



บทที่ 4

ความร่วมมือระหว่างประเทศของประเทศไทย ในการเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

ประเทศไทยได้ตระหนักถึงความสำคัญที่จะป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมในทุกรูปแบบให้ได้มีประสิทธิภาพทัดเทียมกับอารยประเทศ และเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ จากการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่มีความร้ายแรง รวมทั้งเยียวยาผู้ได้รับความเสียหาย และได้มีความเห็นต้องตรงกับนานาประเทศที่จะให้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นการถาวรที่มีเขตอำนาจศาลพิจารณาความผิดอาญาอย่างร้ายแรงที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบของอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) อาชญากรรมการรุกราน (Crimes of Aggression) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity) โดยการจะจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศให้เป็นผลสำเร็จได้นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศจากรัฐและหน่วยงานต่างๆ ซึ่งประเทศไทยก็มีนโยบายที่จะสนับสนุนการจะตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้ว่าประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่เข้าร่วมประชุมในการประชุมผู้แทนทางการทูต และก็ได้รับรองธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในการประชุมครั้งนั้น จากนั้นประเทศไทยก็ได้ตั้งคณะกรรมการพิจารณาธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งได้พิจารณาเสร็จสิ้นและได้ลงนามเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2543 ซึ่งมีแนวโน้มว่ารัฐต่าง ๆ กำลังอยู่ในช่วงพิจารณาการให้สัตยาบันหรือการภาคยานุวัติ และประเทศไทยก็กำลังพิจารณาเกี่ยวกับการให้สัตยาบันเพื่อเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ และพิจารณาถึงความจำเป็นในการตรากฎหมาย และแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ตลอดจนถึงวิธีปฏิบัติ เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามและสอดคล้องกับสิทธิและหน้าที่ตามพันธกรณีและเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมของประเทศไทยที่จะให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศต่อไป การศึกษาในบทนี้จึงจะศึกษาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในปัจจุบันว่า ประเทศไทยได้มีการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว และได้เตรียมการในการให้สัตยาบันเป็นลำดับต่อไป จึงจะศึกษาถึงผลกระทบที่ประเทศไทยจะได้รับในแง่ของความร่วมมือระหว่างประเทศในการลงนามและการให้สัตยาบันเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งในกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคีในศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว และหากมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นเป็นไปตามเงื่อนไขในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจพิจารณาความผิดนั้น ประเทศไทยก็ต้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ การเตรียมความพร้อมเพื่อเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจึงจะพิจารณาถึงการแนว

ทางในการสร้างหลักเกณฑ์การออกกฎหมายภายในเพื่อการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศรองรับการเป็นภาคีต่อไป ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

1. การใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย

องค์ประกอบของความเป็นรัฐที่ทราบกันดีนั้น มีอำนาจอธิปไตยเป็นองค์ประกอบที่สำคัญซึ่งจะขาดไม่ได้ในความเป็นรัฐ การที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยนั้นหมายความว่ารัฐมีอำนาจสูงสุดในดินแดนของตนและเป็นอิสระจากรัฐอื่น¹ ด้วยเหตุนี้การที่ประเทศไทยใช้อำนาจอธิปไตยผ่านทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุด ซึ่งก็จะครอบคลุมพื้นที่บนผืนดินจนถึงทะเลอาณาเขตนั้น จึงเป็นอำนาจที่ได้รับการยอมรับ โดยปกติแล้วเมื่อมีอำนาจอธิปไตยก็ย่อมจะมีสิทธิที่จะมีอำนาจบงการโดยกฎหมาย ก็คือการมีอำนาจที่จะออกกฎหมายให้มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนภายในรัฐ และอำนาจดำเนินคดีและจะบังคับลงโทษเมื่อมีการละเมิดกฎหมาย ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น

1.1 อำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมาย

กฎหมายของไทยนั้นมีการตรวจสอบถ่วงดุลกันได้ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร แต่มักจะไม่เข้าไปก้าวก้าวกับอำนาจตุลาการในการพิจารณาคดีตามอำนาจศาล² แต่การออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่ว่าจะกระทำได้โดยไม่มีขอบเขตเพราะตนเป็นผู้ออกกฎหมาย เพราะอำนาจเช่นนี้จะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับเรื่องนี้ มีตัวอย่างที่ศาลฎีกาได้ให้เหตุผลในเรื่องอำนาจของศาลในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทยในคำพิพากษาฎีกาว่า³ "จำเป็นจะต้องมีผู้มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายบทใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ มิฉะนั้นข้อที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดนี้ก็จะไม่มีผล กฎหมายนั้นสภาผู้แทนราษฎรออกมาเอง จะกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรชี้ขาดว่าเป็นกฎหมายหรือไม่อย่างไรได้ จะว่าทางฝ่าย

¹สุมานิต มั่นสุข, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523) หน้า 9.

²โปรดดู หยุต แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 113-122.

³คำพิพากษาศาลฎีกาคดีอาชญากรรมที่ 1/2489 2/2489 และ 4/2489.

บริหารมีอำนาจชี้ขาดก็ไม่ได้ เพราะการวินิจฉัยกฎหมายไม่ใช่เป็นเรื่องของฝ่ายบริหารเช่นนี้ใครเล่าจะมีอำนาจนอกจากศาล ศาลเป็นหน่วยที่ตั้งขึ้นไว้สำหรับให้ความยุติธรรม เป็นการบำบัดทุกข์ร้อนให้แก่ประชาชน บุคคลทั้งหลายย่อมหวังในความยุติธรรมของศาลเป็นที่ตั้ง และก็เมื่อมีบทกฎหมายอันออกมาดีแต่เสรีภาพและขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่นนี้จะไม่ให้ศาลมีอำนาจแสดงเพื่อความยุติธรรมแก่บุคคลผู้เกี่ยวข้อง หรือแม้ศาลไม่ประสงค์จะเข้าไปวินิจฉัยถึงกิจการของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็ไม่มีทางจะหลีกเลี่ยงได้ในกรณีเช่นนี้” กล่าวคือ ในกรณีเช่นนี้อำนาจตุลาการจะเข้ามาเป็นฝ่ายควบคุมอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ดำเนินการออกกฎหมายอย่างไม่มีขอบเขตของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นการพิจารณาในการออกกฎหมายต่างๆ จึงต้องเป็นไปอย่างมีขอบเขต

สำหรับการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนถึงอำนาจอธิปไตยโดยตรง เนื่องจากจะต้องอาศัยการยอมลดอำนาจอธิปไตยลงบางส่วนเพื่อการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่จะมีอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศต่อรัฐที่เป็นภาคี ทำให้ต้องมีการตกลงที่จะให้ความร่วมมือในการยินยอมลดอำนาจอธิปไตย ซึ่งการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศโดยการสละอำนาจอธิปไตยบางส่วนนั้นเป็นเรื่องของความสมัครใจ ที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านความแข็งแกร่งขององค์กรที่จะคอยควบคุมการกระทำความผิด⁴ และนับว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องมีการตรากฎหมายเพื่อให้มีกฎหมายที่สอดคล้องกับและเหมาะสมกับการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งนับว่าเป็นหน้าที่ที่สำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติจากการที่ประเทศไทยเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

1.2 อำนาจอธิปไตยในการบังคับใช้กฎหมาย

อำนาจอธิปไตยในการบังคับใช้กฎหมาย จะมีการบังคับใช้โดยผ่านทางฝ่ายบริหารนั้น ซึ่งกฎหมายเหล่านั้นก็ต้องผ่านการเห็นชอบจากรัฐสภา และผู้ดำเนินการต่างๆ ตามคำร้องขอก็มักจะเป็นหน่วยงานของทางฝ่ายบริหาร เช่น การดำเนินการจับตัวบุคคลเพื่อส่งมอบตัวให้กับศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือการแสวงหาพยานหลักฐาน ข้อมูลที่เปิดเผยได้ต่างๆ ตามที่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้ร้องขอเพื่อการดำเนินคดี

⁴สุชาติ ไตรประสิทธิ์, “ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญากับความมั่นคงของชาติ,” (เอกสารวิจัยส่วนบุคคล วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2534), หน้า 71.

1.3 อำนาจอธิปไตยในการดำเนินคดี

สำหรับฝ่ายตุลาการนั้น เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าคำพิพากษาของศาลภายในของไทยนั้นจะมีความศักดิ์สิทธิ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของความถึงที่สุดและเด็ดขาด (Final and Conclusive) ซึ่งการพิจารณาคดีของศาลนั้น เมื่อถึงที่สุดแล้ว โดยปกติก็จะไม่มีการแก้ไขโดยนำคดีมาพิจารณาใหม่ได้ กล่าวคือ คู่กรณีต้องยอมรับผลแห่งคำพิพากษา แต่หากมีการยินยอมให้มีการรื้อฟื้นคดีโดยผู้อื่นนั้น อำนาจอธิปไตยทางการศาลจะได้รับผลกระทบโดยตรง ซึ่งจะทำให้คู่ความที่ได้รับการพิจารณาคดีถึงที่สุดแล้วนั้น จะไม่ได้รับความเป็นธรรม จึงมีหลักกฎหมายในเรื่อง Ne bis in idem ให้กับกรพิจารณาคดีที่ถึงที่สุดแล้วว่าจะไม่ต้องนำคดีนั้นขึ้นมาสู่ชั้นศาลอีกเป็นครั้งที่สอง ซึ่งผลกระทบในแง่ของฝ่ายตุลาการของไทยนั้น อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีของการพิสูจน์ถึงความไม่มีศักยภาพในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาพิจารณาและรับโทษในศาลภายในของไทย ซึ่งหากศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถพิสูจน์ได้ว่าประเทศไทยไม่ดำเนินการอย่างเต็มที่ที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาพิจารณาคดีก็อาจจะทำให้ผลในคำพิพากษาของไทยไม่สามารถใช้กล่าวอ้างกับการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะนำคดีไปพิจารณาอีกได้

2. ข้อสังเกตในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศกับอำนาจอธิปไตยของประเทศไทย

อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ⁵ เป็นเรื่องที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” เป็นสิ่งยืนยันว่าไม่ว่าจะเป็นอำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและในการดำเนินคดีนั้นเป็นอำนาจสูงสุดของชาวไทยเพื่อใช้ในการปกครองประเทศ ซึ่งการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยก็เป็นเครื่องป้องกันของรัฐต่างๆ ในการป้องกันตนเอง แต่ในบางครั้งการพัฒนาของกฎหมายก็ได้ทำให้เกิดความคิดที่จะให้รัฐละอำนาจอธิปไตยของตนเองลงเพื่อประโยชน์ร่วมกัน เช่น ในการที่รัฐใดไม่ให้สิทธิมนุษยชน

⁵มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 20.

มูลฐานที่จะถือว่าเป็นเรื่องของรัฐนั้นตั้งแต่ก่อนไม่ได้ ซึ่งจะเห็นได้จากการที่องค์การสหประชาชาติได้เข้าแทรกแซงเพื่อรักษาไว้ซึ่งสิทธิมนุษยชน⁶ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นหลักการที่เกี่ยวข้องมีผลกระทบโดยตรงกับเรื่องการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อเกิดความสงบสุขในสังคมระหว่างประเทศ ดังนั้น การที่จะให้ความร่วมมือในศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจึงต้องคำนึงถึงผลกระทบอันเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยดังต่อไปนี้

2.1 การแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยกับหลัก Complementarity

การให้สัตยาบันแก่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อเป็นรัฐภาคีก็จะมีพันธกรณีที่จะต้องพิจารณาตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งหมายความว่าเมื่อเกิดกรณีมีการกระทำความผิดอาญาที่มีผลกระทบรัฐภาคีแล้ว ก็จะต้องพิจารณาความผิดนั้นตามกฎหมายภายในรัฐภาคีนั้นเสียก่อนว่า รัฐนั้นจะมีเขตอำนาจเหนือความผิดดังกล่าวหรือไม่จากเงื่อนไขเขตอำนาจศาลตามหลักดินแดน หลักบุคคล หลักป้องกัน และหลักสากล โดยหลักดินแดนเป็นหลักที่สำคัญที่สุด ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 1 และเช่นเดียวกันประเทศไทยก็ย่อมใช้หลักดังกล่าว ซึ่งหากมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นในประเทศไทย หากพิจารณาแล้วประเทศไทยมีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดนั้น ศาลไทยก็จะเป็นผู้พิจารณาคดีนั้นเอง แม้ว่ามีการกระทำความผิดนั้นจะเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรงที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตาม ซึ่งหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ก็ต้องพิจารณาคดีความผิดตามเขตอำนาจศาลไทยก่อนเป็นสำคัญ เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นเพียงศาลที่มีขึ้นเพื่อเสริมกลไกและกระบวนการยุติธรรมของศาลภายในเท่านั้น (Complementarity) อันเป็นหลักการที่ปรากฏในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้น ขั้นตอนในการนำคดีความผิดอาญาขึ้นร้ายแรงขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาก็ไม่สามารถทำได้ทันที และก็ต้องเป็นไปตามหลักการของศาลอาญาระหว่างประเทศคือหลักการในการเคารพเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ความผิดเกิดขึ้นก่อน เนื่องจากแต่ละรัฐที่เข้ามาเกี่ยวข้องและได้รับผลกระทบกับความผิดอาญานั้น ทุกรัฐก็ประสงค์ที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาความผิดนั้น ๆ ด้วยตนเองมากกว่าที่จะมอบ

⁶Norman Wait Harris Memorial Foundation, Proceedings 21st Institute (1945), "The United Nations and the Organization of Peace and Security," 99,126 : Chap.IV, อ้างถึงใน เจสส์ป, ฟิลลิป ซี, กฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน แปลโดย สมศักดิ์ ชูโต และฉัตรทิพย์ นาถสุภา (กรุงเทพฯ : สภาวิจัยแห่งชาติ, 2516), หน้า 65.

การพิจารณานั้นให้กับศาลอื่น เพราะหมายถึงการใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศผ่านทางฝ่ายตุลาการ หากการยินยอมให้ศาลอื่นที่มีไซศาลภายในประเทศเข้ามา มีอำนาจเหนือความผิดที่เกิดขึ้นในประเทศได้โดยง่ายแล้ว ก็เท่ากับเป็นการถูกแทรกแซงอำนาจอธิปไตยทางศาลของศาลภายในประเทศ จึงจะต้องมีการพิสูจน์ถึงเรื่องการทำงานของหน่วยงานภายในของรัฐที่มีเจตนาปกป้องผู้กระทำความผิดหรือไม่มีความสามารถที่จะพิจารณาคดีของศาลไทยให้ได้เสียก่อน เมื่อพิสูจน์ได้แล้วถึงเรื่องดังกล่าวได้แล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงเข้ามามีเขตอำนาจ เพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ว่ารัฐที่มีอำนาจอธิปไตยนั้นก็ย่อมมีสิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซง เพราะการแทรกแซงย่อมเป็นการคุกคามต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐ อย่างไรก็ตามการแทรกแซงในบางครั้งก็ทำได้ไม่ผิดกฎหมาย เช่น ถ้ามีสนธิสัญญาว่าให้แทรกแซงได้ หรือเมื่อรัฐใดละเมิดกฎหมายแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ยอมรับกันแล้ว⁷ ดังนั้น เงื่อนไขที่เป็นข้อสำคัญที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะดำเนินการคือ หากความผิดดังกล่าวได้เกิดขึ้นในประเทศไทยเป็นความผิดอาญาชั้นร้ายแรงภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว และเป็นที่ยอมรับได้ว่าจะมีการใช้อำนาจพิจารณาอย่างไม่มีประสิทธิภาพ หรือมีเหตุให้เชื่อได้ว่าจะไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะเข้ามาพิจารณาความผิดได้แม้ว่าจะเป็นการความผิดภายใต้เขตอำนาจศาลไทยโดยศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีได้มีเขตอำนาจเหนือรัฐ⁸ และหากประเทศไทยเข้าเป็นรัฐภาคีแล้ว ย่อมถือได้ว่าประเทศไทยได้ยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ และรวมตลอดไปจนถึงการที่จะต้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ตามความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมรุกราน และอาชญากรรมสงคราม โดยเขตอำนาจความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ซึ่งรัฐภาคีสามารถที่จะเลือกยกเว้นไม่ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจได้เป็นเวลา 7 ปี ซึ่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ยินยอมให้มีการตั้งข้อยกเว้นที่จะไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลในความผิดอาชญากรรมสงครามได้ แต่ก็ไม่ได้ห้ามการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศกับศาลอาญาระหว่างประเทศเหนือความผิดฐานอาชญากรรมสงครามด้วย⁹ ดังนั้น แม้รัฐภาคีนั้นจะไม่ยอม

⁷ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2511), หน้า 62-67 อ้างถึงใน สุผานิต มั่นสุข, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา, หน้า 10-11.

⁸ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, "ศาลอาญาระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 6.

ให้ศาลเข้ามามีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดนี้ แต่หากเกิดความผิดอาชญากรรมสงครามในรัฐอื่น และหากในเวลาประเทศไทยได้เข้าเป็นรัฐภาคีและเป็นประเทศหนึ่งที่ได้สงวนสิทธิที่จะไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนี้ ได้รับการร้องขอให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยก็ยังสามารถให้ความร่วมมือดังกล่าวนี้ได้

อย่างไรก็ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ยังไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าการตั้งข้อยกเว้นในเขตอำนาจศาลในฐานความผิดอาชญากรรมสงครามนั้น ได้รวมตลอดจนถึงการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศหรือไม่ ในกรณีที่ศาลได้ร้องขอให้รัฐภาคีที่ตั้งข้อยกเว้นดังกล่าวให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นต้นว่าการจับกุมบุคคลในสัญชาติของรัฐอื่นที่ได้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามและได้หลบหนีมายังรัฐภาคีที่ตั้งข้อยกเว้นนั้น ว่ามีพันธกรณีผูกพันตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในข้อ 86 ซึ่งได้กำหนดว่า "เป็นหน้าที่ที่รัฐภาคีจะต้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศกับศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างเต็มที่ในการสืบสวนฟ้องร้องอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจศาล" ซึ่งก็ไม่ได้ชี้ชัดไปว่า จะต้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องฐานความผิดที่รัฐภาคีนั้นได้ตั้งข้อยกเว้นไว้หรือไม่ สำหรับในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตั้งข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศนี้มาจากพื้นฐานที่ว่าในที่ประชุมระหว่างประเทศเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ได้ต้องการให้มีรัฐต่างๆ เข้ามาเป็นภาคีให้มากที่สุดเพื่อให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับโดยเร็ว จึงได้เปิดโอกาสให้มีข้อยกเว้นเช่นนี้ เพื่อที่รัฐต่างๆ จะพิจารณาเข้ามาเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้ แม้ว่ารัฐนั้นจะเกรงว่าบุคคลภายในรัฐตนก็อาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในฐานอาชญากรรมสงครามได้ เป็นต้นว่าประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีทหารประจำอยู่ในหลายประเทศ ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นนี้ทหารสหรัฐก็ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อสหรัฐเข้าเป็นภาคี จึงได้เปิดโอกาสให้มีการตั้งข้อยกเว้นที่จะไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลเพื่อที่จะมิให้ทหารหรือผู้บังคับบัญชาของทหารถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ถ้าเป็นกรณีที่อาชญากรรมสงครามซึ่งเป็นบุคคลสัญชาติอื่นได้หลบหนีเข้าไปในสหรัฐเอง และสหรัฐไม่ได้รับความเสียหายที่เป็นรูปธรรมจากสงครามนั้น สหรัฐก็น่าจะให้ความร่วมมือระหว่างประเทศโดยการจับกุมบุคคลนั้นส่งให้กับศาลอาญาระหว่างประเทศได้.

2.2 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตของประเทศไทย

เนื่องจากการยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น มีผลกระทบโดยตรงต่ออำนาจอธิปไตยทางการศาลของประเทศไทย ดังนั้นประเทศไทยจะต้องมีขั้นตอนในการยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในความผิดอาญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในแต่ละครั้ง การยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เองทำให้เกิดข้อพิจารณาว่าเท่ากับเป็นการยอมให้มีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตในประเทศไทยหรือไม่ เป็นเช่นเดียวกับที่ประเทศไทยได้เริ่มทำสนธิสัญญาโดยการยอมรับเขตอำนาจศาลนี้ไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดอาญาในประเทศไทยได้รับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตไม่ต้องขึ้นศาลไทยหรือไม่ อย่างไร เนื่องจากสิทธิสภาพนอกอาณาเขตนั้นเกิดจากการทำสนธิสัญญาเพื่อยกเว้นเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลที่กระทำความผิดในรัฐภาคีโดยมีสิทธิพิเศษไม่ต้องขึ้นศาลในรัฐภาคีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลง ซึ่งประเทศไทยได้เคยทำสนธิสัญญาประเภทนี้กับอังกฤษ คือสนธิสัญญาบาวริง ที่มีสาระสำคัญในสนธิสัญญาคือยกเลิกการผูกขาดการค้ากับต่างประเทศของไทยซึ่งเคยทำผ่านพระคลังสินค้า คนอังกฤษสามารถติดต่อค้าขายได้โดยเสรีตามนโยบาย "การค้าเสรี" ของอังกฤษ และประเทศไทยยอมให้อังกฤษมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ซึ่งหมายความว่าคนในบังคับอังกฤษไม่ต้องขึ้นศาลไทย แต่ขึ้นศาลกงสุลของตนแทน¹⁰ ดังนั้น ประเทศไทยจึงต้องพิจารณาเรื่องดังกล่าวอย่างระมัดระวังมากที่สุดเพื่อจะไม่ให้มีผลกระทบกับอำนาจอธิปไตยภายในของประเทศ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องว่าสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritoriality) ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องค่อนข้างมาก และรัฐต่างๆ จะใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาเรื่องนี้ ปัญหาในเรื่องของอำนาจอธิปไตยนี้จึงเป็นปัญหาที่ทุกรัฐจะต้องนำมาพิจารณาก่อนที่จะมีการทำข้อตกลงระหว่างประเทศกับรัฐอื่นๆ

เมื่อพิจารณาถึงความแตกต่างกับการให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตในสมัยก่อนกับการยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในปัจจุบัน จึงอาจทำให้เกิดความสับสนว่าการยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศว่าเป็นการให้บุคคลผู้กระทำความผิดในประเทศไทยได้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตจากการที่ประเทศไทยเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า การทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขต

¹⁰ร.แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2526), หน้า 4.

เขตในสมัยนั้นมีสาเหตุมาจากการหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากับการคุกคามของลัทธิอาณานิคม¹¹ โดยมีเจตนาให้ประโยชน์ฝ่ายเดียวกับคู่ภาคีที่มีอิทธิพลในขณะนั้น และเพื่อประโยชน์ในการให้คนต่างชาติไม่ต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลไทย ซึ่งก็คือไม่จำเป็นต้องพิจารณาลำดับความสำคัญในการใช้เขตอำนาจศาลของศาลภายในประเทศไทยกับศาลของต่างประเทศ โดยอีกฝ่ายหนึ่งคือประเทศไทยไม่ได้รับผลประโยชน์อันเกิดจากการให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตนั้นเลย ซึ่งเรื่องนี้เป็นจุดแตกต่างที่สำคัญกับการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจศาล ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศจะให้ความเคารพกับอำนาจอธิปไตยและศาลภายในของรัฐภาคีก่อนเสมอ

ข้อสนับสนุนอีกประการหนึ่งก็คือการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะนำตัวบุคคลที่ได้กระทำความผิดไม่ให้หลุดรอดจากการลงโทษไม่ว่าจะโดยศาลภายในรัฐ หรือศาลอาญาระหว่างประเทศ แม้ว่าจะเป็นบุคคลนั้นจะเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในรัฐหรือมีอิทธิพลเพียงใดก็ตาม แต่การได้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตนั้นเป็นไปเพื่อเจตนาปกป้องให้บุคคลบางกลุ่มได้รับยกเว้นไม่ต้องได้รับการพิจารณาโทษจากศาลที่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดนั้น โดยอาศัยข้อต่อรองที่เหนือกว่าของภาคีรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง¹² จึงเป็นความแตกต่างกันระหว่างการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศต่อศาลอาญาระหว่างประเทศและการได้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่มีขึ้นเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องได้รับการพิจารณาภายใต้ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น

3. เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

เนื่องจากการที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว สิ่งที่ถูกฝ่ายทราบดีก็คือหลักกฎหมายบางประการในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศอาจจะกระทบกระเทือนถึงกฎหมายของประเทศไทยหลายประการ และที่สำคัญที่สุดก็คือกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งมีข้อที่จะต้องพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ดังต่อไปนี้

¹¹ เรื่องเดียวกัน.

¹² สุชาติ ไตรประสิทธิ์, "ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญากับความมั่นคงของชาติ," หน้า 70-72.

3.1 ข้อพิจารณาเรื่องรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

ตามลำดับศักดิ์ของกฎหมายในประเทศไทยนั้น จะกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งวิธีการที่ประเทศไทยได้ทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นได้ทำโดยการบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

ด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองนี้เอง การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวนี้จึงไม่สามารถทำโดยกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าได้ ดังนั้น หากจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายใดที่มีผลกระทบต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว การแก้ไขนั้นก็จะต้องทำโดยใช้กฎหมายลำดับเดียวกัน ก็คือการตรารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่มีอยู่

3.2 ข้อพิจารณาเรื่องประมุขของรัฐ

เนื่องจากการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นมุ่งที่จะดำเนินคดีต่อบุคคลธรรมดาที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีนั้น ทำให้บุคคลทุกคนที่กระทำความผิดอาญาภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถตกเป็นจำเลยในศาลได้ไม่ว่าบุคคลนั้นจะดำรงตำแหน่งใด จึงต้องมีการพิจารณาถึงบุคคลที่มีความสำคัญของประเทศโดยเฉพาะประมุขของรัฐ ซึ่งในความหมายของประมุขของรัฐนั้นคือ ผู้มีตำแหน่งสูงสุดในรัฐ โดยที่บางประเทศประมุขของรัฐหรือประมุขของรัฐบาลอาจจะเป็นบุคคลคนเดียวกันก็ได้ เช่น ประเทศที่ใช้ระบอบประธานาธิบดี¹³ และในกรณีนี้โดยปกติแล้วประมุขของรัฐจะได้รับความคุ้มกันในฐานะเป็นผู้นำของรัฐ และในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น (Sovereigns Immunity)¹⁴ ซึ่งเมื่ออยู่ในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแล้วจึงเป็นเหตุให้มีความคุ้มกันในด้านอำนาจอธิปไตย ซึ่งผลของการเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยนั้นก็จะทำให้ประมุขของรัฐไม่อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้เลย¹⁵ ซึ่งในกรณีของผลกระทบต่อรัฐที่เป็นภาคี

¹³Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts, Oppenheim's International Law. Vol I, 9th ed. (Essex : Longman Group U.K. Limited, 1992), p. 1033.

¹⁴Ibid., p. 1035.

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วก็จะต้องคำนึงถึงเรื่องดังกล่าวนี้ เนื่องจากธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลธรรมดา โดยไม่มีการยกเว้นว่าบุคคลนั้นจะมีฐานะใด หรือมิให้มีการใช้ความคุ้มกันใดๆ ได้¹⁶ เช่นเดียวกับการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศในสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์กก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องกระทำการในนามของรัฐไว้ในข้อ 7 ว่า "ฐานะทางราชการของจำเลย ไม่ว่าจะเป็ประมุขของรัฐหรือข้าราชการผู้รับผิดชอบในกรมต่างๆ ของรัฐบาล จะไม่ได้รับการพิจารณาให้รอดพ้นจากความรับผิดชอบหรือลดหย่อนผ่อนโทษ" จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติในข้อนี้ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีมาแต่ดั้งเดิม ซึ่งให้ความคุ้มกัน (immunity) กับประมุขของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการถูกดำเนินคดีโดยศาลของรัฐอื่น ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า บุคคลที่ก่ออาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจะไม่สามารถได้รับความคุ้มกัน (immunity) แม้ว่าตนจะได้กระทำการไปในนามของรัฐก็ตาม เพราะการกระทำนั้นขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และผลสืบเนื่องจากการพิจารณาคดีในสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ปัจจุบันก็ได้มีการพิพากษารัฐบาลญี่ปุ่นจะต้องรับผิดชอบการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งได้กระทำลงในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่เรียกกันว่า Comfort Woman ต่อผู้นำของรัฐ โดยศาลเฉพาะกิจเกี่ยวกับการบังคับให้เป็นทาสทางเพศที่จัดตั้งโดย VAWW-NET โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐบาลญี่ปุ่นรับผิดชอบและรับรู้ถึงสิทธิของผู้หญิงในกฎหมายระหว่างประเทศและหยุดยั้งการกระทำนิโทษกรรมตนเองเพื่อปกป้องผู้กระทำผิด¹⁷

¹⁵ปัจจุบันมีแนวความคิดในหลายๆ รัฐ ที่จะให้ประมุขของรัฐตนได้รับความคุ้มกันแบบจำกัด (restrictive immunity) กล่าวคือจะได้รับความคุ้มกันเมื่อการกระทำที่ถูกฟ้องร้องนั้นเป็นเรื่องของรัฐโดยแท้ มิใช่การกระทำที่มีลักษณะทางการค้าที่เอกชนพึงกระทำได้.

¹⁶Article 27 of Rome Statute of International Criminal Court., และเช่นเดียวกับในกรณีของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา ข้อ 6(2) และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย ข้อ 7(2) นั้นจะมีบทบัญญัติที่ชัดเจนและเหมือนกันในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลนั้นจะไม่คำนึงถึงตำแหน่งหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐหรือรัฐบาล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลจะไม่มีผลในการลดหย่อนโทษจากความรับผิดชอบในทางอาญาได้.

¹⁷Asian NGOs to Set Up Tribunal against Sexual Slavery in Tokyo[Online](n.d.). http://www.korea-np.co.jp/pk/074th_issue/98121602.htm [2001 May10]

สำหรับประเทศไทยแล้ว การศึกษาถึงประวัติศาสตร์ของกฎหมายระหว่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับประมุขของรัฐนั้น จะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาถึงผลกระทบในการเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะการกระทำความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วจะไม่สามารถกล่าวอ้างถึงความคุ้มกันหรือกฎเกณฑ์วิธีการพิเศษที่จะให้แก่อำนาจหน้าที่ของบุคคลภายใต้กฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศได้เช่นกัน ดังนั้น หลักการในการให้ความคุ้มกันในฐานะประมุขของรัฐ (Sovereigns Immunity) อาจจะไม่สอดคล้องกับหลักการในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นเรื่องประเทศไทยควรตระหนักถึงอย่างมาก

3.3 ข้อพิจารณาเรื่องศาลยุติธรรมของประเทศไทยกับการที่จะตั้งศาลเพื่อพิจารณาคดีข้อหาใดโดยเฉพาะในประเทศไทย

ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในมาตรา 234 บัญญัติว่า

"บรรดาศาลทั้งหลายจะตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยพระราชบัญญัติ

การตั้งศาลชั้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งหรือที่มีข้อหาใดฐานหนึ่ง โดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะกระทำมิได้"

ซึ่งเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนว่าคดีที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลที่มีอยู่นั้น จะทำให้คู่ความได้รับความยุติธรรม เนื่องจากกระบวนการพิจารณาความในคดีนั้นเป็นไปตามหลักความยุติธรรม โดยผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือกมาอย่างเหมาะสมแล้ว อย่างไรก็ตามคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องการจัดตั้งศาลขึ้นพิเศษในตอนหนึ่งว่า "การจัดตั้งศาลขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีบางประเภท ย่อมกระทำมิได้โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องเป็นศาลที่มีตุลาการเป็นผู้กระทำการในพระปรมาภิไธย" ซึ่งมาตรา 233 บัญญัติว่า

"การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินตามรัฐธรรมนูญและในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์"

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยก็ได้เคยมีการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดี โดยเฉพาะในคดีกบฏ ก่อการจลาจลและความไม่สงบในประเทศ ในปี พ.ศ. 2476 และ พ.ศ. 2481

โดยในปี พ.ศ. 2476 ได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษ พ.ศ. 2476 โดยมีวัตถุประสงค์ดังนี้ "ให้ตั้งศาลพิเศษขึ้นศาลหนึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาวรรดาคดีที่เกี่ยวกับการกบฏและการจลาจลครั้งนี้"¹⁸ จากนั้นรัฐบาลก็ได้ทำการจับกุมบุคคลต่างๆ ที่สงสัยว่าเกี่ยวข้องด้วยการกบฏ เพื่อฟ้องร้องต่อศาล และรัฐบาลได้ขอให้มีพระบรมราชโองการประกาศถอดยศและบรรดาศักดิ์ของข้าราชการฝ่ายทหารและพลเรือนหลายคนด้วยเหตุผลว่ามีความประพฤติไม่สมควรที่จะดำรงอยู่ในยศและบรรดาศักดิ์ และเป็นกบฏต่อรัฐบาล¹⁹ ซึ่งมีอำนาจพิพากษาคดีได้โดยนำวิธีพิจารณาในศาลทหารมาใช้ คำพิพากษาศาลถือเป็นที่สุด ไม่มีการอุทธรณ์ ฎีกา แต่ด้วยความเกรงว่าระบบศาลพิเศษนี้จะก่อความไม่เป็นธรรมในสังคม จึงถูกบัญญัติห้ามไว้ในรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา²⁰ และการดำเนินการครั้งนั้นได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการตัดสินคดีโดยที่ศาลพิเศษไม่ได้มีอิสระอย่างแท้จริงในการพิพากษา เป็นการที่ฝ่ายบริหารของรัฐบาลแปลงการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบอบประชาธิปไตยโดยการเผด็จการกดขี่ประชาชน²¹ ต่อมาจึงได้มีการตรารัฐธรรมนูญให้การตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่ง หรือคดีที่มีข้อหาฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลธรรมดาที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะกระทำมิได้ กล่าวคือ หากมีศาลที่มีเขตอำนาจสำหรับที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นแล้ว ก็จะไม่สามารถตั้งศาลพิเศษขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีนั้นได้อีก

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติต่างๆ ที่สำคัญในกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยแล้ว จะพบว่ายังคงมีข้อขัดขัดอยู่หลายประการที่เป็นหลักในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจจะทำให้ไม่เอื้อต่อการเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว เว้นเสียแต่ว่าจะได้มีการออกกฎหมายเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญในข้อขัดข้องที่ได้กล่าวถึงแล้วข้างต้น นอกเหนือไปจากนี้ก็ควรพิจารณาว่ายังคงมีผลกระทบในลักษณะอื่นใดในการเป็นภาคีอีก เนื่องจากการเป็นภาคีนั้น หากไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้ก็จะถือได้ว่าภาคีนั้น ละเมิดพันธกรณีของสนธิสัญญาตามหลักกฎหมายในเรื่องสนธิสัญญา จึงขอพิจารณาในประเด็นต่อไปนี้

¹⁸ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษ พ.ศ. 2476.

¹⁹ นิคม จารุมณี, "กบฏบวรเดช พ.ศ. 2476," (วิทยานิพนธ์ปริญญาอักษรศาสตรมหาบัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519), หน้า 294.

²⁰ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2530), หน้า 639.

²¹ นิคม จารุมณี, "กบฏบวรเดช พ.ศ. 2476," หน้า 304.

4. ผลกระทบเมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

4.1 ผลในทางกฎหมายจากการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

จากการที่ได้มีการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศไปนั้น ผลของการลงนามในครั้งนี้ เป็นการยืนยันผลทางกฎหมายบางประการ ก็คือ เนื่องจากการลงนามจะไม่สร้างพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศของภาคี แต่เป็นการแสดงให้เห็นว่า²²

1. สนธิสัญญาฉบับต่างๆ มีเนื้อความตรงกัน
2. ผู้มีอำนาจเต็มในการทำสนธิสัญญา เห็นพ้องด้วยกับข้อความในสนธิสัญญา
3. แสดงว่าสัญญาได้ลงนามที่ไหน และเมื่อไร

โดยที่ประเทศไทยได้ทำการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการลงนามโดยผู้มีอำนาจเต็มถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อได้ลงนามไปแล้ว แม้ประเทศไทยจะยังไม่มีหน้าที่หรือพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือมีสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายในฐานะเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่ผลที่เกิดจากการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่บางประการภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้

4.1.1 สิทธิอันเกิดจากการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิอันเกิดจากการลงนามนั้น นอกเหนือไปจากหลักเกณฑ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายสนธิสัญญาที่รัฐผู้ลงนามจะมีสิทธิที่จะคัดค้านการที่รัฐภาคีอื่นจะวางข้อสงวนในขณะที่ให้สัตยาบัน อีกทั้งยังมีสิทธิที่จะคัดค้านต่อการที่รัฐอื่นจะขอทำการภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีได้ ถ้าสนธิสัญญานั้นเปิดให้รัฐอื่นกระทำเช่นนั้นได้²³ แต่สำหรับ

²²ปรีชา เอี่ยมสุทธา, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ภาคสันติ, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 9.

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น จะไม่เปิดโอกาสให้รัฐภาคีทำข้อสงวนได้อยู่แล้ว และการที่รัฐอื่นจะทำการภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็สามารถทำได้นั้น ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมิได้มีกฎเกณฑ์ที่ห้ามเอาไว้ รัฐที่ลงนามไปแล้วจึงไม่อาจสามารถคัดค้านมิให้รัฐอื่นทำการภาคยานุวัติได้ และสำหรับในกรณีที่จะเป็นสิทธิที่ประเทศไทยได้รับในการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศครั้งนี้เป็นรูปธรรมก็คือ

1. การใช้สิทธิโต้แย้งเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

เนื่องจากการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถมีเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลธรรมดาได้ หากเพียงรัฐที่กระทำความผิดเกิดขึ้นในดินแดนนั้นหรือรัฐที่ผู้กระทำความผิดมีสัญชาติให้ความยินยอมที่จะมอบคดีนั้นแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณา ดังนั้น ในกรณีที่บุคคลสัญชาติไทยซึ่งไปกระทำความผิดในดินแดนของรัฐอื่นและรัฐนั้นให้ความยินยอมให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาคดี ก็จะมีผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถรับคดีนั้นขึ้นสู่ศาลได้ ซึ่งก็จะทำให้ประเทศไทยไม่สามารถที่จะดำเนินการใดๆ กับบุคคลผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกส่งมอบตัวไปขึ้นศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ดังนั้น ประเทศไทยก็สามารถใช้สิทธิในการเป็นรัฐที่ได้ลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อที่จะโต้แย้งเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศให้ยัง 'ไม่สามารถนำคดีไปพิจารณาได้'²⁴ โดยกล่าวอ้างว่าควรจะต้องมอบบุคคลดังกล่าวให้กับศาลภายในรัฐซึ่งก็คือศาลภายในของประเทศไทยดำเนินคดีก่อนตามหลัก Complementarity

2. การเข้าร่วมประชุมในระดับระหว่างประเทศเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ

ประเทศไทยจะได้รับสิทธิในการเข้าร่วมประชุมซึ่งจะได้จัดให้มีขึ้นในกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับแล้ว ในสมัชชาวิสามัญศาลอาญาระหว่างประเทศ อันเกี่ยวกับการให้คำนิยามอาชญากรรมการรุกราน การเลือกตั้งผู้พิพากษา อัยการ เป็นต้น แต่สำหรับการออกเสียงต่างๆ เพื่อการลงคะแนนตามขั้นตอนของศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะสงวนให้กับรัฐ

²³ อรุณ ภาณุพงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชาสนธิสัญญา (กรุงเทพฯ: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2506), หน้า 44-45.

²⁴ Article 19 of Rome Statute of International Criminal Court.

ภาคีเท่านั้น อย่างไรก็ตามก็ยังคงมีสิทธิในการเสนอความคิดเห็น แสดงท่าทีในการยอมรับหลักการต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงฐานความผิดต่างๆ ที่จะทบทวนใหม่ได้เมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้ดำเนินงานมาครบ 7 ปี²⁵ และความสำคัญเกี่ยวกับคำนิยามของการรุกราน ซึ่งที่ผ่านมานั้นกฎหมายระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการรุกรานนั้น ยังมีข้อขัดแย้งอยู่มากเกี่ยวกับคำนิยามที่ยังไม่สามารถตกลงกันได้ ซึ่งจะเป็นสิ่งสำคัญที่ประเทศไทยจะสามารถเข้าร่วมกับกิจกรรมต่างๆ ที่จะมีขึ้นในอนาคต

3. การได้รับข้อมูลข่าวสารที่สำคัญ

จากการที่ได้มีการลงนามไปแล้วนั้น ย่อมจะทำให้ประเทศไทยสามารถที่จะได้รับรู้ แลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารที่มีความสำคัญเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้ได้รับรู้ถึงแนวทางในการพัฒนากฎหมายให้มีศักยภาพเท่าเทียมกับในระดับสากลได้ และสามารถได้รับคำแนะนำจากหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (PrepCom)

4.1.2 หน้าที่อันเกิดจากการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

หน้าที่อันเกิดจากการลงนามตามกฎหมายหลักสนธิสัญญาสำหรับหน้าที่ที่จะไม่ทำอะไรขัดต่อสนธิสัญญาที่ได้ลงนามไป กล่าวคือ การที่จะทำรัฐจะต้องมีหน้าที่ที่จะต้องไม่ดำเนินการใดๆ เช่น การออกกฎหมายภายในอันเป็นการขัดแย้งกับสนธิสัญญา เพราะเมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับในภายหน้า ทำให้ต้องมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาอีก ซึ่งจะทำให้เกิดอุปสรรคต่อการบังคับใช้สนธิสัญญา หรือการดำเนินการอื่นๆ ที่มีลักษณะของการลดคุณค่าหรือก่อความเสียหายแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นที่จะเปลี่ยนโอนไปหรือที่จะก่อให้เกิดขึ้นเมื่อสนธิสัญญานั้นใช้บังคับ นอกจากนี้จะเป็นการปฏิบัติอย่างที่เคยทำเป็นปกติ²⁶ ซึ่งในกรณีของการเป็นภาคีศาลอาญาระหว่างประเทศของประเทศไทย หลังจากที่ประเทศไทยมีการลงนามธรรมนูญศาล

²⁵ Article 123 of Rome Statute of International Criminal Court.

