

ข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามธรรมเนียมของโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ
กับกฎหมายอาญาไทย

พันตำรวจเอก เทิดสยาม บุญยะเสนา

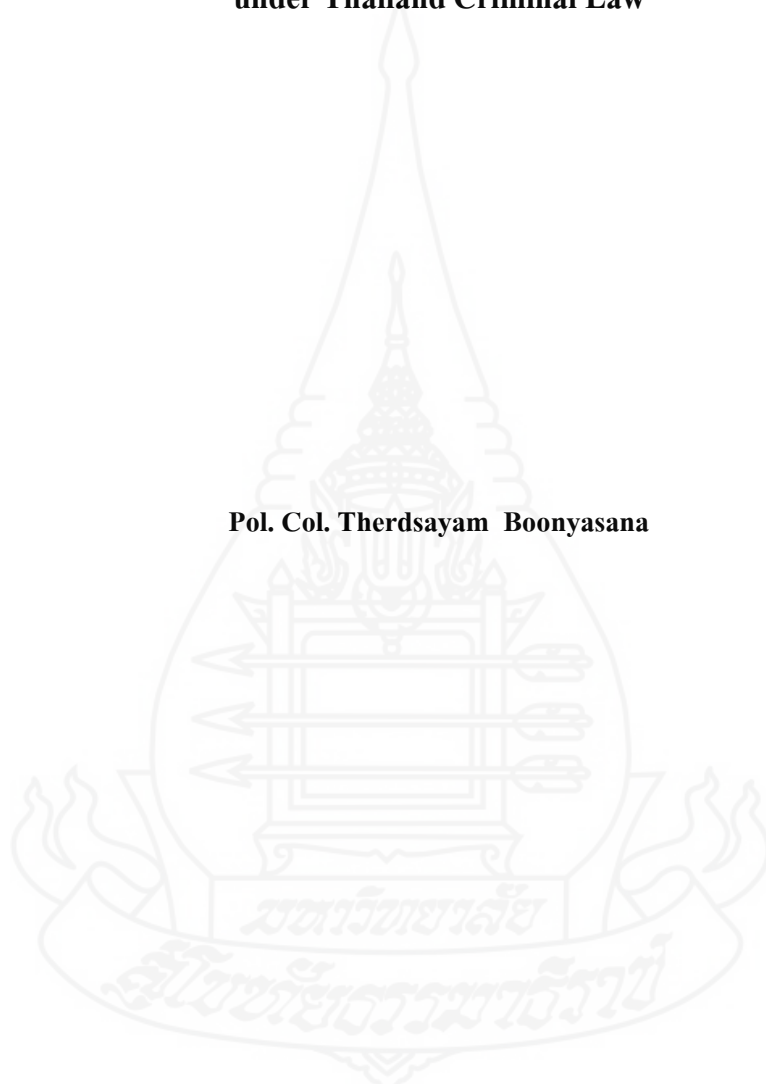


วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2563

**Defences under Rome Statute of The International Criminal Court and
under Thailand Criminal Law**

Pol. Col. Therdsayam Boonyasana



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Criminal Law and Criminal Justice Administration

School of Laws

Sukhothai Thammathirat Open University

2020

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายโรมว่าด้วยศาลอาญา
ระหว่างประเทศกับกฎหมายอาญาไทย
ชื่อและนามสกุล พันตำรวจเอก เทิดสยาม บุญยะเสนา
วิชาเอก กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ
2. รองศาสตราจารย์ ดร.ภาณุมาศ ชัดเจนงาม

วิทยานิพนธ์นี้ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2561

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษณากร ว่องวุฒิภูถ)



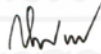
กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ)



กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร.ภาณุมาศ ชัดเจนงาม)



ประธานกรรมการบัณฑิตศึกษา

(รองศาสตราจารย์ ดร.สมพร พุทธาพิทักษ์ผล)



ชื่อวิทยานิพนธ์ ช้อยกเว้นความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกับ
กฎหมายอาญาไทย

ผู้วิจัย พันตำรวจเอก เทิดสยาม บุญยะเสนา **รหัสนักศึกษา** 2584004937 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา (1) อาจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ (2) รองศาสตราจารย์ ดร.ภาณุมาศ ชัดเงางาม
ปีการศึกษา 2563

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) พิจารณาถึงหลักการและสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องเหตุยกเว้นความรับผิดตามหลักธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (2) เปรียบเทียบเหตุยกเว้นความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และกฎหมายอาญาไทย (3) วิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้ช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาจากการเปรียบเทียบเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาของไทย

งานวิจัยเรื่องนี้เป็นการศึกษาทางกฎหมายโดยการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยการวิจัยทางเอกสาร จาก หนังสือกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายอาญาดำรา บทความ ตั๋วบทกฎหมาย และเอกสารอื่นๆ โดยการเปรียบเทียบข้อเหตุยกเว้นความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และกฎหมายอาญาไทย

ผลการศึกษาพบว่า (1) ช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมีหลักการและสภาพปัญหาล้ายกับช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาของไทย แต่อาจแตกต่างกันบ้างในเรื่องรายละเอียด (2) มีช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรม ที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนที่กฎหมายอาญาของไทยยังไม่ยอมรับช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาอื่น ในขณะที่กฎหมายอาญาระหว่างประเทศยินยอมให้ผู้ถูกกล่าวหายกขึ้นต่อสู้คดีได้กว้างขวางกว่าเพราะช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามที่ระบุไว้ในข้อ 31 แห่งธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ถือว่าเป็นที่สุด แต่ตามวรรค 3 ได้อ้างธรรมนูญกรุงโรมข้อ 21 ซึ่งกำหนดให้ศาลสามารถปรับใช้ช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมเป็นลำดับแรกและด้วยเหตุผลทางด้านความเหมาะสมสามารถปรับใช้หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้และนอกจากนั้นยังสามารถปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากศาลตามกฎหมายภายในรัฐของระบบกฎหมายภายในโลกได้ด้วย (3) ข้อเสนอแนะการวิจัยคือสมควรปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยที่เกี่ยวข้องกับช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาของไทยอาจสามารถพัฒนาให้รับฟังช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาอื่นได้ด้วย

คำสำคัญ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ กฎหมายอาญา ช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา

Thesis title: Defences under Rome Statute of The International Criminal Court and under Thailand Criminal Law

Researcher: Pol Col. Therdsahyam Boonyasana; **ID:** 2584004937; **Degree:** Master of Laws;

Thesis advisors: (1) Dr. Wanwipa Muangtham, Assistant Professor

(2) Dr. Pannumas Kudngaongrmp, Associate Professor, **Academic year:** 2020

Abstract

The objectives of this study are (1) considering the principles and problems arising in matters of exclusion of liability under the Rome Statute of the International Criminal Court; (2) Comparing the grounds for exclusion of liability under the Rome Statute of the International Criminal Court and Thai criminal law (3) Analysing appropriate methods for applying criminal liability exemptions from the comparison of exemptions of liability under international criminal law and Thai criminal law.

This study used a documentary research method mainly by researching information from the document, international criminal law books international law, criminal law, textbooks, articles, legal texts and other documents and comparing the grounds for exclusion of liability under the Rome Statute of the International Criminal Court and Thai criminal law

The study found that (1) the exclusion of criminal liability under the Rome Statute of the International Criminal Court has its principles and conditions similar to the exclusion of Thai criminal liability but may differ somewhat in detail. (2) the exclusion of criminal liability under the Rome Statute. The difference is clearly that Thai criminal law does not accept other criminal liability exemptions. While international criminal law permits the accused to be raised against more broadly because the exclusion of criminal liability provided for in Article 31 of the Rome Statute is not final but paragraph 3 is referred to the Rome Statute. 21 which requires the court to apply the exclusion of criminal liability under the Rome Statute first and for justification reasons, the principles and rules of international law can be applied and, in addition, the rules can be applied. (3) The research suggestion that it is appropriate to revise the Thai criminal procedure law in relation to the exclusion of Thai criminal liability which may be able to developed in acception of other criminal liability exceptions.

Keywords: International Criminal Law, Criminal Law, Grounds for Excluding Criminal Responsibility

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาในระบบทางไกลนั้นต้องได้รับความกรุณาจากอาจารย์ที่กรุณาเขียนสื่อการสอนทำให้ลูกศิษย์มีความเข้าใจในเนื้อหาการเรียนการสอนจนพัฒนาวิทยานิพนธ์ขึ้นมาได้ จึงขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์ที่สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราชทุกท่าน ที่ให้ความอนุเคราะห์ในการเรียนการสอนจนกระทั่งสามารถทำวิจัยฉบับนี้เสร็จสิ้น

นอกจากนี้แล้วขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่และผู้ส่วนร่วมในการเรียนการสอนมาโดยตลอด รวมถึงไปถึงผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกท่าน

เทิดสยาม บุญยะเสนา

ธันวาคม 2563



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญตาราง	ฅ
สารบัญภาพ	ญ
บทที่ 1 บทนำ	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
วัตถุประสงค์ของการวิจัย	14
กรอบแนวคิดการวิจัย	14
ประเด็นปัญหาการวิจัย	15
สมมุติฐานการวิจัย	17
ขอบเขตการวิจัย	17
วิธีการศึกษา	18
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	18
ระเบียบวิธีวิจัย	19
บทที่ 2 ประวัติความเป็นมาของหลักการ	
ข้อยกเว้นความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ	20
พัฒนาการของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศ	20
ลักษณะของศาลอาญาระหว่างประเทศ	23
อาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ	29
ความรับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคล	51
หลักการทั่วไปของความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรม	54
ประวัติความเป็นมาของข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ..	61
ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายไทย	66

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3	
ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ	72
พื้นฐานเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรม	74
ความบกพร่องทางจิต	81
การตกอยู่ในภาวะมีนเมา	86
การป้องกันตนเอง	92
การอ้างเหตุจำเป็นหรือถูกบังคับขู่เข็ญ	104
ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย	113
การอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชา	121
การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาอื่น	131
การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ	133
บทที่ 4	
เปรียบเทียบข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายไทย	143
เปรียบเทียบเรื่องความบกพร่องทางจิตหรือโรคจิต	143
เปรียบเทียบเรื่องการถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมา	150
เปรียบเทียบเรื่องการป้องกันตนเอง	154
เปรียบเทียบเรื่องจำเป็นหรือถูกบังคับขู่เข็ญ	160
เปรียบเทียบการสำคัญผิดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง	166
เปรียบเทียบกรณีการอ้างการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา	173
การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาอื่น	177
การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ	179
บทที่ 5	
สรุปการวิจัยและข้อเสนอแนะ	181
สรุปการวิจัย	181
ข้อเสนอแนะ	185
บรรณานุกรม	190
ประวัติผู้วิจัย	199

ณ

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 2.1 ลักษณะองค์ประกอบที่สำคัญของอาชญากรรมระหว่างประเทศ..... 49



สารบัญภาพ

	หน้า
ภาพที่ 2.1 แสดงพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ.....	23
ภาพที่ 3.1 แสดงข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรม ของศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	73
ภาพที่ 3.2 ข้อเสนอเกี่ยวกับเหตุผลของการป้องกัน.....	96
ภาพที่ 3.3 ความสัมพันธ์ทั่วไประหว่างตัวแทนกับการใช้สิทธิในการป้องกันการใช้สิทธิของ ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ.....	97
ภาพที่ 3.4 สภาพแวดล้อมของการอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชา.....	125



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (legality) นั้นอาจไม่สามารถชี้ให้ชัดเจนไปในแนวทางใดแนวทางหนึ่งได้เพราะความขัดแย้งในมุมมองของความชอบด้วยกฎหมายนั้นมีทั้งในแง่บวกและในแง่ลบ รวมไปถึงการคำนึงถึงเรื่องหลักนิติธรรม ความเข้าใจที่ถูกต้องซึ่งมีอิทธิพลต่อหลักกฎหมาย หลักศีลธรรมและความยุติธรรม นอกจากนั้นแล้วยังมีเรื่องวัฒนธรรมทางกฎหมายทำให้เกิดความซับซ้อนในการพิจารณาถึงเรื่องการใช้อำนาจให้เกิดประโยชน์ของกฎหมายอาญา เมื่อพิจารณาถึงเรื่องนี้มักจะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความสมดุลในเรื่องสิทธิระหว่างการใช้อำนาจตามบทบัญญัติและในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นกับปัญหาในทางปรัชญาที่เป็นเรื่องนามธรรม¹ ปัญหาในเรื่องความชอบธรรมในทางอาญาจึงเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับหลักการหลายเรื่องทั้งในทางอาญาเองและหลักกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

ส่วนเรื่องจุดประสงค์ในการลงโทษ มีทฤษฎีอยู่ 2 ทฤษฎี กล่าวคือ

(1) ทฤษฎีเด็ดขาด (absolute theory)

(2) ทฤษฎีสัมพันธ์ (relative theory)²

ทฤษฎีเด็ดขาด นั้นวางอยู่บนความเชื่อที่ว่า ทฤษฎีที่อ้างว่าเป็นทฤษฎีที่ถูกต้อง โดยไม่คำนึงถึงกาลเทศะหรือพฤติกรรมแวดล้อมใดๆ ทั้งสิ้น ดังนั้นการที่กฎหมายอาญาบัญญัติให้ลงโทษผู้กระทำความผิดเพราะสืบเนื่องมาจากการกระทำความผิดเกิดขึ้น ดังนั้นจะต้องมีการลงโทษเพื่อให้มีการแก้แค้นตอบแทนต่อผู้กระทำความผิด นักคิดที่เห็นด้วยกับทฤษฎีดังกล่าวเช่น คานท์ เฮเกล หรือสตาล เป็นต้น แม้ว่าทฤษฎีนี้จะดูเหมือนล้าสมัยไปแล้วแต่เรื่องของการลงโทษโดยการแก้แค้นตอบแทนก็ยังเป็นเรื่องจำเป็นในทางอาญา ส่วนทฤษฎีสัมพันธ์มีความน่าสนใจในประเด็นที่คำนึงถึงเรื่องกาลเทศะหรือพฤติกรรมหรือสิ่งแวดล้อม โดยมีวัตถุประสงค์การลงโทษที่ไม่ได้

¹ George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press. 1998. p. 211.

² Simester, A. P., Bois-Pedain, A. D., Neumann, U., & Hirsch, A. V.. *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas Von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing. 2014. pp. 70 - 71.

พิจารณาในแง่ของการกระทำความคิด แต่พิจารณาในแง่ที่ว่าควรลงโทษอย่างไรจึงจะเกิดประโยชน์ และโดยเหตุผลนั้นการลงโทษจึงต้องคำนึงตัวผู้กระทำความผิดกับเพื่อนมนุษย์คนอื่น³

โดยทั่วไปแล้วเมื่อมีการกล่าวถึงหลักการและทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายอาญาแล้ว มักจะให้ความสำคัญไปที่เรื่องของ “อาชญากรรม” แต่ปัญหาที่ยากกว่านั้นคือการตัดสินใจว่าอะไรคือกฎหมายอาญา รวมไปถึงเรื่องการบัญญัติกฎหมายอาญา โครงสร้างของกฎหมายอาญา ลักษณะของกฎหมายอาญาจึงมีความสำคัญสำหรับกรอบแนวคิด ทางปฏิบัติและเหตุผลทั่วไป ยกตัวอย่างเช่นปัญหาของผู้ฝ่าฝืนกฎหมายจราจรซึ่งมีโทษเพียงเล็กน้อยแต่จะถือว่าบุคคลเหล่านี้เป็นอาชญากรเลยได้หรือไม่ ซึ่งหลายฝ่ายพิจารณาแล้วว่าการฝ่าฝืนดังกล่าวไม่ใช่อาชญากรที่แท้จริง ดังนั้นความเห็นของบางคนจึงอาจมองข้ามปัญหาในการระบุว่าอะไรคืออาชญากรรม ดังเช่นที่เฮนรี ฮาร์ท (Henry Hart) ได้ให้ความเห็นว่า “อะไรก็ได้ที่ถูกเรียกว่าอาชญากรรม” โดยแนวความคิดนี้อยู่บนทฤษฎีทางกฎหมายในสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่มีแนวความคิดพื้นฐานที่ว่า “กฎหมาย” คือสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ ซึ่งเป็นแนวความคิดที่สำคัญเกี่ยวกับกฎหมายอาญา โดยกฎหมายอาญานั้นให้ความสำคัญเป็นอย่างมากเกี่ยวกับ “ความเป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญา” (culpability) ซึ่งไม่ได้เน้นเพียงในเรื่องภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจริง แต่ยังรวมถึงความเสียหายที่จะเกิดภัยอันตรายอีกด้วย ซึ่งกฎหมายอาญานั้นปกติต้องบังคับใช้โดยรัฐ และต้องการการพิสูจน์ตามมาตรฐานที่สูงว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดจริง⁴ซึ่งส่งผลต่อการลงโทษว่าควรลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาหรือไม่ และหากลงโทษควรลงโทษอย่างไร

อย่างไรก็ตามทฤษฎีของกฎหมายอาญานั้น อาจแบ่งได้เป็นหลายทฤษฎีที่จะนำมาปรับใช้ในแต่ละคดีของกฎหมายอาญา เช่น ทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง สำนักกฎหมายธรรมชาติ การวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ของกฎหมาย สำนักกฎหมายแนววิพากษ์ และสำนักแนวความคิดอื่นๆ ได้อธิบายเกี่ยวกับว่า “กฎหมายอาญา” แต่สำหรับนักทฤษฎีโดยทั่วไปแล้วไม่ได้คำนึงถึงเรื่องเพียงแค่ว่า “อะไรคือกฎหมายอาญา” แต่ยังคำนึงถึงเรื่องที่จะต้องเป็นอีกด้วย รวมไปถึงคำถามสำคัญต่อระบบของกฎหมายอาญาว่าควรจะรักษาระบบของกฎหมายอาญาเอาไว้หรือไม่ด้วย ส่วนคำถามสำคัญอื่น ยกตัวอย่างเช่น เป้าหมายของกระบวนการทางอาญาที่ควรได้รับการตอบสนอง อะไรคือคุณค่าที่ได้จากการกระบวนการยุติธรรมทางอาญารวมไปถึงขอบเขตและโครงสร้างที่ควรจะเป็น ซึ่งนักกฎหมายสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมืองมีความเห็นว่าควรแยก

³ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาภาค 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 21). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556. หน้า 263 -265.

⁴ Douglas Husak. *Criminal Law Theory, The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, eds. Martin P. Golding and William A. Edmundson. Oxford: Blackwell Publishing. 2005. p. 110.

ระหว่างที่ควรจะเป็นออกจากเรื่องที่ต้องเป็น ส่วนนักกฎหมายธรรมชาตินั้นมีความเห็นเกี่ยวกับการวิเคราะห์ที่เหมาะสมเกี่ยวกับกรอบแนวความคิดหรือเรื่องทางอภิปรัชญาในลักษณะของกฎหมายอาญานั้นสะท้อนให้เห็นถึงเป้าหมายในทางศีลธรรมหรือคุณค่าที่เราปฏิบัติตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองต่อเรื่องใด โดยสรุปสำหรับการตอบคำถามที่สำคัญว่าอะไรคืออาชญากรรมบ้างนั้น คำตอบที่ง่ายและพื้นฐานที่สุดโดยอาจถือได้ว่า อาชญากรรมคือ ประเภทของความประพฤติที่ถูกระบุตามกฎหมายอาญาว่าเป็นความผิดหรือเป็นข้อห้าม⁵

ในเมื่อทำความเข้าใจกฎหมายอาญาในมุมมองของความเป็นกฎหมายแล้ว คุณลักษณะที่เด่นชัดที่สุดของกฎหมายอาญานั้นจะประกอบไปด้วย “โครงสร้างของกฎหมาย” โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ถูกระบุว่าเป็นความประพฤติซึ่งเป็นรูปแบบและบังคับใช้โดยกระบวนการบังคับใช้กฎหมายในสังคมโดยผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ ศาลและกลไกทางอาญาทั้งหลาย กฎเกณฑ์เหล่านี้บังคับใช้ต่อบุคคลทุกคนในสังคมซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของผู้ปกครองนั้น โดยกฎหมายเฉพาะเหล่านี้ได้กำหนดพฤติกรรมที่ผู้ปกครองประกาศว่าเป็นความผิดสาธารณะ พฤติกรรมที่ส่วนใหญ่เป็นภัยอันตรายต่อสังคมและเป็นพฤติกรรมที่ไม่สามารถยอมรับได้ เกี่ยวข้องต่อความถูกต้องของสมาชิกในสังคม โดยถือว่าพฤติกรรมเหล่านี้เป็นความผิดทางอาญาและผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะต้องได้รับการลงโทษ เช่น การจำคุกในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งหรือการปรับ เป็นต้น กฎเกณฑ์เหล่านี้จึงมีลักษณะเป็น “ข้อห้าม” ซึ่งควรถูกจำกัดไม่ให้กระทำตามกัน⁶

นอกจากนี้แล้วยังสามารถหามุมมองแบบกว้างในเป้าหมายของกฎหมายอาญาในมุมมองของการบัญญัติกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการสร้างพื้นฐานที่มั่นคงและเป็นระเบียบสังคมที่ถาวรซึ่งในมุมมองแบบนี้ต่อกฎหมายอาญาคือการสร้างสังคมที่ดีขึ้น โดยมีกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือของรัฐในการสร้างสังคมขึ้นตามอุดมคติดังกล่าว⁷ ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญานั้นเพราะกฎหมายอาญาเกี่ยวข้องโดยตรงกับอาชญากรรมไม่เพียงแต่เรื่องที่ว่าอะไรคือคดีอาญาเท่านั้นแต่ยังต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์สำหรับการลงโทษ โดยพื้นฐานเป็นการแก้แค้นหรือชดเชยต่อการกระทำของอาชญากร โดยนักคิดที่สำคัญในเรื่องนี้ได้รับแนวความคิดมาจากเจเรมีเบนแธม (Jeremy Bentham) ซึ่งเป็นนักคิดอรรถประโยชน์นิยมในศตวรรษที่ 18 ที่อ้างการลงโทษในทางอาญาเป็นผลดีต่อผู้ที่กระทำความผิด โดยประโยชน์ที่ได้รับจากการดำเนินการต่ออาชญากร

⁵ Stanford Encyclopedia of Philosophy. *Theories of Criminal Law*. Retrieved December 3, 2017 from <https://plato.stanford.edu/entries/criminal-law/#ShoWeAboCriLaw>

⁶ Gerry Johnstone and Tony Ward. *Law and Crime*. London: Sage. 2010.p.3.

⁷ Abraham S. Goldstein and Joseph Goldstein, *Crime Law & Society*. New York: The Free Press. 1971.p.62.

โดยใช้วิธีจำกัดเสรีภาพโดยวิธีการจำคุกตามคำพิพากษาและนอกจากนั้นยังเป็นการ “คุ้มครองสังคม” อีกด้วย⁸ ดังนั้นโดยสรุปแล้วกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นตอบสนองต่อเป้าหมายที่สำคัญสองประการ ได้แก่ ประการแรก เพื่อรักษารูปแบบมาตรฐานของความประพฤติโดยมีเป้าหมายต่อความปลอดภัยสาธารณะและประการที่สองเพื่อพัฒนาและรับรองเสรีภาพของบุคคลและหน่วยงานที่รับผิดชอบว่าจะนำความยุติธรรมมาสู่บุคคล⁹

ในกระบวนการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญานั้นเริ่มต้นด้วยการตั้งข้อกล่าวหาและต้องพิสูจน์โดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา ยกตัวอย่างเช่น การพิสูจน์เจตนาในการทำลายทรัพย์สินของบุคคลอื่น ซึ่งในการพิสูจน์ดังกล่าวถือว่าเป็นการพิสูจน์ในเรื่องความรับผิดทางอาญาของผู้กระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตามผู้กระทำความผิดสามารถปฏิเสธความรับผิดทางอาญาได้ โดยการเสนอข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา โดยการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญานั้นไม่ได้เป็นการปฏิเสธความรับผิดตามข้อกล่าวหาแต่เป็นการยกข้ออ้างที่มีความสัมพันธ์กับองค์ประกอบที่สมควรจะยกเว้นความรับผิดทางอาญาให้ โดยนักทฤษฎีบางท่านใช้เรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาในความหมายที่กว้างมากในการปฏิเสธความรับผิดชอบโดยการปฏิเสธเรื่ององค์ประกอบของความผิด แต่โดยทั่วไปแล้วข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาจะใช้ในความหมายอย่างแคบมากกว่าโดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ “ข้ออ้างและข้อยกเว้น” (Justification and Excuse) ซึ่งภายใต้กรอบของแนวความคิดของเยอรมันแล้วการใช้ข้ออ้างเป็นการปฏิเสธความรับผิดทางอาญาทั้งหมด (Rechtswidrigkeit or wrongfulness) ส่วนข้อยกเว้นนั้นเป็นการปฏิเสธความเป็นผู้ผิดทางอาญา (Schuld or culpability) แต่ความแตกต่างในเรื่องนี้ก็ไม่ได้มีความชัดเจนโดยออสติน (JL Austin) ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การใช้ข้ออ้างของการกระทำเท่ากับเป็นการยอมรับความรับผิดในทางอาญาแต่ปฏิเสธว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่เลวร้าย ส่วนการใช้เรื่องข้อยกเว้นเป็นการยอมรับว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่เลวร้ายและไม่ยอมรับทั้งหมดหรือรับผิดแต่เพียงบางส่วน โดยมีผู้ให้ความเห็นว่า

“อาจถือได้ว่าการกระทำที่อ้างข้ออ้างนั้นโดยทั่วไปถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด แต่โดยสภาพแวดล้อมแล้วทำให้ไม่เป็นความผิด ส่วนในเรื่องการอ้างข้อยกเว้นนั้นตรงกันข้ามโดยถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอย่างแท้จริงแต่ผู้กระทำไม่สมควรจะถูกดำเนิน”¹⁰

⁸ *supra* note 1, p. 31.

⁹ C. T. Sistare, *Responsibility and Criminal liability*. London: Kluwer Academic Publishers. 1989, p.11.

¹⁰ R A Duff. *Answering for Crime Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing. 2007. p. 264.

นอกจากนี้แล้วผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านยังแบ่งประเภทของการข้อยกเว้นความรับผิดเป็น ข้อยกเว้นความรับผิดอย่างสมบูรณ์กับข้อยกเว้นความรับผิดบางส่วน (Complete and partial defences) ยกตัวอย่างเช่นข้อยกเว้นความรับผิดในบางเรื่องเช่นการอ้างการป้องกันตัวนั้นอาจถือว่าเป็น ความผิดเลยซึ่งถือว่าเป็นการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดแบบสมบูรณ์ ส่วนข้อยกเว้นความรับผิด บางส่วนนั้นยังถือว่าการกระทำของผู้กระทำความผิดเป็นความผิดอยู่ เช่น ข้ออ้างเรื่องการกระทำ โดยบันดาลโทสะในคดีฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนาอาจถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดบางส่วนหรือ อาจเรียกได้ว่าเป็นเหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ หรือข้อยกเว้นความรับผิดอาจแบ่งได้ตามข้อยกเว้น ความรับผิดตามกฎหมายเฉพาะ เช่น ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 ในปัจจุบันถือ ว่าผู้เสพยาเสพติดเป็นผู้ป่วย จึงไม่จำเป็นต้องดำเนินการอย่างเช่นผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย อาญาแต่ให้นำตัวผู้เสพไปฟื้นฟูแต่หลักการเหล่านี้ไม่สามารถนำไปปรับใช้กับกฎหมายอื่นได้ แต่ สำหรับในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดที่เป็นกฎหมายทั่วไป โดยทั่วไปแล้วจะบัญญัติอยู่ใน กฎหมายภาคทั่วไป ในกรณีของประเทศไทยก็บัญญัติอยู่ในภาคหนึ่ง ภาคทั่วไปซึ่งสามารถนำไป ปรับใช้กับการกระทำทุกการกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญา โดยสำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะ เน้นที่ไปข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาในภาคทั่วไปที่มีความสัมพันธ์กับหลักกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศ สำหรับภาระการพิสูจน์ในเรื่องเกี่ยวกับข้อยกเว้นความผิดทางอาญา เช่น เรื่องการ ป้องกันตนเอง การบันดาลโทสะ อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ จำเป็น ภาวะอัตโนมัติ หรืออยู่ ในภาวะมึนเมานั้นขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานที่ปรากฏขึ้น โดยผู้ถูกกล่าวหาต้องนำพยานหลักฐานมา แสดงเพื่อพิสูจน์ข้ออ้างของตนเอง โดยการพิสูจน์เกี่ยวกับข้อยกเว้นความผิดนั้นผู้ถูกกล่าวหา จะต้องพิสูจน์เกี่ยวกับพยานหลักฐานในข้อเท็จจริงแล้วอาจจะต้องพิสูจน์ในเรื่องข้อกฎหมายด้วย¹¹

การลงโทษในทางอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษคนที่มิจิตใจชั่วร้าย คนที่คิดไม่ดีเป็น ภัยต่อสังคมสมควรได้รับการลงโทษ ดังนั้นเป้าหมายโดยทั่วไปของกฎหมายอาญาคือการป้องกัน พฤติกรรมของบุคคลที่สมควรถูกควบคุมอันเป็นพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม ระบบใน กระบวนการยุติธรรมใช้การลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรมโดยนักทฤษฎีทั้งหลายต่างสนับสนุน ให้มีการลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้คือ.-

การควบคุมทั่วไปหรือการควบคุมเฉพาะ โดยการควบคุมเฉพาะเป็นการควบคุมปัจเจก บุคคลภายหลังที่มีคำพิพากษาแล้วไม่ให้นำไปก่ออาชญากรรมในอนาคตอีก ซึ่งการกระทำในแง่ลบต่อ ผู้กระทำความผิดนั้น โดยการลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับอาชญากรรมที่เขากระทำในปัจจุบัน เพื่อเป็นการให้เขาผู้นั้นเรียนรู้ว่าตนเองควรปฏิบัติตนอย่างไรให้อยู่ในกรอบที่ไม่ต้องกระทำ

¹¹ Catherine Elliott and Frances Quinn. *Criminal Law*. (8th ed). London: Pearson. 2010. p.322.

ความผิดอาญาอีกในอนาคต การจับกุมและพิพากษาว่าปัจเจกบุคคลมีการกระทำความผิดนั้นแสดงให้เห็นว่าสังคมมีความสามารถในการควบคุมอาชญากรรมและมีเจตนาที่ว่าจะลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญา ส่วนการควบคุมทั่วไปเป็นความพยายามในการกำหนดให้สมาชิกของทุกคนในสังคมได้ตระหนักถึงการกระทำของอาชญากร โดยเมื่อสาธารณชนได้สังเกตเห็นการกระทำของผู้กระทำความผิดและได้รับโทษแล้ว สาธารณชนก็จะควบคุมพฤติกรรมของตนเองไม่ให้มีการกระทำความผิดอาญาเพราะเกรงว่าจะได้รับโทษเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิด โดยคนทั่วไปจะคำนึงถึงความเสี่ยงในการก่ออาชญากรรม

การทำให้สูญเสียความสามารถในการประกอบอาชญากรรม เป็นเรื่องของการสร้างข้อจำกัดโดยการทำให้สูญเสียความสามารถในการกระทำความผิดนั้นไม่ได้เป็นเรื่องที่ควบคุมความประพฤติของบุคคลในทางเลือกที่เสรีแต่เป็นการป้องกันอาชญากรรม โดยสร้างข้อจำกัดต่อผู้ที่กระทำความผิด โดยเมื่อผู้กระทำความผิดได้ถูกจำคุกหรือควบคุมแล้วหรือในกรณีที่มีโทษร้ายแรงอาจถึงขั้นประหารชีวิตก็จะไม่สามารถสร้างภัยอันตรายให้เกิดต่อสาธารณชนทั่วไปอีกต่อไป โดยในทฤษฎีนี้เห็นว่าควรใช้โทษจำคุกอย่างยาวนานในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถเยียวยาได้ โดยมีความเห็นว่าควรทำให้อาชญากรอยู่ห่างจากสังคมมากที่สุดและนานที่สุดเพื่อป้องกันการก่อเหตุซ้ำขึ้นมาอีก

การแก้ไขฟื้นฟู เป็นเป้าหมายหนึ่งในการลงโทษผู้กระทำความผิด ทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูนั้นเห็นว่าอาชญากรเป็นประธานในการให้การเรียนรู้และการศึกษาในทางปฏิบัติ การควบคุมความประพฤติและการให้คำปรึกษาและมาตรการอื่นเท่าที่จะเป็นไปได้ในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของปัจเจกบุคคลเพื่อให้อยู่ในบรรทัดฐานของสังคม กรอบแนวความคิดในเรื่องนี้ได้รับการทบทวนและตรวจสอบเป็นอย่างดีเพราะแม้การแก้ไขฟื้นฟูจะประสบความสำเร็จแต่ก็ยังมีปัญหา ส่วนโปรแกรมการแก้ไขฟื้นฟูที่ไม่ประสบความสำเร็จนั้นเป็นผลมาจากโปรแกรมการแก้ไขฟื้นฟูที่ไม่มีคุณภาพ

การแก้แค้นตอบแทน หรือการแก้แค้นของสังคมเป็นเป้าหมายโดยผ่านกระบวนการยุติธรรมเพื่อเป็นวิธีการของสังคมในการแก้แค้นตอบแทน แนวความคิดในเรื่องนี้มาจากพื้นฐานในเรื่อง “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้มีการตั้งคำถามเป็นอย่างมากเพราะมีความเห็นว่าการแก้แค้นตอบแทนแต่เพียงอย่างเดียวโดยการลงโทษบุคคลใดคนหนึ่งนั้นไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการลงโทษโดยกระบวนการยุติธรรมถือเป็นการแก้แค้นตอบแทนแล้วทำให้ผู้เสียหายที่เป็นเอกชนได้รับรู้ถึงลดความต้องการในการแก้แค้นของตนเองหรือไม่คิดแก้แค้นตอบแทนต่อผู้กระทำความผิดอีกต่อไปอีก¹² ซึ่งโดยสรุปแล้วสาระสำคัญของ

¹² Daniel E. Hall. *Criminal and Procedure*. (5th ed.) New York: Delmar.2009. pp. 28 – 30.

กฎหมายอาญานั้นก็ยังคงเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อโต้แย้งที่เกี่ยวกับเสรีภาพและความต้องการของรัฐบาลในการปกป้องสาธารณชน¹³ วัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญานั้นมีความสัมพันธ์กับในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาเพราะหากบุคคลที่ต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อได้รับการลงโทษแล้วแต่ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ก็อาจเปล่าประโยชน์ที่จะนำตัวบุคคลเหล่านั้นมาลงโทษ

ในบางกรณีการที่บุคคลกระทำความผิด อาจไม่มีจิตใจดังกล่าว แต่เพราะมีสถานการณ์บางอย่างหรือข้อเท็จจริงบางประการทำให้ผู้นั้นต้องกระทำความผิด ฉะนั้นกฎหมายจึงมีบทบัญญัติยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษโดยในประเทศไทยมีมาตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา รศ.127 โดยเรื่องที่มีการอ้างอิงกันถึงมากที่สุดเช่น การอ้างเหตุป้องกัน การกระทำผิดโดยจำเป็น การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย, เด็กอายุไม่ถึงเจ็ดขวบ เป็นต้น¹⁴ โดยเหตุผลของข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาเหล่านี้มีต่างๆ กันไป ยกตัวอย่างเช่น

การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ใช้ในกรณีที่เป็นการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อผู้ถูกกล่าวหาไม่มีปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบทางด้านจิตใจ ยกตัวอย่างเช่นผู้กระทำความผิดสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าผู้หญิงนั้นยินยอมให้ตนเองมีความสัมพันธ์ด้วยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาในข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา ปัญหาที่สำคัญในการอ้างสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้นจะต้องมีความสำคัญผิดโดยสุจริต (honest) แม้ว่าบางครั้งจะไม่สมเหตุสมผลก็ตามแต่หากพิจารณาในแง่ความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดแล้วแม้ว่าการสำคัญผิดจะสมเหตุสมผลก็ตามก็อาจจะไม่ได้รับการยกเว้น

ความจำเป็น ประเด็นปัญหาของการพิจารณาเหตุผลของการยกข้ออ้างเรื่องการกระทำความผิดโดยจำเป็นนั้นอยู่บนคำถามในเรื่องความพยายามหลีกเลี่ยงความชั่วร้ายที่มากกว่า (greater evil) โดยมีเหตุผลที่สำคัญสองประการคือประการแรกนั้นเป็นการไม่ยุติธรรมในการลงโทษผู้ถูกกล่าวหาในการกระทำการบางสิ่งทีบุคคลที่มีเหตุผลทั่วไปกระทำภายใต้สภาพแวดล้อมอย่างเดียวกันและประการที่สองกฎหมายสมควรที่จะยอมรับว่าผู้ถูกกล่าวหาจำเป็นต้องเลือกหนทางที่ชั่วร้ายน้อยกว่าดีกว่ายอมรับความชั่วร้ายที่มากกว่าที่จะเกิดขึ้นบนพื้นฐานของนโยบายสาธารณะ

ถูกบังคับขู่เข็ญ การอ้างว่าถูกบังคับขู่เข็ญให้ก่อคดีอาญานั้นเพราะว่ามีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อชีวิตหรืออันตรายสาหัสโดยบุคคลอื่น ซึ่งผู้อ้างเรื่องการถูกบังคับขู่เข็ญนั้นแม้ว่าการอ้างจะสามารถอ้างได้แต่โดยทั่วไปแล้วการรับฟังมักจะมีปัญหาว่าถูกบังคับขู่เข็ญจริง

¹³ *Ibid.* p. 21.

¹⁴ ลาวัลย์ หอนพรัตน์. *เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ เหตุรอการกำหนดโทษและเหตุรอการลงโทษ*. 1 มิถุนายน 2560 จาก law.stou.ac.th/dynfiles/กม.อาญาและอาชญาวินัยชั้นสูง%20หน่วยที่%204.pdf

หรือไม่และผลการของการบังคับขู่เข็ญนั้นเพียงพอต่อให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นหรือไม่

การอ้างการป้องกันตนเอง มีลักษณะคล้ายกับเรื่องจำเป็นหรือถูกบังคับขู่เข็ญที่ผู้ถูกกล่าวหาเผชิญกับทางเลือกที่ชั่วร้าย ผู้ถูกกล่าวหาทำอาชญากรรมไม่ว่าจะเป็นการฆ่าผู้อื่นหรืออาชญากรรมอื่นในกรณีที่มีภัยอันตรายต่อตัวเองหรือทรัพย์สินของเขาหรือต่อบุคคลอื่น แต่การอ้างการป้องกันตนเองหากสามารถยอมรับฟังได้แล้วก็ถือว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบสมบูรณ์ ปัญหาของการอ้างการป้องกันตนเองยังผูกพันเกี่ยวกับองค์ประกอบอื่นๆ เช่น เหตุที่ก่อให้เกิดการอ้างการป้องกันตนเอง การกระทำของผู้ป้องกันต้องไม่เกินกว่าเหตุ ซึ่งบางครั้งยากแก่การพิจารณา

ความยินยอม แม้ว่าในทางตำราส่วนมากแล้วจะยอมรับว่าความยินยอมนั้นสามารถใช้เป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้และถือว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาอย่างสมบูรณ์ ยกตัวอย่างเช่นอาชญากรรมทางเพศในกรณีข่มขืนกระทำชำเรา นั้นจำเป็นต้องพิสูจน์ไม่เพียงแต่เหยื่อไม่ได้ให้ความยินยอมแต่ต้องพิสูจน์ด้วยว่าผู้ถูกกล่าวหาเห็นว่าเหยื่อไม่ได้ให้ความยินยอมเป็นต้น¹⁵

ส่วนตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้น ปรากฏชัดตามตามข้อ 31 ของธรรมนูญกรุงโรมได้รับรองว่าอย่างชัดเจนเกี่ยวกับความบกพร่องทางจิต ภาวะทางจิต การอ้างการป้องกันตนเองและการอ้างเหตุจำเป็น ล้วนแต่เป็นการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิด แต่อย่างไรก็ตามเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาที่ศาลอาจหยิบขึ้นมาพิจารณาได้นอกจากข้อ 31 ดังกล่าว โดยศาลอาจพิจารณาพื้นฐานสำหรับยกเว้นความรับผิดอื่นของปัจเจกบุคคล อันดับแรกในการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรมฯ ตัวอย่างเช่น การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (ข้อ 32) และการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา (ข้อ 33) ยิ่งกว่านั้นพื้นฐานอื่นๆ อาจถูกยกขึ้นมาอ้างจากบ่อเกิดของกฎหมายตามข้อ 21 โดยเฉพาะอย่างยิ่งจาก “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ” และ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในแง่แล้วการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในเรื่องความจำเป็นทางทหารและการแก้แค้นตอบแทนก็ถือว่าเป็นส่วนสำคัญ ในขณะที่การอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรม ไม่ได้มีลำดับศักดิ์ดังที่ได้กล่าวแล้ว มีการคาดหมายว่าผู้พิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศจะยังคงพิจารณาเรื่องเหล่านี้เมื่อมีการปรับใช้เหตุยกเว้นความรับผิด

¹⁵ Roger Geary. *Understanding Criminal Law*. London: Cavendish Publishing Limited. 2002.

การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า “defense” หรือ “grounds for excluding criminal responsibility” ตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศไม่ใช่ทั้งพยานหลักฐานในตัวของตัวเองหรือเป็นการให้ความหมายโดยอัตโนมัติ แต่เป็นเรื่องที่สืบเนื่องมาจากระบบกฎหมายอาญาภายในรัฐผ่านกระบวนการที่ชอบธรรมในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการให้คำจำกัดความ การยกระดับ วิวัฒนาการและการปรับใช้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับกระบวนการยุติธรรมของประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยเป็นระบบที่เกิดขึ้นในศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งยอมรับกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในว่าเป็นข้อยกเว้นได้ โดยพื้นฐานแล้วการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบ หมายถึง “ข้อกล่าวอ้างที่เสนอโดยผู้ถูกกล่าวหาว่าการกระทำของเขานั้นพ้นข้อกล่าวหาจากความรับผิดชอบ” แนวความคิดเรื่องข้ออ้างเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบนั้นประกอบไปด้วยหลายเรื่องและกว้างขวางมากซึ่งอาจทำให้ผู้ฟ้องร้องคดีไม่สามารถดำเนินคดีอาญาดังกล่าวได้ การกระทำทางอาญานั้นประกอบไปด้วยองค์ประกอบภายนอก (actus reus) และองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (mens rea) ซึ่งผู้กระทำความผิดอาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทั้งสองอย่าง¹⁶ ดังนั้นข้ออ้างทั้งหลายเหล่านี้จึงมีลักษณะที่กว้างขวางโดยผู้ถูกกล่าวหาอาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาทั้งเรื่ององค์ประกอบภายนอกหรือองค์ประกอบทางด้านจิตใจเพื่อให้ตนเองหลุดพ้นความรับผิดชอบ นอกจากนี้แล้วประเด็นในเรื่องการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศยังมีความสัมพันธ์กับข้อ 66 ของธรรมนูญกรุงโรมที่กำหนดเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยซึ่งสอดคล้องกับหลักมาตรฐานสากลของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งการฟ้องร้องคดีต่อการกระทำความผิดอาญาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศก็ต้องพิสูจน์ทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบทางด้านจิตใจจึงจะถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเหล่านั้นได้กระทำความผิด

การนำหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศมาพิจารณาในเรื่องเหตุยกเว้นความรับผิดชอบนั้นมีปัญหาหลายประการ ยกตัวอย่างเช่น เมื่อนำเอากรอบความคิดแบบกฎหมายเปรียบเทียบในหลายระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ แสดงให้เห็นว่าการถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมา นั้นไม่เหมือนกับกรณีความบกพร่องทางจิต เพราะว่าการถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมา นั้นไม่ได้การรับรองเป็นสากลว่าสามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้ โดยขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศว่าใช้ระบบกฎหมายใดและได้มีการยอมรับการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบเรื่องถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมาหรือไม่ โดยขึ้นอยู่กับเงื่อนไขบริบททางด้านสังคมและวัฒนธรรมของประเทศนั้น โดยเฉพาะอย่าง

¹⁶ Ilias Bantekas and Susan Nush, *International Criminal Law*. (3rd ed.) London: Cavendish. 2007. pp. 51 -71.

ยังเรื่องระดับปริมาณแอลกอฮอล์ ดังนั้นธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 31 (1)(b) ได้พยายามสร้างสมดุลระหว่างการไม่ยอมรับการทำให้อยู่ในภาวะมีนเมาและการยอมรับอย่างมีเงื่อนไขนั้นเป็นพื้นฐานของการยกเว้น

อัน โคนิ โอ แคสสิซิ (Antonio Cassese) ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้แบ่งประเภทของข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาโดยอาศัย “สภาพแวดล้อม” เป็นสำคัญไว้เป็น 2 ประเภท คือ ประเภทแรกเกี่ยวกับเรื่องวิกลจริตซึ่งเงื่อนไขในทางจิตชั่วคราวหรือถาวร เช่น การวิกลจริตหรือถูกทำให้อยู่ในอาการมีนเมา โดยบุคคลไม่สามารถควบคุมขอบเขตของร่างกายตนเองซึ่งหมายถึงผู้กระทำไม่สามารถควบคุมความสามารถในการใช้เจตจำนงอิสระ (free will) เพื่อควบคุมพฤติกรรมของตนเองได้ เพราะว่าเป็นเรื่องที่สำคัญมากเกี่ยวกับการที่บุคคลไม่สามารถใช้ทางเลือกอย่างเสรีได้เกี่ยวกับการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของตนเองเพราะต้องถือว่าบุคคลนั้นขาดองค์ประกอบทางด้านจิตใจหรือความชั่วร้ายที่จะต้องรับผิดชอบในทางอาญาซึ่งในบางระบบกฎหมายแล้วถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นอาชญากรแต่ไม่สามารถจะปรับเป็นความผิดได้ ส่วนประเภทที่สองนั้นข้อยกเว้นเกิดจากบุคคลที่ไม่สามารถถือว่ากระทำผิดได้ แม้ว่าเขาจะสามารถควบคุมขอบเขตของร่างกายได้อย่างสมบูรณ์ก็ตามและในทางทฤษฎีแล้วต้องถือว่าเขาสามารถมีเจตจำนงอิสระหรือสามารถเลือกการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของตนเองได้อย่างเสรีแต่กระนั้นก็ถือว่าเขาไม่ใช่ผู้ที่อยู่ในกรอบของการเป็นอาชญากร เนื่องจากเพราะเขาตั้งใจที่ประพฤติ ซึ่งแตกต่างจากการกระทำที่เกิดขึ้นและเป็นข้อห้ามตามกฎหมายอาญาเพราะเขาสำคัญผิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ปรับใช้กฎหมายหรือแม้ว่าเขาจะรับรู้ถึงผลลัพธ์ของพฤติกรรมของเขา ยกตัวอย่างเช่น การฆ่าเชลยสงคราม แต่เขาไม่ต้องการผลลัพธ์เช่นนั้นแต่เพราะพันธกรณีต่อบุคคลอื่นในการฝ่าฝืนข้อห้ามซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้และเป็นภัยอันตรายร้ายแรงต่อชีวิตหรือร่างกาย¹⁷

ส่วนเจอฮาร์ด เวิร์ลี (Gerhard Werle) ได้ให้ความเห็นว่าข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นมีบทบาทสำคัญต่อทั้งศาลอาญาภายในรัฐและศาลอาญาระหว่างประเทศและในขณะที่เริ่มต้นนั้นมีความท้าทายอย่างยิ่งใหญ่สำหรับการปฏิบัติตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้หลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยในศาลนูเรมเบิร์กนั้นไม่มีการใช้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้กฎบัตรนูเรมเบิร์ก แต่ต่อมาทนายความของจำเลยก็ได้อ้างเรื่องดังกล่าวเป็นพื้นฐานเพื่อประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศ โดยมีพื้นฐานเพื่อให้อำนาจของประชาคมระหว่างประเทศมีการลงโทษอย่างชอบธรรม และหลักการความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลนี้เองได้

¹⁷ Antonio Cassese. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press. 2003. p. 224.

หยั่งรากลึกกลงและสร้างความมั่นคงให้กับกฎหมายระหว่างประเทศรวมไปถึงเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้กลายเป็นเรื่องศูนย์กลางของความพยายามในการยกขึ้นมาอ้างของผู้ถูกกล่าวหา ไม่ใช่แค่เพียงแต่ในการพิจารณาคดีที่นูเรมเบิร์กแต่รวมไปถึงในศาลอาญาชั่วคราวที่อยู่โกสลาเวียและราวันดาด้วย ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้กลายมามีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่ง การสร้างเงื่อนไขสำหรับยกเว้นความรับผิดในทางอาญา ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้มีบทบาทสำคัญโดยเฉพาะในคดีอาชญากรรมสงคราม ได้มีการอ้างกันอย่างมากแต่ตรงกันข้ามกับในคดีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดนั้นมิเฉพาะในกรณีพิเศษเท่านั้น ภายใต้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศนั้นการอ้างว่ากระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาและการอ้างว่าถูกบังคับขู่เชี้ยกลายเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุด พื้นฐานสำหรับข้อยกเว้นความรับผิดนั้นปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมจึงถือว่าเป็นพัฒนาการอย่างสมบูรณ์เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร¹⁸

การให้ความสำคัญเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นยังแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในเรื่อง “หลักการความเท่าเทียมกัน ในการต่อสู้คดี” (The Principle of Equality of Arms) ภายใต้กรอบแนวความคิดในเรื่องสิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรมซึ่งได้รับการยอมรับทั้งทางระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาภายในรัฐว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (ICTY) ได้พิจารณาเห็นว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและต้องยึดมั่นต่อหลักการความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงสิทธิในการอ้างพยานหลักฐานระหว่างอัยการกับจำเลยและเป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการในการเปิดเผยพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับตัวจำเลย¹⁹ ซึ่งอาจเกี่ยวพันกับเรื่องข้อยกเว้นความผิดทางอาญาด้วย

ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นปรากฏอยู่ในโครงสร้างของธรรมนูญกรุงโรมตั้งแต่ข้อ 31 – 33 ซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ผู้ถูกกล่าวหาสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้และถือว่าเป็นการยอมรับตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เช่น ศาลทหารชั่วคราวนูเรมเบิร์ก ศาลอาญาเฉพาะกิจสำหรับราวันดาและยูโกสลาเวียเดิมและศาลพิเศษสำหรับเซียร์รา ลีโอน และตามตัวบทของธรรมนูญกรุงโรม นอกจากนี้แล้วยังมีประเด็นที่น่าสนใจว่าตามธรรมนูญกรุงโรมยังอนุญาตให้ผู้พิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹⁸ Gerhard Werle, *Principle of International Criminal Law*. Cambridge: T.M.C. Asser Press. 2005. pp.138 - 139

¹⁹ William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. (2nd ed.) Cambridge: Cambridge University Press. 2004. p. 99.

พิจารณาถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาที่ไม่ปรากฏชัดในตัวบทของธรรมนูญกรุงโรมแต่อาจนำมาจากกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความขัดแย้งโดยการใช้อำนาจหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่สืบเนื่องมาจากระบบกฎหมายภายในรัฐซึ่งทำให้กรอบแนวความคิดของธรรมนูญกรุงโรมในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบนั้น ได้รับการยอมรับว่าเป็นแนวความคิดแบบกว้างที่สามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการรับรองโดยทุกชาติและสามารถปรับเข้ากับระบบกฎหมายที่มีความแตกต่างกันของทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณีกับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร²⁰

ปัญหาประการสำคัญเกี่ยวกับขอบเขตของการปรับใช้เช่นจะมีปัญหาว่าการถูกทำให้มีนินนาสามารถปรับใช้ได้กับอาชญากรรมร้ายแรงทุกประเภทหรือไม่ ประเด็นคำตอบในเรื่องนี้อยู่ที่ว่า “การอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบโดยอ้างเหตุถูกทำให้อยู่ภาวะมีนินนาโดยสมัครใจนั้นไม่สามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีของอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่อย่างไรก็ตามอาจนำไปกล่าวอ้างในเรื่องอาชญากรรมสงครามได้ด้วยเหตุผลเพราะว่าข้อจำกัดเกี่ยวกับความรู้สึกทั่วไประหว่างตัวแทนที่เป็นขอบเขตของการยอมรับการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบในข้อเท็จจริงของอาชญากรรมร้ายแรง เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามข้อ 31 (1) (b) ไม่ได้เป็นข้อจำกัดโดยชัดแจ้งของอาชญากรรมสงคราม ดังนั้นจึงอาจมีการเสนอว่าการปรับใช้ในระดับต่ำสุดของผู้กระทำความผิด ผู้ซึ่งได้กระทำความผิดเพียงแต่เข้าใจว่าการกระทำของตนอยู่ภายในกรอบโครงสร้างของรูปแบบอย่างกว้างของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามข้อ 31 (1) (b) นี้ได้แสดงระดับของความมีนินนาไว้ว่า ระดับของความมีนินนานั้นต้องอยู่ในระดับที่

“ทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนเนื่องจากการดื่มสุราหรือเสพยาเสพติด”²¹

นอกจากนั้นแล้วการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาในคดีอาชญากรรมร้ายแรง เช่นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมสงครามยังเป็นปัญหาสำคัญว่าผู้กระทำความผิดสมควรที่อ้างเหตุดังกล่าวได้หรือไม่เพราะอาชญากรรมเหล่านี้ถือว่าเป็นอาชญากรรมที่ฝ่าฝืนต่อหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogens หรือ peremptory norm) ที่ไม่ค่อยยอมรับเรื่องการอ้างความคุ้มกันของรัฐ

²⁰ William A. Schabas and Nadia Bernaz. *Routledge Handbook of International Criminal Law*. London: Routledge. 2011. p. 231.

²¹ Bartram S. Brown. *Research Handbook on International Criminal Law*. Massachusetts: Edward Elgar. 2011. p. 305.

เพราะถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่สามารถนำไปใช้ยันกับทุกรัฐ (erga omnes)²² และกฎเกณฑ์เหล่านี้ยังขยายไปผูกพันยังประชาชนทุกคน

ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนและหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้มีพัฒนาการไปเป็นอย่างมาก โดยกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นอาจถือได้ว่าผลจากความรุนแรงของสงครามโลกครั้งที่ 2 และส่งผลต่อพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศและในที่สุดแล้วได้เกิดความสัมพันธ์เกี่ยวกับหลักการที่กำหนดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่ขัดแย้งของกฎหมายระหว่างประเทศและทำให้เกิดหลักการความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลขึ้น โดยตามหลักการนี้การฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศไม่เป็นเพียงแต่ทำให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐต่อประชาคมระหว่างประเทศ แต่ยังรวมไปถึงความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลในฐานะผู้กระทำความผิดที่จะต้องถูกฟ้องร้องและดำเนินคดีรวมทั้งถูกลงโทษในฐานะที่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักการนี้ยังได้ถูกพัฒนาอย่างมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ตามเหตุผลของศาลทหารชั่วคราวที่นูเรมเบิร์กซึ่งถือว่าอาชญากรรมร้ายแรงนั้นได้กระทำโดยคนซึ่งมิใช่องค์กรที่เป็นนามธรรมและควรลงโทษปัจเจกบุคคลที่ก่ออาชญากรรมตามบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยหลักการความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลสำหรับการฝ่าฝืนบรรทัดฐานระหว่างประเทศที่แน่ชัดได้ก่อให้เกิดสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทำให้เกิดธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีการปรับใช้ในปี ค.ศ. 1998 ซึ่งถือว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในรูปแบบของประมวลของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ โดยมีคุณอาณาเหนืออาชญากรรมรุกราน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอนุสัญญาดังกล่าวได้รับการให้สัตยาบันเป็นอย่างมาก²³ โดยผู้พิพากษาฟิลิปป์ เคิร์ช (Judge Philippe Kirsch) ประธานของศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กล่าวในรายงานห้าปีแรกของการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศในมุมมองของการมองด้านบวกและการทำหน้าที่ป้องกันอาชญากรรมระหว่างประเทศว่า เป็นเรื่องที่ต้องเพราะการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศในสถานการณ์ที่อาชญากรรมยังคงมีอยู่ในปัจจุบันนั้นทำให้เกิดผลกระทบในระยะสั้นในการป้องกันอาชญากรรมมากกว่าเดิม และในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อป้องกันอาชญากรรมร้ายแรงนั้นไม่ได้เป็นเรื่องเพียงพอสำหรับการสร้างกฎหมายอาญา

²² Sadat-Akhavi, S. A. *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*. Leiden: Nijhoff. 2003, p. 55.

²³ John Cerone and Susana SáCouto. *International Criminal Law: a Discussion Guide*. This manual is a product of the War Crimes Research Office at American University's Washington College of Law. The preparation and production of this Guide was funded by the Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade and the Open Society Institute. p.4.

ระหว่างประเทศแต่ยังรวมถึงทางเลือกในการฟ้องร้องคดีผู้กระทำความผิดต่อศาลภายในรัฐที่เกิดอาชญากรรมด้วยโดยคำนึงหลักความผิดสากล (universal jurisdiction)²⁴ ดังนั้นการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศกับหลักกฎหมายอาญาของประเทศไทยย่อมทำให้ทราบความแตกต่างและพัฒนาการของเรื่องดังกล่าวได้

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการวิจัยดังต่อไปนี้คือ.-

2.1 เพื่อศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักการและสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องเหตุยกเว้นความรับผิดตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นรวมถึงศึกษาถึงกรณีคำตัดสินของศาลอาญาระหว่างประเทศและศาลอื่นที่มีหน้าที่ในการพิพากษาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศ

2.2 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุยกเว้นความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและหลักกฎหมายอาญาของไทย

2.3 เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาจากการเปรียบเทียบเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาของไทย

3. กรอบแนวคิดการวิจัย

การวิจัยในเรื่องนี้เป็นการศึกษาข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นส่วนผสมระหว่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณี โดยมีพื้นฐานในเรื่องความรับผิดในทางอาญาอยู่เป็นพื้นฐานและมีข้อยกเว้นความรับผิดในทางอาญาอยู่ด้วยกัน การศึกษาเรื่องเหตุยกเว้นความรับผิดในทางอาญาเป็นเรื่องสำคัญเพราะจะส่งผลให้เมื่อจำเลยหรือผู้ต้องหาได้รับการรับรองตามกฎหมายว่าไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดหรือสมควรที่จะยกเว้นโทษให้แม้ว่าจะจะเป็นคดีที่มีความสำคัญก็ตาม

²⁴ Larry May and Zachary Hoskins. *International Criminal Law and Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press. 2010. p.60.

4. ประเด็นปัญหาการวิจัย

ศึกษาถึงประเด็นปัญหาที่เกิดจากการใช้ข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในเรื่องดังต่อไปนี้²⁵คือ.-

4.1 ความบกพร่องทางจิต ความบกพร่องทางจิตหรือการวิกลจริตนั้นเป็นเรื่องสำคัญในขณะที่มีส่วนร่วมกับการกระทำความผิดที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถตระหนักได้ว่าพฤติกรรมอะไรคือสิ่งที่ตนเองได้กระทำลงไปหรือไม่สามารถสร้างรูปแบบของเหตุผลเพื่อพิจารณาว่าการกระทำของตนเองนั้นถูกหรือผิด โดยอาการผิดปกติทางจิตนั้นต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาที่มีสภาพทางจิตแตกต่างจากบุคคลปกติจึงไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา

4.2 การอยู่ในอาการมึนเมา การถูกทำให้อยู่ในอาการมึนนั้นได้รับการยอมรับตามธรรมเนียมของโรมเนื่องจากภาวะมึนเมานั้นเป็นการทำลายความสามารถของบุคคลในการรับรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือทำให้ลักษณะของความประพฤติหรือความสามารถในการควบคุมความประพฤติของเขาให้สอดคล้องกับกฎหมายแต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่ถูกกล่าวหาสมัครใจทำให้ตนเองอยู่ในภาวะมึนเมานั้นจะทำให้ไม่สามารถอ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้

4.3 การป้องกันตนเอง ในการอ้างอิงเรื่องการป้องกันตนเองนั้นทำให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถอยู่ในฐานะผู้ที่พ้นผิดแต่ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องกระทำโดยสมเหตุสมผลเพื่อป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นหรือในกรณีที่เป็นการป้องกันตนเองนั้น ทรัพย์สินถูกพิจารณาว่าเป็นปัจจัยสำคัญสำหรับการอยู่รอดของบุคคลหรือบุคคลอื่นหรือทรัพย์สินนั้นมีความสำคัญต่อความสำเร็จของภารกิจทางทหาร และภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายถ้าการกระทำที่ใช้กำลังป้องกันตนเองนั้นอยู่ในระดับที่ได้สัดส่วนกับระดับของอันตรายต่อบุคคลหรือบุคคลอื่นหรือทรัพย์สินก็สามารถอ้างการป้องกันได้ แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่ถูกกล่าวหาได้เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการป้องกันตนเองโดยใช้กำลังจะไม่สามารถอ้างการป้องกันตนเองได้

4.4 การอ้างเหตุจำเป็น การอ้างเหตุจำเป็นหรือถูกบังคับขู่เข็ญนั้นต้องเป็นกรณีที่ถูกบังคับขู่เข็ญที่เป็นผลมาจากภัยคุกคามที่ใกล้จะถึงที่ทำอันตรายแก่ชีวิตหรือก่อให้เกิดอันตรายสาหัสต่อบุคคลหรือบุคคลอื่นและเป็นการจำเป็นต่อบุคคลมีเหตุผลที่จะหลีกเลี่ยงภัยคุกคามนั้นและบุคคลนั้นไม่ได้ตั้งใจที่จะก่อให้เกิดอันตรายที่ต้องการหลีกเลี่ยง ปัญหาเกี่ยวกับการอ้างเหตุจำเป็นที่

²⁵ Kriangsak Kittichaisaree. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

สำคัญคือระดับและขอบเขตของภัยคุกคามที่เกิดขึ้นเพื่อให้ผู้ที่กระทำคามผิดสามารถอ้างเหตุจำเป็นได้โดยชอบธรรม

4.5 การสำคัญผิด ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้นสามารถยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้เฉพาะในกรณีที่ลบล้างองค์ประกอบทางด้านจิตใจในคดีอาญา ซึ่งสอดคล้องกับสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “การกระทำไม่ก่อให้เกิดความผิดถ้าหากจิตใจไม่ได้ประสงค์จะก่อให้เกิดความผิด” ส่วนความสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้นสามารถเป็นข้ออ้างยกเว้นความรับผิดได้ในกรณีที่ความสำคัญผิดได้ลบล้างองค์ประกอบทางด้านจิตใจของอาชญากรรมนั้น ยกตัวอย่างเช่น ความสำคัญผิดในข้อกฎหมายว่าตนเองเป็นเจ้าของทรัพย์สิน โดยเชื่อโดยสุจริตว่าตามข้อกฎหมายว่าตนเองเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น แต่ข้อยกเว้นในเรื่องนี้ค่อนข้างมีประเด็นปัญหาในการพิสูจน์เพราะโดยทั่วไปแล้วกฎหมายสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนต้องรู้กฎหมาย

4.6 คำสั่งของผู้บังคับบัญชา คำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้กระทำคามผิดในเรื่องการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติแล้วถือว่าเป็นการกระทำคามผิดอย่างชัดเจน และประชาชนที่อยู่ในฐานะที่เป็นผู้กำหนดนโยบายสาธารณะเท่านั้นที่สามารถก่ออาชญากรรมรุกรานได้ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาจึงไม่สามารถปรับใช้ในทางปฏิบัติต่ออาชญากรรมรุกรานได้ ดังนั้นคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะนำมาใช้ได้เฉพาะในกรณีอาชญากรรมสงครามเท่านั้น แต่การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดโดยอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชามักจะมีข้อโต้แย้งอยู่เสมอโดยเฉพาะประเด็นในเรื่องทางเลือกอื่นๆ ที่ผู้ที่เป็นได้บังคับบัญชาสามารถเลือกปฏิบัติทางอื่นได้

4.7 เหตุยกเว้นอื่น ตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศอาจพิจารณาข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาระหว่างประเทศอื่นนอกจากที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรมก็ได้ ยกตัวอย่างเช่นการฝ่าฝืนหลักการเรื่องความชอบธรรม (legality) หรือเรื่องความยุติธรรมที่มีการเลือกปฏิบัติ เป็นต้น

4.8 เหตุยกเว้นความผิดอื่นตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่นข้ออ้างในเรื่องการไม่ดำเนินคดีซ้ำ เป็นต้น รวมไปถึงศึกษาถึงข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาอื่นด้วยที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรม เช่นเรื่องอายุหรือการอ้างความคุ้มกันซึ่งก็มีปัญหาหลายด้านที่ควรศึกษาเช่นกัน

5. สมมติฐานการวิจัย

ข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นมีพัฒนาการมาจากกฎหมายอาญาภายในรัฐทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณี ดังนั้นจึงมีลักษณะร่วมกันหรือมีลักษณะคล้ายคลึงกับที่ประเทศไทยใช้อยู่ แต่เนื่องจากข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าวได้พัฒนาการมาจากทั้งสองระบบและใช้กับผู้กระทำความผิดที่กระทำ ความผิดอาญาร้ายแรงตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศจึงมีหลักการและทฤษฎีบางประการที่อาจแตกต่างกันอยู่บ้าง จึงควรศึกษาลักษณะที่แตกต่างกันและลักษณะที่สอดคล้องกันเพื่อหาแนวทางการปรับใช้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาให้เหมาะสมต่อไป

6. ขอบเขตของการวิจัย

ขอบเขตสำหรับงานวิจัยฉบับนี้มุ่งพิจารณาตามวัตถุประสงค์ โดยศึกษาเปรียบเทียบในเชิงทฤษฎี (Theoretical Comparative Law) เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์วิจารณ์กฎหมายในเชิงวิชาการ และการเปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่แนวทางปฏิบัติ (Legislative Comparative Law) เป็นการเปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่การสร้างหรือปรับปรุงกฎหมาย กระบวนการของกฎหมายเปรียบเทียบที่นำไปสู่การร่างกฎหมายหรือเสนอกฎหมายนั้นจะมีการค้นคว้ากฎหมายอาญาระหว่างประเทศเปรียบเทียบกับของประเทศไทยเพื่อทำการเปรียบเทียบ ประเมินจุดเด่นหรือจุดด้อย เพื่อให้ได้หลักกฎหมายที่เหมาะสมที่สุดที่จะนำไปใช้ ทั้งนี้ก่อนนำระบบกฎหมายของประเทศใดมาเปรียบเทียบให้พิจารณาว่าข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นมีพัฒนาการมาจากกฎหมายอาญาภายในรัฐทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณี ดังนั้นจึงมีลักษณะร่วมกันหรือมีลักษณะคล้ายคลึงกับที่ประเทศไทยใช้อยู่ แต่เนื่องจากข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าวได้พัฒนาการมาจากทั้งสองระบบและใช้กับผู้กระทำความผิดที่กระทำ ความผิดอาญาร้ายแรงตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศจึงมีหลักการและทฤษฎีบางประการที่อาจแตกต่างกันอยู่บ้าง จึงควรศึกษาลักษณะที่แตกต่างกันดังกล่าว และในการศึกษาเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาที่อยู่ในภาคทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศโดยไม่ได้ศึกษาถึงข้อยกเว้นที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่นหรือกฎหมายพิเศษเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

ข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นมีพัฒนาการมาจากกฎหมายอาญาภายในรัฐทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีต

ประเพณี ดังนั้นจึงมีลักษณะร่วมกันหรือมีลักษณะคล้ายคลึงกับที่ประเทศไทยใช้อยู่ประกอบกับประเทศไทยเป็นประเทศลงมติสนับสนุนธรรมนูญกรุงโรมในการประชุม และได้ร่วมลงนามธรรมนูญกรุงโรมเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2543 แม้ปัจจุบันจะยังไม่ได้ให้สัตยาบันก็ตามแต่เนื่องจากข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าวได้พัฒนาการมาจากทั้งสองระบบและใช้กับผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดอาญาร้ายแรงตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศจึงมีหลักการและทฤษฎีบางประการที่อาจแตกต่างกันอยู่บ้าง จึงควรศึกษาลักษณะที่แตกต่างกันดังกล่าวใกล้เคียงกับประเทศของเราหรือไม่และให้พิจารณา รวมถึงระบบการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ด้วย

7. วิธีการศึกษา

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยศึกษาจากตัวบทกฎหมาย ตำราทางวิชาการ งานวิจัย บทความจากวารสารหรือนิตยสารทางกฎหมาย เอกสารประกอบการสัมมนา สถิติ ข้อมูลจากเว็บไซต์ทางอินเทอร์เน็ตทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยเฉพาะธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายอาญาไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์ปัญหา สรุปและข้อเสนอแนะ

8. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

8.1 ทำให้ทราบถึงหลักการและสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

8.2 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและหลักกฎหมายอาญาของไทย

8.3 ทำให้สามารถเสนอมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาจากการเปรียบเทียบเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาของไทย

9. ระเบียบวิธีวิจัย

ในการศึกษาและวิจัยนั้น ผู้ศึกษาจะใช้วิธีการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยอาศัยการค้นคว้าข้อมูลจากเอกสาร หนังสือที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศ ตำรา บทความ ด้วบทกฎหมาย และเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่นคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศหรือศาลอาญาเฉพาะกิจ เพื่อนำมาประกอบการศึกษาวิจัยเพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยรวมถึงวิเคราะห์ถึงคำพิพากษาของศาลไทยด้วยและหาข้อสรุปที่ชัดเจนอันจะนำมาซึ่งประโยชน์แก่งานวิจัยมากที่สุดและเป็นการศึกษาโดยวิธีการพรรณนา (Descriptive and analysis method) กล่าวคือ เมื่อได้มีการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแล้ว ก็จะนำข้อมูลในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นหลักแล้วนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษาเรื่องข้อมูลของข้อยกเว้นความรับผิดในทางอาญาของประเทศไทยที่มีอยู่ในเรื่องเดียวกันมาศึกษาเปรียบเทียบเพื่อหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป



บทที่ 2

ประวัติความเป็นมาของหลักการข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย อาญาระหว่างประเทศและประเทศไทย

ก่อนที่จะศึกษาทำความเข้าใจในเรื่องความยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศนั้นอาจย้อนไปได้ถึงแนวความคิดภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 และต่อมาในปี ค.ศ.1945 ได้มีการจัดตั้งศาลทหารชั่วคราวระหว่างประเทศในกรุงโตเกียวและนูเรมเบิร์ก ซึ่งถือว่าเป็นความสำเร็จในการจัดตั้งองค์การในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศ และภายหลังจากยุคสงครามเย็นแล้วได้มีการก่ออาชญากรรมร้ายแรงขึ้นในทั้งในยูโกสลาเวียเดิมและรวันดาทำให้สหประชาชาติต้องจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจขึ้น จนกระทั่งภายหลังมีแนวความคิดในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นเป็นการถาวรและมีการใช้ธรรมนูญกรุงโรมซึ่งมีหลักความรับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคลรวมไปถึงเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาซึ่งมีเรื่องที่ควรทำความเข้าใจก่อนศึกษารายละเอียดในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้ คือ

1. พัฒนาการของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศ²⁶

หลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นไม่ได้เกิดขึ้นเองจากความคิดของผู้หนึ่งผู้หนึ่งหรือรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่ได้ผ่านกระบวนการของ “ความขัดแย้ง” จนกระทั่งเกิดเป็นความร่วมมือในการผลักดันให้ประชาคมระหว่างประเทศตระหนักถึงอาชญากรรมร้ายแรงที่สร้างความสูญเสียอย่างร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อทุกคนในโลกมิใช่เพียงรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น และกรอบแนวความคิดในการนำตัวผู้กระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมร้ายแรงนั้นส่วนมากแล้วจะอ้างอิงไปในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ซึ่งเป็นความพยายามร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศที่ไม่อาจเพิกเฉยต่อผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศได้อีกต่อไป จนกระทั่งมี

²⁶ Beth Van Schaack and Ron Slye, *A Concise History of International Criminal Law* (2007).

การลงนามในสนธิสัญญาสันติภาพแวร์ซายส์ (The Versailles Peace) ในปี ค.ศ.1919 แต่ปัญหาในทางปฏิบัติคือการสร้างหลักความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลขึ้นมาเพื่อรับผิดชอบนั้นไม่เคยมีการนำมาใช้และไม่เคยมีการสร้างกลไกใดขึ้นมาดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด รวมทั้งไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาได้เพราะถึงแม้จะมีการดำเนินคดีที่กรุงโลฟซิกแต่ก็ถูกวิเคราะห์ว่าเป็นเพียงการดำเนินการในลักษณะของการสร้างความยุติธรรมของผู้ชนะเท่านั้น และในปี ค.ศ.1920 องค์การสันนิบาตชาติก็ไม่ยอมรับแนวความคิดในการสร้างศาลสูงสำหรับความยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ถึงแม้จะปรากฏอยู่ตามสนธิสัญญาแวร์ซายส์แต่ก็ไม่ได้เกิดผลเป็นรูปธรรมมากนัก อย่างไรก็ตาม แนวความคิดในเรื่องดังกล่าวได้ทิ้งปัญหาสำคัญให้พิจารณาทบทวนเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงว่าสมควรจะให้หลักอำนาจอธิปไตยกลุ่มบุคคลเหล่านี้หรือไม่

ต่อมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศที่ชนะสงครามได้ร่วมกันสร้างศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศนูเรมเบิร์ก (International Military Tribunal at Nuremberg; Nuremberg Charter or IMT) ในปี ค.ศ.1945 เพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมต่อสันติภาพ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งทำให้เกิดพัฒนาการในเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลขึ้นเป็นครั้งแรกด้วยและผลจากการดำเนินคดีที่นูเรมเบิร์กนี้เองได้สร้าง “หลักการนูเรมเบิร์ก” ขึ้นในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและมีการยืนยันหลักการดังกล่าวในการดำเนินคดีหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่กรุงโตเกียวซึ่งเป็นการดำเนินคดีผู้นำของกองทัพและทางการเมืองจำนวน 28 คนแต่ด้วยเหตุผลทางการเมืองกลับไม่มีการดำเนินคดีกับจักรพรรดิของญี่ปุ่นโดยใช้การดำเนินคดีเป็นการใช้ศาลทหารชั่วคราวระหว่างประเทศสำหรับการดำเนินคดีในกรุงโตเกียว (International Military Tribunal for the Far East; Tokyo) โดยได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมากจากหลักการนูเรมเบิร์ก

โดยสรุปแล้วหลักการนูเรมเบิร์กนั้นได้ตั้งคำถามที่สำคัญต่อเรื่อง “อำนาจอธิปไตย” ซึ่งเดิมตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่าอำนาจอธิปไตยนี้สมบูรณ์และเด็ดขาดและตระหนักว่าอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศนั้นจำเป็นต้องสร้างกลไกระหว่างประเทศขึ้นเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ข้อตกลงกรุงลอนดอนได้มีการกล่าวถึง “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” และ “อาชญากรรมต่อสันติภาพ” ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นข้อห้ามตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คำพิพากษาและทางปฏิบัติของศาลได้สร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบโดยอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่เกิดขึ้นในขณะนั้น

ต่อมาในปี ค.ศ.1949 สหประชาชาติได้นำหลักการในกฎบัตรนูเรมเบิร์กมาปรับใช้และต่อมาในปี ค.ศ.1954 คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้นำเสนอร่าง “ประมวลกฎหมายอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติ (Code of Crimes against the Peace and

Security of Mankind) ซึ่งภายหลังได้รับการสนับสนุนในยุทธศวรรษที่ 1990 และต่อมาได้มีการปรับใช้โดยมีคำสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ในวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ.1949

ภายหลังยุคหลังสงครามเย็นแล้ว สหประชาชาติได้คำนึงถึงเรื่องการนำหลักการนูเรมเบิร์ก มาปรับใช้โดยมีการจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียเดิม (ICTY) โดยศาลมีอำนาจเหนืออาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และต่อมาในปี ค.ศ.1995 ได้มีการจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในรวันดา (ICTR) เนื่องจากมีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทำให้มีผู้เสียชีวิตถึงจำนวนประมาณ 800,000 คนและศาลมีบทบาทเป็นอย่างสูงในการพัฒนาคำจำกัดความของคำว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” จนกระทั่งในช่วงปี ค.ศ.1994 – 1998 จึงได้มีแนวความคิดในการร่างธรรมนูญกรุงโรมเพื่อสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น

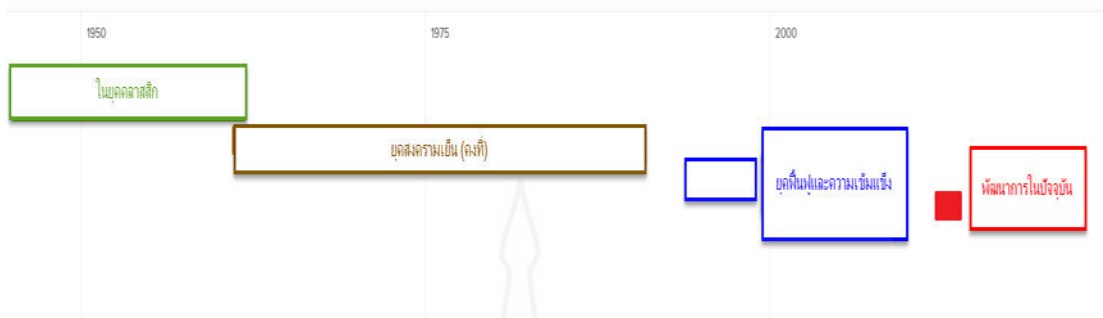
จึงอาจสรุปตามเงื่อนไขทางประวัติศาสตร์ได้ว่าเมื่อมีอาชญากรรมร้ายแรงเกิดขึ้นซึ่งถือว่าการกระทำความผิดที่ถือว่าเป็นศัตรูต่อมนุษยชาติ (hostis humani generis)²⁷ ซึ่งอาชญากรรมเหล่านี้เกี่ยวข้องกับประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดมิใช่รัฐใดรัฐหนึ่ง ประชาคมระหว่างประเทศจึงได้พยายามพัฒนากลไกในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดมาจนกระทั่งถึงยุคปัจจุบันที่มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศรวมไปถึงศาลอาญาเฉพาะกิจขึ้น²⁸ โดยเจอฮาร์ด เวิร์ล (Gerhard Werle) ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้สรุปเป็นช่วงระยะเวลาของพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ²⁹ไว้ดังนี้ คือ

²⁷ W. Schabas. *The UN international criminal tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge Univ. Press.2008. p.154.

