแต่งตั้งตุลาการศาลมณฑลทหาร

⁶⁰ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง. ข้อ 19.

มติเห็นชอบให้ยกข้อกล่าวหาหรือให้พ้นจากตำแหน่งตุลาการในกรณีที่มีการสอบสวนมีข้อเท็จจริงไม่เพียงพอที่จะพิจารณาได้ ประธานกรรมการ ตุลาการทหาร คือปลัดกระทรวงกลาโหมซึ่งเป็นประธานอาจสั่งให้คณะอนุกรรมการสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมตามประเด็นที่กำหนดถ้ามีพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องให้จัดส่งไปด้วยพร้อมกำหนดระยะเวลาในการสอบสวนเพิ่มเติมตามสมควร⁶¹

2.5 หลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาความอาญาศาลทหาร

วิธีพิจารณาความอาญาในศาลทหารส่วนใหญ่จะใช้กฎหมายและข้อบังคับซึ่งออกตามกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีกฎหมายและข้อบังคับจะนำความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลมถ้าวิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะก็จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับใช้เท่าที่จะใช้ได้⁶² ดังนั้นกฎหมายฝ่ายทหารที่นำมาใช้เป็นหลักก็คือ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ส่วนกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเช่นประมวลกฎหมายอาญาทหาร และส่วนที่เป็นข้อบังคับนั้นก็จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจหน้าที่ของอัยการ ตุลาการศาลทหาร และนายทหารพระธรรมนูญ

วิธีการดำเนินคดีอาญาในศาลทหารนั้นพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาวางบทลงโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายทหารหรือกฎหมายอื่นในทางอาญา ในคดีซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร⁶³ ในขณะที่กระทำความผิด โดยอำนาจศาลทหารที่จะพิจารณาพิพากษาคดีและมีอำนาจเหนือบุคคลใดได้บ้างได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญ ศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 13 ถึง มาตรา 15

อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลทหารมี 2 กรณีคือ

1. ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีและวางบทลงโทษผู้กระทำความผิดที่กระทำผิดต่อประมวลกฎหมายอาญาทหาร ประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญาในคดีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารในขณะที่กระทำความผิด คือศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารขณะกระทำความผิด โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้เสียหายในคดีดังกล่าวจะเป็นทหารหรือพลเรือน

⁶¹ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร ว่าด้วยคุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งตุลาการและให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง. ข้อ 20.

⁶² พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 45.

⁶³ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 16.

ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารเท่านั้น แบ่งบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารออกเป็น 8 ประเภท คือ

- 1) นายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการ
- 2) นายทหารชั้นสัญญาบัตรนอกประจำการ เฉพาะเมื่อกระทำผิดต่อคำสั่งหรือข้อบังคับตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร
- 3) นายทหารประทวนและพลทหารกองประจำการหรือประจำการ หรือบุคคลที่รับราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร
- 4) นักเรียนทหารตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด
- 5) ทหารกองเกินที่ถูกเข้ากองประจำการ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้รับตัวไว้เพื่อให้เข้ารับราชการประจำอยู่ในหน่วยทหาร
- 6) พลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทหาร เมื่อกระทำผิดในหน้าที่ราชการทหารหรือกระทำผิดอย่างอื่นเฉพาะในบริเวณ อาคาร ที่ตั้งหน่วยทหาร ที่พักเรือน พักแรม เรือ อากาศยานหรือยานพาหนะใด ๆ ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร
- 7) บุคคลซึ่งต้องขังหรืออยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร โดยชอบด้วยกฎหมาย
- 8) เซลยศึกหรือชนชาติศัตรู ซึ่งอยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร⁶⁴

2. อำนาจในการที่จะส่งลงโทษบุคคลที่กระทำละเมิดอำนาจศาล ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ว่าบุคคลจะเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร หรือไม่ก็ตามซึ่งการลงโทษผู้ละเมิดอำนาจศาลนั้นจะเป็นผู้ใดก็ได้ไม่จำเป็นจะต้องเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร การกระทำอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 30 และ 32 ซึ่งแยกออกเป็น 2 กรณี คือ ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลอันว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อย และกรณีประพฤติดนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล⁶⁵

⁶⁴ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 16.

⁶⁵ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 47.

จึงสรุปได้ว่าคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหารประกอบด้วยหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

1. เป็นคดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร มาตรา 16 กระทำความผิด⁶⁶
2. การกระทำความผิดเกิดขึ้นในขณะที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร
3. กระทำความผิดในคดีนั้นไม่เข้ากรณีที่ถือเป็นข้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารมาตรา 14⁶⁷

การกระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดในขณะที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารนั้นหากการกระทำความผิดนั้นมีลักษณะที่คาบเกี่ยวระหว่างเวลาที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร และขณะกระทำความผิดมิได้เป็นบุคคลที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลทหาร เช่น กรณีผู้กระทำความผิดออกเช็คขณะยังเป็นทหาร แต่ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินขณะพ้นจากการเป็นทหาร แล้ว หรือ ออกเช็คขณะยังไม่ได้เป็นทหารแต่ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินขณะเป็นทหาร หรือ กรณีที่ความผิดต่อเนื่อง เช่น หน่วงเหนี่ยวกักขังผู้อื่นไว้ในขณะที่ตนยังไม่ได้เป็นทหารจนกระทั่งตนได้เป็นทหารแล้วผู้ที่ถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังจึงหลุดพ้นไป หมายถึงบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารตั้งแต่ขณะลงมือกระทำความผิดจนกระทั่งกระทำความผิดสำเร็จแล้วอาจถูกดำเนินคดีในศาลทหารในขณะที่มิได้เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารได้ เช่น กระทำความผิดขณะที่ยังเป็นทหารแต่ความผิดปรากฏ หรือ ถูกจับกุมภายหลังจากที่ถูกปลดออกจากราชการไปแล้ว หรือ หากการกระทำความผิดสำเร็จในขณะที่ยังไม่ได้เป็นทหารแต่ความผิดได้ปรากฏ หรือ ถูกจับกุมในขณะที่เป็นทหารก็ถือว่ากระทำความผิดคดีนั้นไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลทหาร ซึ่งเป็นไป

⁶⁶ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 16.

“บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร คือ (1) นายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการ. (2) นายทหารชั้นสัญญาบัตรนอกประจำการ เฉพาะเมื่อกระทำผิดต่อคำสั่งหรือข้อบังคับตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร. (3) นายทหารประทวนและพลทหารกองประจำการหรือประจำการ หรือบุคคลที่รับราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร. (4) นักเรียนทหารตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด. (5) ทหารกองเกินที่ถูกเข้ากองประจำการ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้รับตัวไว้เพื่อให้เข้ารับราชการประจำอยู่ในหน่วยทหาร. (6) พลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทหาร เมื่อกระทำผิดในหน้าที่ราชการทหารหรือกระทำผิดอย่างอื่นเฉพาะใน หรือบริเวณ อาคาร ที่ตั้งหน่วยทหารที่พักร้อน พักแรม เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะใด ๆ ในควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร. (7) บุคคลซึ่งต้องขังหรืออยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารโดยชอบด้วยกฎหมาย. (8) เกลยศึกหรือชนชาติศัตรูซึ่งอยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร”

⁶⁷ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 14.

“คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร คือ (1) คดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารกับบุคคลที่มีใ้ได้อยู่ในอำนาจศาลทหารกระทำความผิดด้วยกัน”

ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 15 วรรคแรก ดังนั้น จึงจำเป็นต้องดำเนินคดีทหารที่กระทำความผิดในศาลยุติธรรม⁶⁸

2.5.1 คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร

ศาลทหารไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

1. คดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารกับบุคคลที่มีใ้ได้อยู่ในอำนาจศาลทหารกระทำความผิดด้วยกัน หมายถึง คดีที่ทหารกับพลเรือนกระทำความผิดด้วยกันแต่ไม่ถึงขนาดร่วมกันกระทำความผิด เพียงแค่ทหารกับพลเรือนต่างคนต่างประมาทก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดด้วยกันแล้ว คำว่า กระทำความผิดด้วยกันนั้นมีความหมายกว้างกว่า ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน⁶⁹ ซึ่งศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานดังนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1104/2513 (ประชุมใหญ่)⁷⁰ การที่จำเลยและพลเรือนขับรถโดยประมาททำให้เกิดเฉี่ยวและชนกันจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย กรณีจึงเห็นได้ว่าถ้าไม่เป็นเพราะจำเลยและพลเรือนกระทำความผิดโดยประมาทด้วยกัน ความตายของผู้ตายก็เกิดขึ้นไม่ได้ ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่ เห็นว่ากรณีเช่นนี้อยู่ในบทบัญญัติมาตรา 14 (1)⁷¹ ที่ว่า “ คดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารกับบุคคลที่มีใ้ได้อยู่ในอำนาจศาลทหารกระทำความผิดด้วยกัน ” คำว่า “ ด้วยกัน ” ไม่จำเป็นจะต้องเป็นเรื่องที่ทหารกับพลเรือนได้ร่วมกันกระทำความผิดตามมาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเสมอไป แม้ทหารจะกระทำความผิดฐานประมาทและพลเรือนก็กระทำความผิดฐานประมาทแล้วเป็นเหตุให้คนอื่นถึงแก่ความตายอย่างเช่นคดีนี้ ก็เป็นเรื่องที่ “ กระทำความผิดด้วยกัน ” จึงเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารต้องดำเนินคดีนี้ต่อศาลพลเรือน⁷²

ในกรณีคดีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน และผู้กระทำความผิดที่ถูกจับตัวได้เป็นทหารส่วนหนึ่งที่หลบหนีไปไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่าเป็นทหารหรือพลเรือน ให้ถือว่าเป็นพลเรือน ศาลพลเรือนจึงมี อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนี้ ซึ่งศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานไว้ดังนี้ คำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 619/2485 “ จำเลยเป็นทหารประจำการ ส่วนพรรคพวกของจำเลยซึ่งหลบหนีไปไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่าเป็นทหารหรือพลเรือนและ โจทก์ก็ไม่สามารถยืนยันได้ จึงไม่มีเหตุที่จะฟังว่าพรรคพวกนั้นเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร จึงไม่เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ”

⁶⁸ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 15.

⁶⁹ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 83.

⁷⁰ ธนบาล ยุพาพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 38.

⁷¹ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 14 (1).

⁷² พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 15 วรรค 1.

แต่ถ้าปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่าพวกที่หลบหนีไปเป็นทหาร คดีจะตกอยู่ในอำนาจศาลทหาร ไม่ใช่ศาลพลเรือน ซึ่งศาลทหารสูงสุดได้เคยพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานไว้ดังนี้ คำพิพากษาศาลทหารสูงสุดที่ 23/2500 “เมื่อพยานโจทก์ทั้ง 3 ปากยืนยันตรงกันว่าคนร้ายทั้ง 3 แต่งเครื่องแบบทหาร และคนหนึ่งคือจำเลยแม้จะมีพยานอีก 1 ปาก ให้การสงสัยว่าคนร้ายคนหนึ่งจะมีใช้ทหาร ก็ไม่อาจหักล้างคำพยานโจทก์อีก 3 ปากได้ หลักฐานฟังได้ว่าผู้กระทำความผิดในคดีนี้เป็นทหารกองประจำการ ตามฟ้อง คดีจึงอยู่ในอำนาจศาลทหาร”

2. คดีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลพลเรือน

คดีที่จะถือว่าเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกันนั้นมีหลายกรณีแต่ยังไม่มีการชี้ชัดเป็นแน่นอน ความหมายของคำว่าคดีที่เกี่ยวข้องกัน ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 24 และ มาตรา 25 เช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 3/2548 ข้อเท็จจริงในคดีมีดังนี้ อัยการศาลจังหวัดทหารบกราชบุรี โจทก์ยื่นฟ้อง พลทหาร อธิยา อธิรัตน์ปัญญา จำเลย ต่อศาลจังหวัดทหารบกราชบุรีเป็นคดีหมายเลขคำที่ 62/2545 ในข้อหาทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กาย และลักทรัพย์ในเวลากลางคืน⁷³ ความว่า เมื่อวันที่ 18 กันยายน 2545 จำเลยได้ใช้กำลังทำร้ายร่างกายนายเฉลิมชัย เสงประเสริฐ จนเป็นเหตุให้นายเฉลิมชัย ได้รับอันตรายแก่กาย และภายหลังจากที่จำเลยกระทำการดังกล่าวได้ ลักเอาสร้อยคอและจี๋ทองคำของนายเฉลิมชัยไปโดยทุจริต ในระหว่างพิจารณา ศาลจังหวัดทหารบกราชบุรีสืบพยานโจทก์และจำเลยได้ ความว่า ภายหลังเกิดเหตุ พลทหาร อธิยา จำเลย ได้ร้องทุกข์ ต่อพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธร อำเภอบ้านโป่งเป็นอีกคดีหนึ่งว่า นายเฉลิมชัย (ผู้เสียหายในคดีนี้) ทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายและจิตใจ ซึ่งพนักงานอัยการประจำศาลแขวงราชบุรีได้ยื่นฟ้องนายเฉลิมชัยต่อศาลแขวงราชบุรีเป็นคดีหมายเลขคำที่ 1867/2545 และศาลได้มีคำพิพากษา ในคดีดังกล่าวเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม 2545 ว่าจำเลย (นายเฉลิมชัย) มีความผิด⁷⁴เป็นคดีหมายเลขแดงที่ /1820/2545 คดีถึงที่สุด

ในระหว่างพิจารณาของศาลจังหวัดทหารบกราชบุรี จำเลยยื่นคำร้องขอให้สอบถามศาลจังหวัดราชบุรีในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายว่า คดีนี้เป็นกรณีที่ผู้เสียหายและจำเลยกระทำความผิดด้วยกัน คดีอยู่ในอำนาจศาลทหารตามบทบัญญัติมาตรา 14 (1) แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 หรือไม่โดยอ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1684/2521 ประกอบ

⁷³ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 295 มาตรา 335 (1) และมาตรา 91.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 295.

