

บทที่ 5

ความรับผิดชอบทางอาญาของสายลับ

1. ความรับผิดชอบทางอาญาของสายลับในทางระหว่างประเทศ

การละเมิดพันธกรณีตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ นอกจากจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้นกับรัฐผู้ละเมิดตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว¹ ยังทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งกระทำความผิดโดยการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ต้องรับผิดชอบในทางอาญาและถูกลงโทษด้วย

อย่างไรก็ตามก่อนที่จะกล่าวถึงระบบการลงโทษปัจเจกชนผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งต้องอาศัยสถาบันทางการศาลเป็นแกนหลักในการดำเนินการ จำต้องพิจารณาฐานความผิดในลักษณะต่างๆ อันเกิดจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเสียก่อน เนื้อหาในบทนี้ จะกล่าวถึงความรับผิดชอบของปัจเจกชนตามธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศว่ามีเนื้อหาอย่างไร ใครบ้างต้องรับผิดชอบ ความผิดอะไร ต้องรับผิดชอบอย่างไร และสายลับจะต้องรับผิดชอบตามธรรมนูญกรุงโรมหรือไม่

1.1 แนวคิดที่ว่าด้วยความรับผิดชอบทางระหว่างประเทศของปัจเจกชน

ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้เกิดแนวคิดที่จะให้บุคคลธรรมดาที่มีส่วนรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่ตนได้ก่อขึ้นในยามสงคราม โดยให้รับผิดชอบส่วนตัวในฐานะที่เป็นอาชญากรสงคราม อย่างไรก็ตาม ภายใต้อาณัติของความพยายามที่จะนำตัวอาชญากรสงครามในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 คือ พระเจ้าไกเซอร์วิลเลียมที่ 2 และบุคคลอื่นๆ ซึ่งที่ประชุมสันติภาพปารีสระบุว่า เป็นอาชญากรสงครามมาดำเนินคดีและลงโทษก็ประสบความล้มเหลว

จนกระทั่งในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 การลงโทษปัจเจกชน (individual) จะกระทำโดยรัฐคู่สงคราม (belligerents) อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการลงโทษดังกล่าวไม่ได้กระทำตามกระบวนการระหว่างประเทศ (international procedure) แต่เป็นการตัดสินของศาลประเทศผู้

¹ ผู้สนใจเรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibilities) ตามกฎหมายระหว่างประเทศโปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2538.

ชนะสงครามซึ่งปกครองรัฐที่แพ้สงคราม โดยจะเห็นเป็นรูปธรรมในหลักการนูเรมเบิร์ก (Nuremberg Principle) ซึ่งมีหลักว่า “ปัจเจกชนมีความรับผิดชอบในการเป็นอาชญากรรมสงครามได้ แม้ว่าจะมิได้เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม” เหตุผลซึ่งรองรับหลักการที่ปัจเจกชนต้องมีความรับผิดชอบ คือ อาชญากรรมต่อกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถูกกระทำขึ้นโดยมนุษย์เท่านั้น ไม่ใช่กระทำโดยรัฐซึ่งไม่ได้มีตัวตน เพราะก่อนที่มนุษย์จะกระทำลงไปต้องมีจิตสำนึกรู้สึกถูกผิดทุกคน การจะอ้างว่ากระทำลงไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในระดับสูงเพื่อให้หลุดพ้นความรับผิดชอบส่วนตัวนั้นทำไม่ได้

ทั้งนี้ ศาลทหารพิเศษระหว่างประเทศนูเรมเบิร์กให้เหตุผลว่าการกระทำของทหารในหน้าที่ถึงแม้กระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในระดับสูงให้กระทำการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การฆ่า หรือการทรมานอย่างโหดร้ายทารุณอย่างไร้มนุษยธรรม ถือว่าขัดกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นหลักทั่วไปจะมาเป็นข้อแก้ตัวให้หลุดพ้นข้อหาไม่ได้ หลังจากที่ได้จัดตั้งศาลนูเรมเบิร์กและศาลโตเกียวแล้ว ก็ไม่เคยมีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศใดๆ ขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามอีก จนกระทั่งวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1993 คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้มีมติที่ 808 (1993)² จัดตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาคดีบุคคลที่มีความรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในดินแดนยูโกสลาเวียตั้งแต่ ค.ศ. 1991 หรือเรียกว่า “ศาลยูโกสลาเวีย” ขึ้นซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้ลงมติรับรองธรรมนูญศาลดังกล่าวโดยข้อมติที่ 827 (1993)³ และหลังจากนั้นไม่นานคณะมนตรีความมั่นคงก็ได้ออกข้อมติที่ 995 (1994) เพื่อจัดตั้งศาลระหว่างประเทศสำหรับรวันดา⁴ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าปัจจุบันรัฐต่างๆ ได้ตระหนักถึงภัยอันตรายของการกระทำของอาชญากรรมสงครามมากขึ้น และเห็นว่าควรจะต้องนำตัวอาชญากรรมสงครามเหล่านั้นมาดำเนินคดีและลงโทษต่อศาลระหว่างประเทศ

² United Nations, Resolution No. S/Res/808 (1993), 22 February 1993

³ United Nations, Resolution No. S/257043, 3 May 1993

⁴ United Nations, Resolution No. S/Res/955 (1994), 8 November 1994

1.2 ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิดตามธรรมนูญกรุงโรม ค.ศ.1998

ในระหว่างและหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ทหารเยอรมันได้ถูกควบคุมตัวในฐานะเป็นอาชญากรสงครามเพื่อดำเนินคดีในประเทศสัมพันธมิตร พัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องนี้ได้เกิดขึ้นอย่างมากต่อมาหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 กฎบัตรของศาลทหารระหว่างประเทศได้บรรจุนิยามของอาชญากรรมสงครามและนิยามของแนวคิดใหม่เรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ได้กำหนดระบบของฐานความผิดร้ายแรงไว้ซึ่งประกอบเป็นอาชญากรรมสงครามโดยครอบคลุมถึงเรื่องการเจตนาฆาตกรรม การทรมาน การปฏิบัติอย่างผิดมนุษย การเคลื่อนย้ายประชากรอย่างผิดกฎหมาย การจับเป็นตัวประกัน การโจมตีประชากร พลเรือน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เป็นต้น

สำหรับฐานความผิดทางอาญา ตามธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 5 อาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล⁵ ได้วางหลักว่า

“เขตอำนาจศาลจะจำกัดเฉพาะเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดที่ส่งผลกระทบต่อสังคมระหว่างประเทศโดยส่วนรวมและศาลมีเขตอำนาจตามธรรมนูญศาลเหนืออาชญากรรมดังต่อไปนี้ ... อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมรุกราน”

โดยแต่ละฐานความผิดมีลักษณะแตกต่างกัน ดังนี้

(1) อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)

การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้น เป็นคำที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1943 จากงานเขียนเกี่ยวกับอาชญากรรมนาซีในยุโรปโดยราฟาเอล เลมกิน (Raphael Lemkin)⁶ โดยลักษณะของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้น เป็นการฆ่าและการกำจัดมนุษยบางกลุ่มออกไปจากสังคมอย่างถาวรถาวร

⁵ Rome Statute of the International Criminal Court. ICC, article 5

⁶ Genocide มีที่มาจากรากศัพท์ภาษากรีกคำว่า “genos” หมายถึง ครอบครัว เผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ และคำว่า “cide” เป็นคำละติน หมายถึง การฆ่า. โปรดดู Samantha Power, *A Problem from Hell*, (New York: Basic Book, 2002) Chapter 3: The Crime with a Name, pp.30-45 อ้างโดย อรพรรณ เขี่ยมอาจ ใน “การให้ความคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม ศึกษากรณีทหารเด็ก”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551) หน้า 131.

โคน ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลของความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เผ่าพันธุ์ หรือด้วยเหตุผลประการอื่นใดก็ตาม

การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นการมุ่งทำลายล้างศัตรูให้หมดไปด้วยการสร้างความรู้สึกละเลยดั่งหนึ่งในหมู่ประชากรโดยการโฆษณาชวนเชื่อหรือการใช้ความรุนแรงหรือการสร้าง ความอาฆาตให้เกิดขึ้นในจิตใจของประชาชน ความขัดแย้งในลักษณะนี้จึงก่อให้เกิด ความรู้สึกเกลียดชังที่ค่อยๆ เพิ่มความรุนแรงจนเป็นความเกลียดชังระหว่างกลุ่มชนจนถึงขั้นที่ จะทำลายล้างเผ่าพันธุ์กันได้ ซึ่งไม่อาจที่จะมีโอกาสในการปรองดองกันได้อีกต่อไป

อย่างไรก็ดี ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้ให้คำจำกัดความของ อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้ ดังนี้

“อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” หมายถึง การกระทำใดๆ ดังต่อไปนี้ ซึ่งได้กระทำ โดยเจตนาที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มชาติ กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มเผ่าพันธุ์ และกลุ่ม ศาสนา โดย

1. กลุ่มสมาชิกของกลุ่ม
2. ทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกายและจิตใจของสมาชิกของกลุ่ม
3. กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการเกิดของกลุ่ม
4. บังคับให้เคลื่อนย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น”⁷

ตัวอย่างการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในเยอรมนีในช่วงปี ค.ศ. 1933 – 1945 หรือเรียกว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษยชนิตที่ไม่ให้เหลือซาก (Holocaust)⁸ ซึ่งมี เป้าหมายมุ่งทำลายล้างชาวยิวและชนกลุ่มน้อยอื่นๆ ทั่วยุโรป โดยมีแนวคิดเรื่องความบริสุทธิ์ แห่งสายเลือดเยอรมนีมีความสำคัญต่อการดำรงอยู่ของประชาชนเยอรมนี จึงเกิดความเกลียด ชังพวกยิวเพราะมีความเชื่อว่าพวกยิวคือพวกชั้นต่ำกว่าคนหรือพวกไพร่กระฎุมพี คนเหล่านี้ คือพวกที่ไม่ใช่อารยัน เฉพาะคนยุโรปเท่านั้นที่จะมีลักษณะเหมาะสมแก่การจะเป็นผู้นำได้ ความจงเกลียดจงชังต่อชาวยิวจนกระทั่งมีการต่อต้านชาวยิวขึ้น นาซีเยอรมันได้กระทำการฆ่า ล้างชาวยิวและชนกลุ่มน้อยอื่นๆ จำนวนมากด้วยวิธีการหลากหลายด้วยกัน เช่น การประหาร

⁷ Rome Statute of the International Criminal Court. ICC, Art 6

⁸ Matthew Lippman, “The 1948 Convention on the Protection and Protection and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-Five Year Later,” Temple International and Comparative Law Journal 8 (Spring 1994): 1-84.

ชีวิตชาวยิว การบังคับให้ทำงานหนักในกองทัพกรรมกรขนาดใหญ่ภายใต้สภาพที่ขาดแคลนอาหารอย่างหนักและการใช้แก๊สพิษโดยที่เหยื่อชาวยิวเหล่านั้นไม่รู้ตัว (gassing extermination) โดยการสร้างเป็นห้องอาบน้ำที่มีท่อแก๊สลักษณะเป็นฝักบัวสำหรับอาบน้ำอยู่ภายใน ร่างของชาวยิวที่เสียชีวิตเนื่องจากการถูกรมควันแก๊สพิษนั้นจะถูกนำไปฝังไว้ในบริเวณใกล้เคียง ส่งผลให้ชาวยิวต้องเสียชีวิต จำนวน 4,000,000 คน และเมื่อรวมกับจำนวนชาวยิวที่ถูกนาซีเยอรมนีสังหารในระหว่างสงครามมีจำนวนทั้งสิ้นถึง 6,000,000 คน คิดเป็นร้อยละ 13 ของจำนวนพลเรือนและทหารทั่วโลกที่เสียชีวิตในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งมีราว 46,000,000 คน⁹ และในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เยอรมนีได้สร้างค่ายกักกันนักโทษสงครามไว้หลายแห่ง เช่น ค่ายกักกัน “อาทวิทซ์” ในโปแลนด์ สร้างในปี 1940 ซึ่งเยอรมนีได้กักกันและสังหารนักโทษสงครามอย่างโหดเหี้ยมที่สุด โดยใช้วิธีใช้เข็มฉีดยาพิษ และใช้แก๊สพิษ¹⁰ เป็นต้น นอกจากนี้ตัวอย่างข้างต้นนี้ ยังมีกรณีเหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในที่ต่าง ๆ ทั่วโลก เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในติมอร์ตะวันออก หรือกรณีในประเทศเพื่อนบ้านเราเช่นกรณีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศกัมพูชา เป็นต้น

(2) ความผิดฐานเป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity)

คำว่า “อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ” นั้น เป็นคำที่ใช้กันมานานหลายศตวรรษแล้ว ซึ่งปรากฏอย่างชัดเจนในกรณีการดำเนินคดีภายในศาลนูเรมเบิร์ก

อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ คือ การสังหาร การทำลายล้าง การทำให้ตกเป็นทาส การเคลื่อนย้ายหรือการกระทำในลักษณะอื่นใดที่ผิดมนุษย์ต่อประชากรพลเรือนหรือการข่มเหงรังแกด้วยสาเหตุทางการเมือง เผ่าพันธุ์ ศาสนา เมื่อกระทำต่อเนื่องจากอาชญากรรมต่อสันติภาพหรืออาชญากรรมสงครามหรือเกี่ยวเนื่องกับอาชญากรรมเหล่านี้

⁹ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542) หน้า 83.

¹⁰ บุญร่วม เทียมจันทร์, รวมสงครามสำคัญของโลก, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ บุ๊คแบงส์, 2529) หน้า 27.

คำจำกัดความของความผิดฐานเป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติได้พัฒนามาจากธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก และต่อมาได้มีการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศไว้ในมาตรา 7 ดังนี้¹¹

1. เพื่อความมุ่งประสงค์ของธรรมนูญนี้ “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” หมายถึง การกระทำดังต่อไปนี้เมื่อได้กระทำอย่างกว้างขวางหรือเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือนโดยรู้ถึงเป้าหมายของ

- การโจมตี
- การฆาตกรรม
- การทำลาย
- การจับไปเป็นทาส
- การเนรเทศ หรือ การบังคับให้โยกย้ายพลเรือน
- การจำคุก หรือการทำให้ไม่ได้รับเสรีภาพทางร่างกายซึ่งเป็นการละเมิดกฏเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ
- การทรมาน
- การข่มขืน การตกเป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี
- การบังคับให้ตั้งครอบครัว การบังคับให้ทำหมัน หรือการละเมิดทางเพศอื่นๆ ที่มีความร้ายแรงในลักษณะเดียวกัน
- การข่มเหงต่อกลุ่มการเมือง กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มชาติ กลุ่มเผ่าพันธุ์ กลุ่มวัฒนธรรม กลุ่มศาสนา กลุ่มทางเพศ หรือภายใต้พื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นสิ่งต้องห้ามกระทำทั้งที่เกี่ยวกับการกระทำตามย่อหน้านี้ หรือเกี่ยวข้อง กับอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล
- การบังคับบุคคลไม่ปรากฏตัว
- การกระทำไว้ความเป็นมนุษย์อื่นๆ ในลักษณะเดียวกันโดยเจตนาให้มีความทุกข์ทรมานแสนสาหัส หรือ ทำให้บาดเจ็บอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือจิตใจ หรือสุขภาพ

2. สำหรับความมุ่งประสงค์ตามย่อหน้าที่ 1

¹¹ Rome Statute of the International Criminal Court. ICC, Art 7

- การโจมตีโดยตรงต่อประชาชนพลเรือน หมายถึง การกระทำใดๆ ที่กระทำที่กำหนดไว้ในย่อหน้าที่ 1 ต่อประชาชนพลเรือนใดๆ ซึ่งอาจเป็นการกระทำโดยนโยบายของรัฐหรือนโยบายขององค์การระหว่างประเทศในการโจมตีดังกล่าว
- การทำลาย รวมถึงเจตนาที่จะทรมานต่อชีวิต ทำให้ไม่ได้รับอาหารและยาซึ่งจะเป็นการทำลายส่วนใดส่วนหนึ่งของประชากร
- การจับไปเป็นทาส หมายถึง การใช้อำนาจทั้งหมดหรือบางส่วนเกี่ยวกับสิทธิความเป็นเจ้าของเหนือบุคคลและรวมถึงการใช้อำนาจที่ทำให้เกิดการค้าบุคคลโดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก
- การเนรเทศ หรือการบังคับให้เคลื่อนย้ายประชากร หมายถึง การบังคับให้เคลื่อนย้ายบุคคลโดยการขับไล่ หรือการขู่เชิญบังคับใดๆ ให้ไปจากพื้นที่บุคคลเหล่านั้นอาศัยอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยปราศจากพื้นฐานที่อนุญาตให้ทำได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ
- การทรมาน หมายถึง การเจตนาทรมานให้ได้รับความทุกข์อย่างร้ายแรงหรือความเจ็บปวดอย่างรุนแรงไม่ว่าต่อร่างกายหรือจิตใจต่อบุคคลที่อยู่ในอารักขา หรือต่อผู้ถูกกล่าวหาที่อยู่ภายใต้การควบคุม แต่การทรมานนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ที่ได้รับจากการลงโทษตามกฎหมายที่มีอยู่
- การบังคับให้ตั้งครุฑ หมายถึง การกักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อบังคับให้สตรีตั้งครุฑโดยเจตนาที่จะบังคับเชื้อชาติของประชากรหรือทำให้เกิดการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงอื่นๆ คำจำกัดความนี้ไม่มีผลต่อการตีความกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครุฑ
- การข่มเหง หมายถึง การเจตนาและทำให้ไม่ได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างรุนแรงซึ่งขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศโดยเหตุผลของลักษณะเฉพาะหรือลักษณะโดยรวมของกลุ่ม
- อาชญากรรมการเหยียดผิว หมายถึง การกระทำไร้ความเป็นมนุษย์ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในย่อหน้าที่ 1 ซึ่งกระทำภายใต้การกดขี่อย่างเป็นระบบของสถาบันและครอบงำโดยกลุ่มสีผิวกลุ่มหนึ่งเหนือกลุ่มสีผิวอื่นๆ และเป็นการกระทำโดยเจตนาที่จะคงไว้ทั้งระบอบ
- การบังคับให้บุคคลไม่ปรากฏตัว หมายถึง การจับกุม คุมขัง หรือลักพาตัวบุคคล โดยองค์กรที่มีอำนาจ หรือได้รับการสนับสนุนจากรัฐหรือองค์กรทางการเมืองทำได้ไม่มี