²⁸ โปรดดูเพิ่มเติมที่ Cenap Cakmak. *Brief History of the International Criminal Court*. S.I.: Palgrave Macmillan. 2017.

²⁹ Prof. Dr. Werle. *Historical Evolution of International Criminal Law Timeline*. Retrieved December 5, 2017 from <https://www.preceden.com/timelines/76352-historical-evolution-of-international-criminal-law>

วิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ



ภาพที่ 2.1 แสดงพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

โดยแบ่งเป็น 4 ช่วงเวลาที่สำคัญ กล่าวคือ

ยุคกลางศึก ค.ศ. 1945 – 1961 เป็นช่วงของการมีกฎบัตรนูเรมเบิร์กและโตเกียว

ยุคสงครามเย็น ค.ศ. 1961-1990 เป็นช่วงสงครามเย็นและไม่มีพัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

ยุคฟื้นฟูและสร้างความเข้มแข็ง ค.ศ. 1994 – 1998 เป็นช่วงเวลาของการมี ICTY, ICTR, การสร้างธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ยุคปัจจุบัน ค.ศ. 2012 เป็นต้นมา เป็นช่วงเวลาของการสร้างศาลอาญาเฉพาะกิจ การมีกฎหมายอาญาสารบัญญัติระหว่างประเทศ

2. ลักษณะของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ตามธรรมนูญกรุงโรมนั้น ได้ยืนยันหลักการที่ต้องดำเนินการกับอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดโศกนาฏกรรมที่ไม่สามารถจินตนาการได้และกระทบต่อสามัญสำนึกของมนุษยชาติ และเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพ ความมั่นคงและการดำรงอยู่ที่ดีของโลกหรืออาจถือได้ว่าผู้ที่ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นผู้ทำลายคุณงามความดีระหว่างประเทศ เป็นภัยคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศ มีผลกระทบต่อเผ่าพันธุ์ของมนุษยชาติรวมทั้งมีผลต่อศักดิ์ของมนุษยชาติ³⁰

³⁰ Daniel D. Ntanda Nsereko. *The Evolution of International Law and the International Criminal Court in Context*. Retrieved December 5, 2016 from : <http://www.pgaction.org/pdf/The-Evolution-of-International-Criminal-Law.pdf>

กรอบแนวความคิดในการสร้างและดำเนินการศาลอาญาระหว่างประเทศเริ่มเป็นรูปร่างอย่างชัดเจนเมื่อประมาณปี ค.ศ.1989 โดยการส่งเสริมของสมัชชาใหญ่ของสหประชาชาติ คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ดำเนินการทำร่างธรรมนูญกรุงโรมและต่อมาใน ค.ศ.1994 ร่างธรรมนูญกรุงโรมได้ผ่านการพิจารณาของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจนกระทั่งต่อมาในวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ.1998 ได้มีการจัดประชุมที่กรุงโรม ประเทศอิตาลี ประกอบด้วยรัฐต่างๆ จำนวน 160 รัฐ ตัวแทนองค์กรสิทธิมนุษยชน จำนวน 14 องค์กร และองค์กรระหว่างประเทศอีก 17 องค์กร และที่ประชุมได้สรุปให้มีการใช้ธรรมนูญกรุงโรม โดยมีประเทศที่เห็นด้วย 160 ประเทศ และมีประเทศที่ไม่เห็นด้วย 7 รัฐ และงดออกเสียงอีกจำนวน 21 ประเทศ

ศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นมีวัตถุประสงค์หลายประการในการสร้างศาลขึ้น โดยมีนัยยะที่สำคัญคือดำเนินการกับคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ศาลอาญาภายในรัฐหรือศาลอาญาชั่วคราวอื่นไม่สามารถดำเนินการได้ ยกตัวอย่างวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ

- ศาลอาญาระหว่างประเทศได้ดำเนินการ โดยไม่คำนึงถึงความคุ้มกันที่อ้างกันในการฟ้องร้องดำเนินคดีมาก่อน
- เน้นการฟ้องร้องดำเนินคดีในกรณีที่กระบวนการยุติธรรมภายในรัฐไม่สามารถดำเนินการได้
- ศาลอาญาระหว่างประเทศจะช่วยเหลือในด้านยุติความขัดแย้งและนำไปสู่ความยุติธรรม โดยในระยะยาวเป็นการสร้างสันติภาพและความมั่นคงขึ้น
- ศาลอาญาระหว่างประเทศช่วยแก้ไขส่งเสริมปัญหาของศาลชั่วคราว
- ศาลจะช่วยสร้างคำตัดสินในการฟ้องร้องคดีอาญาระหว่างประเทศและพัฒนาประสิทธิภาพภายใต้กรอบของกฎหมายมนุษยธรรมและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ประการสำคัญที่สำคัญที่สุดได้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะช่วยในการควบคุมการกระทำคามผิดอาญาร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและอาจถือได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นศาลที่เชื่อมต่อส่วนที่หายไปในระบบกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศ³¹

โดยในเว็บไซต์อย่างเป็นทางการของสหประชาชาติเรื่องศาลอาญาระหว่างประเทศ (<http://www.un.org/law/icc/>) ได้อธิบายวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศไว้ว่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสันติภาพและความมั่นคงนั้น วัตถุประสงค์ที่เป็นพื้นฐานของสหประชาชาติคือการธำรงความเคารพสากลต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลทั่วโลก โดยจุด

³¹ Elizabeth Willmott-Harrop. *The evolution of the International Criminal Court*. Retrieved December 5, 2016 from : <http://www.pgaction.org/pdf/The-Evolution-of-International-Criminal-Law.pdf>

เชื่อมต่อที่สำคัญนอกเหนือไปจากการต่อสู้กับความชั่วร้ายและรักษาสันติภาพ ความยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนในความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในปัจจุบันทั่วโลกนอกจากนี้แล้วยังมีวัตถุประสงค์เพื่อกำจัดอาชญากรรมที่ชั่วร้าย ช่วยยุติความขัดแย้งที่เกิดขึ้น แก้ไขปัญหาข้อบกพร่องของศาลชั่วคราวและดำเนินการแทนกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศที่ไม่ประสงค์จะดำเนินการหรือไม่สามารถดำเนินการได้³²

ลักษณะที่สำคัญของศาลอาญาระหว่างประเทศที่สำคัญสามารถสรุปได้เป็น 4 ประการ³³ ดังนี้

ประการแรก ศาลอาญาระหว่างประเทศจัดตั้งขึ้นเป็นการถาวร ตามธรรมนูญกรุงโรมนั้นได้จัดตั้งศาลเป็นสถาบันระหว่างประเทศที่มีความมั่นคงถาวร โดยประกอบไปด้วย 3 หน่วยงานคือ (1) หน่วยงานตุลาการที่ประกอบด้วยประธาน ศาลอุทธรณ์ งานไต่สวนและหน่วยงานไต่สวนเบื้องต้น (2) องค์กรที่ทำหน้าที่สอบสวนและฟ้องร้องคดี (3) หน่วยงานทางการบริหาร

ประการที่สอง ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลที่กระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่สุดที่เกี่ยวข้องกับประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด โดยตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วศาลมีอำนาจเหมือนกับศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียเดิมและศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในรวันดาที่มีเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม แต่ตามธรรมนูญกรุงโรมนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศมีคุณลักษณะเหนืออาชญากรรมรุกรานด้วย ซึ่งในมุมมองของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้วการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศยอมรับอาชญากรรมรุกรานว่าเป็นอาชญากรรมร้ายแรงด้วยนั้นถือว่าเป็นเรื่องที่ควรส่งเสริมเพราะหากศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมรุกรานแล้วอาจทำให้ในทางปฏิบัติของประชาคมระหว่างประเทศอาจไม่เคารพต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ประการที่สาม ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลตามหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ (Complementary) กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้ดำเนินการเพื่อทดแทนศาลอาญาภายในรัฐ แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศที่ศาลอาญาของรัฐไม่มีความสามารถหรือไม่ประสงค์ดำเนินคดีเพื่อฟ้องร้องและลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับ

³² Retrieved December 5, 2016 from : <http://www.un.org/law/icc/>

³³ Yusuf Aksar. *Implementing International Humanitarian Law From The Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*. London: Routledge.2004. pp. 63- 64.

คดีอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะดำเนินการใช้อำนาจของศาล เพื่อดำเนินคดีซึ่งโดยสรุปแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศยังคงเคารพต่อหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการนี้เพื่อแก้ไขปัญหาระบบที่ทับซ้อนกันระหว่างศาลอาญา ชั่วคราว โดยธรรมนูญกรุงโรมจึงกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกระบวนการยุติธรรมอาญาภายใน รัฐกับศาลอาญาระหว่างประเทศในลักษณะดังกล่าวโดยหลักการนี้ส่งเสริมให้รัฐภาคีใช้เขตอำนาจ ภายในรัฐดำเนินคดีตามที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรม โดยตามบทนำของธรรมนูญกรุงโรม ในวรรคที่ 6 ได้แสดงให้เห็นว่าเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของตน เพื่อดำเนินการกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถดำเนินการ อย่างมีข้อจำกัดโดยหากรัฐไม่สามารถใช้อำนาจของตนได้อย่างเหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงจะเป็นผู้ดำเนินการ³⁴

ประการที่สี่ ศาลอาญาระหว่างประเทศถูกออกแบบมาเป็นกลไกที่เป็นอิสระ เป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ มีประสิทธิภาพในการเป็นตัวแทนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่าง ประเทศ

ตามธรรมนูญกรุงโรมนั้นได้สร้างขอบเขตเป็นพิเศษเกี่ยวกับบ่อเกิดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็น 3 ระดับด้วยกัน โดยธรรมนูญกรุงโรมนั้นถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายของศาลอาญา ระหว่างประเทศที่อยู่ในลำดับศักดิ์สูงสุด โดยมีองค์ประกอบของอาชญากรรมและกฎหมายวิธี พิจารณาความและพยานหลักฐานซึ่งมีการประกาศใช้เมื่อเดือนกันยายน ค.ศ.2002 ส่วนบ่อเกิดของ กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ของกฎหมายรองลงมาคือการปรับใช้สนธิสัญญาและหลักการและกฎเกณฑ์ ของกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งการสร้างหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่เกิด ความขัดแย้งโดยการใช้กำลัง ซึ่งเป็นไปตามบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 38 ของธรรมนูญ ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และถึงแม้โดยถ้อยคำแล้วจะไม่ปรากฏเรื่องกฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศแต่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเองก็อยู่ในขอบเขตหลักการ และและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศอยู่แล้ว ส่วนบ่อเกิดของกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ สุดท้ายคือหลักการทั่วไปของกฎหมายซึ่งแยกออกมาต่างหากจากบ่อเกิดของกฎหมายลำดับศักดิ์ที่ สอง เช่น กฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความขัดแย้งโดยการใช้กำลังได้เปิดกว้างสำหรับรายละเอียด และความซับซ้อนโครงสร้างของอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1899 และ ค.ศ.1907 พร้อมทั้งอนุสัญญา

³⁴ Charles Oluwarotimi Olubokunp. *The Future of Prosecutions under the International Criminal Court*. A thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy. Department of Law, Brunel University London. April 2015. p. 39 – 40.

กรุงเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมสองฉบับ ค.ศ.1977 ซึ่งอาจทำให้ผู้ถูกกล่าวหาอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องการแก้แค้นตอบแทนกับเรื่องความจำเป็นทางทหาร แม้ว่าในธรรมนูญกรุงโรมจะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม³⁵

ผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจะได้รับการรับรองตามมาตรฐานขั้นสูงของการดำเนินคดีที่เป็นธรรม โดยไม่มีผู้ใดจะถูกลงโทษทางอาญาก่อนมีคำพิพากษาของศาลและผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จะกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิด นอกจากนี้แล้วผู้ถูกกล่าวหายังมีสิทธิที่จะสามารถเลือกที่ปรึกษาได้ หรือในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายก็จะมีการจัดให้มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายให้ และผู้ถูกกล่าวหาไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการมีทนายความถ้าหากผู้ถูกกล่าวหาไม่มีความสามารถที่จะจ่ายได้ นอกจากนี้แล้วผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับสิทธิที่จะมีล่ามแปลภาษาที่มีความสามารถในการแปลหากมีความจำเป็นทางด้านภาษา และผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิในการอ้างพยานหลักฐาน สิทธิที่จะไม่ให้การและการได้รับการพิสูจน์ตามข้อกล่าวหาโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย นอกจากนี้แล้วตามธรรมนูญกรุงโรมยังได้รับรองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในการที่จะไม่ถูกบังคับ ช่มชู้ ทรมานหรือการกระทำอันโหดร้าย การปฏิบัติเชิงมิใช่มนุษยและปฏิบัติที่ลดทอนความเป็นมนุษย์³⁶ นอกจากนี้แล้วธรรมนูญกรุงโรมยังได้ถือหลักความชอบธรรม (principles of legality) โดยถือเอากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอยู่เป็นหลักภายในธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศด้วยซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วย และธรรมนูญกรุงโรมยังต้องการให้มีการตีความและปรับใช้กฎหมายอย่างสอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองแล้วด้วย³⁷

ในช่วงทศวรรษแรกของการดำเนินการของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ประสบปัญหาที่เกี่ยวข้องกับทางการเมือง เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีอิทธิพลระหว่างประเทศสูงโดยประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู บุช ได้แสดงออกอย่างชัดเจนเกี่ยวกับความไม่

³⁵ William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. (5th ed.) Cambridge: Cambridge University Press.2011. pp. 206 – 207.

³⁶ Human Rights Watch. *The International Criminal Court: How Nongovernmental Organizations Can Contribute To the Prosecution of War Criminals September 2004*. Retrieved December 5, 2016 from: <https://www.hrw.org/legacy/backgrounder/africa/icc0904/icc0904.pdf>

³⁷ Kenneth S. Gallant. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.2011. pp.331 - 332.

เห็นด้วยกับธรรมนูญกรุงโรม ดังนั้นจึงได้สนธิสัญญาทวิภาคีกับประเทศต่างๆ ประมาณร้อยละ 38 ประเทศเพื่อให้ความคุ้มกันพลเมืองของตนเองจากศาลอาญาระหว่างประเทศ³⁸

ในแง่มุมมองของการใช้หลักการช่วยเหลือส่งเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นอาจเกิดปัญหาในกระบวนการรับคดีอาญาเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะการยอมรับคดีไว้พิจารณานั้นต้องได้รับการกลั่นกรองและพิจารณาโดยอัยการ ซึ่งมีหลายสถานการณ์ที่ศาลอาจจะไม่รับคดีไว้พิจารณา เงื่อนไขประการแรกได้แก่ในคดีที่มีการสืบสวนสอบสวนหรือการฟ้องร้องคดีโดยรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้นแล้ว ถ้าหากรัฐไม่ได้ไม่มีความสามารถหรือเจตนาธรรมในการฟ้องร้องคดีอย่างแท้จริงแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจไม่ยอมรับคดีไว้พิจารณา เงื่อนไขประการต่อมาเช่นหลักบุคคลจะไม่ถูกพิจารณาคดีซ้ำสองในความผิดเดียว (Non bis in idem) ในกรณีที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาคนเดียวกันเสร็จสิ้นไปแล้วและไม่มีการดำเนินคดีเพื่อช่วยเหลือป้องกันปัจเจกบุคคลที่กระทำความผิดหรือการดำเนินคดีขาดความเป็นอิสระหรือเลือกปฏิบัติแล้ว รวมไปถึงกรณีที่คดีอาญาที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้มีความร้ายแรงเพียงพอที่ศาลจะรับไว้พิจารณา ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการรับคดีไว้พิจารณาของศาล³⁹

ปัจจุบันศาลอาญาระหว่างประเทศมีข้อท้าทายเกี่ยวกับการปรับใช้ธรรมนูญกรุงโรม เนื่องจากปัญหาในเรื่องความสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายภายในรัฐเพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันนั้นเป็นเรื่องค่อนข้างยาก การปรับใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่ค่อนข้างมีความซับซ้อนและเป็นรูปกระบวนการจึงจำเป็นต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญทั้งทางด้านความรู้และทรัพยากรที่รัฐอาจไม่มี กฎหมายอาญาระหว่างประเทศมีการปรับใช้โดยมีกระบวนการที่ไม่เหมือนกันกับกฎหมายภายใน ซึ่งทำให้รัฐทั้งหลายที่เกิดความขัดแย้งขึ้นแล้วขาดเจตนาธรรมทางการเมือง ประสพการณ์ทางด้านกฎหมาย ความสามารถในเชิงสถาบัน และขาดองค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมเพื่อจะให้การดำเนินคดีเป็นไปตามอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้งรัฐหลายรัฐมีข้อจำกัดอื่น งบประมาณ โครงสร้างพื้นฐานในการแก้ไข ปัญหาเรื่องความขัดแย้งโดยการใช้กำลัง ปัญหาที่เกิดขึ้นโดยสรุปอาจเกิดจากระบบของกฎหมาย ความขัดแย้งที่เกิดขึ้น กระบวนการนิติบัญญัติที่รัฐใช้อยู่ในปัจจุบันที่มีทั้งข้อจำกัดและความคุ้มกันที่เป็นอุปสรรคต่อการสืบสวนสอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดีอาชญากรรมร้ายแรง อุปสรรค

³⁸ Leila Nadya Sadat. *The International Criminal Court: Past, Present and Future*. Harris Institute Working Paper Forthcoming in the Cambridge Compendium of International Criminal Law. April 16, 2014. p. 14.

³⁹ Mansour Talebpour. *Impunity and the International Criminal Court*. PhD thesis. SOAS, University of London. 2012. p. 187.

ประการต่อมาคือเรื่องระบบกฎหมายของรัฐ โดยเฉพาะในประเทศที่ใช้ระบบเอกนิยมกับกฎหมายระหว่างประเทศโดยถือว่ากฎหมายภายในกับระบบกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหนึ่งเดียวกันนั้น ดังนั้นการให้สัตยาบันต่อกฎหมายระหว่างประเทศถือว่ารัฐต้องปรับใช้กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายภายในรัฐด้วยและต้องแก้ไขปัญหาคือกฎหมายที่ขัดกัน ซึ่งตรงกันข้ามกับระบบทวินิยมซึ่งถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในรัฐแยกต่างหากออกจากกันที่ทำให้ต้องมีกระบวนการนิติบัญญัติตามระบบกฎหมายภายในก่อนที่จะมีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยรัฐส่วนใหญ่ไม่ได้เป็นทั้งระบบเอกนิยมหรือทวินิยมอย่างสมบูรณ์⁴⁰ แต่มีลักษณะผสมผสานกันมากกว่า

3. อาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ

การศึกษาอาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการทำความเข้าใจว่ามีอาชญากรรมประเภทใดบ้างที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ

3.1 ลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้วอาจมองลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศอาจจะมีลักษณะที่กระทบต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติหรือเป็นที่ยอมรับโดยสากลว่าเป็นอาชญากรรมที่กระทำ ความผิดอย่างร้ายแรงต่อสิทธิมนุษยชน โดยลักษณะที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศคือ อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ในขณะที่การฆาตกรรม การลักทรัพย์ หรือการกระทำความผิดทางเพศถือว่าเป็นอาชญากรรมภายในรัฐหรืออาชญากรรมทั่วไป ดังนั้นอาชญากรรมที่จะถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นคืออาชญากรรมที่รัฐทั้งหลายตัดสินใจร่วมกันอย่างเป็นสากลว่าสมควรได้รับการดำเนิน โดยเจสเชค (Jeschek) ผู้ทรงคุณที่ได้รับการเคารพในวิชากฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดมาตรฐานในการวิเคราะห์คำว่า “อาชญากรรมระหว่างประเทศ” ดังต่อไปนี้ คือ

(1) บรรทัดฐานของอาชญากรรมมีเป็นผลโดยตรงมาจากกฎหมายสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

⁴⁰ Centre for International Law Research and Policy. *Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court*. September 2017.

(2) มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ฟ้องร้องดำเนินคดีโดยศาลระหว่างประเทศ หรือรัฐที่สามบนพื้นฐานของคฤอาณาของรัฐโดยใช้หลักความผิดสากล

(3) ฐานะระหว่างประเทศนั้นมีพันธะที่ได้รับการยอมรับโดยรัฐส่วนใหญ่⁴¹

ซึ่งมาตรฐานดังกล่าวนี้เป็นประเพณีอาชญากรรมระหว่างประเทศในมุมมองของประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาทำให้เห็นความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมระหว่างประเทศกับอาชญากรรมทั่วไปได้อย่างชัดเจน

ส่วนโครงสร้างของอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นอาจมีความซับซ้อนอยู่บ้างเมื่อพิจารณาความหมายของคำว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศภายใต้บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งที่เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ สนธิสัญญา อนุสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือทางปฏิบัติของรัฐ รวมไปถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากรัฐทั้งหลายแต่อาจกล่าวอย่างกว้างได้ว่า ส่วนประกอบที่สำคัญ 3 ประการเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ คือ (1) การพิจารณาที่การกระทำความผิด (2) ความต้องการทั่วไปเกี่ยวกับประเภทแต่ละประเภทของอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (3) ความต้องการเฉพาะเกี่ยวกับอาชญากรรมแต่ละประเภท และรวมไปถึงรูปแบบของความรับผิดชอบหรือวิธีการของการมีส่วนร่วมของปัจเจกบุคคล และแม้ว่าองค์ประกอบของอาชญากรรมจะสามารถบอถึงพฤติกรรมของผู้ถูกกล่าวหาได้ แต่ตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ถือการกระทำทางกายภาพเท่านั้นที่จะมีความรับผิดชอบทางอาญา โดยการจะพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดได้นั้นจะต้องพิสูจน์จากเรื่องดังกล่าวโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย โดยมีรายละเอียดดังนี้ คือ

(1) การพิจารณาที่การกระทำความผิด คือพฤติกรรมที่มีทำให้เกิดผลลัพธ์ หรือมีเจตนาที่จะทำให้เกิดผลที่เป็นข้อห้ามของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วข้อห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวก็เป็นข้อห้ามตามกฎหมายภายในรัฐด้วย เช่น การฆาตกรรม การข่มขืน หรือทำร้ายร่างกายหรือทำลายทรัพย์สินภายใต้สภาพแวดล้อมของอาชญากรรมระหว่างประเทศที่อาจเกิดขึ้นในความขัดแย้งที่มีการใช้กำลังที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำต่อพลเรือนก็อาจถือว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยพิจารณาองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบทางด้านจิตใจของการกระทำความผิด

(2) ความต้องการทั่วไป ซึ่งจะพิจารณาจากองค์ประกอบที่พอเพียงสำหรับลักษณะของการกระทำความผิดของอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยองค์ประกอบขึ้นอยู่กับ

⁴¹ H.-H. Jescheck, *International Crimes. Encyclopedia of Public International Law* Volume II (1992). pp. 1119 - 1120.

ประเภทของอาชญากรรมที่ถูกล่าวหาซึ่งบางครั้งต้องคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของการกระทำ ความคิดที่เกิดขึ้นด้วยหรือพิจารณาที่เจตนาของการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ยกตัวอย่าง เช่น อาชญากรรมสงครามจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีความขัดแย้งโดยการใช้อำกำลัง ส่วนอาชญากรรมต่อ มนุษยชาตินั้นจะต้องเกิดขึ้นภายใต้สภาพแวดล้อมที่มีการโจมตีอย่างเป็นระบบหรือกว้างขวางต่อ พ ล เ ร็ อ น และองค์ประกอบของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะต้องมีเจตนาพิเศษในการทำลายบางส่วนหรือ ทั้งหมดต่อรัฐ กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มความเชื่อ หรือกลุ่มศาสนา โดยความต้องการทั่วไปนี้แตกต่างจาก แต่ละประเภทของอาชญากรรม

(3) ความต้องการเฉพาะ เป็นองค์ประกอบที่จะต้องทำให้สมบูรณ์ถ้าหากว่าการ กระทำความผิดนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะเป็น องค์ประกอบภายนอกหรือองค์ประกอบทางด้านจิตใจ เช่น เจตนาในการเลือกปฏิบัติสำหรับการ พิองร้องคดีหรือการปฏิบัติในภาพรวมซึ่งตามมาตราแล้วเป็นการปฏิบัติที่มีใช้เยี่ยงมนุษย์ ตัวอย่างเช่นเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ผู้กระทำความผิดต้องผ่านทั้งความต้องการทั่วไป เกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและนอกจากนั้นต้องการความต้องการเฉพาะก่อนที่จะพิจารณา ว่าเป็นอาชญากรรม ซึ่งอาจจะเป็นรูปแบบของการฆาตกรรมในรูปแบบของอาชญากรรมต่อ มนุษยชาตินั้นต้องการเฉพาะโดยจะต้องมีเงื่อนไขของการโจมตีอย่างเป็นระบบหรือ กว้างขวางโดยตรงต่อพลเรือนและผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าการฆาตกรรมนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการ โจมตีและรู้ว่าเหยื่อที่ถูกกระทำเป็นพลเรือนที่เป็นเป้าหมายทางการเมือง เชื้อชาติหรือศาสนา และส่วนประกอบประการสุดท้ายของอาชญากรรมระหว่างประเทศคือรูปแบบของความรับผิดชอบ ซึ่งแสดงถึงกิริยาและการมีส่วนร่วมของอาชญากรรมตามความเป็นจริง⁴²

โดยสรุปแล้วตามความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิทรงกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ในทางหลักการแล้ว ทั้งอัน โคนิ โอ แคสซิชิ และเอ็ม ชาร์ฟ บัสซิโอนี (Antonio Cassesse's and M. Cherif Bassiouni) ต่างก็มองในเรื่อง “คุณค่า” ที่ควรได้รับการปกป้องโดยกฎเกณฑ์ของกฎหมาย และคุณค่าในเรื่องดังกล่าวนี้ได้รับการพิจารณาว่ามีความสำคัญต่อประชาคมระหว่างประเทศ ทั้งหมด⁴³ และโดยสรุปแล้วอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นได้วิวัฒนาการมาจากแรงกดดันจาก

⁴² Gideon Boas , James L. Bischoff and Natalie L. Reid *International Criminal Law Practitioner Library: Volume 2, Elements of Crimes under International Law (The International Criminal Law Practitioner)*. Cambridge: Cambridge University Press. 2009. pp. 9 – 12.

⁴³ Jan Wouters. *The Obligation to Prosecute International Law Crimes*. Retrieved December 5, 2016 from : <https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/opinies/obligationtoprosecute.pdf>. p.2.

ประชาคมระหว่างประเทศซึ่งกระบวนการดังกล่าวมิใช่เกิดจากกระบวนการทางกฎหมายเท่านั้นแต่มาจากเรื่องความต้องการทางการเมืองด้วย⁴⁴

3.2 อาชญากรรมที่อยู่เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ⁴⁵

ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 5. อาชญากรรมในเขตอำนาจศาล

“1. ให้ศาลมีอำนาจจำกัดเพียงอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดซึ่งอยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ศาลมีเขตอำนาจตามธรรมนูญศาลฯ นี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรม ดังต่อไปนี้

(เอ) อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

(บี) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

(ซี) อาชญากรรมสงคราม

(ดี) อาชญากรรมรุกราน

2. ให้ศาลใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมรุกรานเมื่อได้มีการตกลงรับบทบัญญัติตามข้อ 121 และ 123 ซึ่งนิยามอาชญากรรมและกำหนดเงื่อนไขให้ศาลฯ ต้องใช้เขตอำนาจศาลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมนี้ บทบัญญัติเช่นว่าต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ ”

ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศจึงมีเขตอำนาจจำกัดตามที่กำหนดไว้ในข้อ 5. ของธรรมนูญกรุงโรมเท่านั้น ซึ่งมีอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจดังต่อไปนี้⁴⁶ ดังนี้ คือ

⁴⁴ Terje Einarsen. *The Concept of Universal Crimes in International Law*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher. 2012. p.143.

⁴⁵ โปรดดูเพิ่มเติมที่ John Cerone and Susana SáCouto. *International Criminal Law: a Discussion Guide*. Manual is a product of the War Crimes Research Office at American University's Washington College of Law. The preparation and production of this Guide was funded by the Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade and the Open Society Institute. Retrieved December 5, 2017 from pgil.pk/wp-content/.../2004-10_ICL_Discussion_Guide_ET_final.pdf. และที่ Klamberg, M. *Commentary on the law of the International Criminal Court*. Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher. 2017.

⁴⁶ เท็ดสยาม บุญยะเสนา. *บทบาทของศาลอาญาเฉพาะกิจในการชำระรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550. น. 121 – 138.

(1) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 6 การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ กำหนดว่า

“เพื่อความมุ่งประสงค์ของธรรมนูญศาลนี้ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หมายถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน เพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น ดังต่อไปนี้

(เอ) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม

(บี) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม

(ซี) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นได้ว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน

(ดี) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตรภายในกลุ่ม

(อี) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง”

ในอดีตนั้นคำว่าอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นยังถือว่าเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีชื่อ คำว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” (Genocide) นั้นไม่ได้มีอยู่มาก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 และเป็นผลมาจากมหันตภัยร้ายแรงที่มนุษย์กระทำต่อตนเอง ราฟาเอล เลมกิน (Raphael Lemkin) เป็นบุคคลที่เขียนงานที่เกี่ยวกับอาชญากรรมที่นาซีได้กระทำต่อชาวยิวที่เกิดขึ้นในยุโรปและเป็นชาวยิวได้นำคำดังกล่าวมาใช้ในความหมายที่หมายถึงพฤติกรรมที่ได้รับการรับรองว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยประชาคมระหว่างประเทศว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายโดยผ่านสนธิสัญญาหลายฉบับ⁴⁷ เลมกินมีความเห็นว่าอนุสัญญาที่คุ้มครองคนกลุ่มน้อยไม่ได้ถูกนำมาบังคับใช้และล้มเหลวในการบังคับใช้กฎหมายในการดำเนินคดีกับผู้ก่ออาชญากรรมต่อชนกลุ่มน้อย ภายหลังจากคำว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ได้ถูกนำมาใช้ในคดีนูเรมเบิร์ก และ ต่อมาในปี ค.ศ.1946 คำว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ได้ถูกประกาศว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติและต่อมาส่งผลให้เกิดที่ประชุมได้ตัดสินใจดำเนินการต่อ โดยการร่างสนธิสัญญาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นในปี ค.ศ.1948 ได้มีการเปลี่ยนแปลงจากคำว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม” มาเป็นคำว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” แทน

และในเวลานั้นมีการพิจารณาถึงความสำคัญในการแยกการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ออกจาก อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นใช้ในความหมายที่กว้างกว่าและหมายถึงการกระทำชั่วร้ายต่างๆ ต่อมนุษย์ และใช้ในความมุ่งหมายที่ว่าเป็นการเกิดขึ้นในระหว่างความ

⁴⁷ Michael Bazylar. *Holocaust, Genocide, and the Law. A Quest for Justice in a Post-Holocaust World*. Corby: Oxford University Press. 2017. p.34.

ขัดแย้งทางทหาร (Armed Conflict) ดังนั้นสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติจึงต้องการที่จะแสดงให้เห็นถึงอาชญากรรมที่ชั่วร้ายอีกประเภทหนึ่งการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ จึงเกิดอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษในเรื่องอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide) ซึ่งเสนอโดยสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 1948⁴⁸ และอนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้เมื่อสองปีให้หลังจากที่มีรัฐให้สัตยาบันแล้วจำนวน 20 รัฐ และอนุสัญญานี้และอนุสัญญาฉบับนี้ได้รับการขนานนามว่าเป็น “อนุสัญญาที่เป็นแก่นของสิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง” โดยข้อ 5 ของอนุสัญญาดังกล่าวได้เรียกร้องให้ทุกรัฐลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามกฎหมายของตนเอง ดังนี้

“รัฐภาคีจะต้องดำเนินการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องรัฐธรรมนูญ มีความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายให้เกิดผลตามบทบัญญัติในธรรมนูญนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการลงโทษต่อบุคคลที่กระทำความผิดอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำใดตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3”⁴⁹

ความแตกต่างระหว่างการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กับอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้มีความแตกต่างกันอยู่เล็กน้อย ในปัจจุบันเราให้ความสำคัญเกี่ยวกับความหมายของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติใน ความหมายที่ชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่ชั่วร้ายในเวลาปรกติหรือกรณีที่มีได้เกิดสงครามเช่นเดียวกัน กับในเวลาที่เกิดสงคราม ปัจจุบันนี้คำว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” จึงมีความหมายที่แยกออกจากคำว่า “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” ศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในรวันดา (ICTR) เห็นว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้เป็น “อาชญากรรมแห่งอาชญากรรมทั้งหลาย” (the crime of crimes)⁵⁰ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือเป็นอาชญากรรมที่ชั่วร้ายที่สุดในบรรดาอาชญากรรมทั้งปวง ปัญหาที่เกิดจากความชั่วร้ายของอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้เอง ทำให้อาชญากรรมระหว่างประเทศถือเป็นเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรงในธรรมนูญกรุงโรม ดังนั้น ในบทบัญญัติตามข้อ 6 ของธรรมนูญกรุงโรม และในข้อ 2 แห่งอนุสัญญาการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับความหมายของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เป็นอาชญากรรมระหว่าง ประเทศนั้นมีความแตกต่างจากอาชญากรรมธรรมดาในเรื่องเจตนาพิเศษ (Special intent)

⁴⁸ John B. Quigley. *The Genocide Convention An International Law Analysis*. Abingdon, Oxon: Taylor and Francis. 2016. p.14.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Prosecutor V. Kambanda (Case NO. ICTR-97-23-S)*, Judgment and Sentence, 4 September 1998, para.16.

ซึ่งก็คือเจตนาพิเศษตามกฎหมายอาญานี้เอง ความแตกต่างระหว่างการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กับอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้น ก็คือเจตนาพิเศษของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อต้องการหรือความประสงค์เฉพาะในเรื่องที่ต้องการทำลายรัฐชาติ กลุ่มทางศีลธรรม กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มความเชื่อทางศาสนาบางส่วนหรือทั้งหมด และในระหว่างที่มีการถกเถียงการใช้ อนุสัญญาการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้ ได้มีการแบ่งรูปแบบของการทำลายกลุ่มคนออกเป็น 3 ประเภท กล่าวคือ การทำลายกลุ่มคนทางร่างกาย (Physical) ทางชีวิต (biological) และทางวัฒนธรรม (Cultural) ซึ่งในสองรูปแบบแรกนั้นมีความชัดเจน แต่ในรูปแบบที่สามนั้นค่อนข้างจะมีปัญหาในการถกเถียงกันว่าคืออะไรกันแน่ และปัญหาประการต่อมาก็คือข้อจำกัดในการจำกัดคำว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้เพียงการทำลายกลุ่มคนเพียง 4 กลุ่ม โดยไม่รวมกลุ่มคนที่มีความเชื่อทางการเมือง และกลุ่มคนทางสังคมเข้าไปด้วย⁵¹

เจตนาพิเศษเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นในการพิจารณาในเรื่องนี้อาจมีปัญหาคอสมควรรในเรื่องของขอบเขตของเจตนาซึ่งเจตนาพิเศษในเรื่องดังกล่าวนี้คือการที่ผู้ใดได้มีเจตนาทำลายกลุ่มดังกล่าวข้างต้นและเรื่องของระดับของเจตนาภายใต้ธรรมนูญของศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียและในรวันดา การจะระบุว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้นั้นต้องพิจารณาจากเจตนาพิเศษซึ่งทำให้เกิดความแตกต่างกับอาชญากรรมทั่วไปและอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น⁵²

(2) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

ตามธรรมนูญกรุงโรมแล้ว ข้อ 7. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ กำหนดว่า

“1. เพื่อความมุ่งประสงค์ของธรรมนูญ ศาลนี้ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึงการกระทำใดก็ได้ที่กระทำในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวางหรือเป็นระบบ โดยรู้ถึงการโจมตีนั้น ดังต่อไปนี้

(เอ) การฆ่าคนตายโดยเจตนา

(บี) การทำลายล้าง

(ซี) การเอาคนลงเป็นทาส

(ดี) การเนรเทศ หรือการบังคับโยกย้ายประชากร

(อี) การจำคุกหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกายภาพที่ร้ายแรงอื่นที่ละเมิด

กฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ

⁵¹ William Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press. 2004. pp. 36 – 40.

⁵² Akhavan, P. *Reducing Genocide to Law: Definition, Meaning, and the Ultimate Crime*. Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 44.

(เอฟ) การทรมาน

(จี) การข่มขืนกระทำชำเรา การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับให้ทำหมัน หรือการกระทำรุนแรงทางเพศในรูปแบบอื่นใด ซึ่งมีความร้ายแรงในระดับที่เทียบเคียงกันได้

(เอช) การรังควานกลุ่มหรือหมู่คณะใด โดยเฉพาะ อันเนื่องมาจากสาเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ ชนชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา เพศ ตามที่นิยามไว้ในวรรคสามหรือสาเหตุอื่นซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างสากลว่าไม่สามารถกระทำได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการกระทำใดที่อ้างถึงในวรรคนี้หรืออาชญากรรมใดใดภายในเขตอำนาจของศาล

(ไอ) การบังคับให้บุคคลหายสาบสูญ

(เจ) อาชญากรรมอันเป็นการเหยียดผิว

(เค) การกระทำที่ไร้มนุษยธรรมอื่นๆ ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยเจตนาที่จะก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงหรือบาดเจ็บทางกายหรือสุขภาพจิตหรือร่างกายสาหัส

2. เพื่อความมั่นคงตามวรรค 1

(เอ) การ โจมตีที่มีเป้าหมายต่อพลเรือนใดใดหมายถึงกระบวนการกระทำซึ่งดำเนิน ไปครั้งแล้วครั้งเล่าต่อพลเรือนดังอ้างถึงในวรรคแรกอันเป็นการดำเนินการตามหรือส่งเสริม นโยบายของรัฐหรือองค์การที่จะกระทำการ โจมตีเช่นนั้น

(บี) การทำลายล้าง ให้ความความร่วมมือถึงการกำหนดเงื่อนไขโดยเจตนาให้มีผลร้ายต่อการดำรงชีวิต เช่น การทำให้ไม่สามารถเข้าถึงอาหารและสิ่งเห็นได้ว่าจะนำไปสู่การทำลายส่วนหนึ่งของประชากร

(ซี) การเอาคนลงเป็นทาส หมายถึง การใช้อำนาจใดใดหรืออำนาจทั้งหมดที่ติดอยู่กับสิทธิความเป็นเจ้าของในตัวบุคคลและรวมทั้งการใช้ อาจเช่นนั้นในกระบวนการลักลอบค้าบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งสตรีและเด็ก

(ดี) การเนรเทศหรือการบังคับโยกย้ายประชากร หมายถึงการบังคับให้บุคคลที่เกี่ยวข้องต้องพลัดถิ่นจากพื้นที่ซึ่งบุคคลนั้นอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการขับไล่หรือวิธีการบีบบังคับอื่น โดยปราศจากมูลเหตุที่อนุญาตให้ทำได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

(อี) การทรมาน หมายถึง การเจตนาก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างรุนแรงหรือความทุกข์ทรมาน ไม่ว่าทางกายหรือจิตใจต่อบุคคลซึ่งถูกคุมขังหรือภายใต้การควบคุมของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทรมาน แต่การทรมานนั้นไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดจากการลงโทษตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษนั้นหรือจากผลของการลงโทษก็ตาม

(เอฟ) การบังคับให้ตั้งครรภ์ หมายถึง การกักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เพื่อบังคับให้หญิงตั้งครรภ์โดยมีเจตนาที่จะให้มีผลต่อองค์ประกอบทางชาติพันธุ์ของประชากรใดๆ หรือตั้งใจที่จะปฏิบัติอย่างร้ายแรงอื่นที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ คำนิยามนี้ต้องไม่นำไปตีความไม่ว่ากรณีใดๆ ที่จะให้มีผลต่อกฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวกับการตั้งครรภ์

(จ) การรังควาน หมายถึง การลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเจตนาและรุนแรง โดยขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเหตุผลของความเป็นเอกลักษณ์ของกลุ่มหรือหมู่คณะ

(เอช) อาชญากรรมอันเป็นการเหยียดผิว หมายถึงการกระทำอย่างไร่มนุษยธรรมที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับที่อ้างในวรรคแรกซึ่งกระทำขึ้นในบริบทของระบบที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อการกดขี่และครอบงำอย่างเป็นระบบโดยกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งเหนือกลุ่มเชื้อชาติอีกกลุ่มหนึ่งหรือหลายคนและกระทำโดยมีเจตนาที่จะคงไว้ซึ่งระบบนั้น

(ไอ) การบังคับให้บุคคลหายสาบสูญ หมายถึง การจับ การคุมขังหรือการลักพาตัวบุคคล โดยการสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยาย หรือการให้อำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่งหรือองค์การทางการเมืององค์กรใดองค์หนึ่งและต่อมาปฏิบัติหรือจะรับทราบถึงการเพิกถอนเสรีภาพนั้นหรือปฏิบัติที่จะให้ข้อสนเทศเกี่ยวกับชะตากรรมหรือแหล่งที่อยู่ของบุคคลเหล่านี้ ด้วยเจตนาที่จะนำบุคคลเหล่านี้่ออกมาจากการคุ้มครองของกฎหมายเป็นระยะเวลานานติดต่อกัน

3. เพื่อความมุ่งประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรม เป็นที่เข้าใจว่า เพศหมายถึง สองเพศคือหญิงและชาย ภายในบริบทของสังคม คำว่าเพศมิได้ระบุถึงความหมายอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวมาแล้ว”

เมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไขทางประวัติศาสตร์แล้ว การใช้คำว่า “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” นั้นได้ใช้มานานหลายศตวรรษแล้วซึ่งแตกต่างจากคำว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ได้กล่าวแล้ว แต่อย่างไรก็ตามคำว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในสมัยใหม่ ในช่วงปี ค.ศ.1915 การฆ่าคนจำนวนมากของตุรกีต่อชาวอาร์มีเนียได้รับคำตำหนิจากประชาคมโลกอย่างรุนแรงในฐานะที่เป็นการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและได้มีการเรียกร้องให้มีการหาผู้รับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ตามภายหลังจากการเจรจาสงครามสงบลงแล้ว ปรากฏว่าได้มีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมและไม่มีการดำเนินคดีทั้งในระดับรัฐและในระดับระหว่างประเทศแต่อย่างใด ต่อมาคำว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ปรากฏอีกครั้งในการดำเนินคดีภายในศาลนูเรมเบิร์ก ซึ่งการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติถือเป็นหนึ่งในสามประเภทที่ศาลนูเรมเบิร์กมีเขตอำนาจในการดำเนินคดี ซึ่งในครั้งนั้นปัญหาในเรื่อง “กฎหมายไม่ส่งผลย้อนหลัง” (Retroactivity) ก็ถูกเสนอขึ้นมาแต่อย่างไรก็ตามด้วยความร้ายแรงของอาชญากรรมที่ก่อขึ้นนี้ ข้ออ้างดังกล่าวจึงถูกปฏิเสธไม่ได้รับการยอมรับ ในปี ค.ศ.1945 เป็นการยากอย่างยิ่งที่จะดำเนินคดีกับผู้ก่ออาชญากรรมนาซีที่ก่อคดี อาชญากรรมภายในเขตอำนาจรัฐของตนกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีเงื่อนไขในการให้

ดำเนินคดีกับบุคคลภายในเขตอำนาจรัฐ จึงทำให้ขาดจุดเชื่อมโยงที่จะนำบุคคลที่ก่ออาชญากรรมร้ายแรงเหล่านี้มาดำเนินคดีภายใต้เงื่อนไขของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศได้ด้วยข้อจำกัดแบบนี้จึงให้นักกฎหมายต่างๆ ได้มาประชุมกันในปี ค.ศ.1943 - 1944 เพื่อหามาตรการทั้งหลายเพื่อจะดำเนินคดีกับผู้ก่ออาชญากรรมเหล่านี้ หลายฝ่ายเห็นว่าการกระทำของรัฐบาลนาซีที่กระทำต่อคนเยอรมันหากให้ดำเนินคดีในเขตอำนาจรัฐของประเทศเยอรมันแล้วอาจไม่มีความน่าเชื่อถือ ประกอบกับกลุ่มองค์กรอิสระชาวยิวได้กดดันเรื่องนี้อย่างมากมหาศาล ทำให้แนวความคิดในการดำเนินคดีภายในเขตอำนาจรัฐของประเทศนั้นๆ ภายใต้บริบทของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้เปลี่ยนแปลงไป⁵³

ภายใต้บทบัญญัติตามข้อ 7 แห่งธรรมนูญกรุงโรมได้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของการให้ความหมายของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยตามความในข้อ 7 แห่งธรรมนูญกรุงโรมได้เริ่มต้น ด้วยการกล่าวว่า “สำหรับจุดมุ่งหมายในธรรมนูญนี้ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติหมายถึงการกระทำใดๆ ก็ตามที่ก่อขึ้นในบางส่วนของกระบวนการกระทำที่ขยายออกไปหรือการกระทำที่เป็นระบบในการโจมตีโดยตรงต่อกลุ่มประชาชนพลเรือนโดยทราบถึงการโจมตีนั้น” เช่นเดียวกันกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การกระทำในข้อ 7 นี้ต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษดังที่ได้กล่าวแล้วในเรื่องการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ประเด็นในเรื่องการโต้แย้งในเรื่องการให้ความหมายของการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำอย่างกว้างขวางหรือการกระทำที่เป็นระบบ (**widespread or systematic attack**) ซึ่งมีข้อเสนอก่อนแล้วว่าต้องให้เป็น การกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่ขยายออกไปหรือการกระทำที่เป็นระบบ แต่อาจทำให้ความหมายผิดเพี้ยนไปได้ เนื่องจากตามความในข้อ 8 นั้นให้ความหมายของคำว่า “การโจมตี” (attack) หมายความว่า วิธีการในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับภารกิจทั้งหลายของการกระทำที่ดำเนินการต่อประชาชนพลเรือนดังนั้นแล้วความหมายของการโจมตี จึงเป็นไปได้ทั้งในเรื่องที่การกระทำที่ขยายออกไปหรือการกระทำที่เป็นระบบและการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยตรงต่อประชาชนซึ่งแตกต่างจากอาชญากรรมสงคราม (War Crimes) ซึ่งเป้าหมายอาจเป็นไปได้ทั้งในกรณีที่เป็นเป้าหมายทางทหารหรือเป้าหมายในทางพลเรือน ดังนั้นแล้วการโจมตีในความหมายของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่จำเป็นต้องเป็นเป้าหมายในทางทหารเท่านั้นและการโจมตีหมายความว่ารวมถึงการทำให้บรรลุผลใดๆ โดยการชักจูงหรือส่งเสริมของรัฐหรือองค์กรที่ออกนโยบายใดๆ เพื่อให้เกิดการโจมตีนั้นด้วย จากกรณีนี้ทำให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติอาจเกิดขึ้นได้โดยองค์ภาวะที่ไม่ใช่รัฐ (Non - State Actors) และในที่สุดแล้วผู้กระทำความผิดต้องรู้ถึงการโจมตีดังกล่าว ดังนั้นแล้วปัจเจกบุคคลผู้ซึ่งมีส่วนร่วมในการก่อ

⁵³ *supra* note 25. pp. 41 - 50.

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติแต่ไม่ทราบถึงส่วนหนึ่งส่วนใดในการกระทำที่ขยายออกไปหรือการกระทำที่เป็นระบบต่อประชาชนพลเรือนอาจจะมีคามผิดในเรื่องอาชญากรรมสงคราม แต่ตามบทบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมนี้ไม่ถือว่าเป็นความผิดที่เป็นต่อมนุษยชาติ แต่อย่างไรก็ตามความผิดที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้ไม่จำเป็นว่าต้องรู้ในลักษณะของการโจมตีในแผนการทั้งหมดหรือทราบนโยบายหรือองค์การทั้งหมด⁵⁴

ในข้อ 7 แห่งธรรมนูญกรุงโรมนี้ ในวรรคแรกได้แบ่งอาชญากรรมต่อมนุษยชาติออกเป็น 11 ประเภท ซึ่งมากกว่าคดีนูเรมเบิร์กที่ถูกมองว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีอยู่น้อยเกินไป อาชญากรรมทั้ง 11 ประเภทได้แก่ 1)อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเรื่องการฆาตกรรม (murder), 2) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเรื่องการทำลายล้าง (Extermination), 3) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเรื่องการเอาคนลงเป็นทาส (Enslavement), 4) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเรื่องการเนรเทศหรือการใช้กำลังบังคับให้เคลื่อนย้ายประชากร (Deportation or forcible transfer of population), 5) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเรื่องการกักขังหรือการใช้ความรุนแรงต่อเสรีภาพทางร่างกาย (imprisonment or other severe deprivation of physical liberty), 6) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเรื่องทรมาน (Torture), 7) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเรื่องข่มขืน (Rape), 7) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเรื่องการบังคับค้าประเวณี (enforced prostitution), 8) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเพื่อทำคนให้เป็นหมันในการบำรุงพันธุ์มนุษย์ (enforced sterilization), 9) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเรื่องการใช้ความรุนแรงทางเพศ (Sexual violence), 10) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เรื่องการประหัตประหารชีวิต (persecution), 11) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในเรื่องการลักพาหรือทำให้บุคคลสาบสูญ (enforced disappearance of person) ซึ่งเราจะสังเกตได้ว่าตามลักษณะ อาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้ได้แบ่งอาชญากรรมโดยพิจารณาในเรื่อง “เพศ” นั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ผู้หญิงและผู้ชาย ซึ่งไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในสังคม ซึ่งประเด็นนี้จึงมีการกล่าวถึงกันในการประชุมที่กรุงปารีส⁵⁵

โดยสรุปแล้วอาชญากรรมต่อมนุษยชาติแล้วในมุมมองของกฎหมายอาญานั้นคือการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหลักสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและมักจะอยู่ในรูปแบบของการกระทำโดยรัฐซึ่งหากพิจารณาจากการกระทำที่ผ่านมารัฐได้ก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติหลายครั้ง เช่น รัฐบาลในประเทศตะวันตกได้ก่ออาชญากรรมในลักษณะดังกล่าวต่อประเทศในอาณานิคม โดยการกระทำคามผิดมักจะทำการ โจมตีอย่างร้ายแรงต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการทำลาย

⁵⁴ *supra* note 25. pp. 41 - 50.

⁵⁵ *supra* note 25. pp. 41 - 50.

ล่างอย่างรุนแรงหรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁵⁶

(3) อาชญากรรมสงคราม

ตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 8 อาชญากรรมสงคราม กำหนดว่า

“1. ให้ศาลมีเขตอำนาจเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม โดยเฉพาะเมื่อได้กระทำขึ้น โดยเป็นส่วนหนึ่งของแผนการหรือนโยบาย หรือเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชญากรรม เช่นว่าขนาดใหญ่

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของธรรมนูญศาลฯ นี้ อาชญากรรมสงคราม หมายถึง

(เอ) การละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญากรุงเจนีวาฯ ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1940 ซึ่งได้แก่การกระทำใดๆ ต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเจนีวาฯ ฉบับที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

(i) การฆ่าโดยเจตนา

(ii) การทรมานหรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมรวมทั้งการทดลอง

ทางชีววิทยา

(iii) การกระทำโดยเจตนาให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างสาหัสหรือทำ

อันตรายแก่ร่างกาย หรือสุขภาพ อย่างร้ายแรง

(iv) การทำลายและริบทรัพย์สินอย่างกว้างขวาง โดยไม่มีความจำเป็น

ทางทหารและได้กระทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายและโดยไม่เลือกเป้าหมาย

(v) การบังคับเชลยศึกหรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองอื่นให้ปฏิบัติ

ทำหน้าที่ในกองกำลังของฝ่ายปฏิปักษ์

(vi) การกระทำโดยรู้สึกรให้เชลยศึกหรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง

ไม่ได้รับสิทธิในการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมและโดยปกติ

(vii) การเนรเทศหรือการโยกย้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกักขัง

โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(viii) การจับไปเป็นตัวประกัน

(บี) การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับ

ในการจัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ ภายในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่การกระทำดังต่อไปนี้

(i) การสังเิมติโดยเจตนาต่อประชากรพลเรือนโดยรวมหรือพล

⁵⁶ M. Cherif Bassiouni. *International Crimes and other Gross Human Rights Violations*. (2008).

เรือนเป็นรายบุคคล ซึ่งมีได้มีส่วนใดความเป็นประปักษ์โดยตรง

(ii) การสังโฆติโดยเจตนาต่อวัตถุทางพลเรือน กล่าวคือ วัตถุที่มีได้เป็นเป้าหมายทางทหาร

(iii) การสังโฆติโดยเจตนาให้โฆติต่อพนักงาน สิ่งติดตั้งวัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะที่ใช้ในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม

(iv) การสังโฆติโดยเจตนาให้โฆติโดยรู้ว่า การโฆติเช่นว่าจะยังผลให้เกิดความสูญเสียต่อชีวิต หรือการบาดเจ็บของพลเรือนหรือเกิดความเสียหายในวงกว้างในระยะยาว และอย่างร้ายแรงต่อสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติซึ่งเห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำเกินความจำเป็นเมื่อเปรียบเทียบกับความได้เปรียบทางทหารที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและโดยตรงอันได้คาดหมายไว้

(v) การโฆติ หรือการทิ้งระเบิด ไม่ว่าจะโดยวิธีใด ต่อเมือง หมู่บ้านที่อยู่อาศัยหรือสิ่งก่อสร้าง ซึ่งไม่มีการป้องกันและมีเป้าหมายทางทหาร

(vi) การฆ่าหรือการทำให้พลรบที่ได้วางอาวุธของตนหรือไม่มีทางต่อสู้ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บ

(vii) การใช้ขงพักรบชั่วคราว ขง หรือเครื่องหมายหรือแบบทางทหารของฝ่ายประปักษ์หรือของสหประชาชาติ รวมทั้งสัญลักษณ์ที่เด่นชัดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวาฯ โดยมีขอบอันเป็นผลให้บุคคลเสียชีวิตหรือบาดเจ็บสาหัส

(viii) การโยกย้ายประชากรพลเรือนของฝ่ายที่ยึดครองบางส่วนเข้าไปในดินแดนที่ตนเองยึดครองทั้งโดยตรงและอ้อม หรือการเนรเทศหรือโยกย้ายประชากรพลเรือนของดินแดนที่ถูกยึดครองทั้งหมดหรือบางส่วนภายในหรือภายนอกดินแดนนี้

(ix) การสังโฆติโดยเจตนาให้โฆติต่อสิ่งก่อสร้างซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล และสถานที่ซึ่งเป็นที่รวมของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสิ่งก่อสร้างนี้มีได้มีเป้าหมายทางทหาร

(x) การทำให้บุคคลของฝ่ายตรงกันข้ามซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของตนถูกตัดทอนอวัยวะของร่างกายหรือใช้ในการทดลองทางการแพทย์หรือการทดลองทางวิทยาศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็นประเภทใด โดยปราศจากเหตุผลอันควรทางด้านทางการแพทย์ การทัณทกรรม หรือการรักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าว และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของบุคคลนั้นและเป็นสาเหตุที่ทำให้ถึงแก่ความตาย หรือก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของบุคคลนั้น

(xi) การฆ่าหรือทำให้บุคคลที่เป็นคนชาติ หรืออยู่ในกองทัพของฝ่ายประปักษ์ได้รับบาดเจ็บโดยไม่ปราณี

- (xii) การประกาศว่าจะไม่มีการไว้ชีวิต
- (xiii) การทำลายหรือยึดทรัพย์สินของฝ่ายปรปักษ์เว้นแต่การทำลายและยึดเช่นนั้นเป็นสิ่งบังคับให้ต้องกระทำโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้เนื่องจากเป็นความจำเป็นในการทำสงคราม
- (xiv) เป็นการประกาศยกเลิก ระวัง หรือให้ศาลยุติธรรมไม่รับคดีไว้พิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและการกระทำของชนชาติของฝ่ายปรปักษ์
- (xv) การบังคับให้คนชาติของฝ่ายปรปักษ์เข้าร่วมในการทำสงครามโดยตรงกับประเทศของตนเอง แม้ว่าบุคคลเหล่านั้นได้รับการใช้ประเทศคู่สงครามก่อนมีการเริ่มสงครามก็ตาม
- (xvi) การปล้นสดมภ์เหมือง หรือสถานที่ แม้ว่า จะกระทำในขณะที่เข้าโจมตี
- (xvii) การใช้ยาพิษหรืออาวุธที่เป็นพิษ
- (xviii) การใช้แก๊สที่ทำให้หายใจไม่ได้ แก๊สพิษ หรือแก๊สอื่นๆ และของเหลว วัสดุหรือเครื่องมือทั้งหมดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน
- (xix) การใช้กระสุนซึ่งขยายหรือแผ่กระจายได้ง่ายในร่างกายมนุษย์ เช่น กระสุนที่มีเปลือกแข็งแต่ไม่ครอบคลุมแกนในทั้งหมดหรือกระสุนที่มีการเจาะรู
- (xx) การใช้อาวุธ อาวุธ โพรเจกไทล์และวัสดุและวิธีการในการทำสงคราม ซึ่งมีลักษณะก่อให้เกิดการบาดเจ็บอันควรหรือความทุกข์ทรมานที่เกินจำเป็น หรือซึ่งโดยตัวของมันไม่เลือกเป้าหมาย อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการจำกัดด้วยอาวุธ ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่าอาวุธ โพรเจกไทล์และวัสดุ และวิธีการทำสงครามดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด และได้รวมอยู่ในภาคผนวกของธรรมนูญสากลฯ นี้โดยผลของการแก้ไขเพิ่มเติมตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 121 และข้อ 123
- (xxi) การเหยียดหยามศักดิ์ศรีของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำให้อับอายและการย้ายยศศักดิ์ศรี
- (xxii) การข่มขืนกระทำชำเรา การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็น โสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 7 วรรค 2 (จี) การบังคับให้ทำหมัน หรือรูปแบบอื่นของการกระทำรุนแรงทางเพศ ซึ่งก่อให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อมนุษยธรรมอันสูงส่ง
- (xxiii) การใช้การมีอยู่ของพลเรือนหรือบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองเพื่อให้จุดบางจุด พื้นที่บางพื้นที่ หรือกองกำลังทหาร หรือกองกำลังทหารบางส่วนได้รับ

ความคุ้มกันจากการปฏิบัติทางทหาร

(xxiv) การสั่งโดยเจตนาให้โจมตีต่อสิ่งก่อสร้าง วัสดุ หน่วยทางการแพทย์ และยานพาหนะและพนักงานที่ใช้สัญลักษณ์ที่เด่นชัดของอนุสัญญากรุงเจนีวาฯ โดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

(xxv) การเจตนาใช้ความอดยากของพลเรือน เป็นวิธีในการทำสงคราม โดยการทำให้พลเรือนเหล่านั้น ไร้ซึ่งวัตถุที่จำเป็นต่อการอยู่รอด ซึ่งรวมถึงการมีเจตนาขัดขวางการส่งสิ่งของบรรเทาทุกข์ตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวาฯ

(xxvi) การเรียกเกณฑ์หรือการจี้รับบัญชีเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี เข้าร่วมในกองทัพแห่งชาติหรือการใช้เด็กเหล่านี้ให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์

(ซี) ในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ซึ่งได้แก่ การกระทำใดดังต่อไปนี้ที่ได้กระทำต่อบุคคลที่มีได้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์รวมทั้งบุคคลในกองทัพได้วางอาวุธของตน และผู้ที่ออกจากการสู้รบเนื่องจากป่วยไข้ หรือถูกคุมขังหรือสาเหตุอื่น

(i) การกระทำรุนแรงต่อชีวิตและร่างกาย โดยเฉพาะการฆ่าทุกรูปแบบ การตัดทอนอวัยวะ การปฏิบัติที่โหดร้ายและการทรมาน

(ii) การเหยียดหยามศักดิ์ศรีของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำให้อับอาย และการปฏิบัติที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

(iii) การจับไปเป็นตัวประกัน

(iv) การกำหนดโทษและการดำเนินการประหารชีวิต ซึ่งปราศจากคำพิพากษาก่อน โดยศาลซึ่งจัดขึ้นตามปกติ ซึ่งให้หลักประกันทั้งปวงทางด้านความยุติธรรมอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าขาดไม่ได้

(ค) ให้ใช้วรรค 2 (ซี) บังคับกับการขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ และดังนั้นจึงไม่ใช้กับกรณีของสถานการณ์ไม่สงบและไม่ใช้กับสถานการณ์ตั้งเครียดภายในประเทศ เช่น การจลาจล การกระทำรุนแรงที่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นกรณีไป และเป็นครั้งคราว หรือการกระทำอื่นที่เป็นลักษณะคล้ายคลึงกัน

(อ) การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับกับการขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่ในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้ว ได้แก่ กระทำดังต่อไปนี้

(i) การสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อประชากรพลเรือนโดยรวม หรือพล

เรือนเป็นรายบุคคลที่มีได้มีส่วนในความเป็นปรีภักย์โดยตรง

(ii) การสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อสิ่งก่อสร้างวัสดุ หน่วยทางการแพทย์ และยานพาหนะและพนักงานซึ่งใช้สัญลักษณ์ที่เด่นชัดของอนุสัญญาเจนีวาฯ โดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

(iii) การสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อพนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะที่ใช้ในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม หรือภารกิจการรักษาสันติภาพตามกฎบัตรสหประชาชาติ ตราบเท่าที่พนักงานหรือสิ่งเหล่านี้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองที่มีพลเรือนหรือวัตถุทางพลเรือนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการจำกัดกันด้วยอาวุธ

(iv) การสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อสิ่งก่อสร้างซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล และสถานที่ซึ่งเป็นที่รวมของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าสิ่งก่อสร้างเหล่านี้มิได้มีเป้าหมายทางทหาร

(v) การปล้นสะดมเมือง หรือสถานที่ แม้ว่าจะกระทำในขณะที่เข้าโจมตี

(vi) การข่มขืนกระทำชำเรา การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ ตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 7 วรรค (จ) การบังคับให้ทำหมัน หรือรูปแบบอื่นของกระทำรุนแรงทางเพศซึ่งก่อให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญากรุงเจนีวาฯ ทั้งสี่ฉบับ

(vii) การเรียกเกณฑ์หรือการขึ้นบัญชีเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี เข้าร่วมในกองทัพแห่งชาติหรือการใช้เด็กเหล่านี้ให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปรีภักย์

(viii) การสั่งให้มีการโยกย้ายประชากรพลเรือนด้วยเหตุที่เกี่ยวกับความขัดแย้ง เว้นแต่ในกรณีที่ทำให้เพื่อความปลอดภัยของพลเรือนเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือเหตุผลด้านความจำเป็นทางการทหารบังคับ

(ix) การฆ่าหรือการทำให้พบบรรพฝ่ายปรีภักย์ได้รับบาดเจ็บโดยไม่ปราณีต่อบุคคลที่เป็นฝ่ายชาติศัตรูที่อยู่ในกองทัพ

(x) การประกาศว่าจะไม่มีการไว้ชีวิต

(xi) การทำให้บุคคลของฝ่ายตรงกันข้ามซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของตนถูกตัดทอนอวัยวะของร่างกายหรือใช้ในการทดลองทางแพทย์ หรือการทดลองทางวิทยาศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็ประเภทใด โดยปราศจากเหตุผล อันควรทางด้านทางการแพทย์ การทันตกรรมหรือการให้รักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าว และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของบุคคลอย่างร้ายแรง

(xii) การทำลายหรือการยึดทรัพย์สินของฝ่ายปรีภักย์ เว้นแต่การทำลาย

และการยึดเชนนั่นเป็นสิ่งที่บังคับให้ต้องกระทำโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้เนื่องจากเป็นความจำเป็นใน ความขัดแย้ง”

(จ) ให้ใช้วรรค 2 (อี) บังคับกับการขัดกันด้วยอาวุธที่มีใช้ลักษณะระหว่าง ประเทศ และ ดังนั้น จึงไม่ใช่บังคับกับสถานการณ์ความไม่สงบและสถานการณ์ตึงเครียด ภายในประเทศ เช่น การจลาจล การกระทำรุนแรงที่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นกรณี และเป็นครั้ง คราว หรือการกระทำอื่นในลักษณะคล้ายคลึงกัน วรรคนี้ใช้บังคับกับความขัดกันด้วยอาวุธที่เกิดขึ้น ในดินแดนของรัฐที่มีการขัดกันด้วยอาวุธอย่างยืดเยื้อระหว่างหน่วยงานของรัฐบาลกับกลุ่ม ตัดอาวุธซึ่งได้รับการจัดตั้งอย่างเป็นระบบหรือระหว่างกลุ่มเช่นว่านั้น

3. ไม่มีควมใดในวรรค 2 (ซี) และ (อี) จะมีผลต่อความรับผิดชอบของรัฐบาล ที่จะคงไว้หรือนำกลับคืนมาซึ่งความสงบและเรียบร้อยของรัฐ หรือป้องกันความเป็นเอกภาพและ บูรณาภาพแห่งดินแดนของรัฐ โดยวิธีการที่ชอบธรรมทั้งปวง.

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมสงคราม (War Crime) ซึ่งถือว่าเป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่งที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เก่าแก่ที่สุด ยิ่งกว่านั้น ได้มีการดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามเป็นครั้งแรกตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในช่วงต้นทศวรรษที่ 1920 การดำเนินคดีเกิดขึ้นที่ไลพ์ซิก (Leipzig) ตามบทบัญญัติในข้อ 220 - 230 แห่งอนุสัญญา สันติภาพแวร์ซายส์ (the Treaty of Versailles) ซึ่งเป็นการดำเนินคดีกับทหารชาว เยอรมันที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม ส่วนพื้นฐานในกฎหมายระหว่าง ประเทศที่แสดงให้เห็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามนั้นปรากฏให้เห็นในการประชุมที่ กรุงเฮก ในปี ค.ศ.1907 (the 1907 Hague Convention IV) แต่อย่างไรก็ตามในขณะนั้นตั้งแต่ยังไม่มี แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบปัจเจกบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และต่อมากำว่า อาชญากรรมสงครามได้ไปปรากฏอีกครั้งในบทบัญญัติของศาลนูเรมเบิร์กและสี่ปีต่อมาจึงได้ ปรากฏอีกครั้งในอนุสัญญาสี่ฉบับในการประชุมที่กรุงเจนีวาปี ค.ศ.1949 (the four Geneva Conventions of 1949) แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวเป็น บทบัญญัติที่คำนึงถึงอาชญากรรม สงครามเฉพาะเรื่องที่เป็นความขัดแย้งทางทหารตามธรรมชาติ ของเรื่องระหว่างประเทศ⁵⁷

จนกระทั่งในกลางทศวรรษที่ 1990 เกิดความสับสนในขอบเขตความรับผิดชอบ อาชญากรรมระหว่างประเทศในเรื่องอาชญากรรมสงคราม เนื่องจากกฎเกณฑ์ที่กล่าวไว้ข้างต้นมี ความแตกต่างกันและต่อมาแนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบในเรื่องการกระทำอาชญากรรม ระหว่างประเทศนั้นปรากฏในธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับ

⁵⁷ *supra* note 25, pp. 51- 65.

บุคคลที่กระทำความผิดในยูโกสลาเวียเดิม ในปี ค.ศ.1993 ส่วนในข้อ 8 แห่งธรรมนูญกรุงโรมนั้น ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ยาวที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับกฎบัตรนูเรมเบิร์กและอนุสัญญากรุงเจนีวา เนื่องจากในธรรมนูญกรุงโรมนี้ได้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการในความหมายของอาชญากรรมสงครามที่เคยมีมาก่อน และแสดงให้เห็นถึงอาชญากรรมสงครามนั้นครอบคลุมถึงช่วง ที่ไม่มีความขัดแย้งทางทหารระหว่างประเทศด้วย โดยข้อ 8 แบ่งออกเป็นสี่ประเภทโดยสอง ประเภทแรกเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความขัดแย้งทางทหารระหว่างประเทศ ส่วนอีกสองประเภทหลัง เป็นอาชญากรรมสงครามที่ไม่เกี่ยวกับความขัดแย้งทางทหารระหว่างประเทศ ไม่เฉพาะรายละเอียดที่ปรากฏเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามอย่างมากมาเท่านั้น แต่รูปแบบและการระบุนาอาชญากรรม สงครามประเภทต่างๆ ยังมีความยากในการประเมินว่าเป็นอาชญากรรมสงครามประเภทใดด้วยซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการตีความอีกด้วย⁵⁸

(4) อาชญากรรมรุกราน

ตามธรรมนูญกรุง โรมฯ เดิมนั้นไม่ได้มีปรากฏในเรื่องอาชญากรรมรุกราน แต่ต่อมาตามข้อมติที่ RC/Res.3 ลงวันที่ 11 มิถุนายน 2510 ได้แก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญกรุงโรม โดยกำหนดว่า

“1. สำหรับเป้าหมายของธรรมนูญกรุง โรมในเรื่องอาชญากรรมรุกราน หมายถึงการวางแผน การเตรียมการ การยุยงส่งเสริมหรือการดำเนินการโดยผู้ที่มีตำแหน่งที่สามารถใช้อำนาจ ได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือมีการสั่งการทางการเมืองหรือการดำเนินการทางทหารของรัฐ ในการกระทำการรุกรานโดยพิจารณาจากลักษณะ ความรุนแรงและขนาด การก่อให้เกิดความรุนแรงอย่างชัดเจนตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ

2. สำหรับวัตถุประสงค์ตามวรรค 1 นี้ อาชญากรรมรุกราน หมายถึง การใช้กำลังของกองทัพโดยรัฐต่ออำนาจอธิปไตย รัฐที่มีการผนวกรวมดินแดนหรือรัฐที่มีความอิสระทางการเมืองหรือรัฐอื่น หรือที่ปรากฏตามกฎบัตรสหประชาชาติ โดยการกระทำดังกล่าวนี้ไม่จำเป็นต้องมีการประกาศสงครามตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติข้อ 3314 (XXIX) ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ.1974 โดยการกระทำรุกรานมีคุณสมบัติดังนี้

(เอ) การรุกรานหรือการ โจมตีโดยกองกำลังของรัฐที่มีดินแดน โดยรัฐอื่นหรือการครอบครองทางทหารใดๆ อย่างไรก็ตามการรวมถึงดำเนินการชั่วคราว ผลลัพธ์จากการรุกรานหรือการ โจมตี หรือการผนวกรวมโดยกองกำลังของรัฐดินแดนของรัฐอื่นหรือบางส่วน

(บี) การทิ้งระเบิดโดยกองกำลังของรัฐในดินแดนหรือดินแดนอื่นหรือโดย

⁵⁸ *supra* note 25, pp. 51- 65.

ใช้อาวุธใดๆ โดยรัฐต่อดินแดนของรัฐหรือรัฐอื่น

(ซี) การปิดกั้นท่าเรือหรือชายทะเลของรัฐ โดยกองกำลังของรัฐอื่น

(ดี) การโจมตีโดยใช้กองกำลังของรัฐบนพื้นดิน ชายทะเล หรือทางอากาศ หรือกองทัพเรือหรือทางอากาศของรัฐอื่น

(อี) การใช้กองกำลังของรัฐหนึ่งภายในดินแดนของรัฐอื่นด้วยความยินยอมของรัฐที่ให้ความยินยอม โดยก่อให้เกิดเงื่อนไขสำหรับข้อตกลงหรือการขยายในดินแดนนอกเหนือขอบเขตที่ตกลงกัน

(เอฟ) การกระทำของรัฐที่อนุญาตให้ใช้ดินแดน โดยไม่ได้รับการอนุญาตของรัฐอื่น โดยการใช้ของรัฐอื่นในการเตรียมการรุกรานต่อรัฐที่สาม

(จี) การส่งหรือการกระทำเพื่อประโยชน์ของรัฐ โดยกลุ่มกองกำลัง กลุ่มอย่างไม่เป็นทางการหรือทหารรับจ้างเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการใช้กำลังต่อรัฐอื่นด้วยความรุนแรงเช่นเดียวกันกับที่ได้กล่าวข้างต้น

ในปี ค.ศ. 1946 นั้นซึ่งเป็นเวลาที่ได้มีคำตัดสินในศาลอนุกรมเบิร์ก หน่วยที่ 1 ของสหประชาชาติที่ได้ดำเนินการและตามข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 95 (ไอ) ที่ยืนยันตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งประกอบไปด้วยทั้งกฎบัตรลอนดอนและคำตัดสินของศาลอนุกรมเบิร์กที่ได้แสดงให้เห็นถึงความต้องการที่จะทำให้เกิดหลักการของการกระทำความผิดต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติเป็นประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 1950 ได้มีการนำหลักการอาชญากรรมต่อสันติภาพซึ่งนำมาจากกฎบัตรลอนดอนแต่ไม่ได้ระบุถึงเรื่องสงครามของการรุกราน โดยในปีต่อมาได้มีการร่างประมวลการกระทำความผิดต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติซึ่งได้ระบุถึงการกระทำรุกรานใดๆ ด้วย ต่อมาในวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1974 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 3314 โดยให้คำนิยามของการรุกรานไว้ด้วย ซึ่งกลายเป็นคำนิยามในการกำหนดคำว่า อาชญากรรมรุกราน โดยให้คำนิยามไว้ว่า

“การกระทำรุกรานคือการใช้กำลังทางทหารโดยรัฐต่อรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย รัฐที่ผนวกดินแดนหรือรัฐที่มีความอิสระทางการเมือง หรือตามลักษณะที่ได้ปรากฏตามกฎบัตรสหประชาชาติ”

ส่วนในคำนิยามของคำว่าอาชญากรรมรุกรานตามธรรมนูญกรุงโรมนั้นในตอนแรกของการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้กล่าวถึงเรื่องอาชญากรรมรุกรานไว้เนื่องจากสภาพปัญหาเกี่ยวกับการไม่สามารถให้ข้อตกลงเกี่ยวกับคำนิยามของอาชญากรรมรุกรานได้ หลังจากปรับใช้ธรรมนูญกรุงโรมแล้ว คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศได้เตรียมการในเรื่องเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมาย

ลักษณะพยาน องค์ประกอบของอาชญากรรม ความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับสหประชาชาติ และข้อเสนอเกี่ยวกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการรุกรานที่ได้รับการยอมรับในที่ประชุมของรัฐภาคีของศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยในปี ค.ศ.2002 คณะกรรมการเตรียมการได้ปรับใช้เอกสารเหล่านี้ แต่ยังไม่ได้นำมาดำเนินการในกรณีของอาชญากรรมรุกราน และต่อมาได้เป็นหน้าที่ของคณะทำงานพิเศษในการเตรียมการเพื่อถกเถียงเกี่ยวกับเรื่องการรุกรานจนกระทั่งในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.2009 คณะกรรมการได้กำหนดบทบัญญัติเรื่องอาชญากรรมรุกรานลงไปในธรรมนูญกรุงโรม⁵⁹

(5) อาชญากรรมประเภทอื่น

นอกจากศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำ ความผิดที่เป็น อาชญากรรมระหว่างประเทศที่กล่าวถึงข้างต้นแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศยังมีเขตอำนาจเหนือ การกระทำ ความผิดอาญาที่เรียกว่า “การกระทำ ความผิดที่เป็น การขัดขวาง กระบวนการยุติธรรม” (offence against the administration of Justice) ซึ่งเป็นความผิดที่เกิดขึ้นใน ความสัมพันธ์กับเหตุก่อนการดำเนินคดีในชั้นศาล ในธรรมนูญกรุงโรมได้ระบุถึงการกระทำ ความผิดที่เกิดขึ้นโดยตั้งใจ ในเรื่องการให้การเป็นพยานเท็จหรือเรื่องการแสดงพยานหลักฐานโดย รู้อยู่แล้วว่าเป็น พยานหลักฐานเท็จ รวมทั้งการใช้อิทธิพลและการใช้อำนาจในการแทรกแซงต่อ พยาน, การทุจริตคอร์รัปชันหรือรับสินบนของเจ้าหน้าที่ศาล ศาลสามารถลงโทษจำคุกได้สูงสุดห้าปี และมีโทษ ปรับตามดุลยพินิจ

รัฐภาคีมีพันธกรณีผูกพันที่จะต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในเรื่อง อาชญากรรมที่เป็น การกระทำ ความผิดที่เป็น การขัดขวางกระบวนการยุติธรรมเช่นเดียวกันกับ ความผิดอาญาที่เกิดขึ้น ภายในเขตอำนาจรัฐของตนและศาลมีสภาพบังคับหรือระงับความประพฤติ ที่มีขอบเหล่านี้ เช่นการ ขัดขวางกระบวนการพิจารณาคดีต่างๆ นอกจากนี้แล้วอาชญากรรมระหว่าง ประเทศอื่นๆ ยัง ประกอบไปด้วยอาชญากรรมระหว่างประเทศอีกหลายเรื่อง เช่น อาชญากรรม การรุกราน, อาชญากรรมทรมาน และการก่อการร้าย⁶⁰

เหตุผลที่อาชญากรรมบางอย่างไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรม เช่น อาชญากรรมก่อการร้ายนั้นเนื่องจากประชาคมระหว่างประเทศไม่สามารถให้คำนิยามของคำ ว่า “การก่อการร้าย” ได้⁶¹

⁵⁹ Schabas, W. A., & Bernaz, N. *Routledge Handbook of International Criminal Law*. London: Routledge, Taylor & Francis Group. 2013. pp. 155 – 168.

⁶⁰ *supra* note 25. P. 66.

⁶¹ Kriangsak Kittichaisaree. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press. 2001. pp. 227.

ดังนั้นโดยสรุปแล้วลักษณะองค์ประกอบที่สำคัญของอาชญากรรมระหว่างประเทศ สามารถสรุปได้ดังนี้คือ⁶²

ตารางที่ 2.1 ลักษณะองค์ประกอบที่สำคัญของอาชญากรรมระหว่างประเทศ

Essential elements of the four core crimes	
Genocide	<ul style="list-style-type: none"> • Specific intent to destroy a national, ethnic, racial, or religious group as such • Includes killing, causing serious bodily or mental harm, imposing conditions on group with intent to destroy, preventing births, or forcibly transferring children
Crimes against humanity	<ul style="list-style-type: none"> • Acts committed as part of a widespread or systematic attack • Directed against any civilian population • Pursuant to a government or organizational policy to commit the attack (thus not an isolated incident) • Perpetrator must have knowledge of the nature of the attack (lower intent than genocide)
War crimes	<ul style="list-style-type: none"> • Must occur during armed conflict • Does not need to be widespread or systematic, or pursuant to a government policy • Victims generally must be “protected persons,” which include civilians and surrendered troops, but not other combatants
Aggression	<ul style="list-style-type: none"> • Planning, preparation, initiation, or execution of an act of aggressive war in violation of the UN Charter • By a person who exercises control over a state’s military force • “Acts of aggression” include invasion, blockade, bombardment, or occupation

3.3 โครงสร้างของความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ก่อนที่จะทำความเข้าใจเรื่องความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้น สิ่งที่ไม่ควรมองข้ามคือการศึกษารื้อโครงสร้างความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศซึ่งถือว่าเป็นพื้นฐานที่สำคัญในการยืนยัน

⁶² Andrew Novak. *The International Criminal Court an Introduction*. Cham: Springer. 2015. p. 48.

ความผิดของผู้กระทำความผิด โดยโครงสร้างของความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁶³ประกอบไปด้วย

3.3.1 องค์ประกอบภายนอก

โดยในขั้นแรกนั้นต้องมีการตรวจสอบก่อนว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตามองค์ประกอบภายนอกของอาชญากรรม (element materiel du crime) ซึ่งรวมถึงพฤติกรรมผลของการกระทำ และการมีส่วนร่วมอื่นตามเงื่อนไขที่กำหนดในคำนิยามภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม การโจมตีต่อพลเรือนหรือในขณะที่มีความขัดแย้งโดยการใช้อาวุธจะต้องเน้นไปที่เงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญ ดังนั้นพฤติกรรมผลของการกระทำและเงื่อนไขจึงกลายเป็นจุดอ้างอิงสำหรับองค์ประกอบภายนอกของอาชญากรรม

3.3.2 องค์ประกอบทางด้านจิตใจ

องค์ประกอบทางด้านจิตใจนั้นต้องการให้ผู้กระทำความผิดที่ครบองค์ประกอบภายนอกแล้วและการกระทำนั้นต้อง “มีเจตนาและรู้” ซึ่งปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมข้อ 30 ที่กำหนดว่า

ข้อ 30 องค์ประกอบทางด้านจิตใจ

1. เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาและอาจต้องได้รับโทษสำหรับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาล เฉพาะในกรณีที่ได้กระทำการอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดโดยมีเจตนาและรู้

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ บุคคลมีเจตนา เมื่อ

(เอ) ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำ บุคคลนั้นตั้งใจที่จะเข้าร่วมในการกระทำ

(บี) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผล บุคคลนั้นตั้งใจให้เกิดผลดังกล่าวหรือรู้

สำนึกว่าผลนี้จะเกิดขึ้นเป็นปกติ

3. เพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ การรู้ หมายถึง การรู้สึกรู้ว่าสภาวะการณ์มีอยู่หรือผลจะเกิดขึ้นเป็นเหตุการณ์ปกติ “รู้” และ “โดยรู้” ต้องตีความไปตามนั้น

และสำหรับอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศความต้องการในเรื่องนี้นั้นไม่ค่อยเคร่งครัดนักแต่เน้นไปที่เงื่อนไขของกระทำมากกว่า

⁶³ Gerhard Werle. *Principle of International Criminal Law*. Cambridge: T.M.C. Asser Press.2005. pp.95 – 96.

3.3.3 ข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

ข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นการกล่าวถึงเงื่อนไขที่เกิดขึ้นว่าสามารถทำให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่ต้องรับผิดทางอาญาได้หรือไม่ ซึ่งตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท กล่าวคือ ประเภทแรกเป็นข้อยกเว้นความรับผิดให้ตามเหตุผลในเรื่องความบกพร่องทางจิตใจ การทำให้อยู่ในภาวะมีนเมา การป้องกันตนเอง จำเป็นหรือการถูกบังคับขู่เข็ญ ซึ่งถูกระบุอยู่ในข้อ 31 (1) ของธรรมนูญกรุงโรม ส่วนข้อยกเว้นเพราะการสำคัญผิดหรือการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ปรากฏอยู่ในข้อ 32 และ 33 โดยรายละเอียดในเรื่องนี้จะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 3

3.3.4 ความต้องการในการฟ้องร้องคดี

ถึงแม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะกระทำความผิดตามโครงสร้างของความรับผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศแล้วก็ตามแต่ผู้ถูกกล่าวหาอาจไม่ต้องรับผิดในทางอาญาเนื่องจากมาอุปสรรคในการฟ้องร้องคดี โดยอุปสรรคเหล่านี้เป็นปัจจัยภายนอกที่อยู่ขอบเขตของคำจำกัดความของอาชญากรรมและไม่ได้เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของอาชญากร แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการยอมรับให้มีการฟ้องร้องซึ่งเป็นไปตามกฎหมายวิธีสบัญญัติในการฟ้องร้องดำเนินคดี เช่น การห้ามฟ้องร้องดำเนินคดีซ้ำ การได้รับความคุ้มกัน เป็นต้น

4. ความรับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคล

ปัญหาพื้นฐานในทางทฤษฎีแล้วปัญหาสำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาสำคัญในการนำตัวผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศมาดำเนินฟ้องร้องและลงโทษตามกฎหมายคือปัญหาในเรื่อง “อำนาจอธิปไตย” กับเรื่อง “การไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐ” เพราะเดิมปัจเจกบุคคลหรือบุคคลธรรมดาไม่ถือว่าเป็นองค์ภาวะในทางระหว่างประเทศ โดยแม้ว่าจะมีการยอมรับว่าแนวความคิดของความรับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคลจะมีมาก่อนศตวรรษที่ 20 แล้วก็ตาม แต่ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับว่าปรากฏเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศ คือตามสนธิสัญญาสันติภาพแวร์ซายส์ (the Versailles Peace Treaty; 1919) โดยอนุสัญญาดังกล่าวได้วางหลักการแบ่งอาชญากรรมสงครามโดยปัจเจกบุคคลแต่แนวความคิดดังกล่าวก็เป็นเพียงแนวความคิดเท่านั้น เพราะไม่มีการนำมาสู่การปฏิบัติแต่อย่างใดและไม่มีการสร้างองค์กรศาลขึ้นมาพิจารณาดำเนินคดีแต่อย่างใด แต่ผลในทางปฏิบัติเริ่มมาจากการดำเนินคดีในศาลทหารชั่วคราวระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กและศาลทหารชั่วคราวระหว่างประเทศที่กรุงโตเกียวได้ทำให้เกิดคำพิพากษาของ

ศาลที่วางหลักความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยคำกล่าวที่มีชื่อเสียงในคดีนูเรมเบิร์กนั้นกล่าวไว้ว่า

“อาชญากรรมต่อกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถูกกระทำขึ้น โดยคน มิใช่องค์ภาวะทางนามธรรม และต้องการให้มีการลงโทษปัจเจกบุคคลผู้ซึ่งก่ออาชญากรรมตามบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องการมีการบังคับใช้”

ซึ่งถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงกรอบแนวความคิดที่มีความสำคัญอย่างยิ่งของจุดเปลี่ยนทางประวัติศาสตร์ต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ⁶⁴ เพราะ โดยทั่วไปแล้วความแตกต่างและการแบ่งแยกระหว่างความรับผิดชอบของรัฐกับความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่ได้มีความชัดเจนหรือสามารถแบ่งได้อย่างเด็ดขาด⁶⁵ ความหมายของคำว่า “ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล” (individual criminal responsibility) โดยทั่วไปแล้วเป็นการอธิบายถึงสถานการณ์ที่ปัจเจกบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องมีความรับผิดชอบอาญาสำหรับการกระทำที่ผิดกฎหมาย⁶⁶

และพัฒนาการที่สำคัญเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลนั้น โดยตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศในข้อ 25 “ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล” ที่กำหนดว่า

1. ให้ศาลฯ มีเขตอำนาจเหนือปัจเจกบุคคลตามธรรมนูญศาลนี้
2. บุคคลใดใดก็ตามผู้ซึ่งก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศภายในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนและอาจต้องรับโทษตามธรรมนูญศาลฯ นี้
3. ธรรมนูญศาลนี้ฯ ปัจเจกบุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาและอาจต้องรับโทษในอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล หากบุคคลนั้น
 - (เอ) ประกอบอาชญากรรมเช่นว่านั้น ไม่ว่าจะกระทำคนเดียว ร่วมกระทำกับบุคคลอื่น หรือผ่านทางบุคคลอื่น ไม่ว่าจะบุคคลอื่นดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ก็ตาม

⁶⁴ André Nollkaemper and Harmen van der Wilt. *System Criminality in International law*. Cambridge: Cambridge University Press. p.107.

⁶⁵ Beatrice I. Bonafè. *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.2009. p. 51.

⁶⁶ Bearbeitet von Ciara Damgaard. *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*. Retrieved December 6, 2017 from http://www.beck-shop.de/fachbuch/leseprobe/9783540787808_Excerpt_001.pdf. p.12.

(บี) สั่งการ ขอร้องหรือชักจูง ให้การประกอบอาชญากรรมเช่นว่านั้น ซึ่งได้เกิดขึ้นจริงถึงขั้นพยายามแล้ว

(ซี) ให้การสนับสนุน ยุยง หรือช่วยเหลืออื่นใดในการประกอบอาชญากรรมหรือพยายามประกอบอาชญากรรม รวมทั้งหาวิธีการสำหรับการประกอบอาชญากรรม เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะอำนวยความสะดวกต่อการประกอบอาชญากรรมเช่นว่านั้น

(ค) มีส่วนประกอบอาชญากรรมหรือพยายามประกอบอาชญากรรมไม่ว่าทางหนึ่งทางใด โดยกลุ่มบุคคลที่กระทำด้วยความมุ่งประสงค์ร่วมกัน การมีส่วนร่วมเช่นว่านั้นจะต้องเป็นไปโดยเจตนาและต้องเป็นไปอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(i) มุ่งหมายที่จะสนับสนุนกิจกรรมทางอาชญากรรมหรือให้บรรลุความมุ่งประสงค์ทางอาชญากรรมของกลุ่มซึ่งกิจกรรมหรือความมุ่งประสงค์เช่นว่านั้นเกี่ยวข้องกับการก่ออาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาล หรือ

(ii) รู้ถึงเจตนาของกลุ่มที่จะประกอบอาชญากรรม

(อี) เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ให้ปฏิบัติการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในส่วนที่อยู่บุคคลอื่น โดยตรงและเปิดเผยต่อสาธารณชน

(เอฟ) พยายามประกอบอาชญากรรมเช่นว่านั้น โดยเริ่มปฏิบัติการอันเป็นขั้นตอนสำคัญ แต่อาชญากรรมดังกล่าวไม่บรรลุผลเพราะพฤติกรรมซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการก่ออาชญากรรมดังกล่าวก็ตาม บุคคลที่ละทิ้งความพยายามที่จะประกอบอาชญากรรมหรือป้องกันด้วยประการอื่นไม่ให้อาชญากรรมบรรลุผล ไม่ต้องรับโทษตามธรรมนูญฯ ศาลนี้ สำหรับความพยายามประกอบอาชญากรรม หากบุคคลนั้นยอมล้มเลิกความมุ่งประสงค์ทางอาชญากรรมนั้นอย่างสิ้นเชิงและเป็นการสมัครใจ

4. ไม่มีบทบัญญัติใดในธรรมนูญฯ นี้เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลที่จะส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ”

โดยในปัจจุบันนี้หลักการเกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลนั้นไม่ได้ถูกโต้แย้งอย่างเช่นในอดีตอีกต่อไปเนื่องจากพัฒนาการของศาลอาญาชั่วคราวที่ผ่านมามีในอดีตทำให้ประสบความสำเร็จในการฟ้องร้องและลงโทษปัจเจกบุคคลสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศจนกระทั่งเกิดแนวความคิดในการสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น ซึ่งตามธรรมนูญกรุงโรมได้ยืนยันหลักการดังกล่าวอีกครั้งว่าหลักการในเรื่องปัจเจกบุคคลที่ต้องรับผิดชอบอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศได้กลายเป็นหลักการที่ชัดเจนตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว⁶⁷

⁶⁷ Ciara Damgaard. *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*.

การทำความเข้าใจเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการทำความเข้าใจกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่มุ่งเอาผิดกับปัจเจกบุคคลมากกว่ารัฐ

5. หลักการทั่วไปของความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรม

หลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นมาจากกระบวนการทางกฎหมายทั้งจากกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในรัฐ โดยมีบ่อเกิดของกฎหมายมาจากทั้งข้อ 38 (1) ของศาลสถิตยยุติธรรมระหว่างประเทศที่ได้รับรองบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมไปถึงหลักการทั่วไปของกฎหมายส่วนบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญรองลงมาคือความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายระหว่างประเทศและคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศ⁶⁸

โดยตามธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติถึงหลักการทั่วไปของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศไว้ดังนี้ คือ

ข้อ 20 หลักการไม่พิจารณาลงโทษซ้ำในการกระทำเดียวกัน

1. บุคคลต้องไม่ถูกพิจารณาคดีในศาลฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นพื้นฐานของอาชญากรรมที่บุคคลนั้นได้ถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดหรือไม่มีความผิดเว้นแต่มีบัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลฯ นี้

2. บุคคลต้องไม่ถูกพิจารณาคดีในศาลอื่นสำหรับอาชญากรรมที่อ้างถึงในข้อ 5 ซึ่งบุคคลนั้นได้ถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดหรือไม่มีความผิด

3. บุคคลที่ได้ถูกพิจารณาคดีแล้ว โดยศาลอื่นสำหรับการกระทำที่กำหนดไว้ในข้อ 6 ข้อ 7 ข้อ 8 จะไม่ถูกศาลฯ พิจารณาคดีในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำอย่างเดียวกัน เว้นแต่กระบวนการพิจารณาในศาลอื่นนั้น

(เอ) มีไว้เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะปกป้องบุคคลที่เกี่ยวข้องจากความรับผิดทางอาญาสำหรับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาล หรือ

(บี) ไม่ได้ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ หรือเป็นกลางตามบรรทัดฐานของกระบวนการยุติธรรม ซึ่งได้รับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศ และภายใต้สถานการณ์นั้นได้ดำเนินการในลักษณะที่ขัดกับเจตนาที่จะนำบุคคลที่เกี่ยวข้องมาสู่ความยุติธรรม

⁶⁸ Ilias Bantekas and Susan Nash. *International Criminal Law*. (3rd ed.) London: Routledge.2007.

ภาค 3 หลักการทั่วไปของกฎหมายอาญา

ข้อ 22 บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญาหากไม่มีกฎหมายกำหนด

“1. บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญศาลนี้ เว้นแต่ในขณะที่การกระทำเกิดขึ้นการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาล

2. คำนิยามของอาชญากรรมได้รับการตีความอย่างเคร่งครัด และต้องไม่ขยายความด้วยวิธีการอนุมานเปรียบเทียบ ในกรณีที่มีความคลุมเครือ คำนิยามต้องได้รับการตีความให้เป็นคุณจากบุคคลที่สืบสวนสอบสวน ฟ้องร้องดำเนินคดี หรือพิพากษาลงโทษ

3. ความในข้อนี้ต้องไม่กระทบต่อการกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยเป็นอิสระจากธรรมนูญศาลฯ นี้ ”

ข้อ 23 บุคคลไม่ต้องรับโทษหากไม่มีกฎหมายกำหนด

“บุคคลที่ถูกลงโทษต้องได้รับโทษตามที่ธรรมนูญศาลนี้บัญญัติไว้เท่านั้น ”

ข้อ 24 การไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมาย

“1. บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญศาลนี้สำหรับการกระทำก่อนที่ธรรมนูญศาลจะมีผลบังคับใช้

2. ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่บังคับใช้ต่อก็คือก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ใช้กฎหมายที่เป็นคุณบังคับแก่บุคคลที่ถูกสืบสวนสอบสวน ฟ้องร้องดำเนินคดี หรือพิพากษาลงโทษ”

จะสังเกตได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวส่วนใหญ่มีบัญญัติไว้ในภาคทั่วไปของกฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทยด้วย กฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นโครงสร้างทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อห้ามที่ชัดเจนเกี่ยวกับประเภทของการกระทำที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมร้ายแรง โดยมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายวิธีสบัญญัติในเรื่องการสืบสวนสอบสวน การฟ้องร้องคดีและการลงโทษเกี่ยวกับการกระทำของผู้กระทำความผิด และถือว่าผู้กระทำความผิดต้องรับผิดในฐานะปัจเจกบุคคลคนหนึ่ง การป้องกันปราบปรามอาชญากรรมร้ายแรงที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดการเคารพอย่างแท้จริงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่เห็นได้อย่างชัดเจนเช่นในกรณีของอาชญากรรมสงครามซึ่งถือว่าการกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศที่ต้องลงโทษต่อผู้กระทำความผิด โดยมีหลักการ

พื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ โดยรัฐต่างๆ ต้องพยายามส่งเสริมให้หลักกฎหมายกฎหมายอาญาของตนเองสอดคล้องกับกลไกเหล่านี้⁶⁹ คือ

พื้นฐานของเขตอำนาจศาล รัฐสามารถใช้เขตอำนาจของตนเองในเรื่องดินแดนในการบัญญัติ การแปลและการปรับใช้กฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปจะอยู่แต่ภายในเขตดินแดนของตนเอง แต่กฎหมายระหว่างประเทศได้ให้การรับรองว่าในสถานการณ์ที่ชัดเจนรัฐอาจจำเป็นต้องบัญญัติหรือปรับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นนอกเขตดินแดนของตนเอง โดยมีเขตอำนาจที่เกี่ยวข้องเช่นหลักคนชาติในกรณีที่ถูกกลของคนชาตินั้นเป็นผู้เสียหาย เป็นต้น แต่หลักเขตอำนาจของรัฐโดยใช้หลักความผิดสากล (Universal jurisdiction) นั้นได้ยืนยันเขตอำนาจหรือดูแลอาญาของศาลเหนือการกระทำผิดโดยไม่คำนึงถึงเรื่องสถานที่ที่กระทำความผิดหรือสัญชาติของผู้ผู้กระทำ ความผิดหรือผู้เสียหาย หลักเขตอำนาจศาลจะนำมาปรับใช้กับอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงระหว่างประเทศที่ควรได้รับการป้องกันปราบปรามโดยทุกรัฐตามนโยบายสาธาณระหว่างประเทศและสนธิสัญญาระหว่างประเทศและนักกฎหมายระหว่างประเทศอธิบายหลักความผิดสากลโดยรวมถึงแนวความคิดในเรื่องการขาดเขตอำนาจในการเชื่อมต่อกับแนวความคิดเรื่องการใช้สิทธิตามกฎหมายเพื่อใช้สิทธิเหนือการกระทำที่มีผลต่อประชาคมระหว่างประเทศ⁷⁰

ข้อจำกัดของธรรมนูญกรุงโรม ธรรมนูญกรุงโรมฯ นั้นมีข้อจำกัดในการปรับใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศสองประการกล่าวคือ ประการแรกข้อจำกัดทางเวลาในการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยถือเอาเวลาที่แน่นอนนับแต่มีการกระทำความผิด ประการต่อมาคือข้อจำกัดอาจปรับใช้เมื่อมีการตัดสินใจในตัวเอง โดยข้อเท็จที่แต่แน่ชัดเกี่ยวกับเวลาที่ทับซ้อนกับคำพิพากษาในคดีอาญาจะไม่นำมาปรับใช้

การไม่นำข้อจำกัดของธรรมนูญมาใช้สำหรับอาชญากรรมในกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับธรรมนูญกรุงโรมแล้วตามข้อ 29 จะไม่นำข้อจำกัดมาปรับใช้ในอาชญากรรมสงครามอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมรุกราน

หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีควมผิดและไม่มีโทษ (Nullum crimen, nulla poena sine lege) หรือเป็นหลักแห่งความชอบธรรมซึ่งอยู่ข้อ 15 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วย โดยจะไม่มีบุคคลใดถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดหรือถูกลงโทษสำหรับการกระทำหรืองดเว้นการกระทำที่ไม่ได้ฝ่าฝืนกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะที่กระทำความผิดนั้น

⁶⁹ ICRC. *General Principles of International Criminal Law*. Retrieved December 6, 2017 from <https://www.icrc.org/en/document/general-principles-international-criminal-law-factsheet> .

⁷⁰ Aisling O'Sullivan. *Universal Jurisdiction in International Criminal Law: the Debate and the Battle for Hegemony*. Milton Park, Abingdon, Oxon: Routledge. 2017. p.90.

และหลักกฎหมายนั้นในกระบวนการนิติบัญญัติต้องกำหนดโทษไว้ด้วย โดยวัตถุประสงค์ของหลักการนี้เพื่อให้แน่ใจว่ากระบวนการนิติบัญญัตินั้นจะทำให้บุคคลทั่วไปสามารถสังเกตเห็นการกระทำของตนเองได้ว่าการกระทำของตนเองเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ และหลักการนี้ได้รับการรับรองอีกครั้งตามข้อ 22 ของธรรมนูญกรุงโรมดังกล่าวข้างต้นและหลักการนี้ยังสอดคล้องกับหลักกฎหมายไม่ส่งผลย้อนหลัง (non-retroactivity) หลักความเฉพาะเจาะจง (the principle of specificity) และหลักห้ามใช้กฎหมายอาญาโดยการเปรียบเทียบ (prohibition of analogy) อีกด้วย

หลักห้ามดำเนินคดีซ้ำ หลักการนี้เป็นไปตามสุภาษิตกฎหมายละตินที่ว่า “Ne bis in idem” ซึ่งไม่ควรมิใคร่ถูกดำเนินคดีซ้ำจากการกระทำความผิดครั้งเดียวของตนเองเพื่อรับรองความเป็นธรรมสำหรับผู้กระทำความผิดที่จะทำให้คำพิพากษาถือเป็นที่สุดและปกป้องจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือการฟ้องร้องคดีที่ไม่เป็นธรรมทั้งในระดับรัฐและในระดับระหว่างประเทศ นอกจากนี้แล้วหลักการดังกล่าวยังรับรองว่าการสืบสวนสอบสวนและการฟ้องร้องคดีจะต้องมีจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุด

รูปแบบของความรับผิดทางอาญา รูปแบบของความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมอาจเกิดขึ้นได้ทั้งรูปแบบของความรับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคลหรือความรับผิดของผู้บังคับบัญชาก็ได้

ความคุ้มกัน การอ้างความคุ้มกันมาจากรอบความคิดในเรื่อง “อำนาจอธิปไตย” ซึ่งโดยจารีตประเพณีแล้วรัฐอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนที่ให้ความคุ้มกันจากเขตอำนาจของต่างประเทศซึ่งให้รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยของตนเองในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วได้เรียกร้องให้รัฐยกเลิกความคุ้มกันแก่ผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยให้บัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกันตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 27 และ 28

หลักการทั่วไปของความรับผิดทางอาญานั้นโดยทั่วไปนั้นเกี่ยวข้องกับ “ภาคทั่วไป” ของกฎหมายอาญาหลักการทั่วไปโดยนำมาปรับใช้กับผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศด้วย โดยหลักการทั่วไปของความรับผิดนั้นเป็นพื้นฐานสำหรับการกำหนดพฤติกรรมการที่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้มีพัฒนาการเป็นอย่างมากในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาและการสำคัญของกฎหมายอาญาก็ถูกนำมาปรับใช้ด้วยและตั้งแต่มีการปรับใช้ธรรมนูญกรุงโรมแล้วกฎหมายอาญาระหว่างประเทศจึงมุ่งเน้นความสำคัญไปที่ธรรมนูญกรุงโรมซึ่งมีข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับหลักการทั่วไปตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ⁷¹ ดังนี้

⁷¹ Dominic McGoldrick , Peter Rowe and Eric Donnelly. *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*. Oxford: Hart Pub. 2004. pp.235 – 250.

