

ความเห็นส่วนตัว  
ของ นายทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๑๓/๒๕๖๕

เรื่องพิจารณาที่ ๑๑/๒๕๖๕

วันที่ ๒๔ เดือน สิงหาคม พุทธศักราช ๒๕๖๕

ระหว่าง ศาลแขวงพระนครเหนือ ผู้ร้อง  
- ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ หรือไม่

ความเห็น

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ซึ่งมีความมุ่งหมายให้เปิดกว้างสอดคล้องกับหลักสากล เพื่อให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันในระบอบประชาธิปไตย ให้สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ทันทีไม่ต้องรอให้มีการบัญญัติกฎหมายอนุวัติการมาใช้บังคับก่อน ทั้งนี้ ถ้าไม่ได้มีการกำหนดห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นแล้ว บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำกรนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่กระทบต่อความมั่นคงของชาติ ต้องไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ เป็นบทบัญญัติที่มีความมุ่งหมายเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ๔ ประการ ดังนี้

- (๑) ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม
- (๒) ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ
- (๓) จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้
- (๔) ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

ในส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคสอง เป็นบทบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติ อันเป็นหลักสากลที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในนานาชาติ

กฎหมายอาญาเป็น “กฎหมายที่ทั้งเป็นเครื่องมือในการปกป้องและเป็นศัตรูต่อการใช้เสรีภาพ” กล่าวคือ เป็นเกราะที่แข็งแรงที่ใช้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ไม่ให้ผู้ใดมาล่วงละเมิด ในขณะที่เดียวกันก็เป็นสิ่งที่รัฐใช้ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย กฎหมายอาญากำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัย และความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตลอดจนความมั่นคงของรัฐ เมื่อประชาชนมีความปลอดภัยมั่นคงแล้ว ย่อมมีและใช้เสรีภาพของตนได้อย่างเต็มที่

ตามกรณีเป็นบทบัญญัติกำหนดความผิดซึ่งอยู่ในลักษณะความผิดเกี่ยวกับศาสนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวชในศาสนาใดโดยมิชอบ เพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นบุคคลเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เนื่องจากเป็นกรณีเกี่ยวกับศาสนาซึ่งรัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ตามมาตรา ๓๑ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เมื่อเป็นการคุ้มครอง “เสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา” จึงต้องพิจารณาถึงความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์ในเรื่องของ (๑) ศีลธรรม ศาสนา จารีตประเพณี และกฎหมาย (๒) เครื่องหมายและการแต่งกายเลียนแบบ (เป็นภิกษุ สามเณร นักพรต นักบวช อันหมายถึงผู้นำหรือสัญลักษณ์ทางศาสนา) และ (๓) เสรีภาพในการถือศาสนา

#### (๑) ความสัมพันธ์ระหว่างศีลธรรม ศาสนา จารีตประเพณี และกฎหมาย

ศีลธรรม คือ สามัญสำนึก (common sense) หรือสำนึกที่ดีที่มนุษย์ใช้แยกดีชั่วถูกผิด อะไรควรทำอะไรไม่ควรทำ (good conscience) เมื่อมีผู้นำสิ่งเหล่านี้มาสั่งสอนอย่างเป็นระบบ มีการบันทึกคำสอนรวมกลุ่มกันอย่างถาวร มีการบริหารจัดการ มีพิธีกรรม แนวปฏิบัติ ชัดเจนขึ้น มีการให้รางวัล (ขึ้นสวรรค์) มีการลงโทษ (ลงนรก) และเมื่อมีผู้ศรัทธาเชื่อถือคำสอน ติดตามเป็นจำนวนมาก จนจัดตั้งเป็น

กิจจะลักษณะกัน จัดตั้งเป็นองค์กรมีพิธีกรรม มีระเบียบปฏิบัติชัดเจนจึงเกิดเป็นลัทธิหรือศาสนาขึ้น เมื่อแนวทางของศาสนา มีผู้เชื่อถือปฏิบัติตามจำนวนมาก เป็นเวลานาน วิธีปฏิบัติเป็นเรื่องยอมรับมากขึ้น ก็กลายเป็นประเพณีนิยมประเพณีปฏิบัติในสังคม เกิดเป็นจารีตประเพณีและบางกรณีก็กลายเป็น “กฎหมายจารีตประเพณี” ในที่สุดและบางส่วนก็นำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในที่สุด กฎหมายจึงรับรองศีลธรรมและความเชื่อเช่นนี้ให้เป็นเสรีภาพในการถือศาสนา (หรือไม่ถือศาสนา) ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าแนวคิดหรือความเชื่อดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงของรัฐ และที่สำคัญ รับรองให้ผู้ติดตามมีเสรีภาพบริบูรณ์ที่จะเลือกเชื่อถือปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามสิ่งที่ ผู้นำศาสนาสั่งสอนได้ตลอดเวลาตามศรัทธาของเขา โดยไม่มีการถูกบังคับข่มขู่ใด ๆ จากคำชี้แนะหรือ กฎกติกาของผู้นำลัทธิหรือศาสนาดังกล่าว หากผู้นำศาสนาเอาอุดมการณ์ทางศาสนามาบังคับให้ปฏิบัติ หรือนำมาปฏิบัติให้เป็นกฎหมายที่กำหนดโทษ อาจทำให้คำสอนดังกล่าวไม่ใช่การใช้เสรีภาพในทางศาสนา ของผู้ปฏิบัติตามอีกต่อไป ยิ่งหากเป็นแนวคิดทางการเมืองก็จะกลายเป็น “ลัทธิทางการเมือง” ที่อาจกระทบกับความมั่นคงของรัฐหรือขัดศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ เช่น การให้ภริยาตายตามสามี หรือบังคับให้ศาสนิกชนแต่งกายตามที่ผู้นำศาสนาบางรายบางกลุ่มกำหนดขึ้นมาเองหรือห้ามเปลี่ยนศาสนา มิฉะนั้นจะมีโทษ ลัทธิความเชื่อบางอย่างเป็นปฏิบัติ เช่น ลัทธิ Jim Jones นำการฆ่าตัวตายหมู่กว่า ๙๐๐ คน (ค.ศ. ๑๙๗๘) หรือลัทธิฝ่าหลุนกงเคลื่อนไหวทางการเมืองในประเทศจีนพระเอาศีลธรรม มาเป็นเหตุนำประท้วงทางการเมือง หรือยุยงให้ใช้ความรุนแรง ก่อให้เกิดความวุ่นวายได้ เป็นต้น ดังนั้นคนที่มีได้นับถือศาสนาใดก็เป็นผู้มีความประพฤติ ศีลธรรม เป็นประจำอยู่แล้วก็ได้ ซึ่งกฎหมาย ก็ให้เสรีภาพในการนั้น

การกระทำเช่นนี้ ลัทธิศาสนาและความเชื่อก็ไม่ใช่เสรีภาพให้เลือกถืออีกต่อไป หากไม่มีการควบคุมดูแลให้ดี ผู้นำศาสนา รัฐ และกฎหมาย ก็จะกลายเป็นศัตรูกันได้

## (๒) เครื่องหมายและการแต่งกายเลียนแบบ

การแต่งกายอาจแยกได้เป็นหลายลักษณะ ได้แก่

(๒.๑) การแต่งกายเป็นวัฒนธรรมของหมู่ชนตามสภาพภูมิอากาศ ภูมิประเทศหรือลักษณะพิเศษ บางประการรวมถึงจารีตประเพณี เช่น การแต่งกายประจำชาติ การแต่งกายชุดดำไปงานศพหรือ แต่งสีชุดฉาดไปงานฉลอง การใส่ชุดสุภาพ ชุดสากล เป็นต้น

(๒.๒) การแต่งกายที่แสดงหน้าที่ ได้แก่ เครื่องแบบ เช่น เครื่องแบบนักเรียน ยาม ข้าราชการ ทหาร ตำรวจ แพทย์ พยาบาล ชุดช่าง ชุดทำงาน ฯลฯ หากทำผิดหน้าที่ประชาชนก็จะสังเกตหรือ กล่าวหาได้ง่าย เพราะทำผิดหน้าที่ตามเครื่องแบบที่แต่งอยู่ เช่น แต่งชุดนักเรียนหนีโรงเรียน ตีมีสุรา

สูบบุหรี่ ไปเที่ยวกลางคืน เล่นการพนัน หรือแต่งกายชุดทหาร ตำรวจไปในสถานที่ผิดกฎหมายหรือ ไม่ทำหน้าที่จับผู้ร้ายตลอดจนการแต่งกายเลียนแบบภิกษุ สามเณรหรือนักบวชไปในที่อโคจร เป็นต้น ย่อมมีคดีขึ้นได้ง่าย

ดังนั้นกรณีที่เป็นเครื่องแบบที่บอกหน้าที่สำคัญก็จะมีกฎหมายรับรองเพื่อมิให้ใครแต่งกายเลียนแบบเพราะจะทำให้คนทั่วไปเข้าใจผิด เช่น เครื่องแบบทหาร ตำรวจ ชุดข้าราชการ เครื่องราชอิสริยาภรณ์ รวมถึงการแต่งกายหรือใช้เครื่องแบบที่แสดงว่าเป็นผู้นำความคิดทางศาสนาด้วย ซึ่งได้แก่ ภิกษุ สามเณรในพุทธศาสนา นักพรต หรือนักบวชในศาสนาอื่น ๆ โดยทำเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นบุคคลเช่นนั้น

(๒.๓) การแต่งกายเลียนแบบภิกษุหรือนักบวชในศาสนาเป็นการแต่งกายซึ่งบอกหน้าที่สำคัญอย่างยิ่ง กฎหมายจึงต้องกำหนดเป็นความผิดและลงโทษเพื่อประโยชน์ของศาสนาโดยเฉพาะศาสนิกชนผู้ศรัทธา เพราะบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ชี้แนะทางความคิด ทางศีลธรรม การปฏิบัติดี การปฏิบัติชอบให้ประชาชนที่ศาสนิกชนผู้ติดตามให้ความศรัทธาเชื่อถือยอมรับพิจารณาจากรูปแบบการแต่งกายภายนอกก่อนว่าเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่และพร้อมที่จะเชื่อฟังและปฏิบัติตามความศรัทธาเชื่อถือของตน (การแต่งกายคล้ายทหาร ตำรวจในการลัทธิวัชรวิงราววัชรวิง ชิงวัชรวิง ปล้นวัชรวิง ก็เป็นเหตุเพิ่มโทษเพราะฉวยโอกาสที่ประชาชนไว้วางใจผู้ที่แต่งเครื่องแบบมากกว่าพวกที่ไม่ได้แต่งเครื่องแบบ) ดังนั้น หากแต่งกายคล้ายเครื่องแบบของผู้นำทางศาสนาและมานำในการชุมนุมทางการเมือง ผู้ที่มีความเชื่อถือศรัทธาก็จะเข้าใจว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ทำตาม ส่วนฝ่ายที่ไม่เชื่อถือศรัทธาในการกระทำนั้น ก็จะด่าทอว่าทำให้ศาสนาหรือลัทธิของเขาเสื่อมเสีย เป็นที่ติฉินนินทา และเสื่อมศรัทธาได้ ในทางกฎหมายจึงได้ห้ามบุคคลเหล่านี้ยุ่งเกี่ยวทางการเมืองโดยเป็นคุณสมบัติที่ต้องห้าม (มาตรา ๙๖ (๑) ของรัฐธรรมนูญ)

