

ความเห็นส่วนตัว  
ของ นายอุดม สิทธิวิรัชธรรม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๕/๒๕๖๙

เรื่องพิจารณาที่ ๒๘/๒๕๖๘

วันที่ ๑๒ เดือน พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๖๙

ระหว่าง { ศาลแขวงสมุทรปราการ ผู้ร้อง  
- ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๓๑ หรือไม่

ความเห็น

ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ร้องส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ วรรคหนึ่ง กรณีพนักงานอัยการคดีศาลแขวงสมุทรปราการ เป็นโจทก์ฟ้องนายเนติวิทย์ โชติภัทร์ไพศาล เป็นจำเลยต่อผู้ร้องในคดีอาญาหมายเลขดำ ที่ อ ๓๑๑๘/๒๕๖๘ ว่า เมื่อวันที่ ๕ เมษายน ๒๕๖๗ จำเลยหลีกเลี่ยงข้อหาไม่มารายงานตัวต่อคณะกรรมการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการ ตามหมายเรียกของนายอำเภอเมืองสมุทรปราการ โดยไม่มีเหตุยกเว้นตามกฎหมาย เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติรับราชการทหาร (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๑๖ และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๒๖ ลงวันที่ ๑๕ ตุลาคม ๒๕๑๕ ระหว่างการพิจารณาของผู้ร้อง จำเลยโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ บัญญัติให้ทหารกองเกินซึ่งถูกเรียกต้องมาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกตามกำหนดหมายนั้น ถ้าไม่มาหรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่จนกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ ให้ถือว่าทหารกองเกินนั้นหลีกเลี่ยงข้อหาไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือก เว้นแต่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และมาตรา ๔๕ บัญญัติให้บุคคลใดหลีกเลี่ยงหรือข้อหาไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียกของนายอำเภอหรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่จนกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ หรือหลีกเลี่ยง หรือข้อหา

ด้วยประการใด ๆ เพื่อจะไม่ให้เข้ารับราชการทหารกองประจำการตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๓๑ เนื่องจากรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ บัญญัติรับรองเสรีภาพในการถือศาสนาไว้อย่างบริบูรณ์ ไม่อาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวได้ ต่างจากการประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตนอาจถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวได้ และพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ รับรองเสรีภาพในการถือศาสนาบางส่วนตามมาตรา ๑๔ ที่บัญญัติยกเว้นให้พระภิกษุ สามเณร และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวนไม่ต้องเข้ารับการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารในยามปกติ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ ยังสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ ๑๘ ที่ประเทศไทยเข้าเป็นรัฐภาคี และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ข้อ ๑๘ นี้รับรองสิทธิในการปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ทหารหรือการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุผลด้านศีลธรรมหรือความเชื่อ หรือที่เรียกว่า “สิทธิในการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรม” (right to conscientious objection) ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee) ให้ความเห็นไว้ว่า แมื่กติการะหว่างประเทศดังกล่าวไม่ได้อ้างถึงสิทธิในการปฏิเสธทางมโนธรรมไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถอนุมานได้จากข้อ ๑๘ ที่รับรองเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของบุคคล ประกอบกับรองศาสตราจารย์ ดร. ทศพล ทรรศนพวรรณ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีนี้ ให้ความเห็นว่า สิทธิในการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรมเป็นสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด (passive right) รัฐมิอาจพรากเสรีภาพทางความคิดหรือมโนธรรมทางศาสนาได้ จำเลยเห็นว่า ความเชื่อหรือมโนธรรมตามหลักศาสนาพื้นฐานของทุกศาสนาคือการไม่เช่นฆ่า การใช้กำลังของทหารซึ่งอาจมีการปฏิบัติการใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อชีวิตของเพื่อนมนุษย์ย่อมขัดต่อมโนธรรมภายในจิตใจของผู้นับถือศาสนา ดังนั้น หากบุคคลยึดถือการไม่เช่นฆ่าเป็นมโนธรรมตามศาสนาของตนจึงปฏิเสธไม่เข้ารับราชการทหาร ถือเป็นสิทธิในการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรม รัฐต้องคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว โดยส่งเสริมให้บุคคลสามารถแสดงออกทางศาสนา (positive right) รัฐจะบังคับให้บุคคลกระทำการชัดหรือแย้งต่อความเชื่อหรือฝืนมโนธรรมของบุคคลไม่ได้ รัฐต้องไม่พรากไปซึ่งสิทธิในเสรีภาพของบุคคลที่จะยึดถือความคิด มโนธรรมและศาสนาที่ติดตัวบุคคล (negative right) โดยกำหนดความผิดและโทษทางอาญากับบุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายเนื่องจากยึดถือความคิดมโนธรรมของตนไม่ได้ รัฐต้องมีนโยบายหรือมาตรการทางเลือกให้บุคคลสามารถปฏิบัติหน้าที่พลเมืองได้โดยไม่ฝืนต่อความคิด หรือมโนธรรมตามศาสนาของตน เพราะเป็นสิทธิเด็ดขาดที่รัฐไม่อาจจำกัดสิทธิได้ แม้ว่าจะอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน (non - derogative right) ดังนั้นพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ที่บังคับให้ชายไทยทุกคนเกณฑ์ทหาร หากฝ่าฝืนเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา ไม่เปิดโอกาสให้จำเลยมีทางเลือกอื่นในการทำหน้าที่พลเมือง เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มภาระหรือจำกัดเสรีภาพในการนับถือศาสนาของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ

ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๓๑ ต่อมาเมื่อวันที่ ๑๖ เมษายน ๒๕๖๙ จำเลยยื่นคำร้องผ่านผู้ร้องเพื่อขอให้ส่งพยานหลักฐานเพิ่มเติม โดยส่งหนังสือเพื่อนศาล (amicus Curiae) ของคลินิกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (SOAS Human Rights Clinic : SOAS HRC) มหาวิทยาลัยลอนดอน ซึ่งให้ความเห็นสนับสนุนต่อคดีของจำเลยในประเด็นกฎหมายระหว่างประเทศว่า สิทธิการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรมเป็นสิทธิที่รัฐไม่อาจเลี่ยงได้ตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ข้อ ๑๘ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ ๑๘ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยืนยันว่า สิทธิการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรมมีที่มาจากข้อ ๑๘ ของกติกาฯ และการตีความดังกล่าวจะต้องถูกนำไปใช้อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้มีผลต่อทั้งความเชื่อว่ามีพระเจ้า ไม่มีพระเจ้า และปฏิเสธพระเจ้ารวมทั้งสิทธิที่จะไม่ประกาศศาสนาหรือความเชื่อใด ๆ และการรับราชการทดแทนต้องมีคุณลักษณะของความเป็นพลเรือนและไม่ใช้บทลงโทษ เมื่อประเทศไทยให้การรับรองต่อปฏิญญาฯ และเป็นรัฐภาคีของกติกาฯ นี้ จึงมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิเหล่านี้สำหรับพลเมืองของตนตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (VCLT) ข้อ ๒๖ และข้อ ๒๗ ที่รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ระบุไว้ในกติกาโดยสุจริตใจ และห้ามอย่างชัดเจนไม่ให้อ้างข้อกฎหมายภายในประเทศเพื่อเป็นข้ออ้างต่อการไม่ปฏิบัติตามกฎบัตร ส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ต้องตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหารให้สอดคล้องต่อพันธกรณีของประเทศไทยตามกติกา ICCPR และ UDHR เช่นเดียวกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) ข้อ ๙ แม้จะไม่มีการระบุถึงสิทธิการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรมอย่างชัดเจน แต่คณะมนตรีแห่งสภายุโรปและรัฐสภายุโรปได้ตีความสิทธิคัดค้านโดยอ้างมโนธรรมจากข้อ ๙ นี้ว่า เสรีภาพด้านความคิด มโนธรรมและศาสนา ถือเป็นหนึ่งในพื้นฐานของสังคมประชาธิปไตย และเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างยิ่งต่ออัตลักษณ์ของบุคคล ไม่เพียงเฉพาะผู้นับถือศาสนาเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผู้ที่ไม่เชื่อในพระเจ้า ผู้ไม่ยึดถือศาสนา ผู้ที่ตั้งข้อสงสัย และผู้ที่ไม่ใส่ใจเรื่องศาสนา การปฏิบัติตามหลักศาสนา ศรัทธา และความเชื่อ ต้องเป็นอิสระจากการแทรกแซงของรัฐเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อย ความปรองดองทางศาสนา และความอดทนอดกลั้นในสังคมประชาธิปไตย ด้วยเหตุดังกล่าว หน้าที่ที่จะรักษาความเป็นกลางและความไม่ลำเอียงของรัฐ จึงตัดอำนาจของรัฐที่จะเข้ามาประเมินความถูกต้องของความเชื่อด้านศาสนาหรือรูปแบบของการแสดงออกด้านศาสนา การประเมินใด ๆ จึงถูกจำกัดอยู่เพียงว่าการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรมของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เกิดจากแรงจูงใจด้านความเชื่อหรือความศรัทธาที่มีความเชื่อ ความจริงจัง ความสอดคล้อง และมีความสำคัญมากเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองจากข้อ ๙ ซึ่งไม่อนุญาตให้รัฐประเมินความถูกต้อง แต่เป็นหลักประกันว่าอาจมีการยกเว้นจากบังคับให้รับราชการทหารที่ทำให้เกิดภาระใหญ่หลวงต่อพลเรือน เฉพาะเมื่อมีเหตุผลที่เข้มแข็งและน่าเชื่อถือรองรับ นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปต่างเห็นว่าย่อมมีทางเลือกที่สอดคล้องกับสิทธิการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรม คือ การบริการทดแทนที่ทำให้เกิดความสมดุลที่เป็นธรรมระหว่าง

ประโยชน์โดยทั่วไปของสังคมกับสิทธิของผู้คัดค้านโดยอ้อมโนธรรม การกำหนดให้มีแนวทางการรับราชการพลเรือนที่ชัดเจนและไม่เป็นการลงโทษ ย่อมเป็นการเคารพต่อมโนธรรมของบุคคลและประกันให้เกิดบริการทดแทนที่ยังคงเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยรวมต่อไป

ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับวินิจฉัยกรณีรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคสอง เพราะจำเลยไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคสอง อย่างไร

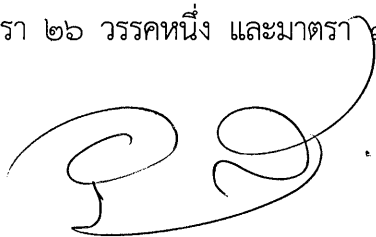
พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” และมาตรา ๓๑ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เมื่อรัฐธรรมนูญ หมวด ๔ หน้าที่ของปวงชนชาวไทย มาตรา ๕๐ บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่ ดังต่อไปนี้ ... (๒) ป้องกันประเทศ พิทักษ์รักษาเกียรติภูมิ ผลประโยชน์ของชาติ และสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งให้ความร่วมมือในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย ... (๕) รับราชการทหารตามที่กฎหมายบัญญัติ ...” และรัฐมีหน้าที่ ป้องกันประเทศและพัฒนาประเทศตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๒ วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราช อธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทย มีสิทธิอธิปไตย เกียรติภูมิและผลประโยชน์ของชาติ ความมั่นคงของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ รัฐต้องจัดให้มีการทหาร การทูต และการข่าวกรองที่มีประสิทธิภาพ” และวรรคสอง บัญญัติว่า “กำลังทหารให้ใช้เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศด้วย” อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า “ทหารกองเกินซึ่งถูกเรียกต้องมาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกตามกำหนดหมายนั้นโดยนำใบสำคัญทหารกองเกิน บัตรประจำตัวประชาชนและประกาศนียบัตรหรือหลักฐานการศึกษามาแสดงด้วย ถ้าไม่มาหรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่จนกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ ให้ถือว่าทหารกองเกินนั้นหลีกเลี่ยงขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือก เว้นแต่ (๑) ข้าราชการซึ่งได้รับคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยปัจจุบันทันด่วนให้ไปราชการอันสำคัญยิ่ง หรือไปราชการต่างประเทศโดยคำสั่งของเจ้ากระทรวง (๒) นักเรียนซึ่งออกไปศึกษาวิชา ณ ต่างประเทศ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (๓) ข้าราชการหรือผู้ปฏิบัติงานในสถานที่ราชการ หรือโรงงานอื่นใด ในระหว่างที่มีการรบหรือการสงคราม

อันเป็นอุปสรรคในการรบหรือการสงครามและอยู่ในความควบคุมของกระทรวงกลาโหม (๔) บุคคลซึ่งกำลังปฏิบัติงานร่วมกับหน่วยทหารในราชการสนาม (๕) เกิดเหตุสุดวิสัย (๖) ไปเข้าตรวจเลือกที่อื่น (๗) ป่วยไม่สามารถจะมาได้ โดยให้บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะและเชื่อถือได้มาแจ้งต่อคณะกรรมการตรวจเลือกในวันตรวจเลือก” และวรรคสอง บัญญัติว่า “กรณีตาม (๑) (๒) (๓) หรือ (๔) ต้องได้รับการผ่อนผันเฉพาะคราวจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมอบหมาย” และแม้ว่ามาตรา ๔๕ บัญญัติว่า “บุคคลใดหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียกของนายอำเภอ หรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่นอกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ หรือหลีกเลี่ยง หรือขัดขืนด้วยประการใด ๆ เพื่อจะไม่ให้เข้ารับราชการทหารกองประจำการตามพระราชบัญญัตินี้ หรือบุคคลใดเข้ารับราชการทหารกองประจำการแทนผู้อื่น หรือเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยสัญญาว่าจะช่วยเหลือผู้หนึ่งผู้ใดมิให้ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี” ก็ตาม มีเจตนารมณ์เพื่อให้รัฐสามารถระดมกำลังพลได้อย่างเป็นระบบ เนื่องจากกำลังทหารถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการพิทักษ์รักษาซึ่งบูรณภาพแห่งดินแดน อธิปไตยของชาติ ผลประโยชน์ของชาติ ความสงบสุขของประชาชนในชาติ ตลอดจนการใช้กำลังทหารในการพัฒนาประเทศ และการแสดงแสนยานุภาพเพื่อปรามประเทศเพื่อนบ้าน หรือผู้รุกราน มิให้มีการละเมิดบูรณภาพแห่งดินแดน ทุกประเทศจึงมีการจัดเตรียมกำลังทหารไว้ด้วยวัตถุประสงค์ที่ไม่แตกต่างกัน การเกณฑ์ทหารและการจัดกำลังสำรองของประเทศไทยมีความเป็นมาที่ยาวนานและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยโดยถือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของชายสัญชาติไทยทุกคนต้องมีหน้าที่รับราชการทหาร โดยจะต้องเข้ารับการตรวจเลือกในช่วงเดือนเมษายนของทุกปี ปีละหนึ่งครั้ง และต้องเข้ารับราชการเป็นทหารเกณฑ์จำนวน ๒ ปี แต่มีข้อยกเว้นและผ่อนผันหลายประการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๗ ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ แม้จะมีเจตนารมณ์เพื่อรับรองเสรีภาพในการถือศาสนาหรือลัทธินิยมที่บริบูรณ์ที่รัฐไม่อาจบังคับได้ รวมถึงเป็นเสรีภาพของบุคคลที่จะนับถือหรือไม่นับถือศาสนาก็ได้ แต่การปฏิบัติตามศาสนาต้องไม่เป็นปฏิกิริยาต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยที่ต้องเคารพกฎหมายและเป็นกฎหมายที่ไม่ละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ อีกทั้งต้อง “ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ” ซึ่งสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๑๘ ของ ICCPR ที่ระบุว่าเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาอาจถูกจำกัดได้ด้วยเหตุต่าง ๆ ได้แก่ ความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่นซึ่งไม่รวมถึงเหตุความมั่นคงของรัฐ โดยประชาชนมีเสรีภาพที่จะเชื่อในศาสนาใดก็ได้และเข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนาใดก็ได้ รัฐจะไม่ห้ามหรือรับรองศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะ และจะไม่ให้สิทธิพิเศษหรือเสียเปรียบแก่ประชาชนบนพื้นฐานของความเชื่อทางศาสนา เสรีภาพในการนับถือศาสนาต้องได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์และไม่ควรถูกละเมิดหรือระงับ

แต่รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาได้หากจำเป็นและให้มีผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุด เพราะไม่มีใครสามารถละทิ้งรัฐและกฎหมายได้เพียงเพราะความเชื่อทางศาสนาของตน เมื่อผู้เชื่อในทุกศาสนา ยังคงเป็นพลเมืองของรัฐ ความรับผิดชอบและหน้าที่พื้นฐานต่อรัฐจึงไม่ควรถูกยกเว้นเพราะความเชื่อทางศาสนาของตน แม้แต่ผู้ที่ได้รับการยกเว้นตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “บุคคลดังต่อไปนี้ เมื่อลงบัญชีทหารกองเกินแล้วไม่เรียกมาตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการในยามปกติ คือ (๑) พระภิกษุ สามเณร และนักบวช ในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวน ซึ่งเป็นนักรธรรมตามที่กระทรวงศึกษาธิการรับรอง (๒) นักบวช ศาสนาอื่นซึ่งมีหน้าที่ประจำในกิจของศาสนาตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้ (๓) บุคคลซึ่งอยู่ในระหว่างการฝึกวิชาทหารตามหลักสูตรที่กระทรวงกลาโหมกำหนด ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการฝึกวิชาทหาร (๔) นักเรียนโรงเรียนเตรียมทหารของกระทรวงกลาโหม (๕) ครูซึ่งประจำทำการสอนหนังสือหรือวิชาการต่าง ๆ ที่อยู่ในความควบคุมของกระทรวง ทบวง กรม หรือราชการส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้ (๖) นักศึกษาของศูนย์กลางอบรมการศึกษาผู้ใหญ่ของกระทรวงศึกษาธิการ (๗) นักศึกษาของศูนย์ฝึก การบินพลเรือนของกระทรวงคมนาคม (๘) บุคคลซึ่งได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ (๙) บุคคล ซึ่งได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกครั้งเดียวตั้งแต่สิบปีขึ้นไป หรือเคยได้รับโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหลายครั้งรวมกันตั้งแต่สิบปีขึ้นไป หรือเคยถูกศาลพิพากษาให้กักกัน” เมื่อพ้นจากฐานะยกเว้นแล้ว ต้องถูกเรียกเข้ารับการตรวจเลือกต่อไป แต่ถ้าผู้ใดพ้นจากฐานะที่ได้รับการยกเว้นหลังจากที่มีอายุครบ ๓๐ ปีบริบูรณ์ จะเป็นผู้พ้นกำหนดเรียกมาเข้ารับการตรวจเลือก ตามมาตรา ๙ วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ทหารกองเกินซึ่งมีอายุตั้งแต่สิบแปดปีบริบูรณ์และยังไม่ถึง สามสิบปีบริบูรณ์เป็นผู้ที่อยู่ในระหว่างที่จะต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ และเมื่อต้องเข้า กองประจำการจะต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการมีกำหนดสองปี ...” เช่นเดียวกับเหตุในการผ่อนผัน ในการเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามมาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๙ เมื่อเหตุแห่งการผ่อนผัน สิ้นสุดลงก็ต้องเข้ารับการตรวจเลือกเพื่อเข้ารับราชการทหารกองประจำการ มีเพียงเฉพาะกรณีพิการ ทูพพลภาพ หรือมีโรคซึ่งไม่สามารถจะรับราชการทหารได้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงอันเนื่องมาจาก ความปลอดภัยของผู้รับการตรวจเลือกและประสิทธิภาพในการปฏิบัติภารกิจของกองทัพ ดังนั้น แม้ว่าการเกณฑ์พลเมืองเข้ารับราชการทหารจะเป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอยู่บ้าง แต่มิได้เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพจนเกินสมควร เพื่อความปลอดภัยของประชาชน ในประเทศ ความเป็นอิสระทางดินแดนและอำนาจอธิปไตยอันเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม ซึ่งเป็นการคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชนทุกคน พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ จึงไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล

เกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ส่วนที่ไม่ได้ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วยเนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มีผลใช้บังคับ อีกทั้งไม่ขัดต่อหลักบุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๓๑

จึงมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๕๔๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๓๑



(นายอุดม สิทธิวิรัชธรรม)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