

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ความทารุณโหดร้ายของอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติได้มีความรุนแรงมากขึ้น ประกอบกับความล้มเหลวในกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ อาชญากรร้ายแรงจึงไม่ได้รับการดำเนินคดีและพิพากษาอย่างจริงจัง เมื่อประชาคมโลกไม่สามารถทนเห็นเหตุการณ์ต่าง ๆ เหล่านี้ได้ จึงมีความคิดในการก่อตั้งศาลเพื่อชำระความกับผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม เมื่อนานาประเทศได้เห็นข้อเสียของการจัดตั้งศาลชั่วคราวไม่ว่าจะในรูปแบบศาลทหารหลังสงครามยุติ หรือในรูปแบบที่องค์การสหประชาชาติเข้าไปจัดตั้งศาลชั่วคราวโดยมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในรัฐต่าง ๆ ที่เกิดการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงในกรณีต่าง ๆ แล้ว ดังนี้ การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการถาวร จึงเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดเพื่อแก้ปัญหาเรื่องหลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญา (Non-retroactivity of Law) และปัญหาความยุติธรรมของผู้ชนะ (Victor's Justice)

ในที่สุดศาลอาญาระหว่างประเทศก็ได้รับการจัดตั้งเป็นผลสำเร็จ จากการมีผลบังคับใช้ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศในวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2545 ซึ่งศาลดังกล่าวได้ตั้งอยู่ ณ กรุงเฮก (The Hague) ประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งมีอำนาจเหนืออาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ 4 ประเภท ได้แก่ อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (The crime of genocide) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) อาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (The crime of aggression) ตามข้อ 5 ธรรมนูญกรุงโรมฯ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าองค์กรศาลดังกล่าวนี้เป็นผลมาจากการมีเจตจำนงร่วมกันของรัฐในการสร้างกลไกที่มีประสิทธิภาพเพื่อลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดในฐานะปัจเจกชนและลดอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งมีความคาดหวังว่าองค์กรดังกล่าวจะมีความเป็นกลางและเป็นอิสระในการใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศเพื่ออำนวยความยุติธรรมให้กับประชาคมโลกได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยอัยการประจำศาลจะเป็นผู้มีอำนาจสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดีซึ่งสามารถเสนอสถานการณ์เข้ามาได้เพียง 3 ช่องทาง ได้แก่ รัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้เสนอ และกรณีที่อัยการเป็นผู้เริ่มสอบสวนเอง (*proprio motu*) โดยใช้เขตอำนาจตามหลัก Complementarity หรือหลักเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐเป็นสำคัญ

กล่าวคือ ให้ศาลภายในเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินคดีก่อน หากมีความบกพร่องศาลอาญาระหว่างประเทศจึงจะเข้ามาดำเนินการแทน แต่ก็ยังมีข้อสงสัยอยู่หลายประการ เนื่องจากกลไกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลอาญาระหว่างประเทศในหลาย ๆ เรื่องอาจเป็นการเข้ามาแทรกแซงการดำเนินคดีของศาลภายในรัฐได้ หรืออาจก่อให้เกิดปัญหาการเมืองระหว่างประเทศได้ในที่สุด