เสรีภาพ หรือให้ข้อมูลในทางเคราะห์ร้ายต่อบุคคลซึ่งมีเจตนาที่จะย้ายบุคคลออกไปจากการคุ้มครองของกฎหมายในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง

3. เพื่อวัตถุประสงค์ตามธรรมนูญศาลนี้ เป็นที่เข้าใจความหมายของคำว่า “เพศ” หมายถึงทั้งสองเพศ ทั้งชายและหญิง ภายใต้บริบทของสังคม ความหมายของคำว่า เพศมิได้หมายความว่าเป็นอย่างอื่นจากความหมายที่ให้ไว้ ความผิดฐานเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้กำหนดแนวทางของลักษณะของการกระทำ ความผิดและการลงโทษทางอาญาต่อบุคคลชนไว้ไม่เฉพาะการกระทำในช่วงเวลาสงครามเท่านั้น ยังรวมถึงการกระทำการละเมิดในช่วงเวลาสันติด้วย ซึ่งมีลักษณะกว้างกว่าอาชญากรรมสงครามจะเกิดขึ้นได้ในช่วงเวลาสงครามเท่านั้น

ความผิดฐานเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีส่วนที่ถือว่าเป็นความผิดกรณีที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้งในกรณีที่มีการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ และกรณีการขัดกันทางกำลังทหารที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศ คือ การฆาตกรรม การทำลายที่รวมถึงเจตนาที่จะทรมานต่อชีวิต การจับไปเป็นทาส การจำคุก หรือการทำให้ไม่ได้รับเสรีภาพทางร่างกาย การทรมานให้ได้รับความทุกข์อย่างร้ายแรงหรือความเจ็บปวดอย่างรุนแรงไม่ว่าต่อร่างกายหรือจิตใจ การบังคับให้ตั้งครอบครัวซึ่งถือเป็นการดูหมิ่นศักดิ์ศรีของผู้หญิง และการกระทำร้ายต่อความเป็นมนุษยชนอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันโดยเจตนาให้มีความทุกข์ทรมานแสนสาหัส การกระทำเหล่านี้ถือว่าเป็นการกระทำที่ไร้มนุษยธรรมและเป็นการกระทำที่ต้องห้ามในทุกขณะและในทุกสถานที่

จะเห็นได้ว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีความหมายกว้าง การกระทำผิดใดที่ไม่เข้าอาชญากรรมสงครามก็อาจตกอยู่ภายใต้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อย่างไรก็ตาม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีข้อจำกัดว่าสามารถนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำผิดได้ต่อเมื่อเป็นการกระทำในช่วงก่อนหรือระหว่างสงคราม ซึ่งต้องมีการประกาศสงคราม ดังนั้นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในระหว่างความไม่สงบภายในประเทศจึงอาจไม่ใช่อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

(3) ความผิดฐานเป็นอาชญากรรมสงคราม (War crimes)

อาชญากรรมสงครามถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เก่าแก่ที่สุด โดยหมายถึง การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงหรือหากจะยึดถือตามคำศัพท์ทางวิชาการเดิม อาชญากรรมสงครามก็จะหมายถึงการละเมิดกฎหมายและจารีต

ประเพณีเกี่ยวกับสงครามอย่างร้ายแรงโดยไม่คำนึงว่าสภาพของข้อขัดแย้งจะเป็นเช่นไร เช่น กรณีช่วงต้นศตวรรษที่ 20 กรณีการดำเนินคดีที่ไลพ์ซิก (Leipzig) ตามบทบัญญัติในข้อ 220-230 แห่งอนุสัญญาสันติภาพแวร์ซายส์¹²

ในทางประวัติศาสตร์นั้น แนวความคิดเกี่ยวกับความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม เริ่มปรากฏเด่นชัดในช่วงศตวรรษที่ 18 ที่เห็นว่าการกระทำสงครามจำเป็นจะต้องให้ความคุ้มครองทางมนุษยธรรมต่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อทางสงคราม จนกระทั่งมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ในช่วงศตวรรษที่ 19 ได้มีการรวบรวมหลักเกณฑ์ในการทำสงครามเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีอนุสัญญาเจนีวาเพื่อการฟื้นฟูสภาพผู้บาดเจ็บภายในกองทัพในสนามรบ ค.ศ. 1864 เป็นอนุสัญญาฉบับแรกที่ได้วางหลักการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยุคปัจจุบันไว้ และถือเป็นต้นแบบที่ก่อให้เกิดอนุสัญญาอื่นๆ ภายหลังในลักษณะเดียวกันเพื่อกำหนดขอบเขตของการกระทำและสกัดกั้นการกระทำอย่างไร้มนุษยธรรมในสงคราม

ดังนั้นกรณีที่มีการละเมิดหลักเกณฑ์บางหลักเกณฑ์ของการทำสงครามอย่างร้ายแรงในหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ถือว่าผู้กระทำละเมิดและจะต้องถูกดำเนินคดีในฐานะที่เป็นอาชญากรรมสงคราม

ลักษณะของการกระทำความผิดที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามได้ปรากฏอยู่ในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กและธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียซึ่งอาจใช้เป็นหลักในการพิจารณา ลักษณะและคำจำกัดความของอาชญากรรมสงครามอันเป็นความผิดที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีได้ดังนี้ คือ ในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก ได้ให้คำจำกัดความของการกระทำที่ถือว่าเป็น “อาชญากรรมสงคราม” ไว้อย่างชัดแจ้งในมาตรา 6 ของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก โดยถือว่าการกระทำดังต่อไปนี้เป็นอาชญากรรมสงคราม

1. การฆาตกรรมนักโทษสงคราม บุคคลในทะเล ตัวประกันและประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครอง
2. การทารุณกรรมนักโทษสงคราม บุคคลในทะเล ตัวประกัน และประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครอง
3. การขนย้ายประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส

¹² Leslie C. Green, “International Regulation of Armed Conflicted” in M. Cherif Bassiouni, ed. International Criminal Law, 2 nd edn, Vol.I, pp.355-391.

4. การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือเอกชน

5. การทำลายเมือง หมู่บ้านอย่างราบเรียบ

ในธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย ได้กำหนดให้การผิดพันธกรณีอย่างร้ายแรง (grave breaches) ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 เป็นความผิดที่ศาลระหว่างประเทศมีอำนาจที่จะดำเนินต่อบุคคลที่ก่อหรือสั่งการให้ก่อการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาตามมาตรา 2 ของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย ดังนี้

1. การฆาตกรรมโดยเจตนา

2. การทรมานหรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม รวมถึงการทดลองทางชีววิทยา

3. การทำให้ได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยอย่างร้ายแรง หรืออย่างทนทุกข์ทรมานโดยเจตนา

4. การทำลายหรือการเวนคืนทรัพย์สินอย่างกว้างขวางโดยไม่มีความจำเป็นทางทหารและซึ่งได้กระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยผลकार

5. การบังคับให้นักโทษสงครามหรือพลเรือนเข้าไปรับใช้ในกองกำลังของประเทศที่เป็นศัตรู

6. การกระทำโดยเจตนาให้นักโทษสงครามหรือพลเรือนเสียชีวิตที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเที่ยงธรรมหรือเป็นไปตามระเบียบ

7. การพลัดดันหรือการโยกย้ายพลเรือนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการกักตัวพลเรือนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

8. การจับพลเรือนเป็นตัวประกัน

ส่วนคำจำกัดความของความผิดฐานเป็นอาชญากรรมสงครามได้กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ในมาตรา 8 a ดังนี้

1. ศาลมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมสงครามโดยเฉพาะเมื่อการกระทำได้เกิดขึ้น ไม่ว่าจะบางส่วนของแผนการ นโยบาย หรือการกระทำส่วนใหญ่ของอาชญากรรมดังกล่าว

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของธรรมนูญศาลนี้ “อาชญากรรมสงคราม” หมายถึง

a. การละเมิดอย่างร้ายแรงของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ซึ่งได้แก่ การกระทำใดๆ ดังต่อไปนี้ต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับการปกป้องภายใต้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของอนุสัญญาเจนีวา

- การฆ่าโดยมีเจตนา
- การทรมาน หรือการกระทำอย่างร้ายแรงต่อมนุษย์ธรรม รวมทั้งการทดลองทางชีววิทยา
- การกระทำโดยเจตนาให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือบาดเจ็บอย่างแสนสาหัสต่อร่างกายหรือสุขภาพ
- การทำลายหรือยึดทรัพย์สินอย่างกว้างขวางที่กระทำโดยไม่มีความจำเป็นทางทหาร และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและทำไปอย่างไม่เลือกหน้า
- การบังคับนักโทษสงครามหรือบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองเป็นกองกำลังให้ฝายศัตรู
- การกระทำอย่างจงใจให้เชลยศึกหรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองไม่ได้รับสิทธิในการดำเนินคดีอย่างยุติธรรมและโดยปกติ
- การเนรเทศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการโยกย้าย หรือการกักขังโดยผิดกฎหมาย
- การจับไปเป็นตัวประกัน

ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 มาตรา 8 ได้บัญญัติให้การกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้นเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปและถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือความผิดดังกล่าวจึงมีความเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับได้โดยทั่วไป

ดังนั้น คำจำกัดความของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตาม มาตรา 8 วรรค 2 (a) จึงเป็นคำจำกัดความที่รัฐส่วนใหญ่ยอมรับได้ ในกรณีที่มีการขัดกันทางกำลังทหารที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อ มาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ซึ่งได้แก่ การกระทำใดดังต่อไปนี้ที่ได้กระทำต่อบุคคลที่มีได้เป็นส่วนร่วมอย่างแท้จริงในการสู้รบรวมทั้งบุคคลในกองทัพซึ่งได้วางอาวุธและผู้ที่อยู่ในสนามรบบาดเจ็บ ป่วยไข้ หรือถูกทำให้เสียอิสระหรือด้วยสาเหตุอย่างอื่น

1. การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อชีวิตและบุคคล โดยเฉพาะการฆ่าทุกชนิด การทำให้พิการทุพพลภาพ การปฏิบัติอย่างโหดร้ายทารุณ และการทรมาน
2. การทำให้บุคคลเสียเกียรติ โดยเฉพาะการปฏิบัติอย่างเลวทรามทำให้อับอาย และการลดความเป็นมนุษย์
3. การจับเป็นตัวประกัน

4. การกำหนดโทษและการประหารชีวิตโดยปราศจากการพิพากษาคดีโดยศาลปกติที่มีหลักประกันทางด้านความยุติธรรมซึ่งเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ในกระบวนการยุติธรรม

จากบทบัญญัติดังกล่าวถือว่าการกระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ได้กำหนดระบบฐานความผิดร้ายแรงไว้ซึ่งประกอบเป็นอาชญากรรมสงคราม โดยการกระทำนั้นครอบคลุมทั้งในกรณีการขัดกันทางกำลัง เช่น เรื่องเจตนาฆาตกรรม การทรมาน การปฏิบัติอย่างผิดมนุษย การเคลื่อนย้ายประชากรอย่างผิดกฎหมาย การกระทำที่กระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดี การจับเป็นตัวประกัน การโจมตีประชากรพลเรือน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ความผิดเหล่านี้เป็นพื้นฐานของความผิดอาญาในกฎหมายภายในซึ่งรัฐแต่ละรัฐอาจดำเนินการตามลำพังหรือโดยความร่วมมือกับรัฐอื่นๆ ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

(4) ความผิดฐานเป็นอาชญากรรมรุกราน (Aggression)

จากแนวคิดตั้งแต่สมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ว่าการกระทำสงครามการรุกรานเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมายจนกระทั่งในสงครามโลกครั้งที่ 2 ต่างมีอาวุธยุทธภัณฑ์ทันสมัยขึ้นกว่าสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยเฉพาะเมื่อกองทัพนานาชาติต่างได้จัดตั้งกองทัพทหารบกเดิมขึ้นเป็น “กองทัพอากาศ” กลับมีบทบาททำลายล้างอย่างรุนแรงยิ่งกว่าสงครามครั้งที่ 1 และนอกจากนี้ยังมีคนตายมากในสงครามโลกครั้งที่ 2 เพราะต่างก็มีอาวุธและยุทธวิธีทันสมัยเท่าเทียมกัน จึงทำให้สงครามยืดเยื้อเป็นเวลานานและส่งผลให้ขอบเขตของการสู้รบขยายตัวอย่างกว้างขวางมากขึ้น มีการใช้อาวุธนิวเคลียร์ อาวุธชีวภาพ จึงทำให้สงครามในยุคปัจจุบันมีลักษณะเป็นสงครามเบ็ดเสร็จ (Total war) คือการทำการสู้รบกันทุกวิถีทางทั้งใช้อาวุธและเครื่องมือทุกชนิดต่อเป้าหมายโดยไม่จำกัด เป็นสงครามที่ทวีความรุนแรงขยายขอบเขตและส่งผลสะท้อนไปอย่างกว้างขวาง

ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้พยายามวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้กำลังทหารที่เกี่ยวข้องกับการรุกรานโดยเห็นเป็นรูปธรรมในกฎบัตรสหประชาชาติโดยกำหนดข้อห้ามในการกระทำการรุกรานไว้ในมาตรา 1 ซึ่งเป็นความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติที่จะป้องกันและปราบปรามการกระทำอันเป็นการรุกรานหรือการละเมิดอื่นๆ ต่อสันติภาพ นอกจากนี้ในมาตรา 2 วรรค 4 ได้ห้ามใช้กำลังในรูปแบบอื่นๆ ในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างรัฐด้วย แต่ไม่ได้กล่าวถึงการรุกรานไว้โดยตรง แต่ภาษาที่ใช้ในกฎบัตรสหประชาชาติใช้คำว่า “การคุกคามหรือการใช้กำลัง” จึงเกิดปัญหาเรื่องคำนิยามของการรุกรานว่าหมายถึงอะไร เพราะไม่มีสนธิสัญญาใดที่ให้คำจำกัดความไว้

จากข้อมติของสหประชาชาติและตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ รูปแบบของการรุกรานสามารถแบ่งออกได้เป็นรุกรานโดยทางตรงและโดยทางอ้อม กล่าวคือ การรุกรานโดยทางตรงคือการใช้ความรุนแรงต่อดินแดนของรัฐอื่น เช่น การละเมิดดินแดน การรุกรานดินแดน การยึดครองดินแดนด้วยกำลังทหารแม้จะเพียงเป็นการชั่วคราวก็ตาม การผนวกดินแดน การทิ้งระเบิด การปิดล้อมเมืองท่า นอกจากนี้ยังรวมถึงการใช้ความรุนแรงต่อกองกำลังหรือเป้าหมายทางทหารของรัฐอื่นโดยอาศัยการโจมตีทั้งทางบก ทางทะเล หรือทางอากาศอีกด้วย ส่วนกรณีการรุกรานโดยทางอ้อมเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการส่งกองกำลังติดอาวุธซึ่งมิได้ประจำการหรือทหารรับจ้าง โดยรัฐหรือในนามของรัฐเข้าไปปฏิบัติการทางทหารในรัฐอื่นหรือการเข้ามีส่วนร่วมอย่างมากในการกระทำเช่นนั้น ตลอดจนการอนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของรัฐเพื่อการรุกรานรัฐอื่นด้วย

ในธรรมนูญศาลทหารที่กรุงนูเรมเบิร์กและกรุงโตเกียวได้ระบุถึงฐานความผิดต่อสันติภาพซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงต่อปัญหาการห้ามทำสงคราม กล่าวคือเป็นความผิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการเตรียมการ การริเริ่มและติดตามการทำสงครามรุกรานหรือสงครามที่เป็นการละเมิดสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศหรือการเข้าร่วมในแผนการหรือสมรู้ร่วมคิดในการกระทำความผิดดังกล่าวฐานความผิดนี้ครอบคลุมมิใช่เฉพาะบรรดาพลรบที่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่ก่อขึ้นเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกลุ่มผู้ปกครองที่รับผิดชอบด้านการกำกับดูแล การตระเตรียมการวางแผน เพื่อเริ่มและติดตามการทำสงครามอีกด้วย

ต่อมาในข้อ 5 (2) ของมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 3314 (XXIX) ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1974 ก็ได้ให้คำจำกัดความของความผิดฐานรุกรานไว้ดังนี้ “สงครามรุกราน” เป็นอาชญากรรมต่อสันติภาพระหว่างประเทศ การรุกรานก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ

จากที่อาชญากรรมการรุกรานมิได้มีการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเหมือนอาชญากรรมอื่นๆ เพราะยังมีปัญหาเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานรุกราน แต่อย่างไรก็ตาม รัฐส่วนใหญ่มีความเห็นพ้องต้องกันว่า “อาชญากรรมการรุกราน” เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อความสงบสุขและสันติภาพของโลกโดยส่วนรวม บุคคลที่กระทำความผิดฐานรุกรานต่อประเทศอื่นย่อมถือเป็นผู้ประกอบอาชญากรรมและต้องถูกนำตัวมาดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้นถือว่าอาชญากรรมการรุกรานอยู่

ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ แม้ว่าจะยังมิได้มีการให้คำจำกัดความของ อาชญากรรมรุกรานก็ตาม

อาชญากรรมรุกรานเป็นการกระทำที่แสดงการคุกคามหรือการใช้กำลังซึ่งอาจ ก่อให้เกิดสงครามหรือการขัดกันทางกำลังทหารได้ทั้งในลักษณะระหว่างประเทศและ ภายในประเทศ สิ่งนี้อาจเกิดขึ้นได้ตามมาคือ การสู้รบกันทุกวิธีทางทั้งใช้อาวุธและเครื่องมือ ทุกชนิดต่อเป้าหมายและจะขยายขอบเขตไปอย่างกว้างขวาง สิ่งเหล่านี้อาจนำมาซึ่งความ บาดเจ็บ ความตายต่อพลเรือนได้ลักษณะดังกล่าวถือว่ามีส่วนละเมิดต่อมาตรา 1 – 3 ร่วม ใน อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ที่มีจุดประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบ ในทุกสถานการณ์ด้วย

จากฐานความผิดและองค์ประกอบความผิดตามธรรมนูญกรุงโรม¹³ ดังที่กล่าว มาแล้วจะเห็นได้ว่าการเป็นสายลับรวมทั้งการกระทำจารกรรม ไม่รวมอยู่ในฐานความผิดและ องค์ประกอบความผิดดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็น อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อ มวลมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมรุกราน ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากสายลับ เป็นสิ่งที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงคราม อย่างไรก็ตามสายลับ อาจถูกดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศได้ หากได้กระทำการอย่างอื่นที่เข้า องค์ประกอบความผิดตามธรรมนูญกรุงโรม ด้วยนอกจากการทำหน้าที่จารกรรมตามปกติ เช่น ลอบสังหารหรือฆาตกรรมนักโทษสงคราม หรือประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครอง

2. ความรับผิดชอบทางอาญาของสายลับตามกฎหมายภายใน

ความรับผิดทางอาญาของสายลับตามกฎหมายภายใน สำหรับหัวข้อนี้จะเป็น การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่กำหนดความผิดทางอาญาของสายลับ และใช้ในการดำเนินคดีอาญา หรืออาจสามารถปรับใช้ในการดำเนินคดีอาญาต่อสายลับได้ โดยแยกเป็นกฎหมายอาญา และกฎหมายทหาร และในแต่ละกฎหมายแบ่งการศึกษาเป็น 4 ส่วนคือ ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิด การดำเนินคดีในชั้นสอบสวน การดำเนินคดี ในชั้นสั่งฟ้อง และวิธีพิจารณาความอาญาในชั้นศาล

¹³ไทยนับเป็นประเทศแรก ๆ ที่ได้ลงนามรับรองธรรมนูญกรุงโรม แต่จนถึงปัจจุบันยังไม่ได้ ให้สัตยาบัน (Ratify) เนื่องจากเห็นว่าอาจทำให้พระมหากษัตริย์ของไทยตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจ ของศาลอาญาระหว่างประเทศ จากการทำมีฐานะเป็นประมุขของรัฐ จอมทัพไทย และต้องใช้พระ ราชอำนาจในการประกาศสงคราม

2.1 ตามกฎหมายอาญา

2.1.1 ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิด

(1) ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสหรัฐฯ กำหนดความผิดฐานจารกรรมไว้ในกฎหมายเฉพาะชื่อ Espionage Act of 1917 โดยบัญญัติองค์ประกอบความผิดว่า “ผู้ใดเจตนาที่จะทำความเสียหายต่อสหรัฐฯ หรือกระทำการเพื่อประโยชน์ของต่างชาติ โดยทำการติดต่อสื่อสาร ส่ง เชื่อมต่อ พยายาม หรือช่วยเหลือ หรือชักจูงผู้อื่น ให้ทำการติดต่อสื่อสาร ส่ง เชื่อมต่อกับ รัฐบาลต่างประเทศ กลุ่ม องค์กร กองกำลังทหาร ในต่างประเทศ ไม่ว่าจะสหรัฐฯ จะรับรองรัฐ กลุ่ม องค์กร หรือกองกำลังทหารดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม หรือติดต่อสื่อสาร ส่ง เชื่อมต่อกับ ผู้แทน เจ้าหน้าที่ ตัวแทน ลูกจ้าง หรือพลเรือนของรัฐต่างชาติดังกล่าว ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งเอกสาร หนังสือ รหัส สัญญาณ ภาพสเก็ตช์ ภาพถ่าย ฟิล์มขาวดำ ฟิล์มเขียว แผนการ แผนที่ แบบจำลอง บันทึกรหัส ทรานซิว หรือข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติจะต้อง ลงโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี”¹⁴ ทั้งนี้ถ้าได้กระทำความผิดดังกล่าวในภาวะสงครามจะต้องถูกลงโทษ ประหารชีวิตหรือจำคุกไม่น้อยกว่า 30 ปี

(2) ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญอังกฤษ

ตามกฎหมายอังกฤษไม่มีการบัญญัติความผิดฐานสายลับหรือจารกรรมไว้ในกฎหมายประมวลอาญาเป็นการเฉพาะเนื่องจากอังกฤษใช้กฎหมายอาญาในลักษณะกฎหมายจารีตประเพณี แต่ได้มีการบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดที่ไม่ใช่การจารกรรม ที่เดียวแต่มีลักษณะใกล้เคียงไว้ในกฎหมายที่มีโทษทางอาญาชื่อ Official Secrets Act 1989 โดยใช้ชื่อฐานความผิดว่าเปิดเผยความลับของรัฐ มุ่งคุ้มครองข้อมูลข่าวสารของราชการที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง โดยเอาผิดกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง การข่าวกรองของอังกฤษ การทหาร ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ องค์กรหรือองค์กรระหว่างประเทศ หรือข้อมูลอื่นๆ ที่จะทำให้เกิดผลเสียหายต่อผลประโยชน์ของประเทศ รวมถึงกรณีที่พนักงานของรัฐหรือพลเมืองของอังกฤษที่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารขณะที่อยู่ในต่างประเทศ ซึ่ง

¹⁴Espionage Act, 15 June 1917, Espionage Act passed by the U.S. Congress on 15 June, some two months following America's declaration of war with Germany.

ถือเป็นความผิดหากมีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวในอังกฤษ โดยการกระทำดังกล่าวมีโทษปรับและจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁵ ทั้งนี้การกระทำจะถือเป็นความผิดหรือไม่ต้องเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้ด้วยคือ

1) การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวต้องไม่เป็นการเปิดเผยตามกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) บุคคลที่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นต้องรู้ว่าการเปิดเผยนั้นเป็นการเปิดเผยโดยไม่มีอำนาจ

3) การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นส่งผลเสียหายต่อผลประโยชน์ของอังกฤษ

4) บุคคลที่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นต้องรู้หรือควรรู้ว่าจะเกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของอังกฤษ

ทั้งนี้เดิมตาม Official Secrets Act 1911 ซึ่งใช้บังคับก่อนที่จะมีการแก้ไขเป็นฉบับปัจจุบัน ความผิดลักษณะนี้ใช้ชื่อว่าความผิดฐานจารกรรม มีโทษจำคุก 14 ปี

(3) ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

ตามกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มีการบัญญัติกฎหมายที่เอาผิดใน 2 ลักษณะคือ ความผิดฐานให้ข้อมูลข่าวกรองแก่ต่างชาติ กับความผิดฐานจัดเตรียมข้อมูลข่าวสารทั่วไปเกี่ยวกับฝรั่งเศสที่เป็นประโยชน์แก่ต่างชาติ ซึ่งมีองค์ประกอบและโทษร้ายแรงต่างกัันดังนี้

ความผิดฐานให้ข้อมูลข่าวกรองแก่ต่างชาติ บัญญัติว่า “ผู้ใดทำการรวบรวม หรือเก็บรวบรวมข้อมูลข่าวกรองให้แก่ต่างชาติ องค์กรธุรกิจ หรือองค์การ หรือตัวแทนที่อยู่ภายใต้อำนาจของต่างชาติ โดยเจตนาใช้ข้อมูลข่าวกรองนั้นไปปลุกปั่นความเป็นปรปักษ์หรือเพื่อรุกรานต่อฝรั่งเศส ซึ่งจะส่งผลเสียหายต่อผลประโยชน์ของฝรั่งเศส โดยการกระทำเช่นนั้นอาจทำให้เกิดภาวะของการเป็นปรปักษ์หรือการรุกรานต่อฝรั่งเศส จะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 30 ปี หรือปรับไม่เกิน 450,000 ฟรังก์”¹⁶

¹⁵Official Secrets Act 1989, Section 10

¹⁶Penal Code, Section II, Art 411-4 ,French public law ("droit public").

<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33>

ความผิดฐานจัดเตรียมข้อมูลข่าวสารทั่วไปให้แก่ต่างชาติ บัญญัติว่า “ผู้ใดทำการรวบรวม หรือเก็บรวบรวมข้อมูลข่าวสาร แม่พิมพ์ สิ่งของ เอกสาร หรือข้อมูลจากระบบคอมพิวเตอร์ โดยเจตนาเตรียมไว้ให้ต่างชาติ หรือองค์การ หรือตัวแทนที่อยู่ภายใต้อำนาจของต่างชาติได้ใช้ประโยชน์ ซึ่งจะส่งผลเสียหายต่อผลประโยชน์ของฝรั่งเศส จะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 150,000 ฟรังก์¹⁷

(4) ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาไทย

ตามกฎหมายอาญาของไทยความผิดฐานนี้เรียกว่าความผิดฐานจารกรรม ซึ่งเป็นกรกระทำในลักษณะการจารกรรมเพื่ออุปการะแก่การดำเนินการรบหรือการตระเตรียมการรบของข้าศึก โดยความผิดฐานนี้ต้องกระทำในภาวะที่มีภาวะสงครามหรือการขัดกันทางกำลังทหารเกิดขึ้น บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 122 ดังนี้

“ผู้ใดกระทำการใดๆ เพื่ออุปการะแก่การดำเนินการรบหรือการตระเตรียมการรบของข้าศึก ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบห้าปี

ถ้าการอุปการะนั้นเป็นการ

(....)

(3) กระทำจารกรรม นำหรือแนะทางให้ข้าศึก

ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจแยกองค์ประกอบความผิดได้ 4 ประการดังนี้

(1) มีการกระทำการเพื่ออุปการะ หมายถึงการกระทำการใดๆ ที่เป็นการเกื้อกูลบำรุง อุดหนุน เลี้ยงดู หรือช่วยเหลือ เช่น ส่งเงินให้ ส่งข้อมูลข่าวสารให้ ทำการประสานงานอำนวยความสะดวก หรือเข้าร่วมในการปฏิบัติงาน

(2) มีภาวะการขัดกันทางกำลังทหารเกิดขึ้นระหว่างไทยกับรัฐหรือฝ่ายที่ผู้ทำจารกรรมต้องการช่วยอุปการะข้อมูลข่าวสารจากการจารกรรม (เนื่องจากในกฎหมายใช้คำว่าข้าศึก)

(3) เป็นไปเพื่ออุปการะในการดำเนินการรบหรือการตระเตรียมการรบของข้าศึก หมายถึงการให้ความอุปการะทั้งในระหว่างทำการรบและตระเตรียมการรบ เช่น การจัดวางกำลังทหารเพื่อเข้าโจมตี การส่งกำลังบำรุง การวางแผนสู้รบ หรือการปฏิบัติการสู้รบ

¹⁷ Ibid, Art 411-7

(4) มีการกระทำจารกรรม เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ให้นิยามความหมายไว้ จึงอาจถือเอาลักษณะการจารกรรมตามที่กำหนดไว้ในระเบียบการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2517¹⁸ ข้อ 5.5 ซึ่งบัญญัติว่า “การจารกรรม” หมายความว่า การกระทำใดๆ โดยทางลับเพื่อให้ได้ ล่วงรู้หรือได้ไป และ/หรือส่งสิ่งที่เป็นความลับของทางราชการ¹⁹ ให้แก่ผู้ไม่มีอำนาจหน้าที่ หรือผู้ไม่มีความจำเป็นต้องทราบ โดยมีเหตุผลที่เชื่อได้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นผลร้ายต่อความมั่นคงแห่งชาติ หรือความสงบเรียบร้อยภายใน หรือระบอบการปกครอง หรือเสถียรภาพของรัฐบาลหรือการกระทำเพื่อประโยชน์แก่รัฐต่างประเทศ หรือเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล

การกระทำที่จะถือเป็นความผิดฐานจารกรรมตามมาตรา นี้ ต้องเข้าองค์ประกอบครบทั้ง 4 ดังกล่าวอย่างครบถ้วน ตัวอย่าง เช่น

ก. ระหว่างที่ไทยทำการรบกับกัมพูชาอยู่นั้นชาวเวียดนามซึ่งพำนักอยู่ในไทยได้ส่งข้อมูลความลับทางการทหารของไทยที่มีผู้นำมาฝากไว้กับตนเพื่อให้ส่งแก่กัมพูชา กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าครบองค์ประกอบเพราะขาดการกระทำที่ถือเป็นการจารกรรมที่ต้องมีการกระทำการโดยลับเพื่อได้ล่วงรู้ข้อมูลที่เป็นความลับ

ข. ระหว่างที่ไทยทำการรบกับกัมพูชาอยู่นั้นชาวเวียดนามที่พำนักอยู่ในไทยลักลอบเข้าไปขโมยข้อมูลทางการทหารในกระทรวงกลาโหมซึ่งเป็นข้อมูลที่สำคัญและเป็นความลับทางการทหาร โดยมุ่งหวังที่จะนำข้อมูลนั้นส่งไปให้ฝ่ายกัมพูชา กรณีเช่นนี้ถือว่าครบองค์ประกอบที่ถือว่าการใดๆ เพื่ออุปการะแก่การดำเนินการรบหรือการเตรียมการรบของข้าศึก โดยการกระทำจารกรรมแล้ว

¹⁸ระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2517 แม้จะมีฐานะเป็นอนุบัญญัติแต่ก็ได้รับการยอมรับและสามารถใช้อ้างอิงได้เพราะเป็นระเบียบที่วางมาตรฐานกลางในการรักษาความปลอดภัยแก่ส่วนราชการของไทยทั้งหมด

¹⁹ระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2517 ข้อ 5.7 “สิ่งที่เป็นความลับของทางราชการ” หมายความว่า เอกสาร บริภัณฑ์ยุทธภัณฑ์ ที่สงวนและสิ่งอื่นๆ ในทำนองนี้ ตลอดจนข่าวสารที่ถือว่าเป็นความลับของทางราชการซึ่งส่งถึงกันด้วยคำพูด หรือด้วยวิธีการอื่นใด

ค. ระหว่างที่ไทยกับกัมพูชามีความสัมพันธ์กันตามปกติ ชาวเวียดนามที่พำนักอยู่ในไทยลักลอบเข้าไปขโมยข้อมูลทางการทหารในกระทรวงกลาโหมซึ่งเป็นข้อมูลที่สำคัญและเป็นความลับทางการทหาร โดยมุ่งหวังที่จะนำข้อมูลนั้นส่งไปให้ฝ่ายกัมพูชา กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นขาดองค์ประกอบตาม (2) เพราะไม่อยู่ในภาวะการสงครามหรือการขัดกันทางกำลังทหาร

นอกจากบทบัญญัติในมาตรา 122 ดังกล่าวแล้วยังมีบทบัญญัติอื่นที่แม้จะไม่ใช่ความผิดฐานจารกรรมโดยตรง แต่ก็เกี่ยวกับการกระทำเพื่อให้ได้มาหรือล่วงรู้ซึ่งข้อมูลที่เป็นความลับทางด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ และอาจถือเป็นความผิดฐานจารกรรมได้ด้วย หากการได้มาหรือทำให้ผู้อื่นล่วงรู้ข้อมูลความลับดังกล่าวได้มีการกระทำด้วยวิธีลับ โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 123 และมาตรา 124 ดังนี้

มาตรา 123 ผู้ใดกระทำการใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อความเอกสารหรือสิ่งใดๆ อันปกปิดไว้เป็นความลับสำหรับความปลอดภัยของประเทศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี

มาตรา 124 ผู้ใดกระทำการใดๆ เพื่อให้ผู้อื่นล่วงรู้ หรือได้ไปซึ่งข้อความ เอกสาร หรือสิ่งใดๆ อันปกปิดไว้เป็นความลับสำหรับความปลอดภัยของประเทศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี

ถ้าความผิดนั้นได้กระทำในระหว่างประเทศอยู่ในการรบหรือการสงคราม ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบห้าปี

ถ้าความผิดดังกล่าวมาในสองวรรคก่อน ได้กระทำเพื่อให้รัฐต่างประเทศได้ประโยชน์ ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

2.1.2 การดำเนินคดีในชั้นสอบสวน

(1) การดำเนินคดีในชั้นสอบสวนของอังกฤษ

เมื่อมีการกระทำผิดทางอาญาเกิดขึ้น ตำรวจอังกฤษจะมีหน้าที่สืบสวนสอบสวน จับกุมผู้กระทำความผิด ตลอดจนค้นคว้า หาข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด เพื่อใช้เป็น พยานหลักฐานดำเนินคดีในชั้นศาลต่อไป จนเมื่อได้ข้อเท็จจริงทั้งหมดแล้วก็จะนำผู้ต้องหาที่จับกุมไปฟ้องยังศาล magistrate โดยถ้าเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงไม่ซับซ้อนตำรวจก็จะดำเนินการทุกขั้นตอนทั้งหมดในศาล แต่ถ้าคดีมีโทษสูง หรือมีข้อยุ่งยากและซับซ้อนจะส่งสำนวนคดีให้พนักงานอัยการสังกัด Crown Prosecution Service (CPS) ดำเนินการส่งฟ้องต่อไป ในทางปฏิบัติผู้ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนในความผิดฐานเป็นสายลับ หรือจารกรรมของอังกฤษจะเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจสอบสวนพิเศษ Scotland Yard ซึ่งมีความเชี่ยวชาญใน

ด้านนี้และมีอำนาจสืบสวนสอบสวนพิเศษ โดยการสืบสวนกรณีเช่นนี้โดยทั่วไปจะได้รับความช่วยเหลือข้อมูลข่าวกรองและพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำผิดเบื้องต้นจากหน่วย Secret Service Bureau หรือ MI 5²⁰ ซึ่งเป็นหน่วยข่าวกรองความมั่นคงภายในประเทศ ที่มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับหน่วยเอฟบีไอของสหรัฐฯ แต่ไม่มีอำนาจหน้าที่ด้านการสอบสวนและบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งหน่วย Secret Intelligence Service หรือ MI 6²¹ ซึ่งเป็นหน่วยข่าวกรองที่มีหน้าที่ทำจารกรรมและรวบรวมข้อมูลข่าวกรองในต่างประเทศ

(2) การดำเนินคดีในชั้นสอบสวนของสหรัฐอเมริกา

โดยปกติอำนาจในการสืบสวนสอบสวน รวบรวมพยานหลักฐาน และจับกุมผู้กระทำความผิดในคดีอาญาทั่วไป เป็นหน้าที่ของตำรวจของแต่ละมลรัฐ แต่กรณีความผิดอาญาฐานจารกรรมหรือสายลับซึ่งเป็นความผิดต่อความมั่นคงแห่งรัฐ โดยทางปฏิบัติแล้วสำนักงานสอบสวนกลางหรือเอฟบีไอ (Federal Bureau of Investigation) จะเข้ามาเป็นผู้ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนเพราะเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านการต่อต้านการจารกรรมและความผิดด้านความมั่นคงภายในประเทศโดยตรง²² โดยอาจมีการประสานข้อมูลข่าวกรองกับเจ้าหน้าที่ CIA (Central Intelligence Agency) ที่ทำหน้าที่จารกรรมและรวบรวมข่าวกรองในต่างประเทศ ทั้งนี้ในการสืบสวนนอกจากใช้อำนาจสอบสวนสามัญทั่วไป เช่น เรียกข้อมูลเอกสาร ตรวจสอบค้น ควบคุมตัว แล้วเอฟบีไอ ยังสามารถใช้การรวบรวมพยานหลักฐานโดยวิธีพิเศษเช่น การดักฟัง (wiretap) การใช้เจ้าหน้าที่อำพรางสถานะ (undercover) การส่งภายใต้การควบคุม (controlled delivery)²³ การล่อให้กระทำผิด (entrapment) การสะกดรอยด้วย

²⁰<http://www.mi5.gov.uk/>

²¹<http://www.sis.gov.uk/output/sis-home-welcome.html>

²²<http://www.fbi.gov/hq/ci/cointell.htm>

²³การจัดส่งภายใต้การควบคุม (Controlled Delivery) หมายถึง วิธีการอนุญาตให้ของผิดกฎหมายหรือต้องสงสัยผ่านออกไปจาก ผ่าน หรือเข้าไปสู่เขตแดนของรัฐหนึ่งหรือมากกว่ารัฐหนึ่ง โดยการรับรู้และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ เพื่อการสืบสวนสอบสวนความผิดและเพื่อการระบุตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดนั้น

เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (electronics surveillance) การปฏิบัติการลับ (Undercover Operation) ซึ่งที่ผ่านมาเอฟบีไอสามารถสืบสวนจับกุมจนสามารถจับกุมสายลับที่ทำการกรรมได้จำนวนมาก²⁴

(3) การดำเนินคดีในชั้นสอบสวนของฝรั่งเศส

ตามระบบกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส อำนาจสอบสวนและสั่งฟ้องเป็นอำนาจเดียวกัน ผู้มีอำนาจในการสอบสวนคดีอาญาของฝรั่งเศส คือพนักงานอัยการ อัยการฝรั่งเศสมีอำนาจทำการสอบสวนด้วยตนเองอย่างกว้างขวางมากเมื่อมีคดีอาญาเกิดขึ้น ตำรวจต้องแจ้งให้อัยการทราบ อัยการมีอำนาจไปยังที่เกิดเหตุ สอบสวนด้วยตนเอง ใช้อำนาจต่างๆ ที่เกี่ยวกับการสอบสวน เช่น ออกหมายเรียก หมายจับ หมายควบคุมตัว หมายค้น หรือสั่งการตามที่เหมาะสม หรืออาจสั่งให้ตำรวจทำการสอบสวนในความควบคุมของอัยการได้ กฎหมายฝรั่งเศสให้อัยการเป็นผู้มีอำนาจรับคำร้องทุกข์และพิจารณาว่าควรดำเนินคดีต่อไปหรือไม่ ถ้าเห็นว่าควรดำเนินคดีต่อไปและเป็นความผิดซึ่งหน้าก็จะดำเนินการสอบสวนแบบความผิดซึ่งหน้าโดยให้ตำรวจสอบสวนหรือจะทำการสอบสวนเองก็ได้ ถ้าเห็นว่าเป็นคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนควรให้ผู้พิพากษาสอบสวนทำการสอบสวน ก็มีอำนาจขอให้ผู้พิพากษาสอบสวนเป็นผู้สอบสวนได้

ผู้พิพากษาสอบสวน อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของอธิบดีศาลอุทธรณ์แผนกสอบสวน ความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ทุกเรื่อง และความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งรัฐ เป็นคดีที่อาจมีการสอบสวนโดยผู้พิพากษาสอบสวนก่อนฟ้อง ทั้งนี้ผู้พิพากษาสอบสวนจะทำการสอบสวนได้ก็ต่อเมื่ออัยการร้องขอให้สอบสวนเท่านั้น จะสอบสวนเองโดยลำพังไม่ได้ เมื่อตกลงที่จะทำการสอบสวนแล้วอำนาจของผู้พิพากษาสอบสวนเป็นอำนาจที่จะสอบสวนการกระทำ จึงอาจเปลี่ยนแปลงข้อหาที่ตั้งมาจากเจ้าหน้าที่สอบสวนชั้นตำรวจได้ ในการสอบสวนผู้พิพากษาสอบสวนมีอำนาจกว้างขวางมาก โดยสามารถกระทำการทุกอย่างที่เห็นว่าจะเป็น

²⁴ เช่นคดีสายลับรัสเซีย Rosenberg case โปรดดู

http://en.wikipedia.org/wiki/Julius_and_Ethel_Rosenberg

คดีสายลับเยอรมนี Duquesne Spy Ring case โปรดดู FBI files covering the Duquesne Spy Ring <http://www.paperlessarchives.com/duquesne.html>

ประโยชน์ในการค้นหาความจริง เช่น สอบปากคำผู้ต้องหา เรียกบุคคลมาให้ถ้อยคำ หรือเป็นพยาน ตรวจค้น ออกหมายเรียก หมายจับ หมายให้นำตัวมา โดยอัยการจะขอเข้าฟังการสอบสวนได้เสมอ เมื่อสอบสวนเสร็จแล้วผู้พิพากษาสอบสวนจะต้องส่งสำนวนให้อัยการทำการฟ้องต่อศาลต่อไป²⁵

(4) การดำเนินคดีในชั้นสอบสวนของไทย

โดยทั่วไปแล้วอำนาจในการสอบสวนผู้กระทำความผิดฐานเป็นสายลับหรือจารกรรม เป็นของพนักงานสอบสวนฝ่ายตำรวจ และใช้วิธีการสอบสวนสามัญทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือจับกุม คัมขัง ค้น สอบปากคำ ออกหมายเรียกพยาน และหากลักษณะความผิดมีความซับซ้อนและสำคัญมาก กรมสอบสวนคดีพิเศษ กระทรวงยุติธรรมสามารถโอนคดีประเภทนี้ไปทำการสอบสวนเองได้ โดยมอบหมายให้พนักงานสอบสวนพิเศษ เป็นผู้ทำการสอบสวน ทั้งนี้กรมสอบสวนคดีพิเศษมีอำนาจพิเศษมากกว่าพนักงานสอบสวนฝ่ายตำรวจ เช่น อำนาจในการแฝงตัว การเข้าถึงระบบสื่อสาร การดักฟังโทรศัพท์²⁶ รวมทั้งสามารถขอตัวพนักงานอัยการมาร่วมทำการสอบสวน²⁷ หรือตั้งผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านให้ช่วยงานสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษได้ด้วย²⁸

2.1.3 การดำเนินคดีในชั้นสั่งฟ้อง

(1) การดำเนินคดีในชั้นสั่งฟ้องของอังกฤษ

ในการฟ้องคดีอาญาแต่เดิมอังกฤษถือหลักว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย ดังนั้นประชาชนทุกคนจึงมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้ ระบบดังกล่าวถูกเรียกว่าระบบการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ต่อมาปี ค.ศ.1986 อังกฤษได้เปลี่ยนหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนมาเป็นการดำเนินคดีโดยรัฐ โดยมีการก่อตั้งองค์กรที่เรียกว่า Crown Prosecution Service

²⁵ สัตยา อรุณธารี “อำนาจของพนักงานอัยการเกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญา” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), น.58-87

²⁶ พรบ.การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 24, 25, 27

²⁷ พรบ.การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 32

²⁸ พรบ.การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 30

(CPS) ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ฟ้องคดีอาญาซึ่งตำรวจเป็นผู้สอบสวนทั้งหมด ยกเว้นคดีเล็กๆ น้อยๆ ใดๆก็ตามสิทธิในการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายยังคงอยู่ แต่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ CPS ที่สามารถเข้าไปดำเนินการเสียเองโดยใช้ดุลพินิจในการระงับการฟ้องนั้นได้ตามสมควร²⁹

ทั้งนี้กรณีคดีที่ซับซ้อนและมีความสำคัญ เช่น คดีความผิดฐานเป็นสายลับ หรือจารกรรมจะต้องให้ Director of Public Prosecutions (D.P.P.)³⁰ เป็นผู้พิจารณาหลักนัยกรองสำนวนคดีของตำรวจ โดยเมื่อพิจารณาจากหลักฐานที่ตำรวจสอบสวนมาทั้งหมดแล้ว อาจแนะนำให้ฟ้องหรือไม่ฟ้องก็ได้ หรือ D.P.P. จะเป็นผู้ฟ้องคดีดังกล่าวเองก็ได้ ทั้งนี้ D.P.P. ไม่มีอำนาจสอบสวนคดีอาญาจะเกี่ยวข้องเฉพาะสำนวนคดีที่ตำรวจสอบสวนเสร็จแล้ว และต้องเป็นคดีอาญาร้ายแรงที่กฎหมายกำหนดให้รายงานให้ D.P.P. ทราบเท่านั้น³¹

(2) การดำเนินคดีในชั้นสั่งฟ้องของสหรัฐอเมริกา

การดำเนินคดีความผิดฐานจารกรรมหรือเป็นสายลับในชั้นสั่งฟ้องเป็นอำนาจของอัยการแห่งมลรัฐ (federal prosecutors) ทั้งนี้พนักงานอัยการอาจเข้าควบคุมการสอบสวนของตำรวจตั้งแต่เริ่มต้นได้ และอาจเริ่มดำเนินการสอบสวนคดีอาญาเองโดยไม่ต้องรอรับแจ้งจากตำรวจก็ได้ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติอัยการจะเข้าร่วมในการสอบสวนก็ต่อเมื่อเป็นคดีสำคัญ เพื่อให้ได้หลักฐานครบครันในการพิจารณาคดีชั้นศาลเท่านั้น และการสอบสวนของอัยการร่วมกับตำรวจมักเป็นเรื่องของการแบ่งเบาภาระ เช่น การจับกุมผู้ต้องหา การติดตามการตรวจค้น การตรวจหาหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ เป็นเรื่องของตำรวจ ส่วนการรวบรวมสำนวน คำให้การพยาน เป็นเรื่องของอัยการ ในกรณีที่ตำรวจสอบสวนคดีหรือมีส่วนร่วมใน

²⁹ ปรีญาภรณ์ อุบลสวัสดิ์ “การพิจารณาคดีอาญาโดยลับ” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.52

³⁰ DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS คือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจฟ้องดำเนินคดีอาญา ภายใต้คำแนะนำปรึกษาของ ATTORNEY GENERAL และยังมีหน้าที่ให้คำแนะนำแก่เจ้าพนักงานตำรวจ JUSTICES CLERK และบุคคลอื่นผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา ตามธรรมดา DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS จะเป็นโจทก์แต่เฉพาะคดีที่มีโทษถึงประหารชีวิต หรือคดีที่มีความสำคัญเป็นพิเศษเท่านั้น

³¹ สัตยา อรุณธารี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น.45-57

การสอบสวนคดีกับอัยการ ตำรวจมีหน้าที่รวบรวมพยานหลักฐานส่งให้อัยการเท่านั้น ไม่มีอำนาจออกความเห็นว่าจะฟ้องหรือไม่ฟ้อง โดยอำนาจฟ้องหรือไม่ฟ้องเป็นของอัยการแต่ผู้เดียวและเป็นอำนาจอิสระไม่ถูกผูกพันหรือรับผิดชอบใดๆ ทั้งสิ้น³²

(3) การดำเนินคดีในชั้นสั่งฟ้องของไทย

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้ทั้งพนักงานอัยการและผู้เสียหายต่างเป็นบุคคลที่มีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้เหมือนกัน³³ แต่กรณีที่เป็นความผิดฐานจารกรรมหรือเป็นสายลับ ซึ่งเป็นความผิดต่อความมั่นคงภายนอกราชอาณาจักร และถือเป็นความผิดต่อรัฐ กฎหมายให้อำนาจพนักงานอัยการเท่านั้นที่สามารถเป็นโจทก์ฟ้องคดี โดยคดีดังกล่าวจะต้องผ่านการสอบสวนจากพนักงานสอบสวนมาเรียบร้อยแล้ว³⁴ มิฉะนั้นอัยการจะไม่มีสิทธิฟ้อง ทั้งนี้กรณีคดีประเภทนี้ทำการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ พนักงานอัยการที่มีอำนาจหน้าที่ในการฟ้องโดยตรงคือพนักงานอัยการ ที่สังกัดสำนักงานคดีพิเศษ³⁵

2.1.4 วิธีพิจารณาคดีความอาญาในชั้นศาล

(1) วิธีพิจารณาคดีความอาญาในชั้นศาลอังกฤษ

การดำเนินคดีอาญาในอังกฤษใช้ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ซึ่งเป็นการต่อสู้ทางกฎหมายระหว่างโจทก์กับจำเลยต่อหน้าศาลซึ่งวางตัวเป็นกลางและมีคณะลูกขุนซึ่งเป็นสามัญชนเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริง ผู้พิพากษาต้องให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความอย่างเท่าเทียมกัน ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของอังกฤษนั้น ศาลอังกฤษมีอำนาจใช้ดุลพินิจเรียกพยานมาสืบเองได้ไม่ว่าเวลาใด รวมทั้งสามารถสรุปคำแนะนำลูกขุนก่อนที่ลูกขุนจะตัดสินข้อเท็จจริง (verdict) ได้ด้วย ทั้งนี้การพิจารณาคดีอาญาในชั้นศาลของอังกฤษใช้หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยเพื่อเป็นหลักประกันความเที่ยงธรรมในการดำเนินกระบวนการ

³² สัตยา อรุณธารี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น.99-100

³³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28

³⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 กำหนดเงื่อนไขสำคัญแห่งอำนาจฟ้องของพนักงานอัยการไว้ว่า “ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อศาลโดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นมาก่อน”

³⁵ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานอัยการสูงสุด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2549 ข้อ 14

พิจารณา ซึ่งหมายความว่า การพิจารณาของศาลอังกฤษต้องเปิดให้สาธารณชน และสื่อมวลชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ รวมทั้งยอมให้มีการเผยแพร่ตีพิมพ์ข้อมูลเกี่ยวกับการพิจารณาและรายงานกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในศาลได้โดยไม่มี การปิดกั้น³⁶ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาความผิดบางประเภทหรือความผิดบางฐาน เช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง ความผิดฐานกบฏ ความผิดฐานเป็นภัยต่อการป้องกันประเทศ รวมทั้งความผิดฐานจารกรรม ศาลอาจสั่งให้พิจารณาคดีโดยลับ และห้ามมิให้มีการรายงานข่าวและพิมพ์เผยแพร่เกี่ยวกับการพิจารณาคดี³⁷

การฟ้องคดีอาญาในประเทศอังกฤษอาจทำได้ 2 วิธี คือ ฟ้องด้วยวาจา (Information) กับฟ้องเป็นลายลักษณ์อักษร (Indictment) ความผิดที่จะฟ้องด้วยวาจาได้ จะต้องเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติว่าอยู่ในอำนาจของศาล Magistrates ซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดซึ่งพิจารณาโดยรวบรัดได้ (Summary Offences) ส่วนมากโทษไม่เกิน 3 เดือน คดีความผิดบางประการตามท้ายพระราชบัญญัติ ศาล Magistrates เช่น คดีลักทรัพย์ ซึ่งตามธรรมดาจะต้องพิจารณาต่อหน้าลูกขุน (Indictable Offences) แต่ศาลเห็น ว่าเพื่อความเหมาะสม เป็นต้นว่าลักษณะความผิดไม่ร้ายแรง อาจพิจารณาโดยรวบรัดได้ แต่ศาลจะลงโทษจำคุกเกินกว่า 6 เดือน หรือปรับไม่เกินกว่า 100 ปอนด์ หรือทั้งจำและปรับเกินกว่านี้ไม่ได้

ฟ้องเป็นลายลักษณ์อักษร อาจทำได้ 3 วิธี คือ การฟ้องโดยวิธีที่เรียกว่า Criminal Information การฟ้องโดยวิธีการไต่สวนของ Coroner ในคดีฆ่าคน และการฟ้องโดยวิธี Indictment ซึ่งต้องผ่านการไต่สวนมูลฟ้องคดีนั้นที่ศาล Magistrates มาแล้ว ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะ Criminal Information ซึ่งเกี่ยวกับการพิจารณาคดีสายลับเท่านั้น การฟ้องโดยวิธี Criminal Information คำฟ้องนี้ Attorney General (อาจเทียบได้กับอธิบดีกรมอัยการของไทย) เป็นผู้ฟ้องต่อศาล Queen's Bench ในคดีบางคดีซึ่งกระทบกระเทือนต่อแผ่นดิน ความมั่นคงของรัฐ เช่น คดีหมิ่นประมาทกษัตริย์ บ่อนทำลาย ทฤษฎีต่อชาติ ก่อการร้าย

³⁶ ธีนกร วรปรัชญาภูล “หลักและความคิดพื้นฐานของประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ในทัศนะของนักกฎหมายยุโรป” บทบัญญัติ, ตอน 4, เล่ม 60, น.230-233

³⁷ เพิ่งอ้าง

หรือคดีความมั่นคง รวมทั้งการจารกรรม หรือเป็นสายลับต่างชาติ การฟ้องโดยวิธีนี้มักไม่ค่อยจะมีมากนัก

ศาลชั้นต้นที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาโดยการฟ้องดังกล่าวข้างต้น ได้แก่ ศาล Assizes ซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ทุกคดี แต่ศาลนี้มีได้นั่งพิจารณาคดีตลอดปี ปีหนึ่งจะนั่งพิจารณาคดีประมาณ 2 ถึง 4 ครั้ง แต่ละครั่งประมาณ 1 เดือน หรือจนกว่าคดีจะเสร็จ และศาลอาญาส่วนกลาง หรือที่เรียกกันว่า Old Bailey มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ทุกคดีและนั่งพิจารณาคดีตลอดปี แต่จะพิจารณาแต่เฉพาะคดีที่เกิดในลอนดอน และหัวเมืองใกล้เคียงเท่านั้น

การพิจารณาคดีในศาลทั้ง 2 นี้ต้องกระทำต่อหน้าผู้พิพากษาหนึ่งนาย และลูกขุน 12 คน ลูกขุนนี้ Clerk of The Court จะเป็นผู้เลือกจากรายชื่อซึ่ง Sheriff เป็นผู้ทำประจำแต่ละท้องถื่น ลูกขุนอาจเป็นหญิงหรือชายก็ได้ แต่ต้องเป็นบุคคลอายุระหว่าง 21 ถึง 60 ปี และมีที่ดิน หรือถือที่ดินมีมูลค่าปีละ 10 ปอนด์ หรือเป็นเจ้าของบ้านซึ่งเสียภาษีปีละ 20 ปอนด์ ลูกขุนนี้อาจถูกคู่ความคัดค้านได้ในการพิพากษาคดี ลูกขุนจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าจำเลยผิดหรือไม่ คำวินิจฉัยจะต้องเป็นเอกฉันท์ ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ ศาลจะต้องสืบพยานใหม่ต่อหน้าลูกขุนคนละใหม่ ถ้าครั้งที่สองลูกขุนยังไม่สามารถให้คำวินิจฉัยเป็นเอกฉันท์ได้ ศาลต้องพิจารณาคดีใหม่เป็นครั้งที่สาม ในทางปฏิบัติเมื่อถึงครั้งนี้โจทก์ยอมเสนอขอไม่สืบพยาน ซึ่งผลก็เท่ากับยกฟ้อง ผู้พิพากษาย่อมผูกพันในคำวินิจฉัยของลูกขุนถ้าเอกฉันท์ และมีหน้าที่เพียงกำหนดโทษเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติเวลาผู้พิพากษาสรุปข้อเท็จจริงให้ลูกขุนฟังก็มักจะเน้นถึงความสำคัญของพยานบางคน ถึงข้อกฎหมายบางประการ ซึ่งก็เท่ากับชี้แนวให้ลูกขุนเหมือนกัน

เมื่อศาลพิพากษาคดีแล้ว จำเลยเท่านั้นที่มีสิทธิอุทธรณ์ได้ และอุทธรณ์ต่อไปยังศาลอุทธรณ์ส่วนอาญา (Court of Criminal Appeal) ถ้าเป็นปัญหาข้อกฎหมายจำเลยไม่ต้องขออนุญาตจากศาลก่อน ถ้าเป็นปัญหาข้อเท็จจริง จะต้องได้รับอนุญาตจากศาลที่พิพากษาคดี หรือศาลอุทธรณ์ และถ้าอุทธรณ์เรื่องโทษอย่างเดียว ศาลอุทธรณ์เท่านั้นที่จะอนุญาตได้ เมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษาแล้วคู่ความไม่มีสิทธิฎีกาต่อไปยัง House of Lords เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลอุทธรณ์ หรือ House of Lords และจะอนุญาตได้แต่เฉพาะคดีที่เป็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับประชาชนจริง ๆ House of Lords ทำหน้าที่ทั้งเป็นสภาสูงของ Parliament และเป็นทั้งศาลสูงสุด แต่ผู้พิพากษาในศาลนี้จะต้องประกอบด้วย Lord Chancellor

Lord of Appeal in Ordinary และ Peer ผู้ดำรงตำแหน่งทางกฎหมายซึ่งเรียกกันทั่ว ๆ ไปว่า Law Lords.³⁸

(2) วิธีพิจารณาคดีความอาญาในชั้นศาลสหรัฐอเมริกา

สหรัฐฯ ได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากอังกฤษทั้งระบบกฎหมายและระบบการดำเนินคดีอาญา จนอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายสหรัฐฯ คือกฎหมายของอังกฤษที่มีการแก้ไขปรับปรุงใหม่ให้ทันสมัยและเหมาะสมยิ่งขึ้น โดยมีวิธีพิจารณาคดีที่เรียกว่า adversary trial system ที่คู่ความมีฐานะเสมอกันโดยมีศาลเป็นคนกลางในการพิจารณาตามแบบของประเทศแองโกลแซกซอน³⁹ ทั้งนี้ศาลมีอำนาจเรียกพยานมาสืบและมีอำนาจซักถามพยานบุคคลระหว่างที่กำลังเบิกความแต่คำถามของศาลต้องไม่ก่อให้เกิดอคติแก่ลูกขุนซึ่งอาจทำให้ดุลพินิจของลูกขุนเปลี่ยนไปได้

การพิจารณาคดีอาญาของศาลสหรัฐฯ ถือว่าคณะลูกขุน (jury) ก็มีบทบาทสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าผู้พิพากษา เพราะคณะลูกขุนเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการชี้ขาดข้อเท็จจริงแต่ฝ่ายเดียว โดยผู้พิพากษาไม่มีอำนาจหน้าที่แนะนำคณะลูกขุนว่าควรเชื่อหรือไม่ควรเชื่ออย่างไร หากชี้แนะให้คำแนะนำไปก็ถือว่าการพิจารณาเป็นโมฆะ แต่ทั้งนี้ผู้พิพากษายังมีอำนาจในเชิงควบคุมกล่าวคือหากผู้พิพากษาเห็นว่าลูกขุนชี้ขาดข้อเท็จจริงใดผิด ก็สามารถสั่งให้พิจารณาใหม่ได้ โดยต้องตั้งคณะลูกขุนชุดใหม่ นอกจากนี้แม้ศาลจะตัดสินคดีตามคำชี้ขาดของคณะลูกขุนไปแล้ว ก่อนที่จะอุทธรณ์ต่อไปคู่ความก็อาจร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้⁴⁰

³⁸ บัญญัติ สุชีวะ, “การฟ้องคดีอาญาในศาลอังกฤษ”, www.panyathai.or.th/wiki/index.php/

³⁹ จิตติ ติงสภักดิ์, “ข้อสังเกตในระบบกฎหมายอเมริกัน,” ดุลพาห, เล่ม 6, ปีที่ 5, น. 370,374

⁴⁰ เฝิงอ้วง น.374-375

ศาลสหรัฐฯ มีอำนาจในการพิจารณาคดีหลายประเภท โดยผู้พิพากษาคนหนึ่งอาจรับผิดชอบได้ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน และอุทธรณ์เป็นต้น สหรัฐอเมริกาจะไม่มีศาลรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งเป็นองค์กรแยกต่างหาก เพราะศาลสหรัฐฯ (Federal Court) ทุกศาลจะเป็นผู้พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แบ่งเป็น 3 ระดับ คือศาลชั้นต้นหรือเรียกว่าศาลที่พิจารณาคดี (Trial Court) ศาลอุทธรณ์ (Appellate Courts) และศาลฎีกา (the United States Supreme Court)

ศาลที่พิจารณาคดี (Trial Court)

The United States District Court เป็นศาลสำคัญในระบบศาลสหรัฐฯ (Federal Court) ซึ่งจะมีเขตอำนาจศาลทั้งหมดจำนวน 94 เขตอำนาจศาล ดังนั้นในรัฐหนึ่งๆอาจจะมีศาลสหรัฐฯมากกว่าหนึ่งศาล การพิจารณาคดีของศาลที่พิจารณาคดี (Trial Court) จะทำโดยผู้พิพากษานายเดียว ซึ่งขึ้นนั่งพิจารณาเพียงลำพังกรณีความผิดเล็กน้อยหรือมีลูกขุนกรณีคดีอาญาร้ายแรง⁴¹

ศาลอุทธรณ์ (Appellate Courts)

ได้มีการรวมศาล District Court ทั้ง 94 เขตศาลเป็นภาค จำนวน 12 ภาค โดยแต่ละภาคจะมีศาลอุทธรณ์อยู่จำนวน 1 ศาล ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์คดีของศาล District Court นอกจากนี้แล้วศาลอุทธรณ์ยังมีอำนาจพิจารณาคดีบางประเภทที่วาระขอลาจำคุก เช่น คดีที่เกี่ยวกับกฎหมายสิทธิบัตร และคดีที่พิจารณาโดยศาลการค้าระหว่างประเทศ

บุคคลมีสิทธิที่จะอุทธรณ์ในคดีซึ่ง District Court มีคำพิพากษาทุกคดี องค์คณะผู้พิพากษาที่ทำการพิจารณาอุทธรณ์จะมีสามนาย โดยการอุทธรณ์จะต้องทำในเวลาที่กำหนด เมื่อได้รับอุทธรณ์ศาลจะพิจารณาคำพิพากษาและรายงานกระบวนการพิจารณาที่ทำกันในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์จะไม่ฟังพยานหลักฐานเพิ่มเติม และโดยทั่วไปแล้วจะยอมรับข้อเท็จจริงที่มีการว่ากันมาแล้วในศาลชั้นต้น แต่หากมีกรณีจำเป็นที่ต้องสืบพยานศาลจะส่งไปให้ศาลชั้นต้นดำเนินการ การส่งให้สืบพยานดังกล่าวไม่จำเป็นต้องทำในทุกกรณีและศาลอุทธรณ์จะ

⁴¹รัฐธรรมนูญสหรัฐฯ ได้กำหนดให้มีการพิจารณาโดยลูกขุนในหลายกรณี เช่น (1) คดีอาญาร้ายแรงทุกเรื่อง (2) คดีแพ่งทุกคดีที่มีสิทธิได้รับการพิจารณาโดยลูกขุนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายอังกฤษในเวลาที่มีการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา และ (3) คดีที่สภาองเกรสกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้มีการพิจารณาโดยลูกขุน

พิพากษาพิพากษาตามหรือกลับความเห็นของศาลชั้นต้นโดยทำเป็นหนังสือ ในคดีสำคัญ ศาลอุทธรณ์อาจออกนั่งพิจารณาเพื่อทบทวนคำพิพากษาของผู้พิพากษาศาลชั้นต้น โดยมีองค์คณะสามนาย ซึ่งศาลอุทธรณ์อาจพิพากษาตามหรือกลับความเห็นของศาลชั้นต้น

ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา (the United States Supreme Court)

ศาลฎีกา (the United States Supreme Court) เป็นศาลสูงสุดในระบบศาลสหรัฐ (Federal Judiciary) ซึ่งประกอบไปด้วยประธานจำนวน 1 นายและผู้พิพากษาอื่นจำนวน 8 นาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้พิพากษาศาลฎีกาทั้ง 9 นายจะนั่งพิจารณาและพิพากษาร่วมกันทุกคดี การรับคดีไว้พิจารณาคือเป็นดุลยพินิจของศาลและจะทำโดยใช้มติ ผู้พิพากษา 4 นาย เฉพาะในบางคดีเช่นกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างรัฐ ศาลฎีกาจะทำหน้าที่เสมือนศาลชั้นต้น หรือศาลอุทธรณ์ในกรณีที่ต้องมีการทบทวนคำพิพากษา แต่โดยทั่วไปแล้ว ศาลฎีกาจะรับพิจารณาเฉพาะคดีที่มีความเห็นขัดแย้งของศาลอุทธรณ์ หรือมีปัญหาสำคัญที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ หรือ มีประเด็นที่ต้องการความชัดเจนของกฎหมายสหรัฐ (Federal Law)⁴²

(3) วิธีพิจารณาคดีความอาญาในชั้นศาลฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ โดยมีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อนำไปเป็นกรอบหรือแนวทางในการปฏิบัติของประชาชนหรือองค์กรต่างๆ การดำเนินคดีอาญาของฝรั่งเศสแบ่งเป็นสองขั้นตอนใหญ่ๆ คือขั้นตอนก่อนฟ้องและขั้นตอนหลังฟ้องคดีอาญา ขั้นตอนก่อนฟ้องเป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนและอัยการ ส่วนขั้นตอนหลังฟ้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรศาล⁴³ การพิจารณาคดีอาญาในชั้นศาลของฝรั่งเศสใช้หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยเพื่อเป็นหลักประกันความเที่ยงธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพราะเมื่อการกระทำทุกอย่างของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย ให้ทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นโจทก์ จำเลย ผู้เกี่ยวข้องกับคดี และประชาชนทั่วไป สามารถเข้าตรวจสอบได้ คู่ความย่อมได้

⁴²http://www.institute.ago.go.th/text/usa_text2_2.doc โปรดดูเพิ่มเติมที่ ดำรง ธรรมารักษ์ และสมโชค เจริญลาภ, แนะนำระบบศาลของสหรัฐอเมริกา.

⁴³ กุมพล พลวัน, “ลักษณะทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญา,” วารสารอัยการ, ฉบับ 39 ปีที่ 4 น.43 (มีนาคม 2524) และสมคิด ณ นคร, “การพิจารณาคดีในศาลฝรั่งเศส,” ตุลพาน, เล่ม 5 ปีที่ 11 น.5 (พฤษภาคม 2505)

หลักประกันว่าศาลจะต้องพิจารณาคดีโดยยุติธรรม และไม่เห็นแก่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด โดยหลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส⁴⁴ อย่างไรก็ตามในการพิจารณาความผิดบางประเภทหรือความผิดบางฐาน เช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง ความผิดฐานกบฏ ความผิดฐานเป็นภัยต่ออารยธรรม ประเทศ รวมทั้งความผิดฐานจารกรรม ศาลอาจสั่งให้พิจารณาคดีโดยลับ รวมทั้งห้ามมิให้มีการรายงานข่าวและพิมพ์เผยแพร่เกี่ยวกับการพิจารณาคดี ในการทำหน้าที่ของศาลฝรั่งเศส นั้นเป็นที่สังเกตว่านอกจากจะมีผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาและพิพากษาคดีแล้ว ยังมีผู้พิพากษาไต่สวนซึ่งทำหน้าที่ไต่สวนคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนหรือมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติว่าต้องมีการไต่สวน เช่น ความผิดเกี่ยวกับการค้ากำไรเกินควร ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง ซึ่งมีความผิดฐานจารกรรม หรือสายลับรวมอยู่ด้วย

(4) วิธีพิจารณาความอาญาในชั้นศาลไทย

ระบบการพิจารณาความอาญาในชั้นศาลของไทยในคดีทั่วไป แบ่งเป็น 3 ระดับ คือศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา⁴⁵ โดยเมื่อมีการฟ้องคดีอาญาจะเริ่มต้นที่ศาลชั้นต้น ซึ่งประกอบด้วย ศาลแขวง ศาลจังหวัด ศาลอาญา ศาลอาญากรุงเทพใต้ ศาลอาญาธนบุรี โดยศาลแขวงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างสูงไว้ให้จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่จะลงโทษจำคุกเกินหกเดือน หรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งโทษจำคุกหรือปรับอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือทั้งสองอย่างเกินอัตราที่กำหนดแล้วไม่ได้⁴⁶ ส่วนศาลชั้นต้นอื่นๆ มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทุกประเภท อย่างไรก็ตามกรณีมีการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสายลับซึ่งถือเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงในทางปฏิบัติอาจพิจารณากันที่ศาลอาญา เพราะถือเป็นศาลกลางของศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทั้งหมด โดยศาลอาญามีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทั้งปวง ไม่ว่าจะความผิดนั้นจะเกิดในท้องที่ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาล หรือมีการสอบสวนในท้องที่ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลหรือไม่ ทั้งนี้คดีนั้นต้องมีอัตราโทษจำคุก

⁴⁴ ปรีญาภรณ์ อุบลสวัสดิ์ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 29 น. 72-76

⁴⁵ พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 1

⁴⁶ พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 25 (5)

เกิน 3 ปีขึ้นไปหรือปรับเกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับคดีที่เกิดขึ้นนอกเขตศาลอาญา เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลอาญาแล้วก็ให้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลอาญาที่จะยอมรับหรือไม่ยอมรับพิจารณาพิพากษาคดีที่ยื่นฟ้องดังกล่าวหรือมีคำสั่งโอนคดีไปยังศาลอื่นที่มีเขตอำนาจ⁴⁷ นอกจากนี้ศาลอาญายังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไทยด้วย

กระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เมื่ออัยการนำผู้ต้องหาไปฟ้องต่อศาลและฟ้องถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ให้ศาลประทับฟ้องไว้พิจารณาโดยไม่ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องก่อน เพราะเป็นคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์⁴⁸ ในการพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผย ต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อโจทก์และจำเลยมาอยู่ต่อหน้าศาลแล้ว และศาลเชื่อว่าเป็นจำเลยจริง ให้อ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง และ ถามว่าได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ จะให้การต่อสู้อย่างไรบ้าง คำให้การ ของจำเลยให้จดไว้ ถ้าจำเลยไม่ยอมให้การ ก็ให้ศาลจดรายงานไว้ และดำเนินการพิจารณาต่อไป⁴⁹ ในการพิจารณาคดีจำเลยมีสิทธิมีทนายไว้คอยว่าคดีให้ฝ่ายตน และเนื่องจากความผิดฐานจรรยากรรมเข้าลักษณะอุกฉกรรจ์ที่อาจต้องรับโทษประหารชีวิต ศาลต้องจัดหาทนายให้แม้จำเลยจะไม่ต้องการก็ตาม⁵⁰

รูปแบบของการสืบพยานนั้นให้โจทก์มีอำนาจเปิดคดีก่อนเพื่อให้ศาลทราบคดีโจทก์ คือแถลงถึงลักษณะของฟ้อง อีกทั้งพยาน หลักฐานที่จะนำสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย เสร็จแล้วให้โจทก์นำพยานเข้าสืบ เมื่อสืบพยานโจทก์แล้ว จำเลยมีอำนาจเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีจำเลย โดยแถลงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งตั้งใจอ้างอิง ทั้งแสดงพยานหลักฐานที่จะนำสืบ เสร็จแล้วให้จำเลยนำพยานเข้าสืบ เมื่อสืบพยานจำเลยเสร็จแล้ว โจทก์และจำเลยมีอำนาจแถลงปิดคดีของตนด้วยวาจา หรือหนังสือ หรือทั้งสองอย่าง⁵¹

⁴⁷ พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 16

⁴⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 162

⁴⁹ เพิ่งอ้าง มาตรา 172

⁵⁰ เพิ่งอ้าง มาตรา 173

⁵¹ เพิ่งอ้าง มาตรา 174

ในชั้นสืบพยานของคดีจารกรรมแม้จำเลยจะให้การรับสารภาพตามฟ้อง ศาลจะพิพากษาโดยไม่สืบพยานหลักฐานต่อไปไม่ได้ โดยศาลต้องฟังพยานโจทก์ต่อไปจนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำผิดจริง เพราะเป็นคดีที่กำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป⁵² ทั้งนี้การพิจารณาดีความผิดฐานจารกรรม หรือฐานเป็นสายลับหรือความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ศาลมีอำนาจสั่งให้พิจารณาเป็นการลับ เพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศมิให้ล่วงรู้ถึงประชาชนทั่วไป⁵³ โดยอาจให้มีการพิจารณาลับตลอดทั้งคดี หรือลับเฉพาะการสืบพยานบางนัดก็ได้ เมื่อศาลชั้นต้นสืบพยานเสร็จและมีคำพิพากษาแล้ว ทั้งโจทก์และจำเลยมีสิทธิอุทธรณ์ หรือฎีกาได้ตามขั้นตอนเหมือนคดีอาญาทั่วไป

2.2 ตามกฎหมายทหาร

2.2.1 ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิด

ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิดของการเป็นสายลับที่กำหนดไว้ในกฎหมายทหารตามทางปฏิบัติของนานารัฐ ส่วนใหญ่จะมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับที่กำหนดไว้ในกฎหมายภาคสงคราม เช่น ในอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1

(1) กฎหมายทหารของสหรัฐอเมริกา

ตามกฎหมายทหารของสหรัฐฯ⁵⁴ แบ่งความผิดที่เกี่ยวกับสายลับ ออกเป็น 2 ฐาน คือความผิดฐานเป็นสายลับ กับความผิดฐานจารกรรม ดังนี้

ความผิดฐานเป็นสายลับ (Spies) กฎหมายบัญญัติว่า “บุคคลใดก็ตามในภาวะสงครามกระทำการเป็นสายลับ ไม่ว่าจะกระทำ ณ สถานที่แห่งใดก็ตามที่ ภายใต้อำนาจของกองทัพสหรัฐ กระทำบนเรือ บนอากาศยาน คู่ต่อเรือ โรงงาน โรงงาน หรืออุตสาหกรรม หรือที่อื่นใด หรือองค์การที่เข้าร่วมในการกระทำการของสายลับต่อสหรัฐจะมีความผิดฐานเป็น

⁵²เพ็งอ้าง มาตรา 176

⁵³เพ็งอ้าง มาตรา 177

⁵⁴Uniform Code of Military Justice (UCMJ)

สายลับและจะถูกพิจารณาคดีโดยศาลทหาร หรือคณะกรรมการทหาร และต้องรับโทษถึงประหารชีวิต⁵⁵ องค์ประกอบในความผิดฐานเป็นสายลับตามบทบัญญัติดังกล่าวอาจแยกได้ 5 ประการดังนี้

- (1) บุคคลนั้นถูกพบว่าอยู่ในสถานที่หรืออยู่บริเวณใกล้เคียงสถานที่ใดก็ตามที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมของกองทัพสหรัฐฯ
- (2) ต้องมีการปลอมแปลงตัว หรือโกหกหลอกลวง หรือปฏิบัติการอย่างลับๆ
- (3) บุคคลนั้นได้รวบรวมหรือพยายามรวบรวมข้อมูลข่าวสารบางอย่าง
- (4) บุคคลนั้นตั้งใจที่จะส่งข้อมูลข่าวสารที่รวบรวมได้ไปยังฝ่ายศัตรูของสหรัฐฯ
- (5) เป็นการกระทำในภาวะสงคราม

โดยองค์ประกอบความผิดฐานสายลับดังกล่าวบัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกันกับที่บัญญัติในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ทั้งนี้สมาชิกของกองทัพฝ่ายศัตรูที่ทำการรวบรวมข้อมูลข่าวสารโดยอยู่ในชุดเครื่องแบบ หรือผู้ส่งข่าวสารที่ปฏิบัติหน้าที่โดยเปิดเผยไม่ว่าจะเป็นสมาชิกของกองทัพหรือเป็นพลเรือน ไม่มีความผิดฐานนี้ หรือผู้ที่เป็นสายลับตามความหมายดังกล่าวหากว่าได้กลับเข้าร่วมกับกองทัพที่ตนเป็นสมาชิก แล้วมาถูกจับในภายหลังจะไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำจารกรรมของตนที่ผ่านมาแล้ว ส่วนบุคคลที่เป็นผู้อาศัยในดินแดนที่ถูกยึดครอง ที่ไม่ได้กระทำการโกหกหลอกลวง หรือปลอมแปลงตัว หรือปฏิบัติการลับเพื่อรวบรวมข้อมูลข่าวสาร แจ้งข้อมูลข่าวสารที่ตนได้รับรู้มาแก่ฝ่ายศัตรู จะไม่มีความผิดฐานเป็นสายลับ แต่อาจมีความผิดฐานแจ้งข้อมูลข่าวสารหรือติดต่อสื่อสารเพื่อให้ข้อมูลกับฝ่ายศัตรู⁵⁶

ความผิดฐานจารกรรม (Espionage) กฎหมายบัญญัติว่า บุคคลใดก็ตามที่ทำการติดต่อสื่อสาร ส่ง หรือกระจายไป ซึ่งเอกสาร หนังสือ รหัส สัญญาณ ภาพสเก็ตซ์ ภาพถ่าย ฟิล์มขาวดำ ฟิล์มเขียว แผนการ แผนที่ แบบจำลอง บันทึกรหัส ทรานสคริปต์ หรือข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวกับ

⁵⁵ *Ibid*, Art 106

⁵⁶ Punitive Article of the UCMJ Article 106 --Spies <http://usmilitary.about.com/library/milinfo/mcm/bl106.htm>

ความมั่นคงแห่งชาติให้แก่ต่างชาติ⁵⁷ โดยการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อทำให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของสหรัฐฯ และเป็นประโยชน์ต่อต่างชาติ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อม ถือเป็นความผิดฐานจารกรรม การพิจารณาเอาความผิดให้ศาลทหารเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาคดีและโทษที่ได้รับจะหนักหรือเบาให้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้ที่ได้รับโทษประหารชีวิตคือการจารกรรมข้อมูลเกี่ยวกับระเบิดนิวเคลียร์ ดาวเทียมหรือยานอวกาศทางทหาร ระบบเตือนภัย หรือระบบอื่นที่ใช้ตอบโต้การโจมตีขนาดใหญ่ แผนการสงคราม ข้อมูลข่าวกรองทางการสื่อสาร ข้อมูลลับที่ส่งโดยเข้ารหัส ระบบอาวุธที่มีอำนาจสูง หรือแผนกลยุทธ์เพื่อป้องกันประเทศ”⁵⁸ ทั้งนี้ประกอบในความผิดฐานจารกรรมตามบทบัญญัติดังกล่าวอาจแยกได้ 5 ประการ⁵⁹ ดังนี้

(1) มีการติดต่อสื่อสาร ส่ง หรือกระจาย ซึ่งเอกสาร หนังสือ รหัส สัญญาณ ภาพสเก็ตซ์ ภาพถ่าย फिल्मขาวดำ พิมพ์เขียว แผนการ แผนที่ แบบจำลอง บันทึกรหัส หรือข้อมูลข่าวสารอื่นๆ ที่เกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ

(2) ข้อมูลข่าวสารในรูปแบบต่างๆ ตามข้อ (1) ได้ถูกสื่อสาร ส่ง หรือกระจายไปยังต่างชาติทั้งโดยทางตรงและทางอ้อม

(3) การกระทำดัง (1) และ (2) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นไปเพื่อทำความเสียหายต่อผลประโยชน์ของสหรัฐฯ หรือเพื่อประโยชน์ของต่างชาติ

(4) การกระทำที่อาจถูกลงโทษร้ายแรงถึงประหารชีวิต ต้องเป็นการจารกรรมข้อมูลเกี่ยวกับระเบิดนิวเคลียร์ ดาวเทียมหรือยานอวกาศทางทหาร ระบบเตือนภัย หรือระบบอื่นที่ใช้ตอบโต้การโจมตีขนาดใหญ่ แผนการสงคราม ข้อมูลข่าวกรองทางการสื่อสาร ข้อมูลลับที่ส่งโดยเข้ารหัส ระบบอาวุธที่มีอำนาจสูง หรือแผนกลยุทธ์เพื่อป้องกันประเทศ

⁵⁷ต่างชาติ (foreign nation) ตามนิยามของกฎหมายนี้หมายถึงรัฐต่างชาติ กลุ่มองค์กร และกองกำลังทหารที่อยู่นอกดินแดนสหรัฐฯ ไม่ว่าจะกลุ่ม องค์กร หรือกองกำลังทหารนั้น จะได้รับการรับรองจากสหรัฐฯ หรือไม่ ทั้งนี้ให้รวมไปถึงผู้แทน เจ้าหน้าที่ ตัวแทน ลูกจ้าง บุคคลภายใต้บังคับ หรือพลเมืองของรัฐต่างชาติ ของกลุ่ม องค์กร หรือของกองกำลังทหารดังกล่าวด้วย

⁵⁸Uniform Code of Military Justice (UCMJ), Art 106a

⁵⁹Punitive Article of the UCMJ Article 106a—Espionage <http://usmilitary.about.com/library/milinfo/mcm/bl106a.htm>

เป็นที่สังเกตว่ากฎหมายทหารสหรัฐไม่ได้เอาองค์ประกอบในเรื่องของการปฏิบัติกรอย่างลับๆ มาเป็นส่วนหนึ่งของความผิดฐานจารกรรม เหมือนเช่นความผิดฐานเป็นสายลับ ซึ่งอาจเป็นเพราะมุ่งไปที่การคุ้มครองป้องกันข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติไม่ให้ถูกเปิดเผยเป็นหลัก อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติการจะกระทำการดังกล่าวได้จะต้องทำอย่างลับๆ หรือโดยปกปิดอยู่แล้ว เพราะหากกระทำโดยเปิดเผยก็ย่อมไม่สามารถได้ไปซึ่งข้อมูลดังกล่าว หรือไม่สามารถส่งข้อมูลข่าวสารไปยังต่างชาติได้

(2) กฎหมายทหารของอังกฤษ

กฎหมายทหารของอังกฤษไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับสายลับต่างชาติไว้โดยตรงแต่กำหนดความผิดกรณีการช่วยเหลือสายลับต่างชาติไว้ โดยบุคคลที่อยู่ภายใต้สังกัดของกองทัพอังกฤษที่เจตนาติดต่อสื่อสารกับคนของฝ่ายศัตรู ให้ข้อมูลข่าวสารที่อาจเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายศัตรู จัดการหรือเตรียมการสนับสนุนแก่ฝ่ายศัตรู ให้ความอุปถัมภ์ค้ำชูแก่ฝ่ายศัตรูมากกว่าในฐานะนักโทษสงคราม จะถูกลงโทษจำคุก หรือจำคุกตลอดชีวิต⁶⁰ ส่วนในเรื่องลักษณะความผิดฐานเป็นสายลับนั้นอาจถือตามคู่มือทหารของอังกฤษ⁶¹ ซึ่งวางหลักเกณฑ์ของสายลับไว้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 และพิธีสารฉบับที่ 1 ว่าหมายถึงบุคคลที่ปฏิบัติกรอย่างลับๆ หรือโกหกหลอกลวง เพื่อรวบรวมข้อมูลข่าวสารในดินแดนของฝ่ายศัตรูโดยมุ่งที่จะรายงานไปยังคู่สงครามอีกฝ่ายหนึ่ง

(3) กฎหมายทหารของแคนาดา

ความผิดฐานเป็นสายลับของศัตรู (Spies for the Enemy) ในกฎหมายทหารของแคนาดาบัญญัติไว้สั้นๆ ว่า “บุคคลใดก็ตามที่เป็นสายลับให้ฝ่ายศัตรูจะต้องถูกลงโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือโทษจำคุกแล้วแต่กรณี”⁶² โดยไม่ระบุงค์ประกอบของการกระทำผิดเอาไว้ ทั้งนี้องค์ประกอบดังกล่าวอาจดูประกอบกับคู่มือทหารของแคนาดา⁶³ ซึ่งได้กำหนดลักษณะ

⁶⁰The Armed Forces Act 2006

⁶¹UK, LOAC Manual (1981) Section 3

⁶² National Defence Act (R.S., 1985, c. N-5) Canada, Art 78

⁶³Canada, LOAC Manual (1999)

ของการเป็นสายลับตามกฎหมายภาคสงครามไว้โดยอิงกับบทบัญญัติว่าด้วยสายลับตามอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ดังนี้ “สายลับคือบุคคลที่รวบรวมข้อมูลหรือพยายามรวบรวมข้อมูลข่าวสารที่มีคุณค่าทางทหารโดยวิธีโกหกหลอกลวง ปลอมแปลงตัว หรือปฏิบัติการในลักษณะลับๆ โดยสายลับที่ขณะทำการจารกรรมอาจตกเป็นเป้าของการโจมตี และหากถูกจับกุมขณะที่ทำการจารกรรมจะไม่ได้รับสถานะนักโทษสงครามสมาชิกของกองทัพที่สวมเครื่องแบบของกองทัพขณะที่ทำการรวบรวมข้อมูลข่าวสารไม่ถือว่าเป็นการทำจารกรรม ส่วนสมาชิกของกองทัพที่ไม่สวมเครื่องแบบขณะทำการจารกรรมจะถูกปฏิบัติในฐานะเป็นสายลับและสูญเสียสถานะนักโทษสงครามถ้าถูกจับกุมก่อนกลับไปยังกองทัพของตน สายลับที่ไม่อยู่ในเครื่องแบบถือเป็นพลรบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถ้าเข้าร่วมในความเป็นปรีชาจะต้องถูกลงโทษสำหรับการเข้าร่วมนั้น แต่ก่อนที่จะลงโทษจะต้องให้สายลับมีโอกาสได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมโดยกระบวนการทางศาล⁶⁴ สำหรับการจารกรรมหมายถึงการรวบรวมข้อมูลข่าวสารอย่างลับๆ ในแนวหลังของฝ่ายศัตรู หรือพื้นที่ปฏิบัติการทางการทหารขณะที่อยู่ในชุดพลเรือน หรือปลอมแปลงตัว หรืออำพรางตัว และสายลับก็คือบุคคลที่กระทำจารกรรม”⁶⁵

(4) กฎหมายทหารของฝรั่งเศส

คู่มือทหารของฝรั่งเศส⁶⁶ ได้กำหนดลักษณะของการเป็นสายลับตามกฎหมายภาคสงครามไว้โดยอิงกับบทบัญญัติว่าด้วยสายลับตามอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 มาตรา 29 พอสรุปได้ว่าสายลับตามกฎหมายทหารของฝรั่งเศสคือ บุคคลที่รวบรวมข้อมูลหรือพยายามรวบรวมข้อมูลข่าวสารในดินแดนที่มีการสู้รบ โดยวิธีโกหกหลอกลวง ปลอมแปลงตัว หรือปฏิบัติการในลักษณะลับๆ โดยมุ่งที่จะส่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าว ไปให้ฝ่ายศัตรู สายลับที่ถูกจับกุมจะถูกพิจารณาคดีตามกฎหมายภายในของรัฐที่จับกุม สมาชิกของกองทัพที่สวมเครื่องแบบของกองทัพขณะที่ทำการรวบรวมข้อมูลข่าวสารไม่ถือว่าเป็นสายลับ การจะลงโทษสายลับต้องให้ศาลเป็นผู้พิจารณาพิพากษา

⁶⁴ *Ibid*, Art 320. SPIES

⁶⁵ *Ibid*, Art 611. ESPIONAGE

⁶⁶ France, LOAC Manual (2001)

(5) กฎหมายทหารของไทย

ความผิดฐานเป็นสายลับตามกฎหมายทหารของไทย ใช้คำว่าผู้ลักลอบสอดแนม โดยเอาผิดกับเจ้าหน้าที่ของฝ่ายศัตรู (ไม่ระบุว่าเป็นพลรบหรือพลเรือน) ที่ปลอมตัวเพื่อแทรกซึมเข้าไปใน บัอม ค่าย เรือรบ หรือสถานที่ใดๆ อันเป็นที่สำหรับการทหาร หรือที่มีกองทหารตั้งอยู่ โดยให้ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ลักลอบสอดแนม ที่จะต้องถูกลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต นอกจากนี้ยังให้เอาผิดกับคนไทยหรือคนชาติใดก็ตามที่เมื่อรู้ว่ามีกระทำการสอดแนมของศัตรูแล้วช่วยปิดบังซ่อนเร้น หรือช่วยเหลือด้วยวิธีอื่นใด โดยบุคคลที่ให้ความช่วยเหลือนี้จะได้รับโทษเช่นเดียวกันกับผู้ลักลอบสอดแนม⁶⁷

2.2.2 การดำเนินคดีในชั้นสอบสวน

การที่จะฟ้องคดีในศาลทหารโดยปกติ ต้องผ่านกระบวนการสืบสวนสอบสวนก่อน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนซึ่งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนหรือเจ้าหน้าที่ทางทหารก็ได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายและวิธีปฏิบัติของแต่ละประเทศ

⁶⁷ ประมวลกฎหมายอาญาทหาร พ.ศ.2454

มาตรา 14 ผู้ใดเป็นราชศัตรู แลมันปลอมตัวล่องเข้าไปใน บัอม ค่าย เรือรบ หรือสถานที่ใดๆ อันเป็นของสำหรับทหาร หรือมีทหารของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวตั้งอยู่ไซ้รู้ ท่านว่ามันเป็นผู้ลักลอบสอดแนม ให้เอาตัวมันไปประหารชีวิตเสีย หรือมิฉะนั้นให้จำคุกมันไว้จนตลอดชีวิต

มาตรา 15 ผู้ใดปิดบังซ่อนเร้น หรือช่วยราชศัตรูที่กระทำเช่นว่ามาในมาตรา 14 โดยที่มันรู้ชัดว่าเป็นราชศัตรูก็ดี มันปิดบังซ่อนเร้น หรือช่วยผู้ลักลอบสอดแนมโดยที่รู้ชัดแล้วก็ดี ท่านว่าโทษมันถึงต้องประหารชีวิต หรือมิฉะนั้นให้จำคุกมันไว้จนตลอดชีวิต

(1) การดำเนินคดีในชั้นสอบสวนของอังกฤษ

เมื่อมีการกล่าวหาว่ามีการกระทำผิดตามกฎหมายทหารในเขตรับผิดชอบของตน ผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยทหารนั้นต้องทำการสอบสวนโดยสั่งให้หน่วยงานต้นสังกัดของตนทำการสอบสวนกรณีความผิดเล็กน้อยไม่ซับซ้อน หรือให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทหาร (Royal Military Police) ซึ่งทำหน้าที่เสมือนพนักงานสอบสวนของฝ่ายทหารทำการสืบสวน หากไม่มีการสอบสวนจะแจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้ โดยกระบวนการในชั้นสอบสวน ต้องมีการแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาก่อนและเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ทราบถึงสิทธิของตนในการที่จะต่อสู้คดี⁶⁸

(2) การดำเนินคดีในชั้นสอบสวนของสหรัฐอเมริกา

รูปแบบการดำเนินคดีตามกฎหมายทหารในชั้นต่างๆ ของสหรัฐฯ มีลักษณะเช่นเดียวกันกับอังกฤษ โดยเมื่อมีการกล่าวหาว่ามีการกระทำผิดตามกฎหมายทหาร ผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยทหารนั้นต้องทำการสอบสวนโดยสั่งให้หน่วยงานต้นสังกัดของตนทำการสอบสวนเบื้องต้น หรือขอให้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ด้านการสอบสวนของฝ่ายทหาร หรือฝ่ายพลเรือนทำการสอบสวน ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิดในกรณีที่ความผิดนั้นเป็นการร้ายแรงและมีความสลับซับซ้อนมากอาจมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนอิสระขึ้นทำการสอบสวน⁶⁹

(3) การดำเนินคดีในชั้นสอบสวนของแคนาดา

องค์กรที่ทำหน้าที่สอบสวนและฟ้องคดีในศาลทหารเป็นองค์กรเดียวกันคือ อัยการทหาร (Military Prosecution) บทบาทของอัยการทหารภายใต้ระบบยุติธรรมทหาร ประกอบด้วย หน้าที่ให้คำแนะนำและสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับการกระทำผิดทางอาญาหรือความผิดวินัยทหาร กลั่นกรองคดี และเป็นผู้ดำเนินคดีในฐานะโจทก์ในศาลทหาร ทั้งนี้การ

⁶⁸ สายันต์ ขุนขจี “ระบบศาลทหาร” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.96

⁶⁹ เพิ่งอ้าง, น. 98-99

ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ขึ้นต่ออธิบดีอัยการทหาร (Director of Military Prosecutions) และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้ากรมพระธรรมนูญ⁷⁰

(4) การดำเนินคดีในชั้นสอบสวนของฝรั่งเศส

องค์กรที่ทำหน้าที่สอบสวนและเป็นโจทก์ฟ้องคดีในศาลทหารของฝรั่งเศส เป็นองค์กรเดียวกัน คือ Le commissaire du gouvernement โดยมีเจ้าหน้าที่ตำรวจยุติธรรมเป็นผู้ช่วยเหลือ Le commissaire du government มีอำนาจหน้าที่เป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐานและหาตัวผู้กระทำความผิดตามวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมกำหนด ในกรณีจำเป็นผู้บังคับบัญชาหน่วยทหารอาจเป็นผู้ทำหน้าที่รวบรวมพยานหลักฐานและหาตัวผู้กระทำความผิดภายในหน่วยของตน หรือมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ตำรวจยุติธรรมประจำกองทัพเป็นผู้ทำหน้าที่แทน⁷¹

(5) การดำเนินคดีในชั้นสอบสวนของไทย

องค์กรที่ทำหน้าที่สอบสวนและฟ้องคดีในศาลทหารเป็นองค์กรเดียวกันคือสำนักงานอัยการทหาร อัยการทหารของไทยมีอำนาจและหน้าที่หลักคือเป็นโจทก์ฟ้องและดำเนินคดีอาญาในศาลทหาร นอกจากนี้ยังมีอำนาจสอบสวนคดีอาญาทั้งปวงที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร และหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด⁷² เช่น มีอำนาจสอบสวนเพิ่มเติมด้วยตนเองได้ในกรณีเห็นว่าสำนวนการสอบสวนที่ส่งมามีข้อบกพร่อง ออกหมายเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำหรือให้ส่งเอกสาร วัตถุ หรือสิ่งอื่นใดที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานได้

อำนาจหน้าที่ของอัยการทหารในชั้นพิจารณาสำนวนคดี

สำนวนสอบสวนที่ส่งมายังอัยการทหารนั้นมี 2 ทางคือ

1) จากพนักงานสอบสวน ซึ่งหมายความถึงพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁷⁰<http://www.forces.gc.ca/jag/justice/prosecutions-poursuites-eng.asp>

⁷¹ ลายันต์ ขุนขจี อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 68 น. 114-115

⁷² ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยอัยการทหาร พ.ศ.2499

2) จากฝ่ายทหาร ซึ่งหมายความถึงนายทหารพระธรรมนูญหรืออัยการทหารหรือนายทหารชั้นสัญญาบัตร ซึ่งผู้บังคับบัญชาสั่งให้ทำการสอบสวน

เมื่ออัยการทหารรับสำนวนการสอบสวนมาแล้ว ไม่ว่าจะส่งมาจากพนักงานสอบสวนหรือฝ่ายทหารก็ตามต้องตรวจดูว่ามี การแจ้งข้อหาให้ผู้ต้องหา นั้นทราบว่าเขาได้กระทำความผิดฐานใดบ้าง อัยการทหารต้องรายงานการคดีเสนอต่อผู้บังคับบัญชามีอำนาจสั่งคดีให้ครบทุกข้อหา และผู้บังคับบัญชาจะต้องสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องให้ครบทุกข้อหาที่ผู้สอบสวนตั้งข้อหา ถ้าปรากฏว่าผู้ที่มีอำนาจสั่งคดียังสั่งไม่ครบถ้วนทุกข้อหาที่เสนอ เป็นหน้าที่ของอัยการทหารที่จะต้องตรวจตราคำสั่งของผู้มีอำนาจสั่งคดี ถ้าเห็นว่ายังไม่ครบถ้วน ให้อัยการเสนอขอให้ผู้มีอำนาจสั่งคดี ได้พิจารณาถึงการเสียให้ครบถ้วน การสั่งคดีของอัยการทหารดังกล่าวจึงไม่เหมือนกับอัยการพลเรือน อัยการทหารไม่มีอำนาจสั่งคดีได้ในตัวเอง ต้องเสนอรายงานการคดีให้ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้สั่ง ซึ่งเมื่อผู้บังคับบัญชาสั่งคดีไปอย่างใดก็ถือเป็นเด็ดขาด ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามหลักการปกครองบังคับบัญชาของทหาร ซึ่งการกระทำของทหารไม่ว่าเรื่องใดจะต้องมีผู้บังคับบัญชาเข้าเกี่ยวข้องรับรู้ด้วยเสมอ

2.2.3 การดำเนินคดีในชั้นสั่งฟ้อง

การดำเนินคดีในชั้นสั่งฟ้องโดยทั่วไปแล้วเป็นอำนาจหน้าที่ของอัยการทหารที่จะเป็นผู้นำคดีมาฟ้องต่อศาลและปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นโจทก์ในศาลทหาร โดยการทำหน้าที่ดังกล่าวอาจมีรูปแบบที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

(1) การดำเนินคดีในชั้นสั่งฟ้องของอังกฤษ

องค์กรที่ทำหน้าที่ฟ้องคดีในศาลทหาร คืออัยการทหาร (Prosecuting Authority) ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอิสระจากสายบังคับบัญชา อัยการเป็นผู้พิจารณาว่าจะฟ้องผู้ต้องหาหรือไม่ และการตั้งข้อกล่าวหาว่าควรฟ้องในความผิดฐานใด ด้วยพยานหลักฐานใดบ้าง รวมทั้งกำหนดว่าจะฟ้องต่อศาลทหารประเภทใด โดยอัยการทหารจะเป็นโจทก์ในคดีอาญาทุกคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลทหาร และรับผิดชอบโดยตรงต่ออัยการทหารสูงสุด⁷³

⁷³ สายนต์ ขุนขี้ อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 68 น. 96

(2) การดำเนินคดีในชั้นสั่งฟ้องของสหรัฐอเมริกา

องค์กรที่ทำหน้าที่ฟ้องคดีในศาลทหาร เรียกว่า Trial Counsel ซึ่งเป็นนายทหารเหล่าพระธรรมนูญที่สำเร็จการศึกษาทางกฎหมายและได้รับการรับรองความรู้ความสามารถจากเจ้ากรรมพระธรรมนูญ Trial Counsel มีหน้าที่นำคดีฟ้องต่อศาลทหารและเป็นโจทก์ในศาลทหารในนามของรัฐบาลสหรัฐฯ⁷⁴

2.2.4 วิธีพิจารณาความอาญาในชั้นศาล

การดำเนินคดีตามกฎหมายทหารในชั้นศาลโดยทั่วไปแล้วเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลทหาร โดยวิธีพิจารณาของศาลทหารมีหลักการเช่นเดียวกันกับวิธีพิจารณาของศาลพลเรือนที่มีอำนาจพิพากษาคดีอาญาทั่วไป แต่อาจมีรูปแบบที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เช่นถ้าประเทศใดใช้วิธีการพิจารณาระบบกล่าวหา ศาลทหารของประเทศนั้นก็จะใช้ระบบกล่าวหาด้วย ประเทศใดใช้ระบบไต่สวนศาลทหารของประเทศนั้นก็จะใช้ระบบไต่สวนด้วย

(1) วิธีพิจารณาความอาญาในศาลทหารอังกฤษ

กระบวนการพิจารณาของศาลทหารอังกฤษใช้ระบบกล่าวหาเหมือนศาลพลเรือน ผู้ที่ตกเป็นจำเลยในศาลทหารจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจำเลยจะให้การรับสารภาพด้วยความสมัครใจหรือพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ก่อนเริ่มฟ้องคดีจะต้องผ่านการสืบสวนสอบสวนโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่มีอำนาจสอบสวน และก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณาจะต้องแจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ถูกกล่าวหาให้ทราบก่อน โดยฝ่ายโจทก์มีภาระพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรฐานการสืบพยานหลักฐาน จำเลยไม่มีหน้าที่พิสูจน์ว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์ จำเลยมีสิทธิแต่งตั้งทนายเข้ามาแก้ต่างคดีให้ได้ ในกรณีที่จำเลยให้การรับสารภาพว่ากระทำผิดจริงตามข้อกล่าวหา ศาลจะรับฟังข้อเท็จจริงจากฝ่ายโจทก์ รวมทั้งรายงานอื่นๆ และคำร้องขอให้ลดหย่อนผ่อนโทษจากฝ่ายจำเลย เพื่อประกอบในการวินิจฉัยคดีต่อไป ในกรณีที่จำเลยให้การปฏิเสธ ฝ่ายโจทก์ต้องแถลงเปิดคดี แล้วนำพยานเข้าสืบโดยฝ่ายโจทก์เป็นฝ่ายซักถามพยานก่อนจากนั้นจึงให้ฝ่ายจำเลยถามค้าน แล้วให้ฝ่ายโจทก์ถามติงเฉพาะประเด็นที่ถูกถามค้าน ในระหว่างการพิจารณา

⁷⁴Uniform Code of Military Justice (UCMJ), Art 38

ตุลาการพระธรรมนูญมีหน้าที่วินิจฉัยประเด็นทางกฎหมาย เช่นพยานหลักฐานต้องห้ามรับฟังหรือไม่ เป็นการพิจารณาซ้ำหรือไม่ ส่วนคณะลูกขุนมีหน้าที่รับฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่⁷⁵

ศาลทหารของอังกฤษซึ่งเป็นประเทศในระบบ Common Law ใช้วิธีการพิจารณาแบบกล่าวหา (Accusatorial System) โดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาในภาวะสงครามไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากเวลาปกติ องค์ประกอบของศาลประกอบด้วยตุลาการพระธรรมนูญ (Judge Advocate) และคณะลูกขุน (penal) คือมีคณะลูกขุนร่วมเป็นองค์คณะในการพิจารณา โดยมีขั้นตอนการทำคำพิพากษาในคดีอาญา 2 ขั้นตอนคือ การวินิจฉัยข้อเท็จจริง (finding) และการทำคำพิพากษา (sentence)

ในศาลทหารของอังกฤษการวินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะลูกขุนโดยเด็ดขาด ตุลาการพระธรรมนูญไม่มีสิทธิเข้าร่วมวินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าว ส่วนการทำคำพิพากษาของศาลทหารอังกฤษ เมื่อคณะลูกขุนวินิจฉัยข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติแล้วว่าจำเลยกระทำความผิด คณะลูกขุนและตุลาการพระธรรมนูญจะร่วมกันทำคำพิพากษา โดยลูกขุนแต่ละคนมีสิทธิแสดงความเห็นและลงคะแนนเสียงได้เท่าเทียมกัน แต่ทั้งนี้ต้องรับฟังคำแนะนำเกี่ยวกับหลักการและข้อกฎหมายของตุลาการพระธรรมนูญ⁷⁶

(2) วิธีพิจารณาความอาญาในศาลทหารสหรัฐอเมริกา

ระบบการพิจารณาของสหรัฐฯ เป็นระบบที่มีคณะลูกขุนเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริง และมีเงื่อนไขการนำคดีขึ้นสู่ศาลทหารเหมือนกันกับของอังกฤษ โดยก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาลจะต้องทำการสืบสวนเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำผิดนั้นก่อนแล้วจึงตั้งข้อหาและแจ้งข้อกล่าวหาเพื่อให้ทราบรายละเอียดเกี่ยวกับข้อกล่าวหา จากนั้นจึงส่งสำนวนไปยังผู้มีส่วนตั้งศาลเพื่อพิจารณาและขอคำแนะนำจากทหารพระธรรมนูญว่าสมควรตั้งศาลประเภทใดพิจารณาคดีตามข้อหาดังกล่าว กระบวนการทางศาลทหารของสหรัฐฯ ถือเป็นกระบวนการที่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law) ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ามีความผิด จะได้รับความคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหรัฐฯ ผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิมีทนายเพื่อคอย

⁷⁵ สายนต์ ขุนขจี อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 68 น. 97-98

⁷⁶ เจริญธรรมที่ 105

ช่วยเหลือต่อสู้คดี รัฐบาลต้องนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลภายใน 120 วัน นับแต่วันตั้งข้อกล่าวหา หรือภายใน 90 วันนับแต่ผู้ถูกกล่าวหาถูกควบคุมตัว⁷⁷

การพิจารณาของศาลทหาร⁷⁸ จะมีกระบวนการไต่สวนอย่างเป็นทางการก่อนการพิจารณา (formal pretrial investigation) ซึ่งเทียบได้กับกระบวนการพิจารณาของคณะลูกขุนใหญ่ (grand jury) ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของศาลพลเรือน วิธีพิจารณาใช้ระบบกล่าวหาเช่นเดียวกับศาลพลเรือนที่พิจารณาคดีอาญาทั่วไป โดยคู่ความแต่ละฝ่ายต่างมีสิทธิอ้างพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนอย่างเต็มที่ทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย การสืบพยานโจทก์มีหน้าที่สืบพยานก่อนแล้วให้จำเลยนำพยานเข้าสืบภายหลัง

(3) วิธีพิจารณาความอาญาในศาลทหารแคนาดา

การนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลทหารต้องมีการเสนอข้อกล่าวหาไปยังหัวหน้าอัยการทหาร (Director of Military Prosecutions) ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาข้อกล่าวหาที่จะให้มีการดำเนินคดีในศาลโดยมีนายทหารสัญญาบัตรที่เป็นเนติบัณฑิตหรือทนายความที่เป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาคอยช่วยเหลือ เมื่อเห็นสมควร หัวหน้าอัยการจะฟ้องผู้ต้องหาในข้อหาที่นั้น หรือข้อกล่าวหาอื่นตามข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ปรากฏ การพิจารณาคดีของศาลจะทำได้ต่อเมื่อหัวหน้าอัยการทหารหรือผู้ทำการแทนเป็นผู้เสนอข้อกล่าวหาพร้อมกำหนดประเภทของศาลทหารไปยังหัวหน้าสำนักงานศาลทหาร โดยหัวหน้าสำนักงานศาลทหารจะเป็นผู้สั่งเปิดศาลทหารและตั้งคณะลูกขุนต่อไป⁷⁹

⁷⁷ เติ้งอ๋าง น.168

⁷⁸ ศาลทหารชั้นต้นของสหรัฐฯ มี 2 ประเภท คือ summary courts-martial ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีความผิดเล็กน้อยกับ general courts-martial ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีทั่วไปทุกประเภท รวมทั้งคดีที่มีโทษประหารชีวิต เช่น คดีที่ถูกกล่าวหาว่าทำความผิดฐานเป็นสายลับ ศาลทหารตามบริบทหมายถึงศาล general courts-martial

⁷⁹ สายันต์ ขุนขจี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68 น. 101

การพิจารณาคดีของศาลต้องทำโดยเปิดเผย สาธารณชนทั่วไปสามารถเข้ารับฟัง การพิจารณาได้ เว้นแต่กรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยสาธารณะ ศีลธรรมอันดี ของประชาชน ความยุติธรรม หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ ก่อนเริ่ม การพิจารณาคดีต้องอ่านรายชื่อตุลาการพระธรรมนูญและคณะลูกขุนให้คู่ความฟังเพื่อให้ โอกาสคู่ความคัดค้านตามระเบียบที่กำหนด อย่างไรก็ตามหลังจากตั้งเปิดศาลทหารแล้ว ก่อนตั้งคณะลูกขุนตุลาการจะออกนั่งพิจารณาคำร้อง หรือคำคัดค้าน และรับฟังคำให้การรับ สารภาพของจำเลย ซึ่งหากไม่มีข้อกล่าวหาอื่นๆ ที่จำเลยปฏิเสธ ตุลาการมีอำนาจพิพากษา ต่อไปได้เลย ศาลมีอำนาจแก้ไขข้อกล่าวหาในกรณีที่เห็นว่าข้อกล่าวหาอันมีความบกพร่อง และไม่ทำให้โอกาสสู้คดีของจำเลยเสียหาย แต่หากจำเลยร้องขอศาลต้องเลื่อนการพิจารณา คดีออกไปเพื่อให้จำเลยมีเวลาเตรียมการสู้คดี⁸⁰

(4) วิธีพิจารณาความอาญาในศาลทหารฝรั่งเศส

ศาลทหารของฝรั่งเศสมีวิธีพิจารณาทั้งในเวลาปกติและเวลาสงคราม วิธีพิจารณา ของศาลใช้ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ตามแบบฉบับของประเทศที่ใช้ระบบ กฎหมาย Civil Law เช่นเดียวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาพลเรือน โดยมีการถ่วงดุล อำนาจระหว่างองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง วิธีพิจารณาความในศาลทหารของฝรั่งเศส แบ่งเป็น 3 ชั้น คือ

ชั้นเตรียมการไต่สวน องค์กรที่ทำการไต่สวนคือตุลาการไต่สวนซึ่งจะเป็นผู้พิจารณา ว่าศาลทหารจะรับคดีไว้พิจารณาได้หรือไม่ กรณีเห็นว่ากระทำตามที่ฟ้องไม่เป็นความผิดให้ ปลดปล่อยตัวผู้ต้องหา แต่กรณีที่เห็นว่ากระทำตามที่ฟ้องเป็นความผิดซึ่งอยู่ในอำนาจของศาล ทหารให้นำตัวจำเลยมายังศาล

ชั้นไต่สวน เป็นกระบวนการพิจารณาเพื่ออธิบายกฎหมายและกระบวนการ พิเคราะห์โดยย่อ เรียกพยานหลักฐานในชั้นเตรียมการไต่สวน และอ่านคำสั่งรับคดีไว้พิจารณา

ชั้นดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าองค์คณะพิพากษา เป็นไปตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกระบวนการพิจารณาต่อหน้าองค์คณะ คำพิพากษา ของศาลทหารฝรั่งเศสสามารถโต้แย้งได้โดยการอุทธรณ์ไปยังศาลชั้นฎีกา⁸¹

⁸⁰ เฝิงอ๋าง น. 102-103

⁸¹ เฝิงอ๋าง น. 114-115

ฝรั่งเศส เป็นประเทศที่กำหนดวิธีพิจารณาของศาลทหารในเวลาสงครามไว้เป็นพิเศษ โดยให้รัฐมนตรีกลาโหมเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ โดยมอบให้ศาลทหารเป็นผู้ใช้อำนาจแทน และให้ Le commissaire du government เป็นผู้สืบสวนคดีอาญาที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร โดยมีเจ้าหน้าที่ตำรวจยุติธรรมประจำกองทัพ และเจ้าหน้าที่ตำรวจยุติธรรมพลเรือนเป็นผู้ช่วยเหลือ กระบวนการพิจารณาในชั้นเตรียมการไต่สวนและกระบวนการพิจารณาในชั้นไต่สวนให้นำกระบวนการพิจารณาในเวลาปกติมาใช้บังคับ แต่สำหรับนอกเขตนครหลวงให้ศาลพลเรือนมีเขตอำนาจเป็นตุลาการไต่สวนด้วย⁸²

5) วิธีพิจารณาความอาญาในศาลทหารไทย

ศาลทหารของไทยจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 นอกจากจะมีลักษณะเช่นเดียวกับพระธรรมนูญศาลยุติธรรมที่จัดตั้งศาลยุติธรรมแล้ว พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารยังมีบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความในศาลทหาร รวมไปถึงบทบัญญัติในเรื่องการแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการอีกด้วย จึงเป็นการนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับระบบศาลและตุลาการทั้งหมดมารวมไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน

ศาลทหารสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ

- (1) ศาลทหารในเวลาปกติ
- (2) ศาลทหารในเวลาไม่ปกติ
- (3) ศาลอาญาศึก

ศาลทหารในเวลาปกติ

ศาลทหารในเวลาปกติคือศาลทหารที่ดำเนินการอยู่ในช่วงเวลาที่บ้านเมืองสงบสุข ไม่มีศึกสงคราม โดยศาลทหารในเวลาปกติจะมีการพิจารณาพิพากษาคดีที่สามารถอุทธรณ์และฎีกาได้สามชั้น ดังนั้นศาลทหารในเวลาปกติจึงประกอบด้วย

- ก. ศาลทหารชั้นต้น
- ข. ศาลทหารกลาง (ชั้นอุทธรณ์)
- ค. ศาลทหารสูงสุด (ชั้นฎีกา)

⁸² เฝิงอ๋าง น. 121

ศาลทหารในเวลาไม่ปกติ

เวลาไม่ปกติหมายถึงในเวลาที่มีการรบ หรือสถานการณ์สงคราม หรือได้ประกาศใช้กฎอัยการศึก ศาลทหารซึ่งมีอยู่แล้วในเวลาปกติคงพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ตามอำนาจ แต่ถ้าผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ประกาศ หรือผู้บัญชาการทหารสูงสุดได้สั่งตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก ให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาใด ๆ อีกรู้ให้ศาลทหารพิจารณาพิพากษาคดีอาญาตามประกาศ หรือคำสั่งนั้นได้ด้วย เมื่อหมดภาวะการรบ หรือสถานะสงคราม หรือเลิกใช้กฎอัยการศึก ศาลทหาร ยังคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ค้างอยู่ในศาล หรือที่ยังมิได้ฟ้องโดยมีอำนาจแต่งตั้งตุลาการ หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมมีอำนาจสั่งโอนคดี หรือส่งผู้ต้องหาไปดำเนินคดียังศาลทหารแห่งอื่นได้และให้การพิจารณาพิพากษาคดีเช่นนี้มีอำนาจและหน้าที่ดังศาลทหารในเวลาไม่ปกติ⁸³

ศาลอาญาศึก

ศาลอาญาศึกเป็นศาลทหารอีกประเภทหนึ่งที่ได้แยกออกมาต่างหากจากศาลทหารในเวลาปกติและศาลทหารในเวลาไม่ปกติ การตั้งศาลอาญาศึกจะเกิดขึ้นได้เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ดังนี้

- (1) เมื่อมีการรบเกิดขึ้น โดยได้มีการกำหนดเขตยุทธบริเวณ
- (2) ในเขตยุทธบริเวณดังกล่าว มีกำลังทหารไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือมีเรือรบ ป้อม หรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหาร
- (3) ผู้บังคับบัญชาของกองกำลังทหารที่ไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือผู้บังคับบัญชาประจำเรือรบ ป้อม หรือที่มั่นดังกล่าวตามข้อ 2 หรือผู้ทำการแทนผู้บังคับบัญชาดังกล่าว ได้ตั้งศาลอาญาศึกขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีอาญาที่เกิดขึ้นในยุทธบริเวณนั้น ๆ

วิธีพิจารณาคดีในศาลทหาร

พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร กำหนดให้ศาลทหารใช้วิธีพิจารณาคดีตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ซึ่งออกตามกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับก่อน ซึ่งถ้าไม่มีจึงจะนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้ และถ้าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มี จึงให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ ซึ่งพอสรุปได้ว่า กรณีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารไปกระทำความผิดอาญาที่อยู่ในอำนาจศาลทหารนั้น ถ้าผู้เสียหาย

⁸³พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร มาตรา 36

ไม่ใช่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร จะต้องไปแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเพื่อสอบสวนแล้วส่งสำนวนคดีให้อัยการทหารเป็นผู้ฟ้องคดีในศาลทหาร แต่ถ้าผู้เสียหายเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารก็อาจแต่งตั้งทนายความ หรือทนายทหาร เพื่อฟ้องคดีต่อศาลทหารเองได้ หรือในกรณีที่เป็นการผิดตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร ผู้บังคับบัญชาจะต้องแต่งตั้งกรรมการสอบสวน หรืออาจให้นายทหารพระธรรมนูญเป็นผู้สอบสวน เมื่อสอบสวนเสร็จแล้วจึงส่งสำนวนคดีให้อัยการทหารเพื่อฟ้องคดีต่อศาลทหารต่อไป

เมื่อศาลทหารชั้นต้นได้มีคำพิพากษาแล้ว เป็นหน้าที่ของจำศาลทหาร จะต้องแจ้งผลคดีนั้นไปให้ผู้บังคับบัญชาของจำเลยทราบ และพิจารณาว่าจะอุทธรณ์หรือฎีกาหรือไม่ ถ้ามีความประสงค์จะอุทธรณ์ หรือฎีกา ก็สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ – ฎีกาได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลอ่านคำพิพากษาให้คู่ความฟัง และเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ในขั้นตอนการบังคับตามคำพิพากษาจำศาลทหารก็จะดำเนินการแจ้งคำพิพากษานั้นให้ผู้บังคับบัญชาทหารเพื่อดำเนินการบังคับโทษ⁸⁴

⁸⁴ เกร็ดความรู้เรื่องศาลทหาร กองพระธรรมนูญ กรมสารบรรณทหาร