²⁶ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2539), หน้า 518.

อาญาระหว่างประเทศแล้ว ก็จะต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่ขัดแย้งกับสนธิสัญญา เช่น การมีนโยบายที่ไม่สนับสนุนการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศโดยการไม่เข้าร่วมประชุมในระดับระหว่างประเทศ หรือการไม่ให้ข้อมูลประชาสัมพันธ์แก่สาธารณชน หรือได้ประชาสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นภาพลบแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งหากประเทศไทยมีเจตนาที่จะไม่สนับสนุนต่อการมีผลบังคับใช้ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ประเทศไทยก็สามารถจะกระทำการที่เป็นการขัดหรือแย้งกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้ แต่หากประเทศไทยเลือกหรือเตรียมการที่จะให้สัตยาบันก็จะต้องมีการเตรียมการที่จะแก้ไขกฎหมายภายในของตนซึ่งขัดหรือแย้งกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศให้มีการประนีประนอมในข้อขัดแย้งนั้นมากที่สุด และให้มีการประชุมเพื่อพิจารณาเพื่อให้สัตยาบันต่อไป และถึงแม้ยังมีได้มีการให้สัตยาบันในระยะเวลาอันใกล้นี้ก็ตาม แต่ก็สามารถที่จะแก้ไขกฎหมายบางประการให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้ได้ หน้าที่อันเกิดจากการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศของประเทศไทยนั้น อาจจะไม่มียุทธศาสตร์การเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งในขณะนี้ก็จะส่งผลให้ประเทศไทยดำเนินการในด้านการศึกษาถึงพันธกรณีที่จะต้องมีแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่²⁷

1. พิจารณาในด้านนโยบายเกี่ยวกับผลดี ผลเสียของการลงนามและการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ
2. พิจารณาถึงความจำเป็นในการออกกฎหมายเพิ่มเติมหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ
3. พิจารณากำหนดท่าทีของประเทศไทยในการประชุมคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ
4. พิจารณาแต่งตั้งอนุกรรมการเพื่อทำหน้าที่ต่างๆ ตามความเหมาะสม
5. พิจารณาดำเนินการต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุผลตามอำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ เช่น การจัดประชุม สัมมนา เพื่อเผยแพร่เรื่องการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

²⁷ มติคณะรัฐมนตรี ณ วันที่ 19 มกราคม 2542.

นอกเหนือไปจากนี้ ผลกระทบที่เกิดจากการลงนามเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น จะได้รับในกรณีของการแก้ไขพัฒนากฎหมายของไทย รวมทั้งการดำเนินการพิจารณาคดีอาญาภายใต้อำนาจของศาลไทยให้มีศักยภาพ เนื่องจากความสามารถของการดำเนินคดีของศาลภายในจะเป็นองค์ประกอบสำคัญอย่างมากกับการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่ก้าวล่วงเข้ามาเพื่อนำคดีที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลไทยไปพิจารณาเอง ซึ่งจะทำให้การใช้อำนาจอธิปไตยทางตุลาการของไทยได้รับความเชื่อถือถึงความสามารถ ซึ่งจะส่งผลดีในสังคมระหว่างประเทศ เพราะถ้าหากศาลไทยไม่สามารถดำเนินการพิจารณาคดีอย่างมีประสิทธิภาพ ศาลอาญาระหว่างประเทศก็ยังมีโอกาสที่จะนำคดีนั้นไปพิจารณาเสียเอง แม้ว่าประเทศไทยจะยังไม่ให้สัตยาบันแก่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตาม เนื่องจากการรับคดีเข้าสู่ศาลนั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องรอให้ทุกรัฐที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นยอมรับอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ เพียงแค่มีรัฐเดียวยอมรับ เช่น รัฐที่ผู้กระทำความผิดมีสัญชาติยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศก็เพียงพอแล้ว ดังนั้น สมมติว่าในปัจจุบันศาลอาญาระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับแล้ว แต่ประเทศไทยยังไม่เป็นภาคี ศาลอาญาระหว่างประเทศก็สามารถนำคดีที่เกิดขึ้นและอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลไทยไปพิจารณาได้ ถ้ากระบวนการยุติธรรมของไทยไม่สามารถดำเนินการให้ความเป็นธรรมได้ สิ่งที่ประเทศไทยต้องทำในระหว่างการรอให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับก็คือการจะต้องเร่งแก้ไขกฎหมาย และเพิ่มศักยภาพของกระบวนการยุติธรรมของไทยให้มีประสิทธิภาพที่สุด และได้ระดับมาตรฐานที่สากลยอมรับ

ตามที่ได้กล่าวมานี้เป็นผลอันเกิดจากการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยจะได้รับในแง่ของทั้งสิทธิและหน้าที่ หลังจากที่ได้พิจารณาถึงผลอันเกิดจากการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ก็ควรจะศึกษาถึงผลอันเกิดจากการให้สัตยาบันเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นลำดับต่อไป

4.2 ผลในทางกฎหมายของการให้สัตยาบันในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

เนื่องจากแนวความคิดที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมีลักษณะที่เป็นแนวความคิดใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีแนวความคิดของกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่แตกต่างไปจากแนวทางกฎหมายของประเทศไทย ดังนั้น จึงจะต้องมีการปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศที่มีอยู่และออกกฎหมายใหม่เพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องรองรับกับ

การเป็นรัฐภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถแบ่งพิจารณาได้ตามประเด็นต่างๆต่อไปนี้

4.2.1 ฐานความผิดในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

การพิจารณาฐานความผิดในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมร้ายแรงต่าง ๆ ที่ได้กำหนดไว้ โดยการจัดทำเป็นสนธิสัญญาแบบพหุภาคี ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับเมื่อมีรัฐภาคีต่าง ๆ ให้สัตยาบันครบจำนวน 60 รัฐ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นตั้งระบุไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ สำหรับประเทศไทยแล้วการที่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนด 4 ฐานความผิดที่เป็นความผิดอาญาชั้นร้ายแรงนั้น กฎหมายไทยจะยอมรับว่าเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ แม้จะไม่มีการบัญญัติไว้ว่าฐานความผิดในกรณีนั้น ๆ เป็นฐานความผิดตามกฎหมายไทย ซึ่งจะขอแยกพิจารณาฐานความผิดตามกฎหมายไทยดังนี้

4.2.1.1 อาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Crimes of Genocide)

แม้ว่าในประเทศไทยนั้นยังไม่เคยมีประสบการณ์โดยตรงที่เกิดจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าไม่รับรู้ถึงอาชญากรรมเหล่านี้ที่เคยเกิดขึ้น เนื่องจากในอดีตที่ผ่านมาเหตุการณ์สำคัญเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นหลายครั้ง เช่น การฆ่าล้างชาวยิว การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา กัมพูชา ติมอร์ตะวันออก และดินแดนอดีตยูโกสลาเวีย ในปี ค.ศ. 1946 สมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ประกาศว่าอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์คือ “การปฏิเสธสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ของกลุ่มมนุษยชาติ และมีผลเสียหายเป็นจำนวนมากทั้งกับทางวัฒนธรรม หรือสิ่งที่แสดงถึงความเป็นกลุ่มบุคคลนั้น และเป็นการต่อต้านศีลธรรมและจิตใจและเป้าหมายขององค์การสหประชาชาติ”²⁸ ซึ่งใน Genocide Convention ก็กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่อยู่ในหมวดของ Jus Cogens ด้วย²⁹ ดังนั้นอาชญา

²⁸G.A. Res. 96(I), U.N. GAOR, 1st Sess., Part II (Resolutions), U.N. Doc. A/64/Add.1(1947).

²⁹Johan D. Van Der Vyver, “Article Prosecution And Punishment of The Crime of Genocide,” *Fordham International Law Journal* 23 No. 286: 287.

กรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงเป็นอาชญากรรมที่มักจะได้รับ ความสนใจมากในสังคมระหว่างประเทศ และด้วยเหตุผลที่กล่าวมานี้ จะทำให้แม้ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีสัญญาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ตาม แต่ก็ต้องยอมรับอนุสัญญาดังกล่าวในฐานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลไปถึงการที่รัฐทุกรัฐรวมทั้งประเทศไทยจะมีเขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction) กับความผิดนั้นที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้

เนื่องจากการนำเอาคำนิยามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากอนุสัญญาดังกล่าวมาใช้กับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็จะทำให้ความผิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นความผิดที่รัฐภาคีต่างๆ จะต้องให้ความร่วมมือแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศอีกด้วย ทำให้เมื่อประเทศไทยเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศก็ย่อมที่จะขอความร่วมมือตามธรรมนูญจากรัฐภาคีได้ และรัฐภาคีก็มีหน้าที่ต้องให้ความร่วมมือแก่ศาลด้วย ดังนั้น เมื่อประเทศไทยยังไม่มีพระราชบัญญัติรองรับกับสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ ทั้งเกี่ยวกับความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์และศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่จากที่ได้กล่าวแล้วว่าอนุสัญญาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งผลของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ผูกพันรัฐทุกรัฐรวมทั้งประเทศไทยที่จะต้องผูกพันและปฏิบัติตาม อีกทั้งยังเป็นเรื่องของหน้าที่ตามพันธกรณีของประเทศไทยที่จะเร่งนำกฎหมายมารองรับเพื่อมิให้เกิดความล่าช้าในภายหลัง และเมื่อพิจารณาจากคำนิยามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าลักษณะความผิดบางประการมิได้ถูกบัญญัติอยู่ในกฎหมายอาญาของไทย เช่น การป้องกันการเกิด การโอนย้ายเด็กออกจากกลุ่มของตน ซึ่งได้กระทำโดยเจตนาที่จะทำลายบางส่วนหรือทั้งหมดของกลุ่มนั้นๆ ดังนั้น เมื่อมีการขอความร่วมมือระหว่างประเทศ สำหรับประเทศไทยแล้วแม้ว่ายังมีได้มีกฎหมายภายในรองรับ แต่ก็มีพันธกรณีที่จะต้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศกับศาลอาญาระหว่างประเทศโดยไม่สามารถกล่าวอ้างว่าไม่มีกฎหมายภายในรองรับมิได้

4.2.1.2 อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity)

ตามอนุสัญญากรุงเฮก (Hague Convention) ฉบับที่ 4 ปี ค.ศ. 1907 ได้บัญญัติว่า "พลเมืองและผู้ทำสงครามจะต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองและอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ของรัฐทั้งปวง โดยกฎหมายมนุษยชาติ และโดยความ

ต้องการของมหาชนโดยส่วนรวม"³⁰ ในหลักดังกล่าวนี้ เป็นหลักกฎหมายที่มีพื้นฐานมาจากกฎหมายว่าด้วยสงครามซึ่งเป็นกฎของมนุษยชาติ (Law of Humanity)

เมื่อได้เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่กระทำโดยฝ่ายเยอรมันและประเทศฝ่ายอักษะ ซึ่งในภายหลังผู้กระทำความผิดเหล่านี้ถูกขึ้นศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์กในข้อหาอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity) โดยอัยการฟ้องว่าจำเลยได้ทำการฆาตกรรมและใช้แรงงานทาสต่อชาวยิวทั้งก่อนและระหว่างสงคราม³¹ โดยธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์กได้ให้ความหมายของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity) ว่า คือการฆาตกรรมการจำกัดพันธุ์ การเอาตัวลงเป็นทาส การบังคับข่มขืน หรือการกระทำร้ายมนุษยธรรมใดๆ ต่อประชาชนพลเรือนก่อนหรือหลังสงคราม หรือการทำลายล้างเนื่องจากเหตุผลการเมือง เชื้อชาติหรือศาสนาโดยเกี่ยวพันกับการกระทำอาชญากรรมใดที่อยู่ใต้อำนาจของศาลนี้ ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ หรือไม่ ซึ่งต่อมามีการสรุปว่า "ทุกคนที่อยู่ฝ่ายของประเทศของศัตรูซึ่งได้กระทำความผิดต่อกฎหมายและจารีตประเพณีของการทำสงครามหรือที่เรียกว่า กฎหมายของมนุษยชาติ ต้องถูกดำเนินคดีอาญา"

จะเห็นได้ว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นได้เกิดขึ้น และมีการพยายามที่จะกำหนดขอบเขตของอาชญากรรมดังกล่าว โดยได้มีการพัฒนาแนวความคิดมาอย่างต่อเนื่อง โดยความผิดที่เป็นอาชญากรรมสงครามกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้ มักจะเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน แต่ว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้น ก็อาจเกิดขึ้นได้แม้ในยามสงบ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าอาชญากรรมทั้ง 2 ชนิดนี้ มีความคล้ายกัน มีลักษณะความผิดบางประการร่วมกัน ดังนั้นในการกำหนดขอบเขตของการกระทำความผิดชนิดนี้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงต้องมีการพิจารณาอย่างละเอียดถึงลักษณะของอาชญากรรมที่มีลักษณะพิเศษนี้

³⁰M.Cherriff Bassiouni, Crimes Against Humanity, in International Criminal Law: Enforcement, Vol III (n.p.: Transnational Publisher Inc, 1980), p. 51.

³¹ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, "นูเรมเบิร์ก: อาชญากรรมสงครามนาซีกับกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ แผนกความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2507), หน้า 12.

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้ให้ความหมายของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเอาไว้ดังนี้คือ³² "อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ" หมายถึง การกระทำดังต่อไปนี้ ที่ได้กระทำอย่างแพร่หลายหรือเป็นระบบต่อประชาชน พลเรือนโดยตรงที่เป็นเป้าหมายต่อการโจมตีด้วยความรู้ว่าจะกระทำต่อประชาชน การฆาตกรรม การทำลาย การจับไปเป็นทาส การเนรเทศ หรือ การบังคับให้โยกย้ายพลเรือน การจำคุก หรือ การทำให้ไม่ได้รับเสรีภาพทางร่างกาย ซึ่งเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ การทรมาน การข่มขืน การตกเป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับให้ทำหมัน หรือ การละเมิดทางเพศอื่น ๆ ที่มีความร้ายแรงในลักษณะเดียวกัน การข่มเหงต่อกลุ่มทางการเมือง กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มเผ่าพันธุ์ กลุ่มวัฒนธรรม กลุ่มศาสนา กลุ่มทางเพศ การบังคับให้บุคคลต้องซอนตัว อาชญากรรมการเหยียดผิว การกระทำอื่นๆ ที่เป็นการทำอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือชีวิตของบุคคล

ความผิดหลายลักษณะในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในเรื่องนี้ไม่ปรากฏว่ามีบัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายไทยแล้ว แต่โดยสภาพของฐานความผิด มีลักษณะที่ทำให้บุคคลเสื่อมเสียเสรีภาพ ชีวิต ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งปัญหาที่จะเกิดคือการที่กฎหมายอาญานั้นต้องตีความโดยเคร่งครัด การตีความเพื่อเป็นผลเสียกับจำเลยนั้นจะกระทำไม่ได้ ดังนั้น ความผิดที่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในเรื่องนี้ จึงต้องมีกฎหมายภายในของประเทศไทยรองรับ เพราะเมื่อมีกรณีการกระทำความผิดซึ่งเป็นเหตุการณ์รุนแรงเกิดขึ้นในประเทศไทยแล้ว และประเทศไทยได้ใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลในการพิจารณาคดีผู้กระทำความผิด และหากศาลได้มีการนำเอาฐานความผิดที่มีอยู่ตามกฎหมายภายในของไทยก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงนี้ถูกพิจารณาตามกฎหมายอาญาธรรมดาของไทย ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศอาจจะเห็นว่าเป็นการขัดต่อธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ³³ โดยการตีความว่าการดำเนินงานของศาลไทยนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องผู้กระทำความผิด ซึ่งอย่างไรจะเรียกได้ว่ามีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องผู้กระทำความผิดนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าจะเป็นการเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงการนำตัวขึ้นศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยอาจจะเปรียบเทียบได้กับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งวันดา ซึ่งการที่ศาลภายในจะดำเนินคดีโดยใช้บทบัญญัติตามกฎหมายอาญาธรรมดาต่อบุคคลที่ได้ดำเนินการละเมิดกฎหมาย

³²Article 7 of Rome Statute of International Criminal Court.

³³Article 20(3)(a) of Rome Statute of International Criminal Court.

นั้น³⁴ ดังนั้น เพื่อให้มีความสะดวกในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ ก็ควรจะมีฐานความผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเหล่านี้อยู่ในพระราชบัญญัติของไทยด้วย และเพื่อความสะดวกในการได้รับความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาจากประเทศไทยเช่นกัน

4.2.1.3 อาชญากรรมสงคราม (War Crimes)

อาชญากรรมสงครามเป็นอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสมัยปัจจุบันนั้นอาวุธยุทโธปกรณ์ที่ใช้ในการทำสงครามนั้นจะมีอำนาจที่ร้ายแรงกว่าในอดีตมาก ซึ่งสามารถทำลายล้างและฆ่าคนได้จำนวนที่ละมากขึ้น ซึ่งจะเห็นได้จากอำนาจของอาวุธที่ถูกใช้ในสงครามโลกครั้งที่ 2 ในการทำสงครามนั้นมีการนำวิธีการต่างๆ มาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะเอาชนะฝ่ายศัตรูให้ได้โดยเด็ดขาด จึงทำให้เกิดการนำวิธีการที่โหดร้ายทารุณมาใช้กับการทำสงครามในแต่ละครั้ง แนวความคิดในการทำสงครามได้เกิดขึ้นและพัฒนาการมาตลอดโดยในศตวรรษที่ 18 ได้มีแนวความคิดว่าในการทำสงครามนั้นสมควรที่จะให้ความคุ้มครองทางมนุษยธรรมต่อบุคคลที่มีได้อยู่ในกองทัพ รวมถึงการให้ความคุ้มครองทางทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าวด้วย แนวความคิดนี้ได้มีอิทธิพลมาจนถึงในสมัยศตวรรษที่ 19 โดยได้มีการรวบรวมหลักเกณฑ์ในการทำสงครามที่ปรากฏอยู่ซึ่งถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยปรากฏอยู่ในความตกลงพหุภาคี (Multilateral agreement) หรือคำปฏิญญา (Declaration) เช่น ปฏิญญากรุงปารีสว่าด้วยสงครามทางทะเล ค.ศ. 1856 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสงครามนั้นสามารถพิจารณาที่มาได้จากอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1907 เป็นต้น

อาชญากรรมสงครามเป็นการกระทำความผิดทั้งในสถานการณ์ความขัดแย้งด้วยอาวุธอันมีลักษณะระหว่างประเทศ (International armed conflict) และสถานการณ์ความขัดแย้งด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Armed conflict not of an international character)³⁵ เป็นต้นว่าการละเมิดฝ่าฝืนอย่างร้ายแรง (Graves breaches) เพื่อที่จะทำลายบุคคลทรัพย์สินโดยการจงใจฆ่า โจมตีประชาชนที่ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ เป็นต้น และเป็นที่น่าอนว่าความผิดเช่นนี้ก็มีความผิดอาญาตามกฎหมายไทยด้วย เนื่องจากมีการทำให้เสื่อมเสียซึ่งทรัพย์สิน ความ

³⁴Article 9(2)(a) of Statute of International Tribunal for Rwanda. And Article 10(2)(a) of Statute of International Tribunal for the Former of Yugoslavia.

³⁵Article 8(2)(f) of Rome Statute of International Criminal Court.

