

ความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีคดีพลเอกอภุสโต ปิโนเช่



นางสาวศรันยา สีมา

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2545

ISBN 974-17-2420-9

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

SOVEREIGN IMMUNITY AND INTERNATIONAL CRIMES : A STUDY OF THE GENERAL
AUGUSTO PINOCHET CASE



Miss Sarunya Seema

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2002

ISBN 974-17-2420-9

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ : ศึกษา
กรณีคดีพลเอกอภุสโต ปิโนเช่
โดย นางสาวศรันยา สี่มา
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุผานิต เกิดสมเกียรติ
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม (ถ้ามี) --

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วน
หนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์วิฑิต มันทาภรณ์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุผานิต เกิดสมเกียรติ)

..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติवासะ)

..... กรรมการ
(พันเอกกฤษณะ บวรรัตนารักษ์)

ศรันยา สีมา : ความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ : ศึกษากฎ
คดีพลเอกออกุสโต ปิโนเช่

(SOVEREIGN IMMUNITY AND INTERNATIONAL CRIMES : A STUDY OF THE
GENERAL AUGUSTO PINOCHET CASE)

อ.ที่ปรึกษา : ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุผานิต เกิดสมเกียรติ, 307 หน้า.

ISBN 974-17-2420-9.

อาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นการกระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อ
สังคมระหว่างประเทศโดยรวม กฎหมายระหว่างประเทศจึงได้กำหนดให้รัฐต่างๆ ในสังคมระหว่างประเทศมีพันธ
กรณีทั้งตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและตามข้อตกลงระหว่างประเทศ โดยรัฐสามารถใช้ดุล
อาณาของรัฐตามหลักสากลในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความอาชญากรรมนั้นได้ แม้รัฐนั้นจะไม่มีจุดเกาะ
เกี่ยวได้กับการกระทำความอาชญากรรมนั้นเลย และยังสามารถดำเนินการส่งตัวผู้กระทำความอาชญากรรมนั้นข้ามแดนไป
ยังรัฐอื่นที่ประสงค์จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความอาชญากรรมนั้นได้ ไม่ว่าผู้กระทำความอาชญากรรมนั้นจะเป็นผู้นำรัฐก็
ตาม ตามหลัก *Aut Dedere Aut Judicare*

แต่เนื่องจากผู้นำรัฐนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลที่มีสถานะพิเศษและได้รับความคุ้มกันจาก
การใช้ดุลอาณาของรัฐอื่นในฐานะที่เป็นอธิปไตยตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ หลักความคุ้มกัน
ของผู้นำรัฐนี้จึงเป็นอุปสรรคที่สำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ไม่สามารถนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีและลงโทษในการ
กระทำความอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ นอกเหนือจากปัญหาที่เกิดจากการขาดหรือความไม่เพียงพอของบท
บัญญัติของกฎหมายภายใน ปัญหาการแทรกแซงทางการเมือง และปัญหาที่เกิดจากประสิทธิภาพของกระบวนการ
การยุติธรรมภายในรัฐ เนื่องจากไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ดังเช่นในกรณีการดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโน
เช่ อดีตผู้นำของประเทศชิลีโดยศาลภายในของรัฐต่างๆ

อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าหลักความคุ้มกันของผู้นำรัฐเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นจะมี
ความชัดเจนมากขึ้นในปัจจุบันโดยผลของธรรมเนียมศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ความชัดเจนนี้คงมีแต่เพียง
เฉพาะกรณีของอาชญากรรมรุกราน อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมฆ่าล้าง
เผ่าพันธุ์เท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีอาชญากรรมข้ามชาติด้วย หลักความคุ้มกันของผู้นำรัฐจึงยังคงเป็นปัญหาสำหรับ
การดำเนินคดีกับผู้นำรัฐต่อไป ซึ่งในการศึกษาวิจัยนี้จะได้เสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาต่างๆที่เป็นอุปสรรค
ในการนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีและลงโทษดังที่กล่าวมาข้างต้น เพื่อให้สามารถนำตัวผู้นำรัฐที่กระทำความอา
ชญากรรมระหว่างประเทศมาดำเนินคดีและลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะส่งผลให้การปราบปรามอาชญา
กรรมระหว่างประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต.....

ปีการศึกษา2545..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

4286120134 : MAJOR LAWS

KEYWORD : PINOCHET / SOVEREIGN IMMUNITY / INTERNATIONALS CRIMES

SARUNYA SEEMA : SOVEREIGN IMMUNITY AND INTERNATIONAL CRIMES :

A STUDY OF THE GENERAL AUGUSTO PINOCHET CASE. (ความคุ้มกันของผู้นำ
รัฐกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีคดีพลเอกออสโต ปิโนเช่)

THESIS ADVISOR : ASSIST. PROF. SUPHANIT KIRDSOMKIAT, 307 pp.

ISBN 974-17-2420-9.

International crimes are severe criminal offences and effected to the international community as a whole. International law therefore determines States, in the international community, to be obliged to the international customary laws and international agreements. States can exercise their universal jurisdiction over the international crimes regardless their links with such crimes. Moreover, States can extradite the offenders, even Head of States, to another State intending to prosecute him, these are under the principle of Aut Dedere Aut Judicare.

According to the International law, the Head of States have the special status : the sovereign immunity, which is the important obstacle to prosecute and punish the Heads of States who commits the international crimes. Other obstacles are the absence or inadequate of municipal legislation, the politic interference, and the unefficiency of the domestic administration of justice. These obstacles are clearly shown in the prosecution of General Augusto Pinochet, the former President of Chile, in domestic courts.

Now the affect of the Rome Statute of International Criminal Court 1998, the sovereign immunity is more clearly stipulated. However, such statute is only limited to War crimes, Crimes against humanity, Genocide and Aggression, not to the transnational crimes. Thus, the sovereign immunity is still the problem for prosecuting the Head of state, This research is therefore given to provide the readers with suggestion for solutions to the aforementioned problems for the purpose of the efficiency of prosecution and punishment to the Head of States committing the international crimes these make the elimination of such crimes more effectively.

Field of study.....Laws..... Student's signature.....

Academic year.....2002..... Advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จเป็นรูปเล่มสมบูรณ์ได้ ก็เนื่องมาจากการช่วยเหลือและสนับสนุนของบุคคลหลายท่าน อันดับแรกผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์สุผานิต เกิดสมเกียรติ ที่ท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยตลอดเวลาในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านได้กรุณาให้คำปรึกษา และคำชี้แนะอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง นอกจากนั้นแล้วท่านยังได้สละเวลาอ่าน ตรวจสอบ และแก้ไขเนื้อหาวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในเรื่องต่างๆ ทั้งในเรื่องของการศึกษา การเขียนวิทยานิพนธ์และหน้าที่การงาน ซึ่งความกรุณาของท่านเป็นส่วนสำคัญที่ผลักดันให้ผู้เขียนมีความมานะพยายามและมุ่งมั่นในการทำวิทยานิพนธ์ จนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ได้ในที่สุด

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์วิทิต มั่นตาภรณ์ , รองศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุบันนท์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ, พันเอกกฤษณะ บวรรัตนารักษ์ คณะกรรมการวิทยานิพนธ์ และอาจารย์ ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์ คณะกรรมการโครงร่างวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้สละเวลาอันมีค่ากรุณาเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์และกรรมการโครงร่างวิทยานิพนธ์ตามลำดับ โดยในการนี้คณะกรรมการทุกท่านได้กรุณาให้คำปรึกษาและคำชี้แนะที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ส่งผลให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหาสาระสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบูรพาจารย์ทุกท่านที่อบรม สั่งสอน และให้ความรู้แก่ผู้เขียนในด้านต่างๆ ตั้งแต่ระดับชั้นปฐมวัยเรื่อยมาจนถึงชั้นอุดมศึกษา ขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์จันตรี สินศุภฤกษ์, คุณศิริอาบทิพย์ และพี่ที่สำนักงานศิริกฐหมาย, คุณกิตติ ไอสถเจริญผล, คุณทรงยศ ลังการพิณรุฑ์ และพี่ๆ เพื่อนๆ น้องๆ ที่ไม่สามารถเอ่ยนามได้ทั้งหมด ซึ่งคอยไต่ถามถึงความคืบหน้าในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งให้ความช่วยเหลือในเรื่องของข้อมูลในการทำวิทยานิพนธ์

ที่สำคัญที่สุดผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อบิดา มารดา ที่ท่านได้กรุณาอุปถัมภ์ที่ยิ่งใหญ่ที่สุดในชีวิตให้แก่ผู้เขียน คอยเป็นกำลังใจและอบรมสั่งสอนผู้เขียนทั้งในเรื่องจรรยาบรรณและศีลธรรม อีกทั้งให้การสนับสนุนและให้โอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียนด้วยดีตลอดมา ขอขอบคุณน้องสาวของผู้เขียนที่คอยเป็นกำลังใจและช่วยดูแลในเรื่องต่างๆ โดยเฉพาะในเรื่องสุขภาพของผู้เขียน ขอขอบพระคุณ คุณภัทราวดี สวัสดิพงษ์ และครอบครัว ซึ่งถือเป็นครอบครัวที่สองของผู้เขียน ที่ได้ให้ความช่วยเหลือในเรื่องต่างๆ เป็นที่พิศพิงใจ และคอยให้กำลังใจแก่ผู้เขียนเสมอมาในยามที่ผู้เขียนท้อแท้ จนทำให้ผู้เขียนมีกำลังใจต่อสู้ฟันฝ่าอุปสรรคทั้งหลายได้สำเร็จลุล่วงตลอดมา

อนึ่งความผิดพลาดทั้งปวงที่ปรากฏอยู่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขออภัยไว้แต่เพียงผู้เดียว

ศรินยา สีมา

พฤษภาคม 2546

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฐ

บทที่

1	บทนำ.....	1
	1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
	2. สมมติฐานของการวิจัย.....	5
	3. วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	5
	4. ขอบเขตของการวิจัย.....	6
	5. วิธีการศึกษาวิจัย.....	6
	6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2	อาชญากรรมระหว่างประเทศ ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลเหนืออาชญากรรม ระหว่างประเทศ และความรับผิดชอบของปัจเจกชนในทางระหว่างประเทศ.....	8
	1. อาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	8
	1.1 ลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	8
	1.2 ประเภทของอาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	11
	1.3 ลักษณะการกระทำและลักษณะทางกฎหมายของอาชญากรรมระหว่าง ประเทศ.....	14
	1.3.1 ลักษณะการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	15
	1.3.2 ลักษณะทางกฎหมายของอาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	21
	2. การใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	27
	2.1 การปรับใช้ดุลอาณาของรัฐเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	28
	2.1.1 การใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักดินแดน.....	28
	2.1.2 การใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักสัญชาติผู้กระทำความผิด.....	29
	2.1.3 การใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักสัญชาติผู้เสียหาย.....	29

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.1.4	การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักป้องกัน..... 29
2.1.5	การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากล..... 30
2.2	วิวัฒนาการของดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากล..... 31
2.3	ประเภทของการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากล..... 33
2.3.1	ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลอันเนื่องมาจาก จารีตประเพณีระหว่างประเทศ..... 33
2.3.2	ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลอันเนื่องมาจากข้อตกลง ระหว่างประเทศ..... 34
3.	ความรับผิดชอบของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ..... 35
3.1	สถานะทางกฎหมายของปัจเจกชนในทางระหว่างประเทศ..... 45
3.2	ความรับผิดชอบของปัจเจกชนในการกระทำอาชญากรรมระหว่าง ประเทศ..... 40
3	ความคุ้มกันของผู้นำรัฐ..... 45
1.	ความคุ้มกันของรัฐ..... 45
1.1	แนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของความคุ้มกันของรัฐ..... 47
1.2	ทฤษฎีเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ..... 48
2.	ความคุ้มกันทางการทูต..... 51
3.	ความคุ้มกันของอธิปไตย..... 53
3.1	แนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของความคุ้มกันของผู้นำรัฐ..... 53
3.2	ความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของอธิปไตยกับความคุ้มกันของรัฐและ ความคุ้มกันทางการทูต..... 55
4.	ประเภทความคุ้มกันของผู้นำรัฐ..... 56
4.1	ความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคล..... 58
4.2	ความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณี..... 62
5.	ข้อจำกัดในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่อรัฐต่างประเทศ..... 68
5.1	การสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐ..... 68
5.2	การกระทำในทางการค้าพาณิชย์และในทางส่วนตัว..... 73
5.3	การกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ..... 75

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
6. ทฤษฎีการไม่ถูกลงโทษในการกระทำผิด.....	83
6.1 การยกเว้นโทษโดยพฤตินัย.....	83
6.2 การยกเว้นโทษโดยนิตินัย.....	84
4 กรณีศึกษาและปัญหาในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรม ระหว่างประเทศ.....	89
1. การดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่.....	89
1.1 การดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่ ในสหราชอาณาจักร.....	92
1.1.1 Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet Ugarte.....	94
1.1.2 Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others; Ex Parte Pinochet Ugarte (No.1).....	102
1.1.3 Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others; Ex Parte Pinochet Ugarte (No.2).....	107
1.1.4 Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others; Ex Parte Pinochet Ugarte (No.3).....	108
1.2 การดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่ ในประเทศชิลี.....	117
2 ปัญหาที่ทำให้ไม่สามารถนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีและลงโทษในการ กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยศาลภายในของรัฐ.....	122
2.2 ปัญหาการขาดบทบัญญัติของกฎหมายภายใน.....	122
2.2.1 ปัญหาเนื่องจากการขาดคำนิยามของอาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	122
2.2.2 ความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติของกฎหมายภายในกับหลัก เกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ.....	124
2.2.3 ปัญหาการขาดบทบัญญัติของกฎหมายรับรองการใช้ดุลอาณา ของรัฐตามหลักสากลเหนือการกระทำอาชญากรรมระหว่าง ประเทศ.....	125
2.3 ปัญหาจากการที่ผู้นำรัฐยกความคุ้มกันขึ้นกล่าวอ้างต่อศาลภายใน ของรัฐ.....	126

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.3.1 ปัญหาจากการไม่มีกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องกับความ คุ้มกันของผู้นำรัฐ.....	127
2.3.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติของกฎหมายภายใน ที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐ.....	128
2.4 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐ.....	129
2.3.1 ปัญหาการแทรกแซงทางการเมือง.....	130
ก. การแทรกแซงที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการเริ่มต้นสอบสวนคดี.....	130
ข. การแทรกแซงในขั้นตอนของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน.....	131
ค. การแทรกแซงในขณะที่พิจารณาคดี.....	132
2.3.2 ปัญหาที่เกิดจากเจตจำนงของรัฐที่ไม่ดำเนินคดีกับผู้นำรัฐในการ กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	132
2.5 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรากฏตัวของผู้กระทำความผิด.....	134
2.6 ปัญหาที่เกิดจากตัวผู้นำรัฐซึ่งกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเอง.....	136
2.5.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากสถานะของผู้นำรัฐ.....	136
2.5.2 ปัญหาเกี่ยวกับปัจจัยทางกายภาพอื่น.....	139
3. ประเทศไทยกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	139
5 แนวทางในการแก้ไขปัญหาการไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐในการ กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ.....	146
1. การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมาย.....	146
1.1 การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่าง ประเทศ.....	146
1.1.1 การแก้ไขปัญหาในระดับภูมิภาค.....	147
1.1.2 การแก้ไขปัญหาในระดับระหว่างประเทศ.....	147
1.2 การปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ ความคุ้มกันของผู้นำรัฐ.....	149
1.2.1 การแก้ไขปัญหาในระดับภูมิภาค.....	150
1.2.2 การแก้ไขปัญหาในระดับระหว่างประเทศ.....	151

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2. การจัดตั้งองค์กรทางศาลเพิ่มเติม.....	153
2.1 ในระดับภูมิภาค.....	153
2.1.1 ศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกา.....	153
2.1.2 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป.....	155
2.2 ในระดับระหว่างประเทศ.....	156
2.2.1 การดำเนินคดีโดยศาลพิเศษ.....	157
ก. ศาลพิเศษในประเทศกัมพูชา.....	157
ข. ศาลพิเศษสำหรับเชียร์รา ลีโอน.....	159
2.2.2 การดำเนินคดีโดยศาลระหว่างประเทศชั่วคราว.....	162
ก. ศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูแรมเบิร์ก.....	162
ข. ศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล.....	163
ค. ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดินแดนอดีต ประเทศยูโกสลาเวีย.....	164
ง. ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับรวันดา.....	165
2.3 การดำเนินคดีโดยศาลระหว่างประเทศถาวร.....	167
2.4 การดำเนินคดีโดยศาลประชาสังคม.....	171
6 บทสรุปและเสนอแนะ.....	177
1. บทสรุป.....	177
2. ข้อเสนอแนะ.....	181
รายการอ้างอิง.....	184
ภาคผนวก.....	198
ก. Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful act s 2001.....	199

สารบัญ (ต่อ)

บทที่

หน้า

๒. Articles of Cooperation Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia [in/Concerning] the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea.....	218
๓. Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea.....	235
๔. Draft Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea 2003.....	260
๕. Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone.....	281
๖. Statute of the Special Court for Sierra Leone.....	294
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	308

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญตาราง

ตาราง

หน้า

- 1 ตารางสรุปปัญหาที่ทำให้ศาลภายในของรัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับ
ผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้..... 140



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

อาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมสงคราม เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งเป็นการละเมิดหลักสิทธิมนุษยชน ศีลธรรมอันดี และหลักมนุษยธรรม รวมทั้งเป็นการทำลายสันติภาพและความสงบสุขของสังคมโลกอย่างร้ายแรงอีกด้วย อาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้เกิดขึ้นในสังคมโลกมาเป็นเวลายาวนานและยังคงปรากฏให้เห็นอยู่บ่อยครั้งในปัจจุบัน ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะกระทำโดยผู้นำรัฐโดยการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมักจะเป็นไปในรูปแบบของการใช้อำนาจบังคับบัญชาออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชากระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่นกรณีที่ประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู บุช ประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำสั่งให้กองกำลังทหารของฝ่ายพันธมิตรบุกเข้าไปในดินแดนของประเทศอิรัก โดยอ้างว่าการกระทำดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อโค่นล้มประธานาธิบดีซัดดัม ฮุสเซน ผู้นำของอิรัก เพื่อปลดปล่อยพลเมืองชาวอิรักจากการปกครองแบบเผด็จการทหาร ทั้งที่การกระทำของประธานาธิบดีบุชนั้นไม่มีความชอบธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในปีค.ศ.2003 ดังนั้นแนวทางในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศดังกล่าวให้หมดสิ้นไปจากสังคมโลก ก็คือการนำตัวผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งก็คือผู้นำรัฐมาดำเนินคดีและลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพนั่นเอง

แต่เนื่องจากรัฐทุกรัฐต่างก็มีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เป็นของตนเอง และมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน (Equality) ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ส่งผลให้รัฐทุกรัฐในสังคมระหว่างประเทศ มีสถานะเท่าเทียมกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่มีรัฐใดสามารถใช้อำนาจของตนเหนือรัฐต่างประเทศอื่นได้ เพราะจะเป็นการแทรกแซงและ

* คำว่า "ดุลอาณาของรัฐ" นั้น มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า "เขตอำนาจของรัฐ" ซึ่งแปลมาจากคำภาษาอังกฤษว่า "State Jurisdiction" แต่เมื่อก้าวถึงคำว่า "State Jurisdiction" โดยใช้อำนาจรัฐแทนแล้ว มักเกิดความเข้าใจผิดว่าหมายถึงความถึงเฉพาะเขตอำนาจศาลหรืออำนาจศาลเท่านั้น ซึ่งเป็นความหมายที่แคบกว่าคำว่า "State Jurisdiction" มาก เนื่องจากคำในภาษาอังกฤษนี้ มิได้หมายความว่าถึงเฉพาะแต่เขตอำนาจศาลเท่านั้น แต่หมายรวมถึงอำนาจบังคับ

ก้าวก้าวกิจการภายในของรัฐต่างประเทศอื่น เป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น รัฐทุกรัฐต่างก็ได้รับความคุ้มกันของรัฐ (*State Immunity*) จากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น แต่เนื่องจากรัฐเป็นเพียงองค์กรทางนิติบัญญัติที่ไม่มีชีวิต และไม่สามารถดำเนินกิจการต่างๆได้ด้วยตนเอง จึงจำเป็นต้องมีปัจเจกชนหรือบุคคลธรรมดาเป็นผู้นำดำเนินกิจการต่างๆของรัฐแทนรัฐ ซึ่งบุคคลดังกล่าวก็คือผู้นำรัฐนั่นเอง โดยผู้นำรัฐจะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐ และถือว่าการกระทำของผู้นำรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ราชการเป็นการกระทำของรัฐด้วย ซึ่งในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแทนรัฐนี้ ผู้นำรัฐอาจเป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเองหรือจะใช้อำนาจตามหน้าที่สั่งการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำการแทนก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดมีแนวความคิดที่ให้การยอมรับว่าผู้นำรัฐเป็นบุคคลคนเดียวกับรัฐขึ้นมา¹ ส่งผลให้ผู้นำรัฐก็ได้รับความคุ้มกันจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นด้วยเช่นเดียวกับรัฐ เนื่องจากถือได้ว่าการกระทำของผู้นำรัฐเป็นการกระทำของรัฐ (*Act of State*) นั่นเอง

ด้วยเหตุนี้เองเมื่อมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลภายในของรัฐต่างประเทศ กล่าวหาว่าผู้นำรัฐได้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ เพื่อร้องขอให้ศาลดำเนินคดีกับผู้นำรัฐต่างประเทศนั้น ผู้นำรัฐต่างประเทศก็มักจะกล่าวอ้างต่อศาลภายในของรัฐนั้นว่าตนเองได้รับความคุ้มกันจากการใช้อำนาจอธิปไตยของศาลภายในของรัฐ (*Sovereign Immunity*) ในฐานะผู้นำรัฐตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ จึงไม่ต้องถูกดำเนินคดีในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศของตนตามที่ถูกกล่าวหา ศาลภายในของรัฐไม่มีอำนาจอธิปไตยที่จะพิจารณาคดีได้ แต่เนื่องจากอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศว่าเป็นอาชญากรรมที่ร้าย

บัญชาตามกฎหมายของฝ่ายบริหารด้วย ด้วยเหตุนี้ที่ประชุมของคณะกรรมการบัญญัติศัพท์ของราชบัณฑิตยสถาน จึงเห็นควรให้มีการบัญญัติศัพท์ในภาษาไทยขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาคำความไม่ชัดเจน โดยบัญญัติให้ใช้คำว่า “ดุลอาณา” ซึ่งแปลว่าอำนาจอธิปไตยตามกฎหมายขึ้นมาใช้แทนคำว่า “เขตอำนาจรัฐ” แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายของไทยส่วนใหญ่ยังคงคุ้นเคยกับคำว่า “เขตอำนาจรัฐ” มากกว่าคำว่า “ดุลอาณา” แต่ที่ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “ดุลอาณา” ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็เนื่องจากเป็นคำที่มีความหมายชัดเจนที่สุดของคำว่า “*State Jurisdiction*” ซึ่งคำว่าดุลอาณานี้มีปรากฏให้เห็นอยู่ในตำราทางกฎหมายหลายเล่ม เช่น คู่มือนักศึกษากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (ภาคสันติ) ของอาจารย์ภาสกร ชุณหะวัณ และกฎหมายระหว่างประเทศของอาจารย์พนิต สุริยะ เป็นต้น

¹Michael P. Davis, “Accountability and Leadership : Impugning Sovereign Immunity,” *Illinois Law Review* (1999) :1363.

แรง กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของสังคมระหว่างประเทศ รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้โดยเด็ดขาด หากรัฐใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวก็必将มีความรับผิดชอบ แต่เนื่องจากรัฐเป็นเพียงองค์กรหนึ่งไม่มีชีวิตดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงทำให้เกิดแนวความคิดและแนวปฏิบัติต่อมาว่า แท้ที่จริงแล้วอาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดจากการกระทำของปัจเจกชน มิใช่เกิดจากการกระทำของสิ่งที่ไม่มีชีวิต เช่นรัฐ² ดังนั้นปัจเจกชนผู้ซึ่งกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศต่างหากที่มีความรับผิดชอบต้องถูกดำเนินคดีและลงโทษ แม้ปัจเจกชนนั้นจะเป็นผู้นำรัฐก็ไม่สามารถกล่าวอ้างตำแหน่งหน้าที่ทางราชการ หรือความคุ้มกันของตนที่ได้รับจากกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาลภายในของรัฐต่างประเทศ เพื่อให้พ้นความรับผิดชอบได้ แต่แนวทางปฏิบัติในการลงโทษปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้นั้นยังคงมีปัญหาบางประการ ดังนั้นในบางกรณีจึงทำให้ผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่ถูกลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศของตน ทั้งนี้เนื่องมาจากสาเหตุหลายประการ อาทิเช่น การลี้ภัยทางการเมืองของผู้ผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศจากรัฐที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นไปยังรัฐที่สามที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำผิด ซึ่งรัฐที่สามนั้นมักจะเป็นรัฐที่มีความสัมพันธ์อันดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น หรือไม่ก็มักจะเป็นรัฐที่กระบวนกรยุติธรรมภายในรัฐไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ เช่นในกรณีของอดีตประธานาธิบดี *Idi Amin* ที่มีส่วนร่วมในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในอูกันดาในช่วงปี ค.ศ.1971 ถึง ค.ศ.1972 ซึ่งปัจจุบันพักอาศัยอยู่ในประเทศซาอุดีอาระเบีย, ประธานาธิบดี *Mengistu Haile Mariam* ของเอธิโอเปีย ซึ่งมีส่วนในการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในประเทศเอธิโอเปีย ในช่วงปี ค.ศ.1977 ถึง ค.ศ.1978 ปัจจุบันได้ลี้ภัยทางการเมืองไปพักอาศัยอยู่ในประเทศซิมบับเว, *Jean-claude Duvalier* อดีตผู้นำของเฮติในการมีส่วนร่วมในการอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเฮติ ในช่วงที่ดำรงตำแหน่งอยู่ระหว่างปี ค.ศ.1971 ถึง ค.ศ.1986 ปัจจุบันลี้ภัยไปอาศัยอยู่ในประเทศฝรั่งเศส, ประธานาธิบดีชัคคัม ฮุสเซน อดีตผู้นำของประเทศอิรัก ซึ่งมีส่วนร่วมในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวเคิร์ดในอิรักและการนำกองทัพเข้ายึดดินแดนของประเทศคูเวต ปัจจุบันได้หลบหนีออกไปจากประเทศอิรักภายหลังจากการที่กองกำลังของฝ่ายพันธมิตรอันประกอบด้วยสหรัฐอเมริกา, อังกฤษ และ ออสเตรเลีย ได้นำบุกเข้าไปในประเทศอิรักเพื่อโค่นล้มประธานาธิบดีชัคคัม ฮุสเซน หรือสาเหตุอันเนื่องมาจากความไม่มีประสิทธิภาพของระบบกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐที่การกระทำผิดเกิดขึ้นนั่นเอง เช่น ในกรณีของกรณีของนายพล พต ผู้นำของพรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชาใน

²M. Cherif Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Criminal Law (Dordrecht : Martinus Nijhoff,1992), p.207.

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศกัมพูชา ซึ่งไม่เคยถูกจับกุมคุมขัง หรือถูกดำเนินคดีเลยจนกระทั่งเสียชีวิต, หรือเกิดจากการดำเนินการโดยคำนึงผลประโยชน์ทางการเมืองของรัฐเป็นสำคัญ เช่นกรณีของพระเจ้าจักรพรรดิฮิโรฮิโตะ ของประเทศญี่ปุ่นสำหรับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสงครามโลกครั้งที่ 2, หรือเกิดจากความกดดันทางการเมืองในรัฐที่การกระทำ ความผิดเกิดขึ้นเอง เช่นกรณีของอดีตประธานาธิบดี *Suhato* ของอินโดนีเซีย ในการกระทำ อาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนของประเทศอินโดนีเซียและกรณีของติมอร์ตะวันออก, และประธานาธิบดีฟีเดล คาสโตร สำหรับเหตุการณ์สังหารหมู่ชาวคิวบา เป็นต้น เป็นเหตุให้ผู้ นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่ถูกดำเนินคดีและลงโทษ ทำให้การปราบปราม อาชญากรรมระหว่างประเทศไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ส่งผลให้ไม่สามารถปราบปรามอาชญา กรรมระหว่างประเทศให้หมดสิ้นไปจากสังคมระหว่างประเทศได้นั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามได้มีความ พยายามจากรัฐต่างๆหลายรัฐที่พยายามจะนำตัวผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศมา ดำเนินคดีและลงโทษ ดังจะเห็นได้จากการพิจารณาคดีของศาลประเทศอังกฤษตามคำร้องขอของ รัฐบาลสเปนในกรณีของพลเอกออกุสโต ปิโนเช่ (*General Augusto Pinochet*) อดีตผู้นำของ ประเทศชิลี ซึ่งถูกกล่าวหาว่าได้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้นำ ของประเทศชิลีอยู่ โดยในการพิจารณาคดีของศาลประเทศอังกฤษนั้น พลเอกออกุสโต ปิโนเช่ ได้ ยกข้อต่อสู้ต่อศาลโดยกล่าวอ้างว่าตนเองได้กระทำการตามข้อกล่าวหาในขณะที่ยังดำรงตำแหน่ง ผู้นำรัฐ จึงได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของศาลภายในของรัฐในการพิจารณาคดี ศาล ประเทศอังกฤษไม่มีดุลอำนาจเหนือคดีนี้ได้ ดังนั้นตนเองจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำอาชญากรรม ระหว่างประเทศตามข้อกล่าวหาแต่อย่างใด การที่พลเอกออกุสโต ปิโนเช่ ได้กล่าวอ้างความคุ้มกัน ของผู้นำรัฐต่อศาลประเทศอังกฤษในการพิจารณาคดีที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำอาชญากรรมระหว่าง ประเทศนี้ ได้ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมายขึ้นอย่างมากมายหลายประเด็น แต่ละ ประเด็นต่างก็ได้รับความสนใจอย่างมากมายจากนักนิติศาสตร์ในประเทศต่างๆ และได้มีการ วิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาต่างๆ เหล่านี้กันอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน เนื่องจากคดีนี้เป็น การดำเนินคดีอาญากับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยศาลภายในเป็นคดีแรก³ จึงเป็นกรณีที่ควรนำมาศึกษาค้นคว้าเพื่อหาข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นในคำพิพากษา และค้นหาแนว ทางที่ถูกต้องในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพื่อใช้เป็นบรรทัดฐานในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐอื่นๆต่อไป

³M. M. Penrose, "It's Good to Be the King! : Prosecuting Heads of States and Former Heads of State Under International Law," *Columbia Journal of Transnational Law*, 39(2000) : 203.

ดังนั้นในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ จะได้ทำการศึกษาถึงลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ พันธกรณีของรัฐและปัจเจกชนอันเนื่องมาจากอาชญากรรมระหว่างประเทศ หลักเกณฑ์ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐรวมทั้งปัญหาอื่นที่เกิดขึ้นในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศต่อศาลภายในของรัฐต่างประเทศ ตลอดจนเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

2. สมมติฐานของการวิจัย

การที่ผู้นำรัฐได้รับความคุ้มกันจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เป็นอุปสรรคที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งทำให้ไม่สามารถนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ แนวความคิดที่ว่าผู้นำรัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนต่อศาลภายในของรัฐต่างประเทศ เมื่อถูกดำเนินคดีอันเนื่องมาจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ตนเองพ้นจากความรับผิดชอบในทางส่วนตัว ไม่ต้องถูกดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศดังกล่าวได้นั้น เป็นแนวทางหนึ่งที่ทำให้สามารถนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีและลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของรัฐต่างๆตามแนวทางดังกล่าวยังคงมีปัญหาบางประการ อันเป็นสาเหตุให้ไม่สามารถนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ

3. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาถึงลักษณะและประเภทของอาชญากรรมระหว่างประเทศ พันธกรณีของรัฐที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งในเรื่องของการใช้ดุลอำนาจของรัฐ และการปฏิบัติตามหลัก *Aut dedere Aut judicare* ตลอดจนแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของบุคคลที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในทางระหว่างประเทศ
- 2) เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐ และกรอบและข้อจำกัดในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศในการดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐในกรณีต่างๆ โดยเฉพาะกรณีการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ

- 3) เพื่อศึกษาถึงแนวทางปฏิบัติของผู้นำรัฐในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของรัฐ และแนวทางปฏิบัติของศาลภายในของรัฐต่างประเทศในการดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ
- 4) เพื่อศึกษาถึงปัญหาอันเป็นอุปสรรคสำคัญในการดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ตลอดจนเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4. ขอบเขตของการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยถึงอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยจะได้ทำการศึกษาคครอบคลุมถึงอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมสงคราม และการทรมาน เนื่องจากเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรง ละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ศีลธรรมอันดี และหลักมนุษยธรรม กระทบกระเทือนต่อสันติภาพและความมั่นคงของโลก อันเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ยังคงมีปรากฏให้เห็นอยู่บ่อยครั้งในปัจจุบัน และเป็นอาชญากรรมที่มักจะทำโดยผู้นำรัฐ ในการศึกษาจะทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงลักษณะ ประเภทของอาชญากรรมระหว่างประเทศ และพันธกรณีของรัฐที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการพิจารณาคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกรอบในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาลต่างประเทศ ตลอดจนศึกษาและวิเคราะห์ถึงกรณีศึกษาเพื่อให้ทราบและเข้าใจแนวทางปฏิบัติของผู้นำรัฐในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐเพื่อให้พ้นจากการถูกดำเนินคดี แนวทางปฏิบัติของศาลต่างประเทศและปัญหาที่เกิดขึ้นในการพิจารณาคดีที่ผู้นำของรัฐถูกกล่าวหาว่ากระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศมิให้เกิดขึ้นในสังคมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นต่อไป

5. วิธีการดำเนินการวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร โดยการศึกษา ค้นคว้า วิเคราะห์ข้อมูลจากอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศคือ อาชญากรรม

ต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมสงคราม และการทรมาน กฎหมายภายในของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศ หนังสือกฎหมาย ตำราทางวิชาการ บทความ ความ วิทยานิพนธ์ วารสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ คำพิพากษาของศาล ข้อมูลทาง อินเทอร์เน็ต ที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ พันธกรณีของรัฐที่เกี่ยวข้องกับอาชญา กรรมระหว่างประเทศ ความรับผิดชอบของบุคคลผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ และความคุ้ม กันของผู้นำรัฐจากดุลอาณาของรัฐอื่น เพื่อนำมาวิเคราะห์เกี่ยวกับการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้ นำรัฐ แนวทางปฏิบัติของศาลต่างประเทศในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรม ระหว่างประเทศ ซึ่งมีการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่อศาล และปัญหาทั้งหมดที่เกิดขึ้นใน การดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ตลอดจนสามารถเสนอแนะแนว ทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมระหว่าง ประเทศให้หมดสิ้นไปจากสังคมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นต่อไป

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ทำให้ทราบและเข้าใจถึงลักษณะ ประเภทของอาชญากรรมระหว่างประเทศ พันธ กรณีสหรัฐที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ ตลอดจนแนวความคิดที่ เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของบุคคลที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในทาง ระหว่างประเทศ
- 2) ทำให้ทราบและเข้าใจถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกัน ของผู้นำรัฐ กรอบในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามกฎหมายระหว่าง ประเทศในการดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ
- 3) ทำให้ทราบและเข้าใจแนวทางปฏิบัติของผู้นำรัฐ และแนวทางปฏิบัติของศาลต่าง ประเทศในการดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ
- 4) ทำให้ทราบและเข้าใจถึงปัญหาในการดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐที่กระทำอาชญา กรรมระหว่างประเทศ ตลอดจนสามารถเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ อย่างมีประสิทธิภาพ

บทที่ 2

อาชญากรรมระหว่างประเทศ คุณลักษณะของรัฐตามหลักสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ และความรับผิดชอบของปัจเจกชนในทางระหว่างประเทศ

1. อาชญากรรมระหว่างประเทศ

อาชญากรรมระหว่างประเทศ (*International Crimes*) คือการกระทำอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญาที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ (*delicta juris gentium*) ซึ่งส่งผลกระทบต่อรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปในเวลาเดียวกัน การกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นการกระทำที่มีความอุกฉกรรจ์อยู่ในตัวเอง และเมื่อเกิดขึ้นแล้วจะส่งผลกระทบต่อรัฐต่างๆอย่างมากมาย ทั้งต่อชีวิต ร่างกายของพลเมืองของรัฐ ตลอดจนทรัพย์สินทั้งที่เป็นของรัฐและของประชาชน ดังนั้นจึงเป็นการจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐต่างๆ จะต้องร่วมมือกันปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศให้หมดสิ้นไป แต่การที่จะตัดสินว่าการกระทำใดเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศหรือไม่ จำต้องทราบถึงลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศเสียก่อนว่ามีลักษณะอย่างไร

1.1 ลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศมีความร้ายแรงและมีผลกระทบต่อรัฐต่างๆ อย่างมากมาย จำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐต่างๆ จะต้องร่วมมือกันปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างเด็ดขาด แต่การที่จะทำความเข้าใจถึงอาชญากรรมระหว่างประเทศให้ได้ ความชัดเจนต้องแท้ อันดับแรกจำเป็นที่จะต้องทราบและเข้าใจถึงลักษณะของอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นในสังคมระหว่างประเทศตั้งแต่อดีตเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันเสียก่อนว่ามีลักษณะเช่นไร ซึ่งการกระทำอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญานั้นสามารถแบ่งได้ออกเป็น 3 ลักษณะ คือ อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ และอาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสากลหรือความสงบเรียบร้อยของโลก¹

¹ J.Y. Dautricourt, "The International Criminal Court : The Concept of International Criminal Jurisdiction – Definition and Limitation of the Subject." in A Treatise on

ก. อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ (*Crimes and Criminals Against the Domestic or the Municipal Public Order*)

อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาในลักษณะนี้ เป็นอาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่ละเมิดกฎหมายภายในของรัฐ และผลของการกระทำความผิดอาญานั้นกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยภายในของรัฐและผลประโยชน์ของรัฐได้รัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียว รัฐสามารถใช้เขตอำนาจของรัฐดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำอาชญากรรมได้หากการกระทำอาชญากรรมนั้นเกิดขึ้นภายในรัฐ หรือมีกฎหมายภายในของรัฐบัญญัติให้รัฐดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำอาชญากรรมนั้นได้แม้การกระทำความผิดอาชญากรรมจะมีได้เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐนั้นก็ ตาม ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำอาชญากรรมจะเป็นบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่

ข. อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (*Crimes and Criminals Against the International Public Order*)

อาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญาลักษณะนี้เป็นอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญาที่ละเมิดกฎหมายภายในของรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปในเวลาเดียวกัน ซึ่งอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญาในลักษณะนี้เป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ (*delicta juris gentium*) หรือเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์และระเบียบบังคับในทางระหว่างประเทศ ซึ่งการกระทำความผิดอาญานี้สามารถแยกออกได้เป็น 3 ลักษณะคือ²

International Criminal Law Vol.I Crimes and Punishment, eds. M. Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda (Illinois : Charles C. Thomas, 1973), pp.637-648.

โดยปกติแล้วรัฐสามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำอาชญากรรมได้ หากการกระทำอาชญากรรมนั้นเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐโดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำความผิด ซึ่งกรณีนี้เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 แต่ก็มีบางกรณีที่รัฐสามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดได้แม้ว่าการกระทำความผิดนั้นมิได้เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐและโดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำความผิด ซึ่งกรณีนี้เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7

² J.Y. Dautricourt, "The International Criminal Court : The Concept of International Criminal Jurisdiction – Definition and Limitation of the Subject." in A Treatise on International Criminal Law Vol.I Crimes and Punishment, p.638.

- (1) อาชญากรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความเป็นมนุษย์และสิทธิของบุคคล (*Crimes Against Human Persons and Against the Right Of Men*) อาชญากรรมลักษณะนี้ เช่น การก่อการร้าย การเอาคนลงเป็นทาส การค้าทาส การค้าหญิงและเด็ก การค้ายาเสพติด เป็นต้น
- (2) อาชญากรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมสาธารณะ (*Crimes Against Public Morality*) อาชญากรรมในลักษณะนี้เช่น การเผยแพร่สิ่งพิมพ์ลามกอนาจาร เป็นต้น
- (3) อาชญากรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความเชื่อถือนระหว่างประเทศ (*Crimes Against the International Good Faith, the International Trade and the International Means of Communication*) อาชญากรรมในลักษณะนี้เช่น การกระทำอันเป็นโจรสลัดในทะเลหลวง สลัดอากาศ การจี้เครื่องบิน การปลอมแปลงเงินตรา การทำลายและสร้างความเสียหายให้กับสายเคเบิลใต้น้ำ เป็นต้น

(ค) อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสากลหรือความสงบเรียบร้อยของโลก (*Crimes and Criminal Against the Universal or World Public Order*)

อาชญากรรมในลักษณะนี้มักจะกระทำโดยบุคคลที่เป็นผู้นำรัฐ เจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ และมีความร้ายแรงส่งผลกระทบต่อสังคมระหว่างประเทศโดยรวม ซึ่งอาชญากรรมในลักษณะนี้สามารถแยกย่อยตามระดับความร้ายแรงได้เป็น 2 ระดับ คือ³

- (1) *Major Crimes* คืออาชญากรรมในระดับที่มีความร้ายแรงกระทบกระเทือนต่อสังคมระหว่างประเทศมากที่สุด เช่น สงครามการรุกรานและการสมคบกันกระทำในลักษณะเดียวกับการรุกราน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
- (2) *Minor Crimes* คืออาชญากรรมในระดับที่มีความรุนแรงและกระทบกระเทือนต่อสังคมระหว่างประเทศในระดับรองลงมา เช่น อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของอาชญากรรมทั้ง 3 ลักษณะข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าอาชญากรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ เป็นอาชญากรรมที่ส่งผลกระทบต่อรัฐ

³ibid.,p.644.

ได้รัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียว ในขณะที่อาชญากรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศและอาชญากรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสากลหรือความสงบเรียบร้อยของโลก เป็นอาชญากรรมที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของรัฐมากกว่า 1 รัฐขึ้นไปในเวลาเดียวกัน ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่า อาชญากรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศและอาชญากรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสากลหรือความสงบเรียบร้อยของโลกเท่านั้นที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ

1.2 ประเภทของอาชญากรรมระหว่างประเทศ

การแบ่งประเภทของอาชญากรรมระหว่างประเทศสามารถแบ่งแยกได้หลายวิธี ขึ้นอยู่กับว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการแบ่งประเภท ซึ่ง Professor M. Cherif Bassiouni ได้ทำการรวบรวมอนุสัญญาระหว่างประเทศต่างๆที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งหมดที่มีอยู่ แล้วสามารถจำแนกประเภทของอาชญากรรมระหว่างประเทศออกเป็น 9 ประเภท 24 ลักษณะความผิด โดยใช้วัตถุประสงค์ในการปกป้องผลประโยชน์ของสิ่งใดเป็นสิ่งสำคัญเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งประเภท ซึ่งสามารถจำแนกได้ดังนี้

- (ก) การปกป้องคุ้มครองสันติภาพ
 - (1) การรุกราน
- (ข) การปกป้องคุ้มครองมนุษยธรรมในระหว่างการขัดกันด้วยกำลังอาวุธ กฎเกณฑ์ของการขัดกันด้วยกำลังอาวุธ และการควบคุมกำลังอาวุธ
 - (2) อาชญากรรมสงคราม
 - (3) การใช้อาวุธโดยผิดกฎหมายและการจัดตั้งกองกำลังโดยผิดกฎหมาย
 - (4) ทหารรับจ้าง
- (ค) การปกป้องสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน
 - (5) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
 - (6) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ
 - (7) การแบ่งแยกสีผิวหรือชนชาติ
 - (8) การค้าทาสและอาชญากรรมที่เกี่ยวข้อง
 - (9) การทรมาน
 - (10) การทดลองในมนุษย์โดยผิดกฎหมาย
- (ง) การปกป้องจากความหวาดกลัวและความรุนแรง
 - (11) การกระทำอันเป็นโจรสลัด

- (12) การจี้อากาศยานและการก่อวินาศกรรมอากาศยาน
- (13) การคุกคามและการใช้กำลังต่อบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายระหว่างประเทศ
- (14) การจับพลเรือนเป็นตัวประกัน
- (15) การโจมตีเรือพาณิชย์และยึดเป็นตัวประกัน
- (จ) การปกป้องผลประโยชน์ของสังคม
 - (16) ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
 - (17) การเผยแพร่สิ่งพิมพ์ลามกอนาจารระหว่างประเทศ
- (ฉ) การปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ด้านวัฒนธรรม
 - (18) ทำลายและ/หรือขโมยสมบัติของชาติ
- (ช) การปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม
 - (19) การปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม
 - (20) ขโมยวัตถุนิวเคลียร์
- (ซ) การปกป้องคุ้มครองวิธีการติดต่อสื่อสาร
 - (21) การใช้ไปรษณีย์โดยผิดกฎหมาย
 - (22) การรบกวนสายโทรเลขใต้น้ำ
- (ฌ) การปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ
 - (23) การปลอมแปลงเงินตรา
 - (24) การให้สินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ⁴

แต่เมื่อพิจารณาประเภทอาชญากรรมระหว่างประเทศตามที่ Professor Bassiouni แบ่งแยกแล้ว สามารถสรุปได้ว่าแท้ที่จริงแล้วแล้วสามารถแบ่งประเภทของอาชญากรรมระหว่างประเทศออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ อาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ และอาชญากรรมอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁵

⁴ Jordan J. Paust, et al, International Criminal Law: Cases and Materials (North Carolina: Carolina Academic Press, 1996), p.11.

⁵ John F. Murphy, "Civil Liability for the Commission of International Crimes As an Alternative to Criminal Prosecution," Harvard Human Rights 12 (1999) : 6.

ก. อาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ (*Core Crimes of International Law*)

อาชญากรรมระหว่างประเทศที่ถือเป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้ เป็นกลุ่มของอาชญากรรมร้ายแรงตามกฎหมายระหว่างประเทศ (*Serious Crimes under International Law*) ที่ประกอบด้วยปัจจัยระหว่างประเทศ⁶ (*international element*) คือเป็นอาชญากรรมที่รัฐต่างๆในสังคมนานาชาติร่วมกันประนามว่าอาชญากรรมนั้นเป็นการกระทำความชั่วอย่างร้ายแรงและถือว่าการกระทำต่อสังคมนานาชาติโดยรวม⁷ อาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้เป็นผลมาจากการพิจารณาคดีของศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์ก (*International Military Tribunal at Nuremberg*) ซึ่งใช้ดุลอำนาจเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศฯ มาตรา 6 คือ อาชญากรรมต่อสันติภาพ (*Crimes against Peace*), อาชญากรรมสงคราม (*War Crimes*), อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (*Crimes against humanity*) แต่ในปัจจุบันอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้ง 3 ฐานความผิดได้แยกย่อยออกเป็นอีกหลายฐานความผิด เนื่องจากลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแปลงไป อาชญากรรมระหว่างประเทศที่ถือเป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน คือ อาชญากรรมรุกราน (*Aggression*), อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (*Genocide*), อาชญากรรมสงคราม (*War Crimes*) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (*Crimes against humanity*) ซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ถูกบัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ และอาชญากรรมเหล่านี้กลายเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายจารีตประเพณีไปแล้วในปัจจุบัน

⁶M. Cherif Bassiouni, "The Penal Characteristics of Conventional International Criminal Law," *Case Western Reserve Journal of International Law* 15(1983) : 28.

⁷Lori Fisler Damrosch, "Enforcing International Law Through Non-Forcible Measures," *Academie de Droit International Recueil Des Cours* 269 (1997) : 196.

ข. อาชญากรรมอื่นๆตามกฎหมายระหว่างประเทศหรืออาชญากรรมข้ามชาติ
(*Transnational Crimes*)

อาชญากรรมอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น อาจเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า อาชญากรรมข้ามชาติ⁸ (*Transnational Crimes*) ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่ประกอบด้วยปัจจัยข้ามชาติ⁹ (*transnational element*) อาชญากรรมข้ามชาตินี้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อสังคมระหว่างประเทศน้อยกว่าอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ส่งผลกระทบต่อรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป แต่ไม่ถึงขั้นกระทบกระเทือนต่อสังคมระหว่างประเทศโดยรวม¹⁰ อย่างไรก็ตามรัฐต่างๆในสังคมระหว่างประเทศก็ยังคงให้ความสำคัญกับอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทนี้โดยเห็นพ้องต้องกันว่า รัฐต่างๆควรจะมีมือกันปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้อย่างเด็ดขาด เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมระหว่างประเทศโดยรวม อาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทนี้มักจะเกิดขึ้นจากข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น การก่อการร้าย (*terrorism*), การทรมาน (*torture*) ความผิดต่ออากาศยาน การค้ายาเสพติด และการเผยแพร่สิ่งพิมพ์ลามกอนาจาร เป็นต้น

ดังนั้นแล้วจึงอาจกล่าวได้ว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศ คือ อาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญาที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศ ที่อาจจำแนกออกได้เป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศและอาชญากรรมอื่นๆตามกฎหมายระหว่างประเทศหรืออาชญากรรมข้ามชาติ โดยการยอมรับร่วมกันของรัฐทั้งหลายซึ่งอาจเป็นในรูปแบบของการยอมรับโดยการปฏิบัติจนกลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเกิดจากการทำความตกลงร่วมกันในรูปแบบของข้อตกลงระหว่างประเทศ เป็นการยอมรับว่าอาชญากรรมนั้นเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศก็ได้

⁸Lori Fisler Damrosch, "Enforcing International Law Through Non-Forcible Measures," : 194-215.

⁹M. Cherif Bassiouni, "The Penal Characteristics of Conventional International Criminal Law," : 28.

¹⁰Julis Barbaza, "International Criminal Law," Academie de Droit International Recueil Des Cours 278(1999) : 24.

1.3 ลักษณะการกระทำและลักษณะกฎหมายของอาชญากรรมระหว่างประเทศ

เนื่องจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาในสังคมระหว่างประเทศ นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ และทรัพย์สินอย่างมากมาย ซึ่งในส่วนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงลักษณะของการกระทำอาชญากรรมและลักษณะทางกฎหมายของอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยจะมุ่งศึกษาเฉพาะอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมาน ซึ่งเป็นขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1.3.1 ลักษณะการกระทำของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมาน

ก. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (*Crimes against humanity*)

อาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้ เป็นการกระทำความผิดอาญาซึ่งถือเป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง ที่ยังคงเกิดขึ้นอยู่เนืองๆในสังคมระหว่างประเทศ โดยธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์ก ค.ศ.1945 มาตรา 6 ได้ระบุลักษณะการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ว่า “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติคือ การฆาตกรรม, การจำกัดพันธุ์, การเอาตัวลงเป็นทาส, การเนรเทศ, หรือการกระทำไร้มนุษยธรรมใดๆ ต่อประชาชนพลเรือนก่อนหรือระหว่างสงคราม หรือการทำลายล้างเนื่องจากเหตุผลทางการเมือง, เชื้อชาติ หรือศาสนา โดยเกี่ยวพันกับการกระทำอาชญากรรมใดที่อยู่ใต้อำนาจของศาลนี้ ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดกฎหมายภายในของประเทศนั้นหรือไม่”¹¹

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีความร้ายแรงเป็นอย่างมาก เนื่องจากลักษณะการกระทำจะเป็นการกระทำอย่างเป็นระบบ (*Systematic*) โดยมุ่งกระทำต่อกลุ่มบุคคลเป็นจำนวนมากและมีการแพร่ขยายออกไปอย่าง

¹¹ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์ก มาตรา 6 (c) บัญญัติว่า

“Crimes against Humanity : namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial, or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of domestic law of the country where perpetrated.”

กว้างขวาง เช่นในกรณีของสงครามโลกครั้งที่ 2 ดังนั้นเมื่อมีแนวความคิดในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเกิดขึ้น จึงได้มีการนิยามลักษณะของการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเอาไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย โดยบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 7 ว่า

“อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึง การกระทำใดๆดังต่อไปนี้ เมื่อการกระทำนั้นได้ถูกกระทำขึ้นในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการจู่โจมอันกว้างขวางหรือเป็นระบบ ซึ่งมุ่งต่อประชาชนพลเมืองใดๆ โดยตระหนักถึงการจู่โจมนั้น :

- (ก) การฆาตกรรม
- (ข) การทำลายล้างมนุษย์
- (ค) การจับคนไว้เป็นทาส
- (ง) การเนรเทศหรือการบังคับให้พลเมืองเคลื่อนย้าย
- (จ) การกักขังหรือการทำให้สูญเสียเสรีภาพทางร่างกายอย่างร้ายแรงอื่น ในภาวะที่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ
- (ฉ) การทรมาน
- (ช) การข่มขืน, การเป็นทาสทางเพศ, การบังคับให้เป็นโสเภณี, การบังคับให้ตั้งครรภ์, การบังคับให้ทำหมัน, หรือการละเมิดทางเพศในรูปแบบอื่นที่มีความร้ายแรงเทียบเท่า
- (ซ) การกระทำทารุณต่อกลุ่มที่สามารถบ่งชี้ได้หรือมีลักษณะเป็นกลุ่มทางการเมือง เชื้อชาติ ชนชาติ วัฒนธรรม ศาสนา เพศ หรือที่นิยามไว้ในย่อหน้าที่ 3 หรือมูลเหตุอื่นซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างสากล
- (ฌ) การบังคับให้บุคคลหายตัวไป
- (ญ) อาชญากรรมการแบ่งแยกสีผิว
- (ฎ) การกระทำทารุณโหดร้ายอื่นๆซึ่งมีลักษณะคล้ายกัน โดยมีเจตนาให้ได้รับความทรมานอย่างใหญ่หลวง หรือได้รับอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือต่อจิตใจ หรือสุขภาพร่างกาย”¹²

¹²ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 มาตรา 7 บัญญัติว่า

”For the purpose of this Statute, “crime against humanity” means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack :

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในรูปแบบต่างๆนั้น นอกจากจะได้รับการรับรองว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์ก ค.ศ.1945 และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 แล้ว ก็ยังคงได้รับการรับรองจากข้อตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของอนุสัญญาาระหว่างประเทศ และเอกสารต่างๆในทางระหว่างประเทศอีกเป็นจำนวนมาก ซึ่งระบุถึงลักษณะของการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในลักษณะที่คล้ายกัน¹³

ดังนั้นเมื่อทำการศึกษาถึงลักษณะการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจากเอกสารระหว่างประเทศต่างๆแล้ว อาจสรุปได้ว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นการกระทำความผิดอาญา

-
- (a) Murder ;
 - (b) Extermination ;
 - (c) Enslavement ;
 - (d) Deportation or forcible transfer of population ;
 - (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law ;
 - (f) Torture ;
 - (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, Enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity ;
 - (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, radical, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court ;
 - (i) Enforced disappearance of persons ;
 - (j) The crime of apartheid ;
 - (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing grave suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.”

¹³ดูรายละเอียดในธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล มาตรา 5, ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 5, ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา มาตรา 6.

ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย จิตใจ ตลอดจนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยมุ่งกระทำต่อกลุ่มบุคคลเป็นจำนวนมากโดยเฉพาะพลเรือนของรัฐ ในลักษณะการกระทำที่เป็นระบบ และมีการแผ่ขยายออกไปเป็นวงกว้าง และมักจะได้รับการส่งเสริมจากรัฐหรือองค์กรต่างๆในการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นๆ

ข. การทรมาน (Torture)

แต่เดิมนั้นการทรมานถือว่าการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁴ เนื่องจากประเพณีการทำสงครามในอดีต ผู้ชนะสงครามก็มักจะรวบรวมทรัพย์สินและกวาดต้อนผู้แพ้และพลเมืองของรัฐผู้แพ้สงครามไปเป็นเชลยและใช้แรงงานในดินแดนของรัฐผู้ชนะสงครามเสมอ ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากการทำสงครามระหว่างประเทศไทยกับประเทศพม่าในอดีต แต่ต่อมาแนวความคิดเกี่ยวกับการทรมานได้เปลี่ยนแปลงไป โดยสังคมระหว่างประเทศเริ่มให้การยอมรับว่า การทรมานเป็นการกระทำที่โหดร้ายทารุณ เป็นอันตรายต่อร่างกายและจิตใจ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากการที่อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารท้ายอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ทั้ง 2 ฉบับ ได้ประมวลหลักเกณฑ์ในการทำสงครามขึ้นใหม่ ได้ระบุให้การทรมานเป็นลักษณะของการละเมิดอย่างร้ายแรง (*grave breaches*) ประเภทหนึ่ง ซึ่งละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ¹⁵

¹⁴M. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, p.337.

¹⁵อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 ว่าด้วยการคุ้มครองทหารที่ได้รับบาดเจ็บ (*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva I, 12 August 1949*) ; อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 2 ว่าด้วยการคุ้มครองทหารที่ได้รับบาดเจ็บในทะเล (*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea , Geneva II, 12 August 1949*) ; อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการคุ้มครองเชลยสงคราม (*Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisons of War, Geneva III, 12 August 1949*) ; อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ว่าด้วยการคุ้มครองพลเรือน (*Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva IV, 12 August 1949*) ; พิธีสารท้ายอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1 ว่าด้วยการคุ้มครองเหยื่อจากการพิพาทกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (*Protocol Additional to the Geneva Conventions of*

แนวความคิดในการยอมรับว่าการทรมานเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศได้เริ่มพัฒนาขึ้น ดังจะเห็นได้จากเอกสารในทางระหว่างประเทศหลายฉบับ จนในที่สุดก็ได้เกิดความเห็นพ้องต้องกันจากรัฐต่างๆในสังคมระหว่างประเทศ ทำการประกาศปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทั้งปวงจากการตกอยู่ภายใต้การทรมาน การปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ ได้ให้การยอมรับปฏิญญานี้เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ.1975 และต่อมาได้มีจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทรมานขึ้น คือ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ.1984* หรืออนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 ได้ระบุให้คำจำกัดความของการทรมานเอาไว้ในมาตรา 1 ว่า

“1. เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้ คำว่า”การทรมาน” หมายถึง การกระทำใดก็ตาม โดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส ไม่ว่าจะทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้น สำหรับการกระทำ ซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือเพราะเหตุผลใดๆ บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการข่มขู่ หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย”¹⁶ นอกจากนี้แล้วในธรรมนูญศาลอาญา

12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, (Protocol I), 12 December 1977) และพิธีสารทำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 2 ว่าด้วยการคุ้มครองเหยื่อจากการพิพาทกันด้วยอาวุธภายในประเทศ (Protocol Addition to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, (Protocol II), 12 December 1977).

* อนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ.1987

¹⁶Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984, Article 1 บัญญัติว่า

“1. For the purposes of this Convention, the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a

ระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 ยังได้บัญญัติให้การทรมานเป็นการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ลักษณะหนึ่ง และได้บัญญัติให้คำจำกัดความของการทรมานไว้คล้ายกับที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984¹⁷

ซึ่งเมื่อพิจารณาคำนิยามของการทรมานที่ระบุไว้ในเอกสารทางระหว่างประเทศต่างๆแล้ว สามารถสรุปได้ว่า การทรมานคือการกระทำใดๆอันส่งผลให้บุคคลอื่นได้รับความเจ็บปวดทรมานอย่างร้ายแรงทั้งต่อร่างกายหรือจิตใจ เว้นแต่กรณีที่เป็นผลจากการถูกลงโทษที่ถูกต้องตามกฎหมายนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาลักษณะการกระทำการทรมานแล้วจะเห็นได้ว่า การทรมานนั้นอาจถือเป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ ในฐานะที่เป็นการกระทำอาชญากรรมลักษณะหนึ่งของการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หากการทรมานนั้นถูกกระทำขึ้นอย่างเป็นระบบ (Systematic) โดยมุ่งกระทำต่อกลุ่มบุคคลพลเรือนเป็นจำนวนมากและได้แพร่ขยายออกไปในพื้นที่ต่างๆ อย่างกว้างขวาง และการทรมานนี้อาจถือเป็นอาชญากรรมอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศหรืออาชญากรรมข้ามชาติก็ได้ หากการทรมานนั้นถูกกระทำขึ้นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพียงคนเดียว ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้ทำการศึกษาอาชญากรรมการทรมานเฉพาะในฐานะที่เป็นลักษณะการกระทำอาชญากรรมลักษณะหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งเป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น

person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

¹⁷ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 มาตรา 7 วรรค 2 (อี) บัญญัติว่า

“Torture” means the international infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanction;”

ดังนั้นเมื่อได้ทำการศึกษาถึงลักษณะการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมานแล้ว จะเห็นได้ว่าลักษณะการกระทำของอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งสองความผิดนั้น เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศหลายประการ ซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ทำให้รัฐต่างๆพยายามหาวิธีการในการปราบปรามและกำจัดอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งสองประการนี้ให้หมดสิ้นไปจากสังคมระหว่างประเทศ ดังที่จะได้ทำการศึกษาในหัวข้อต่อไป

1.3.2 ลักษณะทางกฎหมายของอาชญากรรมระหว่างประเทศ

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมานนั้น ถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมระหว่างประเทศและศีลธรรมอันดีเป็นอย่างมาก จึงเป็นการกระทำความผิดที่มีการละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศหลายประการ ซึ่งสามารถแยกศึกษาออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

ก. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมานเป็นการละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

หลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิมนุษยชน (*Human Rights*) เป็นหลักเกณฑ์ที่ให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ เป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนรวมทั้งรัฐจะต้องให้ความเคารพ รัฐไม่สามารถกระทำการใดที่จะส่งผลกระทบต่อในทางวิตรอนสิทธิมนุษยชนได้ทั้งในยามสันติและยามสงคราม

ในปีค.ศ.1948 องค์การสหประชาชาติได้มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (*Universal Declaration on Human Right 1948*) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายของปัจเจกชนทุกคนให้ได้รับความปลอดภัย ปราศจากการได้รับการปฏิบัติใดๆอันก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายและจิตใจของบุคคลนั้น นอกจากนั้นแล้วหลักในเรื่องสิทธิมนุษยชนยังคงมีปรากฏอยู่ในข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับด้วยกัน อาทิ เช่น ในอนุสัญญาระหว่างประเทศต่อต้านการจับเป็นตัวประกัน ค.ศ.1979 (*International Convention Against the Taking of Hostages 1979*), อนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดกาฬโรคทางสีผิวทุกรูปแบบ ค.ศ.1966 (*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1966*), อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 (*Convention on the Prevention and Punishment*

of the Crime of Genocide 1948), อนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามและลงโทษอาชญากรรมที่เป็นการเหยียดสีผิว ค.ศ.1973, กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 (*International Convention on Civil and Political Rights 1966*)

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่ารัฐต่างๆในสังคมนานาชาติต่างก็ต้องให้ความสำคัญและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ โดยรัฐจะต้องไม่ดำเนินการใดๆ รวมถึงการตรากฎหมายอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิในชีวิต สิทธิในการได้รับการดูแลทางสุขภาพ และการได้รับการศึกษาจากรัฐ สิทธิที่จะปลอดจากความรุนแรง การทรมาน การเลือกปฏิบัติ การลงโทษอย่างโหดร้ายและไร้มนุษยธรรม การจับกุมคุมขังตามอำเภอใจ การบังคับใช้แรงงาน และสิทธิในการใช้สิทธิทางการเมือง เป็นต้น ซึ่งเมื่อได้ทำการศึกษาถึงลักษณะการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมานแล้วจะเห็นได้ว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งสองเป็นการกระทำความผิดอาญาที่ละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

ข. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมานเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (*International Humanitarian Law*) เป็นหลักเกณฑ์ที่พัฒนามาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการทำสงคราม ซึ่งปัจจุบันได้นำมาใช้กับกรณีการขัดกันด้วยกำลังอาวุธ (*Armed conflict*) ทั้งที่เป็นการขัดกันด้วยกำลังอาวุธในกรณีระหว่างประเทศและมีไต่ระหว่างประเทศ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นเนื่องจากวัตถุประสงค์สำคัญในการปกป้องคุ้มครองบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการรบ หรือมีส่วนร่วมในการทำการสู้รบแต่ไม่สามารถทำการสู้รบได้อีกต่อไป เพื่อมิให้ได้รับอันตรายทั้งต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้รับการรับรองจากข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ แต่ที่ถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญก็คือ อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารท้ายอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 2 ฉบับ ซึ่งพอจะสรุปหลักเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ 6 ลักษณะใหญ่¹⁸ คือ

¹⁸กิตติ โอสถเจริญผล, “เขตอำนาจรัฐสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 29.

1. บุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียในการสู้รบ หรือไม่สามารถทำการสู้รบได้อีกต่อไป ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางชีวิต ร่างกาย และจิตใจ และได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรมโดยไม่มี การแบ่งแยกใดๆ
2. ห้ามฆ่าหรือทำร้ายศัตรูที่ยอมแพ้ หรือเป็นศัตรูที่ไม่สามารถทำการสู้รบได้อีกต่อไป
3. ผู้ป่วยผู้บาดเจ็บต้องได้รับการดูแลเป็นการเฉพาะ และต้องเคารพว่านักรบหรือพลเรือนที่ถูกจับมีสิทธิในชีวิต มีศักดิ์ศรี มีสิทธิส่วนบุคคล มีสิทธิทางการเมือง ศาสนา และความเชื่อในสิ่งต่างๆ มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำอันรุนแรงหรือการแก้แค้นที่ล่วงล้ำ รวมถึงสิทธิที่จะได้รับข่าวสารหรือส่งข่าวสารกับครอบครัวของตน และได้รับความช่วยเหลือ
4. บุคคลทุกคนจะได้รับหลักประกันพื้นฐานด้านกระบวนการยุติธรรม ไม่มีผู้ใดที่ต้องรับโทษในการกระทำที่ตนเองไม่มีใช่เป็นผู้ก่อ ปลอดภัยจากการทรมานทั้งทางร่างกายและจิตใจ หรือการกระทำอันทารุณโหดร้าย หรือถูกลงโทษให้แย่งลงไปกว่าเดิม
5. ในการเลือกวิธีการ และวิถีทางในการรบ ห้ามมิให้ใช้อาวุธหรือวิธีการรบที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่จำเป็น หรือเกินความจำเป็น
6. พลเรือนไม่ว่าโดยรวมทั้งหมด หรือปัจเจกชนเป็นรายๆไป ย่อมได้รับการคุ้มครองจากการโจมตี และการโจมตีนั้นทำได้เฉพาะเป้าหมายทางการทหารเท่านั้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหลักการสำคัญในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ได้กำหนดให้การทรมานและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็นข้อห้ามที่สำคัญประการหนึ่งตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งสองความผิดนี้เป็นการกระทำความผิดอาญาอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วยเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้แล้วหลักสิทธิมนุษยชนและหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นได้รับการรับรองจากสังคมระหว่างประเทศแล้วว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด (*Jus cogens*) ของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นจึงถือได้ว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมานนั้นเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่จะเกิดหลักกฎหมายเด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศด้วยในเวลาเดียวกัน

หลักกฎหมายเด็ดขาด* (*Jus cogens / Peremptory Norm of International Law*) นี้ปรากฏให้เห็นอยู่ในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 มาตรา 53¹⁹ โดยมีได้มีได้มี

* ลักษณะของหลักกฎหมายเด็ดขาดสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

1. เป็นการเอากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมารวบรวมไว้ ซึ่งเป็นการปกป้องมูลฐานของกฎหมาย สันติภาพและมวลมนุษยชาติ ความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ และซึ่งในปัจจุบันรัฐต่างๆ ได้ตัดสินว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในความสัมพันธ์ระหว่างกัน
2. เป็นกฎเกณฑ์ที่ได้ถูกนำไปใช้บังคับในกฎเกณฑ์ว่าด้วยความร่วมมือทางสันติในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งปกป้องผลประโยชน์ร่วมกันขั้นพื้นฐาน
3. เป็นระเบียบแบบแผนที่หลีกเลี่ยงมิได้เกี่ยวกับการปกป้องมนุษยชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของสิทธิมนุษยชนซึ่งมีความสำคัญอย่างที่สุด โดยเป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจนว่า กฎเกณฑ์เหล่านี้ซึ่งปกป้องศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาคของบุคคลและชาติพันธุ์ชีวิต และเสรีภาพของบุคคลนั้น เป็นกฎหมายที่มีอาจบลล้างได้

ดูรายละเอียดใน Jack A. Levy, "Note : As Between Princz and King : Reassessing the Law of Foreign Immunity as Applied to Jus Cogens Violator," *Georgetown Law Journal* 86 (1998) : 2706.

¹⁹อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 มาตรา 53 บัญญัติว่า

"A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."

การให้นิยามของหลักกฎหมายเด็ดขาดไว้แต่อย่างใด เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด ไม่มีหลักเกณฑ์ใดจะมาลบล้างหรือขัดแย้งกับหลักกฎหมายเด็ดขาดนี้ได้ทั้งในยามสันติและในยามสงคราม และถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยหลักกฎหมายเด็ดขาดด้วยกันเท่านั้น

หลักกฎหมายเด็ดขาดนั้นมีต้นกำเนิดมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือเกิดขึ้นมาจากการถือปฏิบัติเป็นการทั่วไปของรัฐต่างๆ (*General Practice*) บวกกับความเชื่อถือว่าการปฏิบัตินั้นถูกต้องและสมควรได้รับการยอมรับเป็นกฎหมาย (*Opinio juris*) ซึ่งรัฐได้ปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นได้รับการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดเรื่อยมาจนเกิดแนวปฏิบัติและความเชื่อที่ว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นไม่สามารถละเมิดได้โดยเด็ดขาด และกลายเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดไปในที่สุด²⁰ อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักกฎหมายเด็ดขาดจะมีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม แต่หลักกฎหมายเด็ดขาดนั้นก็ยังคงมีข้อแตกต่างจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่ประการหนึ่งกล่าวคือ หลักกฎหมายจารีตประเพณีจะมีผลผูกพันรัฐหรือไม่ขึ้นอยู่กับความยินยอมของรัฐนั้น ในขณะที่หลักกฎหมายเด็ดขาดนั้นมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*Obligation erga omnes*) รัฐต่างๆมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายเด็ดขาดอย่างเคร่งครัดแม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ให้ความยินยอมก็ตาม²¹ เนื่องจากหลักกฎหมายเด็ดขาดเกิดขึ้นจากการมุ่งปกป้องผลประโยชน์ของรัฐทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศมากกว่าจะมุ่งปกป้องผลประโยชน์ของรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียว หลักกฎหมายเด็ดขาดนี้จะพบอยู่ในกฎหมายทุกระบบโดยเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานของทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายเด็ดขาดนี้เป็นแนวความคิดในการผลักดันและกำหนดสถานะของหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ตามหลักกฎหมายธรรมชาติ (*Natural Law*) ให้อยู่เหนือหลักเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้น

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁰ Jack A. Levy, "Note : As Between Princz and King : Reassessing the Law of Foreign Sovereign Immunity as Applied to Jus Cogens Violators," : 2705.

²¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 193.

โดยกฎหมายบ้านเมือง (*Positive Law*) ซึ่งหลักกฎหมายเด็ดชาดนี้จะถูกกำหนดขึ้นโดยนโยบาย สาธารณะ และหลักศีลธรรมอันดีซึ่งเกิดจากเจตจำนงของรัฐ²²

การพิจารณาว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศในความผิดไหนบ้างที่เป็นการละเมิดต่อหลัก กฎหมายเด็ดชาดนั้น สามารถพิจารณาได้จากปัจจัยหลายประการ เช่น แนวความคิดพื้นฐานและ วิวัฒนาการของอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นๆ หรือพิจารณาจากจำนวนรัฐที่อนุวัติการข้อตกลง ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น หรือจะพิจารณาจากจำนวนการ สืบสวน สอบสวน และดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นทั้งในระดับรัฐและ ระดับระหว่างประเทศก็ได้²³ อาชญากรรมระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่าง ประเทศว่า เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ละเมิดหลักกฎหมายเด็ดชาดนั้น ได้แก่ อาชญา กรรมรุกราน อาชญากรรมการค้ามนุษย์ การค้าทาส การเอาตัวลงเป็นทาส อาชญากรรม สงคราม การกระทำอันเป็นโจรสลัดในทะเลหลวง การเหยียดสีผิว อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและ การทรมาน²⁴ ซึ่งรัฐต่างๆมีพันธกรณีที่จะต้องละเว้นไม่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้ โดยเด็ดชาด และจะต้องดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้ หรือ ดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐที่มีการร้องขอจากรัฐอื่นเมื่อตนไม่ประสงค์จะดำเนินคดีตาม หลัก *Aut dedere Aut judicare*²⁵

จากที่ได้ทำการศึกษาถึงลักษณะการกระทำและลักษณะทางกฎหมายของอาชญากรรม ระหว่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่รัฐทั้งหลายจะต้องให้ความสำคัญ และจะต้องร่วมมือกันปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ ให้หมดสิ้นไปจากสังคม โลก รัฐต่างๆจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในทางระหว่างประเทศทั้งหลายที่เกี่ยวข้อง กับอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างเคร่งครัด ทั้งยังต้องจัดหามาตรการต่างๆที่มีประสิทธิภาพ

²²A. J. Levy, "Note : As Between Princz and King : Reassessing the Law of Foreign Sovereign Immunity as Applied to Jus Cogens Violators," : 2706.

²³M. Cherif Bassiouni, "Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights : International Crimes : Jus Cogens and Obligation Erga Omnes," Law and Comtemporary Problems 59(1996) : 70.

²⁴Ibid. : 71.

²⁵M. Cherif Bassiouni and M. E. Wise, Aut Dedere Aut Judicare : The Duty to Extradite or Prosecute in International Law (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1995), p.4.

มาใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมาตรการที่สำคัญประการหนึ่งได้แก่การนำตัวผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศมาดำเนินคดีและลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพนั่นเอง

สำหรับวิธีการนำตัวผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศมาดำเนินคดีและลงโทษนั้น โดยหลักแล้วจะเป็นอำนาจของรัฐที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐเป็นผู้ดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิด เนื่องจากถือว่ารัฐนั้นเป็นรัฐที่ได้รับผลกระทบโดยตรง ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดก็อยู่ในรัฐนั้น จึงเป็นการสมควรที่จะให้รัฐที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิด แต่ในทางปฏิบัติจริงๆแล้วกลับพบว่าผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศหลายคนไม่ถูกดำเนินคดีและลงโทษเพราะเหตุผลหลายประการ เช่นปัญหาที่เกิดจากความล้มเหลวของระบบอำนาจยุติธรรมภายในของรัฐ หรือความไม่เพียงพอของบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐ เป็นต้น ซึ่งจะได้ทำการศึกษาถึงปัญหาเหล่านี้อย่างละเอียดในบทที่ 4ต่อไป

ด้วยเหตุนี้จึงมีความพยายามในการที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น เพื่อให้รัฐสามารถนำตัวผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศมาดำเนินคดีและลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งวิธีหนึ่งก็คือการขยายความรับผิดชอบหรือดุลอาณาของรัฐในการดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศออกไปนอกดินแดนของตนได้ (*Extraterritorial Jurisdiction*) กล่าวคือ การที่รัฐอื่นนอกเหนือจากรัฐที่อาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นในดินแดนของตน สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีและลงโทษได้ โดยอาศัยหลักสากลมาเป็นพื้นฐานในการดำเนินคดี ซึ่งจะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

2. การใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ

การที่รัฐต่างๆก็มีแนวความคิดไปในทางเดียวกันว่า รัฐต่างๆจะต้องร่วมมือกันอย่างเต็มที่ในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งจากแนวความคิดนี้เองได้ก่อให้เกิดพันธกรณีแก่รัฐประการหนึ่งในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ คือรัฐจะต้องใช้ดุลอาณาของรัฐ (*State Jurisdiction*) ในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างเคร่งครัด เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ

การใช้ดุลอาณาของรัฐนั้น เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (*Sovereignty*) ซึ่งได้แก่การใช้อำนาจบงการหรือการบังคับบัญชาตามกฎหมาย เหนือบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ โดย

อาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการตามที่กฎหมายระหว่างประเทศให้การรับรอง ซึ่งสามารถแบ่งลักษณะการใช้ดุลอำนาจของรัฐออกเป็น 3 ลักษณะคือ ดุลอำนาจของรัฐในทางนิติบัญญัติ (*legislative jurisdiction*) ดุลอำนาจของรัฐในทางบริหาร (*executive jurisdiction*) ดุลอำนาจของรัฐในทางตุลาการ (*adjudicative jurisdiction*)

2.1 การปรับใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ

รัฐจะสามารถปรับใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศได้นั้น จะต้องอาศัยจุดเกาะเกี่ยว 1 ใน 6 ประการตามที่กฎหมายระหว่างประเทศให้การรับรองไว้²⁶ ซึ่งได้แก่

หลักเกณฑ์ที่ 1 หลักดินแดน (*Territory Principle*)

หลักเกณฑ์ที่ 2 หลักสัญชาติผู้กระทำความผิด (*Active Personality Principle*)

หลักเกณฑ์ที่ 3 หลักสัญชาติผู้เสียหาย (*Passive Personality Principle*)

หลักเกณฑ์ที่ 4 หลักป้องกัน (*Protection Principle*)

หลักเกณฑ์ที่ 5 หลักสากล (*Universality Principle*)

2.1.1 การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักดินแดน

การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักดินแดนนี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่รัฐทั้งหลายให้การยอมรับว่า รัฐทุกรัฐต่างก็มีอำนาจอธิปไตย (*Sovereignty*) มีฐานะเท่าเทียมกันและเป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ใต้อำนาจของรัฐใด รัฐจึงสามารถใช้ดุลอำนาจเหนือทุกส่วนที่เป็นอาณาเขตของรัฐได้อย่างเต็มที่²⁷ และมีอำนาจในการตรากฎหมายภายในของรัฐออกมาบังคับใช้ และนำตัวผู้กระทำความ

²⁶ ดูรายละเอียดใน ดำรง ธรรมรักษ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 103-115. ; จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 266-320.

²⁷ รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือบริเวณที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์ คือแผ่นดิน (*land*) ทะเลอาณาเขต (*territorial sea*) พื้นดินท้องทะเล (*sea-bed*) และดินใต้ผิวดิน (*subsoil*) ห้วงอากาศ (*air space*) เหนือแผ่นดินและทะเลอาณาเขต และบริเวณที่รัฐมีเพียงสิทธิอธิปไตย (*Sovereign Rights*) คือเขตต่อเนื่อง (*Contiguous zone*) เขตเศรษฐกิจจำเพาะ (*Exclusive*

กรรมระหว่างประเทศที่กระทำความผิดในดินแดนของตนมาดำเนินคดีและลงโทษได้²⁸ นอกจากนี้แล้วการใช้ดุลอำนาจของรัฐยังสามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักดินแดนที่เป็นอัตวิสัย (*Subjective territorial jurisdiction*) ได้แก่การใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนือการกระทำความผิดที่เริ่มต้นในรัฐนั้น แต่ผลที่เกิดขึ้นไปสิ้นสุดในรัฐอื่น รัฐสามารถใช้ดุลอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้นได้ เนื่องจากการกระทำความผิดส่วนหนึ่งเกิดขึ้นในรัฐ และการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักดินแดนที่เป็นภาววิสัย คือการใช้ดุลอำนาจของตนเหนือการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในรัฐอื่น แต่ผลของการกระทำสิ้นสุดลงที่รัฐนั่นเอง²⁹

2.1.2 การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสัญชาติผู้กระทำความผิด

สัญชาติของบุคคลหรือทรัพย์สินถือเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญประการหนึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ทำให้รัฐสามารถใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินที่มีสัญชาติของรัฐได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นจะตั้งอยู่ในหรือนอกดินแดนของรัฐ³⁰

2.1.3 การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสัญชาติผู้เสียหาย

การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองคนชาติของตนที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยบุคคลอื่น แม้ว่าการกระทำ ความผิดนั้นจะเกิดขึ้นนอกอาณาเขตของรัฐ หรือเกิดขึ้นโดยคนสัญชาติอื่นก็ตาม³¹

Economic Zone) และไหล่ทวีป (*Continental Shelf*) ซึ่งได้รับการรับรองจากกฎหมายระหว่าง ประเทศ แม้รัฐจะมีเพียงสิทธิอธิปไตย แต่รัฐก็สามารถใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนือกิจการบางอย่างใน บริเวณนี้ได้ รายละเอียดโปรดดูใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 266-270.

²⁸ เทียบประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 4

²⁹ เทียบประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 5

³⁰ เทียบประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 8 วรรคแรก (ก)

³¹ เทียบประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 8 วรรคแรก (ข)

2.1.4 การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักป้องกัน

การใช้ดุลอำนาจตามหลักป้องกันนี้ เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันผลประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญ เนื่องจากการกระทำอาชญากรรมบางลักษณะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ทั้งทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ และอื่น ๆ อย่างร้ายแรง ดังนั้นจึงเป็นที่ยอมรับกันว่า รัฐสามารถใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักนี้ได้ โดยมีต้องคำนึงว่าอาชญากรรมนั้นเกิดขึ้นที่ใด หรือบุคคลใดเป็นผู้กระทำ³²

2.1.5 การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากล

การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักเกณฑ์นี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากการกระทำอาชญากรรมบางลักษณะ ซึ่งไม่เพียงแต่จะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและผลประโยชน์ภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและผลประโยชน์ของรัฐอื่นโดยรวมด้วย รัฐทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศจึงเห็นพ้องต้องกันว่า อาชญากรรมเหล่านี้เป็นการกระทำที่ชั่วร้าย จะต้องร่วมมือกันปราบปรามอาชญากรรมเหล่านี้อย่างจริงจัง ด้วยเหตุนี้รัฐทั้งหลายจึงมีความชอบธรรมในการใช้ดุลอำนาจของตนเหนืออาชญากรรมเหล่านี้ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าอาชญากรรมนี้จะเกิดขึ้นที่ใดหรือใครเป็นผู้กระทำ ซึ่งอาชญากรรมที่รัฐสามารถใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักนี้ได้ ก็คืออาชญากรรมระหว่างประเทศนั่นเอง

จากหลักเกณฑ์การปรับใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนืออาชญากรรมทั้ง 5 ประการนั้น จะเห็นได้ว่า การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสัญชาติผู้กระทำความผิด หลักสัญชาติของผู้เสียหาย หลักป้องกัน และหลักสากลนี้ เป็นการขยายขอบเขตในการใช้ดุลอำนาจของรัฐออกไปนอกอาณาเขตของรัฐตน (*Extraterritorial jurisdiction*) เป็นการอุดช่องว่างของการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักดินแดน เพื่อที่รัฐจะจะสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดนอกอาณาเขตของตนมาดำเนินคดีและลงโทษได้ แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีการรับรองให้รัฐขยายการใช้ดุลอำนาจของรัฐออกไปในลักษณะนี้ได้ ก็มีได้หมายความว่าปัญหาในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดระหว่างประเทศจะหมดไป เนื่องจากรัฐจะใช้ดุลอำนาจของตนในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดระหว่างประเทศได้ ก็ต่อเมื่อรัฐจะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวบางประการกับอาชญากรรมนั้น และรัฐจะต้องสามารถควบคุมตัวผู้กระทำความผิด (*physical control*) ไว้ได้เสียก่อน ซึ่งจากเงื่อนไขทั้งสอง

³² เทียบประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 7 (1) และ (2)

ประการนี้ทำให้พบว่าบ่อยครั้งที่รัฐไม่สามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้หลบหนีหรือขอลี้ภัยไปยังประเทศอื่นที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับอาชญากรรมนั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดในการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลแล้ว จะเห็นได้ว่าการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักนี้น่าจะเป็นวิธีการที่ดีที่สุดในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยเฉพาะกรณีของอาชญากรรมระหว่างประเทศ

2.2 วิวัฒนาการของดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากล

แนวความคิดในเรื่องดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลปรากฏขึ้นครั้งแรกในกฎหมายของจัสติเนียน (*Code of Justinian*) ในค.ศ.ที่ 6³³ ซึ่งแนวความคิดในเรื่องดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลนี้ได้รับการยอมรับและปฏิบัติติดต่อกันเรื่อยมา โดยเริ่มจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลของบรรดานครรัฐต่างๆทางตอนเหนือของอิตาลี ในการจับกุมผู้กระทำความผิดอาญา ซึ่งได้กระทำลงนอกอาณาเขตของนครรัฐ มาดำเนินคดีในความผิดฐานเป็นโจรผู้ร้าย (*brigands*)^{*} หรือที่เรียกว่า *banniti, vagabundi, assassini* ในศาลของนครรัฐก็ได้³⁴ เนื่องจากเห็นพ้องกันว่า การกระทำความผิดของบรรดาโจรผู้ร้ายนี้ส่งผลกระทบต่อนครรัฐทั้งหมด และเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาการรอดพ้นจากการถูกลงโทษของผู้กระทำความผิด แต่แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้ดุลอำนาจของบรรดานครรัฐต่างๆ เห็นว่าการกระทำความผิดฐานโจรผู้ร้ายนี้ ยังมีได้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางนัก เช่นเดียวกับแนวความคิดเรื่องการใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนืออาชญากรรม

³³Henri Donnedien de Vabres, Les Principes du Droit Pénal International 135 (Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1928) cited in Ammesty International, “Universal Jurisdiction : The duty of states to enact and implement legislation : Chapter Two,” Amnesty International Report, September 2001, AI Index : IOR 53/004/2001 (<http://www.amnesty.org>), November 2001.

^{*}*brigands* หมายถึงบุคคลที่มักจะเคลื่อนย้ายไปในกองโจรที่มีลักษณะกึ่งกองทหาร และมักจะใช้ปฏิบัติการทางทหารในการปล้น และทำลายความสงบและความมั่นคงของพื้นที่ที่เข้าไปปฏิบัติการ

³⁴Henri Donnedien de Vabres, Les Principes du Droit Penal International 135 (Paris : Librairie du Recueil Sirey 1928) cited in Ammesty International, “Universal Jurisdiction : The duty of states to enact and implement legislation : Chapter Two,” (<http://www.amnesty.org>)

สงครามซึ่งเริ่มมีขึ้นในศตวรรษที่ 14 เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศให้การยอมรับว่า กฎหมายที่ใช้ในการควบคุมกองกำลังทหาร (*jus militare*) เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ³⁵ การกระทำใดๆ ที่ละเมิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังนี้เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และรัฐทั้งหลายสามารถใช้ดุลอำนาจของตนตามหลักสากลเหนือการกระทำอันเป็นอาชญากรรมสงครามได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำเกิดความผิดเกิดขึ้นที่ใด

แต่อย่างไรก็ตามแม้ความคิดในเรื่องการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลนี้ จะปรากฏขึ้นมาเป็นเวลายาวนานแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆ อย่างชัดเจนนัก จนกระทั่งในศ.ต.ที่ 16 แนวความคิดนี้ได้ปรากฏชัดเจนและเป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยเป็นผลมาจากแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายทะเลได้เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือได้มีการเสนอหลักกฎหมายทะเลใหม่โดย *Hugo Grotius* เรียกว่าหลักเสรีภาพในทะเลหลวง (*Freedom of the High Seas*) ซึ่งมีหลักว่ารัฐซึ่งมีอำนาจอธิปไตยย่อมมีอำนาจและสิทธิในการเดินเรือไปทั่วทุกแห่งหนในบริเวณพื้นน้ำของโลก ดังนั้นเมื่อแนวความคิดนี้ได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆ ในสังคมนานาชาติมากขึ้น ก็ส่งผลให้การติดต่อคมนาคมทางเรือระหว่างรัฐต่างๆ โดยผ่านทางทะเลหลวงมีมากขึ้นทำให้เกิดโจรสลัดมากขึ้นเช่นเดียวกัน เนื่องจากการกระทำอันเป็นโจรสลัดนั้นจะประกอบด้วยความผิดอาญาหลายฐาน ทั้งความผิดต่อชีวิต ร่างกาย ความผิดต่อเสรีภาพ และความผิดต่อทรัพย์สิน และมักจะกระทำโดยไม่เลือกว่าเรือลำนั้นหรือบุคคลบนเรือนั้นจะเป็นคนชาติใด ด้วยเหตุนี้นรัฐทั้งหลายจึงเห็นพ้องต้องกันว่า โจรสลัดเป็นศัตรูของมวลมนุษยชาติ (*hostis humani generis / enemy of mankind*) และรัฐสามารถใช้ดุลอำนาจตามหลักสากลของตนในการออกกฎหมายและลงโทษการกระทำอันเป็นโจรสลัดได้ โดยจัดทำความตกลงในรูปแบบของข้อตกลงระหว่างประเทศ³⁶ และแนวความคิดนี้ได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้วในปัจจุบัน

³⁵ Lygal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law of Serious Human Right Vol.21*(Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1992), pp.103-104.

³⁶ ข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ เช่น The 1878 Lima Treaty to Establish Uniform Rules for Private International Law โปรดดูรายละเอียดใน Amnesty International, "Universal Jurisdiction : The duty of states to enact and implement legislation : Chapter Two," (<http://www.amnesty.org>). และได้มีกรณีที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาลงโทษโจรสลัดโดยใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลคือ คดี United States v. Klintonck และ United States v. Smith ดูรายละเอียดใน M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* , pp.340-342.

แต่การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศที่เป็นรูปธรรมและชัดเจนที่สุด เริ่มต้นขึ้นภายหลังเหตุการณ์ *Holocaust* ซึ่งเกิดขึ้นในสงครามโลกครั้งที่ 2 เหตุการณ์นี้ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงโดยกองทัพนาซีเยอรมัน ส่งผลให้รัฐต่างๆ ในสังคมระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งคือฝ่ายชนะสงคราม เห็นพ้องกันว่า การกระทำของกองทัพเยอรมันเป็นการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรงทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็ นอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมการค้ามนุษย์ เป็น การสมควรอย่างยิ่งที่ผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้จะต้องถูกลงโทษ จึงได้มีการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศขึ้นที่กรุงนูแรมเบิร์ก ประเทศเยอรมันนี และกรุงโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น และศาลอื่นๆ อีกมากมายเพื่อพิจารณาคดีและลงโทษผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 นี้

การพิจารณาคดีของศาลทหารระหว่างประเทศทั้งสองศาลนี้ เป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญของหลักการที่ว่า รัฐทั้งหลายสามารถใช้ดุลอำนาจของตนตามหลักสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศได้ และได้มีการขยายการใช้ดุลอำนาจของรัฐออกไปยังอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่นๆ นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วย เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การค้ามนุษย์และเด็ก ใจอสัด การเผยแพร่สิ่งพิมพ์ลามกอนาจาร การทรมาน การค้าทาส และการค้ายาเสพติดด้วย เป็นต้น ซึ่งการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลนี้ อาจจะเป็นการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือตามข้อตกลงระหว่างประเทศก็ได้

2.3 ประเภทของการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากล

การที่รัฐจะใช้ดุลอำนาจของตนในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดได้นั้น จะต้องมื หลักกฎหมายเป็นพื้นฐานรองรับการใช้ดุลอำนาจนั้น ซึ่งในการใช้ดุลอำนาจตามหลักสากลนั้น มีพื้นฐานมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและข้อตกลงระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถจำแนกประเภทของดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลออกได้เป็น 2 ประเภทคือ

2.3.1 ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลอันเนื่องมาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลประเภทนี้เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ (*general nature*)³⁷ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยข้อตกลงหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรใด ๆ มากำหนดให้ดุลอาณาดังกล่าวแก่รัฐ ซึ่งการใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลที่มีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ การถือปฏิบัติโดยทั่วไปของรัฐ (*general practice*) ในการใช้ดุลอาณาของรัฐเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น จะต้องมึลักษณะกว้างขวาง (*extensive*) และเป็นรูปแบบเดียวกัน (*uniform*) จนถึงขนาดที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการยอมรับการถือปฏิบัติเช่นนั้นโดยทั่วไปในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนั้นแล้วยังต้องปรากฏอีกด้วยว่า รัฐต่างๆ มีความเชื่อถือว่า การถือปฏิบัติตามแนวทางในการใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลนั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้องควรแก่การยึดถือเป็นกฎหมาย (*opinio juris sive neccessitatis*)³⁸ ซึ่งจะส่งผลให้รัฐต่างๆ สามารถใช้ดุลอาณาของตนในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ การใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลอันมีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ มักจะเป็นการใช้ดุลอาณาเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น ความผิดฐานโจรสลัด การค้าทาส การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็นต้น

2.3.2 ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลอันเนื่องมาจากข้อตกลงระหว่างประเทศ

ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลประเภทนี้ เป็นการใช้อุลาอาณาของรัฐตามหลักสากลซึ่งบทบัญญัติของข้อตกลงระหว่างประเทศได้ระบุให้อำนาจแก่รัฐไว้ ดุลอาณาของรัฐในลักษณะนี้จึงมิได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติแต่เป็นสิ่งที่บัญญัติขึ้นมา (*specific nature*)³⁹ โดยเกิดขึ้นจากการที่

³⁷M. Cherif Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Criminal Law , p.513.

³⁸Ian Brownlie, Principles of Public International Law (Oxford : Academic Press, 1979), p.6.

³⁹S. Z. Feller, "Jurisdiction over Offenses with a Foreign Element", in A Treatise on International Criminal Law Vol.II, eds. M. Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda. (Charles C. Thomas Publisher, 1973), p.33.

รัฐภาคีของข้อตกลงระหว่างประเทศตกลงกันให้อำนาจแก่รัฐภาคี เพื่อให้รัฐภาคีสามารถใช้ดุล
 อาณาของรัฐในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ การใช้ดุล
 อาณากรณีนี้มักเป็นการบัญญัติอาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้นใหม่ เช่นการก่อการร้าย การก่อ
 วินาศกรรมอากาศยาน การค้ายาเสพติด การเหยียดผิว การทรมาน เป็นต้น

ซึ่งเมื่อทำการศึกษาแล้วจะเห็นได้ว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นั้น เป็นอาชญากรรม
 ระหว่างประเทศที่รัฐสามารถใช้ดุลอาณาตามหลักสากลได้ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง
 ประเทศ สำหรับการทรมานนั้นนอกจากจะมีการจัดทำอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 ขึ้น ซึ่งใน
 อนุสัญญานั้นได้บัญญัติให้รัฐภาคีสามารถใช้ดุลอาณาของตนเหนือการทรมานในดินแดนของรัฐ
 ภาคีอื่นได้ ในขณะที่เดียวกันการทรมานก็ได้รับการยอมรับว่ารัฐมีสามารถใช้ดุลอาณาของตนตาม
 หลักสากลได้ในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นเดียวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ
 จึงกล่าวได้ว่าในกรณีของการทรมานนั้น รัฐสามารถใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลได้ทั้งจาก
 การที่มีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและข้อตกลงระหว่างประเทศให้อำนาจไว้นั่นเอง

3. ความรับผิดชอบของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในการดำเนินกิจกรรมต่างๆทั้งทางด้านกฎหมาย การค้าพาณิชย์ หรือกิจกรรมอื่นใดไม่
 ว่าจะเป็นในระดับรัฐหรือในระดับระหว่างประเทศนั้น จำเป็นต้องอาศัยผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายนั้น
 ในการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ดังนั้นในการศึกษาถึงความรับผิดชอบของปัจเจกชนผู้กระทำอาชญา
 กรรมระหว่างประเทศนั้น อันดับแรกจำต้องศึกษาเสียก่อนว่าปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิหรือไม่ เพราะ
 หากปัจเจกชนมิใช่บุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ปัจเจกชนผู้นั้นมีอาจรับผิดชอบในการ
 กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้เลย

3.1 สถานะทางกฎหมายของปัจเจกชนในทางระหว่างประเทศ

เมื่อกล่าวถึงปัจเจกชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ประเด็นสำคัญที่ต้องทำ
 การศึกษาเป็นอันดับแรกก็คือ สถานะทางกฎหมายของปัจเจกชนว่ากฎหมายระหว่างประเทศให้
 การยอมรับว่าปัจเจกชนมีสภาพบุคคลหรือไม่ เนื่องจากหากว่าปัจเจกชนได้รับการยอมรับว่าเป็น
 บุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ปัจเจกชนย่อมมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตาม
 กฎหมายระหว่างประเทศได้

แต่เดิมนั้นกฎหมายระหว่างประเทศให้การรับรองเฉพาะรัฐเท่านั้น ที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศจึงมีผลผูกพันกันระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น แต่ต่อมาเมื่อรัฐต่างๆได้ร่วมกันทำความตกลงระหว่างประเทศจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศขึ้น เพื่อดำเนินกิจกรรมต่างๆตามที่รัฐทั้งหลายมุ่งประสงค์ร่วมกัน องค์การระหว่างประเทศจึงได้ถูกจัดตั้งขึ้นมากมายหลายองค์การ และเริ่มเข้ามามีบทบาทสำคัญในสังคมระหว่างประเทศ ทั้งในเรื่องของความสงบเรียบร้อยของสังคมระหว่างประเทศ การให้ความช่วยเหลือแก่รัฐที่ประสบภัยพิบัติ การคุ้มครองรักษาสีทธิมนุษยชน และอื่นๆ ด้วยเหตุนี้ประเด็นในเรื่องสถานะบุคคลในทางระหว่างประเทศ จึงเป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงอีกครั้งหนึ่งว่าองค์การระหว่างประเทศเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

ใน คดี *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nation* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยถึงสภาพบุคคลขององค์การสหประชาชาติไว้ว่า สหประชาชาติมีสถานะเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยอ้างถึงเจตจำนงของมวลสมาชิกที่จะก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ ให้มีตัวตนและมีอำนาจอิสระต่างหากจากรัฐสมาชิก โดยศาลยังได้อ้างถึงอนุสัญญาต่างๆที่สหประชาชาติเป็นภาคีด้วย และศาลยังได้กล่าวด้วยว่า หน้าที่ การงาน และสิทธิต่างๆที่มวลสมาชิกมอบหมายให้แก่องค์การสหประชาชาตินั้น จะปฏิบัติและใช้ได้ก็ต่อเมื่อองค์การสหประชาชาติมีสถานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ และมีความสามารถที่จะใช้สิทธิในทางระหว่างประเทศได้⁴⁰ และศาลยังได้วินิจฉัยเพิ่มเติมด้วยว่าบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นคือ สิ่งที่สามารถมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ...และมีความสามารถที่จะดำรงรักษาสีทธิของตนเองด้วยการร้องเรียนในระดับระหว่างประเทศได้⁴¹ ซึ่งจากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศดังกล่าว ได้ส่งผลให้แนวความคิดเกี่ยวกับบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศเปลี่ยนแปลงไป โดยกฎหมายระหว่างประเทศมิใช่สิ่งที่ใช้บังคับผูกพันเฉพาะรัฐเท่านั้นอีกต่อไป แต่สามารถใช้บังคับกับองค์การระหว่างประเทศได้อีกด้วย

สำหรับสถานะของปัจเจกชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีวิวัฒนาการติดต่อกันมายาวนานแล้ว และเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่นักนิติศาสตร์หลายท่านให้ความสนใจ แต่อย่างไรก็ตามสภาพบุคคลของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นยังคงไม่มีความชัด

⁴⁰จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 212.

⁴¹Lygal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law of Serious Human Right Vol.21,p.140.*

เจนแน่นอน เนื่องจากนักนิติศาสตร์ยังคงมีแนวความคิดในเรื่องนี้แตกต่างกันและขัดแย้งกันอยู่ และยังคงเป็นประเด็นที่ยังคงโต้เถียงกันเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

ตามแนวความคิดของ *Hugo Grotius* และ *Vattel* นักนิติศาสตร์ที่ยึดถือแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ในยุคแห่งการจักระบบกฎหมาย ซึ่งเป็นยุคเริ่มต้นของแนวความคิดปัจเจกชนนิยม (*Individualism*) ที่เชื่อว่าปัจเจกชนเป็นหน่วยหน่วยหนึ่งที่มีความสำคัญในตัวของมันเอง และอยู่ได้โดยลำพังด้วยตนเอง มิใช่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของสังคมหรือจักรวาล แต่เป็นหน่วยที่มีคุณค่าและมีความมุ่งหมายในตัวของมันเอง⁴² แต่ตามคำสอนของ *Hugo Grotius* และ *Vattel* กลับให้ความสำคัญกับรัฐในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ และในขณะเดียวกันก็ยอมรับถึงความมีอยู่ของกฎหมายธรรมชาติด้วย⁴³ โดยเฉพาะแนวความคิดของ *Vattel* นั้นมองว่า ปัจเจกชนมิใช่บุคคลโดยตรงในกฎหมายระหว่างประเทศ ปัจเจกชนสามารถอ้างสิทธิของตนตามหลักกฎหมายธรรมชาติต่อรัฐในฐานะคนชาติของรัฐได้ แต่ในความเป็นจริงแล้วสถานะของปัจเจกชนตามทฤษฎีนี้มักเป็นผู้ถูกกระทำหรือเป็นกรรมมากกว่าด้วยการที่แท้จริง⁴⁴

Hersch Lauterpacht นักนิติศาสตร์อีกท่านหนึ่งได้ให้ความเห็นไว้ว่า รัฐเท่านั้นที่เป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ปัจเจกชนก็มีสิทธิในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ แต่การแสดงออกหรือการใช้สิทธินั้น ปัจเจกชนจะต้องกระทำโดยผ่านรัฐในฐานะที่เป็นผู้ถูกกระทำ (*object*) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ การที่ปัจเจกชนถูกมองว่าเป็นผู้ถูกกระทำหรือเป็นกรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้ มิได้หมายความว่าปัจเจกชนจะเป็นตัวการโดยตรงตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้⁴⁵

Hans Kelsen เป็นผู้ที่เห็นด้วยกับความคิดที่ว่า ปัจเจกชนควรจะต้องมีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ตัวเขาเองก็ยังคงยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า รัฐเท่านั้นที่เป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามตามความเห็นของ *Kelsen* นั้น ปัจเจกชนก็สามารถมีความรับผิดชอบประการภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ สำหรับการกระทำซึ่งเป็น

⁴²ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 347.

⁴³Lygal S. Sunga, Individual Responsibility in International Law of Serious Human Right Vol.21, p.149.

⁴⁴Ibid, p.150.

⁴⁵L. Oppenheim, Oppenheim's International Law, p.636.

การละเมิดกฎเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁶ สถานะของปัจเจกชนในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นยังมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นเป็นกรณีๆไป มากกว่าที่จะยอมรับกันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป

แนวความคิดของนักวิชาการในประเทศสหภาพโซเวียตนั้น ให้การยอมรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศแต่ได้โต้แย้งแนวความคิดที่ว่าเฉพาะรัฐเท่านั้นที่เป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยยอมรับว่าปัจเจกชนสามารถมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ อย่างเช่นในการพิจารณาคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในศาลทหารระหว่างประเทศที่กรุงนูเรมเบิร์กและกรุงโตเกียว แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดของนักกฎหมายสหภาพโซเวียตนั้น ปัจเจกชนก็ยังคงมิได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศอย่างเต็มที่เท่าใดนัก⁴⁷

Baker นักนิติศาสตร์อีกคนหนึ่งให้ความเห็นว่าปัจเจกชนสามารถเป็นบุคคลตามกฎหมายภายในของรัฐและสามารถเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกัน⁴⁸ *Hefler* ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ปัจเจกชนมีสิทธิหน้าที่ติดตัวมาแต่กำเนิด ไม่เฉพาะในฐานะที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น หากแต่เป็นในฐานะสมาชิกของสังคมระหว่างประเทศด้วย⁴⁹

⁴⁶Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* 327-328 (1960) cited in Edoardo Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law," *International Review of the Red Cross* 51(1997) : 537.

⁴⁷Academy of Sciences of the USSR Institute of Law, *International Law : A Textbook for Use in Law School* 7(1960) cited in Lygal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law of Serious Human Right* Vol.21, p.34.

⁴⁸Baker, "The Scholastic Concept of International Law," 16 *Notre Dame L.R.* 1,3,4,8,10 (1940) cited by I. Whiteman *Digest of International Law* 7.

⁴⁹Alexander Orakhelashvili, "The Position of the Individual in International Law," *California Western International Law Journal* 31(2001) : 247.

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ทั้งหลายแล้ว สามารถสรุปได้ว่า แนวความคิดเกี่ยวกับสถานะของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น สามารถแยกออกได้ เป็น 2 แนวความคิดคือ

แนวความคิดที่ 1 เห็นว่า ปัจเจกชนไม่ใช่บุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ มีเพียงแต่รัฐเท่านั้นที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ปัจเจกชนสามารถมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ในฐานะที่เป็นผู้ถูกระทำหรือกรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ

แนวความคิดที่ 2 เห็นว่า รัฐมิใช่บุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่เพียงผู้เดียวอีกต่อไป นอกจากรัฐแล้วยังคงมีสิ่งอื่นอีกที่สามารถมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ซึ่งได้แก่องค์การระหว่างประเทศ และปัจเจกชนนั่นเอง

ต่อมาเมื่อมีความเจริญก้าวหน้าของหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้น ปัจเจกชนก็เริ่มเข้ามามีบทบาทในสังคมระหว่างประเทศมากขึ้น สิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆ ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogen*) ทำให้รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องให้การดูแลคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนมิให้มีการกระทำใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น ตลอดจนปัจเจกชนเองก็เริ่มได้รับการยอมรับให้สามารถใช้สิทธิในทางระหว่างประเทศได้ตามที่ระบุไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ โดยสามารถยื่นคำฟ้องหรือคำร้องเรียนต่อคณะกรรมการระหว่างประเทศ ซึ่งมีอำนาจปฏิบัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา เพื่อให้คณะกรรมการนั้นช่วยเหลือตนให้พ้นจากการกระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชน⁵⁰

⁵⁰ ข้อตกลงระหว่างประเทศที่บัญญัติให้ปัจเจกชนสามารถใช้สิทธิในการยื่นคำร้องเรียนต่อคณะกรรมการซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา เพื่อให้ดำเนินการช่วยเหลือตนให้พ้นจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน และได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับจากการกระทำดังกล่าว มีอยู่หลายฉบับทั้งที่เป็นสนธิสัญญาแบบทวิภาคีและพหุภาค เช่น *Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights 1966*, *The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984*, *The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950*, *The American Convention on Human Rights 1969*, *The*

ดังนั้นจึงสามารถกล่าวได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับสภาพบุคคลของปัจเจกชนในระดับหนึ่ง โดยยอมรับให้มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ดังจะเห็นได้จากการพิจารณาคดีและลงโทษปัจเจกชนซึ่งกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูแรมเบิร์กและกรุงโตเกียว ซึ่งเหตุการณ์นี้ถือเป็นเหตุการณ์สำคัญที่แสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับแนวความคิดในเรื่องสถานะของปัจเจกชนในทางระหว่างประเทศ จนอาจกล่าวได้ว่าปัจเจกชนก็ถือเป็นบุคคลประเภทหนึ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน แม้จะมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบแตกต่างจากรัฐและองค์การระหว่างประเทศก็ตาม

3.2 ความรับผิดชอบของปัจเจกชนในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ

เดิมทีแนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกชนในกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้รับความสนใจมากนัก เนื่องมาจากการที่กฎหมายระหว่างประเทศไม่รับรองว่าปัจเจกชนมีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ปัจเจกชนจึงไม่มีความผิดใดๆตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายระหว่างประเทศเองก็ให้การยอมรับในบางกรณีว่า ปัจเจกชนสามารถกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยตรง เช่นการกระทำอันเป็นโจรสลัด การค้าทาส และการละเมิดกฎเกณฑ์ของการขัดกันด้วยกำลังอาวุธบางประการเท่านั้น⁵¹

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจกชนในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ เริ่มต้นขึ้นภายหลังการเกิดขึ้นของสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยสนธิสัญญาแวร์ซายส์ ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1919 ได้บัญญัติไว้ใน Article 228-229 ให้สิทธิฝ่ายสัมพันธมิตรในการพิจารณาและลงโทษปัจเจกชนที่กระทำการละเมิดกฎหมายและประเพณีเกี่ยวกับสงครามได้ และ Article 227 ยังได้กล่าวว่จักรพรรดิไกเซอร์ วิล เฮลม ที่ 2 ของเยอรมัน มีความผิดฐานกระทำความผิดร้ายแรงต่อศีลธรรมระหว่างประเทศและละเมิดต่อสนธิสัญญาต่างๆ ซึ่งคณะมนตรีสูงสุดผู้แทนฝ่ายสัมพันธมิตรได้ยื่นคำร้องถึงรัฐบาลของประเทศเนเธอร์แลนด์ให้ดำเนินการส่งตัวจักรพรรดิไกเซอร์ วิล เฮลม ที่ 2 มายังศาลทหารพิเศษเพื่อพิจารณาคดีสำหรับความผิดที่ระบุไว้ใน Article 227 นั้น แต่ไม่

African Charter on Human and Peoples' Rights 1981 ดู ราย ละ เชี ย ด ใน Alexander Orakhelashvili, "The Position of the Individual in International Law," : 253.

⁵¹M. Cherif Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Criminal Law, p.193.

สัมฤทธิ์ผล เนื่องจากรัฐบาลเนเธอร์แลนด์ให้การปฏิเสธ ประกอบกับถ้อยคำใน Article 227 เองก็ไม่พร้อมที่จะจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาคดี⁵²

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง ได้มีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศขึ้นที่กรุงนูเรมเบิร์ก เพื่อพิจารณาคดีกับปัจเจกชนซึ่งกระทำอาชญากรรมต่อสันติภาพ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งศาลได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของปัจเจกชนที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศใช้บังคับกับรัฐเท่านั้นและไม่ใช้กับปัจเจกชนด้วย และได้กล่าวยืนยันถึงความรับผิดชอบอาญาของปัจเจกชนในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วยว่า “ปัจเจกชนสามารถถูกลงโทษได้สำหรับการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ อาชญากรรมซึ่งเป็นปฏิปักษ์กับกฎหมายระหว่างประเทศถูกกระทำขึ้นโดยมนุษย์ ไม่ใช่โดยองค์กรซึ่งเป็นนามธรรม และกฎหมายระหว่างประเทศจะบังคับใช้ได้ก็ด้วยการลงโทษปัจเจกชนผู้กระทำความผิดเท่านั้น”⁵³ และต่อมาหลักเกณฑ์ของธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์กนี้ ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศใน ค.ศ. 1950 โดยเรียกหลักเกณฑ์นี้ว่า “หลักเกณฑ์นูเรมเบิร์ก” (Nuremberg Principles) และหลักเกณฑ์นูเรมเบิร์กนี้ได้รับการปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลายาวนาน จนมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วในปัจจุบัน ซึ่งในส่วนต่อไปผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงวิวัฒนาการของความรับผิดชอบของปัจเจกชนในการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมานต่อไป

ก. ความรับผิดชอบของปัจเจกชนในการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

อาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นได้รับการพัฒนาในโครงสร้างของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยกำลังอาวุธ⁵⁴ โดยรู้จักกันในชื่อ “กฎหมายของ

⁵² ดู รายละเอียด ใน Edoardo Greppi, “The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law,” : 535-536. ; M.Cherif Bassiouni, “From Versailles to Rwanda in Seventy-five Years : The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, *Harvard Human Rights Journal* 10(1997) : 14.

⁵³ M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, p.207.

⁵⁴ Edoardo Greppi, “The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law,” : 540.

มนุษยชาติ”⁵⁵ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติแต่เดิมนั้นมิได้แยกออกมาเป็นความผิดหนึ่งต่างหาก แต่รวมอยู่กับความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม จนกระทั่งได้มีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูแรมเบิร์กขึ้น อาชญากรรมต่อมนุษยชาติก็ถูกแยกออกมาจากอาชญากรรมสงคราม เหตุที่ต้องแยกอาชญากรรมต่อมนุษยชาติออกจากอาชญากรรมสงครามนั้น ก็เนื่องมาจากว่าความผิดฐานอาชญากรรมสงครามไม่สามารถครอบคลุมการกระทำของทหารนาซีเยอรมันในสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ เนื่องจากทหารนาซีเยอรมันมิได้ทำลายล้างคนชาติอื่นเท่านั้น แต่ยังทำลายล้างคนชาติเยอรมันที่มีเชื้อสายยิวด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งในกรณีนี้ไม่เข้าองค์ประกอบของอาชญากรรมสงคราม จึงไม่สามารถลงโทษทหารเยอรมันที่ฆ่าคนเยอรมันเชื้อสายยิวได้ ดังนั้นฝ่ายสัมพันธมิตรจึงเห็นพ้องกันว่า เพื่อมิให้อาชญากรรมเหล่านี้รอดพ้นจากการพิจารณาดีและการลงโทษ จึงได้กำหนดให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นความผิดอีกฐานหนึ่งแยกต่างหากจากอาชญากรรมสงคราม ซึ่งปัจเจกชนผู้กระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้ไม่สามารถกล่าวอ้างเหตุผลใดๆ เพื่อไม่ให้ตนถูกดำเนินคดีได้เลย

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติจึงมีลักษณะคล้ายคลึงกับอาชญากรรมสงคราม เพียงแต่มีการขยายขอบเขตของการกระทำความผิดให้กว้างขวางขึ้น เพื่อให้ครอบคลุมอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในเวลาสันติ หรือการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศต่อคนชาติของรัฐผู้กระทำความผิดเอง หรือการทำลายล้างอันเนื่องมาจากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา

แนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกชนซึ่งกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้รับการยืนยันอีกครั้งในการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ (*ad hoc tribunal*) เพื่อพิจารณการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวียและประเทศรวันดา รวมทั้งการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการถาวร ด้วย โดยในธรรมนูญจัดตั้งศาลทั้ง 3 ศาลนั้น ได้บัญญัติให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นความผิดฐานหนึ่งซึ่งผู้กระทำจะต้องถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษในการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ในลักษณะเดียวกัน⁵⁶

⁵⁵ Lygal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law of Serious Human Right Vol.21*, p.149.

⁵⁶ ดูรายละเอียดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 7, ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับรวันดา มาตรา 6, ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 27-28.

ข. ความรับผิดชอบของปัจเจกชนในการกระทำอาชญากรรม

การยอมรับว่าการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากความเจริญก้าวหน้าของหลักสิทธิมนุษยชน สิทธิของปัจเจกชนทุกคนจึงได้รับการปกป้องคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศ โดยได้รับการยอมรับในระดับสากลอย่างเป็นทางการว่า สิทธิมนุษยชนนี้เป็นสิทธิที่รัฐทุกรัฐจะต้องให้ความเคารพ ไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน ไม่ว่าจะในเวลาสันติหรือในเวลาสงคราม ซึ่งหลักเกณฑ์ห้ามทำอาชญากรรมนี้มีปรากฏอยู่ในข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทั้งปวงจากกาตกอยู่ภายใต้การทรมาน การปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี เป็นต้น

การทรมานนี้มีความสัมพันธ์กับอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ในฐานะที่เป็นลักษณะหนึ่งของการกระทำอาชญากรรมนั้นๆ หรือเป็นองค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้ง 2 ส่วน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารท้ายอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ที่ได้บัญญัติให้การทรมานเป็นลักษณะหนึ่งของการละเมิดร้ายแรง เช่นเดียวกับธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็ได้บัญญัติให้การทรมานเป็นองค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดในเรื่องการทรมานนี้ ได้รับการพัฒนาและได้รับการรับรองจากกฎหมายระหว่างประเทศควบคู่ไปกับแนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกชนในการกระทำอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วในปัจจุบัน รวมถึงได้มีการบัญญัติอนุสัญญาทรมานขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในปี.ศ.1984 ด้วย

จากการที่ได้ศึกษาถึงลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยเฉพาะอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมานนั้น จะเห็นได้ว่าลักษณะของการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งสองลักษณะนั้น เป็นการกระทำที่เป็นระบบและมักเกิดขึ้นในบริเวณกว้าง โดยมีเป้าหมายเป็นกลุ่มคนที่มีเรื่องเชื้อชาติศาสนาหรือการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบุคคลผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในลักษณะนี้ได้ จะต้องเป็นบุคคลหลายคนที่มิอำนาจอยู่ในมือ ประกอบกับสิ่งที่ปรากฏให้เห็นในสังคมระหว่างประเทศส่วนใหญ่ นั้น อาชญากรรมระหว่างประเทศนี้มักเกิดขึ้นจากการที่ผู้นำรัฐซึ่งเป็นผู้ปกครองสูงสุดของรัฐ ใช้อำนาจตามตำแหน่งหน้า

ที่สั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ดังนั้นวิธีการที่ดีที่สุดในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศก็คือ การนำตัวผู้นำรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นมาดำเนินคดีและลงโทษ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัตินั้นการนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่ยากยิ่ง โดยเฉพาะในการดำเนินคดีโดยศาลภายในของรัฐ สาเหตุก็เนื่องมาจากการที่ผู้นำรัฐได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอาญาของรัฐต่างประเทศอื่นตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงเป็นเหตุให้ผู้นำรัฐมักจะรอดพ้นจากการถูกดำเนินคดีทุกครั้งไป ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐในบทต่อไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3 ความคุ้มกันของผู้นำรัฐ

ความคุ้มกัน (*Immunity*) เป็นคำมักจะถูกนำไปใช้ควบคู่กับคำว่าเอกสิทธิ์ (*Privilege*) ซึ่งก่อให้เกิดความเข้าใจสับสนว่าคำว่าความคุ้มกันและเอกสิทธิ์มีความหมายเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ซึ่งความหมายที่แท้จริงของคำว่า “ความคุ้มกัน” ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น หมายรวมถึงความปลอดภัยจากอำนาจ ภาวะ หรือภัยอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือความจำเป็นที่จะต้องระงับการใช้อำนาจอย่างใดอย่างหนึ่ง¹ ซึ่งบุคคลที่สามารถอุปโภคความคุ้มกันได้นั้นมีอยู่ด้วยกันหลายประเภท กล่าวคือ รัฐ (*State*), บุคคลที่เป็นอธิปัตย์ (*The Personal Sovereign*), เจ้าหน้าที่ของรัฐ (*Public Officials and Agents*), ตัวแทนของรัฐ (*agencies of the State*), นิติบุคคลซึ่งรัฐเป็นเจ้าของหรือเป็นผู้ควบคุม (*Corporations Owned or Controlled by the State*)² แต่ในบทนี้ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงเฉพาะความคุ้มกันของรัฐ, ความคุ้มกันของผู้นำรัฐ และความคุ้มกันของผู้แทนทางการทูต เท่านั้น เนื่องจากเป็นความคุ้มกันที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้นำรัฐซึ่งเป็นขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1. ความคุ้มกันของรัฐ

เนื่องจากรัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองและมีอยู่อย่างเท่าเทียมกันตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่กฎบัตรสหประชาชาติได้ให้การรับรองไว้ในมาตรา 2³

¹Sompong Sucharitkul, *Second report on jurisdictional immunities of State and their property*, vol.2 part 1, *Yearbook of the International Law Commission* (1980), pp.200,204.

²Noyes E. Leech, Covey T. Oliver and Joseph Modeste Sweency, *The International Legal System Cases and Materials*, (New York: The Foundation Press Inc.,1973) pp.341-343.

³กฎบัตรองค์การสหประชาชาติ มาตรา 2 บัญญัติว่า

“1.

2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;

ด้วยเหตุนี้ทำให้รัฐหนึ่งไม่สามารถใช้ดุลอำนาจของตนเหนือรัฐอื่นได้ ซึ่งแนวความคิดนี้ทำให้เกิดหลักเกณฑ์ในสังคมระหว่างประเทศที่ว่า “ไม่มีรัฐใดสามารถใช้อำนาจของตนเหนือการกระทำของรัฐอื่นได้” (*par in parem non habet imperium*)⁴

แนวความคิดในเรื่องความคุ้มกันของรัฐนี้ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง ดังจะเห็นได้จากบรรดาเอกสารและแนวทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ ดังที่ปรากฏให้เห็นอยู่ในคำพิพากษาของรัฐนั้นๆ ซึ่งคำพิพากษาที่ถือเป็นจุดเริ่มต้นในการให้การยอมรับหลักเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันของรัฐก็คือ คำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *The Schooner Exchange v. McFaddon* ซึ่งเป็นคดีที่จะต้องนำมากล่าวถึงเมื่อมีการกล่าวถึงความคุ้มกันของรัฐ

ในคดี *The Schooner Exchange v. McFaddon* นี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า นาย *McFaddon* ซึ่งเป็นคนชาติอเมริกัน เป็นเจ้าของเรือกลไฟชื่อ *Exchange* ได้ถูกปล้นและถูกยึดเรือกลางทะเลหลวงโดยทหารเรือของพระเจ้านโปเลียน และได้มีการนำเรือลำนี้ไปดัดแปลงต่อเติมเป็นเรือรบของประเทศฝรั่งเศสใช้ชื่อว่า *Balaou No.5* ซึ่งต่อมาภายหลังเรือลำนี้ได้ประสพภัยกลางทะเล จึงได้ขอหลบภัยธรรมชาติเข้ามาจอดที่ท่าเรือในเมืองฟิลาเดเฟีย ประเทศสหรัฐอเมริกา นาย *McFaddon* จำเรือลำนี้ได้ว่าเป็นเรือของตน จึงยื่นฟ้องต่อศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยอ้างสิทธิเหนือเรือลำนี้ ขอให้ศาลประเทศสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาให้ยึดเรือลำดังกล่าวคืนให้แก่ตน ศาลสหรัฐอเมริกาพิจารณาคดีแล้ววินิจฉัยว่าเรือกลไฟชื่อ *Exchange* นี้ได้กลายเป็นเรือรบของอริบัตย์ฝรั่งเศสแล้ว จึงถือเป็นทรัพย์สินของรัฐบาลฝรั่งเศส และเรือลำนี้ได้เดินทางเข้ามายังท่าเรือฟิลาเดเฟียอย่างสันติโดยความยินยอมของประเทศสหรัฐอเมริกาในฐานะมิตรประเทศ เรือลำนี้จึงควรได้รับการปฏิบัติอย่างฉันมิตร เรือลำนี้จึงได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่มีอำนาจยึดเรือลำนี้ พิพากษาให้ยกคำฟ้องของนาย *McFaddon*⁵ นอกจากนั้นแล้ว *Chief Justice Marshall* ประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกายังได้

3. ...

4. ...”

⁴ Alun Jones, *Jone's on Extradition and Mutual Assistance*. (London : Sweet & Maxwell,2001), p.125.

⁵ D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law* (London: Sweet & Maxwell, 1991), pp. 288-290.

จำแนกประเภทของบุคคลผู้ซึ่งได้รับความคุ้มครองออกเป็น 4 ประเภทคือ ประชาชนของรัฐ, รัฐหรือองค์กร ประกอบตามรัฐธรรมนูญของรัฐ, บุคคลในคณะทูต และกองกำลังที่ได้รับการเชื้อเชิญให้เข้ามาใน รัฐผู้รับหรือเดินทางผ่าน⁶ จากคำพิพากษาในคดีนี้เป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญในการก่อให้เกิดแนวทาง ปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับหลักความคุ้มกันของรัฐ จนหลักเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันของรัฐนี้ได้กลายเป็น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว

1.1 แนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของความคุ้มกันของรัฐ

หลักความคุ้มกันของรัฐนี้มีแนวความคิดพื้นฐานมาจากหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

ก. อำนาจอธิปไตยของรัฐ (State Sovereignty)

หลักในเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐมีอยู่ในสังคมระหว่างประเทศมาเป็นเวลานาน แล้ว แต่เพิ่งปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) ซึ่งเป็นจุดที่เริ่ม เกิดแนวความคิดว่า ฝ่ายอาณาจักรและฝ่ายศาสนจักรควรจะแยกอำนาจออกจากกันโดยสิ้นเชิง ฝ่ายอาณาจักรควรที่จะต้องมีอำนาจเป็นของตนเองอย่างสมบูรณ์ ซึ่งแนวความคิดนี้ก่อให้เกิดรัฐ สมัยใหม่ (Modern State) ขึ้น โดยได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายสำคัญหลายท่าน แต่ที่ ปรากฏชัดแจ้งที่สุดคือแนวความคิดของ จัง โบแดง (Jean Bodin) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสซึ่งได้ พยายามชี้ให้เห็นว่า สิ่งที่จะทำให้รัฐสามารถดำรงความเป็นรัฐอยู่ได้ก็คืออำนาจอธิปไตย รัฐจะ ต้องมีอำนาจปกครองสูงสุดเหนือประชาชนในรัฐอันไม่ถูกจำกัดหรือยับยั้งโดยกฎหมายใดๆ ดังนั้น อำนาจอธิปไตยจึงเป็นอำนาจเด็ดขาดเหนือพลเมืองของรัฐและเป็นนิรันดร⁷

⁶บุคคล 3 ประเภทแรกตามที่ประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้จำแนกไว้นั้น เป็น บุคคลที่รัฐต่างๆต่างให้การยอมรับและยึดถือปฏิบัติติดต่อกันเรื่อยมาว่าเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มกัน แต่สำหรับกองกำลังที่ได้รับการเชื้อเชิญให้เข้ามาในรัฐผู้รับหรือเดินทางผ่านนั้น ในทางปฏิบัติ ของรัฐต่างๆ ในสมัยต่อมาถือว่าเป็นเรื่องที่จะต้องทำความตกลงกำหนดสิทธิและหน้าที่ และแบ่ง การใช้อำนาจศาล และจัดลำดับในการใช้อำนาจศาลซ้อนทับกัน โดยทำความตกลงกันเป็นสนธิ สัญญาระหว่างกัน โดยไม่ถือว่าคำเชื้อเชิญเป็นการสละอำนาจของรัฐผู้เชื้อเชิญโดยปริยาย ดูรายละเอียดใน สมปอง สุจริตกุล, “สิทธิยกเว้นอำนาจศาลของทูต,” *บทบัญญัติ* 21(2506) : หน้า 726-727.

⁷ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2539), หน้า 160.

จากแนวความคิดของนักกฎหมายหลายท่านนี้ได้รับการยอมรับและพัฒนาขึ้นเรื่อยมา จนเกิดเป็นหลักกฎหมายว่า รัฐต่างๆมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐใด รัฐมีอิสระอย่างเต็มที่ในการดำเนินกิจการต่างๆทั้งกิจการภายในและภายนอก รัฐ ดังนั้นจึงไม่มีรัฐใดสามารถบังคับ บงการ หรือเข้ามาแทรกแซงให้รัฐทำตามคำสั่งได้ หลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจอธิปไตยจึงเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานประการหนึ่งที่เกิดแนวความคิดในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ

ข. แนวความคิดพื้นฐานอันมาจากดุลอำนาจของรัฐ (State jurisdiction)

ดุลอำนาจของรัฐมีความสัมพันธ์กับอำนาจอธิปไตย โดยดุลอำนาจของรัฐนั้นหมายถึง การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ซึ่งได้แก่ การตรากฎหมาย, การบังคับใช้กฎหมาย และการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเหนือดินแดน บุคคล ทรัพย์สิน ตลอดจนเหตุการณ์ต่างๆ โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองนี้ส่งผลให้รัฐสามารถใช้ดุลอำนาจของตนในการดำเนินกิจการต่างๆ ได้อย่างเต็มที่เหนือดินแดน คนชาติ และทรัพย์สินของรัฐ ดังนั้นจึงเป็นการไม่เหมาะสมหากรัฐจะใช้ดุลอำนาจของตนเหนือรัฐต่างประเทศอื่น ยิ่งหากเป็นกรณีของการพิจารณาคดีความที่รัฐต่างประเทศถูกฟ้องร้องเป็นจำเลยต่อศาลภายในของรัฐด้วยแล้ว ยิ่งเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่งในการที่ศาลภายในของรัฐจะรับคดีไว้พิจารณา เนื่องจากหากศาลภายในของรัฐรับคดีไว้พิจารณาก็เท่ากับว่ารัฐได้ดำเนินการพิจารณาความถูกต้องของการกระทำของรัฐต่างประเทศนั้น จึงเท่ากับเป็นการเข้าไปก้าวล่วงการดำเนินการของรัฐต่างประเทศอื่น ส่งผลกระทบกระเทือนถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐต่างประเทศ ดังนั้นรัฐต่างประเทศจึงควรได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐด้วย⁸

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸Arthur Watts, "The Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers," Recueil des Cours de l'Academie de Droit International 247(1994) : 54.

1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ

หลักทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐมีอยู่ 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีความคุ้มกันแบบเด็ดขาด และ ทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด⁹

ก. ทฤษฎีความคุ้มกันแบบเด็ดขาด (*classical or absolute immunity*)

แต่เดิมนั้นรัฐต่างๆต่างยอมรับกันว่ารัฐต่างประเทศสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของรัฐได้สำหรับการกระทำของรัฐในทุกกรณี โดยไม่คำนึงว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้หรือไม่ แม้แต่ในกิจการที่มีลักษณะเป็นเชิงการค้าพาณิชย์ รัฐก็สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ โดยรัฐจะใช้ดุลอาณาของตนเหนือกิจการใดๆของรัฐต่างประเทศนั้นไม่ได้เว้นแต่รัฐต่างประเทศจะให้ความยินยอม เหตุผลของทฤษฎีความคุ้มกันแบบเด็ดขาดนี้สืบเนื่องมาจากการให้ความเคารพในอำนาจอธิปไตยของรัฐ หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ (*reciprocity*) และหลักสันถวไมตรีระหว่างประเทศ (*comity*)¹⁰

ทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องยึดถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด และได้รับการปฏิบัติติดต่อกันมาอย่างต่อเนื่องจากรัฐทั้งหลายในสังคมนานาชาติ จนทำให้ทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดนี้มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

ข. ทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด (*restrictive immunity*)

ทฤษฎีนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากความเจริญก้าวหน้าทางการค้าพาณิชย์ รัฐเริ่มเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในการติดต่อค้าขาย รัฐได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับธุรกิจทางการค้าเพิ่มขึ้นโดย

⁹ นพพร โพธิ์รังสิยากร, “ความคุ้มกันของรัฐในศาลต่างประเทศ,” บทบัญญัติ 42(กันยายน 2529) : 588-589.

¹⁰ อารยา กิตติเวช, “การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากการใช้เขตอำนาจศาลไทย : ศึกษาในเชิงวิเคราะห์ข้อความคิดและแนวโน้มเพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับการพิจารณาคดีของศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตสาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 45.

เข้ามา มีนิติสัมพันธ์ในการติดต่อค้าขายกับเอกชน ซึ่งหากเกิดข้อพิพาทกันขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชน ในการติดต่อค้าขายกัน รัฐก็มักจะกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนในการฟ้องร้องคดีของเอกชนเสมอ ส่งผลให้เอกชนได้รับความเสียหายและเสียเปรียบในการดำเนินธุรกิจกับรัฐอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเอกชนเป็นคนชาติของรัฐที่ติดต่อค้าขายกับรัฐต่างประเทศอื่น เนื่องจากคนชาติของรัฐตนไม่สามารถที่จะฟ้องร้องรัฐต่างประเทศในกิจการที่รัฐต่างประเทศได้ติดต่อค้าขายกับคนชาติของตนในศาลภายในของรัฐได้เลย หากรัฐต่างประเทศนั้นกล่าวอ้างความคุ้มกันต่อศาล ทำให้เอกชนของรัฐถูกเอาเปรียบและไม่ได้รับการเยียวยาในความเสียหายที่เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้รัฐต่างๆ จึงได้เริ่มเปลี่ยนแปลงแนวทางในการให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศจากการให้ความคุ้มกันแบบเด็ดขาดมาเป็นการให้ความคุ้มกันแบบจำกัด โดยรัฐจะให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศในกรณีใดบ้างนั้น รัฐจะพิจารณาจากการลักษณะการกระทำของรัฐว่าเป็นกิจการที่ทำไปเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ (*jus imperii*) ที่หรือเป็นกิจการที่ทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าพาณิชย์ (*jus gestionis*)¹¹

กิจการที่ทำไปเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ (*jus imperii*) ได้แก่ การกระทำของรัฐในกิจการต่างๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในทางสาธารณะ ซึ่งรัฐสามารถที่จะกล่าวอ้างความคุ้มกันในการดำเนินกิจการประเภทนี้ได้ โดยการกระทำในลักษณะนี้มักจะเป็นการกระทำที่เอกชนไม่สามารถดำเนินการได้ เช่น การกระทำในทางนิติบัญญัติ, การบริหารประเทศ, การพิจารณาคดี, การกระทำที่เกี่ยวข้องกับกิจการของกองทัพ และการทำสัญญาซื้อขายอาวุธสงคราม เป็นต้น¹²

กิจการที่ทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าพาณิชย์ (*jus gestionis*) เป็นกิจการที่รัฐกระทำลงไปเพื่อแสวงหากำไรหรือผลประโยชน์ทางการค้า และกิจการเหล่านี้มักเป็นกิจการที่เอกชนหรือบุคคลธรรมดาสามารถดำเนินการได้เอง เช่น การทำสัญญาซื้อขายข้าว, การทำสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น กิจการเหล่านี้เป็นกิจการที่รัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของรัฐขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในการพิจารณาคดีของศาลได้ ซึ่งเมื่อได้ทำการศึกษาถึงแนวทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ แล้ว สามารถสรุปได้ว่ากรณีต่อไปนี้ รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของรัฐขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้

¹¹Evo Popoff, "Note: Inconsistency and Impunity in International Human Rights Law : Can the International Criminal Court Solve the Problems Raised by the Rwanda and Augusto Pinochet Cases," George Washington Journal of International Law & Economics 33(2001) : 383.

¹²Ian Brownlie, Principles of International Law (Oxford: Oxford University Press, 1979), pp. 330-332.

คือ สัญญาทางพาณิชย์, การกระทำละเมิดอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น, กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง และการใช้ทรัพย์สิน, ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และทรัพย์สินทางปัญญา, การเข้าร่วมเป็นหุ้นส่วนหรือบริษัท, เรือของรัฐที่ใช้ในกิจการพาณิชย์, ความผิดทางการเงิน, อัตราภาษีศุลกากร, ภาษีมูลค่าเพิ่ม และภาษีการค้า¹³

ทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางมากขึ้น และได้รับการปฏิบัติจากรัฐในสังคมระหว่างประเทศเป็นจำนวนมากว่าเป็นแนวทางที่ควรยึดถือเป็นกฎหมาย จนในที่สุดทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดนี้ก็ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นเดียวกับทฤษฎีความคุ้มกันแบบเด็ดขาด และยังคงได้รับการปฏิบัติติดต่อกันเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

2. ความคุ้มกันทางการทูต (Diplomatic Immunity)

ความคุ้มกันทางการทูต เป็นความคุ้มกันที่มอบให้กับคณะผู้แทนทางการทูตซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวแทนของรัฐ มีหน้าที่ในการติดต่อเจริญสัมพันธไมตรีตลอดจนเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทกับรัฐต่างประเทศอื่น แต่เดิมนั้นแม้จะไม่มีกฎหมายระบุให้ความคุ้มกันแก่ผู้แทนทางการทูตไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ผู้แทนทางการทูตก็ได้รับความคุ้มกันตามหลักศาสนา¹⁴ ดังนั้นความคุ้มกันทางการทูตนี้จึงถือได้ว่าเป็นความคุ้มกันประเภทแรกที่เกิดขึ้นในโลกก่อนความคุ้มกันประเภทใดๆ¹⁵ โดยมีหลักทฤษฎีสันับสนุนอยู่ 3 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีการเป็นผู้แทน (personal representation)

¹³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 412-418.

¹⁴ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิชย์, 2511), หน้า 95.

¹⁵ Sompong Sucharitkul, "Immunities of Foreign State before National Authorities," Recueil des Cours de l'Academie de Droit International 149(1976): 93-95.

แต่เดิมนั้นรัฐต่างๆยอมรับว่าผู้แทนทางการทูตนั้นเป็นตัวแทนของกษัตริย์ เป็นบุคคลที่กษัตริย์ให้ความไว้วางใจจึงแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ผู้แทนทางการทูต ต่อมาทัศนคติต่อผู้แทนทางการทูตเริ่มเปลี่ยนแปลงไปโดยได้รับการยอมรับว่าผู้แทนทางการทูตเป็นตัวแทนของรัฐ จึงควรได้รับความคุ้มกันในฐานะตัวแทนของรัฐ

ทฤษฎีสถานนอกอาณาเขต^{**} (*extraterritoriality*) และทฤษฎีประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่^{***} (*functional necessity*)¹⁶

แต่เดิมนั้นผู้แทนทางการทูตจะถูกแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อดำเนินการบางอย่างเป็นครั้งคราวไป เช่น การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญาหรือการติดต่อกับข้าขายระหว่างกัน กฎเกณฑ์ทางการทูตจึงมิได้มีการกำหนดไว้เป็นการชัดเจนตายตัว แต่ต่อมาภายหลังเมื่อรัฐต่างติดต่อเจรจาเพื่อเจริญความสัมพันธ์ระหว่างกันมากขึ้น จึงได้มีการจัดตั้งคณะผู้แทนทางการทูตขึ้นและส่งไปประจำยังรัฐต่างๆ เป็นการถาวร ด้วยเหตุนี้จึงเริ่มมีการวางหลักเกณฑ์และระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติต่อคณะผู้แทนทางการทูตอย่างชัดเจนมากขึ้นและได้รับการยอมรับและปฏิบัติอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาจากรัฐต่างๆ จนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อคณะผู้แทนทางการทูตนี้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปในที่สุด ต่อมาในปีค.ศ.1961 ได้มีการจัดทำอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 ขึ้น เพื่อรวบรวมหลักกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับคณะผู้แทนทางการทูตให้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้มีความชัดเจนมากขึ้นและเป็นบรรทัดฐานในการปฏิบัติต่อคณะผู้แทนทางการทูตของรัฐต่างๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในอนุสัญญาฉบับนี้แล้วจะเห็นได้ว่า คณะผู้แทนทางการทูตนี้ได้รับสิทธิพิเศษจากกฎหมายระหว่างประเทศเพิ่มเติมขึ้นอีกประการหนึ่ง กล่าวคือสิทธิในเรื่องความละเมิดมิได้ในตัวคณะผู้แทนทางการทูต (*inviolability*) ส่งผลให้คณะผู้แทนทางการทูตจะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพและได้รับความคุ้มครองดูแลเป็นอย่างดีจากรัฐผู้รับ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ผู้แทนทางการทูตได้กระทำการใดๆ อันเป็นการร้ายแรงส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐผู้รับ ดังนั้นผู้แทนทางการทูตจึงไม่

^{**} สนิทสนามนอกอาณาเขต หมายความว่าถึงสิทธิที่บุคคลหรือทรัพย์สินที่ไม่ถือว่าอยู่ในอาณาเขตของรัฐนั้นแม้ว่าในความเป็นจริงแล้วบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ในดินแดนของรัฐก็ตาม มีผลทางกฎหมายคือ ผู้ที่มีสิทธิสนามนอกอาณาเขตจึงไม่ตกอยู่ภายใต้การใช้อำนาจทางการบริหาร การนิติบัญญัติ และทางตุลาการ ของรัฐเจ้าของดินแดน แต่ตกอยู่ใต้ดูแลอาณาเขตของรัฐเจ้าของสัญชาติของตน

^{***} ทฤษฎีประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่เกิดขึ้นจากแนวความคิดที่ว่า เนื่องจากในการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างรัฐนั้นได้มีการส่งผู้แทนทางการทูตเข้าไปประจำยังรัฐต่างประเทศเป็นการถาวร ดังนั้นหากคณะผู้แทนทางการทูตไม่ได้รับความคุ้มครองจากการใช้ดูแลอาณาเขตของรัฐผู้รับแล้วผู้แทนทางการทูตอาจไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนได้โดยอิสระ และอาจถูกกลั่นแกล้งหรือบีบบังคับจากรัฐผู้รับเพื่อให้ผู้แทนทางการทูตปฏิบัติตามในสิ่งที่รัฐผู้รับต้องการได้

¹⁶ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2538), หน้า 234.

อาจถูกจับกุมคุมขังหรือได้รับการปฏิบัติใดๆอันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามหรือกระทบกระเทือนถึงศักดิ์ศรีของผู้แทนทางการทูตได้ ซึ่งหากรัฐผู้รับละเลยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมา อาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจนอาจถึงขั้นเป็นปัญหาข้อพิพาทระหว่างรัฐเลยก็ได้ เช่น การบุกยึดสถานทูตและจับกุมตัวคณะผู้แทนทางการทูตของสหรัฐอเมริกาในประเทศอิหร่านในปีค.ศ.1979 และการบุกยึดสถานทูตไทยในประเทศกัมพูชา ในปีค.ศ.2003 เป็นต้น

ดังนั้นจากหลักทฤษฎีที่เป็นหลักการพื้นฐานและสิทธิพิเศษที่กฎหมายระหว่างประเทศได้มอบให้แก่คณะผู้แทนทางการทูตนั้น ได้ส่งผลให้คณะผู้แทนทางการทูตได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐผู้รับดังนี้คือ ผู้แทนทางการทูตจะได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐผู้รับในการถูกดำเนินคดีอาญาและคดีแพ่ง ไม่จำเป็นต้องเดินทางไปเป็นพยานในศาลของรัฐผู้รับในขณะดำรงตำแหน่งผู้แทนทางการทูตอยู่ และการกระทำใดๆที่ผู้แทนทางการทูตได้กระทำให้ขึ้นตามตำแหน่งหน้าที่ราชการในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้แทนทางการทูตอยู่ ย่อมได้รับความคุ้มกันในการกระทำนั้นต่อไปแม้ว่าผู้แทนทางการทูตนั้นจะพ้นจากตำแหน่งไปแล้วก็ตาม

3. ความคุ้มกันของอธิปไตย (Sovereign immunity)

ผู้นำรัฐนั้นถือได้ว่าเป็นองค์การทางปกครองสูงสุดของรัฐ เป็นบุคคลผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแทนรัฐในการดำเนินกิจการต่างๆ เพื่อให้บรรลุผลประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ ดังนั้นจึงถือได้ว่าผู้นำรัฐนั้นเป็นตัวแทนของรัฐ และถือเป็นการสมควรเป็นอย่างยิ่งที่ผู้นำรัฐจะต้องได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษกว่าบุคคลอื่น การกระทำใดๆต่อผู้นำรัฐที่เป็นการกระทำอันไม่สมควรย่อมเป็นการกระทำที่กระทบต่อเกียรติยศ ศักดิ์ศรีของผู้นำรัฐ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาหากกลายเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศได้ ซึ่งนอกจากผู้นำรัฐแล้วยังคงมีบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มกันในลักษณะนี้ด้วย นั่นคือ องค์การต่างๆของรัฐบาล, องค์การทางการเมืองของรัฐซึ่งมีสิทธิที่จะกระทำการอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ, องค์การและหน่วยงานของรัฐ ภายในขอบเขตที่องค์การและหน่วยงานนั้นมีสิทธิที่จะกระทำการอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ และผู้แทนของรัฐซึ่งทำการในฐานะเป็นผู้แทนของรัฐ¹⁷

¹⁷ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า404-408. ; Noyes E. Leech, Covey T. Oliver and Joseph Modeste Sweeney, The International Legal System Cases and Materials, pp.341-343.

3.1 แนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของความคุ้มกันของผู้นำรัฐ

ความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้นกำเนิดขึ้นในสหราชอาณาจักร โดยมีจุดเริ่มต้นจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีของสหราชอาณาจักรที่ว่า “พระมหากษัตริย์ไม่อาจถูกฟ้องร้องได้ในศาลของตนเอง”¹⁸ (*The King can do no wrong*) ซึ่งต่อมาหลักกฎหมายในความคุ้มกันของพระมหากษัตริย์ของสหราชอาณาจักรนี้ได้ขยายออกไปถึงพระมหากษัตริย์ของรัฐต่างประเทศอื่นด้วย ส่งผลให้หลักความคุ้มกันของผู้นำรัฐได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ ความคุ้มกันของผู้นำรัฐนี้มีความคิดพื้นฐานมาจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับตัวผู้นำรัฐ¹⁹ เนื่องจากแต่เดิมนั้นรัฐต่างๆ ส่วนใหญ่จะปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กิจกรรมงานทั้งหลายของรัฐจะต้องดำเนินการโดยผู้นำรัฐ ผู้นำรัฐจึงได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลคนเดียวกับรัฐ ซึ่งจากเหตุผลนี้ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศให้การรับรองว่า ผู้นำรัฐมีเกียรติยศเท่าเทียมกับรัฐ ผู้นำรัฐของรัฐทุกรัฐมีความเท่าเทียมกัน และผู้นำรัฐย่อมได้รับสิทธิพิเศษตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเป็นสิทธิที่เกิดจากตำแหน่งอันเกี่ยวพันกับรัฐมิใช่เนื่องจากสภาพบุคคลของตัวผู้นำรัฐเอง²⁰ และรัฐทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความเคารพและปฏิบัติต่อผู้นำรัฐต่างประเทศเช่นเดียวกับผู้นำรัฐของตนด้วย เนื่องจากการยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่างประเทศ เป็นการเคารพในเกียรติและศักดิ์ศรี (*dignity*) ของรัฐต่างประเทศนั้น เป็นการสร้างสัมพันธไมตรี (*comity*) อันดีระหว่างกัน และเชื่อว่า หากรัฐให้การยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่างประเทศแล้ว รัฐต่างประเทศก็ควรจะยอมรับความคุ้มกันของผู้นำของรัฐตนเช่นเดียวกันตามหลักต่างตอบแทน (*reciprocity*) นอกจากนั้นแล้ว ความคุ้มกันของผู้นำรัฐมีพื้นฐานมาจากแนวทฤษฎีเดียวกันกับผู้แทนทางการทูตด้วย คือมีที่มาจากทฤษฎีการเป็นผู้แทน (*presonal representation*) ทฤษฎีสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (*extraterritoriality*) และทฤษฎีประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ (*functional necessity*) ซึ่งทำให้ผู้นำรัฐได้รับสิทธิพิเศษในเรื่องความละเมิดมิได้ในตัวผู้นำรัฐ (*inviolability*) เช่นเดียวกับผู้แทนทางการทูต ด้วยเหตุนี้เองหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐจึงได้รับการยอมรับและยึดถือปฏิบัติติดต่อกันเรื่อยมา

¹⁸ อารยา กิตติเวช, “การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากการใช้เขตอำนาจศาลไทย : ศึกษาในเชิงวิเคราะห์ข้อความคิดและแนวโน้มเพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับการพิจารณาคดีของศาลไทย,” หน้า 33.

¹⁹ Athur Watts, “The Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers,” :35.

²⁰ จัตตทิพย์ นาดสุภา, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 93.

จนมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และมีผลผูกพันรัฐต่างๆเป็นการทั่วไป (erga omnes) ส่งผลให้รัฐต่างๆมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มกันแก่ผู้นำรัฐอย่างเคร่งครัด²¹ ดังที่จะได้ทำการศึกษาต่อไป

เมื่อพิจารณาถึงคำจำกัดความของถ้อยคำทั้งสามคำจากตำราและบทความทางกฎหมาย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า คำว่า "Diplomatic immunity" หรือความคุ้มกันของผู้แทนทางการทูตนั้นเป็นถ้อยคำที่นักกฎหมายทั้งหลายมีความเข้าใจถูกต้องตรงกัน ในขณะที่คำว่า "State immunity" นั้นนักกฎหมายส่วนใหญ่จะเข้าใจตรงกันว่าหมายถึงความคุ้มกันของรัฐ ในขณะที่คำว่า "Sovereign immunity" นั้นเป็นคำที่นักกฎหมายส่วนใหญ่มักจะใช้สับสนโดยใช้คำว่า "Sovereign immunity" หมายถึงถึงทั้งความคุ้มกันของรัฐและความคุ้มกันของผู้นำรัฐ แต่เมื่อได้ทำการพิจารณาเปรียบเทียบลักษณะของความคุ้มกันทั้งสามประเภทแล้ว สามารถสรุปได้ว่า ความคุ้มกันของรัฐ (State immunity) คือความคุ้มกันหรือสิทธิยกเว้นจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐที่มอบให้กับรัฐต่างประเทศในฐานะที่เป็นรัฐเอกราช ความคุ้มกันทางการทูต (Diplomatic immunity) คือความคุ้มกันหรือสิทธิยกเว้นจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐที่มอบให้กับคณะผู้แทนทางการทูตของรัฐต่างประเทศที่เดินทางเข้ามาปฏิบัติราชการภายในรัฐ และความคุ้มกันของอธิปไตย (Sovereign immunity) คือความคุ้มกันหรือสิทธิยกเว้นจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐที่มอบให้กับองค์กรและหน่วยงานต่างๆของรัฐ ซึ่งรวมถึงผู้นำรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศด้วย เนื่องจากบุคคลเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐและเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เพื่อดำเนินกิจการต่างๆแทนรัฐนั่นเอง

3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับความคุ้มกันของรัฐและความคุ้มกันทางการทูต

แต่เดิมนั้นผู้นำรัฐได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลคนเดียวกับรัฐมีเกียรติยศศักดิ์ศรีเช่นเดียวกับรัฐ เมื่อกล่าวถึงผู้นำรัฐแล้วย่อมหมายถึงความถึงรัฐด้วย ความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับความคุ้มกันของรัฐจึงมีจุดกำเนิดเริ่มต้นมาจากจุดเดียวกัน และถูกมองว่าเป็นสิ่งเดียวกัน²² เนื่อง

²¹ Arthur Watts, "The Position in International Law of Heads of State, Heads of Government and foreign Ministers," : 53.

²² Jerrold L. Mallory, "Note, Resolving The Confusion Over Head of State Immunity : The Defined Right of Kings," Columbia Law Review 86(1986):169-170.