“จำคุก 2 เดือนและปรับ 1000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้กึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุก 1 เดือนและปรับ 500 บาท ไม่ปรากฏว่า จำเลยเคยต้องโทษจำคุกมาก่อน โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี”

ศาลจังหวัดทหารบกราชนบุรีเห็นว่า กรณีเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลพลเรือน คดีจึงอยู่ในอำนาจศาลพลเรือน⁷⁵ ศาลจังหวัดราชบุรีเห็นว่า พลทหาร อธิยา อธิรัตน์ปัญญา บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารกับ นายเฉลิมชัย เสงประเสริฐ บุคคลที่มีได้อยู่ในอำนาจศาลทหาร มิได้ร่วมกระทำผิดในลักษณะเป็นตัวการร่วมกันในข้อหาที่ถูกฟ้องด้วยกัน และมีได้เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลพลเรือนเนื่องจากต่างฝ่ายต่างกระทำผิดและต่างฝ่ายต่างเป็นผู้เสียหาย⁷⁶ แยกต่างหากจากกัน และข้อหาหลักทรัพย์ในเวลากลางคืน⁷⁷ พลทหาร อธิยา อธิรัตน์ปัญญา ถูกฟ้องอีกข้อหาหนึ่งต่างหาก โดยมีนายเฉลิมชัยสงประเสริฐ เป็นผู้เสียหายโดยตรงเพียงฝ่ายเดียว จึงเห็นว่าคดีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลทหาร (ศาลจังหวัดทหารบกราชนบุรี) มิได้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม (ศาลจังหวัดราชบุรี)

คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้ จำเลยซึ่งเป็นทหารกองประจำการและ นายเฉลิมชัยสงประเสริฐ ใช้กำลังเข้าทำร้ายร่างกายซึ่งกันและกัน หลังเกิดเหตุมีพยานเห็นว่าจำเลยหยิบเอาสร้อยและจี้ทองคำของนายเฉลิมชัยไป ต่อมา นายเฉลิมชัยถูกยื่นฟ้องข้อหาทำร้ายร่างกายผู้อื่นต่อศาลแขวงราชบุรีซึ่งเป็นศาลพลเรือนและศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด ส่วนจำเลยถูกยื่นฟ้องต่อศาลจังหวัดทหารบกราชนบุรีเป็นคดีนี้ในข้อหาทำร้ายร่างกายและหลักทรัพย์ในเวลากลางคืนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 และมาตรา 335 (1) รวม 2 ข้อหา ดังนี้ ตามที่พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 14 บัญญัติว่า คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารมีดังนี้

(1) คดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารกับบุคคลที่มีได้อยู่ในอำนาจศาลทหารกระทำผิดด้วยกัน

(2) คดีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลพลเรือน และ มาตรา 15 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ให้ดำเนินคดีในศาลพลเรือน

คดีที่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 14 (1) คดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร และ มาตรา 14 (2) คดีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลพลเรือนนี้ เรียกกันว่า คดีปะปน เนื่องจากกฎหมายทหารในยุคแรกได้ใช้ถ้อยคำดังกล่าวจึงใช้ติดต่อกันมาจนถึงปัจจุบัน พระธรรมนูญศาลทหารบก ร.ศ.126 มาตรา 62 บัญญัติว่า เมื่อใดผู้ที่อยู่ในอำนาจศาลทหารบกได้กระทำความผิด และมีผู้ที่อยู่ในอำนาจศาลทหารบกปะปนอยู่ด้วยผู้เป็นต้นเหตุ หรือ พรรคพวกก็ดีให้คดีนั้นไปพิจารณาในศาลพลเรือน หรือกรณีตามพระธรรมนูญ ศาลทหารเรือ ร.ศ.127 มาตรา 55 บัญญัติว่า “เมื่อใดผู้ที่อยู่ในอำนาจศาลทหารเรือได้กระทำความผิด และผู้ที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารปะปนอยู่ด้วยเป็นผู้

⁷⁵ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498. มาตรา 14.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 295.

⁷⁷ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 335 (1).

ต้นเหตุหรือพรรคพวกก็ดีให้คดีนั้นไปพิจารณาในศาลพลเรือน” ดังนั้น หากมีใครกล่าวถึงคดีปะปน จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าหมายถึงคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหารกับบุคคลพลเรือนกระทำผิดด้วยกัน หรือ หมายถึงคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

(3) คดีที่ต้องดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว จะเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่นักเรียนทหารตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนดกระทำความผิดในขณะที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ โดยศาลเยาวชนและครอบครัวถือเกณฑ์อายุของเด็กและเยาวชน ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 4 ในขณะที่ยื่นฟ้องเป็นเกณฑ์ ไม่ได้ถือเกณฑ์อายุในขณะที่กระทำความผิดเป็นเกณฑ์ คือ ถ้าในขณะที่ยื่นฟ้องผู้กระทำความผิดมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์หรือกว่านั้นขึ้นไป หรืออายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส ให้ถือว่าคดีดังกล่าวตกอยู่ในอำนาจศาลทหารไม่ใช่ศาลเยาวชนและครอบครัว

(4) คดีที่ศาลทหารเห็นว่าไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลทหาร ศาลทหารพิจารณาแล้ว เห็นว่าเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร เนื่องจากเป็นกรณีตามมาตรา 14 (1) (2) (3) หรือ ศาลทหารเป็นผู้วินิจฉัย ซึ่งหมายความว่า ได้มีการยื่นฟ้องคดีนั้นต่อศาลทหารแล้ว

คดีที่ศาลทหารเห็นว่า เป็นคดีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้นยังไม่เคยปรากฏว่าศาลทหารเคยวินิจฉัยเป็นพิเศษเท่าที่ปรากฏก็มีแต่เฉพาะวินิจฉัยเกี่ยวกับตัวบุคคลที่ฟ้องคดีไม่ได้วินิจฉัยลักษณะของคดีแต่อย่างไรก็ตามมีอยู่กรณีหนึ่งที่เข้าหลักเกณฑ์นี้ได้เนื่องจากไม่เข้าหลักเกณฑ์ในข้อ (1)(2)(3) ซึ่งได้แก่กรณีความผิดที่คาบเกี่ยวกันระหว่างที่เป็นบุคคลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารดังกล่าวไว้แล้ว กรณีนี้ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1105/2513 และ 191/2532 ซึ่งเคยวินิจฉัยว่าทหารกับพวกเป็นบุคคลที่ยังหลบหนีอยู่ร่วมกันกระทำความผิดเมื่อไม่ได้หลักฐานใดแสดงให้เห็นชัดว่าพวกที่หลบหนีอยู่นั้นเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารคดีจึงอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม

คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลทหารให้ดำเนินคดีในศาลพลเรือน⁷⁸ หากเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารต้องจำหน่ายคดีเพื่อให้ดำเนินคดีในศาลยุติธรรม ดังนั้นหากเป็นกรณีที่ศาลยุติธรรมได้สั่งรับฟ้องไว้แล้วแม้จะปรากฏตามการพิจารณาในภายหลังว่าเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารก็ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติศาลยุติธรรมได้วางหลักเกณฑ์ไว้ด้วยว่าถ้าความปรากฏต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาคดี ศาลยุติธรรมก็ไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นต่อไปกรณีศาลยุติธรรมมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปได้นั้นเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อความปรากฏข้อเท็จจริงในชั้นพิจารณาเท่านั้น คือ มีการสืบพยานไปบ้างแล้วจึงเห็นได้ว่าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหารส่วนศาลทหารนั้นหากพิจารณาคดีใดแล้วปรากฏ

⁷⁸ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 15.

ตามทางพิจารณาในภายหลังว่าเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารก็จะต้องจำหน่ายคดี หรือ พิพากษายกฟ้อง แล้วแต่กรณี

2.5.2 การฟ้องคดี

การฟ้องคดีแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

1. ผู้ที่เป็นโจทก์ในคดีอาญาต่อศาลทหารในเวลาปกติ ตามมาตรา 49 วรรคหนึ่ง คือ

1.1 อัยการทหาร หมายถึง ผู้ที่ตำแหน่งเป็นอัยการรวมทั้งอัยการผู้ช่วยศาลทหาร และผู้ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมอนุมัติให้ฝึกหัดดำเนินคดีในศาลทหาร ได้ ตามมาตรา 12 โดยคุณสมบัติจะต้องเป็นผู้ที่สอบได้ความรู้ทางกฎหมายได้ปริญญาตรี หรือ เทียบได้ไม่ต่ำกว่า ปริญญาตรี

1.2 ผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร หมายถึง ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) และบุคคลที่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย ตามมาตรา 4, 5, 6 ประกอบกับต้องเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารตามพระราชบัญญัติ ธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 16

2. ผู้ที่เป็นโจทก์ฟ้องต่อศาลทหารในเวลาไม่ปกติ หรือ ศาลอาญาศึกหรือศาลทหาร ที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึก มาตรา 40 และ 43 ตามมาตรา 49 วรรคสอง กำหนดให้เป็นหน้าที่ของอัยการทหารเท่านั้นผู้เสียหายไม่มีสิทธิฟ้องคดีเองต้องมอบคดีให้อัยการทหารเท่านั้นเป็น โจทก์ฟ้องคดีแทน⁷⁹

2.5.3 การพิจารณาในศาลทหาร

การพิจารณาคดีในศาลทหารจะนำวิธีพิจารณาความอาญาตามกฎหมาย และข้อบังคับ ซึ่งออกตาม กฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีกฎหมาย และข้อบังคับฝ่ายทหารก็จะนำประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าวิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญามีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะก็จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะใช้ได้ ดังนั้น กฎหมายฝ่ายทหารที่นำมาใช้เป็นหลักคือพระราชบัญญัติ ธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498⁸⁰

ระบบการดำเนินคดีอาญาในศาลทหารเป็นระบบกล่าวหา และหลักการดำเนินคดีอาญา ในศาลทหารก็ถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเช่นเดียวกับศาลยุติธรรม แต่มีความแตกต่างกัน คือ บุคคลผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาในศาลทหาร ได้แก่ อัยการทหาร⁸¹และผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ใน

⁷⁹ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 49.

⁸⁰ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 45.

⁸¹ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 49.

อำนาจศาลทหาร⁸² ส่วนผู้เสียหายซึ่งไม่ได้เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ไม่มีสิทธิฟ้องคดีอาญาในศาลทหาร

การพิจารณาของศาลทหารในเวลาปกติผู้เสียหายที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร⁸³ มีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาได้⁸⁴ แต่เวลาที่สถานการณ์ไม่ปกติหรือมีการประกาศกฎอัยการศึก ผู้เสียหายที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารไม่อาจฟ้องคดีเองได้ต้องมอบคดีให้พนักงานอัยการทหารเป็นโจทก์ฟ้องคดีเท่านั้น⁸⁵ โดยศาลทหารในเวลาปกติหรือในเวลาไม่ปกติจำเลยสามารถมีทนายในการแก้ต่างคดีได้เช่นเดียวกับศาลยุติธรรมโดยได้รับอนุญาตจากศาลในการพิจารณาคดีของศาลทหารในคดีที่มีโทษประหารชีวิตก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยก่อนว่ามีทนายหรือไม่ถ้าไม่มีให้ศาลตั้งทนาย

⁸² พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 16.

⁸³ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498 มาตรา 16.

“1 นายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการ 2 นายทหารชั้นสัญญาบัตรนอกประจำการ เฉพาะเมื่อกระทำผิดต่อคำสั่งหรือข้อบังคับตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร 3 นายทหารประทวนและพลทหารกองประจำการหรือประจำการ หรือบุคคลที่รับราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร 4 นักเรียนทหารตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด 5 ทหารกองเกินที่ถูกเข้ากองประจำการ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้รับตัวไว้ เพื่อให้เข้ารับราชการประจำอยู่ในหน่วยทหาร 6 พลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทหาร เมื่อกระทำผิดในหน้าที่ราชการทหารหรือกระทำผิดอย่างอื่นเฉพาะใน หรือบริเวณ อาคาร ที่ตั้งหน่วยทหาร ที่พัก ร้อน พักแรม เรือ อากาศยานหรือยานพาหนะใดๆ ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร 7 บุคคลซึ่งต้องขังหรืออยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร โดยชอบด้วยกฎหมาย 8 เชลยศึกหรือชนชาติศัตรู ซึ่งอยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร”

⁸⁴ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498 มาตรา 49 ศาลทหารในเวลาปกติให้อัยการ หรือผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาแต่ถ้าผู้เสียหายมิได้อยู่ในอำนาจของศาลทหารต้องมอบคดีให้อัยการทหารเป็นโจทก์

⁸⁵ ธนบาล ยุพาพิณท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 58.