5.1 พฤติการณ์

ความพฤติการณ์ในทางอาญาภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมนั้นมีบทบัญญัติไว้ตามข้อ 25 และข้อ 28 ของธรรมนูญกรุงโรมโดยเชื่อมโยงกับอาชญากรรมของปัจเจกบุคคลตามข้อ 5-8 ซึ่งเกี่ยวข้องกับควมรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา โดยมาตรา 25 (3) ได้กำหนดรูปแบบหลักของความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลและตามข้อ 28 เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา

5.2 การกระทำและการงดเว้นการกระทำ

ธรรมนูญกรุงโรมได้แสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดเกี่ยวกับการงดเว้นการกระทำในทางอาญานั้นเป็นหลักการทั่วไปเฉพาะในกรณีความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามข้อ 28 บนพื้นฐานของความล้มเหลวในการแสดงถึงการกระทำของอาชญากรในร่างในอดีตตามข้อ 25 ซึ่งอีเซอร์ (Eser) ได้มีความเห็นว่าการงดเว้นการกระทำไม่ได้ถือเป็นข้อกำหนดตามธรรมนูญกรุงโรม ถ้าไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ ตามข้อ 28 แล้วอาจจะทำให้การฟ้องร้องมีปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบโดยการงดเว้นการกระทำสำหรับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาแต่ถือว่ายังไม่เพียงพอ และในบางครั้งเป็นการยากที่จะแบ่งแยกระหว่างการกระทำกับการงดเว้นการกระทำ และความแตกต่างการแบ่งแยกในเรื่องความผิดอย่างเดียวกัน

ซึ่งในระบบกฎหมายอื่นเช่นอังกฤษหรือเวลส์ หรือรัฐอื่นๆ นั้นการงดเว้นการกระทำถือว่าการกระทำความผิดทางอาญา แต่มีบ่อยครั้งที่ไม่สามารถกำหนดกรอบเพื่อเป็นหน้าที่ของการกระทำ ซึ่งหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำอาจผูกติดเกี่ยวกับเรื่องศีลธรรมของบุคคล เช่น หน้าที่ของบิดามารดาในการเลี้ยงดูเด็ก หรือหน้าที่ของแพทย์ที่ต้องดูแลคนไข้ หรือที่เป็นผลมาจากกรกระทำในครั้งก่อนเช่นหน้าที่ในการรับดูแลบุคคลบางคนหรือการสร้างความเสี่ยงสำหรับภัยอันตรายที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้แล้วยังมีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และไม่มีเหตุผลว่าทำไมพวกเขาไม่ถูกฟ้องร้องก่อนที่จะมีศาลอาญาระหว่างประเทศ เนื่องจากไม่มีความรับผิดชอบสำหรับการงดเว้นการกระทำและการงดเว้นการกระทำนั้นอยู่นอกเหนือขอบเขตของธรรมนูญกรุงโรม ในคดี Celebici ในศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียเดิมได้ตัดสินว่าการงดเว้นการกระทำซึ่งไม่มีการจัดหาอาหารให้เพียงพอต่อผู้ควบคุมซึ่งทำให้เกิดอันตรายร้ายแรง ศาลได้มีความเห็นว่าการงดเว้นการกระทำต่อผู้ถูกคุมขังเกี่ยวกับอาหาร, น้ำหรือการดูแลสุขภาพให้ตีพอรวมไปถึงการค้นหาห้องสุขภัณฑ์ ในการดูแลเงื่อนไขที่ไม่ใช่มนุษย์ในแคมป์ควบคุม ซึ่งในกรณีดังกล่าวจะแสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดเกี่ยวกับการเลือกพื้นฐานที่เกี่ยวข้องในการปกป้องบุคคลตามอนุสัญญากรุงเจนีวา การฆ่าบุคคลนั้นก่อให้เกิดการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

5.3 การกระทำความผิด

ตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักเกี่ยวกับองค์ประกอบของข้อ 25 ซึ่งตามข้อ 25 (3) (เอ) โดยตามข้อ 25 (3) นั้นการมีส่วนร่วมในการกระทำผิดตามข้อ 25 (3) นั้นได้เป็นข้อห้ามด้วยโดยตามข้อ (เอ) ประกอบอาชญากรรมเช่นว่านั้น “ไม่ว่าจะกระทำคนเดียว ร่วมกระทำกับบุคคลอื่น หรือผ่านทางบุคคลอื่น ไม่ว่าบุคคลอื่นดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ก็ตาม” จึงเป็นที่ยอมรับว่าการกระทำผิดร่วมกันนั้นก็ต้องร่วมรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เช่น เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยผู้ดูแลค่ายทหารสองคนได้ร่วมกันทำร้ายร่างกายต่อเชลยสงครามจนกระทั่งถึงแก่ความตาย ปัญหาคือผู้ใดต้องร่วมรับผิดชอบทางอาญาต่อเชลยสงครามบ้าง ซึ่งหากพิจารณาตามข้อ 25 (3) แล้ว และนอกจากนี้ข้อ (ซี) ให้การสนับสนุน ยุ้ง หรือช่วยเหลืออื่นใดในการประกอบอาชญากรรม หรือพยายามประกอบอาชญากรรมรวมทั้งหาวิธีการสำหรับการประกอบอาชญากรรม เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะอำนวยความสะดวกต่อการประกอบอาชญากรรมเช่นว่านั้น (ดี) มีส่วนประกอบอาชญากรรมหรือพยายามประกอบอาชญากรรมไม่ว่าทางหนึ่งทางใดโดยกลุ่มบุคคลที่กระทำด้วยความมุ่งประสงค์ร่วมกัน การมีส่วนร่วมเช่นว่านั้นจะต้องเป็นไปโดยเจตนา” การกระทำผิดโดยตรงนั้นโดยทั่วไปแล้วจะเริ่มจากคำนิยามของอาชญากรรมและอธิบายองค์ประกอบของอาชญากรรมประเภทต่างๆ โดยไม่คำนึงกรอบแนวความคิดหรือความแตกต่างในเรื่องของตัวการหลักหรือผู้ช่วยเหลืออื่นในทางคดี แต่ผู้กระทำผิดโดยตรงคือโดยทางกายภาพแล้วเป็นผู้ดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์องค์ประกอบภายนอกของอาชญากรรม⁷²

5.4 การสั่งการหรือชักชวน

ตามข้อ 25 (บี) สั่งการ ขอร้องหรือชักจูง ให้การประกอบอาชญากรรมเช่นว่านั้นซึ่งได้เกิดขึ้นจริงถึงขั้นพยายามแล้ว โดยเมื่อคำนึงถึงข้อเท็จจริงในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาแล้วปฏิเสธไม่ได้เลยว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากการสั่งการหรือการล่อลวงรวมไปถึงการชักชวนให้กระทำความผิด ดังนั้นผู้กระทำความผิดโดยการสั่งการให้บุคคลอื่นกระทำความผิดโดยบุคคลอื่นนั้นไม่ทราบข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด บุคคลที่ไปกระทำนั้นถือว่าเป็น “ตัวแทน” (innocent agent) เท่านั้น เช่น การสั่งการของผู้บังคับบัญชาทางทหารสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไปกระทำความผิดจึงต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา แต่ในทางปฏิบัติแล้วคนที่รับคำสั่งมากระทำความผิดคืออาญานั้นมักจะอ้างว่ากระทำความผิดไปตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาไม่ได้

⁷² Héctor Olásolo. *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*. Portland, Or.: Hart. 2010. p.70.

โดยถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดด้วยเพียงแต่มีเหตุอันควรลดหย่อนผ่อนโทษเท่านั้นเพราะในสถานการณ์เหล่านี้ผู้ที่รับคำสั่งมาอาจจะปฏิเสธการก่ออาชญากรรมร้ายแรงได้

5.5 การช่วยเหลือหรือสนับสนุน

ศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศนั้นไม่ได้ดำเนินการเฉพาะผู้ที่กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยตรงเท่านั้นแต่ยังรวมถึงการเอาผิดต่อผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอื่นเช่นการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน ที่ตามธรรมนูญศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียเดิมและในรวันดา ได้กำหนดความแตกต่างระหว่างการร่วมกระทำความผิดกับการช่วยเหลือหรือสนับสนุนว่าเป็นบุคคลที่ช่วยเหลือหรือสนับสนุนในการวางแผน เตรียมการ หรือดำเนินการในอาชญากรรมจะต้องมีความรับผิดชอบอาญา

ปัญหาของระดับในการรู้ว่ามี การช่วยเหลือการกระทำความผิดนั้นยังไม่มีรายละเอียดที่แน่ชัดว่าผู้กระทำจะต้องรู้ว่ามี ความรับผิดชอบอาญาเกิดขึ้นซึ่งตามธรรมนูญกรุงโรมมีวัตถุประสงค์เพียงการให้ความช่วยเหลืออาชญากรรมนั้น ซึ่งในคดี Furundzija and Aleksovski ศาลมีความเห็นว่า

“ไม่จำเป็นว่าผู้ช่วยเหลือหรือสนับสนุนจะต้องรู้ความจริงเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้น โดยมีเจตนาและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น โดยหากเขาตระหนักได้ว่าหนึ่งในสมาชิกของผู้ร่วมก่ออาชญากรรมนั้นอาจจะก่ออาชญากรรมได้ และมีข้อเท็จจริงว่าคดีอาญานั้นเกิดความจริงแล้วถือว่าเขาได้มีเจตนาในการให้ความสะดวกในการกระทำความผิด จึงถือว่าเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนแล้ว”

5.6 การสมรู้ร่วมคิด

ตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 25 (3) (ด) มีส่วนประกอบอาชญากรรมหรือพยายามประกอบอาชญากรรมไม่ว่าทางหนึ่งทางใดโดยกลุ่มบุคคลที่กระทำด้วยความมุ่งประสงค์ร่วมกัน การมีส่วนร่วมเช่นนั้นจะต้องเป็นไปโดยเจตนาและต้องเป็นไปอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

“(ด) มีส่วนประกอบอาชญากรรมหรือพยายามประกอบอาชญากรรมไม่ว่าทางหนึ่งทางใดโดยกลุ่มบุคคลที่กระทำด้วยความมุ่งประสงค์ร่วมกัน การมีส่วนร่วมเช่นนั้นจะต้องเป็นไปโดยเจตนาและต้องเป็นไปอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้”

(i) มุ่งหมายที่จะสนับสนุนกิจกรรมทางอาชญากรรมหรือให้บรรลุความมุ่งประสงค์ทางอาชญากรรมของกลุ่มซึ่งกิจกรรมหรือความมุ่งประสงค์เช่นนั้นเกี่ยวข้องกับการก่ออาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาล หรือ

(ii) รู้ถึงเจตนาของกลุ่มที่จะประกอบอาชญากรรม

(อี) พยายามประกอบอาชญากรรมเช่นนั้น โดยเริ่มปฏิบัติการอันเป็นขั้นตอนสำคัญ แต่อาชญากรรมดังกล่าวไม่บรรลุผลเพราะพฤติกรรมซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาของบุคคลแต่อย่างใด ก็ตาม บุคคลที่ละทิ้งความพยายามที่จะประกอบอาชญากรรมหรือป้องกันด้วยประการอื่นไม่ให้อาชญากรรมบรรลุผล ไม่ต้องรับโทษตามธรรมนูญฯ ศาลนี้ สำหรับความพยายามประกอบอาชญากรรม หากบุคคลนั้นยอมล้มเลิกความมุ่งประสงค์ทางอาชญากรรมนั้นอย่างสิ้นเชิง และเป็นการสมัครใจ”

โดยความแตกต่างระหว่างข้อ (ดี) และข้อ (อี) นั้นมีความแตกต่างกันและตามองค์ประกอบภายนอกนั้นอยู่ในระดับที่ค่อนข้างต่ำมากสำหรับผู้กระทำความผิดอย่างไรก็ตาม การสร้างสมดุลในแง่หนึ่งขององค์ประกอบภายนอกที่เป็นการช่วยเหลือกลุ่มผู้กระทำความผิดในการก่ออาชญากรรมซึ่งไม่ได้อยู่ในข้อ 25 (3) (ดี) ทั้งหมด⁷³

6. ประวัติความเป็นมาของข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นให้ความสำคัญกับตัวของจำเลย หรือ “ผู้ถูกกล่าวหา” เป็นสำคัญ โดยเป็นการประเมินเรื่องศีลธรรมทั่วไปว่าผู้ถูกกล่าวหา มีความเหมาะสมที่จะได้รับการตำหนิและการลงโทษ โดยในทางทฤษฎีแล้วการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญานั้นกระทำโดยผ่านส่วนที่เป็นองค์ประกอบทางด้านจิตใจตามคำจำกัดความของอาชญากรรมนั้นๆ เพื่อรับรองว่าเป้าหมายทางศีลธรรมนั้นเป็นไปตามข้อห้ามทางอาญาจะเกิดขึ้นได้ตามความเป็นจริง โดยแนวความคิดในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญากับการกระทำความผิดนั้นเปรียบเสมือนเหรียญคนละด้านที่อยู่เหรียญเดียวกัน โดยถูกมองว่าเป็นเงื่อนไขของการรับผิดชอบในทางอาญาโดยวิธีการวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญาจะต้องวิเคราะห์ผ่านทางองค์ประกอบภายนอก องค์ประกอบภายในจิตใจและข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา โดยการกระทำความผิดแม้จะมีข้อเท็จจริงว่าครบองค์ประกอบภายนอกแล้วจะถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ในทางอาญาว่าเป็นข้อห้ามของสังคม แต่ต้องพิจารณาจากเงื่อนไขของบุคคลที่เป็นคำตอบที่เป็นธรรมสำหรับภัยอันตรายที่เกิดขึ้นด้วย ดังนั้นในบางกรณีองค์ประกอบทางด้านจิตใจจะช่วยให้ระบุดังกล่าวถึงการกระทำความผิดได้ชัดเจนถึงความรับผิดชอบของผู้กระทำซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะแบ่งข้ออ้างความรับผิดชอบทางอาญาออกเป็น 2

⁷³ โปรดดูเพิ่มเติมที่ Gideon Boas , James L. Bischoff and Natalie L. Reid. *Forms of Responsibility in International Criminal Law: International Criminal Law Practitioner Library Series*. Cambridge: Cambridge University Press. 2007.

แบบ คือ ข้ออ้างและข้อยกเว้น โดยข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาที่สำคัญได้แก่ความยินยอม การกระทำโดยอัตโนมัติ การขาดการควบคุมตนเอง การถูกบังคับขู่เข็ญ ความจำเป็น การป้องกันตนเอง⁷⁴

การทำความเข้าใจพื้นฐานเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาควรทำความเข้าใจ เรื่องที่แตกต่างกัน 3 ประการ กล่าว คือ

ประการแรก มีความแตกต่างกันระหว่างข้อยกเว้นความรับผิดชอบกับเหตุบรรเทาโทษ โดยเหตุบรรเทาโทษนั้นเป็นข้อเสนอที่ว่าผู้ถูกกล่าวหาสมควรได้รับโทษน้อยลงเมื่อเปรียบเทียบกับคดีอื่นโดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมที่เกิดขึ้นเพราะอาจจะได้รับแรงกดดันแต่เหตุบรรเทาโทษไม่ใช่ข้อยกเว้นความรับผิดชอบเนื่องจากยังถือว่าเป็นความผิดอยู่ แต่ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นถือว่าผู้กระทำความผิดไม่ได้กระทำความผิดเลย

ประการที่สอง ความแตกต่างระหว่างข้อยกเว้นความรับผิดชอบบางส่วนกับข้อยกเว้นความผิดแบบสมบูรณ์ ซึ่งข้อยกเว้นความรับผิดชอบบางส่วนนั้นถือว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหาแต่ได้กระทำความผิดอื่นที่มีความร้ายแรงน้อยกว่า เช่นการอ้างว่าตนเองไม่ได้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนาแต่ได้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยไม่เจตนา หรือประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ส่วนการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบนั้นเป็นการอ้างว่าการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้เป็นความผิดเลยและไม่สมควรได้รับการลงโทษ และต้องปล่อยตัวเขาไป

ประการที่สาม ในทางวิชาการแล้วเห็นว่ามี ความแตกต่างกันในเรื่อง ข้ออ้าง และข้อยกเว้น โดยข้ออ้างนั้นเป็นสิ่งที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำไปอย่างเหมาะสมสอดคล้องกับหลักศีลธรรมที่อนุญาตให้กระทำได้ ส่วนข้อยกเว้นนั้นเป็นเรื่องที่ผู้ถูกกล่าวหาอ้างว่าพฤติการณ์ของเขานั้นไม่สมควรได้รับคำตำหนิจากการกระทำ⁷⁵

ในการทำความเข้าใจถึงพัฒนาการของข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ได้มีวิวัฒนาการมาจากสองแนวทางหลักคือมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทหารและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่นการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา รวมไปถึงเรื่องการอ้างว่าถูกบังคับขู่เข็ญหรือการได้รับความคุ้มครองในฐานะประมุขของรัฐ ส่วนในอีกด้าน

⁷⁴ Alan Reed and Michael Bohlander. *General Defences in Criminal Law: Domestic and Comparative Perspectives*. Farnham, Surrey, UK: Ashgate. 2014. pp.9 -14.

⁷⁵ Jonathan Herring. *Criminal Law: The Basics*. London: Routledge. 2010. p. 121 - 122.

หนึ่งนั้นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากระเบียบวิธีทางนิติศาสตร์ในการศึกษากฎหมายอาญาเปรียบเทียบในเรื่องต่างๆ เช่น การอ้างการป้องกัน จำเป็น ฯลฯ ซึ่งหลักการเหล่านี้ส่วนใหญ่จะมีอยู่แล้วในทางนิติศาสตร์ของประเทศต่างๆ โดยศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียเดิมกับศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในรวันดาได้นำเอาหลักการของข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาเหล่านี้มาใช้ แต่นักกฎหมายระหว่างประเทศก็พบกับอุปสรรคเกี่ยวกับความยากในการอ้างแหล่งที่มาที่แตกต่างกันเพราะเมื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญของกฎหมายภายในรัฐแล้วทั้งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและระบบกฎหมายจารีตประเพณีได้กล่าวถึงเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการอ้างเรื่องการป้องกันตนเองและแนวความคิดเหล่านี้ค่อยค่อยส่งผลต่อพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่มีการพัฒนาอย่างรวดเร็วในทุกด้านจนกระทั่งเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาจึงได้ไปปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรม⁷⁶ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นตามความรู้สึกแล้วเป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงการยกเว้นความรับผิดชอบให้ในชั้นการดำเนินคดีซึ่งไม่ใช่ความคุ้มกันจากเขตอำนาจแต่ความคุ้มกันเป็นเรื่องความคุ้มกันทางการทูตหรือความคุ้มกันของรัฐโดยการยกเลิกโดยรัฐโดยไม่คำนึงถึงมุมมองของผู้ถูกกล่าวหาซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะของการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาอย่างแท้จริง ดังนั้นการอ้างความคุ้มกันจึงไม่ใช่การปราศจากความรับผิดชอบอย่างแท้จริง⁷⁷

ระบบของกฎหมายอาญาภายในรัฐนั้นได้ดำเนินการเกี่ยวกับความยุ่งยากที่เกี่ยวกับปัญหาในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา โดยมีหลักการที่เกี่ยวข้องที่สำคัญ 3 หลักการ กล่าว คือ

ประการแรก หลักการกระทำของรัฐ (act of state doctrine) ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปโดยเป็นข้อเสนอของนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงคือ ฮาน เคลเซน (Hans Kelsen) โดยตามความเห็นของเคลเซนแล้วปัจเจกบุคคลไม่มีความรับผิดชอบโดยตรงสำหรับการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ แต่การกระทำของปัจเจกบุคคลจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำผิดของตนเองภายในรัฐโดยรัฐอื่นไม่มีคุณอาณาเหนือรัฐอื่นในการลงโทษทางอาญาต่อปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐที่ปัจเจกบุคคลนั้นมีสัญชาติอยู่เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม เคลเซนมีความเห็นยืนยันว่าความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลเป็นความหมายของความยุติธรรมมากกว่าความรับผิดชอบแบบรวมหมู่

⁷⁶ Geert-Jan Alexander Knoops. *Defenses in Contemporary International Criminal Law*. Leiden: Nijhoff. 2008. p. 29, 63.

⁷⁷ Robert Cryer. *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*. Cambridge: Cambridge Univ. Press. 2011. pp.291 -292.

แต่ปัจเจกบุคคลไม่ควรถูกดำเนินคดีในศาลของรัฐอื่นและความคุ้มกันของรัฐควรได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาอย่างสมบูรณ์

ประการที่สอง หลักการคำสั่งของผู้บังคับบัญชา (respondeat superior, or Befehl ist Befehl ('order is order')) ได้ยอมรับว่าปัจเจกบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาระหว่างประเทศได้ โดยยอมรับมากกว่าหลักการของฮาน เกลเชิน โดยหลักการในเรื่องนี้มีประเด็นที่สำคัญคือความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลขึ้นอยู่กับปัญหาที่สำคัญว่าทหารได้ก่ออาชญากรรมโดยถือการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาหรือไม่ โดยทฤษฎีในเรื่องนี้ได้รับการยืนยันโดยโอเพนไฮม์ในตอนต้นของศตวรรษที่ 20 ว่า “การฝ่าฝืนกฎหมายของสงครามถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามเมื่อได้กระทำโดยโดยปราศจากคำสั่งของรัฐบาล ถ้าหากเจ้าหน้าที่ของกองกำลังทหารได้ฝ่าฝืนคำสั่งของรัฐบาลตัวเอง พวกเขาไม่ใช่อาชญากรสงครามและไม่สามารถถูกลงโทษโดยฝ่ายตรงกันข้ามได้ แม้ว่าภายหลังจะกลายเป็นการแก้แค้นตอบแทน

ประการที่สาม หลักการในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบแบบสมบูรณ์ที่หมายถึงในกรณีที่ทหารปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาแล้วแม้ว่าจะเป็นการก่ออาชญากรรม และหากเขาไม่ปฏิบัติตามเขาอาจจะไม่ต้องถูกลงโทษ แต่หากเขาเลือกที่จะปฏิบัติตามก็จะมีผลเกี่ยวเนื่องกับการตัดสินใจของเขาเอง การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นถือว่าอาจมีความผิดได้

ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว หลักการต่างๆ เหล่านี้หากแบ่งแยกกันปรับใช้แล้วอาจทำให้เกิดปัญหาตามมา และข้อตรงข้ามของแต่หลักการนั้น ไม่ได้ช่วยให้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ยกตัวอย่างเช่น หลักการกระทำของรัฐไม่ได้ช่วยให้เกิดประโยชน์ต่อกฎหมายอาญา แต่หลักความรับผิดชอบอย่างสมบูรณ์ก็ไม่สอดคล้องกับความต้องการในเรื่องระเบียบวินัยทางทหาร ดังนั้นจึงเป็นเรื่องดีกว่าที่จะแก้ปัญหาตามระบบกฎหมายภายในรัฐโดยไม่คำนึงถึงหลักการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแต่ให้คำนึงถึงระบบกฎหมายวิธีสบัญญัติภายในรัฐ ซึ่งภายใต้สถานการณ์เช่นนั้นหากทหารได้กระทำความผิดอาญาโดยปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาถือว่าไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาต่อการกระทำของตนเอง อย่างไรก็ตามหากการกระทำผิดกฎหมายของคำสั่งนั้นมีความชัดเจน เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิเสธอย่างชัดเจนต่อคำสั่งนั้น ไม่เช่นนั้นจะถือว่าเขาต้องรับผิดชอบและถูกลงโทษต่อการกระทำนั้น โดยในสถานการณ์แบบนี้ถือว่าได้ยอมรับต่อความขัดแย้งสำหรับทหารที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาแต่ในขณะเดียวกันก็ต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายด้วย โดยถือว่าเป็น “หลักการการกระทำผิดกฎหมายอย่างชัดเจน” (the manifest illegality principle) โดยหลักการนี้ได้ถูกนำมาปรับใช้ในคดีอาชญากรรมสงครามภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 ในการดำเนินคดีที่ไลพ์ซิก ประเทศเยอรมัน ซึ่งในกรณีดังกล่าวศาลไม่ยอมรับว่าการกระทำผิดกฎหมายโดยอ้างว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นไม่สามารถอ้างได้และโดยทั่วไปแล้วข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา

อาจแบ่งได้เป็นทั้ง “ข้ออ้าง” และ “ข้อยกเว้น” จะปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายอาญาของเกือบทุกประเทศ โดยข้ออ้างนั้นโดยทั่วไปหมายถึงสถานการณ์หรือบริบทของปัจเจกบุคคลซึ่งกระทำไปภายใต้ข้อพิจารณาว่าเป็นอาชญากรรมแต่ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ข้ออ้างนั้นมีความสัมพันธ์กับความประพฤตินทางวัตถุวิสัย โดยสถานการณ์นำไปสู่การพิจารณาว่ามีพันธกรณีที่เหมาะสมในเรื่องศีลธรรมหรือทางกฎหมายว่ากากระทำนั้นผิดกฎหมาย โดยข้ออ้างนั้นอยู่บนพื้นฐานของหลายทฤษฎี เช่น ทฤษฎีเพื่อประโยชน์ทางศีลธรรม ทำให้เรื่องการป้องกันตนเองนั้นสามารถอ้างอิงได้บนพื้นฐานที่ปัจเจกบุคคลมีสิทธิในการคุ้มครองร่างกายของตนเองและทำให้เกิดสิทธิที่จะกระทำได้แม้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ทฤษฎีต่อมาได้แก่ทฤษฎีที่สร้างความเสียหายที่น้อยกว่า ทฤษฎีที่สามได้แก่ทฤษฎีผลประโยชน์สาธารณะ (public interest)

ส่วนข้อยกเว้นนั้นโดยทั่วไปแสดงให้เห็นถึงบุคลิกลักษณะบางประการของปัจเจกบุคคล การกระทำที่ถือว่าเป็นอาชญากรรม แต่ด้วยคุณลักษณะของผู้ถูกกล่าวหาจึงไม่สามารถรับผิดชอบในทางอาญาได้ เช่น ในกรณีที่ไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นคนวิกลจริต ข้อยกเว้นนั้นจะอ้างอยู่บนพื้นฐานในเรื่องคุณค่าอรรถประโยชน์เกี่ยวกับการลงโทษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการควบคุม ยกตัวอย่างเช่น คนวิกลจริตหรือผู้ที่ถูกบังคับนั้นสามารถยกเป็นข้อยกเว้นได้เพราะ “ไม่สามารถควบคุม” ตนเองได้ ในเรื่องนี้เกี่ยวข้องกับทฤษฎีทางศีลธรรมที่มีความสัมพันธ์กับกฎหมายอาญาซึ่งจะทำให้การลงโทษไม่เกิดประสิทธิภาพ และนักทฤษฎีที่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้เห็นว่าบุคคลที่ได้รับการยกเว้นเพราะว่าบุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลอันตราย และเขาไม่สมควรได้รับคำตำหนิสำหรับการกระทำของเขา⁷⁸ สำหรับลักษณะของข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศจะได้อ้างถึงโดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป

⁷⁸ Mansour Talebpour. *Impunity and the International Criminal Court (ICC)*. PhD Thesis.

7. ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายไทย

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายเรื่องเหตุยกเว้นความรับผิดไว้ว่า ความรับผิดทางอาญาอาจไม่เกิดขึ้น หรือมีเหตุยกเว้นหรือลