

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายอุดม รัฐอมฤต ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๕/๒๕๖๙

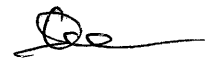
เรื่องพิจารณาที่ ๒๘/๒๕๖๘

วันที่ ๑๒ เดือน พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๖๙

ระหว่าง ศาลแขวงสมุทรปราการ ผู้ร้อง
- ผู้ถูกร้อง

ศาลแขวงสมุทรปราการส่งคำโต้แย้งของจำเลย เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ ข้อเท็จจริงตามหนังสือส่งคำโต้แย้งของจำเลยและเอกสารประกอบสรุปได้ว่าพนักงานอัยการยื่นฟ้องจำเลยในคดีอาญาต่อศาลแขวงสมุทรปราการว่า จำเลยหลีกเลี่ยงข้อขึ้นไม่มารายงานตัวต่อคณะกรรมการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียกของนายอำเภอเมืองสมุทรปราการโดยไม่มีเหตุยกเว้นตามกฎหมาย เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติรับราชการทหาร (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๑๖ และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๒๖ ลงวันที่ ๑๕ ตุลาคม ๒๕๑๕ ศาลแขวงสมุทรปราการประทับรับฟ้อง

ระหว่างการพิจารณาของศาลแขวงสมุทรปราการ จำเลยโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ บัญญัติให้ทหารกองเกินซึ่งถูกเรียกต้องมาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกตามกำหนดหมายนั้น ถ้าไม่มาหรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่จนกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ ให้ถือว่าทหารกองเกินนั้นหลีกเลี่ยงข้อขึ้นไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือก เว้นแต่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และมาตรา ๔๕ บัญญัติให้บุคคลใดหลีกเลี่ยงหรือข้อขึ้นไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียกของนายอำเภอ หรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่จนกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ หรือหลีกเลี่ยงหรือข้อขึ้นด้วยประการใด ๆ เพื่อจะไม่ให้เข้ารับราชการทหารกองประจำการตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี ชดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และ



มาตรา ๓๑ เนื่องจากรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ บัญญัติรับรองเสรีภาพในการถือศาสนาไว้อย่างบริบูรณ์ ไม่อาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวได้ เว้นแต่หากเป็นเสรีภาพในการปฏิบัติหรือการประกอบพิธีกรรม ตามหลักศาสนาของตนอาจถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวได้ หากเป็นปฏิบัติต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย หรือเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐเท่านั้น การถือศาสนาเป็นเสรีภาพโดยสมบูรณ์ ดังที่พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๑๔ บัญญัติยกเว้นให้พระภิกษุ สามเณร และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวนไม่ต้องเข้ารับการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหาร ในยามปกติ

ในรายละเอียดของข้อโต้แย้งยังกล่าวอ้างอีกว่ากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ ๑๘ ที่ประเทศไทยเข้าเป็นรัฐภาคี และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ข้อ ๑๘ รับรองสิทธิในการปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ทหารหรือการเกณฑ์ทหาร ด้วยเหตุผลด้านศีลธรรมหรือความเชื่อ หรือที่เรียกว่า “สิทธิในการคัดค้านโดยอ้อมโนธรรม” (right to conscientious objection) ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee : CCPR) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า แม้กติการะหว่างประเทศดังกล่าว ไม่ได้อ้างถึงสิทธิในการปฏิเสธทางมโนธรรมไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถอนุมานได้จากข้อ ๑๘ ที่รับรองเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของบุคคล ประกอบกับรองศาสตราจารย์ ดร.ทศพล ทรรศนพวรรณ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ให้ความเห็นว่า สิทธิในการคัดค้านโดยอ้อมโนธรรมเป็นสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด (passive right) รัฐมีอาจพรากเสรีภาพทางความคิดหรือมโนธรรมทางศาสนาได้ จำเลยเห็นว่าความเชื่อหรือมโนธรรมตามหลักศาสนาพื้นฐานของทุกศาสนาคือการไม่เชื่อนฆ่า การใช้กำลังของทหารซึ่งอาจมีการปฏิบัติการใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อชีวิตของเพื่อนมนุษย์ ย่อมขัดต่อมโนธรรมภายในจิตใจของผู้นับถือศาสนา ดังนั้น หากบุคคลยึดถือการไม่เชื่อนฆ่า เป็นมโนธรรมตามศาสนาของตนจึงปฏิเสธไม่เข้ารับราชการทหาร ถือเป็นสิทธิในการคัดค้านโดยอ้อมโนธรรม รัฐต้องคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว โดยส่งเสริมให้บุคคลสามารถแสดงออกทางศาสนา (positive right) รัฐจะบังคับให้บุคคลกระทำการขัดหรือแย้งต่อความเชื่อหรือฝืนมโนธรรมของบุคคลไม่ได้ รัฐต้องไม่พรากไปซึ่งสิทธิในเสรีภาพของบุคคลที่จะยึดถือความคิด มโนธรรมและศาสนาที่ติดตัวบุคคล (negative right) โดยกำหนดความผิดและโทษทางอาญากับบุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายเนื่องจากยึดถือความคิดมโนธรรมของตนไม่ได้ รัฐต้องมีนโยบายหรือมาตรการทางเลือกให้บุคคลสามารถปฏิบัติหน้าที่พลเมืองได้โดยไม่ฝืนต่อความคิด หรือมโนธรรมตามศาสนาของตน เพราะเป็นสิทธิเด็ดขาดที่รัฐไม่อาจจำกัดสิทธิได้ แม้ว่าจะ



อยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน (non – derogable right) ดังนั้น พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ที่บังคับให้ชายไทยทุกคนเกณฑ์ทหารหากฝ่าฝืนเป็นความผิด และมีโทษทางอาญา ไม่เปิดโอกาสให้จำเลยมีทางเลือกอื่นในการทำหน้าที่พลเมือง เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มภาระหรือจำกัดเสรีภาพในการนับถือศาสนาของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๓๑

ศาลแขวงสมุทรปราการเห็นว่า ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของกฎหมายดังที่จำเลยโต้แย้ง จึงให้ส่งเรื่องไปยังสำนักงานศาลยุติธรรมเพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญมีมติรับพิจารณาและดำเนินการไต่สวนโดยพิจารณาความเห็นและข้อมูลจากเอกสารหลักฐานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งรับฟังความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาประเด็นตามคำโต้แย้งของจำเลยที่ผู้ร้องส่งมาแล้ว เห็นว่า คดีเป็นปัญหาข้อกฎหมายและมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ จึงยุติการไต่สวนและกำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัย

ประเด็นวินิจฉัย

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

ความเห็น

ในการบริหารจัดการรัฐสมัยใหม่ที่ต้องการให้รัฐดำรงอยู่อย่างยั่งยืน การจัดตั้งกองกำลังทหารที่มีความเข้มแข็งเป็นปัจจัยสำคัญต่อการรักษาเอกราชและอำนาจอธิปไตยของรัฐให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคงทั้งในภาวะปกติและในภาวะสงคราม รัฐธรรมนูญ หมวด ๕ หน้าหนึ่งของรัฐ มาตรา ๕๒ จึงบัญญัติหลักการสำคัญให้รัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้มีการทหาร ซึ่งนอกจากเพื่อประโยชน์ในการรักษาเอกราช อธิปไตย และความมั่นคงของชาติแล้ว กำลังทหารยังเป็นไปเพื่อการพัฒนาประเทศด้วย^๑ ในยามปกติ กองทัพมีหน้าที่เตรียมกำลังให้มีความพร้อมเพื่อให้สามารถใช้กำลังในสถานการณ์วิกฤตได้ในทันที และ

^๑ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๒ บัญญัติว่า “รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราช อธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย เกียรติภูมิและผลประโยชน์ของชาติ ความมั่นคงของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ รัฐต้องจัดให้มีการทหาร การทูต และการข่าวกรองที่มีประสิทธิภาพ

กำลังทหารให้ใช้เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศด้วย”



ยังทำหน้าที่ในการพัฒนาประเทศและช่วยเหลือประชาชนเมื่อได้รับความเดือดร้อนในทุกสถานการณ์ โดยกำลังทหารจะสนับสนุนทุกส่วนราชการในการช่วยเหลือบรรเทาปัญหาความเดือดร้อนของประชาชน นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังบัญญัติให้ปวงชนชาวไทยมีหน้าที่รับผิดชอบต่อประเทศชาติและสังคมส่วนรวม เพื่อให้เกิดความร่วมมือร่วมใจในการพัฒนาประเทศตามความในหมวด ๔ หน้าที่ของปวงชนชาวไทย มาตรา ๕๐ (๕) บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่รับราชการทหารตามที่กฎหมายบัญญัติ อันเป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติกำหนดให้เป็นหน้าที่ของบุคคลสัญชาติไทยที่ต้องเข้ารับการตรวจเลือกเพื่อเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗

ตามมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) ข้อ ๑๘ บัญญัติรับรองเสรีภาพในมโนธรรมเอาไว้ โดยข้อบัญญัติดังกล่าวมิได้วางหลักการเฉพาะสำหรับการอ้างเสรีภาพในมโนธรรมเพื่อปฏิเสธการรับราชการทหาร อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee : CCPR) เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ การปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ได้วางหลักการ ไว้ใน General Comment No. 22 (ค.ศ. ๑๙๙๓) ซึ่งเป็นการตีความกติการะหว่างประเทศ ICCPR ข้อ ๑๘ ว่าหลักการนี้เป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในมโนธรรมสำนึก การบังคับให้บุคคลต้องใช้อาวุธ หรือใช้กำลังที่อาจทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายนั้น อาจขัดแย้งอย่างรุนแรงกับเสรีภาพในมโนธรรมสำนึก และเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งการถือศาสนาหรือความเชื่อของบุคคลนั้น การอ้างมโนธรรมสำนึกนี้ ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงผู้ถือศาสนาที่มีหลักคำสอนห้ามการฆ่าสัตว์ตัดชีวิตเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความเชื่อ ทางศีลธรรม จริยธรรม หรือลัทธิสันติวิธี (Pacifism) ที่ไม่ใช่ศาสนาด้วย รัฐต้องให้การรับรอง อย่างเท่าเทียมกัน ไม่สามารถเลือกปฏิบัติได้ นอกจากนี้ รัฐต้องจัดเตรียม “การรับราชการทางเลือก” (Alternative Service) หากรัฐใดมีระบบบังคับเกณฑ์ทหาร (Conscription) รัฐนั้นมีหน้าที่ต้อง จัดการรับราชการทางเลือก (Alternative Service) ให้กับผู้ที่อ้างการใช้เสรีภาพนี้ โดยมีเงื่อนไขสำคัญ คือต้องเป็นงานที่มีประโยชน์ต่อสาธารณะ ต้องเป็นงานพลเรือน (ไม่อยู่ใต้การบังคับบัญชาของกองทัพ) ห้ามมีลักษณะเป็นการลงโทษ (Non - punitive) และการจับกุมคุมขังผู้ปฏิเสธการเกณฑ์ทหารคือการละเมิด สิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้ อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) ได้มีการรับรองแต่เพียงว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในมโนธรรม โดยไม่ได้เจาะจง กรณีเสรีภาพในมโนธรรมกับหน้าที่ในการรับราชการทหารไว้แต่อย่างใด จะมีแต่รัฐธรรมนูญเยอรมัน



(Basic Law) ที่ได้บัญญัติรับรองเรื่องดังกล่าวเอาไว้ในมาตรา ๔ (๓)^๒ ซึ่งเป็นบทบัญญัติในมาตราเดียวกับการรับรองเสรีภาพในมโนธรรม และมีความหมายว่า บุคคลอาจอ้างเสรีภาพในมโนธรรมเพื่อปฏิเสธการรับราชการทหารที่จะต้องมีการใช้อาวุธได้ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศในคดีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องพบว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี^๓ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา^๔ คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป^๕ ความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ^๖ และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐลิทัวเนีย^๗ ต่างให้การยอมรับเสรีภาพทาง “มโนธรรม” คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาและความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ แสดงให้เห็นว่า มโนธรรมไม่ได้หมายถึงความเชื่อในพระเจ้าหรือหลักเทววิทยาตามประเพณีเท่านั้น ซึ่งในการพิจารณาต้องพิจารณาว่าหากความเชื่อนั้นฝังรากลึกในจิตใจ และทำหน้าที่เป็นเครื่องชี้นำการดำเนินชีวิตเทียบเท่ากับความศรัทธาทางศาสนา แม้บุคคลผู้นั้นจะระบุว่าไม่มีศาสนาก็ตาม ย่อมได้รับความคุ้มครอง ซึ่งในการพิจารณาของศาลแม้ในอดีตจะให้ความสำคัญแก่หน้าที่ในการป้องกันประเทศเหนือกว่าสิทธิส่วนบุคคล แต่การบังคับให้บุคคลต้องรับราชการทหารโดยไม่มีทางเลือกอื่นไม่เกินไปตามหลักความได้สัดส่วน และควรกำหนดให้มีการรับราชการทางเลือก (Alternative service) ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐลิทัวเนีย คำวินิจฉัยของศาลในคดีรัฐธรรมนูญเหล่านี้เป็นไปในแนวทางเดียวกันคือให้บุคคลสามารถใช้สิทธิในการทำงานสาธารณประโยชน์เป็นทางเลือกได้ อันเป็นการยอมรับสิทธิส่วนบุคคลด้วยโดยไม่ได้มุ่งพิจารณาเฉพาะกิจการทางทหารตามที่รัฐต้องการแต่เพียงอย่างเดียว ในทางตรงกันข้าม ยังปรากฏคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

^๒ บุคคลไม่อาจถูกบังคับให้เข้ารับราชการทหารซึ่งจะต้องมีการใช้อาวุธ รายละเอียดในเรื่องดังกล่าวให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

^๓ คำวินิจฉัยคำร้องของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ที่ 2011Hun-Ba379 และคำร้องอื่นอีก ๒๗ คำร้อง (รวมพิจารณา) วันที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๕๖๑ โดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่แบ่งประเภทของการรับราชการทหารที่ไม่ได้กำหนดให้นำระบบการรับราชการทางเลือกมาใช้กับผู้คัดค้านการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุผลทางมโนธรรม เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ละเมิดเสรีภาพในมโนธรรมของผู้คัดค้านโดยเป็นการขัดต่อหลักการต่อต้านข้อจำกัดที่มากเกินไป (The principle against excessive restriction)

^๔ *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970)

^๕ *Bayatyan v. Armenia* [GC] (Application no. 23459/03) ECHR 7 July 2011.

^๖ CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)

^๗ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania KT9-N7/2017 4 July 2017.



ได้หวั่น^๘ ซึ่งให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะในการป้องกันประเทศเป็นหลัก จึงเห็นว่าบุคคลต้องเข้ารับราชการทหารตามหน้าที่ของพลเมืองที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

ในส่วนพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มีเหตุผลในการประกาศใช้เนื่องจากการจัดกองทัพประจำการตามแผนการทหารปัจจุบัน ทำให้วิธีการเรียกบุคคลเข้ารับราชการทหารในกองประจำการต้องเปลี่ยนแปลงไป จึงต้องปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหารให้เหมาะสม ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงปัจจุบันรวมทั้งหมด ๕ ครั้ง เพื่อแก้ไขบทบัญญัติบางมาตราให้สอดคล้องกับสถานการณ์และมีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น เช่น เปลี่ยนแปลงประเภทบุคคลที่ควรยกเว้นให้น้อยลง เปลี่ยนแปลงผู้มีอำนาจตั้งคณะกรรมการตรวจเลือก ยกเว้นการเรียกเข้ากองประจำการในยามปกติแก่นักศึกษาของศูนย์กลางอบรมการศึกษาผู้ใหญ่ของกระทรวงศึกษาธิการและนักศึกษาของศูนย์ฝึกการบินพลเรือนของกระทรวงคมนาคม ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ารับราชการกองประจำการ และกำหนดโทษทางอาญาให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันการทุจริตในการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ เป็นต้น

พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการรับราชการทหาร กำหนดให้ชายที่มีสัญชาติไทยมีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน เพื่อให้รัฐมีกำลังทางทหารไว้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด กฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์ต้องการกำลังพลเพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศและความปลอดภัยของประชาชน เพื่อให้มีความพร้อมด้านกำลังพลที่จะปกป้องรักษาเอกราช อธิปไตย ซึ่งเป็นภารกิจสำคัญของรัฐ รวมถึงสนับสนุนภารกิจการพัฒนาประเทศและช่วยเหลือประชาชนเมื่อได้รับความเดือดร้อนในทุกสถานการณ์ กองทัพจึงมีความจำเป็นต้องมีทหารกองประจำการในจำนวนที่เหมาะสมและเพียงพอต่อภารกิจ เพื่อดำรงไว้ซึ่งความพร้อมด้านกำลังพลให้กับกองทัพ เป็นหลักประกันแห่งความสำเร็จในการป้องกัน ป้อมกัน และต่อสู้กับภัยคุกคามทุกรูปแบบ ตลอดจนให้การสนับสนุนหน่วยงานภาครัฐ เอกชน และอื่น ๆ ตามที่ได้รับการร้องขอและเพื่อให้การปฏิบัติในการรับราชการทหารกองประจำการเกิดความเป็นธรรมและเสมอภาคต่อประชาชนที่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ในส่วนพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗^๙ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียกคนเข้ากองประจำการ แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศ

^๘ The Constitutional Court R.O.C. (Taiwan) J.Y. Interpretation No.490 (Obligation to Perform Military Service Case) 1 October 1999.

^๙ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ บัญญัติว่า “ทหารกองเกินซึ่งถูกเรียกต้องมาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกตามกำหนดหมายนั้นโดยนำใบสำคัญทหารกองเกิน บัตรประจำตัวประชาชนและ



ของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๒๖ ลงวันที่ ๑๘ ตุลาคม ๒๕๑๕ และพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๔๕^{๑๐} เป็นบทกำหนดโทษ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติรับราชการทหาร (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๑๖

ทั้งนี้ ชายที่มีสัญชาติไทยเมื่ออายุย่างเข้าสิบแปดปี มีหน้าที่ต้องไปลงบัญชีเป็นทหารกองเกิน ภายในพุทธศักราชนั้น **ทหารกองเกิน**มีอายุตั้งแต่สิบแปดปีบริบูรณ์และยังไม่ถึงสามสิบปีบริบูรณ์ เป็นผู้ที่อยู่ในระหว่างที่จะต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ เมื่อทหารกองเกินมีอายุย่างเข้ายี่สิบเอ็ดปี ในพุทธศักราชใด ต้องไปแสดงตนเพื่อรับหมายเรียกที่อำเภอท้องที่ที่เป็นภูมิลำเนาของตน และภายใน เดือนเมษายนของทุกปี ทหารกองเกินถูกเรียกมาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือก ตามกำหนดหมายเพื่อเข้าเป็น**ทหารกองประจำการ**มีกำหนดระยะเวลาสองปี ทหารกองเกินที่ถูกเรียกตัว อาจได้รับการยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ หรือการผ่อนผันไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการในรอบที่ถูกเรียก โดยพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๔ กำหนด**ข้อยกเว้น**ให้แก่บุคคลที่ไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ กรณีแรก ได้แก่ พระภิกษุที่มีสมณศักดิ์หรือที่เป็นเปรียญ และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวน

ประกาศนียบัตรหรือหลักฐานการศึกษามาแสดงด้วย ถ้าไม่มาหรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่จนกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ ให้ถือว่าทหารกองเกินนั้นหลีกเลี่ยงข้อขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือก เว้นแต่

(๑) ข้าราชการซึ่งได้รับคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยปัจจุบันทันด่วนให้ไปราชการอันสำคัญยิ่ง หรือไปราชการต่างประเทศโดยคำสั่งของเจ้ากระทรวง

(๒) นักเรียนซึ่งออกไปศึกษาวิชา ณ ต่างประเทศ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๓) ข้าราชการหรือผู้ปฏิบัติงานในสถานที่ราชการ หรือโรงงานอื่นใด ในระหว่างที่มีการรบหรือการสงคราม อันเป็นอุปกรณีในการรบหรือการสงครามและอยู่ในความควบคุมของกระทรวงกลาโหม

(๔) บุคคลซึ่งกำลังปฏิบัติงานร่วมกับหน่วยทหารในราชการสนาม

(๕) เกิดเหตุสุดวิสัย

(๖) ไปเข้าตรวจเลือกที่อื่น

(๗) ป่วยไม่สามารถจะมาได้ โดยให้บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะและเชื่อถือได้มาแจ้งต่อคณะกรรมการตรวจเลือกในวันตรวจเลือก

กรณีตาม (๑) (๒) (๓) หรือ (๔) ต้องได้รับการผ่อนผันเฉพาะคราวจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมอบหมาย”

^{๑๐} พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๔๕ บัญญัติว่า “บุคคลใดหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียกของนายอำเภอ หรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่จนกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ หรือหลีกเลี่ยง หรือขัดขืนด้วยประการใด ๆ เพื่อจะไม่ให้เข้ารับราชการทหารกองประจำการตามพระราชบัญญัตินี้ หรือบุคคลใดเข้ารับราชการทหารกองประจำการแทนผู้อื่น หรือเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยสัญญาว่าจะช่วยเหลือผู้หนึ่งผู้ใดมิให้ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี”



ที่มีสมณศักดิ์ คนพิการทุพพลภาพซึ่งไม่สามารถเป็นทหารได้ และบุคคลซึ่งมีคุณวุฒิที่จะเป็นทหารได้ เฉพาะบางท้องที่ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง กรณีที่สอง บุคคลที่ลงบัญชีทหารกองเกินแล้วได้รับการยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการในยามปกติ ได้แก่ พระภิกษุ สามเณร และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวน ซึ่งเป็นนักธรรมตามที่กระทรวงศึกษาธิการรับรองนักบวชศาสนาอื่นซึ่งมีหน้าที่ประจำในกิจของศาสนาตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้ บุคคลซึ่งอยู่ในระหว่างการฝึกวิชาทหารตามหลักสูตรที่กระทรวงกลาโหมกำหนด ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการฝึกวิชาทหาร นักเรียนโรงเรียนเตรียมทหารของกระทรวงกลาโหม ครูซึ่งประจำทำการสอนหนังสือหรือวิชาการต่าง ๆ ที่อยู่ในความควบคุมของกระทรวง ทบวง กรม หรือราชการส่วนท้องถิ่น ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้ นักศึกษาของศูนย์กลางอบรมการศึกษาผู้ใหญ่ของกระทรวงศึกษาธิการ นักศึกษาของศูนย์ฝึกการบินพลเรือนของกระทรวงคมนาคม บุคคลซึ่งได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ และบุคคลซึ่งได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกครั้งเดียวตั้งแต่สิบปีขึ้นไป หรือเคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหลายครั้งรวมกันตั้งแต่สิบปีขึ้นไป หรือเคยถูกศาลพิพากษาให้กักกัน

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๙ กำหนดเหตุในการผ่อนผันไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการในรอบที่ถูกเรียกโดยไม่ถึงเป็นความผิด กรณีแรก ผ่อนผันให้แก่บุคคลบางประเภท ได้แก่ ข้าราชการซึ่งได้รับคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยปัจจุบันทันด่วนให้ไปราชการอันสำคัญยิ่ง หรือไปราชการต่างประเทศโดยคำสั่งของเจ้ากระทรวง นักเรียนซึ่งออกไปศึกษาวิชา ณ ต่างประเทศ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ข้าราชการหรือผู้ปฏิบัติงานในสถานที่ราชการ หรือโรงงานอื่นใด ในระหว่างที่มีการรบหรือการสงครามอันเป็นอุปสรรคในการรบหรือการสงครามและอยู่ในความควบคุมของกระทรวงกลาโหม บุคคลซึ่งกำลังปฏิบัติงานร่วมกับหน่วยทหารในราชการสนาม เกิดเหตุสุดวิสัย ไปเข้าตรวจเลือกที่อื่น และป่วยไม่สามารถจะมาได้ โดยให้บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะและเชื่อถือได้มาแจ้งต่อคณะกรรมการตรวจเลือกในวันตรวจเลือก กรณีที่สอง ผ่อนผันให้ในกรณีที่มีคนเพียงพอ ได้แก่ บุคคลที่จำเป็นต้องหาเลี้ยงบิดาหรือมารดาซึ่งไร้ความสามารถ หรือพิการทุพพลภาพ หรือชราจนหาเลี้ยงชีพไม่ได้และไม่มีผู้อื่นเลี้ยงดู แต่ถ้ามีบุตรหลายคนจะต้องเข้ากองประจำการพร้อมกัน คงผ่อนผันให้คนเดียวตามแต่บิดาหรือมารดาจะเลือก ถ้าบิดาหรือมารดาไม่สามารถจะเลือกได้ ก็ให้คณะกรรมการตรวจเลือกพิจารณาผ่อนผันให้หนึ่งคน บุคคลที่จำเป็นต้องหาเลี้ยงบุตรซึ่งมารดาตายหรือไร้ความสามารถ หรือพิการทุพพลภาพ และบุคคลที่จำเป็น



ต้องหาเลี้ยงชีพหรือมีส่วนร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาซึ่งบิดามารดาตาย ทั้งนี้ เมื่อบุตรหรือพี่หรือน้องนั้นหาเลี้ยงชีพไม่ได้ และไม่มีผู้อื่นเลี้ยงดู และบุคคลที่อยู่ในระหว่างการศึกษาดำเนินที่กำหนดในกฎกระทรวง เมื่อเหตุแห่งการยกเว้นและผ่อนผันสิ้นสุดลง บุคคลดังกล่าวจะต้องมาเข้ารับการตรวจเลือกเพื่อเป็นทหารกองประจำการ และหากหลีกเลี่ยงขัดขืนไม่มาทำการตรวจเลือกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี

ข้อโต้แย้งของจำเลยที่ว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ที่บังคับให้ชายที่มีสัญชาติไทยต้องมาทำการตรวจเลือกตามกำหนดหมายหากหลีกเลี่ยงขัดขืนกำหนดโทษจำคุกไว้ถึงสามปี เป็นบทบัญญัติที่ไม่เปิดโอกาสให้บุคคลซึ่งถือศาสนารวมถึงการมีความเชื่อซึ่งขัดแย้งกับการปฏิบัติการทางการทหารมีทางเลือกอื่นในการปฏิบัติหน้าที่พลเมืองรูปแบบอื่นที่มีใช้การเกณฑ์ทหารตามที่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๑๘ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๑๘ รับรองสิทธิในการปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ทหารหรือการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุผลด้านศีลธรรมหรือความเชื่อ หรือสิทธิในการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรมไว้ ซึ่งพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๑๔ ได้รับรองเสรีภาพในการถือศาสนาไว้บางส่วน บทบัญญัติทั้งสองจึงขัดต่อเสรีภาพในการถือศาสนาและเพิ่มภาระหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๓๑ นั้น

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” จากบทบัญญัตินี้ทำให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญได้วางหลักการรับรองเสรีภาพเป็นสองลักษณะ คือ (๑) เสรีภาพในการถือศาสนา (*forum internum*) และ (๒) เสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน หรือเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความเชื่อตามหลักศาสนาของตน (*forum externum - freedom to manifest one's religion*)

เสรีภาพในการถือศาสนา คือ การรับรองสภาวะของบุคคลในการคิด ไตร่ตรอง และตัดสินใจเลือกถือศาสนา หรือเลือกเปลี่ยนศาสนา หรือเลือกไม่ถือศาสนาใด รวมไปถึงการจะกลับมาถือศาสนาใดได้โดยเสรีภาพในส่วนนี้เป็นเรื่องของความคิด ความเชื่อ ความเลื่อมใส ที่อยู่ในระบบความนึกคิดหรือภายในจิตใจของแต่ละบุคคล เป็นเรื่องส่วนตัวของแต่ละบุคคลโดยแท้ ซึ่งรัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองอย่างบริบูรณ์ ไม่มีข้อยกเว้น รัฐหรือบุคคลอื่นไม่มีอำนาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือเข้าไปขัดขวางความคิดที่อยู่



ภายในจิตใจของแต่ละบุคคล บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้ถือศาสนาที่ฝืนต่อความคิด ความเชื่อ ความศรัทธา ที่มีอยู่ภายใต้สำนึกของบุคคลนั้นเอง รัฐต้องให้ออกาสหรือลดอุปสรรคในการใช้เสรีภาพดังกล่าวและ ขจัดการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะขัดขวางการใช้เสรีภาพในการถือศาสนาของแต่ละบุคคล เสรีภาพ ในลักษณะนี้ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ จึงรับรองไว้อย่างบริบูรณ์ โดยไม่มีเงื่อนไขและข้อยกเว้น

ส่วนเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนานั้น เป็นสภาวะของการแสดง ออกมาซึ่งความคิด ความเชื่อ ความเลื่อมใสศรัทธาในศาสนาที่แต่ละบุคคลนับถือ โดยแสดงออกมา ในรูปของการปฏิบัติตน รวมถึงการประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนานั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ ให้การรับรองเสรีภาพลักษณะนี้ต่างจากเสรีภาพในการถือศาสนา กล่าวคือ เป็นเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญ รับรองแบบไม่เด็ดขาดหรือไม่บริบูรณ์ โดยมีเงื่อนไขจำกัดการใช้เสรีภาพที่จะแสดงออกซึ่งความเชื่อ ในทางศาสนา เพราะเมื่อมีการแสดงออกด้วยการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด ย่อมจะต้องมีบุคคลอื่นหรือ สังคมเข้ามาเกี่ยวข้อง ในขณะที่เสรีภาพในการถือศาสนานั้นรัฐธรรมนูญให้การรับรองอย่างบริบูรณ์ ซึ่งเป็นเหตุผลของเรื่องตามปกติธรรมดาที่เสรีภาพในทางความคิด เมื่อมิได้แสดงออกมาให้ปรากฏ ภายนอกหรือไปเกี่ยวพันกับบุคคลอื่นหรือสังคม ย่อมเป็นเรื่องภายในความคิดจิตใจของแต่ละบุคคล เป็นพื้นที่ส่วนบุคคลโดยเฉพาะ รัฐไม่อาจก้าวล่วงไปบังคับได้ ดังนั้น ในการพิจารณาข้อเท็จจริงใด ที่เกี่ยวกับการใช้เสรีภาพในความเชื่อทางศาสนา ในเบื้องต้นต้องพิจารณาให้ชัดเจนก่อนว่าเป็นเรื่องเสรีภาพ ในการถือศาสนา หรือเป็นเรื่องเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดความเชื่อทางศาสนา เนื่องจาก รัฐธรรมนูญให้การรับรองในระดับที่แตกต่างกัน

เห็นว่า เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความเชื่อตามหลักศาสนาของบุคคล รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ ได้บัญญัติข้อจำกัดในการใช้เสรีภาพไว้ ๓ ประการ คือ ประการแรก ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ประการที่สอง ต้องไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และประการ ที่สาม ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ข้อจำกัดเสรีภาพ ในการแสดงออกสามประการนี้จึงมีความหมายว่า หากการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิด ความเชื่อในการนับถือศาสนาของบุคคลใดด้วย “การปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนา ของตน” นั้นเข้าลักษณะตามข้อจำกัดประการใดประการหนึ่งในสามประการข้างต้น ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้ว่าข้อโต้แย้งของจำเลยมิได้ระบุว่าโมฆกรรมของจำเลยเป็นหลักการของศาสนาใด แต่ได้กล่าวอ้างถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ ซึ่งเป็นเสรีภาพในการถือศาสนา และเสรีภาพ ในการปฏิบัติตามหลักศาสนา เพื่อโต้แย้งระบบการตรวจเลือกบุคคลเข้าเป็นทหารกองประจำการของไทย




จึงจำเป็นต้องกล่าวถึงหลักการของรัฐธรรมนุญ มาตรา ๓๑ รวมถึงหลักการทั่วไปที่เกี่ยวข้อง
ตามรัฐธรรมนุญ มาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง ซึ่งให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแม้ในกรณีที่
รัฐธรรมนุญมิได้ระบุลักษณะของสิทธิหรือเสรีภาพนั้นไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม

หากพิจารณาตามหลักการแห่งรัฐธรรมนุญ มาตรา ๓๑ กับบรรดาหลักการตามข้อบัญญัติ
ของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว พบว่าเป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ มิได้มีการบัญญัติรับรอง
สิทธิของบุคคลที่จะโต้แย้งการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนธรรมไว้โดยตรง อีกทั้งในการบัญญัติถึงเสรีภาพ
ในการแสดงออกซึ่งความเชื่อทางศาสนา มาตรา ๓๑ ก็มีการบัญญัติรับรองไว้ภายใต้เงื่อนไข
บางประการในการทำงานเดียวกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ การคำนึงถึงความมั่นคง
ของรัฐ ความสงบเรียบร้อยของสังคมและศีลธรรมอันดีของประชาชน และความปลอดภัยทางสุขภาพ
อนามัย อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนุญ มาตรา ๓๑ ยังวางเงื่อนไขการใช้เสรีภาพของบุคคลเพิ่มเติมไว้
อย่างชัดเจนอีกว่า ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย อันทำให้เชื่อมโยงกับหน้าที่
ของบุคคลในการรับราชการทหารตามรัฐธรรมนุญ มาตรา ๕๐ (๕) อีกด้วย จึงทำให้เห็นชัดเจนว่า
การโต้แย้งการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนธรรมไม่อาจอ้างว่าเป็นการใช้เสรีภาพที่ได้รับการรับรองตาม
รัฐธรรมนุญไทยตามนัยของรัฐธรรมนุญ มาตรา ๓๑

ข้อพิจารณาประการต่อมา ในกรณีที่เห็นว่าจำเลยปฏิเสธการเข้ารับการตรวจเลือกเข้าเป็น
ทหารกองประจำการโดยยกเหตุความเชื่อในทางมโนธรรม ซึ่งมีได้กล่าวถึงหลักศาสนาใดเป็นการเฉพาะ
หากพิจารณาคำโต้แย้งของจำเลยโดยอาศัยหลักการทั่วไปแห่งรัฐธรรมนุญที่มุ่งหมายให้ความคุ้มครองสิทธิ
และเสรีภาพของบุคคลที่มีได้มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะตามรัฐธรรมนุญ มาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง
ก็ยังพบว่ารัฐธรรมนุญได้วางกรอบการใช้สิทธิหรือเสรีภาพที่มีหลักการในการทำงานเดียวกับรัฐธรรมนุญ
มาตรา ๓๑ กล่าวคือ แม้ในกรณีที่รัฐธรรมนุญให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพอื่นที่มีได้บัญญัติไว้
อย่างชัดเจนด้วยก็ตาม แต่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตราย
ต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือ
เสรีภาพของบุคคลอื่น เมื่อพิจารณาคำโต้แย้งที่จะไม่เข้ารับการตรวจเลือกเป็นทหารกองประจำการ
เพราะเหตุที่ขัดกับมโนธรรมความเชื่อของจำเลย จึงเห็นว่าคำโต้แย้งดังกล่าวเป็นการใช้เสรีภาพที่ขัดกับ
ข้อยกเว้นเนื่องจากภารกิจด้านการทหารย่อมมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ

ข้อโต้แย้งของจำเลยในการเข้ารับการตรวจเลือกเป็นทหารกองประจำการโดยเหตุมโนธรรม
ไม่ใช่ประเด็นการใช้เสรีภาพที่รัฐธรรมนุญรับรองไว้อย่างบริบูรณ์โดยปราศจากเงื่อนไข แต่เป็นการกล่าวอ้าง
เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดความเชื่อของบุคคลอันส่งผลกระทบต่อสังคมและบุคคลอื่น ดังนั้น



รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ จึงวางหลักการสำคัญไว้ว่าต้องไม่เป็นปฏิบัติต่อหน้าที่ปวงชนชาวไทย และรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง วางหลักว่าการใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ และเมื่อการโต้แย้งของจำเลยเป็นการใช้เสรีภาพที่ขัดต่อหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ดังที่กล่าวแล้ว พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ ซึ่งกำหนดกระบวนการให้บุคคลที่เป็นทหารกองเกินมารับการตรวจเลือก เว้นแต่เป็นบุคคลที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องมาทำการตรวจเลือก บุคคลใดที่หลีกเลี่ยงชัดเจนไม่มารับการตรวจเลือกโดยปราศจากเหตุที่กฎหมายยกเว้น ย่อมถือว่ากระทำความผิดและต้องรับโทษตามมาตรา ๔๕ นั้น จึงเป็นกลไกหรือกระบวนการตามปกติในทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อให้การดำเนินการตรวจคัดเลือกรับราชการทหารมีประสิทธิภาพบังคับชัดเจน เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนที่ฝ่าฝืนไม่ได้มาเข้ารับการตรวจเลือก และไม่ใช้บุคคลที่อยู่ในข่ายที่ได้รับการยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดมิได้ใช้แก่บุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง หรือเฉพาะบุคคลที่จะอ้างหลักเสรีภาพที่จะปฏิบัติตามหลักศาสนาของตนไม่เข้ารับการเกณฑ์ทหาร ประกอบกับบทกำหนดโทษมิได้เน้นอัตราโทษที่สูงเกินไป จึงเห็นว่าไม่เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ

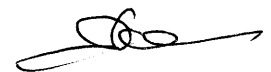
นอกจากนี้ ระบบการตรวจเลือกบุคคลเข้ารับราชการทหารของไทยมีลักษณะยืดหยุ่น เนื่องจากเป็นการตรวจเลือกใช้วิธีการจับสลากในระหว่างบุคคลที่เข้ารับการตรวจเลือก หรือที่เรียกว่า “จับใบดำใบแดง” นั้น หากในหน่วยตรวจเลือกใดมีผู้สมัครใจเข้าเป็นทหารกองประจำการเกินกว่าจำนวนกำลังพลที่ต้องการ หน่วยตรวจเลือกนั้นก็ไม่จำเป็นต้องมีการจับสลาก ทำให้บุคคลที่ไปรายงานตัวไม่ต้องเข้าเป็นทหารกองประจำการในเวลานั้น ซึ่งแตกต่างจากประเทศที่ใช้การเกณฑ์ทหารในระบบบังคับให้ชายทุกคนถูกบังคับโดยกฎหมายให้เข้าประจำการเป็นระยะเวลาที่กำหนดชัดเจน นอกจากนี้พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๑๔ ยังมีข้อยกเว้นการรับราชการทหารในกรณีเป็นพระภิกษุ สามเณร นักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวน ซึ่งเป็นนักธรรมตามที่กระทรวงศึกษาธิการรับรอง นักบวชศาสนาอื่นซึ่งมีหน้าที่ประจำในกิจของศาสนาตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้ บุคคลซึ่งอยู่ในระหว่างการฝึกวิชาทหารตามหลักสูตรที่กระทรวงกลาโหมกำหนด ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการฝึกวิชาทหาร นักเรียนโรงเรียนเตรียมทหารของกระทรวงกลาโหม ครูซึ่งประจำทำการสอนหนังสือหรือวิชาการต่าง ๆ ที่อยู่ในความควบคุมของกระทรวง ทบวง กรม หรือราชการส่วนท้องถิ่น ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้ นักศึกษาของศูนย์กลางอบรมการศึกษาผู้ใหญ่ของกระทรวงศึกษาธิการ ในยามปกติจึงได้ยกเว้นการเรียกมาตรวจเลือกเข้ารับราชการทหาร



กองประจำการ トラบเท่าที่บุคคลดังกล่าวยังอยู่ในฐานะที่ได้รับยกเว้นตามมาตรานี้ และการถูกเรียกเข้ารับการตรวจเลือกเป็นทหารกองประจำการสิ้นสุดลงเมื่อบุคคลดังกล่าวมีอายุสามสิบปีบริบูรณ์ เช่นเดียวกับเหตุผ่อนผันตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๙ ซึ่งกำหนดเฉพาะกรณีเป็นผู้พิการ ทูพพลภาพ หรือมีโรคซึ่งไม่สามารถรับราชการทหารตามที่กำหนดในกฎกระทรวง อันเป็นเหตุให้ทหารกองเกินไม่สามารถรับราชการทหารได้อันเนื่องมาจากข้อจำกัดของตัวผู้รับการตรวจเลือกและประสิทธิภาพในการปฏิบัติการกิจของกองทัพ ทำให้เห็นว่าในทางปฏิบัติระบบการเกณฑ์ทหารตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ แม้เป็นระบบบังคับเกณฑ์ แต่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ (๕) ที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของปวงชนชาวไทยในการรับราชการทหาร รวมถึงมาตรา ๕๒ ที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐต้องจัดให้มีการทหารเพื่อพิทักษ์รักษาความเป็นชาติ ตลอดจนความมั่นคงของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของประชาชน พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่มีเหตุผลความจำเป็น หรือมิได้เป็นการเพิ่มภาระให้แก่บุคคลจนเกินกว่าเหตุ โดยมีการกำหนดข้อยกเว้นให้แก่บุคคลที่ไม่ต้องเข้ารับการตรวจเลือกที่เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

แม้ปัญหาการโต้แย้งการเข้ารับราชการทหารโดยการอ้างเหตุมโนธรรม หรือความเชื่อทางศาสนา จะยังไม่ใช่ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของไทย แต่เมื่อประเทศไทยยังมีความจำเป็นต้องมีการเกณฑ์ทหารในระบบบังคับเกณฑ์ทหาร รัฐอาจต้องพิจารณาความแตกต่างระหว่างบุคคลโดยคำนึงถึงเสรีภาพของบุคคลตามหลักความเชื่อทางศาสนา โดยกำหนดให้บุคคลที่มีข้อขัดข้องในทางมโนธรรมตามความเชื่อหรือหลักศาสนาอย่างเป็นภววิสัย (objective circumstances) ได้มีโอกาสรับราชการทางเลือก (Alternative service) ตามข้อเสนอของสำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: OHCHR) เพื่อให้การเกณฑ์ทหารมีระบบการทำงานบริการสังคมทดแทน^{๑๑} อันจะทำให้ภารกิจของรัฐในการสร้างกำลังพลในกองทัพตามหลักหน้าที่พลเมือง และในขณะเดียวกันยังสามารถรองรับการใช้เสรีภาพของประชาชน โดยคำนึงหลักความเสมอภาคในการปฏิบัติหน้าที่ของปวงชนชาวไทยได้อย่างกลมกลืนยิ่งขึ้น ทั้งนี้ กองทัพประกอบด้วยหน่วยงานที่ปฏิบัติการกิจหลากหลาย ทั้งภารกิจที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังทางทหารโดยตรง และภารกิจทางพลเรือน (civilian character) กระบวนการจัดสรรงานที่มีลักษณะเฉพาะ เช่นนี้อาจดำเนินการภายหลังการตรวจเลือกบุคคลเข้ารับราชการทหาร โดยเป็นข้อเสนอให้กับฝ่ายนิติบัญญัติ

^{๑๑} OHCHR, Conscientious Objection to Military Service, p.15 - 17.



ในการตรากฎหมายเพื่อจัดให้มีการทำงานบริการสังคมทดแทนในระบบการเกณฑ์ทหาร อันจะเป็นการ
สร้างสมดุลระหว่างความมั่นคงของรัฐกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างการเกณฑ์ทหารเพื่อให้รัฐมีความพร้อมด้านกำลังพลที่จะปกป้องรักษา
เอกราช อธิปไตย ซึ่งเป็นภารกิจสำคัญของรัฐเพื่อความมั่นคงของประเทศและความปลอดภัย
ของประชาชนส่วนรวม กับการเกณฑ์ทหารที่ก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลในการใช้ชีวิตปกติที่จะต้องมา
คัดเลือกเพื่อเข้ารับราชการทหารกองประจำการแล้ว แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะกระทบต่อสิทธิและ
เสรีภาพของบุคคลอยู่บ้าง แต่มิได้มีข้อจำกัดเสรีภาพในการถือศาสนาซึ่งเป็นเสรีภาพโดยสัมบูรณ์
อีกทั้งได้บัญญัติข้อยกเว้นและผ่อนผันไว้หลายประการเพื่อความจำเป็นในการดำเนินชีวิต มิได้เป็น
การเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์สาธารณะที่จำเป็น
ต่อการป้องกันประเทศกับประโยชน์ส่วนตนที่บุคคลจะต้องเสียไปแล้ว เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน
ดังนั้น พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม
ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่ขัดต่อการรับรองเสรีภาพ
ในการนับถือศาสนา ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๓๑

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗
มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๓๑



(นายอุดม รัฐอมฤต)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