

### บทที่ 3

## กรณีศึกษาและปัญหาที่เกิดขึ้นภายในคดี Arrest Warrant

### 1 ความเป็นมาแห่งคดี

ศาลเบลเยียมได้ออกหมายจับสากลลงวันที่ 11 เมษายน ค.ศ.2000 ต่อ นาย Yerodia ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งเป็น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก หรือประเทศคองโก ตามที่ประเทศเบลเยียมได้มีแนวคิดที่มุ่งมั่น จะปราบปรามการกระทำคามผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม (ซึ่งถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ) โดยหลักกฎหมายธรรมนูญของเบลเยียมอนุญาตให้ศาลภายในของประเทศเบลเยียมใช้ เขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำผิดต่ออาชญากรรมดังกล่าว โดยไม่คำนึงถึงสถานที่ และไม่ว่าจะเป็นบุคคลใด และต่อใคร ยิ่งกว่านั้นยังอนุญาตให้ศาลภายในสามารถปฏิเสธความคุ้มกัน (immunity) ทางตำแหน่งราชการใด ๆ ซึ่งอยู่ในมาตรา 7 ของกฎหมายเบลเยียม

เนื่องจากนาย Yerodia ได้กระทำความผิดฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยกระทำและร่วมกระทำความผิดฝ่าฝืนอย่างร้ายแรง (grave breaches) ซึ่งอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมของอนุสัญญาฯ ซึ่งเขาได้กระทำความผิดดังกล่าวขณะที่เขาดำรง ตำแหน่งเป็นเลขาธิการของประธานาธิบดีของประเทศคองโกคนก่อนคือ ประธานาธิบดี Laurent Kabila โดยนาย Yerodia ได้ปราศรัยเพื่อปลุกกระดมให้มีการสังหารหมู่ชาว Tutsi ที่อาศัยอยู่ใน Kinshasa ในปี 1998 ซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่นาย Yerodia ดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวง การต่างประเทศ จึงทำให้ประเทศคองโกร้องขอไปยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ( ICJ) ให้ ประเทศเบลเยียมยกเลิกหมายจับดังกล่าว โดยอ้างหลักกฎหมาย 2 ประการคือ ประการแรก ประเทศคองโกถือว่าประเทศเบลเยียมฝ่าฝืนหลักที่ว่า รัฐไม่สามารถใช้อำนาจของรัฐเหนือ อาณาเขตของรัฐอื่น และหลักการที่ว่าทุกรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติ อย่างเท่าเทียมกัน ตามกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 2(1) และมาตรา 41 วรรค 2 ของอนุสัญญา กรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต 1961 กับอีกประการหนึ่งคือ การออกหมายจับของ

ประเทศเบลเยียมเป็นการฝ่าฝืน หลักความคุ้มกันทางการทูต (diplomatic Immunity) เพราะขณะที่เบลเยียมออกหมายจับ นาย Yerodia ดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ แต่ในท้ายที่สุดประเทศคองโกอ้างเพียงว่า หมายจับดังกล่าวฝ่าฝืนหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เกี่ยวกับ สิทธิอันล่วงละเมิดมิได้ (Inviolability) และหลักในเรื่องความ คุ้มกัน(Immunity) จากการดำเนินคดีอาญาต่อผู้ที่ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ทำให้คดีนี้มีประเด็นทางกฎหมายหลายประเด็น แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเน้นในเรื่องของความคุ้มกันกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเป็นขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

## 2. ประเด็นที่ได้จากการศึกษาคดี

### 2.1 ประเด็นตามคำฟ้องของคองโก

#### 2.1.1 การออกหมายจับของเบลเยียมฝ่าฝืนหลักความเสมอภาคทางอำนาจอธิปไตยของรัฐ

เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศมีหลักในเรื่องเขตอำนาจของรัฐว่า รัฐทุกรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยมีฐานะเท่าเทียมกัน (par in parem non habet imperium<sup>1</sup>) รัฐมีอำนาจที่จะตรากฎหมายควบคุมความประพฤติต่างๆ ที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของตน และมีอำนาจที่จะบังคับการให้ เป็นไปตามกฎหมายที่ตนได้บัญญัติขึ้นภายในเขตอำนาจของตน ดังนั้นในทางตรงกันข้าม รัฐจึงไม่มีอำนาจที่จะออกกฎหมายควบคุมพฤติกรรมที่จะบังคับใช้กับประเทศอื่นๆทุกหนทุกแห่งในโลกได้นั้นก็หมายความว่า รัฐย่อมไม่มีอำนาจที่จะส่งตำรวจ หรือผู้พิพากษาของตนออกไปจับ หรือพิจารณาและลงโทษผู้กระทำความผิดภายนอกเขตอำนาจของตนด้วย

ประเภทของทฤษฎีเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐในการบังคับใช้กฎหมายนั้น อาจแบ่งได้เป็น 5 ประเภท<sup>2</sup> คือ

<sup>1</sup><http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Sessions/Defence-Submission-01-02.html>

<sup>2</sup>ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เล่ม 2 : รัฐ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) น. 41-50.

1. หลักดินแดน (Territorial Principle) รัฐทุกรัฐย่อมมีเขตอำนาจเหนือคดีอาญาที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้นในดินแดนของตน ไม่ว่าจะผู้กระทำความผิด หรือผู้เสียหายจะถือสัญชาติใด

2. หลักสัญชาติ (Nationality Principle) รัฐมีเขตอำนาจเหนือผู้กระทำความผิดอาญาที่ถือสัญชาติของรัฐนั้น ไม่ว่าจะผู้นั้นจะอยู่แห่งหนใดก็ตาม รัฐเจ้าของสัญชาติจึงมีเขตอำนาจรัฐเหนือคนชาติของตนเอง แม้ความผิดอาญาที่คนชาตินั้นก่อ จะได้กระทำนอกดินแดนของรัฐก็ตาม

3. หลักป้องกัน (Protective Principle) รัฐนำมาอ้างเพื่อขยายเขตอำนาจรัฐของตนเองเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐตน แม้ว่าการกระทำผิดนั้นจะเกิดนอกดินแดนของตนก็ตาม

4. หลักคนชาติเป็นผู้กระทำ (Passive Personal Principle) หลักนี้คุ้มครองคนชาติที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมต่างด้าวที่ได้กระทำความผิดอาญานอกดินแดนของรัฐนั้น แต่หลักนี้ยังไม่เป็นที่ยอมรับทั่วไป

5. หลักความผิดสากล (Universal Jurisdiction) เป็นหลักที่รัฐใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นความผิดสากล ไม่ว่าจะผู้กระทำความผิด หรือผู้เสียหายจะเป็นผู้ที่มีสัญชาติใด และไม่ว่าการกระทำผิดนั้นจะกระทำที่ใดก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากเป็นความผิดอาญาที่ร้ายแรง ส่งผลกระทบต่อความมั่นคง และสงบเรียบร้อยของประชาคมระหว่างประเทศในลักษณะเป็นวงกว้าง ดังนั้นการที่รัฐใดรัฐหนึ่งลงโทษผู้กระทำความผิดยอมเท่ากับเป็นการลงโทษแทนรัฐอื่นทุกรัฐ ซึ่งในอดีตนั้นไม่มีศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐต่างๆจึงถือปฏิบัติว่าศาลของทุกรัฐย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่เป็นความผิดสากลได้ เพื่อให้มีการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดสากลนั่นเอง

สำหรับหลัก “Universal Jurisdiction หรือ Universality principle” ที่เกี่ยวข้องกับคดี “Arrest Warrant of 11 April 2000 : Democratic Republic of the Congo v. Belgium” นั้นมีเรื่องที่ต้องพิจารณาดังนี้คือ ตามความหมายของ Wikipedia<sup>3</sup> ซึ่งเป็น the free encyclopedia ได้ให้ความหมายว่า หมายถึง หลักการที่เป็นการโต้แย้งในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐ (State) อ้างว่ามีสิทธิในการดำเนินคดีอาญาเหนือบุคคลผู้ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญานอกเหนือจากขอบเขตของรัฐที่ดำเนินคดี โดยการมองข้ามสัญชาติ, ประเทศอันเป็นภูมิลำเนา, หรือความสัมพันธ์อื่นกับประเทศที่ดำเนินคดี โดยแนวความคิดนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและโดดเด่นในปลายทศวรรษที่ 1990. แต่คุณประโยชน์ของหลักการดังกล่าวยังให้ผลน้อย

<sup>3</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Universal\\_jurisdiction](http://en.wikipedia.org/wiki/Universal_jurisdiction).

เพราะว่าการกระทำส่วนใหญ่ที่อยู่ใต้หลักการ Universal Jurisdiction อาจถูกโต้แย้งจากหลักกฎหมายอื่นได้

ตามองค์ประกอบของหลัก Universal Jurisdiction อาชญากรรมร้ายแรงต่อมนุษยชาติในสังคมนระหว่างประเทศ นั้น สามารถให้รัฐใด ๆ ก็ได้สามารถมีอำนาจดำเนินคดีต่อปัจเจกบุคคลที่สมควรต้องรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าว ไม่สมควรจะมีที่ใดปลอดภัยสำหรับอาชญากรรมสงครามหรือผู้ที่ทำลายล้างสิทธิมนุษยชน

แต่มีคนที่ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดดังกล่าว เช่น ความเห็นของ Henry Kissinger แย้งว่าการดำเนินการในหลักการดังกล่าวจะเป็นการบ่อนทำลายเป้าหมายของความยุติธรรมสำหรับความเห็นแย้งอื่นนั้น เห็นว่ารัฐควรจะมีฐานะที่เท่าเทียมกันในการมีอยู่ของอำนาจอธิปไตย (Sovereign) ซึ่งได้รับการยืนยันโดยกฎหมายบัตรสหประชาชาติว่า ไม่มีรัฐใดมีอำนาจที่จะดำเนินคดีอาญา ไม่ว่าจะชั่วร้ายสักเพียงใดก็ตาม ในเขตอำนาจรัฐของรัฐอื่น ถ้าไม่มีอำนาจอธิปไตยในเรื่องดังกล่าว และหลังจากที่มีการใช้หลักการดังกล่าวแล้ว ปรากฏว่าหลักการดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองในความพยายามที่จะดำเนินการกับรัฐตรงข้ามหรือรัฐคู่แข่ง

#### การเปรียบเทียบกับหลักอื่นในเรื่องเขตอำนาจรัฐ (Jurisdiction)

หลักเรื่องเขตอำนาจรัฐมักจะใช้เสมอโดยรัฐซึ่งสัมพันธ์กับเรื่องผู้กระทำผิดภายในอาณาเขต (หลักอาณาเขต) หมายความว่ารัฐสามารถใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำคามผิดอาญาต่อคนรัฐชาติของตน แม้ว่าการกระทำภายในชาติจะไม่ใช่ความผิดภายในอาณาเขตที่เขาได้กระทำความผิด แต่หมายความว่าต้องไม่เป็นการดำเนินคดีอาญาซ้ำ (double criminality requirement) ซึ่งเป็นการต้องห้ามทั้งสองประเทศ

รัฐสามารถใช้เขตอำนาจรัฐภายใต้สถานการณ์ที่แน่นอนเหนือการกระทำใด ๆ ต่อคนต่างประเทศในอาณาเขตของต่างประเทศ ซึ่งการใช้รูปแบบของเขตอำนาจรัฐในรูปแบบนี้มักจะได้รับการต่อต้าน มี 3 รูปแบบที่รัฐสามารถใช้เขตอำนาจรัฐในแนวทางนี้ รูปแบบแรกคือเรื่องที่รัฐสามารถใช้เขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำอื่น จะทำให้กระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐในเบื้องต้น เช่น การทำจารกรรมต่อรัฐบาลเพื่อการล้มล้างรัฐบาล แม้ว่าการกระทำคามผิดจะกระทำโดยชาวต่างชาติบนอาณาเขตของชาวต่างชาติ

รูปแบบต่อมาคือการใช้เขตอำนาจรัฐในสถานที่ซึ่งผู้เสียหายในคดีอาญาเป็นคนชาติของรัฐที่ใช้เขตอำนาจรัฐ ในอดีตมีบางรัฐที่เคยใช้เขตอำนาจรัฐแบบนี้ เช่น เม็กซิโก ในขณะที่รัฐอื่นมีความไม่เห็นด้วยอย่างมาก เช่น สหรัฐอเมริกา ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา ประชาคมโลกได้เห็น

ฟ้องต่อกันในการอนุญาตให้ดำเนินการเกี่ยวกับผู้กระทำผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วในหลายพื้นที่ยังมีปัญหาอยู่

และรูปแบบถึงที่สุดก็คือรูปแบบที่สาม คือการใช้ Universal Jurisdiction ซึ่งรัฐสามารถใช้เขตอำนาจรัฐเหนืออาชญากรรม ไม่เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับรัฐนั้นและอาชญากรรมแต่ เพราะว่าอาชญากรรมนั้นถูกพิจารณาแล้วเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติทั้งหมดซึ่งรัฐใดก็ได้สามารถทำการลงโทษได้

แต่รูปแบบนี้ก็ได้รับการต่อต้านว่าเป็นแนวความคิดเก่าหรือแนวความคิดใหม่ Kissinger แย้งว่าการขาดความหมายของคำว่า “universal jurisdiction” ไม่ค่อยเป็นที่ยอมรับใน dictionary ทางกฎหมายที่เป็นทางการ

ความเห็นอื่นเห็นว่าเป็นแนวคิดนี้เป็นแนวคิดเก่า ตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ที่เห็นว่าการกระทำโจรสลัด (pirates) ที่ยอมรับว่าเป็นการกระทำอันตรายเป็นต่อมวลมนุษยชาติ (hosti humanis generis) และการกระทำอันเป็นโจรสลัดสามารถถูกดำเนินคดีภายใต้รัฐใดก็ได้ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป

#### ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับหลัก Universal Jurisdiction

การปรับใช้หลัก Universal Jurisdiction กับอาชญากรรมสงคราม, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ, การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมรุกรานได้รับการโต้แย้งเป็นอย่างมาก

การโต้แย้งมีอยู่ 2 มุมมอง คือ ในด้านกฎหมายว่า การใช้อำนาจโดยหลัก Universal Jurisdiction สำหรับอาชญากรรมเหล่านี้ในปัจจุบันการพัฒนาดังกล่าวได้กลายเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วหรือไม่ และในด้านการเมือง ว่าการใช้แนวความคิดนี้จะเป็นทางออกที่ดีได้หรือไม่ และจะส่งผลต่อการป้องกันอาชญากรรมดังกล่าวได้จริงหรือไม่ หรือจะเป็นการปฏิเสธหรือมองข้ามอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ของรัฐอื่น, หรือจะเป็นการเปิดโอกาสให้การกระทำผิดที่มีจุดมุ่งหมายทางการเมือง, หรือจะทำให้หลักการนี้แพร่ขยายออกไปซึ่งจะสร้างความไม่มั่นคงในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ท่ามกลางความเห็นที่แตกแยกแต่มีประเด็นที่เชื่อมต่อกันอย่างหนึ่งที่ว่า หัวหน้ารัฐบาล, รัฐมนตรีของรัฐบาลและตัวแทนทางการทูตของรัฐจะสามารถใช้ความคุ้มกันต่ออาชญากรรมเหล่านั้นได้หรือไม่

Universal Jurisdiction ต้องเป็นเรื่องที่แตกต่างกันจากหลักการใช้อำนาจในศาลชั่วคราว เช่น International Criminal Court, the International Criminal Tribunal for

Rwanda สำหรับประเทศยูคอสลาเวียเดิม หรือการดำเนินคดีในคดี Nuremberg โดยในกรณีดังกล่าวเขตอำนาจในการดำเนินคดีอาญาเป็นการใช้โดยองค์การระหว่างประเทศ (International Organization) ไม่ใช่รัฐ ซึ่งองค์การระหว่างประเทศดังกล่าวไม่มี อำนาจอธิปไตย อำนาจขององค์การระหว่างประเทศนั้นได้มาจากสมาชิกขององค์การในประเทศต่าง ๆ เขตอำนาจของศาลในทางกฎหมายของศาลชั่วคราว มีอิสระในอำนาจของตนเองจากรัฐต่าง ๆ ซึ่งเป็นการตั้งอำนาจดังกล่าวขึ้น และอะไรคือเครื่องตัดสินว่าอำนาจเหล่านั้นได้ขยายไปยังองค์การระหว่างประเทศ สำหรับการดำเนินคดีในศาลชั่วคราวระหว่างประเทศ ในคดี Nuremberg พื้นฐานทางกฎหมายสำหรับศาลชั่วคราวเกิดจากอำนาจของฝ่ายสัมพันธมิตร (Allied powers) ที่ให้เหนืออำนาจอธิปไตยของประเทศเยอรมันซึ่งถูกใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินการในฐานะที่เยอรมันเป็นประเทศผู้แพ้สงคราม

Universal Jurisdiction ยังแตกต่างจากทฤษฎีทางกฎหมายอื่น ซึ่งพยายามดำเนินคดีกับคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดต่อสิทธิมนุษยชน เช่น ในประเทศสเปนพยายามดำเนินคดีกับนายพล Augusto Pinochet สำหรับการกระทำความผิดต่อมนุษยชาติ แต่หลักการนี้ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของ Universal Jurisdiction แต่อยู่บนพื้นฐานที่ว่าเหยื่อของผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่เป็นชาวสเปน สเปนพยายามใช้หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกรณีนายพล Pinochet และประเทศบราซิลก็ไม่ได้ใช้หลัก Universal Jurisdiction แต่เป็นการใช้บนพื้นฐานของหลักกฎหมายของ European Union โดยใช้หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition)

เพราะว่าการดำเนินคดีส่วนใหญ่ไม่ค่อยได้อ้างอิงหลักนี้ จึงเป็นการใช้ต่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งจะใช้ก็ต่อเมื่อไม่สามารถอ้างอิงหลักกฎหมายอื่นได้แล้ว จึงมาใช้หลักทฤษฎี Universal Jurisdiction และประเทศที่ใช้ก็คือประเทศเบลเยียมที่ใช้ในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ใน Rwanda และยิ่งกว่านั้นประเทศเบลเยียมยังอ้างเขตอำนาจรัฐ (Jurisdiction) เหนือรัฐมนตรีอิสราเอลคือนาย Ariel Sharon สำหรับเรื่องที่เขาถูกกล่าวหาว่า เป็นผู้กระทำความผิดในเรื่องการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในเรื่อง Sabra-Shatila massacre ในเลบานอน ซึ่งเป็นการชัดเจนว่าเขาเป็นผู้บงการ

ดังนั้น ประเทศเบลเยียมจึงเป็นประเทศเดียวที่ได้นำหลักการในเรื่อง Universal Jurisdiction นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของตนเอง และหลังจากได้รับความกดดันจากประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว บวกกับแรงกดดันจากหัวหน้าของ NATO ในกรุง Brussels ประเทศเบลเยียมได้ทบทวนกฎหมายดังกล่าวให้มีข้อจำกัด มากขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายดังกล่าว

สำหรับ Mary Robinson ซึ่งดำรงตำแหน่ง “United Nations High Commissioner for Human Right” ได้กล่าวไว้หน้าคำนำของ “The Princeton Principle on Universal Jurisdiction”<sup>4</sup> อันเป็นโครงการที่รวบรวมผู้รู้และนักกฎหมายจากทั่วโลก ในการพัฒนาความเห็นร่วมกันของหลัก Universal Jurisdiction ได้กล่าวถึงความสำคัญ หลัก “Universal Jurisdiction” ว่า “ถึงแม้ว่าหลักการสำคัญในการก่อตั้ง ICC จะได้เกิดขึ้นสมบูรณ์แล้ว และ ข้อเท็จจริงที่ว่า การดำเนินการในระดับนานาชาติแต่เพียงอย่างเดียว ไม่เพียงพอสำหรับสร้างความยุติธรรมและการเน้นที่ความสำคัญของบทบาทระบบกฎหมายระหว่างประเทศเป็นการนำมาซึ่งการยกเว้นโทษ เป็นเรื่องน่าเสียดายว่าในอาณาเขตของรัฐหลายรัฐมักจะไม่ประสบความสำเร็จในการสืบสวนสอบสวน และดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดต่อสิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุนี้การปรับใช้หลัก Universal Jurisdiction จึงเป็นเรื่องที่สำคัญมากที่จะเป็นเส้นทางนำไปสู่ความยุติธรรม”

และยังได้กล่าวต่อไปว่า “หลักในเรื่อง Universal Jurisdiction เพิ่งจะได้เป็นหัวข้อในการโต้เถียงใน การประชุมซิมโปเซียมในเรื่องการลดปัญหาอาชญากรรมระหว่างประเทศ เพื่อต่อสู้กับองค์การอาชญากรรม ข้ามชาติ โดยได้จัดขึ้นระหว่างการลงนามในการประชุมขององค์การสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์การการ ต่อการร้ายข้ามชาติที่เมือง Palermo ประเทศอิตาลี” และ ได้กล่าวถึง เรื่องคดี “Arrest Warrant of 11 April 2000 : Democratic Republic of the Congo v. Belgium” ว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ

อุปสรรคในการใช้หลัก Universal Jurisdiction ซึ่งเต็มไปด้วยคำถามในการปรับใช้ใน เรื่องการป้อง กันการคุ้มกันอำนาจอธิปไตย (sovereign immunity defenses) ในเรื่องนี้ใน ความเห็นของ Mary Robinson เห็นว่า House of Lords ของประเทศอังกฤษก็เคยตัดสินในคดี นายพล Pinochet ยืนยันว่าอดีตหัวหน้าของรัฐบาลไม่สมควรได้รับสิทธิการคุ้มกัน (Immunity) สำหรับอาชญากรรมต่อกรรมมาภายใต้กฎหมายของ ประเทศอังกฤษซึ่งได้รับการพิจารณาใหม่ และเขาเน้นว่าการกระทำผิดอาญาต่อมวลมนุษยชาติไม่สมควรได้รับ การให้อภัยใด ๆ

และในบทนำของเรื่องดังกล่าวถึงประโยชน์ของการใช้หลัก Universal Jurisdiction ช่วยให้ศาลสามารถลดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมาย (the gap in law enforcement) สำหรับ ผู้กระทำความผิดอาญาร้าย แรงภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นการเปลี่ยนแปลงที่ชัดเจน แล้วว่าหลักการดังกล่าวสามารถนำไปสู่ การลงโทษและการป้องกันอาชญากรรมที่ร้ายแรงแต่ กระนั้นก็ตามดูเหมือนว่าหลักการดังกล่าวยังไม่สามารถ อำนวยความสะดวกและทำให้การใช้

<sup>4</sup> [http://www.law.depaul.edu/institutes\\_centers/ihri/](http://www.law.depaul.edu/institutes_centers/ihri/)

เขตอำนาจรัฐในเรื่องคดีอาญารวดเร็วเร็วขึ้น นอกจากนั้นการใช้หลัก การดังกล่าวอาจเป็นเรื่อง อันตรายได้หากถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองเพื่อทำลายล้างฝ่ายตรงกันข้าม ยิ่งกว่านั้น การใช้หลัก Universal Jurisdiction อย่างไม่ระมัดระวังอาจจะเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงในระหว่างประเทศซึ่งจะนำไปสู่ความขัดแย้งอย่างรุนแรงและความตึงเครียดทางการเมืองได้ ดังนั้นการใช้หลักดังกล่าวจึงต้องใช้ด้วยความระมัดระวังและการตัดสินใจที่ดีจึงมีความ จำเป็นทั้งทางด้านการเมืองและในด้านกฎหมาย

ในคดีนี้ เบลเยียมอ้างว่ามีสิทธิในการดำเนินคดีอาญาเหนือบุคคลผู้ซึ่งถูกกล่าวหา ว่า กระทำความผิดอาญานอกเหนือจากขอบเขตของรัฐที่ดำเนินคดี โดยอ้างหลัก Universal Jurisdiction แต่หลักนี้ยังไม่เป็นที่ยอมรับกับทุกประเทศอย่างเพียงพอ จึงอาจถูกโต้แย้งจาก หลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับแล้วจากนานาประเทศได้

เบลเยียมได้นำหลักเรื่อง Universal Jurisdiction มาบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะ ภายในของตนเอง ซึ่งหลักนี้ก็มีข้อโต้แย้งทางด้านกฎหมายว่า การใช้อำนาจโดยหลักนี้สำหรับ อาชญากรรมในปัจจุบันได้พัฒนาเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีแล้วหรือไม่ และจะไม่เป็นการ ปฏิเสธหรือมองข้ามอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นหรือ โดยที่เบลเยียมไม่ได้มีจุดเกาะเกี่ยวกับ อาชญากรรมที่นาย Yerodia กระทำเลย

ความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่นานาประเทศยอมรับแล้วว่า เป็นความผิดสากลนั้น มีความผิดฐานโจรสลัดและอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ส่วนอาชญากรรมต่อ มวลมนุษยชาตินั้นยังมีการถกเถียงกันอยู่ว่าเป็นความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เป็น ความผิดสากลหรือไม่ อาจเป็นเหตุผลเนื่องด้วยปัญหาทางคำจำกัดความของความผิดฐานนี้ที่ยังไม่ เป็นที่ยุติ ทำให้ไม่สามารถกำหนดแน่ชัดได้ว่า การกระทำผิดฐานอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ นั้น การกระทำเช่นไรสมควรจะถือว่าเป็นการกระทำความผิดสากล

การใช้หลัก Universal Jurisdiction มีประโยชน์ในการช่วยให้ศาลสามารถลดช่องว่าง ในการบังคับใช้กฎหมายสำหรับผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นการเปลี่ยนแปลงแล้วว่า สามารถนำไปสู่การลงโทษและการป้องกันอาชญากรรมที่ร้ายแรง แต่ หลักการดังกล่าวอาจเป็นเรื่องอันตราย หากถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองเพื่อทำลายล้าง ฝ่ายตรงข้ามยิ่งกว่านั้นการใช้หลัก Universal Jurisdiction อย่างไม่ระมัดระวังอาจเป็นการทำลาย ความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงในระหว่างประเทศ ซึ่งอาจจะนำไปสู่ความขัดแย้งอย่างรุนแรง และก่อให้เกิดความตึงเครียดทางการเมืองได้ ดังนั้นการใช้หลักดังกล่าวจึงต้องใช้ด้วยความระมัดระวังไม่ว่าจะเป็นทั้งทางด้านการเมืองและด้านกฎหมาย

### 2.1.2 การออกหมายจับเป็นการละเมิดหลักความคุ้มกันและหลักความละเมิดมิได้ในตัวผู้แทนของรัฐ (Inviolability)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หลักสิทธิอันล่วงละเมิดมิได้ หรือสิทธิอันล่วงละเมิดมิได้ในตัวบุคคลนั้น มีขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้แทนทางการทูตตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 มาตรา 29<sup>5</sup> ทำให้ทูตเกิดความคุ้มกัน (Immunity) ในการปฏิบัติหน้าที่ทั้งในฐานะที่เป็นทางการและในฐานะที่เป็นส่วนตัว

ในประเด็นนี้ ประเทศคองโกยืนยันว่า ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศสมควรได้รับสิทธิในการห้ามฝ่าฝืน และได้รับความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด สำหรับการกระทำทุกการกระทำ<sup>6</sup> (absolute or complete) และเบลเยียมควรจะยอมรับว่า การคุ้มกันในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในขณะที่เขาปฏิบัติหน้าที่ ก็เป็นการกระทำในตำแหน่งหน้าที่ (Official act) และในขณะที่ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ไม่อาจจะถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ ในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรืออาชญากรรมสงครามได้<sup>7</sup>

ในชั้นแรกศาลพิจารณาว่าไม่มีสนธิสัญญาใด ห้ามไม่ให้ใช้หลักความคุ้มกันกับผู้ที่ยังดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศบนพื้นฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น ความคุ้มกันที่ให้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ให้เพื่อรับรองว่ารัฐมนตรีสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพในตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าว บนผลประโยชน์พื้นฐานของรัฐ ความคุ้มกันที่สัมพันธ์ตามลักษณะหน้าที่และตำแหน่งของเขา ที่จะปฏิบัติหน้าที่แทนประมุขของรัฐหรือประมุขของรัฐบาล หน้าที่ที่เขาได้รับมอบหมายก็ต้องดำรงอยู่ตลอดระยะเวลาที่เขาปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้นเมื่อไปปฏิบัติงานในรัฐต่างประเทศเขาก็สมควรได้รับความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดจากเขตอำนาจรัฐในการดำเนินคดีอาญา และเรื่องที่เกี่ยวข้องทั้งในเรื่องที่เป็น

<sup>5</sup> Article 29 of Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961.

The persons of a diplomatic agent shall be inviolable. He shall not be liable to any form of arrest or detention. The receiving State shall treat him with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on his person, freedom, or dignity.

<sup>6</sup> Arrest Warrant Case, para. 47.

<sup>7</sup> *Ibid*, Para. 49.

การกระทำในตำแหน่งหน้าที่ (Official capacity) และในการกระทำที่เป็นส่วนตัว (Private capacity)

ดังนั้นเราสามารถอธิบายการตัดสินใจของศาลได้ว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้รับความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (absolute immunity) ซึ่งเขาควรจะได้รับ ความคุ้มกัน ในการปฏิบัติหน้าที่อย่างสมบูรณ์ เมื่อเดินทางมาปฏิบัติราชการอย่างเป็นทางการ เป็นการกระทำ อันเกิดมาจากการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นเหตุผลของรัฐ ไม่ใช่เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวของรัฐมนตรีเอง

ศาลได้วินิจฉัยเพียงประเด็นการออกหมายจับ ซึ่งจะเป็นการทำลายความคุ้มกันที่ นาย Yerodia ได้รับ แต่ก็มีผู้เห็นว่า เพียงแค่การออกหมายจับ ครอบคลุมไปถึงหมายจับยังไม่มี ผลบังคับใช้ก็ไม่น่าจะเป็นเรื่องสำคัญที่จะเข้าไปแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ทางการทูตของ นาย Yerodia หรือเข้าไปทำลายความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐในคดีอาญา ดังนั้นเขาก็ยังได้รับ สิทธิภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ตามแม้ว่าขอบเขตของความคุ้มกันระหว่างการเดินทางไปเป็นส่วนตัว หรือไม่เป็นทางการจะยังไม่ชัดเจนแน่นอน<sup>8</sup> แต่ในอีกแง่หนึ่งก็เริ่มมีความเห็นเกี่ยวกับการสืบสวน สอบสวนที่ไม่ได้ทำลายหลักการละเมิดมิได้ในตัวบุคคล หรือหลักในเรื่องความคุ้มกัน

อันที่จริงแล้วการเปิดโอกาสให้มีการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา ก็ไม่น่าจะกระทบต่อ ประสิทธิภาพในการดำเนินการในฐานะรัฐมนตรีแต่อย่างใด แต่ก็มีผู้โต้แย้งว่า<sup>9</sup> แต่การดำเนินการ สืบสวนสอบสวนก็อาจจะไปกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐมนตรีได้ อย่างเช่น ในขณะที่มี เพียงการสอบถามพยาน อาจเป็นการสร้างปัญหาให้การดำเนินการทางการทูตของรัฐมนตรี แล้วก็ได้

## 2.2 ประเด็นตามคำให้การของเบลเยียม

### 2.2.1 อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติเป็นความผิดสากล ประเทศเบลเยียมจึงมีเขต อำนาจสากลในการพิจารณาคดี

ตามกฎหมายพิเศษที่เป็นกฎหมายภายในของเบลเยียมในเรื่องการลงโทษผู้กระทำ ผิดอาชญากรรมร้ายแรง อนุญาตให้ศาลภายในของประเทศเบลเยียมใช้เขตอำนาจรัฐเหนือการ

<sup>8</sup> Arrest Warrant Case., Joint Opinion., para. 84.

<sup>9</sup> Arrest Warrant Case., Dissenting opinion Judge Al-Khasawneh., para. 4.

กระทำผิดต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งบัญญัติในข้อ 7 ของกฎหมายดังกล่าว<sup>10</sup> โดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานที่โดยบุคคลใด และต่อใคร<sup>11</sup> ในอาชญากรรมที่กระทำขึ้น โดยใช้หลักในเรื่องเขตอำนาจรัฐสากลยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายดังกล่าวยังอนุญาตให้ศาลภายในสามารถปฏิเสธความคุ้มกัน(immunity)ใดๆ<sup>12</sup> ทั้งทางตำแหน่งราชการ (Official position) ใดๆได้ด้วย

ซึ่งตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ศาลเบลเยียมก็ได้นำกฎหมายนี้มาใช้กับหลายคดี เช่นในเรื่องของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา ซึ่งเริ่มในเดือน กรกฎาคม 1994 ซึ่งศาลเบลเยียมก็ได้มีบทบาทอย่างมากในการทำให้เกิดศาลเฉพาะกิจระหว่างประเทศในการตัดสินคดีนี้ คือศาลแห่งรวันดา (The International Tribunal for Rwanda หรือ ICTR ) แม้ว่าระดับภายในประเทศจะไม่ได้มีการนำตัวผู้ต้องหามาจำคุก แต่คดีเหล่านี้ก็เป็นเหมือนเป็นจุดเริ่มต้นแรกของการใช้เขตอำนาจรัฐสากลภายใต้กฎหมายเบลเยียมปี 1993 ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขในปี 1999 ฉบับนี้

---

<sup>10</sup>Belgium: Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law

Art. 7. The Belgium courts shall be competent to deal with breaches provide for in present Act, irrespective of where such breaches have been committed.

<sup>11</sup> *Ibid.*,

Art. 4. The following shall be punishable by the penalty provided for completed breaches:

- an order, even where it is not carried out, to commit one of the breaches listed in Article 1,
- a proposal or offer to commit such a breach and acceptance of such proposal of offer,
- incitement to commit such a breach, even where it is not carried out,
- participation, within the meaning of Articles 51 to 53 of the Penal Code, in such a breach.
- any attempt, within the meaning of Articles 51 to 53 of the Penal Code, to commit such a breach.

<sup>12</sup> *Ibid.*, Art. 5

S 3. The immunity attributed to the official capacity of a person, does not prevent the application of the present Act.

นอกจากนั้น ในเดือนพฤศจิกายน ปี 1998 ผู้ร้องทุกข์หกคนได้กล่าวหานายพลปิโนเช่ (Pinochet) ผู้นำของชิลี ในข้อหาฆ่าและกระทำการทรมานชาวชิลี แม้ว่าเหยื่อจะเป็นชาวชิลี และความผิดจะถูกกระทำขึ้นในประเทศชิลี ซึ่งทำให้ผู้พิพากษาสอบสวนของเบลเยียมไม่มีอำนาจเหนือผู้ต้องหาในกรณีนี้แต่ ผู้พิพากษาเบลเยียมก็ได้ใช้เขตอำนาจตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ให้อำนาจแต่ละรัฐในการใช้เขตอำนาจรัฐสากลในความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งในขณะนั้นกฎหมายเบลเยียม ยังไม่ได้รับเอาข้อบทเกี่ยวกับอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศมาใช้บังคับ (มามีผลเอาในกฎหมายเบลเยียมที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี 1999) ดังนั้นเบลเยียมจึงยังไม่สามารถกำหนดบังคับเกี่ยวกับในอาชญากรรมฐานนี้ได้

ในวันที่ 24 พฤศจิกายน ปี 1999 เบลเยียมได้ออกหมายจับสากลต่อ นายพลปิโนเช่ และก็ได้ขอให้ส่งตัวนายพลปิโนเช่ข้ามแดนจากสหราชอาณาจักร

แต่ต่อมาตั้งแต่เกิดการตั้งข้อหาต่อผู้นำระดับสูงของรัฐต่างประเทศรวมถึงคดีของ นาย Yerodia ตามกระแสกดดันทางการเมืองทำให้มีผลกระทบต่อกฎหมายเบลเยียมฉบับนี้ จนทำให้ในที่สุดในเดือนสิงหาคม ปี 2003 กฎหมายที่เกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ถูกนำปกรวมอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของเบลเยียม และไม่มีกฎหมายเฉพาะของเบลเยียมที่จะบังคับในเรื่องอาชญากรรมระหว่างประเทศอีกต่อไป<sup>13</sup>

โดยที่การกระทำของนาย Yerodia ไม่ได้เกิดขึ้นในเบลเยียม ไม่ใช่การกระทำต่อคนชาติเบลเยียม ทำให้คงเฝ้ากันว่า ตามกฎบัตรสหประชาชาติ ทุกรัฐเสมอภาคเท่าเทียมกัน อันเป็นหลักการทั่วไป จริงอยู่ที่ทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตย แต่ไม่สามารถดำเนินคดีเองได้ การกระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศมีผลกระทบต่อสังคมโลกนั้นทุกประเทศมีส่วนเกี่ยวข้อง หากให้มีข้อจำกัดในการดำเนินคดี ถ้ารัฐมีเขตอำนาจดำเนินคดี ไม่สามารถดำเนินคดีเองได้ เนื่องจากเหตุผลบางประการก็เป็นหน้าที่ของทุกรัฐในการที่จะช่วยกันดูแล เพื่อให้เกิดความสันติสุขและเป็นธรรมของประชาคมโลก

### 2.2.2 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดี

เนื่องจากปรากฏข้อเท็จจริงภายหลังว่า นาย Yerodia ไม่ได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือรัฐมนตรีตำแหน่งอื่นใดอีก ดังนั้นข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างรัฐคู่พิพาทจึงไม่มีอยู่ ข้อเท็จจริงเช่นนี้จึงทำให้ศาลขาดอำนาจในการพิจารณาคดีนี้ ซึ่งตามหลักแล้ว ข้อพิพาทที่นำขึ้นสู่ศาลตั้งแต่แรกจะต้องคงอยู่ตลอดจนศาลมีคำตัดสินคดี การ

<sup>13</sup> Human Rights Watch Organization, "Country Case Studies VI. Belgium," Human Rights Watch Publication (2006).

ที่นาย Yerodia ไม่ได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีใดๆแล้วทำให้สภาพการณ์แวดล้อม ซึ่งเป็นหัวใจของคดีเกิดความเปลี่ยนแปลง คดีปราศจากวัตถุอันเป็นสาระสำคัญในการดำเนินคดี ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ต่างกันสาระสำคัญจากคำฟ้องของคองโกที่ยอมรับต่อศาลตั้งแต่แรกเริ่ม ความเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ทำให้คองโกไม่ได้รับความเสียหายใดๆ การออกและการเวียนหมายจับก็ จะไม่ได้ถูกนำมาพิจารณาในเรื่องสถานะที่เกี่ยวกับรัฐมนตรีของบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้น

ดังนั้นเบลเยียมจึงค้านว่าศาลไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาอีกต่อไป คำฟ้องของคองโกถูกเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ต่างจากสาระสำคัญที่มีอยู่ในตอนแรก ศาลไม่สามารถยอมรับคดีไว้พิจารณาได้ ไม่มีเหตุผลสมควรพอที่จะรับคดีไว้พิจารณาได้

ศาลมีคำตัดสินในประเด็นนี้ว่า ข้อคัดค้านของประเทศเบลเยียมนั้นมีประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาล ประเด็นที่เกิดในคดีเป็นข้อพิพาทที่หาข้อยุติไม่ได้ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีตามคำร้องของคองโกวันที่ 17 ตุลาคม ปี 2000 นี้ และคำร้องของคองโกสามารถรับฟังได้

### 2.3 ประเด็นคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า<sup>14</sup> นาย Abdulaye Yerodia Ndombasi รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของคองโก ที่ถูกศาลเบลเยียมออกหมายจับเมื่อวันที่ 11 เมษายน ค.ศ. 2000 ในข้อหากระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ มีความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (Absolute Immunity) จากเขตอำนาจรัฐ และได้รับความคุ้มครองจากหลักล่วงละเมิดมิได้ (Inviolability) ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้รัฐมนตรีผู้นั้นจะอยู่ในตำแหน่งหน้าที่ (Official Capacity) หรือทำการในฐานะส่วนตัว (Private Capacity) ไม่ว่าจะได้กระทำผิดอาญา ก่อนหรือในขณะที่ดำรงตำแหน่ง และแม้ว่าความผิดอาญานั้นจะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (International Crime) ก็ตาม

ศาลเห็นว่า ตามปัญหานี้ สามารถแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำของรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศที่เป็นการกระทำตามตำแหน่งหน้าที่ กับการกระทำในทางส่วนตัวถ้าการกระทำของเขาได้กระทำภายในระยะเวลาที่ปฏิบัติหน้าที่ หากถูกจับในรัฐอื่นด้วยข้อหาตามกฎหมายอาญาเขาจะได้รับความคุ้มกันจากการใช้ตำแหน่งในการปฏิบัติหน้าที่

<sup>14</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2 น.46.

ศาลระบุว่า ศาลได้พิจารณาอย่างรอบคอบ จากทางปฏิบัติของรัฐรวมถึงกฎหมาย ภายในที่เป็นคำตัดสินของศาลสูงในประเทศ เช่น House of Lord ในประเทศอังกฤษหรือศาลฎีกา ฝรั่งเศส (the French Court of Cassation) แต่ไม่สามารถสรุปได้จําแนทางปฏิบัตินี้ว่ามี ข้อยกเว้นของกฎเกณฑ์ในความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลอาญา และหลักล่งละเมิดมิได้ของรัฐมนตรีกว่าการกระทำความผิดต่างประเทศภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลยัง พิจารณาอีกว่า ทางปฏิบัติของศาลอาญาเฉพาะกิจก็ไม่ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นที่มีอยู่ในกฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นกัน ดังนั้น ศาลจึงไม่ยอมรับข้อโต้แย้งของเบลเยียมในข้อนี้

ถึงแม้ว่า อนุสัญญาต่างประเทศหลายฉบับที่เกี่ยวกับการป้องกันและการลงโทษ อาชญากรรมที่ร้ายแรง กำหนดให้รัฐมีภาระหน้าที่ในการดำเนินคดี หรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพื่อ เป็นการขยายเขตอำนาจศาลทางอาญา แต่การขยายเขตอำนาจทางอาญาก็ไม่สามารถกระทบต่อ หลักความคุ้มกัน ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้รวมถึงความคุ้มกันของรัฐมนตรีกว่าการกระทำความผิดต่างประเทศด้วย แต่ไม่ได้หมายความว่า จะได้รับการยกเว้นในทุก อาชญากรรมที่เราได้กระทำขึ้น ศาลอ้างถึงกระบวนการที่เขาอาจถูกลงโทษได้ภายในรัฐของตนเอง หรือรัฐของเขาเองสละความคุ้มกัน หรือเมื่อเขาไม่ได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในรัฐอื่นภายหลังจากที่เขาไม่ได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีกว่าการกระทำความผิดต่างประเทศอีกต่อไป หรือเขาถูกดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีเช่นนี้

ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่า การที่เบลเยียมออกหมายจับต่อนาย Yerodia เป็นการฝ่าฝืนหลัก ล่งละเมิดมิได้ในตัวบุคคลและหลักความคุ้มกันทางอาญา ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศ อันเป็นการฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันในอำนาจอธิปไตยของรัฐ

ศาลยังระบุอีกว่า เบลเยียมได้ยอมรับในวัตถุประสงค์ของข้อพิพาทในการออก หมายจับ เพื่อเป็นการวางพื้นฐานทางกฎหมาย เพื่อจับกุมนาย Yerodia และให้ส่งตัว นาย Yerodia ให้เบลเยียมในภายหลัง ศาลได้สรุปว่า ไม่ว่าหมายจับจะแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ ทางการทูตของนาย Yerodia ก็ถือเป็นการที่เบลเยียมไม่เคารพความคุ้มกันต่อรัฐมนตรีกว่าการ กระทำความผิดต่างประเทศของคองโก ซึ่งอีกนัยหนึ่ง ก็คือการฝ่าฝืนความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล ทางอาญา และหลักล่งละเมิดมิได้ที่รัฐมนตรีกได้รับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ศาลกล่าวว่า หมายจับของเบลเยียมนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหมายจับยังคงมีอยู่ และยังคงมีชอบด้วยกฎหมายอยู่เช่นนั้น ศาลจึงพิจารณาให้เบลเยียมยกเลิกหมายจับและแจ้ง เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องด้วยวิธีการเหมาะสมของเบลเยียมเอง โดยศาลไม่ได้คำนึงถึงความจริงที่ว่า

นาย Yerodia ไม่ได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศแล้วขณะที่ศาลมีคำพิพากษาเช่นนั้น

ดังนั้นศาลจึงพิพากษาให้เบลเยียม ถอนหมายจับที่ออกต่อ นาย Yerodia เนื่องจากเป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลทางอาญา และหลักเรื่องความล่วงละเมิดมิได้ (Inviolability) เราสามารถแยกประเด็นตามคำพิพากษาของศาลได้ดังนี้

### 2.3.1 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี

#### 2.3.1.1 แนวคิดตามคำพิพากษาศาล

สืบเนื่องมาจากข้อโต้แย้งของเบลเยียมในเรื่องเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาคดี ศาลกล่าวในประเด็นนี้ว่า สืบเนื่องมาจากหลักในกฎหมาย เขตอำนาจในการพิจารณาคดีจะต้องถูกพิจารณาในขณะที่มีการยื่นคำฟ้อง เช่นนี้ หากศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีแล้วในเวลาที่ดีเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณา เขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลก็ยังคงดำเนินต่อไปโดยไม่ต้องคำนึงถึงเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นตามมาภายหลัง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นอาจทำให้เห็นว่าการคดีไม่มีเหตุผลพอที่จะรับไว้พิจารณาได้ และคำตัดสินของศาลไม่ได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แต่ก็ไม่สามารถถอดถอนอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลได้ ดังนั้นในเวลาที่ดีเริ่มมาสู่ศาล และศาลได้พิจารณาในขณะนั้นว่าศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณา คดี อำนาจนั้นก็ยังคงมีอยู่เรื่อยมาตลอดการดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>15</sup>

ศาลยืนยันถึงในหลายกรณีว่า เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหลังจากที่ศาลรับคดีไว้พิจารณาแล้ว ก็เป็นการแสดงให้เห็นว่า ไม่มีข้อคัดค้านใดในการที่จะให้ศาลมีการตัดสินคดี คดีนี้ ความเปลี่ยนแปลงในสถานภาพของนาย Yerodia ที่เกิดขึ้นไม่ได้ทำให้ข้อพิพาทระหว่างรัฐสิ้นสุดลงและไม่ได้ยกเลิกเพิกถอนคำฟ้องในข้อสาระสำคัญ ดังที่คองโกโต้แย้งว่าหมายจับที่ออกต่อ นาย Yerodia ก็ยังมีอยู่และยังคงไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่นั่นเอง คองโกอ้างว่าความมิชอบด้วยกฎหมายของหมายจับเช่นนี้ ได้ทำให้คองโกได้รับความเสียหายทางจิตใจ คองโกจึงยังคงต้องหาทางให้ศาลสั่งให้เบลเยียมยกเลิกหมายจับ ศาลเห็นตามที่ได้มีการพิจารณาต่อเนื่องมาว่าการฟ้องของคองโกยังคงมีสาระสำคัญ และคดีมีประเด็นสำคัญที่ควรรับไว้พิจารณา<sup>16</sup>

ศาลหมายเหตุว่า ตามที่ได้มีการตกลงยอมรับเขตอำนาจของศาล ในทางหลักกฎหมายแล้ว ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงโดยการเพิ่มเติมในการยอมรับ

<sup>15</sup> Arrest Warrant Case, para. 26.

<sup>16</sup> *Ibid.*, Para. 32

ข้อพิพาทอีกข้อหนึ่งที่ต่างกันในสาระสำคัญได้ อย่างไรก็ตาม ศาลพิจารณาแล้วว่าในคดีนี้ ข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญในคำฟ้องไม่ได้ถูกเปลี่ยนไปในทางที่จะแปลงข้อพิพาทที่ได้เกิดขึ้นมา ตั้งแต่ต้นนั้น ปัญหาที่ได้ยอมรับกันให้ศาลพิจารณาดตัดสินก็ยังคงเป็นเรื่องการออกหมายและการ เวียนหมายจับโดยผู้มีอำนาจทางศาลของเบลเยียมต่อบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการต่างประเทศของประเทศของโก อันเป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่ง ปรากฏในการยอมรับครั้งสุดท้ายของคองโกซึ่งตรงประเด็นปัญหาที่เป็นข้อสาระสำคัญของการ ฟ้องในคดีนี้ ด้วยเหตุเช่นนี้ ศาลจึงพิจารณาว่าเบลเยียมไม่สามารถอ้างว่าข้อพิพาทที่นำขึ้นสู่ศาล ได้เปลี่ยนแปลงไปในทางที่มีผลกระทบต่อความสามารถในการเตรียมการโต้แย้งของเบลเยียม หรือเป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนดในการดำเนินวิธีพิจารณาของศาล<sup>17</sup>

นอกจากนี้ ศาลยังกล่าวอีกว่า คองโกไม่ได้ใช้ข้ออ้างที่จะเรียกร้องสิทธิส่วนบุคคลให้แก่ นาย Yerodia ถึงแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงสถานภาพของนาย Yerodia แต่ลักษณะของ ข้อพิพาทที่ตกลงยอมรับให้ขึ้นสู่ศาลโดยการยื่นฟ้องไม่ได้เปลี่ยนแปลง ข้อพิพาทก็ยังคงเป็นเรื่อง เกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการออกหมายจับลงวันที่ 11 เมษายน 2000 ต่อบุคคล ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของคองโกอยู่ในขณะนั้น และประเด็น ปัญหาว่าสิทธิของคองโกถูกละเมิดโดยหมายจับหรือไม่ ที่คองโกไม่ได้แสดงออกในเรื่องการ คุ่มครองอันเกี่ยวกับคนชาติของคองโก เบลเยียมจึงไม่สามารถอ้างถึงหลักอันเกี่ยวกับการที่คองโก ไม่ได้กระทำการอันเป็นการเยียวยาภายในของรัฐ

ศาลได้กล่าวว่า ข้อคัดค้านอันมีพื้นฐานมาจากการไม่กระทำการเยียวยาภายในของ รัฐนั้นเกี่ยวข้องกับกรยอมรับในคำฟ้อง ภายใต้หลักตามกฎหมายที่ยอมรับกัน วันที่มีการยอมรับ ให้ศาลพิจารณาคดีคือวันที่ได้มีการยอมรับกันถึงคำฟ้องนั้น ดังนั้น เมื่อเบลเยียมยอมรับเช่นนั้น ใน วันที่คองโกได้ยื่นดำเนินการตามคำฟ้อง คองโกได้มีข้อกฎหมายที่ตรงประเด็นในสาระสำคัญ และ ได้ยื่นคำฟ้องในนามของคองโกเอง ดังนี้ศาลจึงยกข้อคัดค้านของเบลเยียม<sup>18</sup>

นอกจากนี้ศาลจะต้องรำลึกถึงหลักอันเป็นหน้าที่ของศาลที่ไม่เพียงแต่ตอบปัญหาที่ ระบุไว้ในกรยอมรับครั้งสุดท้ายของรัฐคู่พิพาท แต่ยังคงต้องละเว้นที่จะไม่ตัดสินประเด็น นอกเหนือจากการยอมรับนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม หลัก the non ultra petita rule ไม่สามารถ ขัดขวางศาลที่กล่าวถึงประเด็นอันเป็นหลักทางกฎหมายในการให้เหตุผล ในตอนแรกของ คำพิพากษา ประเด็นหมายจับตามข้อพิพาทที่ออกโดยผู้มีอำนาจทางศาลของเบลเยียมตามหลัก

<sup>17</sup> *Ibid.*, Para. 36.

<sup>18</sup> *Ibid.*, para. 40.

เขตอำนาจศาลสากล ได้ปฏิบัติตามกฎและหลักของกฎหมายระหว่างประเทศที่ควบคุมเขตอำนาจของศาลภายในของรัฐ ซึ่งไม่ได้หมายความว่าศาลไม่ได้จัดการประเด็นข้อพิพาทในคดีในการให้เหตุผลตามคำพิพากษา ซึ่งดูเหมือนจะเป็นความจำเป็น หรือเป็นการทำให้พอใจมากกว่า

### 2.3.1.2 แนวคิดโต้แย้งคำพิพากษา

ในความเห็นคัดค้านของ Judge Oda กล่าวว่าไม่มีข้อพิพาททางกฎหมายในความหมายของมาตรา 36 วรรค 2 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

คำฟ้องของคองโก ไม่ได้แสดงถึงพื้นฐานที่อาจจะกล่าวได้ว่าคองโกมีแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องการเมืองอยู่ของข้อพิพาท ระหว่างคองโก กับเบลเยียม อันสืบเนื่องมาจากหมายจับที่อาจกล่าวได้ว่าคองโกมีแนวความคิดถึงการมีอยู่ของข้อพิพาท 11 เมษายน 2000 ต่อนาย Yerodia ซึ่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของคองโกซึ่งการกล่าวถึง “ข้อพิพาท” ปรากฏแค่เพียงในตอนท้ายสุดของคำฟ้อง ที่อยู่ในหัวข้อที่ 5 คำฟ้องของคองโกมีมูล สามารถที่จะรับพิจารณาได้ ซึ่งคองโกระบุว่า

“สืบเนื่องของการมีอยู่ของข้อพิพาทในปัญหา (ที่ศาลถูกเรียกร้องให้มีการตัดสิน) ซึ่งได้สร้างหลัก ab initio โดยความจริงที่ว่า ไม่มีการปฏิบัติในกฎหมายระหว่างประเทศของเบลเยียมซึ่งผู้พิพากษาสอบสวนใช้ในการออกหมายจับ อันเป็นหลักพื้นฐานทางกฎหมาย ซึ่งคองโกได้นำเสนอต่อศาล”

โดยปราศจากการอธิบายถึงข้อพิพาทที่ถูกกล่าวหา ประเทศคองโกกล่าวว่า กฎหมายเบลเยียม ค.ศ.1993 ที่แก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ.1999 เกี่ยวกับการลงโทษ การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

ที่ประเทศคองโกเชื่อเพียงว่า กฎหมายเบลเยียมละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่มีหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์ถึงข้อพิพาทที่มีอยู่ระหว่างคองโก และเบลเยียม ซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า คองโกมีมุมมองทางกฎหมายที่ต่างออกไป ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือเบลเยียมที่มีมุมมองในทางตรงข้ามกับคองโก จะเห็นได้ชัดเจนว่า คองโกไม่ได้อ้างถึงข้อพิพาทต่อศาล

นอกเหนือจากนั้น ประเทศคองโกไม่เคยมีความเห็นว่า นี่คือข้อพิพาททางกฎหมาย สิ่งที่ปรากฏอยู่เป็นการร้องขอในคำร้องที่กระทำโดยฝ่ายเดียวต่อศาล ภายใต้มาตรา 36 วรรค 2 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คองโกเพียงเห็นในทางตรงกันข้ามกับกฎหมายเบลเยียมและการกระทำของเบลเยียม เช่นนี้จึงไม่สามารถกล่าวได้ว่ามันเป็นข้อพิพาท หรือข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างคองโก กับเบลเยียม ซึ่งจริงๆแล้ว ไม่มีข้อพิพาททางกฎหมายในคดีนี้

Judge Oda เห็นว่า เป็นเรื่องแปลกที่ศาลไม่ได้กล่าวถึงประเด็นนี้ในคำพิพากษา แต่ศาลกลับระบุในย่อหน้าแรกของคำตัดสินว่า

“ประเทศคองโก... ไม่ยื่นคำฟ้องต่อศาลให้ดำเนินคดีต่อ... เบลเยียม... ในข้อพิพาทอันเกี่ยวกับหมายจับสากลระหว่างประเทศ...” และได้กล่าวถึง “ข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างประเทศคองโก และเบลเยียม เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของหมายจับสากลลงวันที่ 11 เมษายน 2000 และผลที่ตามมาในการถอนหมายจับ หากหมายจับนั้นมีชอบด้วยกฎหมาย” (คำพิพากษา ย่อหน้าที่ 27) กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือประเทศคองโกได้อ้างในคำฟ้องถึงข้อพิพาท เพียงแต่ในเรื่องของคำฟ้องว่า เป็นการที่คดีมีมูลพอที่จะรับไว้พิจารณาได้ ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องเขตอำนาจในการพิจารณาของศาล อันเป็นความผิดพลาดของศาล ที่ได้กล่าวในย่อหน้าที่ 1 ของคำพิพากษา

มาตรา 40 ของธรรมนูญ ศาลไม่ได้เรียกร่องรัฐที่ยื่นคำฟ้อง ในเรื่องพื้นฐานทางกฎหมายว่า เขตอำนาจของศาลนั้น ขึ้นอยู่กับสิ่งใด ซึ่งมาตรา 38 วรรค 2 ได้ระบุไว้ และคองโกก็ผิดพลาดในการระบุเฉพาะถึงพื้นฐานเหล่านั้นในคำฟ้อง นอกเหนือจากนั้น คองโกไม่ได้ระบุ “ประเด็นข้อพิพาท” ซึ่งมาตรา 40 ของธรรมนูญบัญญัติไว้ให้กล่าวถึงด้วย

ในคำฟ้องของคองโก กล่าวถึงแต่ “พื้นฐานทางกฎหมาย” (อยู่ในส่วนที่ 1) และ “ คำกล่าวถึงพื้นฐาน อันเป็นหลักของข้ออ้าง” (อยู่ในส่วนที่ 4) ในคำฟ้องส่วนนั้น คองโก (โดยปราศจากการกล่าวถึงพื้นฐานของเขตอำนาจ หรือประเด็นข้อพิพาท) ได้กล่าวถึง “การละเมิดหลักที่ว่า รัฐจะไม่แสดงอำนาจในดินแดนของรัฐอื่น และหลักความเท่าเทียมของอธิปไตยของรัฐ และการละเมิดความคุ้มกันทางการทูตของรัฐมนตรีต่างประเทศของรัฐอื่น

ข้ออ้างแรกของคองโกคือ กฎหมายเบลเยียมปี 1993 ที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี 1999 ขัดกับหลัก 2 หลักที่กล่าวมาข้างต้น ส่วนข้ออ้างที่สอง กล่าวถึงการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายของเบลเยียมต่อ นาย Yerodia รัฐมนตรีระหว่างประเทศของคองโกนั้น ละเมิดหลักความคุ้มกันทางการทูตที่ได้รับรองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งให้กับรัฐมนตรีต่างประเทศ คองโกไม่ได้ระบุถึงความเสียหาย หรือความบาดเจ็บที่คองโก หรือที่ตัวของนาย Yerodia เองได้รับ หรือจะได้รับ นอกเหนือจากความเสียหายทางจิตใจ ซึ่งนาย Yerodia อาจคิดว่า เมื่อเขาเดินทางไปยังต่างประเทศ จะเกิดความกลัวว่าจะถูกจับโดยรัฐนั้นๆ อันมีผลสืบเนื่องมาจากหมายจับที่ออกโดยผู้พิพากษาสอบสวนของเบลเยียม (ซึ่งความกลัวนั้นไม่มีเหตุผลที่จะอ้างได้) เช่นนี้แสดงให้เห็นว่า คองโกไม่ได้เรียกร่องให้ศาลจัดตั้งข้อพิพาททางกฎหมายต่อเบลเยียม แต่เป็นการร้องขอให้

ความเห็นในความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายเบลเยียม 1993 แก้ไขเพิ่มเติม 1999 และการกระทำที่มีผลมาจากกฎหมายดังกล่าวมากกว่า

Judge Oda กล่าวอีกว่า เขาเกรงว่าข้อสรุปของศาลจะออกมาว่า คดีนี้มีข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างคองโก และเบลเยียมภายในข้อบัญญัติของมาตรา 36 วรรค 2 ของธรรมนูญศาล และการสนับสนุนของการใช้เขตอำนาจศาลในคดีนี้ จะทำให้มีคดีขึ้นสู่ศาลมากมาย โดยการกล่าวอ้างต่อศาล ทั้งๆที่ไม่มีความเสียหายที่แท้จริงเกิดขึ้น แต่เกิดจากเหตุเพียงว่ารัฐหนึ่งเชื่อว่า อีกรัฐหนึ่งกระทำการอันขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และ Judge Oda ยังกล่าวอีกว่า รัฐอื่นๆ ในที่สุดจะเลิกสนใจในเรื่องเขตอำนาจที่เป็นหน้าที่ของศาลในการหลีกเลี่ยงที่จะพาเหยื่อมาสู่หลักการยอมรับคดีเข้าสู่เขตอำนาจของศาล

การตีความหลักกฎหมายเรื่องเขตอำนาจอันเป็นหน้าที่ของศาลจะทำให้ความคาดหวังของรัฐที่ปฏิบัติตามกฎหมายหมดกำลังใจ Judge Oda พิจารณาว่า เขตอำนาจศาลขึ้นอยู่กับความยินยอมของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยในการหาข้อยุติธรรมทางกฎหมายโดยศาล

ส่วนในประเด็นที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนข้อเท็จจริงในสาระสำคัญของคองโก Judge Oda กล่าวย่ำว่า คำฟ้องของคองโกไม่เหมาะสมในการที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล Judge Oda ได้ยกประเด็นในข้อสงสัยในสาระสำคัญของความไม่เหมาะสม จน Judge Oda กล่าวว่า เป็นคดีที่ตัดสินผิดพลาด

สิ่งแรกที่จะยกขึ้นมาก็คือ ในระหว่างคำฟ้องของคองโก ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2000 และการยอมรับในข้อบันทึกช่วยจำ ลงวันที่ 15 พฤษภาคม 2001 คองโกได้เปลี่ยนแปลงประเด็นในข้อสาระสำคัญในการดำเนินคดี

คองโกได้โต้แย้งในคำฟ้อง : (I) ข้อที่ว่ากฎหมายเบลเยียม 1993 แก้ไขเพิ่มเติม 1999 ละเมิดหลักที่ว่า รัฐจะไม่ใช้อำนาจเหนือดินแดนของรัฐอื่น และหลักแห่งความเสมอภาคเท่าเทียมกันของอธิปไตย และ (II) ข้อที่ว่า เบลเยียมใช้เขตอำนาจศาลทางอาญาต่อ นาย Yerodia ซึ่งเป็นรัฐมนตรีต่างประเทศของคองโก ซึ่งเป็นการละเมิดหลักความคุ้มครองทางการทูตของรัฐอธิปไตยอื่น การละเมิดที่ถูกกล่าวหาในหลักที่กล่าว 2 หลักนั้น อันมีความเกี่ยวข้องกับหลักในเรื่องของเขตอำนาจศาลที่เป็นหลักสำคัญในสังคมกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ข้ออ้างหลังสุดมีความเกี่ยวเนื่องเพียงใจเรื่องของความคุ้มครองทางการทูต ที่ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต่างประเทศได้รับ

คองโกได้เปลี่ยนข้อโต้แย้งในข้อบันทึกช่วยจำ ที่ได้ลงไว้เมื่อ 7 เดือนก่อน ระบุว่า “โดยการออก และการเวียนหมายจับในทางระหว่างประเทศ ลงวันที่ 11 เมษายน 2000 ต่อ นาย Yerodia เบลเยียมได้ละเมิดหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อสาธารณรัฐ

คองโก (DRC) ในเรื่องของหลักความละเมิดมิได้ในตัวบุคคล และหลักในเรื่องความคุ้มกันจากการดำเนินคดีทางอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต่างประเทศ”

การกล่าวหา และการจับกุมผู้ต้องสงสัย เป็นกระบวนการที่ต้องเกิดขึ้นเป็นปกติในการที่รัฐใช้เขตอำนาจทางอาญา ทำให้เกิดปัญหาว่า รัฐมีเขตอำนาจพิเศษเหนือดินแดนในเรื่องอาชญากรรมที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงไว้ว่า ได้กระทำลงที่ไหนและเมื่อไร (ซึ่งก็คือเป็นปัญหาในเรื่องของเขตอำนาจสากล) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนั้น จะได้รับการยกเว้นจากเขตอำนาจสากลนั้น (ซึ่งก็คือ ปัญหาในเรื่องความคุ้มกันทางการทูต) ซึ่งในคดีนี้ ได้ถูกเปลี่ยนเป็นประเด็นปัญหาในเรื่องการออก และการเวียนหมายจับในทางระหว่างประเทศ ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และความคุ้มกันของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต่างประเทศนี้เองทำให้เห็นชัดว่า เป็นการเปลี่ยนแปลงในประเด็นอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งไม่ได้อยู่บนพื้นฐานเดิมตามคำฟ้องที่คองโกได้เสนอไว้ในคำฟ้องลงวันที่ 17 ตุลาคม 2000

Judge Oda สงสัยว่า เหตุใดเบลเยียมจึงไม่คัดค้านในเบื้องต้นในเขตอำนาจของศาลในคดีนี้ แต่กลับยอมรับในข้อบันทึกช่วยจำว่า ได้เกิดข้อพิพาทระหว่างสองรัฐ ซึ่งศาลก็เห็นเองว่า คดีนี้ได้มาสู่การพิจารณาของศาล และเบลเยียมเองก็มองว่ามันเป็นคดีที่เป็นเรื่องของ 2 ฝ่าย รวมทั้งการโต้ตอบที่ตามมา ก็แสดงถึงการตระหนักถึงเขตอำนาจของศาล อันเป็นข้อเท็จจริงที่มาตั้งแต่แรกเช่นนั้นหรือ

ดูเหมือนว่า เบลเยียมจะเคยโต้แย้งครั้งหนึ่งว่า นาย Yarodia นั้น ไม่ได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต่างประเทศแล้ว ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น เกี่ยวกับเขาในฐานะของอดีตรัฐมนตรีต่างประเทศ และเบลเยียมได้โต้แย้งว่า ศาลไม่มีเขตอำนาจด้วยเหตุผลเหล่านี้ เช่นนี้เบลเยียมก็ได้วางประเด็นแทนที่ในเวลาต่อมา ซึ่งแสดงให้เห็นว่า เบลเยียมไม่ได้ต่อสู้เรื่องเขตอำนาจของศาลในคดี เพียงแต่สนใจในเรื่องของคดีมีมูลพอพิจารณาได้ และคดีมีความสำคัญในการที่จะยกขึ้นมาพิจารณาได้ หรือ ในเมื่อนาย Yerodia ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่รัฐมนตรีต่างประเทศแล้ว

ด้วยความเคารพต่อศาล Judge Oda ได้เสนอความคิดต่อศาล (แต่ยังคงมีความเห็นว่า ข้อพิพาทไม่ได้มีอยู่ในคดีนี้) ที่ว่า ข้อพิพาทที่ถูกกล่าวหาเป็นสิ่งที่เกิดขึ้น ในเดือนตุลาคม 2000 และถึงแม้ว่า Judge Oda จะลงคะแนนเสียงโต้แย้งในย่อหน้าที่ 78 ของคำพิพากษา แต่ก็เห็นพ้องกับศาลในเรื่องที่ศาลปฏิเสธข้อคัดค้านของเบลเยียมในเรื่องเขตอำนาจ คดีมีมูลพอรับไว้พิจารณาได้ และเรื่องที่ว่าคดีมีเหตุผลสำคัญในการรับไว้พิจารณา ที่อ้างถึงข้อพิพาทที่ถูกกล่าวหา ซึ่งเบลเยียมเชื่อว่ามืออยู่ หลังจากทีนาย Yerodia ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่แล้ว

เป็นที่แน่นอนว่า ปัญหาดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ได้รับเอกสิทธิ์ และความคุ้มกันเช่นเดียวกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศที่ดำรงตำแหน่งอยู่นี้เป็น ประเด็นทางกฎหมาย แต่ไม่ใช่ประเด็นสำคัญในคดีนี้

ผู้เขียนเห็นว่าการที่สิ่งอันเป็นสาระสำคัญในคดีได้เปลี่ยนแปลงไปทำให้ขาด ข้อเท็จจริงสำคัญของคดี ทำให้คำฟ้องของคองโกไม่เป็นไปตามคำฟ้องตั้งต้นเริ่มแรก ซึ่งจริงๆ แล้ว คดีไม่น่าจะสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาได้อีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตามประเด็นในคดีนี้เป็นสิ่งที่ ทุกคนเฝ้ารอผลของคำพิพากษาของศาลว่าจะออกมาในทางใด อันจะเป็นการวางแนวการตัดสิน ให้กับคดีต่อมา จึงเห็นว่าเป็นการดีแล้วที่ศาลจะมีการดำเนินคดีต่อไปจนกระทั่งมีคำพิพากษา ออกมา แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีจะได้เปลี่ยนแปลงไปแล้วก็ตาม

### 2.3.2 หมายจับของเบลเยียมไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

#### 2.3.2.1 แนวคิดตามคำพิพากษาศาล

ศาลระบุว่าหมายจับระหว่างประเทศลงวันที่ 11 เมษายน 2000 โดยผู้พิพากษา สืบสวนสอบสวนของ Brussels Tribunal de premiere instance ที่ออกต่อนาย Yerodia โดย ธรรมชาติ และตามวัตถุประสงค์ของหมายจับแล้ว เป็นการละเมิดหลักความคุ้มกันที่นาย Yerodia ได้รับในฐานะที่ดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของคองโก นอกจากนี้ การออกหมายจับยังเป็นการละเมิดหน้าที่ที่เบลเยียมมีต่อคองโก ในการที่คองโกไม่ได้เคารพหลัก ความคุ้มกันของรัฐมนตรี กล่าวโดยเจาะจงคือ เป็นการฝ่าฝืนหลักความคุ้มกันจากเขตอำนาจทาง อาญาของศาล และการละเมิดมิได้ที่เขาได้รับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

การละเมิดความคุ้มกันต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของคองโกเช่นนี้ ก่อความรับผิดชอบที่มีผลต่อการควบคุมการบริหารความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของคองโก โดย ที่นาย Yerodia จะต้องได้รับหลักประกันในการเดินทางไปปฏิบัติหน้าที่ของเขา เพียงเพราะการ เวียนหมายจับ แม้ว่าเบลเยียมจะไม่ได้กระทำการใดๆต่อไป ก็อาจมีผลต่อการจับกุมของเขาในรัฐ ต่างประเทศได้ ศาลให้ข้อสังเกตว่า เบลเยียมเองก็เห็นว่าการออกหมายจับนั้นมีผลต่อ นาย Yerodia ในการที่เขาได้รับรู้ว่าเขามีความเสี่ยงที่จะถูกจับอันเป็นผลมาจากการออกหมายจับต่อ เขาโดยเบลเยียม เห็นได้จากการที่นาย Yerodia ต้องออก visa เพื่อผ่าน 2 ประเทศในการเดินทาง ครั้งเดียว เช่นนี้เหมือนเป็นการที่คองโกจะบอกเป็นนัยว่าการออกหมายจับนั้นทำให้นาย Yerodia ต้องเดินทางอย่างอ้อม ไม่สามารถเดินทางมุ่งสู่ประเทศที่ตนต้องการจะไปโดยตรงได้ ดังนี้ ศาลจึง สรุปว่า ไม่ว่าจะหมายจับจะขัดขวางกิจการทางการทูตของนาย Yerodia อย่างเห็นได้ชัดหรือไม่ก็ตาม เบลเยียมก็ได้กระทำการละเมิดหน้าที่ที่ต้องเคารพหลักในเรื่องความคุ้มกันของผู้ดำรงตำแหน่ง

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของคองโกแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่าฝืนหลักความคุ้มกันจากเขตอำนาจทางอาญา และหลักการละเมิดมิได้ในตัวบุคคลที่เขาได้รับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

### 2.3.2.2 แนวคิดโต้แย้งคำพิพากษา

จะเห็นได้ชัดว่า รัฐไม่สามารถจับกุมบุคคลนอกเหนือดินแดนอาณาเขตของรัฐตนเอง และบังคับให้เขามาขึ้นศาลของตนเองได้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบในเรื่องหมายจับที่ออกโดยอำนาจของรัฐต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย

ในความเห็นของผู้พิพากษาในคดี อย่าง Judge Oda หมายจับเป็นเอกสารราชการที่ออกโดยการใช้เขตอำนาจของรัฐ ให้อำนาจตำรวจในการบังคับ จับกุม หรือการกระทำใดใดต่อบุคคลในหมายจับนั้น แต่อย่างไรก็ตาม หมายจับนั้นก็ได้ผูกพันผู้มีอำนาจในทางระหว่างประเทศ ผู้ซึ่งไม่ใช่เป็นส่วนหนึ่งของการบังคับกฎหมายภายใต้รัฐที่ออกหมายจับนั้น บุคคลอาจถูกจับในต่างประเทศได้ (คือออกรัฐที่ออกหมายจับนั้น) โดยผู้มีอำนาจของรัฐที่บุคคลนั้นปรากฏตัวเท่านั้น อันเนื่องมาจากเขตอำนาจเหนือดินแดนอาณาเขตที่เป็นของรัฐนั้นๆ ผู้มีอำนาจจับกุมบุคคลนั้น จะตอบรับรัฐที่ทำการออกหมาย หากการร้องขอ นั้นได้รับการยอมรับให้ทำเช่นนั้นได้ตามการจัดการในทางระหว่างประเทศ กับรัฐที่ทำการออกหมายจับนั้น ตำรวจโลกเป็นองค์การที่ส่งหมายจับจากรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่ง แต่เขาไม่ได้มีอำนาจในตัวของเขาเอง

หลังจากที่ศาลได้รวบรวมข้อมูลจากประเทศทางยุโรปมากมายแล้วก็ดูเหมือนว่า ศาลจะสรุปว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศได้รับความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด มีเหตุผลที่จะถูกถามว่า มันมีความจำเป็นหรือเป็นการที่ต้องให้คำแนะนำสำหรับศาลที่จะต้องตอบในประเด็นนี้ ซึ่งก็ยังคงเป็นการสมมติอยู่ ยังไม่เกิดมีผลขึ้นจริง โดยที่เบลเยียมยังไม่ได้ใช้เขตอำนาจทางอาญาต่อ นาย Yerodia ตามความของกฎหมายเบลเยียมปี 1993 แก้ไขเพิ่มเติมปี 1999 และก็ยังไม่มีรัฐที่สามอื่นใดตอบสนองการดำเนินการของเบลเยียม ในการอ้างใช้เขตอำนาจรัฐสากลเลย

เช่นนี้ผู้เขียนสังเกตเห็นได้ว่า ก่อนที่นาย Yerodia จะถูกจับกุมได้นั้น ต้องมีกระบวนการต่างๆ มากมาย ไม่ใช่เมื่อเบลเยียมออกหมายจับสากลแล้ว นาย Yerodia จะต้องถูกจับกุมดำเนินคดีแบบทันทีเลย ยังต้องอาศัยการตอบสนองของรัฐอื่นอีก หากรัฐอื่นเพิกเฉยไม่ตอบสนอง นาย Yerodia ก็ไม่ถูกนำตัวไปดำเนินคดีได้ และทราบไต่ที่นาย Yerodia ดำรงตำแหน่ง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอยู่ เขาก็สามารถอ้างความคุ้มกันจากหมายจับได้ เนื่องจากเขากำลังปฏิบัติหน้าที่อยู่ ซึ่งมีเหตุปัจจัยหลายอย่างที่ทำให้ นาย Yerodia ยังไม่ต้องถูกนำตัวมาดำเนินคดีได้ ดังนี้เพียงแค่การออก และเวียนหมายจับของประเทศเบลเยียม หรือที่ถือว่าเป็น

การละเมิดความคุ้มกันที่นาย Yerodia ได้รับในการปฏิบัติหน้าที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของคองโกแล้ว

Judge Oda ยังกล่าวอีกว่า ข้อโต้แย้งในคดีนี้ไม่มีข้อสนับสนุนที่จะพิสูจน์ว่า นาย Yerodia ได้รับหรือจะได้รับผลกระทบที่มากไปกว่าความเสียหายทางจิตใจ ดังนั้น คดีจึงไม่ก่อให้เกิดข้อพิพาท นอกจากนี้ Judge Oda ยังเชื่อว่า คำสั่งศาลที่ให้เบลเยียมถอนหมายจับที่ออกต่อ นาย Yerodia ไม่ได้เป็นการเยียวยาศักดิ์ศรีในอำนาจอธิปไตยของประเทศคองโก แต่วิธีการเยียวยาที่ถูกต้อง คือ การขอโทษของเบลเยียมเท่านั้น ทั้งยังเชื่อว่า คองโกยังไม่ได้รับความเสียหายใดๆ เนื่องจากไม่มีการกระทำที่กระทบต่อ นาย Yerodia อันเนื่องมาจากการออกหมายจับ ในท้ายที่สุด Judge Oda ยังเห็นว่า การตัดสินของศาลในคดีนี้ ไม่เพียงแต่มีน้ำหนักน้อย แต่ยังเป็น การพิจารณาที่ไม่เหมาะสมในการเป็นพื้นฐานในการตัดสินคดีอีกด้วย

การออกหมายจับโดยรัฐหนึ่ง และการเวียนหมายในระหว่างประเทศโดยผ่านองค์การ ตำรวจโลก ไม่มีผลทางกฎหมาย นอกจากการเรียกร้องให้จับกุมได้อยู่ภายในระยะเวลาที่มีผล โดย รัฐผู้รับ คองโกไม่เข้าใจว่า การออกหมาย และการเวียนของหมายจับสากลนี้ มีความสำคัญไม่มาก กล่าวเฉพาะเจาะจง โดยคำนึงถึงผลกระทบทางกฎหมายของหมายจับนี้ ประเด็นที่น่าสนใจนั้น ไม่ใช่การออก และเวียนหมายจับในทางระหว่างประเทศ แต่เป็นการตอบรับของรัฐที่ได้รับการเวียน หมายจับนี้มากกว่า

Judge Oda กล่าวว่า ในย่อหน้า(3) ของส่วนต้นของคำพิพากษาที่ศาลวางตรรกะต่อ เนื่องมาจากในย่อหน้า(2) ในเรื่องข้อสรุปการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในปี 2000 และศาลทำให้เห็นว่าควรเชื่อว่า ในปี 2002 ไม่มีอะไรที่จะกีดขวางเบลเยียมในการจะออกหมายจับ ใหม่ต่อ นาย Yerodia ซึ่งในขณะนี้กลายเป็นอดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ไม่ได้ ปฏิบัติหน้าที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอีกต่อไปแล้ว และไม่มี ความสำคัญในทาง ปฏิบัติที่จะสั่งให้เบลเยียมถอนหมายจับที่ออกเดือนเมษายน 2000 ถ้าศาลเองเชื่อว่า การออก หมายจับนี้เป็นศักดิ์ศรีทางอธิปไตยของคองโก และศักดิ์ศรีเช่นว่านั้น ได้ถูกละเมิดในปี 2000 ทำให้ เกิดความเสียหายในเวลานั้นต่อคองโก ความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ ไม่สามารถที่จะเยียวยาได้โดยการ ยกเลิกเพิกถอนของหมายจับ ทางเยียวยาเดียวกันก็คือ การได้รับคำขอโทษจากเบลเยียม แต่ Judge Oda ยังกล่าวอีกว่า เขาไม่เชื่อว่าเบลเยียมจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คองโก เพราะไม่มีการ กระทำใดใดต่อ นาย Yerodia อันสืบเนื่องมาจากหมายจับ นอกจากนี้ เบลเยียมไม่ได้มีหน้าที่ที่ จะต้องให้หลักประกันใดๆ แก่คองโกว่า ความคุ้มกันจากเขตอำนาจทางอาญาที่รัฐมนตรีว่าการ

กระทรวงการต่างประเทศในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ ที่เขาได้รับจะได้รับการเคารพภายใต้กฎหมาย 1993 แก้ไขเพิ่มเติมปี 1999 แต่นั่นก็ไม่ใช่ประเด็นในเรื่องนี้

ในบทสรุป Judge Oda กล่าวว่า คดีนี้ไม่เพียงแต่เป็นการตัดสินคดีที่ไม่สมบูรณ์ครบถ้วน แต่ยังเป็นการวางรากฐานที่ไม่เหมาะสมต่อการพิจารณาของศาลอีกด้วย เพราะผลของคดีไม่มีแม้แต่ความตกลงกันระหว่างคองโก กับเบลเยียมที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทในคดี ปัญหาที่มีอิทธิพล และมีความสำคัญ (ซึ่งเขตอำนาจศาลก็ยังคงมีอยู่ อันเป็นขอบเขตทั่วไปของความคุ้มกันทางการทูต) ได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปสู่ปัญหาพื้นฐาน กลายเป็นเรื่องเกี่ยวกับการออก และเวียนหมายจับระหว่างประเทศที่มีความสัมพันธ์กับความคุ้มกันทางการทูตไป ซึ่งโชคร้ายที่ศาลเลือกเอาประเด็นนี้เป็นประเด็นหลักที่เป็นปัญหาที่ได้เถียงในคดีนี้ไป

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่เบลเยียมออกหมายจับต่อ นาย Yerodia เช่นนี้ ยังไม่ถือว่าเป็นการกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเขา การที่เบลเยียมออกหมายจับ ยังมีวิธีดำเนินการต่างๆ อีกมากที่ตามมา กว่าที่จะสามารถนำตัวนาย Yerodia มาดำเนินคดีได้ เช่นนี้เขาก็ยังสามารถกระทำการตามตำแหน่งหน้าที่ที่เขาได้รับมอบหมายได้ปกติ เพียงแต่ความรู้สึกของตัวเขาเท่านั้นเองที่ทำให้คิดไปว่าเขาจะถูกจับกุมตัวด้วยเหตุอันเนื่องมาจากหมายจับนั้น จนทำให้เขาเกิดความกลัวจนอาจไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2.3.3 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศคองโกได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลในทางอาญา ตามหลักความล่งละเมิดมิได้ในตัวบุคคล (inviolability)

#### 2.3.3.1 แนวคิดตามคำพิพากษาศาล

ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้แทนรัฐ หรือผู้แทนทางการทูตได้รับสิทธิตามหลักความล่งละเมิดมิได้ในตัวบุคคล รัฐต่างประเทศไม่สามารถใช้เขตอำนาจรัฐต่อผู้แทนรัฐ หรือผู้แทนทางการทูตได้ เขาได้รับความคุ้มครองนอกจากตัวของผู้แทนเองแล้ว พาหนะ ทรัพย์สิน ผู้ติดตามของเขาก็ได้รับความคุ้มครองด้วย ศาลเองให้ความเห็นว่าไม่ปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์ว่ามีข้อยกเว้นใดที่จะไม่ให้สิทธินี้กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในเมื่อเขาก็ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐเช่นเดียวกัน

ศาลยุติธรรมจึงตัดสินว่าเบลเยียมไม่ได้เคารพต่อความคุ้มกันจากเขตอำนาจในการดำเนินคดีอาญา และหลักความล่งละเมิดมิได้ในตัวบุคคล หมายจับที่ออกต่อ นาย Yerodia และการเวียนส่งหมายจับที่เกี่ยวข้องในทางระหว่างประเทศนี้ ก่อให้ประเทศเบลเยียมเกิดภาวะหน้าที่ความรับผิดชอบตามกฎหมาย ในอันที่เบลเยียมไม่ได้เคารพหลักความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลทาง

อาญา และสิทธิอันล่วงละเมิดมิได้ในตัวบุคคลที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศของ ประเทศคองโกได้รับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

### 2.3.3.2 แนวคิดโต้แย้งคำพิพากษา

Judge Van Wyngaert ลงความเห็นแย้งคำพิพากษาย่อหน้า(2) และ(3) กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ให้ความคุ้มกันจากการดำเนินคดีอาญาต่อผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ ที่เป็นผู้ถูกสงสัยว่าได้ก่ออาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ไม่มีหลักฐานในข้อที่ว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความคุ้มกันจากการดำเนินคดีอาญาต่อผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การที่มีการออกและเวียนหมายจับนั้น เบลเยียมอาจจะกระทำอันเป็นการขัดต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดหน้าที่ทางกฎหมายระหว่างประเทศ

แน่นอนว่า หมายจับที่ออกมีผลมาจากข้อกล่าวหาในเรื่องอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ไม่สามารถที่จะเป็นการละเมิดกฎหมายในเรื่องความคุ้มกันได้ ณ เวลา นี้ จากข้อเท็จจริงที่นาย Yerodia ไม่ได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ และได้กลายเป็นประชากรธรรมดาคนหนึ่งไปแล้ว ดังนี้ ศาลจึงผิดพลาดจากที่ศาลพบว่า เบลเยียมต้องยกเลิกเพิกถอนหมายจับ และต้องแจ้งกับผู้มีอำนาจที่หมายจับนี้ได้เวียนไปถึง

จะเห็นได้ว่า เบลเยียมมีการบัญญัติกฎหมายกว้างมากที่อนุญาตให้เหยื่อ หรือผู้เคราะห์ร้ายของอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติในการที่จะดำเนินคดีทางอาญาในศาลภายในของตนได้ เช่นนี้เอง มันทำให้เกิดปฏิกิริยาที่เป็นผลเสียต่ออีกวงการหนึ่ง เพราะในขณะที่ด้านหนึ่งกำลังจะได้รับความพอใจ การกระทำของเบลเยียมอาจจะแสดงให้เห็นถึงการขาดการมีมารยาท หรือขัดกับวัตถุประสงค์ในทางระหว่างประเทศได้ แต่ถ้าสิ่งนี้เป็นเรื่องจริง เบลเยียมก็ไม่ได้ละเมิด (ทั้งทางประเพณีปฏิบัติ และทางสนธิสัญญา) กฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริง แต่ปรัชญาทางการเมืองการปกครองจะสั่งให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในการบัญญัติกฎหมายของเบลเยียม ที่ได้เกิดมีข้อเสนอในหลายๆ วงการ ปรัชญาทางตุลาการจะนำพาให้มีการเริ่มต้นจำกัดในการสร้างกฎหมายในธรรมนูญปัจจุบันมากขึ้น และจะทำให้เกิดผลจากการดำเนินกระบวนการที่ให้มีการตระหนักถึงก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลเบลเยียมได้ ซึ่งมันก็ไม่ได้หมายความว่า เบลเยียมได้กระทำการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศในการกระทำต่อนาย Yerodia ที่ได้เกิดขึ้น ในคดีนี้ Judge Van Den Wyngaert ไม่เห็นว่ามีหลักฐานปรากฏว่ามีแบบแผนระเบียบปฏิบัติ

เช่นนั้นปรากฏอยู่เลย ไม่ว่าจะในสนธิสัญญา หรือในทางประเพณีแบบแผนทางกฎหมายระหว่างประเทศ

คำพิพากษาที่ศาลให้ไว้อย่างจำกัดกว่าที่คาดหวัง เนื่องจากศาลไม่ได้ตัดสินในปัญหาเรื่องเขตอำนาจ(สากล) แต่ตัดสินเพียงแต่ในเรื่องปัญหาความคุ้มกันจากเขตอำนาจ ถึงแม้ว่า ในทางความเป็นเหตุเป็นผลแล้ว ปัญหาในเรื่องเขตอำนาจจะสำคัญกว่าเรื่องของความคุ้มกัน ซึ่งในที่สุด เมื่อนำมาเทียบกันระหว่างคำพิพากษาของศาลภายใน กับศาลระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นก่อนมีการนำคดีสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เป็นที่แน่นอนว่า คำพิพากษาออกมาอย่างสิ้นมาก ในการให้เหตุผล และวิเคราะห์ในข้อโต้แย้งของรัฐคู่พิพาท ข้อโต้แย้งบางข้อก็ไม่ได้ถูกระบุไว้ ส่วนในข้ออื่นก็ระบุไว้อย่างรวบรัด

ผู้เขียนเห็นว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศก็น่าจะได้รับสิทธิในเรื่องของหลักความละเมิดมิได้ในตัวบุคคลนี้ แต่การที่เขาได้รับสิทธิก็ควรมีขอบเขตจำกัด ไม่ใช่จะสามารถจะได้รับสิทธินี้อันจะสามารถใช้ได้กับทุกการกระทำของเขา สิ่งที่เป็นการกระทำในทางส่วนตัวของเขา ก็ไม่ควรได้รับยกเว้น เขาควรจะต้องรับผิดชอบกับการกระทำของเขาในทางส่วนตัวเอง

## 2.4 ประเด็นสรุปจากการศึกษาคำพิพากษาศาลเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกัน

### 2.4.1 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้รับความคุ้มกันเด็ดขาด

โดยความเห็นของ Judge ad hoc Van den Wyngaert และความเห็นของศาลเสียงข้างน้อยที่ไม่เห็นด้วย Judge Al-Khasawneh เน้นว่าในความเห็นของพวกเขาแล้ว ไม่มีหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ให้ใช้หลักเรื่องความคุ้มกันอย่างเต็มที่ (Full Immunity) กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ จึงไม่ต้องด้วยเรื่องเขตอำนาจรัฐหรือการปฏิบัติของรัฐ<sup>19</sup>

ศาลเริ่มด้วยข้อสังเกตถึงการไม่มีอยู่ของหลักความคุ้มกันของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่จะต้องพิจารณาในปัญหาอันสัมพันธ์กับความคุ้มกันของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศที่เกิดขึ้นในคดีนี้ จากนั้นศาลได้กล่าวถึงในเรื่องกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในเรื่องความคุ้มกันที่ไม่อนุญาตให้ใช้ความคุ้มกันกับผลประโยชน์ส่วนตัว แต่ให้เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปได้อย่างมี

<sup>19</sup> *Ibid.*, para. 58., Dissenting opinion, Judge ad hoc Van den Wyngaert, paras. 11-23 and Dissenting Opinion, Judge Al-Khasawneh, para. 8.

ประสิทธิภาพในการทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐของตน แล้วศาลก็ได้เปรียบเทียบหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ หน้าที่ของทูต ตัวแทนทางการทูตในด้านหนึ่งเทียบกับประมุขของรัฐ และประมุขของรัฐบาล ซึ่งทำให้ได้ข้อสรุป

“ศาลสรุปว่า หน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศตลอดระยะเวลาที่อยู่ในการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อเดินทางไปยังต่างประเทศ ก็ได้รับความคุ้มครองอย่างเด็ดขาดจากเขตอำนาจในทางอาญาของศาล และหลักในเรื่องความละเมิดมิได้ในตัวบุคคล และหลักเช่นนั้นได้คุ้มครองบุคคลในการกระทำจากผู้มีอำนาจของรัฐอื่น อันเป็นการขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเขา”

ในอีกด้านหนึ่ง แนวปฏิบัติในเรื่องของอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ศาลตัดสินว่า “มันไม่สามารถลงความเห็นจากการปฏิบัติที่ว่า มีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในรูปแบบของการยกเว้นตามหลักความคุ้มครองจากเขตอำนาจทางอาญา และหลักล่วงละเมิดมิได้ในตัวบุคคลที่มีต่อผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ เมื่อเขาถูกสงสัยว่าได้ก่ออาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ”

Judge Van Den Wyngaert ไม่เห็นด้วยกับความเห็นของศาลที่สรุปได้ว่า

1) มีหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ และ

2) ไม่มีหลักในทางจารีตระหว่างประเทศที่ยกเว้นหลักความคุ้มครองในกรณีเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ซึ่งศาลคิดที่สรุปเช่นนั้น

ข้อแรก ไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศคุ้มครองรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจากการดำเนินคดีทางอาญา ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และนโยบายปรัชญาทางการเมืองอาจจะทำให้เขาไม่ถูกดำเนินคดีได้ แต่ไม่มีหน้าที่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ ที่จะห้ามไม่ให้มีความต้องการในการใช้เขตอำนาจศาล ในกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศถูกสงสัยว่าก่ออาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ

ข้อที่สอง กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ห้าม แต่ในทางตรงกันข้าม สนับสนุนรัฐในการสืบสวนสอบสวนข้อกล่าวหาในเรื่องอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ แม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะดำรงตำแหน่งทางราชการในรัฐอื่นก็ตาม

เช่นนี้ เบลเยียมไม่ได้ละเมิดหน้าที่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศโดยการออกหมายและการเวียนหมายจับระหว่างประเทศที่ออกต่อนาย Yerodia และไม่มีหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้ใช้หลักคุ้มครองต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ

Judge Van Den Wyngaert ไม่เห็นด้วยที่ศาลกล่าวว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศได้รับความคุ้มครองกันบนพื้นฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยให้เหตุผลง่าย ๆ เพียงว่า ไม่มีหลักฐานสนับสนุนในเรื่องนี้ ซึ่งก่อนที่ศาลจะสรุป ศาลน่าจะพิจารณาว่ามีหลักกฎหมายจารีตประเพณีใดบ้างที่มีผลกรทบกับประเด็นนี้ เพราะเป็นการไม่เหมาะสมที่จะเปรียบเทียบผลอันสมควรสำหรับกฎหมายคุ้มครองที่เหมาะสมในกรณีทางการทูต ประมุขของรัฐและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปว่า หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศคุ้มครองรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ การที่จะระบุถึงเหตุผลธรรมดาสำหรับหลักการคุ้มครองกันเป็นเรื่องหนึ่ง การยกระดับหลักในเรื่องความคุ้มครองในสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมันก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ศาลควรจะพิจารณาก่อนว่า สภาพพิธีการของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เต็มเต็มในกรณีที่เกิดขึ้นในคดีของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศหรือไม่ เป็นคำตัดสินที่สิ้นจนน่าแปลกใจ ศาลสรุปเร็วเกินไปว่ามีหลักนั้นอยู่จริง ซึ่งถ้ามีความถูกต้องแม่นยำมากกว่านี้คงจะดีไม่น้อย

ด้วยเหตุผลอันน้อยนิดนี้ ศาลไม่ได้คำนึงถึงกรณีของศาลเอง ในประเด็นอันเกี่ยวกับแบบแผนในทางจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการที่จะสร้างหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จะต้องปรากฏหลักฐานในทางปฏิบัติของรัฐ และความเห็นของผู้พิพากษาที่มีผลกระทบท่อหลักที่มีอยู่

มีหลักตามแบบแผนในกฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น คือในคดีไหลท์วีก ศาลได้ระบุว่า “ไม่เพียงแต่การกระทำที่เกี่ยวข้องจะทำให้เกิดการยอมรับในการปฏิบัติ แต่ต้องมีหลักฐานแสดงให้เห็นว่า ต้องมีความเชื่อในการปฏิบัติเช่นนั้น อันเป็นสิ่งที่หลักกฎหมายต้องการให้ มีอยู่ด้วย อันเป็นความจำเป็นของความเชื่อในการปฏิบัติเช่นนั้น รัฐที่เกี่ยวข้องจะต้องรู้สึกว่าเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนั้นๆ เพียงแค่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้งหรือเป็นลักษณะที่ทำจนเป็นนิสัยก็ยังไม่พอ มีการกระทำในทางระหว่างประเทศมากมายในเรื่องพิธีการ และพิธีสารที่เป็นการแสดงถึงความสม่ำเสมอ เหล่านั้นเป็นเหตุจูงใจเพียงให้ได้รับการพิจารณาในเรื่องที่เป็นการปฏิบัติตามมารยาทความเหมาะสมตามประเพณี หรือเป็นเรื่องของประเพณีแต่ไม่ได้ก่อให้เกิดความรู้สึกอันเกี่ยวกับหน้าที่ทางกฎหมายใดเลย

นอกจากนี้ในคดีนิการากัว ศาลก็กล่าวถึงในแนวเดียวกัน ในคดีนี้ ไม่มีการปฏิบัติที่สม่ำเสมอเกี่ยวกับหลักความคุ้มครองอย่าง “เต็มที่” ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ อย่างที่ศาลได้อ้างถึงไว้ในย่อหน้าที่ 54 ของคำพิพากษา ซึ่งมันจะต้องมีการจำกัดการปฏิบัติของรัฐในเรื่องเกี่ยวกับความคุ้มครองกันสำหรับประมุขของรัฐไม่ว่าจะเป็นอดีต หรือกำลังดำรงตำแหน่งอยู่ใน

ปัจจุบัน สำหรับศาลภายในแต่ละรัฐ แต่มันไม่มีทางปฏิบัติเช่นนั้นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในทางกลับกัน การที่จะทำให้เกิดแนวปฏิบัติในการให้ใช้ความคุ้มกันต่อเขตอำนาจของรัฐอื่นเช่นนั้น มันเป็นการยากที่จะหาตัวอย่างในกรณีเช่นนี้ ซึ่งเป็นสิ่งที่น่าคิดว่า ทำไมถึงเป็นเช่นนั้น คำถามคือว่า จะสามารถอนุมานอะไรได้จากการปฏิบัติที่ผิดเช่นนั้น นี่คือการแสดงออกของความคิดเห็นทางกฎหมายในเรื่องผลกระทบในกฎหมายระหว่างประเทศที่ห้ามการดำเนินคดีอาญา หรือในแนวเดียวกันว่า เป็นหน้าที่ในทางระหว่างประเทศที่เบลเยียมต้องละเว้นการดำเนินคดีต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเช่นนั้นหรือ

“การปฏิบัติที่ได้ผลเสีย” ของรัฐ รวมทั้งการงดเว้นของรัฐจากการดำเนินคดีทางอาญา ไม่ปรากฏหลักฐานในเรื่องของแนวความคิดทางกฎหมาย ซึ่งที่เป็นเช่นนั้น อาจอธิบายได้ด้วยหลายเหตุผล รวมถึงการทำตามมารยาท การพิจารณาในแง่ของทางการเมือง เรื่องที่เกี่ยวกับการปฏิบัติและการไม่มีการใช้เขตอำนาจพิเศษทางอาญา ถ้าเพียงการที่มีการปฏิบัติเช่นนี้จะเป็นการสร้างกฎหมายจารีตระหว่างประเทศ สิ่งที่มีมาก่อนหน้านี้ ในปี 1927 คือ คดี “Lotus”<sup>20</sup> ที่รัฐบาลฝรั่งเศสโต้แย้งว่ามีหลักตามกฎหมายจารีตประเพณีต่อผลกระทบที่ว่า ตุรกีไม่มีสิทธิที่จะดำเนินการทางอาญาต่อผู้ต้องหาชาวต่างชาติที่ก่ออาชญากรรมขึ้นนอกอาณาเขตของตน<sup>21</sup> ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งนี้พร้อมทั้งกล่าวว่า

“แม้ว่าจะมีแนวคิดทางกฎหมายค่อนข้างน้อยที่ปรากฏในคดีนี้ ไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ในประเด็นข้อเท็จจริงของสภาวะแวดล้อมในข้อกล่าวหาโดยตัวแทน สำหรับรัฐบาลฝรั่งเศส ซึ่งเป็นเพียงแต่การแสดงให้เห็นว่า รัฐบ่อยครั้งที่ปฏิบัติโดยการที่รัฐละเว้นการดำเนินการทางอาญา ไม่

---

<sup>20</sup> คดี Lotus ปี 1927 เป็นคดีระหว่าง ฝรั่งเศส กับตุรกี ในคดีนี้เรือ Lotus สัญชาติฝรั่งเศส เกิดชนกับเรือ Boz-Kourt สัญชาติตุรกี ชาวตุรกีแปดคนและกัปตันเรือตุรกีถูกฆ่า และเมื่อเรือ Lotus ถึงที่ตุรกี ตุรกีก็จับกุมร้อยโท Damon ในการฆ่าคนตายโดยไม่ได้ไตร่ตรองไว้ก่อน ฝรั่งเศสโต้แย้งว่า อาชญากรรมที่ถูกกล่าวหาไม่ได้เกิดบนแผ่นดินหรือผิวน้ำของตุรกี แต่เกิดบนน่านน้ำสากล และฝรั่งเศสเท่านั้นที่มีเขตอำนาจ โดยเหตุผลอันเองมาจากหลักสัญชาติของบุคคล ศาลวางหลักว่าทั้งฝรั่งเศสและตุรกีต่างมีอำนาจในการดำเนินคดี เนื่องจากกรกระทำที่เกิดขึ้นมีผลกระทบโดยตรงต่อตุรกี ศาลตัดสินในคดีนี้ว่า ตามหลักสัญชาติของบุคคล ถ้าจำเลยฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐ และเป็นพลเรือนของรัฐนั้นๆ รัฐนั้นก็สามารถดำเนินคดีได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าอาชญากรรมที่ถูกกล่าวหาขึ้นได้เกิดขึ้นที่ไหน

<sup>21</sup> <http://academic.umf.maine.edu/~erb/classes/1law4.htm>

ได้มาจากความรู้สึกของรัฐที่จะไม่ปฏิบัติเช่นนั้น แต่มาจากความคิดว่าเป็นหน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำเช่นนั้น ดังนี้ จะถือได้ว่าเป็นจารีตปฏิบัติระหว่างประเทศได้หรือ”

ในคดีนี้ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกิดจากการเทียบเคียงกับความคุ้มกันสำหรับตัวแทนทางการทูต และประมุขของรัฐ แต่การเทียบเคียงก็ไม่ได้เป็นการตระหนักถึงพื้นฐานในการสร้างหลักกฎหมาย

มีหลักพื้นฐานที่แตกต่างกันระหว่างสภาพของตัวแทนทางการทูต ประมุขของรัฐ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ สภาพของตัวแทนทางการทูตอาจถูกยกมาเปรียบเทียบได้ แต่ไม่เหมือนกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตปี 1961 ตัวแทนทางการทูตได้รับความคุ้มกันจากการใช้อำนาจทางอาญาของรัฐผู้รับ อย่างไรก็ตาม ตัวแทนทางการทูตพำนัก และปฏิบัติหน้าที่อยู่ในอาณาเขตของรัฐผู้รับ ในขณะที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ โดยทั่วไปพำนักอยู่ในรัฐที่พวกเขาปฏิบัติหน้าที่ รัฐผู้รับอาจจะตัดสินใจรับหรือไม่รับตัวแทนทางการทูตของรัฐต่างประเทศนั้นได้ โดยประกาศว่าบุคคลผู้นั้นเป็นบุคคลไม่พึงปรารถนา (persona non grata) เช่นนี้ รัฐผู้รับมีสิทธิ์มีเสียงในบุคคลผู้ที่เขายอมรับมาให้เป็นตัวแทนของรัฐอื่น ไม่ได้เกิดจากการแต่งตั้งของรัฐบาลให้เป็นส่วนหนึ่งในอำนาจอธิปไตยของรัฐบาล ดังที่เป็นการได้มาของคณะรัฐมนตรี

เช่นเดียวกันว่า ในการเทียบเคียงประมุขของรัฐ ผู้ซึ่งได้รับความคุ้มกันภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่แล้ว กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ 2 ตำแหน่งนี้ ไม่อาจทำให้เหมือนกันได้ ด้วยเหตุผลอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งสองตำแหน่งเป็นตัวแทนของรัฐ แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศไม่ได้รับบทบาทเป็น “รัฐ” เหมือนที่ประมุขของรัฐเป็น ประมุขของรัฐเป็นตัวตนในอีกแง่หนึ่งของรัฐ ในทางปฏิบัติของรัฐแล้ว รัฐให้ความสำคัญกับความคุ้มกันกับผู้นำรัฐไม่ว่าจะเป็นอดีตผู้นำรัฐไปแล้วก็ตาม จึงไม่อาจนำหลักนี้มาปรับใช้กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้ เนื่องจากไม่มีแนวปฏิบัติของรัฐปรากฏหลักฐานเป็นความคิดทางกฎหมายในประเด็นที่ว่านี้

ในขณะที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ [International Law Commission (ILC)] จัดตั้งเพื่อประมวล และพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศให้เกิดความก้าวหน้า ได้จัดการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในกรณีเกี่ยวกับตัวแทนทางการทูต และทางกงสุล แต่ไม่ได้จากการสรุปผลในเรื่องที่เกี่ยวกับประมุขของรัฐ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ สิ่งนี้เองที่รายงานพิเศษของ ILC ที่เกี่ยวกับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐ และทรัพย์สินของรัฐในรายงานปี 1989 ได้แสดงถึงเอกสิทธิ์ และความคุ้มกันของรัฐมนตรีว่าการ

กระทรวงการต่างประเทศที่เขาได้รับอยู่บนพื้นฐานของเรื่องความสัมพันธ์มากกว่าบนพื้นฐานของการก่อตั้งหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นนี้ในร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มกันจากเขตอำนาจ และทรัพย์สินของรัฐปี 1991 ในมาตรา 3 วรรค 2 จึงกล่าวถึงเพียงประมุขของรัฐ แต่ไม่ได้กล่าวถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ

ในวงการกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับอาชญากรรมหลักระหว่างประเทศ อย่างเช่น อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ILC ได้รับหลักการในเรื่องความคุ้มกันมาแสดงให้เห็นอย่างชัดเจน ซึ่งได้ปรากฏในมาตรา 7 ของร่างข้อบทฯ ในปี 1996 เกี่ยวกับเรื่องของผู้กระทำผิดต่อความสงบและความมั่นคงของความเป็นมนุษย์ ซึ่งได้มีความตั้งใจที่จะมีมาตราเหล่านี้ ไม่เฉพาะเพียงแต่ใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น แต่รวมถึงผู้มีอำนาจของรัฐภายใน ในการใช้เขตอำนาจหรือให้ความร่วมมือ โดยการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนหรือดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดที่ถูกกล่าวหาสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศ (มาตรา 9 ของร่างข้อบท 1)

มีข้อความของอนุสัญญาระหว่างประเทศ อันอาจเกี่ยวกับการตอบปัญหาของการคุ้มครองรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในอนุสัญญาการประชุมพิเศษปี 1969 ในมาตรา 21 ของอนุสัญญาที่แยกความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างประมุขของรัฐ (วรรค 1) กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (วรรค 2) ว่า

“ 1.) ประมุขของรัฐผู้ส่ง เมื่อเป็นผู้นำในการประชุมพิเศษ จะได้รับการอำนวยความสะดวก ได้รับเอกสิทธิ์ และความคุ้มกันจากรัฐผู้รับ หรือในรัฐที่ 3 ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ...

2.) หัวหน้าคณะรัฐบาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และบุคคลที่ดำรงตำแหน่งสูงอื่นของรัฐผู้ส่ง เมื่อเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของการประชุมพิเศษ จะได้รับการอำนวยความสะดวก เอกสิทธิ์ และความคุ้มกันจากรัฐผู้รับหรือรัฐที่สาม เท่าที่ในอนุสัญญานี้กำหนดไว้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ”

ความเห็นทางกฎหมายได้ถูกแบ่งในปัญหาในขอบเขตภายในอนุสัญญานี้ โดยพิจารณาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

แต่อนุสัญญานี้ เบลเยียม และคองโก ไม่ได้ให้สัตยาบัน อนุสัญญารวมการอำนวยความสะดวก เอกสิทธิ์ และความคุ้มกัน สำหรับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอย่างเป็นทางการ (เมื่อทำหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งของการประชุมพิเศษของรัฐผู้ส่ง) มันอาจเป็นปรัชญาทางการเมืองในการเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันเทียบเท่ากับประมุขของรัฐ แต่มันเป็นเรื่องเกี่ยวกับมารยาทมากกว่า และไม่มีความจำเป็นที่จะ

สรุปว่า มีหลักกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องนี้ สิ่งที่น่าอนุสัญญาเกี่ยวกับการประชุมพิเศษมาใช้กับข้อพิพาทในคดีนี้คือ หมายจับที่ออกต่อผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ จะไม่มีผลบังคับเมื่อเขามาเยือนอย่างเป็นทางการ

อีกอนุสัญญาระหว่างประเทศหนึ่งที่กล่าวถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศคือ อนุสัญญาเกี่ยวกับการป้องกัน และการลงโทษผู้ก่ออาชญากรรมต่อบุคคลผู้ได้รับความคุ้มครองในทางระหว่างประเทศ 1973 อนุสัญญานี้ในที่สุดก็จำกัดความ “บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในทางระหว่างประเทศ” หมายรวมถึงประมุขของรัฐ ประมุขของรัฐบาล และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และตัวแทนอื่นของรัฐ ซึ่งการกล่าวถึงความเหมือนเช่นนี้ก็ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีอนุสัญญานี้ เกี่ยวกับการคุ้มครอง ผู้ดำรงตำแหน่งสูงทางราชการของต่างประเทศในรายละเอียด เมื่อพวกเขาตกเป็นเหยื่อในความผิดอาชญากรรมกรรมาน ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการคุ้มครองพวกเขา เมื่อตัวเขาเองถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้ก่ออาชญากรรมในอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ

นอกจากนี้ Sir Arthur Watts กล่าวว่า

“ถึงแม้ว่า ประมุขของรัฐ เมื่อเดินทางมาอย่างเป็นทางการเป็นส่วนตัวไปรัฐอื่น ก็จะได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันอย่างสมบูรณ์แน่นอน ซึ่งไม่เหมือนกับประมุขของรัฐบาล และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งแม้ว่าเขาจะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นพิเศษจากรัฐเจ้าของบ้าน แต่สาระสำคัญอยู่ที่เป็นการกระทำตามมารยาท และความอาวุโสของผู้มาเยือนมากกว่าที่จะเป็นความเชื่อตามหลักดังที่กฎหมายระหว่างประเทศต้องการ”

นอกจากนี้ใน The Institute de droit international ตอนการจัดทำร่างฯ ก็ได้มีการเทียบความคุ้มกันของประมุขของรัฐ กับประมุขของรัฐบาล และเทียบประมุขของรัฐบาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ กับประมุขของรัฐ ซึ่งในท้ายที่สุด ข้อมติก็กล่าวถึงแต่ประมุขของรัฐบาล ไม่ได้กล่าวถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ เช่นนี้จึงสามารถสรุปความแตกต่างระหว่างร่างข้อมติ กับข้อมติสรุปสุดท้ายได้ว่า ได้มีการพิจารณาในความแตกต่างระหว่างตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ กับผู้นำในตำแหน่งอื่น แต่ไม่ได้ตัดสินใจที่จะวางรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศให้อยู่บนพื้นฐานเดียวกับประมุขของรัฐ ซึ่งเหตุผลเบื้องหลัง ในมติสุดท้ายนั้นมันไม่ชัดเจน เพราะมันไม่ปรากฏในความเห็นของ The Institute de droit international ว่า ไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการทำให้ประมุขของรัฐ กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเหมือนกัน ซึ่งเป็นการตัดสินใจที่หลักแหลม เพราะมันอาจจะก่อให้เกิดบุคคลจำนวนมากที่ได้รับความคุ้มกันระหว่างประเทศ หากนำตำแหน่งเหล่านั้น

มาเทียบให้เหมือนกัน เนื่องจากรัฐบาลที่ชั่วร้ายอาจแต่งตั้งผู้ที่ถูกสงสัยว่าเป็นผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรงให้เป็นรัฐมนตรี เพื่อปกป้องบุคคลนั้นไม่ให้ถูกดำเนินคดีในรัฐที่สามได้

ผู้เคราะห์ร้ายที่ถูกละเมิด เมื่อจะดำเนินการทางกฎหมายแก่ผู้กระทำความผิดที่มีตำแหน่งเช่นว่านั้น จะเผชิญหน้ากับอุปสรรคเนื่องด้วยความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล ในมาตรา 21 ของอนุสัญญาว่าด้วยการประชุมพิเศษ 1969 ได้มีหลักที่เป็นอุปสรรคในเรื่องความคุ้มกันใน การดำเนินคดีที่รัฐมนตรีมาเยือนอย่างเป็นทางการ แต่มันก็จะไม่ถูกขัดขวางไปทั้งหมด เพราะการให้ความคุ้มกันที่มากเกินไป อาจทำให้เกิดความขัดแย้งกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้

Judge Van Den Wyngaert สรุปว่า ตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้รับความคุ้มกันอย่างเต็มที่จากเขตอำนาจทางอาญาของรัฐต่างประเทศ เป็นการสรุปที่ไม่มีพื้นฐานทางกฎหมายใดสนับสนุนเลย ก่อนที่ศาลจะสรุปเช่นนี้ได้ ศาลควรจะทำให้เห็นจนพอใจก่อนว่า มีการปฏิบัติอย่างสม่าเสมอ และมีแนวความคิดที่จะทำให้เป็นกฎหมายเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งมันไม่มีทั้งสองอย่างเกิดขึ้นในทางจารีตระหว่างประเทศเลย ไม่มีแม้แต่สนธิสัญญา หรือความคิดทางกฎหมายสำหรับเรื่องนี้เลย ข้อสรุปของศาลปราศจากการคำนึงถึงหลักพื้นฐานทั่วไปในการพิจารณาเกี่ยวกับข้อจำกัดความคุ้มกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (รวมทั้งประมุขของรัฐด้วย) ไม่ทั้งในการกระทำทางกฎหมายเอกชน หรือกฎหมายพาณิชย์ ที่ซึ่งหลักความเท่าเทียมกันทางอำนาจอธิปไตย (par in parem non habet imperium) ถูกจำกัด แต่ยังรวมถึงในทางกฎหมายอาญา เมื่อมีการถูกกล่าวหาในการก่ออาชญากรรมร้ายแรงในทางระหว่างประเทศ เบลเยียมเองอาจจะดำเนินการอันเป็นการขัดต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลจึงมีความบกพร่องในการให้เหตุผลในประเด็นนี้

อีกประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มกันสำหรับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเมื่อเขาได้เดินทางมาอย่างเป็นทางการ (official visit) ได้รับการสนับสนุนโดยการปฏิบัติของรัฐและเรื่องเขตอำนาจของรัฐ หลักการนี้ไม่ได้ถูกทำลายโดยประเทศคองโกหรือประเทศเบลเยียม ยิ่งกว่านั้น การโต้แย้งในเรื่องหมายจับนี้ มีจุดประสงค์เพื่อความชัดเจนโดยการยกเว้นในเรื่องการเดินทางมาอย่างเป็นทางการ<sup>22</sup> เราสามารถอ้างไปถึงผู้พิพากษาที่ไม่เห็นด้วยกับ

<sup>22</sup> Arrest Warrant Case, paras. 47 and 49.

คำพิพากษา ได้แก่ Judge Van den Wyngaert<sup>23</sup>, Al-Khasaweneh<sup>24</sup>, และ Judge Higgins, Kooijimans และ Buergenthal<sup>25</sup> ในความเห็นแย้งร่วมกันและข้อโต้แย้งที่พวกเขาอ้างว่า “ เป็นเรื่องที่ต้องแย้งว่าข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศสมควรจะถูกจำกัดในเสรีภาพของเขาในสิทธิการเดินทางที่เป็นส่วนตัว เพราะเขาอาจจะแสดงเจตนาโดยเปิดเผยของตัวเอง สำหรับการดำเนินการพิจารณาคดี” ตัวอย่างเช่น หมายจับเป็นประเด็นต่อเขา โดยไม่ได้มุ่งผลต่อการใช้อำนาจที่เป็นอันตรายต่อหน้าที่การงานของเขา<sup>26</sup> ในด้านหนึ่งมันสมควรที่จะได้รับความคุ้มกัน ที่ว่าข้อโต้แย้งไม่สมบูรณ์ในเรื่องนี้ เนื่องจากว่า การคุมขังหรือจับกุมรัฐมนตรีสำหรับตำแหน่งทางการต่างประเทศในขณะที่เดินทางมาอย่างเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ (private visit) โดยจะต้องพิจารณาด้วยว่าจะมีผลกระทบในทางลบต่อการดำเนินการตามหน้าที่การงานของเขาหรือไม่ อย่างไรก็ตามไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มกันอย่างเต็มที่ (full immunity) สำหรับเขตอำนาจรัฐในคดีอาญาและเรื่องที่เกี่ยวข้องสำหรับตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ภายใต้หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>27</sup>

แม้ว่าเราจะถือว่ามุมมองของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยังคงได้รับการสนับสนุน แต่มันยังคงมีความแตกต่างกันในการพิจารณาของศาลต่างๆ และยังไม่ได้รับการพิจารณาที่จะยืนยันใดๆ ต่อเขตอำนาจรัฐและการปฏิบัติของรัฐ ซึ่งตามความเห็นของ Judge Koroma แม้ว่าเราจะเห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลที่ยืนยันว่า “ ในขณะที่ศาลกำลังสนใจการพิจารณาว่าศาลสามารถทำเช่นนั้นได้ ศาลก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า ต้องบรรยายถึงกฎหมายเพื่อที่จะได้เข้าใจถึงการตัดสินนั้น”<sup>28</sup> ซึ่งเราอาจจะพิจารณาถึงคำตัดสินของ Judge Oda ที่สังเกตคำตอบของคำถามที่ว่า อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศกระทำการในฐานะที่ไม่เป็นทางการ ว่าสมควรจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งศาลได้มองข้ามไป<sup>29</sup> ซึ่งทำให้ไม่เพียงแต่มีผลกระทบต่อหลักความชอบ

<sup>23</sup> Arrest Warrant Case., Dissenting Opinion Judge ad hoc Van den Wyngaert, paras. 20-21.

<sup>24</sup> Arrest Warrant Case., Dissenting Opinion Judge Al-Khasawneh, paras. 1-2.

<sup>25</sup> Arrest Warrant Case., Joint Opinion, paras. 81-83.

<sup>26</sup> Arrest Warrant Case., Dissenting Opinion Judge Al-Khasawneh., para. 4.

<sup>27</sup> Arrest Warrant Case., para. 54.

<sup>28</sup> Arrest Warrant Case., Separate Opinion Judge Koroma., para. 6.

<sup>29</sup> Arrest Warrant Case., Dissenting Opinion Judge Oda., para. 14

ธรรมของหลักกฎหมายที่สร้างขึ้น แต่ยังเป็นความไม่แน่นอนในการดำรงอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกด้วย

ความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐในการดำเนินคดีอาญา และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่ได้รับตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของรัฐอื่น เมื่อได้ปฏิบัติหน้าที่โดยได้รับอำนาจจากรัฐเท่านั้น แต่ยังมีข้อสงสัย ในความคิดเห็นของศาลที่ว่า “ความคุ้มกันและหลักการห้ามละเมิดมิได้ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองบุคคล ในการกระทำใดๆจากเขตอำนาจของรัฐอื่น ซึ่งพวกเขาสามารถดำเนินการตามตำแหน่งหน้าที่ราชการของพวกเขาได้”<sup>30</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลเพียงแต่วินิจฉัยในเรื่องการออกหมายจับ โดยให้เบลเยี่ยมยกเลิกหมายจับอันมิชอบนั้นซึ่งประเด็นก็คือการไม่เคารพต่อหลักความคุ้มกันซึ่งนาย Yerodia สมควรจะได้รับในตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกิจการต่างประเทศของคองโก”<sup>31</sup> แต่การออกหมายจับไม่ได้เป็นเรื่องสำคัญที่จะเข้าไปแทรกแซงกิจกรรมทางการทูตของนาย Yerodia หรือเข้าไปทำลายความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐในคดีอาญาและเรื่องที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นเขาจึงยังคงได้รับสิทธิภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ<sup>32</sup> หมายจับยังไม่มีผลบังคับใช้ หรือข้อเท็จจริงที่ว่า เบลเยี่ยมต้องการที่จะบังคับใช้หมายจับในรัฐที่สาม โดยไม่จำเป็นต้องใช้ข้อสรุปของศาลในเรื่องนี้ และอาจมีผู้สามารถลงความเห็นได้ว่า ในคดีนี้ มาตรการทางการบังคับใช้กฎหมายที่ว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาจจะถูกละเมิดในการใช้อำนาจหน้าที่ของเขา ซึ่งเขาอาจจะไม่ได้รับการคุ้มครองจากหลักความคุ้มกันและหลักการละเมิดมิได้ในตัวบุคคล ศาลได้ใช้แนวความคิดที่กว้างมากสำหรับแนวความคิดเรื่องหน้าที่ อย่างไรก็ตาม ศาลและผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายได้ป้องกันแนวความคิดที่ว่า มีเพียงบทบัญญัติของการสืบสวนสอบสวนกล่าวหาในคดีอาญาต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเท่านั้นที่สมควรได้รับการพิจารณาว่าเป็นการฝ่าฝืนหลักก่วงละเมิดมิได้ในตัวบุคคล แม้ว่าขอบเขตของความคุ้มกันระหว่างการเดินทางไปอย่างเป็นทางการเป็นส่วนตัวหรืออย่างไม่เป็นทางการจะยังไม่แน่นอนว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ อาจไม่สมควรได้รับความคุ้มครองให้การดำเนินงานในหน้าที่ของเขาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ<sup>33</sup>

ความจริงแล้วเราสามารถเสนอได้ว่าการเปิดโอกาสให้มีการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา จะไม่กระทบต่อประสิทธิภาพในการดำเนินการตามหน้าที่ในฐานะรัฐมนตรีแต่อย่างใด

<sup>30</sup> Arrest Warrant Case., para. 54.

<sup>31</sup> *Ibid.*, para. 70.

<sup>32</sup> *Ibid.*, para. 71.

<sup>33</sup> Arrest Warrant Case., Joint Opinion., para. 84.

แต่ก็ยังมีผู้ไม่เห็นด้วยว่า สิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการสอบสวน ตามความเห็นของ Judge ad hoc Van den Wyngaert ในสภาพการณ์นั้นอาจจะเป็นการสร้างกฎซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากหลักพื้นฐานในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 ได้ เช่นนี้หมายความว่า สามารถจะทำการสอบสวนได้ แต่ยังไม่ได้ว่ารัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องยังสามารถดำเนินการสืบสวนสอบสวนหรือได้รับคำสั่งใดๆได้<sup>34</sup>

ยิ่งกว่านั้นในธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Rome Statute of International Criminal Court) อาจจะมีหลักการห้ามละเมิด โดยตามมาตรา 27(2) ของธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งวางหลักไว้ว่าความคุ้มกันหรือหลักการดำเนินการพิเศษซึ่งอาจจะพิจารณาจากความสามารถในทางราชการของบุคคล ไม่ว่าจะเป็ภายใต้กฎหมายของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศจะไม่มีอุปสรรคต่อศาลในการใช้อำนาจของศาลในเรื่องเขตอำนาจเหนือบุคคล เช่นนั้น ดังนั้น แม้ว่าจะเป็นการขัดแย้งว่าการอ้างความคุ้มกันก่อนที่จะมีการนำคดีขึ้นศาลอาญาระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ เป็นการไม่ชัดเจนว่าอะไรคือจุดมุ่งหมายของเรื่องนี้ในการดำเนินการก่อนศาลแห่งชาติ อย่างไรก็ตามในกรณีนี้ไม่เหมือนกัน แต่มันก็ยังสามารถนำมาประยุกต์ใช้ในเรื่องหน้าที่ไปยังเรื่องนอกจากการนำไปใช้ของความคุ้มกันก่อนศาลแห่งชาติ แต่กระนั้น โดยหัวข้อเกี่ยวกับเรื่องความเกี่ยวเนื่องกันและเป้าหมายในนามของธรรมนูญฯ การวางเป้าหมายไปยังความคุ้มกันสำหรับผู้กระทำความผิดในอาชญากรรมที่เกี่ยวข้อง มันเป็นที่ยอมรับว่าโดยการให้สัตยาบันของธรรมนูญกรุงโรมรัฐอาจแสดงความตกลงใจล่วงหน้าสำหรับการใช้สิทธิเรียกร้องการคุ้มกันสำหรับเจ้าหน้าที่ก่อนที่ศาลภายในของรัฐสมาชิกอื่นสำหรับเรื่องอาชญากรรมที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมการแปลความหมายใด ๆ ก็ตามอันจะเป็นการสร้างความเสี่ยงซึ่งทำให้เจ้าพนักงานสามารถหลบหนีการดำเนินคดี ดังนั้น ถ้าพวกเขาได้รับสิทธิคุ้มกันในระดับนานาชาติมันจะไม่เหมือนกับกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) ต้องประกาศว่าจะไม่ยอมรับคดีนั้น ตามมาตรา 17 ของธรรมนูญกรุงโรมซึ่งรัฐที่รับในคดีนี้จะไม่ยอมรับสถานที่ที่ได้ทำการสืบสวนสอบสวนโดยรัฐอื่นซึ่งมีเขตอำนาจรัฐเหนือเขตอำนาจรัฐของตนและรัฐอาจจะตัดสินใจไม่ยอมรับดำเนินคดีกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง ถ้าผลของการตัดสินใจมีผลจากความไม่ตั้งใจหรือไม่สามารถดำเนินคดีได้ของรัฐอย่างแท้จริงที่จะดำเนินคดีได้ จากวรรค 2 และ วรรค 3 ของมาตรานี้ สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าความคุ้มกันไม่มีผลภายใต้ขอบเขตของความไม่ตั้งใจหรือไม่

---

<sup>34</sup> Arrest Warrant Case., Dissenting Opinion Judge ad hoc Van den Wyngaert., para. 75.

สามารถดำเนินคดีได้ โดยจะต้องได้รับความยินยอม แม้ว่าสถานการณ์สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้ แต่ถ้า ICC จะเลือกใช้การตีความอย่างกว้างและยืดหยุ่นสำหรับแนวคิดที่ได้กล่าวมาแล้ว

โดยรวมแล้ว เป็นที่ยอมรับว่าการตัดสินใจของศาลล้มเหลวที่จะวางประเด็นในบริบทที่กว้างของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและยอมรับความเปลี่ยนแปลงในเรื่องนี้ โดยเนื้อหาแล้ว ศาลมีการพิจารณาความสำคัญของการดำเนินคดีของอาชญากรรมระหว่างประเทศว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสังคมระหว่างประเทศในฐานะโดยรวมทั้งหมดน้อยกว่าความสำคัญของการไม่ดำเนินการที่ชัดเจนของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนั้นการมองข้ามโดยเพิกเฉยต่อข้อเท็จจริงที่ว่าตั้งแต่ปี 1945 เป็นต้นมาสังคมระหว่างประเทศได้มีการกล่าวถึงหลักการห้ามละเมิดอย่างมากในการปฏิบัติตามระเบียบกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีข้อจำกัดทางด้านจารีตประเพณีในการดำเนินคดีอาญาซึ่งไม่สามารถนำไปใช้ได้หมดกับเรื่องอาชญากรรมระหว่างประเทศที่สำคัญเป็นอย่างมาก และอาชญากรรมเรื่องปัจเจกบุคคลที่ได้รับผลกระทบอย่างสูงเหนือความคุ้มกันแนวความคิดของศาลในเรื่องนี้ได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากจากผู้พิพากษาที่ศาลท่านอื่นหลายคน<sup>35</sup> และเหมือนเป็นการมองข้ามผู้ที่มีความรู้และองค์กรเอกชนระหว่างประเทศ (NGOs) อีกด้วย

นักกฎหมายอย่าง Antonio Cassese<sup>36</sup> ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษานี้ โดยเห็นว่าคำพิพากษานี้กลับไปคุ้มครองผู้นำ หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของประเทศที่ทำผิดกฎหมายมนุษยชนแทนที่จะลงโทษบุคคลดังกล่าว โดยใช้หลักความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด อย่างไรก็ตามเราไม่ควรไปสับสนคำว่า ความคุ้มกันตามหน้าที่ (Functional Immunity) โดยนำไปปนกับคำว่า ความคุ้มกันส่วนบุคคล (Personal Immunity) และอภิสิทธิ์เกี่ยวกับผู้นำรัฐ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และสมาชิกรัฐมนตรีคนอื่นๆ เช่นเดียวกับตัวแทนทางการทูต ซึ่งได้รับความคุ้มกันเมื่อเดินทางไปต่างประเทศ ความคุ้มกันนี้ครอบคลุมไปถึงการกระทำและการเปลี่ยนแปลงชีวิตส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และความคุ้มกันจะหมดลงเมื่อนำที่หมดลง และเป็นข้อยกเว้นที่จะใช้เขตอำนาจรัฐทางอาญากับเจ้าหน้าที่ต่างชาติ

<sup>35</sup> Arrest Warrant Case., Dissenting Opinion Judge ad hoc Van den Wyngaert., para. 27 ; Arrest Warrant Case., Joint Opinion., para. 75.

<sup>36</sup> Antonio Cassese, *International law*, (New York: Oxford University Press, 2001), p.92.

นอกจากนี้ Madeline Morris<sup>37</sup> มีความเห็นว่า เรากำลังเผชิญกับข้อเสนอที่ว่า หลักความคุ้มกันไม่สามารถใช้กับอาชญากรรมร้ายแรงที่สุด ข้อเสนอดังกล่าวไม่ได้เป็นการลบล้างหลักความคุ้มกันแต่เป็นเรื่องของความไม่สมบูรณ์หรือไม่เด็ดขาดของความคุ้มกัน แต่อย่างไรก็ตาม มีปัญหาสำคัญ 2 ประการสำหรับเรื่องนี้ คือ

ประการแรก หลักดังกล่าวขาดหลักฐานทางประวัติศาสตร์มาสนับสนุนแนวคิดนี้

ประการที่สองคือ ไม่มีทฤษฎีใดที่จะเห็นว่าควรจำกัดความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดกับโครงสร้างทั้งหมดทางการเมืองและทางกฎหมายในระดับระหว่างประเทศ

ผู้เขียนเห็นว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศไม่ควรได้รับความคุ้มกันแบบเด็ดขาด ถึงแม้ว่าเขาจะปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินกิจการของรัฐในเรื่องเกี่ยวกับทางระหว่างประเทศ แต่ก็ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ประจำอยู่ที่รัฐต่างประเทศ ทำให้ลักษณะงานต่างกับของตัวแทนทางการทูต ซึ่งต้องไปอยู่ต่างบ้านต่างเมืองเขาจึงควรได้รับความคุ้มกันอันเป็นการประกันความปลอดภัยให้เขาพำนักอยู่ ณ รัฐต่างประเทศ นอกจากนี้การกระทำอันเป็นส่วนตัวของเขาก็ไม่ควรได้รับความคุ้มกัน เขาควรต้องรับผิดชอบในการกระทำของเขา หากให้ความคุ้มกันเด็ดขาดกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในอนาคตเราต้องให้ความคุ้มกันกับรัฐมนตรีท่านอื่นอีกนับไม่ถ้วน เช่นนี้อาจจะเป็นการเพิ่มเกราะป้องกันให้กับผู้กระทำความผิดมากขึ้นก็เป็นได้

2.4.2 การกล่าวอ้างความคุ้มกันของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เป็นอาชญากรรมหลัก เช่นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ

ศาลได้ตรวจสอบข้อโต้แย้งของเบลเยียมที่ว่า “ความคุ้มกันที่ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้รับ ไม่สามารถป้องกันตนเองให้พ้นจากข้อสงสัยเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” ประเทศเบลเยียมเสริมความคิดนี้ โดยมีจุดยืนการใช้เครื่องมือทางด้านกฎหมายสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศ และการดำเนินการในคดี Pinochet และ Qaddafi<sup>38</sup>

ในคดี Qaddafi ซึ่งให้เห็นทิศทางว่าอาจจะมีการใช้ช้อยกเว้นในความคุ้มกันก่อนศาลเฉพาะกิจแห่งชาติสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยพื้นฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ข้อเท็จจริงที่ว่าในคดี Qaddafi นั้นเกี่ยวกับสิทธิที่ได้รับในฐานะหัวหน้ารัฐบาล ไม่ใช่ใน

<sup>37</sup> Professor of law, Duke University, in “International Humanitarian law: State Collusion and Conundrum of Jurisdiction,” (October:2003)

<sup>38</sup> Arrest Warrant Case., para. 56.

ฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ แต่ศาลเห็นว่าทั้งสองตำแหน่งนี้สมควรได้รับการปฏิบัติที่ไม่แตกต่างกัน ที่จริงแล้วศาลเองก็มีความพยายามทำให้ในเรื่องตำแหน่งของรัฐมนตรีกับประมุขของรัฐในประเด็นเรื่องความคุ้มกันเป็นอย่างเดียวกัน<sup>39</sup>

คดีนี้เป็นคดีตัวอย่าง อาจกล่าวได้ว่าเป็นโอกาสสำหรับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ในการกำหนดปัญหาต่างๆ ที่ไม่ได้ถูกพิจารณาในคดี “Lotus” อันโด่งดังของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ในปี 1927

กล่าวโดยเฉพาะ ข้อพิพาทในคดีนี้เกี่ยวกับหมายจับต่อผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม หมายจับนั้นอยู่บนพื้นฐานของข้อกล่าวหาในเรื่องอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ซึ่งศาลไม่ได้กล่าวในคำพิพากษา ซึ่งตามหลักแล้วคดีนี้เกี่ยวกับว่า รัฐจะสามารถ หรือรัฐจะต้องปรับใช้กฎหมายอาญาสมัยใหม่ให้ขยายไปไกลได้แค่ไหน มีขอบเขตเช่นไร เป็นเรื่องเกี่ยวกับปัญหาที่กฎหมายระหว่างประเทศเรียกร้อง หรือให้สิทธิรัฐในการทำตัวเป็น “ตัวแทน” ของประชาคมระหว่างประเทศ เมื่อเผชิญหน้ากับการร้องขอของผู้ตกเป็นเหยื่อจากอาชญากรรมนั้น ซึ่งมีข้อเท็จจริง ศาลอาญาระหว่างประเทศก็ไม่สามารถจะตัดสินอาชญากรรมระหว่างประเทศได้หมดทุกอย่าง ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการขังนำหนักของผลประโยชน์ 2 อย่างในกฎหมาย(อาญา)ระหว่างประเทศในยุคปัจจุบัน ความต้องการคำอธิบายในทางระหว่างประเทศของอาชญากรรมเหล่านั้น เช่น อาชญากรรมการทรมาน, อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ และหลักความเท่าเทียมกันทางอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งเป็นหลักนำไปสู่การอธิบายถึงระบบในเรื่องความคุ้มกัน

ศาลไม่ได้ระบุข้อพิพาทในประเด็นนี้ แต่กลับมุ่งไปที่ประเด็นซึ่งเป็นปัญหาที่ไม่ใหญ่ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศแทน ซึ่งทำให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พลาดโอกาสอันสำคัญยิ่งในการสร้างหลักการในการพัฒนากฎหมายอาญาระหว่างประเทศในยุคปัจจุบัน

เนื่องจากกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ กลายมาเป็นสาขาที่สำคัญมากในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏชัดแจ้งในสนธิสัญญาในคำพิพากษาศาลของศาลภายใน ศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศ และศาลมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในเชิงวิชาการ และเชิงปฏิบัติของสังคมปัจจุบัน และมีความเพียงพอของการใช้อำนาจตามหลักกฎหมายดังเช่นหลักเขตอำนาจสากล ความคุ้มกันจากเขตอำนาจ และการจัดการในทางระหว่างประเทศ กับอาชญากรรม

<sup>39</sup> *Ibid.*, para. 53.

สงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ นำประหลาดใจที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ใช้หลักในเรื่องกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และไม่ได้รู้ถึงการมีอยู่ของอำนาจที่ว่านี้เลย

ในประเด็นของอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ศาลตัดสินว่า ศาลไม่สามารถจะระบุว่า ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ได้มีรูปแบบของข้อยกเว้นใดๆ ในเรื่องความคุ้มกันจากการดำเนินวิธีพิจารณาในทางอาญา และหลักการล่วงละเมิดมิได้ในตัวบุคคลต่อผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ เมื่อพวกเขาถูกสงสัยว่า ได้ก่ออาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ

นอกจากนี้ ศาลยังตั้งข้อสงสัยเกิดต่อว่า ไม่มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องความคุ้มกัน หรือความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลผู้ปฏิบัติกรตามหน้าที่ในขอบเขตของเครื่องมือทางกฎหมาย ในการก่อตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศ ที่ซึ่งอาจจะสามารถหาข้อยกเว้นที่ปรากฏภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศ ความคุ้มกันเช่นนี้ยังคงใช้อย่างยันต่อศาลของรัฐต่างประเทศได้ แม้ว่าศาลจะได้ใช้เขตอำนาจเช่นนั้นภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญาก็ตาม

Judge Van Den Wyngaert ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งกับเหตุผลของศาล ศาลเริ่มต้นด้วยหลักฐานที่มีข้อบกพร่อง ทำให้ได้ข้อสรุปที่ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้รับความคุ้มกันอย่างเต็มที่หรือความคุ้มกันเด็ดขาดจากเขตอำนาจภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งข้อผิดพลาดนี้นำไปสู่การให้เหตุผลที่มีข้อบกพร่องในการวางหลักที่คานกันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันแบบเต็มที่ ซึ่งจริงๆ แล้ว จำเป็นที่จะต้องมีหลักฐานประกอบอื่นในหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มายกเลิกหลักแรกนั้น ซึ่งจะต้องวางหลักในการให้เหตุผลในทางระหว่างประเทศจนให้เชื่อได้ว่า หลักนั้นได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว ศาลไม่มีพยานหลักฐานใดปรากฏว่า ศาลใช้หลักการใดมาจำกัดในการพิจารณาของศาลก่อนที่จะสรุปว่า ได้มีการละเมิดหลักความคุ้มกันอันเป็นหลักเริ่มแรกที่มีอยู่จริง

ที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาว่า ความคุ้มกันจากกระบวนการดำเนินคดีอาญา ไม่ได้นำไปสู่การไม่ถูกลงโทษของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในการก่ออาชญากรรมที่เขาได้กระทำลงซึ่งศาลได้แยกเป็น 2 ประเด็น ที่แสดงให้เห็นถึงการสนับสนุนหลักนี้ คือ

1) ความคุ้มกันจากเขตอำนาจ โดยพื้นฐานทางกระบวนการแล้ว ไม่เหมือนกับความรับผิดในทางอาญาซึ่งเป็นประเด็นปัญหาในเรื่องกฎหมาย และบุคคลที่ได้รับความคุ้มกันจากการใช้เขตอำนาจศาล ก็ไม่ทำให้พ้นจากความรับผิดทางอาญา

2) ความคุ้มกันที่ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้รับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้แสดงถึงการขัดขวาง การดำเนินคดีทางอาญาในสภาวการณ์ยกเว้น 4 กรณี ซึ่งศาลได้กล่าวไว้ในคำพิพากษา

ในการที่ศาลระบุเช่นนี้ ทำให้เกิดความไม่น่าพอใจสำหรับการพิสูจน์หักล้างข้อถกเถียงในการให้เหตุผลทางระหว่างประเทศในเรื่องอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ซึ่งมากกว่านั้นศาลยังไม่ได้คำนึงถึงแบบแผนปฏิบัติที่อยู่สูงกว่าของเรื่องการกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอีกด้วย

นอกจากศาลจะใช้กฎหมายผิดแล้ว ศาลยังให้เหตุผลอื่นที่ผิดอีก โดยศาลไม่คำนึงถึงภาพรวมของการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศสมัยใหม่ ต่อการตระหนักถึงหลักการที่บุคคลต้องได้รับการลงโทษในความผิดอาชญากรรมหลักระหว่างประเทศ ศาลไม่ได้ไม่ใส่ใจกับประเด็นนี้ทั้งหมด แต่ศาลเข้าถึงประเด็นนี้น้อยมาก โดยแปลความอย่างแคบว่าไม่มีเหตุในเรื่องความคุ้มกันต่อการใช้ในทางระหว่างประเทศ

มีการประมวลกฎหมายมากมายของหลักนี้ในแหล่งกำเนิดของกฎหมายต่างๆ รวมถึงหลักการนูเรมเบิร์ก (The Nuremberg Principles) และมาตรา 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยการกระทำอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (The Genocide Convention) โดยรวมๆ แล้ว มีข้อมติของสหประชาชาติ และรายงานหลากหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ที่จะสามารถให้เหตุผลทางระหว่างประเทศในเรื่องอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติได้

ในทฤษฎีคำสอนทางกฎหมาย ก็มีงานเขียนทางการศึกษามากมายที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ องค์การทางการศึกษาหลักก็มีทั้ง The International Law Association และ The Institute de droit international ที่ได้รับข้อมติ และได้ก่อสร้างคลังแหล่งรวมทางความคิด เช่น ผู้ร่างหลัก "Princeton principles" และผู้ร่าง "Cairo principles" ก็ได้มีข้อมูลเกี่ยวกับประเด็นนี้ นอกจากนี้ยังมีองค์กรสนับสนุนมากมาย เช่น Human Rights Watch, The International Federation of Human Rights Leagues (FIDH), The International Commission of Jurists เป็นต้น ซึ่งองค์กรเหล่านี้สามารถให้เหตุผลทางระหว่างประเทศได้อย่างชัดเจน ซึ่งอาจเห็นได้ว่า เป็นความคิดเห็นของสังคมคนทั่วไป เป็นความคิดที่ไม่สามารถลดคุณค่าในแบบแผนของกฎหมายจารีตระหว่างประเทศในยุคปัจจุบันนี้ได้เลย ในหลายๆ กรณี องค์กรเหล่านี้ได้ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวใน

กระบวนการที่มีผลทำให้อนุสัญญาระหว่างประเทศเป็นผลสำเร็จได้อย่างดี ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ อนุสัญญาว่าด้วยข้อจำกัดในการไม่มีกฎหมายบังคับใช้ในเรื่องอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ 1968 ซึ่งเป็นผลให้เกิดอนุสัญญาต่างๆ ตามมามากมาย ที่ได้รับความร่วมมือส่งเสริมจากองค์กรอิสระของเอกชนที่ไม่ใช่องค์กรของรัฐบาล

ศาลไม่ได้ตระหนักถึงการพัฒนาเช่นนี้ และไม่ได้อภิปรายถึงแหล่งกำเนิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กลับรับเอาเหตุผลที่เป็นแบบแผนในการพิจารณาว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศมีข้อยกเว้นของหลักในเรื่องความคุ้มกันสำหรับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ รวมทั้งศาลได้จัดตั้งลำดับชั้นระหว่างหลักความคุ้มกัน (ที่คุ้มครองรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) กับหลักความสามารถในการให้เหตุผลในทางระหว่างประเทศ (สำหรับการสืบสวนสอบสวนในข้อกล่าวหาต่อผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในความผิดอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ)

การที่ศาลยกระดับหลักความคุ้มกันให้อยู่ในระดับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในส่วนแรกของเหตุผล และให้หลักในเรื่องการกระทำความผิดอาชญากรรมนั้นด้อยกว่าศาลไม่ได้พิจารณาถึงสถานะของหลักของความสามารถในการให้เหตุผลทางกฎหมายได้ แต่ในศาลอื่น ตัวอย่างเช่น ศาลสูงของอังกฤษ (The House of Lords) ในคดี Pinochet และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European Court of Human Rights) ในคดี Al-Adsani ได้ให้แนวความคิด และการพิจารณาถึงน้ำหนักสมดุลของสถานะของความสัมพันธ์โดยทั่วไปของหลักในเรื่องอาชญากรรมที่เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogens) กับหลักเรื่องความคุ้มกัน

ความสามารถในการให้เหตุผลทางกฎหมายได้ในเรื่องเกี่ยวกับอาชญากรรมเช่นว่านั้น จะถูกพิจารณาให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามนัยของมาตรา 38 ของธรรมนูญศาลฯ ได้หรือไม่ การที่ศาลสรุปว่าไม่มีข้อยกเว้นของอาชญากรรมระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งยังไม่ได้พิจารณาถึงปัจจัยหลักที่อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติมีมากมายเช่นนี้ ศาลควรได้รับการพิจารณาว่าเป็นอาชญากรรมต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ แล้วสมควรหรือไม่ที่ศาลไม่ได้พิจารณาถึงข้อเสนอที่ผู้เขียน นักวิชาการมากมาย ได้กล่าวถึงว่า อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ เป็นอาชญากรรมที่เป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด ซึ่งถ้าเรื่องนี้เป็นสิ่งที่ถูกต้องเป็นจริง ก็จะต้องเพิ่มความขัดแย้งระหว่างสถานะของหลักในการลงโทษผู้ก่ออาชญากรรมเหล่านี้ กับหลักที่ให้ความคุ้มครองผู้ต้องสงสัยบนพื้นฐานของความคุ้มกันสำหรับผู้ดำรงตำแหน่ง

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งบางทีอาจจะไม่ใช่ส่วนหนึ่งของกฎหมายบังคับ เด็ดขาดก็เป็นได้

เป็นที่แน่นอนว่า ความแตกต่างระหว่างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล และความรับผิดชอบทางอาญา ได้ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายทั่วโลก แต่ไม่มีข้อโต้เถียงในการสนับสนุนข้อเสนอที่ว่า ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐอื่น เมื่อพวกเขาถูกสงสัยว่า ได้ก่ออาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ซึ่งมีอนุสัญญาที่สนับสนุนมากมาย ประกอบด้วย The 1948 Genocide Convention (Convention on the Prevention and Suppression of Crime of Genocide 1948) ซึ่งแหล่งข้อมูลเหล่านี้ ก็ยืนยันข้อเสนอในหลักที่ 3 ของหลักกฎหมายนูเรมเบิร์ก (The Nuremberg Principles) ที่ระบุว่า

“ข้อเท็จจริงที่บุคคลได้กระทำการอันเป็นการก่ออาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าบุคคลนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่เป็นประมุขของรัฐ หรือทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็ไม่ได้ปลดปล่อยพวกเขาจากความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ<sup>40</sup>”

คงโกโต้แย้งว่า แหล่งข้อมูลเหล่านี้ เพียงแต่ระบุความคุ้มกันที่มีอยู่จริง ไม่ใช่การแยกลำดับชั้นของความคุ้มกัน และนอกจากนั้น แหล่งข้อมูลเหล่านี้ก็ไม่ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นของหลักที่ว่า ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้รับความคุ้มกันจากการใช้เขตอำนาจของรัฐอื่น ถึงแม้ว่าผู้มีอำนาจบางท่านดูเหมือนว่าจะสนับสนุนหลักนี้ แต่ส่วนใหญ่ก็ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องความแตกต่างนี้เลย ซ้ำยังปฏิเสธข้อโต้แย้งนี้อีกด้วย

หลักข้อ 3 ของหลักกฎหมายนูเรมเบิร์ก (และกฎหมายภายใต้หลักกฎหมายนี้) ในการที่จะกำหนดประเด็นในเรื่องความคุ้มกันที่เกี่ยวข้องในเรื่องอันสืบเนื่องมาจากการกระทำทางอาญาต่อบุคคล อาชญากรรมระหว่างประเทศ ในที่สุดไม่ได้เกิดขึ้นโดยแก่นแท้อันเป็นนามธรรม แต่เกิดจากบุคคลผู้ซึ่งอาจจะกระทำในฐานะเป็นตัวแทนของรัฐ ซึ่ง Sir Arthur Watts เขียนไว้โดยตรงประเด็นว่า “รัฐ เป็นบุคคลทางกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้น รัฐกระทำการโดยผ่านทางสถาบัน และตัวแทนของรัฐเท่านั้น ซึ่งก็หมายความว่า ในที่สุดก็คือ กระทำการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และบุคคลอื่นที่กระทำการในฐานะเป็นตัวแทนของรัฐ สำหรับการกระทำในทางระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญที่เป็นเรื่องทางอาญาที่คำนึงถึงการที่ไม่ได้เกี่ยวกับการเฉพาะตัวของรัฐ และเกี่ยวกับบุคคลที่

<sup>40</sup> The Principle 3 of the Nuremberg principles :

“The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law.”

ออกคำสั่ง หรือกระทำความผิด ซึ่งมันไม่ใช่ในความเป็นจริง และเกี่ยวกับการละเมิดข้อสังเกต  
พื้นฐานของความยุติธรรม”

ข้อสำคัญที่เป็นหัวใจของหลักข้อ 3 คือ การถกเถียงกันระหว่างบุคคล กับความ  
รับผิดชอบของรัฐ ไม่ได้โต้แย้งกันในเรื่องกฎพื้นฐานที่เป็นลำดับขั้น หรือกฎพื้นฐานที่ปรากฏอยู่จริง  
ของความคุ้มครองสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐ สิ่งนี้จึงหมายความว่า ที่ๆ อาชญากรรมระหว่าง  
ประเทศอย่างเช่น อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ได้รับความสนใจ  
ความคุ้มครองก็ไม่สามารถขัดขวางการสืบสวน สอบสวน หรือการดำเนินคดีสำหรับการกระทำ  
อาชญากรรมเช่นนั้นได้ โดยไม่คำนึงถึงว่า การดำเนินการจะได้นำขึ้นสู่ศาลภายใน หรือศาล  
ระหว่างประเทศ

มาตรา 7 ในร่างกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อความสันติ และความมั่นคงของ  
ความเป็นมนุษย์ ปี 1996 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้มีความมุ่งประสงค์ที่จะ  
ให้ใช้ทั้งกับศาลอาญาภายใน และศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถยืนยันได้จากความ  
คิดเห็นของมาตรานี้ระบุว่า

“ความไม่มีอยู่ของลำดับขั้นของความคุ้มครองด้วยความเคารพต่อการดำเนินคดี หรือ  
การลงโทษในกระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสมนั้น มีการพิสูจน์แล้วว่า จำเป็นในเรื่องการไม่มีอยู่  
ของความคุ้มครอง หรือการป้องกันตามความเป็นจริง และจะเป็นการขัดแย้งกันในการที่จะป้องกัน  
บุคคลด้วยเหตุจากตำแหน่งทางราชการ เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดในอาชญากรรม เพียงเพื่อให้เขา  
เรียกร้องการพิจารณาที่เหมือนกันเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดที่จะตามมา”

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศรับไปแต่ทฤษฎีทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิง โดยที่ทฤษฎี  
เหล่านี้ไม่ได้มีพื้นฐานจากจารีตประเพณี หรือสนธิสัญญาในทางกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ  
พื้นฐานในทางปฏิบัติ ซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนในส่วนสาระสำคัญของทฤษฎีในทางกฎหมาย และ  
โชคไม่ดีที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ รับข้อกฎหมายนี้มาโดยไม่ได้ให้เหตุผลใดใดเลย

ศาลได้กล่าวถึงเรื่องที่ว่า อดีตรัฐมนตรี อาจถูกศาลของรัฐอื่นนำมาพิจารณาสำหรับ  
การกระทำในช่วงก่อนหรือหลังช่วงเวลาของการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะส่วนตัว หรืออย่างไม่เป็น  
ทางการ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า อาจจะตรงกันข้ามกับการตัดสินว่า อดีตรัฐมนตรีอาจถูกดำเนินคดี  
สำหรับความผิดทางอาญาระหว่างประเทศระหว่างช่วงเวลาที่เขาปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น ตาม  
ความเห็นของศาลทำให้เกิดคำถามว่า ถ้าเป็นเช่นนั้น อาชญากรรมระหว่างประเทศก็เป็นเรื่อง การ  
กระทำในฐานะส่วนตัว หรือไม่เป็นทางการ(private act) มากกว่า การกระทำที่เป็นทางการ  
(official act) และศาลก็ไม่ได้ให้ความชัดเจนกับเรื่องสำคัญดังกล่าว ในทางกฎหมายมักจะมีการ

แย้งว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ ดังนั้นจึงไม่เป็นเรื่องที่จะได้รับพิจารณาในฐานะการกระทำที่เป็นทางการ ในคดีส่วนใหญ่ อาชญากรรมเหล่านั้น เป็นการกระทำอย่างถูกต้อง โดยหรือด้วยการสนับสนุนของเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ ซึ่งเป็นผู้กำหนดนโยบายต่างๆ จึงไม่สามารถกำหนดขอบเขตของการกระทำของเจ้าหน้าที่ได้มุมมองของศาลอาจจะเผชิญกับบุคคลที่มีความเห็นแตกต่างกันไปและบุคคลที่ไม่สามารถยอมรับข้อเท็จจริงที่ว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่ใช่เพียงเรื่องของตัวผู้กระทำผิดที่จะถูกดำเนินคดี ภายหลังจากที่บุคคลดังกล่าวไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่แล้ว และความคุ้มกัน จะนำไปสู่การยกเว้นโทษ ดังนั้นเราจึงไม่ควรมองข้ามการที่ศาลใช้ความคลุมเครือ ในเรื่องของ “การกระทำที่เป็นทางการ” กับ “การกระทำที่เป็นส่วนตัว หรือไม่เป็นทางการ” แทนที่จะพิจารณาเรื่องข้อยกเว้นสำหรับการให้ความคุ้มกันสำหรับอดีตรัฐมนตรีในคดีอาญาระหว่างประเทศ ยิ่งกว่านั้นเหตุผลที่ศาลให้สำหรับการใช้ความคุ้มกันของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศสามารถที่จะนำไปใช้อ้างเป็นแนวปฏิบัติได้ต่อไปในอนาคต

ศาลได้ตอบโต้ข้อโต้แย้งทั้งหลายโดยใช้ข้อแถลงโดยปราศจากคำอธิบายที่ส่งเสริมว่ามันไม่สามารถสรุปได้ว่าข้อยกเว้นใด ๆ ที่มีผลต่อหลักการคุ้มกันสมบูรณ์จากเขตอำนาจรัฐและการเกี่ยวข้องกับ การได้รับตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจากเจตนาในคดีนี้ มันเป็นการปฏิเสธความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องในการสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับคดีระหว่างประเทศด้วย แม้เราจะนับถือในความคิดเห็นของศาล แต่สำหรับในกรณีนี้มีหลายประเด็นที่คิดได้ว่าศาลยังให้เหตุผลไม่ค่อยเหมาะสม

และแม้แต่องค์การนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International)<sup>41</sup> ยังเชื่อว่า คำตัดสินของ ICJ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และเชื่อว่าสักวันหนึ่งจะถูกกลับคำพิพากษา เพราะไม่มีหลักฐานที่น่าเชื่อว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะให้ความคุ้มกันเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการดำเนินคดีในศาลต่างประเทศสำหรับอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เพราะความจริงแล้วสิ่งที่สังคมระหว่างประเทศนำไปเป็นเครื่องมือในการปรับใช้ได้แสดงให้เห็นถึงการยืนยันการปฏิเสธหลักในความคุ้มกันสำหรับการดำเนินคดีเรื่องอาชญากรรมภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับเจ้าหน้าที่รัฐบาลใดๆ ตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สอง

จะเห็นได้จากคดีว่า ดูเหมือนว่าศาลจะยอมรับว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ มีความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด เทียบเท่ากับกับความคุ้มกันของผู้บริหาร แม้จะได้กระทำ

<sup>41</sup> <http://www.amnasty.org/libraly/pdf/>

ความผิดที่เป็นการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ ที่เป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมายสูงสุด (jus cogens) ก็ยังไม่สามารถที่จะดำเนินคดีกับเขาได้ แต่ก็มีข้อที่น่าสังเกตว่า ในกรณีศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) นั้น เห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีอำนาจในการพิจารณาความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติโดยตรง และรัฐมนตรีหรือประมุขของรัฐไม่สามารถยกเรื่องความคุ้มกันมากล่าวอ้างภายใต้กรอบของข้อบทของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่กรณีของธรรมนูญของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมิได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจึงไม่สามารถสร้างกฎหมายเพื่อแก้อำนาจหน้าที่ของตนได้ แต่ต้องใช้และตีความกฎหมายตามที่มีอยู่ในขณะพิจารณาคดีเท่านั้น ซึ่งเป็นเรื่องของวิธีดำเนินการกระบวนการในการพิจารณาคดี ซึ่งหากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีกฎหมายที่รองรับในเรื่องนี้แล้ว คำพิพากษาอาจจะเปลี่ยนไปในอีกทางหนึ่งก็เป็นได้

แม้ว่าจะเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ที่จะเข้าถึงการตีความในคดีนี้ได้อย่างสมบูรณ์<sup>42</sup> แต่เราก็มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเรื่องนี้ เป็นที่ชัดเจนว่าคำพิพากษาจะมีผลกระทบต่อความเป็นไปได้ในอนาคตสำหรับในศาลภายในของรัฐสำหรับการดำเนินคดีกับบุคคลที่อยู่ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและบางที่อาจจะหมายถึงรวมถึงเจ้าหน้าที่ในระดับสูงอื่นด้วย คำพิพากษาทำให้มัน“ชัดเจน”ว่าผู้ที่อยู่ในฐานะรัฐมนตรีกิจการต่างประเทศยังอยู่ภายใต้หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ยังคงได้รับความคุ้มกันอย่างเต็มที่ (full immunity) จากการดำเนินการในคดีอาญาและเรื่องที่เกี่ยวข้องสำหรับศาลภายในชาติของรัฐอื่น ทั้งสำหรับการดำเนินกระบวนการในการกระทำที่เป็นทางการ (official capacity) และในการกระทำที่เป็นส่วนตัว (private capacity) และไม่มีข้อยกเว้นสำหรับหลักการนี้ที่ยอมรับสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศ ดังนั้นศาลจะยอมรับการดำเนินการอย่างเด่นชัดสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเหนือผลประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศซึ่งมีการดำเนินการในอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่เรื่องที่น่าเป็นห่วงมากกว่าก็คือ คำพิพากษาของศาลอาจจะมีผลร้ายที่ไม่สามารถคาดหมายได้ต่อบุคคลที่ยังได้รับความคุ้มกันสำหรับการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศหลังจากการสิ้นสุดการเป็นรัฐมนตรีในหน้าที่ของเขา ความคลุมเครือเช่นว่านี้ถ้าไม่ได้เกิดขึ้นโดยตรงก็เป็นเรื่องที่ยอมรับไม่ได้ง่าย ๆ และเป็นเรื่องที่ควรเพิ่มเติมว่าแม้ว่าการพูดอย่างชัดแจ้งว่าคำพิพากษามีผลเฉพาะในรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ แต่มันอาจจะถูกปรับใช้อย่างกว้างขวางได้ ในเรื่องที่ส่งผลร้ายประตูลสำหรับการยกเว้นโทษสำหรับเจ้าหน้าที่จำนวนมากแม้กระทั่งในอาชญากรรมที่ส่งผลร้ายอย่างรุนแรงอาจจะถูกเปิดกว้างออกแทนที่จะถูกปิดลง แม้ว่าศาลจะระบุเฉพาะเจาะจงในย่อหน้าที่ 60 - 61 ของคำพิพากษา

<sup>42</sup> <http://www.law.kuleuven.ac.be/iir/eng/wp/WP27ed2e.pdf>.

ท่านอาจารย์ ประสิทธิ์ เอกบุตร ก็ได้มีความเห็นว่า การกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงของรัฐนี้เป็นการกระทำในทางส่วนตัวอย่างสิ้นเชิง (Purely Private Act) จึงไม่สมควรจะได้รับความคุ้มกันใดใด<sup>43</sup> ส่วนตัวผู้เขียนเองก็มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันกับท่านอาจารย์ประสิทธิ์ เอกบุตร เนื่องจากการที่คนคนหนึ่งจะกระทำความผิดอันเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ ต้องมีการฝ่าฝืนสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนควรจะได้รับ การกระทำผิดเช่นนั้นได้ ต้องมีความตั้งใจที่ไม่ดีอยู่แล้ว ยิ่งใช้วิธีรุนแรงเท่าไร ความสงบสันติอันเป็นวัตถุประสงค์ของสหประชาชาติก็ไม่มีทางจะเกิดขึ้นได้ ทั้งการกระทำอันเป็นความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศจะไม่เกิดกับบุคคลเพียงคนเดียว แต่จะเกิดขึ้นกับบุคคลเป็นหมู่คณะ ยิ่งทำให้ความแค้นของเหยื่อถูกฝังรากลึกที่เห็นกลุ่มบรรพบุรุษถูกกระทำเช่นนั้น เป็นผลเสียต่อสังคมรวม เกิดผลกระทบที่ไม่ดีต่อประชาคมโลกโดยรวม ดังนั้นทุกรัฐจึงต้องช่วยกันปราบปรามผู้กระทำความผิดเช่นนี้ ซึ่งก็เป็นการสาสมแล้วกับสิ่งที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป

ทำไมศาลจึงตัดสินว่าไม่ยึดติดเกี่ยวกับการพิจารณาคำถามในเรื่องของเขตอำนาจรัฐสากล (universal jurisdiction) ก็เป็นเรื่องที่ยากเกินกว่าจะเข้าใจ และศาลไม่ได้ใช้โอกาสอันยิ่งใหญ่เพื่อสร้างเป้าหมายที่แน่นอนทำให้ความคลุมเครือยังคงมีอยู่ สำหรับเหตุผลทั้งหมดอาจจะพูดได้ว่าศาลใช้จุดยืนที่ค่อนข้างอนุรักษ์นิยมในการตัดสินคำพิพากษา ซึ่งไม่ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาซึ่งเกิดขึ้นในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ระหว่างในช่วงทศวรรษสุดท้าย

ตามแนวตัดสินในคดีอื่นๆที่น่าพิจารณาในประเด็นที่คล้ายกัน อย่างเช่น การดำเนินคดีกับ General Augusto Pinochet หรือ Pinochet ผู้นำของประเทศชิลี สืบเนื่องมาจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศชิลี โดยมีจุดเริ่มต้นมาจากการเข้ารับตำแหน่งประธานาธิบดีของนาย ซัลวาดอร์ อาเยนเด (Salvador Allende) ผู้สมัครชิงตำแหน่งประธานาธิบดี ซึ่งชนะการเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1970 ภายหลังการเข้ารับตำแหน่งประธานาธิบดี นาย Allende ได้พยายามปฏิรูประบบนายทุน พัฒนาระบบสังคม และเปลี่ยนแปลงนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างเร่งด่วน โดยได้นำแนวความคิดของลัทธิคอมมิวนิสต์มาร์กซิสเป็นหลักในการปฏิรูป การกระทำของนาย Allende ได้สร้างความไม่พอใจเป็นอย่างมากให้กับประชาชนชาวชิลี จนก่อให้เกิดความขัดแย้งอย่างรุนแรงขึ้นภายในประเทศชิลี และเกิดการเรียกร้องจากประชาชน ให้ฝ่ายกองทัพเข้ามาแทรกแซงการบริหารประเทศของรัฐบาล ซึ่งส่งผลให้ความขัดแย้งขยายวงกว้างออกไป และกลายเป็นสงครามกลางเมืองของประเทศชิลีในที่สุด

<sup>43</sup> จากการสัมภาษณ์ ท่านศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร เมื่อวันที่ 4 มกราคม 2551.

ต่อมาวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 1973 พลเอกอากุสโต ปิโนเช่ ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งเป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุดของกองทัพ (Commander-in-Chief of the Army) ได้เป็นผู้นำของคณะปฏิวัติ ซึ่งประกอบด้วยผู้นำสี่เหล่า จากกองทัพบก, กองทัพเรือ, กองทัพอากาศ และตำรวจ ได้นำกองกำลังเข้าโค่นล้มรัฐบาลของประธานาธิบดีอาเยนเด โดยเรียกร้องให้ประธานาธิบดีอาเยนเด สละตำแหน่ง และเข้ามาพบกับคณะปฏิวัติ แต่ประธานาธิบดีอาเยนเดขัดขืน พลเอกปิโนเช่ จึงนำกำลังเข้ากวาดล้าง และยึดอำนาจจากประธานาธิบดีอาเยนเดได้สำเร็จ โดยตัวเขาได้เข้าดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของประเทศชิลีเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1974

ภายหลังจากที่พลเอกปิโนเช่เข้าดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของประเทศชิลีแล้ว ก็ได้ดำเนินการปฏิรูประบบเศรษฐกิจขึ้นใหม่จนได้รับการยอมรับจากประชาชนชาวชิลี และในขณะเดียวกันก็จัดตั้ง “The International Intelligence Directorate” (DINA) ซึ่งเป็นหน่วยงานลับทางทหารขึ้น โดยตรงต่อพลเอกปิโนเช่ มีหน้าที่หลักภายในประเทศคือ การปฏิบัติภารกิจต่างๆ ในการรักษาฐานอำนาจของพลเอกปิโนเช่ไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ การทำลายล้างบุคคล ซึ่งมีแนวความคิดเป็นปฏิปักษ์กับฝ่ายรัฐบาล ส่งผลให้ประชาชนเป็นจำนวนมากถูกประหารชีวิตโดยการใช้อำนาจเกินกว่าเหตุ ถูกฆาตกรรม ถูกทรมาน ตลอดจนดำเนินการใดๆ อันเป็นการก่อการร้ายต่อฝ่ายที่อยู่ตรงข้ามกับฝ่ายตน ซึ่งการกระทำของเจ้าหน้าที่ในสังกัด DINA นี้ ล้วนแต่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนทั้งสิ้น<sup>44</sup>

ในระหว่างที่พลเอกปิโนเช่ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีอยู่นั้นก็ได้มีการออกกฎหมายคือพระราชกฤษฎีกาที่ 2191 (Decree Law No.2191) หรือที่เรียกว่า พระราชกฤษฎีกานิรโทษกรรมแห่งชาติขึ้น เมื่อวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1978 เพื่อนิรโทษกรรมให้แก่ตัวพลเอกปิโนเช่เองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนปัจเจกชนที่อาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้นในช่วงเดือนกันยายน ค.ศ. 1973 ถึง เดือนมีนาคม ค.ศ. 1978 ซึ่งการตราพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ส่งผลให้ พลเอกปิโนเช่

<sup>44</sup> วิธีการที่ DINA ใช้กระทำต่อนักโทษก็คือ การจับนักโทษมัดกับเตียงเหล็กและปล่อยให้กระแสไฟฟ้าไปยังหน้าอก ลึน อวัยวะสืบพันธุ์ เป็นเวลานาน 2 ชั่วโมงติดต่อกัน, การนำตัวนักโทษแช่ลงในน้ำปัสสาวะหรือสิ่งปฏิกูลหรือน้ำมันจนทำให้นักโทษสลบไปชั่วคราว, การใช้กระแสไฟฟ้าช็อตนักโทษ, การขบขานพาหนะทับมือและเท้าของนักโทษ, การทุบตีบริเวณศีรษะ รักแร้ ขาหนีบ จนเป็นเหตุให้นักโทษวิกลจริต, การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งรวมถึงการข่มขืนกระทำชำเราโดยสัตว์ที่ได้รับการฝึกมาเป็นพิเศษ, การบังคับให้กลืนอาเจียน เป็นต้น ดูรายละเอียดใน UN report of ECOSOC Ad hoc Working Group to the General Assembly in Frances Webber, “The Pinochet Case: The Struggle for the Realization of Human Rights,” :526.

เจ้าหน้าที่ของรัฐ และปัจเจกชนที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในช่วงเวลานั้น รอดพ้นจากการดำเนินคดีโดยศาลภายในของประเทศซิดี การออกกฎหมายดังกล่าวอาจมีผลภายในรัฐ แต่ในทางระหว่างประเทศแล้ว ไม่ได้มีการรับรู้ถึงสภาพบังคับของกฎหมายนิรโทษกรรมเช่นนั้น

ภายหลังจากที่พลเอกปิโนเช่พ้นจากตำแหน่งประธานาธิบดีแล้ว ได้มีความพยายามเกิดขึ้นในหลายประเทศในการที่จะดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ สำหรับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ได้กระทำขึ้นในขณะที่ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของประเทศชิลีอยู่ประเทศหนึ่งในนั้นก็ คือ การดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ในสหราชอาณาจักรและได้มีคำพิพากษาว่าพลเอกปิโนเช่ไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนเองในความผิดฐานกระทำทรมานได้

คดีนี้ศาลฎีกาของประเทศอังกฤษ ตัดสินว่าปิโนเช่ไม่สามารถอ้างความคุ้มกันได้ ซึ่งพิจารณาจากเหตุผลที่ศาลให้มาแล้ว การอ้างความคุ้มกันของอดีตผู้นำรัฐที่ได้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ เนื่องจากความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ เป็นความผิดที่ถือว่าขัดกับหลักกฎหมายสูงสุด (jus cogens) แต่ในคดีนี้ยังมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่า ทั้ง 3 รัฐ คือ อังกฤษ, สเปน และชิลี ได้เข้าร่วมในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 1984 จึงเท่ากับว่า ทั้ง 3 รัฐ ยอมรับหลักในเรื่องความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศในเรื่อง การทรมาน ที่รัฐอื่นอาจดำเนินคดีกับผู้นำรัฐของรัฐตนได้ เกิดเป็นประเด็นนำคิดว่า หากรัฐที่เกี่ยวข้องในคดีนี้ได้เข้าร่วมในอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ผู้นำรัฐยังสามารถอ้างความคุ้มกันได้อยู่หรือไม่

ในคดีประธานาธิบดี Robert Mugabe ของซิมบับเว ที่ถูกฟ้องต่อศาลของสหรัฐอเมริกาขณะที่เขาเดินทางไป New York ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2000 โดยองค์กรต่างๆ ว่าเขาได้กระทำการก่ออาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งศาลของสหรัฐอเมริกาให้ความเห็นว่า ผู้นำรัฐต่างชาติจะอยู่ภายใต้กฎหมายของสหรัฐฯ ก็ต่อเมื่อความคุ้มกันนั้นได้รับการสละโดยรัฐเท่านั้น นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของสหรัฐฯ ในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐนี้ได้ถูกประกอบขึ้นจากอีกสิ่งหนึ่งก็คือ ความก้าวหน้าที่ทางระหว่างประเทศ สะท้อนให้เห็นและ เป็นแรงผลักดันโดยการเปลี่ยนแปลงของหลักภายในที่สำคัญ

ดังนั้นศาลสหรัฐฯจึงตัดสินว่า Mugabe ได้รับความคุ้มกัน เนื่องจากได้รับการยอมรับจากสหรัฐฯ ในฐานะประมุขของรัฐ และประเทศซิมบับเวไม่ได้สละความคุ้มกันของเขา เขามีสิทธิที่

จะเดินทางมาสหรัฐฯ โดยปราศจากความกลัวว่าเขาจะถูกดำเนินคดีในการกระทำที่เป็นส่วนตัวของเขา แม้แต่การก่ออาชญากรรมร้ายแรงในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศด้วย<sup>45</sup>

ในคดี นายพล Noriega ซึ่งเป็นผู้นำในทางพฤตินัย (de facto) ของปานามา ซึ่งถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดเนื่องจากเป็นผู้ร่วมนำเข้าโคเคนทางเรือ โดยผ่านช่องแคบปานามาไปยังสหรัฐฯ ซึ่งคดีนี้ศาลสหรัฐฯตัดสินว่า นายพล Noriega ไม่ได้ได้รับความคุ้มกันในฐานะผู้นำรัฐ เพราะเขาไม่เคยได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้นำทางการเมืองที่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศปานามาเลย ซึ่งความคุ้มกันที่ให้ ไม่คำนึงว่าเขาจะเป็นผู้นำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่เป็นผลประโยชน์ของการคุ้มกันของความเป็นอำนาจของเขาที่มีผู้ยอมรับ และการกระทำของเขาส่วนใหญ่เกิดขึ้นเพื่อผลประโยชน์ของตัวเอง<sup>46</sup>

นอกจากนี้ คดีของอดีตประธานาธิบดีของยูโกสลาเวีย นาย Slobodan Milosevic ได้ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดฐานก่ออาชญากรรมต่อมนุษยธรรมและละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ฆาตกรรมชาวอัลบาเนียในโคโซโว โดยศาล ICTY (the International Criminal Tribunal for Yugoslavia) เป็นศาลพิเศษที่ก่อตั้งขึ้นโดยสภาความมั่นคงของสหประชาชาติ (the U.N. Security Council) คดีนี้ศาลปฏิเสธความคุ้มกันของ Milosevic ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้จะมีลักษณะคล้ายกับคดี ปิโนเชต์<sup>47</sup>

Prof. Antonio Cassese มีความเห็นว่า การก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ ควรจะนำไปสู่การที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำในทางส่วนตัว (private acts) เนื่องจากเขายอมทำตาม หรือยอมเชื่อฟังด้วยตัวของเขาเอง ตัวอย่างเช่น ในคดี Joachim von Ribbentrop (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของ Reich 9y'h'c9jxu 1938 ถึง 1945) ได้ต้องโทษประหารชีวิต เนื่องจากก่ออาชญากรรมขัดต่อความสงบสันติ (crimes against peace) อาชญากรรมสงคราม (war crimes) และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (crimes against humanity) ควรจะถูกถือว่าการกระทำในทางส่วนตัว หรือเป็นการ

<sup>45</sup> Michael A. Tunks, "Diplomatic or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity," 52 *Duke Law Journal*. (Lexis 3 February 2005).

<sup>46</sup> Adam Isaac Hasson, "Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet, and Milosevic—Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law," *Boston College International and Comparative Law Review* 25 (Winter 2002). (Lexis 3 February 2005).

<sup>47</sup> *Ibid.*

ก่ออาชญากรรมในการที่ไม่ได้ปฏิบัติในการรักษาและป้องกันการฝ่าฝืนกฎหมายภาคสงครามอย่างร้ายแรง<sup>48</sup>

อย่างไรก็ดี แม้นาย Abdulaye Yerodia Ndombasi จะได้รับความคุ้มครอง แต่ศาลก็ได้พิจารณาไว้อย่างชัดเจนว่า ความคุ้มกันมิใช่ห้ามลงโทษ เมื่อใดก็ตามที่บุคคลดังกล่าวไม่ได้รับความคุ้มกันแล้ว บุคคลนั้นก็ต้องมีความรับผิดชอบอยู่ตนเอง ซึ่งอาจจะเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ

1. เมื่อบุคคลนั้นถูกนำตัวขึ้นศาลอาญาในรัฐของตนเอง
2. เมื่อรัฐที่บุคคลนั้นถือสัญชาติ ได้สละความคุ้มกัน และยอมให้รัฐอื่นดำเนินคดีกับบุคคลนั้นได้
3. เมื่อบุคคลนั้นได้พ้นจากตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรีต่างประเทศแล้ว และ
4. เมื่อบุคคลนั้นถูกดำเนินคดีในศาลระหว่างประเทศ

หลักความคุ้มกันมิใช่เป็นข้อห้ามในการลงโทษ ('Immunity' does not means 'Impunity')

ที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาว่า ความคุ้มกันจากกระบวนการดำเนินคดีอาญา ไม่ได้นำไปสู่การไม่ถูกลงโทษของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในการก่ออาชญากรรมที่เขาได้กระทำลง ซึ่งศาลได้แยกเป็น 2 ประเด็น ที่แสดงให้เห็นถึงการสนับสนุนหลักนี้ คือ

1) ความคุ้มกันจากเขตอำนาจ โดยพื้นฐานทางกระบวนการแล้ว ไม่เหมือนกับความรับผิดชอบในทางอาญา ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาในเรื่องกฎหมาย และบุคคลที่ได้รับความคุ้มกันจากการใช้เขตอำนาจศาล ก็ไม่ทำให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญา

2) ความคุ้มกันที่ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้รับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ได้แสดงถึงการขัดขวาง การดำเนินคดีทางอาญาในสภาวการณียกเว้น 4 กรณี ซึ่งศาลได้กล่าวไว้ในคำพิพากษา

ในการที่ศาลระบุเช่นนี้ ทำให้เกิดความไม่น่าพอใจสำหรับการพิสูจน์หักล้างข้อถกเถียงในการให้เหตุผลทางระหว่างประเทศในเรื่องอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวล

---

<sup>48</sup>Antonio Cassese, "When may Senior State Officials be tried for International Crimes? Some Comments on The Congo v. Belgium Case," European Journal of International Law(September:2002).

มนุษยชาติ ซึ่งมากกว่านั้น ศาลยังไม่ได้คำนึงถึงแบบแผนปฏิบัติที่อยู่สูงกว่าของเรื่องการกระทำ ความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอีกด้วย

ข้อเสนอของศาลที่ความคุ้มกันปกป้องผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ ต่างประเทศภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ได้ขัดขวางการดำเนินคดีอาญาในความเป็นจริง ซึ่งศาลให้รายละเอียด ศาลได้กล่าวถึงกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ ต่างประเทศทั้งในปัจจุบัน และในอดีต จะถูกดำเนินคดีได้ ถึงแม้ว่าเขาจะได้รับความคุ้มกันภายใต้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศใน 4 กรณีนี้

- 1) เขาอาจถูกดำเนินคดีภายในรัฐของตนเองได้ ;
- 2) เขาอาจถูกดำเนินคดีในรัฐอื่นได้ ถ้ารัฐของตัวแทนนั้นสละความคุ้มกัน ;
- 3) เขาอาจถูกดำเนินคดีภายหลังจากที่พ้นตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ ต่างประเทศแล้ว และ
- 4) เขาอาจถูกดำเนินคดีต่อศาลระหว่างประเทศได้

ดังนั้นเป็นไปได้ในอนาคต บุคคลนั้นอาจถูกลงโทษทางอาญาในความผิดฐานกระทำ ละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ณ ศาลของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรืออาจถูก นำตัวไปขึ้นศาลอาญาระหว่างประเทศก็ได้

ในทางทฤษฎี ศาลอาจจะพิจารณาความถูกต้อง และการได้รับยกเว้นโทษไม่ได้มี ความหมายคล้ายกัน และรูปแบบของทั้ง 2 หลักนี้ ก็ไม่ควรจะรวมเข้าด้วยกันได้, อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติความคุ้มกันนำไปสู่การได้รับยกเว้นโทษในทางพฤตินัย กรณีทั้ง 4 กรณี ที่ศาล กล่าวไว้ นั้น เป็นเหมือนการประกันที่มีค่าสูง คือ ยากที่จะเกิดการบังคับเอาได้ในความเป็นจริง

ข้อยกเว้นในการดำเนินคดีใน 2 กรณีแรก ได้ตั้งข้อสมมติฐานถึงความเต็มใจของรัฐ ที่ แต่งตั้งบุคคลนั้นในการทำหน้าที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในการที่จะสืบสวน สอบสวน และดำเนินคดีตามข้อกล่าวหาต่อเขาในศาลภายในรัฐ หรือปลดความคุ้มกัน เพื่อที่จะ อนุญาตให้รัฐอื่นดำเนินคดีกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของตนได้

อย่างไรก็ตาม นี่คือแก่นของปัญหาในเรื่อง การได้รับยกโทษทัณฑ์ เนื่องจากผู้มี อำนาจของรัฐภายในจะเต็มใจหรือไม่สามารถที่จะสืบสวน สอบสวน หรือดำเนินคดีอาชญากรรมก็ไม่ ถูกลงโทษ และนี่ก็คือสิ่งที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของคดี นาย Yerodia คองโกกล่าวหาเบลเยียมใน การที่เบลเยียมใช้เขตอำนาจรัฐสากลต่อผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ แต่คองโกเองงดเว้นที่จะไม่ใช้เขตอำนาจศาลของรัฐตนในกรณีของนาย Yerodia เช่นนี้เป็น การฝ่าฝืนอนุสรณ์เจนีวา และไม่สอดคล้องกับข้อมติของสหประชาชาติที่เกี่ยวกับผลกระทบนี้

คองโกวางตัวไม่เหมาะสมในการกล่าวหาเบลเยียมว่าได้ใช้หลักเขตอำนาจสากลของ คดีนาย Yerodia ถ้าคองโกได้กระทำการอย่างเหมาะสม โดยดำเนินการสืบสวนสอบสวนใน ข้อกล่าวหาอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติที่นาย Yerodia ได้ถูก กล่าวหาว่าได้ก่อขึ้นในศาลคองโกเอง เช่นนี้เบลเยียมก็ไม่จำเป็นต้องดำเนินการในคดีนี้เอง เบลเยียมประกาศย้ำ ช้ายังพิจารณาอีกครั้งหนึ่งต่อหน้าศาล ว่าเบลเยียมได้พยายามส่งเอกสารที่ รวบรวมได้ทั้งหมดในการเปิดและปิดให้กับคองโก ด้วยหวังว่าจะได้มีการสืบสวนสอบสวนและ ดำเนินคดีโดยผู้มีอำนาจของคองโก คองโกไม่ได้กล่าวไว้ในที่ใดเลยว่าได้มีการสืบสวนสอบสวนการ กล่าวหาในการก่ออาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติต่อนายYerodia การ แนะนำเช่นนี้ต่อคองโกเพียงแต่เป็นการทำให้คองโกตระหนกเพียงว่า เป็นการที่เบลเยียมเริ่มสร้าง ความกดดันอันไม่สมควรต่อคองโก ทำให้คองโกโดนดูถูก นำมาซึ่งความเสียหายต่อคองโก

คองโกไม่ได้มาศาลด้วยมือที่สะอาด โดยการที่ตำหนิเบลเยียมในการดำเนินการ สืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีต่อข้อกล่าวหาในความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งที่จริง แล้วมันเป็นหน้าที่ของคองโกในการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีโดยศาลภายในของคองโกเอง คองโกกระทำการขัดต่อความศรัทธา คองโกแสวงว่าได้รับความเจ็บช้ำน้ำใจ และได้รับความ เสียหายทางด้านจิตใจ โดยกล่าวว่าเบลเยียมใช้เขตอำนาจสากลเกินความสมควร (Judgement, para 42) ซึ่งไม่สามารถเทียบได้กับศักดิ์ศรีของคองโก อย่างไรก็ตาม ดังที่ Sir Hersh Lauterpach ได้สังเกตในปี 1951

“ศักดิ์ศรีของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาจได้รับผลกระทบอย่างมาก จากการใช้ความคุ้มกันมากกว่าที่จะปฏิบัติหักล้างความคุ้มกัน” ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อย่างน้อยน่าจะให้เห็นชัดเจนว่า คองโกเองที่ควรจะได้ดำเนินการตามปัญหาในคดีนี้

ส่วนในกรณีที่ 3 ที่ศาลกล่าวถึงในการสนับสนุนข้อเสนอของศาลที่ว่า ความคุ้มกัน ไม่ได้นำไปสู่การได้รับการยกเว้นโทษเสมอไป คือ เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ไม่ได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอีกต่อไป ในกรณีนี้ เขาจะไม่ได้รับ ความคุ้มกันทั้งหมดอีกต่อไป ในทางกฎหมายระหว่างประเทศจากรัฐอื่น ศาลกล่าวเพิ่มเติมอีกว่า การถอดถอนความคุ้มกันอย่างเต็มที่ “ ในกรณีนี้ ใช้ในกรณีการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เกิดก่อน หรือเป็นผลตามมาจากช่วงเวลาที่เขาดำรงตำแหน่งอยู่”

สำหรับการกระทำช่วงระหว่างระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่ง ความคุ้มกันเพียงโดน ถอดถอนออกสำหรับการกระทำช่วงระหว่างระยะเวลาที่เขาดำรงตำแหน่งอยู่ ในการกระทำอันเป็น

ส่วนตัว ไม่ว่าจะเป็นการก่ออาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ที่เกิดขึ้นในกรณีเช่นนี้ ศาลไม่ได้กล่าวถึง

เป็นที่น่าเสียดายอย่างมากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ไม่ได้ทำให้เหมาะสมในเรื่องนี้ ไม่เหมือนกับศาลสูงของอังกฤษในคดี Pinochet ศาลควรระวังในการที่จะไม่เพิ่มเติมว่าอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติจะมารวมอยู่ในหมวดนี้

อาชญากรรมบางประเภทที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (เช่นการกระทำความผิดเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมการรุกราน) เพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติหน้าที่สามารถจะกระทำได้โดยวิธีการและวิถีทางของรัฐ หรือเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายรัฐ มันไม่สามารถเป็นไปในแง่อื่นได้ นอกจากเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ ความคุ้มกันไม่ควรจะนำมาใช้ในเรื่องอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งกับศาลระหว่างประเทศ หรือศาลภายในของรัฐเองก็ตาม Judge Van den Wyngaert เห็นด้วยอย่างยิ่งกับความเห็นของ Lord Steyn ในคดีของ Pinochet ที่ได้ระบุว่า

“เห็นได้ว่าเมื่อ ฮิตเลอร์ ออกคำสั่งสุดท้าย (final solution) การกระทำของเขาจะถูกมองว่าเป็นการกระทำในทางปฏิบัติหน้าที่อันสืบเนื่องมาจากการเป็นประมุขของรัฐ ที่เป็นเหตุผลที่ The Divisional Court ได้กำหนดไว้อย่างเด็ดเดี่ยว ”

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศควรจะทำให้มันชัดเจนมากกว่านี้ คำพิพากษาของศาลไม่น่าจะทำให้เกิดข้อสรุปเช่นนี้ และการกระทำเช่นนั้นไม่ควรจะถูกครอบคลุมปกป้องด้วยความคุ้มกัน

ในกรณีที่ 4 ของการที่จะไม่ได้รับการยกเว้นโทษ ที่ศาลสร้างขึ้นในกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศทั้งในอดีตและปัจจุบัน จะถูกดำเนินคดีต่อศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจได้ (Judgement, para 61)

ศาลประเมินค่าสูงไปอย่างมากในบทบาทของศาลอาญาระหว่างประเทศ ว่าสามารถแสดงบทบาทในคดีที่รัฐเจ้าของดินแดนที่อาชญากรรมถูกกระทำลง หรือที่ถูกสงสัยว่ามีความผิดอาชญากรรมไม่เต็มใจที่จะดำเนินคดี ศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในปัจจุบันมีเขตอำนาจเหนือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ เพียงเท่าที่ข้กล่าวหาได้ปรากฏออกมาในสถานการณ์ที่ศาลสมควรจะพิจารณาได้ เช่น ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นใน Yugoslavia เก่า และความขัดแย้งใน Rwanda เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court หรือ ICJ) ที่ก่อตั้งโดยธรรมนูญกรุงโรม ถูกทำให้มีสภาพการบังคับไปไกลมากโดยหลักที่เสริมเข้า

ไปเป็นความรับผิดชอบขั้นพื้นฐานในการใช้อำนาจในการตัดสินคดีอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติที่ขึ้นอยู่กับศาลอาญาระหว่างประเทศ จะสามารถดำเนินคดีได้เมื่อรัฐที่มีเขตอำนาจในการดำเนินคดีไม่เต็มใจหรือไม่มีความสามารถอย่างแท้จริงในการที่จะกระทำการสืบสวนสอบสวนหรือดำเนินคดี

ถ้าหากรัฐเต็มใจที่จะดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณา ศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับศาลเฉพาะกิจระหว่างประเทศที่ไม่สามารถจะดำเนินคดีสำหรับทุกอาชญากรรมที่มาอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาล ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่และมักมีความต้องการเกิดขึ้นเสมอสำหรับรัฐในการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมหลัก รัฐไม่ถูกจำกัดทั้งรัฐตามหลักขนชาติและตามหลักดินแดน แต่ก็ยังคงมีความต้องการให้มีการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีในรัฐที่สามอยู่

ไม่ใช่อาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งหมดที่จะสามารถนำมาให้ตัดสินในศาลอาญาระหว่างประเทศได้ คดีที่มาสู่ศาลได้ จะต้องมีความผิดทางอาญาเกิดขึ้นหลังจากที่ธรรมนูญกรุงโรมมีผลบังคับใช้ สรุปลแล้ว เป็นการไม่แน่นอนว่าการกระทำผิดอาชญากรรมในเรื่องอาชญากรรมการทรมานหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงมาก การขัดแย้งทางอาวุธภายในรัฐเอง จะมาอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล Professor Tomuschat ได้มีข้อสังเกตที่ชัดเจนถูกต้องว่า มันจะมีความผิดพลาดที่ร้ายแรง (fatal mistake) ในการกล่าวยอมรับในเรื่องกฎหมายอนุสัญญาาระหว่างประเทศที่กำลังจะเกิดขึ้น การไม่มีอยู่ของเขตอำนาจของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ประมุขของรัฐ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของการกระทำผิดฐานอาชญากรรมระหว่างประเทศมีข้อจำกัดในการนำกฎหมายมาปรับกับคดีในรัฐของตนเอง หรือในที่อื่นๆ

Judge Van Den Wyngaert ให้ข้อสรุปว่า การโต้แย้งของศาลในการสนับสนุนหลักที่ว่า ความคุ้มกันไม่นำพาไปสู่การที่จะได้รับยกเว้นโทษนั้น เป็นสิ่งที่ไม่น่าไว้วางใจให้คล้อยตามอย่างมาก

ผลกระทบของคำตัดสินในคดีนี้บนกฎหมายและการดำเนินการบนพื้นฐานของกฎหมายปัจจุบันตามมาตรา 59 แห่งธรรมนูญก่อตั้งศาล คำตัดสินของศาลไม่มีผลผูกมัดยกเว้นระหว่างรัฐภาคีและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในคดี ดังนั้นในทางทฤษฎี ผลทางกฎหมายเท่านั้นที่จะออกมาจากคำตัดสินของศาลในคดีนี้ที่เป็นการยกเลิกหมายจับต่อนาย Yerodia โดยประเทศเบลเยียม และจุดมุ่งหมายของคำตัดสินโดยเบลเยียมไปยังผู้ซึ่งถูกออกหมายให้ปรากฏได้

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วผลกระทบจากคำพิพากษาของศาลในฐานะที่เป็น ตัวอย่างหรือคดีตัวอย่างกับประเด็นในเรื่องความคุ้มกันกลายเป็นเรื่องที่แพร่หลายมากในการที่จะ ยกเลิกหมายจับนี้ การตัดสินของศาลจะส่งผลกระทบอย่างรุนแรงโดยประเทศเบลเยียมและ ประเทศอื่นๆ จะใช้ประเด็นนี้ในเรื่องความคุ้มกันเป็นตัวอย่างจนกว่าจะมีกรณีใหม่ๆ เกิดขึ้นอีก

เรื่องแรก บทบัญญัติของกฎหมายดูเหมือนจะเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ตามมาตรา 5 (3) ของกฎหมายที่รับรองว่าไม่มีความคุ้มกันซึ่งพิจารณาจากความสามารถตามหน้าที่ราชการ ต้องการที่จะบัญญัติไว้แค่ไหนเพียงใด เป็นเรื่องที่ชัดเจนว่าอย่างน้อยที่สุดก็น่าจะทำให้ชัดเจนว่า ในตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศสมควรได้รับความคุ้มครองจากเขตอำนาจรัฐ ในคดีอาญาและเรื่องที่เกี่ยวข้องจากศาลเบลเยียม อย่างไรก็ตามก็ยังเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอนว่าเรา ควรจะเคารพต่อหลักการคุ้มกันต่อไปในข้อห้ามดังกล่าวหรือจะเปิดให้ใช้อำนาจในการ ดำเนินคดีอาญาหรือการกระทำใดๆ ที่เกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนยังดำเนินต่อไป และเราจะนำ เหตุผลของศาลนำไปใช้ปฏิบัติได้อย่างไรสำหรับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศคนอื่น และบุคคลอื่นในฐานะเช่นไรบ้างที่สมควรจะได้รับความคุ้มกันระหว่างประเทศ เช่น นักการทูต และเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ

เช่นเดียวกับคำถามที่เกี่ยวข้องต่อมาว่าไม่เหมือนกับที่ศาลตัดสิน แม้ว่าการพูดจะยึด ติดเกี่ยวเฉพาะเรื่องของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเท่านั้น ที่จะได้รับผลกระทบ ในทางสังคมระหว่างประเทศซึ่งยังคงใช้ได้เป็นการทั่วไปกับเจ้าหน้าที่ในระดับสูงอื่นๆ ใน ความเห็นทั่วไปของคำพิพากษาของศาลทำให้เกิดการยึดติดว่าศาลคงจะลังเลใจที่จะยอมรับ ข้อยกเว้นใด ๆ ต่อกฎของความสมบูรณ์ของการคุ้มกันสำหรับเจ้าหน้าที่ระดับสูงอื่นๆ Judge ad hoc Van den Wyngaert เตือนในกรณีนี้ว่าศาลควรตระหนักถึงความคุ้มกันในฐานะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมิฉะนั้นนั้นอาจจะเป็นการเปิดประตูหรือช่องว่างให้เกิดการ ฝ่าฝืนประเภทอื่นได้

ความคลุมเครือและการพิจารณาเช่นนั้นอาจจะอธิบายได้ค่อนข้างทั่วไปและหลัก ในทางปฏิบัติของการเสนอให้ร่างกฎหมายของสมาชิกสภาของเบลเยียมให้บัญญัติให้มาตรา 5 วรรค 3 โดยเสนอให้ยังคงรักษาบทบัญญัติของการคุ้มกันโดยพิจารณาจากตำแหน่งที่เป็นทางการใน หลักการที่ไม่กระทบต่อการปรับใช้ของกฎหมายแต่ผู้กระทำยังคงอยู่ในข้อจำกัดที่วางไว้ในหลัก กฎหมายระหว่างประเทศ

โดยพื้นฐานของคำพิพากษา ไม่มีข้อบัญญัติใดของข้อห้ามบนหลักเขตอำนาจรัฐสากล (universal jurisdiction) ที่กฎหมายต้องการ อย่างไรก็ตาม สำหรับในทางปฏิบัติและด้วยเหตุผลทางการเมืองบทบัญญัติเช่นนั้นควรจะได้รับการพิจารณาอย่างเหมาะสม

เป็นเรื่องที่น่าสนใจว่าในการคิดถึงเรื่องโดยที่ว่า Brussels Court of appeal ในการตัดสินคดีของ Yerodia, Sharon, และ Gbagbo<sup>49</sup> ตามลำดับได้ตัดสินบนพื้นฐานของบทบัญญัติของเบลเยียมในการดำเนินการ โดยยอมรับเงื่อนไขเขตอำนาจรัฐสากล (universal jurisdiction) เฉพาะเมื่อผู้กระทำความผิดอาจพบในอาณาเขตประเทศเบลเยียมเองในการดำเนินการ คดีอาญาก็จะสามารถดำเนินคดีในประเทศเบลเยียมได้ ศาลอุทธรณ์ไม่ได้ประกาศการดำเนินการ คดีให้เป็นที่ยอมรับเพราะว่าความคุ้มกันของ Sharon ในฐานะนายกรัฐมนตรี อัยการทั่วไปมีข้อสังเกตว่าการดำเนินการโดยอยู่บนพื้นฐานของคำพิพากษาของศาล การอธิบายที่เป็นไปได้สำหรับแนวความคิดนี้ก็คือคดีนี้แตกต่างจากเรื่องของนาย Yerodia เพราะว่าคดีของนาย Sharon ถูกตั้งข้อหาว่ากระทำความผิดในเรื่องฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ซึ่งไม่ใช่คดีอาชญากรรมต่อสงครามหรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ความแตกต่างนี้อาจจะมีความสำคัญในตัวเองก็คือที่จริงแล้ว การโต้แย้งเกี่ยวกับข้อยกเว้นสำหรับการคุ้มกันจากศาลแห่งรัฐชาติเป็นเรื่องที่จะพิจารณาอย่างเข้มแข็งสำหรับในคดีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) เพราะว่ามีหลักฐานอยู่บนพื้นฐานของ international convention รวมทั้งมาตรา 4 และมาตรา 6 ของ Geneva Convention ปี 1948 แสดงให้เราเห็นว่าไม่มีการคุ้มกันให้ปรากฏก่อนศาลแห่งชาติของรัฐซึ่งการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ตามหลักกฎหมาย การร่างกฎหมายของชาติและคดีตามกฎหมายของศาลมีการยืนยันว่า ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หัวข้อต่อมา มีลักษณะเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นเรื่องที่ยอมรับได้ ดังนั้น การไม่มีการคุ้มกันให้ปรากฏก่อนศาลแห่งชาติในคดีของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาจจะเป็นการกล่าววว่า อย่างไรก็ตาม แนวความคิดที่ถูกเลือกโดย Brussels Couer of Appeal จะมีผลกระทบต่อคดีจำนวนไม่มากกว่าเรื่องที่ใช้แนวความคิดเรื่องการคุ้มกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อไม่เพียงแต่การยอมรับคำร้องทุกข์ต่อบุคคลที่ได้รับสิทธิการคุ้มกัน แต่รวมถึงเรื่องทั่วไปในการยอมรับคำร้องทุกข์ใดๆ บนพื้นฐานของกฎหมายในสถานที่ซึ่งมีการกล่าวหาผู้กระทำความผิดที่ไม่สามารถพบได้ในประเทศเบลเยียม การตีความนี้ของ Brussels Court of Appeal คือหัวข้อที่ต้องอุทธรณ์ก่อนศาลสูงของประเทศเบลเยียม ในขณะที่หลักกฎหมาย 2 เรื่องนี้เพิ่งจะเริ่มมีการตระหนักถึง

<sup>49</sup> <http://www.law.kuleuven.ac.be/iir/eng/wp/WP27ed2e.pdf>.

สำหรับ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร<sup>50</sup> ได้ชี้ให้เห็นประเด็นเรื่องผลของคำพิพากษาดังนี้ ทำให้เกิดปัญหาว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะสามารถวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้หรือไม่ ในการพิจารณาแสวงหาคำตอบ ก่อนอื่นต้องพิจารณาจากข้อบทธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกรอบกฎหมายในการกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICC) ที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาคดีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติโดยตรงและรัฐมนตรีหรือประมุขของรัฐจะไม่สามารถยกเรื่องความคุ้มกันมากล่าวอ้างให้ตนหลุดพ้นจากอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ ตามมาตรา 27 วรรค 2 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ<sup>51</sup> (ICJ) แต่ในกรณีของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมิได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่อาจสร้างกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นเพื่อแก้ไขอำนาจหน้าที่ของศาลได้ด้วยตนเองได้ แต่จะต้องใช้และตีความกฎหมายระหว่างประเทศตามที่มีอยู่ในขณะที่พิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น

และสำหรับ Prof. dr. Tom Vander Beken<sup>52</sup> ได้สรุปหาทางออกในการแก้ไขปัญหาระหว่างความขัดแย้งในเรื่อง Jurisdiction ไว้ 3 ประการ คือ 1) ทำให้มีความเป็นไปได้ใน 2 สถานภาพคือประการแรกเป็นการสร้างความยอมรับการเรียงลำดับเขตอำนาจรัฐที่จะตัดสินอย่างยุติธรรมโดยเครื่องมือระหว่างประเทศซึ่งเป็นการหาว่ารัฐใดสมควรที่จะเป็นผู้ดำเนินคดีมากที่สุด ประการที่สอง เป็นการใช้สมมุติฐานของเจ้าของโครงสร้างการเรียงลำดับของผู้อ้างเขตอำนาจรัฐ โดยการตรวจสอบดูที่เจตนา 2) สร้างมาตรฐานการเรียงลำดับเขตอำนาจรัฐ โดยมีมาตรฐานให้เป็นที่ยอมรับได้ในทุกสถานการณ์ และ 3) คือการดูเจตนารมณ์ของแต่ละคดีไป

ผู้เขียนสนับสนุนแนวคิดโต้แย้งคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้ เนื่องจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นความผิดที่มีผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาคมโลกโดยส่วนรวม เมื่อเปรียบเทียบระหว่างความเสียหายในผลประโยชน์ของบุคคลเพียงคนเดียวกับ

<sup>50</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 48-50.

<sup>51</sup> Rome Statute of the International Criminal Court,  
"Article 27

1.....

2.Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, weather under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.

<sup>52</sup> <http://www.ircp.be/uploaded/I-1%20Tom%20Vander%20Beken.pdf>.

ผลประโยชน์ของประชาคมโลกแล้ว จะเป็นการถูกต้องแล้วหรือ ที่จะให้การปกป้องสิ่งที่เรียกว่า ศักดิ์ศรี เพื่อแลกกับสิทธิในชีวิต ร่างกาย อิศระในการดำรงอยู่ของเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน และเมื่อเทียบน้ำหนักกันแล้ว สิ่งที่เป็นผลประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งกับผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวม เราควรจะรักษาสิ่งไหนมากกว่ากัน

ดังนั้น มันจึงเป็นหน้าที่ของทุกรัฐที่จะต้องสอดส่องดูแลการกระทำผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ เพราะหากปล่อยให้ผู้กระทำความผิดได้รับความคุ้มกันเช่นนี้เรื่อยไป ก็จะทำให้การกระทำที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติยังคงเกิดขึ้นเรื่อยๆ ไม่มีวันสิ้นสุด