“คำว่า “มอบคดี” ให้อัยการทหารเป็นโจทก์นั้น มีความหมายอย่างไร ศาลทหารสูงสุดได้วินิจฉัยเรื่องนี้ไว้ในคำพิพากษาศาลทหารสูงสุดที่ 20/2500 มีสาระสำคัญว่า ในเรื่องอำนาจฟ้องตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 49 วรรคแรกบัญญัติว่า “ศาลทหารในเวลาปกติให้อัยการทหารหรือผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญา แต่ถ้าผู้เสียหายมิได้เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารแล้ว ต้องมอบคดีให้อัยการทหารเป็นโจทก์” ตามความหมายในมาตรานี้เห็นได้ว่า ผู้เสียหายที่มีได้เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารไม่มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาลทหารในเวลาปกติ อัยการทหารหรือผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารเท่านั้นเป็นโจทก์ฟ้องคดีได้ ความหมายในมาตรานี้ที่ว่า “แต่ถ้าผู้เสียหายมิได้เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารแล้วต้องมอบคดีให้อัยการทหารเป็นโจทก์” นั้นมิได้หมายความว่า ผู้เสียหาย”

ให้จำเลย ในกรณีที่มีโทษจำคุกก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการให้ศาลตั้งทนายให้จำเลย⁸⁶ เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม⁸⁷

ในการพิจารณาเมื่อมีเหตุที่อาจเป็นการขัดขวางหรือจะเป็นการไม่สะดวกหรือไม่อาจดำเนินคดีในศาลทหารท้องถิ่นนั้น ได้ถ้าโจทก์หรือจำเลยยื่นเรื่องต่อศาลทหารสูงสุดขอให้โอนคดีไปยังศาลทหารแห่งอื่นได้เมื่อศาลทหารสูงสุดอนุญาตตามคำขอดังกล่าวของโจทก์หรือจำเลยโดยคำสั่งของศาลทหารสูงสุดถือว่าเป็นที่สุด ศาลทหารมีอำนาจส่งประเด็นให้ศาลทหารแห่งอื่นหรือศาลพลเรือนสืบพยาน โดยให้ศาลที่รับประเด็นดังกล่าวมีอำนาจและหน้าที่เช่นเดียวกับศาลที่มอบคดีให้และให้ศาลที่รับประเด็นไปมีอำนาจส่งประเด็นไปให้ศาลอื่นอีกต่อหนึ่งได้⁸⁸

การพิจารณาและสืบพยานในศาลทหารถ้าจำเลยให้การรับสารภาพหรือไม่ตั้งใจฟังการพิจารณาการพิจารณาจะไม่กระทำต่อหน้าจำเลยก็ได้

ในการพิจารณาถ้าศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏในการพิจารณาแตกต่างกับข้อเท็จจริงดังกล่าวมาในฟ้องศาลจะยกฟ้องคดีนั้นเว้นแต่ข้อที่แตกต่างนั้นไม่ใช่สาระสำคัญในคดีและจำเลยมิได้หลงต่อสู้โดยศาลจะลงโทษจำเลยตามข้อเท็จจริงที่ได้ความนั้นก็ไม่ได้แต่ถ้าศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวมาในคำฟ้องซึ่งตามที่พิจารณาความปรากฏไม่ใช่เรื่องที่โจทก์ประสงค์จะให้ศาลลงโทษศาลมีอำนาจลงโทษจำเลยตามฐานความผิดที่ถูกต้องได้ ถ้าความผิดตามที่ฟ้องนั้นรวมการกระทำหลายอย่าง แต่ละการกระทำอาจเป็นความผิดอยู่ในตัวเอง ศาลจะลงโทษจำเลยในการกระทำผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่พิจารณาได้ความก็ได้⁸⁹

2.5.4 การบังคับคดีตามคำพิพากษา

การบังคับตามคำพิพากษาต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 246 ถึง มาตรา 248 แห่งประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติเรือนจำทหาร พ.ศ. 2500 ซึ่งคำพิพากษาของศาลทหารยกเว้นศาลอาญาศึก หรือ ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตามมาตรา 40 เมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ให้ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษจัดการให้เป็นไปตามคำพิพากษาถ้าเป็นคำพิพากษาของศาลทหารซึ่งนั่งพิจารณา ณ ศาลยุติธรรม ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเป็นตุลาการตามมาตรา 37 ให้บังคับคดีไปตามมาตรา 244 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁸⁶ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 46-47.

⁸⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. มาตรา 173.

⁸⁸ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 58.

⁸⁹ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 60.

ส่วนคำพิพากษาศาลอาญาศึก หรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตามมาตรา 40 ให้ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษจัดการให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้ทีเดียวเว้นแต่ผู้ต้องคำพิพากษาให้ประหารชีวิตเป็นหญิง และมีครรภ์อยู่หรือไว้จนคลอดบุตรเสียก่อนแล้วจึงให้ประหารชีวิต

ในคดีที่อุทธรณ์ได้ตามพระราชบัญญัตินี้ ศาลทหารชั้นต้นมีหน้าที่ต้องส่งสำนวนคดีที่พิพากษาลงโทษให้ประหารชีวิต หรือ จำคุกตลอดชีวิต ไปยังศาลทหารกลางในเมื่อไม่มีการอุทธรณ์คำพิพากษานั้นและคำพิพากษาเช่นว่านี้ยังไม่ถึงที่สุดเว้นแต่ศาลทหารกลางจะได้พิพากษาขึ้นตามศาลทหารชั้นต้น

ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษ คือ บุคคลดังต่อไปนี้

1) นายทหารผู้บังคับบัญชาจำเลยซึ่งมีตำแหน่งตั้งแต่ชั้นผู้บังคับบัญชากองพลขึ้นไป หรือ มีตำแหน่งผู้บังคับกองพันขึ้นไป ที่อยู่ต่างท้องถิ่นกับผู้บังคับบัญชาดำแหน่งชั้นผู้บัญชาการกองพลขึ้นไป มีอำนาจสั่งลงโทษตามคำพิพากษาของ ศาลมณฑลทหาร หรือ ศาลทหารกรุงเทพ

2) ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลชั้นต้นเป็นผู้มีอำนาจสั่งลงโทษในกรณีที่จำเลยอยู่ต่างท้องถิ่นกับผู้บังคับบัญชา หรือไม่อยู่ได้บังคับบัญชาของทหาร

3) ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลประจำหน่วยทหาร หรือ ศาลอาญาศึกเป็นผู้มีอำนาจสั่งลงโทษตามคำพิพากษาของศาลนั้นๆ⁹⁰

การบังคับตามคำพิพากษา ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 64 และมาตรา 65 เมื่อศาลทหารมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วให้ลงโทษจำเลยสถานใดสถานหนึ่งแล้วศาลทหารจะต้องส่งหมายแจ้งโทษเด็ดขาดไปยังผู้มีอำนาจที่จะสามารถสั่งลงโทษจำเลยได้ให้ลงชื่อในหมายก่อนที่จะส่งไปให้มีการปฏิบัติตามหมายแต่สำหรับศาลยุติธรรมนั้นผู้พิพากษานายเดียวสามารถที่จะออกหมายเมื่อคดีถึงที่สุดเพื่อบังคับให้เป็นคำพิพากษาได้เลย เมื่อศาลทหารพิพากษาลงโทษจำเลยแล้วจะไม่ออกคำสั่งไปเรือนจำเพื่อลงโทษจำเลยโดยตรงดังศาลยุติธรรมแต่จะออกหมายแจ้งโทษไปให้ยังผู้บังคับบัญชาของจำเลยทราบก่อน เมื่อผู้บังคับบัญชาของจำเลยทราบ และรับหมายดังกล่าวแล้วก็จะออกคำสั่งในท้ายหมายไปยังเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ลงโทษโดยตรง เพื่อให้ลงโทษจำเลยตามคำพิพากษาของศาลทหาร ศาลทหารจึงไม่ใช่ผู้สั่งลงโทษจำเลยโดยตรงแต่ผู้บังคับบัญชาทหารที่เป็นผู้สั่งให้ลงโทษตามคำพิพากษา ดังนั้น จึงเรียกผู้บังคับบัญชาทหารสั่งลงโทษจำเลยว่า “ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษ” ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 65 ดังกล่าวข้างต้น เหตุที่จำเป็นต้องให้ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจสั่งลงโทษตามคำพิพากษาเพราะเอกภาพในการบังคับบัญชาเป็นเรื่องสำคัญ

⁹⁰ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2498. มาตรา 65.

2.5.5 การอุทธรณ์และฎีกา

การอุทธรณ์หรือฎีกา พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 มาตรา 61 ได้กำหนดผู้ที่มีสิทธิอุทธรณ์หรือฎีกาไว้ 2 ประเภท คือ 1) โจทก์และจำเลย ต้องยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาภายใน 30 วัน นับแต่วันอ่านหรือถือว่าได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งให้จำเลยฟัง 2) ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการและผู้มีอำนาจสั่งลงโทษ ต้องยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาภายใน 30 วัน นับแต่วันอ่านหรือถือว่าอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งให้จำเลยฟังและผู้ที่มีสิทธิอุทธรณ์หรือฎีกาสามารถอุทธรณ์หรือฎีกาได้เฉพาะคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารในเวลาปกติเท่านั้น ส่วนคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ศาลอาญาศึก และศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกนั้นไม่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาได้

สำหรับผู้ที่มีสิทธิในการอุทธรณ์ หรือ ฎีกานอกเหนือจากคู่ความ คือ ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการ และผู้มีอำนาจสั่งลงโทษซึ่งได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

1) ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการ ได้แก่ ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลกรุงเทพ คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลมณฑลทหาร คือ ผู้บัญชาการมณฑลทหาร ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาหน่วยทหาร เป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการประจำหน่วยทหาร⁹¹

2) ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษ คือ นายทหารผู้บังคับบัญชาจำเลยซึ่งมีตำแหน่งตั้งแต่ชั้นผู้บังคับบัญชากองพลขึ้นไปหรือตำแหน่งชั้นผู้บังคับกองพันขึ้นไปที่อยู่ต่างท้องถิ่นกับผู้บังคับบัญชาตำแหน่งชั้นผู้บังคับบัญชาการกองพลขึ้นไปเป็นผู้มีอำนาจสั่งลงโทษตามคำพิพากษาของศาลมณฑลทหาร หรือศาลทหาร ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลทหารชั้นต้นเป็นผู้มีอำนาจสั่งลงโทษในกรณีที่จำเลยอยู่ต่างท้องถิ่นกับผู้บังคับบัญชาหรือไม่อยู่ใต้บังคับบัญชาของทหาร ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลทหารประจำหน่วยทหาร หรือศาลอาญาศึกเป็นผู้มีอำนาจในการสั่งลงโทษตามคำพิพากษาของศาลนั้นๆ

ลักษณะพิเศษสำหรับวิธีพิจารณาของศาลทหาร

เรื่องการบังคับคดีดังกล่าวไว้ข้างต้นจะเห็นได้ว่าเมื่อคดีถึงที่สุดให้ลงโทษจำเลยแล้วผู้พิพากษา ศาลทหารจะไม่ได้ออกหมายไปยังผู้บังคับเรือนจำโดยตรง แต่จะออกหมายไปยังผู้มีอำนาจลงโทษ คือ (ผู้บังคับบัญชาของจำเลย) แล้วผู้มีอำนาจลงโทษจะแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเรือนจำปฏิบัติตามหมายศาลอีกต่อหนึ่ง

⁹¹ พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2549. มาตรา 30.

มีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาในศาลทหาร นอกเหนือจากโจทก์และจำเลยซึ่งมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาของศาลทหารชั้นต้นได้ภายใน 30 วันแล้ว ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการ หรือ ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษยังมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาได้อีกภายใน 30 วัน

2.6 หลักความเป็นอิสระของตุลาการ

โดยในหัวข้อนี้จะกล่าวให้ทราบถึงความเป็นอิสระของตุลาการเพื่อนำไปวิเคราะห์ถึงความ เป็นอิสระของตุลาการศาลทหารในปัจจุบันว่ามีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงหรือไม่ ว่าระบบ โครงสร้างของศาลทหารในปัจจุบันสามารถที่จะทำให้ประชาชนมั่นใจว่าจะได้รับการประกันสิทธิ เพื่อความเป็นธรรมได้จากศาลทหารหรือไม่ โดยปัญหาที่ว่าฝ่ายบริหารเข้ามาก้าวล่วงฝ่ายตุลาการใน การแต่งตั้งผู้พิพากษา หรือ สถาบันตุลาการเพียงใดรวมทั้งจะกล่าวถึงหลักพื้นฐานของความเป็น อิสระของตุลาการ ซึ่งผู้ศึกษาจะได้เสนอเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขต่อไป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดให้ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการ พิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญและ กฎหมาย ซึ่งเป็นการรับรองถึงความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการในการใช้อำนาจตุลาการ โดยหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการในการวินิจฉัยคดีมีอยู่ สามประการ สำคัญ คือ⁹²

ประการแรก ห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารเข้ามาแทรกแซงการดำเนินงานของ ตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นการแทรกแซงทางตรงหรือทางอ้อมโดยหลักการนี้ ทำให้ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจ ที่จะสั่งย้ายตุลาการได้เหมือนกับการย้ายข้าราชการทั่วไป

ประการที่สอง ห้ามมิให้มีการแทรกแซงภายในฝ่ายตุลาการนอกจากบุคคลภายนอกไม่อาจ แทรกแซงตุลาการได้แล้ว ภายในฝ่ายตุลาการก็จะแทรกแซงกันเองไม่ได้ ดังนี้ ตุลาการที่ไม่ได้นั่ง พิจารณาคดีจะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้นไม่ได้ นอกจากนั้น ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของ ตุลาการนั้นไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาผู้ที่มีตำแหน่งสูงกว่าจะสามารถสั่งการได้เหมือนดัง ข้าราชการทั่วไป

ประการที่สาม ห้ามเรียกคืนสำนวนคดีจากตุลาการเจ้าของสำนวน คดีที่อยู่ในความ รับผิดชอบของตุลาการท่านใด ก็ต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จ ผู้ที่มีตำแหน่งสูงกว่าไม่อาจเป็นอธิบดี หรือประธานของศาลนั้นก็ไมอาจเรียกคืนสำนวนคดีเพื่อไปให้ตุลาการท่านอื่นพิจารณาวินิจฉัย

Lord Denning ประธานศาลสูงสุดของประเทศอังกฤษได้กล่าวถึง แนวคิดเกี่ยวกับบทฤษฎีว่า ด้วยความเป็นอิสระของผู้พิพากษา สี่ประการ กล่าวคือ

⁹² เสนีย์ พรหมวิวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 16-17.