จากแนวความคิดที่ว่ารัฐเป็นเพียงองค์ภาวะทางนิตินัยที่ไม่มีชีวิตเท่านั้น แต่ตัวผู้นำรัฐต่างหากที่ทำให้รัฐกลายเป็นบุคคลที่มีชีวิต²³ ในอดีตความคุ้มกันของรัฐกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐจึงมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันมากจนไม่สามารถแบ่งแยกได้อย่างชัดเจนว่า ความคุ้มกันของผู้นำรัฐและความคุ้มกันของรัฐมีลักษณะแตกต่างกันอย่างไร และหลักเกณฑ์ในเรื่องใดเกิดขึ้นก่อน ลักษณะความคุ้มกันทั้งสองประเภทจึงมีลักษณะเป็นความคุ้มกันแบบเด็ดขาด ซึ่งรัฐทั้งหลายต่างให้การยอมรับและยึดถือปฏิบัติติดต่อกันเรื่อยมาจนกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ต่อมาเมื่อรัฐเข้ามามีบทบาทในการพาณิชย์มากขึ้น ส่งผลให้แนวความคิดในหลักเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันของรัฐเปลี่ยนแปลงไปในลักษณะการได้รับความคุ้มกันในลักษณะจำกัด ซึ่งทำให้นักคิดในหลักเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐก็เปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยเป็นไปในลักษณะการให้ความคุ้มกันแบบจำกัดด้วยเช่นเดียวกันและยังคงไม่มีความชัดเจนแน่นอน ดัวยสาเหตุนี้ส่งผลให้บุคคลส่วนใหญ่เข้าใจสับสนระหว่างคำว่าความคุ้มกันของผู้นำรัฐ (*Sovereign immunity*) กับความคุ้มกันของรัฐ (*State immunity*)

เมื่อมาพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับความคุ้มกันของผู้แทนทางการทูตแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักทฤษฎีที่เป็นพื้นฐานในเรื่องการให้ความคุ้มกันแก่ผู้นำรัฐและผู้แทนทางการทูตเป็นหลักเกณฑ์เดียวกัน นอกจากนั้นแล้วกฎหมายระหว่างประเทศยังได้ให้การยอมรับเกียรติยศ และศักดิ์ศรีของผู้นำรัฐในฐานะผู้แทนสูงสุดของรัฐด้วย²⁴ เนื่องจากผู้นำรัฐนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลายแทนรัฐทั้งการติดต่อกับรัฐต่างประเทศในด้านต่างๆ รวมถึงการแต่งตั้งผู้แทนทางการทูตไปปฏิบัติราชการในรัฐต่างประเทศด้วย นอกจากนั้นแล้วผู้นำรัฐก็มักจะมีการเดินทางไปยังรัฐต่างประเทศเพื่อเจริญสัมพันธไมตรีระหว่างกัน ด้วยเหตุนี้ผู้นำรัฐจึงถือเป็นผู้แทนทางการทูตด้วย ผู้นำรัฐจึงได้รับการรับรองจากกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นผู้แทนทางการทูตที่ดีที่สุด (*par excellence*) จึงได้รับความคุ้มกันทางการทูตด้วย ความคุ้มกันของผู้นำรัฐจึงมีลักษณะเดียวกันกับความคุ้มกันทางการทูต

²³Gilbert Sison, "Recent Development : A King No More : The Impact of the Pinochet Decision on the Doctrine of Head of State Immunity," Washington University Law Quarterly 78(2000):1583.

²⁴Robert Jennings and Arthur Watts, editors, Oppenheim's International Law Vol.1, (London : Longman, 1992), p.1034.

4. ประเภทของความคุ้มกันของผู้นำรัฐ

ผู้นำรัฐนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดระเบียบการปกครองในรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือทางตุลาการ ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนที่อาศัยอยู่ภายในรัฐอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข และนอกจากนี้แล้วผู้นำรัฐยังใช้อำนาจอธิปไตยภายนอกของรัฐในการติดต่อสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศทั้งหลายในสังคมนระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเจริญความสัมพันธอันดีระหว่างกัน ซึ่งเป็นการนำมาซึ่งความสงบเรียบร้อยในสังคมนระหว่างประเทศ ผู้นำรัฐนั้นอาจเป็นบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียว หรือเป็นคณะบุคคลเดี่ยวปกครองรัฐเพียงรัฐเดียว หรือเป็นบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียวปกครองรัฐหลายรัฐ หรือในบางกรณีผู้นำรัฐมีลักษณะเฉพาะตามที่กฎหมายระหว่างประเทศให้การรับรองไว้

ผู้นำรัฐเป็นตำแหน่งหน้าที่ราชการที่สูงที่สุดของรัฐสามารถเข้าสู่ตำแหน่งได้ 2 วิธี คือ การเข้ารับตำแหน่งโดยการสืบราชสันตติวงศ์ในกรณีที่รัฐนั้นปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช หรือระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข^{**} หรืออาจเข้ารับตำแหน่งโดยการได้รับการเลือกตั้งจากพลเมืองของรัฐซึ่งเป็นผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง การเข้าสู่ตำแหน่งผู้นำรัฐในลักษณะนี้พบได้ในรัฐที่มีการปกครองระบอบประธานาธิบดี ทั้งนี้การเข้ารับตำแหน่งผู้นำรัฐนั้นจะเป็นอย่างไรขึ้นอยู่กับระบอบการปกครองและรัฐธรรมนูญของรัฐนั้น ซึ่งแต่เดิมนั้นกฎหมายระหว่างประเทศมองว่าสถานะของพระมหากษัตริย์กับประธานาธิบดีนั้นมีสถานะไม่เท่าเทียมกัน แม้ว่าบุคคลทั้งสองจะดำรงตำแหน่งเป็นผู้นำรัฐเหมือนกัน โดยพระมหากษัตริย์ควรจะได้รับการปฏิบัติ

รัฐส่วนใหญ่ในสังคมนระหว่างประเทศมักมีการปกครองในรูปแบบบุคคลเพียงคนเดียวปกครองรัฐเพียงรัฐเดียว เช่น ประเทศไทย, สหรัฐอเมริกา และอินโดนีเซีย เป็นต้น แต่นอกจากการปกครองในรูปแบบนี้แล้วยังคงมีรูปแบบการปกครองอย่างอื่นอีกคือ ผู้นำรัฐที่เป็นคณะบุคคลปกครองรัฐเพียงรัฐเดียว เช่น สมาพันธรัฐสวิสเซอร์แลนด์, สาธารณรัฐประชาชนจีน เป็นต้น ผู้นำรัฐเพียงคนเดียวปกครองรัฐหลายรัฐ คือพระราชินี Elizabeth II ผู้นำรัฐของสหราชอาณาจักรและอีก 15 ประเทศในเครือจักรภพ และผู้นำรัฐที่มีลักษณะพิเศษตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ พระสันตปาปา ซึ่งถือเป็นผู้นำรัฐของนครวาติกัน

^{**}รัฐที่ผู้นำรัฐเข้ารับตำแหน่งโดยวิธีการนี้ เช่น สหราชอาณาจักร, ประเทศบรูไน ประเทศญี่ปุ่นและประเทศไทย เป็นต้น

รัฐที่ผู้นำรัฐเข้ารับตำแหน่งโดยวิธีการนี้ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา, ประเทศอินโดนีเซีย เป็นต้น

จากรัฐต่างประเทศในระดับที่สูงกว่าประธานาธิบดี เนื่องจากวิธีการเข้าสู่ตำแหน่งของพระมหากษัตริย์กับประธานาธิบดีแตกต่างกัน โดยประธานาธิบดีนั้นเป็นพลเมืองธรรมดาคนหนึ่งของรัฐที่ไม่มียศฐาบรรดาศักดิ์ และได้รับการเลือกตั้งมาจากพลเมืองของรัฐให้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้นำรัฐเป็นผู้ที่มาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของพลเมืองภายในรัฐในฐานะตัวแทนของพลเมืองของรัฐ ในขณะที่พระมหากษัตริย์นั้นเป็นบุคคลที่ได้รับการเลือกจากพระมหากษัตริย์องค์ก่อนให้สืบทอดตำแหน่ง ซึ่งตามความเชื่อโบราณนั้นถือกันว่าพระมหากษัตริย์เป็นบุคคลที่สืบเชื้อสายมาจากเทพเจ้า มีฐานะและเชื้อสายที่สูงกว่ามนุษย์ธรรมดา ด้วยเหตุนี้ประธานาธิบดีจึงควรมีสติธิและความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐต่างประเทศในระดับต่ำกว่าพระมหากษัตริย์ แต่ต่อมาในภายหลังแนวคิดนี้ได้กลายเป็นเพียงทฤษฎีเท่านั้น²⁵ โดยในทางปฏิบัตินั้นปรากฏว่ารัฐทั้งหลายต่างมีแนวปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกันคือให้การยอมรับว่าบุคคลที่เป็นผู้นำรัฐของรัฐทุกรัฐมีสถานะเท่าเทียม โดยไม่คำนึงว่าผู้นำรัฐนั้นจะเข้าดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐด้วยวิธีการใดก็ตาม เพราะต่างก็ดำรงตำแหน่งเป็นผู้นำรัฐเช่นเดียวกัน จึงต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐทั้งหลายในระดับเดียวกัน โดยต่างก็จะได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐต่างประเทศด้วยเช่นกัน²⁶

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับว่าผู้นำรัฐนั้นเป็นตัวแทนของรัฐที่ดีที่สุด (*par excellence*) และเป็นบุคคลที่จะต้องได้รับการเคารพในเกียรติและศักดิ์ศรี และจะต้องได้รับการปฏิบัติเป็นการพิเศษ ดังนั้นเมื่อผู้นำรัฐเดินทางไปยังรัฐต่างประเทศเพื่อเจริญสัมพันธไมตรียอมเท่ากับว่าผู้นำรัฐได้ทำหน้าที่เป็นผู้แทนทางการทูตของรัฐด้วย จึงต้องนำหลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของผู้แทนทางการทูตมาปรับใช้กับผู้นำรัฐด้วยเช่นเดียวกัน²⁷ ด้วยเหตุนี้จึงสามารถแยกความคุ้มกันของผู้นำรัฐออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

4.1 ความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคล (*immunity ratione personae*)

ความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคลนี้มีพื้นฐานมาจากการที่กฎหมายระหว่างประเทศแต่เดิมนั้นให้การยอมรับว่าผู้นำรัฐเป็นบุคคลคนเดียวกับรัฐ ผู้นำรัฐที่

²⁵ จัตตทิพย์ นาดสุภา, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 94.

²⁶ Arthur Watts, "The Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers," : 26.

²⁷ Ibid., p.40.

ดำรงตำแหน่งอยู่จึงเป็นบุคคลที่ทรงสิทธิพิเศษตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่าความละเมิดมิได้ในตัวผู้นำรัฐ ผู้นำรัฐต่างประเทศจึงไม่อาจถูกจับกุมคุมขังได้ไม่ว่าในกรณีใดๆ และไม่อาจได้รับการปฏิบัติที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อเกียรติยศและศักดิ์ศรีของผู้นำรัฐ โดยรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความเคารพในศักดิ์ศรีและเกียรติศักดิ์ของผู้นำรัฐต่างประเทศ และให้ความดูแลและคุ้มครองตัวผู้นำรัฐเป็นอย่างดีในขณะที่ผู้นำรัฐต่างประเทศนั้นพำนักอยู่ในรัฐ รวมถึงสถานที่พำนักและครอบครัวของผู้นำรัฐด้วย ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐต่างๆ มักจะมีการตรากฎหมายภายในขึ้นในลักษณะที่กำหนดบทลงโทษบุคคลที่กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดในเกียรติยศและศักดิ์ศรีของผู้นำรัฐไว้อย่างหนัก²⁸

จากแนวความคิดที่ว่าผู้นำรัฐกับรัฐเป็นบุคคลคนเดียวกัน ประกอบกับสิทธิพิเศษในเรื่องความละเมิดมิได้ในตัวผู้นำรัฐนี้ ได้ส่งผลให้เกิดเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขึ้นว่า ผู้นำรัฐต่างประเทศซึ่งกำลังดำรงตำแหน่งอยู่จะได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐอย่างเด็ดขาด ซึ่งเรียกความคุ้มกันในลักษณะนี้ว่า “ความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคล” กล่าวคือผู้นำรัฐต่างประเทศจะไม่ตกอยู่ภายใต้การใช้ดุลอำนาจของรัฐทั้งในทางแพ่ง, ทางอาญา และทางปกครอง ผู้นำรัฐไม่อาจตกเป็นจำเลยได้ในศาลภายในของรัฐได้ เนื่อง

²⁸ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 ของประเทศไทยได้บัญญัติความผิดลักษณะนี้ไว้ในหมวด 4 ว่าด้วยความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ มาตรา 130, 132 และ 133 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

"มาตรา 130 ผู้ใดทำร้ายร่างกาย หรือประทุษร้ายต่อเสรีภาพของราชาธิบดี ราชาินี ราชสวามี รัชทายาทหรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ ซึ่งมีสัมพันธ์ไมตรี ต้องระวางโทษจำคุกหนึ่งปีถึงสิบห้าปี

ผู้ใดพยายามทำการเช่นนั้น ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน"

"มาตรา 132 ผู้ใดฆ่าหรือพยายามฆ่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดตั้งระบุไว้ในมาตรา 130 หรือมาตรา 131 ต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต"

"มาตรา 134 ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายราชาธิบดี ราชาินี ราชสวามี รัชทายาท หรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ ต้องระวางโทษจำคุกหนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

จากเหตุผลว่าหากผู้นำรัฐต่างประเทศถูกดำเนินคดีในฐานะจำเลยในศาลภายในของรัฐก็เท่ากับว่า รัฐต่างประเทศถูกดำเนินคดีเป็นจำเลยด้วย²⁹

ในทางอาญานั้น ผู้นำรัฐจะได้รับความคุ้มกันโดยเด็ดขาดเช่นเดียวกับผู้แทนทางการทูต เนื่องจากผู้นำรัฐได้รับสถานะพิเศษดังที่ระบุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยคณะผู้แทนพิเศษ ค.ศ.1969 (*Convention on Special Missions 1969*) มาตรา 31³⁰ แต่อย่างไรก็ตามการที่ผู้นำรัฐต่างประเทศได้รับความคุ้มกันในทางอาญาอย่างเด็ดขาดนี้ก็มิได้หมายความว่า ผู้นำรัฐต่างประเทศจะสามารถกระทำการใดๆได้ตามอำเภอใจ โดยไม่สนใจว่าการกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดกฎหมายภายในของรัฐหรือไม่ เพราะการกระทำของผู้นำรัฐต่างประเทศที่ละเมิดกฎหมายภายในของรัฐนั้น ถือเป็นกรกระทำผิดอาญาเช่นเดียวกัน แต่การได้รับความคุ้มกันในฐานะผู้นำรัฐนั้นส่งผลให้ ผู้นำรัฐไม่ต้องรับโทษในการกระทำผิดนั้นเท่านั้นเอง

สำหรับในทางแพ่งและทางปกครองนั้น ผู้นำรัฐต่างประเทศได้รับความคุ้มกันในลักษณะเด็ดขาดเช่นเดียวกับความคุ้มกันทางอาญา แต่ต่อมาแนวความคิดนี้ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยแนวความคิดใหม่ได้ให้การยอมรับว่าผู้นำรัฐต่างประเทศสามารถถูกฟ้องร้องเป็นจำเลยได้ในการกระทำการค้าพาณิชย์ และการกระทำใดๆที่สร้างขึ้นในทางส่วนตัวไม่ได้เกี่ยวข้องกับรัฐ ซึ่งแนวความคิดนี้ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดที่เปลี่ยนแปลงไปของหลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่อนุสัญญาของสหภาพยุโรปว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1972 (*the European Convention on State Immunity 1972*) และร่างอนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐต่างประเทศของรัฐและทรัพย์สินของรัฐ ค.ศ.1991 (*Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property 1991*) ของคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของรัฐต่างก็ได้บัญญัติถือเอากิจการในเชิงการค้าพาณิชย์

²⁹ Arthur Watts, "The Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers," :54.

³⁰ Convention on Special Missions 1969, Article 31 บัญญัติว่า

"1. The Representatives of the sending State in the special mission and the members of its diplomatic staff shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State'

... "

ฟ้องผู้นำรัฐต่างด้าว และการกระทำเช่นนั้นยังเป็นการดูหมิ่นประมุขของรัฐต่างด้าวด้วย ซึ่งเขาสามารถขัดเคืองได้แน่ๆ”³³

คดี *The Parlement Belge* ในปีค.ศ.1880 ศาลสหราชอาณาจักรได้วินิจฉัยคดีและวางหลักกฎหมายไว้ว่า ”ในการที่ประมุขของรัฐต่างด้าวหรือตัวแทนของประมุขไม่ต้องตกเป็นจำเลยในศาลนั้นมีหลักสำคัญอยู่เบื้องหลัง หลักนี้คือถ้ารัฐจะใช้อำนาจอธิปไตยต่อประมุขของรัฐต่างด้าวแล้วการใช้อำนาจเช่นนั้นก็จะไปขัดกับหลักของการเป็นเอกราชที่สมบูรณ์ของประมุขต่างด้าว...รัฐทุกรัฐจึงยินยอมที่จะไม่ใช้อำนาจอธิปไตยต่อผู้แทนของรัฐต่างด้าว”³⁴

คดี *Mighell v. Sultan of Johore* ในปีค.ศ.1984 โดยเนื่องมาจากการที่ *Sultan of Johore* ได้เดินทางเข้ามาในประเทศอังกฤษโดยปกปิดฐานะของตนเองและปฏิบัติตนเยี่ยงบุคคลธรรมดาสามัญ และต่อมาได้ตกลงแต่งงานกับนางสาว *Mighell* โดยทำสัญญาหมั้นกันไว้ แต่ภายหลัง *Sultan of Johore* ได้เดินทางกลับประเทศโดยทอดทิ้งนางสาว *Mighell* ไว้เพียงลำพัง นางสาว *Mighell* ได้ยื่นฟ้อง *Sultan of Johore* ต่อศาลสหราชอาณาจักรฐานผิดสัญญาหมั้น ซึ่งในการพิจารณาคดีของศาลอังกฤษนั้น *Sultan of Johore* ได้แสดงฐานะที่แท้จริงและกล่าวอ้างความคุ้มกันในฐานะผู้นำรัฐของตนต่อศาลประเทศอังกฤษ ซึ่งในคดีนี้ศาลอังกฤษได้พิพากษาวางหลักกฎหมายไว้ว่า “สุลต่านซึ่งเป็นประมุขของรัฐเป็นจำเลยในศาลอังกฤษไม่ได้”³⁵

4.2 ความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณี (*immunity ratuinae materiae*)

ความคุ้มกันของผู้นำรัฐในกรณีนี้เป็นความคุ้มกันอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้นำรัฐ ประกอบกับแนวความคิดเรื่องความคุ้มกันของผู้แทนทางการทูต โดยมีที่มาเนื่องจากความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้นำรัฐ และเพื่อปกป้องผู้นำรัฐให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นอิสระ ไม่ถูกบีบบังคับหรือถูกรบกวนจากรัฐอื่น ตลอดจนกล้าที่จะตัดสินใจปัญหาต่างๆในการ

³³ชาติปรีดี ฉัตรภูมิ, คู่มือวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ มงคลการพิมพ์,2518), หน้า 33.

³⁴อารยา กิตติเวช, “การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจของศาลไทย”, หน้า 34.

³⁵ชาติปรีดี ฉัตรภูมิ, คู่มือวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 50.

ปฏิบัติหน้าที่ราชการได้อย่างเด็ดขาด โดยไม่ต้องคำนึงว่าตนเองจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือเหตุการณ์ร้ายแรงที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ ซึ่งการกระทำที่ผู้นำรัฐจะได้รับความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีนี้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้กำหนดเอาไว้ว่า อดีตผู้นำรัฐจะได้รับความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีได้เฉพาะการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐโดยแท้ (*jus imperii*) และเป็นกรกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ราชการในขอบอำนาจหน้าที่ของผู้นำรัฐเท่านั้น³⁶ ความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีนี้มีอยู่ทั้งในขณะที่ผู้นำรัฐดำรงตำแหน่งอยู่และคงมีอยู่ต่อไปแม้ผู้นำรัฐจะพ้นจากตำแหน่งไปแล้ว จึงอาจจะกล่าวได้ว่าความคุ้มกันของผู้นำรัฐประเภทนี้เป็นความคุ้มกันของอดีตผู้นำรัฐนั่นเอง

ลักษณะการกระทำของผู้นำรัฐในขณะดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐนั้นสามารถแยกออกได้เป็น 3 ลักษณะคือ การกระทำตามตำแหน่งหน้าที่ราชการในฐานะอธิปไตย (*official and sovereign acts*) และการกระทำในตำแหน่งหน้าที่ราชการแต่ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐ (*official, but non-sovereign acts*) และการกระทำในทางส่วนตัว (*private acts*)

ก. การกระทำตามตำแหน่งหน้าที่ราชการในฐานะอธิปไตย (*official act*)

การกระทำของผู้นำรัฐในลักษณะนี้เป็นการกระทำที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้การรับรองว่า ผู้นำรัฐและอดีตผู้นำรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณี เนื่องจากการกระทำของผู้นำรัฐตามตำแหน่งหน้าที่ราชการในฐานะอธิปไตยนี้เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในการดำเนินกิจการต่างๆของรัฐแทนรัฐ การกระทำของผู้นำรัฐในลักษณะนี้จึงถือเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐโดยแท้ ซึ่งในทางปฏิบัติของรัฐส่วนใหญ่ก็จะเป็นไปในแนวทางที่สนับสนุนแนวความคิดนี้ ดังจะเห็นได้จากการออกกฎหมายภายในของรัฐและคำพิพากษาของศาลอังกฤษหลายคดี เช่น การพิจารณาคดีของศาลในคดี *Duke of Brunswick v. King of Hanover* ในปีค.ศ.1848, *Re Wadsworth and the Queen of Spain* ใน

³⁶Ernest Satow, *Satow's Guide in Diplomatic Practice* (London : Longman Group Limited, 1979),p.10.

ปีค.ศ.1851, *De Haber v. The Queen of Portugal* ในปีค.ศ.1851 และ *Ministere public c. Dlle masset* ในปีค.ศ.1870 เป็นต้น³⁷

นอกจากนั้นแล้วในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีแนวปฏิบัติไปในทางเดียวกันแม้จะไม่ปรากฏหลักการพื้นฐานนี้อย่างชัดเจน เช่นในคดีของ *Kendall* ซึ่งได้มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำลายล้างโดยเครื่องบินของกองทัพซาอุดีอาระเบีย ศาลสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดีนี้โดยถือว่าการกระทำของกองทัพซาอุดีอาระเบียเป็นการกระทำของรัฐและเป็นกิจการงานของรัฐโดยแท้ ในคดี *Alicog* ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าการที่ประเทศซาอุดีอาระเบียได้ดำเนินการกำหนดนโยบายของรัฐไปลักษณะที่เป็นในการนำตัวประชาชนลงเป็นทาสเป็นการดำเนินการกิจการงานของรัฐโดยแท้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้คดีที่กล่าวมาแล้วข้างต้นแล้ว ยังคงมีคดีที่มีลักษณะเฉพาะปรากฏให้เห็นเป็นอีกคดีหนึ่งในศาลสหรัฐอเมริกาคือ คดี *O'Hair v. Wojtyla and Andrus* ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ.1979 โดยในคดีนี้ได้มีการยื่นฟ้องพระสันตปาปาในความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมการเฉลิมฉลองโดยประชาชนส่วนใหญ่ในการไปเยือนของพระสันตปาปา ซึ่งศาลได้ยกฟ้องโจทก์คดีนี้เนื่องจากศาลสหรัฐอเมริกาให้การยอมรับว่าพระสันตปาปาเป็นผู้นำของนครรัฐวาติกัน และการเฉลิมฉลองในการเดินทางไปเยี่ยมเยียนรัฐต่างประเทศอื่นนั้น เป็นการกระทำตามหน้าที่ของผู้นำรัฐในการใช้อำนาจในทางปกครองของรัฐ³⁸

ข. การกระทำในตำแหน่งหน้าที่ราชการแต่ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐ

การกระทำในการปฏิบัติงานตามหน้าที่ราชการของผู้นำรัฐในบางกรณี อาจมีลักษณะเป็นการกระทำที่กฎหมายระหว่างประเทศไม่ยอมรับว่าเป็นการกระทำของรัฐก็ได้ ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้มักจะเกี่ยวข้องกับการกระทำในเชิงการค้าพาณิชย์ และหมายรวมถึงการกระทำที่มีลักษณะสำคัญของกฎหมายเอกชนอื่นด้วย เช่น การจ้างแรงงาน การทำละเมิด เป็นต้น แต่การที่จะพิจารณาแยกแยะระหว่างการกระทำในการปฏิบัติตามตำแหน่งหน้าที่ราชการซึ่งเป็นการกระทำของรัฐกับการกระทำในลักษณะนี้ ยังคงมีความสับสนและขัดแย้งกันอยู่มากและไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้อย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อจะทำการพิจารณาว่าการกระทำในหน้าที่ราชการแต่ไม่ได้มี

³⁷ Arthur Watts, "The Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers," :58.

³⁸ Ibid.,p.59.

ลักษณะของการกระทำของรัฐนี้ เป็นการกระทำที่ผู้นำรัฐได้รับความคุ้มกันหรือไม่นั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาดังนี้คือ

ประการแรกคือ การกระทำของผู้นำรัฐนั้นเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ราชการ (*public capacity*) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ จึงเป็นการที่ผู้นำรัฐได้กระทำการกิจการนั้นในฐานะที่ตนเองเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐเอง ดังนั้นผู้นำรัฐจึงได้รับความคุ้มกันในลักษณะเดียวกันกับที่รัฐได้รับด้วย โดยหลักการนี้ได้รับการรับรองไว้อย่างชัดเจนใน Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and their Property 1991 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ใน Article 2 และ 3³⁹ ซึ่งทำให้สรุปได้ว่าผู้นำรัฐย่อมได้รับความคุ้มกันสำหรับการกระทำที่ได้กระทำขึ้นในตำแหน่งหน้าที่ราชการ

ประการที่สอง ถ้าการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้น เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นเชิงการค้าพาณิชย์ ผู้นำรัฐยังคงได้รับความคุ้มกันในการกระทำนี้อยู่หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาจาก Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and their Property 1991 ที่กล่าวมาข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ในร่างข้อบังคับฉบับนี้ได้มีการบัญญัติให้การกระทำในเชิงการค้าพาณิชย์นั้น เป็นกิจกรรมที่รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้⁴⁰ ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณาควบคู่กับ

³⁹Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and their Property 1991, Article 2 ได้บัญญัติไว้ว่า

“1. For the purposes of the present articles :

...

(b) “State” means :

...

(v) representatives of the State acting in that capacity ;

...”

⁴⁰Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and their Property 1991, Article 10 ได้บัญญัติไว้ว่า

“1. If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relating to the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of

บทบัญญัติของร่างข้อบังคับนี้ใน Article 2 แล้ว ก็อาจกล่าวได้ว่าผู้นำรัฐอาจไม่ได้รับความคุ้มกันสำหรับการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ราชการซึ่งมีลักษณะในเชิงการค้าพาณิชย์เมื่อถูกฟ้องร้องคดีก็ได้ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบางรัฐ เช่น ประเทศอังกฤษ และออสเตรเลีย**

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าแนวความคิดของของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐสำหรับการกระทำที่เป็นกรปฏิบัติหน้าที่ราชการแต่มีลักษณะเชิงการค้าพาณิชย์นี้กำลังเปลี่ยนแปลงไป จากการได้รับความคุ้มกันในลักษณะเด็ดขาดมาเป็นการได้รับความคุ้มกันในลักษณะจำกัด กล่าวคือในกรณีที่ผู้นำรัฐถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในการกระทำกิจการค้าพาณิชย์ที่ผู้นำรัฐได้กระทำขึ้นโดยอำนาจหน้าที่ราชการนั้น ผู้นำรัฐไม่ควรที่จะกล่าวอ้างความคุ้มกันในกรณีนี้ได้อีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตามประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาในขณะนี้ก็คือ แนวความคิดที่ว่าผู้นำรัฐไม่สมควรได้รับความคุ้มกันในการกระทำลักษณะนี้ ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางและมีการยึดถือปฏิบัติตามแนวความคิดนี้อย่างจริงจังหรือไม่ เนื่องจากสิ่งที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลในบางคดีนั้น ศาลมักจะปรับใช้หลักความคุ้มกันแบบเด็ดขาดเมื่อผู้นำรัฐต่างประเทศถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลของตนเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะนี้ เช่น

ในคดี *Village Holdings Sdn Bhd v. HM The Queen in Right of Canada* ในปีค.ศ. 1987 คดีนี้ถูกพิจารณาโดยศาลของประเทศมาเลเซีย โดยในคดีนี้ศาลได้มีคำพิพากษาให้ความคุ้มกันในการขายทรัพย์สินของประเทศแคนาดาที่ใช้ในวัตถุประสงค์ทางการทูต ซึ่งเกี่ยวข้องกับความจำเป็นในการค้าขายระหว่างรัฐหนึ่ง และตัวจำเลยได้เห็นเป็นการเด่นชัดว่าถูกฟ้องในการปฏิบัติ

another State, the State cannot involve immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction.

....”

ในกรณีของประเทศอังกฤษนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1978 มาตรา 14 (1) ได้กำหนดให้ผู้นำรัฐได้รับความคุ้มกันเช่นเดียวกับที่รัฐต่างประเทศได้รับตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ในขณะที่เดียวกันก็ได้บัญญัติให้การกระทำในเชิงการค้าพาณิชย์เป็นการกระทำที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของศาลอังกฤษ ซึ่งรัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ จึงน่าจะกล่าวได้ว่าหากผู้นำรัฐถูกฟ้องร้องคดีในเกี่ยวข้องกับกรกระทำในหน้าที่ราชการที่มีลักษณะเป็นเชิงการค้าพาณิชย์แล้ว ผู้นำรัฐก็น่าจะไม่อาจกล่าวอ้างความคุ้มกันในกรณีนี้ได้

**ในประเทศออสเตรเลียก็มีการบัญญัติกฎหมายไว้ในลักษณะเดียวกันกับประเทศอังกฤษ

หน้าที่ราชการไม่ใช่ในทางส่วนตัว ศาลของประเทศมาเลเซียจึงปรับใช้หลักความคุ้มกันโดยเด็ดขาดให้ความคุ้มกันแก่ผู้นำรัฐในการกระทำที่เห็นได้ว่าเป็นการกระทำในหน้าที่ราชการมากกว่าการกระทำในเชิงการค้าพาณิชย์⁴¹

ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีคดีในลักษณะนี้เกิดขึ้นเช่นเดียวกันคือ *First American Corporation v. Zayed and Others* ซึ่งในคดีนี้ *Sheikh Zayed bin Sultan Al Nahyan* ซึ่งเป็นประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอาหรับเอมิเรต ถูกฟ้องร้องเป็นจำเลยคนหนึ่งในคดีนี้ ซึ่งต่อมาภายหลังศาลสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษายกฟ้อง *Sheikh Zayed bin Sultan Al Nahya* โดยอ้างเหตุแห่งความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยในคดีนี้ศาลสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาคดีโดยปราศจากคำแนะนำในประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันจากฝ่ายบริหารของรัฐ แต่ศาลได้ตัดสินไปโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญ⁴²

ค. การกระทำในทางส่วนตัว (*private acts*)

การกระทำในทางส่วนตัวนี้ เป็นการกระทำที่ผู้รัฐไม่ได้รับความคุ้มกันแม้จะกระทำขึ้นในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐก็ตาม การกระทำในลักษณะนี้จึงถือเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐ ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ นั้น มักจะเป็นไปในกรณีที่ว่า เมื่อผู้นำรัฐต่างประเทศถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลภายในของรัฐนั้น ผู้นำรัฐต่างประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐหากในขณะนั้นผู้นำรัฐยังคงดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ แต่หากผู้นำรัฐต่างประเทศถูกฟ้องร้องดำเนินคดีภายหลังจากที่พ้นจากตำแหน่งผู้นำรัฐแล้ว การที่ผู้นำรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐหรือไม่ ก็จะต้องพิจารณาว่าการกระทำที่ถูกฟ้องร้องนั้นเป็นการกระทำตามตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือการกระทำในทางการค้าพาณิชย์หรือทางส่วนตัว ซึ่งหากการกระทำที่ถูกฟ้องร้องนั้นเป็นการตามตำแหน่งหน้าที่ราชการ ผู้นำรัฐต่างประเทศย่อมได้รับความคุ้มกันสำหรับการกระทำนั้นตลอดไปแม้จะพ้นจากตำแหน่งแล้วก็ตาม แต่หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำในทางส่วนตัวหรือเชิงการค้าพาณิชย์แล้ว ผู้นำรัฐต่าง

⁴¹ Arthur Watts, "The Position in International Law of Heads of State, Heads of Government and foreign Ministers," : 62.

⁴² Ibid.

ประเทศนั้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองในการกระทำนั้นเลยแม้ในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ แต่อย่างไรก็ตามแม้ผู้นำรัฐจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในการกระทำที่เป็นไปในทางส่วนตัวหรือทางการค้าพาณิชย์ในขณะที่ดำรงตำแหน่งก็ตาม แต่การฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้นำรัฐต่างประเทศสำหรับการกระทำนั้น ย่อมทำได้แต่เฉพาะในเวลา ผู้นำรัฐพ้นจากตำแหน่งแล้วเท่านั้น

5. ข้อจำกัดในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่อรัฐต่างประเทศ

จากที่ได้ศึกษามาแล้วว่าความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคลและตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีนั้น เป็นสิ่งที่กฎหมายระหว่างประเทศมอบสิทธินี้ให้แก่ผู้นำรัฐและมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้นำรัฐในฐานะที่เป็นอธิปัตย์ มากกว่าที่จะมุ่งคุ้มครองตัวบุคคล ความคุ้มกันของผู้นำรัฐจึงเป็นสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้นำรัฐมิใช่สิทธิของตัวผู้นำรัฐเอง โดยแท้ ประกอบกับแนวความคิดในเรื่องเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐได้เปลี่ยนแปลงไปจากความคุ้มกันในลักษณะเด็ดขาดมาเป็นลักษณะจำกัด แนวความคิดในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐจึงได้เปลี่ยนแปลงไปตามไปด้วยในลักษณะเดียวกัน นอกจากนั้นแล้วยังคงมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจกชนที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้น ซึ่งจากเหตุผลทั้งหมดนี้ได้นำให้เกิดการยอมรับข้อจำกัดบางประการที่ทำให้ผู้นำรัฐต่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาลภายในของรัฐ เพื่อให้ตนพ้นจากการตกอยู่ภายใต้การใช้ดุลอำนาจของรัฐได้ ซึ่งข้อจำกัดเหล่านั้นได้แก่ การลดละความคุ้มกันของผู้นำรัฐ การกระทำในเชิงการค้าพาณิชย์ซึ่งรวมถึงการกระทำเป็นการส่วนตัวของผู้นำรัฐ และการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ

5.1 การลดละความคุ้มกันของผู้นำรัฐ

ความคุ้มกันของผู้นำรัฐนี้ถือเป็นอุปสรรคประการหนึ่งในการใช้ดุลอำนาจของรัฐในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของผู้นำรัฐ ซึ่งในบางกรณีอาจส่งผลให้ผู้นำรัฐไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่กระทำขึ้นโดยใช้อำนาจหน้าที่ที่ตนเองมีอยู่โดยมิชอบ ส่งผลให้ผู้ถูกกระทำได้รับผลกระทบจากการกระทำของผู้นำรัฐนั้นได้รับความเสียหายโดยไม่ได้รับความเยียวยา ดังนั้นรัฐต่างๆจึงมีความพยายามที่จะสร้างข้อจำกัดในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐขึ้นมา เพื่อให้รัฐสามารถเข้ามาใช้ดุลอำนาจของตนเหนือการกระทำของผู้นำรัฐได้ ซึ่งในการจำกัดความคุ้มกันของผู้นำรัฐนี้ในบางกรณีอาจเป็นการจำกัดโดยความสมัครใจของผู้นำรัฐเอง แต่บางกรณีก็เป็นเหตุที่สังคมระหว่างประเทศเห็นว่าควรจำกัดความ

คุ้มกันของผู้นำรัฐเอง การสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้นจะต้องกระทำโดยรัฐเท่านั้น ดังที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961⁴³ และอนุสัญญาว่าด้วยคณะผู้แทนพิเศษ ค.ศ.1969⁴⁴ เนื่องจากความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้นเป็นสิทธิพิเศษที่ผู้นำรัฐได้รับตามกฎหมายระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากการดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐเท่านั้น โดยวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มกันแก่ผู้นำรัฐก็เพื่อให้การคุ้มครองตัวบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐสามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนได้อย่างเต็มที่ในฐานะตัวแทนของรัฐโดยไม่ถูกก้าวกายและได้รับการปฏิบัติอย่างไม่สมควรจากรัฐอื่นดังที่ได้ทำการศึกษามาแล้ว ความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้นจึงไม่ใช่สิทธิที่เกิดขึ้นจากตัวผู้นำรัฐเอง แต่เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นจากรัฐโดยแท้ บุคคลอื่นนอกจากรัฐไม่สามารถสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐได้ แต่อย่างไรก็ตามสำหรับกรณีของการที่ผู้นำรัฐได้ทำการสละความคุ้มกันของตนเองนั้น นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่าควรจะเป็นการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยสมบูรณ์เช่นเดียวกันกับกรณีของรัฐเป็นผู้สละ เนื่องจากว่าผู้นำรัฐเป็นบุคคลผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐ การที่รัฐจะสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้นก็ต้องเกิดจากการใช้อำนาจในฐานะผู้นำรัฐทำการแทนรัฐในการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐเช่นเดียวกัน ดังนั้นการที่ผู้นำรัฐสละความคุ้มกันของตนเองก็น่าจะมีผลเป็นการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐที่สมบูรณ์เช่นเดียวกัน⁴⁵ ซึ่งการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐจำแนกออกได้ดังนี้คือ

⁴³Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961, Article 32 บัญญัติ

“1. The immunity from jurisdiction of diplomatic agents and of persons enjoying immunity under Article 37 may be waived by the sending State.

...”

⁴⁴Convention On Special Missions 1969, Article 41 บัญญัติว่า

“1. The sending State may waive the immunity from jurisdiction of its representatives in the special mission, of the members of its diplomatic staff, and of other persons enjoying immunity under articles 36 to 40.

...”

⁴⁵Arthur Watts, “The Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers,” :67.

ก) การสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยชัดแจ้ง

การสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยชัดแจ้งนี้เป็นวิธีการสละความคุ้มกันหนึ่งในสองวิธีที่รัฐสามารถกระทำได้⁴⁶ การสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยชัดแจ้งนี้เป็นวิธีการจำกัดความคุ้มกันของผู้นำรัฐอย่างหนึ่งโดยเกิดขึ้นจากความสมัครใจของรัฐหรือผู้นำรัฐเอง การสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยชัดแจ้งนี้อาจทำได้ในหลายลักษณะคือ การสละความคุ้มกันเป็นการทั่วไปและการสละความคุ้มกันเฉพาะกรณี⁴⁷ โดยการสละความคุ้มกันเป็นการทั่วไปนั้นจะมีผลผูกพันการสละความคุ้มกันเฉพาะกรณีที่สละความคุ้มกันนั้นไม่รวมถึงในกรณีอื่นด้วย ส่วนในกรณีการสละความคุ้มกันเป็นการทั่วไปนั้นจะมีผลผูกพันในขอบเขตที่กว้างขวางกว่าในการสละความคุ้มกันเฉพาะกรณี โดยจะมีผลผูกพันรัฐผู้สละในทุกกรณี ทำให้ผู้นำรัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนต่อศาลที่พิจารณาคดีในกรณีนั้นได้⁴⁸ ซึ่งการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยชัดแจ้งนี้อาจกระทำขึ้นเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ หรือเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่ข้อตกลงระหว่างประเทศก็ได้ แต่สำหรับข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นส่วนใหญ่แล้วจะบัญญัติถึงการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้นไว้ว่าจะต้องกระทำในลักษณะของการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งเท่านั้น เช่นในอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 มาตรา 32⁴⁹ อนุสัญญาว่าด้วยคณะผู้แทน

⁴⁶Ian Brownlie, Principles of Public International Law , p.339.

⁴⁷Danny Abir, “Notes and comments: Suing a Foreign Government: A Note on *Siderman v. Republic of Argentina*,” Whittier Law Review 15(1994): 590.

⁴⁸Ibid.

⁴⁹Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961, Article 32 บัญญัติว่า

“ ...

2. Waiver must always be express.

...”

พิเศษ ค.ศ.1969⁵⁰ หรือในร่างข้อบังคับว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐจากการใช้ดุลอาณาของรัฐต่างประเทศและทรัพย์สินของรัฐ ค.ศ.1991 มาตรา 7⁵¹

ข) การสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยพฤตินัย

การสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยพฤตินัยก็เป็นอีกวิธีหนึ่งในการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐซึ่งจะต้องกระทำโดยรัฐเช่นเดียวกัน การสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยพฤตินัยก็คือ การกระทำการบางอย่างบางประการของรัฐที่มีได้แสดงออกซึ่งการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยชัดแจ้ง แต่ถือได้ว่ารัฐนั้นได้สละความคุ้มกันของผู้นำรัฐแล้ว การสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยพฤตินัยนี้จึงต้องพิจารณาจากการกระทำของรัฐเป็นสำคัญ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาขึ้นอย่างมากมาเนื่องจากไม่สามารถกำหนดชัดเจนตายตัวว่าการกระทำใดบ้างที่ถือเป็นการสละความคุ้มกันโดยพฤตินัย ทำให้การใช้ดุลพินิจของศาลในการตีความอาจแตกต่างกันและไม่มีความเป็นเอกภาพ ซึ่งการกระทำที่ถือได้ว่ารัฐสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐแล้วก็มีเช่น การไม่ยกประเด็นเรื่องความคุ้มกันของผู้

⁵⁰Convention On Special Missions 1969, Article 41 บัญญัติว่า

“... ”

2. Waiver must always be express.

...”

⁵¹Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 1991, Article 7 บัญญัติว่า

“1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State with regard to a matter or case if it has expressly consented to the exercise of jurisdiction by the court with regard to the matter or case :

(a) by international agreement ;

(b) in a written contract; or

(c) by a declaration before the court or by a written communication in a specific proceeding.

2. Agreement by a State for the application of the law of another State shall not be interpreted as consent to the exercise of jurisdiction by the courts of that other State.”

นำรัฐขึ้นต่อผู้, การส่งข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณา และการเข้ามาเป็นโจทก์ในคดีและถูกจำเลยในคดีนั้นฟ้องแย้ง หรือการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ เป็นต้น⁵²

อย่างไรก็ตามเมื่อมีการฟ้องร้องผู้นำรัฐต่างประเทศเป็นจำเลยต่อศาลภายในของรัฐ ประเด็นเรื่องการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยพฤตินัยมักจะไม่ค่อยมีหยิบยกขึ้นมาพิจารณา โดยศาลภายในของรัฐเท่าใดนัก แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีจะปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีการกระทำของรัฐที่มีผลเป็นการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยพฤตินัยอยู่ก็ตาม เนื่องจากเหตุผลที่ว่า การยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่างประเทศนั้นเท่ากับเป็นการเคารพในเกียรติศักดิ์ของผู้นำรัฐ เป็นการเสริมสร้างความสัมพันธ์อันดีระหว่างกัน ประกอบกับข้อตกลงระหว่างประเทศส่วนใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันนั้น ก็มักจะบัญญัติให้การสละความคุ้มกันจะต้องเป็นไปโดยชัดแจ้งดังที่ได้ทำการศึกษามาแล้ว ดังนั้นแนวทางปฏิบัติของศาลภายในรัฐส่วนใหญ่จึงเป็นไปในลักษณะที่ว่า หากไม่มีการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่างประเทศอย่างชัดแจ้งเข้ามาในคดีแล้ว ศาลก็จะพิจารณาคดีและวินิจฉัยให้ความคุ้มกันแก่ผู้นำรัฐโดยไม่พิจารณาว่าการกระทำบางประการของรัฐถือเป็นการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยพฤตินัยหรือไม่⁵³

แต่ปัจจุบันแนวทางปฏิบัติของศาลภายในของรัฐเริ่มเปลี่ยนแปลงไป โดยในบางคดีนั้น ศาลได้วินิจฉัยคดีโดยยอมรับว่าการกระทำบางประการของรัฐได้ถือเป็นการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยพฤตินัยแล้ว เช่น ในการพิจารณาคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเชในศาลของประเทศอังกฤษนั้น ผู้พิพากษาหลายท่านได้ให้ความเห็นไปในแนวทางที่ว่า การที่ประเทศชิลีเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 นั้นถือได้ว่าประเทศชิลีสละความคุ้มกันของพลเอกออกุสโต ปิโนเชแล้ว แม้ว่าบทบัญญัติของอนุสัญญาทรมานจะมีได้บัญญัติถึงการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐเอาไว้ก็ตาม⁵⁴ ซึ่งจะได้ทำการศึกษารายละเอียดของคดีนี้ในบทต่อไป

⁵²Jack A. Levy, "NOTE : As Between Princz and King Reassessing the Law of Foreign Sovereign Immunity as Applied to Jus Cogens Violators," Georgetown Law Journal 86(1998) : 2710-2718.

⁵³Shobha Varughese George, "NOTE : Heads-of-State Immunity in the United States Courts : Still Confused After All These Years," Fordham Law Review 64(1995) :1051-1066.

⁵⁴คดีนี้เกิดขึ้นจากการที่ประเทศสเปนได้ร้องขอให้ประเทศอังกฤษดำเนินการจับกุมตัวพลเอกออกุสโต ปิโนเช ซึ่งเข้ารับการรักษาทางการแพทย์ในประเทศอังกฤษอยู่ในขณะนั้น และร้องขอ

5.2 การกระทำในทางการค้าพาณิชย์และในทางส่วนตัว

การกระทำของผู้นำรัฐในเชิงการค้าพาณิชย์ที่กระทำขึ้นในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐนั้น ยังคงไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดแน่นอนเกี่ยวประเด็นในเรื่องความคุ้มกันเช่นเดียวกับการกระทำของผู้นำรัฐในทางส่วนตัวซึ่งกระทำขึ้นในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐ ทำให้แนวทางปฏิบัติของรัฐในการยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำเชิงการค้าพาณิชย์และการกระทำในทางส่วนตัวนี้ จึงแตกออกเป็น 2 แนวทาง คือมีทั้งในลักษณะของการให้การยอมรับและการไม่ยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำลักษณะนี้

ใน ค. ตี *Mighell v. Sutan of Johore 1894, Statham v. Statham and the Gaekwar of Baroda 1912, Sayce v. Ameer Ruler of Bahawalpur State 1952, Anonymous v. Anonymous 1992, Ex-King Farouk of Egypt v. Christian Dior 1957*, และ ค. ตี *Lafontant v. Aristide* ศาลในคดีเหล่านี้ได้มีคำพิพากษายืนยันความสมบูรณ์ของความคุ้มกันในทางส่วนตัวของผู้นำรัฐ โดยวินิจฉัยว่าเป็นความไร้สาระในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำของผู้นำรัฐที่ถูกฟ้องร้องนั้นเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือในฐานะส่วนตัว เพื่อเป็นสิ่งที่ใช้พิจารณาว่าจำเลยควรได้รับความคุ้มกันหรือไม่ เช่นเดียวกับการพิจารณาคดีของศาลฎีกาของประเทศออสเตรเลียในคดี *Prince of X Road Accident Case* ซึ่งได้วินิจฉัยว่าหลักการเรื่องการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือการกระทำในทางส่วนตัวนั้นไม่สามารถนำมาใช้กับผู้นำรัฐ ในขณะที่ศาลในคดี *Mellerio c. Isabelle de Bourbon 1872, Kiss 1965, Wiercinski c. Seyyid Ali Ben Hammond 1961, Nobili v. Charles II of Austria* และ นั้นศาลกลับพิจารณา

ให้ประเทศอังกฤษดำเนินการส่งตัวพลเอกปีโนเชไปยังประเทศสเปนตามอนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพื่อรับการพิจารณาคดีที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในประเทศชิลี ซึ่งในการพิจารณาคดีของศาลประเทศอังกฤษ พลเอกปีโนเชได้กล่าวอ้างความคุ้มกันของตนในฐานะอดีตผู้นำของประเทศชิลีและความคุ้มกันทางการทูตเนื่องจากการดำรงตำแหน่งวุฒิสมาชิกตลอดชีพ และในการนี้ประเทศชิลีมิได้สละความคุ้มกันของพลเอกปีโนเชแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาหลายท่านที่เป็นองค์คณะพิจารณาคดีได้มีความเห็นว่าการที่ประเทศชิลีเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาทรมานนั้น ถือเป็นการสละความคุ้มกันของพลเอกปีโนเชโดยนัยแล้ว ดูรายละเอียดใน *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others; Ex Parte Pinochet Ugarte*, http://www.parliament.uk/cgi_bin/dialogserverTSO

ตัดสินคดีโดยไม่ยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำในทางการค้าพาณิชย์และการกระทำในทางส่วนตัว⁵⁵

นอกจากนั้นแล้วจากการที่ผู้นำรัฐได้รับการยอมรับว่ามีฐานะเป็นตัวแทนคนหนึ่งของรัฐด้วยเช่นเดียวกับผู้แทนทางการทูต จึงได้มีการนำเอาหลักเกณฑ์ของความคุ้มกันทางการทูตมาใช้พิจารณาร่วมด้วยในประเด็นที่ว่าผู้นำรัฐได้รับความคุ้มกันในการกระทำในลักษณะนี้หรือไม่ ซึ่งในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 นั้น ได้กำหนดข้อยกเว้นของหลักความคุ้มกันของผู้แทนทางการทูตไว้ 3 กรณี คือ ในกรณีของการถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ส่วนตัวที่ตั้งอยู่ในอาณาเขตของรัฐผู้รับ โดยที่ผู้แทนทางการทูตครอบครองไว้ในนามส่วนตัวมิได้ครอบครองไว้ในนามของรัฐ หรือการถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับการสืบมรดกซึ่งเกี่ยวพันถึงตัวผู้แทนทางการทูตในฐานะผู้จัดการมรดกโดยพินัยกรรม ผู้จัดการมรดกโดยศาลตั้ง ทายาทหรือผู้รับมรดกในฐานะเอกชนและมีชื่อในนามของรัฐผู้ส่ง หรือการถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับกิจกรรมใดๆในทางวิชาชีพหรือพาณิชย์ ซึ่งผู้แทนทางการทูตได้กระทำในรัฐผู้รับ นอกเหนือจากการหน้าที่ของตน⁵⁶ และเมื่อทำการพิจารณาข้อยกเว้นทั้ง 3 ประการนี้แล้วจะเห็นได้

⁵⁵ดูรายละเอียดใน Arthur Watts, "The Position in International Law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers," :63-66. ; Shobha Varughese George, "NOTE : Heads-of-State Immunity in the United States Courts : Still Confused After All These Years," :1051-1066.

⁵⁶Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961, Article 31 บัญญัติไว้ว่า
"1. A diplomatic agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State. He shall also enjoy immunity from its civil and administrative jurisdiction, except in the case of:

- (a) a real action relating to private immovable property situated in the territory of the receiving State, unless he holds it on behalf of the sending State for the purposes of the mission;
- (b) an action relating to succession in which the diplomatic agent is involved as executor, administrator, heir or legatee as a private person and not on behalf of the sending State;

ว่า การกระทำของผู้แทนทางการทูตทั้ง 3 ประการนั้น มีลักษณะเป็นเรื่องของตัวบุคคล ไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ และเป็นกรกระทำในทางส่วนตัว จึงเป็นการกระทำที่ไม่สมควรจะได้รับความคุ้มกันในฐานะผู้แทนทางการทูต ซึ่งถ้าหากผู้นำรัฐได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้แทนทางการทูตคนหนึ่งของรัฐ ความคุ้มกันของผู้นำรัฐก็ต้องถูกจำกัดด้วยข้อยกเว้นทั้ง 3 ประการนี้ด้วยเช่นเดียวกัน

นอกจากนั้นประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่ต้องได้รับการพิจารณาก็คือ ขอบเขตความคุ้มกันของผู้นำรัฐเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับความคุ้มกันของผู้แทนทางการทูตหรือไม่ ซึ่งหากทำการเปรียบเทียบผู้นำรัฐกับผู้แทนทางการทูตในระดับเอกอัครราชทูตซึ่งถือเป็นหัวหน้าคณะผู้แทนทางการทูตแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้นำรัฐมีขอบอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ราชการกว้างขวางกว่าผู้แทนทางการทูต เนื่องจากผู้นำรัฐสามารถดำเนินกิจการใดของรัฐได้ทั้งภายในและภายนอกรัฐโดยไม่จำกัดเฉพาะในดินแดนของรัฐใดรัฐหนึ่ง ในขณะที่ผู้แทนทางการทูตนั้นมีขอบอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ราชการได้เฉพาะการดำเนินการแทนรัฐในดินแดนของรัฐที่ตนไปประจำอยู่เท่านั้น นอกจากนี้แล้ว ผู้นำรัฐยังได้รับการยอมรับจากรัฐทั้งหลายในสังคมนระหว่างประเทศว่า เป็นบุคคลที่มีสถานะพิเศษเท่าเทียมกับรัฐด้วย สถานะของผู้นำรัฐจึงสูงกว่าผู้แทนทางการทูต ซึ่งการที่จะกล่าวถึงความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับผู้แทนทางการทูตเป็นไปในลักษณะเดียวกันทั้งหมดนั้น ไม่น่าจะถูกต้องนัก แต่ควรเป็นไปในลักษณะที่ว่า อย่างน้อยที่สุดผู้นำรัฐควรจะได้รับยกเว้นความคุ้มกันในการกระทำกิจการที่มีลักษณะเป็นการส่วนตัวหรือเชิงการค้าพาณิชย์ในลักษณะเดียวกันกับผู้แทนทางการทูตนั่นเอง

5.3 การกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ

แนวความคิดที่ให้การยอมรับว่าการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่อศาลนั้น เป็นผลมาจากการเกิดขึ้นของสงครามโลกครั้งที่ 1 ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อสังคมนระหว่างประเทศโดยรวมเป็น

- (c) an action relating to any professional or commercial activity exercised by the diplomatic agent in the receiving State outside his official functions.

...”

อย่างมาก โดยก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของพลเมืองทุกคนบนโลก ซึ่งภายหลังจากที่สงครามโลกครั้งที่ 1 ยุติลงแล้ว รัฐต่างๆในฝ่ายสัมพันธมิตรได้จัดทำสนธิสัญญาแวร์ซายขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญประการหนึ่งคือเพื่อนำตัวจักรพรรดิไกเซอร์ วิล เฮลมที่ 2 มาดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำที่เป็นสาเหตุให้เกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 ขึ้น ซึ่งการกระทำของฝ่ายสัมพันธมิตรนี้ถือเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีของการพยายามนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ แม้ว่าในความเป็นจริงแล้วจักรพรรดิไกเซอร์ วิล เฮลมจะมีได้ถูกดำเนินคดีใดๆเลยก็ตาม

ต่อมาในช่วงทศวรรษที่ 30 ได้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงขึ้นอีกครั้งหนึ่งในประวัติศาสตร์ของมวลมนุษยชาติ นั่นคือการอุบัติขึ้นของสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงยิ่งกว่าสงครามโลกครั้งที่ 1 อย่างมากมาย ยิ่งไปกว่านั้นแล้ว ยังได้เกิดเหตุการณ์ที่เรียกว่า "The Holocaust"⁵⁷ ขึ้นในช่วงปีค.ศ.1933-1945 โดยเริ่มต้นขึ้นที่ประเทศเยอรมันนี และแผ่ขยายออกไปยังประเทศต่างๆในทวีปยุโรปอีกหลายประเทศคือ อิตาลี, ออสเตรีย, เช็กโกสโลวาเกีย, ฮังการี และโรมาเนีย⁵⁷ ส่งผลให้พลเมืองชาวยิว, ชาวยิปซี และชาวสลลาฟ ซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยในทวีปยุโรปเสียชีวิตไปเป็นจำนวนมาก

"The Holocaust"นี้มีจุดกำเนิดขึ้นจากนโยบายลัทธิต่อต้านยิว (anti-Semitism) ของพรรคนาซีเยอรมัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเผ่าพันธุ์ของชาวเยอรมันให้บริสุทธิ์ปราศจากการเจือปนของเชื้อชาติอื่น ซึ่งภายหลังจากที่อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ได้เข้าดำรงตำแหน่งเป็นผู้นำของพรรคนาซีเยอรมันในเดือนมกราคม ค.ศ. 1933 แล้ว ก็ได้ดำเนินการตามนโยบายของพรรคนาซีทันที โดยได้มีการปลดเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นชาวยิวทั้งหมดออกจากตำแหน่ง มีการออกกฎหมายยึดทรัพย์สินทั้งหมดที่เป็นของชาวยิวมาเป็นของรัฐตลอดจนมีการเข้ายึดครองกิจการพาณิชย์ทั้งหมดของชาวยิวด้วย นอกจากนั้นแล้วยังได้มีการออกกฎหมายถอนสัญชาติเยอรมันของชาวยิว ทำให้ชาวยิวเหล่านั้นตกเป็นคนไร้สัญชาติ และถูกจำกัดสิทธิในด้านต่างๆมากมาย ทั้งสิทธิในการสมรสกับชาวเยอรมันเชื้อสายอื่น, สิทธิในการศึกษา, สิทธิในการประกอบธุรกิจ, สิทธิในการครอบครองที่

⁵⁷ดูรายละเอียดใน จันทิมา ลิ้มปานนท์ "ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 7-10.

ดิน, สิทธิในการคบค้าสมาคมกับคนเชื้อชาติอื่นที่ไม่ใช่ชาวยิว, สิทธิในการใช้สาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน และยังถูกจำกัดบริเวณให้พักอาศัยอยู่ในค่ายกักกัน (Concentration Camps) เท่านั้น⁵⁸

ไม่เพียงแต่ชาวยิวที่อาศัยอยู่ในเยอรมันเท่านั้นที่จะได้รับความเดือดร้อนจากการดำเนินนโยบายนี้ หากแต่ปรากฏว่าในทุกที่ที่กองทัพเยอรมันบุกเข้าไปยึดครองได้เป็นผลสำเร็จ ชาวยิวที่อาศัยอยู่ในดินแดนนั้นก็จะถูกปฏิบัติอย่างทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม เป็นที่น่าสะพรึงกลัวและกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของมนุษยชาติอย่างมาก จนในที่สุดเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงในปีค.ศ.1945 ประเทศผู้นำของฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งประกอบด้วยสหรัฐอเมริกา, อังกฤษ, ฝรั่งเศส และรัสเซีย จึงได้ร่วมมือกันจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศขึ้น ณ กรุงนูเรมเบิร์ก (International Military Tribunal at Nuremberg) และเมืองต่างๆที่กองทัพเยอรมันนี้เข้ายึดครองเพื่อดำเนินคดีกับผู้นำทางทหารตลอดจนปัจเจกชนทุกคนที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ซึ่งในการพิจารณาคดีของศาลทหารระหว่างประเทศนี้ได้ดำเนินการไปตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญจัดตั้งศาล ซึ่งต่อมากลายเป็นบทบัญญัติแห่งธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศนี้ได้รับการยอมรับจากสมาชิกองค์การสหประชาชาติว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องยึดถือและปฏิบัติตามจนหลักเกณฑ์นูเรมเบิร์กนี้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้วในปัจจุบัน

การกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ปรากฏให้เห็นในสังคมระหว่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่มักจะเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้นำรัฐ เนื่องจากผู้นำรัฐเป็นบุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชาสูงสุดของรัฐและมักจะเป็นผู้ที่ดำรงตำแหน่งทางทหารด้วยในขณะเดียวกัน ทำให้อาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นกินบริเวณพื้นที่กว้างขวางและมีความรุนแรงมากกว่าการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียว ด้วยเหตุนี้ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์กนี้ จึงได้มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในการดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ โดยตำแหน่งหน้าที่ราชการของจำเลยนั้นไม่สามารถทำให้จำเลยพ้นความรับผิดชอบได้⁵⁹ รวมถึงกรณีการปฏิบัติตามคำสั่งคำสั่งบังคับบัญชาด้วย⁶⁰

⁵⁸ กิตติ โอสถเจริญผล, “เขตอำนาจรัฐสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ”, หน้า 127.

⁵⁹ ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์ก มาตรา 7 บัญญัติว่า

หลังการนั้นไม่นานก็ได้มีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกลขึ้น (*International Military Tribunal at Far East*) ณ กรุงโตเกียวเพื่อพิจารณาคดีกับผู้นำทางทหารของประเทศญี่ปุ่นตลอดจนบุคคลที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ในดินแดนทางแถบทวีปเอเชีย หลักการในเรื่องการไม่สามารถกล่าวอ้างตำแหน่งหน้าที่ราชการของตนเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนี้ ก็ได้รับการบัญญัติรับรองอีกครั้งหนึ่งในธรรมนูญจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล มาตรา 6⁶¹

นอกจากบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดในการกล่าวอ้างความคุ้มกันในฐานะผู้นำรัฐรัฐเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่พบในธรรมนูญของศาลทหารระหว่างประเทศทั้งสองศาลแล้ว บทบัญญัติลักษณะนี้ยังคงมีปรากฏให้เห็นในธรรมนูญจัดตั้งศาลระหว่างประเทศชั่วคราวอีกสองศาลคือ ในธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (*International Tribunal for Former Yugoslavia*) และธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับรวันดา (*International Tribunal for Rwanda*)

“The Official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.”

⁶⁰ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูแรมเบิร์ก มาตรา 8 บัญญัติว่า

“The fact that the defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determine that justice so requires.”

⁶¹ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ ณ ตะวันออกไกล มาตรา 6 บัญญัติว่า

“Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.”

ศาลระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวีย นั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากสงครามแบ่งแยกดินแดนระหว่างประเทศสโลเวเนียกับประเทศยูโกสลาเวีย, เซอร์เบีย, มอนเตเนโก, โคโซโว และวอยโวดีนา โดยในระหว่างการทำสงครามชาวเซอร์เบียได้นำนโยบาย”การชำระล้างเผ่าพันธุ์” (*Ethnic Cleaning*) มาใช้ซึ่งส่งผลให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นอย่างกว้างขวางในภูมิภาคนี้ ในธรรมนูญจัดตั้งศาลระหว่างประเทศชั่วคราวศาลนี้ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกล่าวอ้างตำแหน่งหน้าที่ราชการของผู้กระทำความผิดไว้ในลักษณะเดียวกันกับศาลทหารระหว่างประเทศทั้งสองศาล โดยได้บัญญัติถึงการกล่าวอ้างความคุ้มกันในฐานะผู้นำรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ในมาตรา 7⁶²

* ความขัดแย้งในดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวีย นี้เกิดขึ้นจากความแตกต่างทางเชื้อชาติศาสนา ซึ่งมีการแบ่งแยกออกเป็น 3 กลุ่มคือ ชาวเซิร์บซึ่งนับถือศาสนาคริสต์นิกายออร์ทอดอกซ์, ชาวโครแอตซึ่งนับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก และชาวสลาฟซึ่งนับถือศาสนาอิสลาม ความขัดแย้งระหว่างเชื้อชาติศาสนาได้ดำเนินเรื่อยมาและเริ่มทวีความรุนแรงขึ้นจนเกิดสงครามแบ่งแยกดินแดนขึ้น และได้มีการใช้นโยบาย”การชำระล้างเผ่าพันธุ์” (*Ethnic Cleaning*) มาใช้ด้วย ซึ่งนโยบายนี้ได้ก่อให้เกิดการสังหารชาวมุสลิมอย่างทารุณโหดร้าย ตลอดจนมีการตั้งค่ายข่มขืนกระทำชำเรา (*Rape Camp*) ขึ้นเพื่อกระทำการข่มขืนอย่างเป็นระบบ (*Systematic Rape*) เป็นเหตุให้บุตรที่เกิดจากหญิงมุสลิมเหล่านั้นเป็นเด็กที่มีความต่างพร้อมทางเชื้อชาติ กลายเป็นเด็กที่ไม่พึงปรารถนา (*unwanted children*) ซึ่งเป็นมาตรการทำลายความบริสุทธิ์ทางเชื้อชาติและศาสนา ถือได้ว่าการดำเนินนโยบายนี้เป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่รุนแรงมาก คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้ประชุมกันเพื่อพิจารณาถึงการดำเนินการกับปัญหาที่เกิดขึ้นในดินแดนนี้ และในที่สุดได้มีการลงมติจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นเป็นการชั่วคราวเพื่อพิจารณาคดีกับบุคคลที่มีส่วนร่วมในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในดินแดนนี้ ซึ่งในปัจจุบันศาลระหว่างประเทศชั่วคราวนี้ก็ยังดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในดินแดนนี้อยู่อย่างต่อเนื่อง รวมทั้งอดีตประธานาธิบดีสโลโบดัน มิโลเชวิช ของประเทศยูโกสลาเวีย ซึ่งเป็นอดีตผู้นำของกองทัพประชาชนยูโกสลาฟ (*Yugoslav People’s Army*) ด้วย

⁶²ธรรมนูญจัดตั้งศาลระหว่างประเทศชั่วคราวเพื่อพิจารณาการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 7 บัญญัติว่า

“ ...

2. The official position of any accused person, whether as Heads of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.

ต่อมาเมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่สงบขึ้นในประเทศรวันดาจนขยายรุกรามทวีความรุนแรงมากขึ้น คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีมติให้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเป็นการชั่วคราวขึ้นเพื่อพิจารณาคดีกับบุคคลที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในประเทศรวันดา ซึ่งในธรรมนูญจัดตั้งศาลได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจในการดำเนินคดีกับบุคคลผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ โดยที่ผู้กระทำความผิดนั้นไม่สามารถกล่าวอ้างตำแหน่งหน้าที่ราชการเพื่อให้พ้นความรับผิดได้เลย ดังที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา มาตรา 6⁶³ ซึ่งเป็นการบัญญัติรับรองหลักเกณฑ์นี้ไว้ในลักษณะเช่นเดียวกับบทบัญญัติแห่งธรรมนูญศาลระหว่างประเทศอื่นด้วย

หลักเกณฑ์ในเรื่องการไม่สามารถกล่าวอ้างตำแหน่งหน้าที่ราชการต่อศาล เพื่อให้พ้นพ้นจากความรับผิดในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่สืบทอดมาจากหลักเกณฑ์นูรมเบิร์กซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นหลักการไม่สามารถกล่าวอ้างตำแหน่งหน้าที่ราชการต่อศาลนี้ จึงเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยเช่นเดียวกัน และต่อมาเมื่อรัฐต่างๆในสังคมนานาชาติเห็นพ้องต้องกันว่า ควรที่มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการถาวรขึ้น หลักการนี้ก็ได้รับการบรรจุอยู่ในธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (*Rome Statute of International Criminal Court*) มาตรา 27⁶⁴ แต่ที่น่าสังเกตก็

...

⁶³ธรรมนูญจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาคดีการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนประเทศรวันดา มาตรา 6 บัญญัติว่า

“ ...

2. The official position of any accused person, whether as Heads of State or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.

...”

⁶⁴ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 27 บัญญัติว่า

“1. This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Heads of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence.

คือ ในบทบัญญัติของมาตรา 27 นี้ ได้มีการบัญญัติถึงการกล่าวอ้างความคุ้มกันของบุคคลต่างๆ เอาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งไม่เคยปรากฏมาก่อนในธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศใดๆ

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนั้น ล้วนแต่เป็นกรณีของการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ถือเป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Core Crimes of International Law) เท่านั้น ซึ่งอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งหลายเหล่านี้ต่างก็ได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศแล้วว่า เป็นอาชญากรรมที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมระหว่างประเทศโดยรวม และยังเป็นการละเมิดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศ (Jus cogens) อีกด้วย ดังนั้นรัฐต่างๆ จึงมีพันธกรณีที่จะต้องละเว้นไม่กระทำอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างเหล่านี้โดยเด็ดขาด และมีหน้าที่ที่จะต้องปราบปรามและนำตัวผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้มาดำเนินคดีและลงโทษอย่างจริงจังปราศจากข้อยกเว้นใดๆทั้งสิ้น ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงความมุ่งประสงค์ร่วมกันของรัฐต่างๆ ในสังคมระหว่างประเทศแล้วสามารถสรุปได้ว่า ในกรณีที่ผู้นำรัฐได้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Core Crimes of International Law) นั้น ไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาลได้ ไม่ว่าในขณะนั้นผู้นำรัฐจะดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่หรือไม่ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในธรรมนูญจัดตั้งศาลระหว่างประเทศทั้งหลายที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

แต่สำหรับกรณีที่ผู้นำรัฐกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่นที่เป็นอาชญากรรมข้ามชาติ (Transnational Crimes) นั้น ยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐอยู่ เนื่องจากถึงแม้ว่าอาชญากรรมข้ามชาตินั้นจะเป็นการกระทำอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญาที่มีความร้ายแรงเช่นเดียวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ถือเป็นอาชญากรรมหลัก

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

*อาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Core Crimes of International Law) ในปัจจุบันได้แก่ อาชญากรรมรุกราน (Aggression), อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide), อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity)

ตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำอาชญากรรมข้ามชาตินั้นมิได้มีผลกระทบต่อสังคมระหว่างประเทศโดยรวมเท่าเทียมกับผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาชญากรรมข้ามชาติเป็นเพียงอาชญากรรมที่รัฐในสังคมระหว่างประเทศให้การยอมรับว่าเป็นเป็นการกระทำความผิดอาญาที่รัฐทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศควรจะต้องร่วมมือกันปราบปรามเท่านั้น และอาชญากรรมข้ามชาตินี้มักจะเกิดขึ้นจากการทำความตกลงร่วมกันระหว่างรัฐต่างๆ ในการกำหนดว่าการกระทำใดบ้างที่ถือเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งในกรณีนี้เมื่อผู้นำรัฐถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ถือเป็นอาชญากรรมข้ามชาตินี้ ก็จะทำให้เกิดปัญหาในการที่จะวินิจฉัยว่าผู้นำรัฐสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนในการกระทำอาชญากรรมข้ามชาตินั้นได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งในกรณีนี้นั้นควรที่จะต้องพิจารณาว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศที่เป็นอาชญากรรมข้ามชาตินั้นมีข้อตกลงระหว่างประเทศใดๆ กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมข้ามชาตินั้นไว้หรือไม่ ซึ่งหากมีข้อตกลงระหว่างประเทศกำหนดไว้การกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐสำหรับการกระทำอาชญากรรมข้ามชาตินั้น ก็จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของข้อตกลงระหว่างประเทศนั้น เช่นในกรณีของการทรมานที่มีได้มีลักษณะที่ถือเป็นลักษณะหนึ่งของการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐ ก็จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาทรมาน ค.ศ. 1984

แต่สำหรับกรณีที่อาชญากรรมข้ามชาตินั้นไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศใดกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นไว้ การกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐสำหรับการกระทำอาชญากรรมข้ามชาตินั้น น่าจะเป็นไปในลักษณะที่ว่า ผู้นำรัฐยังคงได้รับความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคล (*immunity ratione personae*) ในฐานะผู้นำรัฐอยู่ในขณะที่ผู้นำรัฐยังคงดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ ส่งผลให้ผู้นำรัฐไม่อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในการกระทำอาชญากรรมข้ามชาติได้ในขณะที่ผู้นำรัฐดำรงตำแหน่งอยู่ แต่ภายหลังจากที่ผู้นำรัฐพ้นจากตำแหน่งผู้นำรัฐแล้ว ผู้นำรัฐยังคงได้รับความคุ้มกันสำหรับการกระทำอาชญากรรมข้ามชาติที่ตนเองได้กระทำขึ้นในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่หรือไม่นั้น คงจะต้องพิจารณาว่าการกระทำอาชญากรรมข้ามชาตินั้นถือเป็นการปฏิบัติราชการตามตำแหน่งหน้าที่ของผู้นำรัฐหรือไม่ หากถือว่าการกระทำอาชญากรรมข้ามชาตินั้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามตำแหน่งหน้าที่ของผู้นำรัฐแล้ว ผู้นำรัฐก็ยังคงได้รับความคุ้มกันในการกระทำอาชญากรรมข้ามชาตินั้นต่อไปแม้ว่าผู้นำรัฐจะพ้นจากตำแหน่งแล้วก็ตาม โดยจะได้รับความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณี (*immunity ratione materiae*) แต่หากการกระทำอาชญา

กรรมข้ามชาตินั้นถือเป็นการกระทำในทางส่วนตัวแล้ว ผู้นำรัฐย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองสำหรับการกระทำนั้นอีกต่อไปเมื่อพ้นจากตำแหน่งผู้นำรัฐแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะได้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นเพื่อดำเนินการพิจารณาคดีกับบุคคลที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ และในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศเหล่านั้นต่างก็มีบทบัญญัติในการจำกัดการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่อศาลระหว่างประเทศตั้งแต่การจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูแรมเบิร์ก เรื่อยมาจนถึงการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้ส่งผลให้แนวความคิดในเรื่องการได้รับความคุ้มกันของผู้นำรัฐในทางอาญาได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้นำรัฐไม่ได้รับความคุ้มกันแบบเด็ดขาดเช่นเดิม แต่อย่างไรก็ตามแม้แนวความคิดนี้จะเป็นหลักเกณฑ์ที่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลผูกพันรัฐต่างๆ ทั่วโลกจะต้องยึดถือปฏิบัติก็ตาม แต่เมื่อมีการฟ้องร้องผู้นำรัฐต่างประเทศอันเนื่องมาจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศต่อศาลภายในของรัฐต่างๆ แล้ว ประเด็นในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐ ก็ยังคงเป็นปัญหาที่สร้างความยุ่งยากให้แก่ศาลในการพิจารณาคดีอยู่เสมอไม่ว่าจะเป็นการดำเนินคดีโดยศาลภายในของรัฐ เช่นในการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ในศาลอังกฤษ หรือการดำเนินคดีกับนาย Macos ในศาลสหรัฐอเมริกาและการดำเนินคดีกับพันเอก Ghaddafi ในศาลฝรั่งเศส หรือแม้แต่การดำเนินคดีโดยศาลระหว่างประเทศเองก็ตาม เช่นในกรณีการดำเนินคดีกับนายสโลโบดัน มิโลเชวิช อดีตประธานาธิบดีของประเทศยูโกสลาเวีย ซึ่งถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย เป็นต้น

6. ทฤษฎีการไม่ถูกลงโทษในการกระทำความผิด (Impunity)

โดยปกติแล้วเมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายของรัฐ บุคคลนั้นก็ย่อมมีความรับผิดชอบรับโทษตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามยังคงมีบางกรณีที่บุคคลผู้กระทำความผิดนั้นได้รับการยกเว้นโทษ ทำให้เกิดทฤษฎีที่เรียกว่า "ทฤษฎีการยกเว้นโทษ" (Impunity) ขึ้น ทฤษฎีการยกเว้นโทษนี้เป็นแนวความคิดในการให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลผู้กระทำความผิด ทำให้บุคคลผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดของตน ทฤษฎีการยกเว้นโทษนี้มีลักษณะเป็นการดำเนินกระบวนการใดๆ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูก

พิจารณาคดีโดยศาล⁶⁵ แต่ไม่ใช่ลักษณะการให้อภัยในการกระทำความผิดนั้น ทฤษฎีการยกเว้นโทษนี้มีปรากฏให้เห็นอยู่ในทุกรัฐ แต่จะเป็นรูปแบบใดบ้างนั้นขึ้นอยู่กับแนวโน้มของนโยบายของรัฐเป็นตัวกำหนด แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีการยกเว้นโทษนี้มีปรากฏให้เห็นได้ใน 2 รูปแบบคือ การยกเว้นโทษโดยพฤตินัย (*de facto*) และการยกเว้นโทษโดยกฎหมาย (*de jure*)⁶⁶

6.1 การยกเว้นโทษโดยพฤตินัย (*de facto*)

เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น รัฐจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายคือต้องมีการจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาพิจารณาคดีและลงโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น เช่นเดียวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศเมื่อมีการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้นโดยบุคคลใดก็ตาม รัฐทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศต่างก็มีหน้าที่ร่วมกันในการดำเนินการกับบุคคลผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศตามที่กฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ รวมถึงการต้องปฏิบัติตามหลัก *aut dedere aut judicare* อย่างเคร่งครัดด้วยเนื่องจากหลักเกณฑ์นี้ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับใช้กับรัฐเป็นการทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามในบางรัฐที่มีการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยผู้นำรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูง รัฐนั้นก็มักจะมีการกระทำการอย่างใดก็ตาม ที่มีลักษณะเป็นการกระทำอย่างจงใจเพื่อให้เกิดความล้มเหลวหรือเป็นการขัดขวางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในรัฐของตน⁶⁷ ซึ่งการกระทำนั้นอาจเป็นไปได้ในรูปแบบของการนิ่งเฉยไม่ดำเนินการใดๆกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นได้รับโทษก็ได้ ดังเช่นใน การไม่ดำเนินการกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศกัมพูชาในช่วงปีค.ศ. 1975-1979

⁶⁵Gwen K. Young, "Amnesty and Accountability," *U.C. Davis Law Review* 35(2002) : 433.

⁶⁶Kristin Henrard, "The Viability of National Amnesties in View of the Increasing Recognition of Individual Criminal Responsibility at International Law," *MSU-DCL Journal of International Law* 8(1999) : 613,630.

⁶⁷M. Cheriff Bassioni, "Searching for peace Achieving Justice : The Need for Accountability," in *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights : Proceedings of The Siracusa Conference 17-21 September 1998*, ed.M. Cherif Bassiouni (1998), p.58.

อาชญากรรมระหว่างประเทศในประเทศกัมพูชานั้นเกิดขึ้นในช่วงที่พรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชา (*The Communist Party of Kampuchea : CPK*) หรือเขมรแดง (*Khmer Rouge*) เป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการปกครองประเทศ ได้เกิดการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อย่างร้ายแรง เป็นผลให้ประชาชนชาวกัมพูชาเสียชีวิตไปเป็นจำนวนมาก และภายหลังเมื่อเหตุการณ์สงบลงก็ไม่ปรากฏว่าได้มีการพยายามอย่างจริงจังในการดำเนินการใดๆ เพื่อนำตัวผู้นำของฝ่ายเขมรแดงคือนายพล พต และผู้นำระดับสูงของพรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชา มาดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเลย จนกระทั่งนายพล พต ผู้นำคนหนึ่งได้เสียชีวิตลงในปีค.ศ.1998⁶⁸

6.2 การยกเว้นโทษโดยนิตินัย (*de jure*)

สำหรับการยกเว้นโทษโดยนิตินัยนั้นมักเป็นผลมาจากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ส่งผลให้ผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่ต้องถูกลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น ซึ่งกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเว้นโทษนี้มีปรากฏให้เห็นอยู่ดังนี้คือ กฎหมายที่กำหนดให้ผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกัน, กฎหมายนิรโทษกรรมหรือกฎหมายอื่นที่มีเนื้อหาใกล้เคียงกัน^{*}

ก. กฎหมายบัญญัติให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกัน

ในระบบกฎหมายภายในของรัฐต่างๆนั้นมักจะมีการบัญญัติกฎหมายให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยสุจริต เนื่องจากแนวความคิดที่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในการดำเนินกิจการงานของรัฐ ซึ่งบทบัญญัติในการให้ความคุ้มกันแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นอาจปรากฏให้เห็นได้ทั้งในกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่อยู่ระดับล่างลงมา เช่นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540⁶⁹ พระ

⁶⁸David Scheffer, "Universal Jurisdiction : Myths, Realities, and Prospects : Opening Address," *New England Law Review* 35(2001) : 234-235.

^{*}เช่นในกรณีของประเทศไทยที่มีการออกพระราชบัญญัติอภัยโทษและพระราชบัญญัติล้างมลทิน

⁶⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้มีบทบัญญัติกำหนดให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันไว้ในหลายมาตรา เช่น มาตรา 8, 165, 166 และ 167

ราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ.2534 เป็นต้น ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นจะได้รับการยกเว้นโทษสำหรับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น เนื่องจากอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นการกระทำที่จะต้องใช้คนจำนวนมากเป็นผู้กระทำ และมักจะเกิดขึ้นในขอบเขตที่กว้างขวางมาก ผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศส่วนใหญ่จึงมักจะเป็นผู้นำรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูง

ข. กฎหมายนิรโทษกรรมหรือกฎหมายอื่นที่มีลักษณะเดียวกัน

คำว่า“นิรโทษกรรม” (*amnesty*) หมายความว่า การให้อภัยที่กระทำโดยรัฐอธิปไตย สำหรับกลุ่มบุคคลหรือประเภทของบุคคลที่กระทำความผิดอาญาให้ไม่ต้องถูกดำเนินคดีสำหรับการกระทำนั้น⁷⁰ การออกกฎหมายนิรโทษกรรมเป็นวิธีการอีกวิธีหนึ่งในการยกเว้นโทษให้แก่บุคคลที่กระทำความผิด วัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายนิรโทษกรรมก็เพื่อเป็นการให้อภัยในการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้ว ทำให้บุคคลที่กระทำความผิดนั้นไม่ต้องถูกดำเนินคดีหรือพ้นโทษไปในกรณีที่ถูกจำคุกหรือถูกคุมขัง รัฐมักจะดำเนินการออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้แก่บุคคลบางกลุ่มเพื่อให้บรรลุถึงความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ หรือเพื่อความปรองดองกลมเกลียวกับภายในรัฐ หรือเพื่อสร้างชาติให้เป็นปึกแผ่น ดังนั้นกฎหมายนิรโทษกรรมจึงมักจะมีการตราขึ้นเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองหรือเมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่สงบขึ้นภายในประเทศ เช่น พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการต่อต้านการดำเนินการสงครามของญี่ปุ่น พุทธศักราช 2489^{*}, พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน ซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวนเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ.2516 พ.ศ.2516^{**} เป็นต้น

⁷⁰Black's Law Dictionary 7ed. West group p.83.

*พระราชบัญญัติฉบับนี้ออกเพื่อนิรโทษกรรมให้แก่กลุ่มบุคคลที่เรียกว่า“เสรีไทย” ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่ไม่เห็นด้วยกับการประกาศสงครามของประเทศไทยโดยเข้าร่วมเป็นฝ่ายเดียวกับญี่ปุ่นในสงครามโลกครั้งที่ 2 และกลุ่มบุคคลนี้ได้ดำเนินการทุกวิถีทางในการให้ความช่วยเหลือฝ่ายสัมพันธมิตรในการทำสงครามซึ่งถือเป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมายภายในของไทย แต่เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สงบลงด้วยบทบาทของบุคคลกลุ่มนี้ทำให้ประเทศไทยรอดพ้นจากการถูกดำเนินการในฐานะผู้แพ้สงคราม การกระทำของบุคคลกลุ่มนี้จึงกลายเป็นความชอบต่อบ้านเมือง จึงมีการออกกฎหมายฉบับนี้เพื่อนิรโทษกรรมบุคคลกลุ่มนี้

**พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นผลมาจากการรวมตัวกันของนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชนในการเรียกร้องรัฐธรรมนูญจากรัฐบาลเผด็จการทหาร ซึ่งในการเรียกร้องรัฐธรรมนูญใน

ในต่างประเทศการออกกฎหมายนิรโทษกรรมมักจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการยึดอำนาจเปลี่ยนแปลงการปกครองหรือเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นภายในประเทศเช่นเดียวกับประเทศไทย เช่น การออกกฎหมายนิรโทษกรรมแห่งชาติ ค.ศ.1978 ของประเทศชิลี ซึ่งออกภายหลังจากการยึดอำนาจการปกครองจากประธานาธิบดีอาเยนเด โดยคณะปฏิวัติที่นำโดยพลเอกอากุสโต ปิโนเช่ โดยมีเนื้อหาระบุให้บุคคลที่กระทำความผิดในช่วง ค.ศ.1973-1978 ซึ่งเป็นการกระทำเนื่องมาจากการกวาดล้างบรรดาผู้ที่มีแนวความคิดเป็นปรปักษ์กับฝ่ายรัฐบาลตามคำสั่งของรัฐบาล ได้รับการยกเว้นโทษสำหรับการกระทำความผิดที่ได้กระทำลงในช่วงนั้น หรือ การออกกฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศอาร์เจนตินา ยกเว้นความผิดให้แก่บรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับกลางและระดับล่างทั้งหมดที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่เรียกว่า “Dirty War”⁷¹

ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าทฤษฎีการยกเว้นโทษนี้เป็นแนวนโยบายของรัฐว่า ในกรณีใดบ้างที่รัฐจะไม่ดำเนินการตามกฎหมายกับบุคคลผู้กระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตามในการยกเว้นความผิดให้แก่บุคคลที่กระทำความผิดโดยเฉพาะการทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินอย่างร้ายแรงนี้ ได้มีแนวความคิดโต้แย้งว่าทฤษฎีการยกเว้นโทษนี้เป็นสิ่งที่ขัดขวางการได้รับการเยียวยาของเหยื่อผู้ได้รับความเสียหาย การกระทำใดๆของรัฐทั้งในทางนิตินัยและพฤตินัยเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับการยกเว้นโทษนั้นเป็นสิ่งที่กระทำไม่ได้ และกฎหมายที่มีผลดังกล่าวก็ไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้

ครั้งนี้ได้มีการเข้ายึดสถานที่ราชการและมีการเผาทำลายทรัพย์สินทั้งของทางราชการและของประชาชนทั่วไป มีการทำร้ายร่างกายกันในช่วงการปะทะกันของฝ่ายรัฐบาลและประชาชน ทำให้เกิดความเสียหายทั้งต่อชีวิตและทรัพย์สินอย่างมาก และการกระทำของทั้งฝ่ายรัฐบาลและประชาชนต่างก็เป็นความผิดตามกฎหมายทั้งสิ้น แต่เนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเป็นการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอยู่แล้ว ในขณะที่การกระทำของนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชนไม่มีกฎหมายให้การคุ้มครอง แต่เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าฝ่ายประชาชนนั้นได้กระทำไปโดยปรารถนาจะให้มิรัฐธรรมนูญและมีการดำเนินการตามครรลองของระบอบประชาธิปไตย จึงมีการออกกฎหมายฉบับนี้มาเพื่อยกเว้นโทษให้กับนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน

⁷¹Anthony Faiola, “Pinochet Case Opens Closet of a Continent, Washiton Post October,1998. Cited in “J.G. White, “Note: Nowhere to Run, Nowhere to Hide: Augusto Pinochet, Universal Jurisdiction, The ICC, and A Wake-up Call for Former Heads of State. Case Western Reserve University. 50(1999): 130.

จากที่ได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์และหลักทฤษฎีทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของบุคคลต่างๆตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้น จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐนี้ ยังคงไม่มีความชัดเจนและเป็นปัญหาได้เถียงกันอยู่ ซึ่งทำให้แนวทางปฏิบัติของรัฐนั้นไม่เป็นรูปแบบเดียวกัน โดยรัฐบางรัฐนั้นจะให้ความคุ้มกันแก่ผู้นำรัฐในลักษณะความคุ้มกันแบบเด็ดขาด ในขณะที่บางรัฐนั้นจะให้ความคุ้มกันเฉพาะการกระทำในกิจการของรัฐเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามสำหรับในกรณีการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐในทางอาญานั้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับว่าผู้นำรัฐนั้นได้รับความคุ้มกันจากการดำเนินคดีอาญาโดยศาลภายในของรัฐอย่างเด็ดขาด ซึ่งส่งผลให้ผู้นำรัฐสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนต่อศาลในการดำเนินคดีอาญาได้ ทำให้ผู้นำรัฐรอดพ้นจากการดำเนินคดี ประกอบกับแนวทางปฏิบัติของรัฐส่วนใหญ่มักจะไม่ค่อยดำเนินคดีกับผู้นำรัฐเท่าใดนัก เนื่องจากคำนึงถึงผลประโยชน์ทางการเมืองของรัฐเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้จึงไม่ค่อยมีคดีเกี่ยวกับการฟ้องร้องผู้นำรัฐเข้าสู่การพิจารณาของศาล จนกระทั่งในปีค.ศ. 1998 ได้เกิดเหตุการณ์ที่เป็นที่สนใจของบุคคลต่างๆในสังคมระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก นั่นคือการดำเนินการจับกุมตัวและดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่ อดีตผู้นำของประเทศชิลี เกี่ยวกับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในขณะที่ยังดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ คดีนี้จึงถือเป็นกรณีศึกษาที่สำคัญในการวิเคราะห์ถึงความน่าจะเป็น และแนวความคิดของรัฐต่างๆที่มีต่อการดำเนินคดีนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักความคุ้มกันของผู้นำรัฐ ซึ่งได้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้ทำการศึกษารายละเอียดของคดีนี้ในบทต่อไป เพื่อค้นหาปัญหาที่เกิดขึ้นในการพิจารณาคดีของศาลอังกฤษตลอดจนศาลภายในของรัฐอื่น และเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

กรณีศึกษาและปัญหาในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำ อาชญากรรมระหว่างประเทศ

จากที่ได้ศึกษาถึงลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐ พันธกรณีของรัฐที่ต้องปฏิบัติเมื่อมีการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้น ตลอดจนแนวความคิดใหม่ๆที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศมาแล้วในการศึกษาบทที่ผ่านมา ดังนั้นการศึกษาวิจัยในบทนี้จะได้กระทำการศึกษาถึงการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐ ตลอดจนปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐ ซึ่งจะนำมาศึกษาเพื่อค้นหาแนวทางแก้ไขปัญหาต่างๆเหล่านั้นเพื่อให้การดำเนินคดีและการลงโทษผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งในการศึกษาวិเคราะห์กรณีศึกษาในบทนี้จะทำการศึกษาโดยเน้นถึงการดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่ (General Augusto Pinochet) ผู้นำของประเทศชิลีเป็นสำคัญ

1. การดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่

การดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่ ผู้นำของประเทศชิลีนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศชิลี โดยมีจุดเริ่มต้นมาจากการเข้ารับตำแหน่งประธานาธิบดีของนายซัลวาดอร์ อาเยนเด (Salvador Allende) ผู้สมัครชิงตำแหน่งประธานาธิบดีซึ่งชนะการเลือกตั้งในปี ค.ศ.1970 ภายหลังจากการเข้ารับตำแหน่งประธานาธิบดี นายอาเยนเดได้พยายามปฏิรูประบบนายทุน พัฒนาระบบสังคมและเปลี่ยนแปลงนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างเร่งด่วน โดยได้นำแนวความคิดของลัทธิคอมมิวนิสต์มาร์กซิสเป็นหลักในการปฏิรูป¹ การกระทำของนายซัลวาดอร์ อาเยนเดได้สร้างความไม่พอใจเป็นอย่างมากให้กับประชาชนชาวชิลี จนก่อให้เกิดความขัดแย้งอย่างรุนแรงขึ้นภายในประเทศชิลี และเกิดการเรียก

¹Frances Webber, "The Pinochet Case: The Struggle for the Realization of Human Rights," *Journal of Law and Society* 26(1999) : 524-525.

ร้องจากประชาชนให้ฝ่ายกองทัพเข้ามาแทรกแซงการบริหารประเทศของรัฐบาล ซึ่งส่งผลให้ความขัดแย้งขยายวงกว้างออกไปและกลายเป็นสงครามกลางเมืองของประเทศชิลีในที่สุด²

ต่อมาในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ.1973 พลเอกออสโต ปิโนเช่ (*General Augusto Pinochet*) ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งเป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุดของกองทัพ (*Commander-in-Chief of the Army*) ได้เป็นผู้นำของคณะปฏิวัติซึ่งประกอบด้วยผู้นำ 4 เหล่าจากกองทัพบก, กองทัพเรือ, กองทัพอากาศและตำรวจ ได้นำกองกำลังเข้าโค่นล้มรัฐบาลของประธานาธิบดีอาเยนเด โดยเรียกร้องให้ประธานาธิบดีอาเยนเดสละตำแหน่งและเข้ามาขอตัวต่อคณะปฏิวัติ แต่ประธานาธิบดีอาเยนเดขัดขืน พลเอกปิโนเช่จึงนำกำลังเข้ากวาดล้างและยึดอำนาจจากประธานาธิบดีอาเยนเดได้สำเร็จ โดยตัวเขาได้เข้าดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของประเทศชิลีเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ.1974³

ภายหลังจากที่พลเอกปิโนเช่เข้าดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของประเทศชิลีแล้ว ก็ได้ดำเนินการปฏิรูประบบเศรษฐกิจขึ้นใหม่จนได้รับการยอมรับจากประชาชนชาวชิลี และในขณะเดียวกันก็ได้จัดตั้ง “*The International Intelligence Directorate*” (*DINA*) ซึ่งเป็นหน่วยงานลับทางทหารขึ้นโดยตรงต่อพลเอกปิโนเช่ มีหน้าที่หลักภายในประเทศคือการปฏิบัติภารกิจต่างๆในการรักษาฐานอำนาจของพลเอกปิโนเช่ไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการทำลายล้างบุคคลซึ่งมีความคิดเป็นปฏิปักษ์กับฝ่ายรัฐบาล ส่งผลให้ประชาชนเป็นจำนวนมากถูกประหารชีวิตโดยการใช้อำนาจเกินกว่าเหตุ, ถูกฆาตกรรม, ถูกจับกุมคุมขัง และถูกทรมาน ตลอดจนดำเนินการใดๆอันเป็นการก่อการร้ายต่อฝ่ายที่อยู่ตรงข้ามกับฝ่ายตน⁴ ซึ่งการกระทำของเจ้าหน้าที่ในสังกัด *DINA* นี้

²Jodi Horowitz, "Comment : Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violations," *Fordham International Law Journal* 23(1999) : 494.

³Charles Pierson,"Pinochet and the End of Immunity: England's House of Lords Holds That a Former Head of State Is Not Immune for Torture," *Temple International and Comparative Law Journal* 14(2000) : 264.

⁴Jodi Horowitz, "Comment : Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violations," : 494.

ล้วนแต่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนทั้งสิ้น⁵ นอกจากนั้นแล้ว *DINA* ยังมีภารกิจในทางระหว่างประเทศด้วย ซึ่งก็คือการร่วมมือกับประเทศในแถบทวีปอเมริกาใต้และองค์กรอาชญากรรมอื่นๆ ภายใต้ภารกิจที่มีชื่อว่า “*Operation Conder*”⁶ เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลและระงับภัยซึ่งกันและกันในการต่อต้านและโค่นล้มลัทธิคอมมิวนิสต์⁷ *DINA* มีสาขาอยู่ในหลายประเทศและได้กระทำการอาชญากรรมระหว่างประเทศดังที่ปรากฏให้เห็นหลายเหตุการณ์ทั่วโลก* ต่อมาในปี ค.ศ.1977

⁵วิธีการที่ *DINA* ใช้กระทำต่อนักโทษก็คือ การจับนักโทษมัดกับเตียงเหล็กและปล่อยกระแสไฟฟ้าไปยังหน้าอก ลึน อวัยวะสืบพันธุ์ เป็นเวลานาน 2 ชั่วโมงติดต่อกัน, การนำตัวนักโทษแชลงในน้ำปัสสาวะหรือสิ่งปฏิกูลหรือน้ำมันจนทำให้นักโทษสลบไปชั่วคราว, การใช้กระแสไฟฟ้าช็อตนักโทษ, การขบยานพาหนะทับมือและเท้าของนักโทษ, การทุบตีบริเวณศีรษะ รักแร้ ขาหนีบ จนเป็นเหตุให้นักโทษวิกลจริต, การข่มขืนกระทำชำเราซึ่งรวมถึงการข่มขืนกระทำชำเราโดยสัตว์ที่ได้รับการฝึกมาเป็นพิเศษ, การบังคับให้กินอาเจียน เป็นต้น ดูรายละเอียดใน UN Report of ECOSOC Ad hoc Working Group to the General Assembly in Frances Webber, “The Pinochet Case: The Struggle for the Realization of Human Rights,” :526.

⁶ประเทศในแถบอเมริกาใต้ที่ให้ความร่วมมือกับประเทศชิลีในการปฏิบัติภารกิจ “*Operation Conder*” คือประเทศอาร์เจนตินา, โบลิเวีย, บราซิล, ปารากวัย, อุรุกวัย และนอกจากนั้นแล้วยังมีองค์กรอาชญากรรมอีกหลายองค์กรที่ให้ความร่วมมือกับปฏิบัติการนี้คือ *SIDE* อาร์เจนตินา, พวกหัวรุนแรงชาวคิวบา, *Argentinian Triple A* และ *The French Corsica Brotherhood* ดูรายละเอียดใน Frances Webber, “The Pinochet Case: The Struggle for the Realization of Human Rights,” :526.; Margarita Lacabe, “The Criminal Procedure Against Chilean and Argentinean Repressors in Spain.” *Derecho Human Rights Reports*, 7 November 1998 (<http://www.derechos.net/papers/spain.html>), February 1999.

⁷ดูรายละเอียดใน Gibert Sison, “A King No More: The Impact of the Pinochet Decision on the Doctrine of Head of State Immunity,” *Washington University Law Quarterly* 78 (2000) : 1589-1590.

* เช่นการลักพาตัวนาย *William Beausive* จากประเทศอาร์เจนตินาไปยังประเทศชิลี ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1974, การลอบสังหารพลเอก *Prats* และภริยา ที่กรุงบัวโนสไอเรส ในเดือนกันยายน ค.ศ.1974, การลอบสังหาร *Bernado Leighon* ผู้ก่อตั้งพรรคคริสเตียนประชาธิปไตยที่กรุงโรม ในเดือนตุลาคม ค.ศ.1975 และการสังหารนาย *Orlando Letelier* และนาย *Ronnie Moffill* ที่กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. ในเดือนกันยายน ค.ศ.1976 เป็นต้น

DINA ได้ถูกยกเลิกไปและได้มีการตั้ง *The International Center for Information (CNI)* ขึ้นมาแทนที่ แต่ *CNI* นี้ก็ยังคงมีภารกิจและหน้าที่ในทำนองเดียวกับ *DINA* อยู่นั่นเอง

ในระหว่างที่พลเอกปิโนเชต์ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีอยู่นั้นได้มีการออกกฎหมายคือ พระราชกฤษฎีกาที่ 2191 (*Decree Law No.2191*) หรือที่เรียกว่าพระราชกฤษฎีกานิโรโทษกรรมแห่งชาติขึ้นเมื่อวันที่ 19 เมษายน ค.ศ.1978 เพื่อนิโรโทษกรรมให้แก่ตัวพลเอกปิโนเชต์เอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนปัจเจกชนที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้นในช่วงเดือนกันยายน ค.ศ.1973 ถึง เดือนมีนาคม ค.ศ.1978 ซึ่งการตราพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ส่งผลให้พลเอกปิโนเชต์เจ้าหน้าที่ของรัฐและปัจเจกชนที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในช่วงเวลานั้น รอดพ้นจากการดำเนินคดีโดยศาลภายในของประเทศชิลี ในเวลาต่อมาเมื่อถึงการวาระการเลือกตั้งครั้งใหม่ พลเอกปิโนเชต์ได้รับเสียงสนับสนุนลดลงและพ่ายแพ้การเลือกตั้ง ส่งผลให้เขาพ้นจากตำแหน่งประธานาธิบดีเมื่อวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ.1998 แต่ถัดจากนั้นเพียง 1 วัน พลเอกปิโนเชต์ก็ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นวุฒิสมาชิกตลอดชีพ (*Seneter for life*) ตามที่รัฐธรรมนูญซึ่งตัวเขาเองได้บัญญัติขึ้นในปี ค.ศ.1980

ภายหลังจากที่พลเอกปิโนเชต์พ้นจากตำแหน่งประธานาธิบดีแล้ว ได้มีความพยายามเกิดขึ้นในหลายประเทศในการที่จะดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ สำหรับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ได้กระทำขึ้นในขณะที่ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของประเทศชิลีอยู่ ซึ่งประเทศทั้งหลายเหล่านั้นได้แก่ เบลเยียม, เนเธอร์แลนด์, เดนมาร์กและสเปน เป็นต้น

1.1 การดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเชต์ ในสหราชอาณาจักร

การดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ในศาลสหราชอาณาจักรนี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ *Baltasar Garzon* ผู้พิพากษาศาลแขวงในประเทศสเปนได้ทำการสอบสวนข้อกล่าวหาที่เกี่ยวข้องกับการเสียชีวิตของพลเรือนชาวสเปน ในช่วงเวลาที่พลเอกปิโนเชต์ครองอำนาจทางการเมืองอยู่ตามคำร้องทุกข์ของกลุ่มมนุษยชนของอาร์เจนตินา, กลุ่มฝ่ายซ้ายทางการเมืองของประเทศสเปน (*Izquierda Unida*) และสมาคมอัยการอิสระ (*Union Progresista de Fiscales*) ซึ่งได้ร้องขอให้ศาลของประเทศสเปนใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลเหนืออาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และการก่อการร้ายที่เกิดขึ้นในประเทศอาร์เจนตินาในช่วง ค.ศ.1976 ถึง ค.ศ.1983 ซึ่งในคำร้องขอนี้ได้ปรากฏคำร้องของชาวชิลีเกี่ยวกับปฏิบัติการ *Operation Condor* ซึ่งทำให้ชาวชิลีที่อาศัยอยู่ในประเทศอาร์เจนตินาถูกฆาตกรรมไปเป็นจำนวนมาก ผู้พิพากษา *Garzon* ได้พิจารณาคำร้องทั้ง

หมดแล้วมีความเห็นว่าศาลของประเทศสเปนมีดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลในการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ได้ และได้เริ่มการสอบสวนคดีเรื่อยมาตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ.1998⁸ ประกอบกับวันที่ 21 กันยายน ค.ศ.1998 พลเอกปิโนเชต์ได้เดินทางไปรับการรักษาทางการแพทย์ ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ผู้พิพากษา Garzon จึงได้ออกหมายจับระหว่างประเทศ (*international warrant of arrest*) ฉบับที่ 1 เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ.1998 ร้องขอให้รัฐบาลสหราชอาณาจักรดำเนินการจับกุมตัวพลเอกปิโนเชต์และส่งตัวข้ามแดนไปดำเนินคดีในประเทศสเปนตามอนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนของยุโรป ค.ศ.1957 โดยในหมายจับระหว่างประเทศฉบับนี้ได้ระบุข้อกล่าวไว้ว่า ในระหว่างวันที่ 11 กันยายน ค.ศ.1973 ถึง 31 ธันวาคม ค.ศ.1988 พลเอกปิโนเชต์ได้กระทำการฆาตกรรมพลเมืองสเปนในประเทศชิลีซึ่งอยู่ในดุลอำนาจของรัฐบาลสเปน และต่อมาในวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ.1998 ศาลของประเทศสเปนได้ออกหมายจับระหว่างประเทศฉบับที่ 2 โดยระบุข้อกล่าวหาว่าพลเอกปิโนเชต์ได้กระทำการทรมาน, สมคบกันกระทำการทรมาน, จับคนเป็นตัวประกัน, สมคบกันจับคนเป็นตัวประกัน และสมคบกันกระทำการฆาตกรรมในประเทศในสหภาพยุโรป⁹

เมื่อเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองของสหราชอาณาจักรได้รับหมายจับระหว่างประเทศฉบับที่ 1 จากศาลประเทศสเปนแล้ว ก็ได้ทำการออกหมายจับเฉพาะกาล (*provisional warrant*) ฉบับที่ 1 เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ.1998 โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน (*Extradition Act 1989*) มาตรา 8(1)(b)¹⁰ ระบุข้อกล่าวหาตามหมายจับระหว่าง

⁸Bernard H. Oxman, "International Decision: In Re Pinochet: Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session). Case 19/97, Nov.4, 1998; 1/98, Nov.5, 1998," *American Journal of international Law* (1999) : 690.

⁹Rosanna Van Alebeek, "The Pinochet Case: International Human Rights Law on Trial," *The British Year Book of International Law* 25(2001) : 29.

¹⁰พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 ของสหราชอาณาจักร มาตรา 8(1) บัญญัติว่า

"(1) For the purposes of this Part of this Act a warrant for the arrest of a person may be issued –

- (a) on receipt of an authority to proceed—
 - (i) by the [Senior District Judge (Chief Magistrate) or another District Judge (Magistrates' Courts) designated by him],
 - (ii) by the sheriff of Lothian and Borders;

ประเทศฉบับที่ 1 และดำเนินการจับกุมพลเอกปิโนเช่ตามหมายจับเฉพาะกาลในวันเดียวกันนั่นเอง และเมื่อศาลประเทศสเปนได้ออกหมายจับระหว่างประเทศฉบับที่ 2 เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองของสหราชอาณาจักรได้ออกหมายจับเฉพาะกาลฉบับที่ 2 เมื่อวันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ.1998 โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 มาตรา 8(1)(b) ระบุข้อกล่าวหาเช่นเดียวกับที่ระบุไว้ในหมายจับระหว่างประเทศฉบับที่ 2 และดำเนินการจับกุมพลเอกปิโนเช่ตามหมายจับเฉพาะกาลฉบับที่ 2 ในวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ.1998 และได้มีการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ เพื่อพิจารณาว่าสหราชอาณาจักรจะต้องดำเนินการส่งตัวพลเอกปิโนเช่ไปดำเนินคดีในศาลของประเทศสเปนตามคำร้องขอหรือไม่

1.1.1 Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet Ugarte

การพิจารณาคดีกับพลเอกปิโนเช่ในสหราชอาณาจักรเริ่มต้นขึ้นโดยการพิจารณาคดีโดยศาลสูงของประเทศอังกฤษ* (*High Court of Justice*) โดยมีประเด็นที่วินิจฉัยคือ¹¹

(b) without such an authority—

(i) ...

(ii) by a justice of the peace in any part of the United Kingdom; and

(iii) in Scotland, by a sheriff,

upon information that the said person in or is believed to be in or on his way to the United Kingdom;

and any warrant issued by virtue of paragraph (b) above is in this Act referred to as a “provisional warrant.”

* ศาลสูงของประเทศอังกฤษ (*High Court of Justice*) มีลำดับชั้นเทียบเท่ากับศาลชั้นต้นของประเทศไทย ซึ่งองค์คณะผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนี้ประกอบด้วยผู้พิพากษา 3 คน คือ *Lord Bingham CJ, Collins และ Richards JJ.*

¹¹“Case Notes : R v. Evans and Bartle; Ex Parte Augusto Pinochet Ugarte, R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate; Ex Parte Pinochet Ugarte, R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate; Ex Parte Pinochet Ugarte (No.2), R. v. Bow

ก. ความผิดที่ระบุไว้ตามหมายจับระหว่างประเทศเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้หรือไม่

ศาลสูงของประเทศอังกฤษได้ทำการวินิจฉัยในประเด็นนี้โดยอาศัยพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 นี้ได้ระบุถึงลักษณะของความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ใน มาตรา 2 ว่าความผิดที่จะสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

1. เป็นความผิดที่ถูกกระทำขึ้นในดินแดนของรัฐผู้ร้องขอ ซึ่งหากเกิดขึ้นในสหราชอาณาจักรแล้วถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายสหราชอาณาจักร โดยความผิดนั้นต้องสามารถลงโทษจำคุกได้อย่างน้อย 12 เดือน หรือ

2. เป็นความผิดที่เกิดขึ้นนอกดินแดนของรัฐผู้ร้องขอและเป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอ ซึ่งถ้าเกิดขึ้นภายนอกดินแดนของสหราชอาณาจักรแล้ว ถือเป็นการกระทำที่สามารถลงโทษได้ในสหราชอาณาจักร โดยต้องสามารถลงโทษจำคุกได้อย่างน้อย 12 เดือน หรือ

3. เป็นความผิดที่เกิดขึ้นนอกดินแดนรัฐผู้ร้องขอ แต่รัฐผู้ร้องขอสามารถอ้างดุลอำนาจได้โดยอาศัยหลักสัญชาติของผู้กระทำความผิด และถ้าการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นในสหราชอาณาจักรแล้ว ถือเป็นการกระทำความผิดอาญา โดยต้องสามารถลงโทษจำคุกได้อย่างน้อย 12 เดือน¹²

Street Metropolitan Stipendiary Magistrate; Ex Parte Pinochet Ugarte (No.3) Melbourne University Law Review 23(1999) : 513-515.

¹²พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 ของสหราชอาณาจักร มาตรา 2 บัญญัติว่า
“2-(1) In this Act, except in Schedule 1, “extradition crime” means—

- (a) conduct in the territory of a foreign state, a designated Commonwealth country, [a colony or the Hong Kong Special Administrative Region] which, if it occurred in the United Kingdom, would constitute an offence punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment, and which, however described in the law of foreign state, Commonwealth country [or

เกี่ยวกับประเด็นนี้ *Lord Bingham* ผู้พิพากษาท่านหนึ่งในศาลสูงของสหราชอาณาจักรได้วินิจฉัยว่า ตามหมายจับระหว่างประเทศฉบับที่ 1 ซึ่งได้ระบุข้อกล่าวหาว่าพลเอกปิโนเชื้มีความรับผิดชอบต่อการกระทำการฆาตกรรมพลเมืองสเปนในประเทศชิลี เมื่อพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 มาตรา 2 ที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการกระทำความผิดที่ถูกล่ามหนำนั้นมิได้เกิดขึ้นในดินแดนของประเทศสเปนซึ่งเป็นรัฐผู้ร้องขอ และมีได้เป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นภายนอกสหราชอาณาจักรซึ่งสหราชอาณาจักรสามารถลงโทษได้ตามกฎหมายของสหราชอาณาจักร เนื่องจากการฆาตกรรมพลเมืองชาวอังกฤษโดยพลเมืองที่ไม่ใช่ชาวอังกฤษ เป็นการกระทำความผิดที่สหราชอาณาจักรไม่สามารถอ้างดุลอาณาของรัฐเหนือ

colony or of the Hong Kong Special Administrative Region], is so punishable under that law;

- (b) an extra-territorial offence against the law of the foreign state, designated Commonwealth country or colony, [or of the Hong Kong Special Administrative Region], which is punishable under that law with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment, and which satisfies—
 - (i) the condition specified in subsection (2) below; or
 - (ii) all the conditions specified in subsection (3) below.

(2) the condition mentioned in subsection (1)(b)(i) above is that in corresponding circumstances equivalent conduct would constitute an extra-territorial offence against the law of the United Kingdom punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment.

(3) the condition mentioned in subsection (1)(b)(ii) above are—

- (a) that the foreign state, Commonwealth country [or colony or of the Hong Kong Special Administrative Region] bases its jurisdiction on the nationality of the offender,
- (b) that the conduct constituting the offence occurred outside the United Kingdom; and
- (c) that, if it occurred in the United Kingdom, it would constitute an offence under the law of the United Kingdom punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment.”

การกระทำความผิดนั้นได้ ดังนั้นการกล่าวอ้างดุลอาณานของประเทศสเปนจึงมิได้ขึ้นอยู่กับความเป็นพลเมืองของผู้กระทำความผิด หากแต่ขึ้นอยู่กับสัญชาติของเหยื่อหรือผู้ถูกกระทำความผิดด้วยเหตุนี้ความผิดที่ระบุในหมายจับเฉพาะกาลฉบับที่ 1 จึงไม่ตกอยู่ใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 มาตรา 2 มิใช่ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามคำร้องขอได้

กรณีของหมายจับเฉพาะกาลฉบับที่ 2 นั้น ได้ระบุข้อกล่าวหาพลเอกปิโนเชร์ว่า ได้กระทำความผิดดังต่อไปนี้ คือ

- (1) การทรมาน—ในระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1988 ถึงธันวาคม ค.ศ.1992 ขณะจำเลยดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ทำการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นผลให้บุคคลอื่นได้รับความเจ็บปวดทรมานจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการของตนโดยเจตนา
- (2) สมคบกันทรมาน—ในระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1988 ถึง 31 ธันวาคม ค.ศ.1992 จำเลยในขณะดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐได้สมคบกับบุคคลไม่ทราบชื่อ กระทำการอันเป็นการเจตนาให้บุคคลอื่นได้รับความเจ็บปวดทรมานจากการปฏิบัติตามหน้าที่ราชการของตนโดยเจตนา
- (3) จับคนเป็นตัวประกัน--ในระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1982 ถึง 31 ธันวาคม ค.ศ.1992 จำเลยทำการกักขังและสมคบกับบุคคลไม่ทราบชื่อสั่งการให้บุคคลอื่นและบังคับให้บุคคลนั้น กระทำการตามคำสั่งโดยให้กระทำการหรือละเว้นการกระทำการ, คุกคามโดยการฆ่า, ทำให้บาดเจ็บ หรือให้ทำการจับกุมบุคคลเป็นตัวประกัน
- (4) สมคบกันจับคนเป็นตัวประกัน--ในระหว่างเดือนมกราคม ค.ศ.1982 ถึงเดือนธันวาคม ค.ศ.1992 จำเลยได้สมคบกับบุคคลไม่ทราบชื่อ กระทำการฆาตกรรมในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน
- (5) ฆาตกรรม--ในระหว่างเดือนมกราคม ค.ศ.1976 ถึงเดือนธันวาคม ค.ศ.1992 จำเลยได้สมคบกับบุคคลไม่ทราบชื่อกระทำการฆาตกรรมในประเทศซึ่งเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ซึ่งจากข้อกล่าวหาทั้งหลายเหล่านี้ทนายความของพลเอกปิโนเช่ได้ทำการโต้แย้งว่า ความผิดหลายความผิดที่ระบุไว้ในหมายจับเฉพาะกาลฉบับที่ 2 นี้ ไม่ได้เป็นความผิดภายใต้ กฎหมายของสหราชอาณาจักรในเวลาที่การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้น จึงมิใช่ความผิดที่สามารถ ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ซึ่งในประเด็นนี้ไม่ได้รับการวินิจฉัยจากศาลสูงของสหราชอาณาจักร เนื่องจาก *Lord Bingham* มีความเห็นว่าเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาเมื่อมีการดำเนินกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอยู่แล้ว จึงวินิจฉัยแต่เพียงว่าความผิดที่ระบุไว้ในหมายจับระหว่างประเทศฉบับที่ 2 นี้ เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้เท่านั้น

ข. พลเอกออกุสโต ปิโนเช่ สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐเพื่อพ้นจากการพิจารณาคดีของศาลสหราชอาณาจักรได้หรือไม่

ในประเด็นนี้ทนายความของพลเอกปิโนเช่ได้โต้แย้งไว้ว่า เนื่องจากการกระทำความผิดที่ถูกกล่าวหาเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในช่วงที่พลเอกปิโนเช่ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของประเทศชิลี ดังนั้นพลเอกปิโนเช่จึงได้รับความคุ้มกันจากการพิจารณาคดีของสหราชอาณาจักรในการกระทำดังกล่าว ศาลสูงของสหราชอาณาจักรได้วินิจฉัยประเด็นนี้โดยใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1979 (*State Immunity Act 1979*) และพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิทางการทูต ค.ศ.1964 (*Diplomatic Privileges Act 1964*) เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าพลเอกปิโนเช่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนในฐานะผู้นำรัฐได้หรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติของพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับที่นำมาใช้ในการพิจารณามีดังต่อไปนี้ คือ

พระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1978 มาตรา 1 ระบุให้รัฐต่างประเทศ ได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของศาลสหราชอาณาจักร เว้นแต่เป็นกรณีที่ยกเว้นไว้ในพระราชบัญญัติ¹³

¹³พระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1979 มาตรา 1 ของสหราชอาณาจักรบัญญัติไว้ว่า

“1. (1) A State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this Part of this Act.

(2) A court shall give effect to the immunity conferred by this section even though the State does not appear in the proceedings in question.”

พระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1979 มาตรา 14(1) ระบุให้ความคุ้มกันของรัฐนี้ขยายออกไปยังอธิปัตย์หรือผู้นำรัฐอื่นในการปฏิบัติหน้าที่ราชการและส่วนราชการของรัฐต่างประเทศอื่นด้วย¹⁴

พระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1979 มาตรา 20(1) ระบุให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิทางการทูต ค.ศ.1964 ของสหราชอาณาจักร มาใช้บังคับกับกรณีของผู้นำรัฐด้วย¹⁵ ซึ่งการที่มาตรา 20(1) บัญญัติไว้เช่นนี้เป็นผลให้ต้องนำเอาบท

¹⁴พระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1979 มาตรา 14(1) ของสหราชอาณาจักร บัญญัติไว้ว่า

“14. (1) The immunities and privileges conferred by this part of this Act apply to any foreign or commonwealth State other the United Kingdom; and references to a State include references to:

- (a) the sovereign or other head of that State in his public capacity;
- (b) the government of that State and;
- (c) any department of that government,

but not to any entity (hereafter referred to as a “separate entity”) which is distinct from the executive organs of the government of the State and capable of suing or being sued.”

*พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิทางการทูต ค.ศ.1964 นี้ เป็นกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักรซึ่งอนุวัติการตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต เพื่อให้อนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับมีผลบังคับใช้ในสหราชอาณาจักร และพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 24 เมษายน ค.ศ.1964

¹⁵พระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1979 มาตรา 20(1) ของสหราชอาณาจักร บัญญัติไว้ว่า

“20. (1) Subject to the provisions of this section and to any to any necessary modifications, the Diplomatic Privileges Act 1964 shall apply to:

- (a) a sovereign or other head of State;
- (b) members of his family forming part of his household; and
- (c) his private servants,

บัญญัติแห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้แทนทางการทูตและความคุ้มกันของผู้แทนทางการทูตไว้ในมาตรา 29 และ 39 มาใช้พิจารณาในกรณีนี้ด้วย

อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 มาตรา 29 ได้บัญญัติว่า “ตัวบุคคลของผู้แทนทางการทูตจะถูกละเมิดมิได้ ผู้แทนทางการทูตจะไม่ถูกจับกุมคุมขังในรูปใด รัฐผู้รับจะปฏิบัติต่อผู้แทนทางการทูตด้วยความเคารพตามสมควร และจะดำเนินการที่เหมาะสมทั้งหมดที่จะป้องกันการประทุษร้ายใดๆ ต่อตัวบุคคล เสรีภาพ หรือเกียรติของผู้แทนทางการทูต¹⁶

อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 มาตรา 39 ได้บัญญัติว่า

“1. บุคคลทุกคนที่มีสิทธิจะได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกัน จะได้อุปโภคเอกสิทธิ์และความคุ้มกันนั้น ตั้งแต่ขณะที่บุคคลนั้นเข้ามาในอาณาเขตของรัฐผู้รับในการเดินทางไปรับตำแหน่งของตน หรือถ้าอยู่ในอาณาเขตของรัฐผู้รับแล้วตั้งแต่ที่ได้บอกกล่าวการแต่งตั้งของตนต่อกระทรวงการต่างประเทศ หรือต่อกระทรวงอื่นเช่นที่อาจตกลงกัน

2. เมื่อการหน้าที่ของบุคคลซึ่งอุปโภคเอกสิทธิ์และความคุ้มกันยุติลง เอกสิทธิ์และความคุ้มกันเช่นว่า ตามปกติจะสิ้นสุดลงขณะที่บุคคลนั้นออกไปจากประเทศ หรือเมื่อสิ้นกำหนดระยะเวลาอันสมควรที่จะทำเช่นนั้น แต่จะยังมีเอกสิทธิ์และความคุ้มกันอยู่จนกระทั่งถึงเวลานั้น แม้ในกรณีของการขัดกันด้วยอาวุธ อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำที่ได้ปฏิบัติไปโดยบุคคล เช่นว่านั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนในฐานะเป็นบุคคลในคณะผู้แทนความคุ้มกันเช่นนั้นให้มีอยู่สืบไป

3. ...

as it applies to the head of a diplomatic mission, to members of his family forming part of his household and to his private servants.”

¹⁶อนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 มาตรา 29 บัญญัติว่า

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

4. ...”¹⁷

Lord Bingham ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ไว้ว่า เหตุผลมูลฐานของความคุ้มกันของรัฐก็คือ กฎเกณฑ์ของมิตรภาพระหว่างประเทศซึ่งห้ามรัฐอธิปไตยหนึ่งพิจารณาตัดสินการกระทำของรัฐอธิปไตยอีกรัฐหนึ่ง และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 29 และ 39 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 แล้วจะเห็นได้ชัดเจนว่าความคุ้มกันของอดีตผู้นำรัฐเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นในขณะดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐนั้น ไม่ว่าจะการกระทำความผิดอาญานั้นจะเป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรงหรือไม่เป็นไปตามแนวปฏิบัติของประชาธิปไตยก็ตาม ก็ไม่ทำให้การกระทำนั้นอยู่นอกเหนือขอบเขตของความคุ้มกันที่ให้แก่ผู้นำรัฐตามกฎหมายอังกฤษ¹⁸

Collins ผู้พิพากษาอีกคนหนึ่งได้วินิจฉัยในประเด็นเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐไว้ว่า ผู้นำรัฐได้รับความคุ้มกันอย่างสมบูรณ์ในขณะที่ยังดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ และต่อมามีภายหลังความคุ้มกันของผู้นำรัฐจะจำกัดอยู่เพียงแต่การกระทำที่กระทำขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้นำ

¹⁷ อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 มาตรา 39 บัญญัติไว้ว่า

“ 1. Every person entitled to privileges and immunities shall enjoy them from the moment he enters the territory of the receiving State on proceeding to take up his post or, if already in its territory, from the moment when his appointment is notified to the Ministry for Foreign Affairs or such other ministry as may be agreed.

2. When the functions of a person enjoying privileges and immunities have come to an end, such privileges and immunities shall normal cease at the moment when he leaves the country, or on expiry of reasonable period in which to do so, but shall subsist until that time, even in case of arm conflict, However, with respect to acts performed by such a person in the exercise of his functions as a member of the mission, immunity shall continue to subsist.

3. ...

4. ...”

¹⁸ David Turns, “Pinochet’s fallout : jurisdiction and immunity for criminal violations of international law,” *Legal Studies* 20(2000) : 524-525.

รัฐเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อกล่าวหาที่ระบุมาทั้งหมดนั้นก็ไม่น่าพบว่ามีกระทำความผิดฐานใด ที่ลักษณะของการกระทำนั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง¹⁹

ดังนั้นศาลสูงของสหราชอาณาจักรจึงมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ.1998 ว่า พลเอกปีโนเชต์ได้รับความคุ้มครองจากการพิจารณาคดีของศาลสหราชอาณาจักร และให้เพิกถอนหมายจับเฉพาะกาลทั้ง 2 ฉบับ และต่อมาได้มีการอุทธรณ์คำพิพากษาคดีต่อศาลฎีกาของสหราชอาณาจักร (สภาขุนนาง/ *House of Lords*) เฉพาะความผิดที่ระบุไว้ในหมายจับเฉพาะกาลฉบับที่ 2 เท่านั้น

1.1.2 Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others; Ex Parte Pinochet Ugarte (No.1)²⁰

เมื่อมีการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลสูงในประเด็นเกี่ยวกับความผิดตามหมายจับฉบับที่ 2 ต่อศาลฎีกาอังกฤษแล้ว ศาลฎีกาอังกฤษได้ทำการพิจารณาคดีโดยมีผู้พิพากษา 5 คน เป็นองค์คณะในการพิจารณา และได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 กลับคำพิพากษาของศาลสูงด้วยคะแนนเสียง 3:2 เสียง** โดยพิพากษาว่าพลเอกปีโนเชต์ไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มครองในการกระทำความผิดตามที่ถูกล่ามโซ่ได้ ซึ่งประเด็นที่ทำการวินิจฉัยในคดีนี้คงมีแต่เพียงว่าความคุ้มครองของผู้นำรัฐมีข้อจำกัดหรือไม่ และหลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มครองของผู้นำรัฐมีการนำมาปรับใช้อย่างไรตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ โดยมีได้มีการวินิจฉัยว่าความผิดที่ระบุไว้ในหมายจับเฉพาะกาลฉบับที่ 2 นั้น เป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้หรือไม่

¹⁹ Ibid.

²⁰ Her Majesty's Stationery Office, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others; Ex Parte Pinochet Ugarte
http://www.parliament.uk/cgi_bin/dialogserverTSO, 11 July, 1999.

* องค์คณะผู้พิพากษาประกอบด้วย *Lord Slynn of Hadley, Lord Lloyd of Berwick, Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn* และ *Lord Hoffmann*

** ผู้พิพากษาที่มีความเห็นเป็นฝ่ายเสียงข้างมากคือ *Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn* และ *Lord Hoffmann* ผู้พิพากษาที่มีความเห็นเป็นฝ่ายเสียงข้างน้อยคือ *Lord Slynn of Hadley, Lord Lloyd of Berwick*

Lord Slynn of Hadley ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยท่านหนึ่งได้วินิจฉัยคดีเห็นพ้องกับความเห็นของ *Lord Bingham* โดย *Lord Slynn of Hadley* ได้ให้ความเห็นว่าผู้นำรัฐนั้นสามารถกระทำการใดๆ ที่เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หากเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการของตน แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏให้เห็นว่าการกระทำที่ถูกกล่าวหาจะได้รับการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่การยอมรับนั้นก็มิได้หมายความว่าศาลของรัฐทุกรัฐในสังคมระหว่างประเทศจะสามารถใช้ดุลอำนาจในการพิจารณาการกระทำผิดนั้นได้ เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้วความคุ้มกันของผู้นำรัฐซึ่งรัฐต่างๆ ให้การยอมรับในฐานะที่เป็นหนึ่งของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ก็จะถูกพรากไปโดยกฎหมายระหว่างประเทศเอง นอกจากนั้นแล้วยังไม่มีการยอมรับอย่างเป็นทางการจากรัฐต่างๆว่า ศาลภายในของรัฐสามารถใช้ดุลอำนาจของตนตามหลักสากลในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายระหว่างประเทศได้ ประกอบกับยังไม่มีกฎเกณฑ์สากลใดมากำหนดว่า การกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านั้นอยู่ภายนอกขอบเขตความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณี (*immunity ratione materiae*) จริงอยู่ที่อาชญากรรมระหว่างประเทศบางประเภทสามารถจำกัดความคุ้มกันของผู้นำรัฐได้ แต่ความผิดที่พลเอกปิโนเช่ถูกกล่าวหา นั้น เป็นความผิดที่มีการให้คำจำกัดความอย่างชัดแจ้งไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าอนุสัญญาระหว่างประเทศเหล่านั้นได้บัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐไว้หรือไม่เพียงใด และประการสำคัญที่สุดคืออนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อกล่าวหา ก็คือ อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948, อนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 และอนุสัญญาว่าด้วยการจับเป็นตัวประกัน ค.ศ.1982

ตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 นั้น ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลระหว่างประเทศหรือรัฐที่การกระทำผิดเกิดขึ้นในดินแดนของตนเท่านั้นที่สามารถใช้ดุลอำนาจในการพิจารณาคดีได้²¹ และแม้ว่าอนุสัญญาดังกล่าวฉบับนี้จะไม่มีบท

²¹ อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 มาตรา 6 บัญญัติว่า

“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.”

บัญญัติขัดแย้งเกี่ยวกับการไม่ยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐเอาไว้ก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้ในพิจารณาคดีได้เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้ไม่มีผลใช้บังคับในสหราชอาณาจักร

สำหรับอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 นั้น แม้ว่าจะมีการกำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าการกระทำในหน้าที่ราชการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากความรับผิดชอบได้ และกำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นคนชาติใดและการกระทำจะเกิดขึ้นที่ใด แต่หากรัฐภาคีไม่ประสงค์จะดำเนินคดีแล้วก็ต้องดำเนินการส่งตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นไปยังรัฐภาคีอื่นที่ประสงค์จะลงโทษ²²ไว้ก็ตาม แต่ในอนุสัญญาก็มิได้มีข้อกำหนดประการใดเกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐเอาไว้เลย ด้วยเหตุนี้จึงไม่สามารถตีความได้ว่าการกระทำทรมานถือเป็นการยกเว้นความคุ้มกันของผู้นำรัฐ เช่นเดียวกับอนุสัญญาว่าด้วยการจับเป็นตัวประกัน

นอกจากนั้นแล้วการที่บทบัญญัติของศาลระหว่างประเทศทั้งหลายที่ให้อำนาจศาลระหว่างประเทศเหล่านั้นในการใช้ดุลอำนาจของตนในการพิจารณาคดี ก็มีลักษณะจำกัดอยู่เพียงเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเท่านั้น ไม่สามารถขยายไปถึงอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นนอกเหนือขอบเขตของธรรมนูญศาลได้ ดังนั้นการที่ศาลภายในของรัฐจะสามารถพิจารณาคดีนั้นได้หรือไม่ จึงต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งด้วย

Lord Lloyd of Berwick วิเคราะห์ไปในแนวทางเดียวกับ *Lord Slynn of Hadley* ว่าการกระทำของผู้นำรัฐสามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือการกระทำในฐานะส่วนตัว (*personal or private act*) และการกระทำในฐานะอธิปัตย์ (*official or public act*) แต่เนื่องจากพลเอกปีโนเซตตีได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้นด้วยตนเอง แต่เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่ของ *DINA* ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่าพลเอกปีโนเซตตีได้กระทำความผิดที่ถูกกล่าวหาในการปฏิบัติหน้าที่ราชการมิใช่การกระทำในฐานะส่วนตัว และยังได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของพนักงานอัยการที่ว่าความร้ายแรงของอาชญากรรมบางประเภทอย่างเช่นอาชญากรรมในคดีนี้สร้างข้อยกเว้นของความคุ้มกัน และ *Lord Lloyd of Berwick* ได้วินิจฉัยด้วยว่าในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานมิได้มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงความคุ้มกันของผู้นำรัฐ และยังโต้แย้งด้วยว่าบทบัญญัติที่ปฏิเสธความคุ้มกันของผู้นำรัฐอย่างชัดแจ้งค้นพบอยู่แต่เพียงในธรรมนูญที่จัดตั้งศาลระหว่างประเทศเป็นหลักฐานสำคัญในประเด็นที่ว่าผู้นำรัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของ

²²ดูรายละเอียดในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 มาตรา 5,7 และ 8

ตนต่อศาลภายในของรัฐต่างๆได้ และให้ความเห็นไว้อีกด้วยว่าความคุ้มกันของผู้นำรัฐจะต้องถูกยกเลิกหรือถูกลดอย่างชัดแจ้งโดยรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้นำรัฐเท่านั้น

นอกจากนั้นแล้วประเด็นที่สำคัญประการหนึ่งที่เป็นรากฐานสำคัญในการพิจารณาคดีกับพลเอกปิโนเช่ก็คือ หลักเรื่องการกระทำของรัฐ* (*act of state doctrine*) ซึ่งเป็นการยืนยันว่าการกระทำของบุคคลใดที่กระทำขึ้นภายในดินแดนของตนเอง เพื่อเป็นการแสดงออกซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามอำนาจของผู้นำรัฐ ถือเป็น การกระทำของรัฐต่างประเทศอื่น การกระทำนั้นจึงไม่ตกอยู่ใต้ดุลอาณาของศาลภายในของรัฐหนึ่ง ซึ่งในประเด็นนี้ *Lord Lloyd of Berwick* ได้วินิจฉัยว่าหากศาลของอังกฤษอนุญาตให้มีการดำเนินกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ก็เท่ากับว่าศาลของอังกฤษไม่คำนึงถึงพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแห่งชาติ ค.ศ. 1978 ของประเทศชิลี และทำลายคำวินิจฉัยของศาลฎีกาของประเทศชิลีในการปรับใช้กฎหมาย การดำเนินกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่ตกอยู่ในอำนาจของศาลอังกฤษที่จะพิจารณา และหากยินยอมให้มีการส่งตัวพลเอกปิโนเช่ได้ก็เท่ากับว่าศาลของประเทศอังกฤษดำเนินการอันเป็นการก้าวก่ายกิจการภายในของประเทศชิลี

ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยในคดีนี้ได้วินิจฉัยคดีโดยปฏิเสธข้อโต้แย้งของพนักงานอัยการที่ว่า หน้าที่ราชการของผู้นำรัฐนั้นอยู่ในความหมายของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 มาตรา 39 ซึ่งถูกกำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่รวมถึงการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่น การทรมาน การก่อการร้าย หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยมองว่าผู้นำรัฐสามารถที่จะเกี่ยวข้องกับการกระทำซึ่งเป็นการผิดกฎหมายอันเกี่ยวเนื่องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ และสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันสำหรับการกระทำนั้นได้แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศก็ตาม

* เมื่อผู้นำรัฐถูกฟ้องคดีในการกระทำตามหน้าที่ราชการนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณา 2 ประเด็นคือ ประเด็นว่าผู้นำรัฐได้รับความคุ้มกันสำหรับการกระทำนั้นหรือไม่ อีกประเด็นหนึ่งคือการกระทำที่ผู้นำรัฐได้กระทำขึ้นนั้นถือเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ ซึ่งทั้งสองประเด็นมีลักษณะใกล้เคียงกันมาก หลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำของรัฐนี้ในสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “*act of state*” ในขณะที่ในประเทศอังกฤษใช้คำว่า “*judicial restraint or non-jurisdictional*” หลักในเรื่องการกระทำของรัฐนี้ไม่เพียงแต่จะเป็นการกระทำที่ได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น แต่เป็นการกระทำที่รัฐทั้งหลายต่างยอมรับว่าหากพิจารณาได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐต่างประเทศแล้ว ศาลภายในของรัฐไม่สามารถดำเนินกระบวนการทางศาลตามกฎหมายภายในของรัฐได้เลย

ผู้พิพากษาเสียงข้างมากได้พิจารณาคดีแล้ววินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้วางกฎเกณฑ์ไว้ว่าการทรมาน, การจับเป็นตัวประกัน และการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงอื่น ๆ มิใช่การกระทำในหน้าที่ของผู้นำรัฐ และไม่ใช่ว่าการกระทำที่จะได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของศาลภายในรัฐอื่น

Lord Nicholls of Birkenhead ได้จำแนกความคุ้มกันของผู้นำรัฐออกเป็น 2 ประเภท คือ ความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคล (*immunity ratione personae*) และความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณี (*immunity ratione materiae*) โดยอธิบายว่า ผู้นำรัฐจะได้รับความคุ้มกันอย่างสมบูรณ์ในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ ทั้งในการกระทำที่เกี่ยวข้องและไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ และจะได้รับความคุ้มกันนั้นต่อไปสำหรับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการเมื่อผู้นำรัฐพ้นจากตำแหน่งไปแล้ว นอกจากนี้แล้วหน้าที่ราชการของผู้นำรัฐในมาตรา 39 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 นั้น ต้องหมายความว่าถึงหน้าที่ราชการตามที่กฎหมายระหว่างประเทศให้การยอมรับว่าเป็นการกระทำในหน้าที่ของผู้นำรัฐด้วย และตั้งแต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา กฎหมายระหว่างประเทศยังได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ด้วยว่า ปัจเจกชนซึ่งกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงนั้นไม่สามารถกล่าวอ้างตำแหน่งหน้าที่ราชการเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้ ดังนั้นการทรมานและการจับเป็นตัวประกันนั้นจึงไม่ใช่หน้าที่ของผู้นำรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ พลเอกปิโนเช่จึงไม่ได้รับความคุ้มกันในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ

Lord Steyn ได้วินิจฉัยโดยปฏิเสธความคิดของ *Collins J* ที่ว่าลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่สามารถจำกัดความคุ้มกันของผู้นำรัฐได้ และได้วินิจฉัยคดีไปในลักษณะเดียวกันกับ *Lord Nicholls of Birkenhead* โดยให้เหตุผลว่า การกระทำอาชญากรรมบางประการที่พลเอกปิโนเช่กระทำขึ้นนั้น ไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นการกระทำตามอำนาจหน้าที่ของผู้นำรัฐ พลเอกปิโนเช่จึงไม่ได้รับความคุ้มกันในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศตามที่ถูกกล่าวหา

นอกจากนั้นแล้วผู้พิพากษาทั้ง 2 คน ยังได้ให้คำวินิจฉัยถึงหลักการกระทำของรัฐเอาไว้ด้วยว่า จุดมุ่งหมายสำคัญในการร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 1984 ก็คือ การอนุญาตให้ศาลภายในของรัฐต่างๆสามารถใช้ดุลอำนาจของตนในการพิจารณาการกระทำซึ่งถือว่าเป็นการกระทำของรัฐต่างประเทศได้ด้วย โดย *Lord Steyn* ยังได้วินิจฉัยต่อไปด้วยว่า จะเป็นการผิดพลาดของศาลสหราชอาณาจักรหากจะใช้หลักเกณฑ์เรื่องการกระทำของรัฐในทางที่ได้แย้งกับกฎหมาย

จารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อน ค.ศ.1973 เสียอีก ซึ่งเป็นการทำให้กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศล้มเหลวไปโดยหลักเกณฑ์เรื่องการทำหน้าที่ของรัฐ

สำหรับ *Lord Hoffmann* นั้นมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับ *Lord Nicholls of Birkenhead* และ *Lord Steyn*

1.1.3 Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others; Ex Parte Pinochet Ugarte (No.2)²³

ภายหลังจากที่ศาลฎีกาของอังกฤษได้มีคำพิพากษาฉบับที่ 1 ออกมาเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 พิพากษาว่าพลเอกปิโนเช่ไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันในฐานะผู้นำรัฐเพื่อให้ตนเองพ้นจากความรับผิดชอบและไม่ต้องถูกพิจารณาคดีโดยศาลสหราชอาณาจักรนั้น ทนายความของพลเอกปิโนเช่ได้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาอังกฤษโดยกล่าวอ้างว่าคำพิพากษาของศาลฎีกาอังกฤษ ฉบับที่ 1 นั้น ไม่ชอบเนื่องจาก *Lord Hoffmann* ซึ่งเป็นหนึ่งในองค์คณะที่พิจารณาคดีนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับองค์การนิรโทษกรรมสากล (*Amnesty International*) ซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งที่เข้ามาบีบบทบาทในการแทรกแซงการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ด้วย โดยเป็นองค์กรที่แจ้งข่าวการเดินทางไปรับการรักษาทางการแพทย์ของพลเอกปิโนเช่ในประเทศอังกฤษให้แก่ฝ่ายผู้ร้องในประเทศสเปนทราบ ซึ่งเป็นผลให้มีการออกหมายจับระหว่างประเทศเพื่อร้องขอให้สหราชอาณาจักรจับกุมตัวพลเอกปิโนเช่และส่งตัวไปดำเนินคดีในประเทศสเปน ซึ่งผู้พิพากษาในศาลฎีกาได้พิจารณาคำร้องขอของทนายความของพลเอกปิโนเช่แล้วมีความเห็นว่า การที่ *Lord Hoffmann* ดำรงตำแหน่งเป็นผู้อำนวยการขององค์กรหนึ่งซึ่งได้รับความช่วยเหลือและสนับสนุนจากองค์การนิรโทษกรรมสากล แม้จะเป็นตำแหน่งที่ไม่ได้รับค่าตอบแทนแต่ก็ถือได้ว่า *Lord Hoffmann* ขาดคุณสมบัติที่จะพิจารณาคดีนี้โดยอัตโนมัติและไม่จำเป็นต้องมีการร้องขอ ตามหลักกฎหมายที่ว่าไม่มีผู้ใดที่สามารถพิจารณาตัดสินคดีที่ตนเองมีส่วนได้เสียได้ (*nemo debet esse judex in propria causa*) ดังนั้นแม้ผู้พิพากษาทั้งหมดในองค์คณะนั้นจะทำการพิจารณาคดีไปโดยไม่มีอคติเจือปนก็ตามที่ แต่คำพิพากษานั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุการขาดคุณสมบัติของผู้พิพากษา ด้วยเหตุนี้ศาล

²³Her Majesty's Stationery Office, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others; Ex Parte Pinochet Ugarte
http://www.publications.parliament.uk/cgi_bin/dialogserver , 11 July,1999.

ฎีกา คณะที่ 2 นี้ จึงได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำพิพากษาของศาลฎีกาฉบับที่ 1 เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ.1998

1.1.4 Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others; Ex Parte Pinochet Ugarte (No.3)²⁴

ภายหลังจากที่ศาลฎีกาคณะที่ 2 นี้ ได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำพิพากษาฉบับแรกแล้ว ก็ได้ดำเนินการพิจารณาคดีกับพลเอกปิโนเช่ใหม่อีกครั้งหนึ่ง โดยในครั้งนี้มีผู้พิพากษา 7 คน เป็นองค์คณะในการพิจารณา^{**} ซึ่งได้ดำเนินการพิจารณาคดีโดยมีประเด็นในการพิจารณาดังนี้คือ

ก. ความผิดที่ถูกกล่าวหา นั้นเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้หรือไม่

ในคดีนี้ประเด็นโต้แย้งของทนายความของพลเอกปิโนเช่ที่ว่า ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 นั้น จะต้องเป็นไปตามหลัก *double criminality* กล่าวคือ ความผิดนั้นจะต้องเป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศอังกฤษและกฎหมายของประเทศสเปนพร้อมกันทั้งสองประเทศในเวลาที่เกิดขึ้น มิใช่ในวันที่มีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ได้รับการพิจารณาอีกครั้งโดยผู้พิพากษาคณะนี้ โดยคำวินิจฉัยในประเด็นนี้ปรากฏชัดแจ้งที่สุดอยู่ในคำวินิจฉัยส่วนตัวของ *Lord Browne-Wilkinson* ซึ่งวินิจฉัยโดยตีความมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 ว่า ความผิดใดจะเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ นั้น จะต้องเป็น

* องค์คณะผู้พิพากษาประกอบด้วยผู้พิพากษา 5 คน คือ *Lord Browne-Wilkinson, Lord Goff, Lord Nolan, Lord Hope of Craighead* และ *Lord Hutton*

²⁴ Her Majesty's Stationery Office, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others; Ex Parte Pinochet Ugarte (No.3)
http://www.publications.parliament.uk/cgi_bin/dialogserverTSO ,11 July,1999.

** องค์คณะผู้พิพากษาประกอบด้วย *Lord Browne-Wilkinson, Lord Goff of chieveley, Lord Hope of Craighead* และ *Lord Saville of Newdigate, Lord Millet, Lord Phillips of Worth Matravers* และ *Lord Hutton* ซึ่งผู้พิพากษาแต่ละคนในการพิจารณาคดีครั้งนี้ไม่มีคนใดที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีในครั้งแรกเลย

ความผิดตามกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้รับคำร้องขอในเวลาที่เกิดการกระทำผิดนั้นได้เกิดขึ้น มิใช่ในวันที่มีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งผู้พิพากษาส่วนใหญ่ในขณะนี้มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับ *Lord Browne-Wilkinson* แต่ไม่ได้แสดงเหตุผลไว้อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยส่วนตัวของแต่ละคน

Lord Hope of Craighead ได้วินิจฉัยว่า *Criminal Justice Act 1988 Section 134* ของประเทศอังกฤษซึ่งได้บัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดตามกฎหมายอังกฤษนั้นมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 กันยายน ค.ศ.1988 จึงส่งผลให้ความผิดฐานทำการทรมานตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 เป็นความผิดตามกฎหมายอังกฤษ ผู้กระทำความผิดสามารถถูกลงโทษได้ตามกฎหมายอังกฤษโดยไม่คำนึงว่าการทรมานนั้นจะเกิดขึ้นที่ใด และใครเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้นความผิดที่จะต้องพิจารณาว่าพลเอกปิโนเชต์ได้รับความคุ้มครองในฐานะผู้นำรัฐหรือไม่นั้น จึงมีเพียงความผิดฐานกระทำการทรมานที่เกิดขึ้นภายหลังตั้งแต่วันที่ 29 กันยายน ค.ศ.1988 เท่านั้น เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการจับคนเป็นตัวประกัน ค.ศ.1982 (*Taking of Hostages Act 1982*) ได้บัญญัติให้การจับคนเป็นตัวประกันเป็นความผิดตามกฎหมายอังกฤษ ซึ่งส่งผลให้ความผิดฐานจับคนเป็นตัวประกันที่เกิดขึ้นภายหลังตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการจับคนเป็นตัวประกัน ค.ศ.1982 มีผลใช้บังคับนั้นเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ แต่การกระทำที่พลเอกปิโนเชต์ถูกกล่าวหาว่าทำนั้น มีลักษณะเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ที่จะจับกุมคุมขังหรือคุกคามบุคคลอื่นให้ได้รับความทรมานอย่างจงใจ จึงเป็นการกระทำความผิดฐานทำการทรมานมากกว่าจะเป็นการจับคนเป็นตัวประกันตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจับคนเป็นตัวประกัน ค.ศ.1982

ดังนั้นข้อกล่าวหาที่ว่าพลเอกปิโนเชต์ได้สมคบกับบุคคลไม่ทราบชื่อทำการฆาตกรรมบุคคลอื่นในประเทศสเปนนั้น จึงไม่ใช่ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ.1977 ของประเทศอังกฤษ มิได้บัญญัติให้ความผิดลักษณะนี้เป็นความผิดที่สามารถลงโทษได้ตามกฎหมายอังกฤษ เช่นเดียวกับข้อกล่าวหาที่ว่าพลเอกปิโนเชต์สมคบกับบุคคลไม่ทราบชื่อในประเทศชิลีเพื่อทำการฆาตกรรมชาวฝรั่งเศส, สเปน, อเมริกัน, โปรตุเกส และชิลี ในประเทศสเปนจึงไม่มีความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ แต่ข้อกล่าวหาเป็นความผิดที่สามารถลงโทษได้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการก่อการร้าย ค.ศ.1978 ซึ่งได้บัญญัติให้ศาลสหราชอาณาจักรมีดุลอำนาจเหนือการสมคบกันกระทำการฆาตกรรมในประเทศภาคีแห่งอนุสัญญา แต่อย่างไรก็ตามประเทศชิลีมิได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ เป็นเหตุให้การกระทำความผิดฐานนี้ที่เกิดขึ้นในประเทศชิลีไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ เช่นเดียวกับกรณีการ

ฆาตกรรมในประเทศอิตาลี ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่าความผิดที่ถูกล่ามหาได้ถูกกระทำขึ้นในเดือนตุลาคม ค.ศ.1975 ก่อนที่กฎหมายฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับถึง 3 ปี ดังนั้นความผิดตามที่ถูกล่ามหาจึงไม่ใช่ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

ดังนั้นตามความเห็นของผู้พิพากษาส่วนใหญ่ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ คือ

- (1) ความผิดฐานทำการทรมานและสมคบกันทำการทรมานตั้งแต่วันที่ 29 กันยายน ค.ศ.1988 และ
- (2) ความผิดฐานสมคบกับบุคคลไม่ทราบชื่อในประเทศสเปนเพื่อกระทำการฆาตกรรมในประเทศสเปน

ข. พลเอกออกุสโต ปิโนเช่ สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐได้หรือไม่

Lord Browne-Wilkinson ไม่ได้ระบุว่าพลเอกปิโนเช่ได้รับความคุ้มกันหรือไม่ แต่ได้วินิจฉัยว่า ความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้นไม่สามารถนำมาใช้กับการกระทำการทรมานได้ เพราะเป็นอาชญากรรมที่ละเมิดหลักกฎหมายสูงสุด (*Jus cogens*) และเป็นลักษณะหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (*Crimes against humanity*) ความคุ้มกันของผู้นำรัฐเหนือการกระทำการทรมานยังคงมีอยู่ตลอดเรื่อยมาจนกระทั่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 มีผลใช้บังคับ เนื่องจากการบัญญัติอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 ส่งผลให้การทรมานกลายเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยสมบูรณ์ ประกอบกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 เองก็ได้มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่รัฐภาคีในการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากล (*universality principle*) เหนือการทรมานได้ ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม *Lord Browne-Wilkinson* ก็ได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่าพลเอกปิโนเช่มีความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีสำหรับการกระทำการทรมานหรือไม่ เพียงแต่ได้ให้การยอมรับว่าหากพลเอกปิโนเช่ยังคงดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ก็จะได้รับความคุ้มกันโดยสมบูรณ์จากศาลสหราชอาณาจักรสำหรับการกระทำใดๆที่เกิดขึ้นทั่วโลก และให้ความเห็นอีกด้วยว่าก่อนที่จะมีอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 ก็ไม่ได้มีศาลระหว่างประเทศที่สามารถลงโทษการกระทำการทรมานได้ และไม่มีดุลอำนาจของรัฐเป็นกรทั่วไปที่ให้อำนาจแก่ศาลภายในของรัฐในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำการทรมาน ดังนั้นจึงเป็นการบ่งชี้ว่าความมีอยู่ของศาลระหว่างประเทศจะสามารถสร้างดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากล และการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

ก็มีวัตถุประสงค์ในการที่จะพิจารณาคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งตามความเห็นของ *Lord Browne-Wilkinson* นั้น อาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ถูกจัดตั้งให้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างสมบูรณ์เมื่อมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีจึงไม่มีอยู่ภายหลังการลงนามในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในปี ค.ศ.1998

Lord Goff of chieveley เป็นผู้พิพากษาส่วนน้อยที่ยอมรับข้อโต้แย้งของพลเอกปิโนเช่ และรัฐบาลของประเทศชิลี โดยวินิจฉัยว่าการสละความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยสนธิสัญญาจะต้องเป็นไปอย่างชัดแจ้งทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ มิฉะนั้นแล้วจะเกิดความสับสนวุ่นวายในระดับระหว่างประเทศ ในการที่ศาลของรัฐภาคีของอนุสัญญาจะตีความประเด็นในเรื่องการสละความคุ้มกันแตกต่างกันไป นอกจากนั้นแล้วในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงการสละความคุ้มกันไว้เลย ไม่ว่าในกรณีของการสละความคุ้มกันโดยชัดแจ้งหรือการสละความคุ้มกันโดยพฤตินัย ด้วยเหตุนี้จึงถือได้ว่าประเทศชิลีไม่ได้สละความคุ้มกันของพลเอกปิโนเช่อย่างชัดแจ้ง และ *Lord Goff of chieveley* ยังได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งที่ว่าการกระทำการทรมานไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ราชการของผู้นำรัฐด้วย โดยให้ความเห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่ราชการของผู้นำรัฐนั้นรวมถึงการกระทำการอาชญากรรมร้ายแรงด้วย และการที่ความคุ้มกันของผู้นำรัฐยังคงมีอยู่เหนือการกระทำการทรมานนั้นต่อไปไม่เป็นการขัดแย้งกับพันธกรณีของรัฐภาคีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 จะต้องปฏิบัติ เนื่องจากเหตุผล 3 ประการ คือ ประการแรก โดยส่วนใหญ่แล้วการกระทำการทรมานโดยหน้าที่ราชการจะเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐนั่นเองจึงไม่มีประเด็นเรื่องความคุ้มกันเกิดขึ้น ประการที่สอง เมื่อการปฏิบัติราชการเกี่ยวข้องกับต่างประเทศก็จะกลายเป็นคดีพิเศษเช่นเดียวกับคดีนี้ ซึ่งอดีตผู้นำรัฐต่างประเทศมักจะได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐ เนื่องจากความคุ้มกันของผู้นำรัฐนี้จะเป็นหลักประกันให้แก่อดีตผู้นำรัฐในการเดินทางไปยังรัฐต่างประเทศอื่นที่มีแนวความคิดทางการเมืองต่างกัน และประการสุดท้ายคือในเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการเจรจาในการจัดทำร่างอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 นี้มิได้มีการหยิบยกประเด็นในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐและอดีตผู้นำรัฐขึ้นมาพิจารณาเลย จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าความคุ้มกันของผู้นำรัฐยังคงได้รับการยอมรับว่ายังคงมีอยู่ต่อไปในการกระทำการทรมาน ดังนั้น *Lord Goff of chieveley* จึงมีความเห็นว่าพลเอกปิโนเช่ นั้นได้รับความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีในฐานะอดีตผู้นำรัฐในการกระทำตามข้อกล่าวหา ให้ยกอุทธรณ์ของสเปน

Lord Hope of Craighead ได้ให้ความเห็นยอมรับความเห็นของ *Lord Slynn of Hadley* ซึ่งเป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีของสภาขุนนางครั้งที่ 1 ว่า ความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีนี้ ไม่สามารถนำไปอ้างเพื่อเป็นประโยชน์ของบุคคลผู้กระทำความผิดได้ รัฐที่กล่าวอ้างสิทธิและรัฐที่ปฏิเสธความคุ้มกันของผู้นำรัฐได้นั้นจะต้องเป็นภาคีของอนุสัญญาที่กำหนดให้อาชญากรรมนั้นเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ประกอบกับอนุสัญญาระหว่างประเทศนั้นจะต้องให้อำนาจอรัฐในการป้องกันและพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมนั้นซึ่งเกิดขึ้นนอกดินแดนของตน แต่สำหรับในกรณีของสหราชอาณาจักรซึ่งอนุสัญญาไม่อาจมีผลใช้บังคับภายในรัฐเองได้นั้น จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้อนุสัญญาระหว่างประเทศนั้นเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน อนุสัญญาระหว่างประเทศนั้นจึงจะมีผลใช้บังคับได้ในสหราชอาณาจักร *Lord Hope of Craighead* ได้วินิจฉัยต่อไปด้วยว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศที่พลเอกปิโนเช่ได้กระทำขึ้นนั้นเป็นการกระทำความผิดอย่างเป็นระบบตามนโยบายของรัฐ ความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีนี้ จึงถูกกำจัดไปเฉพาะการกระทำที่กระทำอย่างที่เป็นระบบหรือการเหยียดสีผิว เนื่องจากคู่ความที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีต่างก็ลงนามในอนุสัญญา จึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นทั้งประเทศสเปน, ประเทศชิลี และสหราชอาณาจักร จึงมีพันธกรณีที่จะต้องใช้ดุลอาณัติตามหลักสากลของตนในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดด้วย ด้วยเหตุนี้การที่ประเทศชิลีเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาทรมานจึงมีผลเท่ากับเป็นการสละความคุ้มกันของพลเอกปิโนเช่แล้ว พลเอกปิโนเช่จึงไม่ได้รับความคุ้มกันในการกระทำตามข้อกล่าวหาของประเทศสเปน

Lord Hutton ปฏิเสธการกล่าวอ้างของพลเอกปิโนเช่ที่ว่าตนเองได้รับความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำความผิดระหว่างประเทศที่ถูกกล่าวหา โดยอ้างถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ. 1989 หมวดที่ 1 ที่ระบุว่าความคุ้มกันไม่สามารถนำไปใช้ในคดีอาญาได้ และ *Lord Hutton* ได้ให้ความเห็นต่อไปด้วยว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่สามารถปกป้องคุ้มครองพลเอกปิโนเช่ได้ เนื่องจากกระทำความผิดและการสมคบกันกระทำความผิดซึ่งเป็นความผิดที่ถูกกล่าวหา นั้น ได้รับการยอมรับว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักกฎหมายสูงสุด (*Jus cogens*) ของกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเป็นการกระทำความผิดร้ายแรงและเป็นการทารุณโหดร้าย จึงเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐต่างๆ ในสังคมระหว่างประเทศมีหน้าที่ที่จะต้องนำตัวบุคคลซึ่งกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นมาลงโทษ ดังนั้นการกระทำเหล่านี้จึงไม่ได้รับการยอมรับว่าอยู่ในขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่ของพลเอกปิโนเช่ในฐานะผู้นำรัฐ

Lord Saville of Newdigate ได้วินิจฉัยโดยมีความเห็นพ้องกับ *Lord Browne-Wilkinson* และ *Lord Hope of Craighead* โดยให้ความสำคัญกับผู้นำรัฐเป็นพิเศษ เนื่องจากว่าผู้นำรัฐนั้นเป็นตัวอย่างที่สำคัญที่สุดของผู้กระทำการทรมานในหน้าที่ราชการ การที่ทั้ง 2 ประเทศคือ ชิลี, สเปน และอังกฤษ ต่างก็เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ค.ศ.1984 นั้น ก็เท่ากับว่าทั้ง 3 ประเทศนั้นให้การยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐทั้งสามนั้นอาจได้รับการแทรกแซงจากรัฐอื่นได้ในการกระทำการทรมาน ซึ่งเป็นผลให้หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีไม่สามารถนำมากล่าวอ้างเหนือการกระทำการทรมานได้ ดังนั้นพลเอกปิโนเช่จึงไม่ได้รับความคุ้มกันในฐานะอดีตผู้นำรัฐในการกระทำการทรมานได้

Lord Millet ได้วินิจฉัยโดยให้ความสำคัญกับการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ตั้งแต่ปีค.ศ.1945 เป็นต้นมา ซึ่งได้มีการริเริ่มจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศขึ้นที่กรุงนูแรมเบิร์ก ประเทศเยอรมันนี ตลอดจนกระบวนการต่างๆที่เกิดขึ้นในสังคมระหว่างประเทศดังเช่นการดำเนินการขององค์การต่างๆของสหประชาชาติ ซึ่งก่อให้เกิดข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิมนุษยชนอย่างมากมาย ซึ่งจากพัฒนาการที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ ทำให้การปฏิบัติของรัฐในการดูแลพลเมืองของตนในดินแดนของตนกลายเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับสังคมระหว่างประเทศ ดังนั้น *Lord Millet* จึงมีความเห็นว่าในช่วงเวลาที่พลเอกปิโนเช่ได้กระทำการยึดอำนาจนั้น การกระทำการทรมานและฆาตกรรมอย่างเป็นระบบและกว้างขวางโดยอำนาจรัฐนั้น เป็นการกระทำที่อยู่ในระดับเดียวกันกับความผิดฐานโจรสลัด, อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อสันติภาพ ซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่รัฐต่างๆ สามารถใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลได้มาเป็นเวลายาวนานตั้งแต่ก่อน ค.ศ.1984 เสียอีก การกระทำของพลเอกปิโนเช่ในการกระทำการทรมานจึงเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมระหว่างประเทศ นอกจากนั้นแล้วกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ยังได้ให้อำนาจรัฐในการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลเหนือการกระทำที่เป็นการละเมิดหลักกฎหมายสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงมากจนถึงขนาดที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมระหว่างประเทศ ดังนั้นความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณีจึงไม่อาจนำมากล่าวอ้างต่อศาลได้ในการกระทำการทรมานในช่วงเวลาทั้งหมดตามที่พลเอกปิโนเช่ถูกกล่าวหาจากรัฐบาลสเปน

Lord Phillips of Worth Matravers ก็ได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับผู้พิพากษาส่วนใหญ่และได้กล่าวสรุปว่า ถ้าพลเอกปิโนเช่กระทำอาชญากรรมตามที่ประเทศสเปนกล่าวหา

เท่ากับว่าการกระทำของพลเอกปิโนเช่้นั้นละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ และได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศและการใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนือการกระทำ ความผิดอาญาที่เกิดขึ้นภายนอกดินแดนของรัฐนั้น เป็นแนวความคิดใหม่ที่เกิดขึ้นในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ซึ่งความคุ้มกันของผู้นำรัฐไม่สามารถคงอยู่ควบคู่ไปกับอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ การใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนือการกระทำ ความผิดที่เกิดขึ้นภายนอกดินแดนของรัฐนั้น เป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่เหนือกฎเกณฑ์ที่ว่า รัฐไม่อาจใช้ดุลอำนาจของตนในการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นได้ อาชญากรรมระหว่างประเทศจึงเป็นความผิดที่กระทบต่อสังคมระหว่างประเทศแม้จะได้กระทำขึ้นในอำนาจหน้าที่ราชการ และเมื่อเกิดขึ้นแล้วดุลอำนาจของรัฐเหนือการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น ได้ถูกก่อตั้งขึ้นแม้การกระทำนั้นจะไม่ได้เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐก็ตาม และไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะแยกการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยอำนาจหน้าที่ราชการ ออกจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งกระทำโดยบุคคลทั่วไป ดังนั้นพลเอกปิโนเช่จึงไม่มีความคุ้มกันสำหรับการพิจารณการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านั้น

ดังนั้นในวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ.1999 ศาลฎีกาของอังกฤษคณะที่ 3 นี้ จึงได้มีคำพิพากษาดำเนินคดีในเสียง 6:1 ว่า ความผิดที่สามารถส่งตัวพลเอกปิโนเช่ไปดำเนินคดีในสเปนได้นั้น มีเฉพาะความผิดฐานกระทำการทรมานที่กระทำขึ้นตั้งแต่วันที่ 29 กันยายน ค.ศ.1988 เท่านั้น และเนื่องจากการกระทำการทรมานเป็นการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ จึงไม่ถือเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของพลเอกปิโนเช่ พลเอกปิโนเช่จึงไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนเองในการกระทำการทรมานดังกล่าวได้

แต่อย่างไรก็ดีในวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ.2000 นาย Jack Straw รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยของสหราชอาณาจักรในขณะนั้น ได้มีคำวินิจฉัยว่าภายหลังจากที่คณะแพทย์ได้ทำการตรวจร่างกายพลเอกปิโนเช่แล้ว มีความเห็นว่าพลเอกปิโนเช่มีปัญหาสุขภาพ ไม่เหมาะสมกับการถูกดำเนินคดีในศาลสหราชอาณาจักร และไม่ว่าสหราชอาณาจักรจะดำเนินการส่งตัวพลเอกปิโนเช่ไปดำเนินคดีที่ประเทศใดก็ตามย่อมไม่เป็นธรรมต่อพลเอกปิโนเช่ ดังนั้นจึงให้ดำเนินการส่งตัว

พลเอกปิโนเชต์กลับไปพักรักษาตัวยังประเทศชิลีต่อไป²⁵ โดยใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 มาตรา 12 (2)(a)²⁶

ซึ่งเมื่อได้ทำการศึกษารายละเอียดและความเห็นส่วนตัวของผู้พิพากษาแต่ละท่านเกี่ยวกับคดีนี้แล้ว สามารถสรุปประเด็นสำคัญได้ดังต่อไปนี้คือ

²⁵Rasanne Van Alebeek, “The Pinochet Case : International Human Rights Law on Trail,” : 39.

²⁶พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ.1989 ของสหราชอาณาจักร มาตรา 12 (2)(a)บัญญัติว่า

“12.—(1) ...

(2) Without prejudice to his general discretion as to the making of an order for the return of a person to a foreign state, Commonwealth country or colony—

(a) the Secretary of State shall not make an order in the case of any person

if it appears to the Secretary of State in relation to the offence, or each of the offences, in respect of which his return is sought, that—

(i) by reason of its trivial nature; or

(ii) by reason of the passage of time since he is alleged to have committed it or to have become unlawfully at large, as the case may be; or

(iii) because the accusation against him is not made in good faith in the interests of justice,

it would, having regard to all the circumstances, be unjust or oppressive to return him; and

(b) ...

(3) ...

(4) ...

(5) ...

(6) ...”

ผู้เขียนเห็นพ้องกับผู้พิพากษาเสียงข้างมาก ซึ่งได้วินิจฉัยว่าความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้นั้น ความผิดนั้นจะต้องเป็นความผิดตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายสเปนในวันที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น มิใช่เป็นความผิดในวันที่ประเทศสเปนร้องขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามหลัก *double criminality* ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เนื่องจากหากการกระทำความผิดอาญานั้นมิได้เป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอแล้ว รัฐผู้ร้องขอนั้นก็จะขาดความชอบธรรมทางกฎหมายที่จะดำเนินคดีในการกระทำความผิดนั้นเช่นเดียวกันกับกรณีของรัฐผู้รับคำร้องขอ แต่สำหรับความผิดที่สามารถส่งตัวพลเอกปิโนเช่ข้ามแดนไปดำเนินคดีในประเทศสเปนได้นั้น ผู้เขียนมีความเห็นแตกต่างจากความเห็นส่วนใหญ่ที่วินิจฉัยให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้เฉพาะความผิดฐานกระทำการทรมานที่เกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1988 ซึ่งเป็นวันที่การกระทำการทรมานเป็นความผิดในประเทศอังกฤษ โดยผู้เขียนเห็นว่าความผิดที่สามารถดำเนินการส่งตัวพลเอกปิโนเช่ได้นั้น ได้แก่อาชญากรรมระหว่างประเทศทุกฐานความผิดตามที่ประเทศสเปนกล่าวหา เนื่องจากหากพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นได้ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศทุกข้อกล่าวหานั้น ล้วนแต่เป็นอาชญากรรมที่ละเมิดต่อหลักกฎหมายสูงสุด (*Jus cogens*) ของกฎหมายระหว่างประเทศ และล้วนแต่เป็นอาชญากรรมตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาตั้งแต่ก่อนที่พลเอกปิโนเช่จะเข้าดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีเสียอีก ซึ่งผลจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ทำให้ทั้งประเทศสเปนและประเทศอังกฤษมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศตามหลัก *Aut Dedere Aut Judicare* ดังนั้นการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งหมดตามข้อกล่าวหา จึงถือเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายของทั้งสองประเทศ จึงเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ทั้งหมด

สำหรับประเด็นในเรื่องความคุ้มกันของพลเอกปิโนเช่ นั้น ผู้เขียนมีความเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยของผู้พิพากษาเสียงข้างมากที่ปฏิเสธความคุ้มกันของพลเอกปิโนเช่ เนื่องจากว่าแม้การกระทำของพลเอกปิโนเช่จะเป็นการกระทำในขณะดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ก็ตาม แต่ก็เป็นการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ไปในทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำนั้นเป็นการละเมิดหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายสูงสุดประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง พลเอกปิโนเช่จึงไม่สมควรจะได้รับความคุ้มกันในการกระทำการทรมานตั้งแต่วันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1988 เป็นต้นไป

ซึ่งเมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลฎีกาอังกฤษฉบับที่มีผลบังคับใช้แล้วจะเห็นได้ว่าการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาส่วนใหญ่ นั้น ได้วินิจฉัยคดีโดยยึดถือตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า ผู้นำรัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันในฐานะผู้นำรัฐต่อศาลได้สำหรับการ

กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ แม้การกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นผู้นำรัฐจะได้กระทำขึ้นในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามในการพิจารณาคดีนี้นั้นผู้พิพากษาส่วนใหญ่จะตีความในการใช้กฎหมายไปในลักษณะที่ค่อนข้างแคบในกรณีของการวินิจฉัยคดีในประเด็นที่ว่า ความผิดฐานใดบ้างที่สามารถส่งตัวพลเอกปิโนเชต์ข้ามแดนไปดำเนินคดีในประเทศสเปนตามคำร้องขอได้ เนื่องจากความผิดที่พลเอกปิโนเชต์ถูกกล่าวหาว่าเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นระบบและเกิดขึ้นในดินแดนของประเทศชิลีแทบจะทั้งหมด การกระทำอาชญากรรมของพลเอกปิโนเชต์จึงมีลักษณะเป็นการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งถือเป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประกอบกับอาชญากรรมที่พลเอกปิโนเชต์กระทำขึ้นนั้นก็ถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาตั้งแต่ก่อนสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 เสียอีก ด้วยเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมาจึงสามารถกล่าวได้ว่าพลเอกปิโนเชต์นั้นสามารถถูกส่งตัวไปดำเนินคดียังประเทศสเปนได้ในทุกข้อกล่าวหา การที่ศาลอังกฤษตีความกฎหมายในลักษณะแคบเช่นนี้ ส่งผลให้การใช้กฎหมายอาจไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายก็ได้ และสิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้วินิจฉัยส่งตัวพลเอกปิโนเชต์กลับไปยังประเทศชิลีแทนที่จะส่งตัวไปยังประเทศสเปนตามคำร้องขอของรัฐบาลสเปนนั้น ก็เท่ากับว่าประเทศอังกฤษไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามหลัก *Aut Dedere Aut Judicary* ซึ่งอาจส่งผลให้การปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

1.2 การพิจารณาคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่ ในประเทศชิลี

ภายหลังจากที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยของสหราชอาณาจักร ได้มีคำวินิจฉัยให้ดำเนินการส่งตัวพลเอกปิโนเชต์กลับไปรับการรักษาทางการแพทย์ในประเทศชิลี ก็ได้มีความเคลื่อนไหวอย่างมากจากบรรดาบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่ถูกกระทำการทรมานในช่วงเวลาที่พลเอกปิโนเชต์ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอยู่ ตลอดจนญาติมิตรของบุคคลเหล่านั้น และรวมถึงองค์กรต่างๆที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนในประเทศชิลี ในการพยายามนำตัวพลเอกปิโนเชต์มาดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำอาชญากรรมในช่วงที่พลเอกปิโนเชต์ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอยู่ ซึ่งจุดเริ่มต้นในการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ในประเทศชิลีนี้ เกิดจากการดำเนินคดีกับพลเอก *Sergio Arellano Stark* และนายทหารระดับสูงอีก 5 นายที่ได้รับการขนานนามว่า “ขบวนการแห่งความ

ตาย” (*Caravan of Death*) ซึ่งมีหน้าที่ในการปฏิบัติภารกิจลับในการนำตัวบุคคลที่มีความเห็นทางการเมืองตรงข้ามกับฝ่ายของพลเอกปิโนเชต์ซึ่งถูกคุมขังเป็นนักโทษทางการเมืองจำนวน 72 คน มาจากเรือนจำที่นักโทษเหล่านั้นถูกคุมขังอยู่ นักโทษ 53 คน ถูกพิจารณาคดีโดยวิธีการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย และได้ตัดสินประหารชีวิตนักโทษเหล่านั้นโดยไม่มีการต่อสู้คดี ในขณะที่อีก 19 คน ได้หายสาบสูญไปตั้งแต่ปีค.ศ.1973²⁷ ซึ่งผลจากการดำเนินคดีกับพลเอก *Sergio Arellano Stark* และบรรดานายทหารเหล่านั้น ทำให้พบหลักฐานสำคัญหลายอย่างที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า พลเอกปิโนเชต์เป็นผู้สั่งการให้นายทหารเหล่านั้นปฏิบัติภารกิจขบวนการแห่งความตายนั้น ซึ่งล้วนแต่เป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงทั้งสิ้น

จากหลักฐานสำคัญหลายอย่างที่พบนั้นส่งผลให้มีการฟ้องร้องพลเอกปิโนเชต์ต่อศาลอุทธรณ์แห่งเมือง *Santiago (Court of Appeals)* อย่างน้อย 92 คดี ซึ่งเนื้อหาในคำฟ้องนั้นระบุให้ศาลดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ในการกระทำอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในภารกิจ “ขบวนการแห่งความตาย” และอาชญากรรมอื่นๆ ที่เกิดขึ้นในช่วงค.ศ.1973 ถึง 1990 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่พลเอกปิโนเชต์ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีอยู่ แต่อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์แห่งเมือง *Santiago* ได้ดำเนินการพิจารณาคดีกับพลเอกปิโนเชต์โดยมุ่งเน้นไปในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการสาบสูญไปของนักโทษการเมือง 19 คน ซึ่งเป็นผลมาจากภารกิจ “ขบวนการแห่งความตาย” โดยมีผู้พิพากษา *Juan Guzman Tapia* เป็นประธานในการพิจารณาคดี ซึ่งได้ทำการวินิจฉัยในประเด็นที่ว่าพลเอกปิโนเชต์จะมีความผิดฐานกระทำการฆาตกรรม (*Homicide*) และทำให้สาบสูญไปโดยใช้กำลัง (*Forced disappearance*) ตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของชิลี ในการสั่งการให้เจ้าหน้าที่ทาง

* ขบวนการแห่งความตาย (*Caravan of Death*) นี้ หมายความว่าถึงคณะเจ้าหน้าที่ทางทหาร ซึ่งควบคุมโดยนายทหารระดับสูงซึ่งมีความสนิทสนมเป็นอย่างดีกับพลเอกปิโนเชต์ อันประกอบด้วย พลเอก *Sergio Arellano Stark*, พลจัตวา *Pedro Espinoza Bravo*, พันเอก *Sergio Arredondo gonzalez*, พันเอก *Marcelo Moren Brito*, พันเอก *Patricio Diaz Araneda* และร้อยเอก *Armando Fernandez Laros* มีหน้าที่ในการดำเนินการกำจัดบุคคลซึ่งเป็นนักโทษทางการเมืองรับคำสั่งโดยตรงจากพลเอกปิโนเชต์ วิธีการปฏิบัติภารกิจคือ นายทหารเหล่านี้จะเดินทางโดยเฮลิคอปเตอร์พร้อมหน่วยจู่โจมตระเวนไปทั่วประเทศชิลี เพื่อนำตัวนักโทษทางการเมืองซึ่งถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำต่างๆ ทั่วประเทศมาดำเนินการสอบสวนและประหารชีวิตโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

²⁷ Alejandro Artucio, “Augusto Pinochet Ugarte before the Court of Chilean Justice,” *International Commission of Jurists the Review* 62-63 (2001) : 47.

ทหารในคณะขบวนแห่งความตาย กระทำการฆาตกรรมและลักพาตัวนักโทษทางการเมืองตามที่ ถูกกล่าวหาหรือไม่

ศาลอุทธรณ์แห่งเมือง Santiago ได้ออกหมายเรียกให้พลเอกปิโนเช่แก้คดี ซึ่งคณะ ทนายความของพลเอกปิโนเช่ได้โต้แย้งคำฟ้องของโจทก์ต่อศาลโดยระบุว่า พลเอกปิโนเช่ไม่ สามารถถูกดำเนินคดีตามคำฟ้องได้ เนื่องจากไม่มีพยานหลักฐานใดยืนยันได้อย่างแน่ชัดว่าพลเอก ปิโนเช่มีส่วนร่วมในการกระทำอาชญากรรมที่บรรดาเจ้าหน้าที่ทางทหารเหล่านั้นได้กระทำขึ้น และ การที่ไม่สามารถระบุได้ว่านักโทษทางการเมือง 19 คนที่หายสาบสูญไปอยู่ที่ใดนั้น ไม่เข้าองค์ ประกอบความผิดฐานลักพาตัวตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศชิลี นอกจากนั้นแล้วการ กระทำอาชญากรรมตามที่ถูกกล่าวหาขึ้น ก็เป็นการกระทำตามหน้าที่ราชการเพื่อปราบปราม ความไม่สงบในเหตุการณ์สงครามกลางเมืองที่เกิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติล้มล้างรัฐบาลของ ประธานาธิบดีอาเยนเด ยิ่งไปกว่านั้นแล้วในปี ค.ศ.1978 ยังได้มีการตราพระราชบัญญัตินิรโทษ กรรมแห่งชาติ ค.ศ.1978 ขึ้น โดยระบุให้บุคคลทั้งหลายที่กระทำอาชญากรรมในระหว่างวันที่ 11 กันยายน ค.ศ.1973 ถึง 10 มีนาคม ค.ศ.1978 ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำอาชญากรรมเหล่านั้น ซึ่ง การกระทำตามที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแห่งชาติ ค.ศ.1978 นั้นหมายความว่า การกระทำอาชญากรรมทุกประเภท ซึ่งนั้นย่อมนำความรวมถึงการฆาตกรรม, การทรมาน และ ความผิดในการรื้อถอนอิสรภาพของประชาชนด้วย แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดก็คือพลเอกปิโนเช่ยังดำรง ตำแหน่งเป็นวุฒิสมาชิกตลอดชีพ (Senator for life) ในขณะที่มีการฟ้องคดีอยู่จึงมีความคุ้มกันใน ฐานะวุฒิสมาชิก ไม่สามารถถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีใดๆโดยศาลได้ ดังที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 53 อนุมาตรา 2²⁸ นอกจากนั้นแล้วทนายความของพลเอกปิโนเช่ยังได้ร้องขอต่อศาลว่าพล เอกปิโนเช่มีปัญหาสุขภาพทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจไม่มีความสามารถในการต่อสู้คดี ขอให้

²⁸รัฐธรรมนูญของประเทศชิลี ค.ศ.1980 มาตรา 53 อนุมาตรา 2 บัญญัติว่า

“No Deputy or Senator as of the date of his selection or appointment or from the time of his incorporation into respective Chamber may be tried or deprived of his freedom, except in the case of a flagrant crime, unless the Court of Appeals of the respective jurisdiction, in full court, has previously authorised the accusation, declaring that the process of law has been accepted. This decision may be appeal before the Supreme Court”

ศาลระงับการดำเนินกระบวนการพิจารณากับพลเอกปิโนเช่ตามคำร้องขอของทนายความฝ่ายจำเลยด้วย²⁹

ทางฝ่ายพนักงานอัยการโจทก์ได้โต้แย้งคำให้การของพลเอกปิโนเช่ว่า พลเอกปิโนเช่จะต้องถูกดำเนินคดีต่อไปเนื่องจากว่าการกระทำอาชญากรรมของพลเอกปิโนเช่ตามที่ถูกล่าวหนานั้นเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ไม่เพียงแต่จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายอาญาของประเทศชิลีเท่านั้น แต่ยังเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย ดังนั้นพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแห่งชาติ ค.ศ.1978 ซึ่งตราขึ้นโดยรัฐบาลทหารในขณะนั้นจึงไม่สามารถนำมากล่าวอ้างเพื่อให้พลเอกปิโนเช่พ้นจากความรับผิดชอบได้ และความผิดที่พลเอกปิโนเช่ถูกล่าวหนานั้นเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในช่วงที่พลเอกปิโนเช่ยังมิได้ดำรงตำแหน่งวุฒิสมาชิกตลอดชีพ ความคุ้มกันในฐานะวุฒิสมาชิกตลอดชีพจึงไม่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้ตนพ้นผิดได้เช่นเดียวกัน³⁰

ศาลอุทธรณ์แห่งเมือง Santiago ได้นำพิจารณาคำคู่ความของทั้งสองฝ่ายเต็มองค์คณะในการไต่สวนมูลฟ้องแล้ว มีคำวินิจฉัยให้เพิกถอนความคุ้มกันในฐานะวุฒิสมาชิกตลอดชีพของพลเอกปิโนเช่ ซึ่งในประเด็นนี้ได้มีการอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาของประเทศชิลี และศาลฎีกาของประเทศชิลีได้มีคำวินิจฉัยในวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ.2000 ด้วยคะแนนเสียง 14 ต่อ 6 เสียง ยืนตามคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์แห่งเมือง Santiago ให้เพิกถอนความคุ้มกันในฐานะวุฒิสมาชิกตลอดชีพของพลเอกปิโนเช่³¹

ในระหว่างการพิจารณาคดีนั้นพลเอกปิโนเช่มีการปวดศีรษะอย่างมาก ทนายความของพลเอกปิโนเช่จึงร้องขอต่อศาลให้ส่งตัวพลเอกปิโนเช่ไปรับการตรวจรักษาทางการแพทย์จากทาง

²⁹ดูรายละเอียดใน Alejandro Artucio, "Augusto Pinochet Ugarte before the Court of Chilean Justice," : 52-53 ; Staff and agencies, "Pinochet Murder Charges Dropped" (http://www.guardian.co.uk/Pinochet_on_trial/Story/0,2700,440/40,00.htm) , March 8, 2001

³⁰ Alejandro Artucio, "Augusto Pinochet Ugarte before the Court of Chilean Justice," : 52-53

³¹ Isabel Hilton and Jeevan Vasagar, "Pinochet to Stand Trial" (http://www.guardian.co.uk/Pinochet_on_trial/Story/0,2700,400900,00.htm) , July, 2002.

โรงพยาบาลทหารในเมือง *Santiago* ซึ่งเมื่อแพทย์ได้ทำการตรวจรักษาแล้วพบว่าพลเอกปิโนเช่มีอาการเส้นเลือดในสมองแตกเล็กน้อย และมีอาการของโรคไขข้ออักเสบและโรคเบาหวาน อีกทั้งมีสภาพจิตใจไม่สมบูรณ์ ซึ่งต่อมาศาลฎีกาของประเทศชิลีได้มีคำวินิจฉัยในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2002 ว่าพลเอกปิโนเช่ในวัน 86 ปี มีปัญหาสุขภาพทั้งทางร่างกายและจิตใจไม่สามารถต่อสู้คดีได้ จึงมีคำสั่งให้ปล่อยตัวพลเอกปิโนเช่ แต่มิได้มีการวินิจฉัยว่าพลเอกปิโนเช่มีความผิดตามที่ ถูกกล่าวหาหรือไม่³²

เมื่อพิจารณาถึงการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ในประเทศชิลีแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกระทำอาชญากรรมของพลเอกปิโนเช่ตามที่ถูกกล่าวหาเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง แม้พลเอกปิโนเช่จะกล่าวอ้างว่าตนเองได้กระทำลงไปเพื่อปราบปรามความไม่สงบเรียบร้อยในเหตุการณ์สงครามการเมืองที่เกิดขึ้นในช่วง ค.ศ.1973 ถึงค.ศ.1978 ก็ตาม แต่เนื่องจากตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วถือได้ว่าเหตุการณ์สงครามกลางเมืองที่เกิดขึ้นเป็นการขัดกันด้วยกำลังอาวุธภายในประเทศ (*Internal armed conflict*) ซึ่งประเทศชิลีมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1947 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารทั้ง 2 ฉบับ ในการดำเนินการใดๆเกี่ยวกับเหตุการณ์สงครามกลางเมืองอย่างเคร่งครัด ซึ่งส่งผลให้พลเอกปิโนเช่ในฐานะประธานาธิบดีของประเทศชิลี ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศชิลี จะต้องดำเนินการใดๆให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงหลักฐานทั้งหลายที่ปรากฏต่อสายตาสังคมโลกแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำของพลเอกปิโนเช่ในการสั่งการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ดำเนินการปราบปรามความไม่สงบเรียบร้อยในประเทศชิลีนั้นล้วนเป็นการกระทำที่ละเมิดต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1947 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารอีก 2 ฉบับด้วย จึงถือได้ว่าการกระทำของพลเอกปิโนเช่เป็นการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง (*grave breach*) ที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (*Humanitarian law*) พลเอกปิโนเช่จึงมีความรับผิดชอบจะต้องถูกดำเนินคดีโดยไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันใดๆ ต่อศาลเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบได้ ถึงแม้ว่าประเทศชิลีจะได้มีการตราพระราช

³²ดูรายละเอียดใน Staff and agencies, "Pinochet Unfit to Stand Trial, Rules Court", July 2,2002. (<http://guardian.co.uk/Pinochet/Story/0,11993,747904,00.html>); Staff and agencies, "Pinochet Quits Senator for Social Peace" July 5,2002. (<http://guardian.co.uk/Pinochet/Story/0,11993,750066,00.html>)

บัญญัตินิรโทษกรรมแห่งชาติ ค.ศ.1978 ขึ้น ก็ไม่สามารถปลงความรับผิดชอบของพลเอกปิโนเช่ได้ เนื่องจากการกระทำของพลเอกปิโนเช่เป็นการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การที่ศาลฎีกาของประเทศชิลีมีคำวินิจฉัยให้ปล่อยตัวพลเอกปิโนเช่ไปเนื่องจากมีปัญหาสุขภาพนั้น ก็เท่ากับว่าพลเอกปิโนเช่รอดพ้นจากการถูกดำเนินคดีในการกระทำความผิดอาญาตามที่ถูกล่ามพิเคราะห์ ประกอบกับกฎหมายอาญาของประเทศชิลีได้ระบุไว้ว่า ในกรณีที่จำเลยจะไม่ต้องถูกดำเนินคดีอาญานั้นจะต้องเป็นกรณีที่จำเลยมีความบกพร่องทางจิตใจเท่านั้น

แต่สำหรับประเด็นเรื่องความคุ้มกันในฐานะวุฒิสมาชิกตลอดชีพตามที่คู่ความทั้งสองฝ่ายกล่าวอ้างนั้น ผู้เขียนมีความเห็นแย้งกับฝ่ายพนักงานอัยการโจทก์ที่กล่าวว่า ความคุ้มกันในฐานะวุฒิสมาชิกตลอดชีพนั้นไม่สามารถนำมากล่าวอ้างต่อศาลได้ เนื่องจากในขณะที่พลเอกปิโนเช่กระทำอาชญากรรมตามที่ถูกล่ามพิเคราะห์นั้น ยังมีได้ดำรงตำแหน่งเป็นวุฒิสมาชิก เนื่องจากในขณะถูกฟ้องคดีนั้นพลเอกปิโนเช่กำลังดำรงตำแหน่งวุฒิสมาชิกตลอดชีพอยู่ จึงสามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันในฐานะวุฒิสมาชิกต่อศาลได้ แต่อย่างไรก็ตามแม้พลเอกปิโนเช่สมควรได้รับความคุ้มกันในฐานะวุฒิสมาชิก แต่เนื่องจากการกระทำของพลเอกปิโนเช่นั้นเป็นการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ พลเอกปิโนเช่จึงไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันในฐานะวุฒิสมาชิกตลอดชีพเพื่อให้รอดพ้นจากการดำเนินคดีได้ เพราะวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายในการให้ความคุ้มกันแก่สมาชิกรัฐสภานั้น ก็เพื่อให้การปฏิบัติราชการในการตรากฎหมายเป็นไปโดยเรียบร้อย จึงเป็นการมุ่งเน้นที่จะให้ความคุ้มครองป้องกันการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลในการดำเนินการตรากฎหมายมากกว่าที่จะมุ่งป้องกันตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ในการร่างกฎหมายนั่นเอง

2. ปัญหาที่ทำให้ไม่สามารถนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยศาลภายในของรัฐ

บุคคลใดที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ บุคคลนั้นย่อมมีความผิดต้องถูกดำเนินคดีและลงโทษสำหรับการกระทำนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศแล้ว สมควรอย่างยิ่งที่ผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องถูกนำตัวมาดำเนินคดีและลงโทษโดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะเป็นใคร และการกระทำความผิดเกิดขึ้นที่ใด แต่แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะให้การยอมรับว่ารัฐทุกรัฐสามารถใช้ดุลอำนาจของตนตามหลักสากลในการดำเนินคดีกับบุคคลผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ในศาลภายในของตนเอง และได้วางหลักเกณฑ์ถึงการไม่ยอมรับให้หลักในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐบาลบ้างหรือยกเว้นโทษจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ก็ตาม แต่เมื่อมีการฟ้องร้องผู้นำรัฐหรืออดีตนายกรัฐมนตรี

นำรัฐต่อศาลภายในของรัฐ เกี่ยวกับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐแล้ว ในบางกรณีผู้นำรัฐเหล่านั้นก็จะได้รับประโยชน์จากหลักในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐ ทำให้ผู้นำรัฐนั้นไม่ถูกดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ในที่สุด ซึ่งส่วนนี้จะได้ทำการศึกษาดังปัญหาที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นปัญหาที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐสำหรับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้

2.1 ปัญหาการขาดบทบัญญัติของกฎหมายภายใน

2.1.1 ปัญหาเนื่องจากการขาดคำนิยามของอาชญากรรมระหว่างประเทศ

ปัญหาในเรื่องการขาดคำนิยามของอาชญากรรมระหว่างประเทศนี้ เกิดขึ้นจากความแตกต่างของระบบกฎหมายภายในรัฐแต่ละรัฐ ในการยอมรับให้กฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ภายในรัฐ กล่าวคือในระบบกฎหมายของรัฐบางรัฐนั้นเป็นระบบกฎหมายตามทฤษฎีเอกนิยม (*monism*) ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ยอมรับว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นสามารถมีผลบังคับใช้ได้ภายในรัฐทันที โดยไม่ต้องมีกระบวนการใดๆ เพื่อให้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีผลบังคับใช้ภายในรัฐอีก ในขณะที่ระบบกฎหมายของรัฐบางรัฐถือตามทฤษฎีทวินิยม (*dualism*) เป็นแนวความคิดที่ให้การยอมรับว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะมีผลบังคับใช้ภายในรัฐก็ต่อเมื่อได้ผ่านกระบวนการทางกฎหมายบางประการเสียก่อน เพื่ออนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศนั้นให้มีผลบังคับภายในรัฐ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าระบบแนวความคิดทางกฎหมายนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องการขาดคำนิยามของอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ในบางกรณี กล่าวคือในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบทวินิยมนั้น หากรัฐไม่อนุวัติการกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในแล้ว อาจไม่สามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดได้สำหรับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศทุกลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ หากลงโทษได้แต่เพียงในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในบางลักษณะเข้าองค์ประกอบของกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายอาญาของรัฐเท่านั้น ดังเช่นในกรณีของประเทศฟิลิปปินส์และญี่ปุ่น ซึ่งได้มีการออกกฎหมายภายในกำหนดหลักเกณฑ์ให้ศาลภายในของตนใช้ดุลยพินิจเห็นอาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นในรัฐตนได้ก็ต่อเมื่อ ลักษณะการกระทำอาชญากรรมสงครามนั้น เป็นความผิด

ตามกฎหมายอาญาทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาภายใน เช่น การทรมาน, การฆาตกรรม, การข่มขืน และการประทุษร้าย เป็นต้น³³

นอกจากนั้นแล้วปัญหาการขาดค่านิยมของอาชญากรรมระหว่างประเทศนี้ ส่วนหนึ่งเป็นผลอันเนื่องมาจากการไม่มีความชัดเจนแน่นอนของการกระทำความผิดอาญาในบางลักษณะว่าถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ เช่น การก่อการร้าย หรือความผิดเกี่ยวกับการค้าสารเสพติด เป็นต้น* ส่งผลให้ผู้นำรัฐที่กระทำความผิดอาชญากรรมทั้งสองลักษณะนี้อาจถูกดำเนินคดีหรืออาจไม่ถูกดำเนินคดีและลงโทษโดยศาลภายในของรัฐได้

2.1.2 ความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติของกฎหมายภายในกับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในบางกรณีนั้นแม้ว่ารัฐจะได้บัญญัติกฎหมายภายในกำหนดค่านิยมของกฎหมายระหว่างประเทศไว้แล้วก็ตาม ก็อาจเกิดกรณีที่กฎหมายภายในที่รัฐบัญญัติไว้นั้นไม่ครอบคลุมและสอดคล้องกับค่านิยมของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ในกรณีของสหราชอาณาจักรที่ได้มีการอนุวัติการความผิดฐานทรมานตามอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 ให้เป็นความผิดตามกฎหมาย

³³Amnesty International, "Universal Jurisdiction : The Duty of States to Enact and Enforce Legislation : Chapter Four – Part B," Amnesty International Report, (September 2001), AI Index : IOR 53/007/2001 (<http://amnesty.org>), November 2001.

* ความผิดฐานก่อการร้ายนี้ยังคงมีข้อโต้แย้งกันอยู่ว่าการกระทำในลักษณะนี้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศหรือไม่ โดยรัฐฝ่ายหนึ่งซึ่งมักเป็นรัฐที่เป็นเป้าโจมตีจากบรรดาผู้ก่อการร้ายก็ จะมีความเห็นว่าการก่อการร้ายเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ในขณะที่รัฐซึ่งเป็นฝ่ายที่ใช้การก่อการร้ายเป็นวิธีการหนึ่งในการบรรลุวัตถุประสงค์ของตน ก็มีความเห็นโต้แย้งว่าการก่อการร้ายมิใช่อาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับความผิดเกี่ยวกับการค้าสารเสพติด ซึ่งมีความเห็นแยกเป็นสองฝ่ายขัดแย้งกัน โดยฝ่ายรัฐที่ได้รับผลกระทบจากการค้าสารเสพติดก็จะเห็นว่าการกระทำนี้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ในขณะที่รัฐที่ได้รับผลประโยชน์จากการค้ายาเสพติดก็จะคัดค้านว่าไม่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามแนวโน้มของรัฐส่วนใหญ่จะเห็นพ้องไปในทางเดียวกันว่าการก่อการร้ายและการค้าสารเสพติดนี้ถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน

ภายในของสหราชอาณาจักรใน *Criminal Justice Act 1988 Section 134* ได้บัญญัติให้ความหมายของลักษณะของการทรมานเอาไว้เฉพาะกรณีของการได้รับบาดเจ็บ หรือได้รับความเสียหาย หรือถูกขู่ข่มขู่โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่ได้กระทำการตามที่ได้รับมอบหมาย หรือการกระทำ หรือการให้ความยินยอมหรือการนิ่งเฉยของบุคคลดังกล่าวว่าการกระทำนั้นได้กระทำไปตามหน้าที่ หรือเข้าใจว่าได้กระทำไปตามหน้าที่ของตน ซึ่งส่งผลให้การกระทำที่เป็นความผิดฐานทรมานตามอนุสัญญาทรมานไม่เป็นความผิดตามกฎหมายสหราชอาณาจักร ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายสหราชอาณาจักรได้ เช่นเดียวกับกรณีของประเทศเดนมาร์กซึ่งได้นิยามความหมายของอาชญากรรมสงครามไว้ไม่ครบถ้วน ลักษณะการกระทำอาชญากรรมสงครามบางลักษณะจึงไม่สามารถลงโทษได้ในประเทศเดนมาร์ก³⁴

2.1.3 ปัญหาการขาดบทบัญญัติของกฎหมายรับรองการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลเหนือการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ

การขาดบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐซึ่งให้การรับรองการใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลนี้ เป็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากทำให้รัฐขาดความชอบธรรมในการพิจารณาคดี ซึ่งทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินการพิจารณาคดีกับผู้นำรัฐได้ ดังจะเห็นได้จากกรณีของการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ในประเทศเดนมาร์ก

การดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเชต์ ในประเทศเดนมาร์ก

ในวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 ชาวชิลีที่อาศัยอยู่ในประเทศเดนมาร์กจำนวน 15 คน ได้ยื่นคำร้องต่อหัวหน้าพนักงานอัยการประเทศเดนมาร์กเพื่อให้ทางพนักงานอัยการเริ่มการสอบสวนคดีและร้องขอให้พนักงานอัยการมีคำร้องไปยังสหราชอาณาจักรเพื่อให้สหราชอาณาจักรส่งตัวพลเอกปิโนเชต์มายังประเทศเดนมาร์กเพื่อดำเนินคดีตามคำร้องขอของชาวชิลีที่อาศัยอยู่ในประเทศเดนมาร์ก โดยกล่าวหาว่าพลเอกออกุสโต ปิโนเชต์ได้ทำการทรมานและทารุณกรรม

*เปรียบเทียบกับบทบัญญัติของอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 มาตรา 1

³⁴Fiona Makay,"Universal Jurisdiction in Europe : Criminal Prosecutions in Europe since 1990 for War Crimes, Crimes Against Humanity, Torture and Genocide." (<http://www.redress.org/unijeur.html>) ,June 2000.

แต่หากพิจารณากฎหมายภายในของประเทศเดนมาร์กแล้วจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเดนมาร์ก (*The Danish Penal Code*) Article 8 Section 5 ได้บัญญัติให้ศาลภายในของประเทศเดนมาร์กใช้ดุลอำนาจของตนในการพิจารณาคดีได้ หากการกระทำที่เกิดขึ้นภายนอกดินแดนของประเทศเดนมาร์กเป็นการกระทำที่อนุสัญญาระหว่างประเทศกำหนดให้ประเทศเดนมาร์กมีพันธกรณีที่จะต้องเริ่มต้นกระบวนการทางกฎหมาย³⁵ ดังนั้นในการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายกับพลเอกปิโนเชในกรณีนี้ ศาลของประเทศเดนมาร์กน่าจะสามารถใช้ดุลอำนาจของตนเหนือการกระทำที่ทรมาณได้ของพลเอกปิโนเชได้ด้วย เนื่องจากความผิดฐานทำทารุณกรรมนี้เป็นการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งได้รับการรับรองไว้โดยอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 ซึ่งประเทศเดนมาร์กเป็นภาคีอยู่ด้วย ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของหัวหน้าพนักงานอัยการและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของประเทศเดนมาร์ก

2.2 ปัญหาจากการที่ผู้นำรัฐยกความคุ้มกันขึ้นกล่าวอ้างต่อศาลภายในของรัฐ

จากการที่ได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐมาแล้วในบทที่ 3 พบว่าผู้นำรัฐมักจะกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนเองเสมอ ไม่ว่าจะถูกฟ้องร้องเป็น

³⁵The Danish Penal Code ใน Article 8 บัญญัติว่า

“The following acts committed outside the territory of the Danish state, shall also come within Danish criminal jurisdiction, irrespective of the nationality of the perpetrator,

(1) ...

(2) ...

(3) ...

(4) ...

(5) where the act is covered by the international convention in pursuance of which Denmark is under an obligation to start legal proceedings.”

English translation in Gitte Hoyer, Martin Spencer and Vagn Greve, The Danish Criminal Code : English Version. (Copenhagen : DJOF Publishing, 1999.)

ดำเนินกระบวนการทางกฎหมายกับพลเอกปิโนเชในกรณีนี้ นั่น ศาลของประเทศเดนมาร์กน่าจะ สามารถใช้ดุลอาณัติของตนเหนือการกระทำที่กระทำโดยพลเอกปิโนเชได้ด้วย เนื่องจาก ความผิดฐานทำอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งได้รับการรับรองไว้ โดยอนุสัญญาอาชญากรรม ค.ศ.1984 ซึ่งประเทศเดนมาร์กเป็นภาคีอยู่ด้วย ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็น ขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของหัวหน้าพนักงานอัยการและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของประเทศ เดนมาร์ก

2.2 ปัญหาจากการที่ผู้นำรัฐยกความคุ้มกันขึ้นกล่าวอ้างต่อศาลภายในของรัฐ

จากการที่ได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐมา แล้วในบทที่ 3 พบว่าผู้นำรัฐมักจะกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนเองเสมอ ไม่ว่าจะถูกฟ้องร้องเป็น จำเลยต่อศาลภายในของรัฐโดยมูลเหตุในเรื่องใดก็ตามไม่ว่าคดีนั้นจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาก็ ตาม ซึ่งนั่นหมายรวมถึงในกรณีของการทำอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วย ความคุ้มกันของผู้นำ รัฐจึงเป็นอุปสรรคที่สำคัญประการหนึ่งในการดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐ ซึ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้อง กับความคุ้มกันของผู้นำรัฐนี้ประกอบด้วยปัญหาย่อยๆหลายประการคือ

2.2.1 ปัญหาจากการที่ไม่มีกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกัน ของผู้นำรัฐ

เนื่องจากในบางรัฐนั้นมิได้มีการออกกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับความ คุ้มกันของผู้นำรัฐเอาไว้เลย ซึ่งเมื่อเกิดกรณีที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้นำรัฐต่อศาลภายในของรัฐ นั้น ก็จะก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐขึ้นได้ สำหรับ ในกรณีของรัฐที่มีระบบแนวความคิดของกฎหมายแบบเอกนิยมอาจไม่ค่อยมีปัญหามากนักในการ หากกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาคดี เนื่องจากรัฐเหล่านี้สามารถนำหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ระหว่างประเทศมาปรับใช้ได้ทันที ซึ่งแตกต่างจากในกรณีของรัฐที่มีแนวความคิดแบบทวินิยม

-
- (5) where the act is covered by the international convention in pursuance of which Denmark is under an obligation to start legal proceedings.”

English translation in Gitte Hoyer, Martin Spencer and Vagn Greve, The Danish Criminal Code : English Version, (Copenhagen : DJOF Publishing, 1999.)

เนื่องจากไม่สามารถนำกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้ได้ทันที เนื่องจากจะต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการเสียก่อน ซึ่งศาลภายในของรัฐนั้นอาจจะต้องนำกฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่นของรัฐเองมาปรับใช้ในการดำเนินคดี ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่นของรัฐต่าง ๆ นั้นมักมีลักษณะเหมือนกัน คือให้ยอมรับหลักความคุ้มกันของผู้นำรัฐของตนเอง และในทางปฏิบัติของรัฐทั่วไปจะขยายการให้ความคุ้มกันออกไปยังผู้นำรัฐอื่นด้วยเพื่อสัมพันธ์อันดีระหว่างกัน³⁶ ดังที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งการที่รัฐไม่มีกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐนี้เป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่อาจส่งผลให้ผู้นำรัฐรอดพ้นจากการดำเนินคดีและในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่นในกรณีของประเทศไทย ซึ่งหากเกิดการฟ้องคดีกับผู้นำรัฐต่อศาลไทยแล้ว ก็เกิดปัญหาว่าผู้นำรัฐต่างประเทศนั้นจะได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของศาลไทยหรือไม่ เนื่องจากไม่มีกฎหมายฉบับใดที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่างประเทศเอาไว้เลย ซึ่งหากศาลไทยจะพิจารณาคดีนี้โดยใช้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ก็เกิดปัญหาในเรื่องความชอบธรรมในการพิจารณาคดี เนื่องจากไม่มีกฎหมายภายในฉบับใดที่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้ภายในรัฐ แต่หากพิจารณากฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่นของไทยจะเห็นได้ว่า ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ในอดีตเป็นต้นมา จะบัญญัติรับรองความคุ้มกันของพระมหากษัตริย์ไทยเอาไว้ ด้วยเหตุนี้หากมีการขึ้นศาลไทย ศาลอาจยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่างประเทศในการกระทำความผิดอาญาก็ได้ เนื่องจากศาลอาจวินิจฉัยว่าผู้นำรัฐต่างประเทศอื่นก็มีฐานะเท่าเทียมกับพระมหากษัตริย์ไทย สมควรที่จะได้รับการปฏิบัติในลักษณะเดียวกันกับพระมหากษัตริย์ไทยก็ได้

2.2.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐ

ถึงแม้ว่าในบางรัฐจะได้มีการออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกัน แต่ส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐหรือความคุ้มกันของผู้แทนทางการทูตเป็นหลัก ซึ่งเมื่อเกิดคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแล้ว ทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายฉบับนั้น สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีที่ผู้นำรัฐถูกฟ้องร้องในการทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้หรือไม่ เช่นในกรณีของประเทศไทยหรืออเมริกา ซึ่งใน

³⁶S.V.George, "Note: Head-of-State Immunity in the United States Courts : Still Confused After All These Years," *Fordham Law Review* 64(1995): 1056.

Foreign Sovereign Immunity Act 1976 มิได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐเอาไว้เลย ส่งผลให้เมื่อเกิดการฟ้องร้องผู้นำรัฐเป็นจำเลยในศาลสหรัฐอเมริกา ศาลสหรัฐอเมริกาจึงต้องขอคำแนะนำไปยังฝ่ายบริหารว่าผู้นำรัฐในคดีนั้นควรได้รับความคุ้มกันในฐานะผู้นำรัฐหรือไม่ และหากฝ่ายบริหารนั้นไม่ได้ให้คำแนะนำใดๆต่อศาลตามคำร้องขอ ก็จะทำให้ศาลสหรัฐอเมริกาจะต้องเป็นผู้ค้นหากฎหมายมาปรับใช้กฎหมายในการดำเนินคดีเอง ซึ่งจากความไม่ชัดเจนนี้เองได้ส่งผลให้การตีความของศาลสหรัฐอเมริกาในแต่ละคดีอาจแตกต่างกันออกไป เช่นในคดี *Lafontant v. Aristide* และ *Hilao v. Marcos* ซึ่งแม้ว่าทั้งสองคดีนี้จะเป็นการฟ้องร้องผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นคดีแพ่งก็ตาม แต่จากคำพิพากษาของทั้งสองคดีก็ทำให้เห็นถึงความขัดแย้งในการตีความกฎหมายภายในของรัฐฉบับเดียวกัน เกี่ยวกับการยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐของศาลในกรณีที่ผู้นำรัฐนั้นถูกฟ้องร้องอันเนื่องมาจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน

คดี *Lafontant v. Aristide*

ในคดีนี้ *Jean-Bertrande Aristide* อดีตประธานาธิบดีของประเทศเฮติ ซึ่งในขณะนั้นได้ลี้ภัยทางการเมืองมาอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งต่อศาลจังหวัดในเมนิยอร์ค โดยญาติของนักโทษทางการเมืองที่อยู่ฝ่ายตรงข้ามกับฝ่ายรัฐบาลซึ่งถูกทหารเฮติสังหารตามคำสั่งของ *Jean-Bertrande Aristide* ซึ่งต่อมาศาลจังหวัดเมนิยอร์คได้วินิจฉัยคดีโดยให้ความคุ้มกันแก่ *Jean-Bertrande Aristide* ตามหนังสือแนะนำจากฝ่ายบริหารและมีคำพิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์ ซึ่งในคดีนี้ศาลเมนิยอร์คได้วินิจฉัยว่า *Foreign Sovereign Immunity Act 1976* นั้นเป็นกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ได้เฉพาะความคุ้มกันของรัฐแต่เพียงอย่างเดียว ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐที่ถูกฟ้องร้องคดีได้ แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้จะมีกฎหมายฉบับนี้แล้ว แนวความคิดในการให้ความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดในการกระทำในฐานะผู้นำรัฐที่มีอยู่ก่อนจะมีการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้นั้น ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา³⁷

³⁷ Ibid. : 1053.

คดี Hilao v. Macos

ในคดีนี้ นาย *Ferdinand Marcos* อดีตประธานาธิบดีของประเทศฟิลิปปินส์และภริยา ซึ่งได้ลี้ภัยทางการเมืองไปอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ถูกฟ้องร้องจากบรรดาครอบครัวของประชาชนซึ่งถูกทรมานและถูกประหารอย่างผิดกฎหมายในประเทศฟิลิปปินส์ ตามคำสั่งของ นาย *Ferdinand Marcos* ในช่วงเวลาที่เขาดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของฟิลิปปินส์อยู่ ต่อศาลในรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งศาลในคดีนี้ได้พิจารณาคดีโดยวินิจฉัยว่า *Foreign Sovereign Immunity Act 1976* นั้นสามารถนำมาปรับใช้กับคดีนี้ได้ เนื่องจากผู้นำรัฐนั้นถือเป็น “an agency or instrumentality of a foreign state” ตามที่บัญญัติไว้ใน *Foreign Sovereign Immunity Act 1976* และได้มีคำพิพากษาว่านาย *Ferdinand Marcos* ไม่มีความคุ้มกันในการกระทำตามที่ถูกล่ามทา เพราะการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชน จึงมิใช่เป็นการกระทำตามหน้าที่ราชการของผู้นำรัฐ³⁸

2.3 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐ

ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐนั้นเป็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่เป็นเหตุให้ไม่สามารถนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐนั้น สามารถจำแนกออกได้เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการแทรกแซงทางการเมือง และปัญหาที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงของรัฐที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ

2.3.1 ปัญหาการแทรกแซงทางการเมือง

ปัญหาการแทรกแซงทางการเมืองนั้นส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นจากเหตุผลทางการเมืองเป็นสำคัญ ทั้งในเรื่องของผลประโยชน์ของรัฐและพลเมืองของรัฐและความสัมพันธ์อันดีระหว่างรัฐต่างๆ ในสังคมระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ซึ่งการแทรกแซงทางการเมืองนี้สามารถเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี

³⁸ Ibid. : 1054.

ก. การแทรกแซงทางการเมืองที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการเริ่มต้นสอบสวนคดี

การกระทำความผิดอาญานั้นถือเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมภายในรัฐ รัฐจึงต้องเข้ามาดำเนินการปราบปรามการกระทำความผิดอาญาเหล่านั้น โดยการจับกุมตัวมาดำเนินคดีและลงโทษ ดังนั้นในการเริ่มต้นกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐส่วนใหญ่จะกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งในการดำเนินการของบุคคลเหล่านี้นี้อาจได้ถูกกำหนดแนวทางดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้นำรัฐนั้นรอดพ้นจากการถูกดำเนินคดีและลงโทษสำหรับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศของตนได้

การพิจารณาคดีกับ Hissene Habre ในประเทศเซเนกัล

การพิจารณาคดีกับ Hissene Habre อดีตผู้นำรัฐของประเทศชาदनัน เกิดขึ้นภายหลังจากที่ศาลสหราชอาณาจักรมีคำพิพากษาโดยเสียงส่วนใหญ่ว่า พลเอกปิโนเชออดีตผู้นำรัฐของประเทศชิลีไม่ได้รับความคุ้มกันในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ตนเองได้กระทำขึ้นในขณะดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐ ซึ่งการดำเนินคดีกับ Hissene Habre ในประเทศเซเนกัลนี้ เริ่มต้นขึ้นจากการที่ชาวชาติ 7 คน กับสมาคมเหยื่อของการปราบปรามทางการเมืองและอาชญากรรม (AUPRC) เป็นโจทก์ร่วมกันยื่นฟ้อง Hissene Habre ต่อศาลในข้อหาทรมาน, กระทำการอันป่าเถื่อน และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ทัศนคติของ Hissene Habre* ได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ยกฟ้องโดยอ้างว่า ศาลเซเนกัลไม่มีอำนาจในการพิจารณาความผิดที่เกิดขึ้นในประเทศชาติ และความผิดที่ถูกกล่าวหาเป็นความผิดที่เกิดขึ้นก่อนที่เซเนกัลจะให้สัตยาบันอนุสัญญาอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 ยิ่งไปกว่านั้นแล้วคดีนี้ขาดอายุความแล้ว และต่อมาสำนักงานอัยการของเซเนกัลได้มีคำแนะนำให้ยกฟ้องคดีนี้

* ทัศนคติของ Habre คือ Niang เป็นที่ปรึกษาใกล้ชิดกับประธานาธิบดี Wade ทางเนติบัญญัติสภาของเซเนกัลมีคำสั่งให้ Niang ถอนตัวจากการเป็นทนายความของ Habre และไม่อนุญาตให้ทำหน้าที่ทนายความตลอดเวลาที่เป็นที่ปรึกษาของประธานาธิบดี แต่ประธานาธิบดี Wade มีคำสั่งให้ Niang ทำหน้าที่ทนายความต่อไปได้อย่างปกติ ซึ่งต่อมาไม่นานผู้ช่วยอัยการได้มีคำแนะนำให้ยกฟ้อง Habre

ในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.2000 ศาลได้มีคำพิพากษายกฟ้อง โดยอ้างว่าศาลไม่มีดุล
 อาณาเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นนอกดินแดนของประเทศเซเนกัล และความผิดฐานอาชญากรรม
 ต่อมนุษยชาติไม่เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของเซเนกัล การดำเนินคดีจึงเป็นการขัดกับ
 หลักความถูกต้อง ต่อมาได้มีการอุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลสูงของเซเนกัล โดยอ้างเหตุว่าคำ
 พิพากษาดังกล่าวขัดกับอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 มาตรา 7 ประกอบกับรัฐธรรมนูญของเซเน
 กัลกำหนดให้อนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 มีสถานะสูงกว่ากฎหมายภายใน³⁹ และเป็นสนธิสัญญา
 ที่มีผลใช้บังคับทันทีที่เป็นภาคี ซึ่งพนักงานอัยการของศาลสูงรับอุทธรณ์ แต่ศาลสูงได้วินิจฉัยโดย
 ไม่มีการพิจารณาถึงอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 และรัฐธรรมนูญของเซเนกัลเลย และมีคำ
 พิพากษาให้ยกอุทธรณ์ในที่สุด

ข. การแทรกแซงในขั้นตอนของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นวิธีการของความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาวิธี
 การหนึ่ง ซึ่งอาจมีขั้นตอนและผู้มีอำนาจที่ขาดในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแตกต่างกันไปในแต่ละ
 ประเทศ สำหรับในกรณีของประเทศอังกฤษนั้น พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนของอังกฤษ
 กำหนดให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าจะส่งผู้ร้ายข้าม
 แดนไปยังรัฐที่ร้องขอหรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาคดีส่งตัวพลเอกปิโนเชต์ตามคำร้องขอของประเทศ
 สเปนนั้น แม้ว่าศาลฎีกาคณะสุดท้ายจะมีคำวินิจฉัยโดยคะแนน 6:1 ว่าพลเอกปิโนเชต์ไม่มีความคุ้ม
 กันในการกระทำการทรมานที่เกิดขึ้นภายหลัง ค.ศ.1988 อนุญาตให้มีการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้าม
 แดนต่อไป แต่นาย *Jack Starw* รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยของอังกฤษก็มีคำวินิจฉัยให้ส่ง
 ตัวพลเอกปิโนเชต์กลับประเทศชิลีแทนการส่งตัวไปยังประเทศสเปนตามคำร้องขอในที่สุด

³⁹Constitution of Senegal, Article 79 บัญญัติว่า

“The treaties or agreement regularly ratified or approved have, on their
 publication, an authority superior to that of the laws, subject, for each treaty or
 agreement, to its application by the other party.”

English translation in Gilbert H. Flanz,ed., Constitution of the Countries of the World,
 (New York : Oceana Publication, 1998), Release 98-7.

ค. การแทรกแซงในขณะพิจารณาคดี

การแทรกแซงในชั้นตอนนี้ปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุดในประเทศสหรัฐอเมริกา ฝ่ายบริหารมักจะเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาคดีที่ผู้นำรัฐถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล เนื่องจากศาลมักจะขอคำแนะนำจากฝ่ายบริหารในประเด็นเรื่องความคุ้มกันของจำเลยซึ่งเป็นผู้นำรัฐ เพราะการพิจารณาคดีกับผู้นำรัฐนั้นอาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างสหรัฐอเมริกากับรัฐที่ผู้นำรัฐของตนถูกดำเนินคดีได้ ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่ศาลจะขอคำแนะนำจากฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจเด็ดขาดในกิจการระหว่างประเทศเสียก่อน และในการให้คำแนะนำแก่ศาลนั้นแน่นอนว่าฝ่ายบริหารอาจคำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐมากกว่าตัวบทกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุให้อำนาจทางการเมืองเข้ามาแทรกแซงการพิจารณาคดีของศาลได้ แม้ว่าไม่มีกฎหมายฉบับใดของสหรัฐอเมริกากำหนดให้ศาลจะต้องพิจารณาคดีให้เป็นไปตามคำแนะนำของฝ่ายบริหารก็ตาม แต่ก็มักจะปรากฏให้เห็นอยู่เสมอว่าหากมีคำแนะนำจากฝ่ายบริหารมายังศาลแล้ว ศาลก็จะพิจารณาประเด็นในเรื่องความคุ้มกันตามคำแนะนำของฝ่ายบริหาร ซึ่งแนวทางปฏิบัติในลักษณะนี้อาจเป็นอุปสรรคประการหนึ่งที่ทำให้ผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่ถูกดำเนินคดีและลงโทษในศาลสหรัฐอเมริกาได้ ซึ่งหากรัฐอื่นประสงค์จะดำเนินคดีกับผู้นำรัฐนั้นสำหรับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นอีกก็อาจเป็นการขัดกับหลักกฎหมายที่ว่า ไม่มีผู้ใดได้รับการพิจารณาคดีสองครั้งในความผิดฐานเดียว และส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมขาดมาตรฐาน ทำให้บุคคลไม่ได้รับความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกันภายในกฎหมาย

2.3.2 ปัญหาที่เกิดจากเจตจำนงของรัฐที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ

ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของผู้นำรัฐนั้น หน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งนั่นก็คือการเจริญความสัมพันธ์อันดีกับรัฐอื่นๆในสังคมนานาชาติ และจากความสัมพันธ์อันดีนี้เองหากมีการฟ้องร้องผู้นำรัฐต่างประเทศในศาลภายในของรัฐแล้ว รัฐอาจแสดงเจตจำนงที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้นำรัฐต่างประเทศนั้น ส่งผลให้ผู้นำรัฐอาจรอดพ้นจากการดำเนินคดีของศาลภายในรัฐนั้นได้

การดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่ในประเทศเนเธอร์แลนด์

ในวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1994 สำนักงานอัยการกลางในกรุงอัมสเตอร์ดัมได้รับคำร้องขอให้ดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ ซึ่งขณะนั้นได้เดินทางเข้ามาในประเทศเนเธอร์แลนด์ สำหรับ

การกระทำการทรมานในประเทศชิลี ในช่วงปี ค.ศ.1973 ถึง ค.ศ.1978 ตามอนุสัญญาทรมาน ค.ศ.1984 และ *The Act of 29 September 1988 implementing the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Implementation) Act, No.478 Section 5*

ต่อมาในวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ.1994 พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องโดยอ้างเหตุผลว่า วัตถุประสงค์ในการฟ้องร้องนั้นเคลือบคลุม, รัฐบาลไม่เคยมีคำสั่งตัดสินให้มีการส่งตัวอดีตนายกรัฐมนตรีไปยังรัฐอื่นมาก่อน, พลเอกปิโนเชต์ยังคงดำรงตำแหน่งผู้นำระดับสูงทางทหารของประเทศชิลีอยู่ และ ยังได้รับความคุ้มครองในฐานะอดีตนายกรัฐมนตรีซึ่งอาจกล่าวอ้างความคุ้มกันต่อศาลได้ การดำเนินคดีกับ พลเอกปิโนเชต์จะพบกับอุปสรรคอย่างมากมาย⁴⁰ ต่อมาได้มีการอุทธรณ์คำสั่งไม่ฟ้องคดีของ พนักงานอัยการต่อศาลอุทธรณ์ ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาเห็นฟ้องกับคำสั่งไม่ฟ้องคดีของ พนักงานอัยการ ส่งผลให้พลเอกปิโนเชต์รอดพ้นจากการถูกดำเนินคดีในศาลของประเทศเนเธอร์แลนด์ และเดินทางออกจากประเทศเนเธอร์แลนด์ในเวลาต่อมา

2.4 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรากฏตัวของผู้กระทำความผิด

หลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาได้วางหลักเกี่ยวกับการพิจารณาคดีอาญากับบุคคลผู้กระทำความผิดอาญาเอาไว้ประการหนึ่งว่า การพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำต่อหน้าจำเลย ดังนั้นแม้รัฐจะเริ่มต้นดำเนินกระบวนการยุติธรรมเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่น การเริ่มต้นสืบสวนสอบสวนคดี การยื่นฟ้องคดีต่อศาลและศาลได้มีคำสั่ง

⁴⁰ความเห็นของอัยการในการสั่งไม่ฟ้องมีดังนี้คือ

“[t]he complaint is manifestly unfounded, even if it might be assumed that CKN, the complainant as evidenced by its objective and factual activities, promotes an interest that is harmed directly by the decision not to prosecute Pinochet. The reason is that criminal proceeding against Pinochet by the Dutch Public Prosecutor Service will evidently encounter so many legal and factual problems that the Public Prosecutor was completely right in waiving such proceedings.”

Amnesty International, “Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Legislation : Chapter Ten,” Amnesty International Report, September 2001, AI Index : IOR 53/013/2001 (<http://www.amnesty.org>)

ประทับฟ้องแล้วก็ตาม แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏให้เห็นว่ารัฐไม่สามารถจับกุมตัว (*physical control*) ผู้นำรัฐได้ รัฐก็ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐในขั้นตอนการพิจารณาของศาลได้ ศาลจะต้องรองกว่ารัฐจะสามารถนำตัวผู้นำรัฐมาส่งศาลในฐานะจำเลยในคดีเสียก่อนจึงจะเริ่มเข้าสู่ขั้นตอนการพิจารณาคดีของศาลได้ ดังนั้นการปรากฏตัวของผู้นำรัฐจึงเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ และเป็นอุปสรรคที่สำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้

การดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่ในประเทศสเปน

การดำเนินคดีกับพลเอกออกุสโต ปิโนเช่ในประเทศสเปน ได้เริ่มต้นขึ้นในวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.1998 โดยศาลแขวงของสเปนได้ทำการสืบสวนคำร้องทุกข์ของกลุ่มสิทธิมนุษยชนของอาร์เจนติน่า กลุ่มฝ่ายซ้ายทางการเมืองของประเทศสเปนและสมาคมอัยการอิสระ ซึ่งในคำร้องนั้นปรากฏคำร้องของชาวชิลีเกี่ยวกับปฏิบัติการ *Operation Condor* ศาลแขวงของสเปนพิจารณาคดีแล้วเห็นว่า ศาลแขวงของสเปนมีดุลยพินิจเห็นว่าการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในประเทศอาร์เจนติน่าได้ และเมื่อศาลแขวงของสเปนได้รับทราบว่ขณะนั้นพลเอกปิโนเช่ปรากฏตัวอยู่ในประเทศอังกฤษ ศาลแขวงสเปนจึงได้ออกหมายจับและร้องขอไปยังประเทศอังกฤษเพื่อให้ส่งตัวพลเอกปิโนเช่มาดำเนินคดียังศาลของประเทศสเปน⁴¹

ต่อมาภายหลังเมื่อมีการออกหมายจับระหว่างประเทศแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของสเปน ได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านการดำเนินการดังกล่าวต่อศาลกลางของประเทศสเปน เพื่อให้ถอนคำร้องขอให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนเพราะเหตุว่าศาลของสเปนไม่มีอำนาจเหนือความผิดเหล่านั้น นอกจากนั้นแล้วหัวหน้าพนักงานอัยการของสเปนก็ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลกลางของสเปนด้วย โดยอ้างเหตุผลว่า พลเอกปิโนเช่มีความคุ้มกันในฐานะอดีตผู้นำรัฐ อนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของยุโรปไม่สามารถปรับใช้ได้ ในคดีนี้ เพราะทั้งสเปนและอังกฤษได้ให้สัตยาบันภายหลังจากการกระทำความผิดได้เกิดขึ้นแล้ว, ความผิดที่พลเอกปิโนเช่ได้กระทำขึ้นนั้นไม่ใช่การก่อ

⁴¹Leslie Turano Taylor, "Jurisdiction in Pinochet Case : The View from Spain," *European Public Law* 6(December 2000) : 614-615.

สเปนได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้ในวันที่ 21 เมษายน ค.ศ.1982 ส่วนอังกฤษได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1991

การร้ายและอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และการกระทำดังกล่าวไม่สามารถส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้ เพราะการกระทำนี้ควรตกอยู่ใต้ดุลอาณาของประเทศชิลี ซึ่งตามกฎหมายสเปนแล้วจะหลีกเลี่ยงให้กับการปรับใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักดินแดน⁴² ในวันที่ 4-5 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 ศาลกลางของสเปนได้มีคำวินิจฉัยว่าศาลสเปนมีอำนาจเหนือคดีเกี่ยวกับความผิดที่เกิดขึ้นในประเทศอาร์เจนติน่า และคดีเกี่ยวกับพลเอกปิโนเชต์ทั้งหมด ให้ยกคำคัดค้านทั้งหมด

การดำเนินคดีกับพลเอกออสโต ปิโนเชต์ในประเทศเบลเยียม

ในวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 ชาวชิลีที่อาศัยอยู่ในประเทศเบลเยียม 6 คนได้ยื่นคำร้องขอให้รัฐบาลของเบลเยียมออกหมายจับระหว่างประเทศและร้องขอให้สหราชอาณาจักรส่งตัวพลเอกปิโนเชต์ มาดำเนินคดีในเบลเยียม โดยกล่าวหาว่าพลเอกปิโนเชต์กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งขัดต่อบทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949

ในวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 *Daniel Vandermeersch* ผู้พิพากษาที่ทำการสืบสวนคดีได้วินิจฉัยว่า ศาลของเบลเยียมสามารถใช้ดุลอาณาในการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์สำหรับการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาด (*Jus cogens*) ซึ่งให้อำนาจแก่ศาลภายในของรัฐในการดำเนินคดีได้ ประเทศเบลเยียมจึงได้ออกหมายจับระหว่างประเทศ และร้องขอให้สหราชอาณาจักรส่งตัวพลเอกปิโนเชต์มายังประเทศเบลเยียม เพื่อดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ต่อไป

ซึ่งในการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ในประเทศสเปนและประเทศเบลเยียมที่กล่าวมาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าแม้จะมีการเริ่มต้นดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์แล้วก็ตาม แต่ศาลภายในของทั้งสองประเทศต่างก็ได้ดำเนินการร้องขอให้สหราชอาณาจักร ซึ่งเป็นประเทศที่ควบคุมตัวพลเอกปิโนเชต์ ให้ส่งตัวพลเอกปิโนเชต์มายังประเทศทั้งสองเพื่อดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ตามกฎหมายภายในรัฐต่อไป ดังนั้นในที่สุดเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยของสหราชอาณาจักรวินิจฉัยให้ส่งตัวพลเอกปิโนเชต์กลับไปยังประเทศชิลี การดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ในศาลทั้งสองประเทศ

⁴²Richard J. Wilson, "Prosecuting Pinochet in Spain," Human Rights Brief Human Rights Brief 6(1999) : 23.

จึงไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ เนื่องจากจะเป็นการขัดกับหลักกฎหมายอาญาที่ว่า ศาลไม่สามารถดำเนินกระบวนการทางอาญาลับหลังจำเลยได้ (*in absentia*)

2.5 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากตัวผู้นำรัฐซึ่งกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเอง

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากตัวผู้นำรัฐเองนี้ เป็นผลมาจากการที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐเอาไว้ โดยมีพื้นฐานมาจากการให้การยอมรับสถานะพิเศษบางประการตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งผลของการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ ส่งผลให้รัฐทั้งหลายในสังคมนานาชาติจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายจารีตประเพณีกำหนดเอาไว้ด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์บางประการนี้ได้ส่งผลกระทบต่อ การดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในศาลภายในของรัฐด้วยประการหนึ่ง

2.5.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากสถานะของผู้นำรัฐ

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากสถานะของตัวผู้นำรัฐเองซึ่งทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐต่างประเทศนี้ มักจะเป็นไปในลักษณะที่ว่าในขณะที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น ผู้นำรัฐยังคงดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ ซึ่งในกรณีนี้ผู้นำรัฐจะได้รับความคุ้มกันจากกฎหมายระหว่างประเทศตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคล (*ratione personae*) ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่าความคุ้มกันจากการใช้ดุลอาณัติของรัฐต่างประเทศอย่างเด็ดขาด เพราะถือว่าการกระทำในฐานะผู้นำรัฐนั้นเป็นการกระทำของรัฐและถือว่าผู้นำรัฐเป็นบุคคลคนเดียวกับรัฐ การใช้ดุลอาณัติของรัฐเหนือการกระทำของผู้นำรัฐและตัวของผู้นำรัฐเองในขณะที่ดำรงตำแหน่งอยู่ย่อมเป็นการไม่สมควร ซึ่งหากรัฐนั้นใช้ระบบการปกครองแบบกษัตริย์แล้ว ผู้นำรัฐมักจะพ้นจากตำแหน่งก็ต่อเมื่อสวรรคตแล้วเท่านั้น ทำให้ผู้นำรัฐได้รับความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคล (*ratione personae*) อย่างเด็ดขาดตลอดระยะเวลาที่มีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐในการทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้

การดำเนินคดีกับพันเอก *Mouammar Ghaddafi* ในประเทศฝรั่งเศส⁴³

จุดเริ่มต้นของคดีนี้เกิดขึ้นจากเหตุการณ์ที่เครื่องบิน DC-10 ของสายการบิน UTA ระเบิดขึ้นเหนือทะเลทราย Tenere ในวันที่ 19 กันยายน ค.ศ.1989 ส่งผลให้ผู้โดยสารจำนวน 156 คนและลูกเรืออีก 15 คนเสียชีวิต ซึ่งในจำนวนบุคคลที่เสียชีวิตนั้นรวมถึงพลเมืองชาวฝรั่งเศสด้วย ต่อมาได้มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับเหตุการณ์นี้ต่อศาลอาญา (*Cour d'Assises*) ซึ่งศาลอาญาได้มีคำพิพากษาลับหลังจำเลยว่าพลเมืองลิเบียจำนวน 6 คนซึ่งเป็นสมาชิกขององค์กรลับของลิเบียมีความผิดฐานฆาตกรรมและทำลายอากาศยานซึ่งเป็นส่วนประกอบหนึ่งของการก่อการร้าย

ซึ่งผลจากคำพิพากษาของศาลอาญานี้ทำให้บรรดากลุ่มองค์กรอิสระและผู้เกี่ยวข้อง กับเหยื่อในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นร่วมกับองค์กรผู้มีอำนาจของประเทศฝรั่งเศส ยื่นคำฟ้องกล่าวหา รัฐบาลลิเบียในฐานะที่เป็นผู้สั่งการให้กระทำการนั้น และร้องขอให้ดำเนินคดีกับพันเอก *Mouammar Ghaddafi* ในฐานะที่เป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำการก่อการร้าย โดย *juge d'instruction of the Tribunal de Grande Instance* ของกรุงปารีสได้ฟ้องร้องพันเอก *Ghaddafi* ในฐานะที่มีส่วนร่วมในการก่อการร้ายซึ่งนำไปสู่การฆาตกรรมและการทำลายอากาศยาน *Chambre d'accusation* เห็นพ้องด้วยกับข้อกล่าวหาดังกล่าว แต่ทางพนักงานอัยการได้ร้องขอให้ ศาลฎีกายกเลิกการพิจารณาคดีโดยเหตุผลว่า พันเอก *Ghaddafi* ได้รับความคุ้มกันในฐานะผู้นำ รัฐ ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยยอมรับความคุ้มกันของพันเอก *Ghaddafi* และปฏิเสธการใช้ดุลอาญา เหนือคดีนี้

การดำเนินคดีกับนาย *Ariel Sharon* ในประเทศเบลเยียม

การดำเนินคดีกับนาย *Ariel Sharon* นายกรัฐมนตรีของประเทศอิสราเอลในประเทศ เบลเยียมนั้น เริ่มต้นขึ้นเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2001 โดยชาวเลบานอนและชาวปาเลสไตน์ จำนวน 23 คน ซึ่งเป็นผู้รอดชีวิตมาจากการเหตุการณ์การสังหารหมู่ที่เกิดขึ้นในค่ายผู้อพยพในกรุง เบรุต ประเทศเลบานอน ได้ทำการยื่นฟ้องนาย *Ariel Sharon* ต่อศาลเบลเยียม โดยมีเนื้อหาในคำ ฟ้องว่า นาย *Ariel Sharon* ได้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้นในขณะที่ดำรงตำแหน่งรัฐ

⁴³Salvatore Zappal, "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation." European Journal of International Law (2001) (<http://www.ejil.org>) , January,2003.

มนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมของประเทศอิสราเอล โดยเป็นผู้สั่งการให้บรรดาทหารของอิสราเอล ทำการสังหารหมู่ชาวเลบานอนและและชาวปาเลสไตน์ที่อาศัยอยู่ในค่ายผู้พลัดถิ่นในกรุงเบรุต ในปีค.ศ.1982 ซึ่งจากเหตุการณ์นี้ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตมากกว่า 18,000 คน และบาดเจ็บมากกว่า 30,000 คน⁴⁴ ดังนั้นการกระทำของนาย Ariel Sharon จึงมีความผิดฐานกระทำอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม

ศาลเบลเยียมได้พิจารณาคดีอย่างรอบคอบในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลอาณัติของตนเหนือคดีนี้ เนื่องจากในวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2002 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ได้มีคำพิพากษาในคดี Congo v. Belgium วินิจฉัยให้ความคุ้มกันแก่รัฐมนตรีของประเทศ Congo ในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลเบลเยียมได้มีคำวินิจฉัยออกมาว่า ในกรณีความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้น นาย Ariel Sharon ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ เนื่องจากกฎหมายของเบลเยียมให้ระบุให้ศาลของเบลเยียมสามารถใช้ดุลอาณัติเหนือความผิดฐานอาชญากรรมสงครามได้ สำหรับประเด็นในเรื่องความคุ้มกันของนาย Ariel Sharon นั้น ศาลได้วินิจฉัยว่า แม้กฎหมายของเบลเยียมจะได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้กระทำอาชญากรรมสงครามไม่สามารถกล่าวอ้างตำแหน่งหน้าที่ราชการเพื่อให้พ้นจากการดำเนินคดีของศาลได้ก็ตาม แต่หากศาลเบลเยียมตีความกฎหมายของเบลเยียมไปในแนวทางนั้น ก็เท่ากับว่าการตีความนั้นขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ศาลเบลเยียมจึงได้มีคำพิพากษาว่า นาย Ariel Sharon นั้นไม่สามารถถูกดำเนินคดีในศาลเบลเยียมได้

หลังจากการตัดสินของศาลชั้นต้นก็ได้มีการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นไปยังศาลอุทธรณ์ของเบลเยียม และในวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2003 ศาลอุทธรณ์เบลเยียมก็ได้มีคำพิพากษาโดยวินิจฉัยเช่นเดียวกับศาลชั้นต้น ว่านาย Ariel Sharon ไม่สามารถถูกดำเนินคดีในศาลเบลเยียมได้⁴⁵

⁴⁴The Complaint Against Ariel Sharon Lodged in Belgium on 18 June 2001.

(<http://www.indictsharon.net>) ,October,2001.

⁴⁵Belgian Court of cassation, Ruling (<http://www.indictsharon.net>) April,2003.

2.5.2 ปัญหาเกี่ยวกับปัจจัยทางกายภาพอื่น

นอกจากปัญหาทั้งหมดที่กล่าวข้างต้นแล้ว ปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพและอายุของผู้นำรัฐ ก็เป็นปัจจัยอีกปัจจัยหนึ่ง ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐใน การทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ ดังจะเห็นได้จากการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ในสหราชอาณาจักรและประเทศชิลี รายละเอียดดังที่ได้ทำการศึกษามาแล้วในตอนต้นของบทนี้ แม้ศาล ของสหราชอาณาจักรจะมีคำพิพากษาไม่ยอมรับความคุ้มกันของพลเอกปิโนเช่ในการกระทำการ ทรมาน แต่พลเอกปิโนเช่กลับรอดพ้นจากการส่งตัวไปยังประเทศสเปนและประเทศเบลเยียมเพื่อ รับการดำเนินคดี เนื่องจากการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยของสหราชอาณาจักร ได้มีคำ วิวินิจฉัยว่าพลเอกปิโนเช่ไม่มีความสามารถที่จะต่อสู้คดีได้เนื่องจากมีปัญหาทางสุขภาพและส่งตัว กลับไปยังประเทศชิลี

สำหรับการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ในประเทศชิลีนั้น ศาลฎีกาของประเทศชิลีได้มี คำวินิจฉัยให้เพิกถอนความคุ้มกันของพลเอกปิโนเช่ในฐานะวุฒิสภา และมีคำสั่งให้ดำเนินคดีกับ พลเอกปิโนเช่ต่อไป แต่เนื่องจากในระหว่างพิจารณาคดีพลเอกปิโนเช่ซึ่งในขณะนั้นมีอายุ 86 ปีมี อาการปวดศีรษะอย่างมาก จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอเข้ารับการตรวจรักษาจากแพทย์ เมื่อ แพทย์ได้ทำการตรวจรักษาแล้วพบว่าพลเอกปิโนเช่มีอาการเส้นเลือดในสมองแตกเล็กน้อย และมี อาการของโรคไขข้ออักเสบและโรคเบาหวานอีกทั้งมีสภาพจิตใจไม่สมบูรณ์ ซึ่งต่อมาศาลฎีกาของ ประเทศชิลีได้มีคำวินิจฉัยว่าพลเอกปิโนเช่ในวัย 86 ปี มีปัญหาสุขภาพทั้งทางร่างกายและจิตใจไม่ สามารถต่อสู้คดีได้จึงให้ปล่อยตัวพลเอกปิโนเช่ไป

จากที่ได้ทำการศึกษาถึงปัญหาต่างๆที่เป็นสาเหตุให้ศาลภายในของรัฐไม่สามารถ ดำเนินคดีกับผู้นำรัฐได้นั้น สามารถสรุปเป็นตารางได้ดังนี้คือ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางที่ 1 : ตารางสรุปปัญหาที่ทำให้ศาลภายในของรัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้

กลุ่มปัญหา	สภาพปัญหา	กรณีตัวอย่าง
1. ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายภายใน	1.1 ปัญหาการขาดบทบัญญัติของกฎหมาย ภายใน <ul style="list-style-type: none"> - ปัญหาเนื่องจากการขาดคำนิยามของอาชญากรรมระหว่างประเทศ - ปัญหาความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติของกฎหมายภายในกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ - ปัญหาการขาดบทบัญญัติของกฎหมายภายในรับรองการใช้ดุลอำนาจของรัฐตาม 	<ul style="list-style-type: none"> - การดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชในประเทศเดนมาร์ก

<u>กลุ่มปัญหา</u>	<u>สภาพปัญหา</u>	<u>กรณีตัวอย่าง</u>
<p>2. ปัญหาจากการที่ผู้นำรัฐยกความคุ้มกันขึ้นกล่าวอ้างต่อศาลภายใน</p> <p>3. ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมภายใน</p>	<p>หลักสากลเห็นว่าการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ</p> <p>2.1 ปัญหาจากการที่ไม่มีกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐ</p> <p>2.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐ</p> <p>3.1 ปัญหาการแทรกแซงทางการเมือง</p> <p>- การแทรกแซงที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการเริ่มต้นสอบสวนคดี</p>	<p>- คดี <i>Lafontia v. Aristide</i></p> <p>- คดี <i>Hilao v. Marcos</i></p> <p>- การดำเนินคดีกับ <i>Hissene Habre</i> ในประเทศเซเนกัล</p>

กลุ่มปัญหา	สภาพปัญหา	กรณีตัวอย่าง
4. ปัญหาที่เกิดขึ้นจากตัวผู้นำรัฐเอง	<p>- การแทรกแซงในขั้นตอนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน</p> <p>- การแทรกแซงในขณะพิจารณาคดี</p> <p>3.2 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงของรัฐที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ</p> <p>4.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากสถานะของผู้นำรัฐ</p> <p>4.2 ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับปัจจัยทางกายภาพอื่น</p>	<p>- การดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ ในประเทศอังกฤษ</p> <p>- การดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ในประเทศเนเธอร์แลนด์</p> <p>- การดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ในประเทศเบลเยียม</p> <p>- การดำเนินคดีกับพันเอก <i>Mouammar Ghaddafi</i> ในประเทศฝรั่งเศส</p> <p>- การดำเนินคดีกับนาย <i>Ariel Sharon</i> ในประเทศเบลเยียม</p> <p>- การดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ในประเทศชิลี</p>

3. ประเทศไทยกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ

จากที่ได้ทำการศึกษารายละเอียดเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศมาแล้วในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นสิ่งที่รัฐต่างๆในสังคมระหว่างประเทศยอมรับว่าเป็นการกระทำความชั่วอย่างร้ายแรง กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมระหว่างประเทศโดยรวม ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้รัฐต่างๆในสังคมระหว่างประเทศรวมทั้งประเทศไทย มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ทั้งที่เกิดขึ้นจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและความตกลงระหว่างประเทศ ในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความอาชญากรรมระหว่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ตามในกรณีของประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาถึงกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐโดยรวมแล้ว จะเห็นได้ว่าแม้ว่าประเทศไทยจะมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการดำเนินคดีกับบุคคลผู้กระทำความอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วยก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติของประเทศไทยแล้ว ยังคงมีปัญหาบางประการที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ กล่าวคือศาลไทยประเทศไทยไม่สามารถดำเนินการกับผู้กระทำความอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมสงครามได้อย่างมีประสิทธิภาพสมบูรณ์ ทั้งนี้เนื่องมาจากการขาดบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลไทยในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งการขาดค่านิยมและความไม่สอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในของประเทศไทยกับบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศ และการขาดการตรากฎหมายอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศให้ มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน ส่งผลให้ศาลไทยไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ในทุกกรณี แต่อาจดำเนินคดีและลงโทษได้เฉพาะการกระทำที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 เท่านั้น

ตัวอย่างของกรณีนี้ได้แก่ การที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ซึ่งส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีตามหลักกฎหมายสนธิสัญญาประการหนึ่งว่า ประเทศไทยมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการทางนิติบัญญัติเพื่อให้สนธิสัญญาฉบับนั้นมีผลบังคับใช้ในประเทศไทย แต่อย่างไรก็ตามนับตั้งแต่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ก็ไม่ปรากฏว่าประเทศไทยได้มีการดำเนินการตรากฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 แต่อย่างไรใด

สำหรับกรณีของกฎหมายภายในของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของบุคคลต่างๆตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายภายในของประเทศไทยนั้น ได้มีการตรากฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 ให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ แต่มิได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศเอาไว้เลย คงมีแต่เพียงการบัญญัติถึงความคุ้มกันของพระมหากษัตริย์ไทยเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเท่านั้น⁴³ ซึ่งหากเกิดการฟ้องร้องผู้นำรัฐต่างประเทศต่อศาลไทยแล้ว ก็อาจเกิดปัญหาข้อกฎหมายขึ้นได้ และหากศาลไทยจะนำเอาหลักความคุ้มกันของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้พิจารณาคดีแล้ว ก็จะทำให้เกิดปัญหาความชอบธรรมในการพิจารณาคดี ในกรณีนี้ศาลไทยอาจจะพิจารณาประเด็นในเรื่องความคุ้มกันของรัฐในกรณีที่ผู้นำรัฐกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยอาศัยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ.2534 ก็ได้ เนื่องจากผู้นำรัฐนั้นได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆในสังคมนระหว่างประเทศว่า เป็นบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับคณะผู้แทนทางการทูตด้วยเช่นเดียวกัน

เมื่อทำการศึกษาในส่วนนี้จะเห็นได้ว่า กรณีของประเทศไทยนั้นยังคงมีอุปสรรคบางประการที่ทำให้ไม่สามารถนำตัวผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งมีสาเหตุมาจากปัญหาในเรื่องการขาดบทบัญญัติของกฎหมายภายในทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศและหลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่ประเทศไทยควรจะต้องพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในของรัฐให้ครบถ้วนและชัดเจนยิ่งขึ้น

จากที่ได้ทำการศึกษารายละเอียดของการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช็ในศาลภายในของรัฐต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศาลอังกฤษและศาลชิลี ตลอดจนการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐคนอื่นๆในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในบราซิลแล้ว ได้ทำให้เห็นปัญหาหลายประการที่เป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐได้ ซึ่งปัญหาทั้งหลายเหล่านี้เป็นสิ่งที่ต้องได้รับการแก้ไขอย่างจริงจัง เพื่อการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งการแก้ไขปัญหานั้นสามารถดำเนินการแก้ไขได้หลายระดับ ทั้งในระดับรัฐเองเรื่อยไปจนถึงระดับระหว่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาต่อไปในบทที่ 5

⁴³ คุรยละเอียดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 8

บทที่ 5

แนวทางในการแก้ไขปัญหาการไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐ ในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้

จากที่ได้ทำการศึกษาถึงการดำเนินคดีกับพลเอกอูกุสโต ปิโนเช่ ในศาลภายในของรัฐต่างๆ ตลอดจนปัญหาที่เป็นสาเหตุให้ไม่สามารถนำตัวผู้นำรัฐมาดำเนินคดีและลงโทษในศาลภายในของรัฐสำหรับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศมาแล้วในบทที่ผ่านมา ทำให้เห็นได้ว่า นอกจากปัญหาในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐแล้ว ยังคงมีปัจจัยอื่นอีกหลายประการที่ทำให้ศาลภายในของรัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ ส่งผลให้ผู้นำรัฐรอดพ้นจากการถูกดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศของตน ซึ่งเป็นสาเหตุให้การปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้นในบทนี้จึงมุ่งประสงค์ที่จะเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น เพื่อส่งเสริมให้กระบวนการยุติธรรมสามารถดำเนินการกับผู้นำรัฐตามกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งแนวทางแก้ไขปัญหานี้สามารถทำได้โดย 2 วิธีการใหญ่ๆ คือ การดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมาย และการดำเนินการจัดตั้งองค์กรทางศาลเพิ่มเติม

1. การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมาย

สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่เกิดปัญหาในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐซึ่งกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น ก็คือการขาดบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งรวมถึงกรณีการขาดความชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐด้วย ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำนิยาม ลักษณะการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ การใช้ดุลอาณานของรัฐตามหลักสากลเหนือการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ และส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ของความคุ้มกันของผู้นำรัฐ ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของกฎหมายนี้จึงเป็นปัญหาที่สำคัญและสมควรจะได้รับการแก้ไขอย่างรีบด่วน เพื่อความชอบธรรมของศาลภายในในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ

1.1 การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของกฎหมายภายในนั้นอาจเป็นไปในลักษณะของการที่ไม่ได้มีการบัญญัติคำนิยามของอาชญากรรมระหว่างประเทศ หรือเป็นไปในลักษณะของการบัญญัติ

คำนิยามของอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายภายใน ไม่สอดคล้องกับคำนิยามตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่นกรณีของ "การทรมาน" ในกรณีของประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา^{*} หรือเป็นไปในลักษณะของการมีได้บัญญัติให้ศาลภายในของรัฐสามารถใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศทุกลักษณะได้ ซึ่งในส่วนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ เพื่อแก้ไขปัญหาการไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยศาลภายในของรัฐได้

1.1.1 ในระดับภูมิภาค

การแก้ไขปัญหในระดับภูมิภาคก็เป็นอีกวิธีการหนึ่ง ที่สามารถแก้ไขปัญหาคือเป็นอุปสรรคในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วรัฐที่ตั้งอยู่ในเขตภูมิภาคเดียวกัน จะมีลักษณะสภาพสังคม เศรษฐกิจและการเมืองคล้ายกัน และมักจะได้รับผลกระทบจากอาชญากรรมระหว่างประเทศเหมือนกัน รัฐในภูมิภาคเดียวกันก็จะทราบถึงรายละเอียดเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในรัฐเพื่อนบ้านได้เป็นอย่างดี ดังนั้นรัฐในภูมิภาคเดียวกันจึงควรร่วมมือกันในการแก้ไขปัญหาคืออาจเป็นในรูปแบบของการจัดทำความตกลงร่วมกัน กำหนดลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ และให้อำนาจแก่รัฐต่างๆ ในภูมิภาคสามารถใช้ดุลอำนาจตามหลักสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐเพื่อนบ้านได้ เพื่อมิให้ผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศรอดพ้นจากการดำเนินคดี ดังเช่นการตกลงร่วมกันของนครรัฐต่างๆ ทางตอนเหนือของอิตาลีสามารถใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลเหนือการกระทำฐานเป็นโจรผู้ร้าย¹ เป็นต้น

1.1.2 ในระดับระหว่างประเทศ

ปัญหาการขาดบทบัญญัติของกฎหมายหมายนี้ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ในการใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้รัฐต่างๆ จึงร่วมมือกันในการ

^{*} ดูรายละเอียดในบทที่ 4 ในหัวข้อ 2.1.2 ความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติของกฎหมายภายในกับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

¹ ดูรายละเอียดใน Amnesty International, "Universal Jurisdiction : The duty of states to enact and implement legislation : Chapter Two.," (<http://www.amnesty.org>)

จัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศบางลักษณะในรูปแบบของอนุสัญญาาระหว่างประเทศขึ้น* เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ ทั้งในเรื่องของลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ การกำหนดให้ผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นมีความรับผิดชอบต้องถูกลงโทษ และการกำหนดให้อำนาจแก่รัฐภาคีสมาชิกในการใช้ดุลอาณัติตามหลักสากลของตนเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นภายนอกดินแดนของตนได้ ซึ่งเป็นการอุดช่องว่างและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่ศาลภายในไม่สามารถใช้ดุลอาณัติของตนเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้เพื่อให้การปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพนั่นเอง ซึ่งอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ได้รับการจัดทำขึ้นตามวัตถุประสงค์นี้มีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสาร**อีก 2 ฉบับที่รวบรวมหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการทำสงครามมาเป็นลายลักษณ์ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนขึ้น, อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948, อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ.1984 เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามแม้จะได้มีการจัดทำอนุสัญญาาระหว่างประเทศเหล่านี้ เพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆแล้วก็ตาม แต่ปัญหาเกี่ยวกับตัวบทบัญญัติของกฎหมายนี้ก็มิได้ถูกกำจัดให้หมดไปได้เสียทีเดียว เนื่องจากข้อจำกัดบางประการของอนุสัญญาาระหว่างประเทศนั่นเอง เนื่องจากอนุสัญญาาระหว่างประเทศนี้เป็นความตกลงระหว่างประเทศแบบหนึ่ง ซึ่งคำว่าความตกลงนั้นหมายความว่าแสดงเจตนาของคู่สัญญา ดังนั้นจึงมีผลเป็นการผูกพันเฉพาะรัฐที่ให้การยอมรับอนุสัญญาาระหว่างประเทศด้วยกันเอง ซึ่งหากอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้นในดินแดน

* การจัดทำความตกลงระหว่างประเทศสามารถกระทำได้หลายลักษณะ แต่การจัดทำในรูปแบบของอนุสัญญานี้ โดยมากจะเป็นการทำความตกลงระหว่างรัฐหลายรัฐที่มาประชุมร่วมกัน และได้จัดวางบทบัญญัติเป็นข้อผูกพันขึ้นมาระหว่างภาคีสมาชิก หรือได้จัดวางหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น เช่นอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 หรืออนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มกันทางการทูต ค.ศ.1961 เป็นต้น

** พิธีสารนั้นได้แก่ตราสารอันบรรจุไว้ซึ่งความตกลงระหว่างกัน โดยมีความสำคัญรองลงมาจากสนธิสัญญาและอนุสัญญา โดยมากมักจะเป็นตราสารต่อท้ายซึ่งกำหนดรายละเอียด หรือแก้ไขสนธิสัญญาหรืออนุสัญญา ในบางกรณีอาจใช้เป็นโอกาสให้รัฐภาคีสมาชิกที่จะเลือกได้ว่าตนต้องการผูกพันในระดับใด หรือที่เรียกว่าพิธีสารเพื่อเลือก

ของรัฐอื่นที่มีได้เป็นภาคีของอนุสัญญาระหว่างประเทศนั้นแล้ว รัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญา
ระหว่างประเทศก็ไม่สามารถใช้ดุลอำนาจของตนกรณีนั้นๆได้

ดังนั้นแนวทางแก้ไขปัญหาที่ดีที่สุดในการนี้ จึงควรเป็นไปในลักษณะของการที่รัฐทุก
รัฐในสังคมนั้นระหว่างประเทศ ได้ร่วมมือกันในการจัดทำอนุสัญญาเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่าง
ประเทศในลักษณะอื่นที่ยังมิได้มีการจัดทำอนุสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ โดยในอนุสัญญาทั้งหลาย
เหล่านั้นควรมีรายละเอียดเกี่ยวกับคำนิยาม, หลักเกณฑ์ทั่วไป, อำนาจในการใช้ดุลอำนาจของรัฐ
ตามหลักสากล, ข้อจำกัดในการใช้ดุลอำนาจของรัฐ ตลอดจนบทลงโทษปัจเจกชนผู้กระทำอาชญา
กรรมระหว่างประเทศให้ชัดเจน เพื่อเป็นแนวทางให้รัฐต่างๆนำไปเป็นแม่แบบในการปรับปรุงแก้ไข
กฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นจาก
บทบัญญัติของกฎหมาย และเป็นการเพิ่มศักยภาพของระบบยุติธรรมภายใน ให้สามารถดำเนิน
คดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

1.2 การปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของ ผู้นำรัฐ

เมื่อผ่านพ้นปัญหาในเกี่ยวกับการใช้ดุลอำนาจของรัฐในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำ
อาชญากรรมระหว่างประเทศมาได้แล้ว ปัญหาต่อไปซึ่งมักจะพบก็คือ ผู้นำรัฐมักจะกล่าวอ้าง
ความคุ้มกันของตนที่ได้รับตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาล เพื่อให้ศาลยกเลิกการดำเนิน
คดีกับตน เนื่องจากตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถือว่า ความคุ้มกันของผู้นำรัฐเป็นข้อยกเว้นที่
สำคัญประการหนึ่งของการใช้ดุลอำนาจของรัฐ หากศาลภายในของรัฐใดดำเนินคดีกับผู้นำรัฐต่าง
ประเทศอื่น เท่ากับเป็นการดูหมิ่นศักดิ์ศรี ไม่ให้เกียรติแก่ผู้นำรัฐต่างประเทศ และเป็นการเข้าไป
ก้าวร้าวกิจการภายในของรัฐต่างประเทศนั้น ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง
รัฐทั้งสองขึ้นมาทันที แต่สิ่งที่ปรากฏให้เห็นในสังคมนั้นระหว่างประเทศอยู่ในเวลานี้ก็คือ ความไม่ชัด
เจนแน่นอนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐ ทั้งในเรื่องของการกระทำในการปฏิบัติ
หน้าที่ราชการโดยแท้, การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ราชการที่มีลักษณะเป็นเชิงการค้าพาณิชย์
และการกระทำในทางส่วนตัว เนื่องจากยังไม่สามารถหาจุดแบ่งแยกที่ชัดเจนได้ว่าการกระทำใด
บ้างที่ถือว่าการกระทำที่ไม่ได้รับความคุ้มกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งส่งผลให้บท
บัญญัติของกฎหมายในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐมีลักษณะไม่ชัดเจนด้วย ทำให้การดำเนินคดี
ของศาลภายในของรัฐกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ได้ผลลัพธ์ออกมาแตกต่าง
กัน แม้จะดำเนินคดีโดยใช้กฎหมายฉบับเดียวกันและเป็นศาลของประเทศเดียวกันเองก็ตาม เช่น

ในการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ของประเทศอังกฤษ ซึ่งในการพิจารณาคดีของศาลสูงของอังกฤษนั้น ศาลได้พิจารณาคดีโดยให้ความสำคัญแก่พลเอกปิโนเช่ในการกระทำอาชญากรรม ในขณะศาลฎีกาอังกฤษซึ่งได้ดำเนินการพิจารณาคดีแล้วกลับมีความเห็นโดยเสียงส่วนใหญ่ว่า พลเอกปิโนเช่ไม่ได้รับความคุ้มกันในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศตามข้อกล่าวหา ดังนั้นแนวทางแก้ไขที่ควรจะเป็นก็คือ รัฐทั้งหลายควรที่จะร่วมมือกันจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐในกรณีต่างๆ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐ รวมทั้งข้อจำกัดต่างๆ ในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐเพื่อเป็นแนวปฏิบัติแก่รัฐต่างๆ เมื่อเกิดกรณีเกี่ยวกับการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐต่อศาลภายในของรัฐ

1.2.1 การแก้ไขปัญหาในระดับภูมิภาค

การแก้ไขปัญหามีเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความคุ้มกันของผู้นำรัฐนี้ สามารถดำเนินการแก้ไขได้ในหลายระดับ การแก้ไขปัญหในระดับภูมิภาคนี้เป็นวิธีการในการแก้ไขปัญหานี้ได้ในระดับหนึ่ง อย่างเช่นกรณีของการจัดทำอนุสัญญายุโรปว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1972 (*European Convention on State Immunity 1972*) ซึ่งจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความชัดเจนหนึ่งของระบบกฎหมายของรัฐที่เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป และเพื่อขจัดปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนตลอดจนความแตกต่างของบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันของรัฐ² โดยอนุสัญญานี้ประกอบด้วยบทบัญญัติ 41 มาตรา แต่มีเพียง 15 มาตราเท่านั้นที่มีการกล่าวถึงกรณีที่เป็นข้อจำกัดในการกล่าวอ้างความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศต่อศาลภายในของรัฐ³ ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติของอนุสัญญานี้แล้วจะเห็นได้ว่า มีลักษณะของการบัญญัติแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐ เนื่องจากอนุสัญญานี้ได้บัญญัติเอาไว้แต่เฉพาะกรณีที่เป็นข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐเท่านั้น โดยที่มิได้มีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของการได้รับความคุ้มกันเอาไว้เลย ในขณะที่บทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐนั้นจะเป็นการบัญญัติในลักษณะที่ว่ากรณีใดบ้างที่รัฐได้รับความคุ้มกัน และกรณีใดบ้างที่รัฐไม่ได้รับความคุ้มกัน เช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้ม

²Reinhard Von Hennigs, "25th Anniversary of the Foreign Sovereign Immunities Act: European Convention on State Immunity and Other International Aspects of Sovereign Immunity." *Williamette Journal of International Law & Dispute Resolution* 9(2001) : 190.

³ดูรายละเอียดในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1972 มาตรา 1-15.

กันของรัฐ ค.ศ.1978 ของประเทศอังกฤษ และพระราชบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศ ค.ศ.1976 ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฉบับนี้แล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของอนุสัญญาน่าจะมีความไม่ชัดเจนมากกว่ากฎหมายภายในของรัฐเสียอีก เนื่องจากกรณีของอนุสัญญานั้นมิได้มีการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปของความคุ้มกันของรัฐเอาไว้ จึงไม่สามารถจัดความไม่ชัดเจนแน่นอนของหลักความคุ้มกันได้ บทบัญญัติของอนุสัญญาจึงอาจตีความได้ว่ากรณีใดๆที่มีได้มีการบัญญัติเอาไว้ในอนุสัญญา นั้นหมายความว่ากรณีนั้นรัฐได้รับความคุ้มกันโดยไม่ถูกจำกัดโดยกฎเกณฑ์ของอนุสัญญาฉบับนี้ในทุกกรณี นอกจากนี้อนุสัญญาฉบับนี้มิได้มีการระบุว่า บทบัญญัตินี้ใช้หมายถึงรัฐเพียงอย่างเดียวหรือสามารถขยายออกไปยังองค์กรอื่นของรัฐรวมทั้งตัวแทนของรัฐได้ด้วย แต่การที่อนุสัญญาใช้คำว่า “The Contracting State” น่าจะหมายถึงเฉพาะกรณีความคุ้มกันของรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงความคุ้มกันของผู้นำรัฐด้วย อนุสัญญาฉบับนี้จึงมิได้แก้ไขปัญหาในกรณีความคุ้มกันของผู้นำรัฐแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามหากได้มีการแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาฉบับนี้โดยระบุหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐเพิ่มเติม หรือมีการร่วมมือกันจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มกันของผู้นำรัฐโดยเฉพาะขึ้นมาใหม่อีกฉบับหนึ่ง วิธีการนี้น่าจะเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ความคุ้มกันของผู้นำรัฐได้วิธีการหนึ่งด้วย

1.2.2 ในระดับระหว่างประเทศ

ความพยายามในการจัดทำให้หลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของบุคคลต่างๆ มีความชัดเจนมากขึ้นในระดับระหว่างประเทศนั้น ได้เริ่มขึ้นในปีค.ศ.1977 จากการที่สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้มีมติให้รวมหัวข้อเรื่องความคุ้มกันไว้ในขอบการดำเนินงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (*International Law Commission*) เพื่อให้ดำเนินการจัดทำร่างกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันขึ้น เพื่อขจัดปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนในหลักเกณฑ์ในเรื่องของการแบ่งแยกว่าการกระทำใดบ้างที่ได้รับความคุ้มกันและการกระทำใดไม่ได้รับความคุ้มกัน⁴ และเพื่อเป็นแนวทางให้รัฐในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา สามารถพัฒนาบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตนไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศพัฒนาแล้วได้อีกด้วย⁵ คณะกรรมการกฎหมายระหว่าง

⁴Burkhard He, “The International Law Commission’s Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property,” *European Journal of International Law* (<http://www.ejil.org>) , 22 February 2003.

⁵Ibid.

ประเทศได้ดำเนินการจัดทำร่างอนุสัญญาขึ้นหลายครั้ง จนกระทั่งในปีค.ศ.1991 และร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับความคุ้มกันฉบับสุดท้ายนี้ได้รับการยอมรับ และถูกเสนอให้แก่สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติในปีเดียวกันนั่นเอง โดยใช้ชื่อว่า “Draft Articles on Jurisdictional Immunities of State and Their Property 1991” ร่างข้อบังคับนี้มีอยู่ทั้งหมด 22 มาตรา แบ่งออกเป็น 5 หมวด โดยในหมวดที่ 1 ได้บัญญัติถึงอารัณภพ หมวดที่ 2 เกี่ยวกับหลักทั่วไป หมวดที่ 3 เกี่ยวกับการกระทำที่ไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันได้ หมวดที่ 4 เกี่ยวกับความคุ้มกันในการบังคับคดี หมวดที่ 5 เกี่ยวกับเบ็ดเตล็ด

หากทำการพิจารณารายละเอียดของร่างข้อบังคับฉบับนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าร่างข้อบังคับฉบับนี้ได้มิได้ใช้บังคับกับความคุ้มกันเฉพาะกรณีของรัฐเท่านั้น แต่ยังขยายออกไปถึงกรณีความคุ้มกันขององค์กรของรัฐ ผู้แทนทางการทูต และตัวแทนอื่นซึ่งอาจหมายความรวมถึงผู้นำรัฐด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2⁶ และแม้ว่าในร่างข้อตกลงฉบับนี้จะมีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันกับอาชญากรรมระหว่างประเทศเอาไว้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาร่างข้อบังคับนี้ให้ดีจะเห็นได้ว่า ร่างข้อบังคับฉบับนี้ได้วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐเอาไว้ อย่างชัดเจนว่า ผู้นำรัฐนั้นได้รับความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคล (*ratione personae*) ตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างสมบูรณ์⁷ ดังนั้นจึงหมายความว่าในขณะที่ผู้นำรัฐกำลังดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่นั้น ผู้นำรัฐไม่ตกอยู่ภายใต้การใช้ดุลอำนาจของรัฐต่างประเทศอื่นใดได้ นอกจากนั้นแล้วร่างข้อบังคับฉบับนี้ยังได้ให้การยอมรับว่าผู้แทนทางการทูต, กงสุล, คณะผู้แทนพิเศษ และเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ และบุคคลที่เกี่ยวข้อง จะได้รับความคุ้มกันในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ และจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำในเชิงการค้าพาณิชย์⁸

⁶ดูรายละเอียดใน Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 1991, Article 2

⁷ดูรายละเอียดใน Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 1991, Article 3

⁸ดูรายละเอียดใน Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 1991, Article 3 และ 10-17

ดังที่กล่าวมาแล้วร่างข้อบังคับฉบับนี้จึงเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาในเรื่องการขาดความชัดเจนแน่นอนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐได้เป็นอย่างดีแนวทางหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดีข้อบังคับฉบับนี้ยังคงไม่สามารถแก้ไขปัญหาในประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างชัดเจนนัก เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงเรื่องนี้เลย ดังนั้นหากร่างข้อบังคับฉบับนี้ได้รับการแก้ไขโดยเพิ่มเติมรายละเอียดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับอาชญากรรมระหว่างประเทศรวมเข้าไว้ในร่างข้อบังคับนี้ด้วยแล้ว เมื่อร่างข้อบังคับที่ได้รับการแก้ไขฉบับนี้มีผลใช้บังคับเมื่อใดก็จะส่งผลให้ความชัดเจนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศมีความชัดเจนมากขึ้น และหากรัฐทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศได้เข้าเป็นภาคีและอนุวัติการร่างข้อบังคับนี้ให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในของตนมากเท่าไร ก็จะส่งผลให้กฎหมายภายในของรัฐต่างๆ ในสังคมระหว่างประเทศมีความเป็นเอกภาพมากขึ้นเท่านั้น และเป็นวิธีการแก้ไขปัญหากับความไม่ชัดเจนของความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ดีที่สุดอีกด้วย ซึ่งจะส่งผลให้สามารถปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นด้วย

2. การจัดตั้งองค์กรทางศาลเพิ่มเติม

การจัดตั้งองค์กรทางศาลเพิ่มเติมนี้ เป็นวิธีการที่ดีประการหนึ่งในการแก้ไขปัญหาการกล่าวอ้างความคุ้มกันของจำเลยในฐานะผู้นำรัฐต่อศาล เนื่องจากแนวทางปฏิบัติส่วนใหญ่

2.1 ในระดับภูมิภาค

แม้ว่าการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นจะส่งผลกระทบต่อสังคมระหว่างประเทศโดยส่วนรวมก็ตาม แต่เมื่อการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นในภูมิภาคใดแล้ว ก็คงจะกล่าวได้ไม่ผิดนักว่าผู้ที่ได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรงที่สุดก็คือรัฐและพลเมืองของรัฐใกล้เคียงที่อาศัยอยู่ในภูมิภาคเดียวกับบริเวณที่เกิดอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านั้น ดังนั้นรัฐต่างๆ ที่ตั้งอยู่ในภูมิภาคเดียวกันจึงควรให้ความช่วยเหลือและร่วมมือกันในการดำเนินคดีกับบุคคลที่เป็นผู้ก่อให้เกิดอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านั้น ซึ่งอาจจะเป็นไปในรูปแบบของการจัดทำข้อตกลงระหว่างรัฐในระดับภูมิภาค เพื่อดำเนินการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมาในระดับภูมิภาค เพื่อแก้ไขปัญหาในการที่ศาลภายในของรัฐในภูมิภาคนั้น ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐได้ไม่ว่าด้วยสาเหตุใด เช่น ศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกา และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

2.1.1 ศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกา (*American Court on Human Rights*)

สิทธิมนุษยชนนี้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในสังคมระหว่างประเทศว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด ซึ่งรัฐตลอดจนปัจเจกชนทุกคนจะกระทำการใดๆ อันส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนไม่ได้ ด้วยเหตุนี้รัฐต่างๆ จึงให้ความสำคัญกับหลักสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก ในประเทศแถบทวีปอเมริกาได้มีการตกลงร่วมกันจัดทำอนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้นในปีค.ศ.1978 (*American Convention on Human Rights 1978*) เพื่อรับรองสิทธิมนุษยชนในเรื่องต่างๆ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในครอบครัว และสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม เป็นต้น ตลอดจนกำหนดให้รัฐต่างๆ ในภูมิภาคนี้ซึ่งเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญามีพันธกรณีที่จะต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดๆ อันจะทำให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนพลเมืองของรัฐภาคีนั้นได้ นอกจากนั้นแล้วในอนุสัญญานี้ยังกำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรทางศาลขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีอันเกี่ยวเนื่องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน นั่นคือ ศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกา (*American Court on Human Rights*) ซึ่งตามอนุสัญญานี้ได้กำหนดให้ศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกามีคุณลักษณะเหนือคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดบทบัญญัติของอนุสัญญารวมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับการตีความบทบัญญัติของอนุสัญญา และให้อำนาจในการทำความเข้าใจเห็นเห็นแนะนำในกรณีที่เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญา⁹ โดยผู้พิพากษาของศาลจะมาจากการคัดเลือกขององค์การรัฐของอเมริกา (*Organization of American States : OAS*) ซึ่งคัดเลือกมาจากบรรดาผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายของรัฐสมาชิก โดยแต่ละคนจะต้องมาจากชาติต่างกัน

ในการนำคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนเข้าสู่การพิจารณาคดีนี้ จะต้องกระทำโดยรัฐภาคีสมาชิกหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเท่านั้น ปัจเจกชนหรือบุคคลธรรมดาอื่นไม่สามารถยื่นฟ้องผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศต่อ

⁹ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอเมริกา มาตรา 2 บัญญัติว่า

“Jurisdiction

The Court shall exercise adjudicatory and advisory jurisdiction:

1. Its adjudicatory jurisdiction shall be governed by the provisions of Articles 61,62 and 63 of the Convention, and
2. Its advisory jurisdiction shall be governed by the provisions of Articles 64 of the Convention.”

ศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกาโดยตรงได้¹⁰ และคำพิพากษาของศาลให้ถือเป็นที่สุด¹¹ ไม่มีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไป

2.1.2 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court on Human Rights)

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีลักษณะเช่นเดียวกับศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกา จัดตั้งขึ้นโดยอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) ซึ่งในอนุสัญญาฉบับนี้ได้รับอนุญาตให้อำนาจแก่ศาลในการดำเนินการพิจารณาคดีกับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติของอนุสัญญาด้วย¹² แต่สำหรับการเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาคดีในศาลสิทธิมนุษยชนนี้จะมีลักษณะแตกต่างไปจากศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกาอยู่บางประการ กล่าวคือบุคคล องค์กรของเอกชน หรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิต่างๆตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาแล้ว บุคคลเหล่านี้สามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เพื่อให้ศาลดำเนินคดีกับรัฐภาคีที่กระทำการละเมิดสิทธิดังกล่าวได้¹³

¹⁰ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอเมริกา, มาตรา 61 บัญญัติว่า

“1. Only the States Parties and the Commission shall have the right to submit a case to the Court.

2. In order for the Court to hear a case, it is necessary that the procedures set forth in Articles 48 and 50 shall have been completed “

¹¹ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอเมริกา, มาตรา 67 บัญญัติว่า

“The Judgment of the Court shall be final and not subject to appeal. In case of disagreement as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall interpret it at the request of any of the parties, provided the request is made within ninety days from the date of notification of the judgment.”

¹² อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, มาตรา 33 บัญญัติว่า

“Inter-State cases

Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the protocols thereto by another High Contracting Party”

¹³ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, มาตรา 34 บัญญัติว่า

แต่เมื่อพิจารณาลักษณะและขอบอำนาจของศาลสิทธิมนุษยชนทั้งสองศาลแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลสิทธิมนุษยชนทั้งสองนี้มีดุลอำนาจจำกัดอยู่เฉพาะแต่การพิจารณาคดีทางแพ่งที่เกิดขึ้นจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น ลักษณะการใช้ดุลอำนาจของศาลภูมิภาคทั้งสองนี้จึงมีขอบเขตจำกัด ไม่สามารถครอบคลุมอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นทุกกรณีทั่วโลก และยังไม่สามารถดำเนินการลงโทษทางอาญากับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ เนื่องจากไม่มีบทลงโทษทางอาญาบัญญัติไว้ นอกจากนี้แล้วในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของทั้งสองภูมิภาคนี้ ก็ยังมีได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ใดๆ เกี่ยวกับความคุ้มกันของบุคคลต่างๆเอาไว้เลย ดังนั้นหากผู้นำรัฐถูกดำเนินคดีโดยศาลภูมิภาคทั้งสองศาลนี้ ปัญหาในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศก็ยังคงมีความไม่ชัดเจนอยู่ต่อไป การจัดตั้งศาลในระดับภูมิภาคในลักษณะเช่นเดียวกับศาลสิทธิมนุษยชนนี้ สามารถแก้ไขปัญหาในเรื่องความไม่สมบูรณ์ของดุลอำนาจของรัฐเท่านั้น แต่มิได้เป็นวิธีการที่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐได้ การจัดตั้งศาลภูมิภาคในลักษณะนี้จึงเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ในระดับหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นในแนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในสังคมระหว่างประเทศจึงปรากฏแนวทางแก้ไขปัญหามากหลายวิธีการซึ่งเป็นวิธีการแก้ปัญหาในระดับระหว่างประเทศดังจะได้ทำการศึกษาต่อไป

2.2 ในระดับระหว่างประเทศ

แนวทางแก้ไขปัญหาคดีที่ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ในลักษณะการจัดตั้งองค์กรทางศาลนั้นมีให้เห็นในหลายลักษณะ ทั้งในรูปแบบของการจัดตั้งศาลพิเศษ, ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราว และศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการถาวร

“The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individual claiming to be the victim of the a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention and the protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of the right.”

2.2.1 การดำเนินคดีโดยศาลพิเศษ (Special Court)

ก. ศาลพิเศษในประเทศกัมพูชา

ศาลพิเศษสำหรับประเทศประเทศกัมพูชา¹⁴ มีจุดเริ่มต้นมาจากปัญหาสงครามกลางเมืองในประเทศกัมพูชา โดยเฉพาะในยุคที่ประเทศกัมพูชาตกอยู่ภายใต้การปกครองของพรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชา (*The Communist Party of Kampuchea : CPK*) หรือที่เรียกว่าเขมรแดง (*Khmer Rouge*) ช่วงเวลาดังกล่าวเป็นช่วงเวลาแห่งการแย่งชิงอำนาจในการปกครองประเทศกัมพูชา ซึ่งกลุ่มที่สามารถยึดครองอำนาจในการปกครองประเทศได้สำเร็จคือกลุ่มพรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชา ในช่วงเวลาที่พรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชาปกครองประเทศอยู่นี้ ได้ใช้วิธีการอันโหดร้ายป่าเถื่อนในการปกครองและป้องกันฐานอำนาจของฝ่ายตน ทำให้อาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นมากมายในกัมพูชา เช่นอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ส่งผลให้ประชาชนชาวกัมพูชาเสียชีวิตไปเป็นจำนวนมาก ต่อมาเมื่อกองทัพของประเทศเวียดนามบุกเข้าปราบปรามและระงับความวุ่นวายที่เกิดขึ้นได้สำเร็จ และฝ่ายพรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชาเสื่อมอำนาจลง ได้เริ่มเกิดความพยายามจากรัฐต่างๆ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาในการนำตัวผู้นำของพรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชาทั้งหมดมาดำเนินคดีสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น แต่ท้ายที่สุดก็ไม่ปรากฏว่ามีผู้นำคนใดของพรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชาถูกดำเนินคดีแม้แต่คนเดียว

ปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดปัญหาในการดำเนินคดีกับผู้นำพรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชานั้นมีอยู่หลายประการ กล่าวคือ ปัญหาของกระบวนการยุติธรรมภายในของกัมพูชาทั้งในเรื่องของบทบัญญัติของกฎหมายและความเชี่ยวชาญของบุคลากรด้านกฎหมาย รวมทั้งปัญหาการแทรกแซงทางการเมืองในระหว่างการพิจารณาคดี¹⁴ ในปีค.ศ.1997 คณะรัฐบาลของกัมพูชา

การแทรกแซงทางการเมืองในระหว่างการดำเนินคดีโดยศาลพิเศษของกัมพูชา¹⁴ อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากในปัจจุบันอดีตผู้นำของพรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชาหลายคน ได้เข้าร่วมอยู่กับฝ่ายรัฐบาลกัมพูชาและมีอำนาจทางการเมืองอยู่ในขณะนี้ อาจใช้อำนาจในการทำลายหลักฐานต่างๆ หรือข่มขู่พยานได้

¹⁴ดูรายละเอียดใน Craig Etcheson, "The Persistence of Impunity in Cambodia," in *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights : Proceedings of The Siracusa Conference 17-21 September 1998*

ได้ร้องขอความช่วยเหลือจากองค์การสหประชาชาติเพื่อจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นดำเนินกับนายพล พต แต่เมื่อประเด็นนี้เข้าสู่การประชุมขององค์การสหประชาชาติ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนจีนได้ใช้สิทธิออกเสียงคัดค้านในฐานะประเทศสมาชิกถาวรทำให้การจัดตั้งศาลพิเศษนี้ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ แต่ต่อมาภายหลังได้มีการทำความตกลงร่วมกันระหว่างประเทศกัมพูชากับองค์การสหประชาชาติภายใต้ชื่อว่า "ข้อบังคับความร่วมมือระหว่างสหประชาชาติกับรัฐบาลกัมพูชาเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในกัมพูชาตามกฎหมายของกัมพูชา" (*Articles of Cooperation Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia [in/Concerning] the Prosecution under Cambodian Law of Crimes committed During the Period of Democratic Kampuchea*) จากข้อตกลงนี้ทำให้เกิดการร่างกฎหมายเกี่ยวกับองค์คณะพิเศษของศาลกัมพูชาเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในกัมพูชา (*The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea*) ซึ่งตามบทบัญญัติของร่างกฎหมายเกี่ยวกับองค์คณะพิเศษของศาลกัมพูชาเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในกัมพูชา¹⁵ ได้ระบุให้องค์คณะพิเศษนี้สามารถพิจารณาคดีกับบรรดาผู้นำระดับสูงของพรรคประชาธิปไตยกัมพูชา ตลอดจนบุคคลอื่นที่มีส่วนร่วมในการกระทำอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในกัมพูชาในช่วงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ.1975 ถึง 6 มกราคม ค.ศ.1979 โดยเฉพาะการฆาตกรรม, การทรมาน, การประหารชีวิตกันด้วยเหตุผลทางศาสนา ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญากัมพูชา และอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การละเมิดอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 การกระทำอาชญากรรมต่อบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย¹⁵ นอกจากนั้นแล้วในร่างกฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดให้องค์คณะผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนั้นจะต้องประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มาจากพรรคคัดเลือกขององค์การสหประชาชาติและรัฐบาลกัมพูชาตามสัดส่วนที่ตกลงกัน¹⁶ ต่อมาในวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2002 องค์การสหประชาชาติได้ถอนตัวจากการให้ความร่วมมือในการจัดตั้งศาลพิเศษในกัมพูชา เนื่องจากเห็นว่ารัฐบาลกัมพูชาไม่มีความจริงจังในการดำเนิน

Christopher C. Joyner M. Cheriff Bassiouni (*Association Internationale de Droit Pénal*, 1998), pp.231-243.

¹⁵ ร่างกฎหมายเกี่ยวกับองค์คณะพิเศษของศาลกัมพูชาเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในกัมพูชา มาตรา 1 ถึง 8 ดูรายละเอียดในภาคผนวก

¹⁶ ร่างกฎหมายเกี่ยวกับองค์คณะพิเศษของศาลกัมพูชาเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในกัมพูชา มาตรา 9 ถึง 13 ดูรายละเอียดในภาคผนวก

การจัดตั้งศาลพิเศษดังกล่าวขึ้น¹⁷ เนื่องจากในร่างกฎหมายเกี่ยวกับองค์คณะพิเศษของศาลกัมพูชาเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในกัมพูชานั้น ยังคงกำหนดให้ผู้พิพากษาส่วนใหญ่เป็นฝ่ายที่มาจากการคัดเลือกของรัฐบาลกัมพูชา และกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีนั้นก็ยังคงใช้กฎหมายภายในของกัมพูชา ประกอบกับผู้นำระดับสูงของพรรคประชาธิปไตยกัมพูชาซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดในช่วงเวลาที่เขมรแดงเรืองอำนาจอยู่นั้น ปัจจุบันได้กลายเป็นฐานเสียงที่สำคัญของรัฐบาลกัมพูชา ซึ่งอาจส่งผลให้การดำเนินคดีโดยศาลพิเศษนี้ไม่มีความยุติธรรมเพียงพอ แต่อย่างไรก็ตามในที่สุดองค์การสหประชาชาติก็ได้กลับมาให้ความช่วยเหลือแก่รัฐบาลกัมพูชาอีกครั้งหนึ่งในการจัดตั้งศาลพิเศษศาลนี้ และได้มีการจัดทำร่างข้อตกลงระหว่างองค์การสหประชาชาติและรัฐบาลกัมพูชาเกี่ยวกับการดำเนินคดีภายใต้กฎหมายกัมพูชาสำหรับการกระทำอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในกัมพูชา (*Draft Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*) ฉบับใหม่ขึ้นเมื่อวันที่ 17 มีนาคม ค.ศ.2003¹⁸

ข. ศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน

ศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน นี้ ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในเหตุการณ์สงครามกลางเมืองในประเทศเซียร์รา ลีโอน ตั้งแต่ปีค.ศ.1991 ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการพิพาทกันด้วยอาวุธโดยกองกำลังทหารที่เป็นเด็ก (*Child combatants*) ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตไปกว่า 50,000 คน และยังทำให้พลเรือนจำนวนมากถูกทำร้ายร่างกายจนถึงขั้นได้รับอันตรายสาหัสกลายเป็นคนพิการ ศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอนนี้ได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยการร้องขอความช่วยเหลือจากรัฐบาลเซียร์รา ลีโอน ต่อเลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติ¹⁹ ซึ่งหลังจากที่เลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติรับคำร้องขอแล้วก็ได้ส่งเรื่องให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติพิจารณา ซึ่งเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้

¹⁷ คม ชัด ลึก (10 กุมภาพันธ์ 2545), หน้า 14.

¹⁸ Amnesty International, "Kingdom of Cambodia Amnesty International's Position and Concerns regarding the Purposed "Khmer Rouge" Tribunal," Amnesty International Report, April 2003, AI Index : ASA23/005/2003 (<http://www.amnesty.org>), April 2003.

¹⁹ Robert Cryer, "A 'Special Court' for Sierra Leone?," International and Comparative Law Quarterly 50(2001) : 435-436.

พิจารณาคำร้องขอแล้วก็ได้มีข้อมติที่ 1315 ออกมาสำหรับกรณีนี้ โดยข้อมตินี้มีเนื้อหาให้อำนาจแก่เลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติดำเนินการเจรจากับรัฐบาลของเซียร์รา ลีโอน เพื่อจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นพิจารณาคดีการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนประเทศเซียร์รา ลีโอน ต่อมาภายหลังก็ได้มีการดำเนินการเจรจาเพื่อจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง และได้มีการจัดทำข้อตกลงระหว่างองค์การสหประชาชาติกับรัฐบาลของประเทศเซียร์รา ลีโอน ว่าด้วยการจัดตั้งศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอนขึ้น (*Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*) ซึ่งในที่สุดก็ได้มีการจัดตั้งศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน ขึ้นเป็นผลสำเร็จ โดยการดำเนินการของศาลพิเศษนี้จะนำไปตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน (*Statute of the Special Court for Sierra Leone*)

ศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอนนี้มีจุดอาณานิคมบุคคลที่กระทำอาชญากรรมที่ละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของเซียร์รา ลีโอนอย่างร้ายแรง รวมทั้งการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การกระทำที่เป็นการละเมิดมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับและพิธีสารทำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 2²⁰ ที่เกิดขึ้นในดินแดนของประเทศเซียร์รา ลีโอน ตั้งแต่วันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ.1996 เป็นต้นไป²¹ โดยบุคคลที่กระทำอาชญากรรมนั้นจะต้องมีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไปในวันที่ได้กระทำความผิด²² และการใช้ดุลอาณานิคมของศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอนนี้ เป็นไปในลักษณะของการใช้ดุลอาณานิคมร่วมกัน (*Concurrent Jurisdiction*) กับศาลภายในของเซียร์รา ลีโอนเอง โดยศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอนนี้สามารถที่จะร้องขอให้ศาลภายในของเซียร์รา ลีโอนระงับการดำเนินคดีเพื่อให้ศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอนดำเนินคดีแทนได้²³

นอกจากนั้นแล้วเมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดอื่นๆ ในธรรมนูญจัดตั้งศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน แล้วจะเห็นได้ว่า ศาลพิเศษนี้จะสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาในการดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน

²⁰ ธรรมนูญศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน มาตรา 2 ถึงมาตรา 5 ดูรายละเอียดในภาคผนวก

²¹ ธรรมนูญศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน มาตรา 1 ดูรายละเอียดในภาคผนวก

²² ธรรมนูญศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน มาตรา 7 ดูรายละเอียดในภาคผนวก

²³ ธรรมนูญศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน มาตรา 8 ดูรายละเอียดในภาคผนวก

รา ลีโอนได้อย่างเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงทางการเมืองหรือการถูกกดดันทางการเมืองภายในเซียร์รา ลีโอนเอง เนื่องจากองค์คณะผู้พิพากษานี้มาจากการคัดเลือกจากเลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติและจากการคัดเลือกของรัฐบาลเซียร์รา ลีโอน นอกจากนั้นแล้วในการคัดเลือกผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาและพนักงานอัยการในศาลพิเศษนี้ จะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ที่มีคุณธรรมจริยธรรมสูง และยังต้องเป็นบุคคลผู้มีความรู้ความสามารถและมีประสบการณ์ในการดำเนินคดีที่อาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่างๆ รวมถึงหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หลักสิทธิมนุษยชน หลักกฎหมายอาญา และการดำเนินคดีกับบุคคลผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก (*juvenile justice*) ด้วย

ดังนั้นการจัดตั้งศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอนนี้ ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่บางประการ กล่าวคือศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอนไม่สามารถใช้ดุลอำนาจของศาลครอบคลุมไปถึงอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นได้ทุกเหตุการณ์ทั่วโลก คงสามารถใช้ดุลอำนาจของศาลในการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศนี้ได้เพียงแต่กรณีการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นในเซียร์รา ลีโอนตั้งแต่วันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ.1996 เท่านั้น การใช้ดุลอำนาจของศาลพิเศษนี้จึงไม่ได้มีการใช้ดุลอำนาจตามหลักสากล (*Universal Jurisdiction*)แต่อย่างใด แต่เป็นไปในลักษณะการใช้ดุลอำนาจตามหลักดินแดน (*Territorial Jurisdiction*)มากกว่า แต่อย่างไรก็ตามเมื่อทำการพิจารณาถึงภาพรวมทั้งหมดของศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอนแล้ว จะเห็นได้ว่า การจัดตั้งศาลพิเศษในลักษณะนี้ขึ้นเพื่อดำเนินการกับบุคคลที่กระทำความผิดอาญา เป็นวิธีการหนึ่งที่สามารถแก้ไขปัญหาคดีที่ผู้นำรัฐซึ่งกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการจัดตั้งองค์กรทางศาลเพิ่มเติมขึ้นมาในลักษณะของศาลพิเศษเช่นในประเทศกัมพูชาหรือเซียร์รา ลีโอนนี้ เป็นแนวทางแก้ไขปัญหาในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ในระดับหนึ่ง เนื่องจากในการดำเนินงานของศาลเองก็ยังคงมีปัญหาปรากฏให้เห็นอยู่หลายประการ กล่าวคือ ขอบเขตการใช้ดุลอำนาจของศาลพิเศษทั้งสองนี้ไม่มีลักษณะเป็นสากล เนื่องจากศาลพิเศษทั้งสองนี้สามารถใช้ดุลอำนาจเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศได้ในลักษณะจำกัดอยู่เพียงบางพื้นที่เท่านั้น และการดำเนินงานของศาลทั้งสองนี้จะสิ้นสุดลงเมื่อการดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเสร็จสิ้น ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้การดำเนินคดีกับผู้นำรัฐไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพผลสมบูรณ์เท่าที่ควร

2.2.2 การดำเนินคดีโดยศาลระหว่างประเทศชั่วคราว (*Ad Hoc International Tribunal*)

ศาลระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นศาลชั่วคราวนี้ ได้มีปรากฏให้เห็นอยู่ในสังคมระหว่างประเทศทั้งสิ้นจำนวน 4 ศาล กล่าวคือ ศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์ก (*International Military Tribunal at Nuremberg*) ศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล (*International Military Tribunal for Far East*) ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*) และศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา (*International Criminal Tribunal for Rwanda*)

ก. ศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์ก

ศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์กนี้ ตั้งขึ้นภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง ตาม *London Agreement No.10* โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินคดีกับบรรดาปัจเจกชนทุกคนที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์กนี้ เป็นจุดเริ่มต้นในการวางกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกชนผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้นใหม่ ซึ่งรวมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐสำหรับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วย²⁴ แต่อย่างไรก็ตามในการพิจารณาคดีของศาลทหารระหว่างประเทศศาลนี้ไม่ปรากฏว่าได้มีการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐคนใดที่มีส่วนร่วมในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเลย แต่อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์ของธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์กนี้ ได้รับการรับรองจากสังคมระหว่างประเทศว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่สมควรได้รับการปฏิบัติตามและเป็นสิ่งที่ถูกต้องในปีค.ศ.1950 จนหลักเกณฑ์นูเรมเบิร์กนี้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และกลายเป็นแม่แบบที่สำคัญในการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศในยุคต่อมา

²⁴โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 เรื่องข้อจำกัดของความคุ้มกันของผู้นำรัฐ

*ผู้นำรัฐที่มีบทบาทสำคัญในการก่อให้เกิดการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 นี้ คืออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ผู้นำพรรคนาซีเยอรมัน มิได้ถูกนำตัวมาดำเนินคดีในศาลนูเรมเบิร์กเนื่องจากได้ฆ่าตัวตายเสียก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์กขึ้น เช่นเดียวกับเบนิตโต มุสโสลินี ผู้นำของอิตาลีที่ถูกจับแขวนคอเสียชีวิตก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 จะยุติลง

ข. ศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล

ศาลทหารระหว่างประเทศศาลนี้ตั้งขึ้นในปีค.ศ.1946 โดยมีลักษณะเดียวกันกับศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์ก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินคดีกับปัจเจกชนที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในบริเวณภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยในธรรมนูญศาลได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินคดีกับปัจเจกชนที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ นอกจากนั้นแล้วยังได้มีบทบัญญัติอย่างชัดเจนกำหนดให้ปัจเจกชนที่ถูกดำเนินคดีไม่สามารถกล่าวอ้างตำแหน่งหน้าที่ราชการของตนให้พ้นจากความรับผิดชอบได้ ซึ่งผลของบทบัญญัตินี้ควรจะเป็นไปในลักษณะที่ว่า ผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันใดๆต่อศาลได้ และจะต้องถูกดำเนินคดีเช่นเดียวกับปัจเจกชนอื่นโดยไม่มีข้อยกเว้นแม้ในขณะนั้นตนเองจะดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ก็ตาม แต่ในการพิจารณาคดีของศาลนั้นมีได้เป็นเช่นนั้น เนื่องจากปรากฏข้อเท็จจริงว่า พระจักรพรรดิฮิโรฮิโตซึ่งเป็นผู้นำของประเทศญี่ปุ่นและเป็นผู้ที่อยู่เบื้องหลังการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 กลับไม่ถูกดำเนินคดีในศาลนี้แต่อย่างใด** ซึ่งถือเป็นความล้มเหลวที่สำคัญประการหนึ่งของการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศศาลนี้

**พระจักรพรรดิฮิโรฮิโตผู้นำของญี่ปุ่นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 รอดพ้นจากการถูกดำเนินคดีในศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล เนื่องจากเหตุผลทางการเมืองหลายประการ กล่าวคือ

1. การสร้างภาพลักษณ์ทางการเมืองของพระจักรพรรดิโดยประเทศญี่ปุ่นเองเพื่อให้เห็นว่า พระจักรพรรดิเป็นสถาบันการปกครองที่ไม่ยุ่งเกี่ยวกับการเมือง ถึงแม้ว่าจะมีผู้นำทางทหารหลายคนที่ถูกดำเนินคดีในศาลทหารนี้จะให้การตรงกันว่า พระจักรพรรดิเป็นบุคคลผู้ออกคำสั่งและวางแผนในการทำสงครามก็ตาม
2. ความคิดทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาที่ต้องการขยายแนวความคิดของระบอบประชาธิปไตยให้แพร่ขยายออกไปยังประเทศอื่นเอง ทำให้สมาชิกวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาเห็นว่า การใช้พระจักรพรรดิเป็นสื่อในการขยายแนวความคิดทางประชาธิปไตยไปยังพลเมืองชาวญี่ปุ่น น่าจะสามารถทำให้พลเมืองชาวญี่ปุ่นยอมรับแนวความคิดในเรื่องของประชาธิปไตยได้ง่ายกว่าการปลุกฝังด้วยวิธีการอื่น เนื่องจากญี่ปุ่นมีลัทธิชาตินิยมที่เข้มแข็งและมีความเลื่อมใสศรัทธาในองค์พระจักรพรรดิมาก

ค. ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย

ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียนี้ ถูกจัดตั้งขึ้นในปีค.ศ.1993 โดยมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 827 เพื่อดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในบริเวณดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวียอันประกอบไปด้วยประเทศยูโกสลาเวีย*, มาซิโดเนีย, บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา, โครเอเชีย และสโลเวเนีย ซึ่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียนี้ ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในการดำเนินคดีกับบุคคลซึ่งกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ อันเป็นการละเมิดกฎหมายของกฎหมายจารีตระหว่างประเทศในการทำสงคราม, อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ, อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ที่เกิดขึ้นในบริเวณอดีตประเทศยูโกสลาเวีย²⁵ การใช้ดุลอำนาจของศาลนี้เป็นการใช้ดุลอำนาจในลักษณะร่วมกัน (Concurrent jurisdiction) กับรัฐที่แยกตัวออกจากประเทศยูโกสลาเวีย กล่าวคือศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียนี้สามารถประกาศลบล้างการพิจารณาคดีของศาลภายในให้เป็นโมฆะได้ หากเห็นว่าการพิจารณาคดีของศาลภายในของรัฐดำเนินการอย่างไม่

3. แนวความคิดในเรื่องความขัดแย้งด้านเชื้อชาติ เนื่องจากว่าพลเมืองชาวญี่ปุ่นมีทัศนคติในทางลบต่อชนชาติอื่นโดยเฉพาะกับชาวตะวันตกอย่างมาก ถึงขนาดมองว่าชาวตะวันตกเป็นชนชาติที่ต่ำต้อยกว่าชาวญี่ปุ่นมาก ทำให้ฝ่ายสหรัฐอเมริกาองว่า หากมีการดำเนินคดีกับพระจักรพรรดิแล้วจะเป็นการทำให้ชาวญี่ปุ่นทั่วโลกเกิดความโกรธแค้นและทำร้ายชาวตะวันตกโดยเฉพาะชาวสหรัฐอเมริกา อาจทำให้เกิดปัญหาบานปลายขึ้นมาอีก

ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้ทำให้พลเอก McArthur ตัดสินใจไม่ดำเนินคดีกับพระจักรพรรดิฮิโรฮิโต โดยอ้างว่าไม่มีพยานหลักฐานใดที่เป็นสิ่งที่บ่งชี้ได้อย่างชัดเจนว่าพระจักรพรรดิเป็นผู้กระทำความผิด ดูรายละเอียดใน Kerry Creque O'Neill, "NOTE : A New Customary Law of Head of State Immunity? : Hirohito and Pinochet," *Stanford Journal of International Law* 38(2002), : 300-305.

* ปัจจุบันประเทศยูโกสลาเวียได้เปลี่ยนชื่อประเทศเป็นประเทศเซอร์เบียและมอนเตเนโกร ตั้งแต่วันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2003

²⁵ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ค.ศ.1993 มาตรา 1 ถึงมาตรา 5

ถูกต้องตามกฎหมาย และยกคดีนั้นขึ้นพิจารณาคดีใหม่ได้²⁶ และยังบัญญัติในเรื่องการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐเอาไว้อย่างชัดเจนด้วยว่า ผู้นำรัฐไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันในฐานะผู้นำรัฐเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบได้²⁷ ในการดำเนินงานของศาลในปัจจุบันได้มีการดำเนินคดีกับนายสโลโบดัน มิโลเชวิช อดีตผู้นำของประเทศยูโกสลาเวีย ที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และคดีนี้กำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล²⁸ ซึ่งคดีนี้นับเป็นคดีแรกที่ผู้นำรัฐถูกดำเนินคดีโดยศาลระหว่างประเทศ

ง. ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา ถูกจัดตั้งขึ้นในปีค.ศ.1995 โดยมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 955 เพื่อดำเนินคดีกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศรวันดา ซึ่งลักษณะของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดานี้มีลักษณะคล้ายกับศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย รวมทั้งการใช้ดุลอาญา

²⁶ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ค.ศ.1993 มาตรา 9

²⁷ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ค.ศ.1993 มาตรา 7(2).

²⁸อาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในอดีตประเทศยูโกสลาเวียนี้ เป็นผลมาจากความขัดแย้งทางเชื้อชาติศาสนา และการทำสงครามแบ่งแยกดินแดนเพื่อประกาศเอกราช ซึ่งเหตุการณ์ได้เริ่มทวีความรุนแรงมากขึ้นภายหลังจากที่สโลเวเนียประกาศตนเองเป็นเอกราช ต่อมานายสโลโบดัน มิโลเชวิช ประธานาธิบดีของประเทศยูโกสลาเวียในขณะนั้น ได้สั่งการให้กองทัพประชาชนยูโกสลาฟ (Yugoslav People's Army) ให้นำเข้าโจมตีสโลเวเนีย โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญคือการรวบรวมดินแดนที่ชาวเซอร์เบีย ซึ่งเป็นชนกลุ่มใหญ่ของยูโกสลาเวียปกครองอยู่เข้ารวมกันเป็นหนึ่งเดียวเพื่อนโยบาย "The Great Serbia" ซึ่งภายหลังจากที่นายสโลโบดัน มิโลเชวิชพ้นจากตำแหน่งรัฐบาลเซอร์เบียได้ดำเนินการจับกุมและส่งตัวนายสโลโบดัน มิโลเชวิช ให้แก่ศาลตามร้องขอจากศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียเพื่อพิจารณาคดี ดูรายละเอียดใน Reinhard Von Hennigs, "Article : 25th Anniversary of the Foreign Sovereign Immunities Act : European Convention on State Immunity and Other International Aspects of Sovereign Immunity," : 214-217.

ร่วมกันกับศาลภายใน (*Concurrent jurisdiction*)²⁹ และหลักเกณฑ์การไม่ยอมรับความคุ้มกันของผู้นำรัฐด้วย³⁰

ดังนั้นเมื่อทำการพิจารณาถึงศาลระหว่างประเทศชั่วคราวแต่ละศาลแล้ว จะเห็นได้ว่าศาลระหว่างประเทศทุกศาล ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศไว้ในลักษณะเดียวกัน ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้ได้แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดของรัฐส่วนใหญ่ในสังคมระหว่างประเทศ ที่มองว่าความคุ้มกันของผู้นำรัฐที่มีอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่สามารถนำกล่าวอ้างเพื่อเป็นเกราะปกป้องคุ้มครองผู้นำรัฐจากความรับผิดในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อีกต่อไป การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวนี้จึงเป็นวิธีการที่สามารถแก้ไขปัญหาคำกล่าวอ้างที่ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐได้ในระดับหนึ่ง เนื่องจากว่าศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวนั้นไม่สามารถใช้ดุลอำนาจเหนือการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ทุกเหตุการณ์ ทุกพื้นที่ที่เกิดอาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้น คงใช้อำนาจได้เฉพาะอาชญากรรมระหว่างประเทศตามที่ระบุไว้ในธรรมนูญศาลเท่านั้น และอำนาจหน้าที่จะสิ้นสุดลงเมื่อมีการดำเนินคดีกับบุคคลผู้กระทำความอาชญากรรมระหว่างประเทศที่อยู่ในเขตอำนาจศาลครบถ้วนแล้วเท่านั้น นอกจากนี้แล้วการจัดตั้งศาลยังเกิดจากความเห็นชอบของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งทำให้เกิดการแทรกแซงทางการเมืองขึ้นได้ ดังนั้นด้วยสาเหตุที่กล่าวมานี้แสดงให้เห็นว่าศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวนี้ ยังคงไม่สามารถแก้ไข

²⁹ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา ค.ศ.1994 มาตรา 8 บัญญัติว่า

“1. The International Tribunal for Rwanda and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens for such violations committed in the territory of the neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994.

2. The International Tribunal for Rwanda shall have the primacy over the national courts of States. At any stage of the procedure, the International Tribunal for Rwanda may formally request national courts to defer to its competence in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for Rwanda.”

³⁰ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศสำหรับรวันดา ค.ศ.1994 มาตรา 6(2).

ปัญหาได้อย่างสมบูรณ์ รัฐต่างๆในสังคมระหว่างประเทศจึงได้มีการเสนอแนวความคิดให้มีการดำเนินการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการถาวรขึ้น เพื่อจัดข้อบกพร่องเหล่านี้

2.3 การดำเนินคดีโดยศาลระหว่างประเทศถาวร (*Permanent International Criminal Court*)

การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรนี้ เป็นแนวความคิดใหม่ที่เกิดขึ้นในสังคมระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในภูมิภาคต่างๆให้หมดไป และเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาต่างๆที่เป็นสาเหตุให้ไม่สามารถนำตัวผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศมาลงโทษได้ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (*International Law Commission*) ได้เริ่มดำเนินการศึกษาถึงรายละเอียดและความเป็นไปได้ในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศตลอดจนได้จัดทำธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ (*Rome Statute on International Criminal Court 1998*) ขึ้นเป็นผลสำเร็จในปีค.ศ.1998 และได้มีการจัดการประชุมทางการทูตของผู้แทนรัฐต่างๆขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (*United Nations Diplomatic Conference on Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*) ขึ้นในปีค.ศ.1998 ที่กรุงโรม ประเทศ อิตาลี เพื่อรับรองธรรมนูญศาลฉบับดังกล่าว และได้มีการเปิดให้รัฐต่างๆเข้าลงนามเป็นภาคีธรรมนูญศาลในเวลาต่อมา**

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ได้กำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลอำนาจเหนือปัจเจกชนซึ่งกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศใน 4 สฐานความผิดคือ อาชญากรรมรุกราน, อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ที่เกิดขึ้นใน

*ในการประชุมครั้งนี้มีรัฐที่ส่งผู้แทนทางการทูตเข้าร่วมประชุมจำนวน 127 ประเทศ ประเทศที่ให้การยอมรับหลักการมีจำนวนทั้งสิ้น 120 ประเทศ คัดค้าน 7 ประเทศ

**ตามบทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดเงื่อนไขเอาไว้ว่า มาตรา 126 ว่า ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีผลบังคับใช้หลังจากวันที่รัฐภาคีสมาชิกได้ให้สัตยาบันครบ 60 ประเทศแล้วเป็นเวลา 60 วัน ซึ่งรัฐที่ 60 ได้ให้สัตยาบันแล้วเมื่อวันที่ 11 เมษายน ค.ศ.2002 ดังนั้นธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจึงมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2002

ดินแดนของรัฐภาคี หรือผู้กระทำความผิดเป็นคนชาติของรัฐภาคีเท่านั้น³¹ และศาลจะใช้ดุลอาณัติต่อเมื่อศาลภายในของรัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ หรือศาลภายในของรัฐไม่ประสงค์จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเท่านั้น³² การใช้อำนาจของศาลจึงเป็นไปในลักษณะการใช้ดุลอาณัติของศาลตามหลักความสมบูรณ (Complementarity Principle) แต่เมื่อพิจารณาธรรมนูญศาลแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลอาจใช้ดุลอาณัติเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีได้เป็นภาคีของธรรมนูญศาลได้ หากได้รับความยินยอมจากรัฐนั้น³³

³¹ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 มาตรา 12 (2) บัญญัติว่า

“ In the case of article13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction if one or more of the following States are Parties to this Statute or have accepted the jurisdiction of the Court in accordance with paragraph 3 :

- (a) The State on the territory of which the conduct in question occurred or, if the crime was committed on board a vessel or aircraft, the State of registration of that vessel or aircraft ;
- (b) The State of which the person accused of the crime is a national.”

³²ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 มาตรา 17(1)(a) บัญญัติว่า

“1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where :

- (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;
- ...”

³³ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 มาตรา 12 (3) บัญญัติว่า

“If the acceptance of a State which is not a Party to this Statute is required under paragraph 2, that State may, by declaration lodged with the Registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question. The accepting State shall cooperate with the Court without any delay or exception in accordance with Part 9.”

การเริ่มต้นนำคดีขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น สามารถดำเนินการได้ 3 วิธี คือ การเสนอของรัฐบาลที่อาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นในดินแดน, การเสนอคดีของคณะมนตรีความมั่นคงต่อพนักงานอัยการ, การเริ่มต้นสอบสวนคดีของพนักงานอัยการเอง³⁴ และเมื่อศาลได้รับคดีไว้พิจารณาแล้วนั้น บุคคลผู้ตกเป็นจำเลยในคดีจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงว่าผู้นั้นจะเป็นผู้นำรัฐ, เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลธรรมดา ยิ่งไปกว่านั้นแล้วจำเลยที่เป็นผู้นำรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ไม่สามารถยกความคุ้มกันของตนที่ได้รับจากกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นข้อต่อสู้ใช้อ้างต่อศาล เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้³⁵

แม้การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นวิธีการที่ดีวิธีการหนึ่งในการแก้ไขปัญหาที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐได้ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศโดยรวมทุกมาตราแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นยังคงมีข้อบกพร่องและมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ ซึ่งอาจส่งผลให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐได้ กล่าวคือ

1. การใช้ดุลอำนาจของศาลไม่สามารถครอบคลุมอาชญากรรมระหว่างประเทศทุกประเภท เนื่องจากการใช้ดุลอำนาจของศาลนั้นถูกจำกัดไว้เพียงอาชญากรรมระหว่างประเทศ 4 สถานความผิด คือ อาชญากรรมรุกราน, อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมสงคราม และอาชญา

³⁴ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 มาตรา 13 บัญญัติว่า

“The Court may exercise its jurisdiction with respect to a crime referred to in article 5 in accordance with the provisions of this Statute if :

- (a) A Situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by a State Party in accordance with Article 14;
- (b) A Situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations; or
- (c) The Prosecutor has initiated an investigation in respect of such a crime in accordance with article 15.”

³⁵ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 มาตรา 27.

กรรมต่อมนุษยชาติ เท่านั้น³⁶ แต่อย่างไรก็ตามสำหรับอาชญากรรมรุกรานนั้นยังคงเป็นปัญหาอยู่ เนื่องจากในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ยังมิได้มีการบัญญัติถึงลักษณะของอาชญากรรมรุกรานไว้ จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนว่าการกระทำใดบางที่เป็นลักษณะของอาชญากรรมรุกรานซึ่งศาลสามารถใช้ดุลอาณาได้

2. ศาลไม่สามารถใช้ดุลอาณาเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีใช้ภาคีธรรมนูญศาลได้ เว้นแต่รัฐนั้นให้ความยินยอม เนื่องจากธรรมนูญศาลนั้นมีลักษณะเป็นความตกลงระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่ง ดังนั้นรัฐที่จะเข้าผูกพันในธรรมนูญศาลฉบับนี้จะต้องทำการแสดงเจตนายอมรับธรรมนูญศาลเสียก่อน ซึ่งก็คือการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาล ดังนั้นรัฐที่ไม่ได้เข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลจึงมีผลเท่ากับการไม่ยอมรับดุลอาณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ และไม่ผูกพันเป็นคู่สัญญาในธรรมนูญศาลฉบับนี้ ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศจึงไม่สามารถใช้ดุลอาณาของตนเหนือรัฐที่มีใช้ภาคีได้ เนื่องจากจะเป็นปัญหาในเรื่องของการละเมิดอำนาจอธิปไตยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เว้นแต่เป็นกรณีที่รัฐที่มีใช้ภาคีจะได้แสดงเจตนายินยอมให้ศาลอาญาระหว่างประเทศใช้ดุลอาณาเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศในดินแดนตนได้

3. การที่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้บัญญัติในลักษณะเปิดโอกาสให้รัฐที่เข้าเป็นภาคีแห่งธรรมนูญศาล สามารถประกาศไม่ยอมรับดุลอาณาของศาลเหนืออาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นในดินแดนของตนได้เป็นเวลา 7 ปีนั้น เป็นการเพิ่มข้อจำกัดในการใช้ดุลอาณาของศาลเหนืออาชญากรรมสงครามให้มีขอบเขตแคบลงกว่าเดิม ซึ่งส่งผลให้ศาลไม่สามารถใช้ดุลอาณาดำเนินคดีกับอาชญากรรมสงครามได้อย่างเต็มที่ จึงเป็นการลดประสิทธิภาพของศาลในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศลงด้วย

³⁶ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 มาตรา 5 บัญญัติว่า

“The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes :

- (a) The crimes of genocide ;
- (b) Crimes against humanity;
- (c) War crimes;
- (d) The crime of aggression.

4. การดำเนินงานของศาลอาญถูกแทรกแซงการดำเนินงานจากองค์กรอื่น เช่นจากคณะมนตรีความมั่นคง เนื่องจากเป็นองค์กรที่มีอำนาจเสนอคดีให้พนักงานอัยการดำเนินการสืบสวนคดีได้ หรือการแทรกแซงจากพนักงานอัยการเอง ด้วยเหตุว่าพนักงานอัยการแต่เพียงผู้เดียวที่สามารถตัดสินใจได้ว่าคดีใดควรเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาล ซึ่งหากพนักงานอัยการไม่ซื่อสัตย์ต่อหน้าที่หรือมีอคติในการดำเนินคดีแล้วแล้ว อาจทำให้ผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศรอดพ้นจากการดำเนินคดีได้

เมื่อได้ทำการศึกษาธรรมเนียมศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ เกิดขึ้นจากเจตนาของรัฐต่างๆทั่วโลกในการร่วมกันเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาที่เป็นอุปสรรคในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐ แม้จะยังคงมีข้อบกพร่องอยู่บ้างก็เป็นเรื่องของ การเริ่มต้นนำคดีขึ้นสู่ศาลเท่านั้น ข้อบกพร่องส่วนใหญ่ที่พบจะเกี่ยวข้องกับเรื่องของการใช้ดุล อาญาของศาลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่มีประเด็นความบกพร่องเกี่ยวกับบท บัญญัติในเรื่องของความคุ้มกันเลย ซึ่งหากว่าผ่านปัญหาในเรื่องการใช้ดุลอาญาของศาลอาญา ระหว่างประเทศไปได้ ผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศจะต้องถูกดำเนินคดีโดยศาล อย่างไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจากธรรมเนียมศาลอาญาระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ นำรัฐไม่สามารถกล่าวความคุ้มกันที่ตนเองได้รับทั้งจากกฎหมายภายในของรัฐเอง หรือที่ได้รับจาก กฎหมายระหว่างประเทศมากล่าวอ้างเป็นข้อยกเว้นในการใช้ดุลอาญาของศาลได้ การจัดตั้งศาล อาญาระหว่างประเทศจึงเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาในเรื่องความคุ้มกันซึ่งเป็นอุปสรรคที่สำคัญ ประการหนึ่ง ในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2.4 การจัดตั้งศาลประชาสังคม

ศาลประชาสังคมนี้เป็นศาลที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยองค์กรเอกชนโดยมีลักษณะเป็นศาล จำลอง ซึ่งในการดำเนินการของศาลจำลองนี้จะมีธรรมเนียมจัดตั้งศาลและมีลักษณะการดำเนินการ เช่นเดียวกับองค์กรทางศาลระหว่างประเทศ ซึ่งศาลประชาสังคมที่เกิดขึ้นในสังคมโลกขณะนี้คือ ศาลจำลองในประเทศญี่ปุ่น

ศาลจำลองในประเทศญี่ปุ่น

ศาลจำลองในประเทศญี่ปุ่นนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากความล้มเหลวของศาลทหาร ระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกลในการดำเนินคดีกับพระจักรพรรดิฮิโรฮิโตะและบรรดานาย

ทหารระดับสูงบางนาย ซึ่งกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่กลับไม่ถูกลงโทษสำหรับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านั้น

ศาลจำลองในประเทศญี่ปุ่นนี้เป็นผลมาจากการเคลื่อนไหวขององค์การสตรีในประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งได้ทำการรวบรวมหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศต่อบรรดาสตรีที่อาศัยอยู่ในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกของทหารญี่ปุ่นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2³⁷ ซึ่งผลจากการรวบรวมหลักฐานได้ปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งบ่งชี้ถึงการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศต่อหญิงเหล่านั้นอย่างชัดเจน ในปีค.ศ.1991 จึงได้เริ่มมีการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับเหตุการณ์นี้ในศาลของประเทศญี่ปุ่น และได้มีการนำประเด็นเรื่องนี้เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในปีค.ศ.1992 การหยิบยกประเด็นนี้ขึ้นมาสู่การพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนี้ ได้ส่งผลให้ประเด็นนี้ได้รับความสนใจมากขึ้น และในปีค.ศ.1993 จึงได้มีการดำเนินการไต่สวนสาธารณะ (*public hearing*) เกี่ยวกับเหตุการณ์นี้ขึ้นในประเทศญี่ปุ่นและในการประชุมเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในกรุงเวียนนา ซึ่งรัฐบาลญี่ปุ่นได้แสดงท่าทีปฏิเสธไม่รับรองผลของการไต่สวนสาธารณะนั้น และปฏิเสธว่าในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 นี้ไม่มีการกระทำใดๆ ที่เป็นการกระทำของรัฐบาล ยิ่งไปกว่านั้นแล้วเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นความสมัครใจของบรรดาหญิงเหล่านั้นเองในการมีเพศสัมพันธ์กับทหารญี่ปุ่นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ดังนั้นการกล่าวอ้างบทบัญญัติของกฎหมายหลายฉบับในการพิจารณานั้นไม่สามารถบังคับให้รัฐบาลญี่ปุ่นต้องชดเชยความเสียหายใดๆ ให้แก่หญิงเหล่านั้นได้³⁸ ผลจากท่าทีของรัฐบาลญี่ปุ่นนี้เองได้ส่งผลให้มีการฟ้องร้องคดีขึ้นอย่างมากในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งในปัจจุบันนี้คดีเหล่านี้ก็ยังคงค้างอยู่ระหว่างการพิจารณาคดีของศาล

เมื่อบรรดาหญิงที่ตกเป็นเหยื่อจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศของทหารญี่ปุ่นเหล่านี้ ไม่ได้รับการแสดงความรับผิดชอบจากจริงจังกจากรัฐบาลญี่ปุ่น หญิงเหล่านี้จึงได้พยายามค้นหาวิธีการใหม่เพื่อให้ได้ตนเองได้รับการเยียวยาในความเสียหายที่เกิดขึ้น องค์การสตรี

³⁷ อาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นกับบรรดาหญิงที่อาศัยอยู่ในภูมิภาคนี้คือ การถูกทหารญี่ปุ่นกวาดต้อนและจับกุมตัวไปกักขังอยู่ในค่ายที่เรียกว่า “*Comfort Station*” ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นในทุกที่ที่มีกองทัพของญี่ปุ่นตั้งอยู่ โดยหญิงเหล่านี้จะถูกบังคับให้ร่วมประเวณีกับทหารญี่ปุ่นเพื่อบำบัดความต้องการทางเพศของทหารญี่ปุ่นในระหว่างสงคราม ดูรายละเอียดใน Wu Tianwei, “The Failure of the Tokyo Trail,” (<http://www.centurychina.com>), January, 2003.

³⁸ Ibid.

ของประเทศต่างๆในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก จึงได้ร่วมมือกันในทุกวิถีทางในการดำเนินการผลักดันให้มีการจัดตั้งศาลจำลองขึ้นมาเพื่อดำเนินคดีกับประเทศญี่ปุ่นและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนี้ ซึ่งต่อมาความพยายามนี้ได้ประสบผลสำเร็จและได้มีการจัดตั้ง “The Women’s International War Crimes Tribunal On Japan’s Military Sexual Slavery” ขึ้นในปี ค.ศ. 2000 โดย *Charter of The Women’s International War Crimes Tribunal On Japan’s Military Sexual Slavery 2000*

ในธรรมนูญจัดตั้งศาลจำลองในประเทศญี่ปุ่นนี้ ได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลอำนาจเหนือปัจเจกชนและรัฐในการกระทำอาชญากรรมต่างๆ เช่น การเอาตัวลงเป็นทาสทางเพศ, การข่มขืน, และการกระทำในรูปแบบอื่นที่มีลักษณะเป็นการละเมิดทางเพศ, การเอาตัวลงเป็นทาส, การทรมาน, การเนรเทศ, การกระทำทารุณ, การฆาตกรรม และการทำลายล้างล้างมนุษยชาติที่กระทำต่อสตรีในฐานะที่เป็นอาชญากรรมสงคราม, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในทุกประเทศและทุกภูมิภาคที่ตกอยู่ภายใต้การยึดครองของประเทศญี่ปุ่น ก่อนหรือระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2³⁹

ภายหลังจากที่ได้มีการจัดตั้งศาลจำลองนี้ขึ้นแล้ว คณะอัยการซึ่งมาจาก 9 ประเทศได้ร่วมกันเสนอคำฟ้องต่อศาลโดยยื่นฟ้องพระจักรพรรดิฮิโรฮิโตะ และนายทหารระดับสูงที่มีส่วนร่วมในเหตุการณ์ครั้งนี้ รวมทั้งรัฐบาลญี่ปุ่นเป็นจำเลยต่อศาล พร้อมทั้งแสดงพยานหลักฐานที่ทำให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีการบังคับเอาตัวผู้หญิงที่อาศัยอยู่ในดินแดนที่กองทัพญี่ปุ่นเดินทางผ่านมาเป็นทาสทางเพศของทหารญี่ปุ่นโดยทหารญี่ปุ่นจริง และรัฐบาลญี่ปุ่นเองก็มีส่วนร่วมในเหตุการณ์นี้ในฐานะที่เป็นผู้ออกคำสั่งให้มีการลำเลียงผู้หญิงเหล่านั้นส่งไปยังบริเวณที่ตั้งฐานทัพของทหารญี่ปุ่น เพื่อบำบัดความต้องการทางเพศของทหารญี่ปุ่น ยิ่งไปกว่านั้นแล้วพยานหลักฐานบางส่วนยังแสดงถึงการปฏิบัติต่อหญิงเหล่านั้นอย่างเลวร้ายของทหารญี่ปุ่นภายหลังจากที่สงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลงแล้ว นั่นคือผู้หญิงเหล่านั้นจะถูกทหารญี่ปุ่นละทิ้ง และบางคนถูกฆ่า ส่งผลให้หญิงเหล่านี้กลายเป็นคนเร่รอนไม่มีบ้าน หรือได้รับความทรมานทางร่างกายและจิตใจอย่างรุนแรง ในวันที่ 8-12 ธันวาคม ค.ศ. 2000 ศาลจำลองนี้ได้นั่งพิจารณาคดีที่กรุงโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น และได้มีคำพิพากษาว่า ในกรณีของพระจักรพรรดิฮิโรฮิโตะนั้น ศาลได้พิจารณาสอบสวนคดีแล้วเห็นว่า จากพยานหลักฐานทั้งหมดแสดงให้เห็นว่า พระจักรพรรดิฮิโรฮิโตะมีความรับผิดชอบตามที่ข้อกล่าวหาที่ 1-2

³⁹ดูรายละเอียดใน *Charter of The Women’s International War Crimes Tribunal On Japan’s Military Sexual Slavery 2000, Article 2*

สำหรับการข่มขืนและการเอาตัวหญิงเหล่านั้นลงเป็นทาสทางเพศในฐานะที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นอกจากนั้นแล้วศาลยังได้พิพากษาว่ารัฐบาลญี่ปุ่นมีความรับผิดชอบในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นด้วย⁴⁰

แต่เมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดเกี่ยวกับศาลจำลองที่กรุงโตเกียวแล้ว จะเห็นได้ว่าการจัดตั้งศาลจำลองในกรณีนี้เป็นเพียงแนวทางหนึ่งการแก้ปัญหาในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเท่านั้น เนื่องจากว่าศาลนี้มีฐานะเป็นเพียงศาลจำลองไม่มีผลทางกฎหมายใดๆ แต่หากพิจารณาในฐานะที่ศาลจำลองญี่ปุ่นนี้มีฐานะเป็นศาลที่มีสถานะเท่าเทียมกับศาลระหว่างประเทศอื่นที่มีอยู่ในสังคมระหว่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลจำลองนี้ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่บางประการที่ทำให้การนำตัวผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากธรรมนูญศาลให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจในการดำเนินคดีกับปัจเจกชนที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นได้อย่างจำกัด กล่าวคือศาลสามารถพิจารณาคดีได้เฉพาะอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ผู้หญิงตกเป็นเหยื่อจากการกระทำของทหารญี่ปุ่นที่เกิดขึ้นในประเทศแถบภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกเท่านั้น⁴¹ ซึ่งส่งผลให้ผู้ชายที่ตกเป็นเหยื่อจากการทำ

⁴⁰ ศาลจำลองได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับความผิดของพระจักรพรรดิฮิโรฮิโตะว่า

“The Tribunal finds, based on the evidence before it, that the Prosecution has proved its case against the accused Emperor Hirohito, and find him guilty of responsibility for rape and sexual slavery as a crimes against humanity, under Counts 1-2 of the Common Indictment, Additionally, the Judges determine that the government of Japan has incurred state responsibility, as recognized under Article 4 of the Charter, for its establishment and maintenance of the comfort system.”

RE : Judgment of the Women’s International War Crimes Tribunal 2000 for the Trial of Japanese Military Sexual Slavery. In the matter of the Prosecutors and the Peoples of the Asia-Pacific Region vs. Emperor Hirohito et al. And the Government of Japan (<http://www.iccwomen.org/tokyo/judgmentannounce.htm>) ,December,2002.

⁴¹ ธรรมนูญของ The Women’s International War Crimes Tribunal 2000, Article 1 และ 2. บัญญัติว่า

“Article 1 Establishment of the Women’s International War Crimes Tribunal

อาชญากรรมระหว่างประเทศของประเทศญี่ปุ่น ไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านั้น แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดที่ส่งผลให้ศาลจำลองสำหรับกรณีนี้ไม่สามารถแก้ปัญหาการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพก็คือ การที่ธรรมนูญของศาลจำลองนี้มีได้มีบทบัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวกับกระบวนการหลังศาลมีคำพิพากษาไว้เลย คงมีเพียงแต่บทบัญญัติให้อำนาจศาลในการพิจารณาคดีเท่านั้น ส่งผลให้ศาลจำลองศาลนี้ขาดอำนาจในการบังคับคดี ดังนั้นแม้ว่าศาลจำลองนี้จะมีคำพิพากษาว่าพระจักรพรรดิอิโรฮิโตมีความรับผิดชอบในการกระทำของตนในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ตามที่ถูกกล่าวหาก็ตาม แต่ศาลก็ไม่มีอำนาจใดๆในการนำตัวพระจักรพรรดิอิโรฮิโตมาลงโทษหรือบังคับให้กระทำใดๆตามคำพิพากษาได้

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าศาลจำลองนี้จะไม่สามารถแก้ไขปัญหาในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างเด็ดขาดก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าศาลจำลองนี้จะไร้ประโยชน์เสียทีเดียว เนื่องจากศาลจำลองนี้เกิดขึ้นจากการความร่วมมือของบรรดาหญิงที่เป็นเหยื่อของอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งดำเนินวิธีการต่างๆหลายวิธีจนประสบความสำเร็จในการจัดตั้งศาลจำลองนี้ขึ้นมาจนกระทั่งศาลได้พิจารณาคดีเสร็จสิ้นและมีคำพิพากษาออกมา การ

The Women's International War Crimes Tribunal ("the Tribunal") is hereby established. It shall have power to exercise jurisdiction over individuals and States pursuant to the provisions of the present Charter. It shall conduct a public trial on such dates and places as may be determined by the International Organizing Committee.

Article 2 Jurisdiction of the Tribunal

1. The Tribunal shall have jurisdiction over crimes committed against women as war crimes, crimes against humanity and other crimes under international law and shall cover all countries and regions that were colonized, ruled or under the military occupation and to all other countries that were similarly victimized by Japan before and during the Second World War. These crimes include, but are not limited to the following acts : sexual slavery, rape and other forms of sexual violence, enslavement, torture, deportation, persecution, murder, and extermination.

... “

จัดตั้งศาลจำลองนี้จึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความต้องการของประชาชนให้มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งสิ่งนี้อาจเป็นแรงกระตุ้นให้เหยื่อจากอาชญากรรมระหว่างประเทศในเหตุการณ์อื่นๆ หันมากระทำการในลักษณะเดียวกัน จนกลายเป็นแรงกดดันที่สำคัญที่ทำให้รัฐต่างๆ ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐซึ่งนำไปสู่การดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างมีประสิทธิภาพได้ในที่สุด

จากที่ได้ทำการศึกษามาทั้งหมดนั้น จะเห็นได้ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ปรากฏให้เห็นอยู่ในสังคมระหว่างประเทศตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบันนั้น ส่วนใหญ่แล้วจะเกิดขึ้นโดยการกระทำของผู้นำรัฐ ซึ่งอาจจะเป็นไปในรูปแบบของการลงมือด้วยตนเอง หรือเป็นการออกคำสั่งคำสั่งบังคับบัญชาให้บุคคลอื่นไปปฏิบัติการแทน และเมื่อผู้นำรัฐถูกจับกุมตัวมาดำเนินคดี ผู้นำรัฐก็มักจะกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาล เพื่อทำลายกระบวนการพิจารณาของศาล เช่นในกรณีของการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเช่ ซึ่งปัญหาในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้นเป็นประเด็นที่รัฐต่างๆ ต่างก็ให้ความสำคัญ และพยายามค้นหาแนวทางเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากความพยายามในการจัดทำร่างอนุสัญญาาระหว่างประเทศขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ของความคุ้มกันของผู้นำรัฐในกรณีต่างๆ ให้มีความชัดเจนมากขึ้น นอกจากนี้ยังได้มีการจัดตั้งองค์กรทางศาลเพิ่มเติมเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่ศาลภายในของรัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐได้ แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าแนวทางแก้ไขปัญหานี้ในแต่ละวิธีก็ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่ในตัวเอง และยังไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหานี้เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐได้อย่างสมบูรณ์ จึงเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องนำข้อบกพร่องของแต่ละวิธีการมาศึกษา และค้นหาแนวทางที่จะสามารถขจัดปัญหาที่มีอยู่ได้ทั้งหมดเพื่อให้การดำเนินคดีกับผู้นำรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะส่งผลสืบเนื่องไปถึงการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศให้หมดไปจากสังคมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ

บทที่ 6 บทสรุปและเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากที่ได้ทำการศึกษาวិทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเห็นได้ว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นการกระทำที่สร้างความผิดอาญาที่ส่งผลกระทบต่อสันติภาพ ศีลธรรม และความสงบสุขของสังคมระหว่างประเทศ และยิ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่มวลมนุษยชาติโดยรวมด้วย โดยเฉพาะอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่อาชญากรรมรุกราน, อาชญากรรมสงคราม, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ สำหรับการทรมานนั้นก็เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศอีกลักษณะหนึ่งที่มีพบเห็นได้บ่อยครั้ง เนื่องจากการกระทำใดๆ ที่ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัสไม่ว่าจะเป็นทางร่างกายหรือทางจิตใจก็ตามล้วนแต่เป็นการทรมานทั้งสิ้น การทรมานจึงเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่กระทำได้ง่ายที่สุด และมักจะถูกนำมาใช้ในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทอื่นด้วย ด้วยเหตุนี้ในบทบัญญัติของอนุสัญญาาระหว่างประเทศต่างๆ จึงให้การยอมรับว่าการทรมานเป็นลักษณะหนึ่งของอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นอกจากนั้นแล้วการทรมานและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติยังเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชน, หลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายเด็ดชาติอีกด้วย การทรมานและอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้จึงเป็นการต้องห้ามมิให้กระทำโดยเด็ดขาดตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ส่งผลให้รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องไม่กระทำการทรมานและอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้อย่างเด็ดขาด อีกทั้งมีพันธกรณีที่จะต้องปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศให้หมดสิ้นไปจากสังคมระหว่างประเทศด้วยอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งวิธีการหนึ่งที่ได้ผลและมีประสิทธิภาพก็คือ การนำตัวบุคคลที่กระทำการอาชญากรรมระหว่างประเทศมาดำเนินคดีและลงโทษในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั่นเอง

ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐที่ควรมีอำนาจในการใช้ดุลอาญาของรัฐในการดำเนินคดีกับผู้ทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้นั้น ควรเป็นรัฐที่อาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นในดินแดน เนื่องจากเป็นรัฐที่ได้รับผลกระทบโดยตรงที่สุดจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น ประกอบกับพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นกระทำได้ง่าย แต่อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงแล้ว ผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น มักจะหลบหนีออกไปนอกดินแดนของรัฐที่การกระทำผิด

เกิดขึ้น ทำให้รัฐที่อาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นนั้น ไม่สามารถใช้ดุลอำนาจของตนในการดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้อำนาจแก่รัฐที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น สามารถใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศได้ทุกกรณีทั่วโลก โดยไม่ต้องคำนึงว่าตนเองมีจุดเกาะเกี่ยวใด ๆ กับการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นหรือไม่ หลักเกณฑ์นี้ก็คือ การใช้ดุลอำนาจของรัฐตามหลักสากลนั่นเอง

แต่เมื่อพิจารณาอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในสังคมโลกส่วนใหญ่แล้วจะเห็นได้ว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศที่เป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นผลจากการกระทำของผู้นำรัฐ เนื่องจากอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้จะกินขอบเขตพื้นที่กว้างขวาง และก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าอาชญากรรมทั่วไป ดังจะเห็นได้จากอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 และอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศชิลี ซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำของพลเอกอากุสโต ปิโนเช่ ในขณะที่ดำรงตำแหน่งเป็นผู้นำรัฐอยู่ ส่งผลให้พลเมืองที่อาศัยอยู่ในประเทศชิลีซึ่งไม่จำกัดเฉพาะแต่ชาวชิลีเท่านั้นเสียชีวิตไปเป็นจำนวนมาก ไม่เพียงแต่อาชญากรรมระหว่างประเทศในประเทศชิลีเท่านั้นที่เกิดขึ้นจากการกระทำของพลเอกปิโนเช่ แต่เขายังได้ร่วมมือกับผู้นำรัฐของประเทศอื่นในภูมิภาคเดียวกันกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้นในประเทศต่างๆทั่วโลก ในลักษณะการปฏิบัติการที่เรียกว่า “Operation Condor” ซึ่งส่งผลให้ประชาชนจำนวนมากได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติการนี้ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดความพยายามจากบรรดาเหยื่อทั้งหลายเหล่านั้นในการนำตัวพลเอกปิโนเช่มาดำเนินคดีและลงโทษในรัฐต่างๆอย่างกว้างขวาง สาเหตุที่เป็นไป ในลักษณะนี้ก็เนื่องจากว่าผู้นำรัฐนั้นเป็นองค์กรสูงสุดของรัฐ และเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ในการดำเนินกิจการต่างๆแทนรัฐ ผู้นำรัฐจึงมีอำนาจสั่งการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการในลักษณะที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ ดังนั้นในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศให้หมดสิ้นไปจากสังคมระหว่างประเทศได้นั้น จำเป็นต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามการที่ผู้นำรัฐได้รับการรับรองว่าเป็นบุคคลที่มีสถานะพิเศษ และได้รับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐต่างประเทศซึ่งเป็นสิทธิพิเศษตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น กลับเป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยศาลภายในของตนได้

แนวความคิดของหลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐนั้น ถือกำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ในลักษณะของการให้การยอมรับความคุ้มกันจากการใช้ดุลอำนาจของรัฐเหนือผู้

นำรัฐของตนเองก่อน ซึ่งเป็นลักษณะการให้ความคุ้มกันแบบเด็ดขาดเช่นเดียวกับความคุ้มกันของรัฐ เนื่องจากถือว่ารัฐและผู้นำรัฐเป็นบุคคลคนเดียวกัน และได้มีการขยายขอบเขตออกไปยังผู้นำรัฐต่างประเทศด้วยเพื่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ แต่ต่อมาเมื่อแนวความคิดเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐได้เปลี่ยนแปลงไปในลักษณะของการได้รับความคุ้มกันแบบจำกัด ความคุ้มกันของผู้นำรัฐก็เปลี่ยนแปลงไปในลักษณะเดียวกันกับความคุ้มกันของรัฐ โดยผู้นำรัฐจะได้รับความคุ้มกันในลักษณะจำกัดด้วย แต่อย่างไรก็ตามผู้นำรัฐนั้นมิได้ดำรงอยู่ถาวรเช่นเดียวกับรัฐ เนื่องจากในบางรัฐนั้นรัฐธรรมนูญของรัฐได้กำหนดให้ผู้นำรัฐมีวาระในการดำรงตำแหน่ง เมื่อครบตำแหน่งแล้วถือว่าผู้นำรัฐนั้นพ้นจากตำแหน่งต้องดำเนินการสรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐคนใหม่ ในขณะที่บางรัฐไม่เป็นเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้จึงได้ทำให้เกิดการแบ่งประเภทความคุ้มกันของผู้นำรัฐออกเป็น 2 ประเภทคือ ความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากตัวบุคคล (*ratione personae*) และความคุ้มกันตามเหตุผลอันเนื่องมาจากมูลกรณี (*ratione materiae*) ซึ่งสรุปเป็นหลักเกณฑ์ได้ว่าผู้นำรัฐนั้นจะได้รับความคุ้มกันในลักษณะเด็ดขาดในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐอยู่ และภายหลังจากเมื่อพ้นจากตำแหน่งแล้ว ผู้นำรัฐจะได้รับความคุ้มกันในลักษณะจำกัด กล่าวคือจะได้รับความคุ้มกันเฉพาะการกระทำที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการของผู้นำรัฐเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้นำรัฐแล้ว จะเกิดปัญหาอยู่ว่าผู้นำรัฐนั้นสมควรจะได้รับความคุ้มกันในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากการดำเนินคดีกับพลเอกปิโนเชต์ในศาลอังกฤษ ซึ่งผลจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ อาจเป็นผลให้ผู้นำรัฐรอดพ้นจากการดำเนินคดีได้

และเมื่อทำการพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศในยุคปัจจุบันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในเรื่องการกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศบางฐานความผิดนั้นมีความชัดเจนมากขึ้นกว่าแต่ก่อน โดยเฉพาะในการกระทำอาชญากรรมรุกราน, อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งเป็นอาชญากรรมหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ (*Core Crimes of International Law*) ทั้งนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 (*Rome Statute of International Criminal Court 1998*) มีผลบังคับใช้แล้วในปัจจุบัน โดยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้นำรัฐนั้นไม่สามารถกล่าวอ้างความคุ้มกันในการกระทำอาชญากรรมรุกราน, อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นย่อม

หมายความรวมถึงเฉพาะการทรมานในฐานะที่เป็นการกระทำลักษณะหนึ่งของอาชญากรรม สงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่ไม่รวมถึงกรณีการทรมานที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติด้วย ส่งผลให้การกล่าวอ้างความคุ้มกันของผู้นำรัฐในการกระทำการทรมานในฐานะที่เป็นอาชญากรรมข้ามชาติยังคงคลุมเครือต่อไป

ดังนั้นจึงสามารถกล่าวได้ว่า ความคุ้มกันของผู้นำรัฐเป็นอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ ซึ่งเมื่อได้ทำการศึกษาถึงกรณีศึกษาต่างๆแล้วทำให้เห็นว่า นอกจากปัญหาในเรื่องความคุ้มกันของผู้นำรัฐแล้ว ยังคงมีปัญหาอื่นอีกหลายประการ ที่เป็นสาเหตุให้รัฐต่างๆไม่สามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ โดยศาลภายในของรัฐ ซึ่งพอจะสรุปได้ดังนี้ คือ

1. ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติภายใน ซึ่งอาจเป็นในลักษณะของการขาดคำนิยามของอาชญากรรมระหว่างประเทศ, การไม่สอดคล้องของบทบัญญัติของกฎหมายภายในกับบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศ, การขาดบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่ให้การรับรองการใช้อุทธรณ์ของรัฐตามหลักสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ ปัญหาเหล่านี้เป็นสาเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้รัฐไม่สามารถใช้อุทธรณ์ของตนในการดำเนินคดีและลงโทษผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากความสามารถในการใช้อุทธรณ์ของรัฐในการดำเนินคดีนั้น เป็นจุดเริ่มต้นของการดำเนินคดีในทุกคดี หากรัฐดำเนินคดีไปโดยไม่มีอุทธรณ์เหนือการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น เท่ากับว่ารัฐดำเนินการไม่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ และรัฐเองอาจมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐนั้น

2. ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้นำรัฐกล่าวอ้างความคุ้มกันของตนต่อศาลภายใน ซึ่งอาจเป็นกรณีของการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายภายในบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐเอาไว้ หรือความไม่ชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติของกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐ

3. ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมภายใน ซึ่งอาจเกิดขึ้นในรูปแบบของการแทรกแซงทางการเมืองในขั้นตอนต่างๆ ของการดำเนินคดี เช่น ขั้นตอนการสืบสวนสอบสวนคดี, ขั้นตอนการพิจารณาคดี หรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรืออาจเกิดจากการที่รัฐมีเจตจำนงที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้นำรัฐเองเพื่อผลประโยชน์ทางการเมืองของรัฐเอง

4. ปัญหาที่เกิดขึ้นจากตัวผู้นำรัฐเอง ซึ่งเกิดจากสถานะของตัวผู้นำรัฐ หรือเป็นผลมาจากปัจจัยทางกายภาพอื่น เช่นความไม่สมบูรณ์ของสุขภาพทั้งทางร่างกายและจิตใจ ซึ่งส่งผลให้ผู้นำรัฐไม่มีความสามารถในการต่อสู้คดีเพียงพอ ซึ่งหากศาลดำเนินคดีกับผู้นำรัฐต่อไปย่อมเป็นการขัดกับหลักกฎหมายอาญาที่ว่า จำเลยต้องทราบและเข้าใจข้อกล่าวหาได้เป็นอย่างดีและสามารถดำเนินการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่

สำหรับแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนั้น สามารถดำเนินการได้หลายวิธีทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับประเทศ ซึ่งวิธีการในการแก้ไขปัญหานี้สามารถแยกออกได้เป็น 2 วิธีการใหญ่ๆคือ การดำเนินการแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ และความคึกคักกันของผู้นำรัฐให้มีความชัดเจนมากขึ้น และการจัดตั้งองค์กรทางศาลขึ้นเพิ่มเติม ซึ่งอาจเป็นในลักษณะของการจัดตั้งศาลพิเศษ หรือศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราว หรือการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการถาวรขึ้น แต่อย่างไรก็ตามแนวทางแก้ไขปัญหานี้ ยังคงมีทั้งข้อดีและข้อเสียผสมปนเปกันอยู่ วิธีการแก้ไขปัญหาคดีที่ดีที่สุดก็คือการนำเอาวิธีการแก้ไขปัญหาคดีมาศึกษาหาข้อดีและข้อเสียอย่างละเอียด เพื่อหาวิธีการใดๆที่จะสามารถแก้ไขปัญหาคดีได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ ซึ่งในการค้นหาวิธีการแก้ปัญหาคดีอย่างสมบูรณ์นี้ คงไม่สามารถสัมฤทธิ์ผลสมบูรณ์ได้โดยการดำเนินการของรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียว หากแต่ต้องการความร่วมมือจากรัฐทุกรัฐในสังคมระหว่างประเทศ เพื่อให้การปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลสมบูรณ์

2. ข้อเสนอแนะ

อาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นปัญหาที่สำคัญปัญหาหนึ่งของสังคมระหว่างประเทศ การแก้ไขปัญหาคดีทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น จึงต้องอาศัยความร่วมมือจากหลายฝ่ายประกอบกันทั้งในระดับรัฐ ระดับภูมิภาค และระดับระหว่างประเทศ ในการเสริมสร้างความแข็งแกร่งและความเป็นเอกภาพในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งในที่นี้ ผู้เขียนจะได้ขอเสนอแนะแนวทางที่รัฐทั้งหลายควรปฏิบัติ เพื่อให้การดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งข้อเสนอแนะนั้นได้แก่

1. รัฐควรดำเนินการศึกษาถึงรายละเอียดของบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตนเองว่าครอบคลุมอาชญากรรมระหว่างประเทศหรือไม่ หากพบว่าบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตน

นั้น ไม่ครอบคลุมอาชญากรรมระหว่างประเทศทุกประเภท หรือไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์อื่นของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐควรริบดำเนินการแก้ไขปรับปรุงหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายภายในให้มีความสมบูรณ์มากขึ้น เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของระบบกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐ ให้สามารถใช้ดุลอาณาเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศทุกกรณีที่เกิดขึ้นในสังคมระหว่างประเทศ

2. รัฐควรให้ความสำคัญในการปรับใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศมากขึ้น เพื่อเพิ่มขอบเขตในการใช้ดุลอาณาของรัฐให้สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐได้แม้ว่ารัฐจะมิได้มีจุดเกาะเกี่ยวใด ๆ กับอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเลย

3. รัฐทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศจะต้องยึดถือและปฏิบัติตามหลัก *Aut dedere Aut judicare* ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ (*General Principle of International Law*) อย่างเคร่งครัด กล่าวคือ ในกรณีที่รัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมได้ ไม่ว่าจะเกิดจากปัญหาความไม่มีประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมภายในหรือรัฐไม่ประสงค์จะดำเนินคดีกับผู้นำรัฐเนื่องจากมีความสัมพันธ์อันดีระหว่างกัน ตลอดจนเหตุผลอื่นใดก็ตาม เมื่อมีการร้องขอจากรัฐต่างประเทศอื่นที่ประสงค์จะดำเนินคดีกับผู้นำรัฐ รัฐจะต้องดำเนินการส่งตัวผู้นำรัฐข้ามแดนให้แก่รัฐที่ร้องขอนั้นโดยไม่มีข้อยกเว้น

4. รัฐทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศควรทำความตกลงร่วมกันไม่ว่าจะกระทำในรูปแบบใด เพื่อกำหนดลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศให้มีความชัดเจนมากขึ้น เช่นในกรณีของอาชญากรรมรุกราน (*Crime of Aggression*) หรือการก่อการร้าย (*terrorism*) ตลอดจนกำหนดอำนาจของรัฐในการใช้ดุลอาณาของรัฐตามหลักสากลเหนืออาชญากรรมอื่น เช่นอาชญากรรมเกี่ยวกับการค้ายาเสพติด หรือ การค้าหญิงและเด็ก ให้ชัดเจนมากขึ้น

5. รัฐควรทำความตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของผู้นำรัฐให้มีความชัดเจนมากขึ้นว่า กรณีใดบ้างที่ผู้นำรัฐได้รับความคุ้มกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และกรณีใดบ้างที่ไม่ได้รับความคุ้มกัน ตลอดจนถึงความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศกับอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วย ว่าผู้นำรัฐนั้นจะได้รับความคุ้มกันในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศหรือไม่อย่างไร

6. รัฐควรดำเนินการอนุวัติการหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่างๆ ทั้งหลักกฎหมายทั่วไป, หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และอนุสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ และความคุ้มกันของรัฐ ให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายใน เพื่อให้แนวทางปฏิบัติของรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ และความคุ้มกันของรัฐในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

7. รัฐควรให้ความร่วมมือกับรัฐอื่นตลอดจนศาลพิเศษ, ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราว และศาลอาญาระหว่างประเทศถาวร ในการดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ทั้งในลักษณะของการไม่ให้ที่ลี้ภัย, การจับกุมและส่งตัวผู้นำรัฐไปรับการดำเนินคดีโดยศาลภายในของรัฐอื่น หรือขององค์กรศาลในทางระหว่างประเทศ หรือการช่วยเหลือในการสอบสวนดำเนินคดี และการรวบรวมพยานหลักฐาน เป็นต้น

8. องค์การระหว่างประเทศต่างๆ ทั้งในระดับภูมิภาคและระดับระหว่างประเทศ ควรเป็นผู้ริเริ่มตลอดจนผลักดันให้รัฐต่างๆ ในภูมิภาคของตน และในสังคมนระหว่างประเทศ จัดทำ ความตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ ให้มีความชัดเจนมากขึ้นว่า กรณีใดบ้างที่ผู้นำรัฐได้รับความคุ้มกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศและกรณีใดบ้างที่ไม่ได้รับความคุ้มกัน ตลอดจนถึงความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของผู้นำรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศกับอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วย รวมถึงผลักดันในหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ให้เกิดผลอย่างจริงจังในทางปฏิบัติด้วย

ซึ่งหากรัฐทั้งหลายได้ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะเหล่านี้แล้ว ปัญหาต่างๆ ที่ทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้นำรัฐที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศก็จะหมดไป การดำเนินคดีกับผู้นำรัฐก็จะสัมฤทธิ์ผลสมบูรณ์ ส่งผลให้การปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และนำความสงบสุขมาสู่สังคมนระหว่างประเทศได้ในที่สุด

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กนกวรรณ ภิบาลชนม์. อาชญากรรมสงคราม: ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

กิตติ ไสสธเจริญผล. เขตอำนาจรัฐสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

จันทิมา ลิ้มปานนท์. ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2539.

ชาติปรีดี ฉัตรภูมิ. คู่มือวิชากฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : มงคลการพิมพ์, 2518.

ดำรง ธรรมวาทย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.

นพพร โพธิ์รังสิยากร. ความคุ้มกันของรัฐในศาลต่างประเทศ. บทบัณฑิตย 42(กันยายน 2529) : 84-110.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538.

พงศ์ธร บุญอารีย์. กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2540.

ภาสกร ชุณหอุไร, คู่มือนักศึกษา กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (ภาคสันติ)
กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2519

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วย
ที่ 1-6. พิมพ์ครั้งที่ 8. นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2533.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วย
ที่ 7-12. พิมพ์ครั้งที่ 8. นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2533.

วีระพันธุ์ วัชรชาติย์ และคณะ. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัย
สุโขทัยธรรมมาธิราช, 2542.

สุผานิต มั่นสุข. เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา.
กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (อัดสำเนา)

อารยา กิตติเวช. การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลไทย: ศึกษาในเชิง
วิเคราะห์ข้อความคิดและแนวโน้มเพื่อเสนอแนะแนวทางสำหรับการพิจารณาคดีของศาล
ไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาษาต่างประเทศ

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Eleven. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/014/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Eight. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/011/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Fifteen. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/018/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Five. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/008/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Four Part A. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/006/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Four Part B. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/007/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Fourteen. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/017/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Introduction. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/002/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Nine. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/011/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter One. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/003/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Seven. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/010/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Six. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/009/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Ten. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/012/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Thirteen. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/016/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Three. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/005/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Twelve. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/015/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Enforce Legislation : Chapter Two. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/004/2001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (5 November 2001).

Amnesty International. United Kingdom : The Pinochet Case – Universal Jurisdiction and Absence of Immunity for Crimes Against Humanity. Online Report of Amnesty International,1999 (AI Index : EUR 45/01/98001).Available from : <http://www.amnesty.org>. (February, 1999).

Abir, D. Note: and Comments : Suing a Foreign Government : A Note on Siderman v. Republic of Argentina. Whittier Law Review 15(1994) : 587-596.

Alebeek, R.V. The Pinochet Case : International Human Rights Law on Trail. The British Year Book of International Law 71(2000) : 29-79.

- Arnell, P. International Criminal Law and Universal Jurisdiction. International Legal Perspectives 11(1999) : 53-63.
- Artucio, A. Augusto Pinochet Ugarte before the Court of Chilean Justice. The Review 62-63(2001) : 47-158.
- Bassiouni, M. C. Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes. Law and Contemporary Problems 59(1996): 63-92.
- Bassiouni, M. C. Crimes Against Humanity in International Criminal Law, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- Bassiouni, M. C. From Versailles to Rwanda in Seventy-five Years : The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. Harvard Human Rights Journal 10(1997) : 1-25.
- Bassiouni, M. C. International Crimes : Digest/Index of International Instruments 1815-1985 vol. I. New York:Ocean Publication Inc., 1986.
- Bassiouni, M. C. Searchig for peace Achieving Justice : The Need for Accountability. in M. C. Bassiouni (ed.), Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights : Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998, 1998
- Bassiouni, M. C. and Wise, M. E. Aut Dedere Aut Judicare : The Duty to Extradite or Prosecute in International Law. Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1995.
- Baxter, R.R. Jurisdiction over war crimes and crimes against humanity: Individual and State Accountability, in Bassiouni, M.C. and Nanda, V.P. (eds.), A Treatise on International Criminal Law Vol. II Charles C. Publisher, 1973.

- Bianchi, A. Immunity Versus Human Rights: The Pinichet Case. European Journal of International Law 10(1999): 237-252.
- Blakesley C.L. Jurisdiction, Definition of Crimes and Triggering Mechanism. In Bassiouni, M.C. (ed.), The International Criminal Court : Observations and Issues Before The 1997-98. Nouvelles Etudes Penales., 1997.
- Brown, C.E. and Fried, A. Universal Crime, Jurisdiction and Duty : The Obligation of Aut Dedere Aut Judicare in International Law. McGill Law Journal 43(1998):614-633.
- Brownlie, I. Principle of International Law (3rd ed.) Oxford: Oxford University Press, 1979.
- Chinkin, C. M. and Board of Editors. International Decision: United Kingdom House of Lords, (Spanish request for extradition). Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte (no.3).[1999] 2 Wlr 827. The American Journal of International Law 93(1999): 703-711.
- Davis, M. P. Accountability and Leadership : Impugning Sovereign Immunity. Illinois Law Review 1999(1999) : 1360-1375.
- Dautricourt, J.Y. "The International Criminal Court : The Concept of International Criminal Jurisdiction – Definition and Limitation of the Subject." Cited in M. Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda (eds.), A Treatise on International Criminal Law Vol. I : Crimes and Cooperration, pp. 5-64. Illinois : Charles C. Thomas, 1973.
- Etcheson, C. The Persistence of Impunity in Cambodia. In Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights : Proceedings of The Siracusa Conference 17-21 September 1998 M.C. Bassiouni, (ed.) Association Internationale de Droit Pénal, 1998

- Faiola, A. Pinochet Case Opens Closet of a Continent. Washington Post October 1998
 cited in J.G. White Note : Nowhere to Run, No Where to Hide : Augusto Pinochet,
 Universal Jurisdiction, The ICC, and A Wake-Up Call for Former Heads of State.
Case Western Reserve University 50(1997):127-147.
- Feller, S.Z. Jurisdiction over Offenses with a Foreign Element. In Bassiouni, M.C. and
 Nanda V.P. (eds.), A Treatise on International Criminal Law Vol. II. Charles C.
 Thomas Publisher, 1973.
- Fleming R.A. Comment: Holding State Sovereigns Accountable For Human Rights
 Violations: Applying the Act of State Doctrine Consistently with International Law.
The Maryland Journal of International Law & Trade 23(1999): 187-211.
- George, S. V. Note: Head-of-State Immunity in the United States Courts : Still Confused
 After All These Years. Fordham Law Review 64(1995): 1051-1088.
- Greppi, E. The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law.
International Review of the Red Cross 51(1997) : 531-553.
- Harris, D.J. Cases and Materials on International Law, 4th ed., London: Sweet & Maxwell,
 1991.
- Hart, P. G. The Function of State and Diplomatic Privileges and Immunities in
 International Cooperation in Criminal Matters: The Position in Switzerland.
Fordham International Law Journal 23(2000):1334-1343.
- He, B. The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional
 Immunities of States and Their Property. European Journal of International Law
 [Online] Available from: <http://www.ejil.org>
- Henkin, L. International Law: Cases and Materials. West Publishing CO., 1980.

Hennigs, R.V. 25th Anniversary of the Foreign Sovereign Immunities Act :

European Convention on State Immunity and Other International Aspects of Sovereign Immunity. Williamette Journal of International Law & Dispute Resolution 9(2001) : 175-215.

Henrard, K. The Viability of National Amnesties in View of the Increasing Recognition of Individual Criminal Responsibility at International Law. Michigan State University – DCL Journal of International Law 8(1999): 595-649.

Hilton, I. And Vasagar, J. Pinochet to Stand Trial [Online Report], Available from ; http://www.guardian.co.uk/Pinochet_on_trial/Story/0,2700,4000900,00.htm.

Horowitz, J. Comment: Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violations. Fordham International Law Journal 23(1999): 489-526.

Human Rights Watch. The Pinochet Precedent: How Victims can Pursue Human Rights Criminals Abroad. March, 2000. Online Report Available from <http://www.hrw.org/campaigns/chile-98/brochfln.htm>. 31 March 2000.

Jennings, R. and Watts, A. eds. Oppenheim's International Law. Vol.1 London : Longman, 1992.

Jones, A. Jones on Extradition and Mutual Assistance. London : Sweet & Maxwell, 2001.

Joyner, C.C. Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability. Law and Contemporary Problems 59(1996): 153-172.

Kelsen, H. Reine Rechtslehre (1960) Cited in Edoardo Greppi, The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law International Review of the Red Cross 51(1997) : 537.

Kobrick, E.S. The EX Post Facto Prohibition and the Exercise of Universal Jurisdiction Over International Crimes. Columbia Law Review 87(1987) : 1515-1538.

Levy, A.J. Note : As Between Princz and King Reassessing the Law of Foreign Sovereign Immunities as Applied to Jus Cogens Violator. Georgetown Law Journal 86(1998) : 2710-2718.

Leech, N. E., Oliver, C.T. and Sweeney, J.M. The International Legal System Cases and Materials New York: The Foundation Press Inc., 1973.

Levy, J.A. Note: As Between Princz and King: Reassessing the Law of Foreign Sovereign Immunity as Applied to Jus Cogens Violators. Georgetown Law Journal 86 (1998): 2703-2734.

Mallory, J. Note : Resolving the Confusion over Head of State Immunity : The Defined Rights of Kings. Columbia Law Review 88(1986) : 169-193.

Marrero, V. L. Symposium Issue: The International Criminal Court: Evolution of British Jurisprudence in the Extradition of General Augusto Pinochet: Application of International Human Rights Treaty Trumps Sovereign Immunity. Michigan State University - DCL Journal of International Law 8(1999): 119-137.

Mugwanya, G.W. Expunging the Ghost of Impunity for Severe and Gross Violations of Human Rights and the Commission of Delicti Jus Gentium: A Case for the Domestication of International Criminal Law and the Establishment of a Strong Permanent International Criminal Court. Michigan State University – DCL Journal of International Law 8(1999): 701-779.

- Murphy, J. F. Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution. Harvard Human Rights Journal 12(1999):1-56.
- Murphy, S.L. The Pinochet Judgment : New Accountability for Old Dictators'. Victoria University of Wellington Law Review 32(2001) : 463-498.
- Nanda, V.P. Human Rights and Sovereign and Individual Immunities (sovereign Immunity, Act of State, Head of State Immunity and Diplomatic Immunity) – Some Reflections. ILSA Journal of International & Comparative Law 5(1999):467-478.
- Nicholls, C. Comment: Reflections on Pinochet. Virginia Journal of International Law Association 41(2000): 140-151.
- Noor, S.S. The Spanish Prisoner: Understanding the Prosecution of Senator Augusto Pinochet Ugarte. U.C. Davis Journal of International Law & Policy 6(2000): 41-103.
- O'Neill, K.C. Note : A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet. Stanford Journal of International Law 38(2002) : 289-317.
- Orakhelashvili, A. The Position of the Individual in International Law California Western International Law Journal 31(2001) : 241-276.
- Oxman, B.H. Inernational Decision : In Re Pinochet : Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session). Case 19/97,Nov.4,1998;1/98,Nov.51998. American Journal of International Law (1999): 674-685.
- Paust, J.J., Bassiouni, M.C., William, S.A., Gurele',J. and Zagaris, B. International Criminal Law : Cases and Materials. North Carolina: Carolina Academic Press, 1996.

Penrose, M.M. It's Good to Be the King! : Prosecuting Heads of States and Former Heads of State Under International Law. Columbia Journal of Transnational Law 39(2000) :

Pierson, C. Pinochet and the End of Immunity : England's House of Lords Holds that a Former Head of State is not Immune for Torture Temple International and Comparative Law Journal 14(2000) : 263-325.

Popoff, E. Note : Inconsistency and Impunity in International Human Rights Law : Can the International Criminal Court Solve the Problems Raised by the Rwanda and Augusto Pinochet Cases. George Washington Journal of International Law & Economics 33(2001) : 363-395.

Randall, K. C. Universal Jurisdiction Under International Law. Texas Law Review 66(1988) : 785-841.

Satow, E. Satow's Guide in Diplomatic Practice. London: Longman Group Limited, 1979.

Scheffer, D. Universal Jurisdiction : Myths, Realities, and Prospects : Opening Address. New England Law Review 35(2001) : 230-250.

Schlosser, T. P. Sovereign Immunity: Should the Sovereign Control the Purse?. American Indian Law Review 24 (1999-2000): 309-355.

Sinclair, Ian. The Law of Sovereign Immunity Recent Developments. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International 167(1981): 115-284.

Sison, G. Recent Development : A King No More : The Impact of the Pinochet Decision on the Doctrine of Head of State Immunity. Whashington University Law Quarterly 78(2000) : 1583-1602.

- Sucharitkul, S. Immunities of Foreign State Before National Authorities. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International 149(1976): 93-95.
- Sucharitkul, S. Second Report on Jurisdictional Immunities of State and Their property. Year Book of the International Law Commission (1980) : 202-204.
- Sunga, L.S. Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- Taylor, L. Jurisdiction in the Pinochet Case : The View from Spain. European Public Law 6(2000) : 613-627.
- Tierney, S. The Extradition Case against Pinochet Ugarte. European Public Law 5 (1999):500-513.
- Turns, D. Pinochet's fallout : Jurisdiction and Immunity for Criminal Violations of International Law. Legal Studies 20(2000) : 566-591.
- Vabres, H D. Les Principes du Droit Penal International Paris : Librairie du Recueil Sirey,1928. Cited in Amnesty International. Universal Jurisdiction : The Duty of State to Enact and Implement Legislation : Chapter Two. Online Report of Amnesty International,2001 (AI Index : IOR 53/018/2001). Available from : <http://www.amnesty.org> (November,2001)
- Warbrick, C. and Mcgoldrick, D. Current Developments: Public International Law. International and Comparative Law Quarterly 48(1999): 937-965.
- Watts, Arthur. The Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International 247(1994): 9-130.

Webber, F. The Pinochet Case : The Struggle for the Realization of Human Rights
Journal of Law and Society 26(1999) : 523-537.

Wedgwood, R. International Conference: Augusto Pinochet and International Law.
McGill Law Journal 46(2000): 241-253.

Wedgwood, R. International Criminal Law and Augusto Pinochet. Virginia Journal of International Law 40(2000): 829-847.

Wison, R. Prosecuting Pinochet in Spain. Human Right Brife Human Right Brief 6(1999) : 1-30.

White, J.G. Note: Nowhere to Run, Nowhere to Hide: Augusto Pinochet, Universal Jurisdiction, The ICC, and A Wake-up Call for Former Heads of State. Case Western Reserve University 50(1999): 127-175.

Wilson, R.J. Prosecuting Pinochet in Spain. Human Rights Brief 6(1999): 3-24.

Young, G.K. Comment : Amnesty and Accountability U.C. Davis Law Review 35(2002) : 427-482.

Zappala, S. Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation. European Journal of International Law (2001) Available from : <http://www.ejil.org>



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก.

Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts 2001



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Draft articles on

Responsibility of States for internationally wrongful acts

adopted by the
International Law Commission
at its fifty-third session (2001)

(extract from the Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session,
Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1)

November 2001

สถาบันนิติบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

E. Text of the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts

1. Text of the draft articles

76. The text of the draft articles adopted by the Commission at its fifty-third session are reproduced below.

RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS

PART ONE

THE INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT OF A STATE

CHAPTER I

General principles

Article 1

Responsibility of a State for its internationally wrongful acts

Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.

Article 2

Elements of an internationally wrongful act of a State

There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

- (a) Is attributable to the State under international law; and
- (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State.

Article 3

Characterization of an act of a State as internationally wrongful

The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.

CHAPTER II

Attribution of conduct to a State

Article 4

Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State.
2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

Article 5

Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.

Article 6

Conduct of organs placed at the disposal of a State by another State

The conduct of an organ placed at the disposal of a State by another State shall be considered an act of the former State under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed.

Article 7

Excess of authority or contravention of instructions

The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.

Article 8

Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

Article 9

Conduct carried out in the absence or default of the official authorities

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority.

Article 10

Conduct of an insurrectional or other movement

1. The conduct of an insurrectional movement which becomes the new government of a State shall be considered an act of that State under international law.
2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law.
3. This article is without prejudice to the attribution to a State of any conduct, however related to that of the movement concerned, which is to be considered an act of that State by virtue of articles 4 to 9.

Article 11

Conduct acknowledged and adopted by a State as its own

Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.

CHAPTER III

Breach of an international obligation

Article 12

Existence of a breach of an international obligation

There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.

Article 13

International obligation in force for a State

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

Article 14

Extension in time of the breach of an international obligation

1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.
2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.
3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.

Article 15

Breach consisting of a composite act

1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful, occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.

2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.

CHAPTER IV

Responsibility of a State in connection with the act of another State

Article 16

Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act

A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

- (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.

Article 17

Direction and control exercised over the commission of an internationally wrongful act

A State which directs and controls another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for that act if:

- (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.

Article 18

Coercion of another State

A State which coerces another State to commit an act is internationally responsible for that act if:

- (a) The act would, but for the coercion, be an internationally wrongful act of the coerced State; and
- (b) The coercing State does so with knowledge of the circumstances of the act.

Article 19

Effect of this chapter

This chapter is without prejudice to the international responsibility, under other provisions of these articles, of the State which commits the act in question, or of any other State.

CHAPTER V

Circumstances precluding wrongfulness

Article 20

Consent

Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent.

Article 21

Self-defence

The wrongfulness of an act of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations.

Article 22

Countermeasures in respect of an internationally wrongful act

The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of Part Three.

Article 23

Force majeure

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the act is due to *force majeure*, that is the occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) The situation of *force majeure* is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or

(b) The State has assumed the risk of that situation occurring.

Article 24

Distress

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the author of the act in question has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author's life or the lives of other persons entrusted to the author's care.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) The situation of distress is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or

(b) The act in question is likely to create a comparable or greater peril.

Article 25

Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

(b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or

(b) The State has contributed to the situation of necessity.

Article 26

Compliance with peremptory norms

Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

Article 27

**Consequences of invoking a circumstance
precluding wrongfulness**

The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to:

- (a) Compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists;
- (b) The question of compensation for any material loss caused by the act in question.

PART TWO

**CONTENT OF THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY
OF A STATE**

CHAPTER I

General principles

Article 28

Legal consequences of an internationally wrongful act

The international responsibility of a State which is entailed by an internationally wrongful act in accordance with the provisions of Part One involves legal consequences as set out in this Part.

Article 29

Continued duty of performance

The legal consequences of an internationally wrongful act under this Part do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached.

Article 30

Cessation and non-repetition

The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation:

- (a) To cease that act, if it is continuing;
- (b) To offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require.

Article 31

Reparation

1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.
2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.

Article 32

Irrelevance of internal law

The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations under this Part.

Article 33

Scope of international obligations set out in this Part

1. The obligations of the responsible State set out in this Part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach.
2. This Part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State.

CHAPTER II

Reparation for injury

Article 34

Forms of reparation

Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter.

Article 35

Restitution

A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

- (a) Is not materially impossible;
- (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.

Article 36

Compensation

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution.
2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.

Article 37

Satisfaction

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation.
2. Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality.

3. Satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible State.

Article 38

Interest

1. Interest on any principal sum due under this chapter shall be payable when necessary in order to ensure full reparation. The interest rate and mode of calculation shall be set so as to achieve that result.
2. Interest runs from the date when the principal sum should have been paid until the date the obligation to pay is fulfilled.

Article 39

Contribution to the injury

In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by wilful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought.

CHAPTER III

Serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law

Article 40

Application of this chapter

1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.
2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.

Article 41

Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.
2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.

3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law.

PART THREE

THE IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF A STATE

CHAPTER I

Invocation of the responsibility of a State

Article 42

Invocation of responsibility by an injured State

A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to:

- (a) That State individually; or
- (b) A group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:
 - (i) Specially affects that State; or
 - (ii) Is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.

Article 43

Notice of claim by an injured State

1. An injured State which invokes the responsibility of another State shall give notice of its claim to that State.
2. The injured State may specify in particular:
 - (a) The conduct that the responsible State should take in order to cease the wrongful act, if it is continuing;
 - (b) What form reparation should take in accordance with the provisions of Part Two.

Article 44

Admissibility of claims

The responsibility of a State may not be invoked if:

- (a) The claim is not brought in accordance with any applicable rule relating to the nationality of claims;
- (b) The claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies and any available and effective local remedy has not been exhausted.

Article 45

Loss of the right to invoke responsibility

The responsibility of a State may not be invoked if:

- (a) The injured State has validly waived the claim;
- (b) The injured State is to be considered as having, by reason of its conduct, validly acquiesced in the lapse of the claim.

Article 46

Plurality of injured States

Where several States are injured by the same internationally wrongful act, each injured State may separately invoke the responsibility of the State which has committed the internationally wrongful act.

Article 47

Plurality of responsible States

1. Where several States are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State may be invoked in relation to that act.
2. Paragraph 1:
 - (a) Does not permit any injured State to recover, by way of compensation, more than the damage it has suffered;
 - (b) Is without prejudice to any right of recourse against the other responsible States.

Article 48

Invocation of responsibility by a State other than an injured State

1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:
 - (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or
 - (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.
2. Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State:
 - (a) Cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and
 - (b) Performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.
3. The requirements for the invocation of responsibility by an injured State under articles 43, 44 and 45 apply to an invocation of responsibility by a State entitled to do so under paragraph 1.

CHAPTER II

Countermeasures

Article 49

Object and limits of countermeasures

1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under Part Two.
2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State.
3. Countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question.

Article 50

Obligations not affected by countermeasures

1. Countermeasures shall not affect:
 - (a) The obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations;
 - (b) Obligations for the protection of fundamental human rights;
 - (c) Obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals;
 - (d) Other obligations under peremptory norms of general international law.
2. A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations:
 - (a) Under any dispute settlement procedure applicable between it and the responsible State;
 - (b) To respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents.

Article 51

Proportionality

Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.

Article 52

Conditions relating to resort to countermeasures

1. Before taking countermeasures, an injured State shall:
 - (a) Call on the responsible State, in accordance with article 43, to fulfil its obligations under Part Two;
 - (b) Notify the responsible State of any decision to take countermeasures and offer to negotiate with that State.
2. Notwithstanding paragraph 1 (b), the injured State may take such urgent countermeasures as are necessary to preserve its rights.

3. Countermeasures may not be taken, and if already taken must be suspended without undue delay if:

(a) The internationally wrongful act has ceased; and

(b) The dispute is pending before a court or tribunal which has the authority to make decisions binding on the parties.

4. Paragraph 3 does not apply if the responsible State fails to implement the dispute settlement procedures in good faith.

Article 53

Termination of countermeasures

Countermeasures shall be terminated as soon as the responsible State has complied with its obligations under Part Two in relation to the internationally wrongful act.

Article 54

Measures taken by States other than an injured State

This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1 to invoke the responsibility of another State, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.

PART FOUR

GENERAL PROVISIONS

Article 55

Lex specialis

These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.

Article 56

Questions of State responsibility not regulated by these articles

The applicable rules of international law continue to govern questions concerning the responsibility of a State for an internationally wrongful act to the extent that they are not regulated by these articles.

Article 57

Responsibility of an international organization

These articles are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organization, or of any State for the conduct of an international organization.

Article 58

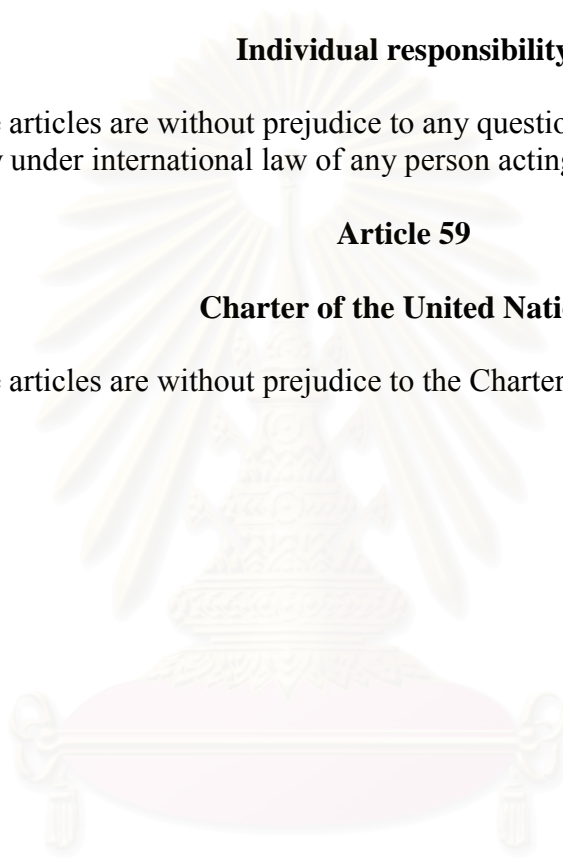
Individual responsibility

These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State.

Article 59

Charter of the United Nations

These articles are without prejudice to the Charter of the United Nations.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข.

Articles of Cooperation Between the United Nations and the Royal Government of
Cambodia [in/Concerning] the Prosecution under Cambodian Law of
Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**Articles of Cooperation Between the United Nations and the Royal
Government of Cambodia [in/Concerning] the Prosecution
under Cambodian Law of Crimes Committed During
the Period of Democratic Kampuchea**

Whereas the Secretary-General of the United Nations and the Prime Minister of Cambodia have agreed to cooperate in the establishment of a Cambodian court to prosecute senior leaders of Democratic Kampuchea responsible for serious violations of Cambodian and international law committed between 17 April 1975 to 6 January 1979;

Now therefore the United Nations and the Royal Government of Cambodia have agreed as follows:

Article 1

The Law on the Establishment of Extraordinary Chambers

The “Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea” (hereinafter : “the Law on the Establishment of Extraordinary Chambers “), which has been adopted by the Cambodian Legislature under the Constitution of Cambodia is subject to parliamentary approval, shall determine the jurisdiction of the court, its organizational structure and composition and the rights of the accused. This law and subsequent amendments to it shall at all times be in full conformity with these articles. The modalities of Cooperation Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia (hereinafter: “the Government”) are set out in Articles 2-28 below.

Article 2

Judges

1. Cambodian judges, on the one hand and judges appointed by the Supreme Council of the Magistracy upon nomination by the Secretary-General of the United Nations (hereinafter: “international judges”), on the other, shall serve in each chamber.
2. The composition of the chambers shall be as follows:
 1. The Trial Chamber: 3 Cambodian judges and 2 international judges.
 2. The Appeals Chamber: 4 Cambodian judges and 3 international judges.
 3. The Supreme Court: 5 Cambodian judges and 4 international judges.
3. The judges shall be persons of high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to judicial offices. They shall be independent in the performance of their functions and shall not accept or seek instructions from any Government or any other source.
4. In the overall composition of the chambers, due account should be taken of the experience of the judges in criminal law, international law, including international humanitarian and human rights law.
5. The Secretary-General of the United Nations undertakes to forward a list of not more than 12 international judges from which the Supreme Council of the Magistracy shall appoint nine to serve as judges in the three chambers. Appointment of international judges by the Supreme Council of the Magistracy shall be made only from the list submitted by the Secretary-General.
6. In the event of a vacancy of an international judge, the Supreme Council of the Magistracy shall appoint another international judge from the same list.
7. The judges shall be appointed for the duration of the proceedings.

8. In addition to the international judges sitting in the chamber and present at every state of the proceedings, the President of the Chamber may, on a case-by-case basis, designate from the list of nominees submitted by the Secretary-General, one or more alternate judges to be present at each stage of the trial, and to replace an international judge if that judge is unable to continue sitting.

Article 3

Decision-making

1. The judges shall attempt to achieve unanimity in their decision. If this is not possible, the following shall apply:

1. A decision by the Trial Chamber shall require the affirmative vote of at least four judges;
2. A decision by the Appeals Chamber shall require the affirmative vote of at least five judges;
3. A decision by the Supreme Chamber shall require the affirmative vote of at least six judges;

2. Where there is no unanimity, the chamber's decision shall contain the views of the majority and the minority.

Article 4

Investigating judges

1. There shall be one Cambodian and one international judge serving as co-investigating judges. They shall be responsible for the conduct of investigations.

2. The investigating judges shall be persons of high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to such a judicial office.

3. The investigating judges shall be independent in the performance of their functions and shall not accept or seek instructions from any Government or any other source. It is to be understood, however, that the scope of the investigation is limited to senior leaders of Democratic Kampuchea [additional text from Article 1 of the draft law to be inserted] of Cambodian penal law, international law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, and which were committed during the period 17 April 1975 to 6 January 1979.

4. The investigating judges shall cooperate with a view to arriving at a common approach to the investigation. In case the investigating judges are unable to agree whether to proceed with an investigation, the investigation shall proceed unless the judges or one of them requests within 30 days that the difference shall be settled in accordance with Article 6.

5. In addition to the list of 12 international judges, the Secretary-General shall submit a list of two international judges from which the Supreme Council of the Magistracy shall appoint one to serve as an international investigating judge.

6. The investigating judges shall be appointed for the duration of the proceedings.

Article 5

Prosecutors

Option 1:

1. There shall be one Cambodian and one international prosecutor serving as co-prosecutors. They shall be responsible for the conduct of prosecutions.

Option 2:

1. There shall be three Cambodian prosecutors (one for the Trial Chamber, one for the Appeals Chamber and one for the Supreme Court), and one international prosecutor competent to appear in all three chambers, serving as co-prosecutors. They shall be responsible for the conduct of the prosecutions.
2. The prosecutors shall be of high moral character, and possess a high level of professional competence and extensive experience in the conduct of investigations and prosecutions of criminal cases.
3. The prosecutors shall be independent in the performance of their functions and shall not accept or seek instructions from any government or any other source. It is understood, however, that the scope of the prosecution is limited to senior leaders of Democratic Kampuchea [additional text from Article 1 of the draft law to be inserted] of Cambodian penal law, international law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, and which were committed during the period 17 April 1975 to 6 January 1979.
4. The prosecutors shall cooperate with a view to arriving at a common approach to the prosecution. In case the prosecutors are unable to agree whether to proceed with a prosecution, the prosecution shall proceed unless the prosecutors or one of them requests within 30 days that the difference shall be settled in accordance with Article 6.
5. The Secretary-General undertakes to forward a list of two international prosecutors from which the Supreme Council of the Magistracy shall select one.
6. The prosecutors shall be appointed for the duration of the proceedings.

7. Each prosecutor shall have one or more deputy prosecutors to assist him or her with prosecutions before the chambers. Deputy international prosecutors shall be appointed by the international prosecutor from a list provided by the Secretary-General.

Article 6

Settlement of differences Between the Co-Investigating Judges or the Co-Prosecutors

1. In case the Co-Investigating Judges or the Co-Prosecutors have made a request in accordance with Article 4, paragraph 4, or Article 5, paragraph 4, as the case may be, they shall submit written statements of facts and the reasons for their different positions to the Director of Administration.
2. The Difference shall be settled forthwith by a Pre-Trial Chamber of five judges, three appointed by the Supreme Council of the Magistracy, with one as President, and two appointed by the Supreme Council of the Magistracy upon nomination by the Secretary-General. Article 2, paragraph 3, shall apply to the judges.
3. Upon receipt of the statements referred to in paragraph 1, the Director of Administration shall immediately convene the Pre-Trial Chamber and communicate the statement to its members.
4. A decision of the Pre-Trial Chamber, against which there is no appeal, requires the affirmative vote of at least four judges. The decision shall be communicated to the Director of Administration, who shall publish it and communicate it to the Co-Investigating Judges or the Co-Prosecutor. They shall immediately proceed in accordance with the decision of the Chamber. If there is no majority, as required for a decision, the investigation or prosecution shall proceed.

Article 7

Office of the Administration

1. There shall be an Office of the Administration to service the chambers, the investigating judges and the Prosecutors' Office.

2. There shall be a Cambodian Director of this Office and an international Deputy Director. The International Deputy Director shall be appointed by the Secretary-General of the United Nations under the 200 series Staff Rules and shall be responsible for the recruitment and administration of all international staff, as required by the international components of the chambers, the investigating judges, the Prosecutor's Office and the Office of the Administration. He or she shall also administer at the local level the financial and staff resources allotted against the United Nations Trust Fund. (of Article 15).

Article 8

Crimes falling within the jurisdiction of the chambers

The subject-matter jurisdiction of the chambers shall include the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes as defined in international instruments, and such other crimes as defined in the Law on the Establishment of Extraordinary Chambers.

Article 9

Amnesty

The Parties agree that there shall be no amnesty for the crime of genocide, war crimes and crimes against humanity. An amnesty granted to any person falling within the jurisdiction of the chambers shall not be a bar to prosecution.

Note: On 20 March 2000 the Head of the United Nations delegation was informed in writing by the Head of Cambodian delegation as follows with respect to decisions already taken regarding amnesty for the Khmer Rouge.

The Cambodian Constitution gives the rights to His Majesty the King to grant amnesties (Article 27), and also to the National Assembly to make laws concerning amnesty (Article 90). So far His Majesty the King Norodom Sihanouk has only exercised this right with regard to the Khmer Rouge when requested by the Royal Government of Cambodia, with a clear endorsement also by two-thirds of the members of the National Assembly.

Our Draft Law (Article 40) makes a clear statement of the government's intent not to request an amnesty for any person who committed crimes relating to applicable law described in Article 3-8 of the Draft Law. This indicates our intention to make a clear break in the cycle.

As to the past, I can inform you that, with regard to matters covered in this Draft Law, there has been only one case, dated 14 September 1996, when an amnesty was granted to only one person with regard to a 1979 conviction on the charge of genocide.

Article 10

Procedure

The procedures shall be in accordance with Cambodian law. If necessary, guidance may also be sought in procedural rules established at the international level'

Article 11

Rights of the accused

The rights of the accused enshrined in Article 14 of the 1966 Covenant on Civil and Political Rights shall be respected throughout the trial process. Such rights shall, in particular, include the right to a fair and public hearing, the right to be presumed innocent until proved guilty, the right to choose a counsel of his or her choice, to have adequate time and facilities for the preparation of his defense, to have counsel provided if he or she does not have sufficient means to pay for it and to examine or have examined the witnesses against him or her.

Article 12***Premises***

The Government shall provide the premises for the court and such utilities, facilities and other services necessary for its operation that may be mutually agreed upon by separate agreement between the United Nations and the Government.

Article 13***Cambodian personnel***

Salaries and emoluments of Cambodian judges, prosecutors and other personnel shall be defrayed by the Government

Article 14***International personnel***

Salaries and emoluments of international judges, prosecutors and other international personnel shall be defrayed by contributing States or the United Nations Trust Fund.

Article 15***Financial assistance of the United Nations***

1. The Secretary-General of the United Nations undertakes to establish a trust fund to assist in the operational costs of the court. The Secretary-General will appeal to States, inter-governmental and non-governmental organizations to contribute funds, equipment and services, including judges, prosecutors and other personnel.
2. The United Nations Trust Fund shall be administered by the Secretary-General in accordance with the Financial Regulations and Rules of the United Nations.
3. The following shall be met from voluntary contributions received in the United Nations Trust Fund:

1. daily subsistence allowance and travel expenses for the international judges, international investigating judges, prosecutors and other international personnel;
2. utilities and services as agreed separately between the United Nations and the Government;
3. salary for the Deputy Director of the Office of Administration;
4. salary for any additional international staff, if none is contributed and the court would not be able to function without this assistance;
5. defense counsel;
6. witnesses travel from within Cambodia and from abroad;
7. safety and security arrangements as agreed separately between the United Nations and the Government;
8. such other limited assistance as may be necessary to ensure the smooth functioning of the court.

Article 16

Inviolability of archives and all documents of the court

The archives of the court, and in general all documents and materials made available, belonging to or used by it, wherever located in Cambodia and by whomsoever held, shall be inviolable for the duration of the proceedings.

Article 17

Privileges and immunities of international judges and international prosecutors

1. The international judges, including the international investigating judge, the international prosecutor, and the Deputy Director of the Office of Administration, together with their families forming part of their household, shall enjoy the privileges and immunities, exemptions and facilities accorded to diplomatic agents in accordance with the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations. They shall, in particular, enjoy:

1. personal inviolability, including immunity from arrest or detention;

2. immunity from criminal, civil and administrative jurisdiction in conformity with the Vienna Convention;
 3. inviolability for all papers and document;
 4. exemption from immigration restrictions and alien registration;
 5. the same immunities and facilities in respect of their personal baggage as are accorded to diplomatic agents.
2. The international judges, including the international investigating judge, the international prosecutor and the Deputy Director of the Office of Administration shall enjoy exemption from taxation in Cambodia on their salaries, emoluments and allowances.

Article 18

Privileges and immunities of international and Cambodian personnel

1. International and Cambodian personnel shall be accorded:
 1. immunity from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity. Such immunity shall continue to be accorded after termination of employment with the chambers.
 2. Immunity from taxation on salaries, allowances and emoluments paid to them by contributing States or the United Nations Trust Fund.
2. International personnel shall, in addition:
 1. enjoy immunity from immigration restriction;
 2. the right to import free of duties and taxes, except for payment for services, their furniture and effects at the time of first taking up their official duties in Cambodia.

Article 19***Counsel***

1. The Counsel of a suspect or an accused who has been admitted as such by the chambers shall not be subjected by the Government to any measure which may affect the free and independent exercise of his or her functions under the Law on the Establishment of Extraordinary Chambers.

2. In particular, the counsel shall be accorded:

1. immunity from personal arrest or detention and from seizure of personal baggage;
2. inviolability of all documents relating to the exercise of his or her functions as a counsel of a suspect or accused;
3. immunity from criminal or civil jurisdiction in respect of words spoken or written and act performed by them in their official capacity as counsel. Such immunity shall continue to be accorded to them after termination of their functions as a counsel of a suspect or accused.

Article 20***Witnesses and experts***

Witnesses and experts appearing on a summons or a request of the judges, including the investigating judges, or the prosecutor shall not be prosecuted, detained or subjected to any other restriction of their liberty by the Cambodian authorities. They shall not be subjected by the authorities to any measures which may affect the free and independent exercise of their functions.

Article 21***Protection of victims and witnesses***

The court shall provide for the protection of victims and witnesses. Such protection measures shall include, but shall not be limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the victim's identity.

Article 22***Security, safety and protection of persons referred to in these Articles***

The Government shall take all effective and adequate actions which may be required to ensure the security, safety and protection of persons referred to in these Articles.

Article 23***Obligation to assist the court***

The Government shall comply without undue delay with any request for assistance by the court or an order issued by the chambers, including, but not limited to:

1. identification and location of persons;
2. service of document;
3. arrest or detention of persons;
4. transfer of an indictee to the chambers;

Article 24***Working language***

The official working language of the court shall be Khmer with official translation into English and French. Any translation into Russian will be the responsibility of the Government.

Article 25***Practical arrangements***

1. With a view to achieving efficiency and cost-effectiveness in the operation of the court, a phased-in approach shall be adopted for the court's establishment in accordance with the chronological order of the legal process.
2. In the first phase of the operation of the court, judges, investigating judges and prosecutors will be appointed along with investigative and prosecutorial staff, and the process of investigations and prosecutions shall be initiated.
3. The trial process of those already in custody shall proceed simultaneously with the investigation of other persons responsible for crimes falling within the jurisdiction of the court.
4. With the completion of the investigation of persons suspected of having committed the crimes falling within the jurisdiction of the court, arrest warrants shall be issued and submitted to the Government to effectuate the arrest.
5. With the arrest by the Government of indicted persons situated in its territory, chambers shall be fully operational, provided that the judges of the Appeal Chamber and the Supreme Court shall serve when their respective chamber is seized with a matter.

Article 26***The financial authority of the Secretary-General***

1. The Government recognizes that the Secretary-General of the United Nations cannot make undertakings on behalf of the Organization that require funds appropriated through assessed contributions. Therefore, the obligations of the United Nations will be determined solely by the terms of these articles, and shall be dependent on the

availability of personnel offered by contributing States and funds in the United Nations Trust Fund.

2. The appointment of international judges and prosecutors nominated by the Secretary-General shall not take effect until such time as the Secretary-General is satisfied of the availability of funds for an initial period of two years.

3. If no personnel or insufficient personnel is offered by States or if no funds or insufficient funds are available in the United Nations Trust Fund, the United Nations shall be free from its obligations under these articles.

Article 27

Settlement of Disputes

Any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of these Articles shall be settled by negotiation, or by any other mutually agreed upon mode of settlement.

Article 28

Entry into force

The present Memorandum of Understanding shall enter into force on the day after both parties have notified each other in writing that the legal requirements for entry into force have been complied with.

Done at [place] on [day,month] 2000 in two copies in the English language

For the United Nations For the Royal Government of Cambodia

Hans Corell Sok An

Under-Secretary-General Senior Minister and Minister in Charge for Legal Affairs of the
Council of Ministers



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ค.

Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea.

CHAPTER I
GENERAL PROVISIONS

Article 1

The purpose of this law is to bring to trial senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes and serious violations of Cambodian penal law, international humanitarian law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.

CHAPTER II
COMPETENCE

Article 2

Extraordinary Chambers shall be established in the existing court structure, namely the trial court, the appeals court and the supreme court to bring to trial senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes and serious violations of Cambodian laws related to crimes, international humanitarian law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979

Senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the above acts are hereinafter designated as "Suspects".

Article 3

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed any of these crimes set forth in the 1956 Penal Code of Cambodia, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979:

- Homicide (Article 501, 503, 504, 505, 506, 507 and 508)
- Torture (Article 500)
- Religious Persecution (Articles 209 and 210)

The statute of limitations set forth in the 1956 Penal Code shall be extended for an additional 20 years for the crimes enumerated above, which are within the jurisdiction of the Extraordinary Chambers.

Article 4

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed the crimes of genocide as defined in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.

The acts of genocide, which have no statute of limitations, mean any acts committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group as such:

- killing members of the group;
 - causing serious bodily or mental harm to members of the group;
 - deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
 - imposing measures intended to prevent births within the group;

-- forcibly transferring children from one group to another group.

The following acts shall be punishable under this Article:

- attempts to commit acts of genocide;
- conspiracy to commit acts of genocide;
- participation in acts of acts of genocide.

Article 5

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed crimes against humanity during the period 17 April 1975 to 6 January 1979.

Crimes against humanity, which have no statute of limitations, are any acts committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population, on national, political, ethnical, racial or religious grounds, such as:

- murder;
- extermination;
- enslavement;
- deportation;
- imprisonment;
- torture;
- rape;
- persecutions on political, racial, and religious grounds;
- other inhuman acts.

Article 6

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed or ordered the commission of grave breaches of the Geneva Convention of 12 August 1949, such as the following acts against persons or property protected under

provisions of this Convention, and which were committed during the period 17 April 1975 to 6 January 1979:

- willful killing;
- torture or inhumane treatment;
- willfully causing great suffering or serious injury to body or health;
- destruction and serious damage to property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;
- compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power;
- wilfully depriving a prisoner of war or civilian the rights of fair and regular trial;
- unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian;
- taking civilians as hostages.

Article 7

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects responsible for the destruction of cultural property during armed conflict pursuant to the 1954 Hague Convention for Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.

Article 8

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects responsible for crimes against internationally protected persons pursuant to the Vienna Convention of 1961 on Diplomatic Relations, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979. .

CHAPTER III
COMPOSITION OF THE EXTRAORDINARY CHAMBERS

Article 9

The trial court shall be an Extraordinary Chamber composed of five professional judges, of whom three are Cambodian judges, with one as president, and two are foreign judges; and before which the Co-Prosecutors shall present their cases. The president shall appoint one or more clerks of the court to participate.

The appeals court shall be an Extraordinary Chamber shall be composed of seven judges, of whom four are Cambodian judges, with one as president, and three are foreign judges; and before which the Co-Prosecutors shall present their cases. The president shall appoint one or more clerks of the court to participate.

The supreme court shall be an Extraordinary Chamber composed of nine judges, of whom five are Cambodian judges, with one as president, and four are foreign judges; and before which the Co-Prosecutors shall present their cases. The president shall appoint one or more clerks of the court to participate.

CHAPTER IV
APPOINTMENT OF JUDGES

Article 10

The judges of the Extraordinary Chambers shall be appointed from among the existing judges or from judges who are additionally appointed, in accordance with the existing procedures for appointment of judges, who have high moral character, a spirit of impartiality and integrity, and who are experienced, particularly in criminal law or international law.

Judges shall be independent in the performance of their functions, and shall not accept or seek any instructions from any government or any other source.

Article 11

The Supreme Council of the Magistracy shall appoint at least twelve Cambodian judges to act as judges of the Extraordinary Chambers, and shall appoint reserve judges as needed, and shall also appoint the President of each of the Extraordinary Chambers from the above Cambodian judges so appointed, in accordance with the existing procedures for appointment of judges.

The reserve Cambodian judges shall replace the regularly appointed Cambodian judges in case of their absence or withdrawal. These reserve judges may continue to perform their regular duties in their respective courts.

The Supreme Council of the Magistracy shall appoint at least nine individuals of foreign nationality to act as foreign judges of the Extraordinary Chambers upon nomination by the Secretary-General of the United Nations.

The Secretary-General of the United Nations shall submit a list of not less than twelve candidates for foreign judges to the Royal Government of Cambodia, from which the Supreme Council of the Magistracy shall appoint nine sitting judges and three reserve judges. In addition to the foreign judges sitting in the Extraordinary Chambers and present at every stage of the proceedings, the President of the Chamber may, on a case-by-case basis, designate , one or more reserve judges already appointed by the Supreme Council of the Magistracy to be present at each stage of the trial, and to replace a foreign judge if that judge is unable to continue sitting.

Article 12

All judges under this law shall enjoy equal status and rank according to each level of the Extraordinary Chambers .

Each judge under this law shall be appointed for the period of these proceedings.

Article 13

Judges shall be assisted by Cambodian and international staff as needed.

In choosing staff to serve as assistants and law clerks, the Director of the Office of Administration shall interview if necessary, and with the approval of the Cambodian judges by majority vote, hire staff who shall be appointed by the Royal Government of Cambodia . The Deputy Director of the Office of Administration shall be responsible for the recruitment and administration of all international staff. The number of assistants and law clerks shall be chosen in proportion to the Cambodian judges and foreign judges.

Cambodian staff shall be selected from Cambodian civil servants or other qualified nationals of Cambodia, if necessary.

CHAPTER V

DECISIONS OF THE EXTRAORDINARY CHAMBERS

Article 14

1. The judges shall attempt to achieve unanimity in their decisions. If this is not possible, the following shall apply:

- a) a decision by the Extraordinary Chamber of the trial court shall require the affirmative vote of at least four judges.
- b) a decision by the Extraordinary Chamber of the appeals court shall require the affirmative vote of at least five judges.
- c) a decision by the Extraordinary Chamber of the supreme court shall require the affirmative vote of at least six judges.

2. When there is no unanimity, the decision of the Extraordinary Chambers shall contain the views of the majority and the minority.

Article 15

The Presidents shall convene the appointed judges at the appropriate time to proceed with the work of the Extraordinary Chambers.

CHAPTER VI CO-PROSECUTORS

Article 16

All indictments in the Extraordinary Chambers shall be made by two prosecutors, one Cambodian and another foreign, who shall work together as Co-Prosecutors to prepare indictments against the Suspects in the Extraordinary Chambers.

Article 17

The Co-Prosecutors in the trial court shall have the right to appeal the verdict of the Extraordinary Chamber of the trial court.

The Co-Prosecutors in the appeals court shall have the right to appeal the decision of the Extraordinary Chamber of the appeals court.

Article 18

The Supreme Council of the Magistracy shall appoint Cambodian prosecutors and Cambodian reserve prosecutors as necessary from among the Cambodian professional judges.

The reserve prosecutors shall replace the regularly appointed prosecutors in case of their absence or withdrawal. These reserve prosecutors may continue to perform their

regular duties in their respective courts. One foreign prosecutor with the competence to appear in all three Extraordinary Chambers shall be appointed by the Supreme Council of the Magistracy upon nomination by the Secretary-General of the United Nations.

The Secretary-General of the United Nations shall submit a list of at least two candidates for foreign Co-Prosecutor to the Royal Government of Cambodia, from which the Supreme Council of the Magistracy shall appoint one prosecutor and one reserve prosecutor.

Article 19

The Co-Prosecutors shall be appointed from among those individuals who are appointed in accordance with the existing procedures for selection of prosecutors who have high moral character and integrity and who are experienced in the conduct of investigations and prosecutions of criminal cases.

The Co-Prosecutors shall be independent in the performance of their functions and shall not accept or seek instructions from any government or any other source.

Article 20

The Co-Prosecutors shall prosecute in accordance with existing procedures in force. If necessary, and if there are lacunae in these existing procedures, the Co-Prosecutors may seek guidance in procedural rules established at the international level.

In the event of disagreement between the Co-Prosecutors the following shall apply:

The prosecution shall proceed unless the Co-Prosecutors or one of them requests within thirty days that the difference shall be settled in accordance with the following provisions.

The Co-Prosecutors shall submit written statements of facts and the reasons for their different positions to the Director of the Office of Administration.

The difference shall be settled forthwith by a Pre-Trial Chamber of five judges, three appointed by the Supreme Council of the Magistracy, with one as President, and two appointed by the Supreme Council of the Magistracy upon nomination by the Secretary-General of the United Nations. Article 10 shall apply to the judges.

Upon receipt of the statements referred to in the third paragraph, the Director of the Office of Administration shall immediately convene the Pre-Trial Chamber and communicate the statements to its members.

A decision of the Pre-Trial Chamber, against which there is no appeal, requires the affirmative vote of at least four judges. The decision shall be communicated to the Director of the Office of Administration, who shall publish it and communicate it to the Co-Prosecutors. They shall immediately proceed in accordance with the decision of the Chamber. If there is no majority, as required for a decision, the prosecution shall proceed.

In carrying out the prosecution, the Co-Prosecutors may seek the assistance of the Royal Government of Cambodia if such assistance would be useful to the prosecution, and such assistance shall be provided.

Article 21

The Co-Prosecutors under this law shall enjoy equal status and rank according to each level of the Extraordinary Chambers .

Each Co-Prosecutor shall be appointed for the period of these proceedings.

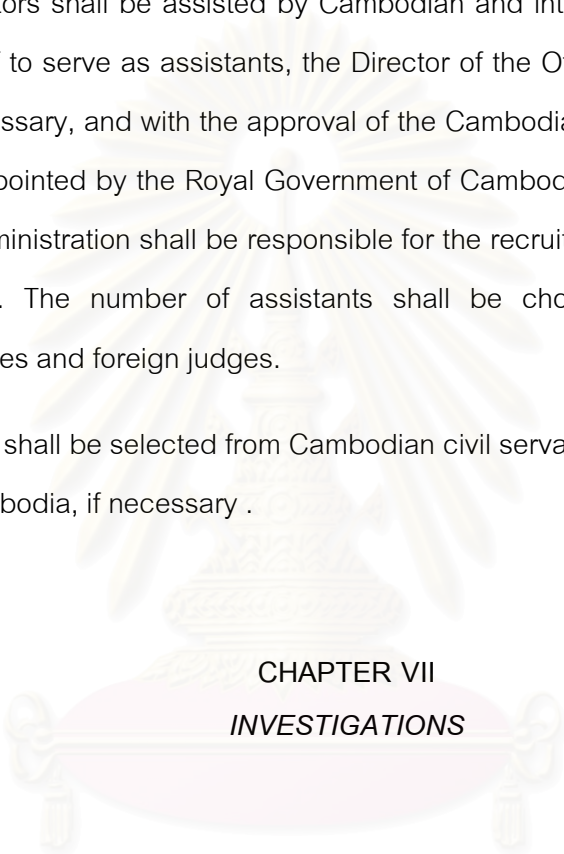
In the event of the absence or withdrawal of the foreign Co-Prosecutor, he or she shall be replaced by the reserve Prosecutor.

Article 22

Each Co-Prosecutor shall have the right to choose one or more deputy prosecutors to assist him or her with prosecution before the chambers. Deputy foreign prosecutors shall be appointed by the Supreme Council of the Magistracy from a list provided by the Secretary-General.

The Co-prosecutors shall be assisted by Cambodian and international staff as needed. In choosing staff to serve as assistants, the Director of the Office of Administration shall interview, if necessary, and with the approval of the Cambodian Co-Prosecutor, hire staff who shall be appointed by the Royal Government of Cambodia . The Deputy Director of the Office of Administration shall be responsible for the recruitment and administration of all foreign staff. The number of assistants shall be chosen in proportion to the Cambodian judges and foreign judges.

Cambodian staff shall be selected from Cambodian civil servants and other qualified nationals of Cambodia, if necessary .



CHAPTER VII INVESTIGATIONS

Article 23

All investigations shall be the joint responsibility of two investigating judges, one Cambodian and another foreign, hereinafter referred to as Co-Investigating Judges in accordance with existing procedures in force. If necessary, and if there are lacunae in these existing procedures, the Co-Investigating Judges may seek guidance in procedural rules established at the international level.

In the event of disagreement between the Co-Investigating Judges the following shall apply:

The investigation shall proceed unless the Co-Investigating Judges or one of them requests within thirty days that the difference shall be settled in accordance with the following provisions.

The Co-Investigating Judges shall submit written statements of facts and the reasons for their different positions to the Director of the Office of Administration.

The difference shall be settled forthwith by the Pre-Trial Chamber referred to in Article 20.

Upon receipt of the statements referred to in the third paragraph, the Director of the Office of Administration shall immediately convene the Pre-Trial Chamber and communicate the statements to its members.

A decision of the Pre-Trial Chamber, against which there is no appeal, requires the affirmative vote of at least four judges. The decision shall be communicated to the Director of the Office of Administration, who shall publish it and communicate it to the Co-Investigating Judges. They shall immediately proceed in accordance with the decision of the Pre-Trial Chamber. If there is no majority as required for a decision, the investigation shall proceed.

The Co-Investigating Judges shall conduct investigations on the basis of information obtained from any source, including the Government, United Nations organs, or non-governmental organisations.

The Co-Investigating Judges shall have the power to question suspects, victims and witnesses, and to collect evidence in accordance with existing procedures in force. In the event the Co-Investigating Judges consider it necessary to do so, they may issue an order requesting the Co-Prosecutors to interrogate the witnesses.

In carrying out the investigations, the Co-Investigating Judges may seek the assistance of the Royal Government of Cambodia, if such assistance would be useful to the investigation, and such assistance shall be provided.

Article 24

During the investigation, Suspects shall be unconditionally entitled to assistance of counsel free of charge if they cannot afford it , including the right to interpretation of the proceedings into and from a language they speak and understand.

Article 25

The Co-Investigating Judges shall be appointed from among the existing judges or from judges who are additionally appointed in accordance with the existing procedures for appointment of judges, who have high moral character, a spirit of impartiality and integrity, and who are experienced in criminal investigations. They shall be independent in the performance of their functions and shall not accept or seek instructions from any government or any other source.

Article 26

The Cambodian Co-Investigating Judge and the reserve Investigating Judges shall be appointed by the Supreme Council of the Magistracy from among the Cambodian professional judges.

The reserve Investigating Judges shall replace the regularly appointed Investigating Judges in case of their absence or withdrawal. The reserve Investigating Judges may continue to perform their regular duties in their respective courts.

The Supreme Council of the Magistracy shall appoint the foreign Co-Investigating Judge for the period of investigations, upon nomination by the Secretary-General of the United Nations.

The Secretary-General of the United Nations shall submit a list of at least two candidates for foreign Co-Investigating Judge to the Royal Government of Cambodia, from which the Supreme Council of the Magistracy shall appoint one sitting Investigating Judge and one reserve Investigating Judge.

Article 27

All Investigating Judges under this law shall enjoy equal status and rank and the same terms and conditions of service.

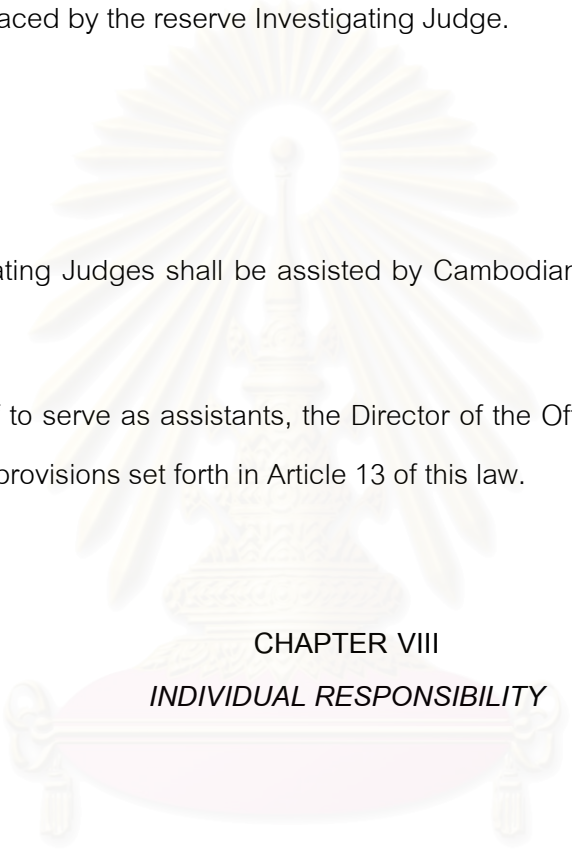
Each Investigating Judge shall be appointed for the period of the investigation.

In the event of the absence or withdrawal of the foreign Co-Investigating Judge, he or she shall be replaced by the reserve Investigating Judge.

Article 28

The Co-Investigating Judges shall be assisted by Cambodian and international staff as needed.

In choosing staff to serve as assistants, the Director of the Office of Administration shall comply with the provisions set forth in Article 13 of this law.



CHAPTER VIII
INDIVIDUAL RESPONSIBILITY

Article 29

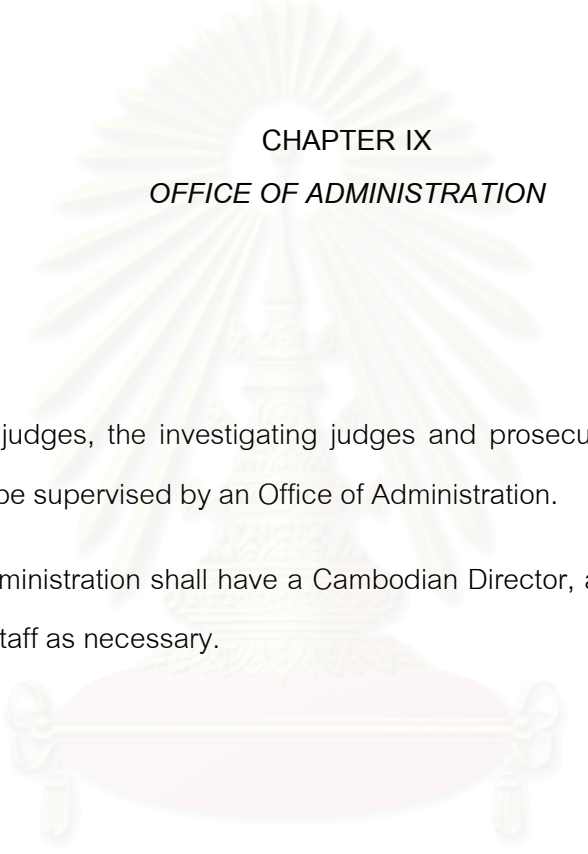
Any Suspect who planned, instigated, ordered, aided and abetted, or committed the crimes referred to in article 3, 4, 5, 6, 7 and 8 of this law shall be individually responsible for the crime.

The position or rank of any Suspect shall not relieve such person of criminal responsibility or mitigate punishment.

The fact that any of the acts referred to in Articles 3, 4, 5, 6, 7 and 8 of this law were committed by a subordinate does not relieve the superior of personal criminal responsibility if the superior had effective command and control or authority and control

over the subordinate, and the superior knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators.

The fact that a Suspect acted pursuant to an order of the Government of Democratic Kampuchea or of a superior shall not relieve the Suspect of individual criminal responsibility.



CHAPTER IX
OFFICE OF ADMINISTRATION

Article 30

The staff of the judges, the investigating judges and prosecutors of the Extraordinary Chambers shall be supervised by an Office of Administration.

The Office of Administration shall have a Cambodian Director, a foreign Deputy Director and such other staff as necessary.

Article 31

The Director of the Office of Administration shall be appointed by the Royal Government of Cambodia for a two year term and shall be eligible for reappointment.

The Director of the Office of Administration shall be responsible for the overall management of the Office of Administration.

The Director of the Office of Administration shall be appointed from those with significant experience in court administration, be fluent in one of the foreign languages used in the Extraordinary Chambers, and be a person of high moral character and integrity. The foreign Deputy Director shall be nominated by the Secretary-General of the United Nations and appointed by the Royal Government of Cambodia, and shall be responsible

for the recruitment and administration of all foreign staff, as required by the international components of the Extraordinary Chambers, the Co-Investigating Judges, the Co-Prosecutors' Office, and the Office of Administration. The Deputy Director shall administer the resources allotted against the United Nations Trust Fund.

The Office of Administration shall be assisted by Cambodian and foreign staff as necessary. All Cambodian staff of the Office of Administration shall be appointed by the Royal Government of Cambodia at the request of the Director. Foreign staff shall be appointed by the Deputy Director.

Cambodian staff shall be selected from the Cambodian civil service system and, if necessary, other qualified nationals of Cambodia.

Article 32

All staff assigned to the judges, Co-Investigating Judges, Co-Prosecutors, and Office of Administration shall enjoy the same working conditions according to each level of the Extraordinary Chambers.

CHAPTER X

TRIAL PROCEEDINGS OF THE EXTRAORDINARY CHAMBERS

Article 33

The Extraordinary Chambers of the trial court shall ensure that trials are fair and expeditious and are conducted in accordance with existing procedures in force, with full respect for the rights of the accused and for the protection of victims and witnesses. If necessary, and if there are lacunae in these existing procedures, guidance may be sought in procedural rules established at the international level.

Suspects who have been indicted and arrested shall be brought to the trial court according to existing procedures in force. The Royal Government of Cambodia shall

guarantee the security of the Suspects who appear voluntarily before the court and is responsible in taking measures for the arrest of the Suspects prosecuted under this law. Justice police shall be assisted by other law enforcement elements of the Royal Government of Cambodia, including its armed forces, in order to ensure that accused persons are brought into custody immediately.

Conditions for the arrest and the custody of the accused shall conform to existing law in force.

The Court shall provide for the protection of victims and witnesses. Such protection measures shall include, but shall be not limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the victim's identity.

Article 34

Trials shall be public unless in exceptional circumstances the Extraordinary Chambers decide to close the proceedings for good cause in accordance with existing procedures in force.

Article 35

The accused shall be presumed innocent until proven guilty.

In determining charges against the accused, the accused shall be entitled to the following minimum guarantees, in equal fashion:

- a) To be informed promptly and in detail in a language that they understand of the nature and cause of the charge against them;
- b) To have adequate time to be prepared and contact their counsel;
- c) To be tried without delay;
- d) To defend themselves or with the assistance of their counsel;

- e) To examine evidence against them and obtain the attendance and examination of evidence on their behalf under the same conditions as evidence against them;
- f) To have the free assistance of an interpreter if the accused cannot understand or does not speak the language used in the court;
- g) Not to be compelled to testify against themselves or to confess guilt.

Article 36

The Extraordinary Chamber of the appeals court shall decide the appeals from the accused persons, the victims, or by the Co-Prosecutors on the following grounds:

- an error of fact
- an error of law

The Extraordinary Chamber of the appeals court shall review the decision of the Extraordinary Chamber of the trial court and may affirm, reverse or modify the decision. In this case, the Extraordinary Chamber of the appeals court may apply existing procedures in force. If necessary, and if there are lacunae in these existing procedures, guidance may be sought in procedural rules established at the international level.

Article 37

The Extraordinary Chamber of the supreme court shall decide appeals made by the accused, the victims, or the Co-Prosecutors against the decision of the Extraordinary Chamber of the appeals court. In this case, the supreme court shall make final decisions on both issues of law and fact, and shall not return the case to the Extraordinary Chamber of the appeals court.

CHAPTER XI***PENALTIES*****Article 38**

All penalties shall be limited to imprisonment.

Article 39

Those who have committed crimes as provided in Articles 3, 4, 5, 6, 7 and 8 shall be sentenced to a prison term from five years to life imprisonment.

In addition to imprisonment, the Extraordinary Chamber of the trial court may order the confiscation of personal property, money, and real property acquired unlawfully or by criminal conduct.

The confiscated property shall be returned to the State.

CHAPTER XII***AMNESTY AND PARDONS*****Article 40**

The Royal Government of Cambodia shall not request an amnesty or pardon for any persons who may be investigated for or convicted of crimes referred to in Articles 3, 4, 5, 6, 7 and 8 of this law.

CHAPTER XIII
STATUS, RIGHTS, PRIVILEGES AND IMMUNITIES

Article 41

The foreign judges, the foreign Co-Investigating Judge, the foreign Co-Prosecutor and the Deputy Director of the Office of Administration, together with their families forming part of their household, shall enjoy all of the privileges and immunities, exemptions and facilities accorded to diplomatic agents in accordance with the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations. Such officials shall enjoy exemption from taxation in Cambodia on their salaries, emoluments and allowances.

Article 42

1. Cambodian personnel shall be accorded immunity from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity.
2. Foreign personnel shall be accorded, in addition:
 - a. immunity from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity.
 - b. immunity from taxation on salaries, allowances and emoluments paid to them by contributing States of the United Nations Trust Fund;
 - c. immunity from immigration restriction;
 - d. the right to import free of duties and taxes, except for payment for services, their furniture and effects at the time of first taking up their official duties in Cambodia.
3. The counsel of a suspect or an accused who has been admitted as such by the Extraordinary Chambers shall not be subjected by the Government to any measure that may affect the free and independent exercise of his or her functions under the Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers.

In particular, the counsel shall be accorded:

- a. immunity from personal arrest or detention and from seizure of personal baggage while fulfilling his or her functions in the proceedings;
 - b. inviolability of all documents relating to the exercise of his or her functions as a counsel of a suspect or accused;
 - c. immunity from criminal or civil jurisdiction in respect of words spoken or written and acts performed by them in their official capacity.
4. The archives of the court, and in general all documents and materials made available, belonging to, or used by it, wherever located in the Kingdom of Cambodia and by whomsoever held, shall be inviolable for the duration of the proceedings.

CHAPTER XIV

LOCATION OF THE Extraordinary Chambers

Article 43

The Extraordinary Chambers established in the trial court, the appeals court and the supreme court shall be located in Phnom Penh.

CHAPTER XV

EXPENSES AND SALARIES

Article 44

The expenses and salaries of the Extraordinary Chambers shall be as follows:

1. The expenses and salaries of the Cambodian administrative officials and staff, the Cambodian judges and reserve judges, the Cambodian investigating judges and reserve investigating judges, and the Cambodian prosecutors and reserve prosecutors shall be borne by the Cambodian national budget.

2. The expenses of the foreign administrative officials and staff, the foreign judges, the foreign Co-investigating judge and the foreign Co-prosecutor sent by the Secretary-General of the United Nations shall be borne by the United Nations Trust Fund.

3. The salaries of the foreign administrative officials and staff, the foreign judges, the foreign Co-Investigating Judge and the foreign Co-Prosecutor shall be borne by the countries that contribute them at the request of the Secretary-General of the United Nations.

4. The defence counsel may receive fees for mounting the defence;

5. The Extraordinary Chambers may receive additional assistance for their expenses from other voluntary funds contributed by foreign governments, international institutions, non-governmental organisations, and other persons wishing to assist the proceedings.

CHAPTER XVI
WORKING LANGUAGE

Article 45

The official working language of the Extraordinary Chambers shall be Khmer, with translations into English, French and Russian.

สถาบันวิทยบริการ

CHAPTER XVII
ABSENCE OF FOREIGN JUDGES OR CO-PROSECUTORS

Article 46

In order to ensure timely and smooth implementation of this law, in the event any foreign judges or foreign investigating judges or foreign prosecutors fail or refuse to participate in the Extraordinary Chambers, the Supreme Council of the Magistracy shall appoint

other judges or investigating judges or prosecutors to fill any vacancies from the lists of foreign candidates provided for in Article 11, Article 18, and Article 26. In the event those lists are exhausted, any such vacancies shall be filled by the Supreme Council of the Magistracy from candidates recommended by the Governments of Member States of the United Nations or from among other foreign legal personalities.

If, following such procedures, there are still no foreign judges or foreign investigating judges or foreign prosecutors participating in the work of the Extraordinary Chambers and no foreign candidates have been identified to occupy the vacant positions, then the Supreme Council of the Magistracy may choose replacement Cambodian judges, investigating judges or prosecutors.

CHAPTER XVIII
EXISTENCE OF THE COURT

Article 47

The Extraordinary Chambers in the courts of Cambodia shall be dissolved following the conclusion of these proceedings.

FINAL PROVISION

Article 48

This law shall be proclaimed as urgent.

This law was adopted by the National Assembly of the Kingdom of Cambodia on the _____th day of _____ in the year _____ in the _____th Session of the Second Legislature.

Phnom Penh Municipality, _____th day of _____ in the year _____.

President of the National Assembly

Norodom Ranariddh

HJ 5-Jan-:1



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ง.

Draft Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia
Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the
Period of Democratic Kampuchea 2003



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the
Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of
Democratic Kampuchea**

WHEREAS the General Assembly of the United Nations, in its resolution 57/228 of 18 December 2002, recalled that the serious violations of Cambodian and international humanitarian law during the period of Democratic Kampuchea from 1975 to 1979 continue to be matters of vitally important concern to the international community as a whole;

WHEREAS in the same resolution the General Assembly recognized the legitimate concern of the Government and the people of Cambodia in the pursuit of justice and national reconciliation, stability, peace and security;

WHEREAS the Cambodian authorities have requested assistance from the United Nations in bringing to trial senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes and serious violations of Cambodian penal law, international humanitarian law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979;

WHEREAS prior to the negotiation of the present Agreement substantial progress had been made by the Secretary-General of the United Nations (hereinafter, "the Secretary-General") and the Royal Government of Cambodia towards the establishment, with international assistance, of Extraordinary Chambers within the existing court structure of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea;

WHEREAS by its resolution 57/228, the General Assembly welcomed the promulgation of the Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of

Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea and requested the Secretary-General to resume negotiations, without delay, to conclude an agreement with the Government, based on previous negotiations on the establishment of the Extraordinary Chambers consistent with the provisions of the said resolution, so that the Extraordinary Chambers may begin to function promptly;

WHEREAS the Secretary-General and the Royal Government of Cambodia have held negotiations on the establishment of the Extraordinary Chambers;

NOW THEREFORE the United Nations and the Royal Government of Cambodia have agreed as follows:

Article 1

Purpose

The purpose of the present Agreement is to regulate the cooperation between the United Nations and the Royal Government of Cambodia in bringing to trial senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes and serious violations of Cambodian penal law, international humanitarian law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979. The Agreement provides, inter alia, the legal basis and the principles and modalities for such cooperation.

Article 2

The Law on the Establishment of Extraordinary Chambers

1. The present Agreement recognizes that the Extraordinary Chambers have subject matter jurisdiction consistent with that set forth in "the Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea" (hereinafter: "the Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers"), as adopted and amended by the

Cambodian Legislature under the Constitution of Cambodia. The present Agreement further recognizes that the Extraordinary Chambers have personal jurisdiction over senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes referred to in Article 1 of the Agreement.

2. The present Agreement shall be implemented in Cambodia through the Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers as adopted and amended. The Vienna Convention on the Law of Treaties, and in particular its Articles 26 and 27, applies to the Agreement.

3. In case amendments to the Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers are deemed necessary, such amendments shall always be preceded by consultations between the parties.

Article 3

Judges

1. Cambodian judges, on the one hand, and judges appointed by the Supreme Council of the Magistracy upon nomination by the Secretary-General of the United Nations (hereinafter: "international judges"), on the other hand, shall serve in each of the two Extraordinary Chambers.

2. The composition of the Chambers shall be as follows:

a. The Trial Chamber: three Cambodian judges and two international judges;

b. The Supreme Court Chamber, which shall serve as both appellate chamber and final instance: four Cambodian judges and three international judges.

3. The judges shall be persons of high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to

judicial offices. They shall be independent in the performance of their functions and shall not accept or seek instructions from any Government or any other source.

4. In the overall composition of the Chambers due account should be taken of the experience of the judges in criminal law, international law, including international humanitarian law and human rights law.

5. The Secretary-General of the United Nations undertakes to forward a list of not less than seven nominees for international judges from which the Supreme Council of the Magistracy shall appoint five to serve as judges in the two Chambers. Appointment of international judges by the Supreme Council of the Magistracy shall be made only from the list submitted by the Secretary-General.

6. In the event of a vacancy of an international judge, the Supreme Council of the Magistracy shall appoint another international judge from the same list.

7. The judges shall be appointed for the duration of the proceedings.

8. In addition to the international judges sitting in the Chambers and present at every stage of the proceedings, the President of a Chamber may, on a case-by-case basis, designate from the list of nominees submitted by the Secretary-General, one or more alternate judges to be present at each stage of the proceedings, and to replace an international judge if that judge is unable to continue sitting.

Article 4

Decision-making

1. The judges shall attempt to achieve unanimity in their decisions. If this is not possible, the following shall apply:

a. A decision by the Trial Chamber shall require the affirmative vote of at least four judges;

b. A decision by the Supreme Court Chamber shall require the affirmative vote of at least five judges.

2. When there is no unanimity, the decision of the Chamber shall contain the views of the majority and the minority.

Article 5

Investigating judges

1. There shall be one Cambodian and one international investigating judge serving as co-investigating judges. They shall be responsible for the conduct of investigations.

2. The co-investigating judges shall be persons of high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to such a judicial office.

3. The co-investigating judges shall be independent in the performance of their functions and shall not accept or seek instructions from any Government or any other source. It is understood, however, that the scope of the investigation is limited to senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes and serious violations of Cambodian penal law, international humanitarian law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.

4. The co-investigating judges shall cooperate with a view to arriving at a common approach to the investigation. In case the co-investigating judges are unable to agree whether to proceed with an investigation, the investigation shall proceed unless the judges or one of them requests within thirty days that the difference shall be settled in accordance with Article 7.

5. In addition to the list of nominees provided for in Article 3, paragraph 5, the Secretary-General shall submit a list of two nominees from which the Supreme Council of the Magistracy shall appoint one to serve as an international co-investigating judge, and one as a reserve international co-investigating judge.

6. In case there is a vacancy or a need to fill the post of the international co-investigating judge, the person appointed to fill this post must be the reserve international co-investigating judge.

7. The co-investigating judges shall be appointed for the duration of the proceedings.

Article 6 Prosecutors

1. There shall be one Cambodian prosecutor and one international prosecutor competent to appear in both Chambers, serving as co-prosecutors. They shall be responsible for the conduct of the prosecutions.

2. The co-prosecutors shall be of high moral character, and possess a high level of professional competence and extensive experience in the conduct of investigations and prosecutions of criminal cases.

3. The co-prosecutors shall be independent in the performance of their functions and shall not accept or seek instructions from any Government or any other source. It is understood, however, that the scope of the prosecution is limited to senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes and serious violations of Cambodian penal law, international humanitarian law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.

4. The co-prosecutors shall cooperate with a view to arriving at a common approach to the prosecution. In case the prosecutors are unable to agree whether to proceed with a prosecution, the prosecution shall proceed unless the prosecutors or one of them requests within thirty days that the difference shall be settled in accordance with Article 7.
5. The Secretary-General undertakes to forward a list of two nominees from which the Supreme Council of the Magistracy shall select one international co-prosecutor and one reserve international co-prosecutor.
6. In case there is a vacancy or a need to fill the post of the international co-prosecutor, the person appointed to fill this post must be the reserve international co-prosecutor.
7. The co-prosecutors shall be appointed for the duration of the proceedings.
8. Each co-prosecutor shall have one or more deputy prosecutors to assist him or her with prosecutions before the Chambers. Deputy international prosecutors shall be appointed by the international co-prosecutor from a list provided by the Secretary-General.

Article 7

Settlement of differences between the co-investigating judges or the co-prosecutors

1. In case the co-investigating judges or the co-prosecutors have made a request in accordance with Article 5, paragraph 4, or Article 6, paragraph 4, as the case may be, they shall submit written statements of facts and the reasons for their different positions to the Director of the Office of Administration.
2. The difference shall be settled forthwith by a Pre-Trial Chamber of five judges, three appointed by the Supreme Council of the Magistracy, with one as President, and two

appointed by the Supreme Council of the Magistracy upon nomination by the Secretary-General. Article 3, paragraph 3, shall apply to the judges.

3. Upon receipt of the statements referred to in paragraph 1, the Director of the Office of Administration shall immediately convene the Pre-Trial Chamber and communicate the statements to its members.

4. A decision of the Pre-Trial Chamber, against which there is no appeal, requires the affirmative vote of at least four judges. The decision shall be communicated to the Director of the Office of Administration, who shall publish it and communicate it to the co-investigating judges or the co-prosecutors. They shall immediately proceed in accordance with the decision of the Chamber. If there is no majority, as required for a decision, the investigation or prosecution shall proceed.

Article 8

Office of Administration

1. There shall be an Office of Administration to service the Extraordinary Chambers, the Pre-Trial Chamber, the co-investigating judges and the Prosecutors' Office.

2. There shall be a Cambodian Director of this Office, who shall be appointed by the Royal Government of Cambodia. The Director shall be responsible for the overall management of the Office of Administration, except in matters that are subject to United Nations rules and procedures.

3. There shall be an international Deputy Director of the Office of Administration, who shall be appointed by the Secretary-General. The Deputy Director shall be responsible for the recruitment of all international staff and all administration of the international components of the Extraordinary Chambers, the Pre-Trial Chamber, the co-investigating judges, the Prosecutors' Office and the Office of Administration. The United Nations and the Royal Government of Cambodia agree that, when an international Deputy

Director has been appointed by the Secretary-General, the assignment of that person to that position by the Royal Government of Cambodia shall take place forthwith.

4. The Director and the Deputy Director shall cooperate in order to ensure an effective and efficient functioning of the administration.

Article 9

Crimes falling within the jurisdiction of the Extraordinary Chambers

The subject-matter jurisdiction of the Extraordinary Chambers shall be the crime of genocide as defined in the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, crimes against humanity as defined in the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court and grave breaches of the 1949 Geneva Conventions and such other crimes as defined in Chapter II of the Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers as promulgated on 10 August 2001.

Article 10

Penalties

The maximum penalty for conviction for crimes falling within the jurisdiction of the Extraordinary Chambers shall be life imprisonment.

Article 11

Amnesty

1. The Royal Government of Cambodia shall not request an amnesty or pardon for any persons who may be investigated for or convicted of crimes referred to in the present Agreement.

2. This provision is based upon a declaration by the Royal Government of Cambodia that until now, with regard to matters covered in the law, there has been only one case, dated 14 September 1996, when a pardon was granted to only one person with regard

to a 1979 conviction on the charge of genocide. The United Nations and the Royal Government of Cambodia agree that the scope of this pardon is a matter to be decided by the Extraordinary Chambers.

Article 12

Procedure

1. The procedure shall be in accordance with Cambodian law. Where Cambodian law does not deal with a particular matter, or where there is uncertainty regarding the interpretation or application of a relevant rule of Cambodian law, or where there is a question regarding the consistency of such a rule with international standards, guidance may also be sought in procedural rules established at the international level.

2. The Extraordinary Chambers shall exercise their jurisdiction in accordance with international standards of justice, fairness and due process of law, as set out in Articles 14 and 15 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, to which Cambodia is a party. In the interest of securing a fair and public hearing and credibility of the procedure, it is understood that representatives of Member States of the United Nations, of the Secretary-General, of the media and of national and international non-governmental organizations will at all times have access to the proceedings before the Extraordinary Chambers. Any exclusion from such proceedings in accordance with the provisions of Article 14 of the Covenant shall only be to the extent strictly necessary in the opinion of the Chamber concerned and where publicity would prejudice the interests of justice.

Article 13

Rights of the accused

1. The rights of the accused enshrined in Articles 14 and 15 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights shall be respected throughout the trial process. Such rights shall, in particular, include the right: to a fair and public hearing; to be

presumed innocent until proved guilty; to engage a counsel of his or her choice; to have adequate time and facilities for the preparation of his or her defence; to have counsel provided if he or she does not have sufficient means to pay for it; and to examine or have examined the witnesses against him or her.

2. The United Nations and the Royal Government of Cambodia agree that the provisions on the right to defence counsel in the Law on the Establishment of Extraordinary Chambers mean that the accused has the right to engage counsel of his or her own choosing as guaranteed by the International Covenant on Civil and Political Rights.

Article 14

Premises

The Royal Government of Cambodia shall provide at its expense the premises for the co-investigating judges, the Prosecutors' Office, the Extraordinary Chambers, the Pre-Trial Chamber and the Office of Administration. It shall also provide for such utilities, facilities and other services necessary for their operation that may be mutually agreed upon by separate agreement between the United Nations and the Government.

Article 15

Cambodian personnel

Salaries and emoluments of Cambodian judges and other Cambodian personnel shall be defrayed by the Royal Government of Cambodia.

Article 16

International personnel

Salaries and emoluments of international judges, the international co-investigating judge, the international co-prosecutor and other personnel recruited by the United Nations shall be defrayed by the United Nations.

Article 17

Financial and other assistance of the United Nations

The United Nations shall be responsible for the following:

a. remuneration of the international judges, the international co-investigating judge, the international co-prosecutor, the Deputy Director of the Office of Administration and other international personnel;

b. costs for utilities and services as agreed separately between the United Nations and the Royal Government of Cambodia;

c. remuneration of defence counsel;

d. witnesses' travel from within Cambodia and from abroad;

e. safety and security arrangements as agreed separately between the United Nations and the Government;

f. such other limited assistance as may be necessary to ensure the smooth functioning of the investigation, the prosecution and the Extraordinary Chambers.

Article 18

Inviolability of archives and documents

The archives of the co-investigating judges, the co-prosecutors, the Extraordinary Chambers, the Pre-Trial Chamber and the Office of Administration, and in general all documents and materials made available, belonging to or used by them, wherever located in Cambodia and by whomsoever held, shall be inviolable for the duration of the proceedings.

Article 19

Privileges and immunities of international judges, the international co-investigating judge, the international co-prosecutor and the Deputy Director of the Office of Administration

1. The international judges, the international co-investigating judge, the international co-prosecutor and the Deputy Director of the Office of Administration, together with their families forming part of their household, shall enjoy the privileges and immunities, exemptions and facilities accorded to diplomatic agents in accordance with the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations. They shall, in particular, enjoy:

- a. personal inviolability, including immunity from arrest or detention;
- b. immunity from criminal, civil and administrative jurisdiction in conformity with the Vienna Convention;
- c. inviolability for all papers and documents;
- d. exemption from immigration restrictions and alien registration;
- e. the same immunities and facilities in respect of their personal baggage as are accorded to diplomatic agents.

2. The international judges, the international co-investigating judge, the international co-prosecutor and the Deputy Director of the Office of Administration shall enjoy exemption from taxation in Cambodia on their salaries, emoluments and allowances.

Article 20

Privileges and immunities of Cambodian and international personnel

1. Cambodian judges, the Cambodian co-investigating judge, the Cambodian co-prosecutor and other Cambodian personnel shall be accorded immunity from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity under the present Agreement. Such immunity shall continue to be accorded after termination of employment with the co-investigating judges, the co-prosecutors, the Extraordinary Chambers, the Pre-Trial Chamber and the Office of Administration.

2. International personnel shall be accorded:

a. immunity from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity under the present Agreement. Such immunity shall continue to be accorded after termination of employment with the co-investigating judges, the co-prosecutors, the Extraordinary Chambers, the Pre-Trial Chamber and the Office of Administration;

b. immunity from taxation on salaries, allowances and emoluments paid to them by the United Nations;

c. immunity from immigration restrictions;

d. the right to import free of duties and taxes, except for payment for services, their furniture and effects at the time of first taking up their official duties in Cambodia.

3. The United Nations and the Royal Government of Cambodia agree that the immunity granted by the Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity under the present Agreement will apply also after the persons have left the service of the co-

investigating judges, the co-prosecutors, the Extraordinary Chambers, the Pre-Trial Chamber and the Office of Administration.

Article 21

Counsel

1. The counsel of a suspect or an accused who has been admitted as such by the Extraordinary Chambers shall not be subjected by the Royal Government of Cambodia to any measure which may affect the free and independent exercise of his or her functions under the present Agreement.

2. In particular, the counsel shall be accorded:

- a. immunity from personal arrest or detention and from seizure of personal baggage;
- b. inviolability of all documents relating to the exercise of his or her functions as a counsel of a suspect or accused;
- c. immunity from criminal or civil jurisdiction in respect of words spoken or written and acts performed by them in their official capacity as counsel. Such immunity shall continue to be accorded to them after termination of their functions as a counsel of a suspect or accused.

3. Any counsel, whether of Cambodian or non-Cambodian nationality, engaged by or assigned to a suspect or an accused shall, in the defence of his or her client, act in accordance with the present Agreement, the Cambodian Law on the Statutes of the Bar and recognized standards and ethics of the legal profession.

Article 22

Witnesses and experts

Witnesses and experts appearing on a summons or a request of the judges, the co-investigating judges, or the co-prosecutors shall not be prosecuted, detained or subjected to any other restriction on their liberty by the Cambodian authorities. They shall not be subjected by the authorities to any measure which may affect the free and independent exercise of their functions.

Article 23

Protection of victims and witnesses

The co-investigating judges, the co-prosecutors and the Extraordinary Chambers shall provide for the protection of victims and witnesses. Such protection measures shall include, but shall not be limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the identity of a victim or witness.

Article 24

Security, safety and protection

of persons referred to in the present Agreement

The Royal Government of Cambodia shall take all effective and adequate actions which may be required to ensure the security, safety and protection of persons referred to in the present Agreement. The United Nations and the Government agree that the Government is responsible for the security of all accused, irrespective of whether they appear voluntarily before the Extraordinary Chambers or whether they are under arrest.

Article 25

Obligation to assist the co-investigating judges, the co-prosecutors and

the Extraordinary Chambers

The Royal Government of Cambodia shall comply without undue delay with any request for assistance by the co-investigating judges, the co-prosecutors and the Extraordinary Chambers or an order issued by any of them, including, but not limited to:

- a. identification and location of persons;
- b. service of documents;
- c. arrest or detention of persons;
- d. transfer of an indictee to the Extraordinary Chambers.

Article 26

Languages

1. The official language of the Extraordinary Chambers and the Pre-Trial Chamber is Khmer.
2. The official working languages of the Extraordinary Chambers and the Pre-Trial Chamber shall be Khmer, English and French.
3. Translations of public documents and interpretation at public hearings into Russian may be provided by the Royal Government of Cambodia at its discretion and expense on condition that such services do not hinder the proceedings before the Extraordinary Chambers.

Article 27
Practical arrangements

1. With a view to achieving efficiency and cost-effectiveness in the operation of the Extraordinary Chambers, a phased-in approach shall be adopted for their establishment in accordance with the chronological order of the legal process.
2. In the first phase of the operation of the Extraordinary Chambers, the judges, the co-investigating judges and the co-prosecutors will be appointed along with investigative and prosecutorial staff, and the process of investigations and prosecutions shall be initiated.
3. The trial process of those already in custody shall proceed simultaneously with the investigation of other persons responsible for crimes falling within the jurisdiction of the Extraordinary Chambers.
4. With the completion of the investigation of persons suspected of having committed the crimes falling within the jurisdiction of the Extraordinary Chambers, arrest warrants shall be issued and submitted to the Royal Government of Cambodia to effectuate the arrest.
5. With the arrest by the Royal Government of Cambodia of indicted persons situated in its territory, the Extraordinary Chambers shall be fully operational, provided that the judges of the Supreme Court Chamber shall serve when seized with a matter. The judges of the Pre-Trial Chamber shall serve only if and when their services are needed.

Article 28
Withdrawal of cooperation

Should the Royal Government of Cambodia change the structure or organization of the Extraordinary Chambers or otherwise cause them to function in a manner that does not conform with the terms of the present Agreement, the United Nations reserves the right to cease to provide assistance, financial or otherwise, pursuant to the present Agreement.

Article 29
Settlement of disputes

Any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of the present Agreement shall be settled by negotiation, or by any other mutually agreed upon mode of settlement.

Article 30
Approval

To be binding on the parties, the present Agreement must be approved by the General Assembly of the United Nations and ratified by Cambodia. The Royal Government of Cambodia will make its best endeavours to obtain this ratification by the earliest possible date.

Article 31
Application within Cambodia

The present Agreement shall apply as law within the Kingdom of Cambodia following its ratification in accordance with the relevant provisions of the internal law of the Kingdom of Cambodia regarding competence to conclude treaties.

Article 32
Entry into force

The present Agreement shall enter into force on the day after both parties have notified each other in writing that the legal requirements for entry into force have been complied with.

Done at [place] on [day, month] 2003 in two copies in the English language.

For the United Nations

For the Royal Government of Cambodia



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก จ.

Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the
Establishment of a Special Court for Sierra Leone



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone
on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone**

WHEREAS the Security Council, in its resolution 1315 (2000) of 14 August 2000, expressed deep concern at the very serious crimes committed within the territory of Sierra Leone against the people of Sierra Leone and United Nations and associated personnel and at the prevailing situation of impunity;

WHEREAS by the said resolution, the Security Council requested the Secretary-General to negotiate an agreement with the Government of Sierra Leone to create an independent special court to prosecute persons who bear the greatest responsibility for the commission of serious violations of international humanitarian law and crimes committed under Sierra Leonean law;

WHEREAS the Secretary-General of the United Nations (hereinafter "the Secretary-General") and the Government of Sierra Leone (hereinafter "the Government") have held such negotiations for the establishment of a Special Court for Sierra Leone (hereinafter "the Special Court");

NOW THEREFORE the United Nations and the Government of Sierra Leone have agreed as follows:

Article 1

Establishment of the Special Court

1. There is hereby established a Special Court for Sierra Leone to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996.
2. The Special Court shall function in accordance with the Statute of the Special Court for Sierra Leone. The Statute is annexed to this Agreement and forms an integral part thereof.

Article 2

Composition of the Special Court and appointment of judges

1. The Special Court shall be composed of a Trial Chamber and an Appeals Chamber with a second Trial Chamber to be created if, after the passage of at least six months from the commencement of the functioning of the Special Court, the Secretary-General, or the President of the Special Court so request. Up to two alternate judges shall similarly be appointed after six months if the President of the Special Court so determines.
2. The Chambers shall be composed of no fewer than eight independent judges and no more than eleven such judges who shall serve as follows:
 - (a) Three judges shall serve in the Trial Chamber where one shall be appointed by the Government of Sierra Leone and two judges appointed by the Secretary-General, upon nominations forwarded by States, and in particular the member States of the Economic Community of West African States and the Commonwealth, at the invitation of the Secretary-General;
 - (b) In the event of the creation of a second Trial Chamber, that Chamber shall be likewise composed in the manner contained in subparagraph (a) above;
 - (c) Five judges shall serve in the Appeals Chamber, of whom two shall be appointed by the Government of Sierra Leone and three judges shall be appointed by the Secretary-General upon nominations forwarded by States, and in particular the member States of the Economic Community of West African States and the Commonwealth, at the invitation of the Secretary-General.
3. The Government of Sierra Leone and the Secretary-General shall consult on the appointment of judges.
4. Judges shall be appointed for a three-year term and shall be eligible for re-appointment.

5. If, at the request of the President of the Special Court, an alternate judge or judges have been appointed by the Government of Sierra Leone or the Secretary-General, the presiding judge of a Trial Chamber or the Appeals Chamber shall designate such an alternate judge to be present at each stage of the trial and to replace a judge if that judge is unable to continue sitting.

Article 3

Appointment of a Prosecutor and a Deputy Prosecutor

1. The Secretary-General, after consultation with the Government of Sierra Leone, shall appoint a Prosecutor for a three-year term. The Prosecutor shall be eligible for reappointment.
2. The Government of Sierra Leone, in consultation with the Secretary-General and the Prosecutor, shall appoint a Sierra Leonean Deputy Prosecutor to assist the Prosecutor in the conduct of the investigations and prosecutions.
3. The Prosecutor and the Deputy Prosecutor shall be of high moral character and possess the highest level of professional competence and extensive experience in the conduct of investigations and prosecutions of criminal cases. The Prosecutor and the Deputy Prosecutor shall be independent in the performance of their functions and shall not accept or seek instructions from any Government or any other source.
4. The Prosecutor shall be assisted by such Sierra Leonean and international staff as may be required to perform the functions assigned to him or her effectively and efficiently.

Article 4

Appointment of a Registrar

1. The Secretary-General, in consultation with the President of the Special Court, shall appoint a Registrar who shall be responsible for the servicing of the Chambers and the Office of the Prosecutor, and for the recruitment and administration of all support staff. He or she shall also administer the financial and staff resources of the Special Court.

2. The Registrar shall be a staff member of the United Nations. He or she shall serve a three-year term and shall be eligible for re-appointment.

Article 5

Premises

The Government shall assist in the provision of premises for the Special Court and such utilities, facilities and other services as may be necessary for its operation.

Article 6

Expenses of the Special Court

The expenses of the Special Court shall be borne by voluntary contributions from the international community. It is understood that the Secretary-General will commence the process of establishing the Court when he has sufficient contributions in hand to finance the establishment of the Court and 12 months of its operations plus pledges equal to the anticipated expenses of the following 24 months of the Court's operation. It is further understood that the Secretary-General will continue to seek contributions equal to the anticipated expenses of the Court beyond its first three years of operation. Should voluntary contributions be insufficient for the Court to implement its mandate, the Secretary-General and the Security Council shall explore alternate means of financing the Special Court.

Article 7

Management Committee

It is the understanding of the Parties that interested States will establish a management committee to assist the Secretary-General in obtaining adequate funding, and provide advice and policy direction on all non-judicial aspects of the operation of the Court, including questions of efficiency, and to perform other functions as agreed by interested States. The management committee shall consist of important contributors to the Special Court. The Government of Sierra Leone and the Secretary-General will also participate in the management committee.

Article 8

Inviolability of premises, archives and all other documents

1. The premises of the Special Court shall be inviolable. The competent authorities shall take appropriate action that may be necessary to ensure that the Special Court shall not be dispossessed of all or any part of the premises of the Court without its express consent.
2. The property, funds and assets of the Special Court, wherever located and by whomsoever held, shall be immune from search, seizure, requisition, confiscation, expropriation and any other form of interference, whether by executive, administrative, judicial or legislative action.
3. The archives of the Court, and in general all documents and materials made available, belonging to or used by it, wherever located and by whomsoever held, shall be inviolable.

Article 9

Funds, assets and other property

1. The Special Court, its funds, assets and other property, wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process, except insofar as in any particular case the Court has expressly waived its immunity. It is understood, however, that no waiver of immunity shall extend to any measure of execution.

2. Without being restricted by financial controls, regulations or moratoriums of any kind, the Special Court:

(a) May hold and use funds, gold or negotiable instruments of any kind and maintain and operate accounts in any currency and convert any currency held by it into any other currency;

(b) Shall be free to transfer its funds, gold or currency from one country to another, or within Sierra Leone, to the United Nations or any other agency.

Article 10

Seat of the Special Court

The Special Court shall have its seat in Sierra Leone. The Court may meet away from its seat if it considers it necessary for the efficient exercise of its functions, and may be relocated outside Sierra Leone, if circumstances so require, and subject to the conclusion of a Headquarters Agreement between the Secretary-General of the United Nations and the Government of Sierra Leone, on the one hand, and the Government of the alternative seat, on the other.

Article 11

Juridical capacity

The Special Court shall possess the juridical capacity necessary to:

(a) Contract;

- (b) Acquire and dispose of movable and immovable property;
- (c) Institute legal proceedings;
- (d) Enter into agreements with States as may be necessary for the exercise of its functions and for the operation of the Court.

Article 12

Privileges and immunities of the judges, the Prosecutor and the Registrar

1. The judges, the Prosecutor and the Registrar, together with their families forming part of their household, shall enjoy the privileges and immunities, exemptions and facilities accorded to diplomatic agents in accordance with the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations. They shall, in particular, enjoy:

- (a) Personal inviolability, including immunity from arrest or detention;
- (b) Immunity from criminal, civil and administrative jurisdiction in conformity with the Vienna Convention;
- (c) Inviolability for all papers and documents;
- (d) Exemption, as appropriate, from immigration restrictions and other alien registrations;
- (e) The same immunities and facilities in respect of their personal baggage as are accorded to diplomatic agents by the Vienna Convention;
- (f) Exemption from taxation in Sierra Leone on their salaries, emoluments and allowances.

2. Privileges and immunities are accorded to the judges, the Prosecutor and the Registrar in the interest of the Special Court and not for the personal benefit of the individuals themselves. The right and the duty to waive the immunity, in any case where

it can be waived without prejudice to the purpose for which it is accorded, shall lie with the Secretary-General, in consultation with the President.

Article 13

Privileges and immunities of international and Sierra Leonean personnel

1. Sierra Leonean and international personnel of the Special Court shall be accorded:

(a) Immunity from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity. Such immunity shall continue to be accorded after termination of employment with the Special Court;

(b) Immunity from taxation on salaries, allowances and emoluments paid to them.

2. International personnel shall, in addition thereto, be accorded:

(a) Immunity from immigration restriction;

(b) The right to import free of duties and taxes, except for payment for services, their furniture and effects at the time of first taking up their official duties in Sierra Leone.

3. The privileges and immunities are granted to the officials of the Special Court in the interest of the Court and not for their personal benefit. The right and the duty to waive the immunity in any particular case where it can be waived without prejudice to the purpose for which it is accorded shall lie with the Registrar of the Court.

Article 14

Counsel

1. The Government shall ensure that the counsel of a suspect or an accused who has been admitted as such by the Special Court shall not be subjected to any measure which may affect the free and independent exercise of his or her functions.

2. In particular, the counsel shall be accorded:

- (a) Immunity from personal arrest or detention and from seizure of personal baggage;
- (b) Inviolability of all documents relating to the exercise of his or her functions as a counsel of a suspect or accused;
- (c) Immunity from criminal or civil jurisdiction in respect of words spoken or written and acts performed in his or her capacity as counsel. Such immunity shall continue to be accorded after termination of his or her functions as a counsel of a suspect or accused.
- (d) Immunity from any immigration restrictions during his or her stay as well as during his or her journey to the Court and back.

Article 15

Witnesses and experts

Witnesses and experts appearing from outside Sierra Leone on a summons or a request of the judges or the Prosecutor shall not be prosecuted, detained or subjected to any restriction on their liberty by the Sierra Leonean authorities. They shall not be subjected to any measure which may affect the free and independent exercise of their functions. The provisions of article 14, paragraph 2(a) and (d), shall apply to them.

Article 16

Security, safety and protection of persons referred to in this Agreement

Recognizing the responsibility of the Government under international law to ensure the security, safety and protection of persons referred to in this Agreement and its present incapacity to do so pending the restructuring and rebuilding of its security forces, it is agreed that the United Nations Mission in Sierra Leone shall provide the necessary security to premises and personnel of the Special Court, subject to an appropriate mandate by the Security Council and within its capabilities.

Article 17

Cooperation with the Special Court

1. The Government shall cooperate with all organs of the Special Court at all stages of the proceedings. It shall, in particular, facilitate access to the Prosecutor to sites, persons and relevant documents required for the investigation.
2. The Government shall comply without undue delay with any request for assistance by the Special Court or an order issued by the Chambers, including, but not limited to:
 - (a) Identification and location of persons;
 - (b) Service of documents;
 - (c) Arrest or detention of persons;
 - (d) Transfer of an indictee to the Court.

Article 18

Working language

The official working language of the Special Court shall be English.

Article 19

Practical arrangements

1. With a view to achieving efficiency and cost-effectiveness in the operation of the Special Court, a phased-in approach shall be adopted for its establishment in accordance with the chronological order of the legal process.
2. In the first phase of the operation of the Special Court, judges, the Prosecutor and the Registrar will be appointed along with investigative and prosecutorial staff. The process of investigations and prosecutions of those already in custody shall be initiated.
3. In the initial phase, judges of the Trial Chamber and the Appeals Chamber shall be convened on an ad hoc basis for dealing with organizational matters, and serving when required to perform their duties.

4. Judges of the Trial Chamber shall take permanent office shortly before the investigation process has been completed. Judges of the Appeals Chamber shall take permanent office when the first trial process has been completed.

Article 20

Settlement of Disputes

Any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall be settled by negotiation, or by any other mutually agreed-upon mode of settlement.

Article 21

Entry into force

The present Agreement shall enter into force on the day after both Parties have notified each other in writing that the legal requirements for entry into force have been complied with.

Article 22

Amendment

This Agreement may be amended by written agreement between the Parties.

Article 23

Termination

This Agreement shall be terminated by agreement of the Parties upon completion of the judicial activities of the Special Court.

IN WITNESS WHEREOF, the following duly authorized representatives of the United Nations and of the Government of Sierra Leone have signed this Agreement.

Done at Freetown, on 16 January 2002 in two originals in the English language.

For the United Nations

Hans Corell, Under-Secretary-General for Legal Affairs

For the Government of Sierra Leone

Solomon Berewa, Attorney General and Minister of Justice



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก จ.

Statute of the Special Court for Sierra Leone



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Statute of the Special Court for Sierra Leone

Having been established by an Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone pursuant to Security Council resolution 1315 (2000) of 14 August 2000, the Special Court for Sierra Leone (hereinafter "the Special Court") shall function in accordance with the provisions of the present Statute.

Article 1

Competence of the Special Court

1. The Special Court shall, except as provided in subparagraph (2), have the power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone.
2. Any transgressions by peacekeepers and related personnel present in Sierra Leone pursuant to the Status of Mission Agreement in force between the United Nations and the Government of Sierra Leone or agreements between Sierra Leone and other Governments or regional organizations, or, in the absence of such agreement, provided that the peacekeeping operations were undertaken with the consent of the Government of Sierra Leone, shall be within the primary jurisdiction of the sending State.
3. In the event the sending State is unwilling or unable genuinely to carry out an investigation or prosecution, the Court may, if authorized by the Security Council on the proposal of any State, exercise jurisdiction over such persons.

Article 2
Crimes against humanity

The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following crimes as part of a widespread or systematic attack against any civilian population:

- a. Murder;
- b. Extermination;
- c. Enslavement;
- d. Deportation;
- e. Imprisonment;
- f. Torture;
- g. Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy and any other form of sexual violence;
- h. Persecution on political, racial, ethnic or religious grounds;
- i. Other inhumane acts.

Article 3
Violations of Article 3 common to the Geneva
Conventions and of Additional Protocol II

The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed or ordered the commission of serious violations of article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. These violations shall include:

- a. Violence to life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment;
- b. Collective punishments;
- c. Taking of hostages;
- d. Acts of terrorism;

- e. Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault;
- f. Pillage;
- g. The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples;
- h. Threats to commit any of the foregoing acts.

Article 4

Other serious violations of international humanitarian law

The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following serious violations of international humanitarian law:

- a. Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities;
- b. Intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilians or civilian objects under the international law of armed conflict;
- c. Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities.

Article 5

Crimes under Sierra Leonean law

The Special Court shall have the power to prosecute persons who have committed the following crimes under Sierra Leonean law:

- a. Offences relating to the abuse of girls under the Prevention of Cruelty to Children Act, 1926 (Cap. 31):
 - i. Abusing a girl under 13 years of age, contrary to section 6;

- ii. Abusing a girl between 13 and 14 years of age, contrary to section 7;
 - iii. Abduction of a girl for immoral purposes, contrary to section 12.
- b. Offences relating to the wanton destruction of property under the Malicious Damage Act, 1861:
- i. Setting fire to dwelling - houses, any person being therein, contrary to section 2;
 - ii. Setting fire to public buildings, contrary to sections 5 and 6;
 - iii. Setting fire to other buildings, contrary to section 6.

Article 6

Individual criminal responsibility

1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute shall be individually responsible for the crime.
2. The official position of any accused persons, whether as Head of State or Government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.
3. The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior had failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.
4. The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him or her of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Special Court determines that justice so requires.
5. Individual criminal responsibility for the crimes referred to in article 5 shall be determined in accordance with the respective laws of Sierra Leone.

Article 7

Jurisdiction over persons of 15 years of age

1. The Special Court shall have no jurisdiction over any person who was under the age of 15 at the time of the alleged commission of the crime. Should any person who was at the time of the alleged commission of the crime between 15 and 18 years of age come before the Court, he or she shall be treated with dignity and a sense of worth, taking into account his or her young age and the desirability of promoting his or her rehabilitation, reintegration into and assumption of a constructive role in society, and in accordance with international human rights standards, in particular the rights of the child.
2. In the disposition of a case against a juvenile offender, the Special Court shall order any of the following: care guidance and supervision orders, community service orders, counselling, foster care, correctional, educational and vocational training programmes, approved schools and, as appropriate, any programmes of disarmament, demobilization and reintegration or programmes of child protection agencies.

Article 8

Concurrent jurisdiction

1. The Special Court and the national courts of Sierra Leone shall have concurrent jurisdiction.
2. The Special Court shall have primacy over the national courts of Sierra Leone. At any stage of the procedure, the Special Court may formally request a national court to defer to its competence in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence.

Article 9

Non bis in idem

1. No person shall be tried before a national court of Sierra Leone for acts for which he or she has already been tried by the Special Court.

2. A person who has been tried by a national court for the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute may be subsequently tried by the Special Court if:

- a. The act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or
- b. The national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility or the case was not diligently prosecuted.

3. In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the Special Court shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has already been served.

Article 10

Amnesty

An amnesty granted to any person falling within the jurisdiction of the Special Court in respect of the crimes referred to in articles 2 to 4 of the present Statute shall not be a bar to prosecution.

Article 11

Organization of the Special Court

The Special Court shall consist of the following organs:

- a. The Chambers, comprising one or more Trial Chambers and an Appeals Chamber;
- b. The Prosecutor; and
- c. The Registry.

Article 12

Composition of the Chambers

1. The Chambers shall be composed of not less than eight (8) or more than eleven (11) independent judges, who shall serve as follows:

- a. Three judges shall serve in the Trial Chamber, of whom one shall be a judge appointed by the Government of Sierra Leone, and two judges appointed by the Secretary-General of the United Nations (hereinafter "the Secretary-General").
 - b. Five judges shall serve in the Appeals Chamber, of whom two shall be judges appointed by the Government of Sierra Leone, and three judges appointed by the Secretary-General.
2. Each judge shall serve only in the Chamber to which he or she has been appointed.
 3. The judges of the Appeals Chamber and the judges of the Trial Chamber, respectively, shall elect a presiding judge who shall conduct the proceedings in the Chamber to which he or she was elected. The presiding judge of the Appeals Chamber shall be the President of the Special Court.
 4. If, at the request of the President of the Special Court, an alternate judge or judges have been appointed by the Government of Sierra Leone or the Secretary-General, the presiding judge of a Trial Chamber or the Appeals Chamber shall designate such an alternate judge to be present at each stage of the trial and to replace a judge if that judge is unable to continue sitting.

Article 13

Qualification and appointment of judges

1. The judges shall be persons of high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to the highest judicial offices. They shall be independent in the performance of their functions, and shall not accept or seek instructions from any Government or any other source.
2. In the overall composition of the Chambers, due account shall be taken of the experience of the judges in international law, including international humanitarian law and human rights law, criminal law and juvenile justice.
3. The judges shall be appointed for a three-year period and shall be eligible for reappointment.

Article 14

Rules of Procedure and Evidence

1. The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for Rwanda obtaining at the time of the establishment of the Special Court shall be applicable *mutatis mutandis* to the conduct of the legal proceedings before the Special Court.

2. The judges of the Special Court as a whole may amend the Rules of Procedure and Evidence or adopt additional rules where the applicable Rules do not, or do not adequately, provide for a specific situation. In so doing, they may be guided, as appropriate, by the Criminal Procedure Act, 1965, of Sierra Leone.

Article 15

The Prosecutor

1. The Prosecutor shall be responsible for the investigation and prosecution of persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and crimes under Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996. The Prosecutor shall act independently as a separate organ of the Special Court. He or she shall not seek or receive instructions from any Government or from any other source.

2. The Office of the Prosecutor shall have the power to question suspects, victims and witnesses, to collect evidence and to conduct on-site investigations. In carrying out these tasks, the Prosecutor shall, as appropriate, be assisted by the Sierra Leonean authorities concerned.

3. The Prosecutor shall be appointed by the Secretary-General for a three-year term and shall be eligible for re-appointment. He or she shall be of high moral character and possess the highest level of professional competence, and have extensive experience in the conduct of investigations and prosecutions of criminal cases.

4. The Prosecutor shall be assisted by a Sierra Leonean Deputy Prosecutor, and by such other Sierra Leonean and international staff as may be required to perform the functions assigned to him or her effectively and efficiently. Given the nature of the crimes committed and the particular sensitivities of girls, young women and children victims of rape, sexual assault, abduction and slavery of all kinds, due consideration should be given in the appointment of staff to the employment of prosecutors and investigators experienced in gender-related crimes and juvenile justice.

5. In the prosecution of juvenile offenders, the Prosecutor shall ensure that the child-rehabilitation programme is not placed at risk and that, where appropriate, resort should be had to alternative truth and reconciliation mechanisms, to the extent of their availability.

Article 16

The Registry

1. The Registry shall be responsible for the administration and servicing of the Special Court.

2. The Registry shall consist of a Registrar and such other staff as may be required.

3. The Registrar shall be appointed by the Secretary-General after consultation with the President of the Special Court and shall be a staff member of the United Nations. He or she shall serve for a three-year term and be eligible for re-appointment.

4. The Registrar shall set up a Victims and Witnesses Unit within the Registry. This Unit shall provide, in consultation with the Office of the Prosecutor, protective measures and security arrangements, counselling and other appropriate assistance for witnesses, victims who appear before the Court and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses. The Unit personnel shall include experts in trauma, including trauma related to crimes of sexual violence and violence against children.

Article 17

Rights of the accused

1. All accused shall be equal before the Special Court.
2. The accused shall be entitled to a fair and public hearing, subject to measures ordered by the Special Court for the protection of victims and witnesses.
3. The accused shall be presumed innocent until proved guilty according to the provisions of the present Statute.
4. In the determination of any charge against the accused pursuant to the present Statute, he or she shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:
 - a. To be informed promptly and in detail in a language which he or she understands of the nature and cause of the charge against him or her;
 - b. To have adequate time and facilities for the preparation of his or her defence and to communicate with counsel of his or her own choosing;
 - c. To be tried without undue delay;
 - d. To be tried in his or her presence, and to defend himself or herself in person or through legal assistance of his or her own choosing; to be informed, if he or she does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him or her, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him or her in any such case if he or she does not have sufficient means to pay for it;
 - e. To examine, or have examined, the witnesses against him or her and to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her;
 - f. To have the free assistance of an interpreter if he or she cannot understand or speak the language used in the Special Court;
 - g. Not to be compelled to testify against himself or herself or to confess guilt.

Article 18

Judgement

The judgement shall be rendered by a majority of the judges of the Trial Chamber or of the Appeals Chamber, and shall be delivered in public. It shall be accompanied by a reasoned opinion in writing, to which separate or dissenting opinions may be appended.

Article 19

Penalties

1. The Trial Chamber shall impose upon a convicted person, other than a juvenile offender, imprisonment for a specified number of years. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chamber shall, as appropriate, have recourse to the practice regarding prison sentences in the International Criminal Tribunal for Rwanda and the national courts of Sierra Leone.
2. In imposing the sentences, the Trial Chamber should take into account such factors as the gravity of the offence and the individual circumstances of the convicted person.
3. In addition to imprisonment, the Trial Chamber may order the forfeiture of the property, proceeds and any assets acquired unlawfully or by criminal conduct, and their return to their rightful owner or to the State of Sierra Leone.

Article 20

Appellate proceedings

1. The Appeals Chamber shall hear appeals from persons convicted by the Trial Chamber or from the Prosecutor on the following grounds:
 - a. A procedural error;
 - b. An error on a question of law invalidating the decision;
 - c. An error of fact which has occasioned a miscarriage of justice.
2. The Appeals Chamber may affirm, reverse or revise the decisions taken by the Trial Chamber.

3. The judges of the Appeals Chamber of the Special Court shall be guided by the decisions of the Appeals Chamber of the International Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda. In the interpretation and application of the laws of Sierra Leone, they shall be guided by the decisions of the Supreme Court of Sierra Leone.

Article 21

Review proceedings

1. Where a new fact has been discovered which was not known at the time of the proceedings before the Trial Chamber or the Appeals Chamber and which could have been a decisive factor in reaching the decision, the convicted person or the Prosecutor may submit an application for review of the judgement.

2. An application for review shall be submitted to the Appeals Chamber. The Appeals Chamber may reject the application if it considers it to be unfounded. If it determines that the application is meritorious, it may, as appropriate:

- a. Reconvene the Trial Chamber;
- b. Retain jurisdiction over the matter.

Article 22

Enforcement of sentences

1. Imprisonment shall be served in Sierra Leone. If circumstances so require, imprisonment may also be served in any of the States which have concluded with the International Criminal Tribunal for Rwanda or the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia an agreement for the enforcement of sentences, and which have indicated to the Registrar of the Special Court their willingness to accept convicted persons. The Special Court may conclude similar agreements for the enforcement of sentences with other States.

2. Conditions of imprisonment, whether in Sierra Leone or in a third State, shall be governed by the law of the State of enforcement subject to the supervision of the Special Court. The State of enforcement shall be bound by the duration of the sentence, subject to article 23 of the present Statute.

Article 23

Pardon or commutation of sentences

If, pursuant to the applicable law of the State in which the convicted person is imprisoned, he or she is eligible for pardon or commutation of sentence, the State concerned shall notify the Special Court accordingly. There shall only be pardon or commutation of sentence if the President of the Special Court, in consultation with the judges, so decides on the basis of the interests of justice and the general principles of law.

Article 24

Working language

The working language of the Special Court shall be English.

Article 25

Annual Report

The President of the Special Court shall submit an annual report on the operation and activities of the Court to the Secretary-General and to the Government of Sierra Leone.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวศรันยา สีมา เกิดเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ.2520 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จ
การศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนต้นและตอนปลายจากโรงเรียนบดินทรเดชา (สิงห์ สิงหเสนี)
สำเร็จการศึกษาระดับปริญญานิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
เมื่อปีการศึกษา 2541



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย