

มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทรมาน
และการกระทำให้บุคคลสูญหาย
LEGAL MEASURES TO PREVENTION AND DETERRENCE OF
TORTURE AND ENFORCED DISAPPEARANCE

ปัทมาภรณ์ เรณูชาติ
PATTAMAPORN REANUCHAT

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
กลุ่มวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยศรีปทุม
พ.ศ. 2566
ลิขสิทธิ์ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

**LEGAL MEASURES TO PREVENTION AND DETERRENCE OF
TORTURE AND ENFORCED DISAPPEARANCE**

PATTAMAPORN REANUCHAT

**A THEMATIC PAPER SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT
OF THE REQUIREMENT FOR THE DEGREE
OF MASTER OF LAWS
CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE ADMINISTRATION
SCHOOL OF LAW
SRIPATUM UNIVERSITY**

2023

COPYRIGHT OF SCHOOL OF LAW SRIPATUM UNIVERSITY

คำสั่งของผู้บังคับบัญชา ห้ามมิให้ยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณา และควรกำหนดเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ผู้กระทำได้รับโทษตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศแล้วไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนถ้าเคยถูกลงโทษตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาแล้ว ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้หรือไม่ลงโทษเลยก็ได้ โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว โดยนำมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ โดยอนุโลม

THEMATIC TITLE	LEGAL MEASURES TO PREVENTION AND DETERRENCE OF TORTURE AND ENFORCED DISAPPEARANCE
KEYWORDS	LEGAL MEASURES / COMPETENT OFFICIALS
STUDENT	PATTAMAPORN REANUCHAT
THEMATIC ADVISOR	DR. EGKAPONG SARNOI
LEVEL OF STUDY	MASTER OF LAWS CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE ADMINISTRATION
FACULTY	SCHOOL OF LAW SRIPATUM UNIVERSITY
YEAR	2023

ABSTRACT

The independent study of Legal Measures to Prevent and Suppress Torture and Enforced Disappearance. The objective were to study the history of concepts and theories on the prevention and suppression of torture and enforced disappearances, compare between Thailand laws and foreign laws of prevention and suppression of torture and enforced disappearance, study the analyze to legal measures on the prevention and suppression of torture and enforced disappearances, and to get the conclusions and recommendations with to be enforced for amend and improve the law to become an effectively on the prevention and suppression of torture and enforced disappearances.

This independent study was using the Document research method that studying with academic articles, theories concepts, legal texts, Supreme Court judgments, research, thesis, independent studies and opinions of scholars with the prevention and suppression of torture and enforced disappearances. Including a comparative study of Thai law and foreign law. The results of the study were summarized as follows,

Therefore, should be more amendments of Prevention and Suppression of Torture Act and Enforcement of Disappearance Act 2022 on the Section 5 with offences of torture of acts, Section 6 with offences of cruel, inhuman or degrading acts, and section 7 with offence of enforce disappearance acts. For actions of government officials and an including those who act on behalf of government officials should be required to participate in an offense committed under with

order of their superiors, and forbidden to defense in the consideration process, and should be defined about the offenses which the perpetrators will be punished in accordance with judgment of the foreign court. Whether in whole or in part, if they have been punished by a judgment of a foreign court. The court may inflict less punishment than any required by law for that offence, or not to inflict of punishment at all which considered by the punishment which the person has already received and applying the Criminal Code Section 11 to apply *mutatis mutandis*.

กิตติกรรมประกาศ

ในงานวิจัยฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงได้อย่างสมบูรณ์ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งจากอาจารย์ เอกพงษ์ สารน้อย ที่ได้สละเวลาอันมีค่าแก่ผู้วิจัย เพื่อให้คำปรึกษาแนะนำตลอดจนตรวจทานแก้ไข ข้อบกพร่องต่าง ๆ ด้วยความเอาใจใส่เป็นอย่างยิ่ง จนงานวิจัยฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ลุล่วงได้ด้วยดี ผู้วิจัยกราบขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ขอขอบพระคุณสถาบันพัฒนาข้าราชการตุลาการที่มอบโอกาสในการศึกษาระดับปริญญาโทแก่ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม

ขอขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวผู้วิจัยที่ให้คำปรึกษาในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งเป็นกำลังใจที่ดีเสมอมา

ปัฐมาภรณ์ เรณูชาติ
มหาวิทยาลัยศรีปทุม

2566

บทที่	หน้า
2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญา.....	30
2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา.....	30
2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา.....	32
2.3.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา	35
3 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหายของไทยและต่างประเทศ	37
3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	37
3.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	37
3.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา.....	38
3.1.3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.....	39
3.1.4 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565.....	40
3.2 กฎหมายต่างประเทศ	41
3.2.1 เครือรัฐออสเตรเลีย.....	41
3.2.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	46
3.2.3 สาธารณรัฐเกาหลี.....	50
3.3 กฎหมายระหว่างประเทศ	54
3.3.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948.....	57
3.3.2 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006.....	60
3.3.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966	62
3.3.4 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002.....	63
4 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย.....	71
4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่กระทำแทนเจ้าหน้าที่รัฐในความผิดฐานกระทำการทรมานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำให้นุคคลสูญหาย	71

บทที่	หน้า
4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามคำสั่ง.....	75
4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ผู้นั้นได้รับโทษตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ.....	80
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	84
5.1 บทสรุป.....	84
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	87
บรรณานุกรม.....	92
ประวัติผู้เขียน.....	98

สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
1	ตารางเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ	67

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การทรมาน (Torture) ผู้ต้องหา เป็นเทคนิคในการสอบปากคำ เช่น การให้ผู้ต้องหาอดนอนเป็นเวลานาน การทำให้สำลักน้ำ ทบตี หรือทำให้ได้รับความอับอาย¹ เพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพหรือข้อมูลบางอย่าง และการกระทำที่บุคคลสูญหาย (Enforced Disappearance) จากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ที่กระทำผิด เป็นอาชญากรรมซึ่งมีที่มาจากอนุสัญญาระหว่างประเทศ² ที่ประเทศร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวต่างเห็นตรงกันว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด ควรร่วมมือกันป้องกันและปราบปราม ส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้กัน หรือทำให้กฎหมายของประเทศตนไม่อยู่ในสถานะกลายเป็นที่หลบซ่อนตัวของผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศดังกล่าว³

ประกอบกับสังคมไทยได้มีบุคคลที่ถูกกระทำทรมานและบังคับให้สูญหายหลายกรณี เช่น ที่จังหวัดนครสวรรค์กรณีทนายสมชาย นิละไพจิตร ทนายความด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นผู้ว่าความให้แก่ผู้ต้องหาในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ซึ่งหายตัวไปหลังจากที่มีการจับรถเถื่อนร่วมกับกลุ่มชายฉกรรจ์กลุ่มหนึ่ง หลังจากลงจากรถเพื่อมาพูดคุยกับคู่กรณี กลับถูกทำร้ายร่างกายและผลักทนายสมชายเข้าไปในรถ ขณะที่หนึ่งในกลุ่มของชายฉกรรจ์ได้แยกตัวไปขับรถของทนายสมชาย

¹ สำนักข่าวบีบีซี. (2562). *ข้อทรมาน : วิธีสอบปากคำเข้มข้น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/international-49476071>. [2566, 3 มิถุนายน]

² อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการกระทำอื่นๆที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี (United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) และอนุสัญญาคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)

³ ปกป้อง ศรีสนิท. (2566). *มีอะไรในกฎหมาย : กฎหมายป้องกันและปราบปรามการทรมานและการทำให้บุคคลสูญหาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.the101.world/prevention-and-suppression-of-torture-and-enforced-disappearance-act/>. [2566, 3 มิถุนายน]

และพากัน ไปจากที่เกิดเหตุ⁴ ซึ่งต่อมาภายหลัง เจ้าหน้าที่ของรัฐ 5 นาย ได้ตกเป็นจำเลยในคดีดังกล่าว แต่มีเพียงนายเดียวที่ถูกพิพากษาให้จำคุก 3 ปี ในความผิดฐานขึ้นใจทำให้สูญเสียอิสรภาพ ส่วนอีก 4 นายศาลยกฟ้อง เนื่องจากไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะเอาผิดได้ รวมถึงได้กลับเข้ารับราชการตามเดิม รวมถึง กรณี ผู้กำกับ จ. ได้ใช้วงคำคลุมศีรษะของผู้ต้องหาเพื่อค้นข้อมูลเป็นเหตุให้ผู้ต้องหาขาดอากาศหายใจจนเสียชีวิต⁵ กรณีผู้ต้องหาในพื้นที่จังหวัดชายแดนใต้ที่อ้างว่าถูกกระทำทรมานโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยถูกปัสสาวะรดบริเวณใบหน้า ถูกไฟฟ้าช็อตตามร่างกาย และอวัยวะเพศ

ด้วยเหตุนี้ จึงมีแนวคิดในการผลักดันกฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการบังคับบุคคลสูญหายขึ้นใช้บังคับ จนกระทั่งมีการตราพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ขึ้นใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

ปัญหาประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่กระทำแทนเจ้าหน้าที่รัฐในความผิดฐานกระทำทรมาน กระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำให้บุคคลสูญหาย

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กำหนดการกระทำความผิดโดยเจ้าหน้าที่รัฐไว้ 3 ฐานความผิดได้แก่ความผิดฐานกระทำทรมาน ตามมาตรา 5 ความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 6 และความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย ตามมาตรา 7

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติความผิดไว้เฉพาะที่เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น แต่ไม่ได้กล่าวถึง การกระทำความผิดโดยผู้กระทำการแทนเจ้าหน้าที่รัฐ หรือกระทำโดยได้รับการยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเอาไว้แต่ประการใด จึงอาจกลายเป็นช่องว่างของกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หลีกเลี่ยงการกระทำความผิดกฎหมายโดยให้บุคคลอื่นเป็นผู้กระทำความผิดแทนได้

บุคคลซึ่งมิใช่เจ้าหน้าที่ และอาจได้รับการยุยงส่งเสริมหรือยินยอมโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยรวมถึงการกระทำในลักษณะกระทำทรมาน กระทำ

⁴ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. (2566). *เปิดกฎหมายทรมาน อุ้มหาย หยุดเจ้าหน้าที่รัฐละเมิดผู้อื่น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairath.co.th/news/local/2572881>. [2566, 3 มิถุนายน]

⁵ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. (2566). *ครบ 10 ปี คดีอุ้ม ทนายสมชาย ไขปมหายตัวปริศนา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairath.co.th/news/local/409256>. [2566, 3 มิถุนายน]

⁶ ไทยพีบีเอส. (2566). *ทำไมเราต้องมีกฎหมายป้องกันการทรมานและอุ้มหาย ?*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://theactive.net/data/torture-and-enforced-disappearances-law/>. [2566, 3 มิถุนายน]

การที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี อาทิ บุคคลที่เป็นอาสาสมัครตำรวจบ้าน เป็นแนวร่วมประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมในกิจการของตำรวจในลักษณะปฏิบัติการ เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อย การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม⁷ ที่ผ่านมาอาสาสมัครตำรวจบ้านได้กระทำการเกินกว่าอำนาจหน้าที่ หรือกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายหลายกรณี โดยแอบอ้างเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว เช่น กรณีชายคนหนึ่งถูกอาสาสมัครตำรวจบ้าน จีจรรย์ยานยนต์ประกบเพื่อขอตรวจบัตรประชาชนและใบอนุญาตขับขี่รถจักรยานยนต์ เมื่อผู้ถูกเรียกตรวจได้ขออุบัตริ อาสาสมัครตำรวจบ้านกลับไม่มีบัตรแสดงตัวตน และอ้างว่าสามารถทำการเรียกตรวจบัตรของประชาชนได้ตลอดเวลา โดยเป็นการกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ตำรวจ⁸ กรณีอาสาสมัครตำรวจบ้านแอบอ้างเป็นตำรวจคอมพิวเตอร์ของร้านข้าวแกงแห่งหนึ่งในเขตรามคำแหงไปริดทรัพย์จำนวน 50,000 บาท แลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี หลังพบว่า เข้าทำการตรวจค้นบ้านพักอาศัยแล้วพบน้ำกระท่อม⁹ เป็นต้น

ปัญหาประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามคำสั่ง

มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กำหนดไว้ว่า พฤติการณ์พิเศษใด ๆ ไม่ว่าจะป็นภาวะสงครามหรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายในประเทศ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

อนึ่ง ตามมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2546 กล่าวถึงวินัยตำรวจไว้ประการหนึ่งว่า ผู้ได้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการ โดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ โดยไม่ขัดขืนหรือหลีกเลี่ยง ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการหรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการจะเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้นก็ได้ และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม

⁷ อริย์รัช แก้วเกาะสะบ้า. (2558). *อาสาสมัครตำรวจบ้าน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=57654&filename=house2558. [2566, 16 กรกฎาคม]

⁸ สำนักข่าวพีพีทีวี. (2564). *อาสาตำรวจเรียกตรวจสั่งปรับเอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.pptvhd36.com/news/อาชญากรรม/157125>. [2566, 16 กรกฎาคม]

⁹ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. (2563). *รวบอาสาตำรวจ อ้างคอมมานโด อุ้มผ้าเมียรีดเงิน ทำหมิ่นแลกลไม่จับน้ำท่อม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairath.co.th/news/crime/1877701>. [2566, 16 กรกฎาคม]

เห็นได้ว่า ถึงแม้ผู้ได้บังคับบัญชาจะมีความเห็นว่า คำสั่งของผู้บังคับบัญชาบางประการจะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อคำสั่งนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ ก็อาจทำให้ผู้ได้บังคับบัญชาเกิดความไม่มั่นใจว่าความเห็นของตนนั้นจะถูกต้องหรือไม่ และไม่กล้าที่จะขัดคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเนื่องจากเกรงว่าจะกระทำความผิดวินัยของตำรวจและอาจถูกลงโทษได้ อีกทั้งการขัดคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอาจส่งผลกระทบต่อหน้าที่ราชการ ดังนั้น เมื่อผู้ได้บังคับบัญชาได้กระทำความผิด อาจยกการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าต้องกระทำความผิด โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ โดยบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นมิได้กล่าวถึงกรณีการมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นความผิด ที่ได้กระทำภายใต้คำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือหน่วยงานของรัฐแต่ประการใด

ปัญหาประการที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ผู้ันั้น ได้รับโทษตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ

มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กำหนดไว้ว่า ผู้ใดกระทำความผิดฐานกระทำทรมานตามมาตรา 5 ความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 6 หรือความผิดฐานกระทำให้นุคคลสูญหายตามมาตรา 7 นอกราชอาณาจักร ต้องรับโทษในราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ โดยให้นำความในมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม

ทั้งนี้ มาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า ผู้ใดที่กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร หากได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น หรือศาลในต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษและผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักร เพราะการกระทำนั้นอีก และหากผู้ต้องคำพิพากษาให้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาแล้ว แต่ยังไม่พ้นโทษ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว

บทบัญญัติข้างต้น กล่าวถึงกรณีที่ผู้กระทำความผิดฐานกระทำทรมาน ความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือความผิดฐานกระทำให้นุคคลสูญหายโดยการถูกบังคับ กรณีที่กระทำนอกราชอาณาจักร หากถูกลงโทษโดยคำพิพากษาของศาลแล้ว จะลงโทษบุคคลดังกล่าวในการกระทำเดียวกันในราชอาณาจักรอีกมิได้ แต่พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กลับมิได้บัญญัติกรณีการกระทำความผิดในราชอาณาจักร แต่ถูกดำเนินคดีหรือถูกจับกุมโดยศาลต่างประเทศ ทำให้ได้รับโทษตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้วทั้งหมดหรือบางส่วนเอาไว้แต่ประการใด

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษามาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายในครั้งนี้นำการศึกษาความหมายของการทรมาน ความหมายของการกระทำให้บุคคลสูญหาย ความเป็นมาของการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายในต่างประเทศ ความเป็นมาของการตรากฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายของประเทศไทย แนวคิดในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายในพันธกรณีระหว่างประเทศ ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทรมานหรือการประทุษร้ายหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 แนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายของประเทศไทย ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 2004 (Human Rights Act 2004) ประมวลกฎหมายอาญา (The Criminal Code 1995) และกฎหมายว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 (International Criminal Court Act 2002) ของเครือรัฐออสเตรเลีย ประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (VStGB) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยการลงโทษอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ 2007 (Act on Punishment of Crimes Under Jurisdiction of the International Criminal Court) ของสาธารณรัฐเกาหลี

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

สารนิพนธ์ฉบับนี้ จะทำการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Document Research) โดยศึกษาทั้งบทความทางวิชาการ แนวคิดทฤษฎีต่างๆ ด้วยทฤษฎี คำพิพากษาศาลฎีกา งานวิจัย วิทยานิพนธ์ และการศึกษาอิสระ ความเห็นของนักวิชาการที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย รวมถึงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เพื่อให้ได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติป้องกันและ

ปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ของไทยให้สามารถนำมาบังคับใช้
ป้องกันและปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบ ความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการ
ทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย
2. ทำให้ทราบผลการเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมาน
และการกระทำให้นุคคลสูญหายของประเทศไทยและต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบผลการวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปราม
การทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย
4. ทำให้ทราบข้อสรุปและข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการ
ป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหายให้มีผลบังคับใช้
อย่างมีประสิทธิภาพ

บทที่ 2

ความหมาย ความเป็นมา และแนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปราม การทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย

ในบทนี้ ผู้วิจัยจะทำการศึกษาความหมาย ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย ได้แก่แนวคิดในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายในพันธกรณีระหว่างประเทศ และแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นพื้นฐานอันนำไปสู่การศึกษบทกฎหมายต่อไป โดยมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 ความหมาย และความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย

การศึกษาเกี่ยวกับความหมายของการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย ผู้วิจัยจะทำการศึกษาความหมายที่บัญญัติอยู่ในพันธกรณีระหว่างประเทศ ตลอดจนกฎหมายต่างๆ รวมถึงความเห็นของนักวิชาการ และพจนานุกรมที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

2.1.1 ความหมายของการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย

การทรมานเป็นการกระทำที่โหดร้าย และส่งผลกระทบอย่างรุนแรงระยะยาวต่อผู้ถูกระทำทั้งทางด้านร่างกาย และจิตใจซึ่งส่งผลต่อผู้ที่ถูกระทำหลังการถูกทรมานอย่างมาก แต่ในบทกฎหมายไทย กลับมิได้มีการบัญญัติความหมายของการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเอาไว้ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงทำการศึกษาความหมายของถ้อยคำดังกล่าวจากพันธกรณีระหว่างประเทศ บทกฎหมายต่างประเทศ และตามความเห็นที่นักวิชาการได้อธิบายเอาไว้ดังต่อไปนี้

2.1.1.1 ความหมายของการทรมาน

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: CAT) ให้ความหมายของคำว่า “การทรมาน” หมายถึงการกระทำใดก็ตามโดย เจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส ไม่ว่าจะทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำ

สารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้น หรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่ เชิญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือเพราะเหตุผลใดโดยบนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นในรูปใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการขู่ข่มขู่ หรือโดย ความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่ง ทางการ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจากหรืออันเป็นผลมาจาก หรืออัน สืบเนื่องมาจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย¹

ธรรมนูญกรุงโรมซึ่งจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) กำหนดให้ดำเนินคดีทาง อาญาต่อบุคคลที่รับผิดชอบต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อ มนุษยชาติ ทั้งนี้ กฎหมายให้นิยามการทรมานว่า "การจงใจให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ ทรมานอย่างรุนแรงไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจ ต่อบุคคลที่ถูกควบคุมตัวหรืออยู่ภายใต้การควบคุม ของผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับการทรมานเว้นแต่การทรมานนั้นจะไม่รวมถึงความเจ็บปวด หรือความทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นเฉพาะ โดยธรรมชาติหรือโดยบังเอิญ หรือการลงโทษตาม กฎหมาย" ภายใต้มาตรา 7 ของธรรมนูญกรุงโรม การทรมานอาจถูกพิจารณาว่าเป็นอาชญากรรมต่อ มนุษยชาติ "เมื่อการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวาง หรืออย่างเป็นระบบโดย มีเป้าหมายไปที่พลเรือนใดๆ"

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า การห้ามการ ทรมานตามอนุสัญญาข้างต้น เป็นการห้ามการทรมานทั้งร่างกายและจิตใจ อันเป็นสาเหตุให้เกิด ความเจ็บปวด การกระทำที่ถือว่าเป็นการทรมานได้แก่ การตี การดึงถอดเล็บ การเผาไหม้ การใช้ การจี้กระแสไฟฟ้า การแขวนร่างกาย การทำให้ขาดอากาศหายใจ การบังคับให้อยู่ในแสงสว่าง ใน ภาวะเสียงดัง ในที่ที่มีความร้อนหรือความหนาว การละเมิดทางเพศ เช่น การข่มขืน หรือการละเมิด ทางเพศอื่นๆ การบังคับให้ใช้ยาในระหว่างการถูกคุมขังหรือสถานบำบัดโรคทางจิตเวช การบังคับ ไม่ให้พัก ให้อดนอน หรือให้อดอาหาร การขาดสุขอนามัยที่ดีพอ การไม่ได้รับการรักษาพยาบาล การขังเดี่ยว หรือการทำให้ไม่มีความรู้สึก การควบคุมตัวในสถานที่ที่ไม่สามารถระบุได้ ถึงสถานที่ หรือเวลา การข่มขู่ว่าจะทรมานหรือฆ่าญาติให้ตาย การปล่อยทิ้งหรือการขู่ด้วยการจำลองการถูกฆ่า

¹ Australian Government. *Prohibition on torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* (Online). Available: <https://www.ag.gov.au/rights-and-protections/human-rights-and-anti-discrimination/human-rights-scrutiny/public-sector-guidance-sheets/prohibition-torture-and-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment#which-domestic-laws-relate-to-the-prohibition-on-torture-or-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment>. [2023, June 5]

ส่วนการกระทำที่ไม่ถึงกับการเป็นการทรมานก็ห้ามมิให้กระทำเช่นเดียวกัน เช่น การปฏิบัติในลักษณะโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม และเป็นการละเมิดหรือการลงโทษที่ลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์²

ความแตกต่างกันในระหว่างการทรมานกับการปฏิบัติที่โหดร้ายคือ ถ้าเจ้าพนักงานของรัฐปฏิบัติบางอย่างที่ยังไม่ถึงว่าเป็นการทรมานคือยังไม่เป็นสาเหตุให้มีความเจ็บปวด ทางด้านร่างกายหรือจิตใจในระดับที่ถือว่าเป็นการทรมาน การปฏิบัติเช่นนั้นไม่ใช่การทรมาน แต่เป็นการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี เช่น การบังคับให้มีการนอนล่ำมโซ่ในห้องขัง หรือการใส่กุญแจมือ ถ้าการกระทำนั้นไม่ใช่การทรมาน เพื่อให้ได้รับคำสารภาพหรือข้อมูล หรือเพื่อเป็นการลงโทษเพื่อสิ่งใดสิ่งหนึ่ง หรือการสงสัยหรือการข่มขู่ เป็นเพียงการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีเท่านั้น³

2.1.1.2 ความหมายของการบังคับบุคคลสูญหาย

การบังคับบุคคลให้สูญหาย (Enforced Disappearance) เป็นหนึ่งในการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ถูกปฏิบัติต่อมนุษย์ผ่านการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐหรือผู้ใช้อำนาจแห่งรัฐ โดยมีกรณีให้นิยามไว้ในอนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย พ.ศ. 2010 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced disappearance 2010) ข้อ 2 ที่ได้กำหนดนิยามของการบังคับบุคคลให้สูญหายเอาไว้หมายถึง การจับกุม กักขัง ลักพาตัว หรือการกระทำในรูปแบบใดๆ ก็ตาม ที่เป็นการลิดรอนเสรีภาพโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งดำเนินการโดยได้รับการอนุญาต การสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยายของรัฐ ตามมาด้วยการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการลิดรอนเสรีภาพ หรือการปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลที่หายสาบสูญ ซึ่งส่งผลให้บุคคลดังกล่าวตกอยู่ภายนอกการคุ้มครองของกฎหมาย⁴

นิยามของการบังคับให้สูญหาย (Enforced Disappearance) ตามอนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย พ.ศ. 2010 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance 2010) สามารถแบ่งได้ออกเป็น 3 องค์ประกอบคือ (1) มีการจับกุม การคุมขัง การลักพาตัว หรือ ลิดรอนเสรีภาพในรูปแบบอื่นๆ (2) เกิดจากกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็นบุคคลอื่นแต่อยู่ภายใต้อำนาจหรือการสนับสนุนหรือการยอมรับจากรัฐ (3) มีการปฏิเสธไม่รับรู้การลิดรอนเสรีภาพ หรือปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ทำ

² สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2551). *ยุติการทรมาน : คู่มือสำหรับเจ้าพนักงานของรัฐ*. กรุงเทพฯ: ดอกเบญจ. หน้า 9.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

⁴ แปลโดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

ให้ผู้สูญหายอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย เมื่อมีการกระทำครบ 3 องค์ประกอบข้างต้นจะถือว่าเป็นการบังคับให้ผู้สูญหายตามอนุสัญญาฯ ทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาว่าการจับกุมคุมขังนั้นเริ่มต้นด้วยการจับกุมที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ และไม่มีกำหนดเวลาว่าจะต้องถูกจับกุมคุมขังนานเพียงใด หากการคุมขังนั้นเป็นการกระทำนอกกฎหมาย ทำให้ผู้ถูกคุมขังอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย ก็เป็นการบังคับบุคคลให้สูญหายได้⁵

แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนลได้บันทึกการสูญหายที่ดำเนินการโดยประเทศที่กระทำผิดร้ายแรงที่สุดบางประเทศ ได้แก่ซีเรีย พบว่าประชาชนราว 82,000 คน ต้องตกเป็นเหยื่อของการถูกบังคับสูญหายนับตั้งแต่ปี 2001 เป็นต้นมา ผู้คนส่วนใหญ่ที่หายตัวไป มักหายตัวไประหว่างอยู่ในศูนย์กักกันของรัฐบาล และบุคคลมากกว่า 2,000 คน หายไปหลังจากถูกจับกุมโดยกลุ่มต่อต้านติดอาวุธและกลุ่มติดอาวุธที่เรียกตนเองว่าเป็นรัฐอิสลาม ทั้งนี้รัฐบาลซีเรียได้ยืนยันว่ามีผู้เสียชีวิตอย่างน้อย 161 ราย หลังจากการสูญหายไป ศรีลังกา เป็นหนึ่งในประเทศที่มีผู้สูญหายมากที่สุดในโลก โดยมีผู้สูญหายระหว่าง 60,000 ถึง 100,000 คนตั้งแต่ช่วงปลายทศวรรษ 1980 อาร์เจนตินาเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีการบังคับให้บุคคลสูญหายในศตวรรษที่ 20 ในช่วงการปกครองโดยทหาร โดยกองกำลังรักษาความมั่นคงได้ลักพาตัวประชาชนราว 30,000 คน และหลายคนไม่ทราบชะตากรรม การละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางและเป็นระบบ มีการทรมานและวิสามัญฆาตกรรมครั้งใหญ่ โดยการถูกทิ้งลงมาจากเครื่องบินของทหารหรือเฮลิคอปเตอร์ ขณะที่ในประเทศซิมบับเว พบว่ามีผู้สื่อข่าวและนักเคลื่อนไหวเพื่อประชาธิปไตยได้หายตัวไปเมื่อวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 2015 ในกรุงฮาราเร โดยก่อนหน้านี้ ผู้สื่อข่าวดังกล่าวตกเป็นเป้าหมายของเจ้าหน้าที่ความมั่นคงของรัฐ ถูกทุบตี ลักพาตัวและควบคุมตัวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย นับตั้งแต่การหายตัวไปของเขาก็ไม่มีการสืบสวนอย่างเป็นทางการและไม่ทราบที่อยู่แท้จริงของเขา ทั้งนี้ การบังคับบุคคลให้หายสาบสูญเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหลายประการ ได้แก่สิทธิในความปลอดภัยและศักดิ์ศรีของบุคคล สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี สิทธิในการควบคุมตัวอย่างมีมนุษยธรรม สิทธิที่จะมีตัวตนทางกฎหมาย สิทธิในการได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม สิทธิในการมีชีวิตครอบครัว สิทธิในการมีชีวิต (กรณีที่ถูกสูญหายถูกฆาตกรรมหรือทำให้ไม่ทราบชะตากรรม)⁶

⁵ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. *General Comment on the definition of enforced disappearance*. (Online). Available: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/disappearance_gc.pdf. [2023, June 5]

⁶ Amnesty International. *Enforced Disappearances*. (Online). Available: <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/enforced-disappearances/> [2023, June 5]

2.1.2 ความเป็นมาของการทรมานและการกระทำที่บุคคลสูญหายในต่างประเทศ

การบังคับบุคคลให้สูญหาย (Enforced Disappearance) หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “การอุ้มหาย” เป็นหนึ่งในวิธีการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ หรือผู้ใช้อำนาจรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์หลายประการ ซึ่งวิธีการนี้ถูกนำมาใช้ตั้งแต่อดีต แต่เพิ่งเริ่มถูกนำมาใช้ “อย่างเป็นระบบ” ในลักษณะของการใช้อำนาจรัฐเพื่อออกคำสั่งเชิงนโยบายกดขี่ประชาชน (A Systematic Policy of State Repression) เป็นครั้งแรกโดยกองทัพนาซีในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง โดยงานเขียนของคริสเตน แอนเดอร์สัน (Kristen Anderson) ในวารสาร Melbourne Journal of International Law ได้กล่าวถึงเหตุการณ์ดังกล่าวสรุปได้ว่า การบันทึกอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกเกี่ยวกับการการบังคับให้บุคคลสูญหายถูกค้นพบจากเอกสารของกองทัพนาซี จากคำสั่ง “Nacht und Nebel” (Night and Fog) อันเป็นคำสั่งพิเศษโดยอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ผู้นำเผด็จการของพรรคนาซีในเยอรมนี มีรายละเอียดว่า ในปี ค.ศ. 1941 พรรคนาซีมีคำสั่งให้ลักพาตัวบุคคลในขบวนการต่อต้านกองทัพนาซีที่อาศัยอยู่ตามตะเข็บชายแดนของเยอรมนีในช่วงเวลากลางคืน เมื่อจับตัวบุคคลเป้าหมายได้แล้วก็ลักลอบพากลับเข้ามาในเยอรมนีแล้วกระทำการทรมานก่อนที่จะสังหาร ทั้งนี้ กองทัพนาซีได้ปฏิเสธการกระทำดังกล่าว ขณะที่ครอบครัวของผู้ถูกบังคับให้สูญหายไม่ทราบชะตากรรมของผู้สูญหาย อย่างไรก็ตาม การสูญหายของบุคคลดังกล่าว ส่งผลทำให้กลุ่มผู้ต่อต้านพรรคนาซีเกิดความหวาดกลัวและส่งผลกระทบต่อกิจกรรมของขบวนการต่อต้านโดยตรง ทั้งนี้มีการประมาณการว่ามีผู้ถูกบังคับให้หายสาบสูญ ภายใต้คำสั่งนี้ถึง 7,000 คน⁷

