

บทที่ 4

การเข้าภาคยานุวัติของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948

สำหรับการเข้าเป็นภาคีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเปิดช่องไว้สองแนวทางตามเงื่อนไขใน Article XI¹ คือ โดยการให้สัตยาบัน (ratification) หรือโดยการภาคยานุวัติ (accession)

การเข้าเป็นภาคีโดยการให้สัตยาบัน จะถือว่าการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามอนุสัญญา ก็ต่อเมื่อได้มีการลงนามในอนุสัญญา แล้ว แต่เป็นการลงนามที่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่ารัฐจะให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามอนุสัญญา ก็ต่อเมื่อได้มีการให้สัตยาบันแล้ว²

¹ Article XI

“The present Convention shall be open until 31 December 1949 for signature on behalf of any Member of the United Nations and of any nonmember State to which an invitation to sign has been addressed by the General Assembly.

The present Convention shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

After 1 January 1950, the present Convention may be acceded to on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State which has received an invitation as aforesaid. Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.”

² Article 14 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้วางหลักว่าการให้สัตยาบันจะถือว่าการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาก็ต่อเมื่อ

(1) สนธิสัญญาได้กำหนดว่า การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอาจแสดงออกโดยการให้สัตยาบัน

(2) รัฐซึ่งเข้าร่วมเจรจาทำสนธิสัญญาได้ตกลงกันว่าการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นขึ้นอยู่กับกรให้สัตยาบัน

ส่วนการเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เป็นกรณีของรัฐซึ่งให้ความยินยอมเข้าผูกพันตามอนุสัญญาฯ นั้นมิได้เข้าร่วมในการเจรจาทำอนุสัญญาฯ และมีได้ลงนามในอนุสัญญาฯ นั้นมาก่อน แต่ได้ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามอนุสัญญาฯ นั้นเมื่ออนุสัญญาฯ นั้นเปิดโอกาสให้รัฐซึ่งมิได้เข้าร่วมในการเจรจาทำอนุสัญญาฯ หรือมิได้ลงนามในสนธิสัญญาสามารถให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาได้³ ทั้งนี้การภาคยานุวัติของรัฐอาจเกิดขึ้นก่อนหรือหลังจากการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาก็ได้ กล่าวคือ การภาคยานุวัตินั้นสามารถกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าสนธิสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับแล้วหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของสนธิสัญญาต่างๆ นั้นเองว่าเปิดโอกาสให้รัฐเข้าภาคยานุวัติได้แม้กระทั่งก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับ⁴ ดังนั้นในกรณีนี้ก็จะไม่มีขั้นตอนการลงนาม แต่จะมีเพียงการภาคยานุวัติด้วยการแสดงออกจากการกระทำ

(3) ผู้แทนของรัฐได้ลงนามในสนธิสัญญาภายใต้เงื่อนไขที่ว่าจะต้องมีการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่งหรือ

(4) ปรากฏตามเอกสารการมอบอำนาจเต็มของผู้แทนของรัฐว่ารัฐของผู้แทนนั้นเจตนาที่จะให้การลงนามของผู้แทนนั้นอยู่ภายใต้การให้สัตยาบันของรัฐอีกครั้งหนึ่งหรือรัฐได้แสดงเจตนาในระหว่างการเจรจาทำสัญญาที่จะให้การลงนามของผู้แทนของรัฐต้องอยู่ภายใต้การให้สัตยาบันของรัฐอีกครั้งหนึ่ง

³ Article 15 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 วางหลักว่า การภาคยานุวัติจะถือว่าเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาก็ต่อเมื่อ

1) สนธิสัญญากำหนดว่าการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอาจแสดงออกได้ด้วยวิธีการภาคยานุวัติ

2) เมื่อรัฐที่เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาตกลงกันว่าการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอาจแสดงออกได้ด้วยวิธีการภาคยานุวัติหรือ

3) รัฐภาคีทั้งปวงได้ตกลงกันในภายหลังว่าการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอาจแสดงออกได้ด้วยวิธีการภาคยานุวัติ

⁴ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 122.

ฝ่ายเดียวของรัฐต่างๆ ควบคู่ไปกับการให้ความเห็นชอบตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นซึ่งจะทำให้รัฐนั้นกลายเป็นภาคีสถิติสัญญาได้⁵

หลังจากขั้นตอนดังกล่าวแล้วโดยทั่วไปตราสารการให้สัตยาบัน หรือการภาคยานุวัติซึ่งแสดงออกถึงการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้นนั้น จะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการแลกเปลี่ยนตราสารดังกล่าวระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาหรือการส่งมอบ (deposit) ตราสารเช่นนั้นไว้แก่สถานที่ดูแลรักษาหรือบุคคลผู้มีหน้าที่ดูแลรักษาสนธิสัญญา (depository)⁶ เช่น รัฐบาลของรัฐผู้ดูแลรักษาเอกสารหรือเลขาธิการสหประชาชาติหรือได้แจ้งแก่รัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาหรือแก่ผู้มีหน้าที่ดูแลสนธิสัญญาหากรัฐภาคีทั้งปวงตกลงตามนั้นเว้นแต่ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นๆ ได้กำหนดไว้เป็นประการอื่น⁷

ดังนั้นเมื่อรัฐได้ให้สัตยาบันหรือเข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว Article XI วรรคสอง และวรรคท้ายของอนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐส่งมอบตราสารแห่งการให้สัตยาบัน หรือตราสารแห่งการภาคยานุวัติแก่เลขาธิการสหประชาชาติซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ในการดูแล

⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 138.

⁶ ในการทำสนธิสัญญาหลายฝ่ายนั้น จะไม่ใช้วิธีการแลกเปลี่ยนหนังสือยืนยันความถูกต้องของสนธิสัญญาเหมือนอย่างเช่นที่ทำกันในสนธิสัญญาสองฝ่าย แต่จะใช้วิธีการฝากสัตยาบันสาร (deposit) ไว้กับผู้มีหน้าที่รับฝาก โดยในสวนอนุสัญญาที่อยู่ในกรอบขององค์การสหประชาชาติเลขาธิการสหประชาชาติจะเป็นผู้รับฝาก และผลของการฝากสัตยาบันสารหรือการฝากสารภาคยานุวัติย่อมมีผลทำให้สนธิสัญญามีผลผูกพันแก่รัฐที่ทำการดังกล่าวตั้งแต่วันที่ได้มีการฝากตราสารดังกล่าวเป็นต้นไป ดูรายละเอียดในประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, น. 137-138, 146-147.

⁷ Article 14 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 123.

4.1 การเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ

4.1.1 ท่าทีและทางปฏิบัติของประเทศต่างๆ และประเทศไทยเกี่ยวกับอาชญากรรม ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฯ

(ก) ท่าทีและทางปฏิบัติของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับอาชญากรรมฆ่าล้าง เผ่าพันธุ์

ท่าทีและทางปฏิบัติของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ปัจจุบันมีประเทศต่างๆ เป็นภาคีจำนวน 140 ประเทศ⁸ นอกจากนี้หลักฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่รับรองว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฯ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากนานาประเทศทั้งในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาที่มีรัฐต่างๆ เข้าเป็นภาคีเป็นจำนวนมากและเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*)⁹ ซึ่งมีผลผูกพันรัฐต่างๆ เป็นการทั่วไป (*obligation erga omnes*) ว่าความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์สมควรที่จะเป็นความผิดภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นกลไกหนึ่งที่จะนำตัวผู้กระทำผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาลงโทษภายใต้กระบวนการทางกฎหมาย¹⁰ กล่าวคือ ประเทศต่างๆ ที่เข้าร่วมการประชุมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในครั้งต่างๆ ที่ผ่านมา ได้มีการพิจารณาเกี่ยวกับคำนิยามของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และต่างเห็นพ้องต้องกันว่าจะนำคำจำกัดความของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาเป็นต้นแบบในการให้คำจำกัดความในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะเห็นว่าอนุสัญญาดังกล่าวผูกพันรัฐทั้งปวงในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเห็นควรให้มีการยกองค์ประกอบ

⁸ ดูรายละเอียดในภาคผนวก ข

⁹ ตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice: ICJ) รับรองสถานะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามคำวินิจฉัยในคดีการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory opinion)*, [1951] ICJ Reports 16, p. 23)

¹⁰ กรรณิรมย์ สุทธธนาวิน, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 88-89.

ของความผิดไว้ในธรรมนูญกรุงโรมฯ ด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนและใช้เป็นแนวทางของศาลอาญาระหว่างประเทศและผลปรากฏว่าในการประชุมทางการทูตเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ในปีค.ศ. 1998 คือ ที่ประชุมมีมติให้นำคำนิยามของความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม Article II ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ มาใช้เป็นคำจำกัดความในธรรมนูญกรุงโรมฯ¹¹

(ข) ท่าทีและทางปฏิบัติของประเทศไทยเกี่ยวกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สำหรับท่าทีของประเทศไทยในการให้แสดงความคิดเห็นในการจัดทำร่างอนุสัญญาฯ ใน ค.ศ. 1947 แม้ประเทศไทยจะมีได้ตั้งข้อสังเกตใดๆ ที่เป็นข้อสาระสำคัญ (made no substantive observations) เมื่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเปิดโอกาสให้รัฐแสดงความคิดเห็น¹² แต่ประเทศไทยก็ไม่ได้คัดค้านอนุสัญญาฉบับนี้แต่ประการใด ต่อมาในการจัดทำร่างธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยได้แถลงท่าทีสนับสนุนให้นำคำนิยามตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการให้คำจำกัดความความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำจำกัดความที่มีอยู่ ผลปรากฏว่าธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศในการประชุมทางการทูตเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในปี 1998 คือ ที่ประชุมได้มีมติให้นำคำนิยามของความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตาม Article II ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาใช้เป็นคำจำกัดความความผิดฐานดังกล่าวด้วย¹³ แสดงให้เห็นท่าทีว่าประเทศไทยยอมรับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างชัดเจน แม้ประเทศไทยได้ลงนามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court: ICC) แต่ประเทศไทยยังมีได้ให้สัตยาบันธรรมนูญดังกล่าวแต่ประการใดด้วยเหตุผลหลายๆ ประการ ได้แก่

ประการแรก ตามข้อ 27 ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ได้ยกเว้นหลักความคุ้มกันของประมุขของรัฐ ซึ่งขัดกับมาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า

“องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดๆ มิได้”

จึงมีปัญหาตามมาว่า ข้อ 27 ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ กระทบถึงพระมหากษัตริย์ใน

¹¹ เฟิงอ้วง, น.91-92.

¹² William A. Schabas, Genocide in International Law, (Cambridge : Cambridge University Press, 2000), pp. 56-57.

¹³ กรรวิกรมย์ สุนทรนาเวิน, อ้วงแล้ว เชียงอรรถที่ 10, น. 92.

ฐานะจอมทัพไทยหรือไม่ ซึ่งยังไม่อาจหาข้อสรุปไม่ได้ว่าประเทศไทยควรที่จะเข้าเป็นภาคีในธรรมนูญกรุงโรมฯหรือไม่ (ซึ่งจะกล่าวต่อไปในข้อ 4.3.1 (ก) และข้อ 4.3.2 (ก))

ประการที่สอง การทำความตกลงทวิภาคี (Bilateral Agreement) ระหว่างรัฐบาลสหรัฐอเมริกา กับรัฐบาลไทยหรือรัฐอื่น ในการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน กล่าวคือ ความตกลงที่จะได้ให้ส่งผู้ร้ายชาวอเมริกันมาขึ้นศาลของรัฐอื่น ซึ่งเป็นกรณีที่ประเทศไทยดำเนินการใดๆ ที่ขัดกับวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ เนื่องจากผลของความตกลงทวิภาคีดังกล่าวย่อมเป็นข้อยกเว้นที่ประเทศไทยจะไม่ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นผู้มีสัญชาติอเมริกัน

ในส่วนของประเทศไทยสมควรที่จะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ เป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบในด้านการเมืองระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความพร้อมในการเข้าเป็นภาคีแล้วหรือไม่ ตลอดจนผลประโยชน์ที่ประเทศไทยพึงได้รับจากการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ ดังกล่าว เนื่องจากมีกระบวนการและขั้นตอนตามกฎหมายภายในที่ตามมาได้แก่ การออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นกฎหมายสาระบัญญัติ และการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์หากรัฐภาคีร้องขอ และความร่วมมือกับศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่มีเขตอำนาจในการดำเนินคดี ผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าว เช่น การเข้าเป็นภาคีในธรรมนูญกรุงโรมฯ ด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นต้น นอกจากนี้แม้ประเทศไทยจะมีได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ประเทศไทยย่อมผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*)¹⁴ อันผูกพันรัฐทุกรัฐเป็นการทั่วไป (*obligation erga omnes*) ในการป้องกันและลงโทษ เนื่องจากประเทศไทยมิได้คัดค้านในกระบวนการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด

4.1.2 ข้อดีของการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ

(ก) การป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การป้องกันอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่อาจเกิดขึ้นและดำเนินการให้สำเร็จลงได้โดยรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียว เนื่องจากภารกิจในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐทั้งปวง อย่างไรก็ตามการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย

¹⁴ จันทิมา ลิ้มปานนท์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), น. 142.

อาญาระหว่างประเทศยังเกิดขึ้นอยู่เสมอ เพราะรัฐไม่สามารถควบคุมการใช้บังคับอำนาจอธิปไตยของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น ในประเทศไซมาเลีย รัฐบาลไม่สามารถควบคุมกลุ่มบุคคลที่แตกแยกกันได้ นอกจากนี้รวมถึงในเซียว่า ลีโอน ที่ไม่มีรัฐบาลมีอำนาจเด็ดขาด แต่กองกำลังก่อการร้ายได้ต่อสู้กับรัฐบาลจนรัฐบาลดังกล่าวอ่อนแอลงส่งผลให้ไม่สามารถควบคุมดินแดนของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่รัฐดังกล่าวก็ไม่อาจทำหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ จนกระทั่งองค์การสหประชาชาติซึ่งเป็นกลไกหนึ่งในการเข้ามาช่วยเหลือและส่งเสริมสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ในดินแดนที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้นการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น จึงมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการกระตุ้นให้รัฐดำเนินการใดๆ เพื่อป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรง กล่าวคือตาม Article I ของอนุสัญญาดังกล่าวมิได้จำกัดมาตรการที่รัฐจะใช้ป้องกันไม่ว่าจะเกิดขึ้นในภาวะสันติหรือภาวะสงคราม ตลอดจนมิได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้รัฐภาคีรับรองหลักเขตอำนาจสากลหรือหลักความผิดสากล (universal jurisdiction) ในการขยายเขตอำนาจทางอาญาเหนืออาชญากรรมดังกล่าว แต่ตรงกันข้ามหลักดังกล่าวว่าเป็นทางเลือกหนึ่งของรัฐภาคีในการเลือกเพื่อจะดำเนินการเพื่อป้องกัน

(ข) การลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับหลักกฎหมายอาญาของนานาอารยประเทศในความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน จะเห็นได้ว่า ในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำในฐานความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้โดยศาลภายในของรัฐนั้น ต้องเป็นไปตามหลัก "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย" (*nullum crimen nulla poena sine lege* หรือ *no crime no punishment without law*) กล่าวคือ "บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษได้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย"¹⁵ ดังนั้นการที่ศาลภายในของรัฐจะมีเขตอำนาจในการดำเนินคดีและลงโทษบุคคลเช่นว่านั้นได้ ก็ต่อเมื่อรัฐได้บัญญัติรับรองให้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ตามกฎหมายอาญาของรัฐตน ศาลดังกล่าวซึ่งอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้กระทำขึ้นจึงจะมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมเช่นว่านั้นได้

¹⁵ มาตรา 2 วรรคแรก ประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ทั้งนี้ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่เป็นเหตุให้ประเทศไทยเสียเปรียบแต่อย่างใด แต่ตรงกันข้าม หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวจึงมีข้อดีต่อประเทศไทยดังต่อไปนี้ ได้แก่

ประการแรก ความชัดเจนของพันธกรณีของประเทศต่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทำให้ประเทศไทยได้รับการยอมรับจากประชาคมระหว่างประเทศว่าประเทศไทยได้ให้ความร่วมมือเพื่อส่งเสริมและให้คุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการป้องกันและลงโทษปัจเจกชนที่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อีกทั้งประเทศไทยเป็นหนึ่งในสมาชิกขององค์การสหประชาชาติซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศระดับสากลที่มีส่วนสำคัญในการผลักดันให้อนุสัญญาดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศว่า อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและเป็นอาชญากรรมซึ่งสมควรได้รับการประณาม

ประการที่สอง ความชัดเจนของกฎหมายภายในของประเทศไทยเกี่ยวกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีลักษณะเป็นความผิดทางอาญา และเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะเฉพาะจึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเพื่อให้ศาลไทยมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคแรก ดังได้กล่าวข้างต้น

ประการที่สาม ความชัดเจนของศาลไทยในการใช้และการตีความเกี่ยวกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เมื่อมีคดีดังกล่าวเกิดขึ้น เนื่องจากทางปฏิบัติของศาลไทยส่วนใหญ่ในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะบ่อเกิดสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีมาใช้บังคับแก่คดีได้ ก็ต่อเมื่อ เป็นกรณีที่มีการตราเป็นกฎหมายภายในแล้ว ศาลจึงสามารถหยิบยกกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้แก่คดีได้

ประการที่สี่ หน่วยงานภาครัฐหรือเอกชนได้รับรู้ถึงความมืออยู่ถึงการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากกฎหมายที่ออกมาเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญา

ประการที่ห้า ประชาชนภายในประเทศได้รับการรับรองสิทธิมนุษยชนเพิ่มขึ้น กล่าวคือ สิทธิในการมีชีวิตและสิทธิในการรวมกลุ่มของปัจเจกชนที่จะไม่ถูกทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยเหตุผลของการเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญา

และประการสุดท้าย การยกเว้นหลักความคุ้มกันของรัฐ (state immunity) ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีบทบัญญัติยกเว้นหลักดังกล่าว ผลคือ ทำให้ผู้นำของรัฐ (Head of State) รัฐบาล (government) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (foreign minister)

สามารถถูกดำเนินคดีและลงโทษทางอาญาในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ในศาลที่มีเขตอำนาจได้ ซึ่งเป็นการยกเว้นหลักที่ว่า “ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศได้วางหลักไว้ เป็นที่เข้าใจอย่างปราศจากข้อสงสัยเลยว่า ผู้นำของรัฐย่อมได้รับความคุ้มกันมากกว่าบุคคลอื่น เนื่องจากการกระทำในฐานะรัฐในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นแนะนำ (advisory opinion) ในคดี *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*¹⁶

4.1.3 ข้อเสียของการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ

ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่งคือ การรับรองว่ารัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง ทั้งนี้สาระสำคัญของกฎหมายของอำนาจอธิปไตยมีข้อพิจารณา 3 ประการ¹⁷ คือ ประการแรก ผู้ปกครองรัฐมีอำนาจสูงสุดแต่เพียงผู้เดียวเหนือดินแดนของตนไม่อยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลใดซึ่งเรียกว่า องค์อธิปัตย์ (sovereignty) ประการที่สอง รัฐทั้งหลายย่อมมีสถานะที่เท่าเทียมกันในทางกฎหมายกล่าวคือ รัฐทุกรัฐย่อมได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายในเรื่องสิทธิ หน้าที่และเอกราชของรัฐ และประการสุดท้าย เป็นผลจากสองประการแรก คือรัฐจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ที่สูงกว่าใดๆ โดยปราศจากความยินยอมของรัฐเอง

¹⁶ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 816.

¹⁷ ดูรายละเอียดในปิยะพงษ์ ชลวีระวงศ์, “การแทรกแซงด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม (โดยใช้กำลังทหาร),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) น. 11-13; ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทเดือนตุลาจำกัด, 2539), น. 163 และเทิดสยาม บุญยะเสนา, “บทบาทของศาลอาญาเฉพาะกิจในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ: ศึกษาเปรียบเทียบเฉพาะกรณีโคโซโว ติมอร์ตะวันออก, เซียร์ราลีโอนและกัมพูชา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.51 .

รัฐอาจใช้อำนาจอธิปไตยของตนผ่านทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ กล่าวคือ ทั้งสามองค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและแต่ละองค์กรย่อมมีอำนาจกระทำการได้ตามที่รัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐบัญญัติรับรองไว้ ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่า การใช้อำนาจของรัฐดังกล่าวจะเป็นการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐแต่อย่างใด¹⁸

หนึ่งในทางระหว่างประเทศการใช้อำนาจทางกฎหมายของรัฐดังกล่าวเรียกอีกนัยหนึ่งว่า “เขตอำนาจรัฐ” (state jurisdiction¹⁹ หรือ jurisdiction of states) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งเขตอำนาจรัฐในทางกฎหมายประกอบด้วย²⁰

ประการแรก คือ เขตอำนาจรัฐในการตรากฎหมาย (prescriptive jurisdiction) ได้แก่ การสร้างหรือกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ และ

ประการที่สอง คือ เขตอำนาจในการใช้บังคับกฎหมาย (enforcement jurisdiction) ได้แก่ การใช้บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการ

ดังนั้นเขตอำนาจของรัฐในทางกฎหมายจึงหมายถึงการที่รัฐใดๆ มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายในฐานะกฎเกณฑ์เพื่อป้องกัน ควบคุมและคุ้มครองพฤติกรรมต่างๆ ของบุคคลซึ่งเกิดขึ้นในดินแดนหรืออาณาเขตของรัฐตน ตลอดจนอำนาจในการใช้บังคับโดยองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นไปตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวภายในดินแดนหรืออาณาเขตของตน ตรงกันข้ามรัฐไม่อาจใช้บังคับกฎหมายภายในซึ่งตนได้บัญญัติขึ้นเพื่อดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดภายนอกอาณาเขตของตนได้

ประกอบกับเมื่อพิจารณาระบบกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐเป็นองค์อธิปัตย์ที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้ใด เว้นแต่ได้รับความยินยอมในรูปของสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อำนาจอธิปไตยของรัฐสมัยใหม่จึงเป็นเรื่องที่ให้ความสำคัญกับกิจการภายในรัฐ เอกราชภายนอกรัฐและหลักความสูงสุดของกฎหมาย ส่งผลให้รัฐใดๆ ไม่สามารถ

¹⁸ ไปรอดดูรายละเอียดใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), น. 45 อ้างใน เทิดสยาม บุญยะเสนา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 35.

¹⁹ นักกฎหมายไทยบางท่านแปลจากคำว่า “State Jurisdiction” ว่า “ตุลาณาของรัฐ” ใน นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes 2 กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 38.

²⁰ นพนิธิ สุริยะ, เพิ่งอ้าง, น. 38.

แทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นได้ รวมทั้งหลักความความคุ้มกันในรูปแบบต่างๆ ด้วย²¹ เช่น ตาม Article 2 (1) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติที่รับรองหลัก “หลักความเสมอภาคในอำนาจอธิปไตย” (sovereign equality) ระหว่างรัฐสมาชิก รวมทั้งการห้ามแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นตาม Article 2 (7) เป็นต้น สะท้อนให้เห็นความร่วมมือระหว่างรัฐเอกราชทั้งหลายอย่างเท่าเทียมโดยมีกฎบัตรเป็นธรรมนูญในการวางแนวปฏิบัติร่วมกันให้แก่รัฐสมาชิกโดยคำนึงถึงหลักการเคารพเขตอำนาจศาลภายใน” (domestic jurisdiction)²²

อย่างไรก็ตาม หากรัฐใช้อำนาจมากเกินไปอาจนำไปสู่อาชญากรรมระหว่างประเทศ ดังเช่น การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เช่นกัน ทั้งนี้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายประเทศซึ่งได้ยอมรับโดยชัดแจ้งตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ซึ่งมุ่งประสงค์ให้รัฐภาคีป้องกันและลงโทษปัจเจกชนซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฯ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ปกครองที่มีความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ผู้นำทางการเมืองหรือทหาร เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือสามัญชน กล่าวคือ มุ่งลงโทษปัจเจกชนโดยไม่คำนึงสถานะของบุคคล กล่าวคือ บุคคลดังกล่าวไม่อาจยกเหตุความคุ้มกันเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบจากเขตอำนาจศาลที่มีเขตอำนาจได้

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจมีข้อเสียเกี่ยวกับการขยายเขตอำนาจทางอาญาเหนืออาชญากรรมดังกล่าวของรัฐภาคีที่มากเกินไป รวมทั้งความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐตามอนุสัญญาฯ

(ก) การขยายเขตอำนาจทางอาญาเหนืออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐภาคี

เมื่อรัฐเข้าเป็นภาคีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว รัฐภาคีย่อมมีพันธกรณีในการดำเนินการที่จำเป็นในการทำให้กฎหมายภายในของตนสอดคล้องกับอนุสัญญาฯ เพื่อป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเป็นพันธกรณีของรัฐภาคีในการแก้ไขหรือเพิ่มเติมหรือตรากฎหมายภายในเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ มิเช่นนั้นย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐขึ้นได้ รวมถึงการดำเนินการอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อป้องกันและลงโทษ เช่น การยกเว้นหลักความคุ้มกันของรัฐ การส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาประการอื่น และการขยายเขตอำนาจในการลงโทษสากลโดยการรับรอง

²¹ เท็ดสยาม บุญยะเสนา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17*, น. 49-50.

²² *เพ็งอ้าง*, น. 47-50.

เขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) ของรัฐในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิด เป็นต้น

นอกจากนี้ในการดำเนินคดีและลงโทษบุคคลทางอาญาตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไป ศาลภายในรัฐย่อมมีเขตอำนาจตามกฎหมายอาญาในการใช้อำนาจลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดทางอาญาตามหลักดินแดน (territorial principle) หรือเขตอำนาจตามหลักดินแดน (territorial jurisdiction) กล่าวคือ หลักดินแดนเป็นหลักทั่วไปในการลงโทษผู้กระทำความผิดในท้องที่ที่เกิดอาชญากรรมขึ้น เนื่องจากการพิสูจน์ความผิดทำได้ง่าย ณ ที่ๆ เกิดจากการกระทำนั้น ยิ่งกว่าที่อื่นและยังมีผู้เห็นว่าการใช้กฎหมายท้องที่กระทำความผิด เป็นการให้ประกันสิทธิของเอกชนผู้กระทำความผิดดีกว่าด้วย เพราะถือได้ว่าผู้กระทำรับรู้ถึงกฎหมายในท้องที่นั้น ส่วนหลักบุคคล (personal principle) และหลักอำนาจลงโทษสากล (universal principle) เป็นเพียงข้อยกเว้นของหลักดินแดนเท่านั้น²³ ดังนั้นหลักการดำเนินคดีและลงโทษปัจเจกชนในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามหลักอำนาจลงโทษสากลนั้นจะเกิดขึ้นได้โดยการที่รัฐภาครับรองอาชญากรรมดังกล่าวในฐานะความผิดสากล (universal crimes) ที่ศาลภายในรัฐมีเขตอำนาจดำเนินคดีและลงโทษได้

เมื่อพิจารณาจากหลักเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) ข้อจำกัดของอนุสัญญา และการดำเนินคดีโดยศาลภายในรัฐ เช่น ศาลอิสราเอล ศาลเบลเยียม เป็นต้น ตามหลักดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 บทที่ 2 และบทที่ 3 ตามลำดับ การขยายเขตอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายของของรฐภาครับรอง ขึ้นอยู่กับการอนุวัติการอนุสัญญา ให้สอดคล้องกับกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ที่จะให้ศาลของรัฐนั้นมีเขตอำนาจทางอาญาเหนืออาชญากรรมดังกล่าวเพียงใด จึงอาจมีปัญหว่า หากรัฐภาครับรองให้ศาลภายในของรัฐนั้นมีเขตอำนาจสากลในการดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในทุกกรณีตามหลักเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) เพื่อบังคับใช้กฎหมายอาญาของตนเหนือหลักดินแดนของรัฐอื่นซึ่งเป็นดินแดนซึ่งอาชญากรรมดังกล่าวได้กระทำขึ้น กล่าวคือ กำหนดเขตอำนาจศาลภายในของตนในการพิจารณาคดีและลงโทษบุคคลที่ก่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยรัฐตนมิได้มีจุดเกาะเกี่ยวใดๆ กับผู้กระทำความผิดหรือผู้ตกเป็นเหยื่อ จะเป็นการขยายเขตอำนาจทางอาญาเหนืออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือที่เรียกว่า สิทธิสภาพนอกอาณาเขต (extraterritorial

²³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 10

jurisdiction) ของรัฐภาคีให้มีมากขึ้นไปหรือไม่ นอกจากนี้ผลกระทบของการขยายเขตอำนาจดังกล่าวยังอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันของเขตอำนาจศาลในการดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมดังกล่าวขึ้นได้ หากรัฐภาคีหลายๆ รัฐซึ่งรับรองหลักเขตอำนาจสากล ต้องการที่จะดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำผิดในดินแดนของรัฐตนอีกด้วย

อย่างไรก็ตามสถานะของอาชญากรรมต่างๆ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ Professor Ian Brownlie ได้อธิบายว่า มีความแตกต่างจากการใช้อำนาจทางอาญาของรัฐ กล่าวคือ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งใช้อำนาจรัฐโดยใช้หลักอำนาจลงโทษสากลเนื่องจากการลงโทษอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งแตกต่างจากการลงโทษโดยใช้กฎหมายภายในของรัฐ ในกรณีเช่นนี้กฎหมายระหว่างประเทศจึงให้เสรีภาพแก่รัฐทั้งหมดในการลงโทษ โดยรัฐทั้งหมดเหล่านั้นไม่ต้องประกาศว่าเป็นอาชญากรรมภายในรัฐของตน²⁴

(ข) ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐตามอนุสัญญา²⁵

การเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา เป็นกรณีที่รัฐยินยอมที่จะจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนให้เป็นไปตามพันธกรณีที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญาซึ่งตนเข้าเป็นภาคี รัฐอาจมีความรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ หากรัฐภาคีซึ่งเป็นคู่กรณีในข้อพิพาทได้ยื่นคำร้องให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับการใช้และการตีความ ตลอดจนการทำให้อนุสัญญา ดังกล่าวมีความสมบูรณ์ซึ่งรวมถึงเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในความผิดเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยตาม Article XI ของอนุสัญญา ซึ่งส่วนใหญ่จะมีสาเหตุมาจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศทางแพ่ง²⁶ ตามอนุสัญญา เช่น เกี่ยวกับการมิได้บัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตามอนุสัญญา การบัญญัติกฎหมายภายในอนุวัติการขัดหรือแย้งกับอนุสัญญา หรือการปฏิเสธความยุติธรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐ เป็นต้น ซึ่งผลของการละเมิดพันธกรณีดังกล่าว ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐผู้ก่อ

²⁴ See Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th Edition (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 70-72.

²⁵ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 2 ข้อที่ 2.4.1

²⁶ ดูรายละเอียดในประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 104-110.

ความเสียหายกระทำการให้อีกฝ่ายหนึ่งพอใจ (satisfaction) การทำให้กลับสู่สภาพเดิม (restitution) หรือการชดเชยค่าเสียหาย (reparation) นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจกำหนดมาตรการใดๆ ต่อรัฐดังกล่าวได้ เช่น ในคดี *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1996) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กำหนดให้อดีตประเทศยูโกสลาเวียดำเนินการเพื่อป้องกันการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการงดเว้นการกระทำที่เกิดจากกองกำลังทางทหาร (military armed unit) กองกำลังกึ่งทหาร (paramilitary armed unit) หรือกองกำลังไร้รูปแบบ (irregular armed unit) องค์การภายใต้การควบคุม คำสั่งหรือการบังคับบัญชาของอดีตประเทศยูโกสลาเวีย²⁷

อย่างไรก็ตามจากข้อพิพาทดังกล่าวกับการกำหนดทำที่ของประเทศไทย โดยเฉพาะการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ของประเทศไทย จะขัดแย้งกับหลักอำนาจอธิปไตยและเขตอำนาจรัฐในทางอาญา รวมทั้งความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐตามอนุสัญญาฯ หรือไม่

ในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่าอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นบ่อเกิดหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ มิได้ก้าวท้าวหรือเข้าไปควบคุมเนื้อหาของกฎหมายภายในซึ่งใช้บังคับอยู่ในรัฐ อนุสัญญาดังกล่าวกำหนดเพียงว่าการใช้บังคับกฎหมายในของรัฐเช่นว่านั้นไม่ถูกต้องและไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าวและเมื่อใดที่การใช้บังคับกฎหมายภายในเช่นว่านั้นขัดกับอนุสัญญาดังกล่าวที่รัฐได้ให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติแล้ว ก็ถือว่ารรัฐนั้นฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งอนุสัญญาและจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศสำหรับการฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งอนุสัญญาเช่นว่านั้นซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จึงไม่ขัดกับหลักอำนาจอธิปไตยเพียงแต่เป็นการขยายเขตอำนาจในการดำเนินคดีที่มีลักษณะเป็นความผิดสากล (universal crimes) และเป็นอาชญากรรมร้ายแรงภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศใดประเทศหนึ่งไม่อาจดำเนินการได้เพียงประเทศเดียว แต่ต้องอาศัยความร่วมมือจะประชาคมระหว่างประเทศด้วยในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำผิดไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติหรืออาศัยอยู่ในรัฐใด รวมถึงการส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งเป็นไปตามหลักต่างตอบแทน (reciprocity) ระหว่างรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน

²⁷ Gillian D. Triggs, *International Law, Contemporary Principle and Practices*, (Lexis Nexis: Butterwarths, 2006), pp. 975-976.

นอกจากนี้การเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวยังเป็นการเสริมอำนาจกฎหมายและศาลภายในตามหลักความผิดสากลหรือหลักเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) อีกด้วย

4.2 กรณีที่ประเทศไทยเข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาฯ

แม้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมร้ายแรงภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งขัดต่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวขององค์การสหประชาชาติ อีกทั้งเป็นการกระทำที่ได้รับการประณามจากนานาอารยประเทศ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นสาเหตุให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสต่อเหยื่อซึ่งถูกกระทำและก่อให้เกิดความสูญเสียอันยิ่งใหญ่ของมนุษยชาติ รวมทั้งการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์นอกจากจะได้รับการรับรองว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ลักษณะบังคับเด็ดขาด อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศไทยแล้วกฎหมายภายในของประเทศไทย โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้มีบทบัญญัติรับรองอย่างชัดเจนไว้ว่าให้ถือว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทยโดยอัตโนมัติโดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการออกกฎหมายของรัฐสภา

เพื่อให้เกิดความชัดเจนในบทบัญญัติเกี่ยวกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามกฎหมายภายในและท่าทีของประเทศไทยในฐานะรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติที่มีหน้าที่ในการทำการและไม่ทำการอันจะเป็นการขัดกับเป้าหมายหลักขององค์การสหประชาชาติในการดำรงรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาข้อดีเทียบกับข้อเสียดังกล่าวข้างต้น ในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีข้อดีมีมากกว่าข้อเสีย ผู้เขียนเห็นว่าจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ประเทศไทยควรเข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ตาม Article XI วรรคท้าย ซึ่งเปิดโอกาสให้ทั้งรัฐที่เป็นสมาชิกและมีได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ที่มีความประสงค์จะเข้าเป็น ที่มีความประสงค์จะเข้าเป็นภาคีภายหลังจากวันที่ 1 มกราคม 1950 สามารถเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ ได้โดยการเข้าภาคยานุวัติ และกำหนดให้รัฐส่งมอบตราสารแห่งการภาคยานุวัติแก่เลขาธิการสหประชาชาติซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ในการดูแล นอกจากนี้ตาม Article V ยังกำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องเนินการที่จำเป็นในการออกกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเพื่อให้บทบัญญัติในอนุสัญญาฯ มีผลใช้บังคับ ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษทางอาญาที่มีประสิทธิภาพสำหรับบุคคลซึ่งได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการรับรองการกระทำที่เป็นความผิดตามอนุสัญญาที่ได้บัญญัติไว้ใน Article III

หากประเทศไทยในฐานะรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติซึ่งมีส่วนร่วมในการเจรจาจัดทำและมิได้ลงนามในอนุสัญญาดังกล่าว มีความประสงค์จะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ สามารถกระทำได้โดยการภาคยานุวัติ รวมทั้งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและขั้นตอนของบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตามกระบวนการก่อนที่ประเทศไทยจะเข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ฝ่ายบริหารของไทยมีหน้าที่ดำเนินการตามกระบวนการของกฎหมายภายในเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของไทยด้วย หากเป็นกรณีที่ต้องความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญก่อน เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ฝ่ายบริหารจึงจะแสดงเจตนาเจตนาเพื่อผูกพันโดยการภาคยานุวัติ

ดังนั้นเมื่อพิจารณาว่าประเทศไทยสมควรที่จะเข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ²⁸ กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญของไทยยอมรับว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจริเริ่มและตัดสินใจในการทำหนังสือสัญญารัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศ แต่ก็มิได้ยอมรับว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจทำหนังสือสัญญาได้โดยอิสระทุกกรณี เนื่องจากหากเป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญตามรัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว ฝ่ายบริหารต้องนำร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนแสดงเจตนาเพื่อเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญาก่อนเสมอ²⁹

²⁸ อำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศตามมาตรา 190 วรรคแรกซึ่งอยู่ในหมวด 9 ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี ประกอบกับมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ซึ่งอยู่ในหมวด 1 ว่าด้วยบททั่วไปของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน วางหลักให้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 นี้ โดยที่ “พระมหากษัตริย์” ทรงใช้พระราชอำนาจทาง “คณะรัฐมนตรี” กล่าวคือ อำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศตามมาตรา 190 นั้น เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารนั่นเอง โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน จุมพต สายสุนทร, “การทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550,” เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการประจำปี ครั้งที่ 3 (นิติศาสตร์วิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 2-3.

²⁹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในอารยา สุขสม, “กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตาม

และเมื่อแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามอนุสัญญาฯ โดยการภาคยานุวัติแล้ว ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีหน้าที่ดำเนินการให้ครบถ้วนตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ซึ่งในกรณีหลังนี้เรียกว่า “ความผูกพันตามสนธิสัญญาตามกฎหมายภายใน” ดังนั้นผู้เขียนจึงแบ่งขั้นตอนในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ พิจารณาเป็น 2 ขั้นตอนตามลำดับ ได้แก่

ประการแรกคือ ขั้นตอนก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเพื่อผูกพันโดยการเข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ย่อมเป็นไปตามเงื่อนไขและขั้นตอนตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาของฝ่ายบริหาร เนื่องจากเป็นหนังสือสัญญาประเภทที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา (ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไปใน ข้อ 4.2.1) และ

ประการที่สองคือ ขั้นตอนภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารเข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ดำเนินการให้ครบถ้วนตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา (ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไปในข้อ 4.2.2)

ดังนั้นผู้เขียนจึงขอก้าวในรายละเอียดในประการแรกคือ หน้าที่ของฝ่ายบริหารก่อนที่จะแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ เงื่อนไขและขั้นตอนตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาของฝ่ายบริหาร เนื่องจากเป็นหนังสือสัญญาประเภทที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาอันมีรายละเอียดพอสังเขปดังต่อไปนี้

4.2.1 การขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

ก่อนที่ประเทศไทยจะเข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น กระบวนการก่อนที่จะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องพิจารณาว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ตามเงื่อนไขและขั้นตอนตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อให้ฝ่าย

หนังสือสัญญากับปัญหาการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 102.

รัฐสภาที่มีอำนาจพิจารณาและตรวจสอบการดำเนินการที่มีความสำคัญและเป็นกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายภายในฉบับใดรับรองอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ จึงเป็นหนังสือสัญญาประเภทที่จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาของฝ่ายบริหาร เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบและได้ดำเนินการตามเงื่อนไขและขั้นตอนที่ได้บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแล้ว ฝ่ายบริหารจึงจะสามารถดำเนินการในขั้นตอนต่อไปในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้

(ก) สาเหตุที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

มาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า

“หนังสือสัญญาใดที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาหรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศไทยอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว”

โดยหลักแล้วการทำสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาซึ่งเป็นนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารอย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่กฎหมายจำกัดอำนาจฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ก่อน ในประเด็นดังกล่าว มาตรา 190³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้วางเงื่อนไขทางกฎหมายในกรณีหนังสือสัญญา 5 ประเภทจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาและขั้นตอนตามรัฐธรรมนูญเสียก่อน ได้แก่

(1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

³⁰ ในบรรดาหนังสือสัญญาทั้ง 5 ประเภทนี้ หนังสือสัญญาตาม (2) เป็นหนังสือสัญญาที่มีการแก้ไขถ้อยคำจากถ้อยคำเดิมที่เคยบัญญัติไว้ในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้นและหนังสือสัญญาตามข้อ (4) และ (5) เป็นหนังสือสัญญาที่บัญญัติขึ้นใหม่ในมาตรา 190 วรรคสองนี้ โดยไม่เคยบัญญัติมาก่อนในมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หนังสือสัญญาตาม (1) และ (3) เป็นหนังสือสัญญาประเภทเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

(2) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

(3) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา

(4) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง

(5) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

ดังนั้นหนังสือสัญญาที่ไม่ต้องด้วยกรณีทั้ง 5 ประเภทดังกล่าวก็ไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาแต่ประการใด

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายในของประเทศไทยแล้วไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือพระราชบัญญัติพิเศษฉบับใดๆ เช่น พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา เป็นต้น ไม่ปรากฏฐานความผิดและบทลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์แต่ประการใด ดังนั้นเมื่อประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ดังนั้นอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงเป็นหนังสือสัญญาประเภทที่ (3) กล่าวคือ หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภา กล่าวคือ หนังสือสัญญาประเภทนี้เป็นกรณีที่ต้องมีการอนุวัติการ (implementation) โดยการออกพระราชบัญญัติโดยรัฐสภาอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งได้แก่หนังสือสัญญาที่จะมีผลกระทบต่อพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วเพราะหนังสือสัญญาเช่นว่านั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ซึ่งจะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้านั้น ในกรณีนี้หนังสือสัญญาดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาและความเห็นชอบเช่นว่านั้นจะต้องเป็นความเห็นชอบในรูปของการออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการหนังสือสัญญาเช่นว่านั้นด้วย³¹ เพราะฉะนั้นอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหนังสือสัญญาประเภทที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาจึงต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

³¹ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28, น. 17.

ข้อสังเกตประการหนึ่งคือไม่มีคำจำกัดความของหนังสือสัญญาประเภทนี้ ณ ที่ใด จึงพอวิเคราะห์ได้จากคำว่า “จะต้องออกพระราชบัญญัติ” เพื่อให้ “การเป็นไปตามสัญญา” ได้ว่า เหตุที่ประเทศไทยต้องดำเนินการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา เนื่องจากประเทศไทยได้ไปก่อให้เกิดพันธกรณีบางอย่างเอาไว้ และพันธกรณีที่ได้ก่อกำขึ้นนั้นเข้าเงื่อนไขที่จำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติ ตามเหตุผลดังต่อไปนี้³² คือ

ประการแรก ความจำเป็นที่ต้องมีอำนาจอันชอบธรรม กล่าวคือ เมื่อใดที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศใดๆ หากมีพันธกรณีที่จำเป็นต้องปฏิบัติและเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารมีอำนาจอยู่แล้วก็สามารถดำเนินการได้ทันที อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีซึ่งการปฏิบัติตามพันธกรณีต้องอาศัยอำนาจซึ่งฝ่ายบริหารไม่มีอยู่ ก็ต้องแสดงให้เห็นปรากฏว่าได้อำนาจมาจากแหล่งอันชอบธรรมซึ่งได้แก่ การออกพระราชบัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา เช่น เมื่อประเทศไทยลงนามตกลงกับประเทศเบลเยียมในอนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างสยามและเบลเยียม พ.ศ. 2479

ประการที่สอง พันธกรณีที่เกิดขึ้นขัดกับกฎหมายภายในของไทย (ไม่ว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับกระทำความผิดอาญาของคนไทยหรือไม่) เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตซึ่งเป็นกรณีนี้กระทำความผิดอาญาใช้สิทธิของคนไทยโดยเฉพาะสิทธิทางการศาล เช่น ตามข้อ 31 ของอนุสัญญาฯ วางหลักว่า ตัวแทนทูตจะได้อุปโภคความคุ้มกันจากอำนาจศาลทางอาญาของรัฐผู้รับตัวแทนทางทูต รวมถึงจะได้อุปโภคความคุ้มกันจากอำนาจศาลทางแพ่ง และทางปกครองของรัฐผู้รับ นอกจากนี้ตัวแทนทูตไม่จำเป็นต้องให้การในฐานะเป็นพยาน เป็นต้น

นอกจากนี้ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้มีได้บัญญัติถึงลำดับศักดิ์ (hierarchy) หรือค่าบังคับของหนังสือสัญญาภายในอื่นๆ ของประเทศไทยเหมือนกับรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสหรือเยอรมนี แต่จากการพิจารณาบทบัญญัติแห่งมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวแล้วจะเห็นว่า หนังสือสัญญาซึ่งมีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้นมีค่าบังคับในลำดับเดียวกับพระราชบัญญัติ เพราะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติซึ่งออกโดยรัฐสภา ดังนั้นหนังสือสัญญาซึ่งอนุวัติการโดยการออกพระราชบัญญัติอาจเปลี่ยนแปลง แก้ไขหรือยกเลิกพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้าได้ และในทำนองเดียวกัน พระราชบัญญัติซึ่งอนุวัติการ

³² นพนิติ สุริยะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น. 162.

หนังสือสัญญาอาจถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไขหรือยกเลิกโดยพระราชบัญญัติซึ่งออกโดยรัฐสภาในภายหลังได้ตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า³³

(ข) **ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติ เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามมาตรา 190 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550**³⁴

หนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภามาตรา 190 วรรคสอง กำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายบริหารดำเนินการเป็น 2 วาระ ได้แก่

วาระที่ 1 การที่ฝ่ายบริหารขอความเห็นจากฝ่ายรัฐสภาในเรื่องกรอบของการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญา กล่าวคือในวาระที่ 1 เมื่อพิจารณาจากหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ 2 ประการได้แก่

1) หน้าที่ของฝ่ายบริหารต่อประชาชน เพื่อแจ้งข้อมูลและให้ประชาชนร่วมกันแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับกรอบการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญา และ

2) หน้าที่ของฝ่ายบริหารต่อรัฐสภา³⁵

วาระที่ 2 การที่ฝ่ายบริหารขอความเห็นจากฝ่ายรัฐสภาในร่างหนังสือสัญญา กล่าวคือเมื่อพิจารณาหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ 2 ประการได้แก่

1) หน้าที่ฝ่ายบริหารต่อประชาชน ประการแรกคือ ให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของร่างหนังสือสัญญา และประการที่สอง หากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องแก้ไขหรือเยียวยาแก่ผู้รับผลกระทบอย่างรวดเร็วและเป็นธรรม

2) หน้าที่ของฝ่ายบริหารต่อรัฐสภา ฝ่ายบริหารต้องเสนอร่างหนังสือสัญญาให้รัฐสภาพิจารณา และรัฐธรรมนูญกำหนดกรอบเวลาในการพิจารณาว่าต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายใน 60 วัน

ดังนั้นเมื่อเป็นหนังสือสัญญาที่มาตรา 190 วรรคสองกำหนดว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ทั้งนี้ มาตรา 190 วรรคสองตอนท้ายบัญญัติว่า รัฐสภาจะต้องพิจารณา

³³ จุมพต สายสุนทร , อ่างแล้ว เชียงอรุณีที่ 28 , น. 18.

³⁴ เฟิงอ๋าง, น. 17-19, และ 24-32.

³⁵ ตามรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดกรอบเวลาไว้ในการพิจารณาว่าฝ่ายรัฐสภาต้องพิจารณาภายในกี่วัน

หนังสือสัญญาที่เสนอเพื่อขอความเห็นชอบไปแล้วเสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

การกำหนดกรอบเวลาให้รัฐสภาพิจารณาหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาหกสิบวันดังกล่าว มิได้บัญญัติไว้ในมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังนั้น การกำหนดกรอบเวลาหกสิบวันดังกล่าวไว้ในมาตรา 190 วรรคสองน่าจะมีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมการทำงานของรัฐสภาว่าจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รัฐสภาได้รับเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่ารัฐสภาจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบต่อการทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีก็ตาม อย่างไรก็ดี หากรัฐสภามิได้พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รัฐสภาได้รับเรื่องดังกล่าว มาตรา 190 มิได้บัญญัติถึงผลของการที่รัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวว่าจะเป็นอย่างใด ซึ่งจะตีความว่ามีผลเท่ากับเป็นการให้ความเห็นชอบโดยปริยายหรือไม่ให้ความเห็นชอบโดยปริยายต่อการทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีน่าจะไม่ต้อง เพราะการให้ความเห็นชอบหรือการไม่ให้ความเห็นชอบต่อหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองนี้ น่าจะต้องกระทำโดยชัดแจ้ง

เมื่อฝ่ายบริหารได้ดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว ฝ่ายบริหารจึงจะมีอำนาจแสดงเจตนาเพื่อผูกพันโดยการเข้าภาคยานุวัติซึ่งอนุสัญญาทำลายล้างเฝ้าพันธุ์เปิดช่องไว้ และเมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแล้ว นอกจากสิทธิแล้ว ประเทศไทยย่อมมีหน้าที่หรือพันธกรณีในทางระหว่างประเทศในการตรากฎหมายเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญา

4.2.2 พันธกรณีของประเทศไทยตามอนุสัญญาฯ

ภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารของไทยได้ดำเนินการตามขั้นตอนตามรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวข้างต้น และได้ฝ่ายบริหารยอมมีอำนาจในการแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามอนุสัญญาทำลายล้างเฝ้าพันธุ์ โดยการภาคยานุวัติแล้ว รัฐสภาในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติของไทย ย่อมมีพันธกรณีที่ต้องออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาฯ กล่าวคือ นอกจากประเทศไทยจะมีพันธกรณีที่กระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดๆ มิให้ขัดกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ แล้ว ยังมีพันธกรณีที่จะต้องอนุวัติการหรือดำเนินการต่างๆ ให้เป็นไปตามข้อกำหนดในอนุสัญญาฯ ใน

ระดับภายในของรัฐด้วย นั่นคือ ความผูกพันตามสนธิสัญญาตามกฎหมายภายในของรัฐ³⁶ โดย Article V³⁷ ของอนุสัญญาฯ กำหนดให้ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีต้องดำเนินการที่จำเป็นในการตรากฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเพื่อให้บทบัญญัติในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลใช้บังคับ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติทางอาญาที่ใช้บังคับอยู่ หรือการตรากฎหมายพิเศษขึ้นใหม่รับรองสารบัญญัติตามอนุสัญญา เป็นต้น เพื่อกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษทางอาญาสำหรับบุคคลซึ่งได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้บัญญัติไว้ใน Article I และ Article III หรืออีกนัยหนึ่ง Article V ของอนุสัญญาฉบับนี้ กำหนดให้รัฐภาคีออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีและลงโทษบุคคลซึ่งได้กระทำความผิดอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญา³⁸

นอกจากพันธกรณีดังกล่าวแล้ว เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ประเทศไทยต้องดำเนินการการปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับบทบัญญัติต่างๆ ของอนุสัญญาฯ ตลอดจนข้อบังคับอื่นๆ ที่จะตามมาเพื่อมิให้กฎหมายภายในเป็นอุปสรรคซึ่งเป็นการขัดขวางการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาฯ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้กำหนดฐานความผิดอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และพันธกรณีอันเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลภายในหรือศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่มีอำนาจตามอนุสัญญาฯ ไว้ ดังนั้นจึงต้องมีการแก้ไขกฎหมายให้สามารถรองรับพันธกรณีที่อาจจะเกิดขึ้น รวมถึงวิธีพิจารณาความอาญา นอกจากนี้ยังรวมถึงการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และความร่วมมือระหว่างประเทศเรื่องทางอาญาเพื่อนำตัวผู้กระทำผิดสำหรับ

³⁶ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5*, น. 186-188.

³⁷ Article V

“The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention, and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in article III.” and see William A. Schabas, *supra note 12*, p. 74.

³⁸ *Ibid.*, p. 346.

อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาลงโทษในศาลที่มีเขตอำนาจได้ ตลอดจนกฎหมายที่จะต้องปรับปรุงในเรื่องอื่น เช่น เกี่ยวกับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต เป็นต้น³⁹

ดังนั้นขั้นตอนภายหลังจากการที่ฝ่ายบริหารเข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประเทศไทยย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(ก) พันธกรณีของประเทศไทยในการตรากฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ

รัฐสภาในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติของไทย ย่อมมีหน้าที่ที่ต้องออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาดังกล่าว เพื่อให้เขตอำนาจของศาลไทยครอบคลุมถึงการกระทำความผิดและฐานความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฯ หากเกิดอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นในราชอาณาจักรไทย โดยการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าว เนื่องจากฐานความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย นอกจากนี้เขตอำนาจของศาลไทยในการพิจารณาคดีและลงโทษบุคคลในความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ก็ต่อเมื่อมีการออกกฎหมายรองรับเพื่อให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” ซึ่งเป็นหัวใจของกฎหมายอาญาที่ “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้เป็นกฎหมาย”⁴⁰ เนื่องจากโทษทางอาญานั้นมีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน การตรากฎหมายขึ้นจึงต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเป็นไปตามขั้นตอนในการออกกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย⁴¹

ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของไทย การจะลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดได้นั้น ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษซึ่งสอดคล้องกับหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen nulla poena sine lege*) ดังนั้นการที่ศาลไทยจะมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีและลงโทษบุคคลในฐานะ

³⁹ จตุรงค์ ถิระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 566.

⁴⁰ คณิต ถน นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น. 3-4 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2.

⁴¹ กอรรณิรมย์ สุนทรนาวิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 186.

ความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติตามกฎหมายภายในกำหนดอาชญากรรมดังกล่าวเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ทั้งนี้ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้กำหนดให้รัฐภาคีตามอนุสัญญาต้องดำเนินการใดๆ เพื่อให้กฎหมายภายในของตนสอดคล้องกับบทบัญญัติในอนุสัญญาฯ เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้ว ไม่มีบทบัญญัติรับรองอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นฐานความผิดและกำหนดโทษไว้ แม้จะมีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกับบทบัญญัติตามอนุสัญญาก็ตาม แต่ก็ไม่ทำให้ศาลไทยมีเขตอำนาจในการดำเนินคดีและลงโทษได้ซึ่งเป็นไปตามหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนั่นเอง กล่าวคือ

-ตามประมวลกฎหมายอาญาภาคทั่วไป

1) การใช้กฎหมายอาญาและเขตอำนาจของศาลไทยในการพิจารณาคดีและลงโทษตามมาตรา 2-11

2) การพยายามกระทำความผิดตาม มาตรา 80

3) ตัวการและผู้สนับสนุนตาม มาตรา 83-89 เช่น การเป็นตัวการ ผู้ใช้ ผู้โฆษณาหรือประกาศหรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด⁴²

- ตามประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด⁴³

1) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชนตามมาตรา 209-216 เช่น ความผิดฐานอั้งยี่และช่องโจร⁴⁴

2) ความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 276-287 เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานพราก เป็นต้น

3) ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ เช่น ความผิดเกี่ยวกับที่ทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพตามมาตรา 309 ความผิดเกี่ยวกับการหน่วงเหนี่ยวกักขังตามมาตรา 310 เป็นต้น

4) ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 288, 289, 292, 293 และ 291ซึ่งหมายถึงความผิดฐานทำร้ายมนุษย์โดยเจตนา

⁴² ความผิดฐานดังกล่าวมีลักษณะเป็นการร่วมกระทำความผิด และดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ในบทที่ 2

⁴³ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นความผิดเกี่ยวกับชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย และเสรีภาพซึ่งเป็นการกระทำความผิดความผิดทางอาญาโดยทั่วไป

⁴⁴ ความผิดฐานอั้งยี่และช่องโจรเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการสมคบกันกระทำความผิด (conspiracy) และดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ในบทที่ 2

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาประกอบกับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยเฉพาะ Article II, III และ IV ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิด รวมทั้งการกระทำที่สามารถลงโทษได้ตามอนุสัญญาฯ แล้ว⁴⁵ แม้ตามประมวลกฎหมายอาญาจะมีบทบัญญัติที่บัญญัติที่ใกล้เคียงกับการกระทำตามอนุสัญญาฯ ดังที่ได้กล่าวข้างต้น แต่ยังไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติตามอนุสัญญาฯ เท่าที่ควร เนื่องจากในส่วนขององค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ การกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม Article II (a)-(e) และการกระทำที่สามารถลงโทษได้ตาม Article III (b)-(e) นั้นเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งแตกต่างจากฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนขององค์ประกอบภายในนั้น นอกจากผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาธรรมดาในการกระทำความผิดแล้วกล่าวคือ เจตนาหรือความรู้สำนึกในการกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งตาม Article II (a)-(e) แล้ว ยังต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษซึ่งเป็นมูลเหตุจูงใจในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำต้องมีเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนาทั้งหมดหรือบางส่วนเพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น

เมื่อประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติเกี่ยวกับฐานความผิดทางอาญาดังกล่าวต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษแล้ว ศาลไทยย่อมไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีและลงโทษในฐานความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีได้มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของกฎหมายอาญาตามมาตรา 2 อย่างไรก็ตามศาลไทยอาจลงโทษบุคคลที่เข้ามาอยู่ในเขตอำนาจศาลไทยตามหลักดินแดนได้ก็แต่โดยเป็นไปตามฐานความผิดที่ได้บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น ซึ่งมีลักษณะทั่วไป เช่น ฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามมาตรา 288 หรือ 289 ซึ่งบทบัญญัติต้องการเพียงเจตนาธรรมดาเท่านั้น

ดังนั้นจึงต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย หรือตรากฎหมายใหม่ เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติไว้เป็นความผิดไว้ซึ่งในประเด็นนี้จะได้กล่าวในข้อต่อไป

สำหรับกฎหมายวิธีสบัญญัติ การดำเนินคดีและลงโทษทางอาญาก็ต้องรับรองให้สอดคล้องกับกฎหมายสาระบัญญัติที่จะออกมาเพื่อให้การดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวอย่างเป็นทางการ (right to fair trial) และสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย เป็นต้น

⁴⁵ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 2

(ข) การส่งผู้ร้ายข้ามแดนและความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา

การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นกระบวนการหนึ่งของความร่วมมือทางกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งจะทำให้ประเทศต่างๆ ร่วมมือกันในการปราบปรามผู้ประกอบอาชญากรรมในประเทศหนึ่ง แล้วหลบหนีไปอยู่ในอีกประเทศหนึ่งรวมถึงการประกอบอาชญากรรมที่มีลักษณะเป็นองค์กรข้ามชาติ ให้สามารถที่จะส่งตัวไปดำเนินคดีในความผิดที่เขาได้กระทำได้ จึงเป็นการร่วมมือกันรักษาระบบกระบวนการยุติธรรมและการบังคับใช้กฎหมายให้สัมฤทธิ์ผล ซึ่งเป็นเป้าหมายร่วมกันของประชาคมโลก เพราะหากไม่มีการร่วมมือกันในการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อให้ผู้ประกอบอาชญากรรมได้ถูกส่งตัวไปลงโทษในความผิดที่เขาได้ก่อไว้แล้ว ผู้กระทำความผิดจะสามารถหลบหนีจากการถูกลงโทษได้ ซึ่งจะทำให้กระบวนการบังคับใช้กฎหมายต้องเสียไป และย่อมส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคมส่วนรวม

ทั้งนี้ความผิดที่จะขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้นั้นจะต้องมีลักษณะดังนี้⁴⁶

1) ต้องเป็นความผิดที่กฎหมายไทยกำหนดโทษจำคุกไว้ไม่ต่ำกว่า 1 ปี จะเห็นได้ว่าประเทศไทยใช้หลักที่ว่า ความผิดซึ่งบุคคลผู้ถูกร้องขอให้ส่งตัวข้ามแดนได้นั้น ต้องเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาที่สามารถลงโทษได้ทั้งในประเทศที่ร้องขอและประเทศที่รับคำร้องขอด้วย (double criminality) จึงถือได้ว่าพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนของไทยยอมรับหลักการปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity) ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ

2) ต้องไม่ใช่คดีที่ศาลของประเทศผู้ร้องขอได้พิจารณาและพิพากษาให้ปล่อยหรือได้รับโทษในความผิดที่ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนมาแล้วซึ่งมาจากหลักที่ว่าจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาลงโทษบุคคลเดียวกันในความผิดที่กระทำในครั้งเดียวกันเป็นสองซ้ำ (double jeopardy)

3) ต้องมิใช่ความผิดที่มีลักษณะทางการเมือง หรือการที่ขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ความจริงมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะเอาตัวไปลงโทษอย่างอื่นที่มีลักษณะทางการเมือง

ดังนั้นเมื่อประเทศเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ต้องแก้ไขพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนฯ ให้ความผิดเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่ไม่อาจอ้างข้อยกเว้นเรื่องความผิดทางการเมืองเป็นเหตุเพื่อไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน

⁴⁶ ตามหมวด 1 หลักทั่วไปในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน มาตรา 7-11 พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 125 ตอนที่ 32 ก หน้า 37-39 ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2551

ในอารัมภบทของอนุสัญญาฯ ประการหนึ่งนั้น ได้รับรองเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นอีกประการหนึ่งในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งนี้ความร่วมมือดังกล่าวมีความสำคัญอย่างมากที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดดังกล่าวมาลงโทษในเขตศาลซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดีและลงโทษ หากต้องมีการส่งตัวผู้ขึ้นข้ามแดนมาดำเนินการดังกล่าว⁴⁷

ปัญหาเกี่ยวกับการปฏิเสธที่จะดำเนินการร้องขอความร่วมมือทางอาญาหรือความช่วยเหลือทางกระบวนการยุติธรรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น คำร้องขอให้ส่งตัวผู้กระทำความผิดหรือพยานเอกสาร พยานบุคคลต่างๆ ให้แก่ศาลระหว่างประเทศ ก็เป็นปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณาว่ารัฐปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือดังกล่าว ศาลระหว่างประเทศจะดำเนินการใดๆ อันเป็นการบังคับให้รัฐปฏิบัติตามคำร้องขอของศาลหรือไม่⁴⁸

อย่างไรก็ตามในส่วนของประเทศไทยยังไม่เกิดปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าว เนื่องจากที่ผ่านมาประเทศไทยยังไม่ได้รับคำร้องขอจากศาลระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้น อีกทั้งประเทศไทยที่ยึดถือพันธกรณีที่มีอยู่ตามกฎหมายบัตรประชาชาติอย่างเคร่งครัด และแนวโน้มในการให้ความร่วมมือแก่ศาลระหว่างประเทศที่อาจมีขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ศาลระหว่างประเทศดังกล่าวเท่าที่สามารถจะกระทำได้ตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในประเทศและตามหลักเกณฑ์ของการให้ความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ⁴⁹

นอกจากนี้เมื่ออนุสัญญาฯ ดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้ว นอกจากประเทศไทยต้องผูกพันตามอนุสัญญาฯ ดังกล่าวแล้วในฐานะกฎหมายเฉพาะ ยังต้องผูกพันตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย กล่าวคือ

ประการแรก สนธิสัญญานั้นอาจมีผลใช้บังคับย้อนหลัง (retroactive) ได้หากสนธิสัญญาเช่นว่านั้นได้กำหนดถึงการมีผลใช้บังคับย้อนหลังไว้อย่างชัดแจ้งหรือรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาได้ตกลงที่จะให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับย้อนหลัง แต่ในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้ชัดแจ้งในสนธิสัญญาหรือรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญามีได้กำหนดไว้เช่นนั้น สนธิสัญญาจะไม่มีผลใช้

⁴⁷ Being convinced that, in order to liberate mankind from such an odious scourge, international co-operation is required,

⁴⁸ กรรณิรมย์ สุนทรนาเวิน, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 10*, น. 160.

⁴⁹ *เพ็งอ้าง*, น. 160.

บังคับย้อนหลังไปใช้บังคับกับการกระทำหรือข้อเท็จจริงใดที่เกิดขึ้นก่อนวันที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับแก่สถานการณ์ซึ่งสิ้นสุดลงก่อนวันที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับสำหรับรัฐภาคีนั้น (Article 28)

ประการที่สอง การใช้บังคับสนธิสัญญาแก่ดินแดนทั้งหมดของรัฐ

ประการที่สาม การใช้บังคับสนธิสัญญาหลายฉบับที่ต่อเนื่องกันและเกี่ยวข้องกับเรื่องเดียวกัน

ประการที่สี่ การใช้สนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม Article 34, 35, 37 และ 38 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

โดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาที่ยอมไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐที่สามซึ่งมิใช่ภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นโดยมิได้รับความยินยอมจากรัฐที่สามนั้น (Article 34) ในกรณีที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาตั้งใจที่จะก่อให้เกิดหน้าที่หรือพันธกรณีแก่รัฐที่สามนั้น พันธกรณีดังกล่าวจะมีผลผูกพันรัฐที่สามก็ต่อเมื่อรัฐที่ยอมรับพันธกรณีเช่นนั้นอย่างชัดแจ้งโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Article 35)⁵⁰

อย่างไรก็ดี หน้าที่หรือพันธกรณีและสิทธิดังกล่าวข้างต้นอาจผูกพันรัฐที่สามหรือรัฐอื่นๆ ได้ หากเป็นหน้าที่หรือพันธกรณีและสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งโดยปกติย่อมผูกพันรัฐทุกรัฐ ยกเว้นรัฐซึ่งได้แย้งคัดค้านกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นนั้นมาตั้งแต่ต้น (Article 38)⁵¹

4.2.3 ความผูกพันของอนุสัญญาฯ ตามกฎหมายภายในของไทย

โดยทั่วไปลักษณะของความผูกพันตามสนธิสัญญาในกฎหมายภายในตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว ภาคีจะต้องผูกพันโดยปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือบทบัญญัติต่างๆ แห่งสนธิสัญญาที่ได้เข้าแสดงเจตนาเพื่อเข้าผูกพัน รวมถึงการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยด้วย หากประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้แล้ว ทั้งนี้การปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยจึงครอบคลุมถึงองค์กรต่างๆ ของรัฐทั้งหมดในฐานะที่เป็นองค์กรภายในของรัฐและเปรียบเสมือนกลไกของรัฐในการบังคับการให้เป็นไปตาม

⁵⁰ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น. 144-145.

⁵¹ เพิ่งอ้าง, น. 144-145.

อนุสัญญาฯ ภายในรัฐนั้นๆ โดยเฉพาะองค์การตุลาการหรือศาลซึ่งมีหน้าที่ในการใช้บังคับให้การ เป็นไปตามอนุสัญญาฯ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นหรือรัฐใดๆ ขอความร่วมมือระหว่างประเทศทาง อาญาเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งนี้การออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญาฯ จึง เป็นพันธกรณีประการหนึ่งของประเทศไทยในฐานะรัฐภาคี กล่าวคือ นอกจากประเทศไทยมี พันธกรณีที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดๆ ตามที่สนธิสัญญากำหนดในความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศแล้ว รัฐยังต้องอนุวัติการหรือดำเนินการต่างๆ ให้เป็นไปตามข้อกำหนดใน อนุสัญญาฯ ในระดับภายในของรัฐด้วย นั่นคือ “ความผูกพันตามสนธิสัญญาในกฎหมายภายใน ของรัฐ” กล่าวคือ ประเทศไทยจะต้องเป็นผู้พิจารณาว่าตนจะต้องบัญญัติกฎหมายภายในของตน อย่างไร เพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญาฯ

อย่างไรก็ดีประเทศไทยอาจเห็นว่ากฎหมายภายในประเทศสอดคล้องกับข้อกำหนดใน อนุสัญญาฯ แล้ว จึงอาจไม่ดำเนินการใดๆ เพิ่มเติมอีกก็ได้ แต่ถ้ารัฐภาคีฝ่ายอื่นกลับเห็นว่ารัฐภาคี นั้นยังมีได้ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวแล้ว เนื่องจากมิได้บัญญัติกฎหมายภายในของรัฐให้ สอดคล้องกับพันธกรณีที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญาเช่นนี้แล้ว หากปรากฏเป็นที่รัฐภาคีอื่นกล่าว อ้างจริง รัฐภาคีนั้นย่อมมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศในฐานะที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี ที่ กำหนดไว้ในสนธิสัญญา รัฐภาคีฝ่ายที่ฝ่าฝืนจะอ้างกฎหมายภายในของตนมาปฏิเสธความรับผิด หรือปฏิเสธพันธกรณีตามสนธิสัญญาหาได้ไม่ตาม Article 27 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย กฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁵² ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีใน สนธิสัญญา แม้จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศก็ตาม แต่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย กฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็มีได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะ⁵³

อนึ่งวิธีการที่จะแปลงรูปสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายภายในนี้มีชื่อเรียกต่างแตกต่างกัน ไป เช่น คำว่า “การออกพระราชบัญญัติทับสนธิสัญญา หรือ การตรากฎหมายอนุวัติการตาม สนธิสัญญา หรือ การออกกฎหมายรับรองสนธิสัญญา ซึ่งทั้งหมดนี้น่าจะมีความหมายเดียวกันคือ “กระบวนการภายในซึ่งจะทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับได้ในประเทศนั่นเอง”⁵⁴

⁵² ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544) น. 186-188.

⁵³ ประสิทธิ์ เอกบุตร, เพิ่งอ้าง, น. 191.

⁵⁴ นพนิธิ สุริยะ, Lecture Note 1: กฎหมายระหว่างประเทศเล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 168.

(ก) การทำให้อนุสัญญาฯ มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายใน

ในทางทฤษฎีนั้นประเด็นดังกล่าวเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในของรัฐ แบ่งได้เป็นสองทฤษฎีหลัก⁵⁵ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง ทฤษฎีทวินิยม (dualism) และประการที่สอง ทฤษฎีเอกนิยม (monism) อย่างไรก็ตามทฤษฎีทวินิยมยังคงเป็นปัญหาแบ่งออกเป็นสองประเภท⁵⁶ ได้แก่ ทฤษฎีการแปลง (transformation) หรือการยอมรับ (adoption) กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในของรัฐ⁵⁷ และทฤษฎีการผนวก (incorporation)

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าทฤษฎีการแปลง (transformation) สอดคล้องและใกล้เคียงกับทางปฏิบัติของไทยในการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายใน เนื่องจากทฤษฎีดังกล่าว มองว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในรัฐเป็นคนละระบบ ดังนั้นจึงไม่อาจนำเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศได้โดยตรง แต่จำเป็นต้องมีการแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน เช่น การตรากฎหมายภายในเพื่อให้การเป็นไปตามสนธิสัญญาเพื่อให้สนธิสัญญาที่รัฐได้ให้สัตยาบันนั้นมีผลใช้บังคับเสมือนกฎหมายภายใน⁵⁸ ประกอบกับประเทศไทยก็เป็นรัฐหนึ่งที่ใช้ทฤษฎีทวินิยมในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน จึงควรได้นำทฤษฎีการแปลง (transformation) มาใช้เช่นเดียวกัน แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญของไทยจะมีได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นระบบใด แต่เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของประเทศไทยถือตามทฤษฎีทวินิยม กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทยตราบเท่าที่ยังไม่มีการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายในที่มีอยู่ของประเทศไทยยังไม่ค่อยมีความสอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าวเท่าที่ควร แนวทางในการแก้ปัญหาเรื่องการตรากฎหมายภายในให้

⁵⁵ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 105-112.

⁵⁶ นักกฎหมายไทยบางท่านเห็นว่าทฤษฎีทวินิยมแบ่งได้เป็น 3 ประเภทได้แก่ การแปลง (transformation) การผนวก (incorporation) และการประสาน (coordination) ดูรายละเอียดใน นพนิติ สุริยะ, Lecture Note 1 กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 101-107.

⁵⁷ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 55, น. 109-110.

⁵⁸ นพนิติ สุริยะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 56, น. 103.

สอดคล้องกับพันธกรณีข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยน่าจะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การแก้ไขหรือเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือการออกกฎหมายใหม่ในรูปของพระราชบัญญัติเฉพาะเพื่อให้ครอบคลุมถึงการลงโทษผู้กระทำความผิดในฐานความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁵⁹ เพื่อให้ด้านสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติในการบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาฯ ด้วย เนื่องจากระบบกฎหมายหลักในการจัดทำอนุสัญญาดังกล่าวโดยมากเป็นไปตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงอาจมีแนวคิดเรื่องโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาที่แตกต่างจากระบบกฎหมายไทย เช่น ใน Article III การกระทำที่สามารถลงโทษได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตามสำหรับทางปฏิบัติในเชิงรูปแบบของการทำให้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ให้เป็นกฎหมายภายในของไทย มี 2 แนวทาง คือ

แนวทางแรก การแก้ไขหรือเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 หรือพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 เป็นต้น ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติตามอนุสัญญาฯ

แนวทางที่สอง การตราพระราชบัญญัติเฉพาะซึ่งทางปฏิบัติของประเทศไทยในการออกพระราชบัญญัติมี 2 ประการได้แก่⁶⁰

1) ออกเป็นพระราชบัญญัติสั้นๆ และมีข้อความสำคัญว่าพระราชบัญญัตินี้ชื่อเรียกว่าอย่างไร มีวัตถุประสงค์อย่างไร และมีข้อความตอนหนึ่งระบุเรื่องใดบ้างที่ต้องการให้มีการให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย ส่วนรายละเอียดก็ให้ถือตามสนธิสัญญาซึ่งได้แปลเป็นภาษาไทย และแนบท้ายพระราชบัญญัติฉบับนั้นๆ เช่น การออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ พ.ศ. ... ซึ่งเป็นการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การตามอนุสัญญาว่าด้วยอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 โดยที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ดังกล่าว ซึ่งทำเมื่อวันที่...เดือน...พ.ศ. ... เพื่อให้สอดคล้องกับประเพณีปฏิบัติในนานาอารยประเทศในการนี้จึงต้องมีกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญาฯ ดังกล่าว โดยมีคำแปลอนุสัญญาฯ แนบท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

⁵⁹ กรรถภิรมย์ สุขทรนาวิน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น. 183.

⁶⁰ นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 56*, น. 169-170.

2) ออกเป็นพระราชบัญญัติโดยการนำเอาข้อความในสนธิสัญญาามาเขียนและเรียงใหม่ แต่ในตัวพระราชบัญญัตินั้นก็อธิบายไว้ด้วยว่า เหตุใดจึงต้องออกกฎหมายฉบับนั้น

(ข) การใช้บังคับอนุสัญญาฯ ของศาลไทยในความผิดเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การแปลงหรือการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในของรัฐนั้นจะมีผลทำให้การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่ว่าโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการเป็นไปตามระบบกฎหมายภายในของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในทางตุลาการนั้น เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศได้แปลงหรือยอมรับเป็นกฎหมายภายในของรัฐแล้ว ศาลภายในของรัฐสามารถที่จะนำกฎหมายเช่นนั้นมาปรับใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีความต่างๆ ภายในรัฐนั้นได้ ดังนั้นหากกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่ได้รับการแปลงหรือการยอมรับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ ศาลภายในของรัฐก็ไม่สามารถนำกฎหมายระหว่างประเทศเช่นนั้นมาปรับใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ หากจะพิจารณาในแง่อำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย (enforcement power) โดยตุลาการของรัฐแล้วจะเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติเช่นนี้สอดคล้องกับทฤษฎีทวินิยม (dualism)⁶¹

4.3 กรณีที่ประเทศไทยมิได้เข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาฯ

โดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีย่อมไม่ผูกพันประเทศไทยและไม่ผูกพันศาลไทยที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลไทยได้เคยวินิจฉัยทั้งในกรณีที่ศาลไทยปฏิเสธสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีและในกรณีที่ศาลนำสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีมาใช้ในการวินิจฉัยคดี เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของศาลไทย การใช้บังคับสนธิสัญญาต่อข้อพิพาทแห่งคดีโดยศาลไทย แบ่งได้เป็นสองกรณี⁶²

ประการแรก กรณีที่ศาลไทยปฏิเสธไม่ใช้บังคับสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิใช่ภาคี

กรณีที่ศาลไทยปฏิเสธไม่ใช้บังคับสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิใช่ภาคีนั้น นับว่าสอดคล้องกับทั้งหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่ารัฐย่อมไม่ต้องผูกพันตามสนธิสัญญาใดๆ เว้นแต่รัฐนั้นจะให้ความยินยอมเพื่อผูกพัน (consent to be bound) ตามสนธิสัญญานั้นๆ ตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) ตามที่บัญญัติไว้ใน Article 26 ของ

⁶¹ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 55, น. 110.

⁶² เพิ่งอ้าง, น. 161-168.

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งบัญญัติว่า “สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลใช้บังคับย่อมผูกพันภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นและภาคีเหล่านั้นต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นด้วยความสุจริต” และสอดคล้องกับกฎหมายในของไทยตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 197⁶³ วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

คำว่า “กฎหมาย” ในมาตราดังกล่าวหมายถึง “กฎหมายไทย” ซึ่งออกใช้บังคับตามขั้นตอนแห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้นสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีจึงไม่อาจเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยไปได้⁶⁴ ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 873/2523 แม้ว่าศาลฎีกาจะมีได้ให้เหตุผลถึงการไม่ใช้บังคับอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของผู้ลี้ภัยทางชายแดนไว้โดยตรง แต่ก็เป็นที่ประจักษ์ว่า การไม่ใช้อนุสัญญาดังกล่าวนั้นเป็นเพราะประเทศไทยมิได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญานั้นด้วย ดังนั้นอนุสัญญาดังกล่าวจึงไม่ผูกพันประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีและจึงไม่ผูกพันศาลไทยที่จะต้องใช้บังคับอนุสัญญาเช่นว่านั้น⁶⁵

ประการที่สอง การที่ศาลไทยนำสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีมาใช้ในการวินิจฉัยคดี

โดยทั่วไปแล้วศาลย่อมไม่อาจนำสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีมาใช้ในการวินิจฉัยอรรถคดีได้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น แต่ตามคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2968/2538⁶⁶ ซึ่งเป็นคดีที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยถึงการส่งตัวนายทง ศิริบริดาพงษ์ (หรือ ป. เป็ด) ซึ่งเป็นคนสัญชาติไทยเพื่อไปดำเนินคดีในศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ. 1922 ซึ่งประเทศไทยได้อนุมัติการสนธิสัญญาดังกล่าวโดยการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ดังกล่าวข้างต้นบัญญัติว่า

⁶³ เดิมบัญญัติไว้ในมาตรา 233 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

2540

⁶⁴ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เซึ่งอรรถที่ 55, น. 164.

⁶⁵ *เพ็งอ้าง*, น. 164 – 165.

⁶⁶ *เพ็งอ้าง*, น. 165 – 168.

“ในกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐที่ได้รับการร้องขอ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจส่งคนชาติของตนข้ามแดนได้ หากมิได้ถูกห้ามให้กระทำเช่นนั้น”

ประกอบกับถ้อยคำซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อใดที่ศาลพิเคราะห์เห็นว่าจำเลยเป็นคนในบังคับสยามก็ดีหรือมีข้อสงสัยหรือมีความยุ่งยากในเรื่องระเบียบอันเกี่ยวกับการรับรองเอกสารหรือวิธีการทำคำขอให้ส่งข้ามแดนก็ดี ให้ศาลรายงานหรือเสนาบตีกระทรวงยุติธรรมก่อนที่จะออกคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลย”

คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ที่ยกมาข้างต้นนี้วางหลักว่าศาลอุทธรณ์ได้นำหลักในการตีความสนธิสัญญาซึ่งปรากฏอยู่ใน Article 31 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีมาใช้ประกอบในการวินิจฉัยคดี ซึ่งหากจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในประการแรกแล้วไม่น่าจะถูกต้องนัก ทั้งนี้เพราะประเทศไทยมิได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ดังกล่าว⁶⁷

อันที่จริงแล้วการตีความถ้อยคำในข้อ (1) วรรคสามแห่งสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 นั้นมิใช่เป็นการตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาแต่ประการใด ทั้งนี้เพราะสนธิสัญญาดังกล่าวได้กลายเป็นกฎหมายภายในของไทยโดยการอนุวัติการของพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 แล้ว ดังนั้นการตีความถ้อยคำที่ใช้ในสนธิสัญญาเช่นนั้นซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้จึงถือว่าเป็นการตีความกฎหมายภายในของไทยซึ่งก็คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 นั่นเอง⁶⁸

เมื่อเป็นการตีความตามกฎหมายภายในของไทย จึงไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องอาศัยการตีความสนธิสัญญาซึ่งบัญญัติไว้ใน Article 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เพราะไม่เกี่ยวข้องกัน และอันที่จริงแล้วการตีความสนธิสัญญาที่ได้บัญญัติไว้ใน Article 31 ดังกล่าวนั้นก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law) ที่แม้ว่าจะไม่นำมาบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาก็ยังถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ปรากฏอยู่ใน Article 38 (c) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of International Court of Justice) และกฎหมายภายในไทยดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรค

⁶⁷ เฝิงอ้าง , น. 167.

⁶⁸ เฝิงอ้าง.

สามแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นการที่ศาลอุทธรณ์นำ Article 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาใช้ตีความพระราชบัญญัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 จึงไม่น่าจะถูกตั้งนัก⁶⁹

อย่างไรก็ตามนอกจากทางปฏิบัติของศาลไทยตามกรณีที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ประเทศไทยอาจมีความผูกพันเกี่ยวกับการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ตามบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศบ่อเกิดอื่น ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้เป็นหน้าที่ของศาลไทยที่จะพิจารณาบ่อเกิดของกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในการดำเนินคดีและลงโทษ ผู้กระทำความผิด ตลอดจนในการใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้แก่กรณี

4.3.1 ความผูกพันของประเทศไทยตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับหลักการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

(ก) การยอมรับและการใช้บังคับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของประเทศไทย

การยอมรับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของไทยเกี่ยวกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ประเด็นที่ 1 พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488⁷⁰ โดยกำหนดความผิดฐานอาชญากรรมสงครามและวิธีการนำผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามในประเทศไทยขึ้นพิจารณาลงโทษ โดยมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้ศาลฎีกาเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาและพิพากษาคดีอาชญากรรมสงคราม แต่ศาลฎีกาไทยกลับตัดสินในคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/ 2489 และคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 2 / 2489 โดยโจทก์ฟ้องจำเลยว่าจำเลยสมัครใจโฆษณาชักชวนให้ผู้อื่นเห็นดีเห็นชอบในการกระทำของผู้ทำสงคราม รุกรานและให้ความลับหรือความรู้อันเป็นการอุปการะต่างกรรมต่างวาระ โจทก์ขอให้ลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม ค.ศ. 2488 มาตรา 3⁷¹ (1) และ (4) มาตรา 9⁷²

⁶⁹ เฟิงอ้าง, น. 167-168.

⁷⁰ ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ยกเลิกพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 พ.ศ. 2510

⁷¹ พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามมาตรา 3 บัญญัติว่า “การกระทำใด ๆ อันบุคคลใดได้กระทำไม่ว่าในฐานะเป็นตัวการ หรือผู้สมรู้ต้องตามที่บัญญัติไว้ต่อไป นี้ให้ถือว่าเป็นอาชญา

ศาลวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามเฉพาะที่บัญญัติให้ย้อนหลังไปใช้กับการกระทำก่อนประกาศใช้กฎหมายขัดกับมาตรา 14⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 และมีผลเป็นโมฆะ ส่วนที่บัญญัติสำหรับกรกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้จึงเป็นอันใช้ได้ ซึ่งเป็นประเด็นเรื่องหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

ในประเด็นหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังมักจะถูกหยิบยกเป็นข้อต่อสู้ของบรรดาจำเลยในศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กและที่โตเกียว แต่ศาลทั้งสองนี้กลับให้ความเห็นต่างจากศาลฎีกาไทย โดยศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กให้ความเห็นในคดีอาชญากรรมสงครามว่า

กรสงคราม และผู้กระทำเป็นอาชญากรรมสงคราม ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้

(1) ทำการติดต่อวางแผนการศึกษาเพื่อทำสงครามรุกรานหรือกระทำการโดยสมัครใจเข้าร่วมสงครามกับผู้ทำสงครามรุกราน หรือโฆษณาชักชวนให้บุคคลเห็นดีเห็นชอบในการกระทำของผู้ทำสงครามรุกราน

(2) ละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีในการทำสงคราม คือ ปฏิบัติไม่ชอบธรรมต่อทหารที่ตกเป็นเชลย จัดส่งพลเรือนไปเป็นทาส ฆ่าผู้ที่ถูกจับเป็นประกัน ทำลายบ้านเมืองโดยไม่จำเป็นสำหรับการทหาร

(3) การกระทำการละเมิดต่อมนุษยธรรม คือ กดขี่ข่มเหงในทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ หรือทางศาสนา

(4) กระทำโดยสมัครใจเข้าร่วมมือกับผู้ทำสงครามรุกราน คือ ชี้ลู่ทางให้ทำการยึดหรือครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นโดยไม่ชอบธรรม หรือสืบ หรือให้ความลับหรือความลับอันเป็นอุปการะแก่การทำสงครามของผู้ทำสงครามรุกราน”

⁷² พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามมาตรา 9 บัญญัติให้เป็นอาชญากรรมสงครามต้องโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต จำคุกไม่เกิน 20 ปี ริบทรัพย์ และเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งเป็นเวลา 12 ปี

⁷³ “ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ”

ความผิดฐานเป็นอาชญากรรมสงครามมีบัญญัติไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ธรรมนูญจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศจึงไม่ใช่การออกกฎหมายย้อนหลังมาลงโทษจำเลย

ศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์กวินิจฉัยคดีในคดีก่อสงครามรุกรานว่า “ธรรมนูญจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศได้แสดงถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้ว ในขณะที่ออกใช้”

ประเด็นที่ 2 อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมที่เกิดขึ้นใหม่และเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เพิ่งได้รับการรับรองภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 กล่าวคือ หลังจากการจัดทำกฎบัตรนูแรมเบิร์กที่ใช้บังคับในศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์กและที่โตเกียวซึ่งในขณะนั้นมีฐานความผิดที่นำไปลงโทษอาชญากรรมสงครามเพียงสามฐานความผิดได้แก่ ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (war crimes) อาชญากรรมต่อต้านตีภาพ (crimes against peace) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) อย่างไรก็ตามได้มีการให้คำนิยามอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างเป็นทางการเมื่อปี ค.ศ. 1948 ตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติข้อที่ 260 (III) ว่าให้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ประเด็นที่ 3 ประเทศไทยลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Rome Statute of International Criminal Court, 1998: ICC) เท่ากับว่าประเทศไทยต้องยอมรับฐานความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงหลัก ซึ่งรวมถึงอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (crime of genocide) ซึ่งบัญญัติไว้ใน Article 6 ของธรรมนูญดังกล่าว อย่างไรก็ตามประเทศไทยลงนามไว้แต่ยังมิได้ให้สัตยาบันแต่อย่างใด แต่ประเทศไทยมีความผูกพันที่จะต้องกระทำการและไม่กระทำการอันเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ของธรรมนูญดังกล่าวอย่างน้อยที่สุดการลงนามในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศของประเทศไทย ย่อมเป็นการยืนยันแล้วว่าประเทศไทยยอมรับถึงความมีอยู่ของอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ประเด็นที่ 4 การยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายภายใน

ในเรื่องการยอมรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมาจากบ่อเกิดแห่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปให้เป็นกฎหมายภายในโดยอัตโนมัติหรือต้องมีการตราเป็นกฎหมายเสียก่อนหรือไม่ ให้สังเกตจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศเป็น

หลักเพราะกฎหมายแม่บทเหล่านี้จะบัญญัติถึงวิธีการซึ่งเห็นว่าเหมาะสมเอาไว้⁷⁴ แม้จะบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ก็ตาม เช่น มาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญเยอรมนี ค.ศ. 1949⁷⁵

อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศไทยยังไม่มีข้อความชัดเจนในเรื่องดังกล่าว กล่าวคือ รัฐธรรมนูญของไทยไม่มีบทบัญญัติใดเปิดช่องให้ศาลไทยนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งผูกพันประเทศไทยมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของไทยได้โดยตรง ศาลไทยจึงไม่มีอำนาจตามกฎหมายใดๆ ที่จะนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้แก่คดีได้ เนื่องจากประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ซึ่งศาลมีหน้าที่ในการใช้บังคับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ต่างจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ศาลอาจสร้างหลักกฎหมายได้เอง⁷⁶

เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของประเทศไทยแล้ว แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยยอมรับถึงความมีอยู่ของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้รับรองไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ตลอดจนบุคคลที่ต้องรับผิดชอบที่ฐานดังกล่าว เพียงแต่ประเทศไทยเกรงว่าหากเข้าเป็นภาคีโดยการให้สัตยาบันในธรรมนูญดังกล่าวจะมีปัญหาตาม Article 27 อันเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (Head of State) อย่างไรก็ตามแม้ว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะไม่ได้รับรองโดยชัดแจ้งในกฎหมายภายในของไทย ข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้นก็แสดงให้เห็นถึงทางปฏิบัติของไทยและการยอมรับในความมีอยู่ของสถานะทางกฎหมายของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพียงแต่การบังคับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ทั้งนี้ทางปฏิบัติของศาลไทยใช้กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศได้ต่อเมื่อมีการบัญญัติเป็นกฎหมายแล้วเท่านั้น เช่น ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายซึ่งได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าแม้กฎหมายไทยหรือศาลไทยยอมรับสถานะทางกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่เป็นการใช้บังคับหลักดังกล่าวก็เป็นอีกกรณีหนึ่งที่ต้องเป็นไปตามทางปฏิบัติของศาลไทย คือ มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้จึงจะดำเนินคดีและลงโทษบุคคลได้ เนื่องจากเป็นความผิดที่มีลักษณะเฉพาะ อย่างไรก็ตามการดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรม

⁷⁴ นพนิธิ สุริยะ, อ้างแล้ว เชนเจอร์นัลที่ 56, น. 104.

⁷⁵ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชนเจอร์นัลที่ 55, น. 124-126.

⁷⁶ เฟิงอ๋าง, น 128.

ดังกล่าวอาจกระทำได้แต่เพียงการกระทำที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้นซึ่งส่วนใหญ่ก็เป็นความผิดทั่วไปทางอาญา

(ข) สถานะทางกฎหมายของกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*)
ของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศไทย

ในทางปฏิบัติของรัฐยอมรับว่าการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศบางประการเช่นเดียวกันโดยที่รัฐไม่สามารถที่จะแสดงเจตจำนงหรือยกเว้นเป็นประการอื่นได้ ได้แก่ กฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) เช่น กฎหมายระหว่างประเทศที่ห้ามการรุกราน (aggression) หรือการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) เป็นต้น หลักกฎหมายระหว่างประเทศเช่นนี้ย่อมมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐ กล่าวคือ รัฐจะออกกฎหมายภายในที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาดมิได้ ในกรณีดังกล่าว แนวปฏิบัติของรัฐจะสอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม (monism) ที่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐ⁷⁷

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างโดยเทียบเคียงจากคดีที่เกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลียกรณีนี้ แม้ว่าหลักเกณฑ์จะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ย่อมไม่มีผลผูกพันศาลภายในในการนำมาปรับใช้กับคดีที่เกิดขึ้น เช่น คดี *Nulyarimma V Thompson* 1999 ศาลออสเตรเลียจะยอมรับว่าได้มีการให้สัตยาบันอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว แต่ตราบไต่ที่ยังไม่มีการอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ย่อมไม่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายออสเตรเลียโดยอัตโนมัติ แม้ว่าการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นกฎหมายจารีตประเทศ (customary international law) ที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ซึ่งมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*obligatio erga omnes*) กับทุกรัฐแม้ว่ามีได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวก็ตาม นอกจากนี้เมื่อประเทศออสเตรเลียได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ยังไม่มีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด แม้ว่าจะมีกฎหมายภายในรองรับหลักการดังกล่าวไว้บางส่วนแล้ว แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทั้งฉบับ ยังไม่ถือว่าออสเตรเลียได้ออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และออสเตรเลียไม่อาจหิบบกกว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังไม่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายออสเตรเลียขึ้นปฏิเสธความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเช่นนั้นได้ ออสเตรเลียจึงอาจมีความผิดในทางระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศออสเตรเลียถือตามทฤษฎีทวินิยม กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายออสเตรเลียตราบเท่าที่ยังไม่มีการตรา

⁷⁷ เพิ่งอ้าง, น. 110-111.

กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ประเทศไทยก็เป็นรัฐหนึ่งที่ใช้ทฤษฎีทวินิยม ก็น่าจะมีทางปฏิบัติที่พอเทียบเคียงได้ในลักษณะเดียวกับประเทศออสเตรเลีย⁷⁸ ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากมาตรา 197 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ซึ่งมีนัยสำคัญคือ การที่ศาลไทยจะมีเขตอำนาจในการพิจารณาได้นั้นต้องมีกฎหมายรับรองด้วย ประกอบกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดทางอาญา หากไม่มีกฎหมายอาญาบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ในขณะกระทำ ย่อมไม่อาจลงโทษผู้กระทำผิดได้ซึ่งนอกจากจะขัดกับมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้ว ยังขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งได้รับการยอมรับในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปทางอาญาระหว่างประเทศที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่โทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (*nullum crimen nulla poena sine lege* หรือ *no crime no punishment without law*) จึงเห็นว่าศาลไทยไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีผู้กระทำผิดดังกล่าว อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดซึ่งผูกพันเป็นการทั่วไปนั้น ซึ่งรวมถึงประเทศไทยซึ่งมิใช่ภาคีในอนุสัญญาห้ามผูกพันในการดำเนินการเพื่อป้องกันอาชญากรรมดังกล่าวได้ เช่น ประเทศไทยอาจให้ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาดำเนินการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้กับประเทศที่ร้องขอไม่ว่าจะโดยสนธิสัญญาระหว่างรัฐดังกล่าวหรือตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (*reciprocity*) เป็นต้น

4.3.2 แนวโน้มของประเทศไทยในการยอมรับสถานะทางกฎหมายและการใช้บังคับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของประเทศไทย

(ก) ผลของการลงนามของประเทศไทยในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998

ผลของการลงนามในสนธิสัญญาโดยทั่วไป แม้ผู้แทนของรัฐที่เข้าร่วมเจรจาจัดทำสนธิสัญญาจะมีอำนาจเจรจาและลงนามในสนธิสัญญาก็ตาม แต่สนธิสัญญานั้นก็ยังไม่ผูกพันรัฐจนกว่ารัฐจะได้แสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาเสียก่อน ได้แก่ การให้สัตยาบัน การยอมรับ

⁷⁸ Douglas Guilfoyle, “*Nulyarimma V Thompson: Is Genocide A Crime At Common Law In Australia?*,” *Federal Law Review*, (2001). Retrieved April, 1, 2008, from <http://www.austlii.edu.au/au/journals/FedLRev/2001/1.html>

หรือการให้ความชอบสนธิสัญญา⁷⁹ ดังนั้นการลงนามดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐในทันที จนกว่าจะมีการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความชอบสนธิสัญญาในการแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอีกชั้นหนึ่งเสียก่อน⁸⁰ เนื่องจากการลงนามเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐผู้ลงนามยอมรับว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีข้อความถูกต้อง เนื้อหาตรงกันและเป็นต้นฉบับความตกลงขั้นสุดท้ายซึ่งผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาได้ลงนามที่ไหนและเมื่อไร⁸¹

จากที่ประเทศไทยได้ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ในการสนับสนุนให้มีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2543 โดย ม.ร.ว. สุขุมพันธุ์ บริพัตร รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้แทนในการลงนามในนามของประเทศไทย มีผลให้ประเทศไทยต้องดำเนินการศึกษาถึงพันธกรณีที่จะต้องมีแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ กล่าวคือ พิจารณาถึงผลดีและผลเสียของการให้สัตยาบัน โดยพิจารณาจากข้อกฎหมายต่างๆ ที่ต้องมีการออกกฎหมายเพิ่มเติมหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่ ตลอดจนการดำเนินการและให้ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาตามพันธกรณีแก่ศาลดังกล่าวด้วย หากประเทศเข้าเป็นภาคีในธรรมนูญกรุงโรมฯ⁸²

ทั้งนี้ผลของการลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศโดยที่ยังมิได้ให้สัตยาบันนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายสนธิสัญญา คือ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาตรา 18 กล่าวคือ รัฐที่ได้ลงนามในสนธิสัญญาไว้มีพันธกรณีที่จะต้องไม่ถ่วง (defeat) วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับ ซึ่งก็คือ รัฐนั้นมีพันธกรณีที่จะต้องงดเว้น (refrain) การกระทำต่างๆ ที่อาจจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศประสบความล้มเหลวหรือเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา หรือในกรณีที่รัฐให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา แม้ว่าเป็นการลงนามขณะที่สนธิสัญญาดังกล่าวยังไม่มีผลใช้บังคับรัฐเช่นว่านั้น ย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องละเว้นการกระทำใดๆ อันเป็นการ

⁷⁹ Article 12 the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

⁸⁰ Article 14 the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

⁸¹ ปรีชา เขียมสุทธา, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ภาคสันติ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), น. 9 อ้างใน ทวยวรรณ เทพพิทักษ์ คักดี, “มาตรา 27 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 กับผลทางกฎหมาย,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 62

⁸² เพิ่งอ้าง.

ทำให้วัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของสนธิสัญญานั้นเสื่อมเสียไป โดยมีเงื่อนไขว่าการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญานั้นต้องไม่เป็นการล่าช้าเกินสมควร⁸³

การที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมในการจัดทำธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและได้ลงนามไป จึงทำให้ประเทศไทยมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการทำลายหรือก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์แห่งเนื้อหาของสาระของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ฉะนั้น แม้ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ยังไม่มีผลผูกพันประเทศไทย อย่างไรก็ตามการลงนามดังกล่าวมีผลทางกฎหมายระหว่างประเทศบางประการ กล่าวคือ ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต (principle of good faith) กล่าวคือ รัฐจะต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการขัดขวางหรือทำลายวัตถุประสงค์ (object) หรือวัตถุประสงค์ (purpose) ของสนธิสัญญาที่ได้ลงนามไปซึ่งในการใช้และการตีความต้องตีความโดยสุจริต ตีความตามความหมายธรรมดาของข้อความในบริบทของสนธิสัญญาและเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญาและวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา⁸⁴

อย่างไรก็ตามประเทศไทยมิได้แสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามธรรมนูญกรุงโรมฯ โดยการให้สัตยาบันแต่ประการใด เหตุผลประการสำคัญ คือ ข้อ 27 กำหนดความรับผิดชอบสำหรับประมุขของรัฐ (Head of State) และผลทางกฎหมายของข้อ 27 ดังกล่าวทำให้บุคคลดังกล่าวไม่อาจอ้างความคุ้มกันเพื่อยกเว้นเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อประมุขของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะตามแบบพิธีและมิได้เป็นผู้กุมอำนาจซึ่งเป็นศูนย์กลางทางทหารและการเมืองที่แท้จริง อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติของประเทศไทยแล้วสถานะและอำนาจของประมุขของรัฐซึ่งในที่นี้คือ พระมหากษัตริย์นั้นทรงเป็นที่เคารพศรัทธาของปวงชนชาวไทย ดังที่ได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า

“องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดๆ มิได้”

เมื่อพิจารณาจากบริบทของสภาพทางการเมืองการปกครองของรัฐ และจารีตประเพณีประเทศไทยถือปฏิบัติแตกต่างไปจากรัฐอื่น เนื่องจากสถานะและอำนาจของประมุขของแต่ละรัฐ

⁸³ เฟ็งอ้าง, น. 62-63.

⁸⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 123.

ตลอดจนความเคารพนับถือในพระมหากษัตริย์ของประชาชนนั้นแตกต่างกันไปในดั่งละเอียดซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติมาตรา 8 ดังได้กล่าวข้างต้น

อนึ่งแม้ประเทศจะยังมีได้ให้สัตยาบันในธรรมนูญกรุงโรมฯ ศาลอาญาระหว่างประเทศก็สามารถพิจารณาคดีได้เอง ในคดีที่เกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรง เช่น อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 6 เป็นต้น เนื่องจากการรับคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ไม่จำเป็นต้องรอให้รัฐทุกรัฐที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ เพียงแต่มีรัฐเพียงรัฐเดียวยอมรับเขตอำนาจศาลดังกล่าวก็สามารถรับคดีผู้กระบวนพิจารณาของศาลได้แล้ว ทั้งนี้รวมถึงคดีที่ขึ้นและอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลภายในของไทยด้วย ถ้ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยไม่สามารถดำเนินการให้เกิดความเป็นธรรมได้ ฉะนั้นประเทศไทยจึงควรต้องเร่งแก้กฎหมายและเพิ่มศักยภาพของกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับในระดับสากล⁸⁵

ทั้งนี้ข้อสังเกตจากการลงนามในธรรมนูญกรุงโรมฯ ประการหนึ่งคือ ก่อนที่รัฐจะให้แสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการให้สัตยาบัน ควรต้องพิจารณาทั้งข้อดีและข้อเสียของการเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญา และผลทางกฎหมายตามกฎหมายภายในและผลทางกฎหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากการให้สัตยาบันนั้นเป็นการกระทำโดยอิสระของรัฐ กล่าวคือ แม้รัฐจะได้ลงนามในสนธิสัญญาแล้ว แต่รัฐจะให้สัตยาบันหรือไม่ก็ได้ เนื่องจากไม่มีพันธกรณีใดๆ บังคับและไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญา อย่างไรก็ตามอาจส่งผลกระทบต่อการเมืองระหว่างประเทศได้ และหากรัฐให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีแล้ว รัฐย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปพันธกรณีตามธรรมนูญกรุงโรมฯ มิฉะนั้นหากฝ่าฝืนพันธกรณีดังกล่าวแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้⁸⁶

เนื่องจากการลงนามเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐผู้ลงนามยอมรับว่าสนธิสัญญาฉบับนั้นๆ มีข้อความถูกต้อง เนื้อหาตรงกันและเป็นต้นฉบับความตกลงขั้นสุดท้ายซึ่งผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาได้ลงนามที่ไหนและเมื่อไร ดังนั้นการที่ประเทศไทยได้ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมฯ ด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ย่อมแสดงให้เห็นว่าถึงความรับรู้และยอมรับถึงความมีอยู่ของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งได้บัญญัติคานียามไว้ในข้อ 6 ของธรรมนูญกรุงโรมฯ เช่น เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ความรับผิดชอบของผู้นำทางการเมืองและผู้นำทาง

⁸⁵ ทวยวรรณ เทพพิทักษ์ศักดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 82, น. 63.

⁸⁶ *เพิงอ้าง*, น. 64.

ทหาร การป้องกันและการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตลอดจนบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา หรือหลักการเกี่ยวกับการเสริมเขตอำนาจภายใน (Complementarity Principle) เป็นต้น ดังนั้นการลงนามในธรรมนูญกรุงโรมฯ จึงเป็นการแสดงออกซึ่งการยอมรับถึงความอยู่ของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ รวมทั้งแนวโน้มของทางปฏิบัติประเทศไทยคือการเข้าเป็นภาคีในธรรมนูญดังกล่าวในอนาคต แม้ว่าจนถึงปัจจุบันนี้ยังมิได้ให้สัตยาบันเพื่อเข้าเป็นภาคีก็ตาม แต่ก็เป็นที่นิมิตหมายอันดีในการยอมรับสถานะของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศของไทย ซึ่งรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตลอดจนการมีส่วนร่วมในการเจรจาและก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งการพัฒนาใกล้เคียงในการพิจารณาคดีและลงโทษปัจเจกชนที่ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศตามกฎหมายในระดับระหว่างประเทศ แม้ว่าภายหลังประเทศไทยจะมิได้ให้สัตยาบันก็ตาม

(ข) การรับรองกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของประเทศ

สำหรับการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของศาลไทยนั้น เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ถือตามหลักทวินิยม ดังนั้นหนังสือสัญญาจึงไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายไทยได้จนกว่ารัฐสภาจะออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีตามหนังสือสัญญา แต่จากการศึกษาพบว่าในทางปฏิบัติของศาลไทยมิได้เป็นไปตามหลักทวินิยมอย่างเคร่งครัดนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางปฏิบัติของการยอมรับและใช้บังคับหนังสือสัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) ที่เกิดขึ้นในศาลยุติธรรม กล่าวคือ ศาลยุติธรรมยอมรับและใช้บังคับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁸⁷ ในฐานะเป็นการรับรองถึงความมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยที่ไม่คำนึงว่าประเทศไทยเป็นภาคีในหนังสือสัญญานั้นหรือไม่ และในบางกรณีศาลยุติธรรมยังยอมรับผลบังคับของอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาในฐานะที่เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความหมายของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงทั่วไป (well-known Mark) ทั้งที่ประเทศไทยยังมิได้เป็นภาคีเช่นกัน⁸⁸

⁸⁷ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 อ้างใน อารยา สุขสม, “ปัญหาว่าด้วยกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในของไทย,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, เล่ม 3 (กันยายน-ธันวาคม 2551), น. 17.

⁸⁸ คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 8834/2542 อ้างใน เฟิงอ้าง.

จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมทั้งสองคดีนี้แสดงให้เห็นว่าศาลไทยได้ให้ความสำคัญแก่นหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือมีผลเป็นการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปเป็นพิเศษเพราะเหตุว่าหนังสือสัญญาเหล่านั้นมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้บังคับกับคดีได้โดยไม่คำนึงว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีในหนังสือสัญญาหรือไม่ และไม่คำนึงว่าพันธกรณีในหนังสือสัญญานั้นจะมีการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาหรือไม่ อย่างไรก็ดี ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมก็ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าศาลยุติธรรมยอมรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายเหล่านี้ในฐานะเป็นหนังสือสัญญาหรือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หนังสือสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งรับรองหรือก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ หรือหนังสือสัญญาซึ่งถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ เช่น อนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งหลายทั้งที่ประเทศไทยเป็นภาคีและไม่เป็นภาคี⁸⁹

ปัญหาว่าหลักกฎหมายทั่วไปนี้มีหมายความรวมถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ ในทางตำรามีการอธิบายแยกออกเป็นสองแนวทาง โดยแนวทางแรกอธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองหมายความว่าเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น และไม่อาจโยงไปถึงหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศและไม่รวมถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ส่วนแนวทางที่สองอธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มีได้มาจากหลักกฎหมายของประเทศไทยหรือจากประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่เป็นหลักกฎหมายที่รับรองหรือรับนับถือกันอยู่ทั่วไป และที่ว่าทั่วไปนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น แต่ถ้าหลักกฎหมายของประเทศใดตลอดจนของประเทศไทยเป็นที่รับรองนับถือกันทั่วไปแล้วก็ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไปจึงหมายความรวมถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศด้วย⁹⁰

⁸⁹ เฝิงอ๋าง , น. 17-18.

⁹⁰ เฝิงอ๋าง.

(ค) แนวคำพิพากษาของศาลไทย

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ถือตามหลักทวินิยม ดังนั้นหนังสือสัญญาจึงไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายไทยได้จนกว่ารัฐสภาจะออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีตามหนังสือสัญญา แต่จากการศึกษาพบว่าในทางปฏิบัติของศาลไทยมิได้เป็นไปตามหลักทวินิยมอย่างเคร่งครัดนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางปฏิบัติของการยอมรับและใช้บังคับหนังสือสัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) ที่เกิดขึ้นในศาลยุติธรรม กล่าวคือ ศาลยุติธรรมยอมรับและใช้บังคับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁹¹ ในฐานะเป็นการรับรองถึงความมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยที่ไม่คำนึงว่าประเทศไทยเป็นภาคีในหนังสือสัญญานั้นหรือไม่ และในบางกรณีศาลยุติธรรมยังยอมรับผลบังคับของอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาในฐานะที่เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความหมายของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงทั่วไป (well-known mark) ทั้งที่ประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีเช่นกัน⁹²

จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมทั้งสองคดีนี้แสดงให้เห็นว่าศาลไทยได้ให้ความสำคัญแก่หนังสือสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือมีผลเป็นการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปเป็นพิเศษ เพราะเหตุว่าหนังสือสัญญาเหล่านั้นมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้บังคับกับคดีได้โดยไม่คำนึงว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีในหนังสือสัญญาหรือไม่ และไม่คำนึงว่าพันธกรณีในหนังสือสัญญานั้นจะมีการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาหรือไม่ อย่างไรก็ดี ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมก็มิได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าศาลยุติธรรมยอมรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายเหล่านี้ในฐานะเป็นหนังสือสัญญาหรือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หนังสือสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งรับรองหรือก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบอบกฎหมายระหว่างประเทศ หรือหนังสือสัญญาซึ่งถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ เช่น อนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งหลายทั้งที่ประเทศ

⁹¹ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 อ้างใน เพิ่งอ้าง, น. 17.

⁹² คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 8834/2542 อ้างใน เพิ่งอ้าง.

ไทยเป็นภาคีและไม่เป็นภาคี กรณีนี้ศาลปกครองอาจนำกฎเกณฑ์ในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายเหล่านี้มาใช้บังคับในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองได้⁹³

ปัญหาว่าหลักกฎหมายทั่วไปนี้หมายความรวมถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ ในทางดำรามีการอธิบายแยกออกเป็นสองแนวทาง

แนวทางแรกเห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไป หมายความว่าเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น และไม่อาจโยงไปถึงหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศและไม่รวมถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

ส่วนแนวทางที่สองเห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มีได้มาจากหลักกฎหมายของประเทศไทยหรือจากประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่เป็นหลักกฎหมายที่รับรองหรือรับนับถือกันอยู่ทั่วไป และที่ว่าทั่วไปนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น แต่ถ้าหลักกฎหมายของประเทศใด ตลอดจนจนของประเทศไทยเป็นที่รับรองนับถือกันทั่วไปแล้วก็คือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไปจึงหมายความรวมถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศด้วย⁹⁴

4.4 แนวทางในการแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนของประเทศไทยเกี่ยวกับ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

4.4.1 กรณีที่ประเทศไทยเข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาฯ

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายในที่มีอยู่ของประเทศไทยยังไม่ค่อยมีความสอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าวเท่าที่ควร แนวทางในการแก้ปัญหาเรื่องการตรากฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยน่าจะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การออกกฎหมายใหม่ในรูปของพระราชบัญญัติเฉพาะหรือแก้ไขหรือเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้ครอบคลุมถึงการลงโทษผู้กระทำความผิด

⁹³ เฝิงอ๋าง, น. 17-18.

⁹⁴ เฝิงอ๋าง.

ในฐานะความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁹⁵ เพื่อให้กฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติของไทยสอดคล้องพันธกรณีของอนุสัญญาฯ และทำให้การบังคับการตามอนุสัญญาฯ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากระบบกฎหมายหลักในการจัดทำอนุสัญญาดังกล่าว โดยมากเป็นไปตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่กฎหมายไทยเป็นระบบซีวิลลอว์ จึงอาจมีแนวคิดเรื่องโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่แตกต่างจากระบบกฎหมายไทย เช่น ใน Article III เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกระทำที่สามารถลงโทษได้ เป็นต้น ซึ่งมีรายละเอียดดังที่ได้กล่าวข้างต้นในข้อ 4.2

4.4.2 กรณีที่ประเทศไทยมิได้เข้าภาคยานุวัติตามอนุสัญญาฯ

(ก) การรับรองให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในตามรัฐธรรมนูญของไทย

ประเทศไทยสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีบทบัญญัติรับรองให้หลักเกณฑ์ที่จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ยกตัวอย่างเช่น ในรัฐธรรมนูญเยอรมันหรือกฎหมายพื้นฐาน⁹⁶ กล่าวคือ ตามกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนีนั้นบัญญัติรับรองหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบ่อเกิดจากจากหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศโดยอาจเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศกรณีนี้มาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดว่า⁹⁷

“หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นสาระสำคัญของส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตของสหพันธ์”

การที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์และมีผลผูกพันประชาชนภายในรัฐทันที แสดงให้เห็นว่ากฎหมายพื้นฐานยอมรับว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศสามารถเข้ามาเป็นกฎหมายภายในได้โดยไม่ต้องออกกฎหมายภายในรองรับ จึงเท่ากับเป็นการก่อตั้งสิทธิและหน้าที่แก่ผู้อาศัยในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งอาจเป็นคนเยอรมันหรือเป็นคนต่างด้าวที่จะอาศัยสิทธิตาม

⁹⁵ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, *อ้างแล้ว เชงอรรถที่ 10*, น. 183.

⁹⁶ อารยา สุขสม, *อ้างแล้ว เชงอรรถที่ 88*, น. 22.

⁹⁷ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน *เพ็งอ้าง*, น. 20.

มาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานกล่าวอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาลเยอรมันเพื่อให้ได้แก่การกระทำของรัฐได้โดยตรง ศาลเยอรมันจึงอาศัยอำนาจตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอาจถูกรับรองหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยผลของสนธิสัญญามาใช้บังคับแก่คดีได้โดยตรง เช่น ในทางปฏิบัติของศาลเยอรมันหากเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งวางหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (international human rights treaties) ศาลเยอรมันสามารถนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดีได้โดยตรง (self-executing treaty)⁹⁸ ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์ (as fully binding part of federal law)⁹⁹

จะเห็นได้ว่าหากประเทศไทยรับรองหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศไว้ในรัฐธรรมนูญของไทยตามแนวทางที่ได้ยกตัวอย่างแล้ว แม้ว่าประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ และไม่มีกฎหมายภายในรับรองรับอนุสัญญาฯ ก็ตาม ซึ่งส่งผลเป็นการเพิ่มความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายในประเทศให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น¹⁰⁰ อย่างไรก็ตามในการใช้บังคับกฎหมายของศาลไทยนั้น ศาลไทยพึงต้องพิจารณากฎหมายภายในที่เป็นลายลักษณ์อักษรก่อนเสมอ หากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรอง ศาลไทยจึงสามารถใช้บังคับหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศได้ในลำดับถัดมาซึ่งได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบอบกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงหลักการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย (prohibition on genocide) ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*)

ดังนั้นเพื่อให้กฎหมายภายในของประเทศไทยมีความชัดเจนและหลีกเลี่ยงการที่ประเทศไทยจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ เพราะฝ่าฝืนจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทย จึงน่าจะมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยยอมรับถึงการมีผลใช้บังคับของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศไว้ด้วยเพื่อเปิดช่องให้ฝ่ายตุลาการไทยสามารถพิจารณายอมรับและบังคับให้เป็นไปตาม

⁹⁸ Stefan Oeter, "International Human Rights and National Sovereignty in Federal System :The German Experience," Wayne Law Review, 2001, <<http://international.westlaw.com>> , December 2007. อ้างใน เฟิงอ้าง, น. 22.

⁹⁹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน เฟิงอ้าง.

¹⁰⁰ เฟิงอ้าง, น. 22.

จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายภายในของไทยรองรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว¹⁰¹

**(ข) การบัญญัติให้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นฐานความผิดตาม
ประมวลกฎหมายอาญา**

ความผิดทางอาญาบางฐานประเทศไทยมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาเฉพาะนั้นโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม เพียงแต่เป็นข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งองค์การสหประชาชาติที่ขอความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาจากทุกประเทศ ตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1317 เมื่อวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 2001 กล่าวคือ “ขอให้ทุกประเทศร่วมมือดำเนินการป้องกันการก่อการร้าย รวมถึงการสนับสนุนทางทรัพย์สินหรือกรณีอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์จะนำไปใช้ดำเนินการก่อการร้ายหรือเป็นสมาชิกขององค์กรก่อการร้าย”¹⁰² ประเทศไทยจึงได้รับรองการกระทำผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายในฐานะอาชญากรรมระหว่างประเทศเฉพาะซึ่งอาชญากรรมซึ่งสมควรลงโทษเป็นการเฉพาะ¹⁰³ โดยการประกาศใช้ตามพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2546 ได้เพิ่มฐานความผิดก่อการร้ายในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 135/1-135/4 ทำให้ศาลไทยมีอำนาจพิจารณาคดี แม้การกระทำผิดจะมีได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักรและผู้เสียหายจะไม่มีสัญชาติไทยเลยก็ตาม อย่างไรก็ตามไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับการก่อการร้ายแต่ประการใด¹⁰⁴ ซึ่งกรณีของความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการก่อการร้าย อาจเป็นแนวทางให้มีการบัญญัติเป็นฐานความผิดหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานะอาชญากรรมซึ่งสมควรลงโทษเป็นการเฉพาะ

¹⁰¹ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55*, น. 128-129.

¹⁰² ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 120 ตอนที่ 76 ก วันที่ 11 สิงหาคม 2545
อ้างใน คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 388.

¹⁰³ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน *เพ็งอ้าง*, น. 388-398. และในปกป้อง ศรีสนิท. “กฎหมายปราบปรามการก่อการร้ายระหว่างประเทศ,” *วารสารวันรพี*, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (2548), น. 126-128.

¹⁰⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, *เพ็งอ้าง*, น. 124.

(ค) การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการใช้และการตีความกฎหมายของศาลไทย

ประการแรก การอุดช่องว่างของกฎหมายของศาลไทยตามประมวลกฎหมายอาญา สำหรับเขตอำนาจของศาลไทยในการพิจารณาคดีฐานความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ในกรณีที่ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่บุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดกระการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือ Article II และ Article III ตามอนุสัญญาดังกล่าว เป็นบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยหรือการกระทำผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทย ศาลไทยจะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีและลงโทษบุคคลดังกล่าวได้โดยใช้ฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้แก่ ความผิดต่อชีวิต ซึ่งหมายถึงความผิดฐานทำให้มนุษย์ถึงแก่ความตายโดยเจตนาและประมาท อันได้แก่ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 288, 289, 292, 293 และ 291 หรือความผิดต่อร่างกาย ซึ่งหมายถึงความผิดฐานทำร้ายมนุษย์โดยเจตนาและโดยประมาท อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391, 295-298, 290, 390 และมาตรา 300 เป็นต้น แล้วรัฐภาคีรัฐหนึ่งได้ดำเนินการตาม Article VI¹⁰⁵ ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์¹⁰⁶

ดังนั้นความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำการฆ่าคนหรือกลุ่มคนจำนวนมาก หรือก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงทางร่างกายหรือจิตใจต่อบุคคล ซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ตกเป็นเหยื่อของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การฆ่าคนตายถือเป็นความผิดในตัวเอง (*mala in se*) และการฆ่าคนตายในประมวลกฎหมายอาญาของไทยถือว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ดังนั้น กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลสัญชาติไทยหรือการกระทำผิดเกิดขึ้นในประเทศไทย ศาลไทยจึงอาจมีอำนาจในการพิจารณาคดีและลงโทษบุคคลผู้กระทำ

¹⁰⁵ Article VI: Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.

¹⁰⁶ กรรภิรมย์ สุทธนาวิณ, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 10, น. 168.

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในความผิดฐานฆ่าคนตายได้ โดยคำนึงถึงขอบเขตการใช้กฎหมายอาญาของไทยเป็นสำคัญ¹⁰⁷

ขอบเขตการใช้กฎหมายอาญา เมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายอาญาของไทยเกิดขึ้นและผู้กระทำความผิดอยู่ในประเทศไทย การใช้กฎหมายอาญาของไทยลงโทษผู้กระทำความผิด ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่ง 3 ประการดังนี้คือ

- 1) สถานที่ซึ่งการกระทำความผิดได้เกิดขึ้น
- 2) ลักษณะพิเศษของความผิดบางประเภท
- 3) สัญชาติของผู้กระทำความผิดหรือสัญชาติของผู้เสียหายหรือคุณสมบัติพิเศษ โดยเฉพาะของผู้กระทำความผิดและลักษณะของความผิด

ในกรณีเช่นนี้หากมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศไทยและคนไทยก็ย่อมที่จะใช้กฎหมายอาญาของไทยลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ หลักที่ใช้ในการพิจารณาเรื่องนี้มี 3 ประการคือ หลักดินแดน (territorial principle) หลักอำนาจสากล (universal principle) และหลักบุคคล (personal principle)

ขั้นตอนการวินิจฉัยว่าจะใช้กฎหมายอาญาของไทยแก่ผู้กระทำความผิดได้หรือไม่นั้น มีข้อพิจารณาดังนี้ คือ

- 1) ให้พิจารณาจากหลักดินแดนก่อน กล่าวคือ การกระทำความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักร หรือนอกราชอาณาจักรแต่คาบเกี่ยวกับราชอาณาจักรบางกรณี ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายจะเป็นคนสัญชาติใดๆ ก็ได้ หากการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายไทย ศาลไทยก็ลงโทษได้

- 2) ให้พิจารณาจากหลักอำนาจลงโทษสากลหรือหลักเขตอำนาจสากล กล่าวคือ การกระทำความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร แต่จะต้องมิใช่ในสถานที่ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักร เช่น เรือไทย อากาศยานไทย และมีใช้กรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5 และมาตรา 6 ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายจะเป็นคนสัญชาติใดๆ ก็ได้ โดยจำกัดเฉพาะความผิดต่อความมั่นคงทางการเมือง เศรษฐกิจ และการกระทำอันเป็นโจรสลัดในทะเลหลวง ศาลไทยมีอำนาจลงโทษได้ตามหลักเขตอำนาจลงโทษสากล

- 3) ให้พิจารณาจากหลักบุคคล กล่าวคือ การกระทำความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรและผู้กระทำความผิดต้องเป็นคนไทย หรือคนไทยหรือรัฐบาลไทยเป็นผู้เสียหายและจำกัดประเภท

¹⁰⁷ เฟิงอ้าง.

ของความผิดเฉพาะที่ระบุไว้ในมาตรา 8 อนุมาตรา 1-13 เท่านั้น นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลไทย ในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 9 หากพิจารณาแล้วไม่เข้าหลักใดหลักหนึ่งในสามหลัก ก็หมายความว่า จะใช้กฎหมายอาญาของไทยแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้

ประการที่สอง การอุดช่องว่างพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา พ.ศ. 2535 ในประเด็นความผิดทางการเมืองซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่รัฐผู้รับคำร้องขอไม่จำเป็นต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 9 วรรค 2 (3) พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนฯ โดยในทางปฏิบัติแต่ละประเทศยังไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจนว่าความผิดทางการเมือง (political offence) นั้นกำหนดขอบเขตมากน้อยเพียงใด บางประเทศอาจวิเคราะห์อย่างกว้างรวมถึงเจตนาของผู้กระทำความผิด (motive of the offender) วัตถุประสงค์ของการกระทำความผิด (purpose of the offence) ผลของการกระทำความผิด (effect of the offence)เหยื่อหรือผู้ได้รับผลกระทบของการกระทำความผิด (identity of the victim) หรือแม้แต่เรื่องสิทธิมนุษยชนหรือเสรีภาพในระบบประชาธิปไตย รวมถึงเรื่องความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างประเทศแต่ละประเทศตั้งนั้น หากตีความข้อยกเว้นของคดีการเมืองเพื่อเลียงจะไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้ กว้างเกินไปแล้ว จะเท่ากับเป็นการใช้ข้อยกเว้นนี้เกินขอบวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 3 แห่งสนธิสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน¹⁰⁸ แม้ว่าไทยมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวก็อาจให้ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาและส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (reciprocity) ได้ รวมถึงการรับรองว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และความผิดที่เกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นความผิดทางการเมืองเพื่อไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนตาม Article VI วรรคแรก¹⁰⁹ ของอนุสัญญาฯ เพื่อเป็นการร่วมมือกันรักษาระบบกระบวนการยุติธรรมและการบังคับใช้กฎหมายให้สัมฤทธิ์ผล ซึ่งเป็นเป้าหมายร่วมกันของประชาคมโลก เพราะหากไม่มีการร่วมมือกันในการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน เพื่อให้ผู้ประกอบอาชญากรรมได้ถูกส่งตัวไปลงโทษในความผิดที่เขาได้ก่อไว้แล้ว ผู้กระทำความผิดจะสามารถ

¹⁰⁸ พรวิชัย มะกรวัฒน์, “ปัญหาข้อกฎหมาย ในคดีส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน, (21 สิงหาคม 2550), น. 6.

¹⁰⁹ “Genocide and the other acts enumerated in article III shall not be considered as political crimes for the purpose of extradition.”

หลบหนีจากการถูกลงโทษได้ ซึ่งจะทำให้กระบวนการบังคับใช้กฎหมายต้องเสียไป และย่อมส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคมส่วนรวม เจตนารมณ์ของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นก็เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยให้แก่ สังคม ซึ่งทุกประเทศในโลกจำเป็นต้องมีส่วนร่วมด้วยเท่าที่เกี่ยวข้องกับตน ทุกประเทศต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการปราบปรามอาชญากรรมและต้องไม่ยินยอมให้ผู้กระทำความผิดทางอาญาจากประเทศหนึ่งหลบหนีมาซ่อนตัวอยู่ในดินแดน ประเทศของตน ทั้งนี้เพื่อความสงบสุขของสังคมประชาชาติ ประกอบกับเพื่อให้กฎหมายและศาลเป็นที่เคารพของประชาชนสืบต่อไป

ประการที่สาม การอุดช่องว่างของกฎหมายของศาลไทยตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวผูกพันรัฐทั้งหมดรวมทั้งประเทศไทยด้วย ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ดังนั้นแม้ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาประเทศไทยย่อมผูกพันตามหลักของกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่ผูกพันรัฐทุกรัฐเป็นการทั่วไป แม้รัฐดังกล่าวจะมีใช้รัฐภาคี

ในการอุดช่องว่างของกฎหมายหากมีคดีเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นสู่ศาลไทย และประเทศไทยมิใช่ภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว แม้ว่าในมาตรา 4¹¹⁰ ในหมวด 1 บททั่วไป และมาตรา 28¹¹¹ ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

¹¹⁰ มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

¹¹¹ มาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ไทย พ.ศ. 2550 จะได้รับรองเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลไว้ แต่มิได้บัญญัติถึงสิทธิมนุษยชนไว้แต่อย่างใด แม้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่อาจไม่ครอบคลุมประเด็นทั้งหมดที่เป็นสาระสำคัญของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ รวมทั้งการกลับไปพิจารณาหลักทั่วไปทางแพ่งตามมาตรา 4¹¹² บรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งยังคงมีปัญหาในการใช้และการตีความคำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ครอบคลุมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ จึงเห็นได้ว่า แม้มาตราดังกล่าวจะเป็นแนวทางหนึ่งที่ศาลไทยอาจนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการค้นหากฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย แต่ยังไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะนำมาใช้ตีความโดยเทียบเคียงกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ เนื่องจากอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำ ความผิดทางอาญาซึ่งต้องมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้โดยชัดแจ้งจึงจะเป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen nulla poena sine lege* หรือ *no crime no punishment without law*)”

ส่วนทางปฏิบัติประเทศไทยเกี่ยวกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนี้ ได้มีการนำไปปรับใช้ในศาลคดีอาชญากรรมสงครามตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งตราขึ้นภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สงบลงและบัญญัติขึ้นเพื่อดำเนินคดีต่อจอมพล ป. พิบูลย์สงครามนายกรัฐมนตรีในขณะนั้นและผู้บัญชาการทหารสูงสุดกับพวก นับเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้อำนาจศาลไทยพิจารณาคดีฐานความผิดอาชญากรรมสงคราม วางหลักเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลซึ่งถือเป็นความผิดตามกฎหมายไทย คือ การทำหรือวางแผนการทำสงคราม รุกราน การกระทำละเมิดต่อกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม การกระทำละเมิดต่อมนุษยธรรม

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้”

¹¹² มาตรา 4 วรรคสองประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีความช่วยเหลือให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ในทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ ดังนั้น บุคคลที่ต้องคำพิพากษาว่าเป็นอาชญากรสงคราม ซึ่งกระทำ ความผิดตามมาตรา 3 จะต้องได้รับโทษตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 คือ ประหารชีวิต จำคุกตลอด ชีวิต หรือจำคุกไม่เกิน 20 ปี และทรัพย์สินส่วนตัวของผู้กระทำผิดให้ริบเสียและให้ศาลมีคำ พิพากษาเพิกถอนสิทธิออกเสียงตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งมีกำหนด 12 ปี นับแต่วันพ้นโทษ ด้วย อย่างไรก็ตามก็ดีพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติให้ยกเลิก พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 พ.ศ. 2510 เนื่องจากเป็นการบัญญัติขัดหลักการ กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง กล่าวคือ ได้บัญญัติให้ความผิดอาชญากรสงครามย้อนหลังไปเกือบไม่มี วันสิ้นสุด¹¹³ และด้วยเหตุดังกล่าวที่หลักการของพรบ.ขัดกับรัฐธรรมนูญ จึงเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้อง พันโทพระสารสาสน์พลขันธ์ในคดีอาชญากรสงครามตามคำพิพากษาคดีอาชญากรสงครามที่ 1/2489 โดยศาลให้เหตุผลว่า “กฎหมายใดบัญญัติย้อนหลังลงโทษการกระทำ...ที่แล้วมา ย่อมขัด ต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 14 กฎหมายนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ จะใช้บังคับไม่ได้”¹¹⁴ จึงใช้ลงโทษจำเลย ไม่ได้

¹¹³ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 184.

¹¹⁴ คำพิพากษาคดีอาชญากรสงครามที่ 1 /2489