การแต่งกาย นอกจาก ๓ ข้อข้างต้น เป็นการแต่งกายตามความชอบของตน ตามสบายตามแฟชั่นเป็นเสรีภาพในการแต่งกาย เป็นเสรีภาพที่กฎหมายไม่ห้าม เว้นแต่การแต่งกายที่มีลักษณะเป็นการอนาจาร

(๓) เสรีภาพในการถือศาสนา ข้ออ้างในเรื่องการแต่งกายเลียนแบบนักบวชที่ว่าเป็น “เสรีภาพในการถือศาสนา” นั้น ถ้อยคำของรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองและให้เสรีภาพแก่ศาสนิกชนผู้ปฏิบัติตามที่ตนเองศรัทธาเป็นหลัก เป็นเสรีภาพที่สามารถเปลี่ยนใจได้เสมอเมื่อเลือกเชื่อถือศาสนาใดแล้วต่อมาอาจยุติความเชื่ออันนั้นได้ เช่น ผู้นำศาสนาบังคับให้ศาสนิกชนทำในสิ่งที่ผู้ปฏิบัติตามไม่ชอบ ไม่อยากปฏิบัติ เช่น ให้ทรมานตนเอง ไม่สวมเสื้อผ้าในการทำพิธีกรรมหรือสวมเสื้อผ้าที่ตนไม่ยอมสวม บังคับให้ทำกิจกรรมที่ตนไม่ประสงค์ หรือตัวอย่างที่ห้ามผู้หญิงขึ้นสัการะพระธาตุ หากหญิงนั้นไม่พอใจ

ก็เลิกนับถือศาสนาที่ออกกฎเกณฑ์เช่นนี้กับตนได้ เป็นต้น รัฐธรรมนูญจึงรับรองศาสนิกชนให้มีเสรีภาพที่จะเลิกนับถือศาสนาที่บังคับตนเช่นนั้นได้ตลอดเวลา การเปลี่ยนศาสนาหรือเปลี่ยนข้อปฏิบัติของศาสนาตามความเชื่อถือของตนจึงเป็นเสรีภาพบริบูรณ์ของศาสนิกชน โดยที่ผู้นำทางศาสนาจะมาบังคับให้ทำตามโดยที่ผู้ปฏิบัติเขาไม่ประสงค์ไม่ได้หรือจะบังคับให้เขามานับถือศาสนาหรือบังคับไม่让他เปลี่ยนศาสนาหรือบังคับไม่让他เลิกนับถือศาสนาของตนไม่ได้ รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้รัฐต้องคุ้มครองเสรีภาพนี้ จึงเห็นได้ว่ากฎหมายบังคับเอากับภิกษุ นักพรต นักบวช ซึ่งก็คือ ผู้นำความคิดทางศาสนา ยิ่งบางศาสนาไม่มีนักบวช ยิ่งไม่มีการรับรองสถานะแยกแยะไม่ได้ยังต้องถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด มิใช่ปล่อยให้สถานะนักบวชหรือผู้นำความคิดทางศาสนา กลายเป็นสัญลักษณ์ทำให้เกิดศรัทธาในการปลุกระดมทางการเมือง อันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐโดยอ้างเสรีภาพในการถือศาสนา

ดังนั้น การแต่งกายเลียนแบบผู้นำทางศาสนาจึงไม่ใช่เสรีภาพในการแต่งกายที่ใครจะแต่งอย่างไรก็ได้ ต้องถูกควบคุมดูแลอย่างเคร่งครัดจากรัฐต่างหากจากเสรีภาพในการถือศาสนาอันเป็นเสรีภาพที่ให้แก่ผู้ปฏิบัติตามหรือศาสนิกชน การที่กฎหมายควบคุมการแต่งกายดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองให้ผู้ที่คือนักบวชหรือผู้นำทางศาสนามีหน้าที่กระทำตนเป็นตัวอย่างที่ดีหากมีผู้แต่งกายเลียนแบบแล้วกระทำการเสียหายย่อมกระทบกับผู้ที่คือนักภิกษุ สามเณร หรือนักบวชที่แท้จริงได้ กฎหมายมุ่งที่จะเข้าไปควบคุมดูแลพฤติกรรมของผู้นำทางศาสนา อันได้แก่ “ภิกษุ สามเณร” (ผู้บวชในพุทธศาสนาตามกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. ๒๕๐๕) และ “นักพรต นักบวช” (ผู้บวชในศาสนาอื่น) ผู้ที่เป็นผู้แทนของศาสนาเผยแพร่คำสอนทางศาสนาที่ไม่ใช่ นักบวชด้วย หากไม่มีองค์กรควบคุมดูแล รัฐก็ต้องรับภาระนี้ เพื่อให้สถานะและบทบาทของความเป็นผู้นำทางศาสนาของบุคคลดังกล่าวยังได้รับการเคารพและยอมรับจากศาสนิกชนที่นับถือศาสนานั้นและจากบุคคลทั่วไปปฏิบัติให้ถูกต้องตรวจสอบได้เพราะผู้นำทางศาสนา ดังกล่าวมีส่วนสำคัญในการทำหน้าที่ในการประกอบพิธีกรรม อบรมสั่งสอนศาสนิกชนตามหลักคำสอนตลอดจนต้องครองตนเพื่อเป็นแบบอย่างที่ดีในการดำเนินชีวิตให้แก่ศาสนิกชนที่นับถือศาสนานั้นด้วย และด้วยเหตุที่ภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวช ในแต่ละศาสนาจะแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงออกถึงสถานะหรือบทบาทของความเป็นผู้นำทางศาสนาซึ่งจะแตกต่างไปจากศาสนิกชนโดยทั่วไป ด้วยเหตุนี้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ จึงได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวชในศาสนาใดโดยมิชอบ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดที่ไม่ได้เป็นภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวชแต่งกายเลียนแบบโดยมีเจตนาเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวชซึ่งจะก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่ศาสนา และบุคคลดังกล่าวอาจอาศัยสถานะของความเป็นภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวช ที่เป็นที่เคารพเชื่อถือของศาสนิกชนแอบอ้างเพื่อกระทำการ

โดยมิชอบหรือแสวงหาประโยชน์ไม่ว่าในทางใดทางหนึ่งรวมถึงเรื่องการแสดงออกทางการเมืองอันอาจจะชักนำหรือเป็นสัญลักษณ์แก่ผู้ศรัทธาก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยแก่บ้านเมือง กฎหมายจึงกำหนดเป็น ผู้ต้องห้ามใช้สิทธิทางการเมืองบางประการตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๙๖ (๑)

ข้อที่จำเลยโต้แย้งว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ เป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมของพระสงฆ์ในพุทธศาสนานิกายอื่น และการแต่งกายเลียนแบบพระสงฆ์ไม่ใช่การกระทำที่ร้ายแรงหรือกระทบกระเทือนความสงบสุขของบ้านเมือง จึงเป็นการกำหนดความผิดอาญาที่ไม่สอดคล้องกับหลักภัยอันตราย (the principle of harm) ขัดต่อหลักนิติธรรมนั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑ มีความมุ่งหมายเพื่อรับรองเสรีภาพของบุคคล ในการถือ (หรือเลิกถือ) ศาสนาซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐไม่สามารถจะไปจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ แต่เสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมทางศาสนาดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิได้ หากการกระทำดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น พิธีบูชาญุมญุญ ยูให้ต่อต้านรัฐ สนับสนุนหรือคัดค้านทางการเมืองเพื่อเข้าสู่อำนาจ ยุยงให้ฝ่าฝืนกฎหมายหรือฆ่าตัวตายหมู่หรือมีพิธีกรรมที่มีลักษณะอนาจารหรือมอมเมา เป็นต้น ในส่วนของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ มีเจตนารมณ์เพื่อสนับสนุนความบริสุทธิ์ของศาสนา โดยห้ามมิให้ผู้ใดแอบอ้างตัวว่าเป็นนักบวชในศาสนาใด ด้วยการแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นนักบวชทั้งที่ตนไม่ได้เป็นนักบวชในศาสนานั้น ส่วนการกำหนดอัตราโทษจำคุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ เป็นการกำหนดอัตราโทษขั้นสูงโดยไม่ได้กำหนดอัตราโทษขั้นต่ำเอาไว้ ศาลย่อมใช้ดุลพินิจสั่งลงโทษน้อยกว่าอัตราโทษขั้นสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ เพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นและความเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดี เป็นกรณี ๆ ไป อีกทั้งศาลยังสามารถใช้ดุลพินิจลดโทษลงอีกได้เมื่อมีเหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ ตามความเหมาะสมแห่งคดี ไม่มีบทบัญญัติลงโทษศาสนิกชนผู้ปฏิบัติตาม ดังนั้น เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองไว้โดยเฉพาะเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมทางศาสนากับประโยชน์ส่วนรวมของรัฐตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้แล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ เป็นบทบัญญัติที่ได้สัดส่วนหรือมีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ (คือเสรีภาพของศาสนิกชนผู้ปฏิบัติตามผู้ที่เป็นนักบวชที่แท้จริง) หรือประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับเมื่อเปรียบเทียบกับเสรีภาพของบุคคลที่แต่งกายเลียนแบบภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวชตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ จึงเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

ในความหมายอย่างแคบ (principle of proportionality in the narrow sense) ของหลักความ  
ได้สัดส่วนหรือความพอสมควรแก่เหตุแล้ว

ส่วนข้อที่จำเลยโต้แย้งว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ ไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น  
ตามหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากยังมีมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้โดยการ  
จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า อันได้แก่ บทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานฉ้อโกง  
ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๔๑ หรือพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. ๒๕๐๕ มาตรา ๔๓  
ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ จึงเป็นกฎหมายที่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล  
เกินสมควรแก่เหตุ นั้น

เห็นว่า ความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๔๑ บัญญัติว่า “ผู้ใด  
โดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง  
และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้  
ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง  
ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” บทบัญญัติดังกล่าว  
มุ่งคุ้มครองความเสียหายในทางทรัพย์สินของผู้อื่นที่เกิดจากการหลอกลวงโดยเฉพาะ ในส่วนของประมวล  
กฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘ มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองความบริสุทธิ์ของศาสนาที่ผู้กระทำอาจทำให้เกิด  
เกิดความเสียหายในด้านอื่น ๆ ได้อีก ย่อมแสดงให้เห็นว่าความผิดทางอาญาของทั้งสองฐานมีเจตนารมณ์  
ในการคุ้มครองที่แตกต่างกัน ดังนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าบทบัญญัติในความผิดฐานฉ้อโกงเป็นบทบัญญัติที่เป็น  
มาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักความจำเป็น (principle of necessity)  
ของหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ที่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของ  
ประชาชนน้อยกว่าได้แต่อย่างใด สำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. ๒๕๐๕ มาตรา ๔๓  
ที่จำเลยกล่าวอ้างว่า เป็นความผิดและโทษสำหรับผู้ที่ต้องปาราชิกแล้วไม่ละการแต่งกายอย่างเพศบรรพชิต  
เป็นความผิดและโทษในกฎหมายฉบับเดิมซึ่งในปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคณะสงฆ์  
พ.ศ. ๒๕๐๕ มาตรา ๔๓ โดยพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ จึงทำให้ไม่มี  
บทบัญญัติดังที่จำเลยกล่าวอ้างแต่อย่างใด

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๘  
ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖



(นายทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