

## บทที่ 4

### วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำให้บุคคลสูญหาย

การทรมานและการบังคับบุคคลสูญหายถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นร้ายแรง เป็นที่มาของการตราอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ โดยกำหนดให้ประเทศที่เข้าเป็นภาคี สมาชิกนำสาระสำคัญของอนุสัญญาดังกล่าวไปตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้ภายในประเทศ เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลจากการถูกทรมานและการบังคับบุคคลสูญหาย ทั้งนี้ ประเทศไทย ซึ่งเป็นภาคี สมาชิกของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน หรือการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และถึงแม้จะยังมีได้เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการสูญหาย โดยถูกบังคับแต่ก็ได้มีการลงนามในอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว 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 ฐานความผิดได้แก่ความผิดฐานกระทำทรมาน ตามมาตรา 5 ความผิดฐานการกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 6 และความผิดฐานการกระทำให้บุคคลสูญหาย ตามมาตรา 7

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติความผิดไว้เฉพาะที่เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ รัฐเท่านั้น อาทิ มาตรา 5 ได้บัญญัติไว้ความว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นเกิดความเจ็บปวด 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 หลีกเลี่ยงการกระทำความผิดกฎหมาย 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 นายสุรัชย์ ดำเนศวร์วิธานานุสรณ์ 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 หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลจากการสูญหายโดยการถูกบังคับแล้ว ยังเป็นภาคีของกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญอีกฉบับหนึ่ง คือ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการทรมาน การประตบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และการบังคับบุคคลสูญหาย

อนึ่ง ข้อ 4 ของอนุสัญญาระหว่างระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคี

อนุสัญญาฉบับนี้ด้วย กำหนดไว้ว่า รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องบัญญัติให้การกระทำที่เป็นการกระทำความผิดฐานหนึ่งตามกฎหมายอาญาที่มีผลบังคับใช้อยู่ภายในประเทศและให้ใช้หลักการเดียวกันนี้บังคับกับการพยายามกระทำความผิด การสมรู้ร่วมคิดหรือการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด โดยการกำหนดโทษในความผิดฐานการกระทำความผิดให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำนั้น

เห็นได้ว่า ข้อ 4 ของอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดให้การสมรู้ร่วมคิดหรือการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดให้เป็นความผิดด้วย ดังนั้นผู้วิจัยเห็นว่า การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ไม่ควรกำหนดเฉพาะให้ผู้ที่ เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐในการกระทำการโดยการใช้อำนาจรัฐเท่านั้น ที่เป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ แต่ควรหมายรวมถึงบุคคลใดๆก็ตามที่พิสูจน์ได้ว่าได้กระทำการแทนรัฐหรือกระทำการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้สนับสนุน ยุยง ส่งเสริมให้บุคคลนั้นกระทำการแทน บุคคลดังกล่าวไม่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีอำนาจตามกฎหมาย แต่เพียงพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำโดยการสมรู้ร่วมคิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือของรัฐก็ ควรเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว เพื่อให้บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้สามารถใช้คุ้มครองบุคคลจากการกระทำการกระทำความผิด การประตักตักที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือกระทำความผิดมากที่สุด

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

ขณะที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการกำหนดให้การกระทำความผิดที่อยู่ในความควบคุมดูแลหรือด้วยวิธีการใดๆภายใต้การควบคุม โดยก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจหรือความทุกข์ทรมาน หรือบังคับให้บุคคลสูญหาย โดยมีเจตนาที่จะทำให้ผู้ถูกทำให้สูญหายนั้นออกจาก การคุ้มครองของกฎหมายเป็นระยะเวลาอันยาวนาน 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

เมื่อทำการศึกษานโยบายด้านสิทธิมนุษยชนพบว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลใด การทรมาน และการถูกบังคับให้สูญหาย มีความเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีที่มาจากสิทธิมนุษยย์ได้ปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันในลักษณะการลดทอนศักดิ์ศรี ซึ่งควรได้รับการคุ้มครองอย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยบุคคลที่กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องจำกัดอยู่เพียงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น 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 จะเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้นก็ได้ และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม

เห็นได้ว่า ถึงแม้ผู้ได้บังคับบัญชาจะมีความเห็นว่า คำสั่งของผู้บังคับบัญชาบางประการจะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อคำสั่งนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ ก็อาจทำให้ผู้ได้บังคับบัญชาเกิดความไม่มั่นใจว่าความเห็นของตนนั้นจะถูกต้องหรือไม่ และไม่กล้าที่จะขัดคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเนื่องจากเกรงว่าจะกระทำความผิดวินัยของตำรวจและอาจถูกลงโทษได้ 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 เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้นก็ได้ 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) การกระทำที่เป็นความผิดได้กระทำขึ้นจากความจำเป็นอันเกิดจากสถานะสงคราม การคุกคามของสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายใน ภาวะฉุกเฉินสาธารณะหรือสถานการณ์พิเศษอื่นๆ (2) การมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นความผิดที่ผู้ต้องหาได้กระทำภายใต้คำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือหน่วยงานของรัฐ

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

ขณะเดียวกัน สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติไว้ว่า บุคคลใดที่กระทำตามมาตรา 8 ถึงมาตรา 15 ในการปฏิบัติตามคำสั่งทางทหาร หรือคำสั่งที่มีผลผูกพันข้อเท็จจริงที่เทียบเคียงได้ ผู้กระทำไม่มีความผิด หากผู้นั้นไม่ทราบคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีความชัดเจนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเห็นได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ผู้ที่กระทำความผิดอาจยกขึ้นต่อสู้ว่าตนเองได้ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาให้พ้นผิดได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่ผู้นั้นไม่ทราบคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีความชัดเจนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากทราบว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและยังปฏิบัติตามก็ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ให้พ้นผิดได้ว่าต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

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

อยู่ในกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นสอดคล้องกับบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้

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

เมื่อทำการศึกษานแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนพบว่า กรอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเรื่องการทรมานและการกระทำให้อับชยมีรากฐานมาจากการเคารพศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ โดยหลักการนี้ปรากฏชัดเจนในอารัมภบทของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ ปฏิญญา UDHR) ซึ่งแม้จะเป็นตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากมีรูปแบบเป็นเพียงปฏิญญา แต่ก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นตราสารที่สร้างบรรทัดฐานและเป็นรากฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ขณะที่อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญ โดยถูกบังคับ ข้อ 6(2) กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า คำสั่งหรือการสั่งการจากผู้มีอำนาจสาธารณะ พลเรือน หรือทางทหารหรืออื่นๆ ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างที่มีเหตุผลสำหรับความผิดฐานกระทำให้อับชยสาบสูญโดยถูกบังคับได้ 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 แต่การที่ประเทศไทยลงนามในธรรมนูญดังกล่าวนี้ก็เป็นการแสดงเจตนาของประเทศไทยว่าจะไม่ขัดขวาง รวมถึงจะให้การสนับสนุน

การบังคับใช้ธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น หากมีบุคคลผู้กระทำความผิดฐานกระทำความผิดตามมาตรา 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 เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งการบังคับใช้กฎหมายจะ ไม่อยู่ในบังคับของหลักการทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน แต่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลสากล ซึ่งการกระทำความผิดภายใต้กฎหมายฉบับนี้ในเขตแดนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้กระทำความผิดต้องเข้าสู่การพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ยังส่งผลทำให้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถพิจารณาความผิดที่กระทำโดยพลเมืองของรัฐภาคีประเทศอื่นได้ โดยกำหนดให้อัยการสูงสุดมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางว่าจะสอบสวนคดีผ่านเขตอำนาจศาลหรือไม่ กรณีที่ผู้กระทำความผิดมิได้เป็นผู้มีสัญชาติเยอรมัน นั้นหมายความว่า ผู้ใดเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิด แม้การกระทำความผิดจะมีได้เกิดขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ผู้เสียหายซึ่งเข้ามาพักอาศัยอยู่ในสหพันธ์

สาธารณรัฐเยอรมนีมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลเยอรมันพิจารณาคดีในฐานะความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ ทั้งนี้มีการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำที่ทรมาณที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหลายคดี เช่น การพิจารณาคดีผู้นำกองกำลังประชาธิปไตยเพื่อการปลดปล่อยวันดาซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นชาววันดา 2 ราย กรณีการดำเนินคดีกับชาวแกมเบียที่ต้องสงสัยว่ามีส่วนร่วมในอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ กรณีการดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ตำรวจลับชาวซีเรียที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ทรมาณพลเมืองของตนเองในประเทศซีเรีย เป็นต้น

ขณะที่กฎหมายว่าด้วยการลงโทษอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2007 ของสาธารณรัฐเกาหลี มิได้กำหนดอย่างชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดชอบกรณีที่ได้กระทำนอกราชอาณาจักร ว่าต้องรับโทษในราชอาณาจักรอีกหรือไม่ อย่างไรก็ตาม หลักการห้ามดำเนินคดีหลายครั้งจากการกระทำความผิดครั้งเดียวยังคงเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาในสาธารณรัฐเกาหลี

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