นับแต่นั้นเป็นต้นมา การบังคับบุคคลให้สูญหายได้ถูกนำมาใช้อย่างเป็นระบบ โดยเริ่มจากประเทศกัวเตมาลา ซึ่งพบว่ามีประชาชนเผ่ามายา จำนวน 6 คน ได้ถูกบังคับสูญหายซึ่งสันนิษฐานว่าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในช่วงกลางศตวรรษที่ 1980⁸ และ บราซิล เป็นประเทศที่พบว่ามีบุคคลจำนวนมากหายตัวไปหลังการถูกจับกุมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยเหยื่อส่วนใหญ่มักเป็นคนผิวสี หรือลูกครึ่ง⁹ จากนั้นแพร่กระจายไปทั่ว แอลลาตินอเมริกา ทั้งประเทศอาร์เจนตินา ชิลี เปรู เอลซัลวาดอร์ โคลัมเบีย อุรุกวัย และฮอนดูรัส และนอกจากในพื้นที่ลาตินอเมริกาแล้ว มีการรายงานว่าตัวเลขที่มีการบังคับให้บุคคลสูญหาย เกิดขึ้นอย่างมากในอิรัก ศรีลังกา

⁷ โทมัส สุขปรีชา. (2562). *ถูกบังคับให้สาบสูญ: อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติที่ถูกละเลย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thematter.co/thinkers/enforced-disappearance/69382>. [2566, 3 มิถุนายน]

⁸ สถาบันอิสรา. (2553). *6 ปี ทนายสมชาย (1) กับบทเรียนคดีอุ้มหายที่กัวเตมาลา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.isranews.org/content-page/item/1646-6-1.html>. [2566, 3 มิถุนายน]

⁹ The Guardian. *Rise in forced disappearance preys on Brazil's young men of colour*. (Online). Available: <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/22/brazil-forced-disappearance-young-black-men>. [2023, June 7]

และอดีตยูโกสลาเวีย ส่งผลให้มีผู้ได้รับผลกระทบจากกระบวนการดังกล่าวหลายแสนคน โดยวิธีการปฏิบัติการณ์นั้นเหมือนกันทุกแห่ง กล่าวคือจะเริ่มต้นจากการลักพาตัวบุคคลที่ตกเป็นเป้าหมาย จากนั้นจับไปกักขังหน่วงเหนี่ยวเอาไว้ในสถานที่ลับ แล้วดำเนินการทรมานด้วยวิธีการต่าง ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และหลายครั้งที่ต่อมาผู้ถูกกักขัง หน่วงเหนี่ยวถูกสังหารโดยไม่มีการไต่สวน ซึ่งนับตั้งแต่ทศวรรษที่ 80 เป็นต้นมา สถิติการอุ้มหายเพิ่มขึ้นเป็นทวีคูณ และแพร่กระจายไปทั่วทุกภูมิภาคของโลก โดยมีทั้งความขัดแย้งภายในและภายนอก อาทิ สงครามระหว่างประเทศ หรือความขัดแย้งทางการเมืองภายในประเทศ เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดการบังคับบุคคลให้สูญหายขึ้น¹⁰

2.1.3 ความเป็นมาของการตรากฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายของประเทศไทย

นับตั้งแต่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: CAT) เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2550 รวมถึงได้ลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: CFD) เมื่อวันที่ 9 มกราคม พ.ศ. 2555 วัตถุประสงค์หลักของทั้ง 2 อนุสัญญาคือ การป้องกันไม่ให้บุคคลถูกกระทำอย่างทรมานและทำให้หายสาบสูญโดยถูกบังคับ และนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษอย่างเหมาะสม พร้อมทั้งเยียวยาเหยื่อให้ได้รับความยุติธรรม การลงนามในอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ถือเป็นการแสดงเจตนาของรัฐบาลไทยที่มีความตั้งใจจริงในการส่งเสริม ปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมทั้งเห็นความสำคัญของการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการบังคับใช้กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้อง แต่ในขณะนั้น ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ป้องกันและกำหนดโทษ การรับผิดชอบต่อการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทรมานหรือบังคับให้บุคคลสูญหายอย่างเป็นทางการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง รวมถึงขาดกลไกและผู้รับผิดชอบโดยตรง ซึ่งเป็นปัญหาเดียวกันกับคดีซ้อมทรมานผู้ต้องหาที่ขาดกฎหมายที่สามารถบังคับใช้ได้เป็นการเฉพาะ¹¹

ประกอบกับสถานการณ์ การทรมานและการบังคับให้บุคคลสูญหายที่เกิดขึ้นภายในประเทศไทย คณะทำงานสหประชาชาติว่าด้วยการหายสาบสูญโดยการถูกบังคับหรือไม่สมัครใจ (UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances: UNWGEID) ได้บันทึก

¹⁰ Tomorn Sookprecha. *Ibid.*

¹¹ สำนักงานเลขาธิการ สภาผู้แทนราษฎร. ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ., อ.พ. 15/2564 สมัยประชุมสามัญประจำปี ครั้งที่ 1. หน้า 130.

ข้อมูลบุคคลที่หายสาบสูญในประเทศไทยว่ายังไม่ได้รับการคลี่คลาย จำนวนทั้งสิ้น 82 กรณี โดยอ้างว่าสูญหายไปในช่วงปี พ.ศ. 2534 ถึง พ.ศ. 2561 จากเหตุการณ์ความไม่สงบทางการเมือง พื้นที่ชายแดนภาคใต้ สงครามยาเสพติด และการต่อสู้เพื่อสิทธิมนุษยชน แต่มีหลักฐานที่สามารถยืนยันได้ว่า จำนวน 17 ราย มิใช่เป็นบุคคลที่ถูกบังคับให้สูญหายตามบันทึกข้อมูลบุคคลที่หายสาบสูญของสหประชาชาติ¹² โดยมีกรณีตัวอย่างของบุคคลที่ถูกบังคับหายสาบสูญในประเทศไทย ได้แก่ กรณีของนายสมชาย นีละไพจิตร ทนายความที่มีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในคดีละเมิดสิทธิมนุษยชนที่หายตัวไปในปี พ.ศ. 2547 กรณีของนายพอละจี รักจงเจริญ (บิลลี่) แกนนำชุมชนชาวกะเหรี่ยงบ้านบางกลอย สมาชิกองค์การบริหารส่วนตำบลห้วยแม่เพรียง จังหวัดเพชรบุรี นายสุรชัย คำนวณนานุสรณ์ ในปี พ.ศ. 2561 เป็นต้น ทำให้เกิดกระแสเรียกร้องให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศสองฉบับดังที่กล่าวไปข้างต้น และเรียกร้องให้ประเทศไทยตรากฎหมายเพื่อป้องกัน ปรามปรามและลงโทษผู้ที่กระทำความผิดหรือการบังคับบุคคลสูญหายขึ้นใช้บังคับ ด้วยเหตุนี้ คณะรัฐมนตรีจึงได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในปี พ.ศ. 2561 โดยในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 86/2561 ที่ประชุมได้มีมติรับหลักการ “ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปรามปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.” อย่างไรก็ตาม ขณะที่อยู่ระหว่างพิจารณาในวาระที่สองของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้หามติวาระลงเสียก่อนที่ร่างพระราชบัญญัตินี้จะได้รับความเห็นชอบประกาศใช้เป็นกฎหมาย¹³

ต่อมา เมื่อมีคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ ได้มีการเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปรามปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี รวม 4 ฉบับได้แก่ ฉบับที่หนึ่ง คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ ฉบับที่สอง นายวันมูหะมัดนอร์ มะทา กับคณะ เป็นผู้เสนอ ฉบับที่สาม นายสุทัศน์ เงินหมื่น กับคณะ เป็นผู้เสนอ และฉบับที่สี่ นายสิระ เจนจาคะ กับคณะ เป็นผู้เสนอ¹⁴

ในคราวประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 25 ปีที่ 3 ครั้งที่ 31 (สมัยสามัญประจำปี ครั้งที่ 1) เมื่อวันที่ 16 กันยายน 2564 ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ได้ลงมติในวาระที่หนึ่งรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปรามปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปรามปรามการทรมานและการบังคับให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. ทั้ง

¹² กระทรวงยุติธรรม กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ. (2561). *สรุปผลการดำเนินงานสิทธิมนุษยชนที่สำคัญของประเทศไทย ระหว่างปี พ.ศ. 2557–2561*. กรุงเทพฯ: กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ. หน้า 38.

¹³ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 133.

¹⁴ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 133.

4 ฉบับพร้อมกันด้วยคะแนนเสียง 363 เสียง ไม่รับหลักการ ไม่มีงดออกเสียง 1 เสียง และไม่ลงคะแนนเสียง 1 เสียง และมีมติให้ตั้งคณะกรรมการวิสามัญจำนวน 25 คน เพื่อพิจารณาในวาระที่สอง ชั้นคณะกรรมการ จากนั้น กฎหมายฉบับนี้ได้ผ่านการพิจารณาในวาระที่สองและสามตามลำดับ¹⁵

จนกระทั่งในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2566 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย พ.ศ. 2565 มีผลบังคับใช้ ยกเว้นเพียงมาตรา 22 ถึงมาตรา 25 จะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2566 เป็นต้นไป ทั้งนี้ พระราชบัญญัติฯ ประกอบด้วย 5 หมวด 1 บทเฉพาะกาล รวม 43 มาตรา ซึ่งครอบคลุมฐานความผิดที่สำคัญ 3 ฐาน ได้แก่ การกระทำความทารุณ การกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการกระทำให้นुकคตสูญหาย รวมถึงบทกำหนดโทษ มาตรการดำเนินคดี มาตรการป้องกัน มาตรการช่วยเหลือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดดังกล่าว¹⁶

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย

การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญา โดยมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.2.1 แนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชนถือกำเนิดมาพร้อมหลักประกันเพื่อความมั่นคงปลอดภัยให้กับมวลมนุษยชาติ ถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่มนุษย์ควรมีสติหรือที่ได้มาโดยธรรมชาติพร้อมการเกิด เรียกว่าสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) ด้วยความเชื่อที่ว่ามนุษย์เกิดมาพร้อมกับความมีคุณค่า มีวิถีทางแห่งการดำเนินชีวิตเป็นของตนเอง มีความสามารถในการดำรงตนอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดีที่เหมาะสมอย่างสมศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์¹⁷

¹⁵ บีบีซีนิวส์. พ.ร.บ.อุ้มหาย : สภาผู้แทนฯ ผ่านวาระ 3 กฎหมายป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/thailand-58567063>. [2566, 7 มิถุนายน]

¹⁶ กระทรวงยุติธรรม. ฉบับที่ 432/2566 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย พ.ศ. 2565 มีผลใช้บังคับอย่างเป็นทางการแล้ว. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.moj.go.th/view/81365>. [2566, 7 มิถุนายน]

¹⁷ สุภรา ศรีปรีวาทีน. แนวคิดและหลักการสิทธิมนุษยชน. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://policetraining9.com/index.php?option=com_attachments&task=download&id=279. [2566, 5 กรกฎาคม]

2.2.1.1 ความหมายของสิทธิมนุษยชน

คำว่าสิทธิมนุษยชน (Human Rights) เป็นที่รู้จักและถูกใช้อย่างแพร่หลายนับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลงเมื่อปี พ.ศ. 2488 และได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น นอกจากนี้คำว่า สิทธิมนุษยชนแล้ว ยังมีคำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกันปรากฏแพร่หลายอยู่ด้วย เช่น สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) และสิทธิของความเป็นมนุษย์ (Rights of Man) เป็นต้น ถึงแม้ในกฎบัตรสหประชาชาติ จะได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้ในที่ต่างๆ หลายแห่ง แต่ก็มีได้ให้คำจำกัดความของคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้แต่อย่างใด ถ้าจะแปลความหมายตามตัวอักษร สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิของความเป็นมนุษย์ ผู้ที่เป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิดังกล่าวตั้งแต่เกิดจนตายโดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดของกฎหมาย¹⁸

แอมเนสตี้ ประเทศไทย ให้ความหมายของสิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของทุกคน ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลใด อยู่ ณ แห่งหนใด มีความเชื่ออย่างไรหรือใช้ชีวิตในรูปแบบใด สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้ แต่อาจถูกจำกัดหากบุคคลผู้นั้นกระทำความผิดกฎหมายหรือกระทำการที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ สิทธิมนุษยชนตั้งอยู่บนพื้นฐานของคุณค่าความเป็นมนุษย์ เช่น ความมีศักดิ์ศรี ความยุติธรรม ความเท่าเทียม ความเคารพและความเป็นอิสระ นอกจากนี้สิทธิมนุษยชนนั้นไม่ได้เป็นเพียงแนวคิดที่เป็นนามธรรมเท่านั้น เพราะสิทธิมนุษยชนคือแนวคิดที่ได้รับการ นิยามและ ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย¹⁹

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม อธิบายว่าในทางวิชาการมักไม่มีการให้คำนิยามความหมายของสิทธิมนุษยชน นอกจากมีการพยายามอธิบายคำปรารภของปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่ว่า “โดยที่การยอมรับนับถือเกียรติศักดิ์ประจำตัว และสิทธิเท่าเทียมกันและโอนมิได้ของบรรดาสมาชิกทั้งหลายแห่งครอบครัวมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐานแห่งอิสรภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพโลก” นั้น หมายถึง สิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เพราะมนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีมีเกียรติศักดิ์ประจำตัวสิทธิมนุษยชน ไม่สามารถ โอนให้แกกันได้ แต่นักปฏิบัติการสิทธิมนุษยชนให้คำอธิบายว่า เราเรียกสิ่งจำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน ซึ่งทำให้คน ๆ นั้นมีชีวิตอยู่รอด ได้อย่างมีความเหมาะสมแก่ความเป็นคนและสามารถมีการพัฒนาตนเองได้ว่า คือ “สิทธิมนุษยชน” เมื่อนำคำอธิบายทั้ง 2 ประการมา

¹⁸ สุกรา ศรีปรีวาทีน. *แนวคิดและหลักการสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://policetraining9.com/index.php?option=com_attachments&task=download&id=279. [2566, 5 กรกฎาคม]

¹⁹ แอมเนสตี้ ประเทศไทย. (2561). *สิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.amnesty.or.th/latest/blog/62/> [2566, 5 กรกฎาคม]

ประกอบกันก็สามารถเข้าใจได้ว่า สิทธิมนุษยชน คือ สิ่งจำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับ ในฐานะที่เป็นคน เพื่อให้คน ๆ นั้นมีชีวิตอยู่รอดได้และมีการพัฒนา สิทธิมนุษยชนจึงมี 2 ระดับ ดังนี้²⁰

1) ระดับแรก คือ สิทธิที่ติดตัวคนทุกคนมาแต่เกิด ไม่สามารถถ่ายโอนให้แกกันได้ อยู่เหนือกฎหมายและอำนาจใด ๆ ของรัฐทุกรัฐ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต ห้ามฆ่าหรือ ทำร้ายต่อชีวิต ห้ามการทรมาน ห้ามทรมานอย่างโหดร้าย คนทุกคนมีสิทธิในความเชื่อ โศภนธรรมหรือ ลัทธิทางศาสนา ทางการเมือง มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และแสดงออกหรือการสื่อ ความหมายโดยวิธีอื่น สิทธิมนุษยชนเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายมารองรับ สิทธิเหล่านี้ก็ดำรงอยู่ ซึ่งอย่างน้อยอยู่ในมโนธรรมสำนึกถึงบาปบุญคุณโทษที่อยู่ในตัวของแต่ละคน เช่น แม้ไม่มีกฎหมาย บัญญัติว่าการฆ่าคนเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่คนทุกคนมีสำนึกรู้ได้เองว่าการฆ่าคนนั้นเป็น สิ่งต้องห้าม เป็นบาปในทางศาสนา

2) ระดับที่สองคือ เป็นสิทธิที่ต้องได้รับการรับรองในรูปของกฎหมายหรือ ต้อง ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐบาล ได้แก่ การได้รับสัญชาติ การมีงานทำ การได้รับความคุ้มครอง แรงงาน ความเสมอภาคของหญิงชาย สิทธิของเด็ก เยาวชน ผู้สูงอายุ และคนพิการ การได้รับการ ศึกษาขั้นพื้นฐาน การประกันการว่างงาน การได้รับบริการทางด้านสาธารณสุข การสามารถ แสดงออกทางด้านวัฒนธรรมอย่างอิสระ สามารถได้รับความเพลิดเพลินจากศิลปะ วัฒนธรรมใน กลุ่มของตน เป็นต้น ทั้งนี้สิทธิมนุษยชนระดับที่สองนี้ต้องเขียนรับรองไว้ในกฎหมายหรือ รัฐธรรมนูญหรือแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐของแต่ละประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันว่าคนทุกคนที่ อยู่ในรัฐนั้นจะได้รับความคุ้มครองชีวิตความเป็นอยู่ให้มีความเหมาะสมแก่ความเป็นมนุษย์

2.2.1.2 ความเป็นมาของแนวคิดสิทธิมนุษยชน

เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองยุติลงในปี ค.ศ. 1945 โดยชัยชนะของฝ่ายสัมพันธมิตร ที่มี สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส รัสเซีย เป็นผู้นำนั้น สงครามโลกครั้งที่สองได้นำความหายนะมาสู่ ชีวิตและทรัพย์สินของหลายประเทศทั่วโลก ชาวโลกได้ประจักษ์ถึงความทารุณโหดร้ายของพรรคนาซีเยอรมันที่ได้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวหลายล้านคน และกระทำการย่ำยีประชาชนทุกประเทศที่ เยอรมันเข้ายึดครอง การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การย่ำยีสิทธิสตรีและเด็ก ถือเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของ มนุษย์อย่างชัดเจน หัวหน้ารัฐบาลประเทศสัมพันธมิตรต่างเห็นพ้องต้องกันว่าจะต้องแสวงหา มาตรการที่เป็นรูปธรรมป้องกันมิให้มีการทำลายศักดิ์ศรีของมนุษย์เกิดขึ้นอีก จึงได้มีการสถาปนา

²⁰ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. *ความรู้พื้นฐานเรื่องสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://deac.drr.go.th/wp-content/uploads/2019/12/drr-2019-12-25_02-50-04_686788.pdf. [2566, 5 กรกฎาคม]

องค์การสหประชาชาติขึ้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1945 และมีผลอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1945²¹

วันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1945 มีการรับรองกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) โดยมติที่ประชุมใหญ่ ในกฎบัตรนี้กล่าวถึงความมุ่งหมายของสหประชาชาติ ได้แก่ การสร้างไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ เพื่อพัฒนาสัมพันธไมตรีระหว่างชาติทั้งปวง โดยยึดหลักการแห่งสิทธิที่เท่าเทียมกัน เพื่อทำการร่วมมือระหว่างประเทศ ในอันที่จะแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศในทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและมนุษยธรรม และส่งเสริมการเคารพสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคน โดยปราศจากความแตกต่างในทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา และเป็นศูนย์กลางสำหรับประสานการดำเนินงานของประชาชาติทั้งปวงในอันที่จะบรรลุจุดหมายปลายทางร่วมกัน²²

เดือนตุลาคม ค.ศ. 1946 สหประชาชาติได้ตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (The Commission on Human Rights) ให้อยู่ใต้คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council หรือ ECOSOC) เดือนมกราคม ค.ศ. 1947 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้เรียกประชุมเป็นครั้งแรก และได้แต่งตั้งคณะกรรมการร่างเอกสารสหประชาชาติ เพื่อการคุ้มครองและส่งเสริม สิทธิมนุษยชนโดยแบ่งออกเป็น 3 ชุด ชุดแรกจัดทำร่างปฏิญญา (Declaration) ชุดที่สองจัดทำอนุสัญญา (Convention) และชุดที่สามศึกษาปัญหาทางการเมืองระหว่างประเทศ คณะกรรมการร่างปฏิญญาได้มีการประชุมหลายครั้งและได้นำเสนอร่างปฏิญญาให้สมัชชาสหประชาชาติลงมติยอมรับและประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ด้วยคะแนนเสียง 48 เสียง ไม่มีเสียงคัดค้าน ส่วนประเทศกลุ่มคอมมิวนิสต์ทั้งหมดรวมทั้งประเทศซาอุดีอาระเบียและแอฟริกาใต้งดออกเสียง สำหรับ ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ได้ให้การรับรอง²³

2.2.1.3 หลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชน

²¹ องค์การสหประชาชาติ. *60 ปี ความสำเร็จขององค์การสหประชาชาติ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/60 ways/bangkok_60 ways_thai.pdf](https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/60%20ways/bangkok_60%20ways_thai.pdf). [25 66, 5 กรกฎาคม]

²² กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ. มาตรา 1.

²³ กระทรวงการต่างประเทศ. *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>. [2566, 11 มิถุนายน]

สิ่งที่จะเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะส่งผลให้มนุษย์อยู่ในสังคมได้อย่างสงบสุข มีเกียรติมีคุณค่า จะต้องยึดถือปฏิบัติที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ดังต่อไปนี้²⁴

1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จุดกำเนิดของแนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ล้วนมีที่มาจาก การที่มนุษย์ปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันในลักษณะของการลดทอนศักดิ์ศรี ดังเช่น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เอาไว้ โดยมีผลสืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ออดอล์ฟ ไอชมาน (Adolf Eichmann) สมาชิกของพรรคนาซีคนสำคัญและเป็นข้าราชการระดับสูงของเยอรมันในช่วงที่พรรคนาซีปกครองประเทศ ซึ่งได้ดำเนินวิธีการต่างๆที่มนุษย์ไม่พึงปฏิบัติกันแก่ชนชาวยิว ได้แก่การโกนหัวสตรีแล้วนำเอาผมไปทอเป็นเครื่องนุ่งห่มเพื่อให้ความอบอุ่นแก่ร่างกาย โดยไม่คำนึงว่าผู้เป็นเจ้าของผมเหล่านั้นจะหนาวเหน็บเพียงใดในฤดูหนาว การใช้มนุษย์เป็นเครื่องทดลองยาโดยนิตินัยต่างๆ เข้าร่างกายการนำเอามนุษย์ผ่าแผลมาใช้ทดลองโดยความเชื่อว่าจะมีคุณสมบัติเหมือนกันมากกว่ามนุษย์อื่นๆ และปรากฏการณ์ที่ได้จากการทดลองจะแสดงผลได้ใกล้ความจริงที่สุด โดยไม่คำนึงถึงผลร้ายที่เกิดแก่มนุษย์เหล่านั้นไม่ว่าความพิการหรือความตาย การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นมนุษย์ และประมาณการว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่พรรคนาซีได้กระทำต่อชาวยิว ส่งผลทำให้ชาวยิวเสียชีวิตในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองประมาณ 6 ล้านคน²⁵

ด้วยความสำคัญที่มีต่อมนุษย์ชาติที่พรรคนาซีได้กระทำต่อชาวยิวนี้เอง เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญเยอรมัน ฉบับ ค.ศ.1949 ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติเกี่ยวกับการเคารพซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 1(1)ความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่มีอาจล่วงละเมิดได้ เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ทั้งนี้ เป็นการแสดงเจตนาในนามของรัฐเยอรมันว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะให้ความเคารพและจะคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยจะไม่ปฏิบัติดังเช่นที่บรรพชนของตนได้กระทำต่อชาวยิวอีกต่อไป²⁶

²⁴ สุภรา ศรีปริวาทีน. *แนวคิดและหลักการสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://policetraining9.com/index.php?option=com_attachments&task=download&id=279 [2566, 11 มิถุนายน]

²⁵ พัชรินทร์ วิทยาเอนกนันท์. (2560). *การลงโทษประหารชีวิตในประเทศไทยกับหลักความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 49.

²⁶ อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2544). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 125.

สำหรับในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้²⁷ ในช่วงราวต้นทศวรรษที่ 1990 ใช้รูปแบบการปกครองบนพื้นฐานของการแบ่งแยกชนชั้นจากสีผิวเรียกว่าอะพาไทด์ (Apartheid) เป็นการแบ่งแยกผู้ปกครองเป็นคนผิวขาวและใช้อำนาจปกครองแบบเผด็จการบนพื้นฐานแนวคิดว่าคุณผิวขาวแม้จะเป็นเพียงคนส่วนน้อยก็ต้องเป็นใหญ่ในประเทศแอฟริกาใต้ทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจ และวสังคมเหนือคนท้องถิ่นผิวดำที่มีอยู่เดิม และคนผิวสีที่มาจากชนเผ่าต่างๆในแอฟริกา รวมถึงคนอินเดียที่มาตั้งรกรากตั้งแต่สมัยอาณานิคมอังกฤษหรือคนจีน

การปกครองแบบอะพาไทด์ (Apartheid) ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติมากมาย และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการรับรองหรือดำเนินการโดยรัฐผ่านการตรากฎหมายและกฎระเบียบที่มีผลบังคับใช้ในสังคม อาทิ คนผิวดำจะไม่ได้รับอนุญาตให้เดินเข้ามาในถิ่นที่อยู่อาศัยหรือศูนย์กลางธุรกิจของคนผิวขาว และคนผิวดำไม่สามารถดำเนินธุรกิจหรือเปิดกิจการใดๆในถิ่นที่คนผิวขาวอาศัยอยู่ได้ หากคนผิวสีดำจะต้องเข้าไปทำงานในถิ่นของคนผิวขาว ต้องมีบัตรแสดงตัวที่ออกให้กับเฉพาะคนผิวสีดำและจะทำงานได้เฉพาะงานรับใช้เท่านั้น คนผิวดำไม่สามารถเข้าโรงพยาบาลในเขตของคนผิวขาวได้ ขณะที่ในเขตคนผิวดำก็ไม่มีโรงพยาบาลให้บริการ การขึ้นรถประจำทางคนผิวขาวเท่านั้นที่มีสิทธิขึ้นประตูด้านหน้า คนผิวดำจะต้องขึ้นประตูด้านหลัง และจะเดินไปนั่งข้างหน้าไม่ได้ เป็นต้น ผู้ใดฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษที่รุนแรง²⁷ การเลือกปฏิบัติและการถูกกดขี่ภายใต้ระบบการปกครองที่ไม่เป็นธรรม นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสังคมโดยมีการบันทึกยืนยันในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1993 ในหมวด 1 ข้อ 1 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่จะต้องยึดถือ”²⁸

เห็นได้ว่าที่มาของการบัญญัติยืนยันถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นมีที่มาจาก การปฏิบัติที่มนุษย์กระทำต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างโหดร้ายทารุณ หรือไม่เหมาะสม จึงเป็นการยืนยันถึงความจำเป็นที่ควรได้รับการเคารพในความเท่าเทียมกัน

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ถือว่าคุณค่าสูงสุด ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่มิอาจล่วงละเมิดได้ เป็นสิ่งซึ่งต้องให้ความเคารพและต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐ มนุษย์นั้นมีความสามารถส่วนบุคคลที่มีความสามารถในการสร้างชีวิตบนความรับผิดชอบของตนเอง ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลจะต้องทำให้เกิดความมั่นคงแก่ปัจเจกบุคคลในการพัฒนาลักษณะส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้²⁹

²⁷ เดอะ คลาวด์. *แอฟริกา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://readthecloud.co/charles-sekano/> [2566, 11 มิถุนายน]

²⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 129.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในปัจจุบันนี้ยังไม่มีคำนิยามที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามพอสรุปได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีอยู่ในมนุษย์ทุกคน โดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใดๆ ทั้งนี้เพื่อให้มนุษย์มีอิสระในการพัฒนาและรับผิดชอบตนเอง ส่วนสาระตะอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นพื้นฐานมาจากสิทธิในชีวิตร่างกายมนุษย์และสิทธิที่ได้รับความเสมอภาค ถือเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ขอบเขตความคุ้มครองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถกำหนด เป็น “คุณค่า” ได้ โดยเป็นคุณค่าที่เป็นอิสระมีลักษณะเป็นของตนเอง อันเป็นคุณค่าที่เป็นธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ โดยไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาในทางข้อเท็จจริงว่าบุคคลมีความสามารถที่จะแสดงเจตจำนงของตนเองได้หรือไม่ การใช้อำนาจของรัฐกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีหลักพื้นฐานที่ต้องคำนึงถึงการใช้อำนาจของรัฐ ไม่ว่าจะโดยอำนาจใดหรือวิธีการใด จะต้องถือว่ามนุษย์นั้นมิใช่เป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ หากการใช้อำนาจของรัฐใด ได้กระทำไปในลักษณะที่ทำให้มนุษย์ถูกลดคุณค่าเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำแล้ว การกระทำของรัฐนั้นๆ ย่อมขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งต้องถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง หากมีการกระทำอันเป็นการกระทบหรือละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว บุคคลนั้นย่อมสามารถที่จะใช้สิทธิเรียกร้องต่อศาลได้เพื่อให้รัฐดำเนินการปกป้องคุ้มครองหรือให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น

2) สิทธิ

รองศาสตราจารย์มานิต จุมปา ให้ความหมายของคำว่า สิทธิ (Right) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นต้น สิ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นสิทธิหมายความว่า รัฐให้สิทธิแก่ประชาชนโดยรัฐมีพันธกรณี (หน้าที่) ที่จะต้องทำให้ประชาชนได้รับสิทธินั้น เปรียบประดุจดังรัฐเป็นลูกหนี้ประชาชนเป็นเจ้าของหนี้³⁰

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติให้ความหมายของสิทธิ ตามรัฐธรรมนูญ และสิทธิตามความหมายทั่วไปหมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย³¹

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ”เอาไว้ซึ่งเป็นความหมายของคำว่าสิทธิในหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งสามารถปรับใช้ได้ทั้งกฎหมายเอกชนและ

³⁰ มานิตย์ จุมปา. *สิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ*. การบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 สมัยที่ 75. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 32.

³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28*. หน้า 42.

กฎหมายมหาชนไว้ว่ามีสองความหมาย 'ได้แก่' การมองจากอำนาจของผู้ทรงสิทธิ คือ "อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง" และการมองจากวัตถุประสงค์ของสิทธิ คือ "ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้"³²

ความหมายของสิทธิที่กล่าวมาข้างต้นเป็นสิทธิตามความหมายทั่วไป แต่สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายรวมถึง การให้หลักประกันในทางหลักการ ดังนั้นสิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ

กล่าวโดยสรุป สิทธิ (Rights) คือ ประโยชน์ของประชาชนที่รัฐต้องรับรองและคุ้มครองให้ กล่าวคือรัฐต้องจัดให้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชน โดยมนุษย์ทุกคนต้องมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนเอง รวมทั้งสิทธิในการพัฒนาศักยภาพของตนเอง เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิในการรักษาพยาบาล สิทธิในการไม่ถูกทำร้าย เบียดเบียนทั้งทางร่างกายและจิตใจ เป็นต้น ทั้งนี้สิทธิเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นซึ่งจะเป็นคนหนึ่งหรือหลายคนต้องกระทำหรือละเว้นต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์กับผู้เป็นเจ้าของสิทธิ³³

3) เสรีภาพ

รองศาสตราจารย์มานิต จุมปา ให้ความหมายของคำว่า เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น มีสิทธิที่จะกระทำการหรือละเว้นกระทำการ เช่น เสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น สิ่งใดรัฐธรรมนูญกำหนดเสรีภาพ หมายความว่า ประชาชนมีเสรีภาพเช่นนั้น โดยรัฐมีหน้าที่ทั่วไปที่จะงดเว้นไม่ขัดขวางการใช้เสรีภาพนั้นของประชาชน แต่รัฐ

³² หยุด แสงอุทัย. (2542). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพริก. หน้า 12.

³³ เจษฎา นาคะรัมย์กะ. *สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://web.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b8%20jun_1_3.pdf หน้า 34. [2566, 16มิถุนายน]

ไม่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่จะต้องจัดหาสิ่งที่เป็นเสรีภาพจึงต่างจากสิทธิที่สิ่งใดเป็นสิทธิ ถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะเจาะจงในการทำให้ประชาชนได้รับสิทธินั้น³⁴

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติให้ความหมายของเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงหมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง ความแตกต่างระหว่าง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” จึงอยู่ที่ว่า “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันใดอันหนึ่ง แต่ในขณะที่ “เสรีภาพ” นั้นเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด³⁵

เสรีภาพ (Freedom) คือ ความมีอิสระของประชาชนที่จะกระทำหรืองดเว้น การกระทำในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยที่รัฐจะเข้าไปขัดขวางไม่ได้และจะต้องเอื้อให้เกิดบรรยากาศที่คนสามารถใช้เสรีภาพของตนได้โดยมนุษย์ทุกคนต้องมีเสรีภาพในการดำเนินชีวิต เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการชุมนุมโดยมีเสรีภาพของทุกๆ คนหนึ่งจะมีขอบเขตอยู่ที่สิทธิของคนอีกคนหนึ่ง เพื่อก่อให้เกิดความรับผิดชอบและการเคารพสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น

4) ความเสมอภาค

ความเสมอภาค (Equality) คือ การได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ถูกเลือกปฏิบัติในเรื่องที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน และได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันในเรื่องที่มี สาระสำคัญต่างกัน เช่น งานในหน้าที่เดียวกันผู้ปฏิบัติงานก็ควรจะได้รับค่าตอบแทนเท่ากัน แต่หากทำงานต่างหน้าที่กันก็อาจจะได้รับค่าตอบแทนที่ไม่เท่ากันได้เพราะสาระสำคัญของงาน แตกต่างกัน เป็นต้น

การตระหนักถึงคุณค่าที่แท้จริงของ “ความเสมอภาค” มีความสำคัญยิ่งกว่าความหมายของถ้อยคำดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ข้อ 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ “รัฐภาคียอมรับว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกันเบื้องต้นและภายใต้กฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ที่เท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ” ความเท่าเทียมกันทั้งเบื้องต้นและภายใต้กฎหมายนั้นสามารถแยกได้เป็นสองส่วนกล่าวคือ “ความเท่าเทียมกันเบื้องต้นกฎหมาย” และ “ความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย” ซึ่งความเท่าเทียมกันทั้งสองคำดังกล่าวมีความแตกต่างกัน โดยคณะกรรมการอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ได้อธิบายไว้ว่า

³⁴ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 35.

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 50-51.

“ความเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย” หมายถึง สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ส่วน “ความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย” หมายถึง สิทธิในการใช้กฎหมาย เพื่อผลประโยชน์ส่วนบุคคล

ทั้งนี้ ความหมายของ “ความเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย” นั้น สามารถอธิบาย ขยายความได้ว่าหมายถึง “ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน โดยที่ กฎหมายดังกล่าวมีความเป็นกลางและไม่เลือกปฏิบัติ” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง สันนิษฐานว่า ทุกคน เหมือนกัน ไม่มีใครอยู่เหนือใคร และต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ดังนั้น “ความเสมอภาคเบื้อง หน้ากฎหมาย” จึงสันนิษฐานถึง “ความคล้ายคลึงกันของผู้ที่ถูกตัดสินโดย กฎหมาย” ในทางตรงกันข้าม “ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย” จะอยู่บนการสันนิษฐานของ “ความคล้ายคลึงกันของ มาตรฐานที่ใช้ในการตัดสิน”³⁶

สำหรับแนวคิดของความเสมอภาคสามารถแบ่งได้ดังต่อไปนี้³⁷

1) ความเสมอภาคเชิงรูปแบบ (Formal Equality) การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และไม่เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เป็นอีกความหมายหนึ่งของ “ความเสมอภาค” ซึ่งตรงกับคำว่า “การปฏิบัติเหมือนกันต่อกรณีที่เหมือนกัน” (treat like cases alike)^๗ ตัวอย่างเช่น เมื่อนาย ก และ นาย ข ซึ่งมีสภาพร่างกายและจิตใจเหมือนกัน ได้เข้าแถวเพื่อติดต่อธุระกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ แม้นาย ข จะมาในภายหลังนาย ก แต่นาย ข กลับได้รับคิวเพื่อพบกับเจ้าหน้าที่ก่อนนาย ก ดังนั้น นาย ก จึงอาจโต้แย้งว่ารัฐบาลปฏิบัติต่อคนต่างกันและไม่ยุติธรรม โดยข้อโต้แย้งนี้ฟังขึ้น เพราะคนใน สังคมที่มีศีลธรรมอันดีย่อมคาดเห็นได้ว่าทุกคนควรได้รับการปฏิบัติบนพื้นฐานเดียวกัน เนื่องจาก มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน จุดอ่อนของความเสมอภาคในเชิงรูปแบบเกิดขึ้นในบาง สถานการณ์ที่มีการปฏิบัติต่อผู้คนอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีเหตุผลอันสมควรดัง ตัวอย่างในเหตุการณ์จริงที่สามารถสังเกตได้คือ จะมีการจัดที่นั่งพิเศษที่สงวนไว้ให้แก่สตรีมีครรภ์ หรือผู้พิการที่ใช้บริการระบบขนส่งสาธารณะ เนื่องจากเป็นบุคคลที่มีความแตกต่างทางชีวภาพจาก คนปกติทั่วไป ดังนั้น การปฏิบัติต่อพวกเขาในลักษณะที่แตกต่างจากคนปกติทั่วไป จึงมีความสำคัญ และจำเป็นที่จะต้องกระทำเพื่อสร้างความเป็นธรรมและความเสมอภาค

จากกรณีตัวอย่างข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการตีความ “ความเสมอภาค” อย่าง เกรงครัดไม่ใช่วิธีที่ดีที่สุดในการบรรลุจุดประสงค์ของความเสมอภาคกันในความเป็นจริงเนื่องจาก เกณฑ์ในการประเมินความชอบธรรมดังกล่าวยังต้องมีการวิเคราะห์ รวมไปถึงความสมเหตุสมผล

³⁶ ชญาพัฒน์ อัมพะวัตต์. (2563). คำนิยามของคำว่า “เสมอภาค (Equality) ผ่านมุมมองของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศ, *สารวุฒิสภา*. หน้า 22.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

และวัตถุประสงค์ ดังนั้น จึงควรใช้หลักการอื่น ๆ เช่น หลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรวจสอบ หรือวางนโยบายร่วมด้วย เพื่อให้เกิดความเสมอภาคตามความเป็นจริงในสังคม

จุดอ่อนอีกประการหนึ่งของความเสมอภาคในเชิงรูปแบบ อาจนำไปสู่ “การปรับลดระดับมาตรฐานลงเพื่อรักษาความเสมอภาคไว้” ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในคดี *Palmer v Thompson* ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่าเมืองแจ็กสัน (Jackson) มลรัฐมิสซิสซิปปี (Mississippi) สหรัฐอเมริกา มีสระว่ายน้ำอยู่ทั้งหมด 5 สระ แบ่งการให้บริการออกเป็นสระว่ายน้ำของคนผิวขาว 4 สระกับสระว่ายน้ำของคนผิวสี 1 สระ ในเวลาต่อมา เจ้าหน้าที่ของเมืองได้มีคำสั่งให้ปิดสระว่ายน้ำคนผิวขาวทั้ง 4 สระ จึงเหลือสระว่ายน้ำที่เปิดให้บริการในเมืองเพียงสระเดียว ซึ่งเป็นสระของคนผิวสี แต่ด้วยเหตุที่เจ้าหน้าที่ของเมืองไม่ประสงค์ที่จะให้คนผิวขาวจะไปใช้สระว่ายน้ำร่วมกับคนผิวสี จึงมีคำสั่งให้ปิดสระว่ายน้ำที่เหลืออีก 1 สระด้วย คนผิวสีจึงได้ยื่นฟ้องเรื่องดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา โดยศาลฯ มีคำพิพากษาว่าคำสั่งของเจ้าหน้าที่เมือง Jackson ไม่เป็นการฝ่าฝืนการคุ้มครองในเรื่องความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่สิบสี่แต่ประการใด เพราะทั้งคนผิวขาวและคนผิวสีต่างก็ได้รับผลจากคำสั่งให้ปิดสระน้ำอย่างเท่าเทียมกัน

2) ความเสมอภาคเชิงเนื้อหา (Substantive Equality) การพิจารณาความเสมอภาคในเชิงรูปแบบ เป็นการพิจารณาแต่เพียงผิวเผินว่าทุกคนเหมือนกันนั้น ไม่เพียงพอที่จะให้เกิดความเสมอภาคได้ เพราะแม้แต่ฝาแฝดที่เกิดจากพ่อแม่เดียวกันก็ยังมี ความแตกต่างกัน ทั้งในแง่ของสภาพหรือสมรรถภาพทางร่างกาย ความสนใจส่วนตัว ความคิดเห็น ทางการเมือง ดังนั้น ความเสมอภาคเชิงเนื้อหาจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นสิ่งที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศพยายามจะทำให้เกิดผลสำเร็จ และทำให้เกิดความเสมอภาคที่แท้จริงในสังคมปัจจุบันคำแนะนำทั่วไปของคณะกรรมการอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ฉบับที่ 25 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ได้กล่าวไว้ว่า “วิธีการทางกฎหมายที่เขียนไว้อย่างเป็นทางการนั้นไม่เพียงพอที่จะบรรลุความเสมอภาคของผู้หญิงกับผู้ชายตามความเป็นจริง” ซึ่งหมายความว่าคณะกรรมการฯ ตีความความเสมอภาคว่าเป็น “ความเสมอภาคเชิงเนื้อหา” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คณะกรรมการฯ ให้การยอมรับว่าโดยเนื้อแท้แล้วหญิงและชายมีความแตกต่างกัน ดังนั้น กฎหมายจึงควรที่จะตีความคำว่า “ความเสมอภาค” ให้ หมายความว่าถึง “ความเสมอภาคเชิงเนื้อหา” มากกว่าที่จะเป็นเพียงความเสมอภาคเชิงรูปแบบเท่านั้น โดยความเสมอภาคเชิงเนื้อหาที่มีการนำมาวิเคราะห์โดยนักวิชาการหลายท่าน ได้แก่ ความเสมอภาคของผลลัพธ์และความเสมอภาคของโอกาส

(1) ความเสมอภาคของผลลัพธ์ ในความเป็นจริงของสังคมย่อมมีบุคคลที่เคยถูกเลือกปฏิบัติมาก่อน หรือกำลังประสบกับการถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งทำให้นัก

เหล่านั้นตกอยู่ในฐานะผู้เสียเปรียบมาตั้งแต่แรก ดังนั้น ในการพิจารณาเรื่องความเสมอภาคจึงไม่สามารถพิจารณาแต่เฉพาะการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน อันเป็นมุมมองเรื่องความเสมอภาคในเชิงรูปแบบเท่านั้น หากแต่จะต้องพิจารณาถึงความเสมอภาคของผลลัพธ์ด้วยว่า ผลลัพธ์สุดท้ายจะทำให้เกิดความเท่าเทียมกันหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุถึง “การกระจายผลประโยชน์ที่ยุติธรรม”

สำหรับตัวอย่างของความเสมอภาคของผลลัพธ์นั้น จะเห็นได้จากโครงการที่ให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนบุคคลที่ขาดโอกาสในการได้รับจัดสรรทรัพยากร ระบบโควตาสำหรับคนพิการ รวมถึงความช่วยเหลือสนับสนุนด้านเทคโนโลยี เป็นต้น

(2) ความเสมอภาคของโอกาส มนุษย์ไม่อาจมีความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงได้ หากในการแข่งขันนั้นมีบุคคลที่ลงแข่งเริ่มจากจุดเริ่มต้นที่แตกต่างกัน “ความเสมอภาคของโอกาส” หมายถึง การมีจุดเริ่มต้นจุดเดียวกันสำหรับทุกคน เพื่อเข้าถึงสิทธิประโยชน์เดียวกันโดยไม่มีอุปสรรคมาขวางกั้น เช่น อคติ ความยากลำบากทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ความเท่าเทียมกันของโอกาสเหมือนจะเป็นการแก้ไขการเลือกปฏิบัติที่ผ่านมาในอดีตและความเสมอภาคของโอกาสยังจำเป็นที่จะต้องมีการยืนยัน (affirmative measures) หรือมาตรการเชิงบวก (positive measures) เช่น ข้อ 1 (4) ประกอบกับข้อ 2 (2) ของอนุสัญญา ระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination: CERD) “ข้อ 1 (4) มาตรการพิเศษที่จัดให้มีขึ้นตามความจำเป็น โดยมีเจตนาเพื่อประกันให้มีความก้าวหน้าอย่างเพียงพอ ในหมู่ชนบางเชื้อชาติหรือบางเผ่าพันธุ์ หรือบุคคลบางกลุ่มที่ต้องการความคุ้มครองเพื่อให้กลุ่มหรือบุคคลเหล่านั้นได้มีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างเสมอภาคจะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวต้องไม่ก่อให้เกิดการรังแกไว้ซึ่งสิทธิที่แตกต่างกันระหว่างกลุ่มชนเชื้อชาติต่าง ๆ และจะไม่คงอยู่ต่อไปภายหลังจากที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้แล้ว”

นอกจากนี้ข้อ 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบซึ่งกล่าวว่า “การยอมรับโดยรัฐภาคีของมาตรการพิเศษชั่วคราวที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเร่งความเท่าเทียมกันโดยพลตินัยระหว่างชายและหญิงจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ...” เป็นต้น

การตระหนักถึงความแตกต่างของคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอย่างแท้จริง ต้องมีการกำจัดการกำหนดลักษณะตายตัว (stereotyping) และอคติในบริบททางสังคม ยกกรณีตัวอย่าง ในคดี L.C. v. Peru มีข้อเท็จจริงว่า เด็กหญิง L.C. ถูกข่มขืนกระทำชำเราและตั้งครภ์เมื่อเธออายุเพียง 13 ปี เธอได้พยายามฆ่าตัวตายด้วยการกระโดดลงมาจากอาคารสูง แต่ไม่เป็นผลสำเร็จ และปรากฏว่าเธอมีความเสี่ยงที่จะพิการตลอดชีวิต เธอจึงจำเป็นต้องได้รับการผ่าตัดกระดูกสันหลังโดยด่วน แต่การผ่าตัดดังกล่าวกลับถูกเลื่อนออกไปโดยแพทย์เพราะเหตุแห่งการ

ตั้งครรภ์ทำให้เกิดอคติต่อบทบาทที่กำหนดไว้ล่วงหน้าของสตรีในการเป็นแม่ คณะกรรมการอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ได้วินิจฉัยว่า การกระทำดังกล่าวละเมิดข้อ 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ซึ่งกำหนดว่า “...(ก) เพื่อปรับปรุง แบบแผนความประพฤติกทางสังคมและวัฒนธรรมของบุรุษและสตรีโดยมุ่งที่จะให้ได้ขจัดความตึงเครียดและวิธีปฏิบัติอันเป็นประเพณีและอื่น ๆ ทั้งปวงซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเกี่ยวกับความต่ำต้อยหรือความสูงส่งของอีกเพศหนึ่ง หรือที่อยู่บนพื้นฐานของบทบาทแบบเก่าสำหรับบุรุษและสตรี...” เนื่องจากการตัดสินใจเลื่อนการผ่าตัดกระดูกสันหลังให้แก่สตรีซึ่งตั้งครรภ์ได้รับอิทธิพลจากอคติที่ว่า การคุมครองทารกในครรภ์ต้องมาก่อนการคุมครองสุขภาพของผู้เป็นแม่

(3) ความเสมอภาคที่ครอบคลุม (Inclusive Equality) แนวความคิดใหม่ที่เรียกว่า “ความเสมอภาคที่ครอบคลุม” ได้รับการยืนยันโดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการตามความคิดเห็นทั่วไปเกี่ยวกับความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติ แม้ว่าแนวความคิดนี้จะไม่สามารถพบเจอได้ในตราสารด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ แต่ขอบเขตของ “ความเสมอภาคที่ครอบคลุม” นั้น มีความหมายความกว้างขวาง ทั้งในเรื่องของการแก้ไขปัญหาความเสมอภาคสำหรับคนพิการ ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ และยังมีพัฒนาเนื้อหาเชิงบรรทัดฐานของแนวความคิดเช่นความเสมอภาคเชิงเนื้อหา กล่าวคือ องค์ประกอบที่สำคัญของความเสมอภาค ในเชิงเนื้อหาจะต้องประกอบไปด้วยความสามารถในการตอบสนองต่อผู้ที่ด้อยโอกาส หรือผู้ที่ถูกกีดกันออกจาก สังคม รวมถึงจนถึงผู้ที่ไม่ได้รับความใส่ใจ

ที่มาของแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคนี้มีพื้นฐานมาจากความเชื่อที่ว่า “การคัดเลือกแนวความคิดต่าง ๆ ของความเสมอภาคนั้น ไม่ใช่เรื่องของตรรกศาสตร์หรือความสมเหตุสมผล แต่เป็นเรื่องคุณค่าหรือนโยบายของแนวความคิดนั้น ๆ” ดังนั้น ความเสมอภาคที่ครอบคลุมจึงไม่ใช่แนวคิดใหม่เสียทีเดียว แต่เป็นวิธีการคิดแบบใหม่ที่จะคิดอย่าง ละเอียครอบรอบ และครอบคลุมถึงแนวความคิดในเรื่องความเสมอภาคทั้งหมดที่เคยมีมาก่อน ความเสมอภาคที่ครอบคลุม ถือเป็นแกนกลางในการรวบรวมแนวคิดเรื่องความเสมอภาคในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในปัจจุบัน ซึ่งเป็น “การให้คำนิยามโดยทั่วไปอย่างปลายเปิด” เช่น ข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ คำว่า “การเลือกปฏิบัติต่อ สตรี” จะหมายถึงการแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศ... ” ความเสมอภาคที่ครอบคลุมมีความน่าสนใจในแง่ที่ว่า เป็นวิธีการใหม่ในการตรวจสอบความเท่าเทียมกัน เนื้อหา มีการผสมผสานแนวคิดความคิดหลายความคิดเข้าด้วยกัน เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาคของโอกาสความเสมอภาคของผลลัพธ์ เป็นต้น และความเสมอภาคที่ครอบคลุมให้ความสนใจ

และมีการผสมผสานกับมุมมองทั้งสี่ประการนี้ด้วยกัน ได้แก่ “(1) มิติการกระจายอย่างยุติธรรมเพื่อแก้ไขข้อเสียทางเศรษฐกิจและสังคม (Socio-Economic Disadvantages)(2) มิติการตระหนักถึงการต่อสู้กับความอัยยอคของการกำหนดแบบแผนล่วงหน้าของคน (Stereotyping) ความมีอคติและความรุนแรง และเพื่อตระหนักถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และปฏิภาณภาวะหรือสภาวะทับซ้อน (Intersectionality) ของบุคคล สภาวะทับซ้อน คือแนวความคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติที่ไม่ได้คำนึงถึงเหตุเพียงเหตุเดียว เช่น การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ เป็นต้น แต่เป็นการถูกเลือกปฏิบัติรูปแบบเฉพาะของปัจเจกบุคคลซึ่งอาจจะเกิดจากหลายสาเหตุที่มีความทับซ้อนกัน ตัวอย่างเช่น ผู้หญิงผิวสีไม่ถูกเลือกปฏิบัติแต่เพียงเรื่องเชื้อชาติประการเดียว แต่ถูกเลือกปฏิบัติเพราะทั้งสองสภาวะ คือ เรื่องเพศ และเรื่องเชื้อชาติ (3) มิติการมีส่วนร่วมเพื่อยืนยันธรรมชาติทางสังคมของผู้คนในฐานะสมาชิกของกลุ่มทางสังคมและการ รับรู้ของความเป็นมนุษย์อย่างเต็มรูปแบบผ่านการรวมกัน ในสังคม และ (4) มิติในการสร้างพื้นที่รองรับสำหรับความแตกต่างซึ่งเป็นเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

5) ความยุติธรรม

ความยุติธรรม (Justice) คือ ความเที่ยงธรรม ความชอบธรรม ความชอบด้วยเหตุผล การใช้อำนาจใดๆ ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรม (Justice) และมนุษยธรรม (Hummanity) โดยการเคารพสิทธิมนุษยชนไม่ใช่คำนึงถึงแก่เหตุผลทางกฎหมาย แต่ต้อง คำนึงถึงเหตุผลทางกฎหมายและคุณธรรมด้วย การใช้อำนาจดังกล่าวจึงจะเป็นการใช้อำนาจที่ เป็นธรรมประกอบไปด้วยทั้งพระเดชและพระคุณ ผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดก็ควรได้รับการ คุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพราะอย่างน้อยที่สุดก็ถือว่าเป็นมนุษย์เหมือนกัน จึงพึงมีสิทธิ เหมือนกับที่มนุษย์พึงมีได้ ซึ่งอาจจะมีการจำกัดสิทธิบางประการ โดยเป็นไปตามกฎหมายกำหนดไว้

6) การเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) Black's law Dictionary ได้ให้ความหมายกล่าวโดยสรุป หมายความว่า การปฏิบัติใดๆต่อบุคคลหรือกลุ่มคนโดยไม่เท่าเทียมกันและไร้เหตุผล หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็น ธรรมหรือพิเศษ ที่จะปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ อายุ สัญชาติ หรือศาสนา หรือการปฏิบัติที่ แตกต่างเนื่องจากความชอบหรือไม่ชอบที่ปราศจากเหตุผลที่สามารถรับฟังได้

คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” หมายความว่า การกีดกันหรือการให้สิทธิพิเศษ อันเนื่องมาจากความแตกต่างของเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง การแบ่งแยก เชื้อชาติหรือสังคมอันนำมาซึ่งความเสื่อมเสียต่อความเสมอภาคในโอกาส

คำว่า “Discrimination” หมายถึง การกีดกัน เลือกปฏิบัติต่อคนบางกลุ่ม ในทางที่ ให้สิทธิน้อยกว่าคนอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ ภาษา หรือศาสนา การกีดกัน เป็นเรื่องที่ถูกปฏิบัติในสังคมต่างๆมาช้านาน ในศตวรรษที่ 20 ภายหลังจากการเลือกปฏิบัติต่อ พวกยิว อย่างหฤโหด

ของพวกนาซีเยอรมัน ประเทศประชาธิปไตยทั้งหลายได้ใช้ความพยายาม ที่จะจัดปัญหานี้โดยกระบวนการปฏิรูปทางกฎหมายและศาล รูปแบบการเลือกปฏิบัติบ่อยครั้งมักจะเป็นผลมาจากการตั้งข้อรังเกียจ การมีอคติ การมีทัศนคติในแง่ลบและการกระทำที่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ การกระทำที่ถือว่าเป็น การเลือกปฏิบัตินั้นจะต้องไม่มีเหตุผลประกอบถึงการเลือกปฏิบัติที่เหมาะสมและเพียงพอ

การเลือกปฏิบัติหมายถึง การกระทำหรือคว่นกระทำการใดๆ ที่มีลักษณะของการกีดกัน การแบ่งแยกการหน่วงเหนี่ยว หรือการจำกัดซึ่งสิทธิแก่บุคคลใดอันมีผลทำให้ บุคคลนั้นไม่ได้รับโอกาสแห่งความเท่าเทียมกันอย่างทีบุคคลนั้นพึงจะได้รับและในการ ตีความหมายของคำว่าการเลือกปฏิบัติตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ควรจำกัด ตีความตามความมุ่งหมายที่ต้องการให้มีการเคารพต่อมนุษย์อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ดังนั้น การเลือกปฏิบัติควรมีความหมายที่ครอบคลุมในประเด็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการล่าเหยียดและมีอคติซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่อง เพศ ศิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นๆ สัญชาติหรือที่มาในสังคม ความยากดิมิจน สถานะของแหล่งกำเนิดหรือสถานะอื่นๆ ดังนั้นหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชน จะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ (Non Discrimination) ระหว่างมนุษย์เพราะความแตกต่างในเรื่อง เพศ ศิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา สถานะทางสังคม ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นๆ เป็นต้น

2.2.1.4 หลักการที่เกี่ยวข้องกับการทรมานและการบังคับบุคคลสูญหาย

สิทธิมนุษยชนส่วนใหญ่สามารถถูกจำกัดเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ เช่น ความปลอดภัยสาธารณะหรือการปกป้องสิทธิของบุคคลอื่น อย่างไรก็ตาม สิทธิบางอย่างไม่สามารถถูกจำกัดได้ไม่ว่ากรณีใดๆหรือเหตุผลใดๆก็ตาม สิทธิเหล่านี้ เป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ หรือเรียกว่าสิทธิสมบูรณ์ (Absolute Rights) หมายความว่า สิทธิเหล่านี้ไม่อาจจำกัดได้แม้ในยามสงครามหรือในยามฉุกเฉินอื่นๆ ขณะเดียวกันสิทธิบางอย่างเรียกว่า สิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ (Non derogable Rights) สิทธิเหล่านี้รวมถึงสิทธิสมบูรณ์ทั้งหมด³⁸

องค์การสหภาพยุโรปเพื่อการลี้ภัย (European Union Agency for Asylum (EUAA) ได้กล่าวถึงสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ (Non Derogable Rights) หมายถึง สิทธิที่สมบูรณ์และไม่อาจทำให้ถูกลดทอนได้ แม้ในยามสงครามหรือมีเหตุฉุกเฉินใดๆ³⁹ ทั้งนี้ สิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ ได้แก่

³⁸ Human Rights Guide. *Absolute Rights*. (Online). Available: <https://www.cilvektiesibugids.lv/en/themes/human-rights-restrictions/absolute-rights>.

³⁹ European Union Agency for Asylum. *Non-derogable human rights*. (Online). Available: <https://euaa.europa.eu/easo-practical-guide-qualification-international-protection/2-act-violation-non-derogable-human>.

สิทธิในการมีชีวิต สิทธิที่จะเป็นอิสระจากการทรมานและการประตักตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี สิทธิที่จะเป็นอิสระจากการเป็นทาส และสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง ซึ่งหมายถึงการใช้กฎหมายเพื่อดำเนินคดีกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการตรากฎหมาย⁴⁰

การทรมาน(Torture)และการกระทำที่บุกรุกสิทธิมนุษยชน (Enforced Disappearance) โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ที่กระทำความผิด ในมุมมองของสิทธิมนุษยชน บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและไม่ถูกบังคับให้สูญหาย สิทธิดังกล่าวถือว่าเป็น ‘สิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้’ (Non derogable Rights) ของมนุษย์ทุกคน หมายถึง ไม่ว่าในสภาวะสงคราม สภาวะความไม่สงบ หรือความไม่มั่นคงใดๆ เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อกระทำทรมานหรือทำการบังคับบุคคลให้สูญหายได้⁴¹

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญา

การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญาผู้วิจัย จะทำการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา และแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของรัฐ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา

ซีซาร์ เบ็คคาร์เรีย (Cesare Beccaria) นักปรัชญาด้านกฎหมายอาญาในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้เสนอแนวคิดที่เป็นการวางรากฐานกฎหมายอาญาไว้ว่า การที่รัฐสามารถออกกฎหมายกำหนดการกระทำใดที่รัฐห้ามมิให้กระทำ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมได้นั้น เนื่องจาก “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” (Social Contract) ที่ประชาชนยินยอมพร้อมใจกันยกอำนาจของตนให้กับรัฐ เพื่อให้รัฐเป็นตัวแทนของตนในการทำหน้าที่ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อย ประชาชนจึงต้องยินยอมที่จะจำกัดเสรีภาพของตนเองบางประการ โดยให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการบางอย่าง หรืออาจต้องกระทำการบางอย่าง ที่จำเป็นต่อการรักษาความสงบของสังคมส่วนรวม

⁴⁰ HelpAge International. *Human Rights*. (Online). Available: <https://www.helpage.org/silo/files/human-rights-definitions.doc>.

⁴¹ ปกป้อง ศรีสนิท. (2566). *มีอะไรในกฎหมาย : กฎหมายป้องกันและปราบปรามการทรมานและการทำให้บุคคลสูญหาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.the101.world/prevention-and-suppression-of-torture-and-enforced-disappearance-act/>.

เสรีภาพที่ประชาชนยอมเสียสละนี้ รัฐได้บัญญัติออกมาเป็นสิ่งที่เรียกว่า “กฎหมาย” เพื่อกำหนดสิ่งที่ห้ามกระทำ และสิ่งที่บังคับให้กระทำ หากฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษ รัฐจึงมีอำนาจที่จะออกกฎหมายเพื่อกำหนดข้อห้าม เพื่อควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคมไว้ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ

ความผิดอาญาเกิดจากทฤษฎีสัญญาประชาคมที่ประชาชนมอบอำนาจให้รัฐออกกฎหมายเพื่อควบคุมและป้องกันสังคมให้พ้นจากการกระทำที่เป็น “ภัยอันตรายต่อผู้อื่น” (harm to others) โดยการออกกฎหมายเพื่อควบคุมความประพฤติของบุคคล ในสังคมและมีการกำหนดข้อห้ามมิให้ปฏิบัติ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษทางอาญา⁴²

ความผิดทางอาญาคือ การกระทำหรือการละเว้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีโทษตามกฎหมายเฉพาะของรัฐหรือประเทศใด ๆ คำจำกัดความหนึ่งของความผิดทางอาญาคือ การกระทำที่ต้องห้ามเนื่องจากเป็นอันตรายต่อบุคคล กลุ่มบุคคล ชุมชน สังคม หรือรัฐ ดังนั้นการกระทำนั้นจึงมีโทษตามกฎหมาย ความผิดทางอาญาบางอย่างเป็นสิ่งต้องห้ามทั่วโลก ถือเป็นความผิดสากล เช่น การลักขโมย การข่มขืน และการฆาตกรรม ขณะที่ความผิดอื่นๆ ขึ้นอยู่กับกฎหมายอาญาของรัฐหรือประเทศที่กระทำกรณนั้น ตัวอย่างเช่น การใช้กัญชาเป็นความผิดทางอาญาเฉพาะในบางประเทศ สำหรับการกระทำที่จะถือว่าเป็นอาชญากรรม มักจะต้องพิจารณาว่ามีเจตนาที่จะกระทำความผิดหรือไม่ โดยบทลงโทษสำหรับความผิดทางอาญานั้นระหว่างการกระทำโดยเจตนาและไม่เจตนาที่มีความแตกต่างกันอย่างมาก⁴³

การกระทำใดควรจะเป็นความผิดอาญาศาสตราจารย์เฮอ์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) วางหลักการไว้ 6 ประการ ได้แก่

- 1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- 2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ
- 3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
- 4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
- 5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ และ

⁴² ธีรรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. *ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา*. เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 3.

⁴³ Helixlaw. *Criminal Offence*. (Online). Available: <https://helix-law.co.uk/vocabulary/criminal-offence/>

6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้เพื่อความปลอดภัย สังคมอันตรายต่าง ๆ เพื่อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย แต่ก็มีใช้ว่ารัฐจะสามารถกำหนดกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญาได้ตามใจชอบ การที่รัฐจะกำหนดว่าการกระทำความใดเป็นความผิดอาญามีความเกี่ยวข้องกับหลักศีลธรรม จารีตประเพณี และความคิดเห็นของสังคมโดยรวมที่นำเสนอผ่านทางตัวแทนของประชาชนที่ไปทำหน้าที่ออกกฎหมาย และแม้ว่าจะอาศัยหลักศีลธรรมและจารีตประเพณีมาเป็นแนวทางในการกำหนดกฎหมาย แต่การกระทำบางอย่างที่ถึงแม้ว่าจะผิดศีลธรรมหรือจารีตประเพณีมากมายเพียงใด แต่ไม่จำเป็นว่าจะต้องผิดกฎหมายอาญาเสมอไป เช่น การพูดเท็จถือว่าผิดศีลธรรม แต่ถือว่าผิดกฎหมายอาญาจนกว่าจะมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด⁴⁴

2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา

ในเกล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker) ศาสตราจารย์ชาวอังกฤษด้านอาชญาวิทยา ได้อธิบายว่าเนื้อหาของกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมจนแทบแยกไม่ออกจากกฎหมายอาญาในปัจจุบันทำหน้าที่อะไร แต่อย่างน้อยที่สุด นักนิติบัญญัติที่ดีต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่ว่า กฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรลุถึงซึ่งวัตถุประสงค์อย่างน้อยหกประการ ดังต่อไปนี้⁴⁵

1) ค้ำครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลจากการใช้กำลังทำร้ายโดยเจตนา และปฏิบัติทางเพศอย่างหยาบคาย ซึ่งบางกรณีขอบเขตความคุ้มครองรวมถึงสัตว์ด้วย และคุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลจากการก่อให้เกิดอันตรายทุกรูปแบบที่ไม่ได้เจตนา เช่น จากการจรรยาพิษ การติดเชื้อ การแพร่รังสี รวมถึงคุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลที่สามารถถูกชักจูงใจได้ง่ายซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากอายุยังน้อยหรือมีความอ่อนแอทางจิตใจจากการถูกข่มเหงว่า จะทำอันตรายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สิน เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์อย่างใด ๆ เช่น การร่วมประเวณี การหลอกลวง ให้จำหน่ายทรัพย์สิน

2) ค้ำครองป้องกันสภาวะจิตใจของบุคคลให้รอดพ้นจากความกระทบกระเทือนจากการกระทำ ที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แล้วและยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้ว แต่ถือว่าเป็นเรื่องผิดธรรมชาติ เช่น การร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัว การร่วมประเวณีกับสัตว์ การร่วมประเวณีด้วยความรุนแรง และคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลกระทำการอันไม่เหมาะสมหรือผิดธรรมชาติในที่สาธารณะ ซึ่งสร้างความตกใจให้แก่บุคคลอื่น เช่น การทำ

⁴⁴ ด้รัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 6-7.

⁴⁵ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2562). *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 49-50.

อนาจารในที่สาธารณะ รวมถึงการป้องกันมิให้บุคคลกระทำการใดอันเป็นการช่วยอุทธรณ์บุคคลอื่น ให้ไคร้หรือก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคม เช่น ดูหมิ่นบุคคลอื่นท่ามกลางสาธารณชน

3) คຸ່ມครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการถูกขโมย หลอกหลวง หรือทำให้เสียหาย

4) คຸ່ມครองป้องกันสาธารณชนจากพฤติกรรมของบุคคลที่ก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบาย เช่น กีดขวาง ทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร

5) คຸ່ມครองป้องกันสถาบันทางสังคม รวมทั้งเพื่อบังคับให้มีความเมตตากรุณาที่จำเป็นต่อกระทำเช่น ไม่ช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในอันตราย

6) เพื่อบังคับให้บุคคลกระทำการหรือมิให้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นเพื่อบรรลุมัตถุประสงค์อื่น ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น เช่น ความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ การช่วยเหลือผู้หลบหนีจากที่คุมขัง

เห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ข้างต้นนั้นกว้างขวางมากพอที่จะรวมเอาพฤติกรรมเกือบทุกชนิดเอาไว้ ทำให้นามซึ่งความพยายามพัฒนาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเพื่อกำหนดขอบเขตปริมาณของกฎหมายอาญาให้ชัดเจนขึ้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวเรียกว่า “หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดปริมาณของกฎหมายอาญา” (Limiting Principles) ซึ่งเป็นแนวคิดที่บรรดาปราชญ์และนักทฤษฎีทั้งหลายได้ค้นคิดขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ที่รัฐควรคำนึงถึงในการบัญญัติกฎหมายอาญา โดยกำหนดข้อจำกัดของรัฐในการใช้กฎหมายอาญาในบางกรณีดังต่อไปนี้⁴⁶

1) รัฐไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญา โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนแต่เพียงอย่างเดียว เนื่องจากการลงโทษที่ปราศจากอรรถประโยชน์ ซึ่งหลักนี้มีความสอดคล้องกับทฤษฎีของซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) ซึ่งเป็นผู้เสนอแนวความคิดในเรื่อง อรรถประโยชน์ในการลงโทษเป็นบุคคลแรกว่า “การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการลงโทษอาชญากร ซึ่งเป็นเป้าหมายที่สูงสุดสำหรับการบัญญัติกฎหมายที่ดีทั้งหมด”

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อลงโทษบุคคลที่ความประพฤติของเขามีได้มีความชั่วร้าย ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ของเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) โดยอธิบายว่าการลงโทษบุคคลที่การกระทำของเขาไม่มีความชั่วร้ายนั้นไม่มีประโยชน์และไร้เหตุผล ดังนั้น จึงไม่ควรลงโทษต่อ

⁴⁶ ประธาน วัฒนาวณิชช์. (2541). การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางอาชญาวิทยา. *บทบัณฑิตย์*, 54(4). หน้า9-34.

การกระทำที่เป็นเพียงมารยาทที่ไม่ดี แต่อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อบกพร่องที่สำคัญกล่าวคือ ไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์อย่างชัดเจนว่า จะพิจารณาได้อย่างไรว่าพฤติกรรม เช่นนั้นมีความชั่วร้ายแล้วหรือไม่

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นวิธีการที่นำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ที่สามารถทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์นั้นได้เช่นเดียวกันด้วยวิธีการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า ดัชชีย์ หากมีมาตรการอื่นที่สามารถลดจำนวนของผู้กระทำความผิดลงมาได้เท่าเทียมกันกับการใช้กฎหมายอาญาก็ให้ใช้มาตรการอื่นนั้นแทน

4) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญา หากผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้นน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการลงโทษผู้กระทำความผิด การลงโทษจะก่อให้เกิดประโยชน์หรือไม่ ต้องพิจารณาซึ่งนำน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสีย กล่าวคือ กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งก่อให้เกิดผลพลอยได้อันเป็นผลร้ายมากกว่าพฤติกรรมที่กฎหมายอาญาต้องการจะจำกัด แต่อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อบกพร่องที่ไม่สามารถวัดได้ว่าผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดและผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการลงโทษนั้นประการใดมากกว่ากัน และผลร้ายที่นำมาวัดนั้น ยังเกิดผลต่อบุคคลที่แตกต่างกันออกไปอีกด้วย เช่น ความผิดฐานเสพกัญชา ในด้านหนึ่งก็จะให้เหตุผลว่า การเสพกัญชาเป็นอันตรายต่อสุขภาพ แต่ในอีกด้านหนึ่งก็จะให้เหตุผลว่าการเสพกัญชามิได้มีอันตรายต่อร่างกาย และจิตใจของผู้เสพมากกว่าการสูบบุหรี่และการที่กำหนดให้การเสพกัญชาเป็นความผิดจะส่งผลให้เกิดตลาดมืด และเป็นประโยชน์แก่ผู้ค้ายาเสพติดซึ่งรัฐไม่อาจปราบปรามได้ ดังนั้น ผลร้ายของการเสพกัญชาถ้าพิจารณาแล้ว ย่อมน้อยกว่าผลพลอยได้ที่เกิดจากการห้ามเสพกัญชา เป็นต้น

5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้บุคคลประพฤติปฏิบัติตามแนวทางที่จะเกิดประโยชน์ที่ดีที่สุดต่อบุคคลนั่นเอง เสรีภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งใด แม้การกระทำของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ก็ตาม แต่หากการกระทำของบุคคลนั้นมิได้เป็นอันตรายหรือก่อความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่นเว้นแต่ตัวผู้กระทำเองแล้ว รัฐก็ไม่สมควรที่เข้ามายุ่งเกี่ยวโดยการกำหนดบทลงโทษบุคคลดังกล่าว เช่น การดื่มเหล้า เสพยาเสพติด เล่นการพนัน อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวก็อาจถูกโต้แย้งได้ว่าจริงอยู่แม้การกระทำดังกล่าวข้างต้นอาจจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ตัวผู้กระทำผิดเองแต่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเพราะการกระทำนั้นย่อมมีอยู่เสมออย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เช่น บุตร สามีหรือภริยา หรือบุคคลที่พึ่งพาอาศัยบุคคลนั้นอยู่

6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อที่จะห้ามบุคคลกระทำการใดๆ ที่ไม่ได้รับการสนับสนุนหรือส่งเสริมจากสาธารณชนอย่างจริงจัง หลักการดังกล่าวเรียกว่าหลักว่าด้วยความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ (The Pragmatic Approach) กล่าวคือ การที่รัฐออกกฎหมายอาญาเพื่อ

กำหนดควบคุมพฤติกรรมใด ๆ ที่สาธารณชนเห็นว่าเป็นเรื่องธรรมดา มิได้ เห็นว่าเป็นสิ่งที่สมควร ถูกลงโทษ กฎหมายดังกล่าวนอกจากจะไม่ได้รับการสนับสนุนจากประชาชนส่วนใหญ่แล้ว อาจก่อให้เกิดการโต้ตอบอย่างรุนแรงได้

7) รัฐไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งไม่สามารถบังคับใช้ได้ กล่าวคือ เป็นกรณีที่การกระทำความคิดนั้น พิสูจน์ได้ยากหรือหากพิสูจน์ได้จะมีผู้ถูกลงโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งในกรณีดังกล่าวจะทำให้ผู้คนในสังคมมองว่ากฎหมายนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง ซึ่งผลเสียที่ตามมาจะทำให้กฎหมายอาญาขาดความศักดิ์สิทธิ์ ส่งผลระยะยาวต่อการบังคับใช้กฎหมายที่ประชาชนอาจขาดความเคารพกฎหมายได้

อย่างไรก็ตาม หลักการในข้อนี้ยังมีข้อบกพร่องตรงที่จำนวนผู้ถูกลงโทษเท่าใดที่จะถือว่าเป็นจำนวนผู้ถูกลงโทษเล็กน้อย นอกจากนั้น การที่จะอ้างว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาบางบทที่ไม่สามารถบังคับได้จะทำให้ประมวลกฎหมายอาญาทั้งประมวลเสื่อมความนิยมไปทั้งหมด อาจจะไม่เป็นจริงตามนั้น ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา บางบทแทบจะไม่มีประโยชน์ในด้านการบังคับใช้เลยแต่ก็ยังไม่พบหลักฐานว่าบทบัญญัติที่บังคับใช้ไม่ได้นั้นทำให้บุคคลไม่เคารพบทบัญญัติอื่น ๆ ที่ยังคงใช้บังคับได้อยู่⁴⁷

2.3.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

การดำเนินคดีอาญาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นเป็นบทบาทหน้าที่ของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะนำตัว ผู้กระทำผิดที่แท้จริงมาลงโทษตามกฎหมายควบคุมไปกับการคุ้มครอง ผู้บริสุทธิ์และโดยเหตุที่ถือว่ามนุษย์ทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่า ผู้นั้น กระทำผิดทั้งนี้ ในการศึกษาเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังนี้⁴⁸

1) ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) เป็นทฤษฎีที่เน้นหนักทางด้านประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งควบคุมและระงับปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก ทฤษฎีนี้สันนิษฐานว่า หากมีการจับกุมผู้กระทำความผิด ผู้นั้นจะต้องเป็นผู้กระทำความผิดจริง คือ ผู้ถูกจับจะหลุดพ้นจากการลงโทษได้น้อยมาก จะมีการดำเนินการต่อไปตามขั้นตอนจนถึงการพิจารณาคดีในชั้นศาล แต่การค้นหาข้อเท็จจริงในศาลมีน้อย วิธีการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการยุติธรรมในชั้นตำรวจหรืออัยการ ตามทฤษฎีนี้จะทำให้ผู้ต้องสงสัยหรือผู้บริสุทธิ์

⁴⁷ ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 15.

⁴⁸ คมสัน สุขมาก. *หลักนิติธรรม การอำนวยความสะดวกยุติธรรมทางอาญาของพนักงานสอบสวน. วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย*, 8(1). หน้า 12.

ถูกปลดปล่อยไปโดยเร็วแต่ขณะเดียวกันก็อาจทำให้การดำเนินคดีกับผู้ต้องหาที่กระทำผิดจริง มีพยานหลักฐานอย่างแน่นแฟ้น ซึ่งเป็นการค้นหาหลักฐานอย่างไม่เป็นทางการ

2) ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม (Legal Process) เป็นทฤษฎีที่ยึดกฎหมายเป็นหลักการดำเนินคดีอาญา จะต้องมีความเป็นธรรมและเป็นไปตามขั้นตอนต่างๆของกฎหมาย ทฤษฎีนี้ไม่เห็นด้วยกับการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างไม่เป็นทางการของทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมในชั้นตำรวจกับอัยการ แต่จะต้องจัดให้มีการพิจารณาคดีหรือไต่สวนผู้ถูกกล่าวหาอย่างเป็นทางการและเปิดเผยต่อประชาชนในศาลยุติธรรม ผู้ต้องหาที่มีความผิดต่อเมื่อผู้มีอำนาจตามกฎหมายพิจารณาชี้ขาดแล้วว่าผู้นั้นมีความผิด

ภายใต้แนวคิดและทฤษฎีดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่า ในทางปฏิบัติประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ก็ได้ปฏิบัติตามทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเฉพาะเจาะจงไป แต่มักเป็นการผสมผสานระหว่างสองทฤษฎีนี้ ระบบงานยุติธรรมทางอาญามักจะคำนึงถึงทฤษฎีทั้งสองนี้ควบคู่กันไป เป็นแต่เพียงว่าในแต่ละประเทศอาจจะมีการเน้นหนักทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง สำหรับในเรื่องการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकลดสูญหายของไทย กฎหมายฉบับนี้ตราขึ้นโดยมีลักษณะที่สอดคล้องกับทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ ถึงแม้การควบคุมอาชญากรรมจะเป็นหน้าที่ของรัฐ แต่หากเน้นหนักการควบคุมอาชญากรรมมากเกินไป โดยไม่คำนึงถึงวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานเพื่อเอาผิดกับผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหา อาจส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัยได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำผู้ต้องหามาสอบสวนด้วยวิธีการทรมานเพื่อให้ได้ข้อมูลที่สำคัญอันจะเป็นประโยชน์ต่อการควบคุมอาชญากรรมหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพ ดังนั้น การมีมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकลดสูญหายขึ้นใช้บังคับนั้นก็จะเป็นไปตามทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม เพื่อให้รัฐซึ่งมีหน้าที่ในการควบคุมอาชญากรรม ต้องดำเนินการให้ได้สมดุลกันระหว่างสองทฤษฎีนี้ กล่าวคือการสอบสวนในคดีอาญาหรือดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม โดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดประกอบด้วย

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำที่บุคคลสูญหายของไทยและต่างประเทศ

การศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำที่บุคคลสูญหายของไทยและต่างประเทศนั้น ผู้วิจัยจะทำการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.1 กฎหมายไทย

ในส่วนของการศึกษากฎหมายไทย พบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำที่บุคคลสูญหายหลายฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำที่บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติเกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำที่บุคคลสูญหายดังต่อไปนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ¹

สิทธิและเสรีภาพเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ได้บัญญัติเกี่ยวกับการจับกุมและคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ นอกจากนี้ ยังกำหนดห้ามมิให้มีการทรมาน การทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการที่โหดร้าย

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 25.

หรือไว้มนุษยธรรม² อย่างไรก็ตาม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการบุคคลสูญหายจากการถูกบังคับแต่ประการใด

3.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา

3.1.2.1 การกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาในการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไว้ดังต่อไปนี้³

กรณีผู้ใดกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ในความผิดดังต่อไปนี้ต้องรับโทษในราชอาณาจักร ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดฐานชิงทรัพย์ และความผิดฐานปล้นทรัพย์ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7

กรณีผู้ใดกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร โดยบุคคลนั้นเป็นคนไทย และรัฐบาลของประเทศการกระทำความผิดเกิดขึ้นหรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิดนั้นได้ร้องขอให้ลงโทษ หรือผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนต่างด้าว โดยรัฐบาลไทยหรือคนไทยเป็นผู้เสียหายและผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ ถ้าความผิดนั้นเป็นความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษภายในราชอาณาจักร ได้แก่⁴ ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับเอกสาร ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บหรือคนชรา ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดฐานลักทรัพย์และวิงวาททรัพย์ ความผิดฐานกรรโชก ริดเอาทรัพย์ ชิงทรัพย์ และปล้นทรัพย์ ความผิดฐานฉ้อโกง ความผิดฐานยักยอก ความผิดฐานรับของโจร ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8

กรณีเจ้าพนักงานของรัฐบาลไทย ถ้าได้กระทำความผิดดังต่อไปนี้ ต้องรับโทษในราชอาณาจักร ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการทุจริตประพฤติดมิชอบ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 147 ถึงมาตรา 166 และความผิดต่อหน้าที่ราชการ ตามมาตรา 200 ถึงมาตรา 205 ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 9

สำหรับการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ถ้า (1) ได้มีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้นหรือ (2) ศาลในต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษและผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักรเพราะการกระทำนั้นอีก

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 28.

³ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 7.

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 8.

และถ้าผู้ต้องคำพิพากษาได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้ว แต่ยังไม่พ้นโทษ ศาลในราชอาณาจักรจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10

3.1.2.2 การกระทำความผิดในราชอาณาจักรแต่มีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

ในบางกรณีพบว่า มีผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักร แล้วหลบหนีออกนอกราชอาณาจักร ผู้นั้นอาจถูกดำเนินคดีโดยศาลนอกราชอาณาจักร มาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดไว้ว่า ถ้าผู้นั้นได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้วทั้งหมดหรือบางส่วน ศาลในราชอาณาจักรจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้คำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว และในกรณีที่ผู้นั้นกระทำความผิดในราชอาณาจักร หรือกระทำความผิดตามที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดไว้ ให้ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักร ได้ถูกฟ้องต่อศาลในต่างประเทศโดยรัฐบาลไทยร้องขอ ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักรเพราะการกระทำนั้นอีก ถ้า ได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้นหรือ ศาลในต่างประเทศให้ลงโทษและผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว⁵

เห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติหลักเกณฑ์การลงโทษของศาลทั้งใน ส่วนของผู้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรที่มีคำพิพากษาโดยศาลต่างประเทศและหลักเกณฑ์การลงโทษการกระทำความผิดในราชอาณาจักร โดยมีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยจะไม่ให้ลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวในประเทศอีก ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่า บุคคลต้องไม่ถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียวได้

3.1.3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้บัญญัติเกี่ยวกับบุคคลที่กระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ในกรณีการจัดการตามหมายจับ กล่าวคือ เจ้าพนักงานผู้จัดการตามหมายจับจะขอความช่วยเหลือจากบุคคลที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงเพื่อให้ช่วยเหลือเจ้าพนักงานตามหมายจับก็ได้ แต่จะบังคับให้บุคคลใดให้ความช่วยเหลือโดยอาจจะเกิดอันตรายแก่ผู้นั้นมีได้⁶

ขณะเดียวกันผู้ให้ความช่วยเหลือเจ้าพนักงานหรือราษฎร หากทำการจับผู้ใดตามการร้องขอของเจ้าพนักงานผู้จัดการตามหมายจับแล้ว ต้องแจ้งแก่ผู้ที่จะถูกจับว่าเขาต้องถูกจับ และต้องนำตัวผู้ถูกจับไปยังที่ทำการของพนักงานสอบสวนโดยทันที เมื่อถึงที่นั้นแล้วก็ให้ส่งตัวผู้ถูกจับแก่

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 11.

⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. มาตรา 82.

คำสั่งของผู้บังคับบัญชาเนื่องจากเกรงว่าจะกระทำความผิดวินัยของตำรวจและอาจถูกลงโทษได้ อีกทั้งการขัดคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอาจส่งผลกระทบต่อหน้าที่ราชการ ดังนั้น เมื่อผู้ได้บังคับบัญชาได้กระทำความผิด อาจยกการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าต้องกระทำความผิดโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ โดยบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นมิได้กล่าวถึงกรณีการมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นความผิดที่ได้กระทำภายใต้คำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือหน่วยงานของรัฐแต่ประการใด

กรณีการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร

มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กำหนดไว้ว่า ผู้ใดกระทำความผิดฐานกระทำทรมานตามมาตรา 5 ความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 6 หรือความผิดฐานกระทำให้นुकคลสูญหายตามมาตรา 7 นอกราชอาณาจักร ต้องรับโทษในราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ โดยให้นำความในมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาคือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคลสูญหาย พ.ศ. 2565 มิได้กล่าวถึงกรณีการกระทำความผิดในราชอาณาจักร และได้หลบหนีไปอยู่นอกราชอาณาจักร และหากถูกดำเนินคดีโดยศาลนอกราชอาณาจักรแล้วจะถูกดำเนินคดีโดยศาลในราชอาณาจักรอีกหรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน ทั้งนี้ ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และให้รวมถึงคดีซึ่งผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นบุคคลซึ่งอยู่ในอำนาจศาลทหารในขณะกระทำความผิดด้วย

3.2 กฎหมายต่างประเทศ

การศึกษาครั้งนี้ ผู้วิจัยจะทำการศึกษบทกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.2.1 เครือรัฐออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลีย พบว่ามีกฎหมายหลายฉบับทั้งระดับเครือรัฐและระดับรัฐที่ตราขึ้นเกี่ยวข้องกับการทรมาน การประตบตีที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี รายละเอียดดังนี้

3.2.1.1 กฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 2004

กฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 2004 (Human Rights Act 2004) ฉบับนี้ให้ความหมายของสิทธิมนุษยชน หมายถึง (1) สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และ (2) สิทธิทาง

เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม⁸ นอกจากนี้ ได้กล่าวถึงการคุ้มครองบุคคลจากการทรมาน และการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ไว้ว่า ไม่มีใครที่จะ

1) ถูกทรมาน

2) ประเดิบัติ หรือลงโทษด้วยวิธีการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และห้ามมิให้บุคคลใดถูกทดลองทางการแพทย์หรือทางวิทยาศาสตร์หรือการรักษาโดยปราศจากความยินยอมโดยเสรีจากบุคคลดังกล่าว⁹

ทั้งนี้ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หาก

1) มีการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน หรือ

2) มีการตัดสินใจที่ไม่ได้คำนึงถึงสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม เว้นแต่จะเป็นการตัดสินใจที่กระทำภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้ในออสเตรเลีย โดยกฎหมายกำหนดให้กระทำหรือตัดสินใจอย่างชัดแจ้งด้วยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง และวิธีการนั้นไม่สอดคล้องกับ สิทธิมนุษยชนหรือกฎหมายไม่สามารถตีความในลักษณะที่สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน¹⁰

หากมีการอ้างว่ามีหน่วยงานของรัฐได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 40B และอ้างว่าผู้นั้น เป็นหรือจะตกเป็นเหยื่อของการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว บุคคลนั้นอาจดำเนินการทางศาลต่อหน่วยงานของรัฐ หรือใช้สิทธิของบุคคลตามกฎหมายฉบับนี้ในการดำเนินการ โดยทางอื่น ทั้งนี้ การดำเนินการทางศาลต่อหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการภายใน 1 ปี นับจากวันที่มีการร้องเรียน เกิดขึ้น เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น และศาลอาจให้มีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อ บรรเทาทุกข์ตามที่เห็นว่าเหมาะสม¹¹

3.2.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา (The Criminal Code 1995) ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับเครือรัฐ ได้ให้ความหมายของการทรมาน หมายถึง การทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการ ประเดิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งรับรองโดยสมัชชาใหญ่ แห่งสหประชาชาติ ณ นครนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1984¹²

⁸ Human Rights Act 2004. Section 5.

⁹ Human Rights Act 2004. Section 10.

¹⁰ Human Rights Act 2004. Section 40B.

¹¹ Human Rights Act 2004. Section 40C.

¹² The Criminal Code 1995. Section 274.1.

1) บุคคลที่กระทำแทนเจ้าหน้าที่รัฐในความผิดฐานกระทำทรมาน กระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำให้บุคคลสูญหาย

ประมวลกฎหมายอาญา (The Criminal Code 1995) มีการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดอาญา โดยบุคคล(ผู้กระทำความผิด) หาก

(1) กระทำการที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกายหรือจิตใจหรือกระทำการให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงต่อบุคคล(ผู้เสียหาย และ

(2) มีส่วนร่วมในพฤติกรรมต่อไปนี้ (1) เพื่อวัตถุประสงค์ให้ได้รับข้อมูลจากเหยื่อหรือบุคคลที่สามหรือคำรับสารภาพ หรือ (2) เพื่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษเหยื่อสำหรับการกระทำที่เหยื่อหรือบุคคลที่สามได้กระทำหรือสงสัยว่าได้กระทำ หรือ (3) เพื่อวัตถุประสงค์ในการข่มขู่หรือบังคับเหยื่อหรือบุคคลที่สาม หรือ (4) เพื่อจุดประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับ (1) (2) (3) ที่กล่าวมาและ

(3) ผู้กระทำความผิดมีส่วนร่วมในการดำเนินการ (1) ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือ (2) ทำหน้าที่อย่างเป็นทางการ หรือ (3) กระทำการยุง หรือด้วยความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นที่กระทำการในฐานะของรัฐ

ผู้นั้นต้องระวางโทษ จำคุก 20 ปี

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้บุคคล (ผู้กระทำความผิด) กระทำความผิด หาก

(1) กระทำการอันก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกายหรือจิตใจหรือความทุกข์ทรมานแก่บุคคลอย่างร้ายแรง และ

(2) การกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับเหตุผลใดๆบนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติและ

(3) ผู้กระทำความผิดมีส่วนร่วมในการดำเนินการ (1) ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ (2) หน้าที่อย่างเป็นทางการ หรือ (3) กระทำการยุงหรือด้วยความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นที่กระทำการในฐานะทางการ

ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุก 20 ปี¹³

สำหรับการบังคับให้บุคคลสูญหาย ซึ่งถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในประมวลกฎหมายอาญา กำหนดให้บุคคล (ผู้กระทำความผิด) กระทำความผิดถ้า

(1) ผู้กระทำความผิดจับกุม กักขัง หรือลักพาตัวบุคคลตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไป และ

(2) การจับกุม คุมขัง หรือการลักพาตัวนั้น ดำเนินการโดยหรือด้วยการอนุญาต การสนับสนุน หรือการยอมรับจากรัฐบาลของประเทศ หรือองค์กรทางการเมืองและ

¹³ The Criminal Code 1995. Section 274.2.

(3) ผู้กระทำความผิดตั้งใจทำให้บุคคลที่ถูกจับกุม กักขังหรือลักพาตัวนั้น ออกจากการคุ้มครองของกฎหมายเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และ

(4) การกระทำของผู้กระทำความผิด กระทำโดยจงใจหรือโดยรู้ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำอย่างเป็นระบบที่มีความมุ่งหมายต่อพลเรือน และ

(5) หลังจากมีการจับกุม คမ်းขังหรือลักพาตัวแล้ว รัฐบาลหรือองค์กรปฏิบัติการรับรู้ ว่ามีการลิดรอนเสรีภาพ หรือไม่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลดังกล่าว

ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก 17 ปี¹⁴

2) ข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามคำสั่ง

ประมวลกฎหมายอาญา (The Criminal Code 1995) ได้กำหนดเกี่ยวกับการไม่ เป็นข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาความผิดตามหมวดนี้ได้แก่¹⁵

(1) การกระทำที่เป็นความผิดได้กระทำขึ้นจากความจำเป็นอันเกิดจากสภาวะ สงคราม การคุกคามของสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายใน ภาวะฉุกเฉินสาธารณะหรือ สถานการณ์พิเศษอื่นๆ หรือ

(2) การมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นความผิดที่ผู้ต้องหาได้กระทำภายใต้ คำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือหน่วยงานของรัฐ

3) การกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร

ประมวลกฎหมายอาญาของเครือรัฐออสเตรเลีย ได้กล่าวถึงการดำเนินคดีใน ความผิดเกี่ยวกับการกระทำทรมาณ ซึ่งการกระทำที่ก่อให้เกิดความผิดที่ถูกกล่าวหา นั้นเกิดขึ้นนอ กราชอาณาจักรออสเตรเลีย จะไม่สามารถดำเนินการฟ้องร้องได้เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากอัยการสูงสุด นอกจากนี้ มาตรา 274.7 ยังกำหนดไว้ว่า หากบุคคลใดถูกพิพากษา หรือพ้นผิดโดยศาลนอกประเทศออสเตรเลียในความผิดต่อกฎหมายของประเทศนั้น ในส่วนที่ เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมใดๆ บุคคลนั้นจะไม่ถูกตัดสินว่ามีความผิดภายใต้หมวดนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับพฤติกรรมเดียวกันอีก¹⁶

แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมตามบทบัญญัติข้างต้น แต่บุคคลที่กระทำความผิดอาจ ถูกจับกุมในความผิดนั้น และอาจมีการออกหมายจับ และบุคคลอาจถูกตั้งข้อหา และบุคคลที่ถูก กล่าวหาอาจถูกคุมขังหรือได้รับการประกันตัว แต่ไม่อาจดำเนินขั้นตอนต่อไปได้จนกว่าจะได้รับ

¹⁴ The Criminal Code 1995. Section 268.21.

¹⁵ The Criminal Code 1995. Section 274.4.

¹⁶ The Criminal Code 1995. Section 274.7.

ความยินยอมจากอัยการสูงสุด และหากไม่สามารถดำเนินคดีต่อไปได้ภายในเวลาอันสมควร ต้องปล่อยตัวผู้ต้องหาไป¹⁷

กล่าวโดยสรุป มาตรา 274 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (The Criminal Code 1995) กำหนดให้การทรมานเป็นความผิดทางอาญา ความผิดนี้ใช้กับการกระทำของบุคคลใด ๆ โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติ และการกระทำที่กระทำที่ใด ๆ ในโลก การฟ้องร้องสำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นทั้งหมดนอกประเทศออสเตรเลียไม่สามารถเกิดขึ้นได้ หากไม่ได้รับความยินยอมจากอัยการสูงสุด และความผิดนี้ใช้ในกรณี ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการในหน้าที่ราชการ หรือกระทำการอันเป็นการยุยง หรือ โดยได้รับความยินยอมหรือยอมความจากเจ้าพนักงานของรัฐหรือผู้ซึ่งกระทำการในฐานะเจ้าพนักงาน

3.2.1.3 กฎหมายว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002

เครือรัฐออสเตรเลียได้เป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งส่งผลทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้กับเครือรัฐออสเตรเลีย ตั้งแต่วันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 2002 เป็นต้นมา ในฐานะรัฐภาคีของธรรมนูญกรุงโรม ออสเตรเลียมีหน้าที่โดยทั่วไปในการให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่กับการสืบสวนและการฟ้องร้องคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศจำกัดเฉพาะอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นหลังจากธรรมนูญกรุงโรมมีผลบังคับใช้ และอาชญากรรมเกี่ยวกับการรุกราน¹⁸ ทั้งนี้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นในเครือรัฐออสเตรเลีย และเครือรัฐออสเตรเลียได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 (International Criminal Court Act 2002) ขึ้นใช้บังคับด้วย¹⁹

สำหรับการดำเนินการฟ้องร้องบุคคลภายใต้กฎหมายว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 (International Criminal Court Act 2002) นี้ ต้องได้รับอนุญาตจากอัยการสูงสุดเพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติตามคำร้องของศาลอาญาระหว่างประเทศ ((International Criminal Court : ICC) โดยอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศได้แก่²⁰

¹⁷ The Criminal Code 1995, Section 274.3.

¹⁸ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 5.

¹⁹ Australian Government. *Support for the International Criminal Court*. (Online). Available: <https://www.ag.gov.au/international-relations/international-law/support-international-criminal-court>

²⁰ International Criminal Court Act 2002, Section 4 Definition.

(1) อาชญากรรมระหว่างประเทศ อันหมายถึง อาชญากรรมที่อยู่ในอำนาจพิจารณา คดีตามมาตรา 5 ของธรรมนูญกรุงโรม ได้แก่อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมของการรุกราน

(2) ความผิดต่อการบริหารงานยุติธรรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ

สืบเนื่องจากหน่วยปฏิบัติการพิเศษของออสเตรเลียได้เข้าร่วมปฏิบัติการพิเศษใน อัฟกานิสถาน ระหว่างปี พ.ศ. 2548 ถึง พ.ศ. 2559 ส่งผลทำให้ถูกกล่าวหาในคดีอาชญากรรม สงคราม ทั้งนี้ ผู้อำนวยการศูนย์ความยุติธรรมระหว่างประเทศแห่งออสเตรียกล่าวว่า หากไม่มีการ สอบสวนอาชญากรรมอย่างแท้จริงภายในประเทศอย่างเต็มที่ อาจส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่ของ ออสเตรเลียถูกสอบสวนโดยศาลอาญาระหว่างประเทศที่ตั้งอยู่ในประเทศอื่น

3.2.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการตราประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (VStGB) ขึ้น เป็นต้นไป เป็นกฎหมายที่ใช้ควบคุมการก่ออาชญากรรมที่อนุญาตให้ดำเนิน คดีกับ ผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ประมวล กฎหมายอาญาระหว่างประเทศดังกล่าวบัญญัติขึ้นเนื่องจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นภาคี สมาชิกของธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2002 และมีผล บังคับใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2002 นอกจากนี้การตราประมวลกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศขึ้นใช้บังคับแล้ว สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ขึ้นเพื่อพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายฉบับนี้ด้วย

กฎหมายฉบับนี้ ครอบคลุมความผิดดังต่อไปนี้

- 1) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
- 2) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ
- 3) อาชญากรรมสงคราม
- 4) สงครามที่มีการรุกราน

โดยความผิดใน 4 หมวดนี้ไม่อยู่ภายใต้การบังคับของหลักการทั่วไปตามประมวล กฎหมายอาญาเยอรมัน และอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลสากล ซึ่งส่งผลทำให้เยอรมันสามารถพิจารณา ความผิดที่กระทำโดยพลเมืองของประเทศอื่นได้ โดยกำหนดให้อัยการสูงสุดมีดุลพินิจอย่าง กว้างขวางว่าจะสอบสวนคดีผ่านเขตอำนาจศาลหรือไม่ กรณีที่ผู้กระทำความผิดมิได้เป็นผู้มี สัญชาติเยอรมัน ทั้งนี้กฎหมายฉบับดังกล่าวมีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาครั้งนี้ดังต่อไปนี้

1) บุคคลที่กระทำแทนเจ้าหน้าที่รัฐในความผิดฐานกระทำทรามน กระทำการที่ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำให้บุคคลสูญหาย

ประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ว่า ภายใต้บริบทของการ โจมตีอย่างกว้างขวางหรือต่อพลเรือนในการกระทำดังต่อไปนี้ถือเป็น การกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ²¹

- (1) ฆ่าคน
- (2) โดยเจตนาที่จะทำลายล้างประชากรทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจัดให้ประชากรทั้งหมดหรือบางส่วนจัดอยู่ในสภาพที่น่ามาซึ่งการสูญเสียชีวิตทั้งหมดหรือบางส่วน
- (3) การค้ามนุษย์โดยเฉพาะผู้หญิงหรือเด็ก หรือการกดขี่มนุษย์ในขณะที่แย่งชิงความเป็นเจ้าของมนุษย์นั้น
- (4) จับไล่หรือบังคับให้บุคคลที่อยู่ในดินแดนหนึ่งโดยถูกต้องตามกฎหมายให้ย้ายหรือจับไล่หรือใช้มาตรการบีบบังคับอื่นๆ เพื่อย้ายบุคคลนั้นไปอยู่ในรัฐหรือดินแดนอื่นโดยฝ่าฝืนหลักกฎหมายระหว่างประเทศ
- (5) ทรมาณบุคคลที่อยู่ในความดูแลหรือด้วยวิธีการใดๆภายใต้การควบคุม โดยก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจหรือความทุกข์ทรมาน
- (6) ล่วงละเมิดทางเพศหรือข่มขืนผู้อื่น บังคับให้ค้าประเวณี ทำให้เขาไม่อาจสืบพันธุ์ได้ หรือจับผู้หญิงเพื่อบังคับให้ตั้งครรภ์โดยเจตนาที่จะมีอิทธิพลต่อองค์ประกอบทางชาติพันธุ์ของประชากร
- (7) บังคับบุคคลให้สูญหายโดยมีเจตนาที่จะทำให้ผู้ถูกทำให้สูญหายนั้นออกจากการคุ้มครองของกฎหมายเป็นระยะเวลานาน โดย (1) ลักพาตัวหรือลิดรอนเสรีภาพทางร่างกายอย่างร้ายแรงในนามของรัฐหรือโดยเห็นชอบของรัฐหรือองค์กรทางการเมือง โดยไม่มีข้อมูลที่เป็นจริงเกี่ยวกับชะตากรรมและที่อยู่ของผู้ถูกจับนั้นในทันทีที่มีการร้องขอ หรือ (2) ปฏิเสธในนามของรัฐหรือองค์กรทางการเมืองหรือขัดต่อข้อผูกพันทางกฎหมายที่จะให้ข้อมูลในทันทีเกี่ยวกับชะตากรรมและที่อยู่ของบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพทางร่างกายภายใต้เงื่อนไขของ (1) หรือให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ
- (8) ทำร้ายร่างกายหรือจิตใจผู้อื่นอย่างร้ายแรงในประเภทที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายอาญา
- (9) เป็นการลิดรอนเสรีภาพทางร่างกายของบุคคลโดยฝ่าฝืนหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ
- (10) ข่มเหงกลุ่มหรือชุมชนที่สามารถระบุตัวตนได้โดยการกีดกันหรือจำกัดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในทางการเมือง เชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา เพศ หรือเหตุอื่นที่ไม่สามารถยอมรับได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

²¹ International Criminal Code of German. Section 7.

ทั้งนี้ผู้กระทำความผิดตาม (1) และ (2) ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต ส่วน (3) ถึง (7) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี และสำหรับ (8) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 3 ปี ถึง 10 ปี

ในกรณีที่กระทำความผิดตาม (1) หรือ (2) ที่มีความรุนแรงน้อย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี กรณีที่มีความรุนแรงน้อยตาม (3) ถึง (7) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 2 ปี และกรณีที่มีความรุนแรงน้อยตาม (8) และ (9) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี

ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายจากการกระทำตาม (3) ถึง (7) ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกไม่น้อยกว่า 10 ปี และกรณี (8) ถึง (10) จำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี

กรณีร้ายแรงน้อยตาม (3) บทลงโทษตามข้อ (3) ถึง (7) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี และสำหรับความผิดตาม (8) ถึง (10) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปี

จากบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่า การกระทำทรมาน และการบังคับบุคคลสูญหายนั้น ภายใต้อาณัติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือว่าการกระทำความผิดต่อมนุษยชาติ โดยความผิดดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

2) ข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามคำสั่ง

ประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Code of German) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำสั่งไว้ว่า บุคคลใดที่กระทำตามมาตรา 8 ถึงมาตรา 15 ในการปฏิบัติตามคำสั่งทางทหารหรือคำสั่งที่มีผลผูกพันข้อเท็จจริงที่เทียบเคียงได้ ผู้กระทำไม่มีความผิด หากผู้นั้นไม่ทราบว่าการสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีความชัดเจนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย²²

3) การกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร

ภายใต้อาณัติของประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Code of German) ได้กล่าวถึงการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไว้ว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดได้ แม้การกระทำความผิดนั้นจะไม่ได้เกิดขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดก็มีได้มีสัญชาติเยอรมัน²³

สำหรับตัวอย่างของคำพิพากษาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในความคิดเกี่ยวกับการกระทำทรมานและการบังคับบุคคลสูญหายมีรายละเอียดดังนี้

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลสากล ซึ่งให้อำนาจแก่ศาลภายในประเทศทำการสอบสวนและดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศที่กระทำโดยชาวต่างชาติในดินแดนต่างประเทศ โดยคดีที่มีอำนาจการสอบสวนดังกล่าว ได้แก่ การฆ่าล้าง

²² International Criminal Code of German. Section 3.

²³ International Criminal Code of German. Section 1.

เผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การทรมานและการบังคับบุคคลสูญหาย²⁴ โดยที่ผ่านมามีการพิจารณาคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติดังต่อไปนี้

ในเดือนพฤษภาคม 2010 มีการพิจารณาคดีพลเมืองชาววันดา 2 ราย คือ Ignace Murwanashyaka ผู้นำของกองกำลังประชาธิปไตยเพื่อการปลดปล่อยวันดา และ Straton Musoni โดยศาลมีคำพิพากษาจำคุกจำเลยทั้งสองเป็นเวลา 13 และ 8 ปี ตามลำดับ²⁵

ต่อมาในเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 2021 อัยการสูงสุดได้ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเยอรมันควบคุมตัวชายชาวแกมเบียที่ต้องสงสัยว่ามีส่วนร่วมในอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งรวมถึงการฆาตกรรมผู้สื่อข่าวในฐานะพลจับในหน่วยอารักขาในระดับสูงของอดีตประธานาธิบดียะห์ยาอิม²⁶

ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2021 ชาวเบลารุสจำนวน 10 คน ได้ขอให้อัยการสูงสุดของเยอรมันเปิดการสอบสวนทางอาญาต่อประธานาธิบดีอเล็กซานเดอร์ ลูคาเซนโกและเจ้าหน้าที่ความมั่นคงในความผิดฐานก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติระหว่างการปราบปรามการประท้วง²⁷

ในปี ค.ศ. 2022 นาย Eyad A. อดีตสมาชิกของเจ้าหน้าที่ตำรวจลับของซีเรีย ถูกศาลเมืองโคเบลนส์ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตัดสินให้จำคุก 4.5 ปี ในความผิดฐานสมรู้ร่วมคิดก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยจำเลยในคดีถูกกล่าวหาว่า ในปี ค.ศ. 2001 ขณะที่ปฏิบัติงานในฐานะเจ้าหน้าที่ตำรวจลับของซีเรีย เขาได้ทำการจับกุมประชาชนอย่างน้อย 30 คน ที่เดินขบวนต่อต้านรัฐบาลในเมืองคูมา ของซีเรียและส่งตัวประชาชนกลุ่มดังกล่าวไปยังศูนย์กักกัน Al Khatb และที่นั่นมีการกระทำการทรมานเกิดขึ้น ทั้งนี้ถึงแม้ในคดีนี้ มีการกระทำความผิดในประเทศซีเรีย แต่การพิจารณาคดีเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร โดยในคดีนี้ จำเลยได้อ้างต่อศาลว่า เขาอาจถูกถูกฆ่าได้หากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา อย่างไรก็ตามผู้บังคับบัญชารับผิดชอบให้เขามีคำสั่งให้เขาสังหารประชาชนกลุ่มดังกล่าวแต่เขาได้ปฏิเสธไม่กระทำตามคำสั่ง รวมถึงในปี ค.ศ. 2002 เขาได้หลบหนีออกจากซีเรีย โดยไปพักอาศัยในตุรกีและกรีซ ก่อนจะมาพักอาศัยอยู่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปี 2018 จนกระทั่งถูกจับกุมโดยเจ้าหน้าที่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปี 2019

²⁴ Open Society Foundations. *Universal Jurisdiction Law and Practice in Germany*. (Online). Available: <https://www.justiceinitiative.org/publications/universal-jurisdiction-law-and-practice-germany>

²⁵ Katharine Fortin. *Conviction of FDLR Leaders by German Court*. (Online). Available: <https://www.armedgroups-international.org/2015/09/28/conviction-of-fdlr-leaders-by-german-court/>

²⁶ Reuters. *Germany detains former Gambian elite guard suspected of war crimes*. (Online). Available: <https://www.reuters.com/article/idUSKBN2B81VZ>.

²⁷ *Ibid.*

พร้อมกับนายอันวาร์ อาร์ อัดิตเจ้าหน้าที่ระดับสูงของซีเรียซึ่งถูกพิจารณาคดีในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเช่นเดียวกัน

การนำคดีดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาลในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น อัยการของเยอรมันได้อ้างถึงหลักเขตอำนาจศาลสากลในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอนุญาตให้อาชญากรรมสงครามที่กระทำโดยคนต่างชาติสามารถดำเนินคดีในประเทศอื่นได้ ในคดีนี้มีผู้เสียหายชาวซีเรียที่ถูกทรมานในศูนย์กักกัน Al Khatib จำนวน 12 คน ให้การเป็นพยานในชั้นศาล รวมถึงมีหลักฐานเป็นภาพถ่ายหลายพันภาพที่เจ้าหน้าที่ตำรวจลับได้ลักลอบนำออกมาจากซีเรียโดยแสดงให้เห็นเหยื่อที่ถูกทรมาน ทั้งนี้ ลินน์ มาลูฟ รองผู้อำนวยการแอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนลประจำตะวันออกกลางและแอฟริกาเหนือ เรียกร้องให้ประเทศอื่นๆ กระทำตามอย่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยทำการสืบสวนและดำเนินคดีกับบุคคลที่ต้องสงสัยว่าก่ออาชญากรรมสงคราม

ในคดีนี้ ผู้พิพากษาแอนน์ เคอร์เบอร์ ได้อธิบายว่า คดีดังกล่าวไม่สามารถมีการพิจารณาพิพากษาคดีในซีเรียเองได้ เพราะผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นผู้สั่งการให้เกิดการทรมานยังคงมีอำนาจและบริหารงานในฐานะรัฐบาล²⁸

3.2.3 สาธารณรัฐเกาหลี

สาธารณรัฐเกาหลีได้ให้สัตยาบันเป็นภาคีในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี เมื่อวันที่ 9 มกราคม ค.ศ. 1995 และได้ให้ภาคยานุวัติในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 เมื่อวันที่ 4 มกราคม ค.ศ. 2023²⁹ นอกจากนี้ สาธารณรัฐเกาหลียังลงนามในธรรมนูญกรุงโรม เมื่อวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 2000 และให้สัตยาบัน เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ. 2002³⁰ ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศทั้งสามฉบับนี้มีผลบังคับใช้กับสาธารณรัฐเกาหลี นอกจากนี้ยังพบว่า สาธารณรัฐเกาหลีได้ตรากฎหมายว่าด้วยการลงโทษอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ 2007 (Act on Punishment of Crimes Under Jurisdiction of the International Criminal Court) ขึ้นบังคับใช้ โดยกำหนดขอบเขตการบังคับใช้ ดังต่อไปนี้(1)

²⁸ DW Global Media Forum. *German Court hands down historic Syrian torture verdict.* (Online). Available: <https://www.dw.com/en/german-court-hands-down-historic-syrian-torture-verdict/a-56670243>

²⁹ International Committee of the Red Cross. (2006). *International Convention for the Protection of all Persons From Enforced Disappearance.* (Online). Available: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/cped-2006/state-parties/KR>

³⁰ International Criminal Court. *ICC Registrar visits Republic of Korea.* (Online). Available: <https://www.icc-cpi.int/news/icc-registrar-visits-republic-korea>

กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับกับบุคคลสัญชาติเกาหลี (South Korea) หรือคนต่างด้าวที่กระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ ภายใต้อาณาเขตของสาธารณรัฐเกาหลี (2) กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับกับบุคคลสัญชาติเกาหลี (South Korea) ที่กระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ นอกอาณาเขตของสาธารณรัฐเกาหลี (3) กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่กระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้บนเรือหรืออากาศยานที่จดทะเบียนในสาธารณรัฐเกาหลีในขณะที่อยู่นอกอาณาเขตของสาธารณรัฐเกาหลี (4) กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่ก่ออาชญากรรมตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ต่อสาธารณรัฐเกาหลีหรือประชาชนนอกอาณาเขตของสาธารณรัฐเกาหลี³¹

1) บุคคลที่กระทำแทนเจ้าหน้าที่รัฐในความผิดฐานกระทำทรามาน กระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือทำให้บุคคลสูญหาย

จากการศึกษาไม่พบว่ามิมบทบัญญัติใดที่กล่าวถึง การกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการกระทำโดยการยุยงส่งเสริม หรือสนับสนุนให้กระทำการ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือของรัฐ

2) ข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามคำสั่ง

ข้อ 4 ของกฎหมายว่าด้วยการลงโทษอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ 2007 แห่งสาธารณรัฐเกาหลี ได้กล่าวถึง การกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาว่า

(1) บุคคลใดซึ่งอยู่ภายใต้ข้อผูกพันทางกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชากระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอื่นๆ ตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาโดยไม่รู้ว่คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ถูกลงโทษหากคำสั่งนั้นไม่ได้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนและมีเหตุผลอันสมควรที่ไม่รู้ว่คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) ในกรณีที่อยู่ภายใต้ (1) คำสั่งใดๆ เพื่อก่ออาชญากรรมใดๆที่กำหนดไว้ใน 8 หรือ ข้อ 9 ให้ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน³²

ทั้งนี้ ข้อ 8 แห่งกฎหมายฉบับนี้ เป็นการบัญญัติถึงอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยกำหนดให้³³

³¹ Act on Punishment of Crimes Under Jurisdiction of the International Criminal Court. Article 3 Scope of Application.

³² Act on Punishment of Crimes Under Jurisdiction of the International Criminal Court. Article 4 Acts Done Pursuant to Superior's Orders.

³³ Act on Punishment of Crimes Under Jurisdiction of the International Criminal Court, Article 8 Crime of Genocide.

ก) ผู้ใดฆ่าสมาชิกของกลุ่มชาติ เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา โดยเจตนาทำลายล้างกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน ผู้นั้นต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตหรือไม่น้อยกว่า 7 ปี

ข) เพื่อวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ใน ก. ผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือไม่น้อยกว่า 5 ปี

(ก) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของกลุ่มใด ๆ ที่อ้างถึงใน ก.

(ข) การกระทำโดยเจตนาต่อกลุ่มใด ๆ ตามที่กล่าวอ้างใน ก. เกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่ของชีวิตอันเชื่อได้ว่าจะนำมาซึ่งการทำลายทางกายภาพทั้งหมดหรือบางส่วน

(ค) การกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการเกิดในกลุ่มใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ใน ก.

(ง) การบังคับให้ย้ายเด็กของกลุ่มใด ๆ ที่อ้างถึงใน ก. ไปยังกลุ่มอื่น

ค) บุคคลใดที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยการกระทำใด ๆ ที่กำหนดไว้ใน ข. จะต้องได้รับโทษตาม ก.

ง) ผู้ใดก่ออาชญากรรมตามที่บัญญัติไว้ใน ก. หรือ ข. ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี

จ) การพยายามก่ออาชญากรรมใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ใน ก. หรือ ข. ต้องมีโทษทางอาญา

ส่วนข้อ 9 ของกฎหมายฉบับนี้ บัญญัติเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ดังนี้³⁴

ก) ผู้ใดฆ่าผู้อื่นด้วยการโจมตีเป็นวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีความมุ่งหมายต่อพลเรือน ซึ่งเกี่ยวข้องกับการโจมตีนโยบายของรัฐ องค์กร หรือสถาบัน ผู้นั้นต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตหรือไม่น้อยกว่า 7 ปี

ข) บุคคลใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ โดยการโจมตีเป็นวงกว้างต่อพลเรือนที่เกี่ยวข้องกับการโจมตีนโยบายของรัฐ องค์กร หรือสถาบัน ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือไม่ต่ำกว่า 5 ปี

(1) จงใจขัดขวางสภาพความเป็นอยู่ของประชากร โดยการกีดกันการเข้าถึงอาหารและยา ซึ่งเล็งเห็นได้ว่าจะนำมาซึ่งการเสียชีวิตของพลเรือนกลุ่มหนึ่ง

(2) ทาส

³⁴ Act on Punishment of Crimes Under Jurisdiction of the International Criminal Court. Article 9 Crimes against Humanity.

(3) การเนรเทศหรือบังคับให้ย้ายบุคคลออกจากพื้นที่อยู่อาศัยของเขาหรือเธอ ซึ่งอาศัยอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ

(4) การกักขังผู้ที่อยู่อาศัยหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกาย โดยละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ

(5) การทรมานบุคคลซึ่งอยู่ในความดูแลหรืออยู่ในการควบคุมในฐานะเป็นผู้ต้องหาโดยให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างสาหัสไม่ว่าทางกายหรือจิตใจโดยไม่มีเหตุอันสมควร

(6) การข่มขืน การเป็นทาสทางเพศ การบังคับค้าประเวณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับทำหมัน หรือความรุนแรงทางเพศในรูปแบบอื่นใดที่มีความรุนแรงเท่าเทียมกัน

(7) การกีดกันสมาชิกของกลุ่มที่รวมตัวกันตามลัทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน หรือจำกัดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในเรื่องการเมือง เชื้อชาติ ชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา เพศ หรือเหตุผลอื่นๆที่ได้รับการยอมรับว่า ไม่อนุญาตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

(8) การกระทำดังต่อไปนี้ โดยได้รับอนุญาต สนับสนุนหรือยินยอมจากรัฐ หรือองค์กรทางการเมืองโดยมีเจตนาที่จะทำให้นักพลใด ๆ พ้นจากการคุ้มครองทางกฎหมายเป็นระยะเวลานาน (ก) การจับกุม กักขัง ลักพาตัว บุคคล และปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของการจับกุม ตัวตน ชะตากรรม ที่อยู่และอื่นๆ ของบุคคลนั้น (ข) การปฏิเสธโดยบุคคลที่มีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับการจับกุม กักขังหรือลักพาตัว หรือให้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง

(9) การกระทำที่ไร้มนุษยธรรมอื่นๆ ที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจหรือการบาดเจ็บในทางใดๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ใน (1) ถึง (8)

ค) สมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติที่กระทำการใดๆ ที่บัญญัติไว้ใน ก. หรือ ข. โดยมีเจตนาที่จะรักษาระบบการปกครองของการกดขี่และการครอบงำอย่างเห็นระบบเหนือกลุ่มหรือกลุ่มเชื้อชาติอื่นๆ

ง) บุคคลใดทำให้อื่นถึงแก่ความตาย โดยการกระทำใดๆ ที่ระบุไว้ใน ข. หรือ ค. จะถูกลงโทษตามที่กำหนดไว้ใน ก.

จ) การพยายามก่ออาชญากรรมตามวรรคหนึ่ง ก. ถึง ค. จะต้องถูกลงโทษ

จากบทบัญญัติข้างต้นสรุปได้ว่า บุคคลใดๆ ที่อ้างว่ากระทำความผิดอันมีสาเหตุมาจากการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชานั้น จะไม่เป็นความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นไม่อาจเห็นได้ว่าเป็นคำสั่งโดยมิชอบอย่างชัดแจ้ง เว้นแต่ เป็นอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ตามมาตรา 8 และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่อาจยกขึ้นเป็นข้ออ้างในการยกเว้นจากการกระทำความผิดได้ โดยการทรมานและการบังคับบุคคลสูญหายถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามกฎหมายฉบับนี้

3) การกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร

ข้อ 7 ของกฎหมายว่าด้วยการลงโทษอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ 2007 แห่งสาธารณรัฐเกาหลี กล่าวถึงคดีที่มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศได้พิพากษาถึงที่สุดแล้วว่ามี ความผิดหรือยกฟ้อง จะถูกพิพากษายกฟ้อง³⁵ แต่ไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่ผู้กระทำความผิดนอก ราชอาณาจักร ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษในราชอาณาจักรอีกหรือไม่

3.3 กฎหมายระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุที่การบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นระบบผ่าน การใช้อำนาจรัฐ ซึ่งมีความซับซ้อน และรุนแรง จึงทำให้เกิดความพยายามที่จะผลักดันให้มีการ ปกป้องบุคคลจากเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ระหว่างปี ค.ศ. 1968 ถึง 1980 องค์กรนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International) ได้รวบรวมรายงานจากทั่วโลกและเริ่มรณรงค์ต่อต้านการทรมานในครั้งแรก เมื่อปี ค.ศ. 1972 และในปี ค.ศ. 1973 สหประชาชาติประกาศการทรมาน และปี ค.ศ. 1975 ได้ รับรองปฏิญญาต่อต้านการทรมานที่ไม่มีผลผูกพัน (ปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทั้งหมดจาก การทรมานและการประเดียดหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี) ซึ่ง ประกาศเป็นแนวปฏิบัติสำหรับทุกรัฐและหน่วยงานอื่นที่ใช้อำนาจ อย่างไรก็ตาม ปฏิญญาดังกล่าวนี้ ขึ้นอยู่กับความสมัครใจและมาตรการภายในประเทศ ด้วยเหตุนี้ องค์กรนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International) จึงแย้งว่ามีความจำเป็นต้องรับรองอนุสัญญานี้ให้มีผลผูกพันทางกฎหมาย³⁶

ต่อมาในปี ค.ศ. 1977 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้เริ่มขั้นตอนการร่างและรับรอง กฎหมายที่มีผลผูกพันทางกฎหมายว่าด้วยการทรมาน และใช้หลักการที่ระบุไว้ในปฏิญญา เพื่อเป็น แนวทางสำหรับการร่างอนุสัญญา จากนั้น ในปี ค.ศ. 1984 ได้มีการตราอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน การปฏิบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี พ.ศ. 2527 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 : CAT) ขึ้น โดยได้รับการรับรองโดยสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1984 (พ.ศ. 2527)

³⁵ Act on Punishment of Crimes Under Jurisdiction of the International Criminal Court. Article 7 Judgment of Acquittal.

³⁶ Canada,s Human Rights Commitments. *History of the convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.* (Online). Available: <http://humanrightsc commitments.ca/2015/11/history-of-the-convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment/> [2023, June 7]

และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1987 หลังจากที่ได้รับการรับรองจาก 20 รัฐ ทั้งนี้สาระสำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้คือ การไม่มีสถานการณ์ใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะอยู่ในสภาวะสงครามหรือภัยคุกคามใดๆ ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายในหรือเหตุฉุกเฉินสาธารณะอื่นๆ ที่อาจนำมาใช้เป็นเหตุผลของการกระทำที่ทรามานได้ ทั้งนี้ข้อห้ามแบบครอบคลุมที่ผู้ร่างอนุสัญญาฉบับนี้เขียนขึ้นเนื่องจากเหตุฉุกเฉินต่างๆ มักถูกนำมาใช้เป็นข้ออ้างของอำนาจพิเศษหรือเหตุผลในการจำกัด สิทธิและเสรีภาพของบุคคล³⁷

ในปี ค.ศ. 1992 ได้เกิด “คำประกาศการคุ้มครองบุคคล จากการถูกบังคับให้สูญหาย” (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) ซึ่งมีสาระ สำคัญเพื่อกำหนดให้การบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นการกระทำที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ขัดต่อกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ เป็นความผิดตามกฎหมายอาญา และเป็น การละเมิดและคุกคามอย่างร้ายแรงต่อสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคล สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและได้รับการประติบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี และสิทธิในการมีชีวิต รวมไปถึงการห้ามมิให้รัฐ ส่งเสริมสนับสนุน อนุญาต หรือเพิกเฉยต่อการบังคับบุคคลให้สูญหาย โดยรัฐแต่ละรัฐจะต้องดำเนินการในระดับชาติ ระดับภูมิภาค รวมถึงให้ความร่วมมือกับสหประชาชาติในทุกวิถีทาง เพื่อการป้องกันและปราบปรามการบังคับให้บุคคลสูญหาย และจะต้องใช้วิธีการทั้งในทางนิติ บัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือมาตรการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันและปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหายในดินแดนใด ๆ ที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจอธิปไตยของตน³⁸

ในปี ค.ศ. 2002 ได้เกิด “ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ” (Rome Statute of the International Criminal Court) ที่ได้วางหลักว่า ถ้าการบังคับบุคคลให้สูญหาย เป็นส่วนหนึ่งของการ โจมตีพลเรือนเป็นวงกว้างหรือทำอย่างเป็นระบบ ให้ถือว่าเป็น “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” (Crime Against Humanity)³⁹

³⁷ *Ibid.*

³⁸ United Nations. *International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance*. (Online). Available: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>. [2023, June 9]

³⁹ คำดังกล่าวถูกระบุอยู่ใน “กฎบัตรนูเรมเบิร์ก” (Nuremberg Charter) ซึ่ง พัฒนาการมาจากการพิจารณาคดีของศาลอาชญากรรมสงคราม ที่เมืองนูเรมเบิร์ก แคว้นบาวาเรีย ประเทศเยอรมนี โดยกฎบัตรฯ ได้กล่าวถึงอาชญากรรมสำคัญ 3 เรื่อง คือ อาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crime Against the Peace) อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crime Against Humanity) ซึ่งทั้ง 3 ประเภทล้วนถือเป็นอาชญากรรม ร้ายแรงต่อมวลมนุษยชาติ

ในปี ค.ศ. 2010 ได้เกิดการใช้บังคับ “อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย” (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: CPPED) ซึ่งถือเป็นตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่มีผลใช้บังคับทางกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมเรื่องการบังคับบุคคลให้สูญหายโดยตรง มีเนื้อหาที่ได้รับอิทธิพลมาจากอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน การปฏิบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี พ.ศ. 2527 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 : CAT) และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ พ.ศ. 2541 (Rome Statute of the International Criminal Court: ICC) อนุสัญญานี้มีสาระสำคัญว่าด้วยการกำหนดมาตรการ ป้องกันและปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหาย ซึ่งถือเป็นอาชญากรรมและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ในบางพฤติการณ์ตามนิยามภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รวมไปถึงการกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่จะไม่ถูกบังคับให้หายสาบสูญ และสิทธิของเหยื่อผู้ถูกทำให้สูญหายและบรรดาครอบครัวและญาติพี่น้องของเหยื่อที่จะได้รับความยุติธรรม ได้รับการชดเชยค่าเสียหาย รวมไปถึงสิทธิของบรรดาผู้เสียหายซึ่งมิใช่เหยื่อทุกคนที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ของการบังคับให้หายสาบสูญและชะตากรรมของบุคคลที่หายสาบสูญ ตลอดจนสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการแสวงหา ได้รับและให้ข้อมูลอันเกี่ยวกับการข้างต้น ซึ่งสะท้อนออกมาผ่าน “อารัมภบท” (Preamble) ของอนุสัญญานี้อย่างชัดเจน โดยหลักการสำคัญทางกฎหมายที่สะท้อนออกมาผ่านอนุสัญญาฯ มีด้วยกันหลายประการ เช่น กำหนดการคุ้มครองบุคคลมิให้ถูกบังคับให้หายสาบสูญ ไม่ว่าจะในสถานการณ์ปกติ หรือมีพฤติการณ์พิเศษใด ๆ เช่น สงคราม สภาวะคุกคามที่เกิดจากสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ หรือ สภาวะฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ที่อาจยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างที่มีเหตุผลสำหรับการบังคับให้บุคคลหายสาบสูญ กำหนดให้รัฐต้องดำเนินการเพื่อให้มีการสอบสวนเกี่ยวกับการกระทำการบังคับให้บุคคลหายสาบสูญ และต้องนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม กำหนดให้รัฐต้องดำเนินการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อกำหนดให้การบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นความผิดทางอาญา และดำเนินการมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้ตนมีเขตอำนาจ (Jurisdiction) เหนือความผิดฐานบังคับบุคคลให้สูญหาย กำหนดให้การบังคับบุคคลให้สูญหายซึ่งปฏิบัติอย่างกว้างขวางหรือเป็นระบบ เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crime Against Humanity) ตามคำนิยามภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ที่เกี่ยวข้อง เช่น ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย ศาลอาญาระหว่างประเทศ พ.ศ. 2541 และต้องนำมาซึ่ง ผลลัพธ์ตามที่บัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องดังกล่าวกำหนด เป็นต้น⁴⁰

อย่างไรก็ตาม แม้ในปัจจุบันการบังคับบุคคลให้สูญหาย จะเป็นหนึ่งในการละเมิด สิทธิมนุษยชนที่ร้ายแรง ซึ่งถือเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งได้มีการ ออกพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องคุ้มครองผู้คนในโลกจากเรื่องดังกล่าว หากแต่ การบังคับบุคคลให้สูญหาย ก็ยังคงถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายทั่วโลกเพื่อกำจัดผู้มีความ คิดเห็นต่าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องทางการเมือง ซึ่งสุดท้ายผู้กระทำผิดก็มักลอยนวล ไม่ถูกดำเนินคดี ตามกฎหมาย อีกทั้งเมื่อมีความพยายามที่จะบังคับใช้กฎหมายหรือวิธีการอื่นเพื่อจัดการ บังคับบุคคลให้สูญหายมากขึ้น ก็ปรากฏว่ารัฐและผู้ใช้อำนาจรัฐก็ยังอยากจะทำฝ่ายที่มีความเห็นต่างทางการเมือง ยิ่งหันไปใช้วิธีการที่แนบเนียนซับซ้อนมากขึ้นเรื่อย ๆ เพื่อมิให้สืบสาวย้อนกลับ ไปหาผู้ใช้อำนาจรัฐในการสังหารได้⁴¹

3.3.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 การเป็น ภาคิพันธกรณีระหว่างประเทศเหล่านี้ มีผลให้ประเทศไทยมีข้อผูกพันที่จะต้องรายงาน สถานการณ์ สิทธิมนุษยชนแต่ละด้านต่อสหประชาชาติ และต้องมีการปรับปรุงรัฐธรรมนูญ กฎหมาย กฎระเบียบ ต่าง ๆ และการปฏิบัติของหน่วยงานรัฐให้สอดคล้องกับพันธกรณีต่าง ๆ รวมถึงการ จัดตั้งกลไก อิสระระดับชาติ เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบ คุ้มครอง และส่งเสริมสิทธิมนุษยชนให้ ปรากฏผลที่เป็นจริง ทั้งนี้ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ การทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายไว้ในข้อ 5 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า บุคคลใดจะถูกกระทำการ ทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีไม่ได้⁴²

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ถือเป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่ วางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลก และ ปัจจุบันประชาคมโลกต่าง ยอมรับให้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 อยู่ในฐานะแม่บทของกฎหมายสิทธิ มนุษยชนทั้งหมด นอกจากนี้ กฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ในปัจจุบันก็ล้วนมี

⁴⁰ นิสิต จันทร์สมวงศ์. (2561). *การประเมินผลกระทบต่อประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่าง ประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการถูกบังคับให้สูญหาย*. รายงานการอบรมหลักสูตรหลักนิทรรศร มเพื่อประชาธิปไตย วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 3.

⁴¹ สิทธิการต์ ชีระวัฒน์ชัย. (2562). *มาตรการป้องกันและปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหาย : พันธกรณี ระหว่างประเทศที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม*. *กฤษฎีกาสาร*, 14(6). หน้า 24.

⁴² แปลโดย กระทรวงการต่างประเทศ.

พื้นฐานและได้รับการพัฒนามาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติทั้งสิ้น และกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเหล่านั้นก็ได้เป็นพื้นฐานสำหรับการพัฒนา กฎหมายภายในของประเทศต่างๆ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายในประเทศของตน

3.3.1.1 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน หรือการประติบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987

สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : CAT) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2527 และมีผลบังคับใช้เมื่อ 26 มิถุนายน 2530 ปัจจุบันมีประเทศลงนามแล้ว จำนวน 83 ประเทศ และมีประเทศที่เป็นภาคีแล้ว 173 ประเทศ⁴³

สำหรับประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987 ในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2550⁴⁴ โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาครั้งนี้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 2 รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินการใดๆ ทางนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ หรือตามมาตรการอื่นที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการทรมานในดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจของตน ไม่มีสถานการณ์พิเศษใดๆ ไม่ว่าจะเป็นสภาวะสงครามหรือภัยคุกคามจากสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายใน หรือเหตุฉุกเฉินสาธารณะอื่นๆ ที่จะสามารถยกขึ้นมาเป็นเหตุผลของการทรมานได้ และคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาและจากทางการไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างสำหรับการกระทำทรมานได้⁴⁵

ข้อ 4. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องบัญญัติให้การกระทำทรมานเป็นความผิดฐานหนึ่งในกฎหมายอาญาที่มีผลบังคับใช้ภายในประเทศ และให้ใช้หลักการเดียวกันนี้ บังคับกับการพยายาม

⁴³ ข้อมูลในเดือนเมษายน 2565.

⁴⁴ Nucharee Smith and Robert Smith. *Explainer: Enforced Disappearances and Torture Finally Criminal Offences in Thailand*. (Online). Available: <https://www.jurist.org/features/2022/12/27/explainer-enforced-disappearances-and-torture-finally-criminal-offences-in-thailand/> [2023, June 9]

⁴⁵ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987. ข้อ 2.

ทรมาน การสมรู้ร่วมคิดหรือการมีส่วนร่วมในการทรมาน โดยการกำหนดโทษในความผิดฐานทรมานต้องบัญญัติให้เหมาะสมได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำนั้น⁴⁶

ข้อ 6 รัฐใดที่มีผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอยู่ในเขตอำนาจของตน ต้องนำตัวบุคคลนั้นไปคุมขัง หรือดำเนินการตามมาตรการใดๆ ที่จะประกันการคงอยู่ของบุคคลผู้นั้น การควบคุมตัวและการดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมายต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมถึงการควบคุมตัวจะกระทำได้เท่าที่จะเป็นไปตามกระบวนการพิจารณาทางอาญาหรือกระบวนการสำหรับการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน บุคคลที่ถูกคุมขังต้องได้รับความช่วยเหลือในการติดต่อกับผู้แทนที่เหมาะสม⁴⁷

ข้อ 13 รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องประกันว่าบุคคลใด ๆ ที่อ้างว่าตนถูกทรมานในดินแดนใด ๆ ที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน มีสิทธิที่จะร้องเรียนและให้หน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐตรวจสอบโดยทันทีและเป็นกลาง จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ร้องเรียนและพยานได้รับการคุ้มครองจากการปฏิบัติที่เลวร้ายหรือการข่มขู่อันเป็นผลมาจากการร้องเรียนหรือหลักฐานใด ๆ ที่ได้รับ⁴⁸

ข้อ 14 รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องรับรองในระบบกฎหมายของตนว่าเหยื่อของการทรมานได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่เป็นธรรมและเพียงพอ รวมถึงวิธีการในการฟื้นฟูอย่างเต็มที่ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ กรณีผู้ถูกกระทำทรมานเสียชีวิต ผู้อยู่ในอุปการะของบุคคลนั้นจะได้รับความชดเชยค่าสินไหมทดแทน⁴⁹

ข้อ 16(1) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินการเพื่อป้องกันในดินแดนใด ๆ ภายใต้เขตอำนาจของตน การกระทำอื่น ๆ ของการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งไม่ถือเป็นการทรมานตามที่กำหนดไว้ในข้อ 1 เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทำโดยหรือ

⁴⁶ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987. ข้อ 4.

⁴⁷ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987. ข้อ 6.

⁴⁸ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987. ข้อ 13.

⁴⁹ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987. ข้อ 14.

โดยการยุบหรือ โดยได้รับความยินยอมหรือยินยอมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นที่ปฏิบัติหน้าที่ราชการ⁵⁰

3.3.2 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance : ICPED) เกิดขึ้นจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 และตราสารระหว่างประเทศด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายมนุษยธรรมและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ซึ่งได้รับการรับรองจากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ ตามข้อมติสมัชชาฯ ที่ 47/133 เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2535 แต่ไม่มีผลบังคับ จึงต้องมีการประกาศอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance : ICPED) เพื่อให้มีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance : ICPED) รับรองโดยมติสมัชชาสหประชาชาติ (United Nations General Assembly - UNGA) ในการประชุมสมัยสามัญ สมัยที่ 61 เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2549 เป็นอนุสัญญาที่ก่อให้เกิดพันธกรณีให้รัฐต้องทำให้ความผิดฐานบังคับให้บุคคลสูญหายได้รับโทษตามบทลงโทษที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงความร้ายแรงสูงสุด นอกจากนี้ยังยืนยันว่าการบังคับบุคคลให้สูญหายถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยอนุสัญญานี้เปิดให้ลงนามเมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550 ที่กรุงปารีส โดยมี 57 ประเทศร่วมลงนาม ส่งผลให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 23 ธันวาคม พ.ศ. 2553 เป็นต้นมา⁵¹

สำหรับประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 เมื่อวันที่ 9 มกราคม พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012) ซึ่ง

⁵⁰ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987. ข้อ 16.

⁵¹ United Nations. *About Enforced Disappearance*. (Online). Available: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-disappearances/about-enforced-disappearance>. [2023, June 9]

หมายความว่ามีการยินยอมเบื้องต้นในวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาฯ ประเทศไทยจึงมีหน้าที่ในการไม่กระทำการที่เป็นการขัดกับวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาฯ นี้ ต่อมาเมื่อวันที่ 10 มีนาคม พ.ศ. 2560 สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) มีมติเป็นเอกฉันท์ให้สัตยาบันรับรองอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006⁵² ด้วยเหตุนี้ จึงมีการผลักดันให้ตราพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ขึ้นบังคับใช้ เพื่อเตรียมการให้สัตยาบันรับรองอนุสัญญาตามมติของสภานิติบัญญัติต่อไป⁵³

ทั้งนี้ ในการกล่าวถึงสาระสำคัญของอนุสัญญานี้ ผู้วิจัยจะกล่าวถึงเฉพาะที่มีความเกี่ยวข้องกับการศึกษาในครั้งนี้เท่านั้น ดังต่อไปนี้

1) การกระทำแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการกระทำความผิดฐานบังคับให้บุคคลสูญหาย

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: ICPED) ได้กำหนดให้บุคคลที่กระทำการ ส่งการ ชักจูง หรือโน้มน้าวให้บุคคลอื่นกระทำการ พยายามที่จะกระทำการ หรือเป็นผู้สมรู้ร่วมคิดหรือมีส่วนร่วมในการหายสาบสูญ โดยการถูกบังคับ เป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา⁵⁴

2) ข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามคำสั่ง

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: ICPED) กำหนดไว้ว่า ห้ามมิให้ยกคำสั่งหรือการสั่งการจากผู้มีอำนาจ พลเรือนหรือทางทหาร หรืออื่นๆ ขึ้นเป็นข้ออ้างหรือเป็นเหตุผลเพื่อกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับได้⁵⁵

3) การกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร

⁵² อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006

⁵³ ข้อมูล ณ วันที่ 1 กรกฎาคม 2566 มีประเทศที่ลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ.2010 แล้วทั้งสิ้น 98 ประเทศและมอบสัตยาบันหรือภาคยานุวัติแล้ว 71 ประเทศ อ้างถึงใน United Nations Treaty Collection, international Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance. (Online). Available: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&clang=en.

⁵⁴ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006. ข้อ 6.

⁵⁵ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006. ข้อ 6.

กรณีที่มีการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ต้องพิจารณาว่า ผู้ถูกกล่าวหาอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลใด ศาลนั้นก็จะเป็นผู้ดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดนั้น กรณีที่ผู้กระทำความผิดอยู่ในเขตอำนาจ รัฐบาลก็มีอำนาจส่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน หรือมอบให้รัฐอื่นตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือส่งมอบให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจเป็นที่ยอมรับของรัฐนั้น

3.3.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)) เป็นสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติรับรองเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2509 และมีผลใช้บังคับเมื่อ 23 มีนาคม พ.ศ. 2519 สนธิสัญญานี้ให้คำมั่นสัญญาว่าภาคีจะเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบุคคล ซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต เสรีภาพในศาสนา เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการชุมนุม สิทธิเลือกตั้ง และสิทธิในการได้รับการพิจารณาความอย่างยุติธรรม ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 และมีผลบังคับใช้กับประเทศไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2540⁵⁶ โดยอนุสัญญานี้ มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน การปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีและการบังคับบุคคลสูญหายดังต่อไปนี้

- 1) ได้รับความเสียหายต่อสิทธิการมีชีวิต ซึ่งต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยไม่ว่าบุคคลใดก็ตามต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตตามอำเภอใจ⁵⁷
- 2) ได้รับความเสียหายของบุคคลจากการทรมาน การได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี นอกจากนี้บุคคลจะถูกใช้ในการทดลองทางการแพทย์หรือทางวิทยาศาสตร์โดยปราศจากความยินยอมอย่างเสรีของบุคคลนั้นมิได้⁵⁸
- 3) ได้รับความเสียหายของบุคคลที่จะมีสิทธิและเสรีภาพในความปลอดภัยของร่างกาย โดยบุคคลจะถูกจับกุมหรือถูกควบคุมตามอำเภอใจมิได้ ไม่อาจถูกลิดรอนเสรีภาพ เว้นแต่โดยเหตุที่เป็นไปตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ขณะเดียวกัน ในขณะที่มีการจับกุมบุคคล ผู้ถูกจับกุมมีสิทธิได้รับแจ้งถึงเหตุผลของการจับกุม และต้องได้รับแจ้งข้อหาที่ถูกจับกุมด้วย นอกจากนี้ ผู้ถูกจับกุมหรือถูกควบคุมตัวอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดอาญา ต้องถูกนำตัวไปศาลหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่มีอำนาจทางตุลาการ และต้องได้รับการพิจารณาคดีในเวลาอันสมควร หรือได้รับการปล่อยตัว หากมีบุคคลใดถูกลิดรอนเสรีภาพในการจับกุมหรือควบคุมตัว มีสิทธินำคดีขึ้นสู่การ

⁵⁶ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966.

⁵⁷ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966. ข้อ 6.

⁵⁸ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966. ข้อ 7.

พิจารณาของศาลเพื่อให้ศาลตัดสินโดยไม่ชักช้าถึงความชอบด้วยกฎหมายในการจับหรือควบคุมตัวนั้น หากการควบคุมดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ศาลมีคำสั่งให้ปล่อยตัว และผู้ถูกจับหรือผู้ถูกควบคุมตัวโดยมิชอบนั้นมิสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน⁵⁹

4) ได้รับรองสิทธิของบุคคลทุกคนที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง นอกจากนี้บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาต้องมีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด รวมถึงมีการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกพิจารณาหรือลงโทษซ้ำในความผิดซึ่งบุคคลนั้นต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ หรือให้ปล่อยตัวแล้วตามกฎหมายและวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศ⁶⁰

จากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 ตามบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่า ได้รับรองบุคคลจากการถูกรังแก การได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี นอกจากนี้ บุคคลจะถูกไล่ออกจากอาณาเขตตามอำเภอใจมิได้ หากมีความสงสัยว่าบุคคลใดกระทำความผิด บุคคลนั้นมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมตามกระบวนการของศาล

3.3.4 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 (Rome Statute of the International Criminal Court 2002) ได้รับการรับรองในการประชุมทางการทูตในกรุงโรม สาธารณรัฐอิตาลี เมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 ณ เดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2019 มีรัฐที่ลงนามในธรรมนูญฉบับนี้ รวมทั้งสิ้น 139 รัฐ แต่ที่ให้สัตยาบันเป็นภาคีจำนวนทั้งสิ้น 123 รัฐ โดยรวมถึงเครือรัฐออสเตรเลีย และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สำหรับประเทศไทยได้ลงนามในธรรมนูญฉบับนี้แล้ว แต่ไม่ได้ให้สัตยาบัน ดังนั้น ธรรมนูญฉบับนี้จึงมีผลใช้บังคับกับเครือรัฐออสเตรเลีย และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแต่ไม่มีผลใช้บังคับกับประเทศไทย⁶¹

⁵⁹ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966. ข้อ 9.

⁶⁰ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966. ข้อ 14.

⁶¹ United Nations Treaty Collection. *Rome Statute of the International Criminal Court*. (Online). Available: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsq_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en. [2023, June 9]

ธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศไว้เฉพาะอาชญากรรมร้ายแรงที่สุดที่เป็นกังวลของประชาคมระหว่างประเทศโดยรวมเท่านั้น โดยศาลมีเขตอำนาจตามธรรมนูญนี้เฉพาะอาชญากรรมดังต่อไปนี้⁶²

- 1) อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
- 2) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ
- 3) อาชญากรรมสงคราม
- 4) อาชญากรรมเกี่ยวกับการรุกราน

โดยในส่วนของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึงการกระทำใดๆดังต่อไปนี้ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวาง หรือเป็นระบบมุ่งเป้าต่อพลเรือนใดๆ ได้แก่⁶³

- 1) การฆาตกรรม
- 2) การกำจัด
- 3) การเป็นทาส
- 4) การเนรเทศหรือการบังคับย้ายประเทศ
- 5) การจำคุกหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกายอย่างร้ายแรงโดยละเมิดกฎหมายพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ
- 6) การทรมาน
- 7) การข่มขืน การเป็นทาสทางเพศ การบังคับค้าประเวณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับทำหมัน หรือความรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นที่มีความรุนแรงเทียบเท่ากัน
- 8) การประหารชีวิตต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวตนได้ในเรื่องการเมือง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา เพศ หรือเหตุอื่นๆที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลว่าไม่อนุญาตให้กระทำภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ
- 9) การบังคับบุคคลให้สูญหาย
- 10) อาชญากรรมของการแบ่งแยกผิว
- 11) การกระทำที่ไร้มนุษยธรรมอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายกันโดยเจตนาก่อให้เกิดความทรมานอย่างใหญ่หลวง หรือการบาดเจ็บสาหัสต่อร่างกายหรือสุขภาพจิต

“การทรมาน” หมายความว่า การจงใจสร้างความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างรุนแรง ไม่ว่าจะทางร่างกายหรือจิตใจต่อบุคคลที่ถูกควบคุมตัวหรืออยู่ภายใต้การควบคุมในฐานะผู้ต้องหา แต่การทรมานนั้นจะไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ที่เกิดจากการลงโทษ โดย

⁶² Rome Statute of the International Criminal Court 2002, Article 5.

⁶³ Rome Statute of the International Criminal Court 2002, Article 7.

ธรรมชาติหรือโดยบังเอิญ ส่วน “การบังคับบุคคลให้สูญหาย” หมายถึง การจับกุม กักขัง หรือลักพาตัวบุคคลโดยหรือด้วยการอนุญาต การสนับสนุน หรือการยอมรับจากรัฐหรือองค์กรทางการเมืองตามด้วยการปฏิเสธที่จะรับทราบว่ามีกรณีการละเมิดเสรีภาพหรือปฏิเสธการให้ข้อมูลความเป็นไปหรือที่อยู่ของบุคคลเหล่านั้น โดยมีเจตนาให้พ้นจากความคุ้มครองของกฎหมายเป็นระยะเวลา นาน⁶⁴ การตีความความหมายของอาชญากรรมต้องตีความอย่างเคร่งครัด ต้องไม่ขยายความโดยการเปรียบเทียบ ในกรณีที่มีความกำกวมให้ตีความนิยามโดยยกประโยชน์แก่ผู้ถูกสอบสวน ผู้ถูกฟ้องคดี หรือผู้ถูกตัดสินลงโทษ⁶⁵

ศาลอาญาระหว่างประเทศ มีอำนาจตัดสินคดีอาชญากรรม 4 ประการข้างต้น ในสามกรณีได้แก่ กรณีแรก หากเหตุการณ์การก่ออาชญากรรมนั้นเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคี กรณีที่สอง หากการกระทำก่ออาชญากรรมนั้นเกิดขึ้น โดยคนชาติของรัฐภาคี หรือกรณีที่สาม หากอาชญากรรมนั้นถูกส่งไปยังอัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ทั้งนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเริ่มการสอบสวนก่อนการออกหมายจับ หากอาชญากรรมนั้นถูกส่งไปศาลโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ หรือหากรัฐภาคีร้องขอให้มีการสอบสวน สำหรับบุคคลที่อาจตกเป็นผู้ต้องหาในการสอบสวนของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น เป็นบุคคลใดก็ได้ ไม่เว้นแม้แต่ประมุขแห่งรัฐ แต่มีข้อยกเว้นเพียงประการเดียวคือไม่สามารถดำเนินคดีต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะก่ออาชญากรรมได้⁶⁶

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศพบว่ามีอนุสัญญาหรือพันธกรณีระหว่างประเทศหลายฉบับที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองบุคคลจากการกระทำความผิดและการกระทำให้บุคคลสูญหาย นับตั้งแต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ซึ่งเป็นปฏิญญาพื้นฐานหรือแผนแม่บทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนทั้งปวงที่มีการบัญญัติขึ้นตามมา อาทิ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน หรือการประทุบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987 ซึ่งประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญานี้ด้วย จึงเป็นที่มาที่ประเทศไทยได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับกระทำความผิดทรมานขึ้นบังคับใช้

ขณะเดียวกัน อนุสัญญาอีกฉบับหนึ่งที่สำคัญคืออนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหายโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 ในปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญานี้ เนื่องจากประเทศไทยยังต้องมีการเตรียมความพร้อมภายในประเทศก่อน อันหมายถึงการตรากฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการกระทำให้บุคคลสูญหายโดยถูก

⁶⁴ Rome Statute of the International Criminal Court 2002. Article 7.

⁶⁵ Rome Statute of the International Criminal Court 2002. Article 22.

⁶⁶ United Nations Treaty Collection. *Ibid.*

บังคับขึ้นบังคับใช้ก่อน และเมื่อมีการตรากฎหมายแล้ว จึงจะให้สัตยาบันเพื่อเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ได้ อย่างไรก็ตาม การได้ลงนามในอนุสัญญาฉบับนี้แล้วก็ถือเป็นการยินยอมเบื้องต้นว่าประเทศไทยจะไม่กระทำการอันขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้ นั่นคือการอนุญาตให้มีการกระทำการให้บุคคลสูญหายจากการถูกบังคับเกิดขึ้น

สำหรับพันธกรณีระหว่างประเทศที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งโดยประเทศไทยเป็นภาคีด้วยได้แก่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 พันธกรณีฉบับนี้ได้ให้การรับรองสิทธิของบุคคลเอาไว้ว่า ต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตตามอำเภอใจ การรับรองสิทธิของบุคคลจากการกระทำทรมาน การได้รับการประติบัติหรือลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี รวมถึงการรับรองสิทธิของบุคคลในความปลอดภัยของร่างกาย

ขณะเดียวกัน ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 สำคัญของธรรมนูญฉบับนี้ได้คือ ได้มีการกำหนดให้การกระทำทรมานและการบังคับให้บุคคลสูญหายเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งในประเทศที่เป็นภาคีในธรรมนูญฉบับนี้ ผู้กระทำความผิดต้องถูกพิจารณาความผิดในศาลอาญาระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกในธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น จึงไม่อาจนำเอาบทบัญญัติแห่งธรรมนูญฉบับนี้มาบังคับใช้กับพลเมืองของประเทศไทยได้ โดยเฉพาะการนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศ

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ประเด็น	ประเทศไทย	เครือรัฐออสเตรเลีย	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐเกาหลี
บุคคลที่กระทำแทนเจ้าหน้าที่รัฐในความผิดฐานกระทำทรมาน กระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำให้บุคคลสูญหาย	บัญญัติความผิดไว้เฉพาะที่เป็น การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ เท่านั้น แต่มิได้กล่าวถึง การกระทำความผิดโดยผู้กระทำการแทนเจ้าหน้าที่รัฐหรือกระทำโดยได้รับการยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเอาไว้แต่ประการใด	กำหนดให้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด (1) ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ (2) กระทำหน้าที่อย่างเป็นทางการ (3) กระทำด้วยการยุยง ส่งเสริม หรือด้วยความยินยอม จากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่น ที่กระทำการในฐานะของรัฐ	กำหนดความผิดเกี่ยวกับบุคคลที่กระทำแทนเจ้าหน้าที่รัฐในความผิดฐานกระทำทรมาน กระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำให้บุคคลสูญหาย	ไม่พบว่ามียกเว้นความผิดใดที่กล่าวถึง การกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการกระทำโดยการยุยง ส่งเสริม หรือสนับสนุนให้กระทำการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือของรัฐ
ข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามคำสั่ง	พฤติการณ์พิเศษใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นภาวะสงครามหรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมือง ภายใน ประเทศ หรือ	ประมวลกฎหมายอาญา (The Criminal Code 1995) ได้กำหนดเกี่ยวกับการไม่เป็นข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาความผิดตามหมวดนี้ได้แก่การ	ประมวลกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศ (International Criminal Code of German) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติตาม	บุคคลใดๆที่อ้างว่ากระทำ ความผิดอันมีสาเหตุมาจากการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา นั้น จะไม่ เป็นความผิดก็ต่อเมื่อการ

ประเด็น	ประเทศไทย	เครือรัฐออสเตรเลีย	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐเกาหลี
	<p>สถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้เกิดการกระทำความคิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย</p>	<p>มีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นความคิดที่ผู้ต้องหาได้กระทำภายใต้คำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือหน่วยงานของรัฐ</p>	<p>คำสั่งไว้ว่า บุคคลใดที่กระทำตามมาตรา 8 ถึงมาตรา 15 ในการปฏิบัติตามคำสั่งทางทหารหรือคำสั่งที่มีผลผูกพันข้อเท็จจริงที่เทียบเคียงได้ ผู้กระทำไม่มีความผิด หากผู้นั้นไม่ทราบว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีความชัดเจนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Code of German) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำสั่งไว้ว่า บุคคลใดที่</p>	<p>กระทำนั้นไม่อาจเห็นได้ว่าเป็นคำสั่งโดยมิชอบอย่างชัดเจน เว้นแต่เป็นอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 8 และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่อาจยกขึ้นเป็นข้ออ้างในการยกเว้นจากการกระทำความคิดได้ โดยการทรมานและการบังคับบุคคลสูญหายถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามกฎหมายฉบับนี้</p>

ประเด็น	ประเทศไทย	เครือรัฐออสเตรเลีย	สหพันธรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐเกาหลี
			<p>กระทำตามมาตรา 8 ถึงมาตรา 15 ในการปฏิบัติตามคำสั่งทางทหารหรือคำสั่งที่มีผลผูกพันข้อเท็จจริงที่เทียบเคียงได้ ผู้กระทำไม่มีความผิด หากผู้นั้นไม่ทราบว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีความชัดเจนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย</p>	
การกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร	กำหนดกรณีกระทำความผิดฐานกระทำทรามตามมาตรา 5 ความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 6 หรือความผิดฐาน	เครือรัฐออสเตรเลียเป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรม ดังนั้นหากมีผู้กระทำความผิดภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำที่บุคคลสูญหาย ผู้กระทำ	สหพันธรัฐเยอรมนีเป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรม ดังนั้นหากมีผู้กระทำความผิดภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำให้	สาธารณรัฐเกาหลีเป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรม ดังนั้นหากมีผู้กระทำความผิดภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำให้

ประเด็น	ประเทศไทย	เครือรัฐออสเตรเลีย	สหพันธรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐเกาหลี
	<p>กระทำใ้บุคคลสูญหายตาม มาตรา 7 นอกราชอาณาจักร ต้องรับโทษในราชอาณาจักร ตามที่กำหนดไว้ใน พระราชบัญญัตินี้</p>	<p>ความผิดจะถูกนำตัวขึ้นศาล อาญาระหว่างประเทศ</p>	<p>บุคคลสูญหาย ผู้กระทำ ความผิดจะถูกนำตัวขึ้นศาล อาญาระหว่างประเทศ</p>	<p>บุคคลสูญหาย ผู้กระทำ ความผิดจะถูกนำตัวขึ้น ศาลอาญาระหว่าง ประเทศ</p>

บทที่ 4

วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำให้บุคคลสูญหาย

การทรมานและการบังคับบุคคลสูญหายถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นร้ายแรง เป็นที่มาของการตราอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ โดยกำหนดให้ประเทศที่เข้าเป็นภาคี สมาชิกนำสาระสำคัญของอนุสัญญาดังกล่าวไปตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้ภายในประเทศ เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลจากการถูกทรมานและการบังคับบุคคลสูญหาย ทั้งนี้ ประเทศไทย ซึ่งเป็นภาคี สมาชิกของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน หรือการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และถึงแม้จะยังมีได้เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหาย โดย ถูกบังคับแต่ก็ได้มีการลงนามในอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว และได้แสดงความมุ่งมั่นในการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลจากการกระทำดังกล่าวจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ขึ้นใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณา สาระสำคัญของพระราชบัญญัติดังกล่าว พบว่ายังมีข้อบกพร่องบางประการ ผู้วิจัยจึงนำมาศึกษา วิเคราะห์ เพื่อหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่กระทำแทนเจ้าหน้าที่รัฐในความผิดฐานกระทำทรมาน การกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำให้บุคคลสูญหาย

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กำหนดการกระทำความผิดโดยเจ้าหน้าที่รัฐไว้ 3 ฐานความผิดได้แก่ความผิดฐานกระทำ ทรมาน ตามมาตรา 5 ความผิดฐานการกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ ตามมาตรา 6 และความผิดฐานการกระทำให้บุคคลสูญหาย ตามมาตรา 7

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติความผิดไว้เฉพาะที่เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ รัฐเท่านั้น อาทิ มาตรา 5 ได้บัญญัติไว้ความว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำด้วยประการใดให้ ผู้อื่นเกิดความเจ็บปวด หรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจ เพื่อวัตถุประสงค์ อย่างหนึ่งอย่างใด...” มาตรา 6 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐลงโทษหรือกระทำด้วย

ประการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์...” และมาตรา 7 ความว่า “ผู้ใด เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐควบคุมตัว หรือลักพาบุคคลใด...” เป็นต้น เห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าว เน้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้นแต่ไม่ได้กล่าวถึง การกระทำความผิดโดยผู้กระทำการแทน เจ้าหน้าที่รัฐ หรือกระทำโดยได้รับการยุบ ส่งเสริม หรือยินยอมโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเอาไว้แต่ ประการใด ทั้งที่ในทางข้อเท็จจริง ด้วยคำสั่งของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายแทบทุกหน่วยงานมี ไม่เพียงพอที่จะดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในพื้นที่ที่หน่วยงานของตนรับผิดชอบ ดังนั้น จึงเปิด โอกาสให้บุคคลทั่วไปเข้ามาทำงานร่วมกับเจ้าหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในฐานะเป็น อาสาสมัคร เช่น อาสาสมัครตำรวจบ้าน ซึ่งมักพบว่า มีการกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ตำรวจในการ รักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งมีโอกาสที่บุคคลกลุ่มนี้จะถูกยุบ ส่งเสริมให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างใดอย่าง หนึ่งแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยการกระทำดังกล่าวมิชอบด้วยกฎหมาย อันอาจกลายเป็นช่องว่างของ กฎหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หลีกเลี่ยงการ กระทำความผิดกฎหมาย โดยให้บุคคลอื่นเป็นผู้กระทำ ความผิดแทนได้

เมื่อทำการศึกษบทบัญญัติของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและ การกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 มาตรา 3 พบว่า ได้ให้ความหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายถึงบุคคลซึ่งใช้อำนาจรัฐหรือได้รับมอบอำนาจ หรือได้รับการแต่งตั้ง อนุญาต สนับสนุน หรือ ยอมรับโดยตรงหรือโดยปริยาย จากผู้มีอำนาจรัฐให้ดำเนินการตามกฎหมาย

ถึงแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะกล่าวถึงบุคคลซึ่งเป็นผู้อื่นแต่บุคคลนั้นจะเป็นผู้กระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้ต้องเป็นบุคคลที่ใช้อำนาจรัฐหรือได้รับมอบอำนาจหรือได้รับการ แต่งตั้ง อนุญาต สนับสนุน หรือยอมรับโดยตรงหรือโดยปริยายจากผู้มีอำนาจรัฐให้ดำเนินการตาม กฎหมายเท่านั้น ดังนั้น หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำการเป็นเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจหรือ ได้รับการแต่งตั้ง อนุญาต สนับสนุน หรือยอมรับโดยตรงหรือโดยปริยายจากผู้มีอำนาจรัฐได้ ดำเนินการตามกฎหมาย ก็ไม่ถือว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และต้องนำประมวล กฎหมายอาญามาใช้บังคับแทน อาทิ ความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 310 ทวิ มาตรา 313 หรือมาตรา 317 แล้วแต่กรณี ทั้งที่การกระทำดังกล่าวมีข้อสงสัยว่าเป็นการกระทำตาม จุดมุ่งหมายของเจ้าหน้าที่รัฐแต่อาจเป็นการให้บุคคลอื่นกระทำการแทนซึ่งมิได้เป็นการใช้อำนาจ ตามกฎหมาย ทำให้การคุ้มครองบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้ จากการกระทำทรมาน การกระทำที่ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการกระทำให้บุคคลสูญหาย ที่มีส่วน เกี่ยวข้องกับรัฐยังไม่ครอบคลุมอย่างเพียงพอ

อนึ่ง ประเทศไทยมีข้อมูลของบุคคลที่สูญหายเพราะความขัดแย้งทางการเมืองหรือความ ขัดแย้งกับภาครัฐนับตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันจำนวนมาก อาทิ นายเตียง ศิริขันธุ์ สูญหายเมื่อวันที่ 12

ชันวาคม พ.ศ. 2495 นายหะยีสุหลง โต๊ะมีนา สูญหายเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2497 นายทงงค์ โพธิ์อ่าน สูญหายเมื่อวันที่ 19 มิถุนายน พ.ศ. 2534 นายสมชาย นีละไพจิตร สูญหายเมื่อวันที่ 12 มีนาคม พ.ศ. 2547 นายพอลละจี รักจงเจริญ (บิลลี่) สูญหายเมื่อวันที่ 17 เมษายน พ.ศ. 2557 นายเด่น คำแหล้ สูญหายเมื่อวันที่ 16 เมษายน พ.ศ. 2559 นายวุฒิพงศ์ กษรธรรมคุณ (โกตี๋) สูญหายเมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ. 2560 นายสุรชัย ด่านวัฒนานุสรณ์ สูญหายกลางเดือนธันวาคม พ.ศ. 2561 และ นายสยาม ธีรวุฒิ สูญหายกลางเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2562 เป็นต้น แม้ในบางรายต่อมาภายหลังพบว่าเสียชีวิตแล้วก็ตาม

ประเทศไทยมีกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับการกระทำทารุณเพื่อให้ผู้อื่นได้รับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำรับสารภาพจากผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม หรือลงโทษผู้ถูกกระทำเพราะเหตุอันเกิดจากการกระทำหรือสงสัยว่ากระทำของผู้นั้นหรือบุคคลที่สาม หรือข่มขู่หรือขู่เชิญผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม หรือเลือกปฏิบัติไม่ว่ารูปแบบใด แต่ผู้กระทำการทารุณเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมานั้น เจ้าหน้าที่ย่อมมิได้กระทำการแต่เพียงลำพังแต่อาจมีบุคคลอื่นร่วมกระทำการด้วยหลายคนหรือให้บุคคลอื่นกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมด เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งเอาไว้ โดยบุคคลอื่นนั้นอาจเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ก็ได้ และการดำเนินการนั้นย่อมมิได้เป็นการดำเนินการตามกฎหมาย และในกรณีที่มีบุคคลสูญหายจากการถูกบังคับ หลายกรณีเกิดขึ้นกับบุคคลที่หลบหนีความขัดแย้งทางการเมืองไปต่างประเทศ ซึ่งยากที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะติดตามไปดำเนินการกับบุคคลเหล่านี้ ซึ่งมีข้อสันนิษฐานว่าต้องมีบุคคลอื่นได้กระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ และได้ดำเนินการตามกฎหมาย ซึ่งอาจเกิดการตีความได้ว่า มิได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องรับผิดชอบพระราชบัญญัตินี้

เมื่อทำการศึกษาบทบัญญัติของต่างประเทศซึ่งในการศึกษาครั้งนี้ ทำการศึกษาบทบัญญัติของเครือรัฐออสเตรเลีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลีพบว่า ทั้งสามประเทศเป็นนอกจากเป็นภาคีของอนุสัญญาที่สำคัญได้แก่ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน หรือการประติบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลจากการสูญหายโดยการถูกบังคับแล้ว ยังเป็นภาคีของกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญอีกฉบับหนึ่ง คือ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการทรมาน การประติบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และการบังคับบุคคลสูญหาย

อนึ่ง ข้อ 4 ของอนุสัญญาระหว่างระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคี

อนุสัญญาฉบับนี้ด้วย กำหนดไว้ว่า รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องบัญญัติให้การกระทำทรมานเป็นความผิดฐานหนึ่งในกฎหมายอาญาที่มีผลบังคับใช้อยู่ภายในประเทศและให้ใช้หลักการเดียวกันนี้บังคับกับการพยายามทรมาน การสมรู้ร่วมคิดหรือการมีส่วนร่วมในการทรมาน โดยการกำหนดโทษในความผิดฐานทรมานให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำนั้น

เห็นได้ว่า ข้อ 4 ของอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดให้การสมรู้ร่วมคิดหรือการมีส่วนร่วมในการทรมานให้เป็นความผิดด้วย ดังนั้นผู้วิจัยเห็นว่า การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ไม่ควรกำหนดเฉพาะให้ผู้ที่ เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐในการกระทำการโดยการใช้อำนาจรัฐเท่านั้น ที่เป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ แต่ควรหมายรวมถึงบุคคลใดๆก็ตามที่พิสูจน์ได้ว่าได้กระทำการแทนรัฐหรือกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้สนับสนุน ยุยง ส่งเสริมให้บุคคลนั้นกระทำการแทน บุคคลดังกล่าวไม่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีอำนาจตามกฎหมาย แต่เพียงพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำโดยการสมรู้ร่วมคิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือของรัฐก็ ควรเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว เพื่อให้บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้สามารถใช้คุ้มครองบุคคลจากการกระทำการทรมาน การประตักตักที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำทรมานมากที่สุด

ขณะเดียวกัน เมื่อทำการศึกษาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 374.2 ของเครือรัฐออสเตรเลีย กำหนดให้การกระทำทรมานเป็นความผิดอาญา หาก (3) ผู้กระทำความผิดมีส่วนร่วมในการดำเนินการ (1) ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือ (2) กระทำการตามหน้าที่ที่เป็นทางการ หรือ (3) กระทำการยุยงหรือด้วยความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นที่ทำการอย่างเป็นทางการ หมายความว่า บุคคลใดๆที่ถูกยุยง หรือได้รับความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือของผู้กระทำการของราชการ บุคคลนั้นก็มีความผิดตามบทบัญญัตินี้ได้ โดยมีได้มีบทบัญญัติใดที่จำกัดขอบเขตว่า ผู้นั้นจะต้องเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจหรือได้รับการแต่งตั้ง อนุญาต สนับสนุน หรือยอมรับโดยตรงหรือโดยปริยายจากผู้มีอำนาจรัฐให้ดำเนินการตามกฎหมายเท่านั้น

ขณะที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการกำหนดให้การกระทำทรมานผู้อยู่ในความควบคุมดูแลหรือด้วยวิธีการใดๆภายใต้การควบคุม โดยก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจหรือความทุกข์ทรมาน หรือบังคับให้บุคคลสูญหาย โดยมีเจตนาที่จะทำให้ผู้ถูกทำให้สูญหายนั้นออกจากการคุ้มครองของกฎหมายเป็นระยะเวลาอันยาวนาน เป็นความผิดต่อมนุษยชาติ และมีการกำหนดอย่างกว้างๆถึงผู้กระทำความผิดว่า เป็นการกระทำการต่อพลเรือนเท่านั้น นั้นหมายความว่าบุคคลใดๆก็ตามที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐได้รับจากรัฐหรือองค์กรทางการเมืองที่กระทำต่อ

พลเรือนในลักษณะทำให้เกิดความทรมาน หรือทำให้สูญหายก็เป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว

ส่วนสาธารณรัฐเกาหลี ได้ตรากฎหมายว่าด้วยการลงโทษอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ 2007 (Act on Punishment of Crimes Under Jurisdiction of the International Criminal Court) ขึ้นบังคับใช้ แต่ไม่พบการกล่าวถึงการกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการกระทำโดยการยุยง ส่งเสริม หรือสนับสนุนให้กระทำการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือของรัฐ

เมื่อทำการศึกษาแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนพบว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลใด การทรมาน และการถูกบังคับให้สูญหาย มีความเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีที่มาจากสิทธิมนุษยย์ได้ปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันในลักษณะการลดทอนศักดิ์ศรี ซึ่งควรได้รับการคุ้มครองอย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยบุคคลที่กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องจำคุกอยู่เพียงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่ควรเป็นการกระทำของบุคคลใดก็ตามที่กระทำการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐมีส่วนรู้เห็น ให้ความยินยอม หรือยุยงส่งเสริม ไม่ว่าการกระทำนั้นเป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้การคุ้มครองบุคคลตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 เป็นไปอย่างกว้างขวาง

4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามคำสั่ง

มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กำหนดไว้ว่า พฤติการณ์พิเศษใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นภาวะสงครามหรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายในประเทศ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติข้างต้นกำหนดให้การกระทำดังต่อไปนี้ ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย อาทิ พฤติการณ์พิเศษในภาวะสงคราม หรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายในประเทศ สถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด

ทั้งนี้ มีการบัญญัติเพื่อเอาผิดต่อผู้บังคับบัญชาในกรณีที่ทราบได้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของตนจะกระทำความผิดตามมาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37 หรือมาตรา 38 และไม่ดำเนินการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันหรือระงับการกระทำความผิด หรือไม่ดำเนินการหรือส่งเรื่องให้ดำเนินการสอบสวนหรือดำเนินคดีตามกฎหมาย ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่ง

ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น แต่มิได้กล่าวถึงกรณีผู้ได้บังคับบัญชาอ้างว่าได้กระทำผิดไป อันเนื่องจากการกระทำตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอาจปฏิเสธได้แต่ประการใด

อนึ่ง มาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2546 กล่าวถึงวินัยตำรวจ ไว้ประการหนึ่งว่า ผู้ได้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการ โดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ โดยไม่ขัดขืนหรือหลีกเลี่ยง ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการหรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการ จะเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้นก็ได้อีก และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม

เห็นได้ว่า ถึงแม้ผู้ได้บังคับบัญชาจะมีความเห็นว่า คำสั่งของผู้บังคับบัญชาบางประการจะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อคำสั่งนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ ก็อาจทำให้ผู้ได้บังคับบัญชาเกิดความไม่มั่นใจว่าความเห็นของตนนั้นจะถูกต้องหรือไม่ และไม่กล้าที่จะขัดคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเนื่องจากเกรงว่าจะกระทำผิดวินัยของตำรวจและอาจถูกลงโทษได้ อีกทั้งการขัดคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอาจส่งผลกระทบต่อหน้าที่ราชการ ดังนั้น เมื่อผู้ได้บังคับบัญชาได้กระทำความผิด อาจยกการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าต้องกระทำความผิดโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้

ในระบบราชการของไทยให้ความสำคัญกับการสั่งการเป็นอย่างมาก โดยส่วนใหญ่แล้วไม่ว่าผู้บังคับบัญชาจะมีคำสั่งในเรื่องใดก็ตาม ผู้ได้บังคับบัญชาก็มักจะปฏิบัติตามคำสั่ง เพราะการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นอาจส่งผลกระทบต่อหน้าที่การงานหลายประการ โดยเฉพาะการประเมินการปฏิบัติงานโดยผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีผลต่อการขึ้นอัตราเงินเดือน การโยกย้ายตำแหน่ง เป็นต้น นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2546 มาตรา 78 ยังกล่าวถึงวินัยตำรวจว่าต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการโดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ โดยไม่ขัดขืนหรือหลีกเลี่ยง แต่ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการ หรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการ จะเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันที เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้นก็ได้อีก และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม

ดังนั้น ถึงแม้ผู้ได้บังคับบัญชาจะทราบหรือมีเหตุควรทราบว่า คำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น สั่งให้ริบเอาข้อมูลที่จำเป็นแก่คดีจากผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิด ผู้ได้บังคับบัญชามักเลือกที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้น แม้จะทราบว่า คำสั่งดังกล่าวขัดต่อพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำใบบุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 อย่างชัดเจน เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการสั่งให้ผู้ได้บังคับบัญชา

กระทำความผิดกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดฐานกระทำทรมาน ความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้บุคคลสูญหาย จึงมีข้อพิจารณาถึงกรณีที่ได้บังคับบัญชาจะอ้างว่าเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ตนเองพ้นผิด

เมื่อทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศ พบว่า เครือรัฐออสเตรเลียได้กำหนดเกี่ยวกับกรณีที่ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้พ้นผิดตามความผิดฐานกระทำการทรมานได้แก่ (1) การกระทำที่เป็นความผิดได้กระทำขึ้นจากความจำเป็นอันเกิดจากภาวะสงคราม การคุกคามของสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายใน ภาวะฉุกเฉินสาธารณะหรือสถานการณ์พิเศษอื่นๆ (2) การมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นความผิดที่ผู้ต้องหาได้กระทำภายใต้คำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือหน่วยงานของรัฐ

เห็นได้ว่า บทกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียนั้น ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้พ้นผิดตาม (1) นั้น สอดคล้องกับบทกฎหมายของไทย แต่กรณี (2) ซึ่งกล่าวถึงการมีส่วนร่วมในการกระทำโดยยกข้อต่อสู้ว่าเป็นการกระทำภายใต้คำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับสูงนั้น บทกฎหมายของไทยกลับมิได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวเอาไว้

ขณะเดียวกัน สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติไว้ว่า บุคคลใดที่กระทำตามมาตรา 8 ถึงมาตรา 15 ในการปฏิบัติตามคำสั่งทางทหาร หรือคำสั่งที่มีผลผูกพันข้อเท็จจริงที่เทียบเคียงได้ ผู้กระทำไม่มีความผิด หากผู้นั้นไม่ทราบว่คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีความชัดเจนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเห็นได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ผู้ที่กระทำความผิดอาจยกขึ้นต่อสู้ว่าตนเองได้ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาให้พ้นผิดได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่ผู้นั้นไม่ทราบว่คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีความชัดเจนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากทราบว่คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและยังปฏิบัติตามก็ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ให้พ้นผิดได้ว่าต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

สำหรับกฎหมายว่าด้วยการลงโทษอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2007 ของสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกล่าวถึงการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาว่า กรณีบุคคลใดซึ่งอยู่ภายใต้ข้อผูกพันทางกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชากระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอื่นๆ ตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชา โดยไม่รู้ว่คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ถูกลงโทษหากคำสั่งนั้นไม่ได้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งและมีเหตุผลอันสมควรที่ไม่รู้ว่คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีที่อยู่ภายใต้ (1) คำสั่งใด ๆ เพื่อก่ออาชญากรรมใด ๆ ที่กำหนดไว้ใน 8 หรือ ข้อ 9 ให้ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ เห็นได้ว่า ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่บัญญัติ

อยู่ในกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นสอดคล้องกับบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้

นอกจากนี้ จากการศึกษาข้อเท็จจริงพบว่า เคยมีกรณีการยกข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาให้พ้นผิดในสหรัฐอเมริกา กรณีของ ร้อยโทวิลเลียม รัสตี้ แคลลีย์ (William “Rusty” Calley) ของกองทัพสหรัฐอเมริกา ซึ่งทำการจู่โจมหมู่บ้านแห่งหนึ่งในประเทศเวียดนาม เมื่อปี ค.ศ. 1968 โดยหลังจากที่ทำการยึดหมู่บ้านสำเร็จแล้ว ร้อยโทแคลลีย์ ได้สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชารวบรวมพลเรือนชาวเวียดนามที่เปลือยและต้อนพลเรือนเหล่านั้นลงไปอยู่ในคูน้ำ จากนั้นยังปืนใส่พลเรือนดังกล่าว เป็นเหตุให้พลเรือนแทบไม่มีบุคคลรอดชีวิต

เมื่อเข้าสู่การพิจารณาของศาล ร้อยโทวิลเลียม รัสตี้ แคลลีย์ ได้อ้างว่าตนเองได้กระทำความผิดเพราะปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา และไม่ทราบว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้ตนเองพ้นผิด ตามกฎของทหารที่ 916(d) ซึ่งกำหนดไว้ว่า ผู้ถูกกล่าวหาไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ หากเป็นการปฏิบัติตามคำสั่ง เว้นแต่ผู้ถูกกล่าวหาจะทราบอยู่แล้วว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้มีสามัญสำนึกย่อมทราบว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับบทกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อย่างไรก็ตาม กรณีที่เกิดขึ้น ศาลเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นคนโง่เขลาที่สุดในกองทัพสหรัฐในสงครามเวียดนามหรือฉลาดที่สุดก็ตาม ย่อมต้องเข้าใจได้ว่าการสังหารพลเรือนที่ไม่สามารถป้องกันตนเองได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นเป็นคำสั่งโดยมิชอบ ด้วยเหตุนี้จึงไม่สามารถนำมากล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบได้ ซึ่งเห็นได้ว่า ตามแนวคิดของกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและของสหรัฐอเมริกาตามที่ยกตัวอย่างมานั้น การจะกล่าวอ้างว่าได้กระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาพ้นผิดได้หรือไม่ ต้องพิจารณาแต่ละกรณีไป

เมื่อทำการศึกษาแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนพบว่า กรอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเรื่องการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหายมีรากฐานมาจากการเคารพศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ โดยหลักการนี้ปรากฏชัดเจนในอารัมภบทของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ ปฏิญญา UDHR) ซึ่งแม้จะเป็นตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากมีรูปแบบเป็นเพียงปฏิญญา แต่ก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นตราสารที่สร้างบรรทัดฐานและเป็นรากฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ขณะที่อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญ โดยถูกบังคับ ข้อ 6(2) กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า คำสั่งหรือการสั่งการจากผู้มีอำนาจสาธารณะ พลเรือน หรือทางทหารหรืออื่นๆ ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างที่มีเหตุผลสำหรับความผิดฐานกระทำให้นुकคตหายสาบสูญโดยถูกบังคับได้ ดังนั้น ภายใต้ต้นุสัญญาดังกล่าว การยกเหตุผลว่า

ผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งได้กระทำความผิดไป เนื่องจากได้ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอาจหลีกเลี่ยงได้นั้น จึงไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างเพื่อให้ตนเองพ้นผิดได้ ดังนั้น ถึงแม้ประเทศไทยจะยังไม่เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญ แต่ก็เป็นภาคีของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งต้องให้การเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล อันเป็นที่มาของอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับต่างๆ รวมถึงกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง ซึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกาย ทั้งนี้ บุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายย่อมได้รับผลกระทบต่อสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกายดังกล่าว

นอกจากนี้ เมื่อทำการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหายพบว่า สิทธิมนุษยชนส่วนใหญ่สามารถถูกจำกัดได้ หากการจำกัดนั้นเป็นไปเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ ซึ่งอาจจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบางส่วนเห็นว่า การกระทำ ความผิดฐานใดๆตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 หากเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกระทำได้ โดยจำกัดสิทธิของบุคคลที่กระทำความผิดจากการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 อย่างไรก็ตามภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้นั้น เห็นว่า สิทธิบางประการเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ โดยเฉพาะสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายไทย สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญ โดยถูกบังคับ และแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ควรมีการบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำทรมาน ตามมาตรา 5 การกระทำความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือกระทำความผิดฐานทำให้นุคคลสูญหาย จะอ้างว่าเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ตนเองพ้นผิดหรือใช้เป็นเหตุบรรเทาโทษมิได้ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในลักษณะดังกล่าว นอกจากจะทำให้กฎหมายมีความชัดเจน สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศ แล้ว ยังอาจช่วยให้ผู้ได้บังคับบัญชากล้าที่จะปฏิเสธหรือคัดค้านคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชา อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ตกเป็นผู้ต้องสงสัย หรือผู้ต้องหาเพิ่มขึ้น ที่จะไม่ถูกกระทำทรมาน หรือการประติบัติที่โหดร้าย หรือถูกบังคับให้สูญหาย เนื่องจากกฎหมายมีความชัดเจนว่าหากผู้ได้บังคับบัญชาได้กระทำการ สิ่งหนึ่งสิ่งใดภายใต้คำสั่งที่

ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชา ตนเองก็ไม่อาจอ้างเหตุใดๆ ที่จะพ้นผิดจากการกระทำ ความผิดที่ตนเองกระทำนั้นได้

4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ผู้นั้นได้รับโทษตามคำพิพากษาของ ศาลในต่างประเทศ

มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กำหนดไว้ว่า ผู้ใดกระทำความผิดฐานกระทำทรมานตามมาตรา 5 ความผิดฐาน กระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 6 หรือความผิด ฐานกระทำให้นุกคลสูญหายตามมาตรา 7 นอกราชอาณาจักร ต้องรับโทษในราชอาณาจักรตามที่ กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ โดยให้นำความในมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้ บังคับด้วยโดยอนุโลม

ทั้งนี้ มาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า ผู้ใดที่กระทำความผิด นอก ราชอาณาจักร หากได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น หรือศาลใน ต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษและผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักร เพราะการกระทำนั้นอีก และหากผู้ต้องคำพิพากษาให้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษา ของศาลต่างประเทศมาแล้ว แต่ยังไม่พ้นโทษ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับ ความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว

บทบัญญัติข้างต้น กล่าวถึงกรณีที่ผู้กระทำความผิดฐานกระทำทรมาน ความผิดฐาน กระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือความผิดฐานกระทำ ให้นุกคลสูญหายโดยการถูกบังคับ กรณีที่กระทำนอกราชอาณาจักร หากถูกลงโทษโดยคำพิพากษา ของศาลแล้ว จะลงโทษบุคคลดังกล่าวในการกระทำเดียวกันในราชอาณาจักรอีกมิได้ แต่ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุกคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กลับ มิได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์กรณีการกระทำความผิดในราชอาณาจักร แต่ผู้นั้นได้รับโทษตามคำ พิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้วทั้งหมดหรือบางส่วนเอาไว้แต่ประการใด

กรณีจึงแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีการบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิด นอกราชอาณาจักรไว้ในมาตรา 7 มาตรา 8 และการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานของรัฐในมาตรา 9 ทั้งนี้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดไว้ในมาตรา 10 กล่าวคือ ผู้ที่ กระทำความผิดตามมาตรา 7(2) มาตรา 8 และมาตรา 9 ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักร เพราะการกระทำนั้นอีก ถ้าได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น หรือ ศาลในต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษและผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว และถ้าผู้ต้องคำพิพากษาได้รับโทษ

สำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้ว แต่ยังไม่พ้นโทษ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว

ขณะเดียวกัน มาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติกรณีที่ผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักร หรือกระทำความผิดที่ประมวลกฎหมายอาญาได้ถือว่าเป็นการกระทำในราชอาณาจักร ถ้าผู้นั้นได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาแล้ว ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้ คำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว และในกรณีที่ผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักร หรือกระทำความผิดที่ประมวลกฎหมายนี้ถือว่าได้กระทำในราชอาณาจักร ได้ถูกฟ้องต่อศาลในต่างประเทศโดยรัฐบาลไทยร้องขอ ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักรเพราะการกระทำนั้นอีก ถ้า ได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น หรือ ศาลในต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษ และผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว

กล่าวโดยสรุปคือ ตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดในราชอาณาจักรหรือนอกราชอาณาจักรก็ตาม หากได้รับโทษหรือมีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศแล้ว ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลดังกล่าวในราชอาณาจักรในเรื่องเดียวกันอีก ทั้งนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลผู้กระทำความผิด ตามหลักกฎหมาย ห้ามดำเนินคดีสองครั้งสำหรับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว ซึ่งถือเป็นหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งรับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14.7 ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ได้กล่าวถึงเฉพาะกรณีการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร และได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีจากศาลต่างประเทศเท่านั้น มิได้กล่าวถึงกรณีการกระทำความผิดในราชอาณาจักร และได้รับการพิจารณาคดีจากศาลต่างประเทศแต่ประการใด การมิได้บัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยมีบทบัญญัติของกฎหมายขัดต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14 ซึ่งรับรองสิทธิของบุคคลในเรื่องของการห้ามดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดซ้ำในความผิดเดียวกันอีก

ขณะเดียวกัน ธรรมนูญกรุงโรมซึ่งได้มีการบัญญัติให้การกระทำทรมาน หรือการประทุษร้าย หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และการบังคับบุคคลสูญหายให้เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ถึงแม้ประเทศไทยจะมิได้เป็นภาคีในธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งจะทำให้กฎหมายระหว่างประเทศฉบับนี้ไม่มีผลบังคับใช้กับประเทศไทย แต่การที่ประเทศไทยลงนามในธรรมนูญดังกล่าวนี้ก็เป็นการแสดงเจตนารมณ์ของไทยว่าจะไม่ขัดขวาง รวมถึงจะให้การสนับสนุน

การบังคับใช้ธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น หากมีบุคคลผู้กระทำความผิดฐานกระทำทรมานตามมาตรา 5 ความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 6 และความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย ตามมาตรา 7 ได้หลบหนีไปอาศัยอยู่ในต่างประเทศ และถูกจับกุมในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ผู้ศึกษาเชื่อว่ารัฐไทยย่อมต้องให้ความยินยอมให้ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดีกับบุคคลผู้นั้น และเมื่อผู้นั้นถูกดำเนินคดีอย่างหนึ่งอย่างใด โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว หากบุคคลผู้นั้นกลับสู่ประเทศไทย อาจก่อให้เกิดการตีความว่า บุคคลผู้นั้นจะถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาของไทยอีกหรือไม่ เนื่องจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 มิได้บัญญัติในกรณีดังกล่าวไว้

เมื่อทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า เครือรัฐออสเตรเลีย ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการทรมานไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (The Criminal Code) โดยให้ความหมายของการทรมานภายใต้หมวดนี้มีความหมายเช่นเดียวกับการทรมานภายใต้อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน การปฏิบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี นอกจากประมวลกฎหมายอาญาแล้ว เครือรัฐออสเตรเลียยังมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 อันมีผลสืบเนื่องมาจากเครือรัฐออสเตรเลียได้เป็นภาคีในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งส่งผลทำให้ผู้กระทำความผิดฐานก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่ว่าจะเป็นการทรมาน การปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือบังคับให้บุคคลสูญหาย หากการกระทำดังกล่าวได้กระทำภายในเขตแดนของเครือรัฐออสเตรเลียผู้กระทำความผิดย่อมถูกดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศ

กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียสอดคล้องกับกฎหมายของ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นภาคีสมาชิกของธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศเช่นเดียวกับเครือรัฐออสเตรเลีย จึงได้มีการตราประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศขึ้นบังคับใช้เป็นการเฉพาะ ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ กำหนดให้การทรมานและการบังคับบุคคลสูญหาย เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งการบังคับใช้กฎหมายจะไม่อยู่ในบังคับของหลักการทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน แต่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลสากล ซึ่งการกระทำความผิดภายใต้กฎหมายฉบับนี้ในเขตแดนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้กระทำความผิดต้องเข้าสู่การพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ยังส่งผลทำให้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถพิจารณาความผิดที่กระทำโดยพลเมืองของรัฐภาคีประเทศอื่นได้ โดยกำหนดให้อัยการสูงสุดมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางว่าจะสอบสวนคดีผ่านเขตอำนาจศาลหรือไม่ กรณีที่ผู้กระทำความผิดมิได้เป็นผู้มีสัญชาติเยอรมัน นั้นหมายความว่า ผู้ใดเป็นผู้เสียหายจากการกระทำทรมาน แม้การกระทำความผิดจะมีได้เกิดขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ผู้เสียหายซึ่งเข้ามาพักอาศัยอยู่ในสหพันธ์

สาธารณรัฐเยอรมนีมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลเยอรมันพิจารณาคดีในฐานะความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ ทั้งนี้มีการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำที่ทรามที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหลายคดี เช่น การพิจารณาคดีผู้นำกองกำลังประชาธิปไตยเพื่อการปลดปล่อยวันดาซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นชาววันดา 2 ราย กรณีการดำเนินคดีกับชาวแกมเบียที่ต้องสงสัยว่ามีส่วนร่วมในอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ กรณีการดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ตำรวจลับชาวซีเรียที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ทรามพลเมืองของตนเองในประเทศซีเรีย เป็นต้น

ขณะที่กฎหมายว่าด้วยการลงโทษอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2007 ของสาธารณรัฐเกาหลี มิได้กำหนดอย่างชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดชอบกรณีที่ได้กระทำนอกราชอาณาจักร ว่าต้องรับโทษในราชอาณาจักรอีกหรือไม่ อย่างไรก็ตาม หลักการห้ามดำเนินคดีหลายครั้งจากการกระทำความผิดครั้งเดียวยังคงเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาในสาธารณรัฐเกาหลี

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เพื่อให้การคุ้มครองแก่บุคคลที่กระทำความผิดตามหลักมนุษยชน ที่ได้รับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี จึงควรมีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักการห้ามดำเนินคดีหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้อับชย พ.ศ. 2565 ให้ครอบคลุมทั้งการกระทำความผิดในราชอาณาจักรและนอกราชอาณาจักร โดยนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การวิจัยเรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย ซึ่งบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย พ.ศ. 2565 พบว่ายังมีข้อบกพร่องบางประการ ผู้วิจัยจึงนำมาศึกษาวิเคราะห์ ได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่กระทำแทนเจ้าหน้าที่รัฐในความผิดฐานกระทำทรมาน กระทำ การที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำให้นुकคตสูญหาย

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำให้นुकคตสูญหาย พ.ศ. 2565 กำหนดการกระทำความผิดโดยเจ้าหน้าที่รัฐไว้ 3 ฐานความผิดได้แก่ ความผิดฐานกระทำทรมาน ตามมาตรา 5 ความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 6 และความผิดฐานกระทำให้นुकคตสูญหาย ตามมาตรา 7

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติความผิดไว้เฉพาะที่เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น อาทิ มาตรา 5 ได้บัญญัติไว้ความว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำด้วย ประการใดให้ผู้อื่นเกิดความเจ็บปวด หรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจ เพื่อ วัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด...” มาตรา 6 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐลง โทษหรือ กระทำด้วยประการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์...” และมาตรา 7 ความว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐควบคุมตัว หรือลักพาบุคคลใด...” เป็นต้น

บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเน้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้นแต่ไม่ได้กล่าวถึง การกระทำความผิด โดยผู้กระทำการแทนเจ้าหน้าที่รัฐหรือกระทำโดยได้รับการยุยง ส่งเสริม หรือ ยินยอมโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเอาไว้แต่ประการใด จึงอาจกลายเป็นช่องว่างของกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ ของรัฐหลีกเลี่ยงการกระทำความผิดกฎหมายโดยให้บุคคลอื่นเป็นผู้กระทำความผิดแทนได้

ผู้วิจัยจึงเห็นว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลใด การทรมาน และการถูกบังคับให้สูญหาย มีความเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีที่มาจากสิทธิมนุษยช ์ได้ปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันในลักษณะการลดทอนศักดิ์ศรี ซึ่งควรได้รับการคุ้มครองอย่าง กว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยบุคคลที่กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องจำคุกอยู่เพียงเป็น

เจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่ควรเป็นการกระทำของบุคคลใดก็ตามที่กระทำการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐมีส่วนร่วมรู้เห็น ให้ความยินยอม หรือยุบส่งเสริม ไม่ว่าจะการกระทำนั้นเป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้การคุ้มครองบุคคลตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 เป็นไปอย่างกว้างขวาง

2) ปัญหาเกี่ยวกับข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามคำสั่ง

มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กำหนดไว้ว่า พฤติการณ์พิเศษใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นภาวะสงครามหรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายในประเทศ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติข้างต้นกำหนดให้การกระทำดังต่อไปนี้ ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย อาทิ พฤติการณ์พิเศษในภาวะสงคราม หรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายในประเทศ สถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ทั้งนี้ มีการบัญญัติเพื่อเอาผิดต่อผู้บังคับบัญชาในกรณีที่ทราบได้ว่าผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของตนจะกระทำความผิดตามมาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37 หรือมาตรา 38 และ ไม่ดำเนินการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันหรือระงับการกระทำความผิด หรือไม่ดำเนินการหรือส่งเรื่องให้ดำเนินการสอบสวนหรือดำเนินคดีตามกฎหมาย ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น แต่มิได้กล่าวถึงกรณีผู้ได้บังคับบัญชาอ้างว่าได้กระทำผิดไปอันเนื่องจากการกระทำตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอาจปฏิเสธได้แต่ประการใด

ตามแนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหายพบว่า สิทธิมนุษยชนส่วนใหญ่สามารถถูกจำกัดได้ หากการจำกัดนั้นเป็นไปเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ ซึ่งอาจจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบางส่วนเห็นว่า การกระทำความผิดฐานใดๆ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 หากเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกระทำได้ โดยจำกัดสิทธิของบุคคลที่กระทำความผิดจากการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 อย่างไรก็ตามภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้นั้น เห็นว่า สิทธิบางประการเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ โดยเฉพาะสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายไทย สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ และแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ควรมีการบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำทรมาน ตามมาตรา 5 การกระทำความผิดฐานกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือกระทำความผิดฐานทำให้บุคคลสูญหาย จะอ้างว่าเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ตนเองพ้นผิดหรือใช้เป็นเหตุบรรเทาโทษมิได้ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในลักษณะดังกล่าว นอกจากจะทำให้กฎหมายมีความชัดเจน สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศ แล้ว ยังอาจช่วยให้ผู้ได้บังคับบัญชากล้าที่จะปฏิเสธ หรือคัดค้านคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชา อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ตกเป็นผู้ต้องสงสัย หรือผู้ต้องหาเพิ่มขึ้น ที่จะไม่ถูกกระทำทรมาน หรือการประเดิบัติที่โหดร้าย หรือถูกบังคับให้สูญหาย เนื่องจากกฎหมายมีความชัดเจนว่าหากผู้ได้บังคับบัญชาได้กระทำการ สิ่งหนึ่งสิ่งใดภายใต้คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชา ตนเองก็ไม่อาจอ้างเหตุใดๆ ที่จะพ้นผิดจากการกระทำความผิดที่ตนเองกระทำนั้นได้

2) ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ผู้นั้นได้รับโทษตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ

มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กำหนดไว้ว่า ผู้ใดกระทำความผิดฐานกระทำทรมานตามมาตรา 5 ความผิดฐานกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 6 หรือความผิดฐานกระทำให้นุคคลสูญหายตามมาตรา 7 นอกราชอาณาจักร ต้องรับโทษในราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ โดยให้นำความในมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม

ทั้งนี้ มาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า ผู้ใดที่กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร หากได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น หรือศาลในต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษและผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว ห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักรเพราะการกระทำนั้นอีก และหากผู้ต้องคำพิพากษาได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาแล้ว แต่ยังไม่พ้นโทษ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว

บทบัญญัติข้างต้น กล่าวถึงกรณีที่ผู้กระทำความผิดฐานกระทำทรมาน ความผิดฐานกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือความผิดฐานกระทำให้

บุคคลสูญหายโดยการถูบบังคับ กรณีที่กระทำนอกราชอาณาจักร หากถูกลงโทษโดยคำพิพากษาของศาลแล้ว จะลงโทษบุคคลดังกล่าวในการกระทำเดียวกันในราชอาณาจักรอีกมิได้แต่พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 กลับมิได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์กรณีการกระทำความผิดในราชอาณาจักร แต่ผู้นั้นได้รับโทษตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้วทั้งหมดหรือบางส่วนเอาไว้แต่ประการใด

ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เพื่อให้การคุ้มครองแก่บุคคลที่กระทำความผิดตามหลักมนุษยชน ที่ได้รับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี จึงควรมีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักการห้ามดำเนินคดีสองครั้งสำหรับการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียว ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ให้ครอบคลุมทั้งการกระทำความผิดในราชอาณาจักรและนอกราชอาณาจักร โดยนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว

5.2 ข้อเสนอแนะ

การวิจัยเรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่กระทำแทนเจ้าหน้าที่รัฐในความผิดฐานกระทำทรมาน กระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำให้นุคคลสูญหาย

(1) ผู้วิจัยขอเสนอให้มีมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 จากเดิมบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 5 ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นเกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจ เพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำรับสารภาพจากผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม
- (2) ลงโทษผู้ถูกกระทำเพราะเหตุอันเกิดจากการกระทำหรือสงสัยว่ากระทำของผู้นั้นหรือบุคคลที่สาม
- (3) ข่มขู่หรือขู่เชือดผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม
- (4) เลือกปฏิบัติไม่ว่ารูปแบบใด

ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำทรมาน

โดยใช้ถ้อยคำต่อไปนี้แทน

มาตรา 5 ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นเกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจเพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำรับสารภาพจากผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม
- (2) ลงโทษผู้ถูกกระทำเพราะเหตุอันเกิดจากการกระทำหรือสงสัยว่ากระทำของผู้นั้นหรือบุคคลที่สาม
- (3) ข่มขู่หรือขู่เชิญผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม
- (4) เลือกลงปฏิบัติไม่ว่ารูปแบบใด

ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำทรมาน

(2) ผู้วิัจขขอเสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 จากเดิมบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 6 ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐลงโทษหรือกระทำด้วยประการใดที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นเหตุให้ผู้อื่นถูกลดทอนคุณค่าหรือละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานความเป็นมนุษย์ หรือเกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานแก่ร่างกายหรือจิตใจที่มีใช้การกระทำความผิดตามมาตรา 5 ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การกระทำตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงอันตรายอันเป็นผลปกติหรือสืบเนื่องจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย”

โดยใช้ถ้อยคำต่อไปนี้แทน

มาตรา 6 ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐลงโทษหรือกระทำด้วยประการใดที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นเหตุให้ผู้อื่นถูกลดทอนคุณค่าหรือละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานความเป็นมนุษย์ หรือเกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานแก่ร่างกายหรือจิตใจที่มีใช้การกระทำความผิดตามมาตรา 5 ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การกระทำตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงอันตรายอันเป็นผลปกติหรือสืบเนื่องจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) ผู้วิัจขขอเสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 จากเดิมบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 7 ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐควบคุมตัว หรือลักพาบุคคลใด โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธว่ามีได้กระทำการดังกล่าว หรือปกปิดชะตากรรมหรือสถานที่ปรากฏตัวของบุคคลนั้นซึ่งส่งผลให้บุคคลนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งให้ถือเป็นความผิดต่อเนื่องจนกว่าจะทราบชะตากรรมของบุคคลนั้น

โดยใช้ถ้อยคำต่อไปนี้แทน

มาตรา 7 ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐควบคุมตัว หรือลักพาบุคคลใด โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธว่ามีได้กระทำการดังกล่าว หรือปกปิดชะตากรรมหรือสถานที่ปรากฏตัวของบุคคลนั้นซึ่งส่งผลให้บุคคลนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งให้ถือเป็นความผิดต่อเนื่องจนกว่าจะทราบชะตากรรมของบุคคลนั้น

ทั้งนี้ การเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้การคุ้มครองบุคคลตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 เป็นไปอย่างกว้างขวาง โดยนำบทบัญญัติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว

2) ปัญหาเกี่ยวกับข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามคำสั่ง

ผู้วิจัยขอเสนอให้มีการแก้ไข มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 จากเดิมกำหนดไว้ว่า

มาตรา 12 พฤติการณ์พิเศษใดๆ ไม่ว่าจะเกิดเป็นภาวะสงครามหรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายในประเทศ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

โดยใช้ถ้อยคำต่อไปนี้แทน

มาตรา 12 กรณีต่อไปนี้ ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

(1) พฤติการณ์พิเศษใดๆ ไม่ว่าจะเกิดเป็นภาวะสงครามหรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายในประเทศ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) การมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นความผิดที่ได้กระทำภายใต้คำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ทั้งนี้ เพื่อมิให้บุคคลผู้เป็นผู้บังคับบัญชาล่าที่ปฏิบัติเศษคำสั่งของผู้บังคับบัญชากรณีที่เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากผู้บังคับบัญชาได้กระทำการสิ่งหนึ่งสิ่งใดภายใต้คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชา ตนเองก็ไม่อาจอ้างเหตุใดๆ ที่จะพ้นผิดจากการกระทำความผิดที่ตนเองกระทำนั้นได้ เพื่อให้ประเทศไทยมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนสอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศ โดยได้นำบทบัญญัติแห่งสาธารณรัฐเกาหลีมาใช้เป็นแนวทาง

3) ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ผู้ผู้นั้นได้รับโทษตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ

ผู้วิจัยขอเสนอให้มีการเพิ่มเติม มาตรา 8/1 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ให้สอดคล้องกับมาตรา 8 ที่กำหนดไว้ว่า

มาตรา 8 ผู้ใดกระทำความผิดฐานกระทำทรมาน ตามมาตรา 5 ความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 6 หรือความผิดฐานกระทำให้นุคคลสูญหายตามมาตรา 7 นอกราชอาณาจักร ต้องรับโทษในราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ โดยให้นำความในมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม

โดยเสนอให้เพิ่มมาตรา 8/1 โดยใช้ถ้อยคำดังต่อไปนี้

มาตรา 8/1 ผู้ใดกระทำความผิดฐานกระทำทรมาน ตามมาตรา 5 ความผิดฐานกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 6 หรือความผิดฐานกระทำให้นุคคลสูญหายตามมาตรา 7 ในราชอาณาจักร ถ้าผู้นั้นได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้นตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้วทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ โดยคำนึงถึงโทษที่ผู้นั้นได้รับมาแล้ว

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักร หรือกระทำความผิดที่พระราชบัญญัตินี้ถือว่าได้กระทำในราชอาณาจักร ได้ถูกฟ้องต่อศาลในต่างประเทศโดยรัฐบาลไทยร้องขอห้ามมิให้ลงโทษผู้นั้นในราชอาณาจักรเพราะการกระทำนั้นอีก ถ้าได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น หรือศาลในต่างประเทศพิพากษาให้ลงโทษ และผู้นั้นได้พ้นโทษแล้ว โดยให้นำความในมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม

ทั้งนี้ เพื่อให้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำ
บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 มีบทบัญญัติกรณีผู้กระทำได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้
แล้วถูกศาลในต่างประเทศมีคำพิพากษา โดยนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 11 มาใช้เป็น
แนวทางในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว

บรรณานุกรม

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายต่างประเทศ

Human Rights Act 2004

International Criminal Court Act 2002

International Criminal Code of German

Rome Statute of the International Criminal Court 2002

The Criminal Code 1995

กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญ โดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1987

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

หนังสือ

กระทรวงยุติธรรม กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ. (2561). **สรุปผลการดำเนินงานสิทธิมนุษยชนที่สำคัญของประเทศไทย ระหว่างปี พ.ศ. 2557 – 2561**. กรุงเทพฯ: กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ.

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). **กฎหมายอาญาขั้นสูง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2551). **ยุติการทรมาน : คู่มือสำหรับเจ้าพนักงานของรัฐ**. กรุงเทพฯ: ดอกเบี๋ย.

หยุด แสงอุทัย. (2542). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. กรุงเทพฯ: ประกายพริก.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2562). *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2544). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์

พัชรินทร์ วิทยาเอนกนันท์. (2560). *การลงโทษประหารชีวิตในประเทศไทยกับหลักความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

วารสาร บทความ

คมสัน สุขมาก. หลักนิติธรรม การอำนวยความสะดวกสิทธิธรรมทางอาญาของพนักงานสอบสวน. *วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย*, 8(1).

ชญาพัฒน์ อัมพะวัตต์. (2563). คำนิยามของคำว่า “เสมอภาค (Equality) ผ่านมุมมองของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ, *สารวุฒิสภา*.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2541). การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางอาชญวิทยา. *บทบัณฑิตย*, 54(4).

สิทธิการต์ ชีระวัฒนชัย. (2562). มาตรการป้องกันและปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหาย : พันธกรณี ระหว่างประเทศที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม. *กฤษฎีกาสาร*, 14(6).

เอกสารอื่นๆ

ณัฐฐ์วัฒน์ สุทธิโยธิน. *ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา*. เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

นิสิต จันทร์ สมวงศ์. (2561). *การประเมินผลกระทบต่อประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการถูกบังคับให้สูญหาย*. รายงานการอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

มานิตย์ จุมปา. *สิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ*. การบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญภาค 1 สมัยที่ 75. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. *ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคณลสูญหาย พ.ศ., อ.พ. 15/2564 สมัยประชุมสามัญประจำปี ครั้งที่ 1*

ฐานข้อมูลออนไลน์

- กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. *ความรู้พื้นฐานเรื่องสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://deac.drr.go.th/wp-content/uploads/2019/12/drr-2019-12-25_02-50-04_686788.pdf.
- กระทรวงการต่างประเทศ. *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>.
- กระทรวงยุติธรรม. *ฉบับที่ 432/2566 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคณลสูญหาย พ.ศ. 2565 มีผลใช้บังคับอย่างเป็นทางการแล้ว*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.moj.go.th/view/81365>.
- เจษฎา นาคะรัมย์กะ. *สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://web.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b8%20jun_1_3.pdf
- เดอะ คลาวด์. *แอฟริกา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://readthecloud.co/charles-sekano/>
- โตมร สุขปรีชา. (2562). *ถูกบังคับให้สาบสูญ: อาชญากรรมต่อมรดกมนุษยชาติที่ถูกละเลย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thematter.co/thinkers/enforced-disappearance/69382>.
- ไทยพีบีเอส. (2566). *ทำไมเราต้องมีกฎหมายป้องกันการทรมานและอุ้มหาย?*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://theactive.net/data/torture-and-enforced-disappearances-law/>.
- บีบีซีนิวส์. *พ.ร.บ.อุ้มหาย: สภาผู้แทนฯ ผ่านวาระ 3 กฎหมายป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคณลสูญหาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/thailand-58567063>
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2566). *มีอะไรในกฎหมาย: กฎหมายป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคณลสูญหาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.the101.world/prevention-and-suppression-of-torture-and-enforced-disappearance-act/>.

- ศุภรา ศรีปริวาทีน. *แนวคิดและหลักการสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://police-training9.com/index.php?option=com_attachments&task=download&id=279.
- สถาบันอิสรา. (2553). *6 ปี นายสมชาย (1) กับบทเรียนคดีอุ้มหายที่ก้าวตมาลา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.isranews.org/content-page/item/1646-6-1.html>.
- สำนักข่าวบีบีซี. (2562). *ซ้อมทรมาน : วิธีสอบปากคำเข้มข้น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/international-49476071>.
- สำนักข่าวพีพีทีวี. (2564). *อาสาตำรวจเรียกตรวจสอบตัวเอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.pptvhd36.com/news/อาชญากรรม/157125>.
- หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. (2566). *ครบ 10 ปี คดีอุ้ม นายสมชาย ไขปมหายตัวปริศนา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairath.co.th/news/local/409256>.
- หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. (2566). *เปิดกฎหมายทรมานอุ้มหาย หยุคเจ้าหน้าที่รัฐละเมิดผู้อื่น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairath.co.th/news/local/2572881>.
- หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. (2563). *รวบอาสาตำรวจ อ้างคอมมานโด อุ้มพัวเมียริดเงิน ห้ามมีนแลกไม่จับนำท่อม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairath.co.th/news/crime/1877701>.
- องค์การสหประชาชาติ. *60 ปีความสำเร็จขององค์การสหประชาชาติ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/60ways/bangkok_60ways_thai.pdf.
- อริย์รัช แก้วเกาะสะบ้า. (2558). *อาสาสมัครตำรวจบ้าน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=57654&filename=house2558.
- แอมเนสตี้ ประเทศไทย. (2561). *สิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.amnesty.or.th/latest/blog/62/>
- Amnesty International. *Enforced Disappearances*. (Online). Available: <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/enforced-disappearances/>
- Australian Government. *Prohibition on torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. (Online). Available: <https://www.ag.gov.au/rights-and-protections/human-rights-and-anti-discrimination/human-rights-scrutiny/public-sector-guidance-sheets/prohibition-torture-and-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment#which-domestic-laws-relate-to-the-prohibition-on-torture-or-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment>.

- Canada,s Human Rights Commitments. *History of the convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. (Online). Available: <http://humanrightscommitments.ca/2015/11/history-of-the-convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment/>
- DW Global Media Forum. *German Court hands down historic Syrian torture verdict*. (Online). Available: <https://www.dw.com/en/german-court-hands-down-historic-syrian-torture-verdict/a-56670243>
- European Union Agency for Asylum. *Non-derogable human rights*. (Online). Available: <https://euaa.europa.eu/easo-practical-guide-qualification-international-protection/2-act-violation-non-derogable-human>.
- Helixlaw. *Criminal Offence*. (Online). Available: <https://helix-law.co.uk/vocabulary/criminal-offence/>
- HelpAge International. *Human Rights*. (Online). Available: <https://www.helpage.org/silo/files/human-rights-definitions.doc>.
- Human Rights Guide. *Absolute Rights*. (Online). Available: <https://www.cilvektiesibugids.lv/en/themes/human-rights-restrictions/absolute-rights>.
- International Criminal Court. *ICC Registrar visits Republic of Korea*. (Online). Available: <https://www.icc-cpi.int/news/icc-registrar-visits-republic-korea>
- International Committee of the Red Cross. (2006). *International Convention for the Protection of all Persons From Enforecd Disappearance*. (Online). Available: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/cped-2006/state-parties/KR>
- Katharine Fortin. *Conviction of FDLR Leaders by German Court*. (Online). Available: <https://www.armedgroups-internationalallaw.org/2015/09/28/conviction-of-fdlr-leaders-by-german-court/>
- Nucharee Smith and Robert Smith. *Explainer: Enforced Disappearances and Torture Finally Criminal Offences in Thailand*. (Online). Available: <https://www.jurist.org/features/2022/12/27/explainer-enforced-disappearances-and-torture-finally-criminal-offences-in-thailand/>

Open Society Foundations. *Universal Jurisdiction Law and Practice in Germany*. (Online).

Available: <https://www.justiceinitiative.org/publications/universal-jurisdiction-law-and-practice-germany>

Reuters. *Germany detains former Gambian elite guard suspected of war crimes*. (Online).

Available: <https://www.reuters.com/article/idUSKBN2B81VZ>.

The Guardian. *Rise in forced disappearance preys on Brazil's young men of colour*. (Online).

Available: <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/22/brazil-forced-disappearance-young-black-men>.

United Nations. *About Enforced Disappearance*. (Online). Available: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-disappearances/about-enforced-disappearance>.

United Nations. *International Convention for the Protection of all Persons from Enforced*

Disappearance. (Online). Available: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>

Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. *General Comment on the definition*

of enforced disappearance. (Online). Available: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/disappearance_gc.pdf.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาวปัฐมาภรณ์ เรณูชาติ
วัน เดือน ปีเกิด	26 มิถุนายน พ.ศ. 2523
อายุ	43 ปี
สถานที่อยู่ปัจจุบัน	4 ซ.นวนินทร์ 74 แยก 3-12 ถนนนวนินทร์ แขวงราม อินทรา เขตคันนายาว กรุงเทพมหานคร
ตำแหน่งและประวัติการทำงาน	
พ.ศ. 2561 - ปัจจุบัน	เจ้าพนักงานศาลยุติธรรมปฏิบัติการ ศาลอุทธรณ์
วุฒิการศึกษา	
พ.ศ. 2530	ประถมศึกษา โรงเรียนโสมมาภา กรุงเทพมหานคร
พ.ศ. 2536	มัธยมศึกษา โรงเรียนบางกะปิ กรุงเทพมหานคร
พ.ศ. 2540	ประกาศนียบัตรวิชาชีพ กรุงเทพมหานคร วิทยาลัย กรุงเทพมหานคร
พ.ศ. 2541	เศรษฐศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
พ.ศ. 2555	นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง