

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายสรารุช ทรงศิริไโล 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

คดีนี้ ศาลแขวงสมุทรปราการ (ผู้ร้อง) ส่งคำโต้แย้งของจำเลย (นายเนติวิทย์ โชติภัทร์ไพศาล) ในคดีอาญาหมายเลขดำที่ อ ๓๑๑๘/๒๕๖๘ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ ว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ที่บังคับให้ชายที่มีสัญชาติไทยต้องมาทำการตรวจเลือกตามกำหนด หากหลีกเลี่ยงขัดขืนมีโทษจำคุกไว้ถึงสามปี เป็นบทบัญญัติที่ไม่เปิดโอกาสให้บุคคลซึ่งนับถือศาสนา รวมถึงการมีความเชื่อซึ่งขัดแย้งกับการปฏิบัติการทางการทหารมีทางเลือกในการปฏิบัติหน้าที่พลเมืองรูปแบบอื่นที่มีใช้การเกณฑ์ทหารตามที่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๑๘ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๑๘ รับรองสิทธิในการปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ทหารหรือการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุผลด้านศีลธรรมหรือความเชื่อหรือสิทธิในการคัดค้านโดยอ้างมโนธรรมไว้ ซึ่งพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๑๔ รับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนาไว้บางส่วน บทบัญญัติทั้งสองจึงขัดต่อเสรีภาพในการนับถือศาสนาและเพิ่มภาระหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๓๑

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ เป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ด้านความมั่นคงของประเทศ เพื่อให้รัฐมีความพร้อมด้านกำลังพลที่จะปกป้องรักษาเอกราชของชาติและอำนาจอธิปไตยให้ดำรงอยู่ด้วยความปลอดภัยทั้งในภาวะปกติหรือในภาวะสงคราม ซึ่งเป็นภารกิจสำคัญของรัฐและเป็นหน้าที่ของปวงชนชาวไทยในการรับราชการทหาร รัฐธรรมนูญ หมวด ๕ หน้าที่ของรัฐ มาตรา ๕๒ จึงบัญญัติให้รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราชอธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย เกียรติภูมิและผลประโยชน์ของชาติ ความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ รัฐต้องจัดให้มีการทหาร การทูตและการข่าวกรองที่มีประสิทธิภาพ และเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศด้วย โดยกองทัพจะสนับสนุนทุกส่วนราชการในการช่วยเหลือบรรเทาปัญหาความเดือดร้อนของประชาชน และเมื่อรัฐมีหน้าที่แล้วประชาชนก็มีหน้าที่เช่นเดียวกัน รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติให้ปวงชนชาวไทยมีหน้าที่รับผิดชอบต่อประเทศชาติและสังคมส่วนรวมเพื่อให้เกิดความร่วมมือร่วมใจในการพัฒนาประเทศ ตามความในหมวด ๔ หน้าที่ของปวงชนชาวไทย มาตรา ๕๐ (๕) บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่รับราชการทหาร ตามที่กฎหมายบัญญัติ จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นเหตุผลและความจำเป็นที่พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ กำหนดให้ชายที่มีสัญชาติไทยมีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน เพื่อให้มีกำลังทางทหารไว้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยชายที่มีสัญชาติไทยเมื่ออายุย่างเข้าสิบแปดปี มีหน้าที่ต้องไปลงบัญชีเป็นทหารกองเกินภายในพุทธศักราชนั้น ทหารกองเกินมีอายุตั้งแต่สิบแปดปีบริบูรณ์ และยังไม่ถึงสามสิบปีบริบูรณ์ เป็นผู้ที่อยู่ในระหว่างที่จะต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ เมื่อทหารกองเกินมีอายุย่างเข้ายี่สิบเอ็ดปีในพุทธศักราชใด ต้องไปแสดงตนเพื่อรับหมายเรียกที่อำเภอท้องที่ที่เป็นภูมิลำเนาของตน และภายในเดือนเมษายนของทุกปี ทหารกองเกินถูกเรียกมาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกตามกำหนดหมายเพื่อเข้าเป็นทหารกองประจำการ โดยมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๔ กำหนดข้อยกเว้นให้แก่บุคคลที่ไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการมี ๒ กรณี กรณีแรกบุคคลที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามมาตรา ๑๓ ได้แก่ พระภิกษุที่มีสมณศักดิ์ หรือที่เป็นเปรียญ และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวนที่มีสมณศักดิ์