แม้ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันเป็นภาคีสมาชิกของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ไทยก็ยังคงได้รับผลกระทบโดยตรง เพราะแม้ประเทศไทยมิได้มีพันธกรณีใด ๆ ที่จะต้องอนุวัติการตามธรรมนูญกรุงโรมฯ แต่ไทยควรจะคำนึงถึงความปลอดภัยของประชาคมโลกเป็นสำคัญในการช่วยเหลือป้องกันปราบปรามผู้กระทำความผิดเหล่านี้ เพราะความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศเป็นความผิดร้ายแรงในระดับกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) นอกจากนี้ ประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็ยังมีพันธกรณีที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์แห่งธรรมนูญฯ ตามข้อ 18 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ด้วย ทั้งนี้ กรณีจะมองปัญหาได้ชัดขึ้น หากมีการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง 4 ประเภทที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นมาจริง ๆ และคดีดังกล่าวอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมไทย กล่าวคือความผิดดังกล่าวได้กระทำลงในราชอาณาจักรไทยหรือกระทำลงนอกราชอาณาจักรไทยโดยคนสัญชาติไทย แต่รัฐไทยกลับจะต้องดำเนินกระบวนการคดีโดยการบังคับใช้กฎหมายอาญาสามัญทั้งด้านสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติที่มีข้อจำกัดในหลาย ๆ เรื่อง เพราะไทยยังมีได้มีการบัญญัติฐานความผิดและวิธีพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงเหล่านี้ไว้ ดังนี้ อาจเป็นการดำเนินการที่ขัดขวางเจตนารมณ์ของธรรมนูญฯ ที่มุ่งประสงค์จะนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ นอกจากนี้ ไทยยังอาจได้รับผลกระทบทางอ้อมด้วย หากรัฐภาคีใด ๆ หรือคณะมนตรีความมั่นคงได้เสนอสถานการณ์ดังกล่าวต่ออัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศหรืออัยการประจำศาลฯ เริ่มการสอบสวนเองอันเป็นช่องทางในการนำคดีขึ้นสู่ศาลฯ จนเป็นผลทำให้ไทยสูญเสียอำนาจอธิปไตยทางการศาลที่จะพิจารณาคดีอาญาดังกล่าว เพราะแม้ว่าคดีนั้น ๆ กำลังอยู่ในระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีโดยรัฐไทยในฐานะที่มีเขตอำนาจเหนือ หรือคดีนั้นได้รับการสืบสวนสอบสวนโดยรัฐไทยและไทยเองได้ตัดสินใจที่จะไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลที่เกี่ยวข้อง ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจดำเนินคดีดังกล่าวได้โดยกล่าวอ้างข้อยกเว้นหลัก Complementarity ตามข้อ 17 แห่งธรรมนูญฯ หรือแม้กระทั่งเป็นคดีที่ศาลไทยดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาไปแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศก็สามารถอ้างข้อยกเว้นหลัก *Ne bis in dem*

ตามข้อ 20 และสามารถดำเนินคดีดังกล่าวได้อีกครั้ง ซึ่งเหตุผลที่จะนำมากล่าวอ้างเพื่อยกเว้นหลักเหล่านี้ได้ก็คือ การดำเนินคดีบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมไทย กล่าวคือ 1) ประเทศไทยไม่สมัครใจหรือไม่มีความสามารถทำการสืบสวนสอบสวน หรือฟ้องร้องคดีได้อย่างแท้จริง หรือ 2) ประเทศไทยสืบสวนสอบสวนคดีแล้ว และได้ตัดสินใจที่จะไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยที่การตัดสินใจนั้นเป็นผลมาจากความไม่สมัครใจหรือไม่สามารถของไทยอย่างแท้จริง อันเป็นผลทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาได้ ทั้ง ๆ ที่ศาลยุติธรรมไทยมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี

ทั้งนี้ เมื่อได้ทำการศึกษาก็พบว่ากฎหมายไทยยังมีความแตกต่างกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศอยู่หลายประการ ได้แก่

ประการแรก กฎหมายไทยยังมิได้มีการบัญญัติฐานความผิดอาญาร้ายแรงทั้ง 4 ประเภท จึงสามารถดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาได้แค่เพียงความผิดอาญาสามัญทั่วไป เช่น ฆ่าผู้อื่นตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน (มาตรา 289 ประมวลกฎหมายอาญา) ช่มชู้นกระทำชำเราผู้อื่น (มาตรา 276 ประมวลกฎหมายอาญา) เป็นต้น ในขณะที่ผู้กระทำความผิดมีมูลเหตุชกจูงใจพิเศษ (*dolus specialis*) เป็นต้นว่า ฆ่าเพื่อต้องการกำจัดกลุ่มศาสนา กลุ่มชนชาติ หรือเป็นการช่มชู้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งการช่มชู้นดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่มีลักษณะกว้างขวางหรือเป็นระบบโดยมีประชากรพลเรือนเป็นเป้าหมาย (ข้อ 6 ถึงข้อ 8 ธรรมนูญกรุงโรมฯ) ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายไทยไม่สามารถเอาผิดในบางฐานความผิดได้ เช่น การบังคับให้ทำหมันเพื่อขัดขวางมิให้บุตรของกลุ่มเชื้อชาติได้ถือกำเนิด หรือกระทำอาชญากรรมอันเป็นการเหยียดผิวที่เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีประชากร ฯลฯ กรณีดังกล่าวส่งผลให้ไทยไม่สามารถมีเขตอำนาจสากลเหนือความผิดเหล่านี้ได้ จนกระทั่งไทยอาจกลายเป็นแหล่งพักพิง (*safe havens*) ให้กับเหล่าอาชญากรผู้ซึ่งกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรแล้วหลบหนีเข้ามาในราชอาณาจักรไทย

ประการที่สอง ประมวลกฎหมายอาญาของไทยกำหนดอายุความการฟ้องร้องคดีอาญาสูงสุดไว้เพียง 20 ปี (มาตรา 95 ประมวลกฎหมายอาญา) ซึ่งหากคดีขาดอายุความก็จะทำให้สิทธิการนำคดีมาฟ้องระงับไปตามมาตรา 39 (6) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในขณะที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ ไม่นุญาตให้มีการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยอายุความกับคดีอาญาร้ายแรงทั้ง 4 ประเภท (ข้อ 29 ธรรมนูญกรุงโรมฯ) ด้วยเหตุผลสำคัญเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้แม้ว่าเวลาจะล่วงเลยไปนานสักเพียงใดก็ตาม และเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้รัฐใด ๆ กล่าวอ้างว่าการกระทำดังกล่าวได้พ้นกำหนดอายุความฟ้องร้องคดีไปแล้ว

ประการที่สาม กระบวนการสอบสวนคดีอาญาของไทยโดยทั่วไปกำหนดให้พนักงานสอบสวนเป็นผู้ดำเนินการสอบสวนและเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเสนอความเห็นและสำนวนการสอบสวนไปให้พนักงานอัยการเป็นผู้มีคำสั่งว่าเห็นควรสั่งฟ้องหรือไม่ ซึ่งอัยการจะเข้ามามีส่วนร่วมในการรวบรวมพยานหลักฐาน ตรวจสอบสำนวน หรือสั่งสอบเพิ่มเติมก็ต่อเมื่อพนักงานสอบสวนได้ทำการสรุปสำนวนแล้ว (มาตรา 140 ถึงมาตรา 143 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) สำหรับการสอบสวนคดีอาญาร้ายแรงตามที่กำหนดในธรรมนูญฯ จะเป็นอำนาจหน้าที่ของอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ (ข้อ 53 และ 54 ธรรมนูญกรุงโรมฯ) แต่หากอัยการประจำศาลฯ ต้องการเริ่มการสอบสวนด้วยตนเอง (*proprio motu*) โดยไม่มีรัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงเสนอสถานการณ์เข้ามา อัยการประจำศาลฯ จำเป็นต้องร้องขออำนาจเริ่มการสอบสวนจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) (ข้อ 15 ธรรมนูญกรุงโรมฯ) และองค์คณะดังกล่าวจะเข้ามามีบทบาทพบทวนคำสั่งเกี่ยวกับการสอบสวนได้เฉพาะในบางกรณีเท่านั้น (ข้อ 53 ธรรมนูญกรุงโรมฯ) ซึ่งการที่อัยการประจำศาลฯ เป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐานตั้งแต่ในชั้นแรกและสุดท้ายก็เป็นผู้ฟ้องร้องคดีเองเช่นนี้ทำให้พยานหลักฐานมีน้ำหนักเพราะการสอบสวนเป็นไปในแนวทางเดียวกันตลอดมา โอกาสที่ผู้กระทำผิดจะถูกปล่อยตัวไปหรือศาลจะยกฟ้องก็มีได้น้อยลง

ประการที่สี่ แม้ประเทศไทยจะใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐก็ตาม แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ได้ให้อำนาจผู้เสียหายในการฟ้องคดีอาญาไว้อย่างกว้างขวาง กรณีจึงเกิดปัญหาการสมยอมกันระหว่างผู้เสียหายและจำเลย โดยใช้วิธีการดำเนินคดีบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่งทำการฉ้อฉลจนกระทั่งศาลต้องพิพากษายกฟ้องในคดีที่ราษฎรผู้เสียหายเป็นโจทก์ เพราะพยานหลักฐานไม่มีน้ำหนัก เป็นเหตุมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องแล้ว สิทธินาคดีอาญามาฟ้องก็ย่อมระงับไป ตามมาตรา 39 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พนักงานอัยการจึงไม่สามารถนาคดีดังกล่าวมาฟ้องอีกได้ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐหากความผิดนั้นเป็นคดีอาญาแผ่นดิน และแม้จะได้เคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 6446/2547 วางแนวทางไว้แล้วว่า หากปรากฏว่าการฟ้องคดีอาญาในคดีก่อนระหว่างโจทก์ผู้เสียหายซึ่งเป็นราษฎรกับจำเลยนั้นเป็นการสมยอมกัน ถือไม่ได้ว่าจำเลยเคยถูกฟ้องและศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในการกระทำความผิดนั้นแล้ว สิทธินาคดีอาญามาฟ้องจึงไม่ระงับไปตามมาตรา 39 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศาลจึงยอมรับการฟ้องคดีโดยพนักงานอัยการในคดีหลัง อันไม่ขัดกับหลัก *Ne bis in idem* อย่างไรก็ดี คำพิพากษาฎีกาก็เป็นเพียงแค่คำคำวินิจฉัยที่มีใ้กฎหมายที่ทุกคนรู้เป็นการทั่วกัน ซึ่งกว่าจะทราบว่ามี การสมยอมกันก็ต้องรอให้มีการ

พิสูจน์และอาจมีความเห็นที่แปรผันกันไปตามอัตวิสัยของผู้พิพากษาผู้รับฟังข้อเท็จจริงในแต่ละชั้นศาล กรณีนี้กฎหมายจึงยังมีช่องว่างอยู่ อาจเกิดการตกลงสมยอมกันระหว่างโจทก์ผู้เสียหายที่เป็นราษฎรและจำเลยในคดีอาญาร้ายแรงซึ่งเป็นคดีที่มีความสำคัญได้ เพราะราษฎรมีอำนาจตามกฎหมายอย่างอิสระในการยื่นฟ้องคดีต่อศาล ในขณะที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ กำหนดตัวผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาร้ายแรงไว้แค่เพียงอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น (ข้อ 13 ธรรมนูญกรุงโรมฯ) แม้แต่ผู้เสียหายก็ทำได้เพียงเสนอสถานการณ์ไปยังให้อัยการ แล้วอัยการก็พิจารณาว่าจะเริ่มการสอบสวนด้วยตนเอง (*proprio motu*) หรือไม่ กรณีจึงเป็นการปิดโอกาสผู้เสียหายและจำเลยที่จะตกลงยินยอมกันดำเนินคดีโดยวิธีการข้อฉลศาล

ประการที่ห้า กฎหมายไทยให้ดุลพินิจศาลในการไต่สวนมูลฟ้องกรณีอัยการเป็นพนักงานโจทก์ (มาตรา 62 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) ซึ่งในทางปฏิบัติศาลก็ไม่ดำเนินการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาหากอัยการเป็นโจทก์ในคดีนั้น เนื่องจากเห็นว่าได้ผ่านการตรวจสอบขั้นต้นโดยการสอบสวนของพนักงานสอบสวนและอัยการได้ตรวจสำนวนแล้ว ส่วนธรรมนูญฯ ได้กำหนดให้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ทำหน้าที่ยืนยันข้อกล่าวหา (Confirmation Hearing) ในทุกคดีซึ่งเทียบได้กับการไต่สวนมูลฟ้องของไทย และองค์คณะดังกล่าวยังมีบทบาทในการสั่งให้อัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมอีกด้วยหากเห็นว่าพยานหลักฐานยังไม่เพียงพอในชั้น Confirmation Hearing และจึงสั่งเลื่อนนัดยืนยันข้อกล่าวหาออกไปเพื่อพิจารณาในครั้งหน้า นอกจากนี้ธรรมนูญฯ ยังอนุญาตให้ศาลนั่งพิจารณายืนยันข้อกล่าวหาลับหลังจำเลยได้ (ข้อ 61 ธรรมนูญกรุงโรมฯ) ในขณะที่กฎหมายไทยไม่อนุญาตให้ศาลไต่สวนมูลฟ้องลับหลังจำเลยได้หากพนักงานอัยการเป็นโจทก์

ประการที่หก กระบวนการยุติธรรมของไทยยังไม่มีบุคลากรศาลผู้มีความรู้เฉพาะในด้านกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่พร้อมจะพิจารณาพิพากษาคดีในรูปองค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยเฉพาะ ในขณะที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ กำหนดคุณสมบัติในด้านความรู้ของผู้พิพากษาอย่างชัดเจนให้มีศักยภาพเพียงพอ สามารถพิจารณาคดีได้ทันทีหากมีคดีขึ้นสู่ศาล (ข้อ 36 ธรรมนูญกรุงโรมฯ)

ประการที่เจ็ด แม้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลไทยจะใช้ระบบกล่าวหา แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยในหลายมาตราได้กำหนดให้ศาลสามารถใช้บทบาทค้นหาความจริงอันเป็นลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้ เช่น มาตรา 228

ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมไม่ว่าคู่ความจะร้องขอหรือไม่ มาตรา 235 ศาลมีอำนาจถามคู่ความหรือพยานได้เองเมื่อเห็นสมควร เป็นต้น ซึ่งก็คล้ายคลึงกับธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่กำหนดให้ศาลมีบทบาทแสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างเต็มที่แม้กระทั่งในชั้นยื่นยันข้อกล่าวหา ตัวบทบัญญัติของไทยดูแล้วก็สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมฯ อยู่มาก แต่ในทางปฏิบัติศาลไทยมักใช้บทบาทค้นหาความจริงเท่าใดนัก ส่วนในเรื่องรับสารภาพของจำเลยนั้น ศาลไทยจะใช้ดุลพินิจหยุดการสืบพยานได้ต่อเมื่อความผิดนั้นระวางโทษจำคุกอย่างต่ำไม่ถึง 5 ปี (มาตรา 176 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) แต่หากเป็นความผิดที่กำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกตั้งแต่ 5 ปีขึ้นไป ศาลต้องฟังพยานโจทก์จนกว่าจะพอใจ จะใช้ดุลพินิจหยุดการสืบพยานไม่ได้ แต่สำหรับ ข้อ 65 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ นั้น หากจำเลยรับสารภาพตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดแล้ว ศาลมีดุลพินิจว่าจะสืบพยานต่อไปหรือไม่ก็ได้ ธรรมนูญฯ มิได้บังคับให้ศาลต้องสืบพยานต่อไป ซึ่งถือว่ามีความเคร่งครัดน้อยกว่ากฎหมายไทย

ประการที่แปด มาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญาของไทยและ ข้อ 23 ธรรมนูญกรุงโรมฯ บัญญัติหลักการเดียวกันคือ บุคคลไม่ต้องรับโทษหากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ (*Nullum crimen sine lege*) ซึ่งมาตรา 18 ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีการบังคับใช้โทษประหารชีวิตโดยการฉีดยาให้ตาย ในขณะที่ข้อ 77 ธรรมนูญกรุงโรมฯ ไม่มีการบังคับใช้โทษดังกล่าว เนื่องจากเหตุผลทางด้านมนุษยธรรม

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาธรรมนูญกรุงโรมฯ ด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อเปรียบเทียบธรรมนูญกรุงโรมฯ กับบทบัญญัติกฎหมายอาญาของไทยแล้ว ผู้เขียนพบที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ไทยควรบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศเป็นการเฉพาะเพื่อรองรับการพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงทั้ง 4 สฐานความผิด ส่วนเรื่องวิธีพิจารณานั้นต้องมีการมองเป็นกรณี ๆ ไปเนื่องจากวิธีพิจารณาคดีอาญาที่ไทยใช้อยู่ในปัจจุบันก็สามารถนำมาปรับใช้ได้อยู่หลายกรณีด้วยกัน

2.1 ควรมีการตรากฎหมายที่กำหนดฐานความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ ซึ่งในช่วงแรกสมควรบัญญัติเพียงเฉพาะฐานความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม ส่วนอาชญากรรมรุกรานนั้นควรรอให้มีการกำหนดองค์ประกอบความผิดในธรรมนูญกรุงโรมฯ เสียก่อนเพื่อความชัดเจนในการบัญญัติและบังคับใช้

เพราะความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศมีพัฒนาการความเป็นมาที่แตกต่างจากความผิดอาญาสามัญ ทั้งนี้ เห็นได้ชัดจากกรณีที่ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศสำหรับยูโกสลาเวียเดิมไม่ยอมรับหากศาลภายในได้มีการพิจารณาพิพากษาความผิดอาญาร้ายแรงในรูปแบบฐานความผิดอาญาสามัญ (common crimes) อีกทั้งฐานความผิดอาญาสามัญที่ใช้บังคับอยู่ในกฎหมายไทยไม่ครอบคลุมฐานความผิดอาญาร้ายแรงทั้งในด้านองค์ประกอบภายนอกและมูลเหตุชกแจงใจพิเศษ และบัญญัติให้ไทยมีเขตอำนาจศาลอย่างแคบเหนือการกระทำร้ายแรงดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าควรตรากฎหมายออกมาในรูปพระราชบัญญัติเช่นเดียวกับประเทศฟิลิปปินส์ที่ตรา "Philippine Act on Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide, and Other Crimes Against Humanity" (REPUBLIC ACT NO. 9851) ซึ่งอยู่ในฐานะรัฐลงนามเช่นเดียวกับไทย เพราะจะมีความสะดวกและคล่องตัวในการแก้ไขฐานความผิดมากกว่าการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เช่น ฐานอาชญากรรมรุกราน เป็นต้น กรณีเหมือนดังที่ไทยตราพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ที่กำหนดฐานความผิดว่าด้วยการค้ามนุษย์ไว้ในหมวด 1 บททั่วไป และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไว้ในหมวด 1 ซึ่งสามารถกำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลไว้ในพระราชบัญญัติได้เช่นเดียวกัน และต้องระบุให้นำมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย ซึ่งมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ก็ระบุไว้ เพื่อห้ามลงโทษความผิดนั้นอีกหากศาลต่างประเทศ (รวมทั้งศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย) ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกฟ้องหรือลงโทษจนจำเลยได้รับโทษครบถ้วนแล้ว ตามหลัก *Ne bis in idem*

2.2 เมื่อมีกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศครบถ้วนแล้ว กรณีต้องมีวิธีพิจารณาที่เหมาะสมสอดคล้องกับการพิจารณาคดีที่มีความร้ายแรงในระดับ *jus cogens* ที่ประชาคมโลกต่างยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและเพื่อมิให้ต้องนำบทบัญญัติเกี่ยวกับคดีอาญาสามัญมาบังคับใช้ อันอาจเป็นการลดล้างวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่ไทยมีพันธกรณีในฐานะรัฐลงนามได้ ดังนี้ รายละเอียดของวิธีพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงที่พระราชบัญญัติที่จำเป็นต้องกำหนดขึ้นมาเพื่อรองรับคดีดังกล่าวต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

กรณีแรก ควรกำหนดในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศมิให้มีการใช้บทบังคับอายุความกึ่งฟ้องคดีกับคดีเหล่านี้ เป็นการยกเว้นไม่ให้เกิดอยู่ภายใต้อายุความมาตรา 95 ประมวลกฎหมายอาญา เพราะความผิดอาญาที่มีความร้ายแรงใน

ระดับระหว่างประเทศ อย่างเช่นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นสามารถหักล้างกฎแห่งการลืมได้ เพราะเหตุการณ์ที่สะเทือนขวัญพวกนี้บ่อยคนนักที่จะลืมและให้ภัยกับผู้กระทำความผิดได้อย่างง่ายดาย ยิ่งไปกว่านั้น แม้แต่ความผิดเกี่ยวกับทุจริต ไทยยังมีการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาที่มีแนวคิดไม่ให้มีการบังคับใช้อายุความฟ้องร้องกับคดีความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ในการนี้สมควรมีการกำหนดว่าหากได้ตัวผู้กระทำผิดมาแล้วต้องดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลภายในระยะเวลา 1 ปีนับแต่ได้ตัวบุคคลนั้นมา เว้นแต่ศาลอนุญาตให้ขยายระยะเวลาได้ เพื่อความรวดเร็วต่อเนื่องในการฟ้องคดีและป้องกันการสูญหายของพยานหลักฐาน

กรณีที่สอง แม้ระบบการสอบสวนของไทยในปัจจุบันคงไม่ถึงกับนับว่าเป็นกระบวนการที่ลบล้างหรือขัดต่อเจตนารมณ์ธรรมนูญกรุงโรมฯ แต่เพื่อความเป็นเอกภาพในการฟ้องร้องคดีและพนักงานอัยการจะได้มีส่วนร่วมในการรวบรวมพยานหลักฐานตั้งแต่แรกเพราะคดีอาญาร้ายแรงมีความซับซ้อนสูง เห็นควรกำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวน ผู้รับผิดชอบคล้ายกับมาตรา 20 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่บัญญัติให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในความผิดที่กระทำลงนอกราชอาณาจักร เพราะความผิดอาญาร้ายแรงมักมีการกระทำที่มีลักษณะเชื่อมโยงกันในหลายประเทศ แต่แตกต่างกับมาตรา 20 ตรงที่เมื่ออัยการสูงสุดเป็นผู้รับผิดชอบแล้วจะมอบหมายหน้าที่ให้ผู้อื่นเป็นผู้รับผิดชอบแทนก็ได้ แต่ผู้นั้นจะต้องเป็นพนักงานอัยการมิใช่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้เป็นพนักงานสอบสวน เนื่องจากมีความจำเป็นที่จะต้องให้อัยการเข้ามาควบคุมการสอบสวนตั้งแต่ขั้นต้น เพื่อกำหนดทิศทางการรวบรวมพยานหลักฐาน โดยบัญญัติให้ทำงานร่วมกับเจ้าหน้าที่ตำรวจเพราะเป็นผู้มีวิชาชีพเชี่ยวชาญฝึกฝนมาเป็นการเฉพาะ

การทำงานในลักษณะเช่นนี้ก็มิได้ลักษณะคล้ายคลึงกับที่ปรากฏอยู่ใน มาตรา 155/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ให้อัยการมีหน้าที่สอบสวนร่วมในทำการสำนวนชั้นสูตรพลิกศพบางประเภท และมาตรา 32 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ที่กำหนดให้อัยการเข้าร่วมสอบสวนคดีพิเศษบางประเภทคดี ซึ่งทั้งสองกรณีนี้พนักงานสอบสวนต้องฟังคำแนะนำจากอัยการ ซึ่งมีข้อบกพร่องตรงที่ ยังคงให้พนักงานสอบสวนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบอยู่เช่นเดิม หลังจากนั้นจึงส่งสำนวนให้กับอัยการสูงสุด (กรณีชั้นสูตรพลิกศพ) หรือพนักงานอัยการประจำท้องที่ (กรณีคดีพิเศษ) เป็นผู้สั่งคดีซึ่งเป็นอัยการคนละคนกับอัยการผู้เข้าร่วมสอบสวน อันอาจทำให้เกิดกรณีที่คำแนะนำของอัยการผู้เข้าร่วมกับคำสั่งของอัยการผู้สั่ง

คดีไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เกิดความเห็นต่างขึ้นในองค์กรเดียวกัน ทั้ง ๆ ที่พนักงานอัยการทุกคนต้องมีคำสั่งออกมาในนามขององค์กร

ดังนั้น หากได้มีการบัญญัติให้อัยการสูงสุดมีอำนาจเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ และเป็นผู้สั่งคดีด้วยแล้ว ลำนวนการสอบสวนก็จะมีพยานหลักฐานเป็นไปในแนวทางเดียวกัน อีกทั้งก็จะเป็นการตรวจสอบการทำงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายในตัวเพราะปัจจุบันองค์กรอัยการเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแล้ว รวมไปถึงการกำหนดทิศทาง การสอบสวนตั้งแต่ในชั้นแรกจะทำพยานหลักฐานมีความหนักแน่น โอกาสที่ผู้กระทำความผิดจะถูกปล่อยตัวหรือศาลยกฟ้องก็คงมีน้อยลง

กรณีที่สาม ในบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจการฟ้องคดีอาญาควรกำหนดว่า “ในคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมรุกราน อำนาจของผู้เสียหายตามมาตรา 28 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เริ่มมีขึ้นเมื่อพนักงานอัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่ฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม ผู้เสียหายที่ประสงค์จะฟ้องคดีอาญาร้ายแรงดังกล่าวอาจยื่นหนังสือแสดงความประสงค์ดังกล่าวต่ออัยการสูงสุด ภายในสามเดือนนับแต่วันที่อัยการสูงสุดได้รับแจ้งความประสงค์จะฟ้องคดีอาญาร้ายแรงดังกล่าวจากผู้เสียหาย หากอัยการสูงสุดไม่สั่งคดี ผู้เสียหายจึงมีอำนาจฟ้องคดีอาญาร้ายแรงได้” เพื่อป้องกันการฟ้องคดีโดยการสมยอมกันระหว่างผู้เสียหายและจำเลยที่มีการต่อสู้คดีอย่างไม่จริงจัง อีกทั้งไม่ตัดอำนาจการฟ้องคดีของผู้เสียหายอีกด้วย ซึ่งมีแนวคิดมาจาก รัฐบัญญัติหมายเลข 2007-291 ลงวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ. 2007 ของประเทศฝรั่งเศสซึ่งบัญญัติขึ้นมาเพื่อป้องกันคดีล้นศาล

กรณีที่สี่ การไต่สวนมูลฟ้องของไทยก็มิได้มีลักษณะที่ขัดต่อธรรมนูญกรุงโรมฯ อยู่แล้ว แต่ควรกำหนดให้มีการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาร้ายแรงที่อัยการโจทก์เป็นผู้ยื่นฟ้องในทุกคดี เพื่อให้มีมาตรฐานการตรวจสอบโดยศาลอีกชั้นหนึ่งหลังจากที่มีการตรวจสอบโดยพนักงานอัยการ และพนักงานสอบสวนเพียงแค่นั้นเดียว เหมือนอย่างกรณีธรรมนูญกรุงโรมฯ กำหนดให้มีการนั่งพิจารณาชั้นยืนยันข้อหา (Confirmation Hearing) โดยองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) และกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็กำหนดให้มีการไต่สวนคดีอาญาร้ายแรงทุกคดีโดยศาลไต่สวนและศาลอุทธรณ์แผนกไต่สวนอีกชั้นหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่ไต่สวนมูลฟ้องต้องมีใจเจ้าของสำนวนที่จะทำหน้าที่พิจารณาคดีนั้นต่อไปในชั้นพิจารณาตามหลักแบ่งแยกอำนาจไต่สวนมูลฟ้องกับอำนาจตัดสินคดีเพื่อป้องกันอคติ

ส่วนอำนาจหน้าที่อื่น ๆ ขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ตามที่กำหนดอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมฯ นั้น กระบวนพิจารณาของไทยก็มีกฎหมายและองค์กรผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนั้น ๆ รองรับอยู่แล้วจึงไม่จำเป็นต้องจัดตั้งองค์คณะพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่เหล่านี้เป็นการเฉพาะ เช่น หน้าที่เกี่ยวกับการประกันสิทธิบุคคลระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาชั้นต้นในศาลซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย, การอนุญาตปล่อยตัวชั่วคราว, การทำหน้าที่ที่เรียกว่า “โอกาสด้านการสืบสวนสอบสวนเพียงครั้งเดียว” เป็นต้น

กรณีที่ทำ จัดตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาร้ายแรงโดยมีผู้พิพากษาในศาลฎีกาผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ปฏิบัติงานประจำประจำแผนกในระหว่างที่ยังไม่มีองค์คณะผู้พิพากษาซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา เช่น การทำหน้าที่ออกหมายจับสืบพยานหลักฐานล่วงหน้า ฯลฯ และเมื่อมีการยื่นฟ้องแล้วจึงมีการประชุมใหญ่เลือกองค์คณะผู้พิพากษาผู้เชี่ยวชาญ และคู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ได้ต่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา กรณีดังกล่าวนี้มีความคล้ายคลึงกับศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง แต่วิธีพิจารณาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะจำกัดสิทธิอุทธรณ์ไว้เฉพาะกรณีมีพยานหลักฐานปรากฏขึ้นใหม่เท่านั้น (มาตรา 278 วรรค 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550) ซึ่งสำหรับคดีอาญาร้ายแรงก็ควรให้สิทธิอุทธรณ์เป็นไปตามปกติตามที่กฎหมายอาญาของไทยกำหนด

กรณีที่หก ควรบัญญัติบทบังคับให้ผู้พิพากษาเรียกสืบพยานเพิ่มเติมและเป็นผู้ทำหน้าที่สืบพยานเองเพื่อประโยชน์สูงสุดของรัฐและสอดคล้องกับหลักค้นหาความจริงซึ่งมีลักษณะคล้ายการไต่สวนของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคน พ.ศ. 2551 ที่ไทยใช้อยู่ในปัจจุบัน

กรณีที่เจ็ด สามารถบัญญัติและบังคับใช้โทษประหารชีวิตสำหรับความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศได้ กรณีไม่เป็นปัญหาเพราะศาลไทยมีเขตอำนาจพิจารณาคดีได้ก่อนศาลอาญาระหว่างประเทศอยู่แล้ว ตามหลักการเสริมเขตอำนาจศาลโดยศาลภายในประเทศ (Principle of Complementarity) แต่ควรจะต้องทำการศึกษาเรื่องกำหนดบทลงโทษสูงสุดของข้อหาย่อยของฐานความผิดอาญาร้ายแรงไว้ให้ชัดเจนมากขึ้นซึ่งอาจจะเป็นไปตามดุลพินิจศาลก็ได้ แต่ก็ต้องกำหนดกรอบให้แน่นอน เพราะแม้จะเป็นฐานความผิดเดียวกัน แต่ในแต่ละข้อหาย่อยนั้นอาจต้องกำหนดระดับโทษให้แตกต่างกันไปตามความเหมาะสม ซึ่งพิจารณาเทียบจาก

อัตราโทษสูงสุดของความผิดอาญาสามัญที่ระวางโทษประหารชีวิตและโทษจำคุกไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาโดยภาพรวมในหลาย ๆ ด้านแล้ว ผู้เขียนเห็นสมควรตรา “พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศและจัดตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ พ.ศ.” เพื่อกำหนดฐานความผิด โทษ วิธีพิจารณา และมีการจัดตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาร้ายแรงด้วย กรณีเพื่อความชัดเจนที่หลายประเด็นจะรวมอยู่ด้วยกันทั้งหมดในกฎหมายฉบับเดียว ซึ่งข้อเสนอแนะที่กล่าวมาทั้งปวงนี้เสมือนเป็นประเด็นทางวิชาการที่ผู้เขียนได้จากการศึกษาผลกระทบของวิธีพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงในศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีต่อวิธีพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงของศาลไทยและได้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องพัฒนากฎหมายไทยให้มีการกำหนดฐานความผิดอาญาร้ายแรงและวิธีพิจารณาที่เหมาะสมซึ่งมีการวิเคราะห์ในหลาย ๆ ด้าน อันมุ่งหวังให้ได้กระบวนการที่มีประสิทธิภาพ ทันสมัย และได้มาตรฐานระหว่างประเทศ เพื่อสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่ไทยมีพันธกรณีในฐานะรัฐลงนาม และป้องกันมิให้คดีอาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมไทยต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเพียงเพราะกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาบังคับใช้กับการกระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงเหล่านี้