

## บทที่ 4

### ปัญหาการดำเนินคดีอาญาร้ายแรงของศาลยุติธรรมไทย

ศาลอาญาระหว่างประเทศได้จัดตั้งขึ้นตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยมีสาเหตุสำคัญเนื่องมาจากประชาชาติทั้งปวงได้คำนึงว่า เด็ก สตรี บุรุษนับล้านคนได้ตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง ซึ่งนอกจากจะคุกคามต่อชีวิตทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลแล้ว ยังคุกคามไปถึงสันติภาพและความมั่นคงของโลกอีกด้วย เหตุนี้ประชาคมระหว่างประเทศจึงน้อมใจไม่ได้เมื่อเห็นว่าอาชญากรผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงต้องถูกปล่อยตัวไปโดยมิได้รับการลงโทษ ด้วยเหตุผลเพียงว่าไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจเหนือในการพิจารณาคดีและลงโทษการกระทำดังกล่าว

ปัจเจกชนผู้กระทำอาชญากรรมร้ายแรงตามที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรมฯ 4 ประเภท ซึ่งได้แก่ อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน จำเป็นต้องถูกพิจารณาคดีและลงโทษ โดยต้องถูกนำตัวขึ้นสู่ศาลฯ เพื่อให้อยู่ในกระบวนการดำเนินคดีอันจะนำไปสู่การเยียวยาผู้เสียหายจากการกระทำดังกล่าว โดยธรรมนูญฯ ฉบับนี้เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่ให้แต่ละรัฐแสดงเจตจำนงร่วมกันในการจัดตั้งศาลนี้ขึ้น

ข้อ 126 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ กำหนดให้ธรรมนูญฯ มีผลบังคับใช้กับรัฐภาคีหลังจากวันที่รัฐภาคีเข้าเป็นสมาชิกแล้ว ส่วนรัฐที่ไม่เป็นภาคีซึ่งรวมถึงรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันด้วยนั้น ศาลฯ จะใช้เขตอำนาจได้ก็ต่อเมื่อ 1) คนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นกระทำความผิดในดินแดนรัฐภาคีและรัฐภาคีเสนอคดีสู่ศาลฯ หรือ 2) เป็นกรณีของรัฐที่มีได้เป็นภาคีซึ่งเป็นเจ้าของสัญชาติผู้กระทำความผิด หรือเป็นเจ้าของดินแดนที่มีการกระทำความผิดได้ทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจให้ศาลฯ พิจารณาคดีได้ หรือ 3) เป็นกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเห็นว่าสถานการณ์นั้นกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ คณะมนตรีความมั่นคงฯ ก็สามารถเสนอสถานการณ์นั้นสู่ศาลฯ ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่มีได้เป็นภาคีนั้นก่อน ซึ่งการให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงฯ ในการเสนอคดีนี้เป็นหนทางที่จะสามารถอุดช่องว่างกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีสัญชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้กระทำความผิดในดินแดนรัฐเจ้าของสัญชาติตน หรือในดินแดนรัฐอื่นที่ไม่เป็นภาคี ซึ่งศาลฯ ไม่สามารถใช้เขตอำนาจตามช่องทางที่เสนอโดยรัฐภาคีหรือช่องทางที่อัยการประจำศาลฯ ใช้อำนาจ *proprio motu* ได้เลย แต่อย่างไรก็ดี

หากเป็นกรณีที่ไม่มีการยอมรับเขตอำนาจศาลและเป็นกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงไม่เสนอ  
 สถานการณ์สู่ศาลฯ ผู้กระทำผิดนั้นก็ยังคงอาจถูกพิจารณาคดีได้โดยการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นอยู่ดี  
 เนื่องจากเป็นการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงและส่งผลกระทบต่ออย่างมากในทางระหว่างประเทศ

แม้ประเทศไทยจะมีฐานะเป็นเพียงรัฐลงนามที่ไม่มีความผูกพันเทียบเท่ากับรัฐภาคี  
 และไทยอาจได้รับผลกระทบโดยตรงแค่เรื่องพันธุกรรมเล็ก ๆ น้อย ๆ แต่ไทยอาจต้องพิจารณาว่ามี  
 เหตุผลอื่นหรือไม่ที่ไทยควรบัญญัติความผิดอาญาร้ายแรงและวิธีพิจารณาคดีอาญาร้ายแรง  
 นอกจากนี้ การที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ กำหนดให้ศาลฯ บังคับใช้เขตอำนาจกับปัจเจกชนผู้กระทำ  
 อาชญากรรมร้ายแรงนั้นโดยตรง และใช้บังคับได้เป็นการทั่วไปกับทุกคนโดยไม่คำนึงถึงสถานะ  
 ทางการของบุคคลดังกล่าว ทั้งนี้ หากคนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคีกระทำอาชญากรรมร้ายแรง  
 เหล่านี้ก็จะได้รับผลกระทบโดยอ้อมจากการใช้เขตอำนาจของศาลฯ ในฐานะศาลเสริม<sup>1</sup> ดังนั้น  
 รัฐที่ไม่เป็นภาคีจึงต้องพิจารณากฎหมายภายในของตนให้มีฐานความผิดครอบคลุมอาชญากรรม  
 ที่กำหนด เพื่อที่ศาลภายในของรัฐจะสามารถสืบสวนสอบสวนดำเนินคดีได้อย่างเต็มที่ และรัฐที่  
 ไม่เป็นภาคีสามารถคัดค้านการใช้เขตอำนาจและการรับคดีไว้พิจารณาของศาลฯ ได้หากได้มีการ  
 ดำเนินการอยู่หรือได้ดำเนินคดีกับบุคคลนั้นไปแล้ว อันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่  
 สามารถพิจารณาคดีกับบุคคลดังกล่าวซ้ำได้อีก ประเทศไทยในฐานะรัฐที่ลงนามธรรมนูญศาลฯ  
 แล้วแต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันที่ต้องได้รับผลกระทบต่าง ๆ ด้วย กล่าวคือ ประเทศไทยมีพันธุกรรมที่จะ  
 ไม่ดำเนินการใดอันเป็นการบดบังวัตถุประสงค์ธรรมนูญศาลฯ และขัดขวางการดำเนินงานของ  
 ศาลฯ ด้วย<sup>2</sup> ฉะนั้น ประเทศไทยจึงควรพิจารณาว่าเราจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้  
 สอดคล้องและมีมาตรฐานเทียบเท่ากับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศหรือไม่

<sup>1</sup> ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 4.3 การขาดกฎหมายวิธีพิจารณาความ  
 อาญาร้ายแรงในกฎหมายไทย

<sup>2</sup> รินทริธยา เขียววิติกุล, “ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่าง  
 ประเทศต่อรัฐและคนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคี: ศึกษากรณีประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต  
 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 169-171.

#### 4.1 ปัญหาพันธกรณีของไทยที่มีต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ<sup>3</sup>

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือ The Rome Statute of the International Criminal Court มีสถานะเป็นสนธิสัญญา (Traité, Treaty) ประเภทหนึ่งซึ่งตรงตามที่ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ได้ให้คำนิยามไว้ใน Article 2 วรรค 1 (a) ว่า “สนธิสัญญา หมายความว่า ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่าง ๆ และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะได้ทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือสองฉบับผนวกเข้าด้วยกันและไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด”<sup>4</sup>

การลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศโดยผู้แทนรัฐซึ่งมีอำนาจเต็มนั้น เป็นการแสดงเจตนาให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาซึ่ง ม.ร.ว.สุขุมพันธุ์ บริพัตร รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการต่างประเทศในขณะนั้นได้เป็นผู้แทนในนามของประเทศไทยลงนามที่นครนิวยอร์ก เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ.2543 ซึ่งนับได้ว่าเป็นประเทศแรกในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมฯ ฉบับนี้<sup>5</sup> ทั้งนี้ รัฐลงนาม หมายถึง รัฐที่ได้ลงนามในสนธิสัญญา โดยการลงนามนั้นเป็นการแสดงท่าทีเห็นด้วย และยอมรับในวัตถุประสงค์และความถูกต้องของสนธิสัญญา และต้องมีการดำเนินการให้สัตยาบันในขั้นต่อไปจึงจะถือว่ารัฐนั้นเข้าเป็นภาคี ดังนั้น ในขั้นตอนที่รัฐได้ลงนามไว้นั้นยังไม่ถือว่ารัฐนั้นเป็นภาคีของสนธิสัญญา การลงนามไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายที่รัฐต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้น ๆ แต่มีผลผูกพันต่อรัฐ 2 ประการ คือ<sup>6</sup> 1) รัฐต้องพยายามโดยสุจริตใจที่จะมีการให้สัตยาบัน และ 2) รัฐจะต้องไม่กระทำการใดที่จะเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาจนกว่าจะแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าจะไม่เข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้น ตามข้อ 18 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา

<sup>3</sup> เฟิงอ้าง, น. 65-106.

<sup>4</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1: สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 67.

<sup>5</sup> กระทรวงการต่างประเทศ, “การลงนามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ,” ข่าวสารนิเทศ, 24 กรกฎาคม 2549. สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2553, จากฐานข้อมูลกระทรวงการต่างประเทศ <http://www.mfa.go.th/web/200.php?id=559>

<sup>6</sup> บรรณา วังวิวัฒน์, “กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศทางปฏิบัติของไทย,” วารสารอัยการ, ฉบับที่ 155, ปีที่ 14, น. 14 (มกราคม 2534).

ค.ศ.1969<sup>7</sup> พันธกรณีดังกล่าวเป็นพันธกรณีที่เกิดจากความประพฤติ (Obligation de comportement, Obligation of conduct) ที่เกิดขึ้นเมื่อรัฐได้ลงนามในสนธิสัญญาในรูปแบบที่ต้องมีการให้สัตยาบัน (ratification) การยอมรับ (acceptance) หรือการให้ความเห็นชอบ (approval) ตราบเท่าที่รัฐนั้นยังมิได้แสดงเจตจำนงที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีสถิติสัญญา ดังนั้น ในขณะที่ยังไม่มี การให้สัตยาบันจึงถือว่ารัฐลงนามมีสถานะเป็นรัฐที่ไม่เป็นภาคีรัฐหนึ่ง แต่การลงนามนั้นจะ ก่อให้เกิดพันธกรณีแก่รัฐนั้นในฐานะพันธกรณีที่เกิดจากความประพฤติซึ่งอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐผู้ฝ่าฝืนพันธกรณีจากความประพฤตินี้ได้ พันธกรณีดังกล่าวเกิดจากหลักกฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีที่มาจากหลักสุจริต (Bonne foi, *Bona fide*) โดย Article 18 ของ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาได้บัญญัติชัดเจนว่า แม้สนธิสัญญาจะยังไม่มี ผลผูกพันแต่การลงนามแสดงให้เห็นได้ถึงเจตจำนงของรัฐบางประการว่าอย่างน้อยก็ต้องเห็นชอบ ด้วยกับวัตถุประสงค์อันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้น มิเช่นนั้นรัฐนั้นก็คงจะไม่ลงนามใน สนธิสัญญา ดังนั้น แม้สนธิสัญญาจะยังไม่มีผลผูกพันก็ตาม แต่รัฐที่ลงนามก็ต้องผูกพันตามหลัก สุจริตซึ่งทำให้เกิดพันธกรณีจากความประพฤติของรัฐขึ้นดังกล่าว<sup>8</sup>

พันธกรณีที่จะต้องละเว้นไม่กระทำการอันทำลายวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของ สนธิสัญญาที่ได้กล่าวข้างต้น คือ รัฐที่ได้ลงนาม (signatory state) ต้องไม่กระทำการอันมี ผลกระทบต่อความสามารถของรัฐในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาอย่างเต็มความสามารถ (ability to fully comply with the treaty) หากภายหลังสนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับกับตน ดังนั้น รัฐที่ เพียงแต่ลงนามจึงไม่ต้องละเว้นจากการกระทำที่ต้องห้ามตามสนธิสัญญาเมื่อสนธิสัญญามีผล บังคับ แต่ต้องไม่กระทำการอันทำให้ความมุ่งประสงค์พื้นฐานของสนธิสัญญาเสียไป (invalidate)

<sup>7</sup> Article 18 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

Article 18 Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force

A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

(a) It has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty;

<sup>8</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 4, น. 130-131.

หากการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาขึ้นอยู่กับสถานะ (status quo) ของรัฐขณะที่ลงนาม การใดที่รัฐได้กระทำก่อนสนธิสัญญาจะมีผลบังคับ ซึ่งทำให้สถานะของรัฐเปลี่ยนแปลงไปจนเป็นอุปสรรคให้รัฐไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้ในภายหลังเมื่อสนธิสัญญาจะมีผลบังคับแล้ว จึงจะเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีตามข้อ 18 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ เช่น สนธิสัญญากำหนดพันธกรณีแก่รัฐต้องให้ดินแดนบางส่วน แต่ก่อนให้สัตยาบัน รัฐกลับโอนดินแดนบางส่วนนั้นให้แก่รัฐที่สาม เป็นต้น<sup>9</sup>

ดังนั้น การลงนาม (Signature) ของผู้แทนรัฐในธรรมนูญกรุงโรมฯ ในทางหลักการจึงไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐทันทีทันใดได้ จนกว่าจะมีการให้ความยินยอมเข้าผูกพันตามธรรมนูญกรุงโรมฯ เสียก่อนด้วยวิธีการให้สัตยาบัน (Ratification) แก่ธรรมนูญฯ โดยมีการตรวจสอบและยืนยันความถูกต้องแท้จริงของธรรมนูญฯ อีกครั้งจากรัฐนั้น ๆ ตาม Article 14 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969<sup>10</sup> ซึ่งเป็นขั้นตอนของการแสดงเจตนาชั้นหลัง<sup>11</sup>

<sup>9</sup> อธิวัฒน์ อัครสังสิทธิ, “พันธกรณีของประเทศไทยในการให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ,” 35 วารสารนิติศาสตร์ 1, น. 98-99 (มีนาคม 2549).

<sup>10</sup> อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ได้ให้คำนิยามไว้ใน Article 2 วรรค 1a

“ความยินยอมของรัฐหนึ่งที่จะเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาฉบับหนึ่งแสดงออกโดยการให้สัตยาบัน

(a) เมื่อสนธิสัญญานั้นกำหนดให้การแสดงความยินยอมกระทำโดยการให้สัตยาบัน

(b) เมื่อเป็นกรณีอื่นที่แสดงให้เห็นว่ารัฐที่เข้าร่วมในการเจรจาจัดทำสนธิสัญญาต่างยอมรับว่าการให้สัตยาบันเป็นสิ่งที่ต้องกระทำ

(c) เมื่อผู้แทนของรัฐนั้นได้ลงนามในสนธิสัญญาภายใต้เงื่อนไขว่าจะให้สัตยาบันหรือเมื่อปรากฏเจตจำนงของรัฐนั้นในการลงนามสนธิสัญญาภายใต้เงื่อนไขว่าจะต้องให้สัตยาบันจากใบมอบอำนาจเต็มแก่ผู้แทนของรัฐ หรือจากการแสดงออกที่ปรากฏในระหว่างการเจรจาจัดทำสนธิสัญญา”

ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 102-103.

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง, น. 144.

หากมีการให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมฯ แล้วลักษณะของความผูกพันตามธรรมนูญกรุงโรมฯ จะแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ<sup>12</sup>

กรณีแรก ลักษณะของความผูกพันตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ในกฎหมายระหว่างประเทศ กรณีนี้เกิดจากกฎหมายจารีตประเพณีและเกิดจากหลักสุจริต (Principe de bonne foi, Principle of good faith) ที่ว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (pacta sunt servanda) โดย Article 26 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลใช้บังคับแล้วย่อมผูกพันภาคีและจะต้องใช้บังคับโดยภาคีด้วยความสุจริต” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่อาศัยหลักสุจริตในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่าง ๆ กล่าวคือ เมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้วก็ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันแก่รัฐภาคีคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติ หรืองดเว้นการปฏิบัติใด ๆ ตามที่สนธิสัญญากำหนด ซึ่งข้อ 126 วรรค 1 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ กำหนดเรื่องการมีผลบังคับใช้ของธรรมนูญฯ ไว้ว่า “ให้ธรรมนูญศาลฯ นี้ มีผลบังคับใช้ในวันแรกของเดือนถัดจากวันที่หกสิบหลังจากวันที่ยื่นสัตยาบันสาร สารให้ความยอมรับ สารให้ความเห็นชอบ หรือภาคยานุวัติสารฉบับที่หกสิบต่อเลขาธิการสหประชาชาติ” ซึ่งก็คือ วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 (พ.ศ. 2545) เป็นวันที่ธรรมนูญฯ มีผลบังคับใช้ นอกจากนี้ ธรรมนูญกรุงโรมฯ ไม่ว่าจะกระทำโดยรัฐบาลชุดใด หรือโดยบุคคลผู้มีอำนาจเต็มผู้ใดก็ตาม ธรรมนูญกรุงโรมฯ ในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาก็จะมีผลผูกพันรัฐ มิใช่ผูกพันรัฐบาลหรือผู้มีอำนาจเต็มแต่อย่างใด

กรณีที่ 2 ลักษณะของความผูกพันตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ในกฎหมายภายใน เมื่อธรรมนูญกรุงโรมฯ มีผลใช้บังคับแล้ว ภาคีคู่สัญญาจะต้องผูกพันปฏิบัติตามข้อกำหนด (clauses) หรือบทบัญญัติ (provisions) ต่าง ๆ ของธรรมนูญกรุงโรมฯ การปฏิบัติตามพันธกรณีของธรรมนูญกรุงโรมฯ ในฐานะที่เป็นสนธิสัญญานี้จึงครอบคลุมถึงองค์กรต่าง ๆ ของรัฐทั้งหมด ในฐานะที่องค์กรภายในของรัฐเหล่านั้นเป็นเสมือนเครื่องมือกลไกของรัฐไม่ว่าองค์กรนั้น ๆ จะเป็นองค์กรบริหาร นิติบัญญัติหรือตุลาการในระดับใดก็ตาม โดยรัฐจะต้องเป็นผู้พิจารณาเองว่า ตนจะต้องบัญญัติกฎหมายภายในของตนอย่างไร เพื่อให้การเป็นไปตามข้อกำหนดของธรรมนูญกรุงโรมฯ โดยการอนุวัติการหรือดำเนินการต่าง ๆ ในกรณีที่รัฐไม่ยอมอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา รัฐก็จะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ แม้ว่าการไม่อนุวัติการนั้นจะกระทำไปเพราะมีมูลเหตุจูงใจที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

<sup>12</sup> เพิ่งอ้าง, น. 193-198.

แม้ว่าประเทศไทยจะยังไม่มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเนื่องจากว่าประเทศไทยเพียงแค่นี้ได้ลงนามในธรรมนูญฯ โดยที่ยังมิได้มีการดำเนินการให้สัตยาบัน แต่ในฐานะรัฐลงนามในธรรมนูญกรุงโรมฯ จะก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของประเทศไทย ดังนี้

#### 4.1.1 สิทธิของประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

(ก) ประเทศไทยมีสิทธิให้การยอมรับศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมซึ่งถูกกล่าวอ้างที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลไทย โดยวิธีการทำคำประกาศมอบให้แก่ฝ่ายทะเบียนตามที่กำหนดในข้อ 12 วรรค 3 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ ซึ่งจะเป็นกรณีที่เกิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศประเภทใดประเภทหนึ่งในดินแดนของประเทศไทยหรืออาชญากรรมนั้นกระทำโดยปัจเจกบุคคลสัญชาติไทย ซึ่งกรณีนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมนั้น ๆ ได้หากประเทศไทยทำคำประกาศยอมรับตามระเบียบที่กำหนดไว้ประกอบกับผ่านช่องทางการเสนอสถานการณ์อาชญากรรมโดยรัฐไทยเองหรืออัยการจะริเริ่มสืบสวนสอบสวนเองก็ได้

การยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศนี้จะส่งผลให้ประเทศไทยมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศตามภาค 9 โดยไม่ชักช้าหรือไม่มีข้อยกเว้นใด

(ข) แม้ประเทศไทยจะได้ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมฯ ไว้แต่ยังไม่ให้สัตยาบัน ซึ่งในสถานะดังกล่าวนี้ประเทศไทยไม่มีหน้าที่ต้องให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ประเทศไทยอาจพิจารณาทำความตกลงเฉพาะกิจ (an ad hoc arrangement or agreement) เพื่อให้ให้ความร่วมมือกับศาลฯ ได้ตามข้อ 87 วรรค 5<sup>13</sup> และหากได้ทำความตกลงดังกล่าวแล้ว ประเทศไทยจะต้องให้ความร่วมมือกับศาลฯ เพียงเท่าที่กำหนดในข้อตกลง

---

<sup>13</sup> กองแปล กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, คำแปลธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, 2544), น. 56-57.

“ข้อ 87 วรรค 5

(ค) ประเทศไทยมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านเขตอำนาจและการรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ในกรณีที่ศาลไทยกำลังดำเนินการสืบสวนสอบสวน ดำเนินคดี หรือได้สืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีไปแล้ว กรณีเป็นไปตามหลักการเขตอำนาจเสริมศาลภายในของรัฐ (Principle of Complementarity)<sup>14</sup> ที่ศาลไทยมีสิทธิดำเนินคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของตนก่อนที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะพิจารณาคดีได้ (ข้อ 18 และ 19) อย่างไรก็ตามก็ดี ประเทศไทยจะโต้แย้งได้ก็ต่อเมื่อไทยได้มั่นใจแล้วว่ามิถุนายนปี ๒๐๑๑ มีกฎหมายสารบัญญัติและวิธีพิจารณาที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ และมีมาตรฐานที่เพียงพอเพื่อเป็นหลักประกันและหลักฐานประกอบการโต้แย้งมิใช่ว่าไม่มีบทบัญญัติภายในที่มีประสิทธิภาพพอแต่กลับยื่นเรื่องโต้แย้งไป ไม่เพียงแต่จะไม่ได้นำคดีกลับเข้ามาพิจารณาในศาลไทยแล้ว ก็ยังจะทำให้นานาชาติประหลาดใจว่าไทยไม่มีกระบวนการพิจารณาอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศที่แท้จริงอีกด้วย

(ง) ประเทศไทยมีสิทธิปฏิเสธคำร้องขอให้เปิดเผยเอกสารหรือข้อมูลที่อยู่ในประเทศหากทางไทยทราบว่าข้อมูลหรือเอกสารดังกล่าวกำลังหรือน่าจะถูกเปิดเผยและการเปิดเผยนั้นจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติแล้ว ไทยก็มีสิทธิที่จะเข้าแทรกแซงเพื่อขอรับการวินิจฉัยได้ (ข้อ 73)

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีสิทธิที่จะให้เงินอุดหนุนแก่กองทุนศาลอาญาระหว่างประเทศได้ตามความสมัครใจ (ข้อ 116) สิทธิที่จะได้รับแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับศาลฯ และสามารถได้รับคำแนะนำจากหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งศาลฯ เช่น คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (Preparatory Commission: PrepCom) และยังมีสิทธิในการเข้าร่วมประชุมต่าง ๆ เกี่ยวกับศาลฯ แต่ไทยมีสิทธิเพียงเข้าร่วม

(a) ศาลฯ อาจเชิญรัฐใด ๆ ที่มีใช้ภาคีของธรรมนูญศาลฯ นี้ ให้ความช่วยเหลือตามภาค 9 ขึ้นบนพื้นฐานของข้อตกลงเฉพาะกิจ ความตกลงกับรัฐดังกล่าวหรือบนพื้นฐานอื่นที่เหมาะสม

(b) ในกรณีที่รัฐใดที่มีใช้ภาคีของธรรมนูญศาลฯ นี้ ซึ่งได้ทำข้อตกลงเฉพาะกิจหรือความตกลงกับศาลฯ ไม่ให้ความร่วมมือตามคำร้องขอตามข้อตกลง หรือตามความตกลงนั้น ให้ศาลฯ แจ้งเรื่องดังกล่าวให้สมาชิกรัฐภาคีทราบ หรือในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงฯ เสนอเรื่องให้ศาลฯ พิจารณา ให้ศาลฯ แจ้งให้คณะมนตรีความมั่นคงฯ ทราบ”

<sup>14</sup> ข้อ 17 (2) แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

สังเกตการณ์และแสดงความคิดเห็นและท่าที แต่ไม่สามารถใช้สิทธิในการลงคะแนนในกรณีต่าง ๆ ได้เพราะการลงคะแนนเป็นสิทธิของรัฐภาคีเท่านั้น

#### 4.1.2 หน้าที่ของประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ตามที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วว่าการลงนามในธรรมนูญกรุงโรมฯ ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีตามหลักสนธิสัญญาที่จะต้องไม่ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อวัตถุประสงค์แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ ตามข้อ 18 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ คือ เพื่อดำเนินคดีกับปัจเจกชนที่กระทำอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศโดยไม่ยอมรับการอ้างความคุ้มกันหรือยกเว้นโทษเพื่อขจัดและป้องปรามการเกิดอาชญากรรมดังกล่าว ทั้งนี้ พันธกรณีของประเทศไทยตามข้อ 18 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ จึงมีเพียงละเว้น (refrain) จากการกระทำอันทำลายวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่จะกระทบต่อความสามารถของไทยในการปฏิบัติตามธรรมนูญฯ อย่างเต็มความสามารถเท่านั้น<sup>15</sup>

การลงนามในธรรมนูญกรุงโรมฯ ของประเทศไทยนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่จากธรรมนูญโดยตรง เว้นแต่ 1) ประเทศไทยจะได้ทำคำประกาศยอมรับการใช้เขตอำนาจของศาลฯเหนืออาชญากรรมที่เกิดขึ้นตามข้อ 12 วรรค 3 ซึ่งการยอมรับเขตอำนาจนี้จะก่อให้เกิดหน้าที่ตามมาคือ ประเทศไทยต้องให้ความร่วมมือกับศาลฯ ตามที่กำหนดในภาค 9 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ โดยไม่ชักช้าหรือไม่มีข้อยกเว้นซึ่งรวมถึงการที่ไทยจะต้องส่งคนชาติไปดำเนินคดีในศาลฯ ด้วย หรือ 2) ประเทศไทยในฐานะรัฐที่สามหรือรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้สละความคุ้มกัน ศาลฯ จะร้องขอให้ไทยส่งมอบตัวหรือขอความช่วยเหลือจากประเทศไทยได้ หากว่าประเทศไทยได้สละความคุ้มกันตั้งแต่แรก แม้ว่าจะไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของไทยที่มีอยู่ตามความตกลงระหว่างประเทศก็ตามตามข้อ 98 วรรค 1 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่ได้กำหนดเรื่องการขอความร่วมมือจากรัฐที่สามไว้โดยตรง หรือ 3) หากประเทศไทยได้ทำความตกลงเฉพาะกิจให้ความร่วมมือกับศาลฯ (an ad hoc arrangement or agreement) ตามข้อ 87 วรรค 5 ก็จะทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความร่วมมือกับศาลฯ ในประเด็นที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงดังกล่าว เช่น ให้ความร่วมมือกับศาลฯ ทั้งในการสืบสวนสอบสวนและการดำเนินคดี (ข้อ 86) การจับและส่งมอบตัวบุคคล (ข้อ 89) การ

<sup>15</sup> ธีรพัฒน์ ธีรสวัสดิ์สิทธิ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 9, น. 99-101.

ยอมให้รัฐอื่นผ่านแดนในการส่งมอบตัวบุคคล (ข้อ 89 วรรค 3) การให้ความร่วมมืออื่นตามคำสั่ง หรือคำร้องขอของศาล (ข้อ 93) การให้ศาลฯ เข้ามาพิจารณาคดีในรัฐ (ข้อ 3 วรรค 3) การรับภาระ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการให้ความร่วมมือกับศาลฯ (ข้อ 100) เป็นต้น

ดังนั้น ประเทศไทยจึงมีหน้าที่ผลพวงจากการลงนามที่จะต้องไม่ดำเนินนโยบายหรือ กระทำการอันเป็นการลบล้างหรือขัดกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่น การออกกฎหมายให้ขัดหรือแย้ง กับธรรมนูญฯ หรือดำเนินการอื่น ๆ อันทำให้วัตถุประสงค์นั้นเสียไป เช่น การออกคำสั่งให้มีการ กระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจธรรมนูญฯ หรือออกคำสั่งที่มีผลไม่ดำเนินการกับผู้กระทำความผิดนั้น ยิ่งไปกว่านั้น หากประเทศไทยมี แนวโน้มที่จะให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมฯ ในอนาคตก็ต้องมีการเตรียมการแก้ไขกฎหมายภายใน ให้สอดคล้อง เพื่อพร้อมที่จะรองรับพันธกรณีที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แต่ในทางกลับกัน หากว่า ประเทศไทยมีเจตนาจะไม่สนับสนุนศาลฯ อีกต่อไป ไทยก็อาจกระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดหรือ แแย้งกับธรรมนูญกรุงโรมฯ ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องพิจารณาด้วยการกระทำดังกล่าวจะไม่เป็นการ ละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือพันธกรณีที่มีอยู่ตามสนธิสัญญาหรือตาม ความตกลงระหว่างประเทศที่ไทยได้ทำไว้ แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ที่ธรรมนูญฯ กำหนดไว้ แล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับ กันทั่วไป และบางกรณียังเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของรัฐอยู่แล้ว ดังนั้น แม้ว่าประเทศไทย จะไม่ได้เข้าเป็นภาคีธรรมนูญฯ ไทยก็จะดำเนินการดังกล่าวไม่ได้

อย่างไรก็ดี ยังมีผลกระทบทางอ้อมที่ประเทศไทยจะต้องพิจารณาถึงกฎหมายภายใน ที่มีอยู่ด้วยว่าครอบคลุมและมีศักยภาพที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรงโดยศาล ไทยได้หรือไม่ มิเช่นนั้น ถ้าศาลไทยไม่สามารถดำเนินการพิจารณาคดีอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว โอกาสที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเข้ามาเป็นศาลเสริมพิจารณาคดีดังกล่าวแทนศาลไทยนั้นก็ มีความเป็นไปได้สูง หากปรากฏว่ามีรัฐภาคีใด (หรือรัฐที่มีใช้ภาคีแต่ได้ทำคำประกาศยอมรับเขต อำนาจศาลฯ) ซึ่งมีเขตอำนาจเหนือความผิดอาญานั้น ๆ ได้เสนอสถานการณ์ต่ออัยการประจำศาล อาญาระหว่างประเทศ หรือปรากฏว่าอัยการพิจารณาข้อมูลที่ได้รับแล้วเห็นว่าควรริเริ่มการสืบสวน สอบสวนคดีดังกล่าว (*proprio motu*) หรือกรณีปรากฏว่าคณะมนตรีความมั่นคงเสนอสถานการณ์ นั้นต่ออัยการ ส่งผลให้ไทยเสียสิทธิที่จะคัดค้านเขตอำนาจศาลฯ หรือคัดค้านการรับคดีไว้พิจารณา ของศาลฯ ได้ (ข้อ 18 และ 19) เนื่องจากว่าประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่จะบังคับใช้ในกรณีดังกล่าว ได้ ทำให้ศาลยุติธรรมไทยเข้าข่ายไม่สามารถหรือไม่มีประสิทธิภาพในการดำเนินคดี ไทยจึงควร

พยายามแก้ไขเพิ่มเติมหลักกฎหมายอาญาที่มีอยู่เพื่อให้ศาลไทยสามารถพิจารณารรคดีกับผู้กระทำผิดได้ เพราะกฎหมายอาญาที่ไทยมีอยู่ไม่ครอบคลุมทุกกรณี

#### 4.1.3 ความรับผิดชอบของประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามอาจมีความรับผิดชอบได้ หาก 1) กระทำการใดอันเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์และการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ (ข้อ 18 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969) หรือ 2) ในกรณีที่ประเทศไทยทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลฯ ประเทศไทยต้องให้ความร่วมมือกับศาลตามภาค 9 โดยไม่ชักช้าหรือไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ (ข้อ 12 วรรค 3 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ) หรือ 3) ในกรณีที่ได้ทำความตกลงเฉพาะกิจเพื่อให้ความร่วมมือกับศาลฯ ตามข้อ 87 วรรค 5 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ แล้ว กลับละเมิดความตกลงที่เกี่ยวกับความร่วมมือดังกล่าวที่ทำไว้กับศาลฯ ดังนี้ หากว่าประเทศไทยไม่สามารถให้ความร่วมมือได้หรือละเมิดข้อตกลงที่จะให้ความร่วมมือกับศาลฯ ส่งผลให้ศาลฯ มีอำนาจดำเนินการแจ้งไปยังสมัชชารัฐภาคีให้พิจารณาหรือแจ้งไปยังคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (ในกรณีที่สถานการณ์นั้นถูกเสนอโดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ) ให้พิจารณาดำเนินมาตรการต่อไป

กล่าวโดยสรุป แม้กฎหมายของไทยที่มีอยู่จะไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดต่าง ๆ ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็ไม่มีพันธกรณีที่จะต้องอนุวัติการหรือดำเนินการเพิ่มเติมใด ๆ ให้กฎหมายของไทยต้องเป็นไปตามข้อกำหนดในธรรมนูญกรุงโรมฯ เหมือนเช่นที่รัฐภาคีคู่สัญญาที่ได้ให้สัตยาบันแล้วจะต้องบัญญัติกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่กำหนดในธรรมนูญฯ ประเทศไทยมีเพียงแต่พันธกรณีที่ต้องกระทำการโดยสุจริตและต้องงดเว้นการกระทำใด ๆ ที่จะทำลายหรือขัดขวางวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ กล่าวคือ ต้องไม่กระทำการอันมีผลกระทบต่อความสามารถของตนในการปฏิบัติตามธรรมนูญกรุงโรมฯ อย่างเต็มความสามารถ (ability to fully comply with the treaty) และมีพันธกรณีในการพยายามอย่างสุจริตเพื่อให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมในฐานะเป็นรัฐที่ได้ลงนาม (signatory state) ซึ่งหมายถึง การศึกษาถึงข้อดีข้อเสียอย่างถี่ถ้วน หากเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่รัฐ ก็ควรดำเนินการโดยให้สัตยาบันต่อไป แต่ไทยหาไม่มีพันธกรณีที่จำเป็นต้องให้สัตยาบันอย่างแน่นอนไม่ เพราะไทยไม่มีพันธกรณีทางกฎหมายที่จะต้องผูกพันเช่นนั้น

อย่างไรก็ดี แม้ว่าไทยไม่มีพันธกรณีที่ต้องให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมฯ อย่างแน่นอน แต่เมื่อพิจารณาถึงการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว เห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของประชาคมโลกโดยเป็นกลไกในการดำเนินคดีผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ เมื่อรัฐที่มีเขตอำนาจจะเลยหรือไม่สามารถดำเนินคดีได้ ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ถูกลงโทษอันส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงต้องการให้รัฐยอมรับอย่างเป็นสากล (universal acceptance) เพื่อยุติภาวะการนี้ไม่ต้องรับโทษด้วยเหตุนี้ศาลฯ จึงมีส่วนช่วยในการป้องกันอาชญากรรมดังกล่าว นับแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ได้มีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจจำนวนมาก เช่น ศาลทหารระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่นูเรมเบิร์ก (Nuremberg Tribunal), ศาลทหารระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่โตเกียว (Tokyo Tribunal), ศาลระหว่างประเทศพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในดินแดนประเทศยูโกสลาเวียเดิมและในประเทศรวันดา (ICTY และ ICTR), ศาลพิเศษสำหรับ Sierra Leone (Special Court for Sierra Leone), Crimes Panels of District Court of Dili ใน East Timor และศาลศาลพิเศษแห่งกัมพูชา (Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia) เป็นต้น แสดงให้เห็นความจำเป็นในการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศที่รอดพ้นจากการถูกดำเนินคดี เนื่องจากรัฐเองจะเลยหรือไม่สามารถดำเนินคดีกับอาชญากรรมเหล่านั้นในรัฐของตนเองได้ ดังปรากฏเหตุการณ์ทารุณโหดร้าย (atrocity) ที่คร่าชีวิตผู้บริสุทธิ์เป็นจำนวนมาก ซึ่งยังคงเกิดขึ้นเรื่อยมาหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 หากปราศจากความร่วมมือจากรัฐต่าง ๆ แล้วศาลฯ ก็จะไม่สามารถทำหน้าที่ได้เลย เพราะที่ตั้งของศาลซึ่งอยู่ในกรุงเฮก (Hague) เมืองหลวงของประเทศเนเธอร์แลนด์ห่างไกลจากสถานที่ที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น และศาลไม่มีกองกำลังตำรวจหรือทหารของตนเอง ไม่มีอำนาจบังคับรัฐในการให้ความร่วมมือกับศาลฯ ได้ไม่ว่ารัฐนั้น ๆ จะเป็นภาคีหรือไม่เป็นภาคีในการให้ความร่วมมือกับศาลฯ

ดังนั้น ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้มีฐานความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศอย่างน้อย 4 ฐานประเภทความผิดตามที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ บัญญัติไว้ แต่มิใช่ด้วยเหตุผลว่าไทยมีพันธกรณีในทางระหว่างประเทศที่ต้องอนุวัติกฎหมายตามธรรมนูญฯ เพราะลำพังเพียงแค่นั้นฐานะรัฐลงนาม ไทยมิได้มีความผูกพันที่จะต้องกระทำถึงเพียงนั้น หากแต่เนื่องมาจากความรับผิดชอบต่อประชาคมโลกที่ไทยควรให้ความร่วมมือป้องกันปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าวที่ได้รับการยอมรับจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (International crimes) ซึ่งปัจเจกบุคคลผู้กระทำความผิดสมควรได้รับการ

ลงโทษ และความผิดเหล่านี้ก็ต่างก็มีฐานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens crimes*)<sup>16</sup> ที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศอันเป็นหน้าที่ของรัฐทุกรัฐ (*obligation erga omnes*)<sup>17</sup> มิเช่นนั้นแล้ว ประเทศไทยอาจกลายเป็นที่พักพิง (*safe havens*) ให้พวกอาชญากรร้ายแรงหลบหนีเข้ามาภายในราชอาณาจักรไทยเพราะมีโอกาสน้อยที่จะถูกดำเนินคดีในฐานความผิดดังกล่าวโดยศาลไทย ประกอบกับการที่ไทยได้ลงนามธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็แสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของรัฐไทยบางประการว่าอย่างน้อยประเทศไทยเองก็ต้องเห็นชอบด้วยกับวัตถุประสงค์อันเป็นสาระสำคัญของธรรมนูญฯ ที่ต้องการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงอย่างจริงจัง มิเช่นนั้น ประเทศไทยก็คงจะไม่ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมฯ

#### 4.2 การขาดกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดฐานความผิดอาญาร้ายแรงในกฎหมายไทย

การขาดกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดฐานความผิดอาญาร้ายแรงในกฎหมายอาญาของไทยนั้น สามารถมองได้ 2 ลักษณะ คือ ในแง่ของความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติฐานความผิดดังกล่าวในกฎหมายไทย และในแง่ของความจำเป็นในการกำหนดฐานความผิดดังกล่าวให้มีเขตอำนาจสากล (*Universal Jurisdiction*) ดังนี้

##### 4.2.1 ความจำเป็นในการบัญญัติฐานความผิดอาญาร้ายแรงในกฎหมายไทย

(ก) พัฒนาการของความผิดอาญาร้ายแรงที่ไม่เหมือนความผิดอาญาสามัญ (*Common crimes*)

###### 1) หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเป็นวิวัฒนาการต่อเนื่องมากจากการคิดถึงคุณค่าของบุคคล คุณค่าของความเป็นคน และหลักของเหตุผลและผลว่า มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีสิทธิ เสมอภาคเท่าเทียมกันและพัฒนาตามต่อมาจากสิทธิ สิทธิธรรมชาติ กฎหมายธรรมชาติ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิที่ติดตัวของมนุษย์อันเป็นคุณค่า หรือมาตรฐานขั้นต่ำที่สุดหรือเรียก

<sup>16</sup> ดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.2.1 ความจำเป็นในการบัญญัติฐานความผิดอาญาร้ายแรงในกฎหมายไทย

<sup>17</sup> ธีรพัฒน์ อัสวสังสิทธิ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 9, น. 109.

ได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์นั้น จึงทำให้ถือได้ว่าพัฒนาการแห่งแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมีเค้ามูลมาจากสิทธิธรรมชาติของมนุษย์<sup>18</sup>

ความหมายของสิทธิมนุษยชนอาจจะพิจารณาได้จากการนำไปใช้ด้วยความหมายที่แตกต่างกันออกไป<sup>19</sup> คือ

ประการแรก สิทธิมนุษยชน หมายถึง แหล่งอ้างอิงของข้อความคิดทางการเมืองต่าง ๆ แต่ละทฤษฎีหรือสำนักความคิดทางสังคม เช่นเดียวกับที่ทฤษฎีการเมืองว่าด้วยอุดมการณ์ที่เกี่ยวข้องก็ได้อ้างถึงสิทธิมนุษยชนในประการฉะนี้ สิทธิมนุษยชนจึงต้องได้รับการปฏิบัติอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในฐานะเป็น**บริบททางอุดมการณ์**ที่ประกาศตัวเองอยู่บนความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับสังคม หรืออย่างน้อยก็อยู่บนการพึ่งพิงกันระหว่างรัฐบาลกับผู้อยู่ใต้การปกครอง ตามนัยนี้ จะเห็นได้ชัดเจนว่า สิทธิมนุษยชนเป็นข้อความคิดที่เชื่อมโยงอยู่กับอุดมการณ์ทางการเมืองและส่งผลให้ข้อความคิดแบบเดียวกันไม่จำเป็นต้องเกิดผลเป็นปรากฏการณ์เหมือน ๆ กัน ในเมื่อผู้ที่อ้างถึงสิทธิมนุษยชนนั้นมีอุดมการณ์สมมติฐานในการเมืองที่แตกต่างกันอันอาจจะทำให้เกิดมุมมองที่แตกต่างกันแม้จะมองในเรื่องเดียวกันก็ได้

ประการที่สอง ความหมายของสิทธิมนุษยชนอาจพบได้จากบรรดา**เสรีภาพขั้นพื้นฐานต่าง ๆ** ที่มีอยู่มากมายซับซ้อน และจากหลักประกันต่าง ๆ ตามที่บัญญัติอยู่ใน**กฎหมายภายใน**ของแต่ละรัฐ เช่น ตามที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือตามรัฐธรรมนูญอื่นหรือตามบทบัญญัติที่กำหนดการดำเนินงานของรัฐและตามระเบียบการเมืองที่มีอยู่ในรัฐนั้น ๆ แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนเช่นนี้จะทำให้เราได้กฎระเบียบทางกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ ที่เป็นสิทธิมนุษยชนซึ่งบัญญัติอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ

ประการที่สาม เป็นความหมายของข้อความคิดที่ได้มีการริเริ่มจากการปรากฏขึ้นมาของกฎเกณฑ์ในระเบียบระหว่างประเทศซึ่งมีการจัดทำขึ้นในรูปแบบของตราสารระหว่างประเทศที่ให้หลักประกันในการให้สิทธิเฉพาะเจาะจงบางอย่างแก่ปัจเจกชน และใช้จำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือพลเรือนและดินแดนของตน

<sup>18</sup> เนตรนภา พุทธสุวรรณ, “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 18.

<sup>19</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, “กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับสิทธิมนุษยชน,” 27 วารสารนิติศาสตร์ 4, น. 1162-1163 (ธันวาคม 2540).

อย่างไรก็ดี ความหมายของคำว่า สิทธิมนุษยชนยังมีความคลุมเครือและยังมีขอบเขตไม่แน่ชัด แต่โดยภาพรวมแล้วสิทธิมนุษยชนเป็นแนวความคิดที่เชื่อมโยงกันกับหลายคุณค่า เช่นว่า คุณค่าทางคุณธรรม คุณค่าทางศีลธรรม คุณค่าทางมนุษยธรรม และในคุณค่าดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับความเชื่อและวิถีคิดของแต่ละบุคคลที่แตกต่างกัน และคุณค่าหรือความเชื่อเหล่านั้นก็ยังคงเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัย ทั้งยังแตกต่างกันไปตามความคิด วัฒนธรรม การเมือง การปกครอง ของสังคมนั้น ๆ แต่ท้ายที่สุดแล้วสิทธิมนุษยชนก็เป็นแนวความคิดสากลร่วมกันว่า มนุษย์ทุกคนในสังคมจะต้องเคารพซึ่งกันและกัน และปฏิบัติต่อกันอย่างเท่าเทียมกัน เพื่อสร้างมาตรฐานในการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขในสังคมไม่ว่าจะเป็นระดับประเทศหรือระดับภายในประเทศ<sup>20</sup> โดยคำนึงถึงอิสรภาพ เสรีภาพ สิทธิประโยชน์และศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์<sup>21</sup>

ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนคือ แนวความคิดในความเสมอภาคเท่าเทียมกันของมนุษย์และการคุ้มครอง รักษาสิทธิที่ติดตัวของมนุษย์ตั้งแต่กำเนิดที่เรียกกันว่า “สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights)” สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใดในโลกมีอยู่ในฐานะที่เป็นมนุษย์ และถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนย่อมจะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน<sup>22</sup>

กรณีนี้อาจกล่าวได้ว่ามีกลไกการดำเนินงานทางกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอยู่ 3 ประเภท ที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาร้ายแรงภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศโดยตรง ได้แก่

ประเภทแรก คือ การให้ความคุ้มครองปัจเจกชนในทุกแง่มุมทั้งในแง่พฤติกรรมทางสังคมและการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของปัจเจกชน รูปแบบของระบบนี้ย่อมนำไปสู่การปกป้องคุ้มครองมนุษย์ในแต่ละคนในฐานะที่เป็นสมาชิกคนหนึ่งของมวลมนุษยชาติ รูปแบบของสิทธิมนุษยชนประเภทนี้จึงควรจะรวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยมนุษยธรรมทั้งในระดับ

<sup>20</sup> เนตรนภา พุทธสุวรรณ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 18*, น. 18.

<sup>21</sup> ซาดิ ซัยเดชสุริยะ, “สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา,” *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายสิทธิมนุษยชน Human Rights Law สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน่วยที่ 5-12, พิมพ์ครั้งที่ 1* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2548), น. 89.

<sup>22</sup> ดู เนตรนภา พุทธสุวรรณ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 18*, น. 8-41.

ภูมิภาคและในระดับสากลซึ่งเป้าหมายที่เน้นก็คือ **การเคารพโดยทั่วไป**ในสิทธิของบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ที่อยู่ภายในประชาคมระหว่างประเทศปัจจุบัน

ประเภทที่สอง คือ สิทธิระหว่างประเทศของปัจเจกชนรวมถึงสิทธิต่าง ๆ ซึ่งมีขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองมนุษย์ภายใต้**เงื่อนไขเฉพาะตัวในสังคม** เช่น กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสตรี หรือกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเด็กก็ควรจัดอยู่ในประเภทของสิทธิมนุษยชนประเภทที่สองนี้

ประเภทสุดท้ายที่เกี่ยวข้องคือ สิทธิมนุษยชนประเภทที่ครอบคลุมถึงกฎหมายต่าง ๆ ในการให้ความคุ้มครองที่จำเป็นซึ่งจะต้องมี**เหตุผลในเรื่องของความฉุกเฉิน**และการคุกคามภายใต้สถานการณ์ที่เห็นได้ด้วยตัวของมันเอง โดยจะต้องแยกเป็นเอกเทศออกจากพฤติกรรมของปัจเจกชนซึ่งอาจทำให้บุคคลต้องสูญเสียสิทธิในการได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ไป ทั้งนี้โดยปกติบุคคลจะมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังกล่าว

สิทธิมนุษยชนทั้ง 3 ประเภทล้วนแล้วแต่เป็นที่มาของความผิดอาญาร้ายแรงตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองปัจเจกชนมนุษย์ในสิทธิโดยทั่วไปที่ให้ความคุ้มครองครอบคลุมทั้งการกระทำความผิดอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) การกระทำความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) และอาชญากรรมรุกราน (Aggression) ที่มุ่งคุ้มครองประชาชนเป็นการทั่วไป เช่น จากการทำสมาชิกรวมของกลุ่มหรือฆ่าคนตายโดยเจตนา การทรมาน การเอาคนลงเป็นทาส เป็นต้น หากเป็นกรณีสิทธิมนุษยชนประเภทที่ให้ความคุ้มครองมนุษย์ภายใต้**เงื่อนไขเฉพาะตัวในสังคม**ก็เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณีตามความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) เป็นต้น ส่วนกรณีสิทธิมนุษยชนประเภท**เหตุผลในเรื่องของความฉุกเฉิน**ก็สอดคล้องกับอาชญากรรมสงคราม (War crimes) ในธรรมนูญกรุงโรมฯ

## 2) หลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International humanitarian law หรือ IHL) เป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้กำลังทหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ<sup>23</sup> กล่าวคือ ประกอบไปด้วย

<sup>23</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (ICRC), 2550), น. 19.

กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มุ่งคุ้มครองผู้ที่ไม่สามารถทำการสู้รบได้อีกต่อไปและมุ่งที่จะจำกัดวิธีการและวิถีทางในการสู้รบ ซึ่งอาจเรียกได้อีกชื่อหนึ่งว่า กฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหารหรือกฎหมายสงคราม อันอาจแบ่งได้เป็น 2 สาขา ดังนี้ ก) กฎหมายเจนีวาหรือกฎหมายมนุษยธรรมซึ่งจัดทำขึ้นเพื่อคุ้มครองทหารที่ไม่สามารถเข้าทำการสู้รบได้อีกต่อไป รวมถึงพลเรือนที่ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ และ ข) กฎหมายเฮกหรือกฎหมายสงครามซึ่งกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ที่เป็นฝ่ายในการสู้รบทางทหารและจำกัดขอบเขตของวิถีทางในการสู้รบ<sup>24</sup>

การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง หมายถึง การละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับสงครามอย่างร้ายแรงโดยไม่คำนึงสภาพของข้อขัดแย้งจะเป็นเช่นไร ซึ่งเป็นที่มาของการจัดทำบัญชีประเภทความผิดอาชญากรรมสงคราม (War crimes) ทั้งหมดที่ร่างโดยคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศของสหประชาชาติเป็นผู้รับผิดชอบ เป็นต้นว่า การใช้อาวุธต้องห้ามหรือวิธีการต่าง ๆ ในการสู้รบที่มีขอบ (อาวุธเคมี อาวุธแบคทีเรีย อาวุธระเบิดร้ายแรงต่าง ๆ), การแอบอ้างใช้เครื่องหมายกาชาดและเลี้ยววงดวงเดือนแดงหรือตราสัญลักษณ์คุ้มครองอื่น ๆ<sup>25</sup>

### 3) กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Law) และอาชญากรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Law)<sup>26</sup> หมายถึง กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ กล่าวคือ เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอาญาซึ่งต้องพิจารณาใน 2 ประการ ได้แก่

<sup>24</sup> เบอ์นาค โอเบอ์สัน, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ: คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศตอบคำถามของคุณ, แปลโดย ประสิทธิ์ เอกบุตร, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541), น. 4.

<sup>25</sup> เพ็งอ้าง, น. 39.

<sup>26</sup> Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, (Oxford: Oxford University Press, 2001), pp. 3-4, ดวงเด่น นาคสีหราช, “อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับการเข้าภาคยานุวัติของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 51.

ประการแรก เกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเหยื่อในภาวะที่มีการขัดกันทางทหารที่เรียกว่า “กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International humanitarian law)” ที่ได้กล่าวถึงมาแล้ว

ประการที่สอง คือ เกี่ยวกับการลงโทษในทางระหว่างประเทศของกฎหมายอาญาภายใน (national criminal law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ทุกรัฐบัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดไม่ว่าเป็นคนสัญชาติใดภายในเขตอำนาจของรัฐที่การกระทำความผิดนั้นได้กระทำความผิดขึ้นหรือเรียกว่าเขตอำนาจสากลหรือเขตลงโทษสากล (universal jurisdiction) นั่นเอง ซึ่งกรณีนี้ตรงกับนักกฎหมายไทยที่เรียก “กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ” ว่าเป็น “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา” และได้อธิบายว่าแท้จริงแล้วกฎหมายดังกล่าวเป็นการใช้กฎหมายอาญาภายในของแต่ละประเทศนั่นเอง เพราะในคดีอาญาที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศย่อมเกิดมีปัญหาในการนำกฎหมายอาญามาปรับใช้กับคดีนั้น ๆ ดังเช่นปัญหาในการกำหนดสถานที่กระทำความผิด (le lieu de commission de l'infraction) ปัญหาสัญชาติของผู้กระทำความผิด หรือปัญหาสัญชาติของผู้เสียหาย<sup>27</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศยังมีกลไกในการลงโทษอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) ได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ คือ ศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจในยูโกสลาเวียเดิม (International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: ICTY) กับศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR) และศาลอาญาระหว่างประเทศถาวร คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Law: ICC) เพื่อลงโทษอาชญากรรมร้ายแรงต่าง ๆ (the most serious crimes) ที่มีความเกี่ยวข้องกับประชาคมระหว่างประเทศทั้งปวง (as a whole)<sup>28</sup>

เนื่องจากในโลกปัจจุบัน ปัญหากฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้ขยายตัวออกไปอย่างกว้างขวาง เช่น อาชญากรรมสงคราม ความผิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Crime contre

<sup>27</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, รวมกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 9.

<sup>28</sup> See Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 18*, p. 3, ดวงเด่น นาคสีหราช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 51.

L'humanite)<sup>29</sup> เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ได้ขยายขอบข่ายของอาชญากรรมให้กว้างขวางออกไป จนเหนืออำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียวที่จะดำเนินการให้อาชญากรได้รับโทษสมกับ ความผิดได้ จึงเป็นความจำเป็นที่รัฐทั้งหลายต้องร่วมมือกัน ปัญหาระหว่างประเทศดังกล่าวอาจ คลี่คลายลงได้ด้วยอาศัยรากฐานของตัวบทกฎหมายอาญาภายในของแต่ละรัฐ และความร่วมมือ ระหว่างรัฐทั้งหลายในโลกที่มีจุดมุ่งหมายอันเดียวกัน อันเป็นที่มาของแนวความคิดเรื่อง “กฎหมาย อาญาระหว่างประเทศ” นั่นเอง<sup>30</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศข้างต้นแล้ว พบว่ามีพัฒนาการมาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศ หลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายอาญาภายในของรัฐ จึงพอสรุปได้ว่าความมุ่งหมายในการใช้บังคับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่แท้จริงคือ การ สร้างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติเพื่อดำเนินคดีและลงโทษปัจเจกชนใน ความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรง ไม่ว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาและ พิพากษาโดยศาลอาญาภายในหรือศาลอาญาระหว่างประเทศ หรืออีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายอาญา ระหว่างประเทศเป็นกลไกของกฎหมายระหว่างประเทศทำให้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็น กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับได้ อย่างแท้จริงในความรับผิดชอบอาญาของปัจเจกชน โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของรัฐ หรือไม่ โดยดำเนินกระบวนการพิจารณาและลงโทษบุคคลดังกล่าวในฐานะความผิดอาชญากรรม ระหว่างประเทศร้ายแรง กล่าวคือ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญใน เรื่องความรับผิดชอบอาญาของปัจเจกชน รวมถึงความรับผิดชอบของรัฐในทางอาญาด้วย<sup>31</sup>

ส่วนแนวความคิดในเรื่องอาชญากรรมระหว่างประเทศ (International crimes) เริ่ม จากสมัยของ Hugo Grotius ซึ่งถือกันว่าเป็นบิดาของกฎหมายระหว่างประเทศได้เสนอความเห็น ว่า ความผิดอาญาระหว่างประเทศทุกประเภท (*delicti juris gentium*) ควรจะเป็นความผิดที่ผู้ใด

<sup>29</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, เอกสารประกอบการเสนอรายงานวิจัยเรื่อง โลกาภิวัตน์กับ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, ห้องเพชรชมพู (ชั้น 3) โรงแรมดิเอ็มเมอรัล ถนนรัชดาภิเษก กรุงเทพมหานคร วันศุกร์ที่ 7 พฤศจิกายน 2551, บทที่ 2, อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 19*, น. 9-11.

<sup>30</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 27*, น. 9-11.

<sup>31</sup> ดวงเด่น นาคสีหราช, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 26*, น. 52.

กระทำแล้วต้องได้รับโทษเนื่องจากเป็นบุคคลที่ “เป็นภัยต่อมนุษยชาติ”<sup>32</sup> โดยอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)<sup>33</sup> อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity)<sup>34</sup> อาชญากรรมสงคราม (War crimes)<sup>35</sup> และอาชญากรรมรุกราน (เดิมเรียกกันว่า อาชญากรรมต่อสันติภาพ หรือ Crimes against peace)<sup>36</sup> ล้วนได้รับการยอมรับจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (International crimes)<sup>37</sup> ซึ่งปัจเจกชนผู้กระทำผิดสมควรได้รับการลงโทษ และต่างก็มีฐานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens crimes*)<sup>38</sup> จนกระทั่งธรรมนูญศาลระหว่างประเทศสำหรับประเทศยูโกสลาเวียเดิม (Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) ได้บัญญัติอย่างชัดเจนใน Article 10 วรรค 2 (a) ว่าด้วยเรื่องหลักการห้ามดำเนินคดีซ้ำสองแก่จำเลย (*Non-bis-in-idem*)<sup>39</sup> ว่า หาก

---

<sup>32</sup> พรชัย ด้านวิวัฒน์, กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 88-89.

<sup>33</sup> ดวงเด่น นาคสีหราช, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 26, น. 52.

<sup>34</sup> Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 26*, pp. 88-89.

<sup>35</sup> M. Cherif Bassiouni, Introduction to international criminal law, (New York: Transnational Publishers, Inc., 2003), pp. 141-142.

<sup>36</sup> *Ibid.* pp. 136-138.

<sup>37</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เล่ม 2: รัฐ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 49.

<sup>38</sup> M. Cherif Bassiouni, *supra note 35*, pp.136-142.

<sup>39</sup> Article 10, Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

“Article 10 *Non-bis-in-idem*

1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal.

2. A person who has been tried by a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal only if:

ศาลภายในรัฐได้พิจารณาพิพากษาคดีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา ร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยชนระหว่างประเทศแล้ว และศาลภายในรัฐดังกล่าวได้พิจารณาคดีนั้น ในลักษณะที่เป็นฐานความผิดอาญาสามัญ (an ordinary crime) ในกรณีเช่นนี้ศาลระหว่าง ประเทศสำหรับยูโกสลาเวียเดิม (ICTY) มีอำนาจดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวในการกระทำความ เดียวกันนั้นได้อีก โดยไม่ขัดต่อหลัก *Non bis in idem*

เมื่อได้ศึกษาถึงพัฒนาการของความผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศข้างต้น แล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะความเป็นมาแตกต่างกับความผิดอาญาสามัญ เพราะความผิดอาญา ร้ายแรงมีลักษณะที่หล่อหลอมมาจากกฎหมายอาญาภายใน กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่าง ประเทศ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เติมไปด้วย การกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงขยายตัวออกไปอย่างกว้างขวางทั้งในลักษณะของพื้นที่ และความเสียหาย ทั้งมีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ทำให้ประชาคมโลกทุก ประเทศตื่นตัวและตระหนักดีว่าต้องร่วมมือกัน (international cooperation) หาวิธีนำตัวผู้กระทำความ ผิดมาลงโทษให้ได้เพราะเป็นภัยระดับมนุษยชาติ ดังเช่นการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ในสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่เป็นเหตุให้คนตายราว 50 ล้านคนอันเป็นการกระทำที่ผิดมหันต์<sup>40</sup> ซึ่ง ผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้มักเป็นตัวประมุขของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของ รัฐเองเสียด้วยซ้ำไป ในขณะที่ความผิดอาญาสามัญ (เช่น การฆ่าคนตาย การข่มขืน) ก็ได้รับการ บัญญัติเป็นความผิดอาญาในกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ อยู่แล้ว และอาจกล่าวได้ว่าความผิด อาญาสามัญทั่วไปเป็นหนึ่งในต้นกำเนิดสำคัญของอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีเหตุจูงใจ พิเศษต่าง ๆ กันไปจนก่อให้เกิดพัฒนาการความเป็นมาซับซ้อนต่อเนื่องด้วยความร้ายแรงในตัว ความผิดนั้นเองจนกลายเป็นความผิดที่เป็นอันตรายต่อคุณค่าสากลของประชาคมโลกและได้รับการ ยอมรับในระดับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

---

(a) the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or ...”

Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

Retrieved May 26, 2010, from

[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept08\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept08_en.pdf)

<sup>40</sup> พรชัย ต๋านวิวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 32, น.102.

## (ข) ฐานความผิดอาญาสามัญ (Common crimes) ไม่ครอบคลุมฐานความผิดอาญาร้ายแรง

### 1) องค์ประกอบภายนอกของความผิดแตกต่างกัน<sup>41</sup>

ส่วนใหญ่แล้วการกระทำความผิดอาญาสามัญ หรือ Common crimes<sup>42</sup> หรือ Classic Crimes<sup>43</sup> หรือ Ordinary crimes<sup>44</sup> มักจะมีลักษณะการกระทำความผิดที่จัดว่าเป็นความผิดที่มาจากศีลธรรมหรือมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (*Mala in se*)<sup>45</sup> กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ผู้คนทั่วไปรู้ได้ในตัวเองว่าคนเราไม่อาจที่จะกระทำได้เพราะไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้อง เช่น การฆ่าคนตาย การลักทรัพย์ผู้อื่น เป็นต้น แต่บางส่วนก็เป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น (*Mala prohibita*) โดยกฎหมายที่บัญญัติขึ้นนี้ก็เกิดขึ้นจากเหตุผลที่ตีตนเอง เช่น ห้ามสูบบุหรี่บนรถประจำทาง ห้ามโรงงานปล่อยน้ำเสียลงสู่แม่น้ำ เป็นต้น ดังนั้น ความผิดอาญาสามัญจึงเป็นการกระทำความผิดอาญาในลักษณะทั่ว ๆ ไปที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งก็สามารถกระทำได้ และเมื่อผู้นั้นได้กระทำการใด ๆ ซึ่งมีกฎหมายกำหนดความผิดและบทลงโทษไว้ ผู้นั้นก็มีความรับผิดชอบในทางอาญา

ในการพิจารณาการกระทำความผิดก็จะพิจารณาจากองค์ประกอบในการกระทำความผิดของเรื่องนั้น ๆ หรือพิจารณาไปตามโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญา ได้แก่ ผู้กระทำได้กระทำ (มีการคิด ตกลงใจ และเคลื่อนไหวร่างกายหรืองดเว้นการเคลื่อนไหวร่างกายตามที่ตกลงใจ

<sup>41</sup> อัครวิน ศุภระศร, “ความผิดฐานก่อการร้ายในประเทศไทย: มาตรการป้องกันและปราบปราม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 11.

<sup>42</sup> Michael D. Maltz, “On defining “Organized Crime” the Development of a Definition and a Typology,” in Nikos Passas, *Organized Crime*, (Aldershol: Dartmouth Publishing, 1995), p. 19.

<sup>43</sup> Brian M. Jenkins, “International Terrorism: The Other World War,” in Charles W. Kegley, JR., *International Terrorism Characteristics, Causes, Controls*, (New York: St.Martin’s Press, 1990), p. 28.

<sup>44</sup> Miriam J. Aukerman, “Extraordinary evil, ordinary crime: a framework for understanding transitional justice,” 15 *Havard Human Rights Journal* 39 (Spring 2002), p. 41. Retrieved March 3, 2010, from Westlaw

<sup>45</sup> Michael D. Maltz, *supra note* 42, p. 19, อัครวิน ศุภระศร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 41, น. 11.

นั้น) โดยการกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด หมายความว่า มีผู้กระทำ มีการกระทำ มีกรรมของการกระทำ (object) โดยกรรมของการกระทำอาจเป็นบุคคลหรือทรัพย์สินก็ได้ และผลของการกระทำ (บางฐานความผิดจะเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อผลเกิดขึ้น)<sup>46</sup> หรือประมาทในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้รับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท

โดยทั่วไปทุกประเทศจะบัญญัติให้อาชญากรรมสามัญทั่วไปที่เป็นอันตรายต่อปัจเจกบุคคล เช่น ฆ่าคนตาย ข่มขืน ฯลฯ เป็นความผิดภายใต้กฎหมายภายในอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ก็มิได้หมายความว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศมิได้มีพื้นฐานมาจาก *mala in se* แต่เป็นการกระทำ *mala in se* ที่เป็นอาชญากรรมสามัญหลายการกระทำเป็นพื้นฐาน แล้วส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมทั้งหมดมิใช่กระทบเพียงแคผู้เสียหายเพราะอาจมีการละเมิดไปถึงมนุษยชาติทั้งหมดจากการกระทำเพียงแต่การกระทำเดียว ทั้งนี้ ประชาคมระหว่างประเทศจึงมีบทบาทสำคัญเพราะเป็นผู้เสียหายจากการกระทำร้ายแรงเหล่านี้ด้วย ประเด็นสำคัญ คือ อาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศมีลักษณะการกระทำที่เป็นผลร้ายต่อกลุ่มคนจำนวนมาก (massive) หรือไม่ก็เป็นระบบ (systematic) ซึ่งจะประกอบไปด้วยการกระทำความผิดอาญาสามัญหลายการกระทำความผิดรวมกันซึ่งอาจกระทำอยู่เป็นการซ้ำ ๆ ก็ได้<sup>47</sup> จึงทำให้กฎหมายสารบัญญัติอาญาที่ไทยมีอยู่นั้นยังไม่ครอบคลุมอาชญากรรมถูกกำหนดอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยการกระทำความผิดหลายลักษณะไม่ปรากฏว่ามีบัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายไทยเป็นต้นว่า อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่มีเขตอำนาจสากลที่ไทยสามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดได้ แม้ว่าไทยจะไม่ได้เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็ตาม ในขณะที่กฎหมายอาญาของไทยนั้นไม่มีการบัญญัติถึงการกระทำบางลักษณะของการกระทำอาญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นไว้ เช่น การบังคับให้ย้ายเด็กไปยังอีกกลุ่ม หรือบังคับให้ทำหมันซึ่งเป็นการขัดขวางมิให้มีการกำเนิดของบุตรภายในกลุ่ม หรือการทำลายแหล่งน้ำที่เป็นการจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพ หรือการบังคับ โยกย้ายเด็กกลุ่มหนึ่งไปอีกกลุ่มหนึ่งโดยมีเจตนาทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มนั้น (ข้อ 6 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ) หรือในกรณีอาชญากรรมต่อมนุษยชาติก็มีการกระทำหลายลักษณะ เช่น การบังคับให้บุคคลหายสาบสูญ

<sup>46</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 13-15.

<sup>47</sup> Miriam J. Aukerman, *supra note 44*, pp. 40-46.

โดยการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ อาชญากรรมอันเป็นการเหยียดผิวซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย หรือกรณีอาชญากรรมสงครามที่มีการห้ามเกณฑ์เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีมาเป็นทหาร เป็นต้น แม้หากคำนึงถึงสภาพการกระทำแล้วก็มีบางลักษณะที่จะปรับใช้ฐานความผิดตามกฎหมายอาญาของไทยเพื่อพิจารณาคดีได้ เช่น ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดต่อชีวิตหรือร่างกาย แต่ก็มีข้อจำกัดคือ กฎหมายอาญานั้นจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด จะตีความให้เป็นผลเสียแก่จำเลยมิได้<sup>48</sup> ด้วยความที่องค์ประกอบภายนอกของความผิดแตกต่างกันจึงไม่สามารถปรับใช้กฎหมายไทยให้ครอบคลุมทุกกรณีความผิดของอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศได้

## 2) เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจพิเศษแตกต่างกัน<sup>49</sup>

ความผิดอาญาเป็นเรื่องที่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำความผิด หมายถึง ผู้กระทำได้รู้สำนึกหรือรู้ตัวว่าตนเองกำลังทำอะไรอยู่ (คิด ตกลงใจ และรู้ข้อเท็จจริงในสิ่งที่ตนกำลังกระทำ) ขณะเดียวกันก็เป็นการกระทำที่ผู้กระทำต้องการให้เกิดผลขึ้น ซึ่งอาจเป็น 1) การประสงค์ต่อผล กล่าวคือ ต้องการให้ผลนั้นเกิดขึ้นโดยตรงหรือ 2) ย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นได้ หมายความว่า ผู้กระทำไม่ได้ต้องการให้ผลเกิดขึ้นโดยตรง แต่โดยลักษณะการกระทำ ผู้กระทำย่อมเล็งเห็นได้ว่า จะก่อให้เกิดผลขึ้น ผลที่เกิดขึ้นอาจไม่แน่นอนแต่ก็มีใช้ว่าไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย คงเป็นเพียงผลนั้นอาจเป็นไปได้ในความรู้สึกของผู้กระทำก็พอแล้ว ดังนี้ เมื่อผู้กระทำเห็นแล้วว่าผลจะเกิดขึ้นจากการกระทำเช่นนั้นแต่ไม่ใยดีต่อผลที่จะเกิดขึ้น จึงถือว่าผู้กระทำมีเจตนาในการกระทำนั้น (โดยเล็งเห็นผล)<sup>50</sup>

ความต้องการให้เกิดผลขึ้นนี้อาจเกิดจากมูลเหตุจูงใจใด ๆ ก็ได้ ซึ่งเป็นเหตุผลส่วนตัว หรือวัตถุประสงค์ท้ายสุดของผู้กระทำความผิด ถือเป็นจุดมุ่งหมายที่ซ่อนไว้หลังเจตนาแห่งกระทำ เช่น การฆ่าเพราะความโกรธ เพราะความอาฆาต หรือเพราะความริษยา เป็นต้น<sup>51</sup> (มูลเหตุจูงใจในที่นี้ไม่ใช่มูลเหตุจูงใจหรือเจตนาพิเศษอันเป็นองค์ประกอบภายในของความผิดอาญาบางฐานความผิด)

<sup>48</sup> วินทร์วิทยา เตียรวิติกุล, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 2*, น. 106.

<sup>49</sup> อัครวิน ศุภระศร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 41*, น. 11-13.

<sup>50</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 71-75.

<sup>51</sup> *เพ็ญอ้าง*, น. 77.

เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบของความผิด ผู้นั้นก็มีความผิดในทางอาญา จึงอาจกล่าวได้ว่าความผิดอาญาสามัญเป็นการกระทำความผิดในลักษณะทั่วไปหรือมีลักษณะเป็นความผิดอยู่ในตัวเอง<sup>52</sup> ที่บุคคลทั่วไปย่อมรู้ได้ในตัวเองว่าไม่อาจกระทำได้ (มีเหตุผลในทางศีลธรรมรองรับอยู่) เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งพิจารณาได้ตามองค์ประกอบความผิดดังนี้ เมื่อมีผู้กระทำ ได้แก่ 1) ผู้ลงมือ 2) การกระทำคือ การฆ่า (ไม่ว่าจะโดยวิธีใด) 3) ผู้ถูกกระทำหรือผู้ถูกฆ่า (ผู้อื่น) โดยผู้ลงมือได้กระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำนั้น และต้องการให้ผล คือความตายเกิดขึ้น ผู้นั้น (ผู้กระทำ) ย่อมมีความผิดฐานฆ่าคนตาย การฆ่าคนตายนี้อาจมีมูลเหตุจูงใจใด ๆ ก็ได้ เช่น โกรธแค้น, ริษยา อันเป็นเหตุผลส่วนตัวของผู้กระทำ โดยทั่วไปความผิดอาญาสามัญจึงมักเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนากระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยตรง หรือประสงค์โดยเฉพาะเจาะจง หรือเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้นกับใครได้บ้างอันมีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจง เช่น เข้าไปลักทรัพย์ในบ้านผู้อื่น ผู้กระทำย่อมรู้หรือเล็งเห็นได้ว่า ผลนั้นย่อมเกิดขึ้นกับเจ้าของทรัพย์หรือเจ้าของบ้านนั้น ซึ่งอาจรู้ตัวเจ้าของเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือไม่รู้ก็ได้ หรือการวางเพลิงเผาบ้านใคร ก็ย่อมที่จะรู้ว่าผลที่เกิดขึ้นย่อมเกิดขึ้นกับเจ้าของบ้านหลังดังกล่าว โดยผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจเป็นการส่วนตัว เช่น ต้องการเงินไปซื้อยาเสพติด, ทะเลาะกันจึงโกรธแค้นไปเผาบ้าน เป็นต้น กล่าวโดยสรุป การกระทำผิดอาญาสามัญในลักษณะของการใช้ความรุนแรงต่าง ๆ เช่น การฆ่าคนตาย (อาจเป็นการลอบสังหาร), การวางเพลิงเผาทรัพย์, การทำลายทรัพย์สิน, การลอบวางระเบิด จึงเป็นการกระทำความผิดโดยผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจหรือวัตถุประสงค์เป็นการส่วนตัว หรือประโยชน์ส่วนตัวโดยกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์อันมีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจง

ความผิดที่ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (ภาค 2) ของไทยนั้น โดยปกติผู้กระทำต้องมีเจตนาธรรมดา เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายระบุไว้ให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท แต่มีความผิดบางความผิดที่เพียงแต่ผู้กระทำมีเจตนาธรรมดายังไม่เป็นความผิด เพราะต้องปรากฏด้วยว่า ผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีมูลเหตุจูงใจพิเศษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เพิ่มเติมจากเจตนาธรรมดาจึงจะเป็นความผิด ซึ่งเรียกกันว่า “มูลเหตุจูงใจพิเศษ”<sup>53</sup> หรือ “เจตนาพิเศษ” (*dolus specialis* หรือ *specific intent*) ที่มีใช้เป็นเพียงแค่เจตนาทั่วไป (*dolus*

<sup>52</sup> Michael D. Maltz, *supra note 42*, p. 19.

<sup>53</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย, 2551), น. 66.

*generalis*) ตามมาตรา 59 วรรค 1 และวรรค 2 ที่เป็นองค์ประกอบความผิดสามัญเท่านั้น แต่เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชกใจพิเศษจะเป็นองค์ประกอบความผิดตามที่มาตรานั้น ๆ บัญญัติไว้ โดยเฉพาะ<sup>54</sup> กล่าวคือ ในบางกรณีเพียงแต่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาเท่านั้นยังไม่พอ กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องมีมูลเหตุชกใจบางอย่างในบางฐานความผิดอีกด้วยจึงจะเป็นความผิดโดยสังเกตได้จากคำที่กฎหมายใช้ เช่น คำว่า “เพื่อให้”, “เพื่อบังคับ”, “เพื่อข่มขู่”, “โดยทุจริต”, “โดยเห็นแก่ทรัพย์สิน” เป็นต้น และแม้ลักษณะแห่งการกระทำจะเหมือนกันแต่การที่มีมูลเหตุชกใจพิเศษต่างกันจะทำให้ความรับผิดต่างกันออกไปด้วย เรียกได้ว่ามีผลโดยตรงในการกำหนดความผิดหรือไม่ผิดตามกฎหมาย<sup>55</sup> อย่างไรก็ดี ฟังระลึกไว้เสมอว่า “มูลเหตุชกใจพิเศษ” นี้มิใช่ “มูลเหตุชกใจ” (motive) ซึ่งได้แก่ เหตุผลส่วนตัวหรือวัตถุประสงค์ในท้ายสุด (ulterior goal) ของผู้กระทำความผิด เพราะมูลเหตุชกใจคือ จุดมุ่งหมายที่ซ่อนไว้หลังเจตนาแห่งการกระทำที่ได้กล่าวถึงไปแล้ว ผู้กระทำจะได้กระทำเพราะเหตุชกใจดีหรือชกใจร้ายหรือไม่สำคัญในการที่จะชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่<sup>56</sup>

ความผิดอาญาสามัญ (Common crimes หรือ Ordinary crimes หรือ Classic crimes) เป็นลักษณะการกระทำความผิดในกรณีทั่ว ๆ ไป ในทางอาชญาวิทยาก็สามารถพิจารณาจากทฤษฎีในเรื่องจิตวิทยาของผู้กระทำความผิดซึ่งผู้กระทำมีมูลเหตุชกใจในการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการส่วนตัว หมายความว่า เขามีมูลเหตุชกใจเป็นการส่วนตัวของบุคคลในการกระทำความผิด โดยการกระทำความผิดก็ปรากฏในรูปของการกระทำความผิดโดยทั่ว ๆ ไป (Classic forms) เช่น การฆ่าคนตาย (murder), การลอบวางเพลิง (arson), การขโมย (theft) เช่น ที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญา<sup>57</sup> จุดแตกต่างที่สำคัญระหว่างความผิดอาญาสามัญที่ได้รับการบัญญัติอยู่ในขณะนี้ไม่ว่าจะเป็นการฆ่าคนตาย การข่มขืน การหน่วงเหนี่ยวกักขัง ฯลฯ กับ

<sup>54</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: จีระจักรการพิมพ์, 2546), น. 245-246.

<sup>55</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 50, น. 77-79.

<sup>56</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 54, น. 245.

<sup>57</sup> อัศวิน ศุภระศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41, น. 25.

ความผิดอาญาร้ายแรงนั้น อยู่ที่ความผิดอาญาร้ายแรงมีเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชักจูงใจในระดับที่เหนือกว่าความผิดอาญาสามัญขึ้นไปอีก อันได้แก่<sup>58</sup>

กรณีอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะต้องเป็นการทำลายล้างทางกายภาพไม่ใช่เพียงแค่การล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม เป็นการมีเจตนาพิเศษ (*Dolus Specialis*) ที่จะทำลายกลุ่มคนทั้งหมดหรือบางส่วนนั้น<sup>59</sup> โดยมีมูลเหตุชักจูงใจมาจากการแบ่งแยก (distinction) เรื่องกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติหรือกลุ่มทางศาสนา ประกอบกับเจตนาพิเศษที่ต้องการทำลายกลุ่มดังกล่าว กรณีนี้เป็นส่วนสำคัญที่แยกอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ออกจากความผิดอาญาสามัญอย่างเช่น การฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน กล่าวคือ แม้การฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามมาตรา 289 (4) แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นกรณีเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นและเพิ่มเติมด้วยเหตุจรรยาที่เกี่ยวเนื่องกับลักษณะของการกระทำที่มีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงภายในเกี่ยวกับผู้กระทำซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายใน<sup>60</sup> โดยที่ไม่ต้องการองค์ประกอบภายในที่เป็นเจตนาพิเศษเรื่องความต้องการทำลายกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนาอันเนื่องมาจากการแบ่งแยก (distinction) แต่อย่างใด กรณีจึงไม่เหมือนกับที่ความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องการเจตนาพิเศษที่เหนือกว่า

กรณีอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้องเป็นการกระทำความผิดต่อกลุ่มบุคคลทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงและเป็นการกระทำต่อบุคคลจำนวนมาก ๆ ที่มีลักษณะ 1) เป็นการกระทำความผิดทางอาญาโดยการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีเช่นฆ่าสังหารอย่างกว้างขวางหรือเป็นระบบ 2) ต้องรู้ว่าเป็นการกระทำต่อเป้าหมายที่เป็นประชากรพลเรือน และ 3) เป็นการดำเนินการตามนโยบายของรัฐหรือองค์กร ด้วยเหตุนี้การทำความผิดจึงอาจเกิดขึ้นได้โดยผู้ที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือโดยบุคคลที่กระทำการตามการยุยงปลุกปั่น หรือการกระทำการโดยความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ นอกจากนั้น อาจจะเป็นการกระทำตามนโยบายองค์กร เช่น กลุ่มขบถซึ่งไม่มีส่วนเชื่อมโยงกับฝ่ายรัฐบาลก็ได้ อีกทั้งสามารถเกิดขึ้นได้แม้ยามสงบหรือแม้แต่ในช่วง

<sup>58</sup> ผู้เขียนมิได้กล่าวถึงอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (Crimes of Aggression) เนื่องจากยังมิได้มีการกำหนดคำนิยามที่แน่นอนในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

<sup>59</sup> รินทริธยา เติยรติกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 18-21.

<sup>60</sup> คณิต ฅ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น. 95-96.

สงครามกลางเมืองก็ได้<sup>61</sup> ในขณะที่กฎหมายอาญาสามัญของไทยไม่มีการระบุฐานความผิดเป็นการเฉพาะสำหรับกรณีความผิดที่องค์ประกอบภายนอกมีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในรูปแบบที่กว้างขวางหรือเป็นระบบ (a widespread or systematic attack) และมีเจตนาพิเศษของการโจมตีว่ามีเป้าหมายของการกระทำความผิดต่าง ๆ อยู่ที่ประชากรพลเรือน ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนหรือการเอาคนลงเป็นทาส ทั้งนี้ กรณีจึงมีความแตกต่างกับการกระทำความผิดอาญาสามัญทั่ว ๆ ไปอย่างเช่น การข่มขืนที่มีลักษณะโทรมหญิงธรรมดาอย่างแน่นอน และยิ่งไปกว่านั้น หากการกระทำผิดฐานฆ่าผู้อื่นอันมีลักษณะเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มักมีตำแหน่งทางการเมืองก็อาจถูกลงโทษได้แค่ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบประกอบกับความผิดฐานฆ่าคนตาย ทั้ง ๆ ที่การกระทำนั้นมีลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในรูปแบบกว้างขวางหรือเป็นระบบโดยมีเจตนาพิเศษที่มีเป้าหมายเป็นประชากรพลเรือน

กรณีอาชญากรรมสงครามตามคำนิยามในข้อ 8 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ เป็นการกระทำความผิดในระหว่างที่มี 1) ความขัดแย้งระหว่างประเทศซึ่งความขัดแย้งนี้ได้รับการรับรองโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (อนุสัญญากรุงเจนีวาและอนุสัญญากรุงเฮก) และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ 2) ความขัดแย้งภายในประเทศโดยใช้อาวุธ ได้แก่ กรณีสงครามกลางเมือง<sup>62</sup> ซึ่งอาชญากรรมสงครามนี้ไม่มีการบัญญัติในกฎหมายอาญาของไทยและไม่สามารถใช้ฐานความผิดอาญาสามัญมาลงโทษได้อย่างแน่นอนเพราะอาชญากรรมสงครามมีเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชกแจงใจพิเศษที่มีลักษณะเฉพาะตัวซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (IHL)

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความผิดอาญาสามัญ (Common Crimes) ล้วนมีความแตกต่างกับความผิดอาญาร้ายแรงอย่างเห็นได้ชัดทั้งในประเด็นพัฒนาการความเป็นมาที่ความผิดอาญาสามัญเป็นสิ่งที่หล่อหลอมไปกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน หลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศก่อให้เกิดเป็นความผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศโดยได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) อีกทั้งยังมีองค์ประกอบภายนอกของความผิดและเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชกแจงใจที่แตกต่างกันส่งผลให้ฐานความผิดอาญาสามัญที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ครอบคลุมฐานความผิดอาญาร้ายแรง เป็นต้นว่า อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่แม้

<sup>61</sup> รินทริยา เขียวริติกุล, อ้างแล้ว เขิงอรรถที่ 2, น. 21-23.

<sup>62</sup> เพิ่งอ้าง, น. 24-25.

จะใช้วิธีการที่เป็นลักษณะของการกระทำความผิดอาญาสามัญ (เช่น การฆ่าคนตาย, การวางเพลิง, การใช้วัตถุระเบิด) ก็ตาม แต่จะต้องมีเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชกใจพิเศษที่ต้องการทำลายกลุ่มเป้าหมายอันเนื่องมาจากความคิดแบ่งแยกลักษณะของกลุ่ม (distinction) ด้วย และประเภทความผิดของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หลายประเภทก็ยังไม่สามารถเอาผิดได้เป็นการเฉพาะตามกฎหมายไทย เช่น การบังคับให้ทำหมันโดยมีเจตนาชัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตรในกลุ่มเป้าหมาย หรือในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ในลักษณะการฆ่าทำลายล้างอันเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่กว้างขวางหรือเป็นระบบไม่ว่าในยามสงบหรือสงครามซึ่งกฎหมายที่มีอยู่ก็ไม่สามารถเอาผิดได้อย่างทั่วถึง เพราะอาจลงโทษพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอาจมีตำแหน่งเป็นข้าราชการการเมืองได้แค่เพียงความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบและฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเท่านั้น ดังนั้น ความผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศจึงมีลักษณะเฉพาะเป็นความผิดอาญาที่เป็นพิเศษต่างหากจากความผิดอาญาสามัญการกำหนดบทลงโทษจึงควรแตกต่างกันด้วย เหมือนดังกรณีเคยมีตัวอย่างให้เห็นมาแล้วในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับยูโกสลาเวียเดิม (Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) ที่ไม่ยอมรับการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาร้ายแรงที่อยู่ในรูปแบบฐานความผิดอาญาสามัญ

#### 4.2.2 ความจำเป็นในการกำหนดฐานความผิดอาญาร้ายแรงให้มีเขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction)

##### (ก) เขตอำนาจรัฐ (States Jurisdiction) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อกล่าวถึง “รัฐ” ในกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะพบว่ารัฐมีสภาพบุคคล (personality) ในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีตัวตนโดยสามารถมีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ซึ่งหนึ่งในบรรดาสีทธิต่าง ๆ ก็คือ สิทธิที่จะเรียกร้องบุคคลอื่นในกฎหมายระหว่างประเทศที่ทำให้รัฐเสียหาย กรณีนี้อาจกล่าวได้ว่ามีสถานภาพบุคคลระหว่างประเทศทางกฎหมายนั่นเอง นอกจากนี้ รัฐยังได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญมากที่สุดอีกด้วย เนื่องจากรัฐถือเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศประเภทแรกที่ได้รับการยอมรับกันทั่วไปและถือว่าเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีขอบเขตของสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบกว้างขวางที่สุดในบรรดาบุคคลในกฎหมายระหว่าง

ประเทศด้วยกัน<sup>63</sup> ดังนั้น ตามกฎหมายระหว่างประเทศรัฐจึงสามารถมีและใช้ “เขตอำนาจ” ได้ เรียกว่า เขตอำนาจของรัฐ (jurisdiction of states)<sup>64</sup>

แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะมีได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “เขตอำนาจ” ของรัฐไว้ก็ตาม แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปโดยรัฐและนักกฎหมายระหว่างประเทศว่า “เขตอำนาจของรัฐ” หมายถึง การใช้อำนาจของรัฐเหนือบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์ตามกฎหมายภายในของตน โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง เช่น การที่บุคคลหรือทรัพย์สินมีสัญชาติของรัฐ, หรือการที่บุคคล ทรัพย์สินและเหตุการณ์นั้นอยู่หรือเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐ เป็นต้น ทั้งนี้การใช้เขตอำนาจของรัฐดังกล่าว รัฐอาจใช้เขตอำนาจในการออกหรือตรากฎหมาย (prescriptive or legislative power) โดยผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ (legislative) และเขตอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (enforcement power) โดยฝ่ายตุลาการ (judicial) และฝ่ายบริหาร (executive) ก็ได้ ดังนั้น รัฐอาจจะตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์ ส่วนฝ่ายบริหารอาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว เช่น จับกุมบุคคล ยึดทรัพย์สินหรือกระทำการบางอย่างเกี่ยวกับเหตุการณ์ ในขณะที่ฝ่ายตุลาการจะพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์นั้น ๆ ดังกล่าว

ดังนั้น คำว่า “เขตอำนาจของรัฐ” (jurisdiction of state) จึงมีความหมายกว้างกว่า “เขตอำนาจทางตุลาการ” (judicial jurisdiction) ที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐ ทั้งนี้เพราะเขตอำนาจทางตุลาการนั้นเป็นเพียงเขตอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการ (judiciary) ซึ่งเป็นเพียงแขนงหนึ่งของการใช้เขตอำนาจของรัฐนั่นเอง

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น รัฐอาจใช้อำนาจเหนือบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง เช่น รัฐอาจออกกฎหมายและใช้บังคับกฎหมายแก่บุคคล ทรัพย์สินและเหตุการณ์ที่อยู่หรือเกิดขึ้นในดินแดน (territory) ของรัฐก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า บุคคลนั้นจะมีสัญชาติใดหรือทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้ใด เว้นแต่จะมีความ

<sup>63</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.178-179, และ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37, น. 11.

<sup>64</sup> จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63, น. 245-246.

ตกลงระหว่างประเทศกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือมีกฎหมายระหว่างประเทศห้ามไว้<sup>65</sup> นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศยังรับรองว่า รัฐอาจใช้เขตอำนาจของเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งมีสัญชาติของรัฐนั้นได้โดยไม่ต้องคำนึงว่า บุคคลหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ที่ใดหรือจะอยู่ในสถานะใด เช่น รัฐอาจใช้เขตอำนาจเหนือบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์ได้ หากกรณีดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปตามกฎหมายระหว่างประเทศว่ารัฐทุกรัฐมีเขตอำนาจเช่นนั้น เช่น อำนาจในการจับกุมลงโทษการกระทำอันเป็นโจรสลัด (piracy) ในทะเลหลวง ดังกรณีตามมาตรา 7(3) แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย<sup>66</sup> เป็นต้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิดจะมีสัญชาติใดหรือรัฐอาจใช้เขตอำนาจเหนือบุคคล ทรัพย์สินหรือเหตุการณ์ได้หากมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศระบุไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ เป็นการใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสากล (Universality Principle) อันเป็นหนึ่งในห้าประเภทของหลักการใช้เขตอำนาจของรัฐที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง<sup>67</sup>

ท่านศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ เอกบุตร ได้กล่าวถึงหลักทฤษฎีเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐที่รัฐต่าง ๆ ใช้ในการตรากฎหมายอาญาและลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดอาญาไม่

<sup>65</sup> เช่น บุคคลซึ่งเป็นตัวแทนทางทูตหรือเจ้าพนักงานกงสุล หรือทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าวที่อยู่ในรัฐนั้น จะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเขตอำนาจทางบริหาร (executive jurisdiction) และเขตอำนาจทางตุลาการ (judicial jurisdiction)

<sup>66</sup> มาตรา 7 “ผู้ใดกระทำความผิดดังระบุไว้ต่อไปนี้เป็นอกราชอาณาจักร จะต้องได้รับโทษในราชอาณาจักร คือ...

(3) ความผิดฐานชิงทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 339 และความผิดฐานปล้นทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 340 ซึ่งได้กระทำในทะเลหลวง”

<sup>67</sup> ท่านศาสตราจารย์ ดร. จุมพต สายสุนทร ได้แบ่งหลักการใช้เขตอำนาจของรัฐที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองไว้ทั้งหมด 5 ประเภท ได้แก่ 1) การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักดินแดน (Territoriality Principle) หรือหลักพื้นที่ (Spatiality Principle) 2) การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสัญชาติ (Nationality Principle) 3) การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักป้องกัน (Protective Principle) 4) การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสากล (Universality Principle) และ 5) การใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสนธิสัญญา (Treaty Principle)

จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 63, น. 246-248, ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 37, น. 37.

ว่าจะกระทำเพียงบางส่วนหรือทั้งหมดนอกดินแดนของรัฐไว้ดังนี้ คือ 1) หลักดินแดน (Territorial principle) 2) หลักสัญชาติ (Nationality principle) 3) หลักป้องกัน (Protective principle) 4) หลักคนชาติเป็นผู้ถูกระทำ (Passive personality principle) 5) หลักความพิศสากล (Universal principle) สำหรับหลักที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในการกำหนดเขตอำนาจรัฐคือหลักดินแดนและหลักสัญชาติ ส่วนหลักการป้องกันและหลักความพิศสากลนั้นก็ยังมีลักษณะของทางปฏิบัติของรัฐและความเชื่อมั่นนั้นจนกลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว<sup>68</sup>

**(ข) หลักความพิศสากลหรือเขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction) ตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ<sup>69</sup>**

การที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดกฎหมายอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) มาพิจารณาคดีได้นั้น จะต้องคำนึงถึงพื้นฐานทางกฎหมายของเขตอำนาจศาล (Legal grounds of jurisdiction) ด้วย เพราะแม้รัฐจะมีตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่เกิดจากบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลอันได้วางหลักเรื่องการลงโทษอาชญากรรมเหล่านี้ไว้แล้ว ก็หาได้เพียงพอไม่ เพราะยังจะต้องมีบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในเรื่องที่ว่าด้วยเขตอำนาจพิจารณาคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดด้วย โดยหลักทั่วไปแล้วบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องเขตอำนาจศาลดังกล่าวก็จะให้อำนาจศาลภายในของรัฐพิจารณาคดีหากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในดินแดนเขตอำนาจ หรือในกรณีที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหรือเหยื่อผู้เสียหายจากการกระทำดังกล่าวมีจุดเกาะเกี่ยวบางประการกับรัฐนั้น ๆ ซึ่งอันที่จริงเมื่อพิจารณาตามปกติประเพณีแล้ว เป็นที่ทราบกันดีว่ารัฐจะนำตัวผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้นศาลของตนได้ก็ด้วยพื้นฐานของหลักใดหลักหนึ่งในสามหลักนี้ได้แก่ 1) territoriality หลักการกระทำความผิดได้เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐนั้น 2) passive nationality หลักเหยื่อหรือผู้เสียหายเป็นคนชาติของรัฐนั้น 3) active nationality หลักสัญชาติหรือผู้กระทำความผิดเป็นคนชาติของรัฐนั้น

ส่วนหลักป้องกันผลประโยชน์ชาติ (the principle of protection of national interests) เป็นหลักที่ศาลมีอำนาจเหนืออาชญากรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือกระทบกระเทือนความมั่นคงของราชอาณาจักรอันเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ของรัฐ แม้กระทำการลงนอกอาณาเขตดินแดนของรัฐโดยไม่คำนึงว่าจะกระทำโดยคนชาติตนหรือคนชาติอื่นก็ตาม

<sup>68</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 37*, น. 41.

<sup>69</sup> See Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 277-285.

(ยกตัวอย่างเช่น ปลอมแปลงเงินตราของรัฐ หรือวางแผนโจมตีความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น) อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศมักจะไม่ใช้หลักป้องกันผลประโยชน์ชาติเสียเท่าไรนัก กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เมื่อใดก็ตามที่อาชญากรรมระหว่างประเทศ คดีใดไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐใด ๆ ในเรื่องอาณาเขตหรือสัญชาติแล้ว มีแนวโน้มว่ารัฐนั้นจะพิจารณาว่าอาชญากรรมดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับหรือส่งผลโดยตรงต่อผลประโยชน์ชาติอยู่นั่นเอง

และแล้วก็มีหลักเขตอำนาจประเภทใหม่ถือกำเนิดขึ้นมา เป็นที่รู้จักกันในนามว่าหลัก Universality Principle หรือ “หลักป้องกันสากล” หรือ “หลักความผิดสากล” ซึ่งมีหลักกว่ารัฐใด ๆ ต่างมีอำนาจที่จะนำตัวผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศมาขึ้นสู่ศาล เพื่อถูกพิจารณาคดีและถูกลงโทษได้ โดยไม่สนใจว่าความผิดนั้นได้กระทำลง ณ ที่แห่งใด แม้กระทั่งไม่คำนึงว่าผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายจะมีสัญชาติใด (ส่วนใหญ่แล้วจะมีการดำเนินคดีได้ก็ต่อเมื่อตัวผู้ถูกกล่าวหาจะต้องมาปรากฏตัวในดินแดนอาณาเขตของรัฐที่มีการดำเนินการฟ้องร้องเสียก่อน)

เมื่อศตวรรษที่ 17 มีการพูดถึงหลักดังกล่าวครั้งแรกในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) โดยนำมาใช้กับประเด็นเรื่องกระทำความผิดฐานเป็นโจรสลัด (piracy) ที่มีแนวคิดว่ารรัฐใด ๆ มีอำนาจที่จะจับกุมและนำตัวผู้ต้องสงสัยกระทำความผิดอันเป็นโจรสลัด (piracy) มาลงโทษได้ ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะมีสัญชาติใด และการกระทำความผิดเกิดขึ้น ณ ที่ใดก็ตาม และได้พัฒนามาจนถึงทุกวันนี้ กล่าวคือ การกระทำอันเป็นโจรสลัด (piracy) ในทะเลหลวงหรือสถานที่อื่นใดที่อยู่นอกเขตอำนาจของรัฐไม่ว่าจะกระทำโดยใช้เรือหรืออากาศยานก็ตามต่างก็เป็นความผิดต่อรัฐทุกรัฐและจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากรัฐใด ๆ รัฐทุกรัฐย่อมมีเขตอำนาจในการจับกุมผู้กระทำความผิดฐานกระทำการเป็นโจรสลัดและดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเช่นนั้นได้ โดยมีต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะมีสัญชาติใด รัฐใดที่จับกุมผู้กระทำความผิดฐานกระทำการเป็นโจรสลัดได้ก่อนย่อมมีเขตอำนาจก่อนรัฐอื่นใดที่ดำเนินการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดดังกล่าวในรัฐของตนโดยมีจำเป็นต้องส่งตัวผู้กระทำความผิดดังกล่าวให้แก่รัฐอื่นซึ่งขอให้ส่งตัวผู้กระทำความผิดนั้นไปลงโทษ อันเป็นการใช้เขตอำนาจของรัฐโดยอาศัยหลักสากล (Universality Principle) โดยต่อมากำจำกัดความของการกระทำอันเป็นโจรสลัด (piracy) ได้บัญญัติอยู่ในข้อ 15 แห่งอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยทะเลหลวง ค.ศ.1958 และข้อ 101 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982<sup>70</sup>

<sup>70</sup> จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 63, น. 292-295.

การให้รัฐมีอำนาจที่มีลักษณะพิเศษเช่นนี้มีเหตุผลซ่อนอยู่คือ ต้องการหาวิธีใหม่ที่จะนำมาต่อกับรูปแบบอาชญากรรมที่ส่งผลเสียหายกระทบกระเทือนถึงรัฐทุกรัฐ เพราะหลักทั่วไปที่ใช้ด้วยกันดั้งเดิมไม่ว่าจะเป็นหลักดินแดนหรือหลักสัญชาติของบุคคล (the classic principles of territoriality or nationality) ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม ดังนั้นเรื่องหลักความผิดสากล (Universal jurisdiction) จึงมีพื้นฐานมาจากความห่วงใยร่วมกันของประเทศ (a joint concern of all States) ด้วยแต่ละรัฐทราบดีว่าการนำตัวผู้ต้องสงสัยฐานกระทำการเป็นโจรสลัดมาดำเนินคดีนั้นก็เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของรัฐตนและของรัฐอื่นไปด้วยในเวลาเดียวกันนั่นเอง

หลังจากยุคศตวรรษที่ 17 ที่มีการใช้หลักความผิดสากลกับการกระทำเป็นโจรสลัด (piracy) แล้ว ต่อมาหลักดังกล่าวก็ได้ถูกจารึกไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยเรื่องผู้ประสบภัยสงคราม ค.ศ.1949 (the 1949 Geneva Conventions on war victims), อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 (the 1984 Convention against Torture), และในสนธิสัญญาระหว่างประเทศชุดหนึ่งที่ว่าด้วยเรื่องก่อการร้าย อย่างไรก็ดี เหตุผลสำหรับหลักความผิดสากลที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเหล่านี้แตกต่างจากกรณีที่ใช้กับเรื่องความผิดฐานกระทำการเป็นโจรสลัด เพราะจุดประสงค์ที่ให้อำนาจรัฐในคราวนี้ไม่ใช่เรื่องต้องการปกป้องผลประโยชน์ร่วมกัน (a joint interest) หากแต่เป็นเพราะรัฐต่าง ๆ มีอำนาจที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีและลงโทษบุคคลในนามของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด (on behalf of the whole international community) ซึ่งบุคคลที่จะถูกลงโทษดังกล่าวอาจได้แก่ ผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมสงครามตามความผิดอาชญากรรมร้ายแรงแห่งอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1949 (the 1949 Geneva Conventions), ผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำการทรมานหรือการก่อการร้าย เป็นต้น เนื่องด้วยต้องการรักษาคุณค่าสากล (universal values) ให้คงไว้ ตัวอย่างเช่น รัฐภาคีอาศัยอำนาจตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 (the 1984 Convention against Torture) สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดฐานกระทำการทรมานที่กระทำลงนอกดินแดนอาณาเขตรัฐตนมาลงโทษได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำมาลงโทษในดินแดนรัฐภาคีที่เป็นเจ้าของสัญชาติผู้เสียหาย วัตถุประสงค์แห่งเรื่องไม่ได้อยู่ที่ว่าต้องการปกป้องคนชาติที่ได้รับการได้รับความเสียหายจากการทรมาน (อันจะเข้ากรณีเพื่อปกป้องผลประโยชน์ร่วมกัน) แต่วัตถุประสงค์อันแท้จริงคือ ไม่ต้องการปล่อยให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำการทรมานลอยนวลไป และป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ที่รัฐเจ้าของดินแดนเขาแต่กักขังผู้ถูกกล่าวหาไว้ ดังนั้น รัฐภาคีจึงมีอำนาจที่จะกระทำในนามของผู้คุ้มครองปกป้องรักษา “แห่งสากล” (universal) หากเกิดการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่อยู่ในรูปแบบของการทรมาน

นอกจากนี้ อาจกล่าวได้ว่าการจะมีเขตอำนาจสากลได้นั้นขึ้นอยู่กับความรุนแรงและความเสียหายที่เกิดจากอาชญากรรมนั้น ๆ เหมือนดังที่ศาลฎีกาอิสราเอลได้พิพากษาไว้อย่างแยกคายในคดีตำนานอย่างคดีอาชญากรรมสงครามที่ Adolf Eichmann เป็นจำเลยในปีค.ศ.1962 (ในเวลาต่อมาคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสเปนลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1997<sup>71</sup> และคำสั่งศาลอาญาแห่งชาติสเปน *Audiencia nacional* ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1998<sup>72</sup> ก็ได้มีหลักการพิจารณาไปในแนวทางดังกล่าวด้วย) ดังนั้น รัฐใด ๆ (แม้ไม่ใช่รัฐเจ้าของดินแดนหรือรัฐเจ้าของสัญชาติ) ก็มีอำนาจที่จะสามารถดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ อันเป็นการกระทำในฐานะตัวแทนรัฐเจ้าของดินแดนหรือรัฐเจ้าของสัญชาติที่มีอำนาจโดยแท้แน่นอน

ดังนั้น เมื่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเขตอำนาจสากลหรือความผิดสากลนี้มีอิทธิพลและได้รับการยอมรับมากขึ้น รัฐต่าง ๆ ก็ได้เริ่มบัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในกฎหมายภายในของตัวเอง เป็นต้นว่า สเปน เบลเยียม เยอรมนีและออสเตรเลีย

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักความผิดสากล (Universality jurisdiction) หรือหลักเขตอำนาจสากลนี้เป็นหลักที่รัฐทุกรัฐใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นความผิดสากล ไม่ว่าจะผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายนั้นจะเป็นผู้มีสัญชาติใด และไม่ว่าการกระทำนั้นจะ

---

<sup>71</sup> คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสเปนลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1997 ในคดี *Panamanian Ship* (*Panamanian Ship case*) ศาลกล่าวว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนารมณ์ที่จะ “ให้รัฐสเปนใช้เขตอำนาจสากลเหนืออาชญากรรมที่ระบุไว้ (ในข้อ 23 แห่งกฎหมายว่าด้วยอำนาจตุลาการ ค.ศ.1985 หรือ the 1985 Law on Judicial Power) เพื่อให้สอดคล้องกับความร้ายแรงของอาชญากรรมและการป้องกันสากล”

<sup>72</sup> คำสั่งลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 ศาลกล่าวว่า หากจะตีความข้อ 6 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (ที่บัญญัติว่าบุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลที่มีเขตอำนาจในดินแดนของรัฐซึ่งการกระทำนั้นได้ทำขึ้นหรือโดยศาลระหว่างประเทศทางอาญาซึ่งอาจมีเขตอำนาจ) ว่าเป็นบทบัญญัติที่จำกัดเขตอำนาจศาลภายในรัฐ ก็จะเป็นการขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญามากเกินไป เพราะการตีความดังกล่าวนี้ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น “เป็นอาชญากรรมร้ายแรงต่อโลกทั้งมวล ซึ่งส่งผลโดยตรงกับประชาคมระหว่างประเทศและมนุษยชาติ อันเป็นเจตนารมณ์ของอนุสัญญานี้”

กระทำที่ใดก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาที่มีลักษณะสากลนี้มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดต่อมวลมนุษยชาติ (*hostis humanis generis*) ดังนั้น จึงต้องถือว่าการที่รัฐใดรัฐหนึ่งลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะนี้นั้นย่อมเท่ากับเป็นการลงโทษแทนรัฐอื่นทุกรัฐ เพราะในอดีตยังไม่มีศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐต่าง ๆ จึงถือปฏิบัติกันว่าศาลของทุกรัฐย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่เป็นความผิดสากลได้เพื่อให้มีการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดสากลได้นั่นเอง<sup>73</sup>

หลักความผิดสากลหรือเขตอำนาจสากลแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ซึ่งทั้ง 2 ประเภทต่างก็เป็นแนวทางให้ผู้พิพากษานำหลักความผิดสากลไปปรับกับคดีเนื่องจากไม่สามารถใช้หลักดินแดนหรือหลักคนชาติได้ แยกได้เป็นความหมายอย่างกว้าง (*broad notion*) หรือเขตอำนาจสากลแบบเด็ดขาด (*absolute universal jurisdiction*) และความหมายอย่างแคบ (*narrow notion*) หรือเขตอำนาจสากลอย่างมีเงื่อนไข (*conditional universal jurisdiction*) ดังนี้<sup>74</sup>

#### 1) เขตอำนาจสากลในความหมายอย่างกว้างหรือเขตอำนาจสากลแบบเด็ดขาด (*absolute universal jurisdiction*)

เขตอำนาจสากลประเภทแรก คือ เขตอำนาจสากลในความหมายอย่างกว้าง (*broad notion*) หรือเขตอำนาจสากลแบบเด็ดขาด (*absolute universal jurisdiction*) เป็นกรณีที่ไม่คำนึงว่าผู้กระทำความผิดจะอยู่ภายใต้การควบคุมโดยการจับกุมในรัฐนั้น ๆ หรือไม่ รัฐก็สามารถมีเขตอำนาจสากลที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ กล่าวคือ การปรากฏตัวของผู้กระทำผิดไม่เป็นเงื่อนไขสำหรับการใช้เขตอำนาจของศาลภายใน เช่น คดี *Eichmann* (1961) และคดี *Pinochet No.3* (1999) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศต่างไม่ยอมรับหลักการพิจารณาคดีในศาลลับหลังจำเลย (*in absentia*) การปรากฏตัวของจำเลยในดินแดนของรัฐนั้นจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญในการเริ่มกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ได้ จึงเห็นได้ชัดเจนว่าหลักเขตอำนาจสากลนี้ยอมรับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ (*national authorities*) เริ่มต้นการสืบสวนทางอาญาต่อผู้ต้องสงสัยความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงและรวบรวมพยานหลักฐานเกี่ยวกับอาชญากรรมที่ถูกล่ามำหาได้ทันทีที่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้รับรู้ข้อมูลการกระทำผิด ดังนั้น เจ้าหน้าที่รัฐอาจใช้เขตอำนาจทางอาญาเหนือบุคคลผู้ต้องสงสัยนั้น ๆ ได้ แม้ผู้ต้องสงสัยยังไม่ทันได้ปรากฏตัวในดินแดน

<sup>73</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 37*, น. 45.

<sup>74</sup> Antonio Cassese, *supra note 69*, pp. 285-287, เพิ่งอ้าง, น.45-46, ดวงเด่น นาคสีหราช, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 26*, น. 29-30.

รัฐ (ไม่ว่าจะเป็นการปรากฏเพียงชั่วขณะหรือเวลานาน) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการใช้เขตอำนาจศาลที่มีสาเหตุที่แท้จริงเนื่องมาจากเกิดความล้มเหลวของรัฐเจ้าของดินแดนหรือรัฐเจ้าของสัญชาติที่จะดำเนินคดีได้จึงต้องหันมาใช้หลักเขตอำนาจศาลอุดช่องว่างแทน ดังนั้น ควรจะไม่ใช่เขตอำนาจศาลในความหมายอย่างกว้างนี้หากรัฐเจ้าของดินแดนหรือเจ้าของสัญชาติรัฐใดรัฐหนึ่งได้เริ่มต้นกระบวนการไปแล้ว กรณีควรพิจารณาประกอบกับคำพิพากษาของศาลอาญาแห่งชาติสเปน *Audiencia nacional* ลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ.2000 ในคดี *Guatemalan Generals* ซึ่งปฏิเสธที่ใช้เขตอำนาจศาลของศาลสเปน เพราะในข้อเท็จจริงนั้นจำเลย (นายพลชาวกัวเตมาลาทั้ง 5 คน) สมควรที่จะได้รับการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีในประเทศกัวเตมาลา (รัฐเจ้าของดินแดน) เสียมากกว่า<sup>75</sup> กรณีศาลอาญาแห่งชาติสเปน (the *Audiencia*) จึงตีความกฎหมายสเปนว่าเขตอำนาจของรัฐสเปนเป็นเพียงตัวเสริม (subsidiary) และสามารถใช้ได้เฉพาะในกรณีที่มีความล้มเหลวในการดำเนินคดีอาชญากรรมร้ายแรงเท่านั้น

เขตอำนาจศาลในความหมายอย่างกว้างนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในของเบลเยียม (เฉพาะในช่วงก่อนปี ค.ศ. 2003) และสเปนด้วย นอกจากนี้ เป็นที่ทราบกันดีว่ายังได้ถูกบัญญัติไว้ในข้อกำหนดเลขที่ 2000/15 ว่าด้วยเรื่องคณะกรรมการบริหารติมอร์ตะวันออกในช่วงเปลี่ยนผ่าน หรือ Regulation no.2000/15 of the United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) ใน Article 2.1 และ 2.2 ซึ่งเป็นข้อที่ว่าด้วยอาชญากรรมร้ายแรง ได้แก่ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมสงคราม, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และการทรมาน

## 2) เขตอำนาจศาลในความหมายอย่างแคบหรือเขตอำนาจศาลอย่างมีเงื่อนไข (conditional universal jurisdiction)

เขตอำนาจศาลประเภทที่สอง คือ ความหมายอย่างแคบ (narrow notion) หรือเขตอำนาจศาลอย่างมีเงื่อนไข เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดอยู่ในความควบคุมของรัฐที่ทำการจับกุม (*forum deprehensionis*) ซึ่งมีเงื่อนไขว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องอยู่ในความควบคุมของรัฐที่

---

<sup>75</sup> ทั้งนี้ ศาลอาญาแห่งชาติสเปนได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า ทั้งกรณีไม่มีหลักฐานใดปรากฏยืนยันแน่ชัดว่าศาลกัวเตมาลาไม่สามารถหรือไม่สมัครใจ (unable or unwilling) ที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าวด้วยแต่อย่างใด

Naomi Roth-Arriaza, "Guatemala Genocide Case. Judgment no. STC 237/2005," 100 *The American Journal of International Law* 208 (No. 1, January 2006), pp. 207-213. Retrieved February 24, 2010, from <http://www.jstor.org/stable/3518840>

ทำการจับกุมจึงลงโทษได้ ดังนั้น การปรากฏตัวของผู้กระทำผิดจึงเป็นเงื่อนไขสำหรับการขยายเขตอำนาจศาล

เขตอำนาจศาลในความหมายอย่างแคบนี้ได้รับการยอมรับว่าอยู่ในระดับที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) หากใช้กับเรื่องความผิดฐานกระทำการอันเป็นโจรสลัด (piracy) และกรณีจะเป็นหลักกฎหมายที่อยู่ในระดับกฎหมายสนธิสัญญา (treaty law) หากใช้กับการกระทำที่เป็นการละเมิดอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับแรก ค.ศ.1977 (the First Additional Protocol of 1977) ของอนุสัญญาดังกล่าวหรือใช้กับการกระทำความผิดฐานทรมาณ (ตามข้อ 7 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984) หรือใช้กับการกระทำความผิดฐานก่อการร้าย (terrorism) อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาทั้งหลายเหล่านี้ไม่ได้บังคับว่ารัฐจะต้องดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาเป็นหนทางเดียวเท่านั้น เพราะแม้จะกำหนดหน้าที่ของรัฐให้ดำเนินการดังกล่าว แต่รัฐก็อาจเลือกที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องก็ได้ (ตามหลัก *aut prosequi aut dedere* หรือ either to extradite or to prosecute<sup>76</sup>)

เขตอำนาจศาลในความหมายอย่างแคบนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในของบางรัฐอีกด้วย เช่น ออสเตรเลีย, เยอรมนี และสวีเดน ส่วนศาลฝรั่งเศสก็ได้นำข้อ 2 แห่งกฎหมายฉบับลงวันที่ 2 มกราคม ค.ศ.1995 ซึ่งอนุวัติการ (implementing) ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตยูโกสลาเวียเดิม (ICTY) มาปรับใช้กับการพิจารณาความผิดที่ละเมิดต่ออนุสัญญากรุงเจนีวาด้วย อันเป็นการรับรองหลักการว่าผู้ต้องหาจำเป็นต้องปรากฏตัวในดินแดนของฝรั่งเศส

---

<sup>76</sup> หลัก *aut prosequi aut dedere* คือ *aut dedere aut judicare* หรือ *aut dedere aut prosequi* แปลว่า รัฐที่ควบคุมตัวจะส่งตัวผู้ต้องสงสัยไปยังรัฐที่แสดงความจำนงขอตัวมาหรือเลือกที่จะดำเนินคดีเองก็ย่อมได้

Boleslaw Adam Boczek, *International law: a dictionary*, (Lanham, Maryland: Scarecrow Press, 2005), p. XIX and p. 83. Retrieved February 21, 2010, from [http://www.google.com/books?hl=th&lr=&id=NR7mFXCB-wgC&oi=fnd&pg=PR9&dq=Boleslaw+Adam+Boczek&ots=Q5bvmElugZ&sig=3t6u3yDnfqzsomSh\\_X7khIEZn94#v=onepage&q=&f=false](http://www.google.com/books?hl=th&lr=&id=NR7mFXCB-wgC&oi=fnd&pg=PR9&dq=Boleslaw+Adam+Boczek&ots=Q5bvmElugZ&sig=3t6u3yDnfqzsomSh_X7khIEZn94#v=onepage&q=&f=false)

Professor Bassiouni<sup>77</sup> ได้สังเกตว่าธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้ใช้หลักเขตอำนาจสากลในกรณีที่รัฐเป็นผู้เสนอ “สถานการณ์ (situation)” อาชญากรรมร้ายแรง ทั้ง ๆ ที่อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม (ข้อ 6, ข้อ 7 และข้อ 8 ธรรมนูญกรุงโรมฯ) เป็นความผิดสากล เพราะคงไม่สามารถพูดได้เต็มปากเต็มคำว่า ‘การเสนอสถานการณ์ (referrals)’ ของรัฐภาคี (ข้อ 14) หรือรัฐที่ไม่ใช่ภาคี (ข้อ 12 วรรค 3) แล้วแต่กรณี ส่งผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศได้ใช้เขตอำนาจตามทฤษฎีเขตอำนาจสากลได้ แต่หากมี ‘การเสนอสถานการณ์ (referrals)’ นั้น ๆ ขึ้นสู่ศาลในนามของคณะมนตรีความมั่นคง (ข้อ 13 (b)) จะนับว่าศาลอาญาระหว่างประเทศได้ใช้วิธีการตามหลักเขตอำนาจสากล<sup>78</sup>

การที่ Professor Bassiouni ได้กล่าวเช่นนี้คงเป็นเพราะเมื่อมองในแง่มุมของวิธีพิจารณาในศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยผ่านอัยการแล้ว จะพบว่า การเสนอสถานการณ์โดยรัฐภาคีหรือแม้แต่เป็นกรณีโดยตัวของอัยการเป็นผู้เริ่มการสืบสวนสอบสวนสถานการณ์อาชญากรรมอันร้ายแรงด้วยตนเอง (*proprio motu*) ต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขเบื้องต้นของการใช้เขตอำนาจศาล<sup>79</sup> กล่าวคือ ต้องมีข้อเท็จจริงเข้าเงื่อนไขข้อ 12 วรรค 2 (a) หรือ (b) แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ เสียก่อน ได้แก่ (a) รัฐเจ้าของดินแดน หรือรัฐที่จดทะเบียนเรือหรืออากาศยานที่เกิดอาชญากรรมนั้น ๆ ต้องเป็นรัฐภาคี (หรือยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีแต่ยอมรับเขตอำนาจของศาลฯ) หรือ (b) บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดนั้นถือสัญชาติของรัฐภาคี (หรือยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีแต่ยอมรับเขตอำนาจของศาลฯ) ดังนี้ ทำให้การเสนอคดีโดยรัฐภาคีหรือโดยอัยการเริ่มสืบสวนเองนั้น ไม่ได้ใช้ทฤษฎีตามหลักเขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction) หากเป็นการใช้ทฤษฎีเรื่องหลัก

---

<sup>77</sup> ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และเป็นหนึ่งในกำลังสำคัญของ การก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

Wikipedia, the free encyclopedia, M. Cherif Bassiouni. Retrieved February 23, 2010, from [http://en.wikipedia.org/wiki/M.\\_Cherif\\_Bassiouni](http://en.wikipedia.org/wiki/M._Cherif_Bassiouni)

<sup>78</sup> M. Cherif Bassiouni, “The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law,” in Stephen Macedo, Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004), p. 46.

<sup>79</sup> ดู หัวข้อ 3.2.2 เงื่อนไขเบื้องต้นในการใช้เขตอำนาจศาล ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้

ดินแดน (Territorial principle) และหลักสัญชาติผู้กระทำความผิด (Nationality principle) นั้นเอง แต่สำหรับการเสนอคดีโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (ซึ่งแม้จะต้องกระทำโดยผ่านอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตาม) จะไม่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขเบื้องต้นดังกล่าว หมายความว่า ไม่ว่าผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายจากอาชญากรรมร้ายแรง 4 ประเภทนั้นจะเป็นผู้มีสัญชาติใดและไม่ว่าการกระทำความผิดนั้นจะกระทำ ณ ที่ใดก็ตาม คณะมนตรีความมั่นคงก็สามารถมีเขตอำนาจสากลเหนือรัฐทุกรัฐได้ แม้กระทั่งเหนือรัฐที่ไม่เป็นภาคี อนึ่ง หากสำรวจดูในตัวบทบัญญัติทั้งหมดของธรรมนูญกรุงโรมฯ แล้ว จะไม่พบว่า มีบทบัญญัติใดที่บังคับให้รัฐภาคีตรากฎหมายภายในให้อาชญากรรมทั้ง 4 ประเภทเป็นความผิดสากล

ประเด็นปัญหาการใช้เขตอำนาจสากลทั้งประเภทความหมายอย่างกว้างและอย่างแคบ สามารถศึกษาได้จากกฎหมายของประเทศเบลเยียม<sup>80</sup> จำนวน 5 ฉบับ ได้แก่<sup>81</sup>

(1) กฎหมาย Loi du 16 Juin ฉบับลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ.1993 (Law of June 16, 1993) ตราโดยรัฐสภาในปี ค.ศ.1993 หลังจากเกิดเหตุการณ์สงครามกลางเมืองในยูโกสลาเวียและโซมาเลียและอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดาที่เกิดขึ้นในช่วงปลายทศวรรษที่ 80 จนถึงต้นทศวรรษที่ 90 ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้ศาลเบลเยียมมีเขตอำนาจสากลเหนือความผิดฐานอาชญากรรมสงครามซึ่งเป็นพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ (Geneva Conventions)

ต่อมาในปี ค.ศ. 1999 กฎหมาย Loi du 16 Juin ก็ถูกยกเลิกโดย Loi du 10 Février ซึ่งกฎหมายฉบับใหม่ได้เพิ่มฐานความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศเข้าไปอีกจึงมีฐานความผิดสากลรวมทั้งหมด 3 ฐาน ได้แก่ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และ

---

<sup>80</sup> ประเทศเบลเยียมเป็นภาคีสมาชิกธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 2000

สามารถติดตามข้อมูลข่าวสารการลงนามและการให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้ที่ ฐานข้อมูล Coalition for the International Criminal Court. Retrieved March 21, 2010, from <http://www.iccnw.org/>

<sup>81</sup> See Roozbeh (Rudy) B. Baker, "Universal jurisdiction and the case of Belgium: a critical assessment," 16 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 1, (No. 1, Fall 2009), pp. 1-26. Retrieved February 9, 2010, from <http://ssrn.com/abstract=1424212>

อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งนี้ผู้กระทำผิดไม่สามารถกล่าวอ้างการใช้ความคุ้มกันในฐานะประมุขแห่งรัฐและสมาชิกแห่งรัฐบาลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศใด ๆ ได้ นอกจากประเด็นเหล่านี้แล้ว Loi du 10 Février ก็ยังคงสาระสำคัญอื่น ๆ เหมือนกับ Loi du 16 Juin ทุกประการ

(2) กฎหมาย Loi du 10 Février ฉบับลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 (Law of February 10, 1999) เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจศาลภายในมีเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร หากได้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยไม่คำนึงถึงสถานที่กระทำความผิด แต่ที่แปลกก็คือ ไม่คำนึงการปรากฏตัวของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ทำให้เป็นที่กังขากันว่ากฎหมายอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยได้หรืออย่างไร (*trial in absentia*) ซึ่งศาลสูงสุด (the Court of Cassation) แห่งเบลเยียมก็ได้เคยตีความว่าอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีในลักษณะดังกล่าวได้โดยไม่ต้องรอให้ผู้ถูกกล่าวหาปรากฏตัวก่อนการเริ่มพิจารณาคดี

กฎหมายในลักษณะเดียวกับ Loi du 10 Février นี้ยังมีความแตกต่างไปจากกฎหมายทั่ว ๆ ไปก่อนหน้าของเบลเยียมในประเด็นอื่นอีก คือ ผู้กระทำผิดไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันในฐานะประมุขแห่งรัฐต่างประเทศและสมาชิกแห่งรัฐบาลต่างประเทศภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ ซึ่งแม้แต่กฎหมายอย่าง Loi du 16 Juin ก็ไม่มีการบัญญัติห้ามการกล่าวอ้างในเรื่องนี้ไว้<sup>82</sup>

ต่อมารัฐสภาของเบลเยียมได้ตัดสินใจเร่งแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Loi du 10 Février โดยการตรากฎหมาย Loi du 23 Avril ออกมาในช่วงกลางปี ค.ศ. 2003 ด้วยเบลเยียมเกรงว่าจะเสียผลประโยชน์ในหลาย ๆ ด้านจากการที่เบลเยียมมีปัญหาด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับประเทศอื่น ๆ ไม่เว้นแม้แต่ประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกา เพราะเบลเยียมได้ทำการสอบสวนคดีซึ่งประมุขหรือผู้นำของรัฐต่าง ๆ หรือเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกามีส่วนเกี่ยวข้องอยู่หลายคดี ถึงกระนั้นก็ตามเมื่อปี ค.ศ.2001 ศาลเบลเยียมก็ได้เคยพิจารณาคดีภายใต้กฎหมาย Loi du 10 Février และได้พิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยชาววันดาจำนวน 4 คนเป็นเวลาหลายปี ข้อหามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในวันดาที่เกิดขึ้นในช่วงต้นทศวรรษที่ 90

<sup>82</sup> ผู้เขียนไม่ขอลงรายละเอียดในเรื่องความคุ้มกันเนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มิได้มุ่งศึกษาในเรื่องดังกล่าว

(3) กฎหมาย Loi du 23 Avril ฉบับลงวันที่ 23 เมษายน ค.ศ.2003 (Law of April 23, 2003) เป็นกฎหมายที่ตราออกมาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติม Loi du 10 Février ในบางประเด็นเท่านั้น โดยบัญญัติให้อัยการสูงสุด (the Federal Attorney General) มีอำนาจเป็นผู้เริ่มดำเนินคดีความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำลงนอกราชอาณาจักรเบลเยียมซึ่งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีสัญชาติเบลเยียมและมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรเบลเยียม อำนาจการตัดสินใจว่าจะเริ่มดำเนินคดีหรือไม่นั้นจะไม่เป็นไปตามหลักกระบวนการพิจารณาคดีอาญาตามปกติที่เป็นอำนาจของพนักงานอัยการอีกต่อไป แต่จะไปอยู่ที่อัยการสูงสุด (the Federal Attorney General) แทน ดังนั้น หากผู้เสียหายต้องการดำเนินคดีอาญาโดยการเป็นโจทก์ร่วมในคดีอาญา (the *constitution de partie civile* process)<sup>83</sup> ก็จะต้องอยู่ในความควบคุมของอัยการสูงสุดซึ่งเท่ากับเป็นการตัดทางเลือกของผู้เสียหายนั่นเอง

ตาม Loi du 23 Avril มีสาระสำคัญใหม่อยู่ 3 ประการ กล่าวคือ (3.1) ทันทีที่มีคำร้องเกี่ยวกับความผิดเข้ามา อัยการสูงสุดต้องยื่นคำร้องขอไต่สวนคดีต่อศาลไต่สวน เว้นแต่คดีไม่มีมูลหรือต้องห้ามดำเนินคดีตามกฎหมาย (3.2) อัยการสูงสุดมีอำนาจตัดสินใจส่งคดีไปยังรัฐเหนือดินแดนที่กระทำความผิดหรือรัฐที่ผู้กระทำผิดมีภูมิลำเนาทำการพิจารณาคดีได้ หากศาลในรัฐที่ได้รับคดีดังกล่าวมีเขตอำนาจ มีความเป็นกลาง มีความเป็นอิสระเพียงพอ สามารถที่จะประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล (right to due process) และได้บัญญัติฐานความผิดเหล่านี้ไว้ (3.3) อัยการสูงสุดสามารถส่งคดีไปให้ศาลระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีได้ซึ่งรวมถึงศาลอาญาระหว่างประเทศด้วยนั่นเอง

ต่อมาในเดือนสิงหาคม รัฐบาลเบลเยียมก็ได้ตัดสินใจยกเลิก Loi du 10 Février (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมโดย Loi du 23 Avril) ทั้ง ๆ ที่เป็นบทบัญญัติที่จำกัดอำนาจในการใช้เขตอำนาจสากลอยู่พอสมควรแล้ว โดยได้บัญญัติกฎหมาย Loi du 5 Août เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียม (Code Pénal) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเบลเยียม

---

<sup>83</sup> ตามหลักทั่วไปแล้วผู้เสียหายจะดำเนินคดีอาญาเพื่อให้มีการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดโดยตรงมิได้ เพราะพนักงานอัยการเพียงผู้เดียวมีอำนาจเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคดีอาญาในเบลเยียม แต่ผู้เสียหายสามารถฟ้องโดยทางอ้อมได้โดยการเป็นโจทก์ร่วมในคดีอาญา (the *constitution de partie civile* process) โดยแจ้งไปยังพนักงานอัยการ ซึ่งจะทำให้ผู้เสียหายมีสิทธิต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินคดีเกือบเทียบเท่ากับพนักงานอัยการโจทก์

(Code d'instruction criminelle) ในส่วนของลักษณะทั่วไป (Titre préliminaire) ซึ่งกำหนดเขตอำนาจศาลที่ดูจะแคบยิ่งกว่าเขตอำนาจศาลในความหมายอย่างแคบในแบบปกติเสียอีก

(4) กฎหมาย Loi du 5 Août ฉบับลงวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ.2003 (Law of August 5, 2003) เป็นกฎหมายที่ยกเลิก Loi du 10 Février อย่างสิ้นเชิง เพราะกำหนดให้มีการใช้เขตอำนาจศาลอย่างจำกัดมากขึ้นกับฐานความผิดอาญาระหว่างประเทศเดิม (อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์) โดยแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียมให้ฐานความผิดเหล่านี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 136 และแก้ไขการใช้เขตอำนาจโดยกำหนดต้องห้ามใช้เขตอำนาจศาลกับความผิดดังกล่าวที่กระทำลงนอกราชอาณาจักรเบลเยียมที่ผู้เสียหายและผู้กระทำผิดไม่ได้มีภูมิลำเนาในเบลเยียม (Belgian residents)

มาตรา 6 ของส่วนลักษณะทั่วไป (Titre préliminaire) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเบลเยียม (Code d'instruction criminelle) ที่แก้ไขใหม่อนุญาตให้ศาลเบลเยียมมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดดังกล่าวนอกราชอาณาจักรเฉพาะกรณีที่กระทำโดยคนชาติหรือผู้มีภูมิลำเนาในเบลเยียมเท่านั้น (a Belgian citizen or resident) ส่วนมาตรา 10 และมาตรา 12 ก็กล่าวถึงเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำนอกราชอาณาจักรเช่นเดียวกันโดยมีผู้เสียหายเป็นคนชาติหรือผู้มีภูมิลำเนาในเบลเยียม และอำนาจการตัดสินใจเริ่มดำเนินการฟ้องร้องก็มีได้อยู่ที่พนักงานอัยการอีกต่อไป โดยเปลี่ยนให้ไปอยู่กับอัยการสูงสุดเป็นผู้รับผิดชอบ ผลก็คือปรากฏต่อมาว่าผู้เสียหายที่ต้องการจะยื่นฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องอาญา (the *constitution de partie civile* process) ก็ถูกตัดอำนาจเพื่อป้องกันการกระทบกระเทือนถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ทั้งนี้ อัยการสูงสุดก็มีอำนาจสาระสำคัญ 3 ประการเหมือนที่เคยเกิดขึ้นกับกรณีที่เบลเยียมเคยใช้เขตอำนาจศาลอย่างกว้างในกฎหมายฉบับที่ (3) Loi du 10 Février (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมโดย Loi du 23 Avril) มาแล้ว ซึ่งประเด็นอำนาจหน้าที่ของอัยการสูงสุดนี้ได้รับการชื่นชมว่าเป็นการใช้เขตอำนาจศาล (universal jurisdiction) ในรูปแบบที่ยืดหยุ่น ยุติธรรม และมีความเหมาะสมดี อย่างไรก็ตาม อำนาจการสั่งฟ้องของอัยการสูงสุดนี้แตกต่างกับอำนาจการสั่งฟ้องคดีอาญาตามปกติของพนักงานอัยการเบลเยียมที่มีดุลพินิจในการสั่งน้อยมาก เพราะพนักงานอัยการจะต้องสั่งฟ้องคดีเสมอหากพยานหลักฐานเพียงพอ ดังนั้น จึงควรกำหนดให้อัยการสูงสุดอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรตุลาการอีกชั้นหนึ่งแต่กฎหมาย Loi du 5 Août ก็ไม่ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบใด ๆ ฉะนั้น กลางปี ค.ศ.2006 รัฐบาลเบลเยียมจึงได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 10 และมาตรา 12 ของส่วนลักษณะทั่วไป (Titre préliminaire) แห่งประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความอาญาเบลเยียม (Code d'instruction criminelle) อีกครั้งหนึ่งโดยการออกกฎหมายที่มีชื่อว่า Loi du 22 Mai

(5) กฎหมาย Loi du 22 Mai ฉบับลงวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ.2006 (Law of May 22, 2006) เป็นกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 10 และมาตรา 12 ในส่วนของลักษณะทั่วไป (Titre préliminaire) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเบลเยียม (แก้ไขเพิ่มเติมโดย Loi du 5 Août)<sup>84</sup> กฎหมายฉบับนี้ได้เพิ่มอำนาจควบคุมตรวจสอบอัยการสูงสุดในการทำหน้าที่ดำเนินการฟ้องร้องฐานความผิดมาตรา 136 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียม (แก้ไขเพิ่มเติมเพิ่มเติมโดย Loi du 5 Août)<sup>85</sup> ซึ่งได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรเบลเยียมโดยผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายเป็นคนชาติหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในดินแดนเบลเยียม โดยมีการกำหนดให้ศาลอุทธรณ์เป็นผู้ทบทวนคำวินิจฉัยของอัยการสูงสุด ทำให้กระบวนการใช้เขตอำนาจศาลของเบลเยียมอยู่ในสภาพสมดุลแทนที่จะยึดโยงอยู่กับอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐเพียงคนเดียว

กรณีอาจเป็นที่สงสัยสำหรับเหตุการณ์ที่ Jean-Pierre Bemba ผู้เคยดำรงตำแหน่งรองประธานาธิบดีสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก (DRC) ในช่วงกรกฎาคม ค.ศ. 2003 ถึงธันวาคม ค.ศ. 2006 ได้ถูกจับกุม ณ บริเวณชานเมืองกรุงบรัสเซลส์ (Brussels) ประเทศเบลเยียม เมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 ทั้งนี้ก็เป็นเพราะศาลอาญาระหว่างประเทศได้ออกหมายจับ Bemba ฐานความผิดอาชญากรรมสงครามจำนวน 5 ข้อหา และฐานความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจำนวน 2 ข้อหาด้วยกัน อันสืบเนื่องมาจากเดือนมีนาคม ค.ศ. 2003 รัฐบาลใหม่ของสาธารณรัฐแอฟริกากลาง (CAR) ไม่มีความสามารถที่จับกุม Bemba ได้ จึงเสนอสถานการณ์นี้ไปยังอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ ต่อมาในวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 2007 อัยการ Luis Moreno-Ocampo ก็วินิจฉัยให้เปิดการสอบสวนความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศที่ Bemba ถูกกล่าวหาว่ากระทำลงในสาธารณรัฐแอฟริกากลาง (CAR) โดยในวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ.2008 องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) แห่งศาลอาญาระหว่างประเทศก็ได้เชื่อว่ามีมูลคดีที่สมเหตุสมผลว่า Bemba ได้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในดินแดนของ CAR ระหว่างวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ.2002 ถึงวันที่

<sup>84</sup> Code d'instruction criminelle. Retrieved April 3, 2010, from <http://www.droitbelge.be/codes.asp>

<sup>85</sup> Code pénal. Retrieved April 3, 2010, from <http://www.droitbelge.be/codes.asp>

15 มีนาคม ค.ศ.2003 ดังนี้ องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นจึงได้ออกหมายจับ Bemba และเมื่อ Bemba ถูกจับกุมในประเทศเบลเยียมแล้วก็ถูกส่งตัวไปยังศาลอาญาระหว่างประเทศ กรุงเฮก ในวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ.2008 หลังจากถูกจับกุมได้เพียง 15 วัน<sup>86</sup> กรณีดังกล่าวเป็นการจับกุมผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่กระทำนอกราชอาณาจักรเบลเยียมซึ่งผู้กระทำหรือผู้ได้รับความเสียหายมิใช่คนชาติเบลเยียมแต่อย่างใด อันเป็นการจับกุมตามหมายจับของศาลอาญาระหว่างประเทศ มิใช่เป็นการจับกุมโดยฝ่ายบริหารของเบลเยียม เพราะตามมาตรา 6 มาตรา 10 และมาตรา 12 ของส่วนลักษณะทั่วไป (Titre préliminaire) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศาลเบลเยียมไม่สามารถมีเขตอำนาจเหนือการกระทำลักษณะดังกล่าวที่เบลเยียมมิได้มีจุดเกาะเกี่ยวใด ๆ กับการกระทำความผิดนั้นได้อีกแล้ว

สำหรับประเทศฝรั่งเศส<sup>87</sup> ปัจจุบันยังไม่มีการบัญญัติให้ศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจสากลเหนือความผิดอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงครามได้<sup>88</sup> แม้ว่าจะเป็นภาคีสมาชิกมากกว่า 10 ปีแล้ว<sup>89</sup> อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ร่าง

---

<sup>86</sup> Wikipedia, the free encyclopedia, Jean-Pierre Bemba. Retrieved on February 9, 2010. From [http://en.wikipedia.org/wiki/Jean-Pierre\\_Bemba](http://en.wikipedia.org/wiki/Jean-Pierre_Bemba) และโปรดดู พรทิพย์ แสงมหาชัย, ศาลอาญาระหว่างประเทศระบุผู้นำฝ่ายค้านของสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกถูกจับ. สืบค้นเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2553. จาก [ฐานข้อมูลสำนักข่าวแห่งชาติ กรมประชาสัมพันธ์ วันที่ข่าว 25 พฤษภาคม 2551](http://www.thainews.prd.go.th/PrintNews.php?m_newsid=255105250082&tb=NEWS)

[http://thainews.prd.go.th/PrintNews.php?m\\_newsid=255105250082&tb=NEWS](http://thainews.prd.go.th/PrintNews.php?m_newsid=255105250082&tb=NEWS)

<sup>87</sup> ประเทศฝรั่งเศสเป็นภาคีสมาชิกธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 2000

<sup>88</sup> ปัจจุบันกฎหมายฝรั่งเศสลงโทษความผิดอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเฉพาะกรณีกระทำลงนอกราชอาณาจักรโดยผู้กระทำหรือผู้เสียหายเป็นคนชาติฝรั่งเศส (มาตรา 113-6 และ 113-7 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส) หรือกรณีกระทำลงในราชอาณาจักรฝรั่งเศสโดยไม่คำนึงว่าผู้กระทำและผู้เสียหายจะมีสัญชาติใด (มาตรา 113-2)

Code pénal. Retrieved March 16, 2010, from [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>89</sup> แต่หลังจากที่เป็นภาคีสมาชิกธรรมนูญกรุงโรมฯ ได้ไม่นาน ฝรั่งเศสก็มีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศในมาตรา 627 ถึงมาตรา 627-15 (De la coopération judiciaire) แห่งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 689-11 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศสที่เสนอโดยวุฒิสภาได้รับการพูดถึงเป็นอย่างมากเนื่องจากองค์กรพันธมิตรศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งฝรั่งเศส (the French Coalition for the International Criminal Court (CFCPI)) ไม่เห็นด้วยกับร่างกฎหมายของวุฒิสภาที่กำหนดให้ศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจสากลเหนือการกระทำผิดดังกล่าวของนอกราชอาณาจักรฝรั่งเศสโดยที่กับผู้กระทำหรือผู้เสียหายมิใช่คนชาติฝรั่งเศส ซึ่งจะลงโทษได้ต่อเมื่อผู้กระทำผิดอาศัยอยู่ในฝรั่งเศสเป็นประจำ (usually reside) ดังนั้น หากผู้กระทำผิดเพียงแต่ปรากฏตัว (present) ในฝรั่งเศสก็ไม่สามารถถูกดำเนินคดีได้ โดย CFCPI ให้เหตุผลสนับสนุนว่าหลักการเรื่องที่อยู่อาศัยของผู้กระทำผิดดังกล่าวขัดกับหลักเขตอำนาจสากลเหนืออาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศที่ฝรั่งเศสใช้อยู่ปัจจุบันในมาตรา 689-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสซึ่งใช้บังคับกับฐานความผิดที่กำหนดรายละเอียดการใช้อยู่ในมาตรา 689-2 ถึงมาตรา 689-10 เป็นกรณีรวมถึงการใช้บังคับกับความผิดฐานทรมานและก่อการร้ายด้วย กล่าวคือ หากมีการกระทำความผิดฐานทรมานนอกราชอาณาจักรโดยผู้กระทำและผู้เสียหายมิใช่คนชาติ ผู้กระทำผิดสามารถถูกจับกุมและดำเนินคดีได้หากเพียงแต่ปรากฏตัวในดินแดนฝรั่งเศส ในขณะที่ผู้กระทำผิดฐานที่ร้ายแรงกว่าเช่นกรณีอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งไม่ได้อยู่อาศัยถาวรในดินแดนฝรั่งเศสกลับสามารถปรากฏตัวและเดินทางได้อย่างมีเสรีภาพทั่วราชอาณาจักร และยังจะก่อให้เกิดปัญหาด้านการตีความคำว่า “การอยู่อาศัยโดยเป็นประจำ” (usual residence) ด้วยว่าจะต้องอาศัยในลักษณะอย่างไร อยู่กันทั้งครอบครัวหรือไม่ เพียงไร

นอกจากนี้ ร่างกฎหมายของวุฒิสภาฝรั่งเศสยังมีประเด็นปัญหาในเรื่องอื่น ๆ อีกเป็นต้นว่า การบัญญัติให้ความผิดดังกล่าวอยู่ภายใต้เงื่อนไข Double incrimination clause โดยศาลฝรั่งเศสจะลงโทษได้ก็ต่อเมื่อประเทศเจ้าของดินแดนบัญญัติฐานความผิดนั้นไว้ด้วยเช่นกัน, การมอบอำนาจให้อัยการผู้เดียวเป็นผู้ฟ้องคดีโดยไม่ขึ้นอยู่กับการยื่นคำฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญาของผู้เสียหายก็ถูกมองว่าเป็นการลดทอนสิทธิของผู้เสียหาย และร่างดังกล่าวยังมีการบัญญัติกฎหมายกลับหลักเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเสริมเขตอำนาจศาลภายใน (the rule of complementarity) อีกด้วย โดยร่างกฎหมายกำหนดให้ศาลฝรั่งเศสจะมีอำนาจพิจารณาคดีได้ก็ต่อเมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้เลื่อนการดำเนินคดีออกไปเสียก่อน ดังนั้น จึงมีกระแสต่อต้านร่างกฎหมายของวุฒิสภาเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องเขตอำนาจ

สากลที่ไม่คำนึงถึงการปรากฏตัวของบุคคลเพราะเกรงว่าอาจส่งเสริมให้ผู้กระทำผิดหลบหนีเข้ามา หรือใช้ฝรั่งเศสเป็นเส้นทางคมนาคมในการหลบหนีก็เป็นได้<sup>90</sup>

สำหรับประเทศฟิลิปปินส์<sup>91</sup> ได้ตราพระราชบัญญัติอาชญากรรมละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรือ "Philippine Act on Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide, and Other Crimes Against Humanity" (REPUBLIC ACT NO. 9851) เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2552 โดยมาตรา 17 (b)<sup>92</sup> บัญญัติให้ศาลฟิลิปปินส์สามารถใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่กระทำลงนอกราชอาณาจักรได้แม้ผู้กระทำและผู้เสียหายมิใช่คนชาติฟิลิปปินส์ หากผู้กระทำผิดได้ปรากฏตัวในดินแดนฟิลิปปินส์

---

<sup>90</sup> Coalition française pour la Cour pénale internationale, Those accused of international crimes must be tried in France at last, pp. 1-6. Retrieved March 13, 2010, from [http://www.cfcpi.fr/IMG/pdf\\_Those\\_accused\\_of\\_international\\_crimes\\_must\\_be\\_tried\\_in\\_France\\_at\\_last.pdf](http://www.cfcpi.fr/IMG/pdf_Those_accused_of_international_crimes_must_be_tried_in_France_at_last.pdf)

<sup>91</sup> ประเทศฟิลิปปินส์ยังมีได้เป็นรัฐภาคีสมาชิกธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเพราะยังมีได้ให้สัตยาบัน แต่ได้ลงนามรับรองไปแล้วเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2543 (ค.ศ. 2000) ภายหลังประเทศไทยซึ่งลงนามเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2543 (ค.ศ. 2000)

<sup>92</sup> Section 17, REPUBLIC ACT NO. 9851.

“Section 17. *Jurisdiction.*- The State shall exercise jurisdiction over persons, whether military or civilian, suspected or accused of a crime defined and penalized in this Act, regardless of where the crime is committed, provided, any one of the following conditions is met:

(b) The accused, regardless of citizenship or residence, is present in the Philippines; or...”

REPUBLIC ACT NO. 9851. Retrieved March 14, 2010, from [http://www.lawphil.net/statutes/repackts/ra2009/ra\\_9851\\_2009.html](http://www.lawphil.net/statutes/repackts/ra2009/ra_9851_2009.html)

ตัวอย่างการตรากฎหมายที่ใช้เขตอำนาจสากลเหนือความผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศของประเทศเบลเยียมในอดีตสามารถเป็นกรณีศึกษาอันแสดงให้เห็นถึงการให้เขตอำนาจสากลในบริบทที่กว้างมากเกินไปซึ่งไม่มีความเหมาะสมเพราะไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายมากเท่าใดนัก ประเทศไทยจึงควรปรับใช้เขตอำนาจสากลในประเภทความหมายอย่างแคบเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดี เนื่องจากไทยไม่อนุญาตให้มีการดำเนินคดีลับหลังจำเลย (*trial in absentia*) ได้ (มาตรา 172 ประมวลกฎหมายอาญา) และหมายจับของไทยมีผลบังคับใช้เฉพาะในราชอาณาจักรเท่านั้น (มาตรา 77 ประมวลกฎหมายอาญา) อีกทั้งอาจประสบปัญหาด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอีกด้วยเหมือนอย่างที่เคยประสบมาก่อนที่จะมีการแก้ไขให้เขตอำนาจแคบลง แต่หากกฎหมายไทยจะบัญญัติให้ศาลไทยไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีอาญาร้ายแรงหากกระทำลงนอกราชอาณาจักรไทยโดยผู้เสียหายและผู้กระทำผิดมิใช่คนชาติไทยเหมือนอย่างกฎหมายปัจจุบันของเบลเยียมก็อาจส่งผลให้ประเทศไทยกลายเป็นที่พักพิง (*safe havens*) ส่งเสริมให้ผู้กระทำผิดสัญชาติอื่นหลบหนีเข้ามาเพราะกฎหมายไทยไม่สามารถเอาผิดกับบุคคลเหล่านี้ได้ วิธีการใช้เขตอำนาจสากลที่สมดุที่สุดสำหรับประเทศไทยก็คือ การใช้บังคับต่อกรณีความผิดที่กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทยโดยผู้เสียหายและผู้กระทำผิดมิใช่คนสัญชาติไทย แต่จะควบคุมตัวและฟ้องร้องได้ต่อเมื่อผู้กระทำผิดเข้ามาปรากฏตัวในราชอาณาจักรไทยเช่นที่กฎหมายไทยได้ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้ตามมาตรา 7 ประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขของการใช้เขตอำนาจสากลเหนือผู้กระทำผิดก็ค่านึงเพียงแต่ผู้กระทำผิดได้ปรากฏตัวในดินแดนไทยเท่านั้น กรณีไม่จำเป็นจะต้องถึงขนาดรอให้บุคคลนั้นอยู่อาศัยเป็นหลักแหล่งในไทยเสียก่อนเหมือนดังร่างกฎหมายของวุฒิสภาฝรั่งเศส มิเช่นนั้นจะเป็นการเพิ่มเงื่อนไขในการจับกุมและควบคุมตัวผู้กระทำผิดซึ่งขัดกับหลักที่กฎหมายอาญาของไทยใช้อยู่ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า พระราชบัญญัติ REPUBLIC ACT NO. 9851 ของประเทศฟิลิปปินส์เป็นต้นแบบที่ดีสอดคล้องกับหลักการให้เขตอำนาจสากลของไทยมากที่สุดขณะนี้

### (ค) ความผิดที่ใช้หลักเขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction) ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย<sup>93</sup>

สำหรับการใช้กฎหมายอาญาในประเด็นเรื่องสถานที่ที่กฎหมายใช้บังคับนั้น ประมวลกฎหมายอาญาก็ได้บัญญัติตามหลักดินแดนไว้เป็นอันดับแรก เนื่องจากเมื่อพิจารณาตาม “หลักดินแดน” แล้ว รัฐโดยอ้อมมีอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐนั้น ดังนั้นหากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐใด ย่อมตกอยู่ภายใต้อำนาจกฎหมายของรัฐนั้น ๆ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า “ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักร ต้องรับโทษตามกฎหมาย...” อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาไทยก็ยังมีบทบัญญัติถึงข้อยกเว้นหลักดินแดนไว้ด้วย<sup>94</sup> ซึ่งรัฐไทยอาจลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรได้โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายแต่เฉพาะบางกรณีที่กระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของรัฐเท่านั้น<sup>95</sup> กล่าวคือ ความผิดใดที่แม้ได้กระทำนอกราชอาณาจักรและไม่ว่าจะโดยบุคคลสัญชาติใด หากเข้าข้อยกเว้นดังต่อไปนี้แล้ว ย่อมอยู่ในอำนาจศาลไทยที่จะพิจารณาพิพากษาได้ ซึ่งแบ่งได้เป็นข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับความผิดและข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับบุคคลผู้กระทำความผิด โดยประเด็นที่จะศึกษาถึงกรณีฐานความผิดอาญาอันร้ายแรง (serious crimes) นั้นจัดว่าอยู่ในประเภทข้อยกเว้นที่เรียกว่า “ข้อยกเว้นเกี่ยวกับความผิด” ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 7<sup>96</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญาดังนี้

---

<sup>93</sup> ไทยเรามองเขตอำนาจสากลเป็นเรื่องกฎหมายสารบัญญัติ บทบัญญัติว่าด้วยเรื่องดังกล่าวจึงปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส บรรพ 4 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีเฉพาะเรื่อง (ลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดที่กระทำลงนอกราชอาณาจักรฝรั่งเศส หมวด 1 เขตอำนาจศาล)

Code de procédure pénale, Livre IV: De quelques procédures particulières, Titre IX: Des infractions commises hors du territoire de la République, Chapitre Ier: De la compétence des juridictions françaises. Retrieved March 16, 2010, from [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>94</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50, น. 30-35.

<sup>95</sup> จิตติ ดิงศภทิพย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 54, น. 102-103.

<sup>96</sup> เมื่อปี พ.ศ.2540 และปี พ.ศ. 2546 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 โดยแทรกอนุมาตรา 2 ทวิ และอนุมาตรา 1/1 เข้าไป มีข้อสังเกตคือ ทั้ง 2 อนุมาตราที่แทรกเข้ามาใหม่นี้ไม่รวมอยู่ในมาตรา 10 ด้วย

“ผู้ใดกระทำความผิดดังระบุไว้ต่อไปนี้นอกราชอาณาจักร จะต้องได้รับโทษในราชอาณาจักร คือ

(1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 107 ถึงมาตรา 129

(1/1) ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 135/1 มาตรา 135/2 มาตรา 135/3 และมาตรา 135/4

(2) ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 ถึงมาตรา 249 มาตรา 245 มาตรา 256 มาตรา 257 และมาตรา 266(3) และ (4)

(2 ทวิ) ความผิดเกี่ยวกับเพศตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 282 และมาตรา 283

(3) ความผิดฐานชิงทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 339 และความผิดฐานปล้นทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 340 ซึ่งได้กระทำในทะเลหลวง”

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ให้เหตุผลว่ามาตรา 7(1) เป็นการขยายอำนาจศาลไทยโดยอาศัยหลักป้องกันตนเอง กล่าวคือ ลักษณะความผิดที่ระบุเป็นความผิดที่เกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร<sup>97</sup> ดังนั้น ไม่ว่าผู้กระทำจะเป็นใครหรือความผิดจะเกิดขึ้น ณ ที่ใด ย่อมกระทบกระเทือนความมั่นคงของราชอาณาจักร ศาลไทยจึงมีอำนาจพิจารณาความผิดและลงโทษตามกฎหมายไทย<sup>98</sup> ส่วนอนุมาตรา (2) มาจากหลักป้องกันทางเศรษฐกิจ กล่าวคือความผิดที่ระบุไว้เป็นความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลงเงินตรา แสตมป์ของรัฐบาลซึ่งใช้ในการไปรษณีย์ ภาษีอากร ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ตลอดจนปลอมเอกสารที่เป็นใบหุ้น ใบหุ้นกู้หรือ

---

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง, 2551), น. 64.

<sup>97</sup> ท่านศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ให้เหตุผลว่าเป็นการที่รัฐใช้อำนาจป้องกันตนเองต่อการกระทำอันกระทบกระเทือนต่อความคงอยู่แห่งชีวิตของรัฐ (sécurité, vie nationale)

จิตติ ติงศภัทย์, อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 54, น. 102-103.

<sup>98</sup> เช่น นาย A วางแผนโค่นล้มรัฐบาลไทยอยู่นอกประเทศไทยโดยการวางแผนดังกล่าว อาจไม่กระทบกระเทือนประเทศที่นาย A วางแผนอยู่เลย จึงอาจไม่มีการดำเนินคดีใด ๆ กับนาย A ในประเทศนั้น หรืออาจมีการลงโทษนาย A สถานเบาก็ได้ ดังนั้น ถ้านาย A เข้ามาเที่ยวในประเทศไทยแม้ไม่ได้กระทำความผิดอื่นใดในราชอาณาจักรเลย นาย A ก็อาจถูกจับและส่งฟ้องศาลให้พิจารณาได้ตามมาตรา 7(1) นี้ โดยอาศัยหลักป้องกันตนเอง

ตัวเงินอันเป็นปัจจัยในการดำเนินการทางเศรษฐกิจซึ่งอาจทำให้เศรษฐกิจการเงินของประเทศปั่นป่วนได้<sup>99</sup> ดังนั้น ไม่ว่าจะผู้กระทำจะมีสัญชาติใดและกระทำความผิดเกิดขึ้นที่ใดนอกราชอาณาจักรย่อมกระทบกระเทือนภาวะเศรษฐกิจของราชอาณาจักรได้ กฎหมายจึงขยายอำนาจให้ศาลพิจารณาลงโทษได้

ส่วนมาตรา 7 (1/1), 7 (2 ทวิ) และ 7 (3) มาจากหลักป้องกันสากล ความผิดที่ระบุไว้ในมาตราดังกล่าวเป็นความผิดร้ายแรงที่เป็นภัยอันตรายต่อส่วนรวม ไม่ว่าจะเป็ความผิดที่เกี่ยวกับเพศโดยล่อลวงเด็กเพื่อการกระทำอนาจารหรือการค้าประเวณีข้ามชาติตามมาตรา 7 (2 ทวิ) หรือความผิดเกี่ยวกับการชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ที่เกิดขึ้นในทะเลหลวงตามมาตรา 7 (3) ซึ่งไม่ได้อยู่ในอาณาเขตของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ จึงเป็นหน้าที่ของทุกประเทศที่จะต้องร่วมมือกันดูแลรักษาความปลอดภัย ดังนั้น ถ้าเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 282<sup>100</sup> และ 283<sup>101</sup> ไม่ว่าจะเกิด ณ ประเทศใด หรือความผิดฐานชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ที่เกิดขึ้นในทะเลหลวงแล้วศาลไทยมีอำนาจพิจารณาคดีได้โดยอาศัยหลักป้องกันสากล<sup>102</sup>

<sup>99</sup> ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ให้เหตุผลว่าเป็นการกระทำของรัฐที่ลงโทษต่อความผิดที่กระทบกระเทือนถึงความมั่นคงทางเศรษฐกิจของรัฐ (credit, vie économique)

จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 54*, น. 102-103.

<sup>100</sup> มาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายอาญา วรรคแรก ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาซึ่งบุคคลเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น, วรรคสอง ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาซึ่งบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น, วรรคสาม ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาเด็กหญิงเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น, วรรคสี่ ความผิดฐานรับตัวบุคคลซึ่งถูกจัดหาเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู บทที่ 118-121 ใน คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 60*.

<sup>101</sup> มาตรา 283 แห่งประมวลกฎหมายอาญา วรรคแรก ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาบุคคลเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นโดยบุคคลไม่ยินยอม, วรรคสอง ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นโดยบุคคลไม่ยินยอม, วรรคสาม ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาเด็กเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นโดยเด็กไม่ยินยอม, วรรคสี่ ความผิดฐานรับตัวบุคคลซึ่งถูกจัดหาเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นโดยบุคคลไม่ยินยอม รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู บทที่ 122-125 ใน คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 60*.

<sup>102</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 50*, น. 30-35.

ในขณะที่ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ ให้เหตุผลว่ามาตรา 7 (1), 7 (1/1) และ 7 (2) เป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศในด้านการเมืองและเศรษฐกิจ แม้การกระทำความผิดจะเกิดนอกราชอาณาจักรก็สมควรที่จะให้โทษผู้กระทำความผิดในราชอาณาจักรได้ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำ ส่วนกรณีตามมาตรา 7 (2 ทวิ) เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่ทุกประเทศสมควรร่วมมือกันในการลงโทษผู้กระทำความผิด และกรณีตามมาตรา 7 (3) ก็เช่นเดียวกัน การกระทำความผิดที่ระบุไว้เป็นการคุกคามต่อความปลอดภัยแห่งการสัญจรไปมาในทะเลหลวง เพราะเป็นการกระทำที่เข้าข่ายการเป็นโจรสลัดจึงควรลงโทษผู้กระทำในราชอาณาจักรได้ แม้ว่าผู้กระทำและผู้เสียหายจะเป็นคนต่างด้าวด้วยกันก็ตาม

103

อนึ่ง กรณีสังเกตได้ว่าความผิดเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นโจรสลัดตามมาตรา 7(3) แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยนี้ได้กำหนดเขตอำนาจของประเทศไทยเกี่ยวกับการกระทำความผิดในทำนองโจรสลัดไว้ โดยมาตรา 7 มิได้ใช้คำว่า “การกระทำความผิดฐานกระทำการอันเป็นโจรสลัด” เหมือนกับที่ใช้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982<sup>104</sup> แต่ใช้คำว่า “ความผิดฐานปล้นทรัพย์ตามมาตรา 340 และความผิดฐานชิงทรัพย์ตามมาตรา 339 ซึ่งได้กระทำในทะเลหลวง” อย่างไรก็ตาม ความผิดตามมาตรา 339 และ 340 ชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ในทะเลหลวงนั้นเป็นความผิดซึ่งเคยเรียกว่าโจรสลัดในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 302 เดิม<sup>105</sup>

จากที่ได้ศึกษาข้างต้นดูเหมือนว่าท่านรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ จะมองว่าในเรื่องเขตอำนาจสากลของรัฐในมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีเพียงมาตรา 7 (2 ทวิ) ความผิดเกี่ยวกับเพศ กับมาตรา 7 (3) ความผิดฐานชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ในทะเลหลวง เท่านั้นที่มีเหตุผลมาจากหลักป้องกันสากล ส่วนมาตรา 7 (1/1) เขตอำนาจสากลของความผิดเกี่ยวกับก่อการร้ายนั้นมีเหตุผลมาจากความมั่นคงของประเทศในด้านการเมือง หากแต่ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ กลับชี้ให้เห็นว่าทั้งมาตรา 7 (1/1), 7 (2 ทวิ) และ 7 (3) ล้วนมีสาเหตุมาจากหลักป้องกันสากลด้วยกันทั้งสิ้น เพราะมีลักษณะความผิดต่อมวลมนุษยชาติ

<sup>103</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 96, น. 64.

<sup>104</sup> จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 63, น. 292-295.

<sup>105</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 54, น. 102-103.

(*hostis humani generis*) กรณีย่อมต้องถือว่าการที่รัฐใดรัฐหนึ่งลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะนี้ย่อมเท่ากับเป็นการลงโทษแทนรัฐอื่นทุกรัฐ<sup>106</sup>

กรณีมาตรา 7 (2 ทวิ) มีความแน่นอนอนว่ามีพื้นฐานมาจากหลักป้องกันสากล เนื่องจากเมื่อตรวจสอบที่มาของการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ.2540 ที่ให้เพิ่มความมาตรา 7 (2 ทวิ) แล้วนั้น พบว่ามีการคำนึงถึงอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้าทาสผิวขาว ค.ศ.1910 หรือ International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic 1910 (ที่ประเทศไทยต้องถือปฏิบัติโดยการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก ค.ศ.1921 หรือ International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children 1921)<sup>107</sup> อันได้กำหนดให้การเป็นธุระจัดหา ล่อไป พาไปซึ่งหญิงหรือเด็กเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นเป็นความผิดอาญาระหว่างประเทศไม่ว่าการกระทำส่วนใดจะเกิดในประเทศใด กรณีจึงให้นำความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 282 และ 283 มารวมเข้าไว้เพื่อให้เข้าใจชัดเจนว่ากรณีนี้เป็นความผิดอาญา

<sup>106</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 37, น. 45

<sup>107</sup> ไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้าทาสผิวขาว ค.ศ.1910 (International Convention for Suppression of the White Slave Traffic 1910) โดยการภาคยานุวัติ และโดยที่ข้อ 8 ของอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดไว้ว่า การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ จะถือว่าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้าทาสผิวขาว ค.ศ.1904 (International Convention for Suppression of the White Slave Traffic 1904) ด้วยหากไม่มีการแจ้งเป็นอย่างอื่น ดังนั้น โดยการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ค.ศ.1910 ไทยจึงเป็นภาคีอนุสัญญา ค.ศ.1904 ด้วย อนึ่ง บทบัญญัติส่วนใหญ่ของอนุสัญญา ค.ศ. 1904 และ ค.ศ.1910 ถูกแทนที่โดยอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก ค.ศ.1921 (International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children 1921) แล้วซึ่งไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ค.ศ.1921 เมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม 2465 (ค.ศ.1922)

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, แผนแม่บทสิทธิมนุษยชน, 16 กุมภาพันธ์ 2549, สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2553, จากฐานข้อมูล สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ <http://www.nhrc.or.th/download.php>

ระหว่างประเทศอย่างหนึ่ง<sup>108</sup> เพื่อให้สอดคล้องกับข้อ 1 และ 2 แห่งอนุสัญญา ค.ศ.1910 ที่กำหนดให้ลงโทษผู้กระทำความผิดแม้จะกระทำนอกราชอาณาจักร<sup>109</sup> ตามหลักเขตอำนาจสากล นอกจากนี้ เมื่อเป็นความผิดอาญาระหว่างประเทศแล้วก็นับได้ว่าต้องมีลักษณะของการใช้เขตอำนาจสากลอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดอาญาระหว่างประเทศอยู่ในตัวของความผิดนั้นเองด้วย<sup>110</sup>

ส่วนกรณีมาตรา 7 (1/1) ประเด็นความผิดเกี่ยวกับก่อการร้ายนั้นถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2546 ซึ่งมีเหตุผลในการร่างคือ “ในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้คือ เนื่องจากในสถานการณ์ปัจจุบันปรากฏว่ามีภัยคุกคามจากการก่อการร้ายโดยมุ่งประสงค์ต่อชีวิตของประชาชนผู้บริสุทธิ์ หรือทำลาย

---

<sup>108</sup> บิสนิวส์, มติคณะรัฐมนตรี ร่างพระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ... และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ...., พุทธที่ 15 พฤศจิกายน 2538. สืบค้นเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2553, จากฐานข้อมูล <http://www.ryt9.com/s/cabt/207578>

<sup>109</sup> Article 1 “Whoever, in order to gratify the passions of another person, has procured, enticed, or led away, even with her consent, a woman or girl under age, for immoral purposes, shall be punished, notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries.”

Article 2 “Whoever, in order to gratify the passions of another person, has, by fraud, or by means of violence, threats, abuse of authority, or any other method of compulsion, procured, enticed, or led away a woman or girl over age, for immoral purposes, shall also be punished, notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries.”

International Convention for the Suppression of the "White Slave Traffic" May 4, 1910. Retrieved February 26, 2010, from <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/whiteslavetraffic1910.html>

<sup>110</sup> Antonio Cassese, *supra note* 69, pp. 23-24, ดูรายละเอียดใน หัวข้อ 3.1.4 เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศในด้านสาระหรือเนื้อหา Subject-matter (*ratione materiae*) jurisdiction

ทรัพย์สินให้เกิดความเสียหาย เพื่อสร้างความปั่นป่วนโดยให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน และทำให้เกิดความวุ่นวายในประเทศ หรือเพื่อบังคับขู่เข็ญให้รัฐบาลไทย รัฐบาลของรัฐใด หรือองค์การระหว่างประเทศ จำยอมต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำตามที่มีการเรียกร้องของผู้ก่อการร้าย ซึ่งการกระทำเช่นนั้นได้เกิดขึ้นในประเทศใดเพียงและมีแนวโน้มว่าจะเกิดขึ้นภายในประเทศอื่นจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างร้ายแรง นอกจากนี้ การกระทำดังกล่าวยังเป็นการกระทำในลักษณะการร่วมมือกระทำความคิดระหว่างประเทศ ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ 1373 เมื่อวันที่ 28 กันยายน ค.ศ.2001 ขอให้ทุกประเทศร่วมมือดำเนินการป้องกันและปราบปรามการกระทำใดที่เป็นการก่อการร้าย รวมถึงการสนับสนุนทางทรัพย์สินหรือกรณีอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์จะนำไปใช้ ดำเนินการก่อการร้ายหรือเป็นสมาชิกขององค์กรก่อการร้าย โดยเหตุที่การก่อการร้ายเป็นการกระทำที่เป็นภัยร้ายแรงต้องแก้ไขปัญหาให้ยุติลงอย่างรวดเร็วจึงเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศและความปลอดภัย สาธารณะ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้”<sup>111</sup>

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงฯ ที่ 1373 มีสาระสำคัญในข้อ 2<sup>112</sup> ว่า

<sup>111</sup> ดูรายละเอียดใน หมายเหตุท้ายพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2546

พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2546. สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2553, จากฐานข้อมูล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา <http://web.krisdika.go.th/data/law/law4/%bb06/%bb06-20-2546-a0003.pdf>

<sup>112</sup> “2. *Decides also that all States shall:*

(c) Deny **safe haven** to those who finance, plan, support, or commit terrorist acts, or provide **safe havens**;

(d) Prevent those who finance, plan, facilitate or commit terrorist acts from **using their respective territories** for those purposes against other States or their citizens;

(e) Ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice and ensure that, in addition to any other measures against them, **such terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts;**

“2. มีมติให้ทุกประเทศ...

(c) ปฏิเสธที่จะให้ที่พักพิงแก่ผู้ที่ให้เงินสนับสนุนหรือวางแผนหรือปฏิบัติการก่อการร้ายหรือให้ที่พักพิงแก่ผู้ก่อการร้าย

(d) ป้องกันมิให้ผู้ให้เงินอุดหนุน, ผู้วางแผน, ผู้อำนวยความสะดวกหรือผู้ก่อการร้ายมีโอกาสใช้อำนาชของประเทศตนในการปฏิบัติการก่อการร้ายต่อประเทศอื่น ๆ หรือพลเมืองของประเทศนั้น ๆ

(e) รับรองว่าผู้มีส่วนในการให้เงินอุดหนุนหรือมีส่วนในการวางแผนหรือมีส่วนในการเตรียมการหรือมีส่วนในการปฏิบัติการก่อการร้ายหรือในการสนับสนุนการก่อการร้าย ต้องถูกนำตัวมาดำเนินการตามกฎหมาย และรับรองว่ากฎหมายและกฎข้อบังคับภายในประเทศต้องระบุให้การก่อการร้ายถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาร้ายแรงและต้องกำหนดบทลงโทษตามความร้ายแรงของการกระทำนั้น ๆ

(f) ให้ความช่วยเหลือแก่กันและกันอย่างเต็มที่ในเรื่องการสืบสวนสอบสวนหรือการดำเนินคดีที่เกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนหรือการสนับสนุนการก่อการร้าย รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือด้านหลักฐานที่จำเป็นต่อการดำเนินคดีที่ตนครอบครองอยู่”

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าข้อ 2 (e) แห่งข้อมติข้างต้นได้ระบุให้รัฐไทยบัญญัติความผิดฐานก่อการร้ายเป็นความผิดอาญาร้ายแรง (the serious criminal offences) ประกอบกับข้อ 2 (f) ที่กำหนดให้รัฐไทยต้องร่วมมือกับรัฐอื่น ๆ ที่จะช่วยกันปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว จึงเห็นได้ชัดว่ามีลักษณะที่เป็นการป้องกันสากลเพราะรัฐมีอำนาจที่จะกระทำในนามของผู้คุ้มครองปกป้องรักษา “แห่งสากล” (universal) ตามที่ Professor Cassese ได้กล่าวไว้ซึ่งก็ได้ยกตัวอย่างถึงอนุสัญญาว่าด้วยการก่อการร้ายไว้ด้วย ดังนี้ หากรัฐใดรัฐหนึ่งลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะนี้ย่อมเท่ากับเป็นการลงโทษแทนรัฐอื่นทุกรัฐ นอกจากนี้ ตามข้อมติดังกล่าวรัฐไทยยังจะต้องไม่ให้ที่พักพิงแก่ผู้กระทำความผิดและต้องดำเนินการป้องกันการกระทำความผิดในรัฐตนตามข้อ 2 (c) และ (d) ด้วย ทำให้ยิ่งตอกย้ำอีกว่ามีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติให้ความผิดดังกล่าวอยู่ภายใต้

---

(f) Afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal investigations or criminal proceedings relating to the financing or support of terrorist acts, including assistance in obtaining evidence in their possession necessary for the proceedings;”

The Security Council, Resolution 1373 (2001). Retrieved February 27 2010, from <http://www.un.org/News/Press/docs/2001/sc7158.doc.htm>

เขตอำนาจสากล (Universal jurisdiction) เพื่อสกัดกั้นไม่ให้คนสัญชาติอื่นที่กระทำความผิดในประเทศอื่นเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทยโดยประสงค์จะใช้ดินแดนไทยเป็นที่พักพิง (a safe haven) หรือหลบซ่อนตัว และเขตอำนาจสากลยังเป็นประโยชน์ในการอุดช่องว่างสำหรับการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถใช้หลักดินแดนหรือหลักสัญชาติบุคคลเอาผิดกับผู้กระทำผิดได้

เมื่อได้พิจารณาสำรวจกฎหมายภายในแล้วได้พบความจำเป็นว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายของไทยให้มีฐานความผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศทั้งอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติและอาชญากรรมสงครามเพื่อที่ศาลไทยจะได้มีเขตอำนาจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้อย่างเต็มที่ เพราะปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่มีฐานความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงเหล่านี้ หากเกิดคดีขึ้นจะต้องปรับใช้กฎหมายภายในเพื่อให้สามารถดำเนินคดีดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากกฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด จะตีความให้เกิดผลเสียแก่จำเลยไม่ได้ ดังนี้ หากความผิดอาญาร้ายแรงที่อยู่ภายในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทย หรือกรณีความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไทยที่คนไทยเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้เสียหาย<sup>113</sup> หรืออาจเป็นกรณีความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไทยที่ไม่มีคนไทยเกี่ยวข้องเลย ศาลไทยซึ่งมีเขตอำนาจศาลที่จะพิจารณาพิพากษาผู้กระทำความผิดก็ควรจะพิจารณาโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการฆ่าคนตายโดยเจตนาไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 (4) หรือทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 298 เป็นต้น ซึ่งการดำเนินคดีดังกล่าวเป็นการดำเนินคดีอาญาสามัญ (Common Crimes) ทั้ง ๆ ที่เป็นการกระทำความผิดอันมีลักษณะฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติที่กระทำโดยการฆ่าผู้อื่น ทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ส่งผลให้การดำเนินคดีอาญาสามัญกับผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงนั้นไม่ใช่การดำเนินคดีตามเจตนารมณ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court) กรณีจึงอาจเป็นช่องว่างที่จะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศนำคดีเดียวกันนี้ไปพิจารณาได้อีกครั้งหนึ่ง เนื่องจากประเทศไทยไม่สามารถ

<sup>113</sup> กรณีดำเนินคดีได้เพียงฐานความผิดฆ่าคนตายหรือทำร้ายร่างกายโดยเจตนาทั่วไปตามกฎหมายภายในของไทย ประกอบกับมาตรา 8 (ก) (ข) (4) (5) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 29*, บทที่ 4.

คัดค้านการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้<sup>114</sup> เพราะศาลอาญาระหว่างประเทศอาจโต้แย้งได้ว่าการดำเนินคดีอาญาที่มีลักษณะเป็นกฎหมายสามัญนั้นรัฐไทยไม่มีความสามารถในการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีได้อย่างแท้จริง (ข้อ 17 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ)

ยิ่งไปกว่านั้น หากการกระทำความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรและไม่มีผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายเป็นคนไทยและผู้กระทำความผิดเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทย กรณีเช่นนี้ศาลไทยไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาผู้กระทำความผิด เพราะศาลไทยไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าวเพราะยังไม่มีกระบวนการบัญญัติบรรดาความผิดอาญาร้ายแรงไว้ว่าเป็นความผิดสากล (International Crimes) ที่ศาลไทยจะมีเขตอำนาจลงโทษสากล (Universal jurisdiction) ซึ่งหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น อาจก่อให้เกิดปัญหาที่ว่าประเทศไทยอาจเป็นที่หลบภัย (safe haven) ของผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศได้ ตัวอย่างเช่น หากผู้กระทำความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้กระทำความผิดในประเทศหนึ่งในทวีปแอฟริกาได้หลบหนีเข้ามาพำนักอยู่ในประเทศไทย ในขณะที่ศาลไทยไม่มีเขตอำนาจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดดังกล่าว หากจะส่งตัวผู้กระทำความผิดดังกล่าวให้ศาลอื่นดำเนินคดีก็อาจมีปัญหาระหว่างความผิดที่ร้องขอไม่เป็นความผิดในกฎหมายไทย (Double criminality) ซึ่งอาจทำให้ประเทศไทยเป็นที่หลบซ่อนตัวของผู้กระทำความผิดร้ายแรงเหล่านี้ กรณีดังกล่าวหากเทียบกับความผิดฐานก่อการร้ายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาไทยมาตรา 135/1 อันมีลักษณะของการกระทำความผิดที่เทียบเท่าหรือรุนแรงน้อยกว่าความผิดร้ายแรงทั้งสี่ฐาน กฎหมายไทยยังกำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดสากลในมาตรา 7 ของประมวลกฎหมายอาญาไทย ทำให้ศาลไทยมีเขตอำนาจสามารถดำเนินคดีกับผู้ก่อการร้ายในทวีปแอฟริกาได้ แต่ไม่อาจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงเช่นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในทวีปแอฟริกาได้<sup>115</sup> เพราะแม้ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจะร่างมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม แต่การที่ศาลจะนำหลักกฎหมายจารีตเช่นว่านั้นมาใช้แก่กรณีคดีได้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของรัฐนั้น ๆ ว่ามีกลไกในการยอมรับและใช้บังคับจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในของรัฐอย่างไร ซึ่งในกรณีประเทศไทยนั้นไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญระบุให้นำจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศได้ซึ่งย่อมก่อให้เกิดปัญหา

<sup>114</sup> รินทริชยา เขียวริตติกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 171-172.

<sup>115</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, บทที่ 4.

ให้แก่ฝ่ายตุลาการของไทย เพราะประเทศไทยผูกพันตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศหลายประการอันเนื่องมาจากการยอมรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นโดยการไม่ได้แย้ง (acquiescence) แต่ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายภายในของไทยที่รองรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นนั้น ดังนั้น หากมีพันธกรณีที่มีการอ้างจารีตประเพณีระหว่างประเทศในประเทศไทย ศาลไทยจึงไม่อาจนำจารีตประเพณีนั้นมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีได้ เนื่องด้วยไม่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและไม่ปรากฏว่ามี การรับรองจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวไว้ในกฎหมายอื่นของไทย<sup>116</sup>

ดังนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ควรจจะร่างกฎหมายกำหนดฐานความผิดอาญาร้ายแรงทั้ง 4 ฐาน<sup>117</sup> ได้แก่ อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมอันเป็นการรุกรานขึ้น แม้ประเทศไทยจะอยู่ในฐานะรัฐลงนามซึ่งมิได้มีพันธกรณีที่จะต้องอนุวัติการตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็ตาม แต่ไทยก็มีหน้าที่ต้องช่วยประชาคมโลกป้องกันการกระทำ ความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) เพื่อลดโอกาสมิให้อาชญากรหลบหนีเข้ามาพักพิงในประเทศไทย และหากในท้ายที่สุดแล้วประเทศไทยต้องพิจารณาคดีกับผู้กระทำความผิด ก็สามารถมีข้อกล่าวอ้างต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้ว่าประเทศไทยมีความสามารถในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในฐานความผิดอาญาร้ายแรงได้ซึ่งไม่ทำให้เจตนารมณ์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ต้องสูญเสียไป วิธีการออกกฎหมายดังกล่าวอาจทำได้ 2 วิธีการ คือ

วิธีการแรก ดำเนินการเพิ่มฐานความผิดทั้ง 4 ฐานลงในประมวลกฎหมายอาญา วิธีการนี้อาจจะต้องดำเนินการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ... โดยทำการเพิ่มเติมฐานความผิดทั้งหมดลงในมาตรา 289/1 ถึงมาตรา 289/4 ให้สอดคล้องกับ

<sup>116</sup> จุมพต สายสุนทร, “การยอมรับและการบังคับใช้สนธิสัญญาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐ,” 31 วารสารนิติศาสตร์ 4, น.895-896 (ธันวาคม 2544), รินทร์ริยา เขียวริติกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 105.

<sup>117</sup> กรณีอาชญากรรมรุกรานควรขอให้มีการกำหนดคำนิยามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเสียก่อน ตามข้อ 121 และ 123 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ธรรมนูญกรุงโรมฯ มาตรา 5 ถึงมาตรา 8 และ “องค์ประกอบความผิด” (Elements of crimes)<sup>118</sup> วิธีการดังกล่าวสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Code Pénal)<sup>119</sup> ที่บัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในมาตรา 211-1 (Du génocide) และฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในมาตรา 212-1 ถึงมาตรา 212-3 (Des autres crimes contre l'humanité) และประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียม (Code Pénal)<sup>120</sup> ที่บัญญัติฐานอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในมาตรา 136 ทวิ (le crime de génocide), ฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในมาตรา 136 ตริ (le crime contre l'humanité) และฐานอาชญากรรมสงครามในมาตรา 136 จัตวาถึงมาตรา 136 เบญจ

วิธีการที่สอง ดำเนินการกำหนด 4 ฐานความผิดในรูปแบบพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศและจัดตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาร้ายแรง พ.ศ. ....<sup>121</sup> เพื่อกำหนดฐานความผิดและเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับความผิดอาญาร้ายแรงทั้ง 4 ฐาน วิธีการนี้สอดคล้องกับประเทศฟิลิปปินส์ที่ตราพระราชบัญญัติอาชญากรรมละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หรือที่เรียกว่า "Philippine Act on Crimes Against International Humanitarian

---

<sup>118</sup> Elements of crimes บัญญัติขึ้นโดยเสียงข้างมากสองในสามของสมาชิกสมัชชาวิสามัญธรรมนูญกรุงโรมฯ โดยมีลักษณะเป็นการบรรยายถึงองค์ประกอบของอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีจุดประสงค์เพื่อจะช่วยเหลือศาลฯ ในการตีความและการใช้บังคับเกี่ยวกับความผิดที่บัญญัติอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 6 (การทำลายล้างเผ่าพันธุ์), ข้อ 7 (อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ) และข้อ 8 (อาชญากรรมสงคราม)

โปรดดูรายละเอียดในข้อ 9 วรรค 1 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

<sup>119</sup> Code pénal. Retrieved March 16, 2010, from [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>120</sup> Code pénal. Retrieved April 3, 2010, from <http://www.droitbelge.be/codes.asp>

<sup>121</sup> ประเด็นการจัดตั้งศาลปรอดดูในหัวข้อ 4.3.7 ปัญหารูปแบบของศาลยุติธรรมไทยที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาร้ายแรง

Law, Genocide, and Other Crimes Against Humanity" (REPUBLIC ACT NO. 9851)<sup>122</sup> ซึ่งได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2552 ทั้ง ๆ ที่ฟิลิปปินส์ไม่ได้อยู่ในฐานะรัฐภาคีสมาชิกโดยเป็นเพียงแค่รัฐลงนามเท่านั้น ซึ่งประเทศไทยควรกระตือรือร้นที่จะกำหนดฐานความผิดด้วยเช่นกัน การตรากฎหมายโดยวิธีการที่สองมีความสะดวกและคล่องตัวมากกว่าในการแก้ไขโดยไม่จำเป็นจะต้องตราองค์ประกอบความผิดให้มีประเด็นรายละเอียดมากมายให้ตรงกับข้อ 6, ข้อ 7 และข้อ 8 ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเสียทีเดียว เพราะทั้งประเทศฝรั่งเศส เบลเยียมและฟิลิปปินส์ต่างก็เขียนองค์ประกอบความผิดกันอย่างกระชับ ไทยเราได้ออกกฎหมายลักษณะที่ตราฐานความผิดใหม่ ๆ ในรูปพระราชบัญญัติอยู่หลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ที่กำหนดฐานความผิดว่าด้วยการค้ามนุษย์ไว้ในหมวด 1 บททั่วไป และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไว้ในหมวด 1 นอกจากนี้ในพระราชบัญญัตินี้ยังต้องบัญญัติให้ความผิดอาญาร้ายแรงอยู่ภายใต้เขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction) กล่าวคือ หากกระทำความผิดอาญาร้ายแรงนอกราชอาณาจักรไทยก็ต้องรับผิดในราชอาณาจักรเหมือนดังที่ประมวลกฎหมายอาญามีการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับก่อการร้ายตามมาตรา 7 (1/1) ความผิดเกี่ยวกับเพศโดยล่อลวงเด็กเพื่อก่อการกระทำอนาจารหรือการค้าประเวณีข้ามชาติตามมาตรา 7 (2 ทวิ) ความผิดเกี่ยวกับการชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ที่เกิดขึ้นในทะเลหลวงตามมาตรา 7 (3) ให้อยู่ภายใต้หลักเขตอำนาจสากลที่มีเหตุผลหลักมาจากความต้องการเป็นเหตุสืบต่อความผิดที่เป็นอันตรายต่อมวลมนุษยชาติ (*hostis humani generis*) และทำการลงโทษแทนรัฐอื่นทุกรัฐเพื่อทำหน้าที่ผู้ปกป้องรักษาผลประโยชน์ในนามของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด (on behalf of the whole international community) ซึ่งได้กล่าวมาแล้วพร้อมเหตุผลสนับสนุนข้างต้น หากไม่กำหนดฐานความผิดอาญาร้ายแรงในกฎหมายไทยแล้ว ศาลไทยก็คงไม่สามารถนำความผิดดังกล่าวมาบังคับใช้กับคดีได้เพราะแม้ฐานความผิดอาญาร้ายแรงภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมฯ จะมีที่มาในการร่างมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) ไม่เปิดช่องให้นำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้แก่กรณีคดีได้ ทั้งนี้ ถ้ามีการบัญญัติให้ความผิดอาญาร้ายแรงเป็นความผิดสากลแล้วในพระราชบัญญัติจะต้องกล่าวถึงด้วยว่า "ให้นำ

<sup>122</sup> REPUBLIC ACT NO. 9851. Retrieved March 14, 2010, from

มาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม” วิธีการตราพระราชบัญญัติโดยระบุให้ผู้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร จะต้องรับโทษในราชอาณาจักรและให้นำมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลมนี้ได้ปรากฏให้เห็นเป็นตัวอย่างในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 แล้ว<sup>123</sup> เพราะหากความผิดอาญาร้ายแรง 4 ลักษณะเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไทยและศาลต่างประเทศ (รวมทั้งศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย) ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกฟ้องหรือลงโทษจนจำเลยได้รับโทษครบถ้วนแล้ว ก็ควรห้ามมิให้ศาลไทยลงโทษการกระทำนั้นอีกเพื่อให้สอดคล้องกับหลัก *ne bis in idem* ที่ได้รับการรับรองโดยข้อ 20 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนั่นเอง<sup>124</sup> มิเช่นนั้น

กล่าวโดยสรุป แม้การลงนามธรรมนูญกรุงโรมฯ ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายให้ประเทศไทยต้องอนุวัติการให้เป็นไปตามธรรมนูญกรุงโรมฯ แต่ด้วยความจำเป็นของการอยู่ร่วมกันในประชาคมระหว่างประเทศ ประเทศไทยต้องช่วยเหลือเป็นหูเป็นตาแก่ประชาคมโลกในการปราบปรามและป้องกันการใช้ประเทศไทยเป็นแหล่งพักพิงสำหรับผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศที่อยู่ในระดับกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ประเทศไทยจึงต้องคำนึงถึงประโยชน์ของประชาคมโลกเป็นสำคัญ กรณีจะเห็นได้ชัดเจนขึ้นไปอีกหากมีการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงเกิดขึ้นจริงในเขตอำนาจของศาลไทยโดยที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายสารบัญญัติภายในรองรับการดำเนินคดีอาญาร้ายแรง ไทยจะต้องเผชิญกับผลกระทบโดยตรง เพราะกรณีของไทยต้องใช้กฎหมายอาญาสามัญที่มีอยู่มาบังคับใช้โดยหลีกเลี่ยงมิได้ อาจเกิดปัญหาว่าเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์พื้นฐานแห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ ตามที่ไทยมีพันธกรณีที่ต้องละเว้นไม่กระทำการใดที่จะทำลายวัตถุประสงค์ของธรรมนูญฯ ตามข้อ 18 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ส่วนผลกระทบทางอ้อมนั้น รัฐไทยอาจตกที่นั่งลำบากได้เมื่อศาลไทยพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงตามกฎหมายอาญาสามัญซึ่งอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่ต้องตีความอย่างเคร่งครัดแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจเห็นว่าการดำเนินคดีของไทยนั้นเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพหรือ

<sup>123</sup> มาตรา 11 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551

“ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 6 นอกราชอาณาจักร ผู้นั้นจะต้องรับโทษในราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ โดยให้นำมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม”

<sup>124</sup> ประสิดิทธิ เอกบุตร และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 29, บทที่ 4.

ปกป้องผู้กระทำผิดได้ ดังที่จะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 4.3 อย่างไรก็ตาม การบัญญัติความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ 4 ฐานให้มีเขตอำนาจสากลนั้นก็ต้องเลือกใช้ประเภทความหมายอย่างแคบเพื่อสอดคล้องกับที่ไทยใช้อยู่ในขณะนี้ไม่ว่าจะตามมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายอาญาหรือตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 ซึ่งปรากฏอยู่แล้วว่าใช้เขตอำนาจสากลประเภทที่อยู่ในความหมายอย่างแคบหรือเขตอำนาจสากลอย่างมีเงื่อนไข (conditional universal jurisdiction) เพราะไทยมิควรใช้เขตอำนาจสากลโดยไม่จำกัดขอบเขต<sup>125</sup> เนื่องจากมีตัวอย่างความล้มเหลวที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนจากการที่เบลเยียมเคยใช้เขตอำนาจสากลในความหมายอย่างกว้างหรือที่เรียกว่าเขตอำนาจสากลแบบเด็ดขาด (absolute universal jurisdiction) มาแล้วในช่วงก่อนปี ค.ศ.2003 ทั้งนี้ เมื่อมีการบัญญัติความผิดอาญาร้ายแรงไว้ในส่วนของสารบัญญัติแล้ว ก็ควรที่จะมีการบัญญัติวิธีสบัญญัติในการดำเนินคดีสำหรับอาชญากรรมเหล่านี้เป็นการเฉพาะเพื่อจะได้มีกระบวนการดำเนินคดีไว้เป็นพิเศษ เนื่องจากธรรมนูญศาลฯ ก็ได้กำหนดทั้งส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาในวิธีสบัญญัติของการพิจารณาคดีความผิดอาญาร้ายแรงเป็นสำคัญ จึงขอกล่าวเน้นในเรื่องวิธีสบัญญัติในหัวข้อต่อไป

#### 4.3 การขาดกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาร้ายแรงในกฎหมายไทย

ตามที่ได้ศึกษาและมีสมมติฐานมาในเบื้องต้นแล้วว่าควรบัญญัติความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ 4 ฐานความผิด อันได้แก่ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมรุกรานให้มีผลบังคับใช้ในกฎหมายอาญาสารบัญญัติของไทย กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาในเรื่องวิธีสบัญญัติเพื่อกำหนดกระบวนการพิจารณาคดีขึ้นมารองรับว่าควรจะดำเนินคดีเหล่านี้อย่างไร เพราะความผิดอาญาร้ายแรงล้วนมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกับความผิดอาญาสามัญทั่วไปตามที่กล่าวไปแล้วในบทก่อน ๆ ทั้งนี้ เพื่อให้มีมาตรฐานสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมากที่สุดซึ่งมีเรื่องเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเหตุผลสำคัญต่อการพิจารณาเรื่องวิธีสบัญญัติ ดังนี้

<sup>125</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 54, น. 102-103.

#### 4.3.1 หลักการเรื่องเขตอำนาจเสริมศาลภายในของรัฐ (Principle of Complementarity) กับ ศาลยุติธรรมไทย

หลักการเรื่องเขตอำนาจเสริมศาลภายในของรัฐ (the principle of complementarity) ได้ปรากฏอยู่ในอารัมภบทของธรรมนูญว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ในย่อหน้าที่ 10<sup>126</sup> และในข้อ 1<sup>127</sup> แห่งธรรมนูญ ซึ่งหลักการนี้มีความสำคัญกับเรื่องการรับคดีเข้าสู่ศาลฯ (Issues of admissibility) ในข้อ 17 แห่งธรรมนูญ ด้วย

ในประเด็นเรื่องหลักการเรื่องเขตอำนาจเสริมศาลภายในของรัฐ (the principle of complementarity) ที่กำหนดว่าศาลฯ จะ**ไม่รับคดี**เข้าสู่การพิจารณาของศาล ตามข้อ 17 มี 2 กรณีดังต่อไปนี้

กรณีที่ 1 คดีที่อยู่ในระหว่างการสืบสวน หรือพิจารณาคดีโดยรัฐซึ่งมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีดังกล่าวตามข้อ 17 วรรค 1 (a)

กรณีที่ 2 คดีที่มีการสืบสวนสอบสวนคดีแล้วโดยรัฐซึ่งมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีดังกล่าว และรัฐตัดสินใจไม่ฟ้องคดีกับบุคคลผู้ถูกกล่าวหา ตามธรรมนูญ ข้อ 17 วรรค 1 (b)

ดังนั้น การแก้ไขปัญหาการขัดกันระหว่างเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ และศาลภายในของรัฐดังกล่าวเป็นไปตามหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ

---

<sup>126</sup> กองแปล กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น. 1.

“อารัมภบท รัฐภาคีแห่งธรรมนูญศาลฯ นี้...

**ย้ำ** ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ธรรมนูญศาลฯนี้ ต้องเสริมเขตอำนาจในทางอาญาของรัฐ”

<sup>127</sup> *เพ็ญอ้าง*, น. 2

“ข้อ 1 ศาลฯ

ศาลอาญาระหว่างประเทศ (“ศาลฯ”) ได้รับการจัดตั้งขึ้น โดยธรรมนูญศาลฯ นี้ ศาลฯ ต้องเป็นสถาบันถาวร และต้องมีอำนาจที่จะใช้เขตอำนาจศาลของตนเหนือบุคคลในกรณีอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุด ซึ่งมีผลให้นานาประเทศมีความห่วงใยตามนัยของธรรมนูญศาลฯ นี้ และต้องเสริมเขตอำนาจในทางอาญาของรัฐ เขตอำนาจและหน้าที่ของศาลฯ ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของธรรมนูญศาลฯ นี้ “

(Complementarity) ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งศาลฯ ว่า จัดตั้งขึ้นเพื่อเสริมระบบยุติธรรมทางอาญาของรัฐ มิใช่จัดตั้งขึ้นเพื่อมาทดแทนหรือลบล้างเขตอำนาจศาลทางอาญาของรัฐ<sup>128</sup>

อย่างไรก็ดี หากคดีนั้นกำลังอยู่ในระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีโดยรัฐซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคดีนั้นตามข้อ 17 (1) (a) หรือคดีนั้นได้รับการสืบสวนสอบสวนโดยรัฐซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคดีและรัฐได้ตัดสินใจที่จะไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลที่เกี่ยวข้องตามข้อ 17(1) (b) แล้ว แต่ได้เข้ากรณีข้อยกเว้นในสองประเด็น ดังนี้

(ก) ข้อยกเว้นในกรณีที่รัฐไม่สมัครใจทำการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องคดีได้อย่างแท้จริง หรือคดีนั้นได้รับการสืบสวนสอบสวนโดยรัฐซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคดีและรัฐได้ตัดสินใจที่จะไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยที่การตัดสินใจนั้นเป็นผลมาจากความไม่สมัครใจ (unwillingness)

กล่าวคือ เป็นกรณีที่ให้ศาลฯ พิจารณาโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลฯ ต้องพิจารณาว่ามีประเด็นใดดังต่อไปนี้ประเด็นเดียวหรือมากกว่าเท่าที่ใช้บังคับอยู่หรือไม่ (ตามข้อ 17 วรรค 2) ได้แก่

1) กระบวนการพิจารณาที่ได้ดำเนินการหรือกำลังดำเนินการ หรือได้มีคำตัดสินของรัฐอื่นทำไปเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะปกป้องบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับจากความรับผิดชอบทางอาญา

2) มีความล่าช้าที่ไม่สมเหตุสมผลในกระบวนการพิจารณาซึ่งตามสภาวะการณ์ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่จะนำบุคคลที่เกี่ยวข้องมาสู่ความยุติธรรม

3) กระบวนการพิจารณาไม่ได้ดำเนินการ หรือมิได้กำลังดำเนินการอย่างเป็นทางการหรือดำเนินไปอย่างไม่เป็นกลาง ซึ่งกระบวนการนั้นกำลังหรือได้ดำเนินการในลักษณะซึ่งตามสภาวะการณ์แล้วไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่จะนำบุคคลที่เกี่ยวข้องไปสู่ความยุติธรรม

หลักการปกป้องบุคคลในข้อ (ก) 1) นี้ อาจสร้างความยากลำบากแก่ศาลฯ ในการที่จะประเมินเจตนาของเจ้าหน้าที่รัฐนั้น ๆ (ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายตุลาการ บริหาร และนิติบัญญัติ) ส่วนหลัก

<sup>128</sup> กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 220-221.

เรื่องความล่าช้าและความไม่อิสระในข้อ (ก) 2) และ 3) จะเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและตัวองค์กรที่อำนวยความสะดวก ไม่ได้คำนึงถึงว่าผลของการสอบสวนหรือผลของคดีจะเป็นเช่นไร<sup>129</sup>

(ข) ข้อยกเว้นในกรณีที่รัฐไม่สามารถที่จะทำการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีได้อย่างแท้จริง หรือคดีนั้นได้รับการสืบสวนสอบสวนโดยรัฐซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคดีแต่รัฐได้ตัดสินใจที่จะไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยที่การตัดสินใจนั้นเป็นผลมาจากความสามารถของรัฐอย่างแท้จริง (inability)

กล่าวคือ เป็นกรณีที่ให้ศาลฯ พิจารณาว่ารัฐไม่สามารถที่จะได้มาซึ่งผู้ต้องหาหรือพยานหลักฐานที่จำเป็นหรือความสามารถอื่น ๆ อันทำให้ไม่สามารถที่จะดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาคดีได้อย่างมีความยุติธรรมแห่งรัฐด้วยสาเหตุจากความล้มเหลวโดยสิ้นเชิงหรือในสาระสำคัญ หรือการปราศจากกระบวนการ ตามข้อ 17 วรรค 3 ในการประเมินเรื่องความไม่สามารถนี้จะง่ายกว่าประเด็นเรื่องความไม่สมัครใจ เพราะสามารถพิจารณาจากพฤติการณ์ต่าง ๆ ได้โดยไม่ต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยความสามารถเหล่านี้อาจได้แก่ การขาดบทบัญญัติที่จำเป็นในการดำเนินกระบวนการฟ้องร้องคดีอาญาร้ายแรงของรัฐ แต่หากข้อเท็จจริงเป็นว่ามีความสามารถที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องสงสัยได้ภายใต้ความผิดอาญาสามัญ แต่กลับละเลยที่จะดำเนินการ ก็อาจเป็นปัญหาเรื่องความไม่สมัครใจ (unwilling) ด้วยความประสงค์ที่จะปกป้องบุคคลนั้น ๆ มากกว่าที่จะเป็นเรื่องไม่มีความสามารถ (inability)<sup>130</sup>

ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีข้อกำหนดตามข้อ 17 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ เกี่ยวกับการรับฟ้องคดีซึ่งได้ให้ความสำคัญกับกระบวนการยุติธรรมของศาลภายในของรัฐเป็นสำคัญโดยได้กำหนดไว้ว่าศาลฯ เองจะพิจารณาไม่รับคดีเข้าสู่ศาลสำหรับ (a) คดีที่อยู่ระหว่างการสืบสวนหรือฟ้องคดีโดยรัฐซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น หรือ (b) คดีที่ได้รับการสืบสวนสอบสวนโดยรัฐซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคดี แต่รัฐได้ตัดสินใจที่จะไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลที่เกี่ยวข้อง ทั้งข้อ (a) และ (b) นี้เป็นการให้ความสำคัญกับหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ (complementarity) เพื่อตอบสนองต่อ

<sup>129</sup> คณะผู้พิพากษาทุนสำนักงานศาลยุติธรรม ประจำปี 2551, คำอธิบายกฎหมายอาชญากรรมระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2551), น. 15.

<sup>130</sup> เพิ่งอ้าง, น. 15.

ความมีอำนาจอธิปไตยสูงสุดแห่งรัฐ<sup>131</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถรับคดีไว้พิจารณาได้ หากรัฐมิได้มุ่งประสงค์สมัครใจที่จะดำเนินคดีกับบุคคลผู้ถูกกล่าวหาอย่างแท้จริงหรือไม่สามารถดำเนินคดีตามข้อยกเว้น (ก) และ (ข) ที่กล่าวถึงในข้างต้น

จะเห็นได้ว่า ภาระชั้นต้นในการดำเนินคดีกับผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดในอาชญากรรมร้ายแรงจะยังคงอยู่กับระบบกฎหมายภายในซึ่งใช้เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมที่กระทำภายในดินแดนของรัฐ หรือเป็นการกระทำผิดในดินแดนของรัฐอื่นไม่ว่ากระทำโดยคนชาติหรือต่อคนชาติหรือต่อผลประโยชน์แห่งรัฐ ยิ่งไปกว่านั้น แม้กรณีที่อาชญากรรมนั้น ๆ ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐ รัฐนั้นอาจใช้เขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction) โดยพิจารณาเพียงลักษณะของอาชญากรรมร้ายแรงนั้น ๆ อันมีผลกระทบต่อผลประโยชน์พื้นฐานของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ซึ่งจะช่วยอุดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายที่เข้าข้างผู้ก่อให้เกิดอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยอาจจะใช้เขตอำนาจศาลสากลเพื่อดำเนินคดี ชัดขวางและลงโทษการกระทำที่โหดร้ายที่ยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมร้ายแรงภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยใช้เขตอำนาจอย่างเหมาะสมสอดคล้องกับมาตรฐานที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศ ซึ่งวิธีการที่ถูกต้องตามกฎหมาย การสนับสนุนการใช้เขตอำนาจศาลโดยศาลภายในดังว่เป็นวิธีการหนึ่งที่จะช่วยอุดช่องว่างของการบังคับใช้กฎหมายที่เข้าข้างผู้ก่อให้เกิดอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้<sup>132</sup>

อย่างไรก็ดี ปัญหาที่สำคัญก็คือ เกณฑ์ในการพิจารณาว่ารัฐมิได้มุ่งประสงค์จะดำเนินคดีกับบุคคลผู้ถูกกล่าวหาอย่างแท้จริง หรือรัฐไม่สามารถดำเนินคดีได้นั้น ยังไม่มีความชัดเจนและไม่มีทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปว่า ศาลฯ จะใช้เหตุผลและการตีความในลักษณะใดที่ถือว่ารรัฐมิได้มุ่งประสงค์ หรือไม่สามารถดำเนินคดี ทั้งนี้ ธรรมนูญฯ ได้เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลยพินิจได้ตามความเหมาะสมเพื่อมิให้มีการนำหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐไปใช้ในทางที่ไม่ควร หรือใช้เพื่อปกป้องคนชาติ หรือปกป้องผู้กระทำความผิดให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา<sup>133</sup> ดังนั้น กฎหมายไทยจำเป็นต้องร่างวิธีสบัญญัติให้

<sup>131</sup> วันวิภา สุขสวัสดิ์, “บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงและความสัมพันธ์กับศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น. 235.

<sup>132</sup> เพิ่งอ้าง, น. 233-235.

<sup>133</sup> เพิ่งอ้าง, น. 220-221.

สอดคล้องตามที่ธรรมนูญศาลฯ กำหนด เพื่อที่จะได้กล่าวอ้างกับศาลฯ ว่าวิธีสบัญญัติที่บังคับใช้สำหรับการพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงในกฎหมายไทยนั้นมีมาตรฐานสากลเทียบเท่ากับธรรมนูญศาลฯ ฉะนั้น โอกาสที่ศาลฯ จะกล่าวอ้างว่ารัฐไทยไม่เต็มใจหรือไม่มีความสามารถในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดก็จะลดน้อยลง เพราะรัฐไทยได้แสดงให้เห็นข้อต่อผู้ที่มีหน้าที่ว่ากระบวนการพิจารณาของไทยมีหลักประกันสิทธิให้แก่บุคคลสอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมฯ

#### 4.3.2 ปัญหาข้อยกเว้นที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถพิจารณาลงโทษซ้ำในการกระทำความผิดเดียวกัน (*Ne bis in idem*)

ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่รับพิจารณาคดีที่บุคคลที่เกี่ยวข้องได้ถูกพิจารณาคดีแล้วสำหรับการกระทำซึ่งเป็นมูลคำฟ้อง โดยที่ศาลฯ ไม่สามารถดำเนินการพิจารณาคดีได้อันเนื่องมาจากหลักการไม่พิจารณาลงโทษซ้ำในการกระทำความผิดเดียวกัน (*Ne bis in idem*) ตามข้อ 20 ธรรมนูญกรุงโรมฯ

หลักการไม่รับพิจารณาคดีในประเด็นนี้ปรากฏอยู่ในข้อ 17 วรรค 1 (c) ด้วยซึ่งกำหนดข้อบังคับเรื่องเขตอำนาจศาลฯ ไว้ว่าศาลฯ ต้องวินิจฉัยว่าไม่สามารถรับคดีไว้พิจารณาได้หากบุคคลที่เกี่ยวข้องถูกดำเนินคดีแล้วโดยศาลภายในสำหรับการกระทำผิดเดียวกันกับที่มีการฟ้องคดีต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ กรณีสอดคล้องตามหลัก *Ne bis in idem* ซึ่งศาลฯ จำเป็นจะต้องพิจารณาอำนาจในการรับคดีว่าอยู่ในเขตอำนาจศาลฯ หรือไม่ก่อนที่จะมีการรับฟ้อง

อนึ่ง ข้อ 20 วรรค 3 มีใจความที่เป็นข้อยกเว้นหลัก *Ne bis in idem* อยู่ว่าบุคคลซึ่งถูกดำเนินคดีแล้วโดยศาลอื่นสำหรับการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรืออาชญากรรมสงคราม จะไม่ถูกดำเนินคดีโดยศาลฯ ในการกระทำเดียวกันนั้นอีก เว้นแต่ (a) การดำเนินคดีนั้นเป็นไปเพื่อปกป้องบุคคลให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลฯ หรือ (b) การดำเนินคดีมิได้เป็นไปอย่างอิสระหรือยุติธรรม ตามกระบวนการที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และเป็นไปโดยขัดกับเจตนารมณ์ที่จะนำตัวบุคคลผู้กระทำความผิดมาสู่กระบวนการยุติธรรม กรณีเห็นได้ว่ามีข้อยกเว้นคล้ายคลึงกับข้อยกเว้นเรื่องเขตอำนาจเสริมเขตอำนาจของศาลภายในตามข้อ 17 ว่าด้วยประเด็นการรับคดีไว้พิจารณา แน่นนอนว่าไทยจำเป็นต้องมีทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติเพื่อพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ เพราะแม้ศาลไทยจะได้พิจารณาและมีคำพิพากษาคดีร้ายแรงไปแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจยกข้อกล่าวอ้างว่าไทยปกป้องจำเลยหรือดำเนินคดี

อย่างไม่ยุติธรรมอันเนื่องมาจากการใช้กฎหมายอาญาสามัญทั่วไปที่มีได้มีกระบวนการพิจารณาที่ได้มาตรฐานเทียบเท่าหรือสมเจตนาธรรมเนียมของธรรมนูญกรุงโรมฯ กรณีก็เข้าข้อยกเว้นที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเหตุผลสนับสนุนได้เปรียบไทยหากต้องการนำคดีไปพิจารณาคดีอีกครั้งโดยไม่ขัดกับหลัก *Ne bis in idem*

#### 4.3.3 ปัญหาเรื่องอายุความในคดีอาญาร้ายแรง

ปัญหาเรื่องอายุความการฟ้องคดีอาญาเป็นปัญหาหนึ่งที่อาจมองว่าเป็นประเด็นเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย<sup>134</sup> ด้วยข้อ 29 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดให้คดีความผิดอาญาร้ายแรงทั้ง 4 ฐานความผิดไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับเรื่องอายุความ ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยกำหนดอายุความสูงสุดสำหรับการฟ้องร้องคดีไม่ว่าโดยพนักงานอัยการหรือผู้เสียหายไว้อยู่ที่ 20 ปี ตามความในมาตรา 95 กรณีจึงได้นำหลักการกำหนดให้ความผิดอาญาร้ายแรงไม่มีอายุความของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มาเป็นตัวอย่างเพื่อศึกษาเป็นแนวทาง ทั้ง ๆ ที่ระบบกฎหมายระบบนี้ให้ความสำคัญกับเรื่องอายุความเป็นอย่างมาก ส่วนกรณีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มักไม่มีการกำหนดอายุความไว้อยู่แล้ว อย่างไรก็ตามประเทศไทยก็ยังให้ความสนใจการยกเลิกอายุความอยู่บ้าง เห็นได้จากการร่างพระราชบัญญัติอยู่ 2 ฉบับที่ได้รับการเสนอในช่วงปี พ.ศ.2551 คือ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมและอายุความการฟ้องคดีบางประเภท) และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ที่มีแนวคิดให้มีการขยายอายุความและยกเลิกอายุความสำหรับความผิดเกี่ยวกับการทุจริตซึ่งเป็นกลุ่มความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา โดยความผิดในกลุ่มนี้ยังก่อให้เกิดความเสียหายน้อยกว่าความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศอยู่เป็นอันมาก ดังนั้นจึงได้ขอขอร่างพระราชบัญญัติฯ ทั้ง 2 ฉบับมาศึกษาเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมสำหรับกฎหมายไทยที่จำเป็นจะต้องกำหนดให้ความผิดอาญาร้ายแรงไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อายุความฟ้องร้องคดีตามเจตนารมณ์ของข้อ 29 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

<sup>134</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, บทที่ 4.

(ก) ประมวลกฎหมายอาญาของไทยกำหนดอายุความฟ้องร้องคดีไว้สูงสุดเพียง 20 ปี

อายุความฟ้องร้องเป็นเรื่องที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 วรรค 1 ได้กำหนดไว้ว่า “ในคดีอาญา ถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมาส่งศาลภายในกำหนด... เป็นอันขาดอายุความ” ซึ่งหมายความว่า จะต้องมีการฟ้องและมีตัวผู้กระทำความผิดมาส่งศาล (เว้นแต่กรณีที่ตัวผู้ต้องหาอยู่ในอำนาจของศาลอยู่ก่อนแล้วในขณะยื่นฟ้อง) ภายในกำหนดเวลาที่ตามมาตรา 95 ได้กำหนดไว้ และกฎหมายได้กำหนดอายุความไว้ตามความร้ายแรงของความผิด กล่าวคือ (1) ยี่สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุก 20 ปี (2) สิบห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่เกินยี่สิบปี (3) สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งปีถึงเจ็ดปี (4) ห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งเดือนถึงหนึ่งปี (5) หนึ่งปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนลงมาหรือต้องระวางโทษอย่างอื่น ดังนี้ อายุความจึงหมายถึง ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ใช้สิทธิเรียกร้องหรือฟ้องคดี ถ้าล่วงเลยกำหนดนั้นไปแล้ว ถือว่าคดีขาดอายุความ ซึ่งผลของการที่คดีขาดอายุความฟ้องร้องจะทำให้สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องระงับลงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 การฟ้องคดีจึงทำไม่ได้ ถ้ามีการฟ้องร้องขึ้นหรือคดีขาดอายุความเพราะจำเลยหลบหนีจนพ้นอายุความ แม้จำเลยจะไม่ได้ยกขึ้นอ้าง ศาลก็ต้องยกอายุความขึ้นพิจารณาเองเพราะเป็นข้อที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>135</sup>

เหตุผลในการนำบทบัญญัติเรื่องอายุความมาใช้ในคดีอาญานั้น มีสาเหตุทางวิชาการอยู่ 3 ประการ ได้แก่<sup>136</sup>

1) กฎแห่งการลืม โดยเห็นกันว่าหากเวลายิ่งล่วงเลยไปนานเท่าใด ความทรงจำของพยานบุคคลยิ่งเลือนหายไปเท่านั้น ความแม่นยำในเหตุการณ์ที่ผ่านไปก็ลดลง ความยากลำบากในการพิสูจน์ทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลยยิ่งเพิ่มขึ้น โอกาสผิดพลาดก็ยิ่งมากขึ้น นอกจากนี้ เมื่อเวลาล่วงเลยไปจนไม่มีใครสนใจจำเหตุการณ์ที่เป็นความผิดนั้นแล้ว ย่อมไม่มีประโยชน์อย่างใดที่จะรื้อฟื้นฟ้องร้องพิพากษาลงโทษกันอีก เป็นการก่อความวุ่นวายแก่ประชาชนขึ้นใหม่โดยใช้เหตุ

<sup>135</sup> ณัฐวสา ฉัตรไพฑูริย์ และไบรอัน เอ็ม เพียร์ซ, รายงานการวิจัย “อายุความสะดุดหยุดอยู่ในคดีอาญา,” (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานวิชาการ สำนักงานอัยการสูงสุด, 2550), น. 8, น. 72.

<sup>136</sup> เพิ่งอ้าง, น. 73.

2) การที่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องโทษหลบหนีอยู่จนพ้นเวลาที่กำหนดไว้ย่อมเป็นการทรมานผู้นั้นพอสมควร เป็นการลงโทษอยู่ทางหนึ่งแล้ว ไม่ควรลงโทษซ้ำอีก

3) การที่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องโทษหลบหนีอยู่ได้ด้วยความสะดวกจนพ้นกำหนดเวลานั้น ไม่ทำความผิดให้เป็นที่สนใจของประชาชนจนถูกจับอีก เป็นการแสดงว่าเขาได้ระมัดระวังประพฤติตนจนไม่ควรลงโทษอีกแล้ว อายุความและกำหนดเวลาล่วงเลยการลงโทษจึงเป็นเครื่องดลบันดาลให้ผู้นั้นต้องระมัดระวังไม่กระทำความผิดหรือการใด ๆ ที่จะทำให้ประชาชนสนใจในตัวของเขา เป็นนโยบายทางอาญาที่มีผลในทางป้องกันอีกทางหนึ่ง

เหตุผลสำคัญที่นำมากล่าวอ้างในการบังคับใช้อายุความนั้นได้เน้นถึงเรื่องพยานหลักฐาน โดยเฉพาะประจักษ์พยานซึ่งเป็นสิ่งสำคัญในการพิสูจน์ความผิดในคดีอาญา เพราะแต่เดิมนั้นการรับฟังพยานหลักฐานจำเป็นที่จะต้องฟังฟังความทรงจำของมนุษย์เป็นสำคัญ โดยธรรมชาติแล้วพยานบุคคลผู้รู้เห็นก็จะลืมเลือนเหตุการณ์ไปตามกาลเวลาส่งผลทำให้เกิดปัญหาเรื่องความน่าเชื่อถือในพยานหลักฐาน จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดประเด็นเรื่องอายุความเอาไว้ อีกทั้งเพื่อความเป็นธรรมและความแน่นอนในการดำเนินคดี<sup>137</sup> หากการกระทำความผิดใดที่มีความร้ายแรงน้อย กฎหมายไทยก็จะกำหนดอายุความไว้สั้น เนื่องจากการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงนั้นโดยมากมักจะเป็นความผิดต่อส่วนตัวที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ เพราะผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดที่แท้จริงคือ ตัวผู้เสียหายเอง และผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการดำเนินคดีก็คือ ตัวผู้เสียหายเองอีกเช่นกัน ดังนั้น การดำเนินคดีจึงไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ แต่สำหรับการกระทำความผิดที่ร้ายแรงมาก ผู้ได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดคือปัจเจกชนทุกคนในสังคม และการดำเนินคดีประเภทนี้ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ กฎหมายจึงได้กำหนดให้มีอายุความที่ยาวนานกว่า ดังนี้ การกำหนดอายุความอาญาของนั้นไทยจึงขึ้นอยู่กับเรื่องโทษเป็นหลัก ซึ่งการกำหนดโทษรุนแรงหรือเบาเพียงใดก็สัมพันธ์กับฐานความผิดเป็นสำคัญ<sup>138</sup>

การเริ่มนับอายุความตามมาตรา 95 นั้น ให้นับตั้งแต่วันกระทำความผิดซึ่งอาจเป็นวันแรกที่ลงมือกระทำไปตลอดจนถึงวันที่ก่อให้เกิดการกระทำความผิดครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือกรณีความผิดต่อเนื่อง อายุความจะนับตั้งแต่วันที่มีการกระทำความผิด แต่โดยที่

<sup>137</sup> วินัย หิมสุหรี, “การกำหนดอายุความอาญากับการดำเนินคดีอาญาบางประเภท,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 177.

<sup>138</sup> เฟิงอ๋าง, น. 45-47.

ความผิดเกิดขึ้นตลอดเวลาซึ่งยังไม่ได้ยุติการกระทำ จึงส่งผลให้การกระทำที่พ้นกำหนดเวลาไปแล้วนั้นขาดอายุความ ลงโทษไม่ได้ แต่การกระทำที่ต่อเนื่องมาซึ่งฟ้องได้ ไม่ขาดอายุความ<sup>139</sup>

### (ข) ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดให้คดีอาญาร้ายแรงไม่มีอายุความ

ข้อ 29 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดให้อาชญากรรมที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือทั้งหมด 4 ฐานความผิด ซึ่งได้แก่อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (The crime of genocide) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) อาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (The crime of aggression) ดังกล่าวนี้ ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอายุความ เรียกว่า ไม่มีการนำอายุความมาใช้บังคับ (Non-applicability of statute of limitations) นั้นเอง

เป็นที่ทราบกันดีมาตั้งแต่ทศวรรษที่ 60 แล้วว่าอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอายุความในการฟ้องคดี อย่างไรก็ตามปรากฏว่ากฎหมายภายในของหลายประเทศยังกำหนดให้อาชญากรรมสงครามตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งอายุความ ส่วนอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นกฎหมายภายในส่วนใหญ่กำหนดให้ไม่อยู่ภายใต้บังคับอายุความอยู่แล้ว<sup>140</sup> แต่ก็มีได้หมายความว่าในปัจจุบันจะมีการห้ามใช้อายุความกับอาชญากรรมระหว่างประเทศในทุก ๆ ฐานความผิด ซึ่งอันที่จริงแล้วมักห้ามอยู่เพียงไม่กี่ประเภทเท่านั้น เช่น อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การกระทำผิดฐานทรมาน เป็นต้น โดยมีเป้าหมายสำคัญอยู่ที่การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้แม้ว่าเวลาจะผ่านไปเนิ่นนานเท่าไรก็ตามที่ และไม่ใช่มุ่งหวังเพียงแค่การแก้แค้น แต่ต้องการที่จะยับยั้งโดยให้มีการ

<sup>139</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมและอายุความการฟ้องคดีบางประเภท),” น. 8. สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มีนาคม 2553, จากฐานข้อมูล ระบบข้อมูลสารสนเทศของรัฐสภา

[http://202.122.40.26/ewtadmin/ewt/parliament\\_parcy/download/parliament\\_law/D1\\_3.pdf](http://202.122.40.26/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/parliament_law/D1_3.pdf)

<sup>140</sup> William A. Schabas, “General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III),” 6/4 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 400 (1998), p. 419. Retrieved April 6, 2010, from HeinOnline

ลงโทษเป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่น เนื่องจากอาชญากรรมร้ายแรงเหล่านี้ส่งผลกระทบในวงกว้าง ไม่ใช่แค่รัฐเจ้าของดินแดนเท่านั้นที่จะได้รับความเสียหาย ประชาคมโลกทั้งมวลก็ได้รับผลกระทบด้วย

141

ในช่วงเวลาที่มีการร่างข้อ 29 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ อยู่ นั้น คณะทำงาน (the Working Group) ได้เขียนหมายเหตุในรายงานไว้ด้วยว่า "...หากกรณีไม่มีการเขียนบทบัญญัติห้ามการใช้อายุความสำหรับความผิดอาชญากรรมสงครามไว้แล้ว<sup>142</sup> ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่ากรณีความผิดดังกล่าวได้หมดอายุความลงตามกฎหมายภายใน ในขณะที่ศาลอาญาระหว่างประเทศยังสามารถดำเนินคดีกับความผิดนั้น ๆ ได้อยู่ อาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้หลักเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศที่เสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ (the principle of complementarity) ได้" กล่าวคือ อายุความของกฎหมายภายในอาจไปขัดขวางการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศได้<sup>143</sup> การเขียนตัวบทไว้เช่นนี้จึงสามารถป้องกันไม่ให้รัฐยกประเด็นการขาดอายุความฟ้องคดีอาชญากรรมสงครามตามกฎหมายภายในขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ได้

ทั้งนี้ ข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly), สนธิสัญญาของสหประชาชาติและของสหภาพยุโรป (the Council of Europe) บางฉบับก็ได้ระบุให้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงครามไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บทบังคับเรื่องอายุความ แต่นักวิชาการก็ยังไม่ยอมรับว่าหลักดังกล่าวเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะรัฐที่เข้าเป็นภาคีสัญญาเหล่านี้ยังมีจำนวนไม่มากนัก

ดังนั้น กรณีจึงปฏิเสธไม่ได้ว่าข้อ 29 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ เป็นประเด็นปัญหาโดยตรงระหว่างระบบกฎหมายภายในกับธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศ ด้วยธรรมนูญต้องการขัดขวางศาลภายในที่จะบังคับใช้อายุความอันจะก่อให้เกิดกรณีที่ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้ตามกฎหมายภายในเพราะขาดอายุความ ยิ่งไปกว่านั้น ข้อ 29 ยังเป็นบทบัญญัติที่ออกมาชัดเจนให้กับสนธิสัญญาหลายฉบับที่ไม่สามารถบังคับใช้ในเรื่องนี้ได้สำเร็จอีกด้วย<sup>144</sup>

<sup>141</sup> Antonio Cassese, *supra note* 69, pp. 318-319.

<sup>142</sup> ในขณะที่ร่างธรรมนูญกรุงโรมฯ นั้นไม่ปรากฏว่ามีข้อถกเถียงเรื่องการทำห้ามไม่ใช้บทบังคับอายุความกับความผิดฐานอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

<sup>143</sup> William A.Schabas, *supra note* 140, p. 419.

<sup>144</sup> William A.Schabas, *An Introduction to the ICC*, third edition, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 233-234.

### (ค) แนวทางการกำหนดอายุความคดีอาญาร้ายแรงในกฎหมายไทย

เรื่องอายุความในคดีอาญาร้ายแรงที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศจะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายอาญาของไทยโดยสืบเนื่องมาจากหลักที่ว่า อาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจะไม่ถูกจำกัดอยู่ภายใต้บทบังคับเรื่องอายุความ (ข้อ 29) จึงอาจเกิดปัญหาหากกรณีที่ความผิดนั้นหมดอายุความลงไปแล้ว ตามกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งกฎหมายอาญาของไทยมีการกำหนดอายุความสูงสุดในการนำคดีมาฟ้องไว้เพียงแค่ 20 ปี ตามความในมาตรา 95 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ผลกระทบโดยตรงต่อไทยก็คือ หากเกิดการกระทำความผิดขึ้นจริงในเขตอำนาจของศาลไทย การดำเนินคดีอาญาร้ายแรงภายใต้อายุความของไทยจะไม่สมกับเจตนารมณ์ของธรรมนูญฯ ส่วนผลกระทบทางอ้อมนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณีดังนี้

กรณีแรก หากศาลไทยได้มีการพิจารณาแล้วว่าคดีดังกล่าวหมดอายุความลงไปแล้ว ศาลจึงพิพากษายกฟ้อง เป็นเหตุให้สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กรณีนี้จะถือว่าได้มีการพิพากษาคดีไปแล้วโดยศาลภายในไม่ได้ เนื่องจากไม่สมกับเจตนารมณ์แห่งข้อ 29 ธรรมนูญกรุงโรมฯ ซึ่งระบุว่าอาชญากรรมร้ายแรงทั้ง 4 ประเภทต้องไม่อยู่ภายใต้บังคับของอายุความแม้จะเป็นอายุความของกฎหมายภายในก็ตาม ดังนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงสามารถพิจารณาคดีดังกล่าวได้อีกครั้งหนึ่งโดยไม่ขัดกับหลักการไม่พิจารณาลงโทษซ้ำในการกระทำความผิดเดียวกัน (*ne bis in idem*) แต่อาจมีอีกฝ่ายแย้งว่าศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีอำนาจพิจารณาคดีได้อีกตามข้อ 20 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ เพราะขัดกับหลักการ *ne bis in idem* เนื่องจากเป็นการพิพากษาในความผิดซึ่งได้ฟ้องไปแล้ว แต่ถึงอย่างไรศาลอาญาระหว่างประเทศก็อาจจะมีเหตุผลหักล้างได้อยู่ดี เช่น ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจหยิบยกข้อยกเว้นของข้อ 20 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ มาต่อสู้ว่าศาลไทย (ศาลภายใน) นั้นมุ่งประสงค์ปกป้องผู้กระทำความผิด หรือศาลไทย (ศาลภายใน) ไม่ได้ดำเนินการอย่างอิสระ เป็นกลางตามบรรทัดฐานของกระบวนการยุติธรรมที่ได้รับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะศาลไทยนำบทบัญญัติเรื่องอายุความมาบังคับใช้กับความผิดอาญาระหว่างประเทศที่ร้ายแรงในระดับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*)

กรณีที่สอง กรณีที่ยังไม่ได้มีการฟ้องร้องต่อศาลภายใน (ศาลไทย) เพื่อเอาผิดกับผู้ต้องหาเพราะผู้ต้องหาไม่ขอต่อสู้คดีของตนได้ขาดอายุความลงแล้วซึ่งอาจเกิดขึ้นตั้งแต่ในชั้นสืบสวนสอบสวนหรือชั้นทำคำสั่งฟ้องของอัยการ จึงทำให้ไม่มีการยื่นฟ้องและนำผู้กระทำความผิด

ไปปรากฏตัวต่อศาล กรณีนี้จะเป็นปัญหายิ่งกว่ากรณีแรกที่มีคำพิพากษาแล้วว่าคดีขาดอายุความ เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศอาจจะนำมาเป็นข้อกล่าวอ้างได้ว่าการที่รัฐไทยได้มีการสืบสวนสอบสวนคดีดังกล่าวแล้ว แต่กลับตัดสินใจไม่ฟ้องร้องโดยให้เหตุผลว่าคดีขาดอายุความนั้นมีสาเหตุมาจากความไม่สมัครใจหรือความสามารถของรัฐไทยอย่างแท้จริงที่จะฟ้องร้องดำเนินคดี (ข้อ 17วรรค 1 (b) ธรรมนูญกรุงโรมฯ) ซึ่งกรณีนี้ยังไม่มี การดำเนินกระบวนการพิจารณาไปถึงในชั้นพิจารณาคดีของศาลไทยเลย จึงอาจทำให้การกล่าวอ้างของศาลอาญาระหว่างประเทศดูมีน้ำหนักมากกว่า การที่ไทยนำบทบัญญัติเรื่องอายุความมาปรับใช้จะเป็นจุดอ่อนที่หาเหตุผลมาสนับสนุนได้ยาก เพราะการที่ไทยลงนามในธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็ต้องเท่ากับว่าทางไทยเองได้มีความเห็นชอบกับบทบัญญัติที่ยกเว้นไม่ให้นำอายุความไปบังคับใช้กับคดีอาญาร้ายแรง ซึ่งการกำหนดข้อยกเว้นไม่ให้นำอายุความเช่นนี้เป็นหนึ่งในช่องทางสำคัญที่จะนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษให้ได้

ดังนั้นเห็นได้ว่า แม้ศาลไทยจะพยายามพิพากษาอย่างยุติธรรมเพียงตรง หรือพนักงานอัยการ พนักงานสอบสวนจะได้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในประเด็นเรื่องอายุความอย่างดีที่สุดแล้ว ไทยยังต้องเผชิญกับปัญหาว่ากระบวนการฟ้องร้องคดีอาญาร้ายแรงของไทยเป็นกระบวนการที่ทำให้ล่าช้าถึงขั้นขัดแย้งของธรรมนูญกรุงโรมฯ หรือไม่ จากการนำบทบัญญัติเรื่องอายุความมาบังคับใช้ และอาจเกิดช่องว่างให้ศาลอาญาระหว่างประเทศยกข้อโต้แย้งว่าศาลอาญาระหว่างประเทศก็ยังคงมีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น ๆ ได้อยู่ดี สาเหตุหลักของปัญหาอยู่ที่อายุความคดีอาญาของไทยไม่เท่ากับอายุความคดีอาญาร้ายแรงของธรรมนูญกรุงโรมฯ

สำหรับประเทศเยอรมนี เรื่องอายุความในการฟ้องคดีได้มีมาตรา 78 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี (Strafgesetzbuch, StGB)<sup>145</sup> กำหนดไว้ว่า การฟ้องคดีจะต้องทำภายในกำหนดอายุความ เว้นแต่ในความผิดอาญาร้ายแรงบางประเภท เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Völkermord หรือ Genocide) ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 220a และการฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 211 ไม่ให้อยู่ในบังคับของเรื่องอายุความ ส่วนความผิดอื่น ๆ ก็ได้มีการกำหนดอายุความแตกต่างกันไปตามความร้ายแรงของการกระทำ

<sup>145</sup> Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB). Retrieved April 5, 2010, from <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>

ความผิด<sup>146</sup> สำหรับประเทศฝรั่งเศส มีประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 213-5<sup>147</sup> กำหนดให้ความผิดที่บัญญัติอยู่ในลักษณะ 1 ทั้งหมด ไม่ตกอยู่ภายใต้บทบังคับเรื่องอายุความ ซึ่งความผิดฐานอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติบัญญัติอยู่ในลักษณะ 1 ว่าด้วยความผิดต่อมนุษยชาติและความผิดต่อบุคคล (TITRE Ier : Des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine) จึงทำให้ความผิดอาญาร้ายแรงดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้อายุความ นอกจากนี้ ศาลฎีกาฝรั่งเศส (La Cour de Cassation) ยังได้เคยมีคำวินิจฉัยไว้ในคดี *Barbie case* (1984) ว่าการมีให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติตกอยู่ภายใต้บทบังคับอายุความนั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณี<sup>148</sup>

ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะใช้รูปแบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ทำให้กรณีเป็นเรื่องของรัฐที่เข้ามาดำเนินการเพื่อดูแลความสงบสุขของสังคม จึงได้มีการวางหลักเกณฑ์มิให้มีการยกเรื่องอายุความขึ้นมาต่อสู้กับรัฐ แม้ต่อมาจะได้มีการบังคับใช้อายุความกับความผิดอาญาบางประเภท แต่ก็ยังคงไม่มีการบังคับใช้อายุความฟ้องร้องคดีกับอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศแต่อย่างใด<sup>149</sup>

สำหรับประเทศไทย ดังที่ได้ทราบมาแล้วว่าทุกความผิดอาญาตามกฎหมายไทยล้วนแต่มีการกำหนดอายุความฟ้องร้องไว้ทั้งสิ้น แต่คงเป็นการไม่เหมาะสมถ้าไทยได้บัญญัติความผิดอาญาร้ายแรงทั้ง 4 ฐานแล้วจะให้ความผิดดังกล่าวตกอยู่ภายใต้อายุความด้วย กรณีจึงเห็นสมควรที่จะมีการกำหนดในกฎหมายอาญาสารบัญญัติให้ฐานความผิดอาญาร้ายแรงเหล่านี้ไม่อยู่ภายใต้บังคับของอายุความตามมาตรา 95 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย เพื่อให้มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ตลอดอายุขัยของผู้กระทำความผิดและเพื่อความชอบธรรมที่จะสามารถติดตามเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้โดยปราศจากการยกเว้นการลงโทษ (impunity) กรณีเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาคมโลกที่ร่วมกันผลักดันธรรมนูญโรมซ์ในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะแม้แต่ประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างเยอรมนี

<sup>146</sup> ญัฐวสา ฉัตรไพฑูรย์ และไบรอัน เอ็ม เพียร์ซ, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 135*, น. 26, คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 447.

<sup>147</sup> *Code pénal*. Retrieved March 16, 2010, from [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>148</sup> William A.Schabas, *supra note 144*, p. 233.

<sup>149</sup> Antonio Cassese, *supra note 69*, p. 317, ญัฐวสา ฉัตรไพฑูรย์ และไบรอัน เอ็ม เพียร์ซ, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 135*, น. 30.

และฝรั่งเศสซึ่งทราบโดยทั่วกันว่าได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมันที่กำหนดบทบัญญัติเรื่องอายุความไว้โดยตรงยังบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของตนว่ามีให้ความผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศต้องตกอยู่ภายใต้บังคับเรื่องอายุความ<sup>150</sup>

ในขณะนี้ รัฐสภาไทยกำลังพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยอายุความอยู่ 2 ฉบับ ได้แก่

1) ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมและอายุความการฟ้องคดีบางประเภท)<sup>151</sup> ได้รับการเสนอเมื่อเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2551 โดยคณะรัฐมนตรีซึ่งอยู่ในวาระขณะนั้น ร่างพระราชบัญญัตินี้ ฉบับดังกล่าวกำหนดให้อายุความฟ้องคดีมีระยะเวลา 30 ปีสำหรับการกระทำความผิดบางกรณี จากที่อายุความการฟ้องคดีของไทยปัจจุบันมีระยะเวลาสูงสุดอยู่ที่ 20 ปี (มาตรา 95 ประมวลกฎหมายอาญา) ซึ่งความผิดเหล่านี้เป็นการกระทำความผิดตามลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ได้แก่ มาตรา 147 ถึงมาตรา 162 และลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ได้แก่ มาตรา 201 และมาตรา 202 โดยร่างฯ บัญญัติว่า “หากมิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลภายในกำหนดเวลา 30 ปี นับแต่วันกระทำความผิด ให้คดีขาดอายุความ” โดยระบุเหตุผลที่เกี่ยวข้องไว้ว่า “... เพื่อให้การปราบปรามการกระทำความผิดบางประเภทมีประสิทธิภาพ สมควรกำหนดอายุความการฟ้องคดีบางประเภทเสียใหม่ ...จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” เนื่องจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ให้ความเห็นชอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption) ซึ่งข้อ 29 แห่งอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดว่า “บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยอายุความ ประเทศภาคีแต่ละประเทศ ในกรณีที่เหมาะสม พึง

<sup>150</sup> William A.Schabas, *supra note 144*, p. 233, ฌีวูสา ฉัตรไพฑูริย์ และไบรอัน เอ็ม เพียร์ซ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 135*, น. 26.

<sup>151</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... (แก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมและอายุความการฟ้องคดีบางประเภท), เลขรับ 13/2551, วันที่ 8 สิงหาคม 2551. สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มีนาคม 2553, จากฐานข้อมูล ระบบข้อมูล สารสนเทศของรัฐสภา

กำหนดบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยระยะเวลาของอายุความภายใต้กฎหมายภายในของประเทศนั้นในเรื่องเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีสำหรับความผิดประเภทที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้<sup>152</sup> ให้ยาวพอสมควร และพึงกำหนดให้มีระยะเวลาของอายุความยาวยิ่งขึ้น ...”

2) ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...<sup>153</sup> ได้รับการเสนอเมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2551 โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคณะหนึ่งในขณะนั้น ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับดังกล่าวกำหนดให้ยกเลิกอายุความการฟ้องคดีและอายุความการรับโทษในคดีการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดตำแหน่งหน้าที่ในการ

---

<sup>152</sup> ข้อ 16 สิบบนของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศและเจ้าหน้าที่ขององค์การภาครัฐระหว่างประเทศ

1. ประเทศภาคีแต่ละประเทศพึงจัดให้มีมาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นที่จำเป็นดังกล่าวเพื่อกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา สำหรับการกระทำโดยเจตนาโดยการให้คำมั่นสัญญา การเสนอหรือการให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การภาครัฐระหว่างประเทศ โดยตรงหรือโดยอ้อมซึ่งผลประโยชน์อันมิชอบสำหรับเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเองหรือบุคคลอื่นหรือหน่วยอื่นใด เพื่อให้กระทำการหรือไม่กระทำการใดในหน้าที่ตามทางการของเจ้าหน้าที่ตามทางการของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น เพื่อที่จะรับหรือได้ไปซึ่งผลประโยชน์ทางธุรกิจหรือผลประโยชน์อันมิชอบอื่น ๆ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศนั้น

2. ประเทศภาคีแต่ละประเทศพึงพิจารณาจัดให้มีมาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นที่จำเป็นดังกล่าว เพื่อกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาสำหรับการกระทำโดยเจตนาซึ่งการเรียกรับหรือการยอมรับของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การภาครัฐระหว่างประเทศ โดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งผลประโยชน์อันมิชอบ สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเองหรือบุคคลอื่นหรือหน่วยอื่นใด เพื่อกำหนดการกระทำหรือไม่กระทำการใดในหน้าที่ตามทางการของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ และคณะ, อนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อต่อต้านการทุจริต, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิพัฒนากระบวนการยุติธรรม, 2548), น. 134.

<sup>153</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...., เลขรับ 8/2551, วันที่ 12 มีนาคม 2551. สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มีนาคม 2553, จากฐานข้อมูล ระบบข้อมูลสารสนเทศของรัฐสภา

[http://202.122.40.26/ewtadmin/ewt/parliament\\_parcy/main.php?filename=law08](http://202.122.40.26/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/main.php?filename=law08)

ยุติธรรม เพื่อให้ผู้กระทำผิดไม่สามารถหลบหนีความผิดและโทษที่จะได้รับได้ รวมทั้งกำหนดระยะเวลาการฟ้องบุคคลเหล่านี้ให้มีกำหนดเวลาที่ชัดเจนขึ้น โดยกำหนดให้ฟ้องผู้กระทำความผิดลักษณะดังกล่าวต่อศาลภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้ตัวผู้กระทำความผิดนั้น เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลให้ขยายเวลา กำหนดระยะเวลาอย่างหลังนี้มีใช้อยู่แล้วแต่เป็นเพียงการกำหนดเวลาให้ฟ้องผู้กระทำความผิดโดยเร็วเท่านั้น เหตุผลในการร่างระบุไว้ว่า “โดยที่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุความในประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมีความไม่เหมาะสมหลายประการ ประกอบกับการกระทำทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองโดยอาศัยอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ราชการในระดับต่าง ๆ มีปริมาณเพิ่มขึ้นอย่างมากและยังขยายวงกว้างมากขึ้นทั้งในระดับประเทศและระดับท้องถิ่น บ่อยครั้งที่มีผู้ร่วมกระทำความผิดและผู้เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมากและยังมีรูปแบบการกระทำความผิดที่สลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นจนยากที่จะสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานที่จะใช้ฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลเหล่านั้นได้โดยง่าย แม้ปัจจุบันจะมีการเพิ่มหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวมากขึ้น แต่ก็ไม่เพียงพอกับปริมาณคดีและระยะเวลาการสืบสวนสอบสวนเพื่อให้ทันกำหนดอายุความตามกฎหมายที่จะต้องยื่นฟ้องบุคคลเหล่านั้นต่อศาล ทำให้การกระทำทุจริตหลายคดีไม่สามารถยื่นฟ้องต่อศาลได้ทันกำหนดเวลาของอายุความ อีกทั้งเมื่อผู้กระทำความผิดหลบหนีและยังไม่สามารถจับกุมตัวมาดำเนินคดีหรือฟ้องศาลหรือรับโทษได้ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์ในทางกฎหมายโดยไม่สมควร เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวกฎหมายและโทษที่จะได้รับ หากยังคงปล่อยให้ผู้กระทำความผิดได้ประโยชน์หลุดพ้นจากความผิดเพียงเพราะเหตุแห่งกำหนดเวลาหรืออายุความที่จะต้องถูกฟ้องหรือที่จะต้องรับโทษตามกฎหมายสิ้นสุดลงแล้ว ก็จะทำให้การกระทำความผิดและการกระทำทุจริตทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ทำให้เสียความยุติธรรมแก่สังคมโดยรวมและจะทำให้รัฐได้รับความเสียหาย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับแรกที่ได้กล่าวถึงไม่ได้มีการยกเลิกอายุความการฟ้องคดีกรณีเป็นแค่เพียงการขยายอายุความให้ยาวขึ้นจากที่แต่เดิมกลุ่มความผิดที่กำหนดในร่างฯ ดังกล่าวจะมีอายุความสูงสุดอยู่ที่ 20 ปี ตามมาตรา 95 ประมวลกฎหมายอาญา แต่คณะรัฐมนตรีเสนอให้ขยายเป็น 30 ปี ในขณะที่ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับที่ 2 เสนอให้ยกเลิกอายุความการฟ้องร้องคดีสำหรับความผิดกลุ่มเดียวกับร่างฯ ฉบับแรกไปเลย อย่างไรก็ตาม ร่างฯ ฉบับที่ 2 ยังระบุด้วยว่าหากได้ตัวผู้กระทำผิดมาแล้วต้องดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลภายในระยะเวลา 1 ปีนับแต่ได้ตัวบุคคลนั้นมา (เว้นแต่ ศาลอนุญาตให้ขยายระยะเวลาได้) ซึ่งกำหนดขึ้นมาเพื่อให้เกิดความ

รวดเร็วและต่อเนื่องในการนำส่งฟ้องคดี แนวคิดการยกเลิกอายุความคดีอาญาร้ายแรงคงสอดคล้องกับร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับที่ 2 มากที่สุด เพราะฉบับแรกเป็นเพียงการขยายอายุความ ดังนี้ หากมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศและจัดตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาร้ายแรง พ.ศ. ...<sup>154</sup> แล้ว ควรกำหนดให้คดีอาญาร้ายแรงทั้ง 4 สถานไม่ตกอยู่ภายใต้อายุความตามมาตรา 95 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งอาจมีการกำหนดระยะเวลาให้นำตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องศาลนับแต่ได้ตัวมาก็จะเป็นการดีเพื่อความรวดเร็วและพยานหลักฐานจะได้ไม่สูญหายไป เพราะแม้ความผิดเกี่ยวกับการทุจริตซึ่งเป็นกลุ่มความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมที่ล้วนมีผลกระทบน้อยกว่าความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในระดับ *jus cogens* เสียอีก แต่ก็ยังมีแนวคิดสนับสนุนให้ยกเลิกอายุความสำหรับคดีทุจริตอย่างจริงจัง และยังเห็นได้ชัดว่าพัฒนาการของความผิดอาญาร้ายแรงก็แตกต่างจากความผิดอาญาสามัญทั่ว ๆ ไปอยู่แล้ว จะกำหนดให้มีอายุความที่มีระยะเวลาเท่ากันได้อย่างไร<sup>155</sup> อีกทั้งปัจจุบันนี้ มีความก้าวหน้าในด้านเทคโนโลยีเข้ามาช่วย มีการนำนิติวิทยาศาสตร์ (Forensic Science) และพยานหลักฐานดีเอ็นเอเข้ามาช่วยในคดีความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ทำให้คลี่คลายคดีได้ค่อนข้างมากรวมทั้งการนำเรื่องการสืบพยานล่วงหน้านามาใช้แม้จะมีข้อจำกัดแต่ก็สามารถแก้ปัญหาเรื่องกฎแห่งการลืมได้<sup>156</sup> ยิ่งไปกว่านั้น ความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศอย่างการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมรุกรานและอาชญากรรมสงครามเหล่านี้ ผู้คนยังคงให้ความสนใจอยู่มากไม่ว่ากาลเวลาจะผ่านไปเนิ่นนานสักเพียงใด ยิ่งถ้าเป็นบุคคลที่ต้องเผชิญหรือเข้าเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์เหล่านี้ด้วยแล้ว ก็คงไม่มีการให้อภัยหรือหลงลืมไปได้ง่าย ๆ เพราะความรุนแรงของเหตุการณ์ได้ส่งผลกระทบในกว้าง ทั้งทางกายภาพและก่อให้เกิดความสะเทือนใจ กรณีเป็นการหักล้างแนวคิดเรื่องกฎแห่งการลืมได้ จึงคงไม่มีความจำเป็นหรือเหตุผลสนับสนุนเพียงพอที่จะใช้บทบัญญัติเรื่องอายุความกับฐานความผิดดังกล่าว นอกจากนี้ ผู้กระทำผิดมีโอกาสที่จะแฝงตนหรือหลบหนีไปใช้ชีวิตอย่างมีความสุขในต่างประเทศโดยที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยไม่สามารถดำเนินการอย่างใดได้ เป็นผล

<sup>154</sup> ประเด็นการจัดตั้งศาลโปรตุเกสในหัวข้อ 4.3.7 ปัญหารูปแบบของศาลยุติธรรมไทยที่มีอำนาจพิจารณาคดี

<sup>155</sup> ดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.2.1 (ก) พัฒนาการของความผิดอาญาร้ายแรงที่ไม่เหมือนความผิดอาญาสามัญ (Common crimes)

<sup>156</sup> วินัย ทิมสุหรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 137*, น. 94, น. 177-178.

ให้บทบัญญัติเรื่องอายุความที่เคยกำหนดไว้เหมือนจะสั้นลง และเหตุผลที่แสดงถึงความชอบธรรมในการนำบทบัญญัติเรื่องอายุความมาใช้มีความหนักแน่นน้อยลง<sup>157</sup> ดังนี้ หากกฎหมายไทยกำหนดให้ความผิดอาญาร้ายแรงอยู่ภายใต้อายุความแล้วแน่นอนว่าจะเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 29 ที่กำเนิดมาเป็นการเฉพาะเพื่อป้องกันรัฐกล่าวอ้างถึงการล่วงเลยอายุความตามกฎหมายภายใน ซึ่งบางประเทศมองว่าการยกเว้นไม่บังคับใช้อายุความกับคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศเหล่านี้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีเสียด้วยซ้ำไป

#### 4.3.4 ปัญหาอำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้นกำหนดให้อำนาจสอบสวนเป็นของพนักงานสอบสวน ส่วนพนักงานอัยการเป็นผู้สั่งคดีหลังจากมีการสอบสวนแล้ว ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากระบวนการพิจารณาความอาญาของไทยชั้นก่อนฟ้องมีทั้งในส่วนที่เป็นอำนาจของพนักงานสอบสวนและของอัยการ โดยหน้าที่หลักในการสอบสวนอยู่ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้เป็นพนักงานสอบสวนมิใช่อัยการเพราะการสอบสวนคดีกับการฟ้องร้องคดีได้แยกออกจากกัน ในขณะที่ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้บัญญัติอำนาจสอบสวนให้เป็นหน้าที่ของอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนี้ ปัญหากรณีอำนาจสอบสวนอยู่ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้เป็นพนักงานสอบสวนของไทยจึงเป็นปัญหาสำคัญสำหรับความผิดอาญาร้ายแรงเพราะอาจทำให้กระบวนการสอบสวนที่ไม่มีพนักงานอัยการเข้าร่วมตั้งแต่ชั้นเริ่มการสอบสวนนั้นไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ เช่น น้ำหนักพยานหลักฐานอาจอ่อนเกินไป จนอาจทำให้เกิดความล้มเหลวในการเอาผิดผู้กระทำอาชญากรรมร้ายแรงตั้งแต่กระบวนการชั้นก่อนฟ้องคดี ดังนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางให้พนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนกับพนักงานสอบสวนโดยให้อัยการเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในคดีอาญาร้ายแรงโดยใช้กฎหมายไทยที่มีอยู่เป็นพื้นฐานดังเช่น การให้อัยการเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 หรือ การให้อัยการเป็นผู้สอบสวนร่วมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 155/1 และพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 เป็นต้น และในการนี้ผู้เขียนจึงยกตัวอย่างกระบวนการสอบสวนคดีอาญาร้ายแรง (les crimes หรือ crime) ของประเทศฝรั่งเศส หนึ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ซึ่งได้รับการยอมรับว่ามีมาตรฐานในระดับที่เป็นต้นแบบสำหรับการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายกับประเทศอื่น ๆ มาเป็นแนวทางในการให้เหตุผลเพื่อ

<sup>157</sup> ญัฐวสา ฉัตรไพฑูรย์ และไบรอัน เอ็ม เพียร์ซ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 135, น. 73.

พิจารณาถึงความเหมาะสมที่จะให้พนักงานอัยการเข้ามาเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในคดีอาญาร้ายแรงอีกด้วย

### (ก) อำนาจสืบสวนสอบสวนคดีอาญาโดยทั่วไปของไทยอยู่ที่พนักงานสอบสวน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้แยกขั้นตอนการสืบสวนและสอบสวนออกจากกันโดยมาตรา 2 (10) บัญญัติว่า “การสืบสวน” หมายความว่า การแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด

การสืบสวนอาจเกิดขึ้นก่อนที่จะมีความผิดเกิดขึ้น และภายหลังจากที่ความผิดเกิดขึ้นแล้ว การสืบสวนก่อนความผิดเกิดกระทำขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยการป้องกันและระงับการกระทำความผิดที่สืบทราบได้ว่ากำลังจะกระทำ ส่วนการสืบสวนหลังความผิดเกิดกระทำขึ้นเพื่อทราบรายละเอียดของความผิดอันจะนำมาซึ่งข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานแห่งคดี จากนั้นจึงมีการรวบรวมพยานหลักฐานที่ได้โดยอำนาจพนักงานสอบสวน

มาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจสืบสวนคดีอาญาได้ ดังนั้น ผู้มีอำนาจสืบสวนคือ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจไม่ว่าจะเป็นชั้นผู้ใหญ่หรือไม่<sup>158</sup> ส่วนเขตอำนาจในการสืบสวนนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้กำหนดไว้ แต่ศาลฎีกาวางแนวไว้ว่า ตำรวจมีอำนาจสืบสวนทั่วราชอาณาจักร ส่วนพนักงานฝ่ายปกครองมีอำนาจเฉพาะในเขตที่ตนรับผิดชอบเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 140/2490 2490 ฎ.182) อย่างไรก็ดี กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการสืบสวนคดีอาญาไว้ ทั้งนี้เพราะเห็นว่าเป็นเรื่องที่ต้องกระทำโดยลับ และมีเทคนิคเฉพาะ จึงปล่อยให้เป็นที่ของหน่วยงานผู้รับผิดชอบเป็นผู้วางระเบียบปฏิบัติกันเองเป็นการภายในเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในทางปฏิบัติ<sup>159</sup>

ส่วน “การสอบสวน” มาตรา 2 (11) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้ระบุไว้ว่า การสอบสวน คือ การรวบรวมพยานหลักฐาน ซึ่งอาจเป็นพยานบุคคล พยานวัตถุ พยานเอกสาร กรณีพยานบุคคล พนักงานสอบสวนมีอำนาจออกหมายเรียกให้มาพบและถามปากคำไว้

<sup>158</sup> มาตรา 2 (16) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

<sup>159</sup> ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 10

(ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 วรรค 1) กรณีพยานเอกสารหรือพยาน วัตถุอาจจะต้องออกหมายค้นที่รื้อฐานโดยอาศัยเหตุออกหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 69 โดยพนักงานสอบสวนมีหน้าที่รวบรวมหลักฐานต่าง ๆ เพื่อพิสูจน์ “ความ บริสุทธิ์” ของผู้ต้องหาด้วย เป็นการให้สิทธิผู้ต้องหาได้รับการสอบสวนด้วย “ความเป็นธรรม” (มาตรา 131 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา)<sup>160</sup> โดยผู้ที่จะเป็นพนักงานสอบสวนได้นั้น ต้องเป็นข้าราชการตำรวจมียศตั้งแต่ชั้นร้อยตำรวจตรีขึ้นไปซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่พนักงาน สอบสวน<sup>161</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตำรวจที่มียศร้อยตำรวจตรีขึ้นไปจะเป็นพนักงานสอบสวนที่จะมี อำนาจสอบสวนคดีอาญาได้นั้น ต้องได้รับการแต่งตั้งเสียก่อนและต้องมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตาม เงื่อนไขเขตอำนาจพนักงานสอบสวนด้วย กล่าวคือ การสอบสวนต้องกระทำภายหลังจากความผิด เกิดขึ้นซึ่งอาจมีผู้มาร้องทุกข์หรือกล่าวโทษหรือพนักงานสอบสวนพบด้วยตนเองโดยมีวัตถุประสงค์ 3 ประการคือ เพื่อทราบข้อเท็จจริง เพื่อพิสูจน์ความผิด และเพื่อที่จะเอาตัวผู้กระทำผิดมาฟ้อง ลงโทษ<sup>162</sup> ส่วนอำนาจสืบสวนนั้นอาจเกิดขึ้นก่อนที่จะมีความผิดเกิดขึ้นหรือภายหลังจากที่ ความผิดเกิดขึ้นแล้วก็เป็นได้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีแนวคิดที่จะยกให้การสอบสวนมี ความสำคัญเทียบเคียงเท่ากับการไต่สวนมูลฟ้องหรือแทนที่การไต่สวนมูลฟ้องและให้ความสำคัญ แก่การสอบสวน โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการสอบสวนคดีอาญามาโดยชอบด้วยกฎหมายเสียก่อน พนักงานอัยการจึงจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลได้ (มาตรา 120 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา) อำนาจหน้าที่ของอัยการในการสอบสวนคดีอาญาที่มีมาตั้งแต่อดีตจึงถูกจำกัดลง

<sup>160</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการ ดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: จีรัช การพิมพ์, 2551), น. 415.

<sup>161</sup> ในอดีตพนักงานฝ่ายปกครองมีอำนาจสอบสวนความผิดอาญาซึ่งได้เกิด หรืออ้าง หรือเชื่อว่าเกิดในเขตอำนาจของตนด้วย แต่ในปัจจุบันอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนคดีอาญาใน ส่วนภูมิภาคตกอยู่แก่พนักงานสอบสวนฝ่ายตำรวจแต่เพียงฝ่ายเดียว ตามข้อบังคับ กระทรวงมหาดไทยที่ 1/2509 ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2509

สุรวุฒิ กุมภีพงษ์, “หลักประกันความเป็นอิสระในการสอบสวนฟ้องร้อง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 80.

<sup>162</sup> ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว เริงอรรถที่ 159, น. 43 และ น.110.

พนักงานอัยการมีอำนาจทำการสอบสวนได้เฉพาะความผิดบางประเภทเท่านั้น ในขณะที่อัยการจะต้องรับผิดชอบในความชอบด้วยกฎหมายของการสอบสวน ความชอบด้วยระเบียบของการสอบสวน ความละเอียดรอบคอบของการสอบสวนและความเชื่อถือได้ของการสอบสวนด้วย ดังนั้น การสอบสวนฟ้องร้องในประเทศไทยจึงขาดความเป็นหนึ่งเดียวกันผิดไปจากระบบอัยการสากลที่ให้อัยการเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนฟ้องร้อง<sup>163</sup>

เนื่องด้วยกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้แยกอำนาจสอบสวนกับฟ้องร้องให้อยู่กับองค์กรที่แยกจากกันดังที่กล่าวข้างต้น คือให้อำนาจสอบสวนอยู่กับพนักงานสอบสวน ซึ่งได้แก่พนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจ และสอบสวนในเขตอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 18, 19, 20) ส่วนพนักงานอัยการมีเพียงอำนาจสั่งฟ้องคดีและยื่นฟ้องต่อศาลเท่านั้น ผู้เขียนจึงขอพิจารณาอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการในชั้นก่อนฟ้องของประเทศไทย แยกออกจากกัน ดังนี้

### 1) อำนาจของพนักงานสอบสวน

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนไว้ดังนี้

#### 1.1) อำนาจหน้าที่ในการรับคำร้องทุกข์

การร้องทุกข์ หมายถึง การที่ผู้เสียหายได้กล่าวหาต่อเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ หรือพนักงานสอบสวนว่ามีผู้กระทำความผิดเกิดขึ้น จะรู้ตัวผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม ซึ่งกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ตน และการกล่าวหานี้มีเจตนาจะให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษ (มาตรา 2 (7) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา)<sup>164</sup>

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 123 วรรค 1 บัญญัติว่า “ผู้เสียหายอาจร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนได้” และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 124 วรรค 1 ยังบัญญัติว่า “ผู้เสียหายจะร้องทุกข์ต่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ซึ่งมีตำแหน่งหน้าที่ร้องหรือเห็นพนักงานสอบสวน และเป็นผู้ซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายก็ได้”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าอำนาจหน้าที่ในการรับคำร้องทุกข์จากผู้เสียหายหรือผู้กล่าวโทษ ตามกฎหมายไทยนั้นตกอยู่กับเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นพนักงานสอบสวนหรือไม่ก็ตาม ซึ่งปกติแล้วจะเห็นได้ว่าพนักงานสอบสวนเท่านั้นที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรง

<sup>163</sup> สุรวุฒิ กุมภีพงษ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 161, น. 79.

<sup>164</sup> ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 159, น. 41-42.

ในการรับคำร้องทุกข์ คำกล่าวโทษและเริ่มต้นคดี ตามกฎหมายไทยแล้วพนักงานอัยการไม่มีอำนาจนี้<sup>165</sup>

## 1.2) อำนาจหน้าที่ในการสอบสวนคดี

มาตรา 120 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อศาล โดยมีได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน” คำว่า “โดยมิได้มีการสอบสวนในความผิด” มีความหมายว่า คดีเรื่องนั้นยังไม่มีมีการสอบสวนเลย หรือมีการสอบสวนแล้วแต่การนั้นมีชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการที่จะถือว่าเป็นการสอบสวนที่ชอบด้วยกฎหมายต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ครบถ้วนคือ (1) การสอบสวนกระทำโดยเจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายให้อำนาจหน้าที่สอบสวน (2) เจ้าพนักงานดังกล่าวมีเขตอำนาจสอบสวนเหนือคดีนั้น และ (3) พนักงานสอบสวนได้ดำเนินการถูกต้องตามหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หลักเกณฑ์ทั้ง 3 นี้ หากขาดอย่างใดอย่างหนึ่งถือว่าการสอบสวนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องคดีนั้น<sup>166</sup>

พนักงานสอบสวนจะมีอำนาจสอบสวนได้ก็ต่อเมื่อคดีนั้นอยู่ภายในเขตอำนาจของตน สำหรับกรณีปกติ ได้แก่ (1) ความผิดอาญา “ได้เกิด” ภายในเขตอำนาจของตน (2) ความผิดอาญา “อ้างว่าได้เกิด” ภายในเขตอำนาจของตน (3) ความผิดอาญา “เชื่อว่าได้เกิด” ภายในเขตอำนาจของตน (4) ผู้ต้องหาที่มีที่อยู่ในเขตอำนาจของตน (5) ผู้ต้องหาถูกจับภายในเขตอำนาจของตน<sup>167</sup> (มาตรา 18 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) และสำหรับกรณีการกระทำ ความผิดเกี่ยวพันกันหลายท้องที่ตามมาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้พนักงานสอบสวนในท้องที่ที่เกี่ยวข้องในลักษณะหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดมีอำนาจสอบสวนคดีนั้นได้<sup>168</sup>

นอกจากนี้ ในคดีความผิดต่อส่วนตัว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121 วรรค 2 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ทำการสอบสวน เว้นแต่จะมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ” ซึ่งหมายความว่า ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ตามระเบียบแล้ว พนักงานสอบสวนไม่อาจสอบสวนคดีความผิดต่อส่วนตัวได้ ส่วนในคดีความผิดอาญาแผ่นดินกฎหมายมิได้บังคับว่าการสอบสวน

<sup>165</sup> สุรวิทย์ ภูมิพิงษ์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 161, น. 80.

<sup>166</sup> ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 159, น. 298.

<sup>167</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 160, น. 417-419.

<sup>168</sup> ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 159, น. 112-113.

จะต้องเริ่มจากคำร้องทุกข์ของผู้เสียหายเสียก่อน พนักงานสอบสวนจึงจะมีอำนาจสอบสวน ดังนั้น ในความผิดอาญาแผ่นดินแม้จะมีเพียงคำกล่าวโทษ พนักงานสอบสวนก็มีอำนาจสอบสวนได้<sup>169</sup>

### 1.3) อำนาจหน้าที่ในการเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ

พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ หมายถึง พนักงานสอบสวนที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการรวบรวมสำนวนการสอบสวนขั้นสุดท้าย เพื่อทำความเห็นเสนอต่อพนักงานอัยการว่าควรสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีหรือควรงดการสอบสวน และจะเป็นผู้ดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติมหรือจับผู้ต้องหาที่หลบหนีหรือสอบสวนต่อไปถ้าพนักงานอัยการมีคำสั่งมาเช่นนั้น นอกจากนี้ เมื่อพนักงานอัยการสั่งฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบจะอำนวยความสะดวกในการติดตามพยานหรือให้การอารักขาพยาน เป็นต้น ความสำคัญของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบนี้มีผลในการที่จะทำให้การสอบสวนชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย กล่าวคือ คดีที่พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบมิได้รวบรวมสำนวนและทำความเห็นส่งพนักงานอัยการ มีผลให้การสอบสวนไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1974/2539 2539 ฎ.1659) โดยพนักงานสอบสวนในคดีอาญาคดีใดคดีหนึ่งนั้น เขตที่จะมีอำนาจสอบสวนอาจมีได้หลายท้องที่ แต่จะมีพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบได้เพียงเขตเดียวเท่านั้น ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 18 วรรค 3, มาตรา 19 วรรคท้าย และมาตรา 20 วรรค 1 กำหนดไว้ ดังนี้<sup>170</sup>

1.3.1) ในกรณีปกติ (มาตรา 18 วรรค 3) พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ ได้แก่ พนักงานสอบสวนแห่งท้องที่ที่ความผิดเกิดขึ้นอยู่ในเขตอำนาจ และพนักงานสอบสวนแห่งท้องที่ที่ผู้ต้องหาที่อยู่หรือถูกจับเมื่อมีเหตุจำเป็นหรือเพื่อความสะดวก

มาตรา 18 วรรค 4 บัญญัติไว้ว่า ในเขตท้องที่ใดมีพนักงานสอบสวนหลายคน การดำเนินการสอบสวนให้อยู่ในความรับผิดชอบของพนักงานสอบสวน “ผู้เป็นหัวหน้า” ในท้องที่หรือผู้รักษาการแทน<sup>171</sup>

1.3.2) ในกรณีการกระทำความผิดเกี่ยวพันกันหลายท้องที่ แบ่งเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่ 1 หากจับผู้ต้องหาได้แล้ว พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบคือ พนักงานสอบสวนในเขตที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 19 (1)-(6) และเป็นเขตที่จับผู้ต้องหาได้ก่อน (มาตรา 19 (ก)) หรือกรณีที่ 2 ถ้าจับผู้ต้องหาไม่ได้แต่ได้พบการกระทำความผิดแล้ว พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบคือ พนักงาน

<sup>169</sup> เฝิงอ๋าง, น. 301.

<sup>170</sup> เฝิงอ๋าง, น. 117-118.

<sup>171</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ๋างแล้ว เชียงธรรมที่ 160, น. 421.

สอบสวนในเขตที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 19 (1)-(6) และเป็นเขตที่พบการกระทำความผิดก่อน (มาตรา 19 (ข))

1.3.3) ในกรณีความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร (มาตรา 20) พนักงานสอบสวนได้แก่ อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทน และพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนที่ได้รับมอบหมายจากอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทน<sup>172</sup>

เมื่อพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบรวบรวมสำนวน สรุปผลการสอบสวน และทำความเข้าใจตามท้องสำนวนการสอบสวนว่าควรส่งฟ้องหรือส่งไม่ฟ้องส่งไปยังพนักงานอัยการพร้อมด้วยสำนวนแล้ว (มาตรา 140, 141 และ 142 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) อำนาจของพนักงานสอบสวนเกี่ยวกับคดีนั้นก็หมดลง และอำนาจของพนักงานอัยการในการสั่งคดีอย่างเป็นทางการก็จะเริ่มต้นขึ้นเมื่ออัยการได้รับสำนวนการสอบสวนมาจากพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบแล้ว

## 2) อำนาจของพนักงานอัยการ

มาตรา 2 (5) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้นิยามคำว่า “พนักงานอัยการ” หมายความว่า “เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ทั้งนี้จะเป็นข้าราชการในกรมอัยการหรือเจ้าพนักงานอื่นผู้มีอำนาจเช่นนั้นก็ได้” ปัจจุบันองค์กรอัยการเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณและการดำเนินการอื่นโดยมีอัยการสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 255 จึงเป็นองค์กรของรัฐธรรมนูญที่ไม่อยู่ในความดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมอย่างเช่นเดิมอีกต่อไป<sup>173</sup>

### 2.1) อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาสำนวนการสอบสวนและการฟ้องร้องคดี

เมื่อพนักงานอัยการรับสำนวนการสอบสวนจากพนักงานสอบสวนมาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 140 ถึง มาตรา 142 พนักงานอัยการมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบข้อเท็จจริงในสำนวนการสอบสวน ในการตรวจสอบนี้เป็นการดำเนินการในชั้น “ไต่ร่องคดี” เมื่อเห็นว่าพยานหลักฐานเพียงพอที่จะยื่นฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล พนักงานอัยการมีอำนาจในการยื่นฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลที่มีเขตอำนาจ อำนาจของพนักงานอัยการในชั้นนี้เป็นอำนาจที่เคียงคู่กับอำนาจของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา

<sup>172</sup> ประเด็นนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาอยู่ในหัวข้อถัดไปเรื่อง อำนาจหน้าที่ในการสอบสวนของพนักงานอัยการ

<sup>173</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เที่ยงธรรมที่ 159*, น. 96.

28<sup>174</sup> ซึ่งพนักงานอัยการมีอำนาจอิสระในการสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีโดยพิจารณาจาก พยานหลักฐานในสำนวนที่พนักงานสอบสวนรวบรวมส่งมาให้ พนักงานสอบสวนมีเพียงอำนาจทำ ความเห็นเสนอพนักงานอัยการเท่านั้น เมื่อพนักงานอัยการพิจารณาสำนวนการสอบสวนที่ส่ง มาแล้วอาจมีคำสั่งคือ งดการสอบสวน สั่งไม่ฟ้อง สั่งฟ้อง สั่งสอบสวนเพิ่มเติมหรือหากยังจับตัว ผู้ต้องหาไม่ได้ ก็สั่งพนักงานสอบสวนดำเนินการจับตัวมาให้ จากนั้นถ้าเห็นควรสั่งฟ้องจะออก คำสั่งฟ้องและร่างคำฟ้อง พร้อมนำตัวผู้ต้องหาขึ้นฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจต่อไป<sup>175</sup>

อย่างไรก็ตาม หากพนักงานอัยการเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องให้พนักงาน สอบสวนทำการสอบสวนเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ชัดเจนในบางประเด็น พนักงานอัยการมีอำนาจสั่ง ให้พนักงานสอบสวน ทำการสอบสวนเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร หรือสั่งให้พนักงานสอบสวนส่ง พยานมาให้ซักถามเพื่อสั่งคดีได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 อย่างไรก็ตาม การสอบสวนเพิ่มเติมหรือการซักถามของพนักงานอัยการนี้ เป็นการดำเนินการใน ช่วงเวลาที่ล่วงเลยจากเหตุการณ์การกระทำผิดมานานแล้ว การจะได้พยานหลักฐานที่แม่นยำ ตรงไปตรงมาจึงค่อนข้างจะเป็นอุปสรรคอยู่บ้าง เนื่องจากอัยการไม่ได้เห็นข้อเท็จจริงและเริ่มคดี ด้วยตนเองตั้งแต่แรก<sup>176</sup>

## 2.2) อำนาจหน้าที่ในการสอบสวน

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พนักงานอัยการไม่มีอำนาจในการ รับคำร้องทุกข์และสอบสวนคดีอาญาเป็นการทั่วไป แต่อาจมองได้ว่าอัยการสามารถใช้อำนาจการ สอบสวนได้เช่นกัน กล่าวคือ เมื่อพนักงานสอบสวนได้ทำการสอบสวนจนเห็นว่าสอบสวนเสร็จ แล้ว ก็ต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 140 ถึง 142 คือ ทำความเห็นควรงด การสอบสวน ควรสั่งฟ้องหรือควรไม่สั่งฟ้อง พร้อมกับส่งสำนวนการสอบสวนไปยังอัยการ และ ทันทีที่สำนวนการสอบสวนได้ถูกส่งไปยังอัยการโดยชอบแล้ว อำนาจการสอบสวนของพนักงาน สอบสวนก็ “หมด” ลงทันที แต่ถึงกระนั้นก็ตาม ในการวินิจฉัยคดีซึ่งมีผลให้ต้องสอบสวนต่อไป

<sup>174</sup> มาตรา 28 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

“บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาล

(1) พนักงานอัยการ

(2) ผู้เสียหาย”

<sup>175</sup> ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 159*, น. 44-45.

<sup>176</sup> สุรุฒิ กุเมธิพงษ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 161*, น. 81.

ตามมาตรา 140 (1) หรือให้สอบสวนเพิ่มเติม ตามมาตรา 143 (ก) นั้น อัยการมี “อำนาจและหน้าที่สั่ง” เท่านั้น กรณีไม่มี “หน้าที่ทำการสอบสวน” ด้วยตนเอง ผู้ที่มีหน้าที่ทำการสอบสวนให้อัยการก็คือ พนักงานสอบสวนเช่นเดิมแต่เป็นการกระทำในอำนาจของอัยการ จะทำการนอกเหนือจากที่สั่งไม่ได้ มิฉะนั้นจะเป็นการสอบสวนที่ไม่ชอบ หากเกิดความเสียหายแก่บุคคลใด อาจต้องรับผิดชอบทั้งทางอาญาและทางแพ่ง<sup>177</sup>

ตามหลักทั่วไปที่กล่าวข้างต้น พนักงานอัยการจะมีเพียงอำนาจสั่งฟ้องคดีและยื่นฟ้องต่อศาลเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ฎีกาฎหมายได้ให้อำนาจและหน้าที่แก่อัยการสูงสุดในการเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในกรณีความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร (มาตรา 20 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) และฎีกาฎหมายได้ให้อำนาจพนักงานอัยการในการเข้าร่วมสอบสวนในหลายกรณี เช่น การถามปากคำเด็ก (มาตรา 133 ทวิ และ 134/2)<sup>178</sup> การชันสูตรพลิกศพ (มาตรา 150 วรรค 3)<sup>179</sup> และการทำสำนวนสอบสวนคดีตามมาตรา 155/1 เป็นต้น ในที่นี้

---

<sup>177</sup> อองอาจ มีคุณสมบัติ, “การตรวจสอบความจริงในคดีอาญาชั้นก่อนฟ้อง: ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานสอบสวนกับพนักงานอัยการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 64.

<sup>178</sup> การถามปากคำผู้เสียหาย พยาน หรือผู้ต้องหาที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี จะต้องมิชักชวนสงเคราะห์หรือนักจิตวิทยาที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับกระทรวงยุติธรรม พนักงานอัยการ และผู้ที่ได้ร้องขอให้อยู่ด้วยในการถามปากคำร่วมในการถามปากคำเด็กโดยต้องทำในสถานที่ที่เป็นสัดส่วนและเหมาะสมกับเด็ก และให้มีการบันทึกภาพและเสียงการถามปากคำซึ่งสามารถนำถ่ายทอดอย่างต่อเนื่องไว้เป็นพยาน เพื่อนำไปใช้ในการสืบพยานในชั้นพิจารณาของศาล ทั้งนี้ต้องเป็นคดีที่กำหนดไว้ในมาตรา 133 ทวิ หรือคดีอื่นที่เด็กร้องขอให้มีการถามปากคำด้วยวิธีพิเศษ (มาตรา 133 ทวิ, 134/2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา)

ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่* 159, น. 43.

<sup>179</sup> ในกรณีที่ความตายเกิดขึ้นในระหว่างการควบคุมของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ หรือเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ทำให้ตายโดยอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ ต้องมีพนักงานฝ่ายปกครองระดับตั้งแต่ปลัดอำเภอและพนักงานอัยการร่วมชันสูตรด้วย และพนักงานสอบสวนร่วมกับพนักงานอัยการทำสำนวนการชันสูตรพลิกศพ หลังจากทำรายงานแล้วจึงส่งให้พนักงานอัยการเพื่อขอให้ศาลไต่สวนการตาย ตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ผู้เขียนขอกล่าวถึงสำนวนที่พนักงานอัยการมีอำนาจในการสอบสวน 3 กรณี ซึ่งสองกรณีแรกเป็นอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกรณีหลังเป็นอำนาจตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 เพื่อจะนำมาเป็นแนวทางในการเสาะหาหนทางให้พนักงานอัยการเข้ามามีอำนาจสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงต่อไป ดังนี้

กรณีแรก อัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย (มาตรา 20 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา)<sup>180</sup> อันได้แก่ กรณีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 มาตรา 8 และมาตรา 9 ซึ่งไม่รวมไปถึงกรณีความผิดตามมาตรา 4 วรรค 2 มาตรา 5 และมาตรา 6 ด้วย<sup>181</sup> หลักการของมาตรา 20 ได้แก่<sup>182</sup>

- อัยการสูงสุดมอบหมายหน้าที่รับผิดชอบในการสอบสวนให้พนักงานอัยการหรือให้พนักงานสอบสวนก็ได้ (มาตรา 20 วรรค 1)

---

เพ็ญอ้าง, น. 44 และ น. 96-97.

<sup>180</sup> มาตรา 20 วรรค 1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

“ถ้าความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย ให้ อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือจะมอบหมายหน้าที่นั้น ให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้”

<sup>181</sup> ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรค 2 มาตรา 5 และมาตรา 6 นั้น กฎหมายให้ถือว่าเกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทย แม้โดยเขตพื้นที่แล้วจะอยู่นอกราชอาณาจักรก็ตาม ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลถือว่าความผิดที่เกิดขึ้นในเรือไทย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรค 2 และความผิดซึ่งส่วนใดส่วนหนึ่งได้กระทำในราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5 ศาลถือว่าเป็นความผิดที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 18 หรือ 19 แล้วแต่กรณี ดังนั้น แนวปฏิบัติของศาลจึงถือเอาเฉพาะความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 7, 8 และ 9 เท่านั้นที่เป็นความผิดซึ่งเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2670/2535 ฎส. เล่ม 8 หน้า 168

ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 159, น. 116-117.

<sup>182</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 160, น. 438-442.

- หากอัยการสูงสุดมอบหมายหน้าที่รับผิดชอบในการสอบสวนให้พนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวน อัยการสูงสุดจะมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนก็ได้ (มาตรา 20 วรรค 2)

- พนักงานอัยการที่ได้รับมอบหมายให้เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ หรือพนักงานอัยการที่ได้รับมอบหมายให้ทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ประการอื่นที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของพนักงานอัยการ (มาตรา 20 วรรค 3)

- ในกรณีที่พนักงานอัยการทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนต้องปฏิบัติตามคำสั่งและคำแนะนำของพนักงานอัยการในเรื่องที่เกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐาน (มาตรา 20 วรรค 4)

ข้อสังเกต การที่อัยการสูงสุดมอบหมายให้พนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบในการสอบสวน หากอัยการสูงสุดมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวน กรณีเช่นนี้ พนักงานอัยการผู้นั้นมิใช่พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ ผู้รับผิดชอบในการสอบสวนก็คือพนักงานสอบสวนที่อัยการสูงสุดมอบหมาย อย่างไรก็ตาม พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวนก็ต้องปฏิบัติตามคำสั่งและคำแนะนำของพนักงานอัยการในเรื่องที่เกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐาน

- ในกรณีจำเป็นก็ให้พนักงานสอบสวนซึ่งผู้ต้องหาถูกจับในเขตอำนาจ หรือพนักงานสอบสวนซึ่งรัฐบาลประเทศอื่นหรือบุคคลที่ได้รับความเสียหายได้ร้องขอให้ทำโทษผู้ต้องหา มีอำนาจสอบสวนในระหว่างรอคำสั่งจากอัยการสูงสุด (มาตรา 20 วรรค 5)<sup>183</sup>

ข้อสังเกต พนักงานสอบสวนดังกล่าว แม้จะมีอำนาจสอบสวนแต่ก็ไม่มีอำนาจรับผิดชอบในการสอบสวน พนักงานสอบสวนจึงต้องรีบแจ้งให้อัยการสูงสุดทราบโดยเร็ว

---

<sup>183</sup> ตัวอย่าง นายแดงคนไทยถูกยิงที่ประเทศลาว โดยผู้ยิงหลบหนีเข้ามาในประเทศไทย หากผู้กระทำความผิดถูกจับได้ในเขตท้องที่ใด พนักงานสอบสวนแห่งท้องที่นั้น มีอำนาจสอบสวน เพราะถือว่าเป็น “กรณีจำเป็น”

ตามตัวอย่างข้างต้น หากคนไทยผู้เสียหายกลับเข้ามาในประเทศไทยและพบผู้กระทำความผิด หากผู้เสียหายไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนแห่งท้องที่ซึ่งพบผู้กระทำความผิด พนักงานสอบสวนท้องที่นั้นย่อมมีอำนาจสอบสวนเพราะเป็น “กรณีจำเป็น”

- เมื่อพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนซึ่งเป็น “ผู้รับผิดชอบในการสอบสวน” แล้วแต่กรณี เห็นว่าการสอบสวนเสร็จแล้ว ให้ทำความเข้าใจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 140 มาตรา 141 หรือมาตรา 142 กล่าวคือความเห็นที่ควรให้จัดการสอบสวน (มาตรา 140) ความเห็นควรสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้อง (มาตรา 141 และ 142) พร้อมสำนวนไปยังอัยการสูงสุด (มาตรา 20 วรรค 6)

ทั้งกรณีการบัญญัติมาตรา 20 นี้เนื่องจากถือว่าคุณคือดังกล่าวเป็นคดีอาญาประเภทหนึ่งที่ต้องการความเชี่ยวชาญพิเศษในการสอบสวนเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพเพราะต้องอาศัยความรู้ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ จึงต้องกำหนดให้การสอบสวนคดีอาญาที่กระทำลงนอกราชอาณาจักรเป็นอำนาจของอัยการสูงสุดในฐานะพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ<sup>184</sup>

กรณีที่สอง ให้พนักงานอัยการเข้าร่วมกับพนักงานสอบสวนในการทำสำนวนการสอบสวนกรณีที่มีความตายเกิดขึ้นโดยการกระทำของเจ้าพนักงานหรือตายในระหว่างอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานหรือกรณีผู้ตายถูกกล่าวหาว่าต่อสู้อัตตฆาตเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ ตามมาตรา 155/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา<sup>185</sup>

การทำสำนวนการสอบสวนคดีความตายเกิดขึ้นโดยการกระทำของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ หรือตายในระหว่างอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ หรือในกรณีที่ผู้ตายถูกกล่าวหาว่าต่อสู้อัตตฆาตเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ ล้วนแล้วเป็นคดีที่ต้องไต่สวนการตายตามมาตรา 150 วรรค 3 เมื่อคดีดังกล่าวจะต้องดำเนินคดีอาญากับพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับความตาย การสอบสวนคดีอาญา มาตรา 155/1 จึงให้พนักงานอัยการร่วมทำสำนวนการสอบสวนตั้งแต่โอกาสแรก ทั้งนี้ โดยให้พนักงานอัยการอาจแนะนำ ตรวจสอบพยานหลักฐาน สอบปากคำ หรือสั่งให้พนักงานสอบสวนถามปากคำบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ ซึ่งถือเป็นหลักการใหม่ในการทำสำนวนสอบสวนที่ให้พนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนคดีนี้<sup>186</sup>

<sup>184</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. .... (เรื่องเสร็จที่ 657/2545),” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่มที่ 23, ปีที่ 3, น. 59-80 (2549).

<sup>185</sup> มาตรา 155/1 เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2550 มาตรา 5

<sup>186</sup> ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 159, น. 377.

ที่มาของการบัญญัติมาตรา 155/1 คือ ในกรณีที่ความตายเกิดขึ้นโดยการกระทำของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจยิงคนร้ายที่ใช้ปืนยิงต่อสู้ขัดขวางการจับกุมจนคนร้ายถึงแก่ความตาย เนื่องจากเป็นกรณี “ความตายเกิดขึ้นโดยการกระทำของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่” ซึ่งพนักงานสอบสวนต้องทำสำนวนชั้นสูตรพลิกศพโดยพนักงานอัยการร่วมทำสำนวนนั้นด้วยตามมาตรา 150 วรรค 4 ในกรณีเช่นนี้ เมื่อศาลได้สวนเสร็จและมีคำสั่งแล้ว มาตรา 150 วรรค 11 บัญญัติให้ศาลส่งสำนวนการไต่สวนของศาลไปยังพนักงานอัยการเพื่อส่งให้พนักงานสอบสวนดำเนินการต่อไปซึ่งก็หมายความว่าพนักงานสอบสวนจะต้องดำเนินการทำสำนวนอีก 2 สำนวน คือ 1) สำนวนฆ่าคนตายโดยเจตนา ซึ่งเจ้าพนักงานตำรวจผู้ยิงคนร้ายตายเป็นผู้ต้องหาโดยพนักงานสอบสวนทำความเห็นสั่งไม่ฟ้องเสนอพนักงานอัยการโดยอ้างว่าการกระทำของเจ้าพนักงานเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 และ 2) สำนวนต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 138 วรรค 2 ประกอบมาตรา 140 วรรค 1 ซึ่งคนร้ายเป็นผู้ต้องหา แต่พนักงานสอบสวนทำความเห็นสั่งไม่ฟ้องเสนอพนักงานอัยการ เพราะสิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปโดยความตายของผู้กระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39 (1)

สภาพปัญหาในการสอบสวนทั้ง 2 สำนวนก่อนการบัญญัติมาตรา 155/1 นั้นมีสาเหตุมาจากการทำสำนวนสอบสวน 2 สำนวนดังกล่าว พนักงานสอบสวนทำไปโดยลำพัง ไม่มีการตรวจสอบโดยองค์กรอื่นอย่างใกล้ชิดในขณะที่ทำสำนวนการสอบสวน จึงได้มีการเพิ่มเติมมาตรา 155/1 ขึ้นมาใหม่ (ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ 27 พ.ศ. 2550)

การที่มาตรา 155/1 ให้พนักงานอัยการเข้าร่วมกับพนักงานสอบสวนในการทำสำนวนสอบสวนทั้ง 2 สำนวน กล่าวคือ สำนวนที่เจ้าพนักงานเป็นผู้ต้องหาในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยอ้างว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 (กรณีที่มีความตายเกิดขึ้นโดยการกระทำของเจ้าพนักงานอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ ฯลฯ) และอีกสำนวนหนึ่งคือ สำนวนที่ผู้ตายเป็นผู้ต้องหาโดยอ้างว่าผู้ตายต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงาน เหตุผลก็คือ เพื่อให้สำนวนทั้งสองสำนวนสอดคล้องกัน ไม่ขัดแย้งกัน หากพนักงานอัยการไม่ได้เข้าร่วมสอบสวนในคดีต่อสู้ขัดขวาง แต่ร่วมเฉพาะคดีที่ความตายเกิดขึ้นโดยการกระทำของเจ้าพนักงาน กรณีก็อาจเป็นไปได้ว่า ในคดีที่ความตายเกิดขึ้นโดยการกระทำของเจ้าพนักงานนั้น พนักงานอัยการซึ่งร่วมสอบสวนด้วยเห็นว่าเจ้าพนักงานกระทำการ “เกินสมควรแก่เหตุ” ซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 แต่ในคดีต่อสู้ขัดขวางนั้น หากพนักงานสอบสวน

ทำการสอบสวนโดยลำพังก็อาจจะมีความเห็น ว่า คนร้ายต่อสู้ขัดขวางการจับกุมโดยใช้อาวุธร้ายแรง (ซึ่งทำให้การกระทำของเจ้าพนักงานต่อคนร้ายเป็นการกระทำที่ “พอสมควรแก่เหตุ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68) ความขัดแย้งในข้อเท็จจริงในคดีทั้ง 2 จำนวนนี้อาจเกิดขึ้นได้ในลักษณะเช่นนี้ ซึ่งจะเกิดความยุ่งยากแก่พนักงานอัยการในการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีที่เจ้าพนักงานเป็นผู้ต้องหา มาตรา 155/1 จึงให้พนักงานอัยการเข้าร่วมกับพนักงานสอบสวน ทำจำนวนการสอบสวนทั้งสองคดีเพื่อให้ข้อเท็จจริงในจำนวนสองคดีซึ่งเป็นเหตุการณ์เดียวกันนั้นมีความสอดคล้องกัน มิฉะนั้น ข้อเท็จจริงในจำนวนหนึ่งอาจไปในทิศทางหนึ่ง อีกจำนวนหนึ่งอาจไปในทางตรงกันข้าม มีข้อสังเกตว่า พนักงานสอบสวนยังคงเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการทำความเข้าใจคำสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องทั้งสองจำนวน และหลังจากนั้น มาตรา 143 วรรคท้ายให้อำนาจอัยการสูงสุดเท่านั้นเป็นผู้ออกคำสั่ง “ฟ้องหรือไม่ฟ้อง”

มีข้อสังเกตว่า “ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนมีเหตุอันควรไม่อาจรอพนักงานอัยการเข้าร่วมในการทำจำนวนสอบสวน” มาตรา 155/1 วรรค 3 ให้พนักงานสอบสวนทำจำนวนต่อไปได้ หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวและพนักงานสอบสวนทำการสอบสวนไปโดยลำพัง เมื่อคดีไปถึงศาล ศาลก็จะต้องยกฟ้อง โดยถือว่าการสอบสวนไม่ชอบ อัยการไม่มีอำนาจฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120<sup>187</sup>

กรณีที่สาม ให้พนักงานอัยการเข้าสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษหรือปฏิบัติหน้าที่ร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษในคดีที่กำหนดไว้ ตามมาตรา 32 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547

คดีพิเศษที่กรมสอบสวนคดีพิเศษจะเข้าไปดำเนินการสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นคดีที่มีความยุ่งยากสลับซับซ้อน ทั้งยากต่อการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำไปดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดซึ่งส่วนใหญ่มีผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน หรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรมหรือการกระทำที่ความผิดข้ามชาติ ฉะนั้น การสืบสวนสอบสวนเพื่อแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานในการดำเนินคดี จึงจำเป็นต้องบูรณาการทำงานร่วมกันระหว่างหน่วยบังคับใช้กฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ต้องการให้มีการบูรณาการการทำงานร่วมกันระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ทั้งในและนอกกระทรวงยุติธรรม ตั้งแต่บทบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการคดีพิเศษ (กคพ.) ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการ

<sup>187</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 160, น. 571-573.

กระทรวงยุติธรรมเป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงยุติธรรม ปลัดกระทรวงการคลัง ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงพาณิชย์ อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เจ้ากรมพระยาธรรมนุญ ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย นายกสภานายความ และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวน 9 คน และในจำนวนนี้ต้องมีบุคคลซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านเศรษฐศาสตร์ การเงินการธนาคาร เทคโนโลยีสารสนเทศหรือกฎหมาย อย่างน้อยด้านละ 1 คนเป็นกรรมการ เหตุที่ กพค. จำเป็นต้องมีกรรมการที่มีความรู้เชี่ยวชาญในด้านเศรษฐศาสตร์ การเงินการธนาคาร เทคโนโลยีสารสนเทศ และกฎหมายนั้น เนื่องจาก “คดีพิเศษ” ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ส่วนใหญ่เป็นคดีความผิดทางอาญาที่มีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อระบบเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ หรือที่เรียกกันว่าอาชญากรรมทางเศรษฐกิจนั่นเอง ฉะนั้น ในการประชุม กพค. เพื่อพิจารณาอนุมัติให้คดีความผิดทางอาญาใดเป็น “คดีพิเศษ” จึงต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านต่าง ๆ ดังกล่าวร่วมกันพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ จึงนับเป็นจุดเริ่มของการบูรณาการการทำงานร่วมกันก่อนรับเป็นคดีพิเศษ<sup>188</sup>

มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ กพค. เห็นว่า เพื่อประสิทธิภาพในการปราบปรามการกระทำความผิดคดีพิเศษ กพค. จะให้ความเห็นชอบให้คดีพิเศษคดีหนึ่งคดีใดหรือคดีประเภทใดต้องมีพนักงานอัยการหรืออัยการทหารแล้วแต่กรณี มาสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษหรือมาปฏิบัติหน้าที่ร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษเพื่อให้คำแนะนำและตรวจสอบพยานหลักฐานตั้งแต่ชั้นเริ่มการสอบสวนแล้วแต่กรณี ก็ได้ เว้นแต่การสอบสวนคดีพิเศษที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 21 วรรค 1 (1) (ค) หรือ (ง)<sup>189</sup> ต้องมีพนักงานอัยการหรืออัยการทหารมาสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวน

<sup>188</sup> เศรษฐ์ ขุนธวิวงศ์, “การสอบสวนคดีพิเศษ: กลไกที่ทำให้การสอบสวนมีประสิทธิภาพ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 37.

<sup>189</sup> มาตรา 21 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547

“คดีพิเศษที่จะต้องดำเนินการสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่คดีความผิดทางอาญาดังต่อไปนี้

คดีพิเศษทุกคดี แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ การสอบสวนร่วมกันหรือการปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กคพ. กำหนด”

กล่าวคือ ในคดีพิเศษคดีหนึ่ง กคพ. อาจมีมติให้คดีนั้น ๆ ต้องมีพนักงานอัยการหรืออัยการทหารเข้าร่วมสอบสวนหรือปฏิบัติหน้าที่ร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษตั้งแต่ขั้นเริ่มการสอบสวนหรือไม่ก็ได้ แต่สำหรับการสอบสวนในคดีพิเศษที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญหรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรมหรือคดีความผิดทางอาญาที่มีผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน กฎหมายบังคับให้ต้องมีพนักงานอัยการหรืออัยการทหารมาสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษทุกคดี นับเป็นการบูรณาการการทำงานร่วมกันระหว่างพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ กับพนักงานอัยการหรืออัยการทหาร ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษ เนื่องจากพนักงานสอบสวนคดีพิเศษอาจมองเห็นว่าสิ่งที่ได้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนไปแล้วนั้นมีความสมบูรณ์ครบถ้วนแล้ว แต่การมีพนักงานอัยการมาร่วมทำงานสอบสวนด้วย พนักงานอัยการอาจมีมุมมองที่ต่างไปจากพนักงานสอบสวนคดีพิเศษในฐานะเป็นโจทก์ฟ้องผู้ต้องหา อาจเห็นว่าน่าจะได้มีการสอบสวนเพิ่มเติมในบางประเด็น เพื่อให้การบันทึกคำให้การพยานและการรวบรวมพยานหลักฐานมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น มิให้เกิดข้อโต้แย้งหรือข้อสงสัยในระหว่างการสืบพยานในชั้นศาล<sup>190</sup>

ในเรื่องการให้พนักงานอัยการ (รวมทั้งอัยการทหาร) มาร่วมสอบสวนหรือมาร่วมปฏิบัติหน้าที่กับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษนั้น สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้มีข้อสังเกตในชั้นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ว่า

“อำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวนและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามมาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

(1) คดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ และที่กำหนดในกฎกระทรวงโดยการเสนอแนะของ กคพ. โดยคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้...

(ค) คดีความผิดทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญหรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรม

(ง) คดีความผิดทางอาญาที่มีผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน”

<sup>190</sup> เศรษฐ์ ขุนธินวงศ์, อ้างแล้ว เที่ยงธรรมที่ 188, น. 37-38.

ความอาญา พนักงานอัยการไม่ใช่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ จึงไม่มีอำนาจในการสอบสวน ปรามปรามผู้กระทำผิดอาญา และภารกิจที่กำหนดหลักเกณฑ์ได้แน่ชัดว่าลักษณะคดีใดเป็นคดีที่ ควรให้พนักงานอัยการเข้าร่วมการสอบสวนนั้นกระทำได้ยาก ประกอบกับการให้พนักงานอัยการ เข้ามาในกระบวนการสอบสวนจะทำให้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจระหว่าง พนักงานสอบสวนกับพนักงานอัยการขาดหายไป อันจะส่งผลต่อการคุ้มครองและอำนวยความสะดวก ยุติธรรมให้กับประชาชน ทั้งผู้เสียหายและผู้ถูกกล่าวหาขึ้นได้ จึงเห็นควรตัดหลักการนี้ออกหรือให้ คงไว้เฉพาะการกำหนดให้พนักงานอัยการเข้าร่วมการสอบสวนได้เฉพาะคดีเท่านั้น”

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้วเห็นว่าหลักการนี้เป็นสิ่งจำเป็น สำหรับคดีที่มีความซับซ้อนมากในทุกคดีโดยไม่จำกัดเฉพาะกฎหมายบางฉบับ เพราะเป็นสิ่งที่ทำให้ การปรามปรามการกระทำผิดเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพในการรวบรวมพยานหลักฐานได้ อย่างชัดเจน และในทางกลับกันก็จะเป็นหลักประกันให้กับผู้ต้องหาที่จะได้รับการตรวจสอบว่า กระทำผิดจริงหรือไม่ นอกจากนี้ จะทำให้การดำเนินคดีอาญารวดเร็วยิ่งขึ้น และเมื่อเป็นระบบหนึ่ง ของการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงควรกำหนดเป็นมาตรฐาน ทั่วไป มิใช่ให้มีการปฏิบัติได้เฉพาะของหน่วยงานที่สามารถกระทำได้ตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง ซึ่ง การดำเนินการตามหลักการนี้จะทำให้การตรวจสอบพยานหลักฐานเป็นไปอย่างถูกต้องรัดกุม

สำหรับการกำหนดให้พนักงานอัยการเข้ามามีส่วนร่วมตั้งแต่ในชั้นการสอบสวนนั้น เนื่องจากที่ผ่านมาเห็นได้ชัดว่า ในบางกรณีกว่าที่พนักงานอัยการจะเข้ามาตรวจสอบ พยานหลักฐานก็ต้องรอจนถึงชั้นการตรวจสำนวนเพื่อสั่งฟ้อง ซึ่งระยะเวลาที่ผ่านมา พยานหลักฐานบางอย่างอาจเสียหายหรือถูกทำลายไปก่อนแล้ว อันอาจส่งผลต่อรูปคดี ทั้งนี้ พนักงานสอบสวนจะยังคงมีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อทำ สำนวนอยู่เช่นเดิมตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยพนักงาน อัยการที่เข้าร่วมการสอบสวนจะมีฐานะเป็นเสมือนผู้ช่วยเหลือการสอบสวนโดยยังคงมีอำนาจใน การทำความเห็นสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องอยู่เช่นเดิม หลักการถ่วงดุลการใช้อำนาจที่มีอยู่ในปัจจุบันจึง ยังคงมีอยู่ไม่เปลี่ยนแปลง และตามหลักการใหม่นี้และหลักการเดิมที่กำหนดไว้ในประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ได้รับรองหลักเรื่องความโปร่งใสในขั้นตอนของการตรวจสอบ

การใช้อำนาจของพนักงานสอบสวน โดยพนักงานอัยการในชั้นตรวจสำนวนก่อนสั่งฟ้องหรือในชั้น การทำความเห็นแย้งคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการโดยผู้บังคับบัญชาของพนักงานสอบสวน<sup>191</sup>

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการดำเนินคดีอาญาตามระบบวิธีพิจารณาความของไทยนั้น มีจุดอ่อน เพราะได้กำหนดให้การสอบสวนคดีกับการฟ้องร้องคดีแยกจากกัน เพื่อสร้างระบบการ ตรวจสอบและการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน พนักงานสอบสวนจะเป็นฝ่ายที่ทำหน้าที่สอบสวนคดีโดย รวบรวมพยานหลักฐานแล้วทำความเห็นส่งมาให้พนักงานอัยการ เมื่อพนักงานอัยการได้รับสำนวน แล้วก็จะทำหน้าที่ตรวจสอบเพื่อฟ้องเป็นคดีต่อศาลต่อไป การที่พนักงานสอบสวนคดีพิเศษเป็นเจ้าของ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่จึงทำให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษเป็นพนักงาน สอบสวนผู้รับผิดชอบในสำนวนการสอบสวนคดีพิเศษ แล้วนำความเห็นเสนอให้อัยการฟ้องตาม หลักทั่วไปของการดำเนินคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งหลักการ ดำเนินคดีอาญาในการสอบสวนฟ้องร้องของไทยนี้ไม่ค่อยตรงกับหลักสากลเท่าไรนักเพราะตาม อารยประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่นหรือเยอรมนีนั้นถือว่าการสอบสวนฟ้องร้องเป็นขั้นตอนเดียวกัน เป็นระบบที่ต้องดำเนินไปพร้อมกัน มีการร่วมมือกันในการปฏิบัติงานอย่างใกล้ชิดเพื่อจะได้ รวบรวมพยานหลักฐานอันเกิดจากการกระทำความผิดได้อย่างแน่นอนหาอันจะทำให้สำนวนการ สอบสวนมีประสิทธิภาพ ดังนี้ การที่พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษกำหนดให้พนักงาน อัยการมาสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษหรือมาปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันนั้น เป็นการเพิ่ม ประสิทธิภาพในกรณีที่พนักงานอัยการจะพิจารณาพยานหลักฐานในสำนวนคดีนั้นว่ามี พยานหลักฐานเพียงพอที่จะเสนอให้อัยการฟ้องศาลต่อไปได้ ซึ่งคณะกรรมการคดีพิเศษได้มีการ ออกข้อบังคับหลักการสอบสวนร่วมกัน โดยสรุปได้ดังนี้<sup>192</sup>

การสอบสวนร่วม คือ การสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ ที่พนักงานสอบสวนคดีพิเศษร่วมดำเนินการกับ พนักงานอัยการ หรือการสอบสวนตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารและกฎหมายว่าด้วย การสอบสวนคดีพิเศษที่พนักงานสอบสวนคดีพิเศษร่วมดำเนินการกับอัยการทหาร

<sup>191</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 184*, น. 62-63, สุรพล ไตรเวทย์, *การสอบสวนคดีพิเศษ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 137-138.

<sup>192</sup> *เชษฐ ฐนธิวงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 188*, น. 93-94.

การปฏิบัติหน้าที่ร่วมกัน คือ การมีพนักงานอัยการหรืออัยการทหารให้คำแนะนำและตรวจสอบพยานหลักฐานตั้งแต่ขั้นเริ่มการสอบสวนในคดีพิเศษโดยให้เริ่มดำเนินการนั้นแต่โอกาสแรกที่จะพึงกระทำได้

คดีที่ต้องดำเนินการสอบสวนร่วมกัน ได้แก่

(1) คดีความผิดทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญหรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรมหรือ คดีความผิดทางอาญาที่ผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน

(2) คดีที่คณะกรรมการคดีพิเศษมีมติให้ต้องดำเนินการสอบสวนร่วมกัน

เมื่อคดีพิเศษใดต้องดำเนินการสอบสวนพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการสอบสวนหรือฟ้องคดี ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษแจ้งให้พนักงานอัยการหรืออัยการทหารทราบ เพื่อให้ความช่วยเหลือในการพิจารณาและตรวจสอบว่าพยานหลักฐานเหล่านั้นเป็นประโยชน์ในการสอบสวนหรือการฟ้องคดีหรือไม่ และพนักงานอัยการหรืออัยการทหารจะทำความเห็นเกี่ยวกับพยานหลักฐานเสนอไปพร้อมกับสำนวนการสอบสวนนั้นก็ได้

กรณีการสอบปากคำร่วมกันให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษและพนักงานอัยการหรืออัยการทหารดำเนินการดังนี้<sup>193</sup>

(1) ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษแจ้งพนักงานอัยการหรืออัยการทหารเพื่อหารือร่วมกันตั้งแต่ขั้นเริ่มคดี ในการวางแผนหรือแผนงานเกี่ยวกับการสอบสวน

(2) ในการสอบปากคำพยานหรือผู้ต้องหาและการตรวจสอบพยานหลักฐานให้ดำเนินการร่วมกัน โดยพนักงานอัยการหรืออัยการทหารต้องลงลายมือชื่อร่วมในบันทึกคำให้การพยานบุคคลหรือผู้ต้องหา หรือบันทึกการเข้าร่วมตรวจสอบการสอบสวนพยานหลักฐานอื่นด้วย

(3) ในกรณีที่พนักงานสอบสวนคดีพิเศษจะต้องใช้มาตรการบังคับแก่บุคคลโดยจะขอหมายค้นหรือหมายจับ ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษ และพนักงานอัยการหรืออัยการทหารเห็นชอบร่วมกันก่อนดำเนินการตามกฎหมาย

เมื่อมีการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว พนักงานสอบสวนคดีพิเศษผู้รับผิดชอบจะส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการหรืออัยการทหารในท้องที่ที่มีเขตอำนาจพิจารณาสิ่งคดีต่อไป หากพนักงานอัยการได้รับสำนวนการสอบสวนคดีพิเศษแล้ว จะพิจารณาพยานหลักฐานจากสำนวนคดีเพื่อส่งฟ้องหรือมีคำสั่งไม่ฟ้องต่อไป การพิจารณาสำนวนการสอบสวนคดีพิเศษของพนักงานอัยการเพื่อ

<sup>193</sup> เพิ่งอ้าง, น. 134.

จะมีคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องนั้นเป็นการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจการสอบสวนคดีพิเศษ โดยองค์กรอัยการซึ่งเป็นองค์กรภายนอก เพราะหากสำนวนการสอบสวนคดีพิเศษมีพยานหลักฐานไม่เพียงพอก็จะมีคำสั่งไม่ฟ้องต่อไปหรือสั่งให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษสอบสวนเพิ่มเติมได้ อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัตินั้นพนักงานอัยการผู้มีอำนาจทำความเห็นสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องจะเป็นพนักงานอัยการประจำท้องที่ซึ่งเป็นคนละคนกับพนักงานอัยการผู้เข้าร่วมการสอบสวน

การกำหนดให้พนักงานอัยการหรืออัยการทหารมาสอบสวนร่วมกันหรือปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ มีข้อดีดังนี้

(1) การที่มีพนักงานอัยการหรืออัยการทหารมาสอบสวนร่วมหรือปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษพึงสร้างผลดีในการทำสำนวนพยานหลักฐานเพื่อทำให้คดีพิเศษมีพยานหลักฐานน่าเชื่อถือได้ แม้จะมีพนักงานอัยการมาสอบสวนร่วมด้วยก็ไม่ทำให้เกิดกับหลักการสอบสวนและการฟ้องร้องของไทย แต่เป็นการทำให้สำนวนการสอบสวนคดีพิเศษมีพยานหลักฐานที่หนักแน่นและเพียงพอ อีกทั้งเป็นการทำให้ระบบสอบสวนฟ้องร้องมีความใกล้ชิดและร่วมมือกันในการทำงานมากขึ้น ทำให้ระบบการสอบสวนฟ้องร้องมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันตามหลักการสอบสวนฟ้องร้องของอารยประเทศ

กรณีเห็นได้ว่า สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการกำหนดให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษขึ้นเพื่อแก้ไขความบกพร่องของพยานหลักฐานในคดีบางประเภทรวมทั้งระบบการสอบสวนตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะโดยหลักแล้วการค้นหาและรวบรวมพยานหลักฐานก็เพื่อมุ่งประสงค์ให้พยานหลักฐานเหล่านั้นมีความน่าเชื่อถือ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามหลักการรับฟังพยานหลักฐานของศาลในคดีอาญาว่าศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดถ้าพยานหลักฐานนั้นไม่มั่นคงชัดแจ้ง เนื่องจากต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ การพิพากษาคดีของศาลจึงต้องมีความแน่ใจ หากไม่แน่ใจถือว่ามีข้อสงสัย ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลยและพิพากษายกฟ้องปล่อยตัวจำเลยไป<sup>194</sup> (มาตรา 227 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา)<sup>195</sup>

<sup>194</sup> สุรพล ไตรเวทย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 191*, น. 29.

<sup>195</sup> มาตรา 227 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

“ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ว่าพนักงานสอบสวนทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีกรกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

(2) การมีหน่วยงานอื่นนอกจากพนักงานสอบสวนคดีพิเศษมาช่วยในการสอบสวนด้วย ถือเป็น การควบคุมและตรวจสอบการสอบสวนคดีพิเศษของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ เมื่อพนักงานอัยการหรืออัยการทหารเป็นหน่วยงานภายนอกกรมสอบสวนคดีพิเศษ การควบคุมในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการควบคุมการใช้อำนาจสอบสวนจากองค์กรภายนอก โดยเข้าไปพิจารณาร่วมตั้งแต่เริ่มต้นทำคดีจนถึงมีการทำสำนวนสรุปส่งให้พนักงานอัยการฟ้องคดีต่อศาล<sup>196</sup>

### (ข) อำนาจสืบสวนสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงของประเทศฝรั่งเศสรวมอยู่ที่เจ้าพนักงานตำรวจ พนักงานอัยการและศาลไต่สวน

ความผิดอาญาในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่<sup>197</sup>

1) ความผิดอุกฤษฏ์โทษหรือมหันตโทษ (les crimes หรือ crime) คือ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ได้แก่ คดีฆาตกรรม คดีลักทรัพย์โดยมีอาวุธ คดีอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คดีอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็นต้น จำเป็นต้องขอให้ศาลไต่สวนคดี (jurisdiction d'instruction) ทำการไต่สวนคดีทุกคดี และภายหลังจากที่ศาลไต่สวนคดีทำการไต่สวนคดีเสร็จสิ้นแล้ว คดีจะเข้าสู่ขั้นตอนของศาลที่ทำหน้าที่พิพากษาคดี และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสก็กำหนดให้ชำระคดีความผิดประเภทนี้ที่ศาลลูกขุน (cour d'assises)

2) ความผิดมีชดุมโทษ (les délits correctionnels) คือ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่สองเดือนถึงสิบปี การขอให้ศาลไต่สวนคดี (jurisdiction d'instruction) ทำการไต่สวนคดีไม่จำเป็นจะต้องทำทุกคดีไป โดยจะขึ้นอยู่กับลักษณะของคดีและความยากง่ายของคดี กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสก็กำหนดให้ชำระคดีประเภทนี้ที่ศาล tribunal correctionnel

---

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

<sup>196</sup> เชษฐ ฐนธิวงศ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 188*, น. 133-135.

<sup>197</sup> อุทัย อาทิวาทย์, “ตำรวจกับการสอบสวนคดีอาญาในประเทศฝรั่งเศส,” *บทบัญญัติ*, เล่ม 62, ตอน 4, น. 57 (ธันวาคม 2549), ธนกร วรปรัชญากุล, “ระบบศาลยุติธรรมและการขอให้มีการทบทวนคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศส,” *ดุลพินิจ*, เล่ม 1, ปีที่ 51, น. 54 (มกราคม 2547), และ โกเมน ภัทรภริมย์, “การฟ้องคดีอาญาในประเทศฝรั่งเศส,” ใน *สหทัย ทรัพย์สุนทรกุล และคณะ, ชีวิตและผลงาน โกเมน ภัทรภริมย์*, (กรุงเทพมหานคร: ศรีสมบัติการพิมพ์, 2536), น. 87.

3) ความผิดลหุโทษ (les contraventions) คือ ความผิดที่มีแต่โทษปรับ ไม่มีโทษจำคุก โดยรูปแบบแล้วแต่ต้องมีการไต่สวนคดี โดยผู้ทำการไต่สวนคดีจะไม่ใช่ศาลไต่สวนคดี (jurisdiction d'instruction) แต่จะเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ทำหน้าที่ไต่สวนคดี (un officier de police judiciaire) และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสก็กำหนดให้ชำระคดีประเภทนี้ที่ศาลแขวงหรือศาลตำรวจ (tribunal de police)

เนื่องด้วยประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้บัญญัติฐานความผิดอาญาร้ายแรงอันได้แก่ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้แล้วในมาตรา 211-1 (Du génocide) และมาตรา 212-1 ถึง 212-3 (Des autres crimes contre l'humanité)<sup>198</sup> ตามลำดับซึ่งเป็นความผิดที่จัดอยู่ในประเภทความผิดอุกฤษฏ์โทษ (crime)<sup>199</sup> ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอเสนอถึงอำนาจการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาฝรั่งเศสเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดอุกฤษฏ์โทษ (crime) เท่านั้นเพื่อเป็นตัวอย่างประกอบการพิจารณาสำหรับการเสนอแนะแนวทางที่จะมารองรับระบบการสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงของไทย

### 1) องค์การตำรวจของฝรั่งเศส

ตำรวจฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่<sup>200</sup>

1.1) ตำรวจฝ่ายปกครอง (La Police administrative) ตำรวจประเภทนี้อยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง มีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ ตำรวจฝ่ายปกครองทั่วไป (Police administrative générale) มีอำนาจหน้าที่ในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดกฎหมายทั่ว ๆ ไปด้วยการออกกฎหรือระเบียบ หรือด้วยการปฏิบัติการต่าง ๆ และตำรวจฝ่ายปกครองพิเศษ (Police administrative spéciale) มีอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการป้องกันมิให้มีการละเมิดกฎหมายเป็นเรื่อง ๆ เฉพาะกรณี ๆ ไป

<sup>198</sup> Code pénal, retrieved March 16, 2010, from [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>199</sup> มาตรา 131-1 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสกำหนดไว้ว่า ความผิดอุกฤษฏ์โทษ (crime) คือ คดีที่มีความผิดร้ายแรงซึ่งมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปหรือโทษที่หนักกว่า

ปกป้อง ศรีสนิท, “ปัญหาการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย,” ใน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *รวมบทความงานวิชาการประจำปี ครั้งที่ 3 ปีพุทธศักราช 2550*, (ปทุมธานี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต, 2552), น. 475.

<sup>200</sup> อุทัย อาทิวาท, *อั่งแล้ว เริงอรรถที่ 197*, น. 45-52.

หากเปรียบเทียบกับตำรวจของไทย ตำรวจฝ่ายปกครองทั่วไปของฝรั่งเศสจะมีความหมายใกล้เคียงกับความหมายของ “พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ” ของไทย ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (16) หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายให้มีอำนาจและหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ให้รวมทั้งพัสดี เจ้าพนักงานกรมสรรพสามิต กรมศุลกากร กรมเจ้าท่า พนักงานตรวจคนเข้าเมือง และเจ้าพนักงานอื่น ๆ ในเมื่อทำการอันเกี่ยวกับการจับกุมปราบปรามผู้กระทำความผิดกฎหมาย ซึ่งตนมีหน้าที่ต้องจับกุมหรือปราบปราม

1.2) ตำรวจฝ่ายคดี (La Police judiciaire) ตำรวจประเภทนี้เป็นกลไกของการอำนวยความสะดวกซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจตุลาการ และจะเข้ามาในคดีต่อเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น เปรียบเทียบได้กับ “พนักงานสอบสวน” ของไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (6) ที่หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายให้มีอำนาจและหน้าที่ทำการสอบสวน และ “การสอบสวน” ตามมาตรา 2 (11) หมายความว่า การรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ โดยลักษณะการทำงานของพนักงานสอบสวนของไทยจึงเข้ามาในคดีเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วเช่นกัน ตำรวจฝ่ายคดี (La Police judiciaire) แบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือ

1.2.1) เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี (Les officiers de police judiciaire) ได้แก่ บุคคลตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 16 เช่น นายกเทศมนตรี เจ้าพนักงานหรือทหารชั้นสัญญาบัตรของกองบัญชาการรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ผู้ตรวจราชการตำรวจ (จเรตำรวจ) ผู้อำนวยการตำรวจฝ่ายคดีประจำกระทรวงมหาดไทยและกระทรวงกลาโหม ฯลฯ มีอำนาจรับคำร้องทุกข์ (Les plaintes) และคำกล่าวโทษ (Les denonciations) มีอำนาจทำการสอบสวนในเบื้องต้น มีอำนาจควบคุมตัว หรือในกรณีทำการสอบสวนความผิดอุกฤษฏ์โทษและความผิดมัจฉิมโทษซึ่งหน้าที่จะมีอำนาจการสอบสวนที่มีขอบเขตอย่างกว้างขวาง เป็นต้น

1.2.2) เจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดี (Les agents de police judiciaire) เปรียบเสมือนเป็นผู้ช่วยของเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี ได้แก่ บุคคลตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 20 เช่น ทหารตำรวจซึ่งไม่มีฐานะของเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี ข้าราชการซึ่งเป็นผู้บังคับหน่วยและสังกัดของสำนักงานตำรวจแห่งชาติซึ่งไม่มีฐานะเป็น

เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี ฯลฯ อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดีนี้ มีฐานะเป็นผู้ช่วยเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีในการปฏิบัติภารกิจ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 20) เจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดีมีอำนาจลงบันทึกการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นและมีอำนาจบันทึกคำให้การของพยาน (มาตรา 20 และ 22) อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดีจะไม่มีอำนาจในการตัดสินใจควบคุมตัวผู้ต้องสงสัย

สำหรับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไม่ได้กำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดีเป็นผู้ช่วยพนักงานสอบสวนเหมือนกับกฎหมายฝรั่งเศส มีเพียงแต่มาตรา 124 ที่บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะร้องทุกข์ต่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งมีตำแหน่งหน้าที่รองหรือเหนือพนักงานสอบสวน และเป็นผู้ซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายได้เท่านั้น และเมื่อได้รับคำร้องทุกข์แล้วให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเช่นว่านั้นจัดการส่งคำร้องทุกข์ของผู้เสียหายไปยังพนักงานสอบสวน และจะบันทึกหมายเหตุอะไรบ้างเพื่อประโยชน์ของพนักงานสอบสวนก็ได้

อย่างไรก็ดี พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจของไทยไม่มีฐานะเป็นผู้ช่วยพนักงานสอบสวนอย่างเช่นเจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดีในกฎหมายฝรั่งเศสแต่อย่างใด โดยหลักการพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจของไทยจึงไม่มีอำนาจบันทึกคำให้การของพยาน จริงอยู่ที่มาตรา 128 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้บัญญัติว่าพนักงานสอบสวนไทยมีอำนาจให้เจ้าพนักงานอื่นทำการใดที่เป็นสิ่งเล็กน้อยในการสอบสวนแทนได้ เช่น การกระทำตามมาตรา 132 (1) (2) และ (4) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่จะรวบรวมพยานหลักฐานโดยการตรวจตัวผู้เสียหายเมื่อผู้เสียหายยินยอมหรือค้นเพื่อพบสิ่งของซึ่งมีไว้เป็นความผิด เป็นต้น แต่การสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานนั้น มีบทบัญญัติมาตรา 133 ให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการสอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะที่พนักงานสอบสวนควรต้องกระทำเอง กรณีมิใช่การเล็กน้อยที่จะมอบหมายให้ผู้ได้บังคับบัญชาของตนทำการแทนได้

## 2) องค์การอัยการของฝรั่งเศส<sup>201</sup>

ตามความหมายฝรั่งเศส พนักงานอัยการ (Le ministère public) หมายถึง เจ้าพนักงานซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ประจำอยู่ตามศาลเพื่อเป็นผู้แทนของสังคม มีอำนาจและหน้าที่ดำเนินการในนามของสังคมให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เป็นผู้

<sup>201</sup> โกลเมน ภัทรภิรมย์, “อัยการฝรั่งเศส,” ใน สหาย ททรัพย์สุนทรกุล และคณะ, ชีวิตและผลงาน โกลเมน ภัทรภิรมย์, (กรุงเทพมหานคร: ศรีสมบัติการพิมพ์, 2536), น. 221-224.

ฟ้องร้องดำเนินคดีและจัดให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษา อัยการฝรั่งเศสมีฐานะเช่นเดียวกับผู้พิพากษาโดยอัยการเป็นตัวแทนของอำนาจทางฝ่ายบริหารจึงไม่ขึ้นอยู่กับอำนาจของศาลหรือตุลาการ ศาลไม่มีอำนาจกำหนดควบคุม (censurer) การปฏิบัติงานของอัยการ อัยการฝรั่งเศสเมื่อได้รับแต่งตั้งให้มีหน้าที่ประจำศาลใดศาลหนึ่งแล้ว ก็มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีเฉพาะในศาลนั้น อย่างเช่นในส่วนของศาลอุทธรณ์ (Cour d'assises) ที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาความผิดอุกฤษฏ์โทษซึ่งมีโทษจำคุกอย่างต่ำตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปนั้น หากศาลนี้เปิดการพิจารณาในเมืองที่มีศาลอุทธรณ์ อัยการที่ดำเนินคดีในศาลนี้ก็จะเป็นอัยการประจำศาลอุทธรณ์ หรือหากศาลเปิดการพิจารณาในเมืองที่ไม่มีศาลอุทธรณ์ อัยการที่ดำเนินคดีก็เป็นหัวหน้าอัยการประจำศาลชั้นต้น ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “อัยการแห่งสาธารณรัฐ” (Procureur de la République) ทำหน้าที่ในฐานะเป็นผู้ช่วยและในนามของอธิบดีอัยการศาลอุทธรณ์ สำหรับตัวอธิบดีอัยการศาลอุทธรณ์เองก็มีอำนาจดำเนินคดีในศาลอุทธรณ์ทุกศาลในเขตของตน หรือจะแต่งตั้งอัยการในศาลอุทธรณ์คนใดคนหนึ่งให้ทำหน้าที่ในศาลอุทธรณ์ก็ได้

### 3) องค์การศาลของฝรั่งเศส

ศาลยุติธรรมในคดีอาญา (Les juridictions répressives) สามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ ศาลที่ทำหน้าที่ไต่สวน (jurisdiction d'instruction) และศาลที่ทำหน้าที่พิพากษาคดี (jurisdiction de jugement) ซึ่งขอกกล่าวถึงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาร้ายแรง ดังนี้

#### 3.1) ศาลไต่สวนซึ่งทำหน้าที่ไต่สวนคดี (jurisdiction d'instruction)<sup>202</sup>

การไต่สวนคดีเป็นขั้นตอนที่จะต้องมีการดำเนินการกับการกระทำความผิดอาญาทุกประเภท เว้นแต่ในคดีความผิดเล็กน้อย (les petites affaires) เช่น การขับรถฝ่าไฟแดงที่ไม่จำเป็นต้องมีการไต่สวนคดีโดยศาลไต่สวน เป็นต้น โดยศาลชั้นต้น<sup>203</sup> Tribunal de Grande Instance (ศาลจังหวัด) จะทำหน้าที่เป็นศาลไต่สวน ส่วนประเภทความผิดทางอาญาที่ต้องไต่สวนโดยศาลไต่สวน ได้แก่ ความผิดอุกฤษฏ์โทษทุกคดี ในขณะที่ความผิดฆาตกรรมไม่จำเป็นต้องมีการไต่สวนทุกคดีซึ่งพิจารณาจากลักษณะและความยากง่ายของคดี การไต่สวนนี้เป็นลักษณะเฉพาะของวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส ที่มีผู้พิพากษาไต่สวนเข้ามาสอบสวน

<sup>202</sup> ธนกร วรปรัชญากุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 197*, น. 54.

<sup>203</sup> โกเมน ภัทรภิมย์, “การสอบสวนคดีอาญาในประเทศฝรั่งเศส,” ใน สหาย ทรัพย์สุนทรกุล และคณะ, *ชีวิตและผลงาน โกเมน ภัทรภิมย์*, (กรุงเทพมหานคร: ศรีสมบัติการพิมพ์) 2536, น. 61.

คดีอาญา โดยเรียกชื่อการสอบสวนดังกล่าวว่า “การไต่สวนคดีอาญา” (l'instruction) การไต่สวนของผู้พิพากษาไต่สวนจะเป็นการค้นหาข้อเท็จจริงที่จะเป็นประโยชน์ต่อศาลที่มีเขตอำนาจในชั้นพิจารณาพิพากษาคดีที่จะวินิจฉัยความผิดและผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม การไต่สวนก็ยังมี ความแตกต่างจากการสอบสวนอยู่บ้าง<sup>204</sup>

### 3.2) ศาลลูกขุนซึ่งทำหน้าที่พิพากษาคดีความผิดอุกฤษฎ์โทษหรือมหันตโทษ

205

ศาลลูกขุน (Les Cours d'assises)<sup>206</sup> เป็นศาลยุติธรรมที่ทำหน้าที่พิพากษาคดี (jurisdiction de jugement) สำหรับความผิดที่มีโทษอุกฤษฎ์โทษหรือโทษมหันตโทษ (les crimes หรือ crime) ผู้พิพากษาในศาลดังกล่าวประกอบไปด้วยผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจและผู้พิพากษาอีก 2 นาย ต้องเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือเป็นผู้พิพากษาศาลชั้นต้น Tribunal de grand instance (ศาลจังหวัด) แห่งท้องที่ที่ศาลลูกขุนตั้งอยู่ นอกจากนี้ ยังประกอบไปด้วยคณะลูกขุนจำนวน 9 คน ได้มาจากการจับสลากเลือกจากผู้มีอายุ 23 ปีขึ้นไป (citoyens tirés au sort) และมีชื่ออยู่ในทะเบียนผู้มีสิทธิเลือกตั้งประจำปีของท้องที่ที่ศาลลูกขุนตั้งอยู่ อันเป็นระบบการพิจารณาคดีที่มีลูกขุนเพียงที่เดียวในประเทศฝรั่งเศสและด้วยเหตุที่ศาลลูกขุนเป็นศาลที่ประกอบด้วยคณะลูกขุนซึ่งเป็นตัวแทนของอำนาจประชาชนของประเทศ (jurisdiction populaire) ศาล Les Cours d'assises จึงเป็นศาลชั้นแรกโดยคดีไม่ต้องผ่านศาลอื่นและเป็นศาลชั้นสุดท้าย (en premier et dernier ressort) ในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงในคดีอุกฤษฎ์โทษ คณะลูกขุนจึงมีคำวินิจฉัย (verdicts) ในคดีอุกฤษฎ์โทษเป็นครั้งแรกและเป็นครั้งสุดท้ายในชั้นของศาลลูกขุนนี้ จึงไม่สามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะลูกขุนต่อไปอีกได้

หนึ่งในแต่ละ département จะมีศาลลูกขุนอยู่ 1 แห่งโดยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดอุกฤษฎ์โทษหรือมหันตโทษ (les crimes หรือ crime)

#### 4) กระบวนการสอบสวนความผิดอาญาร้ายแรงของประเทศฝรั่งเศส

ระบบการสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงซึ่งมีความผิดประเภทอุกฤษฎ์โทษในประเทศฝรั่งเศสนั้น ตำรวจที่ทำหน้าที่เป็นตำรวจฝ่ายคดีถือว่าเป็นหัวใจของการสอบสวน โดยเฉพาะการสอบสวนความผิดซึ่งหน้าและการสอบสวนเบื้องต้นซึ่งเป็นส่วนสำคัญของการไต่สวนของผู้

<sup>204</sup> อูทัย อาทิวาท, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 197*, น. 72.

<sup>205</sup> ธนกร วรปรัชญากุล, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 197*, น. 58.

<sup>206</sup> โกลเมน ภัทรภิรมย์, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 197*, น. 87.

พิพากษาไต่สวนในคดีความผิดอุกฤษฏ์โทษ หากว่าต่อมาพนักงานอัยการได้ส่งสำนวนการสอบสวนเบื้องต้นมาให้ผู้พิพากษาไต่สวนดำเนินคดี<sup>207</sup>

การปฏิบัติงานของตำรวจฝ่ายคดีในประเทศฝรั่งเศส มิใช่การทำงานที่เป็นอิสระจากหน่วยงานอื่นในกระบวนการยุติธรรม แต่เป็นการปฏิบัติงานที่มีดุลยสัมพันธ์ของอำนาจหน้าที่และการปฏิบัติงานระหว่างตำรวจฝ่ายคดีกับตุลาการซึ่งเป็นผู้อำนวยความสะดวกอันประกอบด้วยพนักงานอัยการและผู้พิพากษาไต่สวน

ความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานอัยการและตำรวจฝ่ายคดีมีลักษณะของความสัมพันธ์ในแนวดิ่งมาตั้งแต่ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1959 เสียอีก กล่าวคือ มีลักษณะการบังคับบัญชาในการปฏิบัติงาน ดังจะเห็นได้จากหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

208

(1) ตำรวจฝ่ายคดีปฏิบัติหน้าที่ภายใต้การอำนวยการของอัยการแห่งสาธารณรัฐ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 12 (1))

(2) ตำรวจฝ่ายคดีอยู่ภายใต้การสอดส่องดูแลของอธิบดีอัยการและภายใต้การควบคุมของศาลไต่สวน (Chambre de l'instruction) สอดคล้องกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 13)

(3) เมื่อเปิดการไต่สวนคดีขึ้นแล้ว (Information est ouverte) ตำรวจฝ่ายคดีจะปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนของอำนาจศาลไต่สวน และส่งข้อมูลตามคำร้องของผู้พิพากษา

ความสัมพันธ์ขึ้นอยู่กับประเภทของการสอบสวนซึ่งได้แก่ 1) การสอบสวนความผิดซึ่งหน้า (L'enquête de flagrance หรือบางครั้งเรียกว่า L'enquête de flagrant délit)<sup>209</sup> 2) การ

<sup>207</sup> อุทัย อาทิวา, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 197, น. 73.

<sup>208</sup> เิงอ้าง, น. 55-56.

<sup>209</sup> ความผิดซึ่งหน้าตามกฎหมายฝรั่งเศสมีความหมายใกล้เคียงกับกฎหมายไทย กล่าวคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 53 บัญญัติไว้ให้หมายความ ว่า ความผิดซึ่งเพิ่งกระทำลงสด ๆ ร้อน ๆ และให้รวมถึงการกระทำซึ่งถือว่าเป็นความผิดซึ่งหน้า (l'infraction réputée flagrante) คือ ความผิดซึ่งในเวลาใกล้เคียงกับเวลาเกิดเหตุ บุคคลผู้ต้องสงสัยถูกล่าติดตามพร้อมกับเสียงร้องขอประชาชน หรือพบว่าบุคคลนั้นมีวัตถุ หรือร่องรอยหรือสิ่งบ่งชี้ที่ทำให้เห็นว่าเขาได้กระทำความผิด

เิงอ้าง, น. 57.

สอบสวนเบื้องต้น (L'enquête préliminaire) และ 3) การสอบสวนโดยผู้พิพากษาไต่สวน (L'instruction préparatoire) การสอบสวนสองประเภทแรกเป็นการสอบสวนซึ่งกระทำโดยตำรวจฝ่ายคดี ส่วนการสอบสวนประเภทที่สามกระทำโดยผู้พิพากษาไต่สวน การสอบสวนทั้งสามประเภทนี้มีลักษณะแตกต่างกันบางประการ จึงทำให้อำนาจการสอบสวนของตำรวจฝ่ายคดีในแต่ละประเภทของการสอบสวนแตกต่างกัน สาระสำคัญของ การสอบสวนทั้ง 3 ประเภท ได้แก่<sup>210</sup>

#### 4.1) การสอบสวนความผิดซึ่งหน้า (L'enquête de flagrance หรือบางครั้งเรียกว่า L'enquête de flagrant delit)<sup>211</sup>

การสอบสวนความผิดซึ่งหน้า (L'enquête de flagrance หรือบางครั้งเรียกว่า L'enquête de flagrant delit) เป็นการสอบสวนประเภทที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีในการปฏิบัติหน้าที่และใช้มาตรการบังคับเพื่อการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงมากกว่าการสอบสวนประเภทอื่น เนื่องจากเป็นความผิดที่เกิดขึ้นในระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับการจับกุมตัวผู้กระทำความผิดได้ และนอกจากนั้นก็ถือว่าเป็นการสอบสวนที่จำกัดประเภทของความผิดอยู่เพียงเฉพาะความผิดที่ร้ายแรง คือ ความผิดอุกฤษฏ์โทษและความผิดฆาตกรรมที่มีโทษจำคุกเท่านั้น<sup>212</sup>

ในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีหลังจากที่พบหรือได้รับแจ้งเหตุว่ามี การกระทำความผิดซึ่งหน้าเกิดขึ้นนั้น ประการแรก เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีจะต้องรีบแจ้งให้ อัยการแห่งสาธารณรัฐทราบโดยทันที (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 54 และ D.3) และจะต้องรีบเดินทางไปยังสถานที่เกิดเหตุ เมื่อเดินทางไปถึงแล้ว เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีมีอำนาจดำเนินการที่เป็นประโยชน์ในการสอบสวน

การดำเนินงานของเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีในกรณีความผิดซึ่งหน้านี้ถือเป็นเรื่อง พิเศษที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้อำนาจแก่ตำรวจในการเริ่มดำเนินการปฏิบัติงานที่มีลักษณะ เทียบได้กับการไต่สวนของผู้พิพากษาไต่สวนในระหว่างระยะเวลาซึ่งการสอบสวนความผิดซึ่งหน้า อยู่ภายในอำนาจของตัวเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีเองตามกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องมาจากเหตุผลของ ความเร่งด่วนในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ดังนั้น

<sup>210</sup> เฟ็งอ้าง, น. 56-57.

<sup>211</sup> เฟ็งอ้าง, น. 57-66.

<sup>212</sup> ความผิดฆาตกรรมที่มีแต่โทษปรับ และความผิดลหุโทษซึ่งไม่มีโทษจำคุกอยู่แล้ว เป็นความผิดเล็กน้อย จึงไม่มีความจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับที่รุนแรงในการปฏิบัติหน้าที่ของ ตำรวจฝ่ายคดีแต่อย่างใด

การกระทำทุกอย่างดังกล่าวในชั้นสอบสวนความผิดซึ่งหน้าของเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีจึงมีลักษณะเหมือนกับการดำเนินการไต่สวนของผู้พิพากษาไต่สวนในการสอบสวนเบื้องต้น อย่างไรก็ตาม การสอบสวนความผิดซึ่งหน้าที่กระทำโดยเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีนั้นถือว่าเป็นการชั่วคราวและมีขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกสำหรับการไต่สวนคดีซึ่งจะตามมาในภายหลัง เนื่องจากการสอบสวนความผิดซึ่งหน้าของตำรวจนี้กฎหมายกำหนดระยะเวลาสำหรับการดำเนินการไว้ไม่เกิน 8 วัน (มาตรา 53 วรรค 2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส)

เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีมีอำนาจใช้มาตรการบังคับได้หลายกรณี เช่น สืบสวนสอบสวนเพื่อนำไปสู่การค้นพบพยานหลักฐานที่ยังไม่ปรากฏโดยค้นหาวรรดาเอกสารหรือวัตถุทั้งหลายที่เกี่ยวข้อง, ทำการค้นบุคคลสถานที่, เรียกบุคคลให้มาปรากฏตัวเพื่อทำการสอบสวน, ทำการควบคุมตัว (la garde à vue), ทำการจับกุม (l'arrestation)<sup>213</sup>, และสอบปากคำพยานบุคคล (Audition des témoins) เป็นต้น

#### 4.2) การสอบสวนเบื้องต้น (L'enquête préliminaire)<sup>214</sup>

การสอบสวนเบื้องต้น (L'enquête préliminaire) เป็นการสอบสวนอีกประเภทหนึ่งที่เกิดกระทำโดยตำรวจฝ่ายคดีเช่นเดียวกับการสอบสวนความผิดซึ่งหน้า การสอบสวนเบื้องต้นอาจเริ่มต้นโดย (1) พนักงานอัยการเมื่อได้รับคำร้องทุกข์หรือคำกล่าวโทษ แล้วส่งเรื่องให้เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีดำเนินการสอบสวน หรือ (2) อาจเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีได้รับแจ้งเรื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดีหรือมีคำร้องทุกข์หรือคำกล่าวโทษ แล้วรายงานให้พนักงานอัยการทราบและอัยการได้มีคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรให้เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีดำเนินการสอบสวนต่อไป

วัตถุประสงค์ของการสอบสวนเบื้องต้นก็เหมือนกับการสอบสวนความผิดซึ่งหน้า คือ เพื่อค้นหาพยานหลักฐานที่จำเป็นสำหรับการพิสูจน์ความจริง เป็นการสอบสวนที่มีความมุ่งหมายเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดให้แก่อัยการแห่งสาธารณรัฐ อย่างไรก็ตาม การสอบสวนเบื้องต้นเป็นการสอบสวนที่มีมาตรการบังคับที่กระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลผู้ต้อง

<sup>213</sup> ตำรวจฝ่ายคดี ไม่ว่าจะเป็นเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดีมีอำนาจทำการจับกุมตัวบุคคลผู้ต้องข้อสันนิษฐานว่ากระทำความผิดอาญาโทษหรือความผิดมัจฉิมโทษซึ่งหน้า

<sup>214</sup> อุทัย อาทิวาท, อ้างแล้ว เที่ยงธรรมที่ 197, น. 66-72.

สงสัยหรือผู้ต้องหาน้อยกว่าการสอบสวนความผิดซึ่งหน้า กล่าวคือ การสอบสวนเบื้องต้นไม่อาจกระทำลงต่อบุคคลใดได้ เว้นแต่บุคคลนั้นจะให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยพฤตินัย ดังนั้น ตำรวจฝ่ายคดีจะต้องได้รับความยินยอมอนุญาตจากบุคคลผู้มีส่วนได้เสียก่อนที่จะกระทำการใด ๆ อันเป็นส่วนหนึ่งของการสอบสวนเบื้องต้น โดยความผิดที่อยู่ในขอบเขตของการสอบสวนเบื้องต้นนั้นมีมากกว่าการสอบสวนความผิดซึ่งหน้า เพราะความผิดทุกประเภทอยู่ในขอบเขตของการสอบสวนเบื้องต้นทั้งหมด<sup>215</sup>

สำหรับพนักงานอัยการนั้น นอกจากอัยการแห่งสาธารณรัฐแล้ว อัยการผู้ช่วยของอัยการแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจออกคำสั่งให้เปิดการสอบสวนเบื้องต้นได้เนื่องจากเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดทิศทางกำกับดูแลการสอบสวน (มาตรา 12, 41 และ 75 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส) พนักงานอัยการอาจกระทำการสอบสวนด้วยตนเอง เนื่องจากมีสถานะพิเศษของเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีอยู่แล้วตามมาตรา 41 วรรค 4 แต่ในกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีได้เริ่มทำการสอบสวนเบื้องต้นโดยดุลพินิจของตนเอง เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีมีหน้าที่ต้องรายงานความก้าวหน้าของการสอบสวนเบื้องต้นให้อัยการแห่งสาธารณรัฐทราบภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่เริ่มทำการสอบสวน (มาตรา 75-1)

มาตรการบังคับที่จำเป็นในการสอบสวนเบื้องต้นนั้น เป็นมาตรการบังคับปกติไม่แตกต่างจากมาตรการบังคับที่ใช้ในการสอบสวนความผิดซึ่งหน้า แต่มีมาตรการบางประการที่มีการเพิ่มอำนาจคือ อำนาจในการทำคำร้อง และมาตรการที่มีสภาพบังคับ

การสอบปากคำในการสอบสวนเบื้องต้นก็มีวัตถุประสงค์เดียวกับการสอบสวนความผิดซึ่งหน้า กล่าวคือ เพื่อค้นพบพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อการพิสูจน์ความจริง และพยานบุคคลก็สามารถเรียกร้องให้ตนเองอาศัยอยู่ในสถานที่ของตำรวจหรือ Gendarmerie ได้ เช่นเดียวกับการสอบสวนความผิดซึ่งหน้า (มาตรา 78 วรรค 4 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส) ในด้านรูปแบบของการสอบปากคำของการสอบสวนเบื้องต้นก็เป็นเช่นเดียวกับการสอบปากคำพยานบุคคล ผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายในการสอบปากคำของการสอบสวนความผิดซึ่ง

<sup>215</sup> ไม่ว่าความผิดดังกล่าวจะเป็นความผิดลหุโทษซึ่งมีแต่เพียงโทษปรับ หรือความผิดมัจฉิมโทษซึ่งกำหนดไว้แต่เพียงโทษปรับเท่านั้น ก็อยู่ในขอบเขตที่สามารถทำการสอบสวนเบื้องต้นได้ แตกต่างกับการสอบสวนความผิดซึ่งหน้าซึ่งกระทำได้เฉพาะความผิดอุกฤษฏ์โทษและมัจฉิมโทษเท่านั้น ไม่สามารถกระทำได้ในกรณีความผิดลหุโทษ

หน้า โดยจะมีเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีเป็นผู้ดำเนินการ หรืออาจดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายคดีภายใต้การควบคุมของเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี

เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีดำเนินการสอบสวนเบื้องต้นเสร็จสิ้นแล้ว จะส่งผลการสอบสวนเบื้องต้นให้อัยการแห่งสาธารณรัฐเพื่อพิจารณาใช้ดุลยพินิจในการฟ้องคดีอาญาต่อไป ถ้ามีการควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้และพยานหลักฐานที่รวบรวมได้เพียงพอต่อการฟ้องคดีแล้ว อัยการแห่งสาธารณรัฐก็จะพิจารณาถึงความจำเป็นที่จะต้องส่งตัวบุคคลผู้ต้องหามาต่อหน้าเขาหรือสั่งให้ปล่อยตัวชั่วคราว โดยใช้กระบวนการพิจารณาให้ผู้ต้องหามาปรากฏตัวโดยทันที (La comparution immédiate) หรือฟ้องคดีโดยตรง (une citation directe) หรือร้องขอให้ผู้พิพากษาไต่สวนเปิดการไต่สวน (l'ouverture d'une information) สำหรับคดีความผิดอาญาโทษ (crime)

#### 4.3) การสอบสวนโดยผู้พิพากษาไต่สวน (L'instruction préparatoire)<sup>216</sup>

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการสอบสวนโดยผู้พิพากษาไต่สวน (L'instruction préparatoire) เป็นลักษณะเฉพาะของวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสที่มีผู้พิพากษาไต่สวนเข้ามาทำการสอบสวน ซึ่งได้เรียกชื่อการสอบสวนว่า “การไต่สวนคดีอาญา” (l'instruction) โดยผู้พิพากษาไต่สวนจะเป็นผู้ค้นหาข้อเท็จจริงที่จะเป็นประโยชน์ให้แก่ศาลที่มีเขตอำนาจในชั้นพิจารณาต่อไป อย่างไรก็ตาม การไต่สวนมีความแตกต่างจากการสอบสวน 3 ประการ คือ

4.3.1) การไต่สวนกระทำได้โดยไม่จำกัดเวลาในการดำเนินงาน

4.3.2) การกระทำของผู้พิพากษาไต่สวนนั้นมีความหลากหลายและมีขอบเขตที่ไม่จำกัดเหมือนการสอบสวนของเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี

4.3.3) การไต่สวนจะกระทำได้ต่อเมื่อได้มีการเริ่มคดีอาญา (la mise en mouvement des poursuites) บุคคลที่อยู่ในกระบวนการไต่สวนจะไม่ใช้อยู่ในฐานะของผู้ต้องสงสัยหรือผู้เสียหายอีกต่อไป แต่จะมีฐานะเป็นผู้ถูกกล่าวหา ผู้ต้องหาและคู่ความฝ่ายแพ่ง

การไต่สวนของผู้พิพากษาไต่สวนนั้น นับว่าเป็นวิธีพิจารณาคดีอาญาชั้นก่อนพิจารณาของระบบกฎหมายฝรั่งเศสโดยเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดอาญาโทษนั้นจะต้องได้รับการสอบสวนหรือไต่สวนโดยศาลไต่สวนในทุกคดี

การร้องขอให้ศาลไต่สวนทำการไต่สวนคดีสามารถทำได้ 2 วิธี กล่าวคือ วิธีแรก พนักงานอัยการประจำศาล Tribunal de Grande Instance (Procureur de la République) หรือ

<sup>216</sup> อูทัย อาทิวา, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 197*, น. 72-73, ธนกร วรปรัชญากุล, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 197*, น. 54-58.

“อัยการแห่งสาธารณรัฐ” ยื่นคำฟ้องเพื่อให้มีการไต่สวนคดี (réquisitoire introductif หรือ “de soit informé”) ซึ่งถือว่าเป็นการเริ่มต้นของการฟ้องคดีอาญาต่อศาล และศาลไต่สวนคดีมีหน้าที่ต้องรวบรวมพยานหลักฐานในคดีตามคำฟ้องของอัยการ วิธีที่สอง คือ คู่ความในคดีที่เป็นประชาชนทั่วไป (la partie civile) ที่เป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาญา (la victime de l’infraction) สามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลไต่สวนเพื่อให้มีการไต่สวนคดีได้ (la plainte avec constitution de partie civile) ซึ่งถือเป็นมาตรการสำหรับผู้เสียหายที่จะยื่นฟ้องคดีอาญาต่อศาล เพื่อให้มีการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญา และเพื่อให้มีการชดเชยค่าเสียหายที่ได้รับจากการกระทำความผิด เมื่ออัยการปฏิเสธหรือผิดผ่อนเวลาที่จะยื่นคำฟ้องให้ศาลไต่สวนทำการไต่สวนคดี (มาตรา 85 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส)

ในทางปฏิบัติ เมื่ออัยการยื่นคำฟ้องให้ศาลไต่สวนทำการไต่สวนคดีแล้วศาลไต่สวนจะมอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจที่ทำหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี (un officier de police judiciaire) ทำการรวบรวมพยานหลักฐานเบื้องต้นในคดี โดยในการนี้ศาลไต่สวนคดีสามารถสั่งไม่รับไต่สวนคดี (une ordonnance de refus d’informer) เมื่อเห็นว่าไม่สามารถที่จะฟ้องร้องผู้กระทำความผิดได้ตามกฎหมายซึ่งได้แก่ กรณีมีการนิรโทษกรรมการกระทำความผิดของผู้ต้องหาแล้ว มิฉะนั้น ศาลไต่สวนจะต้องทำการไต่สวนคดีเสมอ (มาตรา 86 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส) โดยศาลไต่สวนที่มีเขตอำนาจไต่สวนคดี ได้แก่ ศาลแห่งท้องที่ที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น ศาลแห่งท้องที่ที่ผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดคนใดคนหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ หรือศาลแห่งท้องที่ที่จับกุมผู้ต้องสงสัยได้ (มาตรา 52)

ศาลไต่สวน<sup>217</sup> ทำหน้าที่ค้นหาพยานหลักฐานในคดีเพื่อที่จะพิสูจน์ทั้งการกระทำความผิดและความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ศาลไต่สวนจะทำหน้าที่รวบรวมเอกสารในคดีและค้นหาพยานหลักฐานต่าง ๆ โดยศาลไต่สวนสามารถทำการได้เกือบทุกสิ่งเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานที่ต้องการ ถึงแม้ว่าการกระทำนั้นอาจจะกระทบต่อเสรีภาพส่วนบุคคลก็ตาม ศาลไต่สวนมีอำนาจเข้าไปได้ทุกสถานที่ ยึดสิ่งของได้ทุกอย่าง ทำการเดินเผชิญสืบสถานที่เกิดเหตุ ยึดของกลาง สั่งให้ผู้เชี่ยวชาญทำการตรวจพิสูจน์ในคดี ออกหมายเรียกบุคคลที่คำให้การของเขาเหล่านั้นเป็นประโยชน์ต่อการรวบรวมพยานหลักฐานโดยให้บุคคลดังกล่าวมาปรากฏตัวต่อ

<sup>217</sup> ผู้พิพากษาไต่สวนแห่งศาลไต่สวนทำหน้าที่คล้ายกับพนักงานสอบสวนของไทย แต่มีอำนาจมากกว่า

โกเมน ภัทรภิรมย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 197, น. 95.

ศาล เป็นต้น (มาตรา 101 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส) การทำหน้าที่ไต่สวนคดีนี้ศาลไต่สวนอาจทำหน้าที่นี้ด้วยตนเอง หรือมอบหมายให้บุคคลอื่นที่เรียกว่า commission rogatoire ซึ่งก็คือ ผู้พิพากษาไต่สวนคดีคนอื่นหรือเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี (un officier de police judiciaire) ให้เป็นผู้ทำหน้าที่สอบสวนคดีแทนได้

เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีจะปฏิบัติหน้าที่ภายใต้อำนาจควบคุมของพนักงานอัยการฝรั่งเศส (sous la direction du procureur de la République) ตามมาตรา 12 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส และในแต่ละเขตอำนาจของศาลอุทธรณ์ เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีที่ทำหน้าที่ไต่สวนคดีจะปฏิบัติหน้าที่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของอัยการประจำศาลอุทธรณ์และภายใต้การควบคุมของศาล Chambre de l'instruction (มาตรา 13) นอกจากนี้ เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดียังปฏิบัติหน้าที่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของอัยการสูงสุด ซึ่งมีอำนาจสั่งให้เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีที่ทำหน้าที่ไต่สวนคดีรวบรวมรายละเอียดข้อเท็จจริงทุกอย่างที่เห็นว่าจำเป็นต่อการดำเนินคดีในศาล (มาตรา 38) การควบคุมตรวจสอบของอัยการสูงสุดนั้นจะกระทำโดยอัยการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นของอัยการ และโดยอัยการควบคุมตรวจสอบโดยตรงที่กระทำต่อเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีแต่ละคนที่ทำหน้าที่ไต่สวนคดี

ดังนั้น กรณีจะเห็นได้ว่าในประเทศฝรั่งเศสแบ่งการสอบสวนได้เป็น 2 ชั้น ชั้นแรกเป็นอำนาจของตำรวจและอัยการ ส่วนอีกชั้นหนึ่งมีผู้พิพากษาไต่สวน (le juge d' instruction) เป็นผู้ดำเนินการ ในชั้นผู้พิพากษาไต่สวนนี้ อัยการก็ยังเข้าเกี่ยวข้องอยู่ โดยเป็นผู้วินิจฉัยว่าควรมีการไต่สวนในความผิดใด และยื่นคำร้องให้ไต่สวน ผู้พิพากษาไต่สวนจะไต่สวนเองโดยอัยการไม่ได้ร้องขอไม่ได้ และถ้าจะขยายเขตการไต่สวนไปยังการกระทำอื่นที่ไม่ได้อยู่ในคำร้องขอให้ไต่สวน ก็ต้องให้อัยการขอเพิ่มเติมในระหว่างไต่สวน อัยการมีสิทธิขอคู่สำนวนการไต่สวน เข้าฟังการไต่สวน ร่วมไปดูที่เกิดเหตุ ร่วมในการค้น การสอบปากคำ และอาจขอให้ทำการไต่สวนต่อไปหากเห็นว่าเลิกการไต่สวนก่อนสมควร และเมื่อไต่สวนเสร็จแล้ว ผู้พิพากษาไต่สวนจะส่งสำนวนการไต่สวนให้อัยการพิจารณาทำคำแถลง<sup>218</sup> นอกจากนี้ อำนาจสอบสวนคดีอาญากับอำนาจฟ้องคดีอาญายังอยู่ในอำนาจเดียวกันโดยอัยการเป็นพนักงานสอบสวนและเป็นผู้ควบคุมการสอบสวนด้วย ทำให้มีองค์กรที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในการสอบสวนคดีอาญาอุกฤษฏ์โทษรวม 3 องค์กร คือ เจ้าพนักงาน

<sup>218</sup> โกเมน ภัทรภริมย์, “งานอัยการในกระบวนการยุติธรรม,” ใน สหาย ทรัพย์สุนทร กุล และคณะ, ชีวิตและผลงาน โกเมน ภัทรภริมย์, (กรุงเทพมหานคร: ศรีสมบัติการพิมพ์, 2536), น. 81.

ตำรวจฝ่ายคดี พนักงานอัยการและผู้พิพากษาไต่สวน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทราบข้อเท็จจริงแห่งการกระทำความผิด เพื่อผู้ตัวผู้กระทำความผิดและเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์การกระทำผิดนั้น<sup>219</sup>

เมื่อศาลไต่สวนทำการไต่สวนคดีเสร็จสิ้นแล้ว จะมีคำสั่งแจ้งไปยังอัยการประจำศาล Tribunal de Grande Instance (une ordonnance de soit communiqué) เพื่อให้อัยการดำเนินการเสนอคำฟ้องคดีโดยเด็ดขาด (réquisitoire définitif) ไปยังศาลไต่สวนภายในระยะเวลาที่กำหนด ภายหลังจากที่ศาลไต่สวนได้รับคำฟ้องคดีโดยเด็ดขาดจากอัยการแล้ว ศาลมีอำนาจพิจารณาคำฟ้องอย่างอิสระ โดยศาลไต่สวนสามารถที่จะมีคำสั่งได้อยู่ 3 ประเภท ได้แก่ คำสั่งว่าคดีไม่มีมูลให้ยกฟ้อง (ordonnance de non-lieu) คำสั่งให้มีการส่งคดีผ่านไปยังอัยการประจำศาล Chambre de l'instruction (ordonnance de transmission au procureur général près la Chambre de l'instruction) และคำสั่งให้มีการส่งคดีไปพิจารณาพิพากษายังศาลที่มีอำนาจ (ordonnance de renvoi)

### (ค) อำนาจสืบสวนสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงตามธรรมนูญกรุงโรมฯ อยู่ที่อัยการประจำศาล

ดังที่ได้กล่าวแล้วในหัวข้อ 3.3 ว่าอำนาจสืบสวนสอบสวนตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ไม่ได้กำหนดให้อยู่ที่เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่อื่นใด แต่กลับกำหนดให้อยู่ที่อัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะมีอำนาจสืบสวนสอบสวนทุกคดีอาญาร้ายแรง ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ภาค 5 ว่าด้วยการสืบสวนสอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดี โดยอำนาจของอัยการศาลฯ นั้นจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีผู้เสนอสถานการณ์อาชญากรรมร้ายแรงมาสู่อัยการศาลฯ เพื่อให้อัยการศาลฯ ทำหน้าที่สืบสวนข้อเท็จจริงซึ่งอัยการศาลฯ ผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่สามารถมีอำนาจได้ทันทีโดยไม่ต้องได้รับการแต่งตั้งแต่อย่างใด ทั้งนี้ผู้เสนอสถานการณ์อาจเป็นรัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคง อย่างไรก็ตามอัยการศาลฯ ก็อาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนได้ด้วยตนเองถ้าได้รับข้อมูลหนักแน่นเพียงพออันเชื่อได้ว่าน่าจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง ข้อมูลต่าง ๆ อาจมาจากผู้เสียหายหรือองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) ก็ได้ (ธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 13 การใช้เขตอำนาจศาลฯ และ ข้อ 14 การเสนอกรณีโดยรัฐภาคี) และหากเป็นการเริ่มสืบสวนฯ ด้วยตัวอัยการเอง (*proprio motu*) อัยการต้องขออนุญาตเริ่มการ

<sup>219</sup> โกเมน ภัทรภิรมย์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 203, น. 47.

สืบสวนสอบสวนจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ให้ตนมีอำนาจที่จะเปิดและดำเนินการสืบสวนสอบสวนคดีต่อไป (ข้อ 15 บทบัญญัติว่าด้วยอัยการ)

กรณีเห็นได้ว่าอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด ตั้งแต่เริ่มการสืบสวนสอบสวนจนไปถึงการฟ้องร้องคดีเป็นเหตุให้การรวบรวมพยานหลักฐานมีประสิทธิภาพนับแต่เปิดการสอบสวน การที่ศาลฯ จะยกฟ้องผู้กระทำความผิดก็จะเป็นไปได้ยากยิ่งขึ้น

#### (ง) แนวทางการกำหนดอำนาจสืบสวนสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงในกฎหมายไทย

แม้อำนาจสอบสวนคดีอาญาโดยทั่วไปจะอยู่ที่พนักงานสอบสวนเป็นหลัก โดยมีพนักงานอัยการเป็นผู้สั่งคดีและสามารถสั่งให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบสอบสวนคดีเพิ่มเติมได้ตามคำสั่งของอัยการ แต่ปัจจุบันนี้กฎหมายไทยก็ให้อำนาจอัยการเข้ามาเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือเข้ามาสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนได้ในหลายกรณี เป็นต้นว่า

มาตรา 20 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทยเนื่องจากต้องอาศัยความรู้ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ

มาตรา 155/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบังคับให้อัยการเข้าร่วมการสอบสวนในโอกาสแรกของการสอบสวนกรณีที่มีความตายเกิดขึ้นโดยการกระทำของเจ้าพนักงานหรือตายในระหว่างอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานหรือกรณีที่ผู้ตายถูกกล่าวหาว่าต่อสู้อัตตาฆาตเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่นั้นเพื่อให้สำนวนที่เจ้าพนักงานเป็นผู้ต้องหาเป็นไปในแนวทางเดียวกับสำนวนที่ผู้ตายเป็นผู้ต้องหาโดยพนักงานสอบสวนยังคงเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการทำความเห็นควรถ่วงฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องทั้งสองสำนวนโดยที่อัยการเป็นผู้ให้คำแนะนำ ตรวจสอบพยานหลักฐาน สอบปากคำ หรือสั่งให้พนักงานสอบสวนถามปากคำบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ได้ ประกอบกับเป็นการตรวจสอบการสอบสวนโดยองค์กรภายนอกอย่างใกล้ชิดมากขึ้นเพื่อให้เกิดความโปร่งใส

มาตรา 32 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 กำหนดให้พนักงานอัยการอาจถูกเรียกเข้าสอบสวนร่วมและปฏิบัติหน้าที่ร่วมในคดีพิเศษได้ในบางคดี และอาจต้องเข้าร่วมในทุกคดีสำหรับบางประเภทคดีพิเศษที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้โดยเฉพาะ โดยอัยการสามารถแนะนำทั้งในเรื่องการบันทึกคำให้การพยานและการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อความสมบูรณ์และควมมีประสิทธิภาพของสำนวน มิให้เกิดข้อโต้แย้งหรือข้อสงสัยในระหว่างการ

สืบพยานในชั้นศาลได้ อีกทั้งเป็นการควบคุมการใช้อำนาจสอบสวนจากองค์กรภายนอกซึ่งก็คือองค์กรอัยการอีกด้วย

ส่วนในประเทศฝรั่งเศส หนึ่งในประเทศต้นแบบที่เป็นตัวอย่างที่ดีในการสอบสวนคดีอาญาก็กำหนดให้มีการทำงานร่วมกันระหว่างเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี (ซึ่งเทียบได้กับพนักงานสอบสวนของไทย) พนักงานอัยการและผู้พิพากษาไต่สวนในการทำการสอบสวนสำนวนคดีอาญารายแรงที่มีความผิดในชั้นอุกฤษฎโทษ โดยอัยการมีอำนาจเหนือในการควบคุมการทำงานของเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี (un officier de police judiciaire) และอัยการก็จะเป็นผู้วินิจฉัยว่าควรมีการไต่สวนในความผิดและยื่นคำร้องให้ผู้พิพากษาไต่สวน (le juge d'instruction) เป็นผู้ดำเนินการไต่สวนอย่างอิสระ หากอัยการไม่ได้ร้องขอให้ไต่สวนแล้วผู้พิพากษาไต่สวนก็ไม่มีอำนาจที่จะไต่สวนเอง ทั้งนี้เป็นการสอบสวนร่วมกันเพื่อทราบข้อเท็จจริงแห่งการกระทำ ความผิด เพื่อรู้ตัวผู้กระทำความผิดและเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์การกระทำผิดนั้น

ดังนั้น หากกฎหมายไทยกำหนดให้อำนาจสอบสวนอยู่ที่พนักงานสอบสวนแต่ฝ่ายเดียวก็จะเป็นจุดอ่อนในการทำสำนวนและรวบรวมพยานหลักฐานเป็นอย่างยิ่งเพราะกว่าพนักงานอัยการจะเข้ามาพิจารณาสำนวนและสั่งคดีก็อาจล่วงเลยเวลาไปนานมากจนทำให้หลักฐานบางชิ้นสูญหายไป อีกทั้งเป็นการทำงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจองค์กรเดียวซึ่งไม่มีการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกอย่างอัยการ ยิ่งไปกว่านั้น คดีอาญารายแรงเป็นคดีที่มีความซับซ้อนแตกต่างไปจากคดีอาญาสามัญทั่วไปซึ่งต้องการกระบวนการปราบปรามการกระทำความผิดอย่างมีประสิทธิภาพในการรวบรวมพยานหลักฐานได้อย่างชัดเจนอันจะทำให้การดำเนินคดีอาญารวดเร็วและรัดกุมยิ่งขึ้น เมื่อเปรียบเทียบกับคดีพิเศษอย่างการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญหรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรมหรือคดีความผิดทางอาญาที่มีผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนนั้นพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 32 ยังกำหนดให้ต้องมีพนักงานอัยการหรืออัยการทหารมาสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษทุกคดี ฉะนั้น สมควรที่จะกำหนดให้พนักงานอัยการเป็นผู้เข้าร่วมสอบสวนคดีอาญารายแรงที่มีความโหดร้ายหรือความรุนแรงมากกว่าคดีพิเศษเหล่านั้นเสียอีก โดยอาจมองแนวทางออกได้เป็น 2 กรณีที่ชัดเจน คือ

กรณีแรก กำหนดให้อัยการสูงสุด (หรือผู้รักษาการแทน) เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ โดยอาจมอบอำนาจดังกล่าวให้พนักงานอัยการคนใดคนหนึ่งก็ได้ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม การสอบสวนร่วมกับเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือพนักงานสอบสวนเพราะเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญและมีทักษะโดยตรงในการสืบสวนสอบสวนคดี และส่งสำนวนให้อัยการสูงสุดเป็นผู้สั่งคดี กรณีนี้คล้าย

กับการสอบสวนความผิดที่กระทำลงนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 20 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กรณีที่สอง กำหนดให้พนักงานอัยการเป็นเพียงผู้เข้าร่วมให้คำแนะนำในการสอบสวน โดยพนักงานสอบสวนยังคงเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ และส่งสำนวนให้อัยการสูงสุดหรือพนักงานอัยการท้องที่เป็นผู้สั่งฟ้อง กรณีนี้คล้ายคลึงกับการสอบสวนคดีชั้นสูตรพลศึกษา ตามมาตรา 155/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และการสอบสวนคดีพิเศษตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

กรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า หากมอบอำนาจให้อัยการสูงสุดซึ่งปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบสำหรับคดีอาญาร้ายแรงโดยให้เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้เป็นพนักงานสอบสวนเข้ามาร่วมสอบสวนและปฏิบัติงานร่วมกับอัยการสูงสุดตามกรณีแรก ก็จะเป็นผลดีต่อกระบวนการขึ้นก่อนฟ้องคดีซึ่งกรณีนี้มีความคล้ายคลึงกับมาตรา 20 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่อาจแตกต่างกันตรงที่ให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบโดยจะมอบหมายหน้าที่นั้นให้พนักงานอัยการคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้ โดยที่ไม่สามารถมอบหมายให้พนักงานสอบสวนเป็นผู้รับผิดชอบได้เพราะอัยการเป็นผู้มีบทบาทสำคัญมากกว่าในการกำหนดทิศทางของสำนวนสอบสวน แต่กรณีนี้ต้องการบังคับให้แต่งตั้งพนักงานสอบสวนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าร่วมสอบสวนกับพนักงานอัยการด้วยโดยให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติตามคำสั่งและคำแนะนำของพนักงานอัยการในเรื่องที่เกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานในการทำสำนวนการสอบสวน เมื่อพนักงานอัยการ “ผู้รับผิดชอบในการสอบสวน” (อัยการสูงสุดหรือพนักงานอัยการที่ได้รับมอบหมาย) เห็นว่าการสอบสวนเสร็จแล้ว ให้ทำความเห็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 140 มาตรา 141 หรือมาตรา 142 ซึ่งก็คือ ความเห็นที่ควรให้งดการสอบสวน (มาตรา 140) ความเห็นควรสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้อง (มาตรา 141 และ 142) พร้อมสำนวนไปยังอัยการสูงสุด แต่หากกำหนดให้อัยการมีบทบาทเป็นเพียงผู้เข้าร่วมการสอบสวนให้คำแนะนำแก่พนักงานสอบสวน และยังคงให้พนักงานสอบสวนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบดังที่มาตรา 155/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมาตรา 32 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ได้ใช้บังคับอยู่ตามกรณีที่สองนั้น อาจมีจุดบกพร่องเพราะพนักงานอัยการผู้เข้าร่วมสอบสวนกับพนักงานอัยการผู้สั่งคดีเป็นคนละคนกันอันอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้หากมีความเห็นไม่ตรงกันในระหว่างอัยการสองฝ่าย ทำให้เสียไปซึ่งความเป็นเอกภาพของการให้คำแนะนำและการสั่งคดี ทั้ง ๆ ที่พนักงานอัยการต้องทำหน้าที่ในนามขององค์กรอัยการซึ่งก็ควรจะ

เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ในขณะที่การกำหนดให้อัยการสูงสุดคนเดียวเป็นทั้งพนักงานสอบสวน ผู้รับผิดชอบและเป็นผู้สั่งคดี (กรณีแรก) ก็จะมีการรวบรวมพยานหลักฐานได้อย่างมีน้ำหนักและไม่เสียคุณภาพของความเป็นองค์การอัยการ และแม้หากกำหนดให้พนักงานอัยการเป็นเพียงผู้สอบสวนร่วมและให้พนักงานสอบสวนเป็นผู้รับผิดชอบสำนวน แล้วส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการผู้เข้าร่วมคนเดิมเป็นผู้สั่งฟ้องอีกครั้งหนึ่งเพื่อป้องกันการลงความเห็นต่างหากแยกอัยการเป็นสองฝ่าย (แบบผสมของทั้งสองกรณี) กรณีก็คงไม่ต่างอะไรกับการให้พนักงานอัยการคนนั้นเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตั้งแต่ในชั้นแรก เพราะการสั่งฟ้องก็จะเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับที่อัยการเข้าร่วมสอบสวนอยู่แล้วนั่นเอง

การกำหนดกฎหมายใหม่ที่มีความจำเป็นหรือไม่ เพราะประเทศฝรั่งเศสก็มีได้บัญญัติหลักการสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงขึ้นมาโดยเฉพาะ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสได้นำกระบวนการสอบสวนความผิดอาญาสามัญอย่างอุกฤษฏ์โทษ (les crimes หรือ crime) มาใช้กับการสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงเช่นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่ทั้งนี้ก็เนื่องด้วยฝรั่งเศสมีมาตรฐานการสอบสวนที่ดีอยู่แล้วจึงหาข้อบกพร่องได้ยาก ไม่จำเป็นที่จะต้องสร้างระบบความร่วมมือในการสอบสวนขึ้นมาใหม่ ในขณะที่กระบวนการสอบสวนคดีอาญาของไทยในปัจจุบัน กฎหมายที่ให้โอกาสพนักงานอัยการเข้ามาร่วมสอบสวนยังมีน้อยอยู่มากนัก ซึ่งอันที่จริงแล้วระบบการสอบสวนที่ใช้บังคับอยู่ในกฎหมายไทยปัจจุบันก็ยังไม่ถึงกับว่าเป็นกระบวนการที่ลบล้างหรือขัดต่อเจตนารมณ์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่ไทยมีพันธกรณีอยู่ในฐานะลงนาม แต่คงปฏิเสธไม่ได้ว่าคดีที่มีความร้ายแรงระดับ *jus cogens* เช่นนี้ควรมีระบบสอบสวนในระดับที่มีประสิทธิภาพรองรับการพิจารณาคดีที่มีการรวบรวมพยานหลักฐานที่ซับซ้อน อีกทั้งคดีส่วนมากก็มักมีการกระทำความผิดเชื่อมโยงกันในหลายประเทศ ดังนั้น การสอบสวนที่หลายฝ่ายทำงานอย่างบูรณาการร่วมกันก็มีความจำเป็นต่อคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศไม่น้อยไปกว่าการสอบสวนคดีอาญาสามัญที่เกิดนอกราชอาณาจักรไทย การสอบสวนคดีที่ต้องมีการชันสูตรพลิกศพและการสอบสวนคดีพิเศษ

ลักษณะรูปแบบที่เสนอมานี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่บัญญัติให้อัยการประจำศาลฯ โดยมีฐานะเป็นอิสระจากศาลฯ เป็นผู้มีความสอบสวนหรือเรียกได้ว่าเป็นพนักงานสอบสวนและพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบด้วยในเวลาเดียวกัน หากกฎหมายไทยกำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นผู้รับผิดชอบการสอบสวนก็มีหลักประกันด้วยความเป็นองค์การอิสระของรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว เพราะถ้าอำนาจอยู่ที่พนักงานสอบสวนก็เท่ากับว่าอำนาจเหล่านี้อยู่ที่ฝ่ายบริหารแต่เพียงผู้เดียวไม่ได้รับการตรวจสอบกำกับดูแลความโปร่งใสโดย

องค์กรภายนอก อีกทั้งการกำหนดให้อัยการและพนักงานสอบสวนทำสำนวนร่วมกันก็เท่ากับว่าเป็นการทำงานร่วมกันระหว่างฝ่ายบริหารและองค์กรอิสระซึ่งจะทำให้ความผิดพลาดเกิดขึ้นน้อย ทำให้เกิดความน่าเชื่อถือ นอกจากนี้ คดีอาญาร้ายแรงซึ่งมีไซคดีอาญาสามัญทั่วไปมีแนวโน้มสูงว่าจะเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไทยเป็นส่วนใหญ่ หากกำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเช่นเดียวกับกรณีความผิดนอกราชอาณาจักรก็ทำให้มีมาตรฐานเป็นอย่างเดียวกันสำหรับความผิดอาญาร้ายแรงที่เกิดในราชอาณาจักรคดีอื่น ซึ่งมาตรา 20 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่กำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นผู้รับผิดชอบก็ด้วยเหตุผลที่ว่า ต้องการความรู้เชี่ยวชาญพิเศษ ประกอบกับหากให้พนักงานอัยการเป็นผู้เข้าร่วมสอบสวนกับพนักงานสอบสวนมาตั้งแต่ในชั้นแรกก็จะทำให้อำนาจสอบสวนรวมกันเป็นอำนาจเดียว เพราะอันที่จริงแล้วการสอบสวนที่ดีมีคุณภาพนั้นก็คงจะขาดพนักงานสอบสวนไปไม่ได้เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้เป็นพนักงานสอบสวนได้รับการฝึกฝนอบรมมาเป็นพิเศษเพื่อประกอบวิชาชีพทางด้านนี้เป็นการเฉพาะ

อย่างไรก็ดี แม้ข้อ 15 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ จะกำหนดให้องค์คณะตุลาการเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) เป็นผู้มอบอำนาจสอบสวนแก่อัยการประจำศาลฯ ก่อนที่อัยการจะเริ่มสอบสวนคดีเอง (*proprio motu*) ก็มีจุดประสงค์เพื่อคานอำนาจ โดยให้องค์คณะตุลาการเบื้องต้นเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวก่อนที่อัยการจะเริ่มด้วยตัวเอง เพราะหากเป็นกรณีที่รัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้เสนอสถานการณ์เข้ามาให้อัยการแล้ว (ข้อ 13 และ 14) ตัวอัยการก็สามารถสอบสวนได้ทันทีโดยมิต้องขออำนาจใด ๆ จากองค์คณะตุลาการเบื้องต้นเสียก่อน เปรียบได้ว่าตัวขององค์คณะตุลาการเบื้องต้นเป็นองค์กรภายนอกที่เข้ามาควบคุมการใช้อำนาจเริ่มสอบสวนเองของอัยการ แต่สำหรับกรณีของกฎหมายไทยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะกำหนดให้ศาลไทยมีอำนาจอนุญาตพนักงานอัยการเปิดหรือเริ่มการสอบสวนคดีอาญาร้ายแรง เนื่องจากโดยปกติระบบกฎหมายของไทยมีช่องทางที่พนักงานสอบสวนเป็นผู้รับคำร้องทุกข์กล่าวโทษจากผู้เสียหายหรือเป็นผู้พบเหตุการณ์ความผิดซึ่งหน้าเอง อันเทียบได้กับการที่รัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้เสนอคดีเพราะพนักงานอัยการไทยไม่ใช่ผู้ที่ได้รับข้อมูลและมาเริ่มสอบสวนเอง ประกอบกับองค์กรอัยการก็มีความเป็นอิสระเพียงพอที่จะเป็นผู้ควบคุมการสอบสวนของพนักงานสอบสวนได้ดีโดยไม่ต้องพึ่งพาองค์กรตุลาการ

#### 4.3.5 ปัญหาอำนาจฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาโดยพนักงานอัยการและผู้เสียหาย<sup>220</sup>

ในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเริ่มต้นด้วยการดำเนินคดีในชั้นสืบสวนสอบสวนโดยตำรวจ ซึ่งแม้ว่าตามกฎหมายของไทยการดำเนินคดีของพนักงานสอบสวนในทางปฏิบัติจะแยกออกเป็นอิสระจากการดำเนินคดีของพนักงานอัยการก็ตาม แต่พนักงานสอบสวนก็ไม่มีอำนาจสั่งคดีไม่ว่ากรณีใด ๆ จะทำได้ก็แต่เพียงการทำความเห็นเท่านั้น อำนาจการสั่งคดีเป็นอำนาจของพนักงานอัยการ และการสั่งคดีของพนักงานอัยการมีบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลัก<sup>221</sup> เมื่ออัยการมีคำสั่งฟ้องแล้ว กล่าวคือ มีคำยืนยันว่าการกระทำของผู้ต้องหาเป็นความผิดและจะต้องฟ้องให้ศาลลงโทษต่อ<sup>222</sup> อัยการก็จะเป็นผู้ยื่นฟ้องต่อไปตามหลัก “การดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ” อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยมิได้ผูกขาดการดำเนินคดีอาญาไว้แต่ผู้เดียวเพราะผู้เสียหายก็มีอำนาจยื่นฟ้องคดีได้ ซึ่งการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายมักเป็นกรณีความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ หรือไม่ก็เป็นการฟ้องคดีอาญาแผ่นดินเมื่อพนักงานอัยการสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้อง<sup>223</sup>

ในคดีอาญาที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ การสอบสวนเป็นมาตรการสำคัญเนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 ห้ามพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีต่อศาลโดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน ในทางปฏิบัติไม่มีคดีใดที่พนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาลโดยไม่ได้มีการสอบสวนมาก่อนเลย แต่ถึงแม้มีการสอบสวนมาก่อน บางกรณีศาลก็ยกฟ้องโดยถือว่าพนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องเพราะการสอบสวนไม่ชอบ<sup>224</sup> ส่วนการฟ้องโดยผู้เสียหายไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขการสอบสวนของพนักงานสอบสวน ผู้เสียหายซึ่งเป็นราษฎรมีอำนาจฟ้องได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการสอบสวนมาก่อน กรณีจึงต้องมีการ “ตรวจสอบ” ด้วยกระบวนการที่เรียกว่า “ไต่สวนมูลฟ้อง” เสียก่อนเพื่อวินิจฉัยถึงมูลคดีซึ่งจำเลยต้องหา<sup>225</sup>

<sup>220</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 199*, น. 473-514.

<sup>221</sup> คณิต ณ นคร, *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 443.

<sup>222</sup> เพิ่งอ้าง, น. 450.

<sup>223</sup> เพิ่งอ้าง, น. 491.

<sup>224</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 160*, น. 415.

<sup>225</sup> เพิ่งอ้าง, น. 53-57, และโปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.3.6 ปัญหาการขาดองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ซึ่งทำหน้าที่ไต่สวนมูลฟ้อง

การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 กำหนดให้ทั้งพนักงานอัยการและผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีอาญานั้น ปากฎขึ้นมาตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ปี พ.ศ. 2478 โดยอำนาจฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการและผู้เสียหายต่างเป็นเอกเทศ และหลังจากฟ้องคดีแล้ว ผู้เสียหายมีอำนาจดำเนินคดีอาญาโดยลำพัง ไม่ว่าจะ เป็น 1) “ความผิดอันยอมความได้” หรือที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้คำว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” และ 2) ความผิดอันยอมความไม่ได้หรือความผิดอาญาแผ่นดิน หรือที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้คำว่า “ความผิดอาญาแผ่นดิน”

“ผู้เสียหาย” ตามมาตรา 2 (4) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมี 2 ประเภท คือ<sup>226</sup>

ประเภทแรก ผู้เสียหายที่แท้จริง โดยมีองค์ประกอบของความเป็นผู้เสียหายที่แท้จริง คือ 1) มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นต่อบุคคลนั้น 2) บุคคลนั้นได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดนั้น กล่าวคือ เป็น “ผู้เสียหายโดยพฤตินัย” และ 3) บุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็น “ผู้เสียหายโดยนิตินัย” หมายความว่า ไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้น หรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดนั้น หรือเกี่ยวข้องกับพัวพันกับการกระทำความผิดนั้น และผู้เสียหายที่แท้จริงสามารถมอบอำนาจให้ผู้อื่นดำเนินคดีอาญาแทนได้

ประเภทที่สอง ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย ตามมาตรา 4, 5 และ 6 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

การที่กฎหมายไทยเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องและดำเนินคดีอาญาได้ตามลำพังโดยไม่ต้องมีการเชื่อมโยงกับอัยการนี้ อาจเป็นผลเสียกับคดีอาญาร้ายแรงมากกว่าจะเป็นผลดี เพราะจากที่เคยมีข้อเท็จจริงในคำพิพากษาฎีกาที่ 9334/2538<sup>227</sup> และคำพิพากษาฎีกาที่ 6446/2547 ซึ่งทำให้รู้ว่าผู้เสียหายที่เป็นราษฎรอาจตั้งใจทำให้อัยการฟ้องคดีอาญาต่อแผ่นดินเสียหายด้วยวิธีการดำเนินคดีอาญาโดยสมยอมเพื่อตัดสิทธิอัยการฟ้องคดีอาญา เพราะหากศาลยกฟ้องไม่ว่าจะในชั้นตรวจคำฟ้องหรือชั้นไต่สวนมูลฟ้องหรือชั้นพิจารณา ก็จะทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับตามมาตรา 39 (4) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แม้จะเป็นฟ้องของอัยการที่ฟ้องในนามของแผ่นดินก็ตาม โดยอาจมีวิธีการเพื่อให้สมยอมบรรลุป่าหมายได้หลายวิธี เช่น ทำคำฟ้องอาญาให้บกพร่อง, ไม่มาสืบพยานหรือสืบพยานที่ไม่มีน้ำหนักในวันไต่สวนมูลฟ้อง, ไม่นำ

<sup>226</sup> เฝิงอ้าง, น. 63-95.

<sup>227</sup> ดูรายละเอียดใน คำพิพากษาฎีกาและการวิเคราะห์ใน เฝิงอ้าง, น. 215-218.

พยานสำคัญมาสืบในชั้นพิจารณา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่ผู้เสียหายตั้งใจดำเนินคดีอาญา โดยสุจริต แต่มีข้อบกพร่องบางประการจนทำให้คดีอาญาเสียหายโดยไม่รู้ตัว เช่น ผู้เสียหายไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดจำเลยเพราะไม่มีอำนาจบังคับของรัฐที่จะรวบรวมพยานหลักฐาน หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาแล้วตายลง แล้วผู้รับมรดกความ (ตามมาตรา 29 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) กลับทิ้งคดี เป็นต้น

ปัจจุบันกฎหมายไทยมีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาเป็นแนวทางเพื่อวินิจฉัยให้อัยการดำเนินการฟ้องร้องได้อีกครั้งโดยไม่ขัดกับหลัก *Ne bis in idem* หากมีการสมยอมกันระหว่างผู้เสียหายและจำเลยในคดีก่อนที่ได้มีคำพิพากษายกฟ้องไปแล้ว ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 6446/2547 ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 6446/2547<sup>228</sup> หลักการของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) ที่บัญญัติให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปเมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง อันเป็นหลักการห้ามดำเนินคดีซ้ำสองแก่จำเลยนั้น จะต้องปรากฏว่าคดีก่อนเป็นกรณีที่จำเลยถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างแท้จริง หากปรากฏว่าคดีก่อนเป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างสมยอมกัน แม้ว่าจะเป็นการกระทำกรรมเดียวกันก็ถือไม่ได้ว่าการกระทำกรรมนั้นจำเลยเคยถูกฟ้องและศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดอันจะมีผลทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องในความผิดกรรมนั้นระงับไปไม่

แม้จะมีแนวคำวินิจฉัยเช่นนี้ แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญายังคงเปิดช่องให้ผู้เสียหายและจำเลยสมยอมซึ่งอาจทำให้เป็นผลเสียหากนำมาใช้กับการดำเนินคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ เพราะ 1) การที่ศาลจะทราบว่าคดีก่อนผู้เสียหายสมยอมกับจำเลยหรือไม่ นั้นเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลชั้นต้นแต่ละศาลต้องพิสูจน์โดยผ่านการเสนอคดีของอัยการซึ่งบางคดีอัยการอาจไม่ตั้งใจฟ้องคดีอาญาที่ศาลยกฟ้องผู้เสียหายไปแล้ว 2) แม้อัยการตั้งใจฟ้องคดี แต่การใช้ดุลพินิจของศาลชั้นต้นที่จะประกาศว่าการฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหายเป็นการสมยอมหรือไม่ นั้นอาจไม่แน่นอนและแปรผันไปแต่ละศาล เพราะในคดีเดียวกันศาลอื่นอาจยกฟ้องอัยการโดยเห็นว่าคดีก่อนเป็นมีการดำเนินคดีที่แท้จริงโดยผู้เสียหายก็ได้ และ 3) คำพิพากษาฎีกาไม่ใช่กฎหมาย จึงไม่อาจคาดหมายหรือสันนิษฐานได้ว่าทุกคนต้องรู้ ดังนั้น คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวคงไม่ช่วยอะไรได้ หากเกิดเหตุการณ์สมยอมเช่นนี้ในคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ สมควรที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างมิให้การดำเนินคดีอาญาร้ายแรงมีข้อบกพร่องในประเทศไทย

<sup>228</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 6446/2547 (สงเสริม.) เล่ม 8, น. 32-35.

หากพิจารณาจากธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว พบว่า อัยการประจำศาลฯ จะเป็นผู้มีอำนาจยื่นฟ้องแต่เพียงผู้เดียวในทุกคดีที่ตนได้สืบสวนสอบสวนมาแล้วว่ามีมูลเหตุเพียงพอ ซึ่งองค์คณะตุลาการพิจารณาคดีเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) แห่งศาลฯ จะเป็นผู้พิจารณาว่าสามารถรับคดีนั้นไว้พิจารณาได้หรือไม่อย่างไร (ธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 19 ว่าด้วยเรื่องการคัดค้านเขตอำนาจของศาลฯ หรือการคัดค้านการรับคดีไว้พิจารณา และข้อ 61 ว่าด้วยเรื่องการยื่นยื่นข้อกล่าวหาก่อนการพิจารณาคดีในศาล) ในขณะที่ตัวผู้เสียหายไม่สามารถเสนอสถานการณ์ให้ศาลฯ เป็นผู้พิจารณาได้โดยลำพังของตนเอง เพราะธรรมนูญฯ ไม่ได้บัญญัติช่องทางดังกล่าวไว้ ดังนั้น ผู้เสียหายสามารถทำได้เพียงเสนอสถานการณ์ให้อัยการประจำศาลฯ พิจารณาว่าตัวอัยการจะใช้อำนาจตามข้อ 15 (*proprio motu*) ต่อไปหรือไม่เท่านั้น

เมื่อมองมายังกฎหมายไทย พนักงานอัยการเป็นหัวใจสำคัญสำหรับการดำเนินคดีอาญาร้ายแรงนับแต่ชั้นสอบสวน<sup>229</sup> เป็นผู้ใกล้ชิดกับพยานหลักฐานมากที่สุด เพราะเป็นผู้วางแนวทางการสอบสวนไม่ว่าจะถูกกำหนดให้เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือไม่ก็ตามโดนอำนาจเด็ดขาดในการทำสำนวนการสอบสวนอยู่ที่ดุลพินิจของอัยการว่าจะควรสอบสวนเพิ่มเติมหรือไม่ จึงเห็นสมควร “ให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศก็ต่อเมื่อพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดี โดยกำหนดให้อัยการต้องส่งคดีภายในเวลา 3 เดือน นับแต่เวลาที่อัยการได้รับแจ้งความประสงค์จากผู้เสียหาย หากอัยการไม่ส่งคดีภายใน 3 เดือน ผู้เสียหายก็มีสิทธิฟ้องคดีอาญาร้ายแรง” แนวทางเลือกนี้มีแนวคิดมาจากการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ. 2007 ซึ่งรับมาทั้งมาตราที่แก้ไข โดยเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติฝรั่งเศส คือ การป้องกันคดีล้นศาลได้สวน เพราะผู้เสียหายนิยมฟ้องคดีที่ศาลได้สวนกันมากเพื่ออาศัยผลดีของการดำเนินคดีอาญา ทำให้ศาลได้สวนฝรั่งเศสที่ต้องได้สวนคดีอาญาอุกฤษฏ์โทษ (crime หรือ les crimes) ซึ่งรวมถึงคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศด้วยมีภาระงานมากเกินไปจนเสี่ยงต่อการปฏิบัติงานอย่างผิดพลาด ซึ่งรัฐบัญญัติหมายเลข 2007-291 ลงวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ. 2007<sup>230</sup> ได้แก้ไขหลักการดำเนินคดีอาญาของ

<sup>229</sup> ดูรายละเอียดใน หัวข้อ 4.3.4 ปัญหาอำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ

<sup>230</sup> Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale. Retrieved April 9, 2010, from [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), ปกป้อง ศรีสนธิ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 199, น. 475-480.

ผู้เสียหาย กล่าวคือ สิทธิฟ้องคดีที่ศาลไต่สวน (Juge d'instruction) ของผู้เสียหายจะมีขึ้นเมื่อ อัยการสั่งไม่ฟ้องคดี การจำกัดสิทธิของผู้เสียหายลักษณะนี้ทำให้ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับความเป็น ธรรมหากอัยการไม่ยอมสั่งคดีอาญา หรือสั่งคดีอย่างล่าช้าเกินสมควร กฎหมายจึงเพิ่มเงื่อนไขอีก ข้อหนึ่ง คือ ถ้าอัยการไม่สั่งคดีภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ผู้เสียหายยื่นคำร้องไปที่อัยการ ผู้เสียหาย มีสิทธิฟ้องคดีที่ศาลไต่สวนได้เอง กรณีนี้ได้ทำลายหลักการเดิมที่กฎหมายฝรั่งเศสอนุญาตให้ ผู้เสียหายมีสิทธิเริ่มคดีอาญา รัฐบัญญัติดังกล่าวมีขึ้นเพียงเพื่อถ่วงเวลาการใช้สิทธิของผู้เสียหาย ไว้เป็นระยะเวลา 3 เดือน เพื่อป้องกันการเริ่มคดีอาญาอย่างบิดเบือน และสร้างดุลยภาพ (équilibre) ให้กับวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส

ผลดีของการให้อำนาจพนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องร้องคดีอาญาร้ายแรงก่อนผู้เสียหาย คือ ผู้เสียหายกับผู้กระทำผิดไม่มีทางที่จะ “ฉ้อฉล” กระบวนการยุติธรรมโดยการดำเนินคดีโดย “สมยอม” ได้ เนื่องจากว่าอัยการจะเป็นหลักและเป็นผู้เริ่มพิจารณาการดำเนินคดีอาญาร้ายแรงทุก กรณีซึ่งมีอยู่ 4 ฐานเท่านั้น ได้แก่ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมรุกราน เมื่ออัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาแล้ว ผู้เสียหาย ถึงจะมีสิทธิฟ้องคดีอาญา การที่ให้สิทธิฟ้องคดีอาญาร้ายแรงแก่ผู้เสียหายบังเกิดมีขึ้นเมื่ออัยการ สั่งไม่ฟ้องคดีอาญาร้ายแรงนั้นยังคงรักษาหลักการถ่วงดุลการใช้อำนาจของอัยการอยู่บางส่วน เพราะเหตุว่าผู้เสียหายยังคงสิทธิฟ้องคดีอาญาร้ายแรงเพื่อถ่วงดุลอำนาจอัยการอยู่ แต่สิทธิฟ้อง คดีอาญาร้ายแรงของผู้เสียหายลดลงไปอยู่ภายใต้คำสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาร้ายแรงของอัยการ และ ผู้เสียหายก็ยังคงมีสิทธิร้องขอเป็นโจทก์ร่วมกับอัยการที่ฟ้องคดีได้แล้วอยู่เช่นเดิมตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 30 ไม่ได้ตัดสิทธิการขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับอัยการ อย่างไรก็ดี ผู้เสียหายจะถูกตัดสิทธิการฟ้องคดีอาญาร้ายแรง จากที่เคยดำเนินคดีอาญาได้ทันที คู่ขนานกับอัยการซึ่งแม้จะเป็นการทำลายหลักประกันการถ่วงดุลอำนาจระหว่างผู้เสียหายกับ ตำรวจและอัยการอยู่บ้างก็เป็นเพียงบางส่วนเท่านั้น เพราะมีมาตรการป้องกันการทำงานอย่าง ล่าช้าของพนักงานสอบสวนและการสั่งคดีอย่างล่าช้าของอัยการ โดยการกำหนดให้สิทธิฟ้อง คดีอาญาร้ายแรงของผู้เสียหายบังเกิดมีขึ้นเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้เกิดขึ้น คือ ประการแรก เมื่ออัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาร้ายแรง ผู้เสียหายจึงมีสิทธิฟ้องคดี ประการที่สอง เมื่อผู้เสียหายแจ้งความประสงค์ต่ออัยการว่าจะฟ้องคดีอาญาร้ายแรง หากอัยการไม่ยอมสั่งคดี ภายใน 3 เดือนนับแต่ได้รับแจ้งจากผู้เสียหาย ผู้เสียหายจึงมีสิทธิฟ้องคดี ส่วนการกำหนดเวลา 3 เดือนในการทำสำนวนการสอบสวนอาญาร้ายแรงและสั่งคดีของตำรวจและอัยการนั้นคงไม่เป็น

การเร่งรัดการดำเนินคดีจนเกินไปเพราะคดีอาญาร้ายแรงสมควรได้รับการสอบสวนอย่างรวดเร็วอยู่แล้ว มิเช่นนั้นพนักงานหลักฐานอาจสูญหายได้

ดังนั้น หากจะร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาชญากรรมร้ายแรงในพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศและจัดตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาร้ายแรง พ.ศ. ...<sup>231</sup> ก็ควรจะบัญญัติในมาตราว่าด้วยอำนาจการฟ้องคดีอาญาร้ายแรงว่า “ในคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมรุกราน อำนาจของผู้เสียหายตามมาตรา 28 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เริ่มมีขึ้นเมื่อพนักงานอัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่ฟ้องคดี<sup>232</sup> อย่างไรก็ดี ผู้เสียหายที่ประสงค์จะฟ้องคดีอาญาร้ายแรงดังกล่าวอาจยื่นหนังสือแสดงความประสงค์ดังกล่าวต่ออัยการสูงสุด ภายในสามเดือนนับแต่วันที่อัยการสูงสุดได้รับแจ้งความประสงค์จะฟ้องคดีอาญาร้ายแรงดังกล่าวจากผู้เสียหาย หากอัยการสูงสุดไม่สั่งคดีผู้เสียหายจึงมีอำนาจฟ้องคดีอาญาร้ายแรงได้” เพื่อประโยชน์สูงสุดในการใช้เขตอำนาจศาลภายในรัฐในการดำเนินคดี และเป็นการป้องกันการสมยอมกันในระหว่างที่ผู้เสียหายและจำเลยที่มีการต่อสู้คดีอย่างไม่จริงจังเพื่อให้รูปคดีมีพยานหลักฐานที่ไม่มีน้ำหนัก จนทำให้ศาลต้องวินิจฉัยในประเด็นข้อหาที่ฟ้องและยกฟ้องไปในที่สุด อันเป็นเหตุให้คดีอาญาระงับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) เพราะมาตราดังกล่าวบัญญัติให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปหากมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องแล้ว และถ้านำความผิดดังกล่าวมาฟ้องอีกแม้แต่จะเป็นคำฟ้องของอัยการก็จะต้องห้ามเนื่องด้วยเป็นการฟ้องซ้ำนั่นเอง ซึ่งเหตุการณ์เช่นนี้ไม่ควรจะเกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาสำหรับคดีอาญาร้ายแรงที่ศาลไทยต้องพยายามให้การดำเนินคดีสำเร็จลุล่วงได้ดีที่สุด มิฉะนั้นแล้วอาจเป็นการขัดขวางเจตนารมณ์

<sup>231</sup> ประเด็นการจัดตั้งศาลโปรตุเกสในหัวข้อ 4.3.7 ปัญหารูปแบบของศาลยุติธรรมไทยที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาร้ายแรง

<sup>232</sup> เหตุที่เป็นอัยการสูงสุดก็เนื่องจากผู้เขียนได้เสนอแนวทางกำหนดอำนาจพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบคดีอาญาร้ายแรงให้อยู่ที่อัยการสูงสุดโดยอัยการสูงสุดจะมอบหมายหน้าที่นั้นให้พนักงานอัยการคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้ หลังจากนั้นให้อัยการสูงสุดเป็นผู้สั่งฟ้อง กรณีคล้ายกับการสั่งฟ้องความผิดอาญาที่กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย ตามมาตรา 20 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โปรตุเกสรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่หัวข้อ 4.3.4 ปัญหาอำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ

ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่ต้องการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษซึ่งไทยมีพันธกรณีในฐานะรัฐลงนามที่จะมีให้มีการดำเนินคดีสมยอมกันอันอาจกล่าวได้ว่าข้อบกพร่องนี้มีผลกระทบต่อรัฐไทย และในส่วนของผลกระทบโดยอ้อมนั้น หากไทยอุดช่องว่างการดำเนินคดีโดยสมยอมได้ก็ย่อมป้องกันการกล่าวอ้างว่ารัฐไทยไม่เต็มใจหรือไม่มีความสามารถในการดำเนินการฟ้องร้องที่อาจเป็นเหตุให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำความผิดและพิจารณาคดีดังกล่าวได้อีกครั้งหนึ่งตามข้อยกเว้นหลัก *Ne bis in idem* ที่ปรากฏอยู่ในข้อ 20 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

#### 4.3.6 ปัญหาการขาดองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ซึ่งทำหน้าที่ไต่สวนมูลฟ้อง

การไต่สวนมูลฟ้องได้ชื่อว่าเป็นกระบวนการก่อนการยื่นฟ้องอีกขั้นหนึ่งก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลหลังจากที่มีการสอบสวนมาแล้ว เพื่อให้ศาลพิจารณาว่ามีมูลเบื้องต้นพอที่จะรับพิจารณาคดีต่อไปได้หรือไม่ สำหรับประเทศไทยขอกกล่าวเพียงเฉพาะกรณีอัยการเป็นโจทก์ยื่นฟ้องเท่านั้นเนื่องจากได้มีการเสนอให้ตัดอำนาจฟ้องของผู้เสียหายออกไปแล้วอันเป็นการป้องกันการสมยอมกันระหว่างคู่ความที่เป็นราษฎร ทั้งนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมิได้บังคับให้มีการไต่สวนมูลฟ้องของอัยการ โดยเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะไต่สวนหรือไม่ก็ได้ ในอันที่จริงแล้วก็สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่ได้จัดตั้งองค์คณะพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ซึ่งมีหน้าที่อยู่หลายประการ หนึ่งในนั้นคือ ทำหน้าที่พิจารณามูลคดีในชั้นยืนยันข้อกล่าวหาก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาคดีในศาล (Confirmation Hearing) อย่างไรก็ตาม ธรรมนูญกรุงโรมฯ บังคับให้มีการนั่งพิจารณายืนยันข้อกล่าวหาทุกคดีอาญาร้ายแรงที่อัยการประจำศาลฯ ยื่นฟ้อง ในขณะที่ผู้เขียนจึงได้ยกตัวอย่างการไต่สวนมูลฟ้องของประเทศฝรั่งเศสต้นแบบวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งมีการยอมรับว่าเป็นประเทศที่มีมาตรฐานความเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้ดีในระดับสากลมาประกอบการวินิจฉัยขั้นตอนการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาร้ายแรงด้วยเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับวิธีพิจารณาของไทยต่อไป เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสก็ใช้วิธีการไต่สวนมูลฟ้องกับคดีอาญาร้ายแรงชั้นอุกฤษฏ์โทษในทุกคดีซึ่งรวมถึงอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่บัญญัติฐานความผิดไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 211-1 (Du génocide) และมาตรา 212-1 ถึง 212-3 (Des autres crimes contre l'humanité) ตามลำดับ

(ก) ศาลไทยไม่ไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญากรณีพนักงานอัยการเป็นโจทก์

ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย เมื่ออัยการมีคำสั่งฟ้องและยื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีแล้ว ก็จะเป็นขั้นตอนที่ศาลจะวินิจฉัยถึงมูลคดี หรือเรียกว่า “การประทับรับฟ้อง” ซึ่งมาตรา 162 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยบัญญัติว่า “ถ้าฟ้องถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ให้ศาลจัดการดังต่อไปนี้... (2) ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ไม่จำเป็นต้องไต่สวนมูลฟ้อง แต่ถ้าเห็นสมควรจะสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องก่อนก็ได้” ในการที่ศาลจะสั่งประทับฟ้องได้นั้น ในเบื้องต้นกฎหมายกำหนดให้ศาลตรวจฟ้องเสียก่อนว่าเป็นฟ้องที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และเฉพาะกรณีที่ศาลได้ตรวจดูแล้ว และเห็นว่าฟ้องนั้นเป็นฟ้องที่ถูกต้องตามกฎหมายแล้วเท่านั้น ศาลจึงสั่งประทับฟ้องหรือดำเนินการไต่สวนมูลฟ้องและสั่งประทับฟ้องหรือไม่ต่อไป แต่ถ้าศาลเห็นว่าฟ้องนั้นเป็นฟ้องที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ศาลอาจสั่งให้โจทก์แก้ฟ้องให้ถูกต้องหรือยกฟ้องหรือไม่ประทับรับฟ้อง (มาตรา 161)

คำว่า “ไต่สวนมูลฟ้อง” ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (12) ให้คำจำกัดความไว้ว่า “หมายความถึงกระบวนการไต่สวนของศาลเพื่อวินิจฉัยถึงมูลคดีที่จำเลยต้องหา”

ความมุ่งหมายของการไต่สวนมูลฟ้องทั้งของผู้เสียหายและของอัยการก็คือ เพื่อให้ศาลได้พิจารณารูปคดีในเบื้องต้นของโจทก์ก่อนว่ามีมูลเพียงพอที่ศาลควรรับคดีนั้นไว้พิจารณาต่อไปหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อป้องกันการการกลั่นแกล้งหรือความเข้าใจผิดของโจทก์ที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายบางประการ เช่น ฟ้องของโจทก์อาจไม่มีมูลเป็นความผิดทางอาญาแต่เป็นเพียงความรับผิดในทางแพ่ง หรือมีมูลเป็นความผิด แต่โจทก์ไม่มีพยานหลักฐานอันใดเลยที่จะแสดงว่าจำเลยนี้เป็นผู้กระทำผิด เป็นต้น ในเรื่องเหล่านี้ หากศาลจะรับฟ้องไว้พิจารณาเพื่อพิพากษาไปเลยทีเดียว อาจทำความเดือดร้อนและเป็นภาระแก่จำเลยโดยไม่จำเป็น อย่างไรก็ตาม ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องศาลจะไม่รับเอาพยานหลักฐานของโจทก์เข้าสู่สำนวนจนถึงขนาดที่ต้องเห็นว่าจำเลยกระทำ ความผิดจริง คงฟังพยานหลักฐานของโจทก์พอสมควรเท่าที่จะแสดงได้ว่าคดีนั้นมีมูลในเบื้องต้นคือ เป็นไปได้ว่าจำเลยน่าจะกระทำผิดตามฟ้องซึ่งต่างกับในชั้นพิจารณาที่โจทก์จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลยถึงขนาดที่ศาลจะแน่ใจว่าจำเลยกระทำ ความผิดจริง (ตามนัยมาตรา 227 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา)<sup>233</sup>

233

คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 78-79.

การที่กฎหมายไทยบัญญัติให้อำนาจศาลที่จะสั่งไต่สวนมูลฟ้องก่อนการประทับรับฟ้องของพนักงานอัยการได้นี้ ก็เพื่อให้เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล จริงอยู่ก่อนที่พนักงานอัยการจะยื่นฟ้องคดีใดต่อศาลนั้นได้มีการสอบสวนมาแล้ว แต่กรณีก็อาจจะเป็นไปได้ว่าคดีของพนักงานอัยการท้องที่นั้นได้ถูกยกฟ้องในที่สุดอยู่เสมอ ๆ อันอาจแสดงถึงความไม่ละเอียดรอบคอบในการสอบสวนของพนักงานอัยการ และโดยที่ตามกฎหมายไทยนั้นในการที่ศาลจะสั่งประทับฟ้องของพนักงานอัยการหรือไม่ ตามปกติศาลมีเพียงคำฟ้องอย่างเดียว ความเชื่อถือได้ของการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานจึงเป็นเรื่องสำคัญ บทบัญญัตินี้จึงเป็นมาตรการควบคุมกันและกันที่มีความสำคัญไม่น้อย โดยหากศาลเห็นว่าพนักงานอัยการละเลยต่อความรับผิดชอบดังกล่าว ศาลก็ชอบที่จะเข้าไปกระตุ้นเพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนี้จะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนั้นองค์การในการดำเนินคดีอาญาต่าง ๆ ของรัฐจะต้องร่วมมือกันอำนวยความสะดวกธรรมชาติ<sup>234</sup> อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วศาลไทยแทบไม่เคยมีการไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่อัยการเป็นโจทก์ยื่นฟ้องเลยซึ่งต่างจากความประสงค์ของตัวบทนี้ที่ต้องการให้ศาลเข้าไปมีส่วนร่วมประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล ในประเด็นดังกล่าวนี้ ท่านศาสตราจารย์ดร.คณิต ฒ นคร มีความเห็นว่า ในทางปฏิบัติของไทยเรามากไปด้วยความไม่เข้าใจและความเกรงใจกันในทางที่ผิด<sup>235</sup> ความเป็นประธานในคดีของผู้ถูกกล่าวหาจึงอาจถูกระทบกระเทือนได้โดยง่าย<sup>236</sup>

วิธีการไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์<sup>237</sup> ปรากฏอยู่ในมาตรา 165 วรรค 1 และ วรรค 2 ซึ่งกล่าวไว้เป็นลำดับว่า

“ในคดีซึ่งพนักงานอัยการเป็นโจทก์ ในวันไต่สวนมูลฟ้อง ให้จำเลยมาหรือคุมตัวมาศาล ให้ศาลส่งสำเนาฟ้องแก่จำเลยรายตัวไป เมื่อศาลเชื่อว่าเป็นจำเลยจริงแล้ว ให้อ่านและอธิบายฟ้องให้ฟัง และถามว่าได้กระทำผิดจริงหรือไม่ จะให้การต่อสู้อย่างไรบ้าง คำให้การของจำเลยให้จดไว้ ถ้าจำเลยไม่ยอมให้การก็ให้ศาลจดรายงานไว้ และดำเนินการต่อไป

<sup>234</sup> คณิต ฒ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 221*, น. 520-521.

<sup>235</sup> หลวงอรรถปริชาชนูปการ “ความสัมพันธ์ระหว่างพนักงานอัยการกับพนักงานสอบสวน,” *อัยการนิเทศ*, เล่มที่ 20, น. 268 (2501), อ้างถึงใน คณิต ฒ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น. 521.

<sup>236</sup> คณิต ฒ นคร, “บทบาทของศาลในคดีอาญา,” *วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์*, ปีที่ 1, ฉบับที่ 1, น. 49-64 (มกราคม 2544).

<sup>237</sup> คณิง ฤาไชย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 233*, น. 79-91.

จำเลยไม่มีอำนาจนำพยานมาสืบในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการตัดสิทธิในการที่จำเลยจะมีทนายมาช่วยเหลือ”

การไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ จึงมีสาระสำคัญดังนี้

1) จำเลยมีฐานะเป็นจำเลยในระหว่างการไต่สวนมูลฟ้อง ผู้ถูกพนักงานอัยการฟ้อง (แม้ศาลจะไม่ประทับฟ้องทันทีแต่สั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องก่อน) มีฐานะเป็นจำเลยนับตั้งแต่ถูกฟ้อง ติดต่อกันมาจนถึงการไต่สวนมูลฟ้องและมีฐานะเช่นนั้นตลอดเวลาของการไต่สวนมูลฟ้อง ข้อนี้ต่างกับการไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์

2) การไต่สวนมูลฟ้องต้องกระทำต่อหน้าจำเลย ฉะนั้น ในวันไต่สวนมูลฟ้อง จำเลยจะต้องมาหรือถูกควบคุมตัวมาศาล และอยู่ในห้องพิจารณาของศาลตลอดเวลาของการไต่สวนกรณีที่จำเลยมาศาล เป็นกรณีที่จำเลยถูกฟ้องแล้วแต่ตัวไม่ได้ถูกควบคุมหรือขังอยู่ และศาลนัดให้มาศาลในวันไต่สวนมูลฟ้อง ส่วนกรณีที่จำเลยถูกควบคุมตัวมาศาลเป็นกรณีที่ในขณะที่ถูกฟ้อง จำเลยถูกควบคุมหรือขังอยู่ ซึ่งพนักงานอัยการได้จัดให้เจ้าหน้าที่ที่ควบคุมหรือขังจำเลยนั้นนำตัวจำเลยมาศาลในวันไต่สวนมูลฟ้อง

เมื่อปรากฏตัวจำเลยในห้องพิจารณาของศาลแล้ว แม้กฎหมายจะกล่าวให้ศาลส่งสำเนาคำฟ้องให้แก่จำเลยเป็นรายตัว แต่ในทางปฏิบัติเมื่อศาลรับคำฟ้องจากพนักงานอัยการโจทก์แล้ว แม้ศาลจะสั่งไต่สวนมูลฟ้อง ศาลก็คงส่งสำเนาคำฟ้องให้แก่จำเลยก่อนแล้ว หากได้รอไว้ส่งให้จำเลยในห้องพิจารณาในวันไต่สวนมูลฟ้องไม่

เมื่อศาลเชื่อว่าเป็นจำเลยจริง คือ เชื่อว่าเป็นตัวบุคคลที่โจทก์ระบุว่า เป็นจำเลยในฟ้องจริงแล้ว ศาลจะอ่านคำฟ้องให้จำเลยฟังและถามว่ากระทำผิดจริงตามฟ้องโจทก์หรือไม่ จะให้การต่อสู้คดีคือปฏิเสธหรือรับสารภาพ ถ้าจำเลยให้การอย่างไรศาลจะจัดไว้ในแบบคำให้การจำเลย แต่จำเลยอาจทำคำให้การเป็นหนังสือยื่นต่อศาลพร้อมทั้งสำเนาก็ได้ ซึ่งศาลจะรับไว้และส่งสำเนาให้โจทก์ ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพ ศาลจะประทับฟ้องไว้พิจารณาเลยทีเดียว (โดยไม่ต้องไต่สวนมูลฟ้อง) ตามนัยแห่งมาตรา 162 วรรค 2<sup>238</sup> ถ้าจำเลยไม่ยอมให้หรือให้การปฏิเสธ ศาลจะจัดรายงานหรือจดคำให้การไว้แล้วแต่กรณี และดำเนินการไต่สวนมูลฟ้องต่อไป คือ ให้โจทก์นำพยานเข้าสืบ โดยจำเลยมีตัวอยู่ในศาลตลอดเวลา

<sup>238</sup> มาตรา 162 วรรค 2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

“ในกรณีที่มีการไต่สวนมูลฟ้องดังกล่าวแล้ว ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพให้ศาลประทับฟ้องไว้พิจารณา”

3) จำเลยมีสิทธิต่อสู้คดีโจทก์ได้ทุกประการนอกจากการนำพยานฝ่ายของตนเข้าสืบ โดยผู้ที่ถูกฟ้องมีฐานะจำเลยแล้วในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง จำเลยมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีโจทก์ได้ทุกประการ ทำนองเดียวกับจำเลยในชั้นพิจารณา เช่น ยื่นคำร้องโต้แย้งคัดค้านโจทก์ในเรื่องที่ตนเห็นว่าไม่ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา การชักค้านพยานโจทก์ การแถลงปิดคดีในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง ฯลฯ มีข้อจำกัดประการเดียวที่จำเลยทำไม่ได้ คือ การนำพยานหลักฐานของตนเข้าสืบหักล้างพยานโจทก์ในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง เพราะในชั้นนี้เป็นเพียงชั้นพิจารณาในเบื้องต้นว่าคดีมีมูลหรือไม่เท่านั้น

นอกจากนี้ หากพนักงานอัยการโจทก์ไม่มาตามกำหนดนัดไต่สวนมูลฟ้อง ศาลจะคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ (1) ยกฟ้อง และแม้ศาลจะมีคำสั่งยกฟ้องแล้ว แต่ศาลก็อาจสั่งไต่สวนคดีนั้นใหม่ได้อีกเมื่อโจทก์ได้แสดงเหตุอันสมควรถึงการที่ตนมาศาลไม่ได้ตามกำหนดนั้น แต่ถ้าแสดงไม่ได้ก็ไม่มีเหตุผลที่ศาลจะสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องใหม่ หรือ (2) มีคำสั่งเลื่อนคดีไป ซึ่งศาลจะสั่งก็ต่อเมื่อศาลเห็นว่ากรณีมีเหตุอันสมควรที่โจทก์มาไม่ได้ (มาตรา 166 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา)

เมื่อศาลไต่สวนมูลฟ้องแล้ว ผลของการไต่สวนย่อมปรากฏออกมาทางใดทางหนึ่ง คือ

(1) สั่งว่าคดีมีมูล จากนั้นศาลจะทำคำสั่งประทับฟ้องเรื่องนั้นหรือกระทางนั้นไว้พิจารณาต่อไป ซึ่งคำสั่งของศาลในกรณีนี้เป็นเด็ดขาด ไม่ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งของศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ (ส่วนคำสั่งศาลฎีกาย่อมเด็ดขาดเองในตัว) แม้ว่าคำสั่งศาลที่ว่าคดีมีมูลเป็นคำสั่งที่เป็นผลร้ายแก่จำเลย เพราะมาตรา 170 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้คำสั่งเป็นเด็ดขาด จำเลยไม่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาคัดค้านได้ แม้ว่าจะเป็นการคัดค้านในปัญหาข้อกฎหมายก็ตาม และเมื่อศาลประทับฟ้องแล้วศาลจะดำเนินการตามมาตรา 168 และ 169 ต่อไป

(2) สั่งว่าคดีไม่มีมูล จากนั้นศาลจะมีคำสั่งหรือคำพิพากษายกฟ้อง (มาตรา 167 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) โจทก์ย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาได้ตามบทบัญญัติว่าด้วยลักษณะอุทธรณ์ฎีกาในภาค 4 (ตั้งแต่มาตรา 193 ถึง 225)

กระบวนการพิจารณาในชั้นไต่สวนมูลฟ้องนี้เป็นการดำเนินการโดยศาล ซึ่งจะต้องมีการสืบพยานโจทก์และศาลจะต้องมีคำสั่งหรือคำพิพากษา ในแง่นี้จึงคล้ายคลึงกับการพิพากษา คงผิดกันแต่ในเพียงความมุ่งหมาย (คือ การไต่สวนมูลฟ้องก็เพื่อให้ศาลพิจารณาว่าคดีมีมูลเบื้องต้นพอที่จะรับไว้พิจารณาต่อไปหรือไม่ ส่วนการพิจารณาก็เพื่อฟังว่าจำเลยมีความผิดตามฟ้องหรือไม่) ฉะนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการสอบสวนและการพิจารณามาใช้บังคับแก่การไต่สวนมูลฟ้องด้วยโดยอนุโลม (มาตรา 171 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) โดย

อำนาจศาลที่จะเรียกสำนวนการสอบสวนในชั้นไต่สวนมูลฟ้องเป็นไปตามหลักทั่วไปในมาตรา 228 คือ ศาลมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนได้นั่นเอง (มาตรา 171 มิให้นำมาตรา 175 มาใช้บังคับ)

### (ข) ศาลฝรั่งเศสต้องไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาร้ายแรงทุกคดี

กระบวนการตรวจสอบคดีโดยศาลก่อนการพิจารณาในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีรูปแบบที่แตกต่างออกไปจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะศาลมีหน้าที่ในการค้นหาความจริงของคดี วัตถุประสงค์หลักของการตรวจสอบคดีคือ ต้องการให้เกิดความเชื่อมั่นในพยานหลักฐานว่าคดีที่นำมาฟ้องมีมูลคดีที่จะทำให้ศาลเกิดความมั่นใจที่จะประทับฟ้องไว้พิจารณา มาตรการที่จะทำให้ศาลเกิดความมั่นใจก็คือ ต้องอาศัยเครื่องมือในการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพ ประเทศฝรั่งเศสจึงกำหนดให้มีผู้พิพากษาไต่สวนและศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวน (Chambre de l'instruction la Cour d'Appel) เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการตรวจสอบในการไต่สวนชั้นเตรียมฟ้อง โดยมีรูปแบบที่แยกหน้าที่ของศาลที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบออกจากหน้าที่ของศาลที่พิจารณาคดี ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ตรวจสอบคดีจะไม่สามารถทำหน้าที่พิจารณาคดีที่ตนเองตรวจสอบได้ การตรวจสอบของศาลจะพิจารณาจากสำนวนการสอบสวน และศาลสามารถทำการสอบสวนคดีได้อย่างกว้างขวางเพื่อพิจารณาถึงมูลคดีที่อัยการนำมาฟ้องว่ามีมูลพ้องที่ศาลจะประทับฟ้องคดีดังกล่าวไว้พิจารณาหรือไม่<sup>239</sup>

เรื่องการไต่สวนมูลฟ้องของกฎหมายฝรั่งเศสต่อเนื่องมาจากการทำหน้าที่ควบคุมการสอบสวนของศาลไต่สวนที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 4.3.4 ซึ่งมีการคาบเกี่ยวกันอยู่กับการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาร้ายแรงที่เป็นขั้นตอนก่อนชั้นพิจารณา จึงขอกล่าวถึงเพื่อความเชื่อมโยงกันดังนี้ คือ ศาลไต่สวน (jurisdiction d'Instruction) ของฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือ<sup>240</sup>

1) ศาลไต่สวนชั้นที่หนึ่ง (The First Degree Investigating Jurisdiction) มีผู้พิพากษาไต่สวน (le juge d'instruction หรือ examining magistrate) ทำหน้าที่ไต่สวนคดี กรณีนี้ได้อธิบายไปแล้วในประเด็น “อำนาจสืบสวนสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงของประเทศฝรั่งเศสรวมอยู่ที่เจ้าพนักงานตำรวจ พนักงานอัยการและศาลไต่สวน” (หัวข้อ 4.3.4)

<sup>239</sup> ปัญญา แสงสุข, “กระบวนการตรวจสอบก่อนการพิจารณาคดี,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 86-87.

<sup>240</sup> เพิ่งอ้าง, น. 84-87.

2) ศาลไต่สวนชั้นที่สอง (The Second Degree Investigating Jurisdiction) โดยศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวน (Chambre de l'instruction)<sup>241</sup> ซึ่งใช้ผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะ (Indicting Chamber) จำนวน 1 คนผู้ทำหน้าที่ไต่สวน และมีผู้พิพากษา (counselors) ทำหน้าที่คอยให้การช่วยเหลือผู้พิพากษา กรณีจำเป็นอีกจำนวน 2 คน

หลังจากที่ศาลไต่สวนคดีทำการไต่สวนคดีอาญารายแรงในชั้นที่หนึ่งเสร็จแล้ว ก็จะมีคำสั่งแจ้งไปยังพนักงานอัยการประจำศาล Tribunal de Grande Instance (une ordonnance de soit communiqué) เพื่อให้อัยการยื่นคำฟ้องคดีโดยเด็ดขาด (réquisitoire définitive) ต่อศาลไต่สวนคดีภายในระยะเวลาที่กำหนด หลังจากศาลไต่สวนรับคำฟ้องคดีโดยเด็ดขาด (réquisitoire définitive) แล้ว ศาลจะพิจารณาคำฟ้องได้อย่างอิสระและมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้<sup>242</sup>

(1) คำสั่งว่าคดีไม่มีมูลให้ยกฟ้อง (ordonnance de non-lieu) ในกรณีที่ศาลยกฟ้องโดยอาศัยข้อเท็จจริงเนื่องด้วยเห็นว่าในความผิดที่ผู้ต้องหาถูกกล่าวหาว่าไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะส่งตัวผู้ต้องหาไปรับการพิจารณาพิพากษาอย่างศาลที่ทำหน้าที่พิพากษาคดีได้ กรณีนี้พนักงานอัยการสามารถร้องขอให้มีการไต่สวนคดีอีกครั้งได้สำหรับข้อหาอื่น (réouverture de l'instruction sur charges nouvelles) แต่ผู้เสียหายในคดีไม่สามารถกระทำเช่นเดียวกันนี้ได้ ส่วนในกรณีที่ศาลยกฟ้องโดยอาศัยข้อกฎหมาย ได้แก่ กรณีที่ได้มีกฎหมายนิโทษกรรมการกระทำ ความผิดที่ต้องหาแล้ว หรือกรณีที่คดีขาดอายุความไปแล้ว โดยปกติแล้วไม่สามารถจะฟ้องผู้ต้องหาได้อีกเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นในบางกรณี

(2) คำสั่งให้มีการส่งคดีผ่านไปยังพนักงานอัยการประจำศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวน หรือ Chambre de l'instruction (ordonnance de transmission au procureur general près la Chambre de l'instruction)

(2.1) กรณีไม่มีการอุทธรณ์คดีอุกฤษฏ์โทษ (crime) ศาลไต่สวนจะส่งสำนวนการไต่สวนคดีผ่านพนักงานอัยการประจำศาล Tribunal de Grande Instance ไปยังพนักงานอัยการประจำศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวน หรือ Chambre de l'instruction (มาตรา 181 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส) หลังจากนั้นศาลศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวนจะทำการตรวจสอบ

<sup>241</sup> โกลแมน ภัทรภิมย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 197*, น. 96, ธนกร วรปรัชญากุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 197*, น. 57.

<sup>242</sup> ธนกร วรปรัชญากุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 197*, น. 56-57.

สำนวนการไต่สวนคดีใหม่อีกครั้งหนึ่ง เพื่อพิจารณาว่าความผิดที่มีการไต่สวนเป็นคดีที่มีมูลเป็น ความผิดอุกฤษฏ์โทษหรือไม่

(2.1.1) ในกรณีศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวนพิจารณาแล้วเห็นว่าความผิดในคดีนั้นไม่ได้ เป็นความผิดอุกฤษฏ์โทษ แต่เป็นความผิดมัจฉิมโทษ (délit) ศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวนจะส่งคดีไป ทำการพิจารณาพิพากษายังศาลมัจฉิมโทษที่มีชื่อเรียกว่า Tribunal correctionnel หรือในกรณีที่ เป็นว่าเป็นความผิดลหุโทษ (contravention) จะส่งคดีไปยังศาลตำรวจ (Tribunal de police)

(2.1.2) ในกรณีศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวนพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีไม่มีมูล (arrêt de non-lieu) ศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวนก็มีอำนาจพิพากษายกฟ้องได้

(2.2) กรณีที่มีการอุทธรณ์คำสั่งของศาลไต่สวน ศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวนจะทำ หน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว

(3) คำสั่งให้มีการส่งคดีไปพิจารณาพิพากษาคดียังศาลที่มีอำนาจ (ordonnance de renvoi) ได้แก่ คำสั่งให้ส่งไปยังศาล Tribunal Correctionnel ในคดีที่เป็นความผิดมัจฉิมโทษหรือ ไปยังศาลแขวงหรือศาลตำรวจ (Tribunal de police)<sup>243</sup> ในกรณีที่เป็นการผิดลหุโทษ

อำนาจหน้าที่ของศาลไต่สวนคือ มีหน้าที่สอบสวน (investigate) เพื่อพิจารณา พยานหลักฐานที่โจทก์นำมาฟ้องต่อศาลว่ามีเพียงพอที่จะนำไปสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล หรือไม่ ซึ่งเสมือนเป็นการตรวจสอบคดีอาญาที่อัยการ (prosecuting attorney) ยื่นฟ้องผู้กระทำความผิดมายังศาล โดยศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวนจะควบคุมการใช้อำนาจของผู้พิพากษาไต่สวน อีกชั้นหนึ่ง ก่อนที่จะส่งเรื่องให้ศาลอุทธรณ์ที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอุกฤษฏ์โทษต่อไป วิธีการพิจารณาไต่สวนของศาลทั้ง 2 ระดับจะถือว่าเป็นความลับแต่เปิดโอกาสให้คู่ความและ ทนายความสามารถเข้าร่วมในการพิจารณาไต่สวนได้ การค้นหาความจริงจะมีลักษณะเป็นการ สอบสวนหาข้อเท็จจริง (inquisitorial procedure) ข้อโต้แย้งต่าง ๆ ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และศาลสามารถสั่งให้คู่ความมาปรากฏตัวต่อศาลได้ (มาตรา 199 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญาฝรั่งเศส)

ศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวนมีอำนาจตรวจสอบคดีได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งไม่เพียงแต่ ตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนที่ได้รับ แต่ยังมีอำนาจตรวจสอบข้อเท็จจริงทั้งหมดของคดี ซึ่งรวมถึงมีอำนาจอื่น ๆ อันเกี่ยวแก่คดีด้วย เช่น มีอำนาจปล่อยตัวผู้ถูกกล่าวหา มีอำนาจสั่งให้

<sup>243</sup> โกลเมน ภัทรภิมย์, *อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 197*, น. 87.

สอบสวนผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีที่เป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนซึ่งปรากฏในสำนวนการสอบสวน แต่มิได้  
รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาไต่สวน เป็นต้น<sup>244</sup>

**(ค) องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) แห่งศาลอาญา  
ระหว่างประเทศเป็นผู้ไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาร้ายแรงทุกคดี**

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดให้มีชั้นพิจารณายืนยันข้อ  
กล่าวหาก่อนการพิจารณาคดีในศาล (Confirmation Hearing) โดยองค์คณะตุลาการพิจารณา  
เบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ตามข้อ 61 วรรค 1 เป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาในการปกป้องสิทธิของ  
ผู้ถูกกล่าวหาเพื่อมิให้มีการกล่าวหาจำเลยโดยไม่มีมูลเหตุเพียงพอ ซึ่งก่อนการนั่งพิจารณาคดีชั้น  
ยืนยันข้อกล่าวหานี้บุคคลผู้ถูกกล่าวหาต้องได้รับเอกสารที่ระบุข้อหาเพื่อรับทราบรายละเอียดของ  
ข้อหาที่จะทำการพิจารณาคดีในศาล และผู้ถูกกล่าวหาต้องมาปรากฏตัวในชั้นยืนยันข้อกล่าวหา  
เว้นเสียแต่ผู้ถูกกล่าวหาจะสิทธิการมาปรากฏตัวของตนเองหรือผู้ถูกกล่าวหาหลบหนี

ในชั้นยืนยันข้อกล่าวหานี้ องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต้องวินิจฉัยว่ามี  
พยานหลักฐานเพียงพอที่จะทำให้เกิดเหตุผลที่มีหลักฐานสนับสนุนอันควรเชื่อได้ว่า บุคคลนั้น  
กระทำความผิดอาญาตามข้อกล่าวหาแต่ละข้อหรือไม่ (ข้อ 61 วรรค 7) ในกรณีที่องค์คณะตุลา  
การพิจารณาเบื้องต้นยกข้อกล่าวหา อัยการประจำศาลฯ สามารถร้องขอให้มีการยืนยันข้อ  
กล่าวหาในภายหลังได้อีก หากคำร้องขอนั้นมีพยานหลักฐานสนับสนุนเพิ่มเติม (ข้อ 61 วรรค 8)  
ในทางกลับกันหากข้อกล่าวหาได้รับการยืนยัน คณะประธานศาลอาญาระหว่างประเทศต้องสั่งตั้ง  
องค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) เป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินกระบวนการในชั้น  
พิจารณาต่อไป

หากพิจารณาจากบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ แล้วจะเห็นได้ว่าจะมีความประสงค์  
ให้มีการนั่งพิจารณาคดีในชั้นก่อนการพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งจะเริ่ม โดยองค์  
คณะตุลาการพิจารณาคดีมีหน้าที่ยืนยันข้อกล่าวหา พร้อมกับพิจารณาพยานหลักฐานด้วยว่ามี  
เหตุผลที่เชื่อได้หรือไม่ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิด หรือกล่าวอีกนัยยะหนึ่งได้ว่าคดีดังกล่าว  
มีมูลหรือไม่ อันเทียบได้กับการไต่สวนมูลฟ้องของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ทั้งนี้  
เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาเป็นสำคัญ

<sup>244</sup> บัญญา แสงสุข, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 239, น. 84-90.

นอกจากนี้ องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นยังมีหน้าหลักสำคัญอื่น ๆ อีก เช่น การประกันสิทธิบุคคลระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาขั้นต้นในศาล, การอนุญาตปล่อยตัวชั่วคราว, การทำหน้าที่ที่เรียกว่า “โอกาสด้านการสืบสวนสอบสวนเพียงครั้งเดียว” เป็นต้น

### (ง) แนวทางการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาร้ายแรงในกฎหมายไทย

ทั้งประเทศฝรั่งเศสและธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่างก็จัดตั้งให้มีองค์คณะขึ้นมาไต่สวนมูลฟ้องเป็นการเฉพาะ กรณีฝรั่งเศสก็เป็นรูปแบบของศาลไต่สวนและศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวน กรณีของธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็เป็นในรูปแบบขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ในขณะที่กฎหมายไทยมีศาลชั้นต้นผู้ที่ต้องพิจารณาคดีนั้น ๆ อยู่แล้วเป็นผู้ไต่สวนมูลฟ้อง อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยไม่บังคับให้ศาลต้องไต่สวนหากเป็นคดีที่ยื่นฟ้องโดยพนักงานอัยการเนื่องด้วยกฎหมายยังมีความเชื่อใจในตัวองค์กรที่ทำหน้าที่สอบสวนและฟ้องร้องอยู่บ้างว่าจะสามารถตรวจสอบคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพและให้ความคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหาได้ แต่ไม่ใช่ทั้งหมดเพราะกฎหมายให้ศาลใช้ดุลพินิจในการสั่งไต่สวนมูลฟ้องอยู่ด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติศาลมีความเชื่อใจองค์กรและตัวบุคคลที่ทำหน้าที่สอบสวนและฟ้องร้องเป็นอย่างมากกว่าทุกคดีที่อัยการนำมาฟ้องนั้นมีการกลั่นกรองมาแล้วว่ามีมูลพอที่ศาลจะรับไว้พิจารณาได้โดยไม่ต้องตรวจสอบอีก การไต่สวนมูลฟ้องจะทำให้เกิดความล่าช้าและเสียเวลาแก่ศาลเพราะท้ายที่สุดศาลก็ต้องกลับมาพิจารณาใหม่อีกครั้งในขั้นตอนการพิจารณาและพิพากษาคดี<sup>245</sup>

ถ้าพิจารณาในระบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ ศาลเลือกที่จะไม่ทำการไต่สวนมูลฟ้องตามมาตรา 162 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะพนักงานสอบสวนเป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐานและมีพนักงานอัยการทำหน้าที่สั่งฟ้องโดยแยกกันเป็นคนละขั้นตอน การทำหน้าที่ของอัยการจึงดูราวกับว่าได้ตรวจสอบสำนวนการสอบสวนมาแล้วขั้นหนึ่งว่าคดีมีมูลเพียงพอหรือไม่ อีกทั้งยังป้องกันอคติของพนักงานสอบสวนที่มีต่อผู้ต้องหาซึ่งอาจนำไปสู่การจับผู้ต้องหาผิดตัว กรณีจึงไม่มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องทำการไต่สวนมูลฟ้องอีกครั้งหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนกลับเห็นว่าควรให้น้ำหนักไปที่ความสำคัญเรื่องการรวบรวมพยานหลักฐานมากกว่า เพื่อป้องกันพยานหลักฐานสูญหายและเพื่อรวบรวมหลักฐานให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันโดยมีพนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนด้วยตั้งแต่แรกและมีฐานะเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ ยิ่งไปกว่านั้น

<sup>245</sup> เพิ่งอ้าง, น. 104.

ควรวินิจฉัยการผู้ที่เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเป็นคนเดียวกันกับพนักงานอัยการที่สั่งคดี ซึ่งก็คือ อัยการสูงสุดนั่นเอง<sup>246</sup> เมื่อเป็นดังนี้ การสอบสวนจึงรวม 2 ขั้นตอนที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเข้าด้วยกัน กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาร้ายแรงที่พนักงานอัยการเป็นผู้ยื่นฟ้องอีกครั้งหนึ่ง เพราะแม้จะมีการกลั่นกรองโดยองค์การที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามาแล้วในชั้นสอบสวนก็เป็นการตรวจสอบเพียงแค่นั้นเดียวเพราะอำนาจสอบสวนของอัยการและพนักงานสอบสวนที่ทำหน้าที่รวบรวมพยานหลักฐานร่วมกันตามที่ผู้เขียนเสนอนั้นเป็นอำนาจเดียวกัน สมควรที่จะมีองค์การตุลาการเข้ามาตรวจสอบขั้นก่อนคดีเข้าสู่การพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง เพื่อคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ไม่ให้เกิดได้รับความเดือดร้อน กรณีกระบวนการของฝรั่งเศสก็มีศาลไต่สวนควบคุมอัยการและเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดีในการสอบสวน และยังมีศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวนตรวจสอบการพิจารณาของศาลไต่สวนอีกครั้งหนึ่ง ส่วนศาลอาญาระหว่างประเทศก็มีองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นไต่สวนมูลฟ้องหลังจากอัยการประจำศาลฯ เป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐาน แต่ถึงอย่างไร กรณีไม่มีความจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งองค์คณะใดขึ้นมาใหม่เพื่อไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาร้ายแรงเป็นการเฉพาะ เพราะลำพังระบบการไต่สวนมูลฟ้องของไทยที่มีอยู่ก็มีความน่าเชื่อถืออยู่ในระดับหนึ่งแล้ว เพียงแต่ต้องกำหนดให้คดีอาญาร้ายแรงทุกคดีให้ได้รับการไต่สวนมูลฟ้องและผู้ถูกกล่าวหาต้องได้รับการยืนยันข้อกล่าวหาโดยผู้พิพากษาที่มีใช้ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนที่จะทำหน้าที่พิจารณาคดีนั้นต่อไปในชั้นพิจารณา เพื่อป้องกันอคติของผู้พิพากษานายนั้นในคดีที่ตนเองมีคำสั่งว่าคดีมีมูล ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจไต่สวนมูลฟ้องกับอำนาจตัดสินคดี (La separation de l'instruction et du jugement)<sup>247</sup>

ทั้งนี้ หากกำหนดบังคับให้มีการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาร้ายแรงทุกคดีก็จะทำให้มีมาตรฐานการตรวจสอบการสอบสวนและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพผู้ถูกกล่าวหาได้เทียบเท่ากับศาลอาญาระหว่างประเทศ แม้ว่ากระบวนการฟ้องของไทยในปัจจุบันก็ไม่ได้มีวิธีการใดที่ถึงกับขัดหรือลบล้างวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่ไทยมีความผูกพันอันเนื่องมาจากการลงนาม แต่การเปรียบเทียบและเสนอแนวทางให้มีการสำรวจกฎหมายภายในว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันในประเด็นใดบ้างก็ยังคงมีความจำเป็นอยู่ เพราะเป็นวิธีการศึกษาที่จะนำมาซึ่งความเข้าใจและการ

<sup>246</sup> โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.3.4 (ง) แนวทางกำหนดอำนาจสืบสวนสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงในกฎหมายไทย

<sup>247</sup> Jean Pradel, Procédure penale, 10 édition (Paris: Cujas., 2000), pp. 31-36.

ปรับปรุงประสิทธิภาพการดำเนินการฟ้องร้องคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศได้ในอนาคต ซึ่ง การไต่สวนมูลฟ้องของไทยอาจมีข้อแตกต่างกับการยืนยันข้อกล่าวหา (Confirmation Hearing) ของธรรมนูญกรุงโรมฯ (ข้อ 61) อยู่บ้าง เช่น

1) กฎหมายไทยไม่อนุญาตให้มีการไต่สวนมูลฟ้องลับหลังจำเลย (อัยการเป็นโจทก์) ตามมาตรา 165 วรรค 1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ข้อ 61 วรรค 2 ธรรมนูญกรุงโรมฯ มีข้อยกเว้นให้ไต่สวนลับหลังได้หากปฏิบัติตามขั้นตอนบางประการแล้ว

2) แม้จะเป็นเพียงชั้นไต่สวนมูลฟ้อง กฎหมายไทยก็เรียกผู้ถูกกล่าวหาว่า “จำเลย” ตามที่ปรากฏในมาตรา 165 ถึงมาตรา 171 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ข้อ 61 ธรรมนูญกรุงโรมฯ จะเรียกผู้ถูกกล่าวหาว่า “บุคคล” (person) จนกว่าจะผ่านขั้นตอนการยืนยันข้อกล่าวหาไปแล้ว

3) กฎหมายไทยไม่อนุญาตให้จำเลยนำพยานมาสืบในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง (มาตรา 165 วรรค 2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) แต่ธรรมนูญกรุงโรมฯ อนุญาตให้บุคคลผู้ถูกกล่าวหาเสนอพยานหลักฐานได้ (ข้อ 61 วรรค 6)

4) ตามกฎหมายไทยหากศาลพิจารณาจากพยานหลักฐานที่อัยการโจทก์นำเสนอ แล้ววินิจฉัยว่าไม่มีมูลเพียงพอ ศาลต้องมีคำสั่งว่าคดีไม่มีมูลและพิพากษายกฟ้อง (มาตรา 167 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) ซึ่งมาตรา 170 วรรค 1 เปิดช่องให้อุทธรณ์ฎีกาคำสั่งได้ แต่สำหรับธรรมนูญกรุงโรมฯ แล้ว องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นมีอำนาจสั่งเลื่อนการพิจารณาคดีไปก็ได้โดยร้องขอให้อัยการประจำศาลฯ พิจารณาจัดหาพยานหรือสอบสวนเพิ่มเติม หรือหากปรากฏว่าเป็นการกระทำความผิดฐานอื่นก็ให้อัยการพิจารณาแก้ไขข้อกล่าวหาได้ (ข้อ 61 วรรค 7 (c)) ดังนั้น กรณีเห็นได้ว่าองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นเข้ามามีบทบาทในการรวบรวมพยานหลักฐานซึ่งคล้ายศาลไต่สวนของฝรั่งเศสเป็นอย่างมากสอดคล้องกับระบบไต่สวนที่ศาลต้องทำหน้าที่เป็นผู้ร่วมค้นหาความจริงอย่างเต็มที่

5) ตามกฎหมายไทยหากศาลมีคำสั่งไม่มีมูลและพิพากษายกฟ้อง อัยการโจทก์สามารถอุทธรณ์ฎีกาได้ (มาตรา 170) แต่ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์ฎีกา กล่าวคือ อัยการโจทก์ต้องห้ามนำเสนอพยานหลักฐานที่ไม่ได้สืบหรือกล่าวมาแล้วโดยชอบในการไต่สวนของศาลชั้นต้น (มาตรา 225 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบมาตรา 15 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมาตรา 249 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบมาตรา 15 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) ในขณะที่ข้อ 61 วรรค 8 แห่ง

ธรรมนูญกรุงโรมฯ อัยการประจำศาลฯ จะร้องขอให้มีการยืนยันข้อกล่าวหาหลังจากที่เคยถูกยกคำร้องไปแล้วก็ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานเพิ่มเติมจากสำนวนเดิมเท่านั้น

ส่วนอำนาจหน้าที่อื่น ๆ ขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) นั้น กระบวนพิจารณาของไทยก็มีกฎหมายและองค์กรผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนั้น ๆ รองรับอยู่แล้วจึงไม่จำเป็นที่จะต้องจัดตั้งองค์คณะพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่เหล่านี้เป็นการเฉพาะ เช่น หน้าที่เกี่ยวกับการประกันสิทธิบุคคลระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาขั้นต้นในศาลซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย, การอนุญาตปล่อยตัวชั่วคราว, การทำหน้าที่ที่เรียกว่า “โอกาสด้านการสืบสวนสอบสวนเพียงครั้งเดียว” เป็นต้น ศาลไทยไม่ว่าจะในชั้นไต่สวนมูลฟ้องหรือในชั้นพิจารณาคดีก็ดำเนินการเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ได้ดีอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม การทำหน้าที่เกี่ยวกับ “โอกาสด้านการสืบสวนสอบสวนเพียงครั้งเดียว” ที่พิจารณาว่ามีโอกาสเพียงครั้งเดียวเพราะคาดหวังว่าต่อไปอาจไม่สามารถได้คำเบิกความของพยานหรือได้ตรวจสอบรวบรวมหรือพิสูจน์พยานหลักฐานเพื่อประโยชน์ของการพิจารณาคดีในศาลได้อีกแล้ว ธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็กำหนดให้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นมีอำนาจดำเนินมาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อประกันในประสิทธิภาพและความเที่ยงธรรมของกระบวนการพิจารณาได้ กรณีนี้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ได้มีการบัญญัติกระบวนการดังกล่าวไว้ในมาตรา 237 ทวิว่าด้วยเรื่องการสืบพยานบุคคลล่วงหน้า แต่ก็ยังไม่มีกระบวนการในการดูแลรักษาหรือสืบพยานเอกสารล่วงหน้า และมีข้อสังเกตอยู่ว่ามาตรการของธรรมนูญกรุงโรมฯ มีการประกันสิทธิบุคคลได้ดีกว่าเนื่องจากสามารถมีคำสั่งแต่งตั้งผู้พิพากษาขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นเข้าไปทำหน้าที่เข้าสังเกตการณ์และจัดทำข้อเสนอแนะ หรือคำสั่งเกี่ยวกับการรวบรวมและการเก็บรักษาพยานหลักฐานและการซักถามพยานบุคคลได้

#### 4.3.7 ปัญหารูปแบบของศาลยุติธรรมไทยที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาร้ายแรง

มาตรา 2 (1) นิยามคำว่า “ศาล” หมายความว่า ศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษาซึ่งมีอำนาจทำการอันเกี่ยวกับคดีอาญา

จากนิยามข้างต้น ศาล จึงหมายถึงสถาบันศาลยุติธรรมและตัวผู้พิพากษาซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจดำเนินการอันเกี่ยวกับคดีอาญา ศาลใดจะมีอำนาจพิจารณาคดีอาญาก็เป็นไปตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมซึ่งแบ่งศาลออกเป็น 3 ชั้น คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา<sup>248</sup>

เมื่อมีการบัญญัติฐานความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ 4 ฐานความผิดในรูปแบบพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ พ.ศ. ... แล้ว<sup>249</sup> ข้อถกเถียงว่าการพิจารณาคดีโดยศาลในรูปแบบใดจะเป็นปัญหาในประเด็นเรื่องบุคคลากรผู้พิพากษาที่จะมาพิจารณาคดีเป็นสำคัญ ซึ่งจำเป็นจะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญในคดีอาญาระหว่างประเทศเฉพาะเรื่องอันมีลักษณะพิเศษแตกต่างกับคดีอาญาสามัญทั่วไป ดังเช่นที่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ ณ กรุงเฮกไว้ในข้อ 36 วรรค 3 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยความสามารถทางกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและมีประสบการณ์เกี่ยวข้องที่จำเป็นในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา หรือได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้มีความสามารถในสาขากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชน ประกอบกับต้องมีความรู้อย่างดีเลิศและต้องใช้ได้อย่างชำนาญในภาษาที่ใช้ในการปฏิบัติงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ

การกำหนดรูปแบบของศาลที่จะมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเหล่านี้ จึงเป็นประเด็นเสริมที่จะสามารถช่วยทำให้มองออกว่าควรจะมีการจัดตั้งศาลภายในของไทยออกมาในรูปแบบใด ดังนี้

<sup>248</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เริงอรรถที่ 159*, น. 97.

<sup>249</sup> ประเด็นการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยฐานความผิดอาญาร้ายแรง โปรดดูในหัวข้อ 4.2 การขาดกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดฐานความผิดอาญาอันร้ายแรงในกฎหมายไทย

(ก) รูปแบบศาลอาญาตามปกติ<sup>250</sup>

ศาลอาญาของไทยตั้งอยู่ ณ กรุงเทพมหานคร โดยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาซึ่งแตกต่างกับศาลจังหวัดอื่นที่ไม่แยกศาลตามประเภทคดี เนื่องจากกรุงเทพมหานครเป็นเมืองหลวงเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจมีประชากรหนาแน่น จำนวนคดีที่เกิดขึ้นแต่ละปีมีอัตราสูงประกอบกับเป็นคดีสำคัญ ๆ และแม้จะแยกศาลเป็นประเภทคดีแล้ว จำนวนคดีก็ยังคงมากกว่าจังหวัดอื่น จำนวนผู้พิพากษาก็มีมากกว่าศาลอื่น

พระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 16 วรรค 2 ได้บัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลของศาลอาญาไว้ว่า “ศาลแพ่งและศาลอาญามีเขตตลอดท้องที่กรุงเทพมหานคร นอกจากท้องที่ที่อยู่ในเขตของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลแพ่งธนบุรี ศาลอาญากรุงเทพใต้ ศาลอาญาธนบุรี ศาลจังหวัดมีนบุรี และศาลยุติธรรมอื่นตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลนั้นกำหนดไว้” กล่าวคือ ตามมาตรานี้โดยทั่วไปแล้ว ศาลแพ่ง ศาลอาญามีเขตอำนาจตลอดท้องที่กรุงเทพมหานคร เว้นแต่ท้องที่ซึ่งอยู่ในเขตของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลแพ่งธนบุรี ศาลอาญากรุงเทพใต้ ศาลอาญาธนบุรี (คือ เขตจังหวัดธนบุรีเดิม) และท้องที่ที่อยู่ในเขตศาลจังหวัดมีนบุรี (คือ เขตมีนบุรี เขตหนองจอก และเขตลาดกระบัง)

ในขณะที่พระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 16 วรรค 3 ได้บัญญัติเรื่องคดีที่เกิดนอกเขตศาลอาญาไว้ว่า “ในกรณีที่มีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแพ่งหรือศาลอาญา และคดีนั้นเกิดขึ้นนอกเขตของศาลแพ่งหรือศาลอาญา ศาลแพ่งหรือศาลอาญาแล้วแต่กรณี อาจใช้ดุลพินิจยอมรับไว้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งโอนคดีไปยังศาลยุติธรรมอื่นที่มีเขตอำนาจ” กล่าวคือ คดีที่เกิดนอกเขตตามมาตรานี้ต้องไม่อยู่ในอำนาจแพ่ง ศาลอาญาตามบทบัญญัติว่าด้วยศาลที่จะรับฟ้อง เพราะถ้าอยู่ในอำนาจก็ฟ้องศาลแพ่ง ศาลอาญาได้ตามหลักทั่วไปอยู่แล้ว การที่ให้คดีเกิดนอกเขตก็ฟ้องได้อันเป็นการขยายเขตอำนาจศาลของศาลแพ่งและศาลอาญาออกไปเป็นการให้อำนาจแตกต่างกับศาลชั้นต้นอื่น เพราะเป็นศาลใหญ่อยู่ในนครหลวง คดีที่เกิดขึ้นนอกเขตศาลแพ่ง ศาลอาญานั้นจะยื่นฟ้องต่อศาลแพ่ง ศาลอาญาก็ได้โดยไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์เรื่อง

<sup>250</sup> ทูมพล จันทราทิพย์ และ สมลักษณ์ จัดกระบวนพล, พระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 97-101, ประสิทธิภาพบุตร และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, บทที่ 4.

ศาลที่รับคำฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 22 ทั้งนี้ โดยให้อยู่ในดุลพินิจของศาลนั้น ๆ ที่จะรับ คือมิใช่ว่าศาลทั้งสองจะต้องรับฟ้องเช่นนั้นไว้เสมอไป

จึงอาจกล่าวได้ว่าศาลแพ่ง ศาลอาญามีเขตอำนาจทั่วราชอาณาจักรไทยซึ่งตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ร.ศ.127 ได้บัญญัติไว้เช่นนั้นโดยชัดแจ้งว่า ให้ศาลแพ่ง ศาลอาญามีอำนาจทั่วไปตลอดพระราชอาณาเขต แต่อย่างไรก็ดี การที่จะรับคดีที่เกิดขึ้นในเขตศาลอื่น ทั้งศาลแพ่งและศาลอาญาจะใช้ดุลพินิจรับเมื่อมีเหตุอันสมควรเท่านั้น และถ้าไม่มีเหตุผลพิเศษแล้วศาลแพ่งศาลอาญาจะไม่รับคดีที่เกิดขึ้นในเขตศาลอื่นซึ่งทั้งนี้จะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไปว่ามีเหตุผลควรรับไว้เพียงใดหรือไม่ เพราะการกระทำเช่นนั้นเท่ากับเป็นการก้าวล่วงอำนาจศาลอื่น อย่างไรก็ดีกรณีมีข้อยกเว้นหากมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ ศาลแพ่งและศาลอาญาก็ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา เช่น คดีที่จะต้องดำเนินการพิจารณาที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 13 หรือคดีอื่นที่บัญญัติให้เริ่มคดีที่ศาลอื่น เช่น ศาลฎีกา (ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง) เป็นต้น

นอกจากนี้ สำหรับความผิดที่เกิดนอกราชอาณาจักร ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 22 (2) บัญญัติว่า “ความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรไทยให้ชำระคดีนั้นที่ศาลอาญา ถ้าการสอบสวนกระทำลงในท้องที่หนึ่งซึ่งอยู่ในเขตของศาลใดให้ชำระที่ศาลนั้นได้ด้วย” การที่กฎหมายบัญญัติให้ฟ้องที่ศาลอาญา เพราะความผิดเช่นนี้ไม่มีศาลที่ความผิดเกิดขึ้นอยู่ในประเทศไทย ถ้าไม่ให้ฟ้องที่ศาลอาญาก็จะฟ้องจำเลยที่ศาลใดไม่ได้ เช่น เจ้าหน้าที่สถานทูตไทยทุจริตต่อหน้าที่ยกยอกทรัพย์โดยกระทำลงนอกประเทศไทยก็ต้องฟ้องที่ศาลอาญา แต่ถ้าการสอบสวนความผิดนั้นได้กระทำลงในท้องที่ใด ก็ให้ชำระที่ศาลนั้นได้ด้วย เช่น ความผิดฐานโจรสลัดเกิดขึ้นในทะเลหลวง แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจจับได้ในเขตจังหวัดนราธิวาส และจำเลยถูกสอบสวนในท้องที่นั้น ก็ฟ้องจำเลยที่ศาลจังหวัดนราธิวาสได้ด้วย

ดังนี้ หากมีการบัญญัติฐานความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศในกฎหมายไทยแล้ว แม้จะไม่มี การจัดตั้งแผนกพิเศษเพื่อพิจารณาคดีร้ายแรงดังกล่าว ศาลยุติธรรมไทยก็มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดอาญาร้ายแรงเหล่านี้ได้อย่างสมบูรณ์ เพราะความสำคัญในเรื่องนี้อยู่ที่การกำหนดฐานความผิดอาญาร้ายแรงให้เป็นความผิดในกฎหมายไทยมากกว่าการจัดตั้งศาลหรือแผนกพิเศษ ส่วนศาลที่มีเขตอำนาจนั้นสามารถกำหนดให้ศาลชั้นต้นปกติมีเขตอำนาจได้เพราะถือว่าเป็นการดำเนินคดีภายใต้เขตอำนาจอธิปไตยของประเทศไทย หากต้องการให้คำพิพากษาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันไม่แตกต่างกันไปในศาลแต่ละจังหวัดอาจกำหนดให้ศาล

อาญาเป็นศาลเดียวที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาชญากรรมร้ายแรงดังกล่าว โดยสามารถทำได้โดยการบริหารงานศาลตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม นอกจากนี้หากต้องการให้ผู้พิพากษามีความรู้ความเข้าใจเพียงพอที่จะตัดสินคดีร้ายแรงเหล่านี้ก็สามารถทำได้ด้วยการบริหารงานศาลโดยการจัดฝึกอบรมเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจเป็นพิเศษ วิธีการดังกล่าวทำให้ศาลยุติธรรมประหยัดงบประมาณ อีกทั้งยังสอดคล้องกับความเป็นจริงที่ว่าในระยะเริ่มแรกคดีความผิดดังกล่าวอาจมีจำนวนไม่มากถึงขนาดที่จะต้องจัดตั้งเป็นแผนกคดีพิเศษ นอกจากนี้ การดำเนินคดีในศาลชั้นต้นปกติยังสอดคล้องกับสิทธิในการอุทธรณ์ของจำเลยที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศในภาค 8 ว่าด้วยเรื่องอุทธรณ์ กล่าวคือ โจทก์และจำเลยสามารถอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาของศาลอาญาได้

ตัวอย่างของการกำหนดฐานความผิดร้ายแรงและให้ศาลชั้นต้นปกติดำเนินคดีในต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสซึ่งกำหนดให้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นความผิดอุกฤษฏ์โทษ (les crimes หรือ crime)<sup>251</sup> ในมาตรา 211-1 (Du génocide) และ 212-1 ถึง 212-3 (Des autres crimes contre l'humanité)<sup>252</sup>

กล่าวโดยสรุป ข้อดีของการกำหนดให้ศาลอาญาเป็นศาลที่มีเขตอำนาจโดยไม่ต้องมีการตั้งแผนกพิเศษก็คือ 1) มีความเป็นเอกภาพในการพิจารณาคดีตัดสินคดีเพราะมอบเขตอำนาจให้อยู่ที่ศาลเดียว 2) ประหยัดไม่สิ้นเปลืองงบประมาณในการจัดตั้งศาลใหม่เนื่องจากคดีไม่มาก 3) สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ตามลำดับชั้นศาลปกติ และ 4) สามารถจัดการฝึกอบรมได้โดยสะดวก หากต้องการให้ผู้พิพากษามีความรู้เชี่ยวชาญพิเศษ

<sup>251</sup> มาตรา 131-1 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสกำหนดไว้ว่า ความผิดอุกฤษฏ์ (crime) คือ คดีที่มีความผิดร้ายแรงซึ่งมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปหรือโทษที่หนักกว่า

ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 188, น. 475

<sup>252</sup> [Code pénal](http://www.legifrance.gouv.fr), retrieved March 16, 2010, from www.legifrance.gouv.fr

### (ข) รูปแบบศาลชำนาญพิเศษที่มีลักษณะถาวร

ศาลชำนาญพิเศษ (special jurisdiction courts หรือ specialized court หรือ special jurisdiction หรือ special court)<sup>253</sup> คือ ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจเฉพาะในการพิจารณาคดีบางประเภทภายใต้กฎหมายที่จัดตั้งศาลนั้น ๆ เอง โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อพิจารณาคดีที่มีความพิเศษเฉพาะด้านเฉพาะสาขา ซึ่งแยกเป็นอิสระออกมาจากศาลยุติธรรมอันมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไป อาจเรียกได้ว่ามีความแตกต่างที่ตัวเนื้อหาของคดีนั่นเอง นอกจากนี้ ก็ยังแตกต่างกับศาลที่ถูกจำกัดเขตอำนาจศาลโดยใช้ทฤษฎีที่พิพาทเป็นเกณฑ์แบ่งแยกอย่างกรณีศาลแขวงอีกด้วย และที่สำคัญศาลชำนาญพิเศษมิใช่ศาลรูปแบบองค์คณะแผนกคดีพิเศษ (special jurisdiction bench) ซึ่งจัดว่าเป็นเพียงหน่วยงานแผนกหนึ่งในศาลยุติธรรมเท่านั้น และมีใช้องค์กรวินิจฉัยพิเศษ (special jurisdiction tribunal) ที่จัดตั้งขึ้นโดยฝ่ายบริหาร (มิใช่ฝ่ายตุลาการ) ซึ่งผู้วินิจฉัยอาจรวมถึงผู้ที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพผู้พิพากษาอาชีพด้วย

ศาลชำนาญพิเศษในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ในที่นี้ขอกล่าวถึงศาลชำนาญในสหรัฐอเมริกา และฟิลิปปินส์ ส่วนสำหรับศาลชำนาญพิเศษในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ขอกล่าวถึงประเทศฝรั่งเศส เยอรมนีและไทย ดังนี้

- ระบบศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>254</sup> ได้มีการตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาคดีประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะเนื่องด้วยเหตุผลเพื่อช่วยลดปริมาณงานของศาลยุติธรรม และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่ผู้พิพากษาที่จะต้องทำงานอยู่ในสาขากฎหมายที่มีความเฉพาะตัวอย่างมาก ได้แก่ ศาลเวเนคืนทรัพย์สิน (U.S. Court of Federal Claims) ซึ่งได้ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นศาลชำนาญพิเศษแห่งแรกในปี ค.ศ.1855 เป็นศาลที่พิจารณาคดีที่ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐ และศาลการค้าระหว่างประเทศ (Court of International Trade) ที่จัดตั้งในปี ค.ศ.1980, ศาล

<sup>253</sup> Young Dae Lee, "Special jurisdiction courts in Korea: Case of the Administrative Court," 27 *Korean Journal International and Comparative Law* 1 (1999), pp. 1-2. Retrieved March 15, 2010, from HeinOnline

<sup>254</sup> *Ibid.* pp. 3-4, มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) เรื่อง การพัฒนาศักยภาพของผู้พิพากษาในด้านการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศ Common Law และ Civil Law, น.109-110. สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2553, จากฐานข้อมูล ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม

[http://www.library.coj.go.th/coj\\_research/coj\\_research.html](http://www.library.coj.go.th/coj_research/coj_research.html)

อุทธรณ์คดีสิทธิบัตรแห่งรัฐบาลกลาง (U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit) จัดตั้งในปี 1982 เป็นศาลพิเศษในชั้นอุทธรณ์ซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลล่างเกี่ยวกับคดีสิทธิบัตรและคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลเวเนคืนทรัพย์สิน (U.S. Court of Federal Claims) และศาลการค้าระหว่างประเทศ (Court of International Trade)

นอกจากนี้ ยังมีศาลที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือที่เรียกว่า Article I Courts ซึ่งอ้างถึงมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญ โดยศาลเหล่านี้ตั้งขึ้นโดยกฎหมายเพื่อพิจารณาคดีในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบางเรื่อง ศาลลักษณะนี้ได้แก่ ศาลอุทธรณ์ทางการทหาร U.S. Court of Appeals for the Armed Forces, ศาลอุทธรณ์สำหรับทหารผ่านศึก (The U.S. Court of Veterans Appeals), ศาลภาษี (U.S. Tax Court), ศาลล้มละลายกลาง (U.S. Bankruptcy Courts) โดยคู่ความในศาลดังกล่าวสามารถอุทธรณ์คำพิพากษาไปยังศาลอุทธรณ์ในระดับสหรัฐ (The U.S. Court of Appeals) ได้

- ระบบศาลยุติธรรมของประเทศฟิลิปปินส์<sup>255</sup> มีศาลภูมิภาค (Regional Trial Courts) เป็นศาลชั้นต้นที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งทั่วไปและคดีอาญาร้ายแรงรวมทั้งพิจารณาคดีอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลระดับท้องถิ่น (ซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาคดีแพ่งที่มีทุนทรัพย์เล็กน้อยและคดีอาญาไม่ร้ายแรง) ประเทศฟิลิปปินส์มีทั้งสิ้น 13 ภูมิภาค ในแต่ละภูมิภาคจะมีศาลภูมิภาคหนึ่งแห่งตั้งอยู่ประจำภูมิภาคนั้น ๆ โดยศาลภูมิภาคบางแห่งยังทำหน้าที่เป็นศาลชำนาญพิเศษพิจารณาคดีเฉพาะต่าง ๆ ตามที่ศาลสูงสุด (Supreme court) มีมติ (Resolution) ให้จัดตั้งด้วย เช่น เป็นศาลพาณิชย์พิเศษ (Special Commercial Courts) มีเขตอำนาจพิจารณาคดีพาณิชย์และทรัพย์สินทางปัญญา ตามมติศาลสูงสุดเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2003 (Resolution (A.M. No. 03-03-03-SC)) ซึ่งจัดตั้งศาลภูมิภาคจำนวน 66 แห่งให้เป็นศาลพาณิชย์พิเศษรวมทั้งเป็นศาลพิจารณาคดียาเสพติดหรือคดีครอบครัว

- ระบบศาลยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส<sup>256</sup> ในศาลชั้นต้นจะแบ่งออกเป็นศาลประเภทต่าง ๆ โดยจะแบ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีแพ่ง ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีอาญา ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีเด็กและเยาวชน และศาลชำนาญพิเศษ ซึ่งศาลชำนาญพิเศษจะเป็นศาลที่มีทั้งผู้พิพากษาอาชีพและผู้พิพากษาสมทบ ประกอบไปด้วย 1) ศาลการเช่าที่ดินเพื่อการ

<sup>255</sup> มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 254, น. 128-129.

<sup>256</sup> เพิ่งอ้าง, น. 139-141.

เกษตรกรรม (Tribunal paritaire des baux ruraux) 2) ศาลพาณิชย์ (Tribunal de commerce) 3) ศาลสวัสดิการสังคม (Tribunal des affaires de sécurité sociale) และ 4) ศาลแรงงาน (Conseil des prud'homme)

- ระบบศาลยุติธรรมของประเทศเยอรมนี<sup>257</sup> ได้แยกศาลออกตามลักษณะเฉพาะของงานแต่ละด้านซึ่งสามารถจัดแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ ศาลทั่วไป (ordinary Courts) หรือศาลยุติธรรมเยอรมัน (Ordentliche Gerichte) ศาลรัฐธรรมนูญ (constitutional courts) และศาลชำนาญพิเศษ (specialized courts) โดยศาลชำนาญพิเศษมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะเรื่อง ประกอบด้วย ศาลแรงงาน (labour courts) ศาลสังคม (social courts) ศาลปกครอง (administrative courts) ศาลการเงิน (finance courts) และศาลสิทธิบัตร (patent courts)

ทั้งนี้ ศาลแรงงาน ศาลสังคม และศาลปกครอง แต่ละศาลจะมี 3 ระดับ คือ ศาลชั้นต้น (Labour Courts, Social Courts, Administrative Courts) และศาลอุทธรณ์ (Higher Labour Courts, Higher Social Courts, Higher Administrative Courts) ซึ่งเป็นศาลในระดับมลรัฐ และมีศาลแห่งสหพันธรัฐซึ่งเป็นศาลสูงสุด (Federal Labour Court, Federal Social Court, Federal Administrative Court) ส่วนศาลการเงินมีเพียงสองระดับ คือ ศาลการเงินชั้นต้น (Finance Courts) และศาลการเงินสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ (Federal Finance Court) ในขณะที่ศาลสิทธิบัตรซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมมีเพียงศาลเดียวเรียกว่า ศาลสิทธิบัตรแห่งสหพันธรัฐ (Federal Patents Court) ตั้งอยู่ในเมืองมิวนิค

สำหรับประเทศไทยนั้น ระบบของศาลยุติธรรมในระดับศาลชั้นต้นนอกจากจะมีศาลแขวง ศาลจังหวัด ศาลแพ่งธนบุรี ศาลอาญาธนบุรี ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลอาญากฎหมายกรุงเทพใต้ ศาลแพ่งและศาลอาญาแล้ว ยังมีศาลชำนาญพิเศษที่มีวิธีพิจารณาและการปฏิบัติราชการแตกต่างไปจากศาลชั้นต้นทั่วไปอันได้แก่ ศาลภาษีอากร ศาลล้มละลาย ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และศาลแรงงานโดยจัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณากฎหมายพิเศษโดยบุคลากรซึ่งมีความรู้ ความชำนาญเฉพาะด้านอย่างแท้จริงซึ่งมีบุคคลภายนอกที่มีผู้ใช้พิพากษาแต่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาสมทบเข้า

<sup>257</sup> เฟิงอ๋าง, น. 170-171.

มาร่วมพิจารณาและพิพากษาคดีด้วย เมื่อศาลชั้นต้น (ประเภทศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษ) มีคำพิพากษาแล้ว หากคู่ความไม่พอใจก็สามารถอุทธรณ์ได้ต่อศาลฎีกา กรณีมิใช่ศาลอุทธรณ์เพราะเป็นคดีที่พิเศษไปจากคดีทั่วไป โดยศาลฎีกาจะแบ่งแผนกเป็นแผนกคดีล้มละลาย แผนกคดีคดีภาษีอากร แผนกคดีเยาวชนและครอบครัว แผนกคดีแรงงาน แผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ<sup>258</sup>

วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษในประเทศไทย เช่น ศาลภาษีอากรกลาง<sup>259</sup> ได้เริ่มต้นการจัดตั้งโดยคณะอนุกรรมการวางแผนจัดระบบศาลและวิธีพิจารณาความของศาล (แต่งตั้งโดยคณะกรรมการกำกับการจัดทำแผนพัฒนาศาลและกระทรวงยุติธรรม เพื่อดำเนินการจัดทำแผนพัฒนาศาลและกระทรวงยุติธรรมให้สอดคล้องกับแผนพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2525-2529) ซึ่งให้เหตุผลสนับสนุนในการจัดตั้งว่าคดีภาษีเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษต้องการความรวดเร็วในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับภาษีอากรที่มีความยุ่งยาก ทั้งผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีควรจะต้องมีความรอบรู้ในด้านธุรกิจ การพาณิชย์ การบัญชี ฯลฯ ด้วย ทั้งควรมีการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่เคร่งครัดกว่าคดีธรรมดา หากให้ผู้พิพากษาซึ่งต้องพิจารณาคดีอื่นด้วยเป็นผู้พิจารณาจะทำให้การพิจารณาล่าช้าติดขัด ไม่อำนวยความสะดวกแก่การธุรกิจการค้าเท่าที่ควร จึงสมควรที่จะจัดตั้งศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีภาษีขึ้นในลักษณะศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษ

ในเวลาต่อมา คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 7) ได้ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลภาษีอากรและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีภาษีอากรและพาณิชย์ พ.ศ. ... และมีมติเห็นชอบในหลักการที่จะให้จัดตั้งเฉพาะศาลภาษีอากรและวิธีพิจารณาคดีภาษีอากรขึ้นเป็นพิเศษโดยเห็นว่าไม่ควรจัดตั้งเป็นแผนกในศาลจังหวัด เพราะถ้าจัดตั้งเป็นแผนกในศาล

<sup>258</sup> ชุมพล จันทราทิพย์ และ สมลักษณ์ จัดกระบวนพล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 250*, น. 68-69, และโปรดดู มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 254*, น. 41-42.

<sup>259</sup> ศาลภาษีอากรกลาง, ประวัติศาลภาษีอากรกลาง. สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2553, จากฐานข้อมูล ศาลภาษีอากรกลาง (Central Tax Court)

[http://www.taxc.coj.go.th/about\\_history.htm](http://www.taxc.coj.go.th/about_history.htm)

จังหวัดก็ต้องใช้ผู้พิพากษาในศาลจังหวัดนั้น และคำพิพากษาคดีภาษีนี้ก็จะอนุญาตให้อุทธรณ์ข้ามขึ้นไปยังศาลฎีกาโดยตรง หากเป็นแผนกอยู่ในศาลจังหวัดก็อาจทำให้ประชาชนเห็นผลที่แตกต่างกันระหว่างคดีภาษีกับคดีประเภทอื่น และจะมีลักษณะในทำนองที่ว่า “แผนก” ใหญ่ (มีอำนาจ) มากกว่า “ศาล” จึงควรจัดรูปแบบเช่นเดียวกับศาลแรงงานกลางที่จัดตั้งแล้วหรือศาลปกครองที่กำลังจะจัดตั้งนั่นคือ มีศาลภาษีอากรกลางในกรุงเทพฯ ส่วนต่างจังหวัดมีศาลภาษีอากรจังหวัด (ซึ่งอาจมีเขตอำนาจครอบคลุมเขตการปกครองหลายจังหวัด) และศาลภาษีอากรจังหวัดจะเปิดทำการต่อเมื่อมีคดีภาษีอากรจำนวนมากเนื่องจากคดีภาษีอากรในต่างจังหวัดมีน้อยมาก ในที่สุดพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลภาษีอากรและวิธีพิจารณาคดีภาษีอากร พ.ศ.2528 ก็มีผลใช้บังคับ และมีการเปิดทำการศาลภาษีอากรกลางในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2529

ในกรณีศาลล้มละลายกลางนั้น<sup>260</sup> ได้มีแนวความคิดที่จะให้คดีล้มละลายได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยผู้พิพากษาที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะเนื่องจากเนื้อหาสาระแห่งคดีมีความแตกต่างจากคดีแพ่งโดยทั่วไป โดยในชั้นแปรญัตติของวุฒิสภา คณะกรรมาธิการวิสามัญได้มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางถึงแนวความคิดในอันที่จะจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษขึ้นพิจารณาคดีล้มละลายโดยเฉพาะ เนื่องจากเห็นว่าคดีล้มละลายโดยเฉพาะคดีฟื้นฟูกิจการที่จะเกิดขึ้นตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 เป็นคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับระบบเศรษฐกิจและจะมีความยุ่งยากซับซ้อนในอนาคต ความเห็นของวุฒิสภาดังกล่าวเป็นความเห็นที่สอดคล้องกับแนวคิดของกระทรวงยุติธรรม ต่อมาจึงได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษด้านการพาณิชย์และล้มละลาย และคณะกรรมาธิการวิสามัญของวุฒิสภาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ เสร็จสิ้นโดยมีมติให้ตั้งข้อสังเกตเพื่อให้รัฐบาลรับไปปฏิบัติตาม ดังนี้ “การพิจารณาคดีล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและมีความซับซ้อนมากควรที่จะจัดให้มีผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะเป็นผู้ดำเนินการ และสมควรที่จะให้มีศาลชำนาญพิเศษเพื่อพิจารณาคดีเหล่านี้โดยเฉพาะ” ใน

<sup>260</sup> ศาลล้มละลายกลาง, ประวัติศาลล้มละลายกลาง. สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2553, จากฐานข้อมูล ศาลล้มละลายกลาง (The Central Bankruptcy Court) [http://www.cbc.coj.go.th/info.php?info=sub\\_menu&cid=1](http://www.cbc.coj.go.th/info.php?info=sub_menu&cid=1)

ขณะเดียวกันกับปริมาณคดีล้มละลายที่มีอยู่ประมาณปีละ 3,000 คดี ไม่นับรวมคดีสาขาที่เกิดขึ้น เป็นปริมาณคดีที่มากพอที่จะจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษได้แล้ว จึงได้มีมติให้ยกพระราชบัญญัติ เพื่อจัดตั้งศาลล้มละลายเป็นศาลชำนาญพิเศษ ในที่สุดก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดประเภทของการอุทธรณ์ที่อาจ อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาได้โดยตรง และได้มีการเปิดวันทำการของศาลล้มละลายกลาง ในวันที่ 18 มิถุนายน 2542

กล่าวโดยสรุป หากมีการบัญญัติฐานความผิดอาญาร้ายแรงโดยวิธีการออก พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาแล้ว และจะออกพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล อาญาร้ายแรงระหว่างประเทศเป็นศาลชำนาญพิเศษแยกต่างหากจากศาลอาญาทั่วไปนั้นคงไม่ เหมาะสมเท่าใดนัก เพราะแม้ศาลชำนาญพิเศษจะกอปรไปด้วยผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ที่มีความ เชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องอันจะทำให้สามารถพิจารณาคดีอาญาที่มีความซับซ้อนได้อย่างมี ประสิทธิภาพก็จริง แต่ปริมาณคดีอาญาร้ายแรงมีจำนวนน้อยมากหรือไม่ได้มีการกระทำความผิด ดังกล่าวเกิดขึ้นบ่อยนักในสภาพสังคมไทยในปัจจุบันนี้ ส่งผลให้สิ้นเปลืองงบประมาณทั้งเงินเดือน เงินประจำตำแหน่งของบุคลากร ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับสถานที่และอุปกรณ์ต่าง ๆ ดังนี้ จึงมีข้อด้อย มากกว่าข้อดี เพราะถึงอย่างไรประสิทธิภาพที่แท้จริงของการพิจารณาพิพากษาคดีจะสำคัญอยู่ที่ บุคลากรผู้ปฏิบัติงานเสียมากกว่าตัวองค์กรที่ใหญ่โต เนื่องจากบุคลากรผู้รับผิดชอบจะเป็นกลไก สำคัญของการอำนวยความสะดวกให้รวดเร็ว มีมาตรฐาน ถูกต้องและเป็นธรรมได้ทั้งในด้านสาร บัญญัติและวิธีสบัญญัติรวมไปถึงการบริหารงานของศาลด้วย

### (ค) รูปแบบศาลพิเศษ (A Special Tribunal) หรือตุลาการเฉพาะกิจชั่วคราว (ad hoc Tribunal)

รูปแบบศาลพิเศษ (A Special Tribunal) หรือตุลาการเฉพาะกิจชั่วคราว (ad hoc Tribunal) นี้มักเป็นที่รู้จักกันดีในระดับระหว่างประเทศ เริ่มต้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้มีการ จัดตั้งศาลพิเศษ (A Special Tribunal) ขึ้นโดยฝ่ายสัมพันธมิตรตามอำนาจของสนธิสัญญาแวร์ ซายส์ ค.ศ.1920 ข้อที่ 227-229 เพื่อฟ้องร้องพระเจ้า Kaiser Wilhelm ที่ 2 ซึ่งเป็นอดีตจักรพรรดิ ของประเทศเยอรมนี ในข้อหาอาชญากรรมต่อเสรีภาพและอาชญากรรมสงครามจากเหตุการณ์

สังหารหมู่ชาวอาเมเนียน แต่ก็ไม่สามารถนำตัวพระเจ้า Kaiser Wilhelm ที่ 2 มาลงโทษได้ เนื่องจากทรงสละราชบัลลังก์และลี้ภัยไปอยู่ในประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศเนเธอร์แลนด์ก็ปฏิเสธไม่ยอมส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้โดยอ้างว่าเนเธอร์แลนด์เป็นกลางและไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาคดีโดยศาลภายในธรรมดาตามกฎหมายของเนเธอร์แลนด์<sup>261</sup> นอกจากนี้ ยังมีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ (military tribunals) ในรูปแบบชั่วคราวโดยฝ่ายสัมพันธมิตรเพื่อนำตัวบุคคลที่ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามมาลงโทษได้ ซึ่งทำให้มีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงเรื่องความยุติธรรมในการตัดสินของศาลดังกล่าว เพราะชาวเยอรมันส่วนใหญ่เห็นว่าการพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามได้กระทำต่อชาวเยอรมันซึ่งเป็นฝ่ายแพ้สงครามเท่านั้น แต่มิได้มีการดำเนินคดีกับบุคคลหรือทหารในฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งได้กระทำการอันเป็นอาชญากรรมสงครามเช่นเดียวกัน ดังนั้น ศาลที่จัดตั้งขึ้นจึงมีลักษณะเป็นศาลของฝ่ายชนะสงครามซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือในกระบวนการดำเนินการของศาลและความยุติธรรมที่จำเลยจะได้รับเนื่องจากศาลอาจจะไม่มีความเป็นกลางเท่าที่ควร อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศดังกล่าวถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของความพยายามของรัฐในการที่จะจัดตั้งศาลพิเศษ (special tribunal) ขึ้นมาเพื่อดำเนินคดีกับปัจเจกชนที่กระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศร้ายแรง (international crimes) ให้มีความรับผิดชอบฐานอาชญากรรมสงคราม (war crimes)<sup>262</sup>

ต่อมาในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ฝ่ายสัมพันธมิตรผู้ชนะสงคราม 4 ประเทศ กล่าวคือ สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส สหภาพโซเวียต และสหรัฐอเมริกาได้ร่วมกันจัดตั้งศาลเฉพาะกิจชั่วคราว (ad hoc Tribunal) ที่มีลักษณะเป็นศาลทหารระหว่างประเทศเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลของฝ่ายที่แพ้สงครามขึ้นได้แก่ ศาลทหารระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่นูเรมเบิร์กในปี ค.ศ. 1945 และศาลทหารระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่โตเกียวในปี ค.ศ. 1946 โดยมีวัตถุประสงค์นำผู้บัญชาการทหารตลอดจนบุคคลในสังกัดกองทัพและปัจเจกชนทุกคนที่กระทำผิดมาดำเนินคดีใน

<sup>261</sup> รินทริธียา เตียรธิติกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 6, กรรภิรมย์ สุนทรนาวิน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 119*, น. 13-14.

<sup>262</sup> กรรภิรมย์ สุนทรนาวิน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 128*, น. 14-15.

ศาลที่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crimes against peace), อาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) โดยไม่สามารถอ้างความคุ้มกันใด ๆ ได้<sup>263</sup>

ภายหลังที่มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติแล้ว ก็ได้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) พิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในดินแดนประเทศยูโกสลาเวียเดิม (ICTY) ในปี พ.ศ.2536 (ค.ศ.1993) และศาลระหว่างประเทศพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในประเทศรวันดา ทวีปแอฟริกา (ICTR) ในปี พ.ศ.2537 (ค.ศ.1994) โดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ออกตามอำนาจแห่งหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติที่จะดำเนินการต่อการคุกคามต่อสันติภาพและมั่นคงระหว่างประเทศอันมีผลผูกพันต่อรัฐสมาชิกสหประชาชาติทั้งหมดที่มีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง<sup>264</sup>

ลักษณะของศาลเฉพาะกิจจึงมีลักษณะเด่นดังนี้<sup>265</sup> 1) มีเขตอำนาจจำกัดเหนือสถานการณ์เฉพาะเรื่องเฉพาะราวในบริเวณอาณาเขตดินแดนและเวลาที่มีการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงโดยเฉพาะเจาะจง เช่น ศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในดินแดนในประเทศรวันดา (ICTR) จะมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมตามที่กำหนดในธรรมนูญจัดตั้งที่ได้กระทำในดินแดนรวันดาและรัฐใกล้เคียงระหว่าง 1 มกราคม ค.ศ.1994 ถึง 31 ธันวาคม ค.ศ.1994 2) ธรรมนูญจัดตั้งศาลเฉพาะกิจนั้น ๆ จะมีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาในการจัดตั้งและดำเนินการของศาลเอาไว้ และ 3) เมื่อมีการพิจารณาคดีเสร็จสิ้น เขตอำนาจศาลดังกล่าวจะถูกยกเลิกสิ้นผลไปตามที่ธรรมนูญกำหนด

ดังนั้น หากประเทศไทยเลือกวิธีการจัดตั้งศาลประเภทนี้หลังจากปรากฏว่าคดีอาญาร้ายแรงดังกล่าวเป็นครั้ง ๆ ไปเห็นว่ารังจะมีแต่ข้อเสียมากกว่าข้อดีอย่างเห็นได้ชัดคือ

1) การดำเนินการอาจล่าช้า เช่น ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในดินแดนประเทศยูโกสลาเวียเดิม (ICTY) คณะมนตรีความมั่นคงได้มีมติยอมรับธรรมนูญดังกล่าวเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1993 แต่กว่า 6 เดือนถึงจะมีการแต่งตั้ง

<sup>263</sup> รินทร์ธิดา เขียวรัตติกุล, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 2*, น. 6-8.

<sup>264</sup> *เพ็ญอ้าง*, น. 13.

<sup>265</sup> *เพ็ญอ้าง*, น. 11-12.

อัยการได้และอัยการก็ได้ลาออกในภายหลัง ทำให้ต้องล่าช้าไปอีกกว่าจะเลือกอัยการคนใหม่ได้<sup>266</sup> หากประเทศไทยจัดตั้งคณะตุลาการเฉพาะกิจขึ้นมาพิจารณาคดีภายหลังที่เหตุการณ์อาญา ร้ายแรงได้เกิดขึ้นแล้ว ย่อมเกิดความล่าช้าแน่นอนเพราะต้องเสียเวลาในการสรรหาตุลาการและ เจ้าหน้าที่ขึ้นใหม่ในแต่ละครั้งอีกทั้งไม่มีผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ประจำเนื่องจากยังองค์กรของศาล

2) กรณีเป็นการเปลี่ยนแปลงงบประมาณในการที่จะจัดตั้งศาลหรือคณะตุลาการเมื่อ เกิดสถานการณ์ขึ้นแล้วทั้งในเรื่องการเตรียมทั้งบุคลากรและสถานที่ เพราะประเทศไทยต้องเสีย ค่าใช้จ่ายในการจัดตั้งตุลาการและจัดอบรมตุลาการก่อนการพิจารณาคดีเป็นเฉพาะคดี ๆ ไป เนื่องจากไม่ได้มีการเตรียมความพร้อมไว้ที่จะให้ความรู้เฉพาะด้านกับผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา ทุกคน ประกอบกับหากมีการพิจารณาพิพากษาคดีแรกเสร็จสิ้น เมื่อมีคดีที่สองต่อมา ผู้พิพากษา ชุดเดิมอาจไม่ได้ดำรงตำแหน่งแล้วก็เป็นได้จึงทำให้ผู้พิพากษาผู้เชี่ยวชาญชุดเดิมไม่ได้ใช้ ความสามารถอย่างเต็มที่อย่างที่ควรจะเป็น แต่กลับต้องอบรมผู้พิพากษาชุดใหม่ให้มีความ เชี่ยวชาญต่อไป

3) กรณีอาจมีข้อสงสัยถึงความเป็นธรรมของกระบวนการพิจารณาได้ เพราะอาจเกิด ข้อโต้แย้งว่าไม่เป็นกลางในการสรรหาผู้พิพากษาเพราะจะมีการสรรหาได้ก็ต่อเมื่อได้มีการกระทำ อาชญากรรมร้ายแรงขึ้นแล้วซึ่งอาจมีการสรรหามาจากผู้พิพากษาระดับศาลชั้นใดก็ยังไม่เป็นที่ แน่นนอน

ข้อเสียเหล่านี้จะส่งผลถึงภาพลักษณ์ของศาลพิเศษหรือคณะตุลาการเฉพาะกิจที่อาจ สะท้อนถึงลักษณะที่ไม่มีความมั่นคงและไม่มีความเป็นเสถียรภาพ (stability) ที่จะดำเนินการ อย่างต่อเนื่องได้ ในท้ายที่สุดก็จะไม่สามารถเป็นหลักประกันความบริสุทธิ์ยุติธรรมและความชอบ ธรรมของศาลได้ และสังเกตได้ว่าวิธีการจัดตั้งศาลประเภทดังกล่าวล้วนเป็นวิวัฒนาการในยุค เริ่มต้นของศาลอาญาระหว่างประเทศด้วยซ้ำ ปัจจุบันหากลองมองย้อนกลับไปจะพบว่า มีลักษณะ ที่คล้าย หากประเทศไทยเลือกศาลประเภทนี้ทำหน้าที่พิจารณาคดีแล้วก็เท่ากับว่ากระบวนการ ยุติธรรมไทยได้มีความด้อยพัฒนาด้วยการถอยหลังเข้าคลอง ทั้ง ๆ ที่หากจัดตั้งศาลที่มีลักษณะ ถาวร (ไม่ว่าจะในรูปแบบใดก็ตาม) จะดำเนินการได้รวดเร็วกว่าศาลเฉพาะกิจ เพราะมีบุคลากรที่มี ความพร้อมอยู่แล้ว

<sup>266</sup> กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 128, น. 61.

### (ง) รูปแบบแผนกคดีพิเศษในศาลฎีกา

รูปแบบการจัดตั้งแผนกคดีพิเศษในศาลฎีกานี้ของไทยเรามีต้นแบบเพียงหนึ่งเดียว คือ การตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่จัดตั้งโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยเป็นการเฉพาะซึ่งจริง ๆ แล้วก็มีลักษณะเป็นศาลชำนาญพิเศษศาลหนึ่งในระบบศาลยุติธรรมแต่จัดตั้งขึ้นเป็นแผนกหนึ่งในศาลฎีกา แต่กรณีก็มีใช้แผนกคดีพิเศษอื่น ๆ ในศาลฎีกาที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษนั้น ๆ ผู้เขียนจึงขอกล่าวแยกออกมาจากหัวข้อศาลชำนาญพิเศษ และจะกล่าวถึงลักษณะพิเศษของการจัดตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพอสังเขปเพื่อเป็นแนวทางประกอบการพิจารณาตั้ง<sup>267</sup>

1) ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นแผนกหนึ่งและเป็นส่วนหนึ่งในศาลฎีกาที่เป็นศาลยุติธรรมซึ่งตั้งอยู่ที่เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร ฐานะความเป็นศาลของศาลชำนาญพิเศษดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติของพระธรรมนูญศาลยุติธรรมด้วย<sup>268</sup> ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 219 วรรค 4 กำหนดให้องค์คณะผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีของแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในศาลฎีกาประกอบด้วยผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 9 คน ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และให้เลือกเป็นรายคดีเนื่องด้วยสมควรที่จะให้ตุลาการส่วนใหญ่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกาเพราะบุคคลเหล่านี้มีประสบการณ์พร้อมที่จะพิจารณาคดีที่มีความสำคัญ ส่วนเหตุที่ไม่ให้เริ่มต้นคดีที่ศาลชั้นต้นและส่งคดีไปยังศาลฎีกาเพื่อตัดสินจะทำให้ผู้พิพากษาในศาลฎีกาไม่ได้พบเห็นพยานแล้วมาวินิจฉัยข้อเท็จจริงอาจเกิดปัญหาว่าจะวินิจฉัยข้อเท็จจริงได้อย่างไร จึงกำหนดให้ผู้พิพากษาในศาลฎีกาเป็นผู้รับฟังข้อเท็จจริงโดยตนเอง<sup>269</sup> โดย

<sup>267</sup> ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง, ข้อควรรู้เกี่ยวกับศาลฎีกาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง, แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2546), น. 1-10.

<sup>268</sup> สุพิชฌาย์ กฤษณพิพัฒน์, “การพิจารณาคดีในระบบไต่สวน ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 62.

<sup>269</sup> เพ็ญอ้าง, น. 59.

ผู้พิพากษาศาลฎีกาที่เป็นองค์คณะผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวจะต้องขึ้นบัลลังก์เพื่อพิจารณาคดี เช่นเดียวกับผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นซึ่งการพิจารณาคดีดังกล่าวจะเป็นระบบไต่สวน

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ.2542 มาตรา 13 จึงกำหนดให้ประธานศาลฎีกาเรียกประชุมใหญ่ศาลฎีกาเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 9 คนเป็นองค์คณะผู้พิพากษาเพื่อพิจารณาคดีพิพากษาคดีโดยเร็วเมื่อมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาล โดยกำหนดให้ประชุมใหญ่เลือกองค์คณะผู้พิพากษาภายในเวลาไม่เกิน 14 วัน นับแต่วันยื่นฟ้องคดี

องค์คณะผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกดังกล่าว จะมีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีพิพากษาคดี จนกว่าจะสิ้นสุด และเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีพิพากษาคดี มาตรา 13 วรรคท้ายของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติห้ามมิให้มีคำสั่งให้ผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะผู้พิพากษาดังกล่าวไปทำงานอื่นนอกศาลฎีกา เว้นแต่จะพ้นจากหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 14 คือ พ้นจากการเป็นข้าราชการตุลาการ หรือได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ไปดำรงตำแหน่งที่ศาลอื่น หรือถอนตัวเนื่องจากการคัดค้านผู้พิพากษา แล้วแต่กรณี

2) เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลและเพื่อให้มีผู้พิพากษาปฏิบัติงานที่จำเป็นในระหว่างที่ยังไม่มีองค์คณะผู้พิพากษาซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ตามมาตรา 13 สำหรับคดีใดคดีหนึ่ง มาตรา 8 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ.2542 จึงให้ประธานศาลฎีกาแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวนตามที่เห็นสมควรเป็นผู้พิพากษาประจำแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในศาลฎีกาเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว เพราะอาจมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาบางประการที่จำเป็นต้องกระทำก่อนมีองค์คณะผู้พิพากษา เช่น การสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนฟ้องคดีตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ.2543 ข้อ 22 หรือการออกหมายจับหรือหมายขังผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ.2542 มาตรา 22 เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้พิพากษาประจำแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองยังมีอำนาจออกหมายหรือคำสั่งใด ๆ ตามที่เห็นสมควรเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลด้วย ผู้พิพากษาประจำแผนกคดีอาญาของ

ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะปฏิบัติหน้าที่ประจำแผนกดังกล่าวอยู่ตลอดเวลา แม้จะยังไม่มีคดีขึ้นมาสู่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองก็ตาม เมื่อมีคดีขึ้นมาสู่ศาลที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาอาจเลือกผู้พิพากษาประจำแผนกดังกล่าวเป็นองค์คณะผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีได้

3) อำนาจหน้าที่และวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 219 วรรค 5 บัญญัติว่าจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กล่าวคือ เป็นศาลที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลใช้โดยเฉพาะ ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ.2542 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 15 กันยายน 2542 จึงได้บัญญัติให้มีแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองขึ้นในศาลฎีกา และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจึงเกิดขึ้นตั้งแต่วันใช้บังคับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นต้นมา

4) ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นศาลสูงสุด ซึ่งต้องขึ้นบัลลังก์เพื่อนั่งพิจารณาคดี นอกจากนี้คำสั่งและคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต้องเปิดเผยแก่บุคคลทั่วไปและเป็นที่สุด เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ต้องคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีพยานหลักฐานใหม่ ซึ่งอาจทำให้ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ อาจยื่นอุทธรณ์ต่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ภายใน 30 วันนับแต่วันที่มิคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ (มาตรา 278 วรรค 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550) ส่วนหลักเกณฑ์การยื่นอุทธรณ์และการพิจารณาวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ให้เป็นไปตามระเบียบที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกากำหนด (มาตรา 278 วรรค 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550)

5) ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีเพียงศาลเดียว เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ.2542 มาตรา 9 และมาตรา 10 กำหนดเจาะจงว่าให้ฟ้องคดีอาญาบางประเภทที่ผู้ดำรง

ตำแหน่งทางการเมืองกระทำความผิดและให้ร้องขอให้ทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นผิดปกติของบุคคลบางประเภทตกเป็นของแผ่นดินต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจึงไม่ต้องพิจารณาถึงเรื่องเขตศาลที่จะรับคำฟ้องดังกล่าว

การจัดตั้งศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีอาญาร้ายแรงโดยใช้รูปแบบศาลฎีกาแผนกคดีอาญาร้ายแรงนี้มีข้อดีมากกว่าศาลในรูปแบบอื่นที่กล่าวมาแล้วในทุก ๆ ด้าน ได้แก่

1) การใช้บุคลากรโดยผู้พิพากษาศาลฎีกาเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีย่อมมีความเชี่ยวชาญน่าเชื่อถือกว่าการกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นในศาลอาญาเป็นผู้ทำหน้าที่เพราะมีประสบการณ์น้อยกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาที่เลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ซึ่งก็มีเจตนาธรรมเนียมเดียวกับศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ต้องการผู้พิพากษาระดับศาลฎีกาเป็นผู้ทำหน้าที่ตั้งแต่การนั่งพิจารณาคดี สืบพยาน และทำคำพิพากษา แม้กรณีรูปแบบศาลพิเศษ (A Special Tribunal) หรือตุลาการเฉพาะกิจชั่วคราว (ad hoc Tribunal) อาจตอบใจทันทีได้ว่าสามารถจัดตั้งองค์คณะที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกาได้ แต่ด้วยความที่ไม่มีองค์กรศาลอยู่เป็นประจำหลักแหล่ง ทำให้ไม่มีบุคลากรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวอยู่ตลอดเวลาอีกทั้งเสียงบประมาณในการจัดตั้งและอบรมผู้พิพากษาแต่ละคราวดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ในขณะที่ในรูปแบบแผนกคดีพิเศษนี้จะมีตัวแผนกจัดตั้งไว้อยู่แล้วโดยมีผู้พิพากษาปฏิบัติงานที่จำเป็นในระหว่างที่ยังไม่มีองค์คณะผู้พิพากษาซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาที่ได้รับการสรรหาจากความสามารถเชี่ยวชาญในสาขากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง<sup>270</sup> มาทำหน้าที่อยู่แล้ว ซึ่งเมื่อมีคดีขึ้นมาสู่ศาล ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาอาจเลือกผู้พิพากษาประจำแผนกดังกล่าวเป็นองค์คณะผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีได้

2) การจัดตั้งเป็นแผนกในศาลฎีกาไม่สิ้นเปลืองงบประมาณ เพราะหากจัดตั้งเป็นศาลชำนาญพิเศษแยกต่างหาก จะต้องเสียค่าใช้จ่ายทั้งในด้านบุคลากรผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่สถานที่ อุปกรณ์ เป็นต้น ทั้ง ๆ ที่การกระทำความผิดอาญาร้ายแรงในเขตอำนาจศาลไทยไม่ได้ปรากฏขึ้นบ่อยนัก

<sup>270</sup> เช่น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชน และระบบกฎหมายหลักของโลก เป็นต้น

สำหรับประเทศฟิลิปปินส์นั้นได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติอาชญากรรมละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรือ "Philippine Act on Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide, and Other Crimes Against Humanity" (REPUBLIC ACT NO. 9851) เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2552 โดยมาตรา 18<sup>271</sup> กำหนดให้ศาลภูมิภาค (The Regional Trial Court of the Philippines) ซึ่งเป็นศาลชั้นต้นที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งทั่วไปและคดีอาญารายแรงอยู่แล้วเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ R.A. 9851 และคู่กรณีสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์และฎีกาได้ต่อศาลอุทธรณ์ (the Court of Appeals) และศาลฎีกา (the Supreme Court) ตามลำดับ โดยศาลฎีกาเป็นผู้มีอำนาจในการมีมติจัดตั้งให้ศาลภูมิภาคใด ๆ (The Regional Trial Court of the Philippines) ทำหน้าที่เป็นศาลชำนาญพิเศษพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (the Commission on Human Rights) กระทรวงยุติธรรม (the Department of Justice) กรมตำรวจแห่งชาติฟิลิปปินส์ (the Philippine National Police) และหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้

---

<sup>271</sup> REPUBLIC ACT NO. 9851

Section 18. *Philippine Court, Prosecutors and Investigators.* - The Regional Trial Court of the Philippines shall have original and exclusive jurisdiction over the crimes punishable under this Act. Their judgments may be appealed or elevated to the Court of Appeals and to the Supreme Court as provided by law.

The Supreme Court shall designate special courts to try cases involving crimes punishable under this Act. For these cases, the Commission on Human Rights, the Department of Justice, the Philippine National Police or other concerned law enforcement agencies shall designate prosecutors or investigators as the case may be.

The State shall ensure that judges, prosecutors and investigators, especially those designated for purposes of this Act, receive effective training in human rights, International Humanitarian Law and International Criminal Law.

Retrieved March 14, 2010, from

[http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra2009/ra\\_9851\\_2009.html](http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra2009/ra_9851_2009.html)

กฎหมายเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานอัยการและผู้มีอำนาจสืบสวนสอบสวนแล้วแต่กรณี นอกจากนี้ ผู้พิพากษา พนักงานอัยการและผู้มีอำนาจสืบสวนสอบสวนผู้ทำหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ R.A. 9851 จะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องสิทธิมนุษยชน กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศด้วย

กรณีดังกล่าวเห็นได้ว่า แม้ประเทศฟิลิปปินส์จะเป็นเพียงประเทศที่อยู่ในสถานะรัฐลงนามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเช่นเดียวกับประเทศไทย<sup>272</sup> แต่ฟิลิปปินส์ก็ได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเพื่อกำหนดให้มีฐานความผิดองค์ประกอบความผิด (Elements of crimes) บทลงโทษ พร้อมด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงดังกล่าวแล้วเมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ. 2552 ในขณะที่ประเทศไทยยังไม่มีแม้กระทั่งแนวคิดในการร่างฐานความผิดดังกล่าวแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป หากจะจัดตั้งแผนกคดีพิเศษขึ้นในศาลฎีกาเป็นศาลฎีกาแผนกคดีอาญาร้ายแรงขึ้นนั้น จะต้องกำหนดการจัดตั้งแผนกคดีอาญาร้ายแรงและกำหนดวิธีพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงลงในพระราชบัญญัติว่าด้วยคดีอาญาร้ายแรงด้วย กล่าวคือ เป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศและจัดตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ พ.ศ. ... ซึ่งให้วิธีพิจารณาคดีอาญาร้ายแรง หากใช้การจัดตั้งแผนกคดีพิเศษขึ้นในศาลฎีกา สิ่งที่ต้องคำนึงถึงอย่างยิ่งคือ การกำหนดเรื่องสิทธิในการอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาของศาลฎีกาขึ้นมาเพื่อให้สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ภาค 8 ที่เปิดโอกาสให้คู่ความสามารถอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาได้ โดยอาจเปิดโอกาสให้คู่ความอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาของแผนกคดีพิเศษได้ต่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเหมือนกับคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง อย่างไรก็ตาม คำสั่งและคำ

<sup>272</sup> ประเทศฟิลิปปินส์ลงนามรับรองธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2543 (ค.ศ. 2000) ภายหลังประเทศไทยซึ่งลงนามเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2543 (ค.ศ. 2000)

ติดตามข้อมูลข่าวสารการลงนามและการให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้ที่ ฐานข้อมูล Coalition for the International Criminal Court. Retrieved April 3, 2010, from <http://www.iccnw.org/>

พิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้นเป็นที่สุด เว้นแต่ในกรณีที่ต้องคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีพยานหลักฐานใหม่ ซึ่งอาจทำให้ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ อาจยื่นอุทธรณ์ต่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้ (มาตรา 278 วรรค 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550) ในขณะที่การอุทธรณ์คดีอาญาร้ายแรงไม่ควรจำกัดสิทธิอุทธรณ์ไว้เฉพาะกรณีมีพยานหลักฐานปรากฏขึ้นใหม่อันเป็นการอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่จะต้องบัญญัติว่าพนักงานอัยการและผู้ต้องคำพิพากษาสสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและกระบวนการที่ผิดระเบียบเพื่อให้สอดคล้องกับข้อ 81 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและสอดคล้องกับกฎหมายไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

ข้อดีอีกประการหนึ่งของการจัดตั้งแผนกคดีพิเศษขึ้นในศาลฎีกา คือ นอกจากเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงทั้งสี่ฐานความผิดแล้ว อาจมีการกำหนดให้แผนกคดีพิเศษที่จัดตั้งขึ้นใหม่ในศาลฎีกานี้มีเขตอำนาจพิจารณาเรื่องการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนและเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับอาชญากรรมร้ายแรงทั้งสี่ฐานที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมอีกด้วยซึ่งจะมีผลดี คือ ทำให้เกิดเอกภาพเพราะการดำเนินคดีอาญาร้ายแรงทั้งสี่ฐานจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลแห่งเดียวในทุกกระบวนการ ตั้งแต่การพิจารณาคดีพิพากษา การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนรวมทั้งการพิจารณาให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา ตัวอย่างของการกำหนดให้ศาลฎีกาทำหน้าที่เป็นศาลที่พิจารณาคดีอาญาร้ายแรงเหล่านี้ เช่น พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ได้เคยกำหนดให้ศาลฎีกาเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามมาแล้ว<sup>273</sup>

ประเด็นเรื่องการจัดตั้งศาลนี้ ไม่ได้มีความสำคัญเท่าใดนัก เพราะสาระสำคัญอยู่ที่บุคลากรซึ่งต้องมีความรู้ทั้งกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเสียมากกว่ารูปแบบขององค์กร และรูปแบบศาลก็ไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาผลกระทบพันธกรณีของไทยในฐานะรัฐลงนามที่มีต่อธรรมนูญกรุงโรมฯ แต่อย่างใด เนื่องจากประเด็นอยู่ที่ตัวผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม หากผู้พิพากษามีองค์ความรู้ในกฎหมายเหล่านี้เพียงน้อยนิด กรณีอาจทำให้กระบวนการพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศดำเนินการไปโดยไม่สมกับเจตนารมณ์ของธรรมนูญฯ จนกระทั่ง

<sup>273</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ้างแล้ว* เชียงธรรมที่ 29, บทที่ 4.

ชัดขวางวัตถุประสงค์ของธรรมนูญฯ ที่ต้องการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษก็เป็นได้ จึงมีความจำเป็นต้องอบรมเตรียมพร้อมบุคลากรให้มีข้อบกพร่องในการบังคับใช้กฎหมายในทุก ๆ ด้าน ไม่เว้นแต่ความรู้เรื่องภาษาต่างประเทศที่มีความจำเป็นต่อการศึกษากฎหมายจำพวกนี้เป็นอย่างยิ่ง

#### 4.3.8 ปัญหาบทบาทการค้นหาคำความจริงของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมไทย

##### (ก) การดำเนินคดีอาญาในชั้นศาลของไทยใช้ระบบกล่าวหา<sup>274</sup>

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของศาลยุติธรรมไทย (Nature of the trial) นั้น มีความเข้าใจกันว่าประเทศไทยยึดถือการดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหาตามแบบของคอมมอนลอว์ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษอย่างเคร่งครัด อีกทั้งในทางปฏิบัติก็น่าเชื่อว่ามีลักษณะโน้มเอียงไปในระบบกล่าวหาเช่นกัน กล่าวคือ มีการต่อสู้กันทางกฎหมายระหว่างโจทก์กับจำเลยตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการจนกระทั่งศาล ทั้ง ๆ ที่ไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย สาเหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะแม้ว่านักกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรปที่ยึดถือระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะเป็นผู้วางรากฐานระบบความยุติธรรมทางอาญาของไทย แต่นักกฎหมายผู้รับช่วงสืบทอดเป็นนักกฎหมายทางฝ่ายศาลซึ่งนอกจากจะทำหน้าที่ทางด้านผู้พิพากษาแล้วยังทำหน้าที่เป็นผู้สอนกฎหมายในสถาบันการศึกษากฎหมายอีกด้วย การพัฒนาระบบในการดำเนินคดีจึงเบี่ยงเบนไปตามแบบอย่างของประเทศที่ยึดถือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์<sup>275</sup> การที่มีความ

<sup>274</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, “ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในวิธีพิจารณาความอาญา,” ใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ยีนหยัดบนหลักนิติธรรม (จัดพิมพ์ในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร), (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 117-146.

<sup>275</sup> พรพัทธ์ สติตเวโรจน์ และคณะ, “การเปิดเผยพยานบุคคลโดยให้อำนาจคู่ความร้องขอต่อศาลให้คู่ความอีกฝ่ายเปิดเผยพยานเพิ่มเติมในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law : กรณีศึกษาเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ (คดีอาญา),” รายงานการเก็บข้อมูลการเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนการสืบพยานในคดีอาญา, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม), น. 45. สืบค้นเมื่อวันที่ 8 เมษายน

เชื่อตามที่กล่าวมาเช่นนี้คงเพราะมีการมองว่า “ระบบกล่าวหาใช้ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ ส่วนระบบไต่สวนใช้ในกลุ่มประเทศซีวิลลอร์หรือในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป” ซึ่งเป็นความเชื่อที่อาจไม่ถูกต้องเท่าใดนัก เพราะหากพิจารณาตามทฤษฎีแล้ว จะพบว่าระบบการดำเนินคดีอาญาในศาลไทยรวมทั้งศาลต่างประเทศในปัจจุบันล้วนใช้ระบบกล่าวหาทั้งสิ้น เพราะมีการแยกอำนาจฟ้องออกจากอำนาจตัดสิน โดยมีผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหาเป็นคู่พิพาทกันและศาลจะวางตัวเป็นกลางในการรับฟังความจากทั้งสองฝ่าย ซึ่งความแตกต่างของระบบกล่าวหาในมุมมองของคอมมอนลอร์และซีวิลลอร์นั้นอยู่ที่ว่า ระบบกล่าวหาในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอร์ให้บทบาทศาลในการค้นหาความจริง ในขณะที่ระบบกล่าวหาตามแบบคอมมอนลอร์ให้ศาลวางเฉย<sup>276</sup> ทั้งนี้ “หลักการค้นหาความจริงในเนื้อหา” (Inquisitionsprinzip) เป็นคนละเรื่องกับ “การดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน” (Inquisitionsprozess)<sup>277</sup> กฎเกณฑ์ง่าย ๆ ที่จะแบ่งแยกวิธีพิจารณา ระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน มีดังนี้ คือ 1) ระบบกล่าวหาที่มีวิธีพิจารณาแบบเปิดเผย (Procédure publique) ระบบไต่สวนที่มีวิธีพิจารณาลับ (Procédure secrete) 2) ระบบกล่าวหาที่มีวิธีพิจารณาด้วยวาจา (Procédure orale) ระบบไต่สวนที่มีวิธีพิจารณาด้วยลายลักษณ์อักษร (Procédure écrite) และ 3) ระบบกล่าวหาที่มีการพิจารณาแบบคู่พิพาท (Procédure contradictoire) ระบบไต่สวนที่มีการพิจารณาแบบไม่เป็นคู่พิพาท (Procédure non contradictoire)<sup>278</sup>

เมื่อพิจารณาตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ก็พบว่ากระบวนการในชั้นศาลของไทยเป็นลักษณะของระบบกล่าวหาเพราะต้องพิจารณาคดีโดยเปิดเผย ด้วยวาจา และพิจารณาแบบคู่พิพาท ส่วนการดำเนินคดีในชั้นก่อนฟ้องของไทยเป็นลักษณะของระบบไต่สวน เพราะพนักงานสอบสวนไทยสามารถเริ่มสอบสวนคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้เสียหายมากล่าวหา ตัวอย่างชัดเจนที่สุดคือ ในคดีฆาตกรรมที่ผู้เสียหายถูกฆ่าตาย พนักงานสอบสวนสามารถเริ่มสอบสวนได้โดยไม่ต้องมีผู้ใดมาร้องทุกข์ การรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อหามูลความผิดเป็นหน้าที่ของผู้มีอำนาจสอบสวน มิใช่หน้าที่ของผู้เสียหายหรือผู้ร้องทุกข์ ความสัมพันธ์ในชั้นสอบสวนจึงมีเพียงพนักงาน

2553, จากฐานข้อมูล สำนักกิจการศาลยุติธรรม (Office of Justice Affairs) <http://www.oja.go.th/doc/Lists/doc1/DispForm.aspx?ID=221>

<sup>276</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 274, น. 145.

<sup>277</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 221, น. 64.

<sup>278</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 274, น. 122-123.

สอบสวนและผู้ต้องหา จึงมิใช่การดำเนินคดีแบบคู่พิพาท (non-contradictoire) นอกจากนี้ การสอบสวนของพนักงานสอบสวนก็ต้องทำลงในสำนวนการสอบสวนที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร (écrite) และท้ายที่สุดการสอบสวนจะดำเนินการเป็นการลับ (secrète) เพื่อป้องกันมิให้พยานหลักฐานสูญหายหรือถูกข่มขู่ แต่ในทางปฏิบัติที่พนักงานสอบสวนของไทยนิยมแถลงข่าวเมื่อเริ่มจับผู้ต้องหา แถลงความคืบหน้าของคดี รวมทั้งเปิดเผยพยานหลักฐานให้สาธารณชนรับทราบ ซึ่งเป็นวิธีการเปิดเผย (Publique) ของระบบกล่าวหาที่ไม่ควรนำมาใช้ในชั้นสอบสวน เพราะอาจทำให้รูปคดีในชั้นสอบสวนเสียหาย พยานหลักฐานสูญหายหรือถูกข่มขู่ได้<sup>279</sup> กรณีนี้จึงทำให้มีบางฝ่ายมองว่าชั้นสอบสวนของไทยมีลักษณะเป็นระบบกล่าวหา เพราะแม้จะมีบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นว่าการสอบสวนจะต้องดำเนินไปโดยพนักงานสอบสวนต้องวางตัวเป็นกลาง และรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดทั้งที่เป็นคุณและเป็นโทษแก่ผู้ต้องหา ในทางปฏิบัติกลับไม่เป็นเช่นนั้น เพราะพนักงานสอบสวนมักจะทำการสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานไปในทางที่จะนำตัวผู้ต้องหามาลงโทษโดยการตั้งตัวเป็นฝ่ายตรงข้ามกับผู้ต้องหานั้นเอง<sup>280</sup>

ดังนั้น หากพิจารณาถึงวิธีพิจารณาความอาญาของไทยทั้งระบบโดยเริ่มพิจารณาตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาลแล้ว อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าประเทศไทยใช้ระบบไต่สวนในชั้นก่อนฟ้องคดี และใช้ระบบกล่าวหาในชั้นศาล

อย่างไรก็ดี ในเรื่องบทบาทผู้พิพากษา (Position of the Judges during Proceedings) ของไทยนั้น ศาลอาจมีดุลพินิจในการสืบพยานเพิ่มเติม ไม่ว่าศาลจะเห็นเองหรือจากการร้องขอของคุณความตลอดจนยังให้อำนาจศาลในการสอบถามโจทก์ จำเลยหรือพยานคนใดก็ได้อีกด้วย<sup>281</sup> โดยมีรายละเอียดของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เกี่ยวข้องดังนี้

มาตรา 228 ระหว่างพิจารณาโดยพลการหรือคุณความฝ่ายใดร้องขอ ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติม จะสืบเองหรือส่งประเด็นก็ได้

มาตรา 235 ในระหว่างพิจารณา เมื่อเห็นสมควร ศาลมีอำนาจถามโจทก์ จำเลยหรือพยานคนใดก็ได้

<sup>279</sup> เฟิงอ๋าง, น. 142.

<sup>280</sup> พรพัทธ์ สติตเวโรจน์ และคณะ, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 275, น. 45.

<sup>281</sup> เฟิงอ๋าง, น. 44.

นอกจากนี้ ยังมีมาตรา 174 วรรค 4 กำหนดให้ศาลสามารถสั่งสืบพยานได้ มาตรา 176 กำหนดให้ศาลยังต้องฟังพยานจนกว่าจะพอใจว่าจำเลยทำผิดจริงในกรณีที่จำเลยรับสารภาพ ในคดีที่มีโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป และในมาตรา 229 ที่กำหนดให้ศาลเป็นผู้สืบพยาน โดยเฉพาะมาตรา 229 นี้ น่าจะสอดคล้องกับวิธีพิจารณาในชั้นศาลตัดสินของฝรั่งเศส แต่ทางปฏิบัติศาลไทยกลับให้คู่ความเป็นสืบพยาน กรณีจะเห็นได้ว่าแม้ระบบการดำเนินคดีในชั้นศาลจะใช้ระบบกล่าวหา แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็เปิดโอกาสให้ศาลค้นหาความจริงได้ ซึ่งกระบวนการค้นหาความจริงตามหลักการดังกล่าวไม่ได้เป็นเครื่องบ่งบอกว่าศาลไทยใช้ระบบไต่สวน<sup>282</sup>

แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักค้นหาความจริงหลายประการ แต่ศาลไทยก็ไม่ได้ใช้ระบบผสม เพราะศาลไทยทำหน้าที่ตัดสินแต่เพียงอย่างเดียว ไม่มีศาลไต่สวนมูลฟ้อง (Juge d'instruction) เหมือนศาลฝรั่งเศส การที่ศาลไทยไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ตามบทบังคับของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 162 (1) นั้น ก็มีใช้ลักษณะการทำงานของศาลไต่สวนฝรั่งเศส เพราะศาลไต่สวนฝรั่งเศสทำหน้าที่รวบรวมพยานหลักฐานเองหรือสั่งการให้พนักงานเจ้าหน้าที่ไปรวบรวมพยานหลักฐาน (Commission rogatoire) ตามที่ศาลไต่สวนเห็นสมควร ดังนั้น ศาลไทยใช้ระบบกล่าวหาโดยที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้ให้อำนาจศาลเพิ่มเติมในการค้นหาความจริงตามหลักค้นหาความจริง (Principe de la recherche de la vérité)<sup>283</sup>

#### (ข) การดำเนินคดีอาญาร้ายแรงในศาลอาญาระหว่างประเทศใช้ระบบผสม<sup>284</sup>

วิธีพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงในศาลอาญาระหว่างประเทศได้รับอิทธิพลทั้งจากระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ ดังนั้น ระบบการดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศจึงเป็นการผสมผสานทั้งสองระบบ (a mixed procedural model)

การดำเนินคดีในระบบไต่สวนในศาลอาญาระหว่างประเทศเริ่มขึ้นในชั้น “กระบวนการพิจารณาขั้นต้นในศาลฯ” (Initial proceedings before the Court) (ข้อ 60 ธรรมนูญกรุงโรมฯ) เมื่ออัยการประจำศาลฯ ได้ดำเนินการสอบสวนไม่ว่าสถานการณ์อาญาร้ายแรงจะถูกเสนอโดยรัฐ

<sup>282</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 221, น. 64.

<sup>283</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 274, น. 140-141.

<sup>284</sup> เพิ่งอ้าง, น. 143-144.

ภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคง หรือว่าจะมาจากการริเริ่มสอบสวนโดยอัยการเอง (*proprio motu*) ภายหลังจากที่มีการส่งมอบตัวบุคคลผู้ถูกกล่าวหาหรือบุคคลดังกล่าวสมัครใจมาปรากฏตัวในศาลฯ เอง องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ผู้ซึ่งทำหน้าที่ในระบบไต่สวนคล้ายแบบฝรั่งเศส กล่าวคือ ต้องตัดสินใจเบื้องต้นในเรื่องสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาว่าจะควบคุมระหว่างสอบสวนหรือปล่อยชั่วคราวระหว่างสอบสวน และต้องมั่นใจว่าบุคคลผู้ถูกกล่าวหาได้รับแจ้งให้ทราบถึงความผิดซึ่งถูกกล่าวหาและทราบถึงสิทธิต่าง ๆ ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ส่วนในขั้นยืนยันข้อกล่าวหาก่อนการพิจารณาคดีในศาล (Confirmation Hearing) (ข้อ 61) ซึ่งเทียบได้กับขั้นไต่สวนมูลฟ้อง องค์คณะดังกล่าวจะช่วยอัยการรวบรวมพยานหลักฐาน (ข้อ 61 วรรค 7) นอกจากนี้ องค์คณะฯ จะทำหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและกำกับการดำเนินคดีของอัยการเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาและการทำหน้าที่ที่ถูกต้องของอัยการประจำศาลฯ ซึ่งสามารถตรวจสอบได้ตั้งแต่ขั้นสอบสวนเป็นต้นมา เช่น ข้อ 15 การให้อำนาจอัยการในการเริ่มการสอบสวนด้วยตัวเอง ข้อ 53 การทบทวนคำวินิจฉัยหากอัยการที่ไม่ดำเนินการสอบสวนสถานการณ์ที่รัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงเสนอเข้ามา เป็นต้น แต่การทำหน้าที่ขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นจะไม่ใช้ผู้รวบรวมพยานหลักฐานโดยตรงแบบศาลไต่สวนของฝรั่งเศส หลังจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นยืนยันข้อกล่าวหาหรือไต่สวนมูลฟ้องเสร็จแล้ว องค์คณะฯ เป็นผู้ที่มีคำสั่งว่า 1) ยืนยันข้อกล่าวหา หากวินิจฉัยว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอ ซึ่งจะส่งตัวให้องค์คณะตุลาการชั้นพิจารณา (Trial Chamber) ดำเนินการต่อตามข้อหา นั้น หรือ 2) ยกข้อกล่าวหาหากหลักฐานไม่เพียงพอ หรือ 3) เลื่อนการพิจารณาคดี หากต้องการให้อัยการหาพยานหลักฐานเพิ่มหรือต้องการแก้ไขข้อกล่าวหา โดยกระบวนการในการตัดสินใจคดีในชั้นศาลตัดสินนี้ใช้ระบบกล่าวหาอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ มีอัยการผู้ฟ้องและจำเลยผู้ถูกฟ้องต่อสู้เป็นคู่พิพาทกันต่อหน้าศาลที่เป็นกลาง<sup>285</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้กระบวนการพิจารณาในชั้นองค์คณะพิจารณาคดี (Trial Chamber) จะใช้ระบบกล่าวหา แต่ธรรมนูญกรุงโรมฯ ให้อำนาจศาลมีบทบาทตามหลักค้นหาความจริง เช่น

1) ทั้งก่อนเวลาปฏิบัติหน้าที่และระหว่างพิจารณาคดี ศาลมีอำนาจสั่งให้เรียกพยานเพิ่มเติมจากที่ได้มีการรวบรวมไว้แล้วก่อนการพิจารณาคดีหรือที่คู่ความได้แสดงระหว่างการพิจารณาคดีในศาลตามข้อ 64 วรรค 6 (d) สำหรับกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

<sup>285</sup> Antonio Cassese, *supra note* 69, pp. 384-387.

ความอาญา มาตรา 228 ก็มีลักษณะคล้ายกับกรณีนี้ที่ให้อำนาจศาลสืบพยานเพิ่มเติมได้ไม่ว่าจะมีคู่ความร้องขอหรือไม่

2) หากจำเลยรับสารภาพด้วยความสมัครใจตามเงื่อนไขข้อ 65 กำหนดไว้ แล้วศาลพอใจ ก็สามารถพิพากษาลงโทษจำเลยในความผิดนั้นได้ แต่หากไม่เป็นที่พอใจ ให้ศาลพิจารณาว่าไม่มีการรับสารภาพผิดใด ๆ เกิดขึ้น และสั่งให้พิจารณาคดีต่อไปตามปกติ สำหรับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 ก็มีลักษณะใกล้เคียงกับกรณีนี้ เพราะหากจำเลยรับสารภาพแล้ว กฎหมายไทยก็ให้อยู่ในดุลพินิจของศาลว่าพอใจหรือไม่ หากพอใจว่าจำเลยทำผิดจริง ศาลก็พิพากษาโดยไม่สืบพยานต่อไปก็ได้ แต่แตกต่างตรงที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ นั้นให้การตัดสินใจขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของผู้พิพากษาเป็นหลักไม่ว่าความผิดนั้นจะมีโทษร้ายแรงเพียงใด แต่สำหรับกฎหมายไทย อนุญาตให้ศาลใช้ดุลพินิจว่าพึงพอใจหรือไม่เฉพาะคดีที่มีโทษจำคุกขั้นต่ำน้อยกว่า 5 ปีเท่านั้น หากเป็นคดีที่มีโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 5 ปีขึ้นไปศาลไทยยังต้องสืบพยานของโจทก์อยู่เสมอแม้ว่าศาลจะพึงพอใจแล้ว ซึ่งอาจสืบพยานไปเพียงแค่อันน้อยศาลก็อาจพอใจแล้วก็พิพากษาคดีไปตามฟ้องได้ อันอาจกล่าวได้ว่ากรณีเป็นที่เคร่งครัดกว่าธรรมนูญกรุงโรมฯ เสียอีก

นอกจากนี้ สิทธิการอุทธรณ์ในคดีอาญาของไทยกับของธรรมนูญศาลฯ นั้นอาจต่างกันอยู่บ้าง เนื่องจากสิทธิในการอุทธรณ์ของไทยต้องอุทธรณ์ภายใต้พยานหลักฐานชุดเดิม (มาตรา 194 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) แต่ธรรมนูญศาลฯ อนุญาตให้มีการอุทธรณ์ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายโดยที่ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ด้วย (ข้อ 83 ประกอบข้อ 64 วรรค 6 ธรรมนูญกรุงโรมฯ) เพราะกฎที่ 149 แห่งกฎระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน<sup>286</sup> กำหนดให้นำบทบัญญัติภาค 5 และภาค 6 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ และกฎที่ว่าด้วยเรื่องพิจารณาคดีและการยื่นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาคดีมาใช้ในชั้นอุทธรณ์ด้วยโดยอนุโลม

### (ค) แนวทางการกำหนดบทบาทของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมไทยในการพิจารณาคดีอาญาร้ายแรง

หลักการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาของไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นค่อนข้างสอดคล้องกับธรรมนูญศาลฯ อยู่แล้ว กล่าวคือ ใช้ระบบกล่าวหาแต่กฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลผู้พิจารณาคดีมีอำนาจค้นหาความจริง จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติหลักใหม่ใด ๆ ขึ้นมา อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติศาลไทยมักไม่ใช้อำนาจเรียกสืบพยานเพิ่มเติมเท่าไรนัก ทำให้บทบาท

<sup>286</sup> Rule 149, Rules of Procedure and Evidence.

ของผู้พิพากษาทางด้านค้นหาความจริงยังไม่เพียงพอหากต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาความอาญาร้ายแรง ดังนั้น จึงควรบัญญัติหลักการเรียกสืบพยานเพิ่มเติมให้ชัดเจนโดยมีสภาพบังคับและผู้พิพากษาก็ควรใช้บทบาทด้านนี้ให้มากเพื่อประกันสิทธิของจำเลยหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง และเพื่อประโยชน์สูงสุดของรัฐเพราะไทยใช้ระบบดำเนินคดีโดยรัฐเป็นหลักโดยเฉพาะการฟ้องคดีอาญาร้ายแรงโดยพนักงานอัยการเช่นนี้ อันที่จริงแล้วกฎหมายไทยได้มีบทบังคับให้ศาลยุติธรรมจะต้องใช้บทบาทค้นหาความจริงอยู่แล้วอย่างน้อย 2 ฉบับ ได้แก่

1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 25 วรรค 2 บัญญัติให้อำนาจศาลอาจไต่สวนหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพิ่มเติมจากสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ตามที่เห็นสมควร และที่สำคัญมาตรา 31 ได้บังคับว่าในระหว่างที่มีการไต่สวนคดีซึ่งก็คือ ในชั้นพิจารณาคดี ให้องค์คณะผู้พิพากษาสอบถามพยานบุคคลเอง โดยศาลจะเป็นผู้แจ้งให้พยานทราบประเด็นและข้อเท็จจริงซึ่งจะทำการไต่สวน แล้วให้พยานเบิกความในข้อนั้นโดยวิธีแถลงด้วยตนเองหรือตอบคำถามศาล แล้วจึงให้โจทก์จำเลยถามเพิ่มเติมต่อไป

2) พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ในมาตรา 33 วรรค 1 บัญญัติให้ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามที่เห็นสมควร และที่สำคัญอีกเช่นเดียวกันมาตรา 34 บังคับให้ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ซักถามพยานเอง คู่ความหรือทนายความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว และให้ศาลมีอำนาจซักถามพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีแม้จะไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกขึ้นอ้างก็ตาม

การกำหนดหน้าที่ให้ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่สืบพยานด้วยตนเองก่อน แล้วจึงให้คู่ความหรือทนายความซักถามหลังจากนั้น กรณีมีความคล้ายคลึงกับผู้พิพากษาในศาลฝรั่งเศสมาก เพราะของฝรั่งเศส เมื่อเริ่มสืบพยานผู้พิพากษาจะเป็นผู้ถามก่อนจนหมดข้อความที่พยานจะให้การ แล้วจึงให้ทนายหรืออัยการถาม คำพยานส่วนใหญ่ศาลเป็นผู้ถาม อัยการกับทนายถามไม่มากนัก บางครั้งก็ไม่ถามเลยเพราะศาลถามหมดแล้ว<sup>287</sup> ซึ่งจริง ๆ แล้วถ้ามีการพิจารณาคดีอาญาทั่วไป ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 235 ก็ให้อำนาจศาลถามพยานเองได้ และยังมีกฎหมายอีก 2 ฉบับข้างต้นสนับสนุนแนวความคิดหลักค้นหาความจริงให้มีความเข้มข้นมากขึ้น ฉะนั้น การทำหน้าที่เหล่านี้ไม่ใช่เรื่องไกลตัวสำหรับกฎหมายไทย หากเป็นแนวคิดดั้งเดิมของไทยอยู่แล้วแต่เพียงจะเน้นในทางปฏิบัติมากขึ้นด้วยการระบุบังคับในกฎหมาย จึงไม่ใช่เรื่องแปลกอะไรที่

<sup>287</sup> โกเมน ภัทรภิรมย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 197*, น. 100-101.

จะบัญญัติบทบังคับศาลให้มีบทบาทค้นหาความจริงมากยิ่งขึ้นในคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศอันเทียบได้กับการไต่สวนในคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและในคดีผู้บริโภคนอกจากนี้ หากจำเลยรับสารภาพก็ควรมีบทบังคับให้ศาลสืบพยานโจทก์จนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าจำเลยได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงตามฟ้องจริง แล้วจึงพิพากษา เพราะหากศาลวางเฉยคงไม่เป็นผลดีกับการพิจารณาคดีอาญาระหว่างประเทศที่มีความร้ายแรงระดับ *jus cogens* จนอาจเป็นจุดอ่อนทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ถูกลงโทษหรืออาจเป็นจุดบกพร่องจนถูกศาลอาญาระหว่างประเทศกล่าวอ้างว่าการพิจารณาคดีของไทยประสงค์ปกป้องจำเลยจากการพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือกระบวนการพิจารณาของไทยไม่เป็นกลางตามบรรทัดฐานของกระบวนการยุติธรรมที่ได้รับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศ หรือศาลไทยดำเนินการในลักษณะที่ขัดกับเจตนาที่จะทำให้เกิดความยุติธรรมแก่บุคคล ตามข้อ 20 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลัก *Ne bis in idem* เป็นผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาคดีดังกล่าวได้อีกครั้งหนึ่ง

นอกจากนี้ หากจำเลยรับสารภาพก็ควรมีบทบังคับให้ศาลสืบพยานโจทก์จนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าจำเลยได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงตามฟ้องจริง แล้วจึงพิพากษา เพราะหากศาลวางเฉยคงไม่เป็นผลดีกับการพิจารณาคดีอาญาระหว่างประเทศที่มีความร้ายแรงระดับ *jus cogens* จนอาจเป็นจุดอ่อนทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ถูกลงโทษหรืออาจเป็นจุดบกพร่องจนถูกศาลอาญาระหว่างประเทศกล่าวอ้างว่าการพิจารณาคดีของไทยประสงค์ปกป้องจำเลยจากการพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือกระบวนการพิจารณาของไทยไม่เป็นกลางตามบรรทัดฐานของกระบวนการยุติธรรมที่ได้รับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศ หรือศาลไทยดำเนินการในลักษณะที่ขัดกับเจตนาที่จะทำให้เกิดความยุติธรรมแก่บุคคล ตามข้อ 20 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลัก *Ne bis in idem* เป็นผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาคดีดังกล่าวได้อีกครั้งหนึ่ง

#### 4.3.9 ปัญหาการบังคับใช้โทษประหารชีวิตของกฎหมายไทย

สำหรับกรณีปัญหาเรื่องบทลงโทษของความผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมีประเด็นปัญหาคือ โทษที่กำหนดไว้ในธรรมนูญฯ กับโทษตามกฎหมายไทยมีความแตกต่างกัน บรรดาความผิดที่กำหนดไว้ในธรรมนูญฯ มีบทลงโทษในระดับต่าง ๆ ดังนี้<sup>288</sup> 1) จำคุกตลอดชีวิต โดยศาลฯ จะพิจารณาจากความรุนแรงของอาชญากรรมที่ก่อขึ้น และสภาพแวดล้อมเฉพาะกรณีของผู้ต้องโทษ 2) จำคุกไม่เกิน 30 ปี 3) ปรับ และ 4) ริบทรัพย์สิน โดยไม่อนุญาตให้มีการลงโทษประหารชีวิต

โทษตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมีเพียงโทษจำคุก ปรับ และยึดทรัพย์เท่านั้นไม่มีโทษประหารชีวิต แต่รัฐจำนวนมากกลับมีโทษประหารชีวิตอันเป็นโทษที่รุนแรงกว่าโทษตามธรรมนูญฯ เช่น กฎหมายอาญาของประเทศแถบอาหรับและเอเชีย ซึ่งรวมถึงประเทศไทยเราด้วย เมื่อบทกำหนดโทษมีรายละเอียดที่ไม่ตรงกันจึงอาจเกิดปัญหาตามมาว่า ถ้ากรณีที่ศาลภายในรัฐกำหนดโทษแก่จำเลยสูงกว่าหรือต่ำกว่าอัตราโทษที่จำเลยควรได้รับ ปัญหาว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถดำเนินการอย่างไรต่อไป ในกรณีที่ศาลภายในของรัฐลงโทษจำเลยต่ำกว่าโทษที่จำเลยสมควรได้รับ จะต้องพิจารณาตามข้อ 17 ว่าเข้าข้อยกเว้นกรณีคำพิพากษาของ

<sup>288</sup> ข้อ 77 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลภายในของรัฐ (the national decision) เป็นไปเพื่อจุดประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองแก่จำเลย ให้หลุดพ้นความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ หากเข้าตามข้อยกเว้นศาลอาญาระหว่างประเทศก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีกับบุคคลดังกล่าวต่อไปได้<sup>289</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการยกเว้นหลัก *Ne bis in idem*

กรณีที่มีได้มีการบัญญัติโทษประหารชีวิตไว้ในธรรมนูญกรุงโรมฯ ส่งผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถลงโทษประหารชีวิตได้ตามหลัก *Nulla poena sine lege* เพราะข้อ 23 แห่งธรรมนูญฯ ได้กำหนดไว้แล้วว่าบุคคลไม่ต้องรับโทษหากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือบุคคลที่ต้องคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศต้องได้รับโทษตามที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ บัญญัติไว้เท่านั้น อันเนื่องมาจากเหตุผลเรื่องสิทธิมนุษยชน และหลังช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ก็ไม่มีศาลระหว่างประเทศศาลใดกำหนดโทษประหารชีวิตไว้เช่นกัน<sup>290</sup> แม้ว่าขณะที่ทำการร่างธรรมนูญกรุงโรมฯ อยู่ ก็มีกลุ่มประเทศผู้สนับสนุนให้บัญญัติโทษดังกล่าว เช่น กลุ่มประเทศอาหรับและอิสลาม ฯลฯ<sup>291</sup> ดังนั้น ด้วยความที่กฎหมายอาญาของไทยเราได้กำหนดโทษประหารชีวิตไว้ โดยเฉพาะคดีอาญาที่มีลักษณะอุกฉกรรจ์ เช่น ฆ่าผู้อื่นตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน (มาตรา 291 ประมวลกฎหมายอาญา) ช่มชืดกระทำฆ่าผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย (มาตรา 277 ทวิ ประมวลกฎหมายอาญา) เป็นต้น กรณีอาจเกิดข้อกังวลได้ว่าไทยควรจะกำหนดโทษเช่นใดสำหรับความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ

บันทึกการประชุมพิจารณาร่างธรรมนูญกรุงโรมฯ UN Doc. A/CONF. 183/SR. 9, para. 53<sup>292</sup> ได้กล่าวถึงประเด็นที่กฎหมายภายในได้บัญญัติและบังคับใช้โทษประหารชีวิตไว้ว่า กรณีคงไม่ก่อให้เกิดปัญหาแต่อย่างใด เพราะมีการบังคับใช้หลัก Complementarity ในวิธีพิจารณา กล่าวคือ ศาลอาญาระหว่างประเทศใช้เขตอำนาจศาลเสริมเขตอำนาจของศาลภายในอยู่แล้ว ฉะนั้น ศาลภายในจึงมีอำนาจสอบสวน ดำเนินคดีและลงโทษจำเลยได้ก่อนศาลอาญาระหว่างประเทศเพราะศาลภายในเป็นศาลหลักที่จะทำหน้าที่เหล่านี้หากคดีอยู่ภายใต้เขตอำนาจ

<sup>289</sup> กรรณิรมย์ สุนทรนาเวิน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 128*, น. 190-191.

<sup>290</sup> Kevin Jon Heller, "The Rome Statute in Comparative Perspective," *Legal Studies Research Paper No. 370* (2008), p. 37. Retrieved April 15, 2010, from <http://ssrn.com/abstract=1304539>

<sup>291</sup> William A. Schabas, *supra note 144*, pp. 315-316.

<sup>292</sup> *Ibid.* p. 316.

ของตัวเอง โทษที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ กำหนดไว้จึงไม่สามารถส่งผลกระทบต่อเรื่องโทษของกฎหมายภายในได้ เพราะเป็นนโยบายเฉพาะของรัฐนั้น ๆ อยู่เอง กรณีจึงคล้ายข้อสงสัยได้ว่าไทยไม่จำเป็นต้องหลีกเลี่ยงการบัญญัติโทษประหารชีวิตสำหรับความผิดอาญาร้ายแรง อีกทั้งโทษที่ไทยบังคับใช้กับความผิดอาญาสามัญถูกฉกรรจ์ในปัจจุบันก็มีหลายฐานความผิดที่กำหนดโทษประหารชีวิตให้เป็นโทษสูงสุดไว้ ดังนั้น คงไม่สมควรหากจะกำหนดให้ความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีโทษสูงสุดอยู่ที่จำคุกตลอดชีวิต ในขณะที่ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนมีการกำหนดโทษประหารชีวิตเอาไว้ และการบังคับใช้โทษประหารชีวิตก็คงไม่เป็นการลดล้างวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่ไทยมีพันธกรณีในฐานะรัฐลงนาม ทั้งนี้ ในส่วนโทษระดับอื่นที่ต่ำกว่าลงมา หากทั้งกฎหมายไทยและศาลไทยได้กำหนดโทษหรือลงโทษได้อย่างเหมาะสมแล้ว ก็คงไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของธรรมนูญฯ เช่นกัน และในท้ายที่สุด ข้อกล่าวหาที่ว่าศาลไทยดำเนินคดีปกครองหรือกระบวนการพิจารณาคดีของไทยมีความล้มเหลวก็คงไม่เกิดขึ้น

ส่วนประเด็นเรื่องระดับความรุนแรงของโทษนั้น ธรรมนูญกรุงโรมฯ ในข้อ 77 วรรค 1 วางแนวทางการกำหนดโทษไว้ว่า (a) โทษจำคุกนั้น ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศระบุระยะเวลาว่าเป็นจำนวนกี่ปี โดยมีให้เกิน 30 ปี และ (b) การจะจำคุกตลอดชีวิตได้นั้น ต้องพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำและพฤติการณ์เฉพาะตัวของจำเลยผู้ที่ศาลพิพากษาว่ามีความผิด ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลมีดุลพินิจที่กว้างขวางพอสมควร อาจจะเนื่องมาจากความผิดในแต่ละประเภทก็มีฐานความผิดเป็นข้อหาย่อย ๆ อีกหลายข้อหา เช่น ศาลฯ อาจกำหนดโทษให้แก่ผู้ที่กระทำ ความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) ที่กระทำการบังคับพลเรือนให้เป็นโสเภณี (enforced prostitution) ซึ่งเป็นความผิดตาม ข้อ 7 (g) ได้รับโทษจำคุกที่น้อยกว่าผู้กระทำความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่กระทำการฆ่าพลเรือนตายโดยเจตนา (murder) ซึ่งบุคคลหลังนี้ ศาลฯ อาจเห็นว่าสมควรได้รับโทษจำคุกตลอดชีวิต เป็นต้น ดังนั้น หากกฎหมายไทยได้บัญญัติฐานความผิดทั้งหมดแล้ว ก็มีความจำเป็นที่จะต้องทบทวนเรื่องการกำหนดระดับอัตราโทษไว้ในแต่ละฐานความผิด ขอแยกเป็น 2 กรณีเบื้องต้น ดังนี้

กรณีแรก พิจารณาทบทวนเรื่องอัตราโทษจำคุกสูงสุดของแต่ละฐานความผิดอาญาร้ายแรงให้สอดคล้องกับโทษจำคุกของฐานความผิดที่มีอยู่ในกฎหมายไทย เป็นต้นว่า ปัจจุบันความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288 ประมวลกฎหมายอาญา มีอัตราโทษสูงสุดอยู่ที่ 20 ปี กรณีนี้หากจะต้องกำหนดโทษให้กับฐานความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) ข้อหากระทำการฆ่าคนตายโดยเจตนา (murder) ก็อาจจะต้องพิจารณาว่าควรกำหนด

อัตราโทษสูงสุดไว้ที่ 30 ปีหรือไม่ หากเห็นว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีความรุนแรงและก่อให้เกิดความเสียหายในวงกว้างมากกว่า

กรณีที่สอง พิจารณาบททวนว่าความผิดอาญาร้ายแรงข้อหาย่อยใดบ้างที่สมควรระวางโทษประหารชีวิตเมื่อคำนึงถึงฐานความผิดของไทยที่กำหนดอัตราโทษสูงสุดไว้ว่าต้องประหารชีวิต อย่างเช่นความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ที่มาตรา 289 ประมวลกฎหมายอาญาระบุว่าต้องระวางโทษประหารชีวิต กรณีนี้ก็ควรกำหนดโทษสำหรับความผิดอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ฐานฆ่าสมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติที่ตนมีเจตนาจะทำลายเชื้อชาตินั้น (killing members of the group) โดยไตร่ตรองไว้ก่อน ให้ต้องระวางโทษประหารชีวิตด้วยเช่นกัน หากเห็นว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความร้ายแรงที่อาจส่งผลถึงการดำรงชีวิตของประชาคมโลกทั้งหมด

กล่าวโดยสรุป แม้กฎหมายไทยจะมีบทลงโทษประหารชีวิตก็ตาม แต่ก็ขัดแย้งกับธรรมนูญกรุงโรมฯ ค.ศ. 1998 แต่อย่างไรก็ตาม เพราะประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมฯ ดังนั้น ประเทศไทยจึงสามารถกำหนดบทลงโทษประหารชีวิตและบทลงโทษอื่น ๆ ตามระดับของความร้ายแรงของการกระทำผิดอาญาในฐานความผิดร้ายแรงเหล่านี้ได้ กรณีจึงเป็นเรื่องของกฎหมายภายในของไทยที่อาจแตกต่างไปจากบทลงโทษในธรรมนูญกรุงโรมฯ