

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายสุเมธ รอยกุลเจริญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๕/๒๕๖๙

เรื่องพิจารณาที่ ๒๘/๒๕๖๘

วันที่ ๑๒ เดือน พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๖๙

ระหว่าง { ศาลแขวงสมุทรปราการ ผู้ร้อง
- ผู้ถูกร้อง

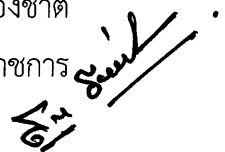
ประเด็นวินิจฉัย

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

ความเห็น

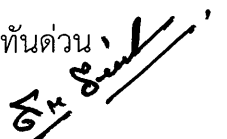
พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๓๑ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุนเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” และมาตรา ๓๑ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

รัฐธรรมนูญ หมวด ๔ หน้าที่ของปวงชนชาวไทย มาตรา ๕๐ บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่ดังต่อไปนี้ (๑) พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (๒) ป้องกันประเทศ พิทักษ์รักษาเกียรติภูมิ ผลประโยชน์ของชาติ และสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งให้ความร่วมมือในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย ... (๕) รับราชการ



ทหารตามที่กฎหมายบัญญัติ” และหมวด ๕ หน้าที่ของรัฐ มาตรา ๕๒ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราช อธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย เกียรติภูมิและผลประโยชน์ของชาติ ความมั่นคงของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ รัฐต้องจัดให้มีการทหาร การทูต และการข่าวกรองที่มีประสิทธิภาพ” และวรรคสอง บัญญัติว่า “กำลังทหารให้ใช้เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศด้วย” บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างหน้าที่ของพลเมืองกับหน้าที่ของรัฐในการพิทักษ์ความมั่นคงของประเทศ หลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการรับราชการทหาร การลงบัญชีทหารกองเกิน การเรียกคนเข้ากองประจำการ การตรวจเลือกคนเข้ากองประจำการ การปลดตลอดจนบทกำหนดโทษของผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนเป็นไปตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗

พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มีเหตุผลในการประกาศใช้เนื่องจากการจัดกองทัพประจำการตามแผนการทหารปัจจุบัน ทำให้วิธีการเรียกบุคคลเข้ารับราชการทหารในกองประจำการต้องเปลี่ยนแปลงตามไปเป็นอันมาก จึงจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหารเสียใหม่ เพื่อให้เป็นการเหมาะสม พระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่และกระบวนการเกี่ยวกับการรับราชการทหาร จัดหากำลังพลให้กับกองทัพเพื่อการรักษาความมั่นคงของประเทศ มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ ๑๗ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๔๙๗ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ให้เหมาะสมมากยิ่งขึ้น เช่น เปลี่ยนแปลงประเภทบุคคลที่ควรยกเว้นให้น้อยลง เนื่องจากมีความจำเป็นต้องให้ชายที่มีสัญชาติไทยเข้ารับราชการทหารเพื่อป้องกันประเทศ เปลี่ยนแปลงผู้มีอำนาจตั้งคณะกรรมการตรวจเลือก การยกเว้นการเรียกเข้ากองประจำการในยามปกติแก่นักศึกษาของศูนย์กลางอบรมการศึกษาผู้ใหญ่ของกระทรวงศึกษาธิการและนักศึกษาของศูนย์ฝึกการบินพลเรือนของกระทรวงคมนาคม ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ารับราชการกองประจำการ และกำหนดโทษทางอาญาให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันการทุจริตในการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ เป็นต้น โดยบทบัญญัติในหมวด ๑ บททั่วไป มาตรา ๗ บัญญัติว่า “ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย มีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน” หมวด ๔ การเรียกคนเข้ากองประจำการ มาตรา ๒๗ แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๒๖ ลงวันที่ ๑๕ ตุลาคม ๒๕๑๕ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ทหารกองเกินซึ่งถูกเรียกต้องมาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกตามกำหนดหมายนั้นโดยนำไปสำคัญทหารกองเกิน บัตรประจำตัวประชาชน และประกาศนียบัตรหรือหลักฐานการศึกษามาแสดงด้วย ถ้าไม่มาหรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่จนกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ ให้ถือว่าทหารกองเกินนั้นหลีกเลี่ยงขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือก เว้นแต่ (๑) ข้าราชการซึ่งได้รับคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยปัจจุบันทันด่วน



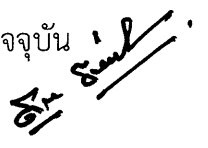
ให้ไปราชการอันสำคัญยิ่ง หรือไปราชการต่างประเทศโดยคำสั่งของเจ้ากระทรวง (๒) นักเรียนซึ่งออกไปศึกษาวิชา ณ ต่างประเทศ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (๓) ข้าราชการหรือผู้ปฏิบัติงานในสถานที่ราชการหรือโรงงานอื่นใด ในระหว่างที่มีการรบหรือการสงคราม อันเป็นอุปสรรคในการรบหรือการสงคราม และอยู่ในความควบคุมของกระทรวงกลาโหม (๔) บุคคลซึ่งกำลังปฏิบัติงานร่วมกับหน่วยทหารในราชการสนาม (๕) เกิดเหตุสุดวิสัย (๖) ไปเข้าตรวจเลือกที่อื่น (๗) ป่วยไม่สามารถจะมาได้ โดยให้บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะและเชื่อถือได้มาแจ้งต่อคณะกรรมการตรวจเลือกในวันตรวจเลือก” วรรคสอง บัญญัติว่า “กรณีตาม (๑) (๒) (๓) หรือ (๔) ต้องได้รับการผ่อนผันเฉพาะคราวจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมอบหมาย” และหมวด ๗ บทกำหนดโทษ มาตรา ๔๕ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติรับราชการทหาร (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๑๖ บัญญัติว่า “บุคคลใดหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียกของนายอำเภอ หรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่จนกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ หรือหลีกเลี่ยง หรือขัดขืนด้วยประการใด ๆ เพื่อจะไม่ให้เข้ารับราชการทหารกองประจำการตามพระราชบัญญัตินี้ หรือบุคคลใดเข้ารับราชการทหารกองประจำการแทนผู้อื่น หรือเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยสัญญาว่าจะช่วยเหลือผู้หนึ่งผู้ใดมิให้ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี”

ข้อโต้แย้งของจำเลยที่ว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ที่บังคับให้ชายที่มีสัญชาติไทยต้องมาทำการตรวจเลือกตามกำหนดหมายเรียกหากหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี เป็นบทบัญญัติที่ไม่เปิดโอกาสให้บุคคลซึ่งถือศาสนารวมถึงการมีความเชื่อซึ่งขัดแย้งกับการปฏิบัติทางการทหารมีทางเลือกอื่นในการปฏิบัติหน้าที่พลเมืองรูปแบบอื่นที่มีใช้การเกณฑ์ทหารตามที่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๑๘ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๑๘ รับรองสิทธิในการปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ทหารหรือการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุผลด้านศีลธรรมหรือความเชื่อหรือสิทธิในการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรมไว้ บทบัญญัติทั้งสองจึงขัดต่อเสรีภาพในการถือศาสนาและเพิ่มภาระหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๓๑ นั้น เห็นว่าพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการรับราชการทหาร โดยมาตรา ๗ บัญญัติให้ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย มีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน มาตรา ๑๖ บัญญัติให้ชายที่มีสัญชาติไทยเมื่อมีอายุย่างเข้าสิบแปดปี

๑๓/๑๑/๒๕๖๓

ในพุทธศักราชใด มีหน้าที่ต้องไปแสดงตนเพื่อลงบัญชีทหารกองเกินภายในพุทธศักราชนั้น หากไม่สามารถไปลงบัญชีทหารกองเกินด้วยตนเองได้ ต้องให้บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะและเชื่อถือได้ไปแจ้งแทนให้นายอำเภอสอบสวน เมื่อเห็นว่าถูกต้องให้ลงบัญชีทหารกองเกินไว้ และมาตรา ๒๕ บัญญัติให้ทหารกองเกินเมื่อมีอายุย่างเข้ายี่สิบเอ็ดปีในพุทธศักราชใด ต้องไปแสดงตนเพื่อรับหมายเรียกที่อำเภอท้องที่ที่เป็นภูมิลำเนาทหารของตนภายในพุทธศักราชนั้น ถ้าไม่มารับหมายเรียกที่อำเภอ มาตรา ๔๔ บัญญัติให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือนหรือปรับไม่เกินสามร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และมาตรา ๒๗ บัญญัติให้ทหารกองเกินซึ่งถูกเรียกมาต้องมาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกตามกำหนดหมายนั้นเพื่อเข้าเป็นทหารกองประจำการ

พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ ได้บัญญัติให้ทหารกองเกินที่ถูกเรียกตัวอาจได้รับการยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการหรือได้รับการผ่อนผันไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการในรอบที่ถูกเรียกโดยหมวด ๒ การยกเว้น ได้กำหนดข้อยกเว้นให้แก่บุคคลไว้ ๒ กรณี กรณีแรก บุคคลที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามมาตรา ๑๓ ได้แก่ พระภิกษุที่มีสมณศักดิ์ หรือที่เป็นเปรียญ และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวนที่มีสมณศักดิ์ คนพิการทุพพลภาพไม่สามารถเป็นทหารได้ และบุคคลมีคุณสมบัติที่จะเป็นทหารได้เฉพาะบางท้องที่ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และกรณีที่สอง บุคคลที่ลงบัญชีทหารกองเกินแล้วได้รับการยกเว้นไม่ต้องมาตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการในยามปกติตามมาตรา ๑๔ ได้แก่ พระภิกษุสามเณร และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวน เป็นนักธรรมตามที่กระทรวงศึกษาธิการรับรอง นักบวชศาสนาอื่นมีหน้าที่ประจำในกิจของศาสนาตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้ บุคคลที่อยู่ในระหว่างการฝึกวิชาทหารตามหลักสูตรที่กระทรวงกลาโหมกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการฝึกวิชาทหาร นักเรียนโรงเรียนเตรียมทหารของกระทรวงกลาโหม ครูประจำทำการสอนหนังสือหรือวิชาการต่าง ๆ ที่อยู่ในความควบคุมของกระทรวง ทบวง กรม หรือราชการส่วนท้องถิ่น ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้ นักศึกษาของศูนย์กลางอบรมการศึกษาผู้ใหญ่ของกระทรวงศึกษาธิการ นักศึกษาของศูนย์ฝึกการบินพลเรือนของกระทรวงคมนาคม บุคคลได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ และบุคคลได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกครั้งเดียวตั้งแต่สิบปีขึ้นไป หรือเคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหลายครั้งรวมกันตั้งแต่สิบปีขึ้นไป หรือเคยถูกศาลพิพากษาให้กักกัน นอกจากนี้ ยังได้กำหนดเหตุในการผ่อนผันไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการในรอบที่ถูกเรียกโดยถือว่าไม่เป็นความผิด ๒ กรณี กรณีแรก เป็นการผ่อนผันให้แก่บุคคลบางประเภทตามหมวด ๔ การเรียกคนเข้ากองประจำการ มาตรา ๒๗ ได้แก่ ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยปัจจุบัน



ทันด่วนให้ไปราชการอันสำคัญยิ่ง หรือไปราชการต่างประเทศโดยคำสั่งของเจ้ากระทรวง นักเรียน
ที่ออกไปศึกษาวิชา ณ ต่างประเทศ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ข้าราชการหรือผู้ปฏิบัติงาน
ในสถานที่ราชการ หรือโรงงานอื่นใด ในระหว่างที่มีการรบหรือการสงคราม อันเป็นอุปสรรคในการรบ
หรือการสงครามและอยู่ในความควบคุมของกระทรวงกลาโหม บุคคลที่กำลังปฏิบัติงานร่วมกับหน่วยทหาร
ในราชการสนาม กรณีเกิดเหตุสุดวิสัย กรณีไปเข้าตรวจเลือกที่อื่น และป่วยไม่สามารถจะมาได้
โดยให้บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะและเชื่อถือได้มาแจ้งต่อคณะกรรมการตรวจเลือกในวันตรวจเลือก
และกรณีที่สอง การผ่อนผันในกรณีที่จำนวนทหารกองเกินที่จะรับราชการเป็นทหารกองประจำการ
มากกว่าจำนวนที่ฝ่ายทหารต้องการ ตามหมวด ๕ การตรวจเลือกคนเข้ากองประจำการ มาตรา ๒๙
ได้แก่ บุคคลที่จำเป็นต้องหาเลี้ยงบิดาหรือมารดาไร้ความสามารถ หรือพิการทุพพลภาพ หรือ
ชราจนหาเลี้ยงชีพไม่ได้และไม่มีผู้อื่นเลี้ยงดู แต่ถ้ามีบุตรหลายคนจะต้องเข้ากองประจำการพร้อมกัน
คงผ่อนผันให้คนเดียวตามแต่บิดาหรือมารดาจะเลือก ถ้าบิดาหรือมารดาไม่สามารถจะเลือกได้ก็ให้
คณะกรรมการตรวจเลือกพิจารณาผ่อนผันให้หนึ่งคน บุคคลที่จำเป็นต้องหาเลี้ยงบุตรซึ่งมารดาตายหรือ
ไร้ความสามารถ หรือพิการทุพพลภาพ และบุคคลที่จำเป็นต้องหาเลี้ยงพี่หรือน้องร่วมบิดามารดา หรือ
ร่วมแต่บิดาหรือมารดา ที่บิดามารดาตาย ทั้งนี้ เมื่อบุตรหรือพี่หรือน้องนั้นหาเลี้ยงชีพไม่ได้ และไม่มี
ผู้อื่นเลี้ยงดู และบุคคลที่อยู่ในระหว่างการศึกษาตามที่กำหนดในกฎกระทรวง หากบุคคลใดหลีกเลี่ยง
หรือขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการ
ตามหมายเรียกของนายอำเภอ หรือมาแต่ไม่เข้ารับการตรวจเลือก หรือไม่อยู่จนกว่าการตรวจเลือกแล้วเสร็จ
หรือหลีกเลี่ยง หรือขัดขืนด้วยประการใด ๆ เพื่อจะไม่ให้เข้ารับราชการทหารกองประจำการ
ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือบุคคลใดเข้ารับราชการทหารกองประจำการแทนผู้อื่น หรือเรียก รับ หรือ
ยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยสัญญาว่าจะช่วยเหลือผู้หนึ่งผู้ใด
มิให้ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี ตามมาตรา ๔๕
บทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์สำคัญในการจัดเตรียมกำลังพลให้กับกองทัพสำหรับธำรงรักษาเอกราช
ของชาติและอำนาจอธิปไตยให้ดำรงอยู่ทั้งในภาวะปกติหรือในภาวะสงคราม ตลอดจนสนับสนุนภารกิจ
การพัฒนาประเทศและการให้ความช่วยเหลือหรือแก้ไขปัญหาภัยพิบัติสาธารณะในรูปแบบต่าง ๆ
แก่ประชาชน ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๒ ที่บัญญัติให้รัฐต้องพิทักษ์
รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราช อธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทย
มีสิทธิอธิปไตย เกียรติภูมิและผลประโยชน์ของชาติ ความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชน
เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ รัฐต้องจัดให้มีการทหาร การทูตและการข่าวกรองที่มีประสิทธิภาพ
ด้วยเหตุผลดังกล่าวกองทัพจึงมีความจำเป็นต้องมีทหารกองประจำการในจำนวนที่เหมาะสมและเพียงพอ

๒๑/๑๑/๒๕๖๓

ประกอบกับรัฐธรรมนูญ หมวด ๔ หน้าที่ของปวงชนชาวไทย มาตรา ๕๐ (๒) บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่ในการป้องกันประเทศ พิทักษ์รักษาเกียรติภูมิ ผลประโยชน์ของชาติ และสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งให้ความร่วมมือในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย และ (๕) รับราชการทหารตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น แม้ว่าการที่พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ที่บังคับให้ชายที่มีสัญชาติไทยต้องมาทำการตรวจเลือกตามกำหนดในหมาย หากหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอยู่บ้าง แต่พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ เปิดโอกาสให้ผู้ที่ต้องเข้ารับการคัดเลือกมีสิทธิขอยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารเป็นทหารกองประจำการได้เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด และมีสิทธิขอผ่อนผันการเข้ารับการตรวจคัดเลือกได้เมื่อเห็นว่าตนเองยังไม่พร้อมหรือมีภาระจำเป็น จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างการเกณฑ์ทหารเพื่อให้รัฐมีความพร้อมด้านกำลังพลที่จะปกป้องรักษาเอกราช อธิปไตย เป็นภารกิจสำคัญของรัฐเพื่อความมั่นคงของประเทศและความปลอดภัยของประชาชนส่วนรวมถือเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะกับการเกณฑ์ทหารที่ก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลที่จะต้องมาคัดเลือกเพื่อเข้ารับราชการทหารกองประจำการแล้ว ประโยชน์ต่อสาธารณะย่อมเหนือกว่า บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง

สำหรับข้อโต้แย้งที่ว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ เป็นบทบัญญัติที่ไม่เปิดโอกาสให้บุคคลซึ่งถือศาสนา รวมถึงการมีความเชื่อขัดแย้งกับการปฏิบัติราชการทหารมีทางเลือกอื่นในการปฏิบัติหน้าที่พลเมืองรูปแบบอื่นที่มีใช้การเกณฑ์ทหารตามที่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๑๘ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๑๘ รับรองสิทธิในการปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ทหารหรือการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุผลด้านศีลธรรมหรือความเชื่อหรือสิทธิในการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรมไว้ จึงขัดต่อเสรีภาพในการถือศาสนา ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนาซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองทั้งในรัฐธรรมนูญและในระดับสากล โดยมีหลักการสำคัญแบ่งออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนแรก เป็นเสรีภาพภายใน ได้แก่ เสรีภาพของบุคคลที่จะนับถือหรือไม่นับถือศาสนาใดก็ได้ เป็นสิทธิและเสรีภาพที่สมบูรณ์ รัฐไม่อาจ

ธน สมิต

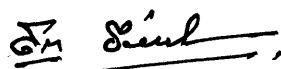
จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ ส่วนที่สอง เป็นเสรีภาพภายนอก ได้แก่ เสรีภาพในการปฏิบัติ หรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพ กระทำการใด ๆ ที่จะมีผลกระทบต่อผู้อื่นหรือประโยชน์ส่วนรวม รัฐธรรมนูญจึงต้องบัญญัติเงื่อนไข การใช้เสรีภาพดังกล่าวไว้ว่าต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัย ของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สอดคล้องกับกติการะหว่าง ประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๑๘ ที่ระบุว่าเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา อาจถูกจำกัดได้ด้วยเหตุต่าง ๆ ได้แก่ ความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรม ของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่น ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญ หมวด ๔ หน้าที่ของปวงชนชาวไทย มาตรา ๕๐ (๕) บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่ในการรับราชการทหาร ตามที่กฎหมายบัญญัติ และพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๗ บัญญัติให้ ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย มีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน ชายที่มีสัญชาติไทย จึงมีหน้าที่ในการรับราชการทหารตามรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ไม่อาจยกเสรีภาพในการปฏิบัติหรือ ประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาหรือเหตุผลทางมโนธรรมหรือความเชื่อทางศาสนาของตนมาเป็น ข้อยกเว้นหรือผ่อนผันในการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียกซึ่งเป็นหน้าที่ ของปวงชนชาวไทยตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไว้ได้

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ ได้รับรองเสรีภาพในการ นับถือศาสนา และเสรีภาพในการปฏิบัติ หรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตนไว้ โดยมาตรา ๑๓ ได้บัญญัติข้อยกเว้นให้พระภิกษุที่มีสมณศักดิ์ หรือที่เป็นเปรียญ และนักบวชในพระพุทธศาสนา แห่งนิกายจีนหรือญวนที่มีสมณศักดิ์ไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ และมาตรา ๑๔ ได้บัญญัติ ข้อยกเว้นให้พระภิกษุสามเณร และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวน เป็นนักธรรมตามที่ กระทรวงศึกษาธิการรับรอง นักบวชศาสนาอื่นมีหน้าที่ประจำในกิจของศาสนาตามที่กำหนดใน กฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้ ที่ได้ลงบัญชีทหารกองเกินแล้วได้รับการยกเว้น ไม่ต้องมาตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการในยามปกติ จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ บังคับให้ชายที่มีสัญชาติไทย ต้องมาทำการตรวจเลือกตามกำหนดหมาย หากหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือก ทำการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี มิได้เกี่ยวข้องหรือมีข้อจำกัดในการถือศาสนาหรือประกอบพิธีกรรมตามข้อโต้แย้งของจำเลย กล่าวคือ บุคคลยังมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา และมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมทางศาสนา โดยปกติวิสัยตามหลักศาสนาที่ตนนับถือ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗

๑๗
S. S. S.

และมาตรา ๔๕ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ ดังนั้น พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ที่บังคับให้ชายที่มีสัญชาติไทยต้องมาทำการตรวจเลือก ตามกำหนดหมาย หากหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกเข้ารับ ราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี 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



(นายสุเมธ รอยกุลเจริญ)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