1) ตุลาการต้องปราศจากอคติทางการเมืองดังที่บัญญัติไว้ใน The Act of Settlement 1701 กล่าวคือ ตุลาการจะได้รับความคุ้มครองมิให้ต้องหวั่นไหวจากอำนาจภายนอก เช่นการใช้อำนาจใดๆ ของสภานิติบัญญัติไม่สามารถมีอิทธิพลใดๆ เหนือตุลาการได้

2) ตุลาการต้องปราศจากความกดดันทางการเมือง กล่าวคือ ในประเทศอังกฤษ ฝ่ายตุลาการจะได้รับการประกันความมั่นคงในตำแหน่งหน้าที่ รวมทั้งเงินเดือนของตุลาการ โดยกล่าวได้ว่าการเข้าสู่ตำแหน่ง การดำรงตำแหน่ง และการสิ้นสุดจากตำแหน่งของตุลาการจะได้รับการประกันเป็นอย่างดี การแต่งตั้งตุลาการนั้นจะเลือกตุลาการโดยคำนึงถึงคุณสมบัติเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ โดยบุคคลที่ถูกคัดเลือกจะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการจากพระมหากษัตริย์โดยมี ลอร์ดชานเซเลอร์ ประธานศาลสูงสุดเป็นผู้ถวายคำแนะนำและเมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้วตำแหน่งของตุลาการก็จะได้รับการประกันตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่ง นอกจากนี้ใน The Act of Settlement 1701 ยังได้บัญญัติคุ้มครองตุลาการจากการก้าวท้าวของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการถอดถอนตุลาการออกจากตำแหน่งจะกระทำไม่ได้โดยพระมหากษัตริย์จะทรงปลดหรือโดยความเห็นชอบพร้อมกันของของสภาทั้งสองสภาร้องขอมายังพระมหากษัตริย์เท่านั้น⁹³

3) ตุลาการจะต้องมีความเป็นอิสระในการการพูดอย่างกล้าหาญในการปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือ ตุลาการจะต้องไม่หวั่นเกรงหรือหวาดกลัวต่อข้อหาหมิ่นประมาทในการพิจารณาคดี แต่สิทธิพิเศษนี้จะต้องใช้อย่างเหมาะสมหากใช้ในทางที่ผิดก็อาจจะเป็นความผิดได้

4) ตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคืออย่างเป็นธรรม โดยตุลาการจะต้องมีความเป็นอิสระในการตัดสินคดีระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่ายด้วยความเป็นธรรม มิได้ตัดสินคดีโดยปราศจากเหตุผลหรือโดยอิทธิพลจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายอื่นๆ⁹⁴

สำหรับทัศนะของ Lord Denning เห็นว่าหลักความเป็นอิสระของตุลาการนั้นควรประกอบไปด้วยหลักการดังต่อไปนี้ กล่าวคือ ความเป็นอิสระของตุลาการจากปัจจัยภายใน ได้แก่ ความเป็นอิสระของตุลาการจากการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น และความเป็นอิสระของตุลาการจากตุลาการด้วยกันเอง กล่าวคือ ความเป็นอิสระของตุลาการจากการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นเนื่องมาจากในสังคมใดๆก็ตามย่อมจะต้องมีการปกครองโดยการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นลดหลั่นกันไปแต่โดยเหตุที่การทำหน้าที่ของศาลนั้นต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางมีความเป็นอิสระในการใช้ดุลพินิจ

⁹³ นิติศาสตร์ ไพศาลย์, พระยา. (2513). “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา”. *บทบัญญัติ*, 27(1). หน้า 16.

⁹⁴ อภิสิทธิ์ พรหมสวัสดิ์. (2534). *ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 48.

ในการตัดสินใจไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออำนาจบังคับบัญชาของผู้ใดที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงขึ้นไป อันจะเป็นการส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชน

ในเรื่องความเป็นอิสระของตุลาการจากตุลาการด้วยกันเองกล่าวคือ แม้ตุลาการจะเป็นตุลาการในศาลเดียวกันแต่ก็ไม่มีสิทธิก้าวล่วงการทำงานของตุลาการท่านอื่นเพราะเมื่อได้มีการแจกจ่ายสำนวนให้แก่ตุลาการท่านใดไปแล้วเฉพาะตุลาการท่านนั้นจะเป็นผู้รับผิดชอบในสำนวนของตนเอง

ความเป็นอิสระของตุลาการจากปัจจัยภายนอก นอกจากความเป็นอิสระของตุลาการที่อาจถูกระทบจากปัจจัยภายในแล้วยังมีปัจจัยที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาพิจารณาพิพากษาคดีที่อาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไม่อาจเป็นไปอย่างเป็นอิสระ ได้แก่ความเป็นอิสระของตุลาการจากผู้ปกครองประเทศ ความเป็นอิสระของตุลาการจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารตลอดจนความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากสื่อมวลชน⁹⁵

เมื่อก้าวถึงความเป็นอิสระของตุลาการ นักนิติศาสตร์ได้ให้ความหมายแตกต่างกันไป โดยหลวงจักรปาณี ศรีศิลป์วิสุทธิ ท่านได้ให้ความเห็นในเรื่องความเป็นอิสระของตุลาการว่า อำนาจวินิจฉัยคดีหรือคดีเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ ผู้ใช้อำนาจบริหารจะแย่งอำนาจนี้ไปจากศาลไม่ได้ และตุลาการ ต้องมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยในการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการมีสิทธิที่จะออกความคิดเห็น โดยไม่ต้องถูกรบกวนจากอำนาจอื่น อีกทั้งได้รับความคุ้มครองไม่ต้องมีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ถ้าตุลาการไม่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ราษฎรก็จะไม่มีโอกาสได้รับความยุติธรรมอย่างแท้จริง อาจถูกเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารกดขี่ข่มเหงโดยไม่ได้รับการแก้ไขปัญหอย่างแท้จริง⁹⁶

พระยานิติศาสตร์ ไพศาลย์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่าความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นความประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่จะให้เป็นหลักประกันเสรีภาพของบุคคล และเป็นหลักประกัน ที่แน่นอนว่าพระมหากษัตริย์หรือรัฐบาลจะตั้งศาลเตี้ยชำระความไม่ได้ศาลใดๆจะตั้งขึ้นก็แต่โดยพระราชบัญญัติ และเมื่อมีคดีมาสู่ศาลแล้วตุลาการย่อมมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดีนั้นๆได้ และถ้าการแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการรวมทั้งการเลื่อนตำแหน่งกับเลื่อนเงินเดือนถ้าอยู่ในมือฝ่ายบริหารเด็ดขาดแล้วฝ่ายบริหารย่อมใช้อิทธิพลเหนือตุลาการได้ ความเป็นอิสระของตุลาการจะดำรงอยู่ได้ก็ต้อง

⁹⁵ ชาญวิทย์ รัชกุลชาน. (2556). *หลักนิติธรรมกับความเป็นอิสระของผู้พิพากษา*. วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 5.

⁹⁶ บุญบา การกวี. (2556). *ปัญหาความเป็นอิสระของตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 15.

แบ่งแยกหน้าที่ตุลาการให้เสร็จเด็ดขาดไปจากฝ่ายบริหารมิให้ฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามา ก้าวก่ายใช้อำนาจเหนือตุลาการศาลทหารได้โดยตรง หรือโดยทางอ้อมได้⁹⁷

ท่านอาจารย์จัตติ ดิงศกัทธิย์⁹⁸ ได้แสดงความเห็นในเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นว่า ไม่มีความลำเอียงเพราะการแทรกแซงโดยเฉพาะอย่างยิ่งทางการเมืองซึ่งเป็นหลักของรัฐธรรมนูญ ทุกฉบับว่าตุลาการต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งมีความสำคัญ 2 ประการ คือ ตุลาการมิใช่มีความเป็นอิสระในการอื่นนอกจากการพิจารณาพิพากษาคดี และมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามใจชอบไม่มีขอบเขตจำกัดแต่จะต้องพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปตามกฎหมาย⁹⁸ ซึ่งในเรื่องนี้ ท่านศาสตราจารย์จัตติ ดิงศกัทธิย์ ได้อธิบายว่าการที่กล่าวว่าตุลาการมีความเป็นอิสระนั้นมิใช่ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระไปหมดทุกเรื่อง แต่ความเป็นอิสระโดยมีความจำกัดเฉพาะในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้นซึ่งถ้ามิใช่เป็นการพิจารณาพิพากษาคดีก็ไม่อยู่ในความหมายนี้และอีกประการหนึ่งแม้ตุลาการจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตามแต่จะต้องพิจารณาพิพากษาคดีตามตัวบทกฎหมายจะพิจารณาตามใจชอบไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีโดยรับฟังพยานหลักฐานนอกสำนวนไม่ได้ เป็นต้น

1) ความเป็นอิสระในเนื้อหา กล่าวคือ ตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี จะพิพากษาคดีไปในรูปแบบใดก็ได้ ผู้ใดหรือองค์กรใดไม่สามารถกระทำการใด ๆ ทั้งทางตรงและทางอ้อมให้ตุลาการตัดสินใจคดีไปตามที่ตนเองต้องการได้

2) ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว หมายถึง ตุลาการต้องพิจารณาพิพากษาคดีโดยปราศจากความเกรงกลัวต่อสิ่งใด ๆ ที่จะเกิดขึ้นภายหลังการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งความเป็นอิสระในทางส่วนตัวมีผลต่อความเป็นอิสระในทางเนื้อหาด้วย เนื่องจากความเป็นอิสระในทางส่วนตัวช่วยเสริมสร้างความเป็นอิสระในทางเนื้อหาให้สมบูรณ์

เมื่อพิจารณาถึงความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นผู้ศึกษามีความเห็นว่า ความเป็นอิสระของตุลาการ โดยแท้จริงมีอยู่ 2 ประการคือ ความเป็นอิสระในเนื้อหา และทางส่วนตัวตามแนวความคิดของท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ทั้งนี้เพราะแนวความคิดนี้สามารถที่จะชี้ให้เห็นถึงความเป็นอิสระของตุลาการได้อย่างชัดเจน และครอบคลุมความหมายที่นักนิติศาสตร์ท่านอื่นๆ ได้ให้ไว้ทั้งหมดตลอดจนสามารถนำมาวิเคราะห์ปัญหาต่างๆ ได้เป็นอย่างดี เช่น การแต่งตั้งตุลาการ การโยกย้ายผู้พิพากษานั้นๆ จะมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

⁹⁷ นิติศาสตร์ไพศาลย์, พระยา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 93. หน้า 18-19.

⁹⁸ จัตติ ดิงศกัทธิย์. (2533). *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 129.

หรือไม่ ซึ่งถ้าหากว่าไม่ทราบหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ที่แท้จริงเราก็ไม่อาจวิเคราะห์ปัญหาได้ แต่หากทราบหลักการดังกล่าว แล้วก็สามารถอธิบายได้ว่าความเป็นอิสระของตุลาการมี 2 ประการ คือ ความเป็นอิสระในเนื้อหาประการหนึ่ง และความเป็นอิสระในทางส่วนตัวอีกประการหนึ่ง เมื่อได้อธิบายความหมายของความเป็นอิสระในเนื้อหาและความเป็นอิสระในทางส่วนตัวเราก็สามารถที่จะเริ่มวิเคราะห์การแต่งตั้งโยกย้ายตุลาการนั้นเป็นเรื่องความเป็นอิสระในทางส่วนตัว ซึ่งมีหลักว่าในการทำหน้าที่ของตุลาการนั้นตุลาการจะต้องกระทำได้โดยปราศจากความกลัวว่าตนเองอาจจะถูกโยกย้าย หรือ ได้รับการแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งที่ไม่เหมาะสมกับตนนั้นย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง ดังนี้ สามารถสรุปได้ว่าการแต่งตั้งโยกย้ายตุลาการนั้นย่อมมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการในทางส่วนตัวซึ่งหากตุลาการสูญเสียความเป็นอิสระในทางส่วนตัวแล้วย่อมมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระในเนื้อหาได้

ข้อพิจารณาในการประกันความเป็นอิสระของตุลาการ ได้กำหนดไว้โดยหลักการพื้นฐานแห่งสหประชาชาติว่าด้วยความเป็นอิสระของตุลาการ และเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของนิติธรรม ซึ่งประกันความเป็นอิสระทางกฎหมายและทางสถาบัน ในการพิจารณาพิพากษาคดีและการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจ บริหาร โดยศาล ตลอดจนทางปฏิบัติในการกำหนดเงินเดือน และคุณสมบัติการแต่งตั้งโยกย้าย และระบบบทบาทหน้าที่ตุลาการ นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังได้รับรองความเป็นอิสระของตุลาการว่า หมายรวมถึงการพิจารณาพิพากษาคดีในศาล ซึ่งได้แก่การปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีด้วยความเที่ยงธรรม และมีประสิทธิภาพ เป็นอิสระปราศจากอคติ หรือ การแทรกแซง ไม่ว่าจะมาจากรัฐบาล การเมือง องค์กรฝ่ายปกครอง หรือ องค์กรฝ่ายบริหาร และอื่นๆ ตลอดจนยึดมั่นในกฎหมายและเคารพสิทธิของคู่ความเป็นประการสำคัญซึ่งหลักการดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ⁹⁹ และเป็นไปตามกฎหมาย

หลักการเรื่องความเป็นอิสระของตุลาการดังกล่าวที่นักวิชาการทางกฎหมายสามารถอธิบายได้อย่างชัดเจนถึงความมีอิสระของตุลาการว่ามีความสำคัญอย่างไรและเหตุใดที่องค์กรตุลาการต้องมีความเป็นอิสระ ซึ่งถ้าหากการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตุลาการ การบรรจุ แต่งตั้ง และโยกย้ายถูกแทรกแซงจากองค์กรภายนอกที่มีอำนาจเหนือองค์กรตุลาการจะส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระในทางส่วนตัว เพราะการบรรจุ แต่งตั้ง และโยกย้ายทำให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความ

⁹⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 188.

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในนามพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ผู้พิพากษาและตุลาการต้องมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง”

เกรงกลัวต่อสิ่งต่างๆ ซึ่งอาจจะส่งผลให้การพิจารณาพิพากษาคดีไปตามความต้องการของบุคคล หรือองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาให้คุณให้โทษแก่ตุลาการได้ เป็นการทำให้ความเป็นอิสระในการตัดสินคดีอาจถูกระทบกระเทือนจากฝ่ายบริหารหรือจากองค์กรภายนอก ประชาชนที่จะถูกดำเนินคดีในศาลทหารอาจไม่ได้รับการประกันสิทธิและเสรีภาพจากศาลทหารเนื่องด้วยโครงสร้างของศาลทหารยังไม่เป็นไปตามหลักการ ถ่วงดุลอำนาจ และความเป็นธรรมก็จะไม่เกิดขึ้น

รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ กล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งมีเนื้อหาในองค์กรของรัฐแยกกันใช้อำนาจในกรอบของกฎหมายเพื่อ ถ่วงดุลและคานอำนาจไม่ให้องค์กรหนึ่งองค์กรใดมีอำนาจมากเกินไป โดยมีผลทางอ้อมในการช่วยคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแม้หลักการแบ่งแยกอำนาจจะได้รับการนำไปปรับใช้ในรูปแบบที่หลากหลาย วัตถุประสงค์ของการแบ่งแยกอำนาจในระบบต่างๆ ส่วนตรงกัน คือ การมุ่งคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน ซึ่งทำให้เกิดการดำเนินงานของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพภายในกรอบของกฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ควรได้รับการเน้นมากเกินไปโดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญสร้างองค์กรของรัฐขึ้นมาควบคุมตรวจสอบ ซึ่งกันและกันมากเกินไปพอดีอันจะยังมีผลให้รัฐอ่อนแอลง และไม่อาจดำเนินงานให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพได้¹⁰⁰

รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ได้กล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจว่า การแบ่งแยกอำนาจย่อมหมายถึงองค์กรที่ใช้อำนาจโดยมีจุดมุ่งหมายมิให้องค์กรหนึ่งของรัฐมีอำนาจมากจนผูกขาด โดยมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจดังนี้

1. องค์กรนิติบัญญัติ เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติ
2. องค์กรการบริหาร เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองประเทศ
3. องค์กรตุลาการ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการอำนวยความยุติธรรมเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น

โดยหลักการ และทฤษฎีนั้นการแบ่งแยกอำนาจไม่จำเป็นเสมอไปที่จะต้องให้องค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสามมีความเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจได้แต่มีใช้อยู่เหนือกว่าในลักษณะที่เด็ดขาดสมบูรณ์ กล่าวคือจะต้องมีมาตรฐานที่เป็นหลักประกันในการดำเนินการตามอำนาจในแต่ละองค์กร คือ มีการคานและถ่วงดุลอำนาจ (Checks and Balances)

¹⁰⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2547). *หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ*. เอกสารบรรยายหลักสูตรการเมืองการปกครองในระบบประชาธิปไตยสำหรับนักบริหารระดับสูง รุ่นที่ 8. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 9.