คนพิการทุพพลภาพซึ่งไม่สามารถเป็นทหารได้ และบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติที่จะเป็นทหารได้เฉพาะบางท้องที่ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง กรณีที่สอง บุคคลที่ลงบัญชีทหารกองเกินแล้วได้รับการยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการในยามปกติตามมาตรา ๑๔ ได้แก่ พระภิกษุ สามเณร และนักบวช ในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวน ซึ่งเป็นนักรบตามที่กระทรวงศึกษาธิการรับรอง นักบวช ศาสนาอื่นซึ่งมีหน้าที่ประจำในกิจของศาสนาตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัด ออกใบสำคัญให้ไว้ ... จะเห็นว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และ มาตรา ๔๕ ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของประเทศ ปกป้องเอกราชของชาติและอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็น อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ และตราขึ้นโดยเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ มาตรา ๕๐ (๕) และมาตรา ๕๒ บัญญัติไว้ อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๔ ได้บัญญัติยกเว้นให้บุคคลที่ เป็นนักบวชในพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น ไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้ กรณีจึงไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล เกินสมควรแก่เหตุ ทั้งได้ระบุเหตุผลและความจำเป็นเพื่อปกป้องเอกราชของชาติและอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้แล้ว จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๙ ยังกำหนดเหตุในการผ่อนผันไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการในรอบที่ถูกเรียกโดยไม่ถึงว่าเป็นความผิดมี ๒ กรณี กรณีแรก ผ่อนผันให้แก่บุคคลบางประเภทตามมาตรา ๒๗ ได้แก่ ข้าราชการซึ่ง ได้รับคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยปัจจุบันทันด่วนให้ไปราชการอันสำคัญยิ่ง หรือไปราชการต่างประเทศ โดยคำสั่งของเจ้ากระทรวง นักเรียนซึ่งออกไปศึกษาวิชา ณ ต่างประเทศ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ข้าราชการหรือผู้ปฏิบัติงานในสถานที่ราชการ หรือโรงงานอื่นใด ในระหว่างที่มีการรบหรือการสงคราม อันเป็นอุปสรรคในการรบหรือการสงครามและอยู่ในความควบคุมของกระทรวงกลาโหม บุคคลซึ่งกำลัง ปฏิบัติงานร่วมกับหน่วยทหารในราชการสนาม เกิดเหตุสุดวิสัย ไปเข้าตรวจเลือกที่อื่น และป่วย ไม่สามารถจะมาได้ โดยให้บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะและเชื่อถือได้มาแจ้งต่อคณะกรรมการตรวจเลือก ในวันตรวจเลือก กรณีที่สอง ผ่อนผันให้ในกรณีที่มีคนเพียงพอตามมาตรา ๒๙ ได้แก่ บุคคลที่ จำเป็นต้องหาเลี้ยงบิดาหรือมารดาซึ่งไร้ความสามารถ หรือพิการทุพพลภาพ หรือชราจนหาเลี้ยงชีพไม่ได้ และไม่มีผู้อื่นเลี้ยงดู แต่ถ้ามีบุตรหลายคนจะต้องเข้ากองประจำการพร้อมกัน คงผ่อนผันให้คนเดียว ตามแต่บิดาหรือมารดาจะเลือก ถ้าบิดาหรือมารดาไม่สามารถจะเลือกได้ ก็ให้คณะกรรมการตรวจเลือก พิจารณาผ่อนผันให้หนึ่งคน บุคคลที่จำเป็นต้องหาเลี้ยงบุตรซึ่งมารดาตายหรือไร้ความสามารถ หรือพิการ

ทุพพลภาพ และบุคคลที่จำเป็นต้องหาเลี้ยงชีพหรือต้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาซึ่งบิดามารดาตาย ทั้งนี้ เมื่อบุตรหรือพี่หรือน้องนั้นหาเลี้ยงชีพไม่ได้ และไม่มีผู้อื่นเลี้ยงดู และบุคคลที่อยู่ในระหว่างการศึกษตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เมื่อเหตุแห่งการยกเว้นและผ่อนผันสิ้นสุดลง บุคคลดังกล่าวจะต้องมาเข้ารับการตรวจเลือกเพื่อเป็นทหารกองประจำการ และหากหลีกเลี่ยงขัดขืนไม่มาทำการตรวจเลือก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีตามมาตรา ๔๕ ซึ่งโทษจำคุกไม่เกินสามปีสำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนไม่เข้ารับการตรวจเลือกเพื่อเป็นทหารกองประจำการ เป็นกรณีที่กฎหมายระวางโทษขั้นสูงไว้เท่านั้นเพื่อให้เป็นดุลพินิจของศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณากำหนดโทษให้มีความเหมาะสมกับประเภทของการกระทำและความหนักเบาตามสภาพแห่งข้อหาและพฤติการณ์เป็นรายกรณี ๆ ไป เพื่อให้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน และสอดคล้องกับหลักนิติธรรมตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ รับรองและคุ้มครองไว้

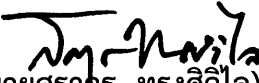
ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ เป็นบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนา แบ่งออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนแรกเป็นเสรีภาพในการนับถือศาสนา รวมถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะนับถือหรือไม่นับถือศาสนาก็ได้ตามคตินิยมของตน เป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคน โดยสภาพแล้วการใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจ ไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นหรือสังคม จึงเป็นสิทธิและเสรีภาพที่บริบูรณ์ รัฐไม่อาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวได้ (Non - Derogable Rights) แม้จะอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินก็ตาม ดังที่กำหนดหลักการไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) ข้อ ๔ (๒) ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อ ๑๘ ส่วนที่สองเป็นเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน จะต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อป้องกันมิให้แต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการใด ๆ ที่จะมีผลกระทบต่อผู้อื่นหรือประโยชน์ส่วนรวม มีลักษณะเป็นเสรีภาพที่แสดงออกภายนอก รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดเงื่อนไขการใช้เสรีภาพดังกล่าวไว้ สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) ข้อ ๑๘ (๓) ที่ระบุว่า เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา หรือความเชื่อของบุคคลอาจถูกจำกัดได้เฉพาะที่กฎหมายบัญญัติและตามความจำเป็น เพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่นเท่านั้น ดังนั้น เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือการปฏิบัติพิธีกรรมตามศาสนานั้นอาจถูกจำกัดได้ หากการกระทำดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ บัญญัติให้การใช้เสรีภาพ

ในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน ไม่อาจอ้างการปฏิบัติที่เป็นปฏิบัติเพื่อปฏิเสธหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ที่มีผลทำให้เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ ซึ่งหากไม่มีการเกณฑ์ทหารย่อมเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐหรือความมั่นคงของประเทศ สำหรับการยกเว้นตามมาตรา ๑๔ ให้แก่พระภิกษุ สามเณร นักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือยวน ซึ่งเป็นนักรธรรมตามที่กระทรวงศึกษาธิการรับรอง นักบวชศาสนาอื่นซึ่งมีหน้าที่ประจำในกิจของศาสนาตามที่กำหนดในกฎกระทรวงและผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้ เป็นกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามความจำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติในการสอนศาสนาเพื่อกล่อมเกลাজิตใจคน ในยามปกติจึงได้ยกเว้นการเรียกมาตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการ แต่หากบุคคลพ้นจากฐานะยกเว้นตามมาตรา ๑๔ สิทธิที่จะได้รับการยกเว้นก็สิ้นสุดลง และต้องถูกเรียกเข้ารับการตรวจเลือกเป็นทหารกองประจำการหากอายุยังไม่ถึงสามสิบปีบริบูรณ์ เช่นเดียวกับเหตุผ่อนผันตามมาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ มีเพียงเฉพาะกรณีพิการทุพพลภาพ หรือมีโรคซึ่งไม่สามารถจะรับราชการทหารได้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่เป็นเหตุให้ทหารกองเกินไม่สามารถรับราชการทหารได้อันเนื่องมาจากความปลอดภัยของผู้รับการตรวจเลือกและประสิทธิภาพในการปฏิบัติภารกิจของกองทัพ เพื่อดำรงไว้ซึ่งกำลังพลและความพร้อมด้านกำลังพลให้กับกองทัพที่จะปกป้องรักษาเอกราช อธิปไตย จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการเกณฑ์ทหาร เมื่อซึ่งน้ำหนักระหว่างการเกณฑ์ทหารเพื่อให้รัฐมีความพร้อมด้านกำลังพลที่จะปกป้องรักษาเอกราช อธิปไตย ซึ่งเป็นภารกิจสำคัญของรัฐเพื่อความมั่นคงของประเทศและความปลอดภัยของประชาชนส่วนรวม ก็กับการเกณฑ์ทหารที่ก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลในการใช้ชีวิตปกติที่จะต้องมาคัดเลือกเพื่อเข้ารับราชการทหารกองประจำการแล้ว ประโยชน์สาธารณะย่อมเหนือกว่า กรณีจึงมิได้เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพจนเกินสมควรแก่เหตุ เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ดังนั้น พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๘๗ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๔๕ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่ขัดต่อการรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนา ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๓๑

อนึ่ง พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๘๗ ได้ประกาศใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว จึงมีข้อเสนอแนะสำหรับหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาทบทวนความจำเป็นของกฎหมายเกี่ยวกับการบัญญัติโทษตามบทบัญญัติมาตรา ๔๕ ควรแยกออกจากกันให้มีความชัดเจน กรณีบุคคลใดหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนไม่มาให้คณะกรรมการตรวจเลือกทำการตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการตามหมายเรียก ซึ่งเป็นกรณีการขัดคำสั่งของเจ้าพนักงานตามกฎหมาย กับกรณีบุคคลใดเข้ารับราชการทหารกองประจำการแทนผู้อื่น หรือเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด

สำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยสัญญาว่าจะช่วยเหลือผู้หนึ่งผู้ใดมิให้ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ให้มีความเหมาะสมกับประเภทของการกระทำและความหนักเบาตามสภาพ แห่งข้อหา ตลอดจนสอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน

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


(นายสรราชูท ทรงศิริไไล)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