

บทที่ 3

วิเคราะห์ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วย พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ บทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ที่ใช้บังคับหรือจะใช้บังคับนั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ เมื่อรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์สำคัญในการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการให้บุคคลใดที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือสามารถยกบทบัญญัตินี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในทางศาลได้¹ ซึ่งหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ เช่น สิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย สิทธิและเสรีภาพในการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายที่เท่าเทียมกัน การไม่เลือกปฏิบัติ เป็นต้น

3.1 การลงโทษทางวินัยทหารกับสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง

การลงโทษทางวินัยทหารที่เป็นทัณฑ์ กัก ขัง หรือจำขังนั้นเป็นกระบวนการพิจารณาในการดำเนินมาตรการบังคับทางปกครองในฝ่ายทหาร เป็นการใช้อำนาจโดยแท้จริงของผู้บังคับบัญชาที่สั่งลงทัณฑ์ กัก ขัง หรือจำขังเป็นอำนาจเด็ดขาด ทำให้ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพราะทำให้ผู้ถูกลงทัณฑ์ต้องเสื่อมเสียชื่อเสียง ความเป็นส่วนตัวต่าง ๆ โดยหลักการดำเนินมาตรการบังคับทางปกครองของฝ่ายทหารควรจะทำโดยผ่านกระบวนการของศาลหรือตุลาการศาลทหารในการลงทัณฑ์ กัก ขัง หรือจำขัง โดยจะไปใช้อำนาจทางปกครองนี้ไปโดยพลการนั้นก่อนทำไม่ได้ และในบทบัญญัติสิทธิและเสรีภาพที่เป็นสากลนั้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็มีเนื้อหาสาระสำคัญที่สอดคล้องกับหลักการนี้อยู่ แต่อย่างไรก็ตามกลับได้มีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดสิทธินี้

¹ มาตรา 25 วรรคสาม บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

เป็นข้อยกเว้นไว้ในรัฐธรรมนูญอยู่หลายประการ รวมถึงเรื่องของวินัยทหารด้วยเมื่อทหารถูกลงโทษ กัก ขัง หรือจำขังก็ไม่สามารถอุทธรณ์ในเรื่องนี้ได้

การออกคำสั่งลงโทษ กัก ขัง หรือจำขังโดยผู้บังคับบัญชา แม้จะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งในความเป็นจริงหากทหารผู้นั้นเห็นว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่รุนแรงเกินไป ทหารผู้ถูกลงโทษทางวินัยนี้จะอุทธรณ์ต่อศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542² ก็ไม่สามารถกระทำได้ เพราะเป็นข้อกำหนดยกเว้นในเรื่องวินัยทหารไว้ จึงเห็นได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิในการฟ้องร้องหน่วยราชการและเจ้าหน้าที่รัฐเกินจำเป็น ซึ่งอาจกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็เว้นเรื่องวินัยไว้เช่นกัน เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าทหารที่ถูกลงโทษ กัก ขัง หรือจำขังย่อมเสียสิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในความเป็นอิสระภาพ ซึ่งล้วนเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งสิ้น

ดังนั้นเป็นการชี้ให้เห็นถึงการใช้อำนาจตุลาการโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดหลักรัฐธรรมนูญในเรื่องของการแบ่งแยกอำนาจที่จะให้อำนาจ นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการมีความเป็นอิสระต่อกัน แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ได้นำอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารนั้นมาอยู่ในอำนาจเดียวกัน ซึ่งเป็นปัญหาในหลักความชอบของรัฐธรรมนูญ ก็คือหลักของรัฐธรรมนูญนั้นต้องมีการแบ่งแยกเป็นสามอำนาจโดยเด็ดขาดออกจากกัน เพราะฉะนั้นกฎหมายใดก็ตามที่นำสามอำนาจมารวมอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน จึงทำให้เป็นกฎหมายที่ไม่ชอบตามหลักรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ฉบับนี้ก็กลับเป็นพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการลงโทษทางวินัยทหาร ซึ่งอำนาจการลงโทษดังกล่าวนี้เป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการ หากพิจารณาตามหลักการดังกล่าวสามารถแบ่งหลักการออกมาได้ดังนี้

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดในรัฐ และหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐคือ “หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานสำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักการนิติรัฐจะไม่สามารถสถาปนาขึ้นมา

² มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ
วรรคสอง เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง 1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

ได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ” โดยหลักการแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ เพราะทั้งสามอำนาจนั้นไม่ได้แบ่งแยกจากกันโดยเด็ดขาด หากมีแต่การถ่วงดุลและคานอำนาจระหว่างกัน (Check and Balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง จึงจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจอย่างเด็ดขาดและเป็นฝ่ายดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจจากการใช้อำนาจทั้งปวงแต่ฝ่ายเดียว³ ซึ่งอำนาจธิปไตยนี้มีการแบ่งแยกออกเป็น 3 ฝ่ายคือ

อำนาจนิติบัญญัติ คืออำนาจในการตรากฎหมายและควบคุมการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหารเป็นหน้าที่ของรัฐสภาซึ่งประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา

อำนาจบริหาร คืออำนาจในการบริหารประเทศ เป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีโดยมีกระทรวง ทบวง กรม และหน่วยงานของราชการอื่น ๆ ที่มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการตามนโยบายและอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรี

อำนาจตุลาการ คืออำนาจในการพิจารณา พิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย เป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครองและศาลทหาร

ดังนั้นอำนาจธิปไตยที่แบ่งเป็นสามฝ่ายมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน ซึ่ง Montesquieu กล่าวว่า “มนุษย์ทุกผู้ทุกคนย่อมมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ไปในทางที่ผิด และจะใช้มันไปจนสุดขอบเขตที่ตนจะได้ใช้ ด้วยเหตุนี้เองแม้แต่สิ่งดีงามทั้งหลายก็ยังจำเป็นต้องมีขอบเขตของมันเช่นกัน”⁴

ประการแรก เพื่อการบรรลุซึ่งภารกิจของรัฐ เป็นการแยกภารกิจและอำนาจหน้าที่แจกจ่ายไปยังองค์กรต่าง ๆ ทำให้ลดความเสี่ยงจากการใช้อำนาจในทางที่ผิดลงไปด้วย อันจะทำให้เกิดผลดีต่อประชาชนที่จะได้มีหลักประกันด้านสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ แต่โอกาสในการใช้อำนาจในทางที่ผิดก็ยังมีโอกาสเกิดขึ้นได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้องค์กรการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกันในแง่ของการมีส่วนร่วมและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน

ประการที่สอง เพื่อบรรลุซึ่งภารกิจตามหลักประชาธิปไตย เพื่อให้เกิดความหลากหลายในแง่ของจุดยืนทางการเมือง เปิดโอกาสให้ผู้ที่มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในทางการเมืองได้เข้ามา

³ เกียรติกร เจริญชนาวัดน์. (2558). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 149-150.

⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2551). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 430-431.

มีส่วนร่วมในการตัดสินใจของรัฐ และเพื่อให้การตัดสินใจทางการเมืองท่ามกลางความหลากหลาย อยู่บนหลักของเสียงข้างมาก และหลักการคุ้มครองฝ่ายเสียงข้างน้อยด้วย

ประการที่สาม เพื่อให้บรรลุซึ่งภารกิจทั้งหลายของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพการดำเนินการ ภารกิจของรัฐทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะสะท้อนให้เห็นได้ว่าองค์กรแต่ละ องค์กรไม่สามารถดำเนินการอย่างรวบรัดในภารกิจที่สำคัญ ๆ ได้ เช่น กระบวนการออกกฎหมาย ของฝ่ายนิติบัญญัติก็จะต้องมีหลักเกณฑ์ในตรากฎหมายมีขั้นตอนในการพิจารณาและมีการถ่วงดุล ซึ่งกันและกันภายในองค์กรระหว่างสภาผู้แทนราษฎรกับวุฒิสภาเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและ เสรีภาพของประชาชน⁵

หลักความเป็นอิสระตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการ ปกครองในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตย รัฐมีหน้าที่ในการ อำนาจความยุติธรรมแก่ประชาชนโดยมีศาลซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อ พิพาทและตัดสินอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย การทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น จะต้องปราศจากการใช้อำนาจหรืออิทธิพลใด ๆ อันจะทำให้ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลา การต้องถูกกระทบกระเทือนได้ ซึ่งหากความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการถูก กระทบกระเทือน ก็จะทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนและส่งผลให้สิทธิเสรีภาพของ ประชาชนต้องถูกลิดรอนลงไปด้วย

หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เป็นหลักประกันแก่ผู้พิพากษาในการพิจารณา พิพากษาคดีตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่มิให้อิทธิพลหรืออำนาจใด ๆ มาแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ ของผู้พิพากษาและตุลาการได้ ทั้งนี้เพื่อให้การวินิจฉัยตัดสินคดีของผู้พิพากษาหรือศาลยุติธรรม เป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งเสริมความเชื่อมั่นมิ ให้ผู้พิพากษาต้องหวั่นเกรงต่ออิทธิพลใด ๆ เมื่อได้ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ดังนั้นกฎหมายจึงได้ บัญญัติหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาขึ้น

ความหมายของความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ได้มีนักนิติศาสตร์ของประเทศไทยหลาย ท่านได้ให้ความหมายคำว่า “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา” แตกต่างกันไปอย่างเช่น

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศกัทธิย์ ได้แสดงความเห็นในเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้น หมายความว่า ผู้พิพากษา มีความหมายว่า ไม่มีความลำเอียงปราศจากการแทรกแซง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทางการเมืองซึ่งจะมีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับว่า ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณา พิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งมีความสำคัญแบ่งได้เป็นสองประการ คือความ

⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 433-434.

เป็นอิสระของผู้พิพากษามีใช้มีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามใจชอบโดยไม่มีขอบเขตจำกัดแต่ต้องพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งในเรื่องนี้ท่านได้อธิบายว่าการที่กล่าวว่าคุณพิพากษามีความเป็นอิสระนั้นมิใช่เป็นการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมายจะพิจารณาคดีตามใจชอบไม่ได้ อย่างเช่น ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีโดยรับฟังพยานหลักฐานนอกสำนวนไม่ได้ เป็นต้น⁶

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้ให้ความเห็นว่าความเป็นอิสระของผู้พิพากษาแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ

1) ความเป็นอิสระในเนื้อหา กล่าวคือ ในการทำหน้าที่ในทางอรรถคดีของผู้พิพากษาและตุลาการนั้น ผู้พิพากษาและตุลาการไม่อยู่ในอาณัติของบุคคลหรือองค์กรใด คำสั่งและคำแนะนำต่าง ๆ เป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยสิ้นเชิง

2) ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว กล่าวคือในการทำหน้าที่ผู้พิพากษาและตุลาการนั้น ผู้พิพากษาและตุลาการจะต้องกระทำได้โดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้าย หรือถูกกลั่นแกล้งภายหลัง และความอิสระในทางส่วนตัว ย่อมเป็นข้อเสริมความสมบูรณ์ของความเป็นอิสระในเนื้อหาของผู้พิพากษาและตุลาการ ซึ่งหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย⁷

ท่านอาจารย์บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้ความเห็นว่า ความอิสระของผู้พิพากษา หมายความว่า ผู้พิพากษาสามารถทำภาระหน้าที่ทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมาย และทำการพิจารณาพิพากษายกได้มโนธรรมของตนเท่านั้น ความมุ่งหมายของหลักดังกล่าวมุ่งการคุ้มครองอำนาจตุลาการต่อการแทรกแซงโดยเฉพาะจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ หลักความอิสระของผู้พิพากษาอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประการดังนี้

1) ความอิสระของการทำหน้าที่ เป็นการคุ้มครองการปฏิบัติภารกิจของผู้พิพากษาจากอิทธิพลภายนอก ทั้งการแทรกแซงจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย อื่น และการคุ้มครองจากการแทรกแซงทางอ้อมเพื่อให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น

2) ความเป็นอิสระในทางองค์กร มีผลมาจากการแบ่งแยกอำนาจ หมายความว่า อำนาจตุลาการ ศาล หรือผู้พิพากษาต้องไม่อยู่ในลักษณะความสัมพันธ์ที่อยู่ใต้อำนาจอื่น ไม่ว่าจะโดยทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ตาม

⁶ จิตติ ดิงศภัทย์. (2533). *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 129-130.

⁷ คณิต ฒ นคร. (2521). *ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา*. วารสาร *รพี 21* คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 28-29.

3) ความอิสระในทางส่วนบุคคล หมายความว่า โดยหลักแล้ว การถอดถอน และการโยกย้ายไม่อาจกระทำได้ หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา เว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล⁸

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 เป็นพระราชบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการให้อำนาจของฝ่ายบริหารเข้ามาใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการด้วยการมีอำนาจสั่งการลงโทษวินัยทหาร⁹ กัก ขัง หรือจำขัง¹⁰ ดังเช่นกรณีตัวอย่างดังต่อไปนี้

การลงโทษทางวินัยทหาร กัก ขัง หรือจำขังตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในด้านต่าง ๆ ดังนี้

- 1) การลงโทษ กัก ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในด้านร่างกาย
- 2) การลงโทษ ขัง ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในด้านชีวิตและร่างกาย
- 3) การลงโทษ จำขัง ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในด้านชีวิตและร่างกาย

การลงโทษดังกล่าวเป็นโทษที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามหลักของรัฐธรรมนูญและตามหลักสิทธิมนุษยชน และยังเป็นการให้อำนาจทั้งสองฝ่ายนั้นอยู่ในอำนาจของผู้บังคับบัญชาคนเดียว จึงเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยหลักรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ได้รวมอำนาจด้านบริหารกับด้านตุลาการไว้ด้วยกัน

การลงโทษทางวินัยทหาร กัก ขัง หรือจำขังนั้นสมควรอย่างยิ่งที่จะให้เป็นอำนาจของตุลาการที่เข้ามาดำเนินการในเรื่องนี้ เพราะว่า ตุลาการเป็นบุคคลที่ถือได้ว่าเป็นผู้ที่ทรงไว้ซึ่งความยุติธรรมที่สุด ไม่มีการแทรกแซงโดยฝ่ายต่าง ๆ นี่คือหลักการของตุลาการ เพราะฉะนั้นความไว้วางใจที่จะมาตัดสินเพื่อที่จะลงโทษกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพจึงเป็นที่ยอมรับ ในขนานที่ฝ่ายบริหาร

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2558). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ : วิทยุชน. หน้า 30-32.

⁹ มาตรา 10 ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาซึ่งลงโทษแก่ผู้กระทำผิดได้นั้น คือ

- 1) ผู้บังคับบัญชา หรือ
- 2) ผู้ซึ่งได้รับมอบอำนาจให้บังคับบัญชาตามที่กระทรวงกลาโหม ส่วนราชการที่ขึ้นตรงต่อกระทรวงกลาโหม กองทัพบก กองทัพเรือ หรือกองทัพอากาศ กำหนดในการที่จะลงโทษนั้น ให้กระทำได้แต่เฉพาะตามกำหนดในตารางกำหนดโทษ ท้ายพระราชบัญญัตินี้

ส่วนผู้มีอำนาจบังคับบัญชาชั้นใดจะมีอำนาจเป็นผู้ลงโทษชั้นใด และผู้อยู่ในบังคับบัญชาชั้นใดจะเป็นผู้รับโทษชั้นใดให้ถือเกณฑ์เทียบ (สามารถดูเกณฑ์เทียบชั้นผู้มีอำนาจลงโทษได้ในหัวข้อ 2.3.2.1)

¹⁰ มาตรา 8 โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดต่อวินัยทหารดังกล่าวไว้ในหมวด 2 นั้น ให้มีกำหนดเป็น 5 สถาน คือ

- 1) ภาคโทษ 2) ทัณฑ์กรรม 3) กัก 4) ขัง 5) จำขัง

ยังมีภาวะการแทรกแซงได้ ดังนั้นจึงไม่สมควรที่จะเอาคนคนเดียวกันมาทำสองหน้าที่ โดยเฉพาะทำหน้าที่ตุลาการ

3.2 การลงโทษทางวินัยทหารที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญที่อนุญาตให้กระทำได้

กฎหมายวินัยทหารนั้นในประเทศต่าง ๆ ได้มีบัญญัติไว้เช่นเดียวกับประเทศไทย ซึ่งในเนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยวินัยทหารของประเทศไทยนั้นยังไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเหมือนกับประเทศต่าง ๆ แต่เมื่อเนื้อหาสาระสำคัญที่เป็นบริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นเช่นนี้ การที่จะมีโทษทางวินัยได้นั้น จึงจำเป็นต้องมีในสายการบังคับบัญชา เพราะทหารเป็นข้าราชการ เป็นกลุ่มที่มีกำลัง จึงต้องมีวินัยที่เคร่งครัด เด็ดขาด ไมอย่างนั้นจะทำให้การปกครองบังคับบัญชาไม่ได้ และส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศซึ่งจะทำให้เกิดความเสียหายมาสู่ประเทศได้ เพราะฉะนั้น กฎหมายวินัยทหาร คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ต้องมีปรับปรุงแก้ไขในเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญของการลงทัณฑ์ กัก ขัง หรือจำขังในพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ให้มีความสอดคล้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของทหารที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันได้รับรองคุ้มครองไว้¹¹ ดังนั้น เพื่อให้มีความสอดคล้องกับเงื่อนไขในการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ ซึ่งจะต้องทำตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ต้องดำเนินการตรากฎหมายสอดคล้องกับเงื่อนไขตามมาตรา 26¹² ดังนี้

1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมายกฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” บรรคสองความว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยองค์กรนิติบัญญัติ รัฐธรรมนูญให้กระทำได้ที่จำเป็นอันเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐซึ่งอยู่ในรัฐธรรมนูญ แม้โดยสภาพแล้วองค์กรนิติบัญญัติไม่ใช่องค์กรที่ใช้อำนาจปกครองล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง แต่อาจใช้อำนาจรัฐตรากฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงต้องสอดคล้องกับหลักความสมควรแก่เหตุ ประกอบด้วย

หลักความเหมาะสม มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติใช้ในการตรากฎหมายต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐได้กำหนดไว้ มีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุต่อวัตถุประสงค์นั้น อย่าน้อยการมีความเหมาะสมเพียงบางส่วนก็เป็นการเพียงพอไม่จำเป็นต้องมีความเหมาะสมอย่างสมบูรณ์

หลักความจำเป็น หมายถึง เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมโดยก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิที่ตามมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากองค์กรนิติบัญญัติเลือกมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ทั้งที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้แล้ว ย่อมถือว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อหลักความจำเป็นและขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายนั้น เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ โดยมีหลักการว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการตามมาตรการกับวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกรณีวินิจฉัยว่า กฎหมายนั้นขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายหรือไม่ ให้เริ่มพิจารณาสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะคุ้มครองป้องเจกชนก่อน หลังจากนั้นจึงพิจารณาระดับความเข้มข้นรุนแรงของมาตรการตามกฎหมายที่ล่วงละเมิดสิ่งที่รัฐธรรมนูญประสงค์จะคุ้มครองนั้น

2) หลักการคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพ

เป็นบทบัญญัติที่เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติต้องปฏิบัติและมีค่าบังคับในทางรัฐธรรมนูญ กฎหมายใดตราขึ้นกระทบกระเทือนต่อสารัตถะสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับมิได้ การจะพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติมีผลทำให้สารัตถะของสิทธิเสรีภาพได้รับความกระทบกระเทือนหรือไม่ ต้องดูข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป เมื่อได้ชี้แจงนำหนักประ โยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนแล้ว จึงจะตอบได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ การตรากฎหมายในลักษณะใดจะถึงขนาดเรียกได้ว่ากระทบกระเทือนสารัตถะสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพต้องพิจารณาเป็นรายละเอียดของสิทธิ

และเสรีภาพ ไม่อาจกำหนดเป็นนิยามเพื่อใช้ทั่วไปกับสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทได้ ทั้งนี้ต้องพิจารณาระดับความรุนแรงของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพกับลักษณะของสิทธิเสรีภาพนั้นประกอบกัน

3) หลักกฎหมายต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเฉพาะกรณีหรือเฉพาะบุคคล

กฎหมายต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมาย เพราะการออกคำสั่งทางปกครองกับกฎหมายมีจุดเหมือนกัน คือ เป็นการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐ และหลักการตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้นยังช่วยคุ้มครองปัจเจกชนมิให้รัฐเลือกปฏิบัติ โดยการตรากฎหมายเฉพาะกรณีขึ้นใช้บังคับด้วย กฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปนั้นสามารถใช้เป็นหลักประกันความเสมอภาค และความเท่าเทียมกันในผลทางกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เหมือนกัน การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความยุติธรรม

4) หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

หลักการนี้ต้องการให้องค์กรนิติบัญญัติคำนึงว่ากำลังทำหน้าที่ตรากฎหมายอันเป็นการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนอยู่ ดังนั้น องค์กรนิติบัญญัติจึงสมควรกระทำเฉพาะที่ความต้องการแก้ปัญหาของประชาชนส่วนรวมจริง ๆ เท่านั้น และยังเป็นเครื่องช่วยให้องค์กรนิติบัญญัติในการใช้และการตีความกฎหมายด้วย

ซึ่งตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 ที่ได้ระบอบทบัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุงเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” วรรคสองความว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง เมื่อได้พิจารณาว่ากฎหมายวินัยทหารนั้นไม่มีหลักเกณฑ์เงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 ได้รับรองคุ้มครองไว้ แต่มีเฉพาะบทบัญญัติที่

ให้อำนาจฝ่ายปกครองตามมาตรา 10¹³ ประกอบมาตรา 8¹⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ที่จะลงโทษ กัก ขัง หรือจำขังผู้ได้บังคับบัญชาได้ตามหลักเกณฑ์เทียบชั้นผู้ที่ลงโทษ ผู้ได้บังคับบัญชาได้ แต่ไม่ว่าจะเป็นในส่วนตัวใดในเนื้อหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ที่ได้มีการแก้ไขมาแล้วเป็นฉบับที่ 5 และทุกครั้งที่แก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 นั้น เรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลก็มีการบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ตลอด จนกระทั่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน บทบัญญัติกฎหมายที่ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพก็คงยังถูกกระทบสิทธิและเสรีภาพอยู่ เป็นการเห็น ได้ชัดว่าในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประกอบกับแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่า ด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 หรือการตรากฎหมายใหม่ ๆ นั้นยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงในเรื่องนี้ เพราะฉะนั้นตามเนื้อหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ในตอนต้นก็จะมี บทบัญญัติว่า “ทัณฑ์ที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดต่อวินัยทหารดังกล่าวไว้ในหมวด 2 นั้น ให้มีกำหนด เป็น 5 สถานคือ 1) ภาคทัณฑ์ 2) ทัณฑ์กรรม 3) กัก 4) ขัง 5) จำขัง” ซึ่งทัณฑ์ที่เป็น กัก ขัง หรือจำขัง นั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ได้เข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้เป็น ทหารตามมาตรา 28¹⁵ วรรคหนึ่ง และวรรคสองในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายใน บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่ในกรณีของพระราชบัญญัติ

¹³ พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476

มาตรา 10 ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาซึ่งลงทัณฑ์แก่ผู้กระทำผิดได้นั้น คือ

- 1) ผู้บังคับบัญชา หรือ
- 2) ผู้ซึ่งได้รับมอบอำนาจให้บังคับบัญชาตามที่กระทรวงกลาโหม ส่วนราชการที่ขึ้นตรงต่อกระทรวงกลาโหม กองทัพบก กองทัพเรือ หรือกองทัพอากาศ กำหนดในการที่จะลงทัณฑ์นั้น ให้กระทำได้แต่เฉพาะตามกำหนดใน ตารางกำหนดทัณฑ์ ท้ายพระราชบัญญัตินี้

ส่วนผู้มีอำนาจบังคับบัญชาชั้นใดจะมีอำนาจเป็นผู้ลงทัณฑ์ชั้นใด และผู้อยู่ในบังคับบัญชาชั้นใดจะเป็นผู้รับทัณฑ์ ชั้นใดให้ถือเกณฑ์เทียบ (สามารถดูเกณฑ์เทียบชั้นผู้มีอำนาจลงทัณฑ์ได้ในหัวข้อ 2.3.2.1)

¹⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476

มาตรา 8 ทัณฑ์ที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดต่อวินัยทหารดังกล่าวไว้ในหมวด 2 นั้น ให้มีกำหนดเป็น 5 สถาน คือ

- 1) ภาคทัณฑ์ 2) ทัณฑ์กรรม 3) กัก 4) ขัง 5) จำขัง

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” วรรคสอง “การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” วรรคสาม “การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ” วรรคสี่ “การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้”

ล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติล้มละลาย¹⁶ ได้มีคำปรารภของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับรองไว้แล้วว่า พระราชบัญญัติมีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 36 และมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กระทำได้ ดังนั้นจึงมิได้กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินที่อยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ และไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิในทรัพย์สิน” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็น การจำกัดสิทธิโดยแจ้งชัดว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอนุญาติให้กระทำได้ แต่บทบัญญัติ ที่มีเนื้อหาสาระแบบพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติล้มละลาย¹⁷ นั้นไม่มีปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476

3.3 การลงโทษทางวินัยทหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อรัฐธรรมนูญ

เป็นที่ทราบดีว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ สิ่งหนึ่งที่แสดงถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญคือ บทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ที่ใช้บังคับหรือจะบังคับใช้นั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ เรียกว่า “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” หลักการนี้ได้มีการรับรองและบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบัน ซึ่งในปัจจุบันนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปกครองประเทศและเป็นกฎหมาย ที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด¹⁷ ที่เกี่ยวกับการสถาปนาระบบการปกครองรูปแบบของรัฐ การก่อตั้งองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย ตลอดจนการกำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ขององค์กรต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจอธิปไตย หลักในการพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญจะต้องเป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอไปหรือไม่ กล่าวคือถ้าเป็นรัฐธรรมนูญประเภทลายลักษณ์อักษร (Written Constitution) ดังเช่นรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี ญี่ปุ่น ไทย รัฐธรรมนูญประเภทนี้จะมีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายอื่นใดจะมีข้อความขัดหรือแย้งไม่ได้ เป็นอันใช้บังคับมิได้” และยังเป็น

¹⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544. เรื่อง พระราชบัญญัติล้มละลาย(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ที่เพิ่มเติมหมวด 3/1 และพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/46 และมาตรา 90/58 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 48 มาตรา 252 และมาตรา 335 (1) หรือไม่ ซึ่งคำวินิจฉัยนี้ได้ระบุบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน

¹⁷ สุวรรณ สุวรรณเวช, (2548). *บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในมิติใหม่*. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 22.

หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแต่ละเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ และโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติไว้

ตัวอย่างการดำเนินคดี การลงโทษทางวินัยทหารตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พุทธศักราช 2476 มาตรา 4 บัญญัติว่า วินัยทหารนั้น คือ การที่ทหารต้องประพฤติตามแบบธรรมเนียมของทหาร มาตรา 5 บัญญัติว่า วินัยเป็นหลักสำคัญที่สุดสำหรับทหาร เพราะฉะนั้นทหารทุกคนจักต้องรักษาโดยเคร่งครัดอยู่เสมอ ผู้ใดฝ่าฝืนท่านให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิด ตัวอย่างการกระทำความผิดวินัยทหารมีดังต่อไปนี้ ... (7) ใช้กริยาวาจาไม่สมควร หรือประพฤติไม่สมควร... มาตรา 7 บัญญัติว่า ทหารผู้ใดกระทำความผิดต่อวินัยทหารจักต้องรับทัณฑ์ตามวิธีที่ปรากฏในหมวด 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ และอาจต้องถูกปลดจากประจำการหรือถูกถอดจากยศทหาร มาตรา 8 บัญญัติว่า ทัณฑ์ที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดต่อวินัยทหารดังกล่าวไว้ในหมวด 2 นั้น ให้กำหนดเป็น 5 สถาน คือ ... (4) ชัง ... มาตรา 10 บัญญัติว่า ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาซึ่งลงทัณฑ์แก่ผู้กระทำความผิดได้นั้น คือ (1) ผู้บังคับบัญชา หรือ ... เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดีได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง กรณีผู้ฟ้องคดีทำร้ายร่างกาย พันจ่าอากาศเอก ณัฐพิพัฒน์ เทสวัตดี จากนั้นได้พิจารณาและอนุมัติตามความเห็นคณะกรรมการว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำความผิดต่อวินัยทหาร ให้ลงทัณฑ์ชังผู้ฟ้องคดีมีกำหนด 5 วัน¹⁸ ซึ่งจากคดีตัวอย่างนี้จะเห็นได้ชัดเจนว่าอำนาจในการสั่งลงโทษทางวินัยทหารของผู้บังคับบัญชาที่สั่งลงโทษ ชัง ผู้ได้บังคับบัญชาเป็นเวลา 5 วัน ซึ่งส่งผลทำให้ผู้ได้บังคับบัญชานั้นมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายที่ต้องถูกขังในบริเวณห้องแคบ ๆ จึงทำให้ผู้ได้บังคับบัญชาฟ้องคำสั่งของผู้บังคับบัญชาการทหาร ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดีนี้สั่งลงทัณฑ์ ชัง ผู้ฟ้องคดีมีกำหนด 5 วัน เนื่องจากการกระทำความผิดวินัยทหาร ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการกระบวนสอบสวนไม่ชอบ¹⁹ จากคดีตัวอย่างนี้จะเห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายขั้นพื้นฐานของประชาชน จึงทำให้ทหารในปัจจุบันมีการโต้แย้งในการลงโทษทางวินัยว่า เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายทหารอย่างรุนแรง และในปัจจุบันก็ไม่เป็นที่ยอมรับในการ

¹⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 407/2553. เรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย. วันที่ 8 ตุลาคม พุทธศักราช 2553

¹⁹ ศูนย์ข้อมูล และข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง. (2560). *ส่องงานวิจัยสนอศาลปกครองเข้าตรวจสอบ - สร้างความเป็นธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <http://prachatai.org/journal/2017/04/70969>. [2560,09 เมษายน].

ลงโทษทางวินัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 เพราะเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ตัวอย่างการศึกษาข้าราชการสังกัดกองทัพบกที่กระทำผิดวินัยอยู่ในเรือนจำมณฑลทหารบกที่ 11 ทั้งหมด 74 คน พบว่าด้านเศรษฐกิจส่วนใหญ่ที่ทหารมีหนี้สิน 2 ประเภท คือ จากการกู้เงินสวัสดิการและจากหนี้ในระบบ ซึ่งส่วนใหญ่ทหารต้องเป็นหัวหน้าในดูแลครอบครัว ด้านพฤติกรรมของทหารที่ทำผิดวินัย ตอบว่าชอบดื่มสุราถึงร้อยละ 27 ด้านสภาพการปฏิบัติงานส่วนใหญ่เห็นว่างานที่ทำอยู่ไม่ตื่นเต้นเร้าใจแต่ยินดีที่จะทำต่อไป ด้านความสัมพันธ์กับผู้บังคับบัญชาทหารตอบว่าสิทธิประโยชน์ของผู้บังคับบัญชาที่ควรได้ผู้บังคับบัญชาควรเรียกร้องอย่างเต็มที่เพื่อไม่ให้เสียสิทธินั้น ๆ ส่วนด้านความสัมพันธ์กับเพื่อนร่วมงานส่วนใหญ่ตอบว่าเพื่อนร่วมงานของตนยังมีความจริงใจต่อกัน

รูปแบบและสถิติการกระทำผิดวินัยของทหาร 74 คน ณ เรือนจำมณฑลทหารบกที่ 11 (จากการศึกษาเมื่อปี 2553)²⁰

รูปแบบการกระทำความผิด	ระดับชั้นยศ พลทหาร	สิบตรี-จ่าสิบเอก	รวม
1) เสพเครื่องดองของเมาจนเสียกิริยา	11	13	24
2) เกียจคร้าน ละทิ้ง หรือเลินเล่อต่อหน้าที่ราชการ	2	18	20
3) ใ้ช้กิริยาไม่สมควร หรือประพฤติไม่สมควร	2	16	18
4) ไม่รักษามรรยาทให้ถูกต้องตามธรรมเนียมทหาร	8	2	10
5) คือ ขัดขืน หลีกเลียง หรือละเลยไม่ปฏิบัติตาม	1	1	2

คำสั่งของผู้บังคับบัญชา

เมื่อพิจารณารูปแบบและสถิติการกระทำผิดวินัยของทหารทั้ง 74 คน พบว่าส่วนใหญ่แล้วระดับชั้นยศสิบตรี-จ่าสิบเอก กระทำผิดวินัยของทหารจำนวน 50 คน ส่วนพลทหารกระทำผิดวินัยของทหาร 24 คน ส่วนรูปแบบการกระทำผิดสูงสุดคือ การเสพเครื่องดองของเมาจนเสียกิริยา รวม 24 คน (พลทหาร 11 คน และสิบตรี-จ่าสิบเอก 13 คน) รองลงมาคือ เกียจคร้าน ละทิ้ง หรือเลินเล่อต่อหน้าที่ราชการ รวม 20 คน ใ้ช้กิริยาไม่สมควร หรือประพฤติไม่สมควร 18 คน ไม่รักษามรรยาท

²⁰ เปรมชัย สโรบล. (2553). *ทัศนคติข้าราชการทหารสังกัดกองทัพบกต่อการถูกลงโทษทางวินัย : ศึกษาเฉพาะกรณีเรือนจำมณฑลทหารบกที่ 11*. สารนิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการบริหารงานยุติธรรม ภาควิชาสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อ่างอิง ศูนย์ข้อมูล และข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง. (2560). *ส่องงานวิจัยเสนอศาลปกครองเข้าตรวจสอบ - สร้างความเป็นธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <http://prachatai.org/journal/2017/04/70969>. [2560,09 เมษายน].

ให้ถูกต้องตามธรรมเนียมของทหาร 10 คน และคือ ขัดขืน หลีกเลียง หรือละเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเหนือตน 2 คน ดังกรณีตัวอย่างสถิติที่ได้นำมาเป็นแบบอย่างในการศึกษาครั้งนี้ จะเห็นว่า การลงโทษทางวินัยทหารนั้นมีอยู่หลายสาเหตุของการเกิดโทษของทหารที่กระทำ ความผิด ซึ่งโทษทางวินัยที่ได้รับนั้นเป็นโทษที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของทหารเป็นอย่างมาก

ดังนั้นกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ซึ่งมีการบังคับใช้มาเป็นเวลานานมากกว่า 84 ปีแล้ว ทำให้บทบัญญัติของกฎหมายนั้นก็ยังคงมีการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลตามสารัตถะอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้ ก็คือ สิทธิในชีวิตร่างกาย และสิทธิในที่จะได้รับความเสมอภาค ซึ่งทหารยังคงได้รับผลกระทบนี้มาอยู่ถึงในปัจจุบัน แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขมาทั้งหมด 5 ครั้ง ซึ่งครั้งสุดท้ายมีการแก้ไขปรับปรุงเมื่อ ปี พ.ศ. 2505 แต่เมื่อได้พิจารณาในด้านเนื้อหาตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ฉบับแรก จนถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ที่แก้ไขเป็นฉบับที่ 5 เมื่อ พ.ศ. 2505 ที่มีการบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งไม่ปรากฏเนื้อหาหรือบริบทของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติใดเป็นการกล่าวอ้าง หรือเป็นการระบุเนื้อหาที่สำคัญอย่างแจ่มชัด ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 เป็นข้อยกเว้นของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีบทบัญญัติคุ้มครองไว้ในด้านใดบ้างหรือเรื่องอะไรบ้าง จึงขอยกตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เห็นได้อย่างแจ่มชัดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อนุญาตให้กระทำได้

เพราะฉะนั้นในทางปฏิบัติแล้วถ้าหากยึดตามแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2542 เรื่อง ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. มีข้อความขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ซึ่งร่างพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. นี้ได้มีเนื้อหาที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่มีเนื้อหาระบุไว้อย่างแจ่มชัดคือ “ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า คำปรารภวรรคสองของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ซึ่งมีความว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 48 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงเป็นการระบุไว้แล้วว่า มีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แม้จะถือว่าเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคหนึ่ง ก็เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่าที่จำเป็น

เท่านั้น และมีได้เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ทั้งนี้เป็นไปตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 29” ซึ่งเป็นการระบุนการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้อย่างชัดเจนที่ รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544 เรื่อง พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ที่เพิ่มเติมหมวด 3/1 และพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 90/46 และ มาตรา 90/58 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 48 มาตรา 252 และ มาตรา 335 (1) หรือไม่ ซึ่งคำวินิจฉัยนี้มีการระบุบทบัญญัติของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่าง ชัดแจ้งเช่นกัน คือ “ในการตราพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติล้มละลาย ฯ คำปรารภของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับรองไว้แล้วว่า พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 36 และมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กระทำได้ ดังนั้นจึงมิได้กระทบต่อ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และเป็นการจำกัดสิทธิใน ทรัพย์สินที่อยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ และไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิใน ทรัพย์สิน” เป็นอีกคำวินิจฉัยที่ระบุเนื้อหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างชัดเจนตามบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญที่อนุญาตให้กระทำได้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45-46/2547 เรื่อง พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่ง ประเทศไทย พ.ศ. 2511 มาตรา 28 มาตรา 29 และมาตรา 30 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ เป็น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ระบุว่า พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยชัดแจ้ง ซึ่งรัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้ คือ “บทบัญญัติ ของพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ฯ ทั้งสามมาตราดังกล่าว แม้มีลักษณะเป็น การจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินภายใต้เงื่อนไขที่กำกับอยู่บ้าง แต่ก็ล้วนเป็นไปเพื่อประโยชน์ โดยรวมของประเทศชาติและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งมีช่องทางบรรเทาความเสียหายแก่ผู้ถูก กระทบสิทธิตามควรแก่กรณี จึงเป็นกรณีที่สามารถตราเป็นกฎหมายขึ้นใช้บังคับได้ตามรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่าอยู่ในกรอบที่ขอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 48 อันเป็นบทเฉพาะแล้ว จึงไม่มีกรณีใด ไปขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 27 และมาตรา 29 ซึ่งเป็นบททั่วไปในการคุ้มครองศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคล” พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 นั้นได้ระบุหลักเกณฑ์ เงื่อนไข ที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างชัดเจน ซึ่งทำ ให้รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้

ดังนั้นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องมีการระบุบทบัญญัติของกฎหมาย ที่เป็นการบ่งบอกได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องอะไรบ้าง และอาศัยอำนาจตามความ

ในมาตราใดที่อนุญาตให้กระทำไว้โดยแจ้งชัด ซึ่งในพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 นั้นมีบทบัญญัติที่เข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทำให้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต และร่างกายของบุคคลนั้น กฎหมายว่าด้วยวินัยทหารได้มีการแก้ไขมาหลายครั้ง แต่ไม่มีบทบัญญัติใดที่เป็นการระบอบอย่างแจ้งชัดว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ ทำให้สมควรที่จะมีการปรับปรุงแก้ไขให้มีการระบอบบทบัญญัติกฎหมายที่เข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เป็นข้าราชการทหารไว้อย่างแจ้งชัด ดังเช่นตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผู้เขียนได้นำมาเป็นแบบอย่างในการระบอบบทบัญญัติการจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้ เพราะฉะนั้นจึงเป็นที่มาของคณะกรรมการกฤษฎีกาตั้งแต่ พุทธศักราช 2476 ที่ได้มีการกำหนดแบบฟอร์มของการร่างกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่จะต้องไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

อีกทั้งสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้มีการทำหนังสือเวียนแจ้งหน่วยงานเพื่อแจ้งแนวทางการจัดทำร่างกฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่อง การร่างกฎหมายฉบับใหม่ต้องระบุเหตุผล “การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล” ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในส่วนที่หนึ่งนั้นให้คงหลักการเกี่ยวกับการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เป็นผลการจำกัดสิทธิและเสรีภาพทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นในช่วงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²¹ พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ใช้บังคับโดยการกำหนดให้เป็นวรรคสอง

ในส่วนที่สองให้เพิ่มความขึ้นเป็น “วรรคสาม” ของคำปรารภเพื่อระบุเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ก็ตาม

เนื้อหาสาระสำคัญในการเขียนความใน “วรรคสาม” ของคำปรารภในร่างกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

- 1) เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ๆ

และ

²¹ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. เรื่อง การร่างกฎหมายฉบับใหม่ต้องระบุเหตุผล “การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล” ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก

2) การระบุว่ากฎหมายนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 26²² แล้ว

การตรากฎหมายที่เป็นร่างกฎหมายฉบับใหม่ จะต้องมีการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในส่วนของคำปรารภในวรรคสอง และในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ และมีมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยระบุไว้ในคำปรารภวรรคสามของร่างกฎหมายฉบับใหม่ด้วย²³

ถึงแม้สิทธิและเสรีภาพไม่ว่าจะอยู่ในยุคสมัยไหนก็ตาม ก็เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เพราะฉะนั้นในพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 จะเป็นกฎหมายที่เก่า และแม้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังไม่ได้คำนึงถึงกฎหมายเก่าก็ตาม ซึ่งจะส่งผลทำให้ผิดหลักการสากลในเรื่องสิทธิมนุษยชน และการที่ไม่มีผู้ใดหรือบุคคลใดร้องทุกข์หรือยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการวินิจฉัยก็ไม่ได้หมายความว่า กฎหมายจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหลักสิทธิมนุษยชน แต่ก็สามารถปรับปรุงแก้ไขกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ได้ให้เป็นไปตามยุคสมัยได้ อย่างเช่นกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่ไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 โดยการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เป็นผลการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในคำปรารภวรรคสองของพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 และระบุเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในคำปรารภวรรคสาม ก็สามารถกระทำให้อุบัติได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่อนุญาตให้กระทำได้

²² มาตรา 26 “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” วรรคสองความว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

²³ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. คำวนที่สุด ที่ นร 0403 (กร 6) / 5719 ลงวันที่ 5 มิถุนายน 2560. *เรื่องแนวทางการจัดทำร่างกฎหมาย ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.*