ระหว่างองค์กร ได้ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญอีกประการหนึ่งของการแบ่งแยกการใช้อำนาจ ก็คือ การคานและถ่วงดุลอำนาจ¹⁰¹

ผู้วิจัยเห็นว่าความเป็นอิสระของตุลาการสามารถพิจารณาได้ 3 ลักษณะคือ

1. ความเป็นอิสระในแง่ภายนอกองค์กรตุลาการ ประเทศไทยแบ่งแยกผู้ใช้อำนาจอธิปไตย เป็น 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ และแต่ละฝ่ายต้องมีอิสระต่อกันตุลาการ จึงสามารถพิจารณาพิพากษาคดีในรูปแบบใดก็ได้โดยรัฐสภาและรัฐบาลไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงการใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดีได้ และไม่สามารถให้คุณให้โทษด้วยการแต่งตั้งโยกย้าย เลื่อนตำแหน่งของตุลาการได้โดยตรง เนื่องจากการพิจารณาให้คุณให้โทษแก่ตุลาการเป็นหน้าที่ของฝ่ายตุลาการด้วยกันเองดังนั้นถ้าฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจในการให้คุณให้โทษ หรือมีอำนาจเหนือฝ่ายตุลาการความเป็นอิสระของตุลาการจะสูญเสียไปเพราะฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารเข้ามามีอิทธิพลเหนือฝ่ายตุลาการนอกจากนี้ยังต้องมีการแยกหน่วยงานธุรการของศาล ออกจากฝ่ายบริหารซึ่งจะทำให้หน่วยงานธุรการมีอิสระในการบริหารงานด้านบุคลากร งบประมาณ และงานอื่นๆ การแยกหน่วยงานที่บริหารด้านบุคลากรออกจากฝ่ายบริหารทำให้ฝ่ายบริหารไม่สามารถเข้ามามีอิทธิพลต่อการบริหารบุคลากรตุลาการได้ซึ่งเป็นการส่งผลให้ตุลาการสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเต็มที่โดยไม่ต้องเกรงกลัวอำนาจจากฝ่ายบริหาร¹⁰²

2. ความเป็นอิสระในแง่ภายในองค์กรตุลาการ โดยห้ามมิให้ตุลาการด้วยกันเข้าไปแทรกแซงการพิจารณาคดีของตุลาการคนอื่นในคดีอื่นที่ตนไม่ได้พิจารณาโดยกฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ที่ทำให้ตุลาการไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายใดและสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเต็มที่โดยไม่ต้องเกรงกลัวว่าจะถูกบังคับจากผู้ที่มิอำนาจเหนือกว่าดังนี้

การพิจารณาพิพากษาคดีต้องทำโดยองค์คณะตุลาการเพื่อมิให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งมีอำนาจเด็ดขาดอยู่ในมือ ตุลาการแต่ละคนมีอิสระในการตัดสินคดีมีความเห็นแตกต่างกันได้ และมีฐานะที่เท่าเทียมกัน คือ มีสิทธิลงคะแนนเสียงตัดสินคดีได้คนละ 1 เสียงเท่ากันเพื่อเป็นการคานและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันและเป็นการป้องกันมิให้ตุลาการใช้อำนาจไปในทางที่มีชอบ

¹⁰¹ ฉาวร เกียรติทับทิม. (2546). “หลักการแบ่งแยกอำนาจและความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ตามแนวความคิดของมองเตสกีเออ”. *วารสารพัฒนบริหารศาสตร์*, 43(3). หน้า 4.

¹⁰² ภัตสร ชีระพันธุ์. (2555). *การดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการในศาลทหาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 18.

และเฉพาะตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีเท่านั้นที่มีอำนาจทำคำพิพากษาเว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้¹⁰³

การพิจารณาให้คุณให้โทษ เช่น การแต่งตั้ง การโยกย้าย การเลื่อนตำแหน่ง เลื่อนชั้น เลื่อนเงินเดือนการลงโทษทางวินัยแก่ตุลาการ โดยคณะกรรมการตุลาการศาลทหารเพื่อให้ตุลาการเจ้าของสำนวนมีอิสระอย่างเต็มที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีและปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ต้องเกรงกลัวว่าจะถูกย้าย หรือถูกเลื่อนตำแหน่งหรือเลื่อนชั้นเงินเดือน โดยศาลทหารจะมีคณะกรรมการตุลาการเป็นของตนเองทำหน้าที่พิจารณาให้คุณให้โทษแก่ตุลาการ ในศาลทหารมีคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร หรือ โดยชื่อย่อเรียกว่า ก.ต.ท ¹⁰⁴คณะกรรมการตุลาการศาลทหาร มีหน้าที่ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับ การบรรจุ แต่งตั้งตุลาการพระธรรมนูญ การให้ตุลาการ หรือ ตุลาการพระธรรมนูญ พ้นจากตำแหน่ง การเลื่อนชั้นเงินเดือนเกินกว่า 1 ชั้น การงดบำเหน็จ และการให้ ตุลาการ หรือ ตุลาการพระธรรมนูญ ออกจากราชการเนื่องจากกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นผลจากการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ¹⁰⁵

คณะกรรมการตุลาการศาลทหาร มีอำนาจออกระเบียบ กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะทำหน้าที่ตุลาการหลักเกณฑ์ และวิธีการบรรจุ หรือแต่งตั้งตุลาการและ ตุลาการพระธรรมนูญ การให้ตุลาการและตุลาการพระธรรมนูญพ้นจากตำแหน่ง การเลื่อนชั้นเงินเดือนเกินกว่า 1 ชั้น การงดบำเหน็จและการให้ตุลาการ หรือตุลาการพระธรรมนูญออกจากราชการเนื่องจากการกระทำผิดวินัย

¹⁰³ สมลักษณ์ จัดกระบวน พล. (2548). *พระธรรมนูญศาลยุติธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 55-56.

¹⁰⁴ ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยตุลาการศาลทหาร (ฉบับที่3) พ.ศ. 2552. ข้อ 6.

“ให้มีคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร เรียกโดยย่อว่า ก.ต.ท ประกอบด้วย 6.1 ปลัดกระทรวงกลาโหม เป็นประธาน 6.2 เจ้ากรมพระธรรมนูญ เป็นรองประธานกรรมการ 6.3 ผู้อำนวยการสำนักนโยบายและแผนกลาโหม เป็นกรรมการ 6.4 เจ้ากรมเสมียนตรา เป็นกรรมการ 6.5 หัวหน้าสำนักตุลาการ เป็นกรรมการ 6.6 รองเจ้ากรมพระธรรมนูญ เป็นกรรมการ 6.7 ผู้ช่วยเจ้ากรมพระธรรมนูญ เป็นกรรมการ 6.8 ตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าศาลทหารกลาง เป็นกรรมการ 6.9 ตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าศาลทหารกรุงเทพ เป็นกรรมการ 6.10 ตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าศาลทหารสูงสุด เป็นกรรมการ 6.11 ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งประธาน กตท แต่งตั้งจากนายทหารยศชั้นนายพล ไม่เกิน 3 คน เป็นกรรมการ 6.12 ตุลาการพระธรรมนูญประจำสำนักตุลาการทหาร (อัตรา พลตรี พลเรือตรี พลอากาศตรี) เป็นกรรมการและเลขานุการ 6.13 หัวหน้าฝ่ายงานคณะกรรมการตุลาการทหาร เป็นผู้ช่วยเลขานุการ”

¹⁰⁵ ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วย ตุลาการศาลทหาร พ.ศ. 2528. ข้อ 8.

อย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นผลจากการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ หรือตุลาการพระธรรมนูญและให้มีอำนาจแต่งตั้งอนุกรรมการให้ทำการใดๆ เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการตุลาการศาลทหารได้¹⁰⁶

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิให้มีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละสองปี ถ้าตำแหน่งว่างลงก่อนครบวาระให้ดำเนินการแต่งตั้งกรรมการแทนภายในกำหนดสามสิบวัน เว้นแต่วาระการดำรงตำแหน่งจะเหลือไม่ถึงเก้าสิบวัน ในกรณีนี้จะไม่แต่งตั้งกรรมการแทนก็ได้ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการแทนนั้น ให้อยู่ในตำแหน่งได้เพียงเท่ากำหนดเวลาผู้ซึ่งตนแทน กรรมการซึ่งพ้นจากตำแหน่งจะแต่งตั้งให้เป็นกรรมการอีกก็ได้แต่จะเป็นกรรมการเกินสองวาระติดต่อกันไม่ได้¹⁰⁷

คณะกรรมการตุลาการศาลทหารมีความแตกต่างจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม เนื่องจากคณะกรรมการตุลาการ หรือ กต มีผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 2 คน ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเป็นคณะกรรมการด้วยเนื่องด้วยไม่ต้องการให้อำนาจตุลาการตัดขาดออกจากฝ่ายนิติบัญญัติโดยสิ้นเชิง และเพื่อเป็นการป้องกันการแสวงหาอำนาจให้กับพวกพ้อง โดยคณะกรรมการตุลาการศาลทหาร หรือ ก.ต.ท ซึ่งบุคคลากรในคณะกรรมการนั้นจะเป็นนายทหารทั้งหมดซึ่งเป็นการไม่ประกันความเป็นอิสระและไม่อาจป้องกันการแสวงหาอำนาจให้กับพวกพ้องได้ โดย คณะกรรมการที่ทำหน้าที่ตรวจสอบตุลาการในศาลทหารควรมีบุคคลากรภายนอกองค์กรร่วมที่หน้าที่ในการตรวจสอบ

3. ความเป็นอิสระในแง่ตัวตุลาการ ห้ามตุลาการประกอบอาชีพ หรือวิชาชีบบางอย่างที่ขัดกับงานในตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือก่อให้เกิดความระแวงสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นธรรม เช่น ข้าราชการทางการเมือง เป็นต้นเพื่อให้ตุลาการทำหน้าที่อำนวยความยุติธรรมได้อย่างเต็มที่¹⁰⁸

2.7 หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Checks and Balances)

เมื่อองค์กรในกระบวนการยุติธรรมต้องมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ จึงต้องมีกระบวนการตรวจสอบเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจ ไม่ให้ใช้อำนาจที่มีอยู่ตามเป็นอำเภอใจหรือเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามกฎหมายและตามวัตถุประสงค์ของภารกิจที่รัฐมอบหมายให้ และอำนวยความยุติธรรมให้กับประชาชนและสังคม สาเหตุดังกล่าวเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้องค์กรตุลาการและองค์กรกึ่งตุลาการถูกตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดี

¹⁰⁶ ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วย ตุลาการศาลทหาร พ.ศ.2528. ข้อ 9.

¹⁰⁷ ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยตุลาการศาลทหาร (ฉบับที่3) พ.ศ. 2552. ข้อ 6.

¹⁰⁸ สมถักษณ์ จัดกระบวนการพล และชุมพล จันทราทิพย์. (2548). *พระธรรมนูญศาลยุติธรรม*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 150-155.

และการพิจารณาพิพากษาคดีจากทั้งองค์กรภายในและองค์กรภายนอกอยู่เสมอ การตรวจสอบดุลพินิจ¹⁰⁹ มี 2 ประเภท

1) การตรวจสอบโครงสร้างดุลพินิจ หมายถึง การตรวจสอบสิ่งที่กำหนดขั้นตอนและวิธีพิจารณาของการใช้ดุลพินิจ โครงสร้างดุลพินิจมีองค์ประกอบ 7 ประการ ได้แก่ การวางแผนที่เปิดเผย (open plans) การเปิดเผยนโยบาย (open policy statement) การเปิดเผยกฎระเบียบที่ใช้บังคับ (open rules) การเปิดเผยข้อเท็จจริงที่หามาได้ (open finding) การเปิดเผยเหตุผลของการวินิจฉัย (open reason) การเปิดเผยบรรทัดฐานที่นำมาใช้ (open precedent) การมีความเป็นธรรมในการปฏิบัติงาน (fairness of informal procedure)

2) การทบทวนดุลพินิจ (checking) สามารถแบ่งออกได้ 2 ประเภท ดุลพินิจที่มีการทบทวน (checking discretion) คือ เมื่อมีการใช้ดุลพินิจประเภทนี้จะต้องมีองค์กรเข้ามาทำหน้าที่ทบทวนหรือตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ ซึ่งองค์กรที่มีหน้าที่ดังกล่าวต้องมีใช้องค์กรที่ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจคดีการทบทวนอาจจะอยู่ในรูปของการอุทธรณ์ (appeal) หรือการตรวจทาน (review) หรือการควบคุมมิให้ใช้กฎหมายขัดกับหลักเกณฑ์ (judicial review)

ดุลพินิจเด็ดขาด (absolute discretion) คือ เมื่อมีการใช้ดุลพินิจประเภทนี้ จะไม่มีองค์กรใดสามารถเข้ามาทำหน้าที่ทบทวนหรือตรวจสอบการใช้ดุลพินิจได้ เนื่องจากเป็นดุลพินิจที่มีลักษณะเด็ดขาดและสมบูรณ์ในตัวเอง¹¹⁰

การตรวจสอบถ่วงดุล (checks and balances) เป็นการจัดการให้มีการถ่วงดุลและคานการใช้อำนาจที่มีความสำคัญในหลักการของกฎหมายมหาชน เพราะถ้าขาดกระบวนการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าวก็ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนในความหมายนี้ แม้ว่าจะมีการบัญญัติถึงการให้อำนาจหน้าที่ในการปกครองบริหาร ประเทศและการบริการสาธารณะก็ตาม ทั้งนี้เพราะหลักการของกฎหมายมหาชนนั้นถือกำเนิดขึ้นมาเพื่อป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจของผู้ปกครองและได้มีการพัฒนามาจนถึงปัจจุบันเพื่อมุ่งเน้นในการแก้ไขปัญหาการใช้อำนาจและหน้าที่ของฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ หลักการตรวจสอบถ่วงดุลจึงเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของศาลทหารในการดำเนินคดีอาญา¹¹¹

¹⁰⁹ ภัตสร ชีระพันธุ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 102. หน้า 22.

¹¹⁰ ธนิต สุนทรขจิต. (2546). *การสั่งฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 89-91.

¹¹¹ ธนบาล ยูพาพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 53.

หลักการตรวจสอบถ่วงดุลอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

การตรวจสอบ (check) หมายถึง ความสามารถขององค์กรที่จะตรวจสอบ (monitor) การกระทำหรือดำเนินการขององค์กรอื่น

ถ่วงดุล (balance) หมายถึง ความสามารถขององค์กรที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายในการยับยั้ง (limit) การใช้อำนาจขององค์กรอื่น

ดังนั้น การตรวจสอบถ่วงดุล จึงหมายความว่า การที่องค์กรหนึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบตรวจสอบการใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่ง รวมถึงมีอำนาจในการยับยั้งจำกัดการใช้อำนาจนั้นด้วยการตรวจสอบถ่วงดุลจึงเป็นหลักประกันการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามภาวะวิสัย (objective) คือ ความเป็นกลาง เป็นไปตามเหตุและผลในแต่ละกรณี¹¹²

2.7.1 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ

อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยฝ่ายตุลาการมีภารกิจหลักๆคือการให้ความคุ้มครองแก่หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการกล่าวโดยเจาะจงในการดำเนินคดีอาญาภารกิจของศาลนั้นมีเป้าหมายเพื่อวินิจฉัยการกระทำผิดของจำเลยว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นความผิด หรือ การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการจะบรรลุตามวัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ จึงต้องมีกระบวนการในการตรวจสอบทั้งตรวจสอบจากองค์กรภายนอก และ องค์กรภายในการที่จะให้ตุลาการใช้อำนาจได้อย่างเป็นอิสระ และใช้อำนาจอย่างเป็นธรรมจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองคู่ความในการพิจารณาคดี¹¹³

การตรวจสอบการควบคุมการใช้อำนาจ อาจแบ่งได้ 2 ประเภทดังนี้

1) การตรวจสอบภายในขององค์กรตุลาการ หมายถึง กระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรนั่นเองโดยไม่มีองค์กรภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องการตรวจสอบควบคุมภายในยังสามารถแบ่งตามลักษณะโครงสร้างการบริหารองค์กรนั้นได้อีกคือ การตรวจสอบโดยระบบควบคุมบังคับบัญชาที่เป็นกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ภายในตามลำดับชั้น โดยให้ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจในการตรวจสอบการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาตามหลักการรวมอำนาจเมื่อเกิดกรณีการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือ ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสมผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือ ผู้บังคับบัญชาสามารถดำเนินการ

¹¹² ธนาชัย ศรีวิรุฬห์ชัย. (2554). “ปัญหาการตรวจสอบถ่วงดุลการสอบสวน ศีษาคดีมาตรฐานซึ่งมิใช่กรณีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 150 วรรคสาม”. *วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์*, 5(1). หน้า 146-152.

¹¹³ นิทราวดี ฤทธิพันธุ์. (2555). *ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการดำเนินคดีอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 35.

แทนผู้ได้บังคับบัญชาได้ และควบคุมตรวจสอบโดยการกำกับดูแลโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมในความชอบด้วยกฎหมาย

2) การตรวจสอบภายนอกองค์กร หมายถึง การตรวจสอบโดยรัฐ และประชาชนที่สามารถตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ นอกเหนือจากการตรวจสอบกลไกอื่นๆ ผลของการตรวจสอบขององค์กรภายนอกนี้จะมีผลต่อการดำเนินการต่างๆ ซึ่งจะเป็นกลไกให้องค์กรตุลาการใช้อำนาจระมัดระวังในการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้นในกรณีที่มีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบถ่วงดุลยับยั้งการใช้อำนาจจะถือได้ว่าเป็นการถ่วงดุลอำนาจโดยการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกนั้นเพื่อให้เกิดความสมดุลในการใช้อำนาจ และป้องกันมิให้องค์กรตุลาการศาลทหารใช้อำนาจโดยไม่เป็นธรรม¹¹⁴

2.8 ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power)

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) เป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐที่เป็นองค์ประกอบสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ ที่มุ่งหมายจะป้องกันการใช้อำนาจอย่างไร้ขอบเขตของผู้ปกครอง เพื่อเป็นการประกันในสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยจำกัดมิให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือเพียงบุคคลเดียว เพราะการใช้อำนาจที่พอเหมาะพอควรจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์กรของรัฐในลักษณะที่ให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ เป็นหลักในการจัดสรรอำนาจในรัฐเสรีนิยม เปรียบเสมือนพันธกรณีที่มีหน้าที่ๆ แยกต่างกันของรัฐจะต้องได้รับการรับประกันโดยองค์กรที่มีความเป็นอิสระจากกัน และอย่างน้อยก็ต้องมีความเป็นอิสระในการแต่งตั้งภายในและในการดำเนินกิจกรรมขององค์กร อย่างไรก็ตามการแบ่งแยกอำนาจนั้น ไม่จำเป็นต้องให้องค์กรผู้ใช้อำนาจมีความเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจได้ แต่มิใช่เหนือกว่าในลักษณะเด็ดขาดสมบูรณ์¹¹⁵

ในกลุ่มประเทศ Civil Law ที่ใช้ระบบไต่สวนในคดีอาญาใช้หลักการการค้นหาคำความจริงในคดีอาญาโดยมีหลักการว่ารัฐเป็นผู้ให้ความยุติธรรมได้ดีที่สุด ต่างจากระบบกล่าวหาในกลุ่มประเทศ Common Law ที่มองว่าคู่ความจะรักษาผลประโยชน์ของตนรวมถึงแสวงหาคำยุติธรรมให้ตนเองได้ดีที่สุดระบบไต่สวนในคดีอาญาจึงมอบความไว้วางใจให้กับฝ่ายเจ้าหน้าที่รัฐทั้งตำรวจอัยการและผู้พิพากษาในการแสวงหาคำความจริงร่วมกัน อย่างไรก็ตามแม้ระบบไต่สวนของกลุ่ม

¹¹⁴ นิทราวดี ฤทธิพันธ์. (2555). *ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการทำคำพิพากษาในคดีอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 35.

¹¹⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2559). *หลักการแบ่งแยกอำนาจ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 13.

ประเทศ Civil Law จะมีผู้พิพากษาสอบสวนที่มีอำนาจรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อเริ่มคดีได้ แต่ได้วางระบบป้องกันมิให้ฝ่ายตุลาการที่มีอำนาจตัดสินคดีมิให้ริเริ่มคดีโดยตนเอง โดยการแยกผู้พิพากษาสอบสวนออกจากผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในคณะไต่สวนพิจารณาและตัดสินคดีนอกจากการริเริ่มคดีเองแล้ว ฝ่ายตุลาการก็ต้องไม่มีส่วนได้เสียใดๆ ในทางการเมืองเช่น การมีอำนาจแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาเพราะการรวบอำนาจต่าง ๆ เข้าอยู่ในองค์กรเดียวกันที่จะมีแนวโน้มในการนำไปสู่สภาพการเป็นเผด็จการ (Dictatorship) ในที่สุด ดังเช่น ในสมัยเผด็จการ Adolf Hitler (ค.ศ. 1933-1945) พรรค Nazi ตรากฎหมายต่อต้านชาวยิว (ANTI-JEWISH LEGISLATION) มากกว่า 400 ฉบับ โดยจำกัดและมีผลกระทบต่ออารยธรรมชีวิตของชาวเยอรมันเชื้อสายยิวในประเทศเยอรมันเป็นอย่างมาก ตั้งแต่การจำกัดการใช้ชีวิตในที่สาธารณะการห้ามเด็กชาวยิวเรียนหนังสือในโรงเรียนและมหาวิทยาลัย การห้ามชาวยิวเป็นพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฯลฯ

ในปี 1935 มีการตรากฎหมาย Nuremberg Laws ที่ห้ามเผ่าพันธุ์เชื้อสายยิวแต่งงานหรือมีเพศสัมพันธ์กับคนเยอรมันมีการริเริ่มกล่าวหา ดำเนินคดี และตัดสินคดีเบ็ดเสร็จภายใต้อิทธิพลของระบอบเผด็จการของ Nazi กระบวนการยุติธรรมภายใต้ระบอบเผด็จการจึงเป็นกระบวนการยุติธรรมที่ละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ มีการใช้กฎหมายในการดำเนินคดีและตัดสินคดีตามอำเภอใจขัดต่อหลักการ The Rule of Laws อย่างยิ่ง กฎหมายในประเทศไทยก็มีตัวอย่างเนื้อหาที่ขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอยู่หลายฉบับ เช่น

พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก¹¹⁶ ให้ผู้บังคับบัญชาทหารในการประกาศใช้เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุทธ์ การระงับปราบปรามหรือการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มที่จะตรวจค้น ที่จะเกณฑ์ที่จะห้ามที่จะยึด และที่จะเข้าอาศัยที่จะทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ หากเกิดคดีขึ้นในเขตพื้นที่ประกาศกฏอัยการศึกผู้บัญชาการทหารสูงสุดจะสั่งให้พิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้นในศาลทหารก็ได้หากเกิดความเสียหายใดก็จะร้องขอค่าเสียหายหรือค่าปรับอย่างหนึ่งอย่างใดแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารไม่ได้เลย พระราชบัญญัติกฏอัยการศึกจึงมีหลักการที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดทั้งการริเริ่มกล่าวหาดำเนินคดีพิจารณาและพิพากษาคดี โดยองค์กรเดียวจึงขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ และอาจนำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจและละเมิดหลักการ The Rule of Laws ในที่สุด อย่างไรก็ตามยังมีข้อถกเถียงได้ว่าเหตุจำเป็นอย่างยิ่งในการคงไว้ซึ่งหลักการตามพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกก็เพื่อรักษา

¹¹⁶ ประเทศไทยได้ตรากฎหมายกฏอัยการศึก เป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) คือ “กฏอัยการศึก ร.ศ.126” ซึ่งตรงกับปี พ.ศ.2450 ต่อมาตราเป็นพระราชบัญญัติ “กฏอัยการศึก ร.ศ.126 ” ต่อมาก็ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติ กฏอัยการศึก พ.ศ. 2457.

ความมั่นคงของชาติในสถานการณ์ที่มีเหตุจลาจลหรือการสงคราม ซึ่งการรักษาความมั่นคงของชาตินี้ถือเป็นเหตุผลที่มีความสำคัญสูงสุดอยู่เหนือกว่าหลักการสิทธิส่วนบุคคลใดๆ ทั้งปวง

กฎหมายเรื่องการละเมิดอำนาจศาล¹¹⁷ ที่ให้อำนาจศาลที่เป็นคู่ขัดแย้งกับผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ริเริ่มกล่าวหา ตัดสินคดี และลงโทษจำคุกบุคคลนั้นได้เองอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดต่อบุคคลที่กระทำการใดที่เป็นการละเมิดศาล¹¹⁸ เช่น การประพฤติดนไม่เรียบร้อย แต่งกาย พุดจาไม่สุภาพ เป็นต้น จึงเป็นกฎหมายที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและอาจนำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจและละเมิดหลักการ The Rule of Laws โดยกฎหมายละเมิดอำนาจศาลไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นเพียงพอสนับสนุนกรณีจึงเทียบไม่ได้เลยกับเหตุผลในการรักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของชาติตามหลักการของกฏอัยการศึก

ขณะที่มาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่รู้จักกันทั่วไปชื่อว่า “หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ” ที่เริ่มบัญญัติครั้งแรกในประมวลกฎหมายอาญาบับแรกตั้งแต่ปี พ.ศ.2451 และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับเรื่อยมาตั้งแต่ ฉบับ พ.ศ.2475 ถึงปัจจุบัน¹¹⁹ ยังไม่บัญญัติเอาผิดเรื่องเล็กน้อย เช่น การประพฤติดนไม่เรียบร้อย นั่งไขว่ห้าง แต่งกาย พุดจาไม่สุภาพใส่รองเท้าแตะ ฯลฯ ว่าเป็นความผิดหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ และหากมีการกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานนี้จะต้องมีการดำเนินคดีโดยวิธีปกติเหมือนความผิดทั่วไป กล่าวคือ จะต้องมีการกล่าวหา ฟ้องร้องดำเนินคดีและพิจารณาพิพากษาจากผู้ที่มีความเป็นกลางไม่ใช่คู่ขัดแย้งในความผิดดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลให้ความคุ้มครองและอภิสิทธิ์แก่ศาลอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดยิ่งกว่าการให้ความคุ้มครองพระเกียรติยศของพระมหากษัตริย์ในความผิด

¹¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 31.

“ผู้ใดกระทำการอย่างใด ๆ ดังกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่า กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล 1) ขัดขืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลตาม มาตรา ก่อนอันว่า ด้วยการรักษาความเรียบร้อย หรือประพฤติดนไม่เรียบร้อยใน บริเวณศาล”

¹¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 33.

“ถ้าคู่ความฝ่ายใดหรือบุคคลใดกระทำความผิดฐาน ละเมิดอำนาจศาลใด ให้ศาลนั้นมีอำนาจสั่งลงโทษ โดยวิธีใดวิธีหนึ่ง หรือทั้งสองวิธี ดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ (ก) ไล่ออกจากบริเวณศาล หรือ (ข) ให้งงโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ การไล่ออกจากบริเวณศาลนั้น ให้กระทำได้ชั่วระยะที่ศาลนั้น พิจารณาหรือภายในระยะเวลาใด ๆ ก็ได้ ตามที่ศาลเห็นสมควร เมื่อจำเป็นจะเรียกให้ตำรวจช่วยจัดการได้ในกรณีกำหนดโทษจำคุก และปรับนั้น ให้จำคุกได้ไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท”

¹¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 112.

“ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี”

ฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพเสียอีกทำให้ศาลซึ่งเป็นคู่ขัดแย้งเองในคดีริเริ่มกล่าวหาได้เอง ดำเนินคดีเอง และพิพากษาคดีด้วยตนเองจึงขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติธรรมอย่างร้ายแรง

แนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจของ มองเตสกีเออ (Montesquieu)

Montesquieu (18 January 1689 – 10 February 1755) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสได้เขียนเรื่อง หลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ในหนังสือวิชาการ The Spirit of the Laws ซึ่งเป็นหนังสือด้านการเมือง การปกครอง Montesquieu เสนอในงานของเขาว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ จะต้องทำหน้าที่ตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ดังนั้น อำนาจทั้งสามลักษณะจึงควร จะอยู่ในองค์กรที่ใช้อำนาจที่แยกจากกันอย่างเด็ดขาดเพื่อเป็นหลักประกันในการปกป้องสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนเพื่อไม่ให้บุคคลใดหรือ หน่วยงานใดของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดอัน อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนโดยง่ายเกินไป กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรากฎหมายได้ก็ ไม่ควรจะมีอำนาจที่จะตัดสินคดีหรือข้อพิพาทได้เอง ส่วนฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นอำนาจสุดท้าย ทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทก็ต้องไม่อาจจะริเริ่มบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ควรมีอำนาจตรากฎหมายได้เอง ซึ่งมองเตสกีเออได้กล่าวถึงเรื่องการแบ่งแยกอำนาจไว้ในหนังสือเล่มดังกล่าวว่าอำนาจอธิปไตย ที่ใช้ปกครองประเทศมีอยู่ 3 อำนาจคือ

1. อำนาจนิติบัญญัติ คือ อำนาจเกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปในรัฐ กล่าวคือ อำนาจ ในการตรากฎหมาย
2. อำนาจบริหาร คือ อำนาจในการนำกฎหมาย มาใช้ปกครองประเทศ เป็นอำนาจที่จะ รักษากฎหมาย องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนี้คือรัฐบาล
3. อำนาจตุลาการ คือ อำนาจในการวินิจฉัยตัดสินคดีความต่าง ๆ หรือ ตัดสินลงโทษ ผู้กระทำความผิด เพื่อรักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชน และให้ความยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาล¹²⁰

โดยมองเตสกีเออมีความเห็นว่าอำนาจทั้งสามควรที่จะแบ่งแยกออกจากกันอย่างเป็นอิสระ ซึ่งในการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยให้เป็นอิสระนั้น มองเตสกีเออได้ยึดหลักที่ว่า อำนาจเท่านั้นที่จะ หยุดอำนาจได้แนวความคิดของมองเตสกีเออนั้น ได้แบ่งอำนาจอธิปไตยออกจากองค์กรที่ใช้อำนาจ คืออำนาจในการออกกฎหมายใช้บังคับกับประชาชน คือ รัฐสภา อำนาจในการจัดการ หรือ ควบคุม

¹²⁰ เสถียร หอมจรรยาและคณะ. (2548). *ทฤษฎีการเมืองและจริยธรรม*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 57-59.

ให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย คือ ฝ่ายบริหาร หรือ คณะรัฐมนตรี และอำนาจในการตัดสินและพิพากษาอรรถคดี คือ ศาล หรือองค์กรฝ่ายตุลาการ¹²¹ เหตุที่มองเดสกีเออได้เสนอแนวความคิดที่ให้มีการแบ่งแยกอำนาจการปกครองสูงสุดเพราะเห็นว่าหากอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจบริหาร หรือการควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมาย และอำนาจตุลาการ ถูกใช้โดยองค์กรใดเพียงองค์กรเดียว ไม่ว่าจะป็นข้าราชการ หรือ ประชาชนยากที่จะดำรงอยู่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพราะผู้ที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติร่วมกับผู้ที่ใช้อำนาจบริหารจะออกกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม และบังคับใช้กฎหมายโดยมิชอบ หากอำนาจตุลาการร่วมกับอำนาจนิติบัญญัติแล้วนั้น ตุลาการจะเป็นผู้ออกกฎหมายอันอาจส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของผู้ได้ปกครองซึ่งอาจส่งผลในเรื่องสิทธิและเสรีภาพก็เป็น ได้ถ้าผู้ที่อยู่ได้ปกครองถูกบังคับควบคุมโดยกฎหมายที่ไม่ให้การคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของผู้ได้ปกครองได้ อาจเกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมได้ และหากให้อำนาจตุลาการร่วมกับอำนาจบริหารแล้ว ตุลาการอาจพระถูกกดขี่เข้มเหงอย่างรุนแรงจึงจำเป็นต้องมีการแบ่งแยกอำนาจทั้งสามอำนาจออกจากกัน โดยไม่ให้อำนาจนั้นอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง¹²²

งานวรรณกรรมของมองเดสกีเออ (Montesquieu) ข้างต้นนั้นเป็นงานเสนอหลักและวิธีการที่แยกอำนาจอริปไตย เพื่อก่อให้เกิด และส่งเสริมอิสรภาพของประชาชนไว้ ดังนี้

(1) ต้องมีการแยกองค์กรที่ใช้อำนาจปกครอง

ต้องมีการแยกองค์กรที่ใช้อำนาจปกครองทั้งสาม คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ การแยกนี้หมายความว่าให้แต่ละองค์กรใช้อำนาจแต่เพียงอย่างเดียว หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ คนหนึ่งหรือองค์กรหนึ่งใช้อำนาจได้เพียงอย่างเดียวผู้ที่ทำหน้าที่ออกกฎหมายก็จะต้องทำหน้าที่เฉพาะการออกกฎหมายเท่านั้น จะมาทำหน้าที่บริหาร หรือ ตุลาการอีกไม่ได้การให้แต่ละองค์กรใช้อำนาจเฉพาะเรียกว่า “การแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) เหตุผลที่มองเดสกีเออ (Montesquieu) เสนอให้แยกองค์กรที่ใช้อำนาจอริปไตยก็เพราะว่าเมื่อใดอำนาจนิติบัญญัติและบริหารรวมอยู่ที่คนๆ เดียวกันหรือองค์กรเจ้าหน้าที่เดียวกันอิสรภาพย่อมไม่อาจมีได้เพราะเกิดความหวาดกลัวเนื่องจากกษัตริย์หรือสภาเดียวกันอาจบัญญัติกฎหมายแบบทรราช เช่นเดียวกันอิสรภาพจะไม่มีอยู่ ถ้าอำนาจตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและบริหาร ถ้าหากรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติชีวิตอิสรภาพของคนในบังคับจะอยู่ภายใต้การควบคุมแบบพลการ เพราะตุลา

¹²¹ เสถียร หอมขจรและคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 120. หน้า 54.

¹²² พงศกร เคยสนิท. (2560). *การตรวจสอบดุลพินิจคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 141/1*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 40.

การอาจประพาศด้วยวิธีการรุนแรงและกดขี่ ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงซึ่งอวสานถ้าหากคนหรือองค์กรเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชนชั้นสูงหรือประชาชนจะใช้อำนาจทั้งสามเหล่านี้คือ อำนาจนิติบัญญัติอำนาจบริหารนโยบายสาธารณะและอำนาจพิจารณาคดีของบุคคล¹²³

ดังนั้นกล่าวโดยสรุปเพื่อให้เกิดอิสรภาพแก่ประชาชนจึงมีความจำเป็นต้องให้มีการแยกองค์กรที่ใช้อำนาจทั้งสามออกจากกันเพื่อถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน

(2) ต้องมีระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกันได้

การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกัน (Check and Balance) หมายถึง อำนาจที่จะแยกให้แต่ละองค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจนั้น ไม่ใช่แยกจากกันโดยเด็ดขาด หรือ มีอิสระไม่เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน การสร้างระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลที่มองเตสกีเออกล่าวถึง เป็นระบบที่จะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจทั้งสาม คำว่า “ดุลแห่งอำนาจ” (Balance of Power) หมายถึง การให้แต่ละอำนาจที่แยกให้แต่ละองค์กรใช้นั้นต่างก็มีฐานะเท่ากัน แต่ละอำนาจมีฐานะเท่ากันเช่นนี้ทำให้อำนาจด้านด้วยอำนาจซึ่งก่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างอำนาจได้สำหรับ “การตรวจสอบแห่งอำนาจ” (Check of Power) หมายถึงให้แต่ละอำนาจสามารถตรวจสอบการทำงานของกันและกันได้เป็นต้นว่าถ้าฝ่ายบริหารไม่ดำเนินการหรือละเว้นหน้าที่ที่จะดำเนินการตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายมา ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมสามารถตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารได้

นอกจากนี้ระบบการตรวจสอบที่มองเตสกีเออ (Montesquieu) กล่าวถึง ยังครอบคลุมถึงการตรวจสอบภายในของหน่วยงานที่ใช้อำนาจเดียวกันด้วย เช่น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติประกอบด้วยสองสภา ถ้าสภาหนึ่งออกกฎหมายที่เป็นการละเมิดสิทธิของประชาชนของฝ่ายหนึ่งสภาที่สองย่อมมีอำนาจตรวจสอบกลับกรองกฎหมายที่ผ่านสภาหนึ่งมาแล้วได้

จากแนวคิดที่มองเตสกีเออ (Montesquieu) เสนอ คือ ต้องการให้มีระบบการแยก หรือ จำแนกอำนาจให้องค์กรแต่ละองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) เมื่อแยก หรือ จำแนกให้แต่ละองค์กรใช้เพียงอำนาจเดียว คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการแล้วก็ควรจะให้แต่ละอำนาจสามารถตรวจสอบ และถ่วงดุลซึ่งกัน และกันได้เช่นกัน

แนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจของ เซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน (Sir William Blackstone)

เซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน ผู้พิพากษาชาวอังกฤษเป็นที่รู้จักในฐานะผู้ที่รับเอาแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออมาอธิบายต่อยอดโดยเน้นความมีอยู่ของอำนาจตุลาการใน

¹²³ เสน่ห์จามริก, แปล. (2522). *ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 331.

ลักษณะอีกองค์กรหนึ่งนอกจากอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร ซึ่ง เซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน ได้เสนอหลักความอิสระของศาลเท่านั้น¹²⁴ จุดมุ่งหมายของการแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้ก็เพื่อคุ้มครองและให้หลักประกันแก่ประชาชนเนื่องจากหากมีการรวมอำนาจทั้งสามไว้ที่องค์กรใดเพียงองค์กรหนึ่ง และหากองค์กรตุลาการ ไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารก็จะเกิดการบัญญัติกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย และตัดสินใจโดยองค์กรเดียวอาจทำให้ประชาชนไม่มีหลักประกันในเรื่องสิทธิ และเสรีภาพและความอิสระรวมทั้งความยุติธรรม หรือ ความเป็นธรรมในบ้านเมืองเพราะผู้มีอำนาจอาจใช้อำนาจเกินขอบเขตจึงจำเป็นต้องมีการใช้อำนาจหนึ่งไว้จึงต้องทำให้อำนาจทั้งสามแยกออกจากกันอย่างอิสระ¹²⁵

จากที่ได้กล่าวถึงแนวความคิดของ มองเตสกีเออ, เซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน ผู้ศึกษาเห็นว่าทั้งสองท่านได้มีการกล่าวถึงเรื่องการแบ่งแยกอำนาจให้มีความเป็นอิสระเพื่อให้เกิด ความเป็นธรรมต่อประชาชน ซึ่ง มองเตสกีเออ ได้กล่าวไว้ว่า อำนาจทั้งสามควรที่จะแบ่งแยกออกจากกันอย่างเป็นอิสระซึ่งในการแบ่งแยกอำนาจธิปไตยให้เป็นอิสระ โดย มองเตสกีเออ ยึดหลักที่ว่า อำนาจเท่านั้นที่จะหยุดอำนาจได้ ซึ่งต่อมา เซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน ได้นำเอาแนวความคิดของมองเตสกีเออ เรื่องการแบ่งแยกอำนาจมาต่อยอด ซึ่งเซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน ได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาอธิบาย กับเรื่องอำนาจของตุลาการ โดย เซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน ได้เน้นเรื่องความมืออยู่ของตุลาการ ต้องแยกออกจากฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารเพื่อเป็นหลักประกันให้ประชาชนในเรื่องสิทธิ และเสรีภาพ โดย ทั้งสามอำนาจจะต้องแยกออกจากกันอย่างอิสระ และ จอห์น ล็อก ได้ อธิบายว่าการแบ่งแยกอำนาจ เพื่อที่จะแก้ไขปัญหาการใช้อำนาจของผู้ปกครองเพื่อมิให้สิทธิของประชาชนนั้นถูกรบกวน หรือ ถูกแทรกแซงจากองค์กรใด และเพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจจากที่ได้ศึกษาแนวความคิดของทั้งสามท่านจะเห็นได้ว่าเรื่องการแบ่งแยกอำนาจนั้นเป็นเรื่องสำคัญต่อการใช้อำนาจอย่างเป็นธรรมโดยเป็นรูปธรรมโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวยังนำมาใช้กับองค์กรต่างๆ เช่นองค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีตามที่ เซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน นำมาปรับใช้กับตุลาการว่าตุลาการต้องมีความเป็นอิสระขาดจากการอยู่ใต้บังคับของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารอย่างชัดเจนความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการเป็นเรื่องสำคัญเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพให้ประชาชนและแสดงให้เห็นถึงความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ เพื่อให้ประชาชนที่ต้องถูกพิจารณาที่ศาลทหารมั่นใจได้ว่าตนจะได้รับความเป็นธรรม และไม่ต้องกังวลว่าจะมีองค์กรใดมาแทรกแซงได้

¹²⁴ เกรียงไกร เจริญชนาววัฒน์. (2548). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 172.

¹²⁵ ประภาศน์ อวยชัย. (2535). “การแยกอำนาจตุลาการให้เป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร”. *บทบัญญัติ*, 48(1). หน้า 5.

2.9 หลักการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (Rights to Fair Trial)

หลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (Rights to Fair Trial) เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่งที่จะนำไปสู่ความยุติธรรมและสันติภาพ หลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรมเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐในการดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม ป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Abuse of Power) ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและเป็นหลักประกันว่าประชาชนจะได้รับการปฏิบัติด้วยกระบวนการทางกฎหมายที่ชัดเจน แน่นอน คาดหมายได้และเป็นธรรม¹²⁶

ในประเทศไทยแนวความคิดเรื่องสิทธิผู้ถูกกล่าวหา (Rights of Accused) และหลักการ The Rule of Law ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานานแต่ถูกบัญญัติไว้ปะปนกันไม่ชัดเจน¹²⁷ (หลักการ The Rule of Law) ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด (หลักการ Rights of Accused) ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ (หลักการ Rights of Accused)

ส่วนหลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (Rights to Fair Trial) ได้ถูกขยายรวมเอาแนวความคิดเรื่องสิทธิผู้ถูกกล่าวหา (Rights of Accused) ไว้เป็นส่วนหนึ่งของหลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรมด้วย และบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2550 ดังนี้ มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง
- (2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอการเสนอข้อเท็จจริงข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้าน ผู้พิพากษาหรือตุลาการการได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่หนึ่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยคำพิพากษา หรือ คำสั่ง
- (3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม

¹²⁶ น้ำแท้ มีบุญสร้าง. (2557). “หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา”. *วารสารธรรมศาสตร์*, 33(3). หน้า 63.

¹²⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2550. มาตรา 39.

“บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

(4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง

(5) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญา มีสิทธิได้รับความคุ้มครองและความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ส่วนค่าตอบแทน ค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

(6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้พิการหรือทุพพลภาพ ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม และย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ

(7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว

(8) ในคดีแพ่ง บุคคลมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสมจากรัฐ¹²⁸

ในระดับนานาชาติหลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (Rights to Fair Trial) ได้รับการยอมรับกว้างขวางเช่นกัน โดยในปี ค.ศ.1976 (2519) ได้มีการรับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง 1976 (International Covenant on Civil and Political Rights 1976) – ข้อ 39¹²⁹ และในข้อ 9 ของกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ได้รับรองสิทธิและข้อกำหนดมาตรฐานขั้น

¹²⁸ น้ำแท้ มีบุญสร้าง. อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 126. หน้า 63-64.

¹²⁹ International Covenant on Civil and Political Rights 1976. Article 9.

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law. (The Rule of Law)

2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.

3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgment.

4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings

ต่ำของกระบวนการยุติธรรมของประเทศสมาชิกจะต้องให้การรับรองในกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ดังนี้

1. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกาย บุคคลจะถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจมิได้ บุคคลจะถูกกลั่นแกล้งเสรีภาพของตนมิได้ ยกเว้น โดยเหตุและโดยเป็นไปตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

2. ในขณะที่จับกุมบุคคลใดที่ถูกจับกุมจะต้องได้รับแจ้งถึงเหตุผลในการจับกุม และจะต้องได้รับแจ้งถึงข้อหาที่ถูกจับกุมโดยพลัน

3. บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือควบคุมตัวในข้อหาทางอาญาจะต้องถูกนำตัวโดยพลันไปยังศาลหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะใช้อำนาจทางตุลาการและจะต้องมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาอันสมควรหรือได้รับการปล่อยตัวไปมิให้ถือเป็นหลักทั่วไปว่าจะต้องควบคุมบุคคลที่รอการพิจารณาคดี แต่ในการปล่อยตัวอาจกำหนดให้มีการประกันว่าจะมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดีในขั้นตอนอื่นของกระบวนการพิจารณา และจะมาปรากฏตัวเพื่อการบังคับตามคำพิพากษาเมื่อถึงวาระนั้น

4. บุคคลใดที่ถูกกลั่นแกล้งเสรีภาพ โดยการจับกุมหรือการควบคุม มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ตัดสินโดยไม่ชักช้าถึงความชอบด้วยกฎหมายของการควบคุมผู้นั้น และหากการควบคุมไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวไป

5. บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือถูกควบคุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนหลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรมจะช่วยป้องกันและคัดกรองผู้บริสุทธิ์ออกจากกระบวนการยุติธรรมเพื่อป้องกันการผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรมนั่นเอง¹³⁰

ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการได้รับการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (The Right to a Fair Trial) ครอบคลุมทั้งกระบวนการขึ้นก่อน ระหว่าง และหลังการพิจารณาคดีในศาล ซึ่งรวมทั้งการรับรองสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระ ได้รับความเสมอภาคในการพิจารณาคดี การสันนิษฐานว่า เป็นผู้บริสุทธิ์ หลักประกันขั้นต่ำในการต่อสู้คดีการให้ตุลาการระดับเหนือขึ้นไป ทบทวนการลงโทษและคำพิพากษา การไม่ถูกพิจารณาหรือถูกลงโทษซ้ำในความผิดซึ่งบุคคลนั้น

before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.

5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.

¹³⁰ น้ำแท้ มีบุญสร้าง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 126. หน้า 65- 66.

ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษไปแล้ว ทั้งนี้ แม้ในสถานการณ์ที่มีการประกาศภาวะฉุกเฉินที่เป็นภัยคุกคามความอยู่รอดของชาติ การใช้กฎหมายพิเศษและมาตรการพิเศษที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ย่อมต้องได้รับการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนและมีกรอบการใช้อำนาจที่แคบ และยิ่งต้องพิจารณาอย่างเคร่งครัดที่สุดในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของการควบคุมตัวโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องได้รับการพิจารณาโดยตุลาการที่เป็นอิสระ¹³¹

2.10 หลักนิติรัฐ (The Legal State)

พิจารณาพัฒนาการของนิติรัฐแล้ว จะพบว่าแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย คำกล่าวที่ว่านิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ (government of law and not of men) จะเป็นการให้ความหมายของนิติรัฐในเบื้องต้นในแง่ของประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐเริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 ในฐานะที่เป็นปฏิกริยาที่มีต่อการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อาจกล่าวได้ว่าเสาหลักที่ค้ำจุนนิติรัฐไว้ก็คือการปกป้องบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครอง แนวความคิดนี้สอดคล้องต้องกันกับพัฒนาการและความเชื่อที่มีมาตั้งแต่ยุคกลางว่า สันติสุขและความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้ย่อมต้องอาศัยกฎหมาย อย่างไรก็ตามในวงวิชาการเยอรมันซึ่งเป็นแหล่งที่พัฒนาแนวคิดเรื่องนิติรัฐขึ้นจนถึงปัจจุบัน

แนวความคิดพื้นฐานของนิติรัฐก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยกฎหมาย การทำให้รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐาน และคุณค่าทางกฎหมายโดยไม่อาจบิดพลิ้วได้ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงไม่มีความหมายแค่เพียงการบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่านั้นแต่ยังเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่างๆเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอย่างแท้จริงในสังคมด้วย วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะบรรลุได้ก็แต่โดยการสร้างระบบการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีประสิทธิภาพ และการยอมรับให้มีองค์กรตุลาการขึ้นมาโดยเฉพาะ (ศาลรัฐธรรมนูญ) ในองค์กรดังกล่าวพิทักษ์ปกป้องคุณค่าในรัฐธรรมนูญ¹³²

¹³¹ ประเทือง ศรีหรั่งไพโรจน์. (2558). *ผลกระทบของการประกาศใช้กฎอัยการศึกต่อเขตอำนาจศาลทหาร ในคดีที่พลเรือนกระทำผิด: ศึกษาเฉพาะกรณีคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร*. เอกสารประกอบการวิจัย วิทยาลัยเสนาธิการทหาร สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ. หน้า 29.

¹³² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.stou.ac.th/schoolsweb/law/UploadedFile/หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม.pdf>. [2561, 3 สิงหาคม].

องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ

ความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ ลงเมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนของบุคคลส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหานั้น ก็คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดย กำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง พิจารณาในทางเนื้อหา นิติรัฐ ย่อมต้องเป็นยุติธรรมรัฐ

ในทางปฏิบัติเป็นไปได้เสมอที่หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะกับหลักความยุติธรรมอาจจะขัดแย้งกันเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะพยายามประสานสองหลักการนี้เข้าด้วยกัน และในบางกรณีจะต้องตัดสินใจว่าจะใช้หลักการใดเป็นหลักการนำ บ่อยครั้งที่องค์กรนิติบัญญัติตัดสินใจเลือกหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะเพื่อประกันความมั่นคงในระบบกฎหมาย เช่น การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับอายุความไว้ในระบบกฎหมาย เป็นต้น¹³³

องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการ หลายประการ ที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องมิให้อำนาจของรัฐรวมอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ หรือ กระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ¹³⁴

¹³³ ประเทือง ศรีหรั่งไพโรจน์. (2559). *ผลกระทบของการประกาศใช้กฎอัยการศึกต่อเขตอำนาจศาลทหารในคดีที่พลเรือนกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะกรณีคณะรักษาความสงบแห่งชาติประกาศใช้กฎอัยการศึกที่วราขานาจักร*. วิทยาลัยเสนาธิการทหาร รุ่นที่ ๕๗ สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ. หน้า 6.

¹³⁴ วรเจตน์ ภาศิริตัน. (2561). *หลักนิติรัฐ*. เอกสารประกอบการบรรยาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 7.

หลักการย่อยของนิติรัฐในทางรูปแบบ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐเรียกร้องให้การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการดังกล่าวนี้ยังเรียกร้ององค์กรบริหาร (โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรฝ่ายปกครอง) และองค์กรตุลาการให้ต้องผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่างๆที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้นกล่าวเฉพาะฝ่ายปกครอง หลักการดังกล่าวนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการ โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่การกระทำทางปกครองมีผลก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของราษฎรย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาลเรียกร้องให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่างๆของรัฐได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายของรัฐจึงกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องรับฟังบุคคล เปิดโอกาสให้บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่างๆก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (fair) ด้วย อนึ่งในกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรของรัฐ รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนต่อศาลได้

สำหรับหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนั้น เรียกร้องให้รัฐกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพ เอกชนที่พิพาทกันเองต้องมีหนทางในการนำข้อพิพาทนั้นไปสู่ศาล และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลจะต้องได้รับการออกแบบให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรอบด้าน ตลอดจนกำหนดผลผูกพันเด็ดขาดของ คำพิพากษาไว้เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย¹³⁵

¹³⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 134. หน้า 8.

2.11 หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

หลักนิติธรรมถือกำเนิดจากกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษที่ถือปฏิบัติกันมาตั้งแต่ ศตวรรษที่ 16 ต่อมาใน ค.ศ.1885 โดยศาสตราจารย์ เอ. วี.ไดซี่ (Albert Venn Dicey) ได้ให้ความหมายที่ชัดเจนของหลักนิติธรรมไว้ 3 ประการคือ

1. ความสูงสุดของกฎหมายบุคคลจะต้องถูกลงโทษก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นทำผิดตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายนั้นจะต้องถูกตราขึ้นก่อนการกระทำผิด โดยผู้กระทำผิดจะต้องถูกฟ้องร้องให้ศาลยุติธรรมมาเป็นผู้พิพากษา

2. ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคนภายในประเทศย่อมเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายเดียวกันไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีสถานบรรดาศักดิ์เป็นนักการเมืองชั้นสูง เป็นข้าราชการนักธุรกิจ หรือประชาชนบุคคลทั่วไป หากกระทำความผิดจะต้องถูกพิจารณาและลงโทษภายใต้กฎหมายเดียวกันโดยมาตรฐานเดียวกัน

3. ความมีสิทธิเสรีภาพในความเป็นมนุษย์บุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองในสิทธิเสรีภาพตามขอบเขตของกฎหมาย และจารีตประเพณีของสังคม มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือการประห่มหาหรือกัน รวมทั้งมีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์¹³⁶

หลักนิติธรรม” ประกอบด้วย 7 หลักการคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักความชอบธรรมด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติธรรม เพราะหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจการตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ

หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักนิติธรรมมีความเกี่ยวพันกันกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความเสมอภาค สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นหลักการสำคัญตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนุญ

หลักความชอบธรรมด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการ หรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความ

¹³⁶ สิทธิพร ประวีตรุ่งเรือง. (2561). *หลักนิติธรรมกับสังคมไทย “RULE OF LAW IN THAI SOCIETY”*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.thonburi-u.ac.th/journal/Document/10-21/Journal10_21_10.pdf. [2561, 25 สิงหาคม]

เห็นชอบ จากตัวแทนของประชาชน โดยฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจ โดยปราศจากข้อบกพร่อง

หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นตามหลักความแน่นอนของกฎหมายหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง และหลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความอิสระของผู้พิพากษา ผู้พิพากษาสามารถทำหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและ ทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้ มโนธรรมของตนเท่านั้น โดยวางอยู่บนพื้นฐานของความอิสระจาก 3 ประการ กล่าวคือ ความอิสระจากคู่ความ ความอิสระจากรัฐ และความอิสระจากสังคม

หลัก “ไม่มีความผิด และ ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” เมื่อ ไม่มีข้อบัญญัติทางกฎหมายให้เป็นความผิด แล้วจะเอาผิดกับบุคคลนั้นๆ มิได้

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญกฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับ¹³⁷

กล่าวโดยสรุป อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจเหนือประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง เพื่อให้การใช้อำนาจอปกครองของรัฐอยู่ภายในขอบเขตและสามารถตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันได้ โดยต้องแบ่งแยกอำนาจอปกครองรัฐออกจากกันเพื่อมิให้อำนาจรวมอยู่กับบุคคลเพียงคนเดียวหรือกลุ่มเดียว อันจะเป็นลักษณะของการปกครองแบบเผด็จการหรือการปกครองแบบเบ็ดเสร็จ จึงได้มีการแบ่งแยกออกเป็น “อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ” และอาจกล่าวได้ว่าหลักสำคัญขององค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการต้องมีความเป็นอิสระเป็นองค์ประกอบสำคัญด้วย ความเป็นอิสระของตุลาการนั้นเป็นผลสืบเนื่องโดยตรงจากการเกิดขึ้นของหลักการแบ่งแยกอำนาจอปกครอง กล่าวคือเมื่อมีการแบ่งแยกอำนาจ ผู้ใช้อำนาจ แต่ละฝ่ายจะต้องมีความเป็นอิสระจากกันรวมทั้งต้องเป็นอิสระจากองค์กรภายนอก เพื่อให้สามารถทำหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันได้

¹³⁷ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2560). *หลักนิติธรรม: ความชอบธรรมตามกฎหมาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://elibrary.constitutionalcourt.or.th/document/documents/documents/Individual_Study_32.pdf. [2561, 25 สิงหาคม]