ชมชื่นใจ ตลอดจนชีวิตร่างกาย ซึ่งลักษณะของ Graves breaches นั้น การก่ออาชญากรรมเช่นนี้ มีลักษณะที่เป็นการกระทำที่รุนแรงต่อบุคคลที่ได้รับการปกป้องจากในอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับ และ Geneva Conventions (Protocol I) จึงตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลตามหลักสากล (Universal Jurisdiction) ที่ทุกรัฐสามารถพิจารณาคดีได้ และให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้³⁶

สำหรับประเทศไทยได้เคยมีการออกพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เพื่อใช้กับบุคคลสัญชาติไทยที่กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมในสงครามด้วย ซึ่งเป็นกฎหมายสงครามที่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทยภายหลังจากที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมสงครามไปแล้ว ซึ่งเมื่อถึงคดีที่ขึ้นสู่ชั้นศาลในครั้งนั้นแล้วประเทศไทยได้อาศัยหลัก Ne bis in idem กับการดำเนินคดีซึ่งมีบุคคลสำคัญของไทยที่เป็นคดีขึ้นสู่ศาลฎีกา โดยมีการฟ้องร้องจำเลยตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม ไม่ว่าจะได้ทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นอาชญากรรมสงคราม ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2489 ระหว่าง คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม โดยพันเอกสุวรรณ เพ็ญจันทร์ โจทก์ และ พันโท พระสารศาสน์พลชั้นร์ (ลอง สุนทานนท์) จำเลย

คดีนี้คำฟ้องโจทก์สรุปได้ว่า จำเลยได้ทำการโฆษณาชักชวนให้ผู้อื่นเห็นดีเห็นชอบในการกระทำของผู้ทำสงครามรุกราน และยกย่องการรบของประเทศญี่ปุ่น รวมทั้งแนะนำให้ญี่ปุ่นบุกนำทหารขึ้นที่จังหวัดสงขลา แทนที่จะขึ้นที่อินโดจีน เพื่อเข้าตีมลายู จึงฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 มาตรา 3(1) และ (4) และมาตรา 9 ซึ่งศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาดัดสินว่า การที่พระราชบัญญัตินี้ในส่วนเฉพาะที่บัญญัติลงโทษการกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นโมฆะ ดังนั้น การกระทำที่โจทก์ฟ้อง

³⁶United Nations, Yearbook of International Law Commission 1989, p. 204 อ้างถึงใน กนกวรรณ ภิบาลชนม์ชนม์, "อาชญากรรมสงคราม : ปัญหาและสู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษ," (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2507), หน้า 74.

จำเลยในคดีนี้เป็นการกระทำก่อนวันที่ 11 ตุลาคม 2488 อันเป็นวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับทั้งสิ้น จึงถือได้ว่าเป็นการใช้กฎหมายอาญาที่มีผลย้อนหลังซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 61 ซึ่งได้บัญญัติว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ มีข้อความหรือขัดแย้งรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้นๆ เป็นโมฆะ" ซึ่งจำเลยจะมีความผิดตามกฎหมายอื่นใดบ้างหรือไม่ไม่สำคัญสำหรับคดีนี้เพราะคดีนี้โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เท่านั้น จึงพิพากษายกฟ้องโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 2/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2489 ระหว่าง คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม โดยพระยาอรุณกรมณุตติ โจทก์ และ จอมพลแปลก พิบูลสงคราม จำเลย

คดีนี้คำฟ้องโจทก์สรุปได้ว่า จำเลยกระทำผิดต่อพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม ต่างกรรมต่างวาระ หลายบทหลายกระทง เช่น สมัครใจเข้าร่วมสงครามรุกรานกับญี่ปุ่นโดยทางพม่าและด้านเหนือ โฆษณาชักชวนให้เห็นชอบกับการทำสงครามรุกราน ซึ่งกระทำระหว่างวันที่ 16 กรกฎาคม 2486 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2486 ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2487 มาตรา 3(1) มาตรา 4 และกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 63, 64 และมาตรา 71

คำพิพากษาศาลฎีกาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 4/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2489 ระหว่าง คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม โดยพันโทหลวงเจริญนิติศาสตร์ โจทก์ และ จอมพลแปลก พิบูลสงคราม จำเลยที่ 1, นายเพียร ราชธรรมนิเทศ จำเลยที่ 2 และนายสังข์ พัฒโนมัย จำเลยที่ 3

คดีนี้คำฟ้องโจทก์สรุปได้ว่า จำเลยทั้งสามสมคบกันกระทำผิดต่างกรรมต่างวาระหลายบทหลายกระทง เช่น โฆษณาชักชวนให้บุคคลเห็นดีเห็นชอบในการกระทำของผู้ทำสงครามรุกราน ความผิดหลังสุดเกิดวันที่ 6 กรกฎาคม 2476

ศาลได้พิจารณาทั้งสองคดีรวมกันเพราะกรณีติดต่อกันเป็นเรื่องเดียวกัน และเห็นว่า เป็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้บทในพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม ศาลเห็นว่า พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2487 นั้นเฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังให้การกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติด้วยนั้นขัดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

จักรไทย มาตรา 14 และเป็นโมฆะตามมาตรา 61 เมื่อบทบัญญัติที่โจทก์ฟ้องขอให้เอาผิดจำเลย เป็นโมฆะอันจะลงโทษจำเลยไม่ได้ จึงพิพากษายกฟ้องโจทก์ และปล่อยจำเลยทั้งสามพ้นข้อหาไป

แท้จริงแล้วคดีที่ชั้นศาลทั้งสามคดีนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องจำเลยที่จะต้องถูก นำตัวไปขึ้นศาลทหารระหว่างประเทศที่กรุงโตเกียว ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้หาทางออกเพื่อ ช่วยเหลือ โดยการให้ประเทศไทยตราพระราชบัญญัติฉบับนี้เพื่อพิพากษาโดยมีบทบัญญัติเกี่ยว กับการออกกฎหมายย้อนหลังให้เป็นโมฆะเพื่อให้จำเลยพ้นโทษ กล่าวคือ ศาลฎีกาได้มีคำ พิพากษาให้บทบัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นโมฆะ เนื่องจากการออกกฎหมายที่มี เจตนาจะให้ผลย้อนหลังไปถึงวันก่อนที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งเป็นการขัดต่อกฎหมายรัฐ ธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 ทำให้ศาลได้ตัดสินยกฟ้องจำเลย ซึ่งเมื่อจำเลยได้รับ คำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ตามกฎหมายไทยจะไม่มีกรนำตัวจำเลยมาพิจารณาคดีได้อีก ดังนั้น จึง ไม่ต้องนำตัวบุคคลที่ถูกฟ้องเหล่านี้ไปขึ้นศาลทหารระหว่างประเทศโตเกียวอีก เพราะจะเป็นการ ขัดต่อการพิจารณาคความผิดซ้ำสองครั้ง เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงนี้ หากศาลที่จะนำตัวอาชญา กรสงครามนั้น เป็นศาลอาญาระหว่างประเทศ และในกรณีนี้เกิดภายหลังที่ศาลอาญาระหว่าง ประเทศมีผลใช้บังคับแล้ว จะไม่สามารถหลีกเลี่ยงการนำตัวบุคคลดังกล่าวขึ้นศาลอาญาระหว่าง ประเทศได้ เนื่องจากหลักในเรื่อง Ne bis in idem นั้น ในข้อ 20(3)(a) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่าง ประเทศได้กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถนำตัวบุคคลที่ถูกดำเนินคดีในศาลอื่นแล้ว เพื่อมาดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศได้ในข้อหาเดียวกัน หากการดำเนินคดีในศาลอื่น นั้นเป็นไปโดยมีเจตนาปกป้องบุคคลจากความรับผิดชอบในการกระทำความผิดอาญาของตนภายใต้เขตอำนาจศาล ซึ่งในกรณีนี้สมมติว่าคดีนี้ได้กระทำขึ้นหลังจากที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมี ผลใช้บังคับจริงแล้ว คดีที่เกิดขึ้นนี้ก็อาจจะไม่สิ้นสุดเพียงชั้นศาลฎีกาที่ตัดสินยกฟ้องจำเลยนี้เท่า นั้น หากศาลอาญาระหว่างประเทศก็สามารถที่จะเข้ามาพิจารณาคความผิดนี้ได้อีก เพราะศาล อาญาระหว่างประเทศอาจจะเห็นว่าเป็นการดำเนินคดีที่มีเจตนาปกป้องผู้กระทำความผิดให้ไม่ ต้องได้รับโทษ ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะนำคดีมาพิจารณาตามหลัก Complementarity ได้ แม้เวลาจะผ่านไปจนหมดอายุความตามกฎหมายไทยแล้วก็ตาม

ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาที่ประเทศจะต้องมีกับฐานความผิดนี้ ควร จะตั้งข้อสังเกตในเรื่องการใช้นโยบายทางทหารของประเทศไทยเป็นสำคัญว่ามีความจำเป็นหรือ ไม่ที่จะต้องให้ความร่วมมือแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ และที่สำคัญความผิดฐานอาชญากร สงครามนี้แม้รัฐภาคีสามารถทำข้อยกเว้นที่จะไม่ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจได้เป็น เวลา 7 ปี ต่อการกระทำความผิดโดยคนชาติของรัฐภาคีนั้น หรือเกิดการกระทำความผิดในรัฐภาคี

นั้น เพื่อให้รัฐต่างๆ ที่ยังไม่พร้อมที่จะยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม สามารถพิจารณาเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีศาลอาญาระหว่างประเทศ³⁷ จึงเป็นการเหมาะสมหรือไม่ที่ประเทศไทยจะทำข้อยกเว้นในความผิดฐานนี้เป็นเวลา 7 ปี เพื่อดูท่าทีของรัฐต่างๆ เนื่องจากอาจจะมีโอกาสที่ผู้บัญชาการและนายทหารบางท่านของประเทศไทยอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ แต่ในกรณีที่อาชญากรรมสงครามนั้นมิได้กระทำลงโดยคนไทยหรือได้กระทำภายใต้ดินแดนของประเทศไทยแล้ว ประเทศไทยในฐานะผู้รับคำร้องขอก็สามารถให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้

4.2.1.4 อาชญากรรมการรุกราน (Crimes of Aggression)

ประเด็นปัญหาที่สำคัญในอาชญากรรมการรุกราน (Crimes of Aggression) ก็คือยังไม่มีกรให้คำจำกัดความหรือคำนิยามที่ชัดเจนกับอาชญากรรมดังกล่าว ซึ่งในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ยังมีเงื่อนไขในเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมการรุกรานที่ศาลจะมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อได้มีการให้คำจำกัดความเป็นที่เรียบร้อยแล้ว³⁸ ซึ่งในข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ที่ 3314 (XXIX) ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1974 ได้ให้คำจำกัดความของความผิดฐานการรุกรานไว้ว่า "อาชญากรรมการรุกราน เป็นอาชญากรรมต่อสันติภาพระหว่างประเทศ และส่งผลถึงความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ" อย่างไรก็ตามการที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) จะให้คำจำกัดความและกำหนดลักษณะของอาชญากรรมการรุกรานเป็นอย่างไรมันเป็นเรื่องที่จะต้องติดตามความคืบหน้ากันต่อไป เพราะหากยังไม่มีกรจำกัดความหมายของการรุกรานแล้ว อาจจะเป็นการลำบากที่รัฐภาคีจะให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ

³⁷Melissa K. Marler, "The International Criminal Court : Assessing The Jurisdictional Loopholes in The Rome Statute," *Duke Law Journal* 49, No. 3 (December 1999): 835.

"หน่วยงาน NGOs ได้ตั้งข้อสังเกตว่าการที่รัฐสามารถทำข้อยกเว้นในเรื่องเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ ในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามได้เป็นเวลา 7 ปีนั้นมีหลายองค์กักรังวลว่าจะเป็นการเปิดช่องว่างให้กับอาชญากรดังกล่าวที่จะได้รับผลประโยชน์จากช่องว่างเหล่านี้".

³⁸Article 5(2) of Rome Statute of International Criminal Court.

นอกเหนือไปจากการพิจารณาถึงฐานความผิดที่แตกต่างกันกับกฎหมายไทยแล้ว ที่จะต้องมีการนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายในเพื่อรองรับกับการเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ก็ยังมีข้อที่จะต้องพิจารณาถึงการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะต้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้ร้องขอให้มีการให้ความร่วมมือเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ

4.3 การให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา

ได้กล่าวแล้วว่าประเทศไทยได้ลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว และขณะนี้อยู่ในขั้นตอนการเตรียมการเพื่อที่จะให้สัตยาบันเป็นภาคีแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นลำดับต่อไป ประเทศไทยจึงมีเวลาที่จะปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ และกฎหมายของประเทศไทยซึ่งเกี่ยวกับการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญานั้น มีอยู่ด้วยกัน 3 ฉบับคือ

1. พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535
2. พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472
3. พระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา พ.ศ. 2527

การดำเนินการเพื่อให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญานั้น ประเทศไทยควรจะมีการพิจารณาถึงกฎหมายที่ประเทศไทยมีอยู่ในปัจจุบันและความต้องการในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาของศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนี้

4.3.1 ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 เพื่อให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่รัฐต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีในรัฐนั้น ซึ่งหลักเกณฑ์ของการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในรูปแบบนี้ต่อศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น มีหลักบางประการที่ไม่สามารถอำนวยให้มีการให้ความร่วมมือระหว่าง

ประเทศได้ ซึ่งหลักเกณฑ์สำคัญก็คือจะต้องเป็นการขอความร่วมมือโดยหน่วยงานของรัฐผู้ร้องขอ แก่หน่วยงานผู้รับคำร้องขอ

อย่างไรก็ตามภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา ของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน และภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ เอกชนก็ยังคง ไม่มีสิทธิขอรับความร่วมมือระหว่างประเทศได้ แต่เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศมีลักษณะ ของการพิจารณาสอบสวนคดีในระบบไต่สวน ซึ่งจะเห็นได้จากกรณีที่นำเอาระบบการพิจารณาคดี โดยผู้พิพากษาของศาลจะดำเนินการตามที่จำเป็นเพื่อพิจารณาคดีที่ปรากฏธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศ มิได้เป็นเพียงผู้ควบคุมการพิจารณาคดีอย่างเช่นในระบบกล่าวหา และในศาล อาญาระหว่างประเทศนั้นไม่มีคณะลูกขุนอันเป็นลักษณะสำคัญของระบบกล่าวหาอีกด้วย ดังนั้น ทำให้ผู้พิพากษาในศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถขอรับความร่วมมือระหว่างประเทศได้ เพื่อ ทำให้จำเลยสามารถร้องขอเพื่อขอให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ขอให้รัฐภาคีให้ความร่วมมือระหว่าง ประเทศแทนตนได้ ไม่เช่นนั้นแล้วก็จะขัดกับกระบวนการนิติธรรม (due process) ที่กำหนดให้ โจทก์และจำเลยมีความทัดเทียมกันในการต่อสู้คดี

สำหรับหลักการที่สำคัญที่จะต้องพิจารณาในเรื่องการให้ความร่วมมือระหว่าง ประเทศของประเทศไทยต่อศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น จะขอกกล่าวถึงหลักการในเรื่องนี้ดังนี้

4.3.1.1 หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

การให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ นั้น จะต้องมีการให้ความร่วมมือโดยยึดหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งหมายถึงการให้ความร่วมมือเช่นเดียวกับการให้ความร่วมมือภายในหน่วยงานภายในประเทศไทย เสมือนว่ามี การพิจารณาคดีนั้นในประเทศไทย ซึ่งมีทั้งในลักษณะการจัดส่งหมายเรียก หมายจับ การสืบพยาน เป็นต้น เช่นเดียวกันกับที่กระบวนการทางกฎหมายของไทยได้กระทำกัน หลักการนี้เป็นหลักการที่ ใช้กับการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่รัฐต่างๆ ไม่ว่าจะมีความสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือ ระหว่างประเทศกับประเทศไทยหรือไม่ก็ตาม ซึ่งเป็นหลักการเป็นประโยชน์หากได้นำมาใช้กับการ ให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย อีกทั้งการใช้หลักนี้จะเป็นการ สะดวกต่อประเทศไทยและเจ้าหน้าที่ของไทยที่จะดำเนินการภายใต้กฎหมายไทยซึ่งใช้บังคับอยู่ ภายในประเทศ

4.3.1.2 การสืบพยานโดยผ่านทาง วีดีโอ วีดีทัศน์ กล้องถ่ายภาพ

การสืบพยานในลักษณะการผ่านทางโทรทัศน์ วีดีโอ หรือกล้องถ่ายภาพซึ่งเป็นแนวความคิดใหม่ในการสืบพยานหลักฐานเนื่องจากการป้องกันพยานหรือผู้เสียหายในการเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดและสาธารณชน³⁹ ซึ่งการเผชิญหน้ากันในศาลอาจทำให้ผู้เสียหายไม่กล้าที่จะตอบคำถามของอัยการในการสืบพยานได้ ดังนั้นจึงเกิดแนวความคิดที่จะนำเอาระบบการสืบพยานโดยใช้วีดีโอ รวมทั้งอำนวยความสะดวกให้พยานหรือผู้เสียหายไม่ต้องเดินทางมาศาล ซึ่งเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย และผู้เสียหายอาจไม่สะดวกที่จะเดินทางมาอันอาจเกิดจากการบาดเจ็บอันเป็นผลจากการกระทำความผิดได้ สำหรับประเทศไทยแล้ววิธีการดังกล่าวเป็นเรื่องที่ใหม่สำหรับประเทศไทย การสืบพยานโดยผ่านระบบนี้ในศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองพยาน และผู้เสียหายที่จะไม่ต้องเผชิญหน้ากับจำเลย หรือไม่จำเป็นที่จะต้องเปิดเผยตนต่อสาธารณชน เพราะบางครั้งผู้เสียหายอาจจะอับอายที่จะต้องตอบคำถามของคุณความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดที่เกี่ยวกับเพศ

4.3.1.3 การร้องขอผ่านองค์กรที่มีอำนาจอนุมัติ

การประสานงานกับหน่วยงานในศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศยังไม่มีผลบังคับใช้ จึงยังไม่มีหน่วยงานใดของประเทศไทยเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้เป็นหน่วยงานที่จะติดต่อประสานงานกับเจ้าหน้าที่ของศาลอาญาระหว่างประเทศโดยตรง ซึ่งการประสานงานในที่นี้คือการติดต่อสื่อสารกับศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อศาลได้รับการจัดตั้งแล้ว ซึ่งที่ผ่านมาประเทศไทยเมื่อประสงค์จะติดต่อสื่อสารกับรัฐภาคีเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญานั้นก็จะผ่านหน่วยงานผู้ประสานงานกลางเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบคือสำนักงานอัยการสูงสุด⁴⁰ ซึ่งหากรัฐที่ต้องการติดต่อสื่อสารนั้นไม่ใช่รัฐภาคีของประเทศ

³⁹Amnesty International, "The International Criminal Court", Fact sheet 6, Prosecuting war crimes, p. 2.

⁴⁰มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535.

ไทยก็จะติดต่อผ่านหน่วยงานของกระทรวงการต่างประเทศตามขั้นตอนของแต่ละรัฐ⁴¹ และเมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับแล้วและประเทศไทยก็จะต้องเตรียมการจัดหน่วยงานที่จะเป็นผู้ประสานงานกลางให้กับศาลอาญาระหว่างประเทศ และเพื่อเป็นการลดขั้นตอนทางการทูตที่ไม่จำเป็นด้วย เพื่อให้ความร่วมมือนั้นเป็นไปได้โดยเร็วที่สุดและสะดวกต่อคู่ความทุกฝ่าย

4.3.2 ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การนำเอาพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาที่ยังคงมีช่องว่างที่ยังไม่อาจนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ หรืออาจไม่ให้ความร่วมมือระหว่างประเทศดังกล่าวได้ หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไข หลักปฏิบัติ หรือเข้าข้อยกเว้นในการสนับสนุนให้มีการนำตัวผู้กระทำความผิดมาพิจารณาและให้รับโทษ ประเด็นปัญหาในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามกฎหมายไทย ซึ่งแตกต่างจากความร่วมมือในศาลอาญาระหว่างประเทศในกฎหมายฉบับนี้มีดังต่อไปนี้

4.3.2.1 หลักต่างตอบแทน

การใช้หลักต่างตอบแทน (Reciprocity) ซึ่งฝ่ายบริหารของไทยจะใช้ในกรณีที่คำร้องขอ นั้น ประเทศไทยไม่มีสนธิสัญญาให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อกันกับรัฐนั้นทั้งในระดับทวิภาคีและระดับพหุภาคี ซึ่งก็หมายความว่ารัฐผู้ถูกร้องขอให้ความร่วมมือระหว่างประเทศนั้นไม่มีหน้าที่หรือพันธกรณีผูกพันที่จะต้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่รัฐผู้ร้องขอ แต่หากรัฐผู้รับคำร้องขอประสงค์ที่จะให้ความช่วยเหลือนั้น รัฐผู้รับคำร้องขอก็มักจะให้รัฐผู้ร้องขอแสดงความช่วยเหลือในทำนองเดียวกันเมื่อถูกร้องขอ โดยอาศัยหลักต่างตอบแทนที่จะให้ความมั่นใจได้ว่า เมื่อประเทศไทยให้ความช่วยเหลือไปแล้ว จะได้รับความช่วยเหลือตอบกลับในลักษณะเดียวกันหากต้องการจากรัฐผู้ร้องขอ แต่หลักเกณฑ์นี้ก็ไม่ใช่ว่าหลักเกณฑ์ตายตัวยัง

⁴¹วิฑูรย์ สัตยเทวา, "ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา (กรณีสนธิสัญญาระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา)" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 123-125.

สามารถยืดหยุ่นได้สำหรับความผิดบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดที่มีความร้ายแรง หรือเพื่อความสัมพันธ์อันดีกับรัฐอื่นก็อาจพิจารณาให้ความร่วมมือได้แม้ไม่มีการตอบแทนกันในภายหน้า แต่สำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่มีการใช้หลักนี้ เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นนิติบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการจัดตั้งขึ้นโดยข้อตกลงตามสนธิสัญญาที่จะให้รัฐภาคีมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ เมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศต้องการ และด้วยเหตุผลที่ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ใช่รัฐแต่เป็นองค์กรระหว่างประเทศ ไม่มีประชากรเป็นของตนเอง จึงไม่สามารถที่จะให้การตอบแทนในลักษณะเดียวกันจากรัฐผู้ถูกร้องขอได้ ดังนั้น รัฐภาคีจะต้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศฝ่ายเดียว โดยไม่คำนึงถึงหลักต่างตอบแทน หรืออีกนัยหนึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา มิใช่สิทธิที่รัฐภาคีจะเลือกได้ เว้นเสียแต่ว่าการให้ความร่วมมือดังกล่าวกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐภาคีนั้น ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 1 ดังนั้น ประเทศไทยก็ต้องให้ความร่วมมือตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ เมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศต้องการ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าประเทศไทยจะได้ผลตอบแทนจากการช่วยเหลือหรือไม่

4.3.2.2 การใช้ดุลพินิจในเรื่องสัญชาติของผู้กระทำความผิด

โดยปกติแล้วในเรื่องของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น พระราชบัญญัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ของประเทศไทย ได้วางหลักให้ศาลรับฟังข้อโต้แย้งของจำเลยในเรื่องสัญชาติของจำเลยได้⁴² และให้ศาลรายงานหรือเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมก่อนที่จะออกคำสั่งให้ปล่อยจำเลยไป⁴³ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทยนั้น ประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกลุ่มประเทศซิวิลลอว์ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการไม่ส่งคนชาติข้ามแดน กฎหมายภายในของไทยจึงได้บัญญัติไว้ในลักษณะดังกล่าวว่าจะให้เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมเพื่อที่จะออกคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลยหรือบุคคลสัญชาติไทยนั้น ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาหลายครั้งที่ประเทศไทยได้ส่งตัวคนชาติของตนข้ามแดนให้กับสหรัฐอเมริกา เช่น ในกรณีของนายทอง ศิริปรีชาพงศ์⁴⁴

⁴²มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472.

⁴³มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 .

⁴⁴“โปรดดูรายละเอียดใน รัฐ จำเดิมเผด็จศึก, “ปัญหาการส่งคนชาติข้ามแดนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539).

ทำให้เห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ที่ได้ปรากฏในพระราชบัญญัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 นั้นไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดนัก แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการบังคับใช้มานานกว่า 70 ปีแล้ว ในปัจจุบันนี้จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมทันกับสถานการณ์ปัจจุบัน

กฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ คือ เป็นทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ⁴⁵ ซึ่งมีข้อจำกัดโดยลักษณะของการพิจารณาคดี คือการปฏิเสธที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดน ถ้าเห็นว่าผู้กระทำความผิดจะพิจารณาโดยศาลพิเศษ (special tribunal) เพราะเกรงว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณาและอาจจะไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ตามหลัก ne bis in idem⁴⁶ อย่างไรก็ตามการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น เป็นการเกี่ยวข้องระหว่าง 2 รัฐ จึงต้องคำนึงถึงการประกันว่าผู้ถูกขอให้ส่งข้ามแดน นั้นจะได้รับการปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะได้แก่สิทธิในการต่อสู้ทางศาล สิทธิในการตรวจสอบว่าการจับกุมชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และสิทธิในการไม่เห็นด้วยกับการขอให้ส่งข้ามแดนในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม รัฐผู้ร้องขอก็ควรจะต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนว่าควรจะให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่⁴⁷ เช่น ในกรณีที่ผู้ถูกขอให้ส่งตัวข้ามแดนนั้นอาจจะไม่ได้รับความยุติธรรมหากต้องถูกส่งตัวไปดำเนินคดีในศาลอื่นซึ่งมิใช่ศาลภายในรัฐที่พบตัวผู้กระทำความผิดนั้น หรือศาลในรัฐที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ แต่สำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นควรจะเป็นข้อยกเว้นในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากเหตุผลประการหนึ่งที่สำคัญคือความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นความผิดอาญาชั้นร้ายแรง และมีผู้ได้รับความเสียหายเป็นจำนวนมาก โดยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจึงได้รับการจัดตั้งโดยการให้สัตยาบันจากรัฐภาคีถึง 60 รัฐ ซึ่งเป็นจำนวนมากและนับได้ว่าเป็นการยอมรับนานาอารยประเทศจึงเป็นประกันและให้ความมั่นใจได้ว่าการดำเนินงานโดยหน่วยงานของศาลอาญาระหว่าง

⁴⁵ พงศ์ธร บุญอารีย์, กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 797.

⁴⁶ Hans Schultz, "The General Framework of Extradition and Asylum", in A Treatise on International Criminal Law. Vol. II, eds. M. Cherif Bassiouni and V.P. Nanda (Illinois : Springfield, 1973), p. 320.

⁴⁷ พงศ์ธร บุญอารีย์, กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญา. หน้า 806.

ประเทศดำเนินงานโดยบุคลากรที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมซึ่งจะให้ความยุติธรรมทั้งแก่ผู้กระทำ ความผิดและผู้เสียหาย⁴⁸

อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าหลักเกณฑ์ในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ภายใต้กฎหมายในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น จะมี เจตนารมย์ในการนำตัวบุคคลที่ปรากฏอยู่ภายใต้รัฐใดรัฐหนึ่งนั้น หากรัฐนั้นเป็นรัฐภาคีก็จะต้องมี การส่งตัวบุคคลที่ปรากฏในรัฐนั้นให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ แม้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่าง ประเทศจะมีการใช้คำว่า การส่งมอบตัว (Surrender) แทนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition) ก็ ตามก็เป็นไปเพื่อกำหนดถึงข้อแตกต่างของการส่งตัวบุคคลให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศและ รัฐต่างๆ เท่านั้น⁴⁹ ดังนั้น การที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ก็ควรที่จะตระหนักถึงความสำคัญของการส่งคนชาติข้ามแดน การหลีกเลี่ยงว่าบุคคลที่ถูกขอให้ส่ง มอบตัวนั้นเป็นผู้มีสัญชาติไทยจะสามารถทำได้มากน้อยเพียงไรในศาลอาญาระหว่างประเทศ ดัง นั้น จึงเป็นเรื่องที่ประเทศไทยควรตระหนักถึงอย่างยิ่งในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ

4.3.2.3 ความผิดที่ถูกต้องห้ามการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

สำหรับการกล่าวอ้างถึงความผิดทางการเมือง หรือความผิดทางทหาร เป็นความ ผิดที่ถือเป็นหลักว่าจะไม่ส่งข้ามแดนกันได้ รวมทั้งประเทศไทยก็ถือหลักการดังกล่าว ซึ่งการที่จะ ถือว่าเป็นความผิดทางการเมืองนั้น ก็มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งน่าจะทำให้เกิดปัญหาใน ทางปฏิบัติได้ว่าผู้กระทำความผิดจะกล่าวอ้างว่าการกระทำที่ตนทำลงไปนั้นเป็นความผิดที่มี สาเหตุมาจากการเมือง แม้ว่าการกระทำความผิดนั้นได้ทำโดยมีลักษณะรุนแรง (Serious Crimes) ก็ตาม และการไม่มีคำจำกัดความที่แน่นอนถึงความผิดทางการเมืองก็จะทำให้เกิดความ ไม่แน่นอนในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศจากรัฐต่างๆ ซึ่งโดยปกติจะขึ้นอยู่กับรัฐนั้นๆ ตัด สิ้นว่าความผิดใดเป็นความผิดทางการเมือง เพราะเมื่อเป็นความผิดทางการเมืองแล้วก็จะมีการ หลีกเลี่ยงไม่ให้ความร่วมมือระหว่างประเทศได้ ซึ่งแม้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ไม่ได้ ให้คำนิยามของความผิดทางการเมืองไว้ แต่ก็ควรเปิดช่องให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผู้มี

⁴⁸Asean Forum for Human Rights and Development "International Criminal Court brief" source : www.icc.org/icc May 2000, p. 2

⁴⁹Article 98 of Rome Statute of International Criminal Court.

ส่วนร่วมในการพิจารณากับรัฐที่ถูกร้องขอว่าความผิดที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความผิดทางการเมืองหรือไม่ ซึ่งหากศาลอาญาระหว่างประเทศได้พิจารณาว่าความผิดที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรง (Serious Crimes) รัฐภาคีก็ไม่ควรกล่าวอ้างว่าเป็นความผิดการเมือง เช่นเดียวกับที่ในประเทศเบลเยียมได้วางหลักเรื่องการทำต่อประมุขของรัฐตามหลัก Attentat Clause นั้นจะไม่ถือว่าเป็นความผิดการเมือง หรือการก่อการร้ายระหว่างประเทศ จะเป็นข้อยกเว้นให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ โดยแม้ว่าจะเป็นการก่อการร้ายเพื่อผลทางการเมืองก็ตาม⁵⁰

4.3.2.4 การให้ความร่วมมือระหว่างรัฐ

หลักกฎหมายไทยที่ปรากฏอยู่พระราชบัญญัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 นั้น จะเป็นการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่รัฐโดยผ่านขั้นตอนตามกฎหมายของประเทศไทย โดยการให้ความร่วมมือในกรณีที่เป็นรัฐทั้งที่มีและไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศไทย ล้วนเป็นการให้ความช่วยเหลือระหว่างรัฐกับรัฐด้วยกันเท่านั้น แต่ในกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศ ตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของไทยแล้ว ไม่เปิดช่องให้มีความช่วยเหลือร่วมมือระหว่างประเทศต่อองค์การระหว่างประเทศได้ ดังนั้น เมื่อมีการให้สัตยาบันต่อธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายเหล่านี้เพื่อเปิดช่องให้มีการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ⁵¹ ซึ่งประเทศไทยก็ควรจะปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของไทยเปิดโอกาสให้รัฐบาลไทยสามารถส่งตัวบุคคลข้ามแดนต่อองค์การระหว่างประเทศที่ประสงค์จะพิจารณาคดีกับบุคคลดังกล่าว ก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันเป็นรัฐภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁵⁰เช่น จากอนุสัญญาการต่อต้านการก่อการร้าย ค.ศ. 1987 ของ SAARC และ ไพรตดู ภาสกร ชุณหะวัณ, "ปัญหาเรื่องความผิดทางการเมือง ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน," วารสารนิติศาสตร์ 16 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2529): 42-54.

⁵¹Asian Network for International Criminal Court (ANICC), "Common Queries Regarding The International Criminal Court," p. 3.

4.3.2.5 ความผิดที่ได้กระทำเป็นความผิด Double Criminality

ในระยะแรกของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น จะมีการบัญญัติถึงฐานความผิดที่จะสามารถส่งข้ามแดนได้ ซึ่งเป็นการไม่สะดวกในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในรูปแบบดังกล่าวได้ในกรณีที่ชื่อฐานความผิดในแต่ละรัฐต่างกัน ดังนั้น จึงได้มีการวางหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้ในลักษณะการพิจารณาระยะเวลาของโทษที่จะได้รับในรัฐผู้รับคำร้องขอที่สมควรจะให้ส่งข้ามแดนได้ ซึ่งในพระราชบัญญัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 นั้น ได้กำหนดให้ในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนต่อกัน ก็ต้องเป็นความผิดที่ในประเทศไทยมีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี⁵² ซึ่งแม้ไม่มีการบัญญัติว่าฐานความผิดที่ขอให้ส่งข้ามแดนได้นั้นเป็นความผิดที่มีชื่อฐานเดียวกันในประเทศไทย แต่สามารถที่จะลงโทษได้ตามกฎหมายไทยในความผิดฐานอื่น เช่น ความผิดฐานการบังคับให้ตั้งครอบครัว แม้ไม่มีฐานความผิดดังกล่าวชัดเจนตามกฎหมายไทย แต่ก็สามารถลงโทษตามกฎหมายไทยในฐานความผิดต่อเสรีภาพในร่างกายได้ เป็นต้น จึงสามารถที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ดังนั้น เมื่อมีการขอให้ส่งบุคคลดังกล่าวต่อศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ประเทศไทยก็สามารถที่จะส่งบุคคลนั้นให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้ถ้าความผิดที่ขอให้ส่งข้ามแดนนั้นเป็นความผิดตามที่กฎหมายไทยลงโทษได้เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น มักจะเป็นความผิดที่มีความรุนแรงมากและกระทบถึงความสงบเรียบร้อยของโลก เช่น ความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงสมควรเป็นอย่างยิ่งที่จะเปิดโอกาสให้ประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับคำร้องให้มีการพิจารณาให้ความร่วมมือระหว่างประเทศแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้แม้ไม่มีฐานความผิดนั้นๆ อยู่ตามกฎหมายไทย

4.3.3 ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา

สำหรับพระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา พ.ศ. 2527 เป็นการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษนั้น เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงสภาพจิตใจผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีมากกว่าการประสงค์ให้ความร่วมมือในลักษณะการพิจารณาความผิดเพื่อปราบปรามการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้น กล่าวคือ การให้ความร่วมมือระหว่าง

⁵² มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472.

ประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญานั้น มีวัตถุประสงค์ให้มีการพิจารณาเพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด แต่ความร่วมมือระหว่างประเทศในการไต่สวนนักโทษ มีขึ้นเพื่อประโยชน์ในทางฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด (Rehabilitation) มากกว่า และเพื่อให้ให้นักโทษอยู่ใกล้ชิดกับครอบครัวของตน อีกทั้งวัฒนธรรมในการดำรงชีวิตก็เป็นไปตามวิถีชีวิตในรัฐที่นักโทษมีสัญชาติ ซึ่งในกรณีของการที่ประเทศไทยจะเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น การให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญาของศาลอาญาระหว่างประเทศมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการไต่สวนนักโทษภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แม้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะได้จัดตั้ง ณ. กรุงเฮก (Host State) ซึ่งที่นั่นจะมีการจัดตั้งสถานที่จำคุกนักโทษก็ตาม แต่ก็ได้เปิดโอกาสให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถส่งตัวนักโทษไปปรับโทษในรัฐซึ่งอยู่ในรายชื่อของศาลอาญาระหว่างประเทศ (A list of States which have indicated to the Court) และก็น่าจะเป็นที่คาดหมายได้ว่าคงจะเป็นรัฐที่มีสภาพเรือนจำที่มีความทันสมัย และมีมาตรการการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้ดี และไม่ควรจะเป็นรัฐที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในดินแดนนั้น ซึ่งมีข้อสังเกตในเรื่องนี้ดังต่อไปนี้

4.3.3.1 สัญชาติของนักโทษ

การไต่สวนนักโทษที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันนั้น จะมีการไต่สวนนักโทษได้ต่อเมื่อรัฐที่รับไต่สวนไปเป็นรัฐที่นักโทษมีสัญชาติอยู่ในรัฐนั้น แต่ในกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น รัฐที่รับตัวนักโทษไปนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นรัฐที่นักโทษมีสัญชาติก็ได้ หลักการในเรื่องการไต่สวนนักโทษให้แก่รัฐเจ้าของสัญชาติของนักโทษกับการส่งตัวนักโทษจึงแตกต่างกัน รัฐผู้รับตัวนักโทษจะพิจารณาจากมาตรฐานในการดูแลนักโทษของรัฐที่อยู่ในรายชื่อของศาลอาญาระหว่างประเทศ (A list of States which have indicated to the Court) และควรจะเป็นรัฐที่เคารพสิทธิของบุคคล ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างเป็นต้นว่า ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 อันได้แก่ สิทธิทางการเมืองของบุคคลที่จะไม่ถูกทรมาน (torture) หรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า (cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว และมีลักษณะเป็นบทบังคับเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้น (jus cogens หรือ

peremptory norm)⁵³ หากประเทศไทยประสงค์ที่จะให้ความร่วมมือในรูปแบบการส่งตัวนักโทษนี้ ก็คงจะต้องมีการปรับปรุงสภาพเรือนจำของไทยให้ได้มาตรฐานสากลต่อไป

4.3.3.2 ความยินยอมของนักโทษ

การโอนตัวนักโทษนั้นที่สำคัญจะต้องได้รับความยินยอมจากทั้งรัฐผู้โอน รัฐผู้รับ โอนและตัวนักโทษเอง เนื่องจากการโอนตัวนักโทษนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตัวนักโทษเองในการกลับยังรัฐที่ตนมีสัญชาติ ซึ่งนักโทษจะไม่ขอรับประโยชน์ในส่วนนี้ก็ได้ แล้วแต่ความสมัครใจของตัวนักโทษเอง รวมทั้งรัฐผู้โอนที่จะต้องสละอำนาจอธิปไตยของตนลงเพื่อประโยชน์แห่งตัวนักโทษในการฟื้นฟูสภาพจิตใจ และรัฐผู้รับโอนที่จะนำตัวนักโทษที่มีสัญชาติในรัฐตนกลับมาดูแล ดังนั้น จึงแตกต่างกับการที่ส่งตัวนักโทษเพื่อไปรับโทษยังรัฐภาคีของศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่มีสาเหตุมาจากการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อดูแลนักโทษเหล่านั้นแทนศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยศาลจะเป็นผู้คัดเลือกรัฐภาคีที่จะทำหน้าที่นี้จากรายชื่อของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งจะไม่ต้องอาศัยความยินยอมในตัวนักโทษที่จะเป็นผู้ยินยอมว่าจะถูกรับโทษในรัฐใด

4.3.3.3 การใช้หลัก Double Criminality

ในการใช้หลักดังกล่าวนี้ คล้ายคลึงกับที่กล่าวไว้แล้วในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น แม้ไม่มีการบัญญัติว่าฐานความผิดที่ขอให้โอนตัวนักโทษได้นั้นเป็นความผิดที่มีชื่อฐานเดียวกันในประเทศไทย แต่สามารถที่จะลงโทษได้ตามกฎหมายไทยในความผิดฐานอื่นได้ แต่หากไม่เป็นความผิดของทั้งสองรัฐแล้ว ก็ไม่เป็นประโยชน์อะไรที่รัฐผู้รับโอนจะนำตัวบุคคลนั้นมาจำคุกในรัฐเจ้าของสัญชาติ ในขณะที่รัฐเจ้าของสัญชาติไม่มีการกำหนดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด จึงต้องมีการยกเว้นหลักนี้ภายใต้บทบัญญัติของศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁵³Theodor Meron, Human Rights Law-Making in the United Nations. A Critique of Instruments and Process (New York: Oxford University Press, 1986), p. 83 อ้างถึงใน พรชัย ด่านวิวัฒน์, "ประเทศไทยกับการเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง พ.ศ. 2509," วารสารนิติศาสตร์ 29 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2542): 621.

4.3.3.4 การลดโทษ

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้น ผู้กระทำความผิดที่ได้ รับการตัดสินโทษแล้ว ผู้กระทำความผิดที่ต้องคำพิพากษานั้นสามารถขอลดโทษได้ โดยการถวาย ฎีกาเพื่อขอรับพระราชทานอภัยโทษ เปลี่ยนโทษหนักเป็นโทษเบา และลดโทษได้⁵⁴ ซึ่งการใช้ กฎหมายเหล่านี้ จะแตกต่างกับการลงโทษโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งกรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้ ก็คือการที่ผู้กระทำความผิดถูกพิจารณาโทษโดยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว แม้ว่าประเทศ ไทยจะเป็นผู้รับผู้กระทำความผิดมาจำคุกในประเทศไทยก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถลดโทษดังกล่าวได้ โดยขั้นตอนของกฎหมายไทย ซึ่งก็เป็นไปตามหลักสากลที่อำนาจในการพิจารณาลดโทษว่ายัง คงไว้ที่รัฐผู้โอนนักโทษนั้นซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ แต่กรณีนี้จะต้องไปพิจารณาถึงการลดโทษ โดยบทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ให้มีการทบทวน โทษที่นักโทษโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้นที่จะเป็นผู้พิจารณาลดโทษเมื่อนักโทษดังกล่าว รับโทษไปแล้ว 3 ใน 4 ของโทษทั้งหมดที่ต้องรับ หรือถูกให้รับโทษเป็นเวลา 25 ปีแล้ว⁵⁵ ศาลอาญา ระหว่างประเทศจึงสามารถทบทวนความประพฤติของนักโทษได้ว่าจะมีสัดส่วนการลดโทษเป็น จำนวนเท่าไร แต่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศไม่อนุญาตให้ทบทวนก่อนเวลาดังกล่าว และ บทลงโทษในศาลอาญาระหว่างประเทศมีเพียงโทษสูงสุด คือจำคุกตลอดชีวิต จำคุกไม่เกิน 30 ปี หรือโทษปรับ เท่านั้น⁵⁶

4.4 ความแตกต่างในกฎหมายอาญาของประเทศไทยกับธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศ

การพิจารณาในเรื่องความแตกต่างของกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งประเทศไทยมี ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลักในการพิจารณา ความผิดอาญานั้น เมื่อประเทศไทยเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ยังต้อง พิจารณาถึงบทกฎหมายที่มีความแตกต่างกัน ในประเด็นต่อไปนี้

⁵⁴ มาตรา 259 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

⁵⁵ Article 110 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁵⁶ Article 77 of Rome Statute of International Criminal Court..

4.4.1 อายุความ

ในกฎหมายไทยนั้นความผิดอาญาทุกฐานความผิดล้วนมีกำหนดอายุความที่ศาลไทยจะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ หากศาลเห็นได้ว่าหรือจำเลยพิสูจน์ได้ว่าความผิดดังกล่าวได้พ้นกำหนดอายุความที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้แล้ว แต่สำหรับกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศ ความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลทุกฐานความผิดเป็นความผิดที่ไม่มีอายุความ⁵⁷ แม้จะเห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดต้องหวาดกลัวกับการรับโทษโดยศาลอาญาระหว่างประเทศอยู่ตลอดเวลาก็ตาม แต่ก็เห็นเจตนารมณ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศที่ต้องการให้มีการมารับผิดชอบและการรับโทษอันเกิดจากการประกอบความผิดอาญาขั้นร้ายแรงของผู้กระทำ ซึ่งมีผู้เสียหายเป็นจำนวนมาก และต้องการให้เป็นที่หวาดกลัวต่อผู้ที่คิดจะกระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงต่อไปว่า ความผิดที่ได้กระทำลงนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถพิจารณาได้ แม้เวลาจะผ่านไปนานเพียงใดก็ตาม จนกว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะเสียชีวิตแล้ว ซึ่งในเรื่องอายุความนี้ เป็นการช่วยเสริมประสิทธิภาพของศาลอาญาระหว่างประเทศเพราะคดีที่อาจเกิดขึ้นได้แต่ละคดีนั้น เป็นคดีที่มีความสำคัญและอาจต้องใช้เวลาในการสืบสวนสอบสวนนานกว่าที่จะสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงมาขึ้นศาลได้ หากธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดอายุความไว้ก็อาจทำให้พ้นกำหนดอายุความฟ้องร้อง ซึ่งในประเด็นนี้อาจจะต้องพิจารณาประกอบกับกฎหมายไทย เนื่องจากภายใต้กฎหมายอาญาของไทยแล้วจะมีการกำหนดอายุความไว้เพื่อให้มีการฟ้องร้องคดี หากอายุความในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นรัฐผู้ร้องขอไม่ตรงกับประเทศไทยแล้ว จะกำหนดให้ใช้อายุความของรัฐใด ซึ่งก็มักจะปรากฏกฎอยู่ในสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนว่าจะถืออายุความของรัฐผู้ร้องขอเป็นหลัก เป็นต้น ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียนแล้วเมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้จัดตั้งขึ้นแล้ว ความผิดอาญาขั้นร้ายแรงที่ได้กระทำขึ้นหลังจากนั้น ก็ย่อมทำให้ประเทศไทยจะต้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ รวมถึงการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนหรือการส่งมอบตัว แม้ว่าความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำนั้นได้พ้นอายุความฟ้องร้องตามกฎหมายไทยแล้วก็ตาม แต่ก็จะไม่ส่งผลในเรื่องอายุความถึงการกระทำความผิดภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ เนื่องจากการกระทำความผิดเช่นนี้ผู้กระทำความผิดมักมีอิทธิพลในสังคม หรืออาจหลบซ่อนตัวอยู่ได้เป็นเวลานาน จึงเป็นการยากที่จะนำตัวมาดำเนินคดีได้ จึงหมายความว่าศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถนำคดีมาพิจารณาได้ทุกเมื่อ

⁵⁷Article 29 of Rome Statute of International Criminal Court.

4.4.2 การลงโทษขั้นสูงสุดในกฎหมายอาญาของประเทศไทย

เมื่อมีการพิจารณาตัดสินว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดจริง ผู้กระทำความผิดก็จะได้รับการลงโทษ สำหรับการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดขั้นสูงสุดที่จะได้รับนั้น หากพิจารณาความผิดภายใต้ศาลไทยแล้ว ตามกฎหมายไทยในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 15 บัญญัติว่า "โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้ (1) ประหารชีวิต (2) จำคุกตลอดชีวิต (3)" และภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคีในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966) ได้ระบุถึงสิทธิที่จะมีชีวิต (the right to life) และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ก็ได้ยอมรับว่าหน่วยงานของรัฐจะรอนสิทธิดังกล่าวได้ในกรณีที่เป็นการลงโทษประหารชีวิตต่ออาชญากรรมร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งสิทธินี้ก็ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 31⁵⁸ การบัญญัติโทษตามกฎหมายไทยเช่นนี้แตกต่างจากการบัญญัติโทษโดยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีการกำหนดโทษขั้นสูงสุดคือการจำคุกตลอดชีวิต และการจำคุกไม่เกิน 30 ปี⁵⁹ เนื่องจากเหตุผลในการโอนตัวนักโทษและแนวคิดในการลงโทษที่ได้รับอิทธิพลมาจากทฤษฎีการลงโทษเพื่อฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation) ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวกลับใจได้ อย่างไรก็ตาม การตัดสินโทษโดยศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจะไม่กระทบกระเทือนถึงการตัดสินโทษตามกฎหมายภายในรัฐภาคี⁶⁰ ซึ่งหมายความว่าหากประเทศไทยเป็นรัฐภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่เมื่อศาลไทยได้ตัดสินโทษประหารชีวิตแก่บุคคลผู้กระทำความผิดนั้นแล้ว การลงโทษก็ย่อมเป็นไปตามคำตัดสินของศาลไทย โดยศาลไทยไม่ต้องคำนึงว่าหากผู้กระทำความผิดได้รับการพิจารณาโทษโดยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว จะรับโทษเพียงการจำคุกตลอดชีวิตเท่านั้นก็ตาม

⁵⁸พรชัย ด่านวิวัฒน์, "ประเทศไทยกับการเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง พ.ศ. 2509," หน้า 620.

⁵⁹Article 77 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁶⁰Article 80 of Rome Statute of International Criminal Court.

4.4.3 อายุของผู้กระทำความผิด

ศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจะมีเขตอำนาจศาลที่พิจารณาความผิดของบุคคลได้เมื่อเป็นที่แน่ชัดว่าบุคคลนั้นมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี⁶¹ แต่สำหรับศาลไทยแล้วการนำตัวผู้กระทำความผิดมาพิจารณานั้นกำหนดอายุของผู้กระทำความผิดไว้ 7 ปี⁶² แต่การจะลงโทษได้นั้นบุคคลนั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 14 ปี⁶³ ซึ่งหมายความว่าแม้ผู้กระทำความผิดจะมีอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่ศาลไทยก็สามารถพิจารณาความผิดได้ หากบุคคลนั้นมีอายุครบ 7 ปี ทั้งนี้ อายุของผู้กระทำความผิดจะถูกศาลไทยนำมาพิจารณาประกอบว่าจะลงโทษบุคคลดังกล่าวได้หรือไม่ และต้องลดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงไร⁶⁴ ซึ่งเท่ากับว่าแม้ว่าบุคคลที่กระทำความผิดนั้นมีอายุต่ำกว่า 18 ปี นั้นไม่มีจำต้องขึ้นศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตามแต่บุคคลนั้นก็ยังคงตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลไทย

4.4.4 ลักษณะพิเศษของศาลเคลื่อนที่

แนวความคิดในการตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ส่วนหนึ่งได้รับการพัฒนาจากศาลเฉพาะกิจที่ในแต่ละครั้งที่มีการกระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงนั้น ก็จะมีการตั้งศาลในแต่ละครั้ง ในที่ที่เกิดเหตุกระทำความผิด เช่น ศาลทหารระหว่างประเทศโตเกียวตั้งอยู่ที่กรุงโตเกียวซึ่งเป็นที่เกิดความผิดเกิด เนื่องจากแนวคิดในการพิจารณาความผิดว่าศาลที่เหมาะสมที่สุดที่จะพิจารณาความผิดที่เกิดขึ้นนั้น ก็คือศาลที่ตั้งอยู่ในที่เกิดความผิด เนื่องจากจะเป็นที่ที่สามารถหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการกระทำความผิดนั้นได้ดีที่สุด⁶⁵ ดังนั้น แนวความคิดที่จะจัดตั้งศาล

⁶¹ Article 26 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁶² มาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายอาญา.

⁶³ มาตรา 74 แห่งประมวลกฎหมายอาญา.

⁶⁴ มาตรา 75-76 แห่งประมวลกฎหมายอาญา.

⁶⁵ ภาสกร ชุณหอุไร, "ปัญหาบางประการในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา," หน้า 118-119.

"ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลในทางด้านต่างประเทศที่ถือว่ารัฐหนึ่งๆ ย่อมมีหน้าที่แต่ผู้เดียว ในอันที่จะรักษาดินแดนของตนให้อยู่ในความสงบเรียบร้อย การกระทำใดทำเป็นการละเมิดต่อข้อห้ามหรือ

อาญาระหว่างประเทศจึงได้ถูกกำหนดให้มีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ แต่สามารถจะตั้งอยู่ที่ใดในโลกก็ได้ เพื่อที่จะสะดวกต่อการพิจารณาความผิดที่สุด ซึ่งในกรณีนี้หากเกิดความผิดอาญาซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว เมื่อประเทศไทยได้ยินยอมให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามามีเขตอำนาจ ก็หมายความว่าประเทศไทยก็ต้องยินยอมให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามาดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีโดยตั้งศาลชั่วคราวในดินแดนของประเทศไทยได้

4.4.5 การนิรโทษกรรม

การดำเนินการพิจารณาคดีในศาลไทยนั้น จะใช้หลักในกฎหมายอาญาก็คือจะไม่ออกกฎหมายย้อนหลังเพื่อมีผลให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษเพิ่มขึ้นตามหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้าย จึงได้มีการนิรโทษกรรมขึ้นซึ่งการนิรโทษกรรมนั้นหากเป็นการนิรโทษกรรมที่มาจากรัฐสภาของประชาชนนั้น ก็อาจจะมีผลชอบธรรมและเป็นที่ยอมรับในสังคมระหว่างประเทศได้ แต่ในกรณีที่เป็นการนิรโทษกรรมตนเองโดยผู้กระทำการรัฐประหารหรือกระทำการที่ผิดกฎหมายอื่นๆ ออกกฎหมายนิรโทษกรรมความผิดในการกระทำของตนเองได้ ทำให้ตนไม่ต้องรับโทษในการกระทำที่ได้ทำไปนั้น เป็นการอาศัยประโยชน์จากหลักการที่กฎหมายอาญาจะไม่ลงโทษย้อนหลังเพื่อจะไม่ต้องรับโทษ ภายใต้สังคมระหว่างประเทศนั้นจะไม่ยอมรับการนิรโทษกรรมตนเองเนื่องจากขาดความชอบธรรม แม้ว่าในประเทศไทยจะพบบ่อยครั้งว่าจะมีการออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรม ซึ่งมักจะเป็นการนิรโทษกรรมตนเอง

การนิรโทษกรรมนั้น แม้จะมีผลให้ไม่สามารถลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงนั้นได้รับยกเว้นโทษตามกฎหมายภายในของประเทศไทยก็ตาม แต่ภายใต้หลักการในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้วางหลักออกมาเพื่อยกเว้นกับการนิรโทษกรรมว่าการนิรโทษกรรมนั้นจะไม่ผูกพันกับศาลอาญาระหว่างประเทศในการนำคดีนั้นมาพิจารณา ดัง

ชัดขึ้นต่อคำสั่งที่รัฐได้วางไว้ จะต้องถือว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยทันที และรัฐนั้นแต่ผู้เดียวเท่านั้นที่จะลงโทษได้ และเหตุผลในทางคดี คือเพื่อจะให้การสืบสวนสอบสวนคดีอาญาเป็นไปด้วยดีที่สุดจำเป็นต้องทำการสอบสวนสืบสวนคดีนั้นให้ใกล้กับสถานที่เกิดเหตุให้มากที่สุดที่จะทำได้ เพราะที่นั่นผู้กระทำผิดจะทิ้งร่องรอยและหลักฐานต่างๆ ให้พิจารณา และจะหาพยานได้ง่ายกว่าที่อื่น".

นั้น แม้ว่าบุคคลที่ได้ดำเนินการทำรัฐประหารหรือกระทำความผิดใดๆ นั้นจะได้ดำเนินการออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้ตนเองไปแล้วก็ตาม แต่หากการกระทำของบุคคลดังกล่าวนั้นเป็นกระทำการใดๆ โดยมีลักษณะของการกระทำความผิดภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศด้วยแล้ว ก็จะไม่สามารถกล่าวอ้างการนิรโทษกรรมนั้นต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้⁶⁶ ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นผู้พิจารณาเองว่าการนิรโทษกรรมนั้นมีไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องผู้กระทำความผิดจากการลงโทษตามกฎหมายหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ควรจะแยกประเด็นการพิจารณาในเรื่องการนิรโทษกรรมออกจาก การลดโทษและการขอพระราชทานอภัยโทษของนักโทษที่มักจะเป็นนักโทษที่ได้รับโทษไปแล้วส่วนหนึ่ง และนักโทษมีความประพฤติดีจึงได้รับการลดโทษ หรือได้รับการขอพระราชทานอภัยโทษ แล้วแต่กรณี ซึ่งเรื่องนี้จะป็นขั้นตอนตามกฎหมายภายในของไทยที่มีไว้วัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผู้กระทำความผิดให้ไม่ต้องได้รับโทษ

4.5 การให้ความร่วมมือในเรื่องอื่นๆ

4.5.1 การให้ความร่วมมือในการส่งนักกฎหมายผู้เชี่ยวชาญเพื่อเป็นผู้พิพากษา

เมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นรัฐภาคีของศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว สามารถให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้สมัครรับเลือกเป็นผู้พิพากษาประจำศาลอาญาระหว่างประเทศได้ 1 ท่านโดยบุคคลดังกล่าวมีคุณสมบัติความสามารถตามที่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนด เช่น เชี่ยวชาญการทำงานด้านกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา หรือมีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชน และมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

⁶⁶Amnesty International May 2000, "The International Criminal Court : Checklist for Effective Implementation," Paper presented at Forum Asia ICC Experts Regional Workshop, Bangkok, Thailand, 12-13 July 2000, p. 5-6.

4.5.2 การให้ความร่วมมือในการส่งนักกฎหมายผู้เชี่ยวชาญเพื่อเป็นอัยการ

เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ดำเนินการพิจารณาคดีโดยคู่ความซึ่งเป็นโจทก์และจำเลย สำหรับฝ่ายโจทก์นั้นจะมีอัยการเป็นผู้ดำเนินการฟ้องคดี โดยมีสำนักงานอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยก็สามารถส่งผู้สมัครรับเลือกเป็นอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกันในฐานะรัฐภาคี โดยบุคคลดังกล่าวจะต้องมีคุณสมบัติจริยธรรมสูง มีความสามารถ ความรู้ที่ดี ซึ่งจะต้องทำงานเต็มเวลาในศาล และคุณสมบัติอื่นๆ ตามที่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนด

4.5.3 การให้ความร่วมมือในการส่งนักกฎหมายผู้เชี่ยวชาญอื่นๆ

ในบางครั้งการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญในเรื่องเฉพาะเพื่อให้ความเห็น เป็นพยานในชั้นศาล ซึ่งบุคคลที่มีความรู้เรื่องนั้นอาจมีอยู่อย่างจำกัด ดังนั้น เมื่อมีคำร้องขอให้ส่งตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขานั้นๆ ในชั้นศาล ประเทศไทยก็ควรที่จะสนับสนุนให้มีการดำเนินการเช่นนั้นอย่างสะดวก

4.6 บทกฎหมายอื่นๆ ที่จะได้รับผลกระทบจากการเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ หากไทยลงนามเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ประเทศไทยจะต้องมีหน้าที่อนุวัติการกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติออกมาในลักษณะที่จะยอมให้ศาลอาญาระหว่างประเทศ เข้ามามีเขตอำนาจในประเทศไทยได้ โดยขึ้นอยู่กับกรณีที่เกิดขึ้น เมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแล้วสมควรที่จะเข้ามามีใช้เขตอำนาจศาลเหนือคดีที่อาจเกิดขึ้น ดังนั้น บทบัญญัติกฎหมายไทยที่มีส่วนเกี่ยวข้องแล้วจะได้รับผลกระทบทั้งโดยตรงและโดยทางอ้อมของไทย และอาจต้องได้รับการแก้ไข ก็คือ

4.6.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาน่าจะเป็นกฎหมายที่ได้รับผลกระทบโดยตรงที่จะต้องมีการแก้ไขผลกระทบในการเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของฐาน

ความผิด ซึ่งควรจะมีการแก้ไขฐานกฎหมายบางฐานความผิดซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแต่ไม่มีบัญญัติอยู่ในกฎหมายไทย ซึ่งรูปแบบของการแก้ไขอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องของฐานความผิดอีกหลายฐานที่ไม่ได้บัญญัติเอาไว้ว่าเป็นความผิดตามกฎหมายไทย ซึ่งหากมีการพิจารณาความผิดเหล่านี้ตามกฎหมายอาญาของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันก็เป็นการทำผิดต่อความผิดอาญาธรรมดา⁶⁷ มิใช่อาชญากรรมที่มีความร้ายแรงซึ่งมีเจตนาพิเศษของผู้กระทำความผิดที่ประสงค์จะกระทำต่อคนจำนวนมาก เป็นต้นว่าฐานความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เช่น การบังคับให้ตั้งครม. การบังคับให้ทำหมัน ซึ่งจะมีการกระทำอย่างแพร่หลายหรือเป็นระบบต่อกลุ่มบุคคล ซึ่งรูปแบบอีกแบบหนึ่งที่สามารถแก้ไขกฎหมายอาญาในลักษณะนี้ได้ นั้น ก็อาจทำได้โดยการออกพระราชบัญญัติอรรถวิธิการธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศโดยมีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศต่อท้ายพระราชบัญญัติ โดยถือเป็นข้อยกเว้นฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในกรณีที่ไม่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

4.6.2 ประมวลกฎหมายอาญาทหาร

ผลกระทบที่จะเกิดกับประมวลกฎหมายอาญาทหารนั้น ก็น่าจะออกมาในลักษณะเช่นเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งควรจะต้องมีการบัญญัติฐานความผิดเพิ่มขึ้น แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาทหารนั้นจะใช้บังคับต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาทหาร เพราะทหารมีวิธีปฏิบัติงานที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไป กล่าวคือสามารถถืออาวุธได้ และการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาก็แตกต่างออกไปจากการปฏิบัติงานของบุคคลทั่วไป ซึ่งเป็นสาเหตุให้มีการจัดตั้งศาลทหาร จึงต้องพิจารณาเป็นพิเศษถึงฐานความผิดที่บุคคลากรในทางทหารต้องระวังให้มาก เช่น ความผิดอาชญากรรมการรุกราน หรืออาชญากรรมสงคราม ซึ่งผู้นำทางทหารหรือผู้บังคับบัญชารวมทั้งผู้ใต้บังคับบัญชาอาจตกเป็นอาชญากรผู้รุกราน หรืออาชญากรสงครามได้ หากไม่ทราบหรือไม่ระวังในเรื่องการสั่งการ การควบคุมดูแลกองทัพ หากไม่

⁶⁷ภายใต้บทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งระวันดา และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย นั้นล้วนแต่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการที่ศาลภายในดำเนินคดีต่อความผิดที่ร้ายแรงโดยถือว่าเป็นความผิดอาญาธรรมดานั้น จะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจนั้นๆ และถูกดำเนินคดีได้อีก โดยไม่คำนึงว่าผู้กระทำถูกดำเนินคดีภายใต้ศาลภายในแล้ว.

ได้รับการแก้ไขและให้มีการเผยแพร่ความรู้ในส่วนนี้ ทหารโดยส่วนใหญ่ก็อาจไม่ทราบว่าการกระทำใดบ้างที่ถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามและศาลอาญาระหว่างประเทศจะเข้ามามีเขตอำนาจได้

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยสามารถใช้ประโยชน์จากการมีช้อยกเว้นเขตอำนาจศาลอาชญากรรมสงครามเป็นเวลา 7 ปี โดยจะมีผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะยังไม่มีเขตอำนาจต่อประเทศไทยในความผิดฐานนี้ได้ ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวหน่วยงานทางทหารของไทยน่าจะจะได้มีเวลาปรับปรุงระเบียบวิธีปฏิบัติในเรื่องทางทหาร และให้ความรู้แก่บุคคลากรในกองทัพ เพื่อที่จะได้ป้องกันให้ไม่มีผู้ใดจะกระทำความผิด จนต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

4.6.3 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

บทบัญญัติในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นตัวบทกฎหมายแม่บทในเรื่องเขตอำนาจและการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมไทยทั้งหมด และการขึ้นนั่งบัลลังก์ของผู้พิพากษา (ยกเว้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลทหาร) ซึ่งจะได้รับผลกระทบในเรื่องการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะมาดำเนินคดีในประเทศไทย และการให้ผู้พิพากษาในศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ใช่บุคลากรของศาลไทย รวมทั้งการที่อัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศมาฟ้องร้องคดี ซึ่งจะได้รับผลกระทบอย่างมากในแง่ของเขตอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยที่จะให้ศาลซึ่งไม่ใช่ศาลภายในของประเทศไทยเข้ามาดำเนินคดีที่เกิดขึ้นในประเทศไทย อนึ่งได้กล่าวแล้วว่าอำนาจศาลนั้นจะเป็นอำนาจในรูปแบบหนึ่งของอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะใช้ในการปกครองประเทศ ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดและจะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐอื่น แต่ในกรณีที่มีการยินยอมให้ศาลอื่นซึ่งมิใช่ศาลภายในรัฐ เข้ามาตั้งศาลภายในประเทศนั้น จะได้รับผลกระทบในเรื่องอำนาจอธิปไตยทางการศาล ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการในศาลนั้นจะเป็นทั้งการสืบสวนฟ้องร้องคดี หรือตัดสินโทษซึ่งอยู่ภายใต้แผ่นดินไทย หรือบุคคลที่มีสัญชาติไทย แม้ว่าศาลไทยจะได้พิพากษาคดีจนถึงที่สุดและเด็ดขาดแล้วก็ตาม (Final and Conclusive) ซึ่งอาจคล้ายคลึงกับการมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตซึ่งไทยเคยสูญเสียอำนาจอธิปไตยทางการศาลมาแล้วเมื่อสมัยที่ชาติตะวันตกล่าอาณานิคม อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยมีศาลซึ่งมีความเป็นอิสระและไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจทางการเมือง สามารถดำเนินคดีที่เกิดขึ้นได้นั้นตามกฎหมายไทยโดยไม่มีเจตนาที่จะช่วยเหลือผู้กระทำความผิดแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศก็ไม่สามารถเข้ามาตั้งศาลในประเทศไทยได้ ซึ่งถ้ามองอีกแง่หนึ่งนอกเหนือไปจากการสูญเสียอำนาจอธิปไตยทางการศาลแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า

ก็จะเป็นการช่วยสนับสนุนให้ศาลไทยและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมของไทย ปฏิบัติงานอย่างเต็มที่และไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมือง เนื่องจากหากศาลไทยไม่สามารถ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระและมีประสิทธิภาพได้ จนทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามาดำเนินการแทนนั้น ก็จะทำให้เป็นการเสื่อมเสียเกียรติแก่สถาบันยุติธรรมได้

4.6.4 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

การดำเนินคดีในศาลทหารนั้นก็จะเป็นไปตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 เช่นเดียวกับในเรื่องการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น การดำเนินงานของศาลอาญาเป็นไปตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม แต่ศาลทหารของประเทศไทยมีขึ้นเพื่อดำเนินคดีกับทหารไทยนั้น จึงต้องมีการแบ่งแยกพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ออกจากพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมทหารแล้วก็แบ่งระดับศาลออกเป็น 3 ระดับ เช่นเดียวกับศาลอาญา ซึ่งลักษณะของผลกระทบที่คล้ายคลึงกับศาลอาญาของประเทศไทยก็คือการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลทหารตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 โดยทหารอาจจะไปพัวพันกับการเป็นอาชญากรสงคราม หรืออาชญากรผู้รุกราน เพื่อเปิดโอกาสให้ทหารได้รับกระบวนการพิจารณาที่ยุติธรรมที่สุด ซึ่งหากมีคดีเกิดขึ้นกับทหารในแง่ของอาชญากรสงครามแล้ว ผู้ที่ตกเป็นจำเลยซึ่งก็คือทหารต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลทหารที่จะพิจารณาความผิดอาญา ซึ่งหากกระบวนการพิจารณาความผิดอาญานั้นเป็นไปโดยปกป้องผู้กระทำความผิดแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะเข้ามามีบทบาทนำตัวผู้กระทำความผิดคือทหารดังกล่าวไปพิจารณาความผิดเอง และปัญหาที่จะเกิดขึ้นก็เป็นไปได้ว่านโยบายทางทหารของประเทศไทยนั้นอาจจะเห็นว่าการดำเนินงานของทหารนั้นถูกต้องแล้ว ซึ่งเมื่อมีการพิจารณากันตามกฎหมายไทยแล้วสิ่งที่ทหารได้กระทำลงไปนั้นเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งในเรื่องเดียวกันนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจจะมีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาระหว่างประเทศ แต่ศาลทหารของไทยมีเจตนาปกป้องผู้กระทำความผิด หากปรากฏว่าจะมีการนำศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามาตั้งในประเทศไทยเพื่อพิจารณาคดีต่อบุคคลทางทหารผู้นั้น แม้ว่ามีคำพิพากษาถึงที่สุดไปแล้ว ผลที่ออกมาก็จะคล้ายกับการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามาดำเนินคดีกับบุคคลทั่วไป จึงเป็นการกระทบกระเทือนถึงอำนาจอธิปไตย แม้ว่ามีคำพิพากษาจะถึงที่สุดและเด็ดขาดไปแล้ว แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะมาพิจารณาคดีได้อีกเสมอ อีกทั้งความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นความผิดที่ไม่มีอายุความ และเนื่องจากหากมีเหตุแห่งการปกป้องผู้กระทำความผิดแล้ว จะไม่ถูก

ต้องห้ามการดำเนินคดีพิจารณาซ้ำตามหลัก Ne bis in idem จึงเกิดความไม่แน่นอนต่อตัวจำเลยว่าจะถูกดำเนินคดีอีกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศได้เมื่อไร

4.6.5 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว หากประเทศไทยใช้วิธีการออกกฎหมายภายในอนุวัติการเพื่อรองรับกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับนี้อาจจะได้รับผลกระทบเพียงเล็กน้อยในการจะต้องได้รับการแก้ไข โดยการที่เมื่อธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มีผลบังคับใช้แล้ว หากมีการมาตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในประเทศไทยนั้น ก็จะมีผลกระทบต่อเรื่องการนำสืบ การค้น การยึด และการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งในชั้นสืบสวน สอบสวน และจะทำให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่รักษาตามกฎหมายดังกล่าวได้รับผลกระทบในส่วนที่ต้องดำเนินการร่วมกันและให้ความช่วยเหลือแก่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งหากมีการออกกฎหมายอนุวัติการนั้น ในเวลาที่จะดำเนินการให้ความร่วมมือในชั้นสืบสวน สอบสวน ก็จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งอาจจะแตกต่างกับการสืบสวน ตามกฎหมายไทย แต่ถ้าเป็นการขอความร่วมมือระหว่างประเทศจากศาลอาญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการจากนอกประเทศไทยแล้ว การให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในหมวดนี้ก็จะต้องมีการแก้ไขให้มีความทันสมัยเหมาะสมกับการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ

4.6.6 พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472

พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ตามที่ได้กล่าวแล้วว่ามีข้อจำกัดในความแตกต่างกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในเรื่องสาระสำคัญหลายประการ เช่น การให้ความร่วมมือระหว่างรัฐผู้ขอกับรัฐผู้ร้องขอตามสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีต่อกัน อายุความ ในกรณีที่ไม่ได้มีสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดน จะเป็นความผิดทางอาญาทั้ง 2 รัฐ จึงจะให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ดังนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกับหลักเกณฑ์ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและควรได้รับการแก้ไขในเรื่องที่ได้กล่าวข้างต้น ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรจะมีการออกกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศโดยการนำธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมาเพื่อเป็นกฎหมายภายใน โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายฉบับดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการเป็นรัฐภาคีธรรมนูญในกรณีที่มีการขอให้ส่งมอบตัวที่รัฐภาคีจะต้องให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ โดยจะไม่อ้างถึงกฎหมายภายในที่

มีอยู่ว่าขัดต่อพันธกรณีที่จะปฏิบัติตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยการมีบทบัญญัติที่ยินยอมให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเพียงฝ่ายเดียวแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศ แม้จะมีฐานความผิดที่ขอให้ส่งมอบตัวแตกต่างจากกฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศไทยได้ การให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในหมวดนี้ จึงต้องมีการแก้ไขให้มีความทันสมัยเหมาะสมกับการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ

4.6.7 พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มีข้อจำกัดหลายประการเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 เช่น ในเรื่องของการเป็นความร่วมมือระหว่างรัฐกับรัฐ หรือการอาศัยหลักต่างตอบแทนในกรณีที่ไม่มีส่วนินธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาต่อกัน เป็นต้น แต่เมื่อจะมีการให้ความร่วมมือแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศร้องขอนั้น ประเทศไทยก็ต้องปรับปรุงให้กฎหมายดังกล่าวเปิดช่องให้ความร่วมมือแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศได้ โดยไม่จำเป็นจะต้องเป็นรัฐเท่านั้นที่จะได้รับความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความร่วมมือแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศที่นอกเหนือไปจากที่บัญญัติเอาไว้ในพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 เช่น บทบัญญัติในเรื่องการปกป้องคุ้มครองพยานหลักฐาน โดยเฉพาะพยานที่เป็นหญิงและเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย บทบัญญัติในเรื่องการสืบพยานโดยผ่านกล้องวิดีโอ กล้องถ่ายภาพ

4.6.8 พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีพื้นฐานมาจากเรื่องความคุ้มกันทางศาล ทางการทูต และทางการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งมีหลักการมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีความมุ่งหมายที่จะให้เอกสิทธิ์แก่บุคคลบางประเภทในฐานะทูต⁶⁸ ที่ไม่อาจถูกฟ้องร้องได้ทางศาล⁶⁹ ซึ่งเป็นความคุ้มกันทางการทูต (Diplomatic Immunity) ซึ่งถ้าในกรณีที่มีคำพิพากษาชี้ขาดของศาลแล้ว

⁶⁸ อารัมภบท แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต.

⁶⁹ ข้อ 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต.

ก็จะนำคำพิพากษาเหล่านี้มาใช้บังคับแก่บุคคลดังกล่าวมิได้⁷⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการได้รับยกเว้นจากเขตอำนาจศาลในคดีอาญาจากรัฐผู้รับซึ่งเป็นหลักของกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐผู้รับจะไม่มีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดี และลงโทษผู้แทนทางการทูต แต่ก็มีได้หมายความว่าผู้แทนทางการทูตจะมีสิทธิในการกระทำใดตามความพึงพอใจได้⁷¹ ซึ่งโดยปกติแล้วจะมีการแจ้งข้อเท็จจริงในการกระทำความผิดกลับยังรัฐผู้ส่งบุคคลที่มีฐานะทางการทูตนั้น และอาจจะดำเนินการส่งตัวผู้แทนทางการทูตนั้นกลับรัฐผู้ส่งได้⁷² และในกรณีของความคุ้มกันของรัฐซึ่งรวมถึงประมุขของรัฐ (Sovereign Immunity)⁷³ จะมีความคุ้มกันจากหลักที่ว่าแต่ละรัฐมีความเป็นเอกราชและเสมอภาคเท่าเทียมกันจึงไม่อาจถูกบังคับให้ต้องยอมรับเขตอำนาจของรัฐอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งเขตอำนาจทางตุลาการ⁷⁴ ดังนั้น รัฐนั้นก็มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเคารพต่อประมุขของรัฐอื่นด้วย และประมุขของรัฐก็จะได้รับความคุ้มกันที่ไม่อาจจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในรัฐอื่นได้

สำหรับภายใต้กรอบของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจะการใช้ความคุ้มกันต่างๆ นั้นศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่คำนึงถึงว่าบุคคลผู้ถูกกล่าวหาจะมีความคุ้มกันประเภทใด ดังนั้น จึงเป็นปัญหาให้กับรัฐผู้รับคำร้องขอซึ่งจะไม่สามารถส่งตัวบุคคลเหล่านี้ให้กับศาลอาญาระหว่างประเทศได้ เนื่องจากขัดข้องตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะต้องให้ความคุ้มกันทางการทูต และความคุ้มกันในฐานะประมุขของรัฐ ที่จะต้องดำเนินการติดต่อกับรัฐผู้ส่งตัวบุคคลเหล่านี้เพื่อที่จะหาหนทางแก้ไขโดยอาจจะส่งตัวบุคคลดังกล่าวกลับยังรัฐนั้นๆ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากรัฐนั้นๆ ที่จะยกเว้นความคุ้มกัน⁷⁵ จึงสามารถที่จะส่งตัวบุคคลเหล่านี้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้

⁷⁰ปรีชา เอี่ยมสุทธา, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ภาคสันติ, หน้า 125.

⁷¹Sir Robert & Sir Arthur Watts, Oppenheim's International Law, p. 1065-1096.

⁷²ซึ่งในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดให้บุคคลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของศาลอาญาระหว่างประเทศได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตเช่นเดียวกัน ใน Article 48 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁷³จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 404.

⁷⁴เรื่องเดียวกัน.

⁷⁵Article 98 of Rome Statute of International Criminal Court.

4.7 หน่วยงานที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจศาลที่จะพิจารณาความต่อความผิดบางประเภทที่เกิดขึ้นในรัฐต่างๆ จนกระทั่งถึงการตั้งศาลในลักษณะเคลื่อนที่ในรัฐต่างๆ นั้น เป็นที่แน่นอนว่าประเทศไทยจะต้องได้รับผลกระทบต่อหน่วยงานบางประเภทเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยที่จะมีหน่วยงานที่สำคัญที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศดังนี้

4.7.1 หน่วยงานทางตุลาการ

ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นองค์กรระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่งที่จะพิจารณาความผิดอาญาระหว่างประเทศ แต่สำหรับระดับภายในประเทศนั้น รัฐซึ่งมีอำนาจอธิปไตย ที่จะพิจารณากับความผิดที่เกิดขึ้น โดยศาลภายในของรัฐนั้นๆ เอง ซึ่งเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ก็คือ เขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีทั้งปวง เว้นแต่จะมีกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อยู่อำนาจของศาลอื่น เช่น ศาลปกครอง ศาลทหาร เป็นต้น และเนื่องจากการมีศาลที่สามารถพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นได้หลายศาลนี้เอง แม้กระทั่งศาลภายในด้วยกันเองบางครั้งก็เกิดการขัดกันของเขตอำนาจศาลได้ ว่าศาลใดจะเป็นผู้ที่จะให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในเขตอำนาจศาลของตนเอง ซึ่งตามกฎหมายไทยแล้วผู้ที่จะพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น อยู่ในเขตอำนาจของศาลใดคือ คณะกรรมการเฉพาะประกอบด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครอง ประธานศาลอื่น และผู้ทรงคุณวุฒิด้านนิติศาสตร์ตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อที่จะชี้เฉพาะไปว่าคดีที่เกิดขึ้นจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลใด

สำหรับความขัดแย้งในระดับระหว่างประเทศ หากเกิดกรณีที่ขัดกันระหว่างเขตอำนาจศาลนั้น ประเทศไทยก็ควรจะสงวนสิทธิที่จะเป็นผู้พิจารณาคดีที่เกิดขึ้นนั้น จากที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเพียงศาลที่มีเขตอำนาจศาลตามหลัก Complementarity เท่านั้น และในกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจศาลของตน (Exercise Jurisdiction) กับการกระทำความผิดซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลไทยแล้ว ก็ควรจะให้คณะกรรมการดังกล่าวของไทยมีบทบาทในการพิจารณาว่าคดีดังกล่าวมีความจำเป็นที่สมควรขึ้นศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วหรือไม่ แม้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีอำนาจภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่าง

ประเทศเพื่อพิจารณาว่ารัฐภาคีได้ดำเนินกระบวนการยุติธรรมอย่างถูกต้องและเป็นธรรมหรือไม่ เพราะได้กล่าวแล้วว่า การที่รัฐใดก็ตามยินยอมให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมาพิจารณาความผิดที่เกิดขึ้นในรัฐตนนั้น ย่อมจะเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นๆ เป็นอย่างมาก ดังนั้น ประเทศไทยก็ควรสงวนสิทธิที่จะต้องมีส่วนร่วมในการพิจารณาต่อความประสงค์ของศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะนำคดีนั้นๆ ไปดำเนินการพิจารณาด้วย โดยอาศัยการกล่าวอ้างในเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ

ประเด็นที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเห็นว่าศาลภายในที่ได้พิจารณาความผิดที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้ใช้ความสามารถอย่างเต็มที่ที่จะให้เกิดความยุติธรรมแก่คดีนั้น เพื่อศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นผู้ใช้เขตอำนาจเสียเองนั้น สำหรับศาลภายในแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลภายในควรจะอยู่ในระดับศาลใด เพราะเหตุว่า ศาลภายในของไทยจะแบ่งเป็น 3 ระดับ ไม่ว่าจะเป็นศาลพลเมือง หรือศาลทหาร ปัญหาก็คือเพียงศาลชั้นต้นที่ไม่สามารถดำเนินการเพื่อประสาคความยุติธรรมแก่คดีนั้นได้แล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเข้ามามีบทบาทกับคดีนั้นได้เลยหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ตามความเห็นของผู้เขียนนั้น ควรจะให้คดีนั้นๆ ถึงที่สุดและเด็ดขาด (Final and Conclusive) คือไม่สามารถจะนำคดีนั้นมาฟ้องร้องได้อีกภายใต้ศาลภายในของรัฐ เพราะหากยังมีทางที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อยู่โดยศาลภายในของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการอุทธรณ์ หรือฎีกานั้น ก็ควรที่จะให้มีการดำเนินการเช่นนั้นให้เสร็จเรียบร้อยเสียก่อน เพื่อเป็นการเคารพต่ออำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ และเหตุผลในด้านคดีก็คือ เมื่อคดียังไม่ถึงที่สุดนั้น ไม่ว่าผู้เสียหายหรืออัยการก็สามารถฟ้องร้องเพื่อให้ศาลสูงกลับคำพิพากษาของศาลล่างได้ อีกทั้งหากยินยอมให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาคดีก่อนที่คดีจะถึงที่สุดและเด็ดขาดตามกฎหมายไทยแล้ว ก็อาจจะทำให้นานาประเทศเห็นว่ากระบวนการยุติธรรมภายในประเทศของไทยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในระบบไต่สวนที่กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับได้⁷⁶ ดังนั้น อำนาจอธิปไตยทางตุลาการเป็นอำนาจที่ควรหวงแหน และได้รับความเคารพในศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา แม้ว่าประเทศไทยจะมีพันธกรณีระหว่างประเทศต่อศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่ก็ควรจะคำนึงถึงความสำคัญของอำนาจอธิปไตยของประเทศเป็นหลักด้วย

⁷⁶Article 48 of Rome Statute of International Criminal Court.

4.7.2 หน่วยงานทางทหาร

หน่วยงานทางทหาร เป็นหน่วยงานที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการเข้าเป็นภาคี ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ เนื่องจากหากพิจารณาตามฐานความผิดอาญาอย่างร้ายแรงตามเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น แต่ละฐานความผิดล้วนแต่เป็นความผิดอาญา ที่รุนแรงและมีผลกระทบต่อประชาคมโลกในวงกว้าง ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอยู่แล้วที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงมาลงโทษ สำหรับในประเทศไทย อาจจะได้รับผลกระทบในหน่วยงานทางทหารที่จะต้องตระหนักถึงฐานความผิดอาชญากรรมสงครามที่ต้องพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่อาจจะเข้าข่ายอาชญากรรมสงคราม เพื่อที่ทหารจะไม่ตกเป็นผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าว ทั้งนี้ กองทัพไทยมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ว่า "กองทัพไทยมีหน้าที่พิทักษ์รักษาเอกราช ความมั่นคงของรัฐ สถาบันพระมหากษัตริย์ รวมทั้งผลประโยชน์แห่งชาติ การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อการพัฒนาประเทศ รวมทั้งมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2503 ได้บัญญัติว่า "กระทรวงกลาโหมมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกัน และรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักร จากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ โดยจัดให้มีกำลังทหารไว้เพื่อการรบหรือการสงครามเพื่อปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์ เพื่อการปราบปรามการกบฏ และการจลาจล เพื่อช่วยการพัฒนาประเทศและเพื่อรักษาประโยชน์ของชาติในประการอื่นตามที่กฎหมายกำหนด การใช้กำลังทหารเพื่อปฏิบัติการตามความในวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด เว้นแต่ การใช้กำลังทหารเพื่อการปราบปรามการจลาจลให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด โดยความเป็นชอบจากคณะรัฐมนตรี" และอีกทั้งการกระทำความผิดโดยทหารนั้น การดำเนินการพิจารณาความผิดนั้น ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือทหารนั้นก็คือศาลทหาร เพราะในคดีอาญาเมื่อมีการกระทำความผิดโดยทหารนั้น ก็จะถูกขึ้นศาลทหาร เพราะทหารมีหน้าที่รักษาปกป้องประเทศในการทำสงครามกู้เอกราชสู้รบเพื่อป้องกันประเทศโดยใช้กำลังทหาร ซึ่งทหารก็จะต้องมีการอยู่ร่วมกันและทำงานเป็นกลุ่มและมีอาวุธ⁷⁷ เมื่อพิจารณาถึงอำนาจสิทธิหน้าที่ของกองทัพไทยแล้วจะเห็นว่ามีความเกี่ยวข้องกับศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

⁷⁷ นายพรณ ไทยวัฒน์, "อำนาจของศาลทหาร," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), หน้า 7.

4.7.2.1 ผลกระทบที่มีต่อกองทัพไทย

ประเทศไทยมีนโยบายในทางทหารในเชิงรับ กล่าวคือ กองทัพไทยมีวัตถุประสงค์ในการใช้กองกำลังทหารเพื่อป้องกันตัวเองตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด และปราบปรามเพื่อก่อให้เกิดความสงบเมื่อมีความขัดแย้งเกี่ยวกับการจลาจลเกิดขึ้น ตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนดซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีด้วย เพื่อให้การใช้กำลังนั้นไม่เป็นไปโดยคำสั่งจากหน่วยงานเดียว แต่สำหรับนโยบายในเชิงรุกนั้น เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศเล็กๆ จึงไม่มีนโยบายอื่นใดนอกเหนือไปจากการป้องกันตนเอง ถึงแม้จะมีการจัดซื้ออาวุธทางทหารก็เพื่อใช้ยามที่จำเป็นและใช้เพื่อซ้อมรบ แต่สิ่งที่จะต้องระมัดระวังที่สุดที่หลายประเทศวิตกกับการตกเป็นอาชญากรที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศโดยไม่ได้ตั้งใจ⁷⁸ ก็คือ การที่กองกำลังทหารของประเทศไทยอาจจะตกเป็นอาชญากรสงครามได้ ในกรณีที่มีกองกำลังทหาร รวมทั้งการเข้าร่วมกับกองทัพอื่น และในบางเวลากองทัพไทยก็ได้ให้ความร่วมมือกับประเทศอื่นๆ ในการปราบปรามเหตุการณ์ไม่สงบที่เกิดขึ้น เช่น การส่งกองกำลังทหารของไทยเข้าร่วมกับสหประชาชาติเพื่อรักษาความสงบในติมอร์ตะวันออก

การที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดาทุกคนที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี นั้น จึงมีผลว่าจะมีเขตอำนาจเหนือบุคคลทุกคนที่เป็นคนชาติของรัฐภาคี หรือมีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่เป็นไปตามเงื่อนไขการยอมรับเขตอำนาจศาลของรัฐต่างๆ ซึ่งในกรณีนี้หากเกิดขึ้นในประเทศไทยข้อพิพาทอันเกี่ยวกับทหารนั้น ตามกฎหมายไทยแล้วบุคคลที่เป็นทหารหรือบุคคลพลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทางทหารนั้นได้กระทำความผิดอาญา ก็จะอยู่ภายใต้อำนาจศาลในศาลทหาร ซึ่งสำหรับศาลทหารแล้วถือว่าการพิจารณาคดีตัดสินโดยศาลทหารนั้นถือเป็นที่ที่สุดซึ่งในกรณีนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะไม่คำนึงถึงความเป็นที่ที่สุดของคดีในศาลทหาร เช่นเดียวกับศาลพลเรือนที่แม้คดีถึงขั้นศาลฎีกาแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะพิจารณาเพียงความมีศักยภาพของศาลที่ตัดสินคดีด้วยความเที่ยงธรรมได้หรือไม่ โดยไม่คำนึงว่าคดีนั้นถึงที่สุดตามกฎหมายไทยแล้วหรือยัง ในเรื่องนี้อาจก่อให้เกิดความไม่สะดวกต่อตัวจำเลยที่ไม่สามารถ

⁷⁸ ดังเช่น การที่สหรัฐอเมริกาได้คัดค้านธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในการประชุมผู้แทนทางการทูตที่กรุงโรมนั้น ซึ่งมีสาเหตุหลักมาจากเรื่องอาชญากรรมสงคราม แต่ในที่สุดก็ได้ทำการลงนามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ.

ทราบได้ว่าคดีที่ผ่านมาของตานั้น แม้มีการตัดสินอย่างถึงที่สุดแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถทราบได้ว่าจะถูกนำคดีขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้อีกหรือไม่ เพราะศาลอาญาระหว่างประเทศมีลักษณะพิเศษที่สำคัญประการหนึ่งคือ คดีที่ขึ้นสู่ศาลนั้น ไม่มีอายุความ แม้เวลาจะผ่านไปนานแล้ว ตราบใดที่ผู้กระทำความผิดยังมีชีวิตอยู่ ก็จะเป็นที่วิตกอยู่เสมอว่าจะถูกพิจารณาความผิดอีกหรือไม่จนกระทั่งจะเสียชีวิต ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาในเรื่องหากผู้กระทำความผิดตาย คดีอาญาระงับ อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีเรื่องของการชดเชยเยียวยาค่าเสียหายที่ยังไม่ระงับแม้ผู้กระทำความผิดเสียชีวิตแล้วก็ตาม เนื่องจากผู้เสียหายจะได้รับการชดเชย⁷⁹ โดยผ่านกองทุน Trust Fund⁸⁰ และหากมีการกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นเนื่องจากทหารจะเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่เพื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชา ดังนั้น จึงมีโอกาที่จะกระทำการที่เป็นความผิดในทางอาญาได้ อีกประเด็นหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงในเรื่องเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้นจะรวมถึงความขัดแย้งด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศด้วย ซึ่งหมายความว่าประเทศไทยจะต้องตระหนักไม่ให้เกิดการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสงครามและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสงครามทุกครั้งที่เกิดความขัดแย้งด้วยอาวุธที่เกิดขึ้นในประเทศไทยด้วย สำหรับความรับผิดชอบของทหารภายในกองทัพนั้น สามารถพิจารณาโดยแบ่งออกได้เป็น

4.7.2.1.1 ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา (Responsibility of Commanders)

หน่วยงานของประเทศไทยที่อาจได้รับผลกระทบจากการเป็นภาคีในฐานะความผิดตามศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น มีฐานความผิดที่ประเทศไทยควรให้ความระมัดระวังในเรื่องของฐานอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมผู้รุกราน ซึ่งมักจะเกิดจากการใช้กำลังทางทหาร ซึ่งประเทศไทยก็มีตัวอย่างมาแล้ว จากคดีอาชญากรรมสงครามในสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่สองของประเทศไทย ซึ่งถ้ามีการพิจารณาร่วมเป็นภาคีแล้ว ก็ยิ่งจะทำให้ต้องระมัดระวังในการกระทำความผิด และให้กำลังพลของกองทัพไทยมีความรู้ความเข้าใจและระมัดระวังไม่ให้ละเมิดฝ่าฝืนกระทำความผิดภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศทั้ง 4 ฐาน⁸¹ อีกทั้งระบบของ

⁷⁹Article 75 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁸⁰Article 79 of Rome Statute of International Criminal Court.

ทหารนั้น จะมีวินัยที่ทหารชั้นผู้น้อยต้องเคารพคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งหากกรณีที่ผู้บังคับบัญชานั้นสั่งให้ไปทำแล้วก็จะทำให้เกิดจะทำให้หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ซึ่งหากเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามก็อาจจะต้องรับผิดชอบตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้ ซึ่งแต่เดิมนั้น ในสมัยสงครามโลกครั้งที่สองได้มีหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ดังนี้

หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้บังคับบัญชาว่าจะมีความรับผิดชอบทางอาญาใน 2 กรณีด้วยกัน คือ⁸²

1. ในกรณีที่ออกคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาของตน กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายสงคราม
2. ในกรณีที่ไม่ได้ออกคำสั่ง แต่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้กระทำการอันละเมิดต่อกฎหมายสงคราม โดยที่ผู้บังคับบัญชานั้นรู้หรือควรจะรู้ว่า

1. ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนหรือของบุคคลอื่นซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของตนกำลังจะกระทำการหรือได้กระทำการละเมิดกฎหมายสงคราม
2. มีอำนาจแทรกแซงการกระทำละเมิดนั้น
3. มีความรับผิดชอบในเรื่องที่เกิดขึ้น
4. ไม่ได้พยายามนำมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นมาใช้ในการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำละเมิดนั้นขึ้น

หลักเกณฑ์ที่ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ทำให้เห็นได้ว่าภายใต้กองทัพแล้ว หากมีการกระทำความผิดซึ่งได้กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชานั้น ผู้บังคับบัญชาจะต้องมีความรับผิดชอบด้วย โดยที่ผู้บังคับบัญชานั้นจะเป็นผู้ออกคำสั่งเองหรือไม่ก็ตาม ซึ่งในกรณีที่มีได้ออกคำสั่งก็ยังมีเงื่อนไขในการที่ผู้บังคับบัญชารู้หรือควรได้รู้อีกด้วย แต่มิได้มีการดำเนินการ

⁸¹ อัญญาพร เจริญพานิช, "ผลกระทบของศาลอาญาระหว่างประเทศต่อกองทัพไทย," วารสารพระธรรมนุญ 45 ฉบับที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2543): 46.

⁸² กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "อาชญากรรมสงคราม : ปัญหาและสู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษ," หน้า 87.

ตามที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำนั้น ซึ่งภายใต้หลักเกณฑ์ในบทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ก็มีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกัน คือ

ผู้บังคับบัญชาทางทหารหรือผู้ที่ทำหน้าที่เสมือนผู้บังคับบัญชาทางทหารมีความรับผิดชอบทางอาญาต่อการกระทำความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศของผู้ได้บังคับบัญชาของตนความผิดที่ซึ่งตนมีอำนาจในการบังคับบัญชาและควบคุมอย่างเต็มที่ แต่ล้มเหลวที่จะใช้อำนาจควบคุมที่เหมาะสม เมื่อ⁸³

1. ผู้บังคับบัญชาทางทหารรู้หรือควรจะรู้ตามสภาวะแวดล้อมที่ปรากฏในขณะนั้นว่ากองกำลังของตนกำลังก่อหรือกำลังจะก่ออาชญากรรมดังกล่าว
2. ผู้บังคับบัญชาทางทหารล้มเหลวที่จะใช้มาตรการจำเป็นและสมเหตุสมผลทุกมาตรการภายในอำนาจของตนที่จะป้องกันหรือระงับการกระทำดังกล่าวหรือเสนอเรื่องไปยังผู้มีอำนาจเพื่อทำการสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดี

จากข้อพิจารณาข้างต้นนี้มีขึ้นเพื่อให้ผู้นำทางทหารให้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้เป็นไปในทางสุจริต ดังนั้น หากผู้นำทางทหารไม่สามารถควบคุมการกระทำ ความผิดของผู้ได้บังคับบัญชาได้หรือเป็นผู้สั่งการในการก่ออาชญากรรมนั้นเสียเอง ก็อาจทำให้ตนตกเป็นผู้กระทำความผิดในศาลอาญาระหว่างประเทศเองได้ หากผู้ได้บังคับบัญชาทำความผิดอย่างร้ายแรง ซึ่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่จะควบคุมทั้งฝ่ายผู้บังคับบัญชาและฝ่ายผู้ได้บังคับบัญชาได้ เพื่อมิให้ผู้บังคับบัญชากล่าวอ้างถึงความไม่รู้ หรือไม่ทราบของผู้ได้บังคับบัญชาอ้างจะก่อหรือได้ก่ออาชญากรรม เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาหลุดพ้นความรับผิดชอบได้

สำหรับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาอื่นที่มีผู้บังคับบัญชาทางทหารนั้น ก็จะมี ความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่ผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งตนมีอำนาจในการบังคับบัญชาและควบคุมอย่างเต็มที่ได้ก่อขึ้น หากล้มเหลวที่จะใช้อำนาจควบคุมอย่างเหมาะสมต่อผู้ได้บังคับบัญชา เมื่อ⁸⁴

⁸³ Article 28(a) of Rome Statute of International Criminal Court

⁸⁴ Article 28(b) of Rome Statute of International Criminal Court

1. ผู้บังคับบัญชาหรือด้วยการละเลยต่อข้อมูลที่ชี้ชัดว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกำลังก่อหรือกำลังจะก่ออาชญากรรมดังกล่าวเกิดขึ้น
2. อาชญากรรมนั้นเกี่ยวข้องกับกิจกรรมซึ่งอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบและควบคุม
3. ผู้บังคับบัญชาล้มเหลวที่จะดำเนินการที่จำเป็นและสมเหตุสมผลภายใต้อำนาจของตนที่จะป้องกันหรือระงับการกระทำอาชญากรรมนั้น หรือไม่เสนอเรื่องดังกล่าวให้ผู้มีอำนาจดำเนินการสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดี

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศยังได้บัญญัติบทกฎหมายครอบคลุมถึงผู้บังคับบัญชาอื่น ซึ่งมีใช่ผู้บังคับบัญชาทางทหารอีกด้วย เช่น ในกรณีของผู้บังคับบัญชาพลเรือเป็นผู้ควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชา และได้ก่ออาชญากรรมขึ้น เพื่อเป็นการป้องกันกรกล่าวอ้างของผู้บังคับบัญชาพลเรือที่จะไม่รับผิดชอบต่อการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาภายใต้กิจกรรมที่ตนรับผิดชอบ

4.7.2.1.2 ความรับผิดชอบของผู้ใต้บังคับบัญชา (Responsibility of subordinates)

ความรับผิดชอบของผู้ใต้บังคับบัญชาสำหรับการกระทำตามคำสั่งบังคับบัญชานั้น ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ผู้ที่ก่ออาชญากรรมสงครามขึ้นจะต้องรับผิดชอบการกระทำของตน โดยที่ไม่สามารถจะกล่าวอ้างว่าตนได้กระทำการไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ แต่อาจจะนำมาใช้เป็นเหตุผลหย่อนโทษได้ เนื่องจากภายใต้กฎเกณฑ์ของทหารแล้ว ผู้ใต้บังคับบัญชามีหน้าที่ที่จะต้องทำการตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งถ้าฝ่าฝืนก็จะมีโทษ ด้วยเหตุผลนี้ศาลทหารระหว่างประเทศกรุงนูเรมเบิร์กจึงได้ยินยอมให้ข้ออ้างดังกล่าวอาจนำมาใช้ในการพิจารณาเพื่อขอลดหย่อนผ่อนโทษได้ แต่เนื่องจากตามกฎหมายระหว่างประเทศทหารถูกผูกพันให้เชื่อฟังแต่คำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น หากผู้ใต้บังคับบัญชานั้นรู้ว่าคำสั่งที่ตนได้รับเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ่งนี้ก็ทำให้ผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา (subordinates) หรือทหารคนใดยอมเชื่อฟังคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยก่ออาชญากรรมสงครามขึ้นแล้ว ตนก็จะต้องรับผิดชอบทางอาญาต่อการกระทำนั้นและกลายเป็นอาชญากรสงครามไป แต่หากตนไม่ยอมเชื่อฟังคำสั่งซึ่งอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ก็อาจถูกลงโทษทางวินัยในฐานะที่ไม่เชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ดังนั้น จึงควรมีการพิสูจน์ถึงความรับผิดชอบของผู้ใต้บังคับบัญชาเพื่อเป็นเหตุผลหย่อนโทษโดยคำนึงถึง ความเชื่ออย่างบริสุทธิ์ใจว่าคำ

สั่งเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และสัดส่วนของโทษที่จะได้รับจากการฝ่าฝืนคำสั่งและการตกเป็นจำเลยจากการกระทำความผิดตามคำสั่งนั้น⁸⁵

ภายใต้กฎเกณฑ์ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในส่วนของผู้ใต้บังคับบัญชานั้น ผู้ใต้บังคับบัญชาสามารถกล่าวอ้างการกระทำตามคำสั่งเพื่อเป็นเหตุบรรเทาโทษได้ในกรณีนี้ ข้อเท็จจริงที่ผู้ใต้บังคับบัญชาที่ได้กระทำตามคำสั่งของรัฐบาล ผู้บัญชาการทางทหารหรือทางพลเรือนนั้น จะไม่สามารถยกข้ออ้างว่าตนได้ปฏิบัติตามคำสั่งเพื่อลดหย่อนโทษจากความรับผิดชอบอาญาได้ เว้นเสียแต่ว่า⁸⁶

1. บุคคลนั้นมีพันธะทางกฎหมายที่จะต้องเชื่อฟังตามคำสั่งนั้น
2. บุคคลนั้นไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นผิดกฎหมาย
3. คำสั่งที่ให้กระทำความผิดนั้นไม่ขัดแย้งกับกฎหมายอย่างชัดเจน

เพื่อประโยชน์ของข้อนี้ คำสั่งให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และกระทำความผิดต่อมวลมนุษยชาติเป็นคำสั่งที่ขัดแย้งกับกฎหมายอย่างชัดเจน

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจะทำให้ผู้ใต้บังคับบัญชาสามารถมั่นใจได้ส่วนหนึ่งที่จะกระทำการตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาของตนได้ แต่ผู้ใต้บังคับบัญชาเหล่านี้ก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาด้วยตนเองว่า คำสั่งที่ตนได้รับให้กระทำการนั้นเป็นคำสั่งที่ผิดกฎหมายอย่างชัดเจนหรือไม่ ซึ่งผู้ใต้บังคับบัญชาอาจจะรับรู้ไม่ได้ทั้งหมดว่าอย่างไรบ้างที่จัดเป็นคำสั่งให้เกิดการกระทำความผิดอย่างชัดเจน ซึ่งเรื่องนี้ก็คงต้องอาศัยการเผยแพร่ความรู้ต่อผู้ใต้บังคับบัญชาทุกคนให้รับทราบ และเนื่องจากความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศครอบคลุมความผิดหลายประเภท และบางประเภทก็ยังไม่ถูกบัญญัติเป็นความผิดเฉพาะภายใต้กฎหมายไทยก็อาจจะทำให้ผู้ใต้บังคับบัญชาเหล่านี้เข้าใจคลาดเคลื่อนได้ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่จะต้องมีการประชาสัมพันธ์เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องต่อไป

⁸⁵ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "อาชญากรรมสงคราม : ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษ," หน้า 92-93.

⁸⁶ Article 33 of Rome Statute of International Criminal Court.

จากการที่ได้ศึกษาข้างต้นทั้งหมดเพื่อวัตถุประสงค์ในการทราบถึงพันธกรณีของประเทศไทยเพื่อให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าได้มีการส่งผลกระทบต่อประเทศไทยเป็นอย่างมากทั้งในแง่การใช้อำนาจอธิปไตย กฎหมาย บุคลากร ความพร้อมที่จะให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งในที่สุดแล้วการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ก็จะต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ เพื่อให้เกิดอุปสรรคในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศน้อยที่สุด และแม้ว่าหากจะยังไม่มีการให้สัตยาบันธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในระยะเวลาอันใกล้นี้ก็ตาม แต่ประเทศไทยก็น่าจะมีการพัฒนากฎหมายให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับอารยประเทศ เพื่อให้รองรับกับการดำเนินคดีอย่างยุติธรรมภายใต้ศาลภายในของไทย รวมทั้งการแก้ไขกฎหมายภายในของ泰นั้น เอื้ออำนวยและพร้อมต่อการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ และเนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศยังมีเงื่อนไขที่จะใช้เขตอำนาจศาลกับบุคคลที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลไทยได้ แม้ว่าประเทศไทยยังมีไม่ได้ให้สัตยาบันก็ตาม ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดผลเมืองของประเทศไทยต้องตกเป็น ผู้ถูกกล่าวหาในศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็ควรที่จะพัฒนาศักยภาพของการดำเนินคดีของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยให้มีความเป็นธรรมมีประสิทธิภาพและได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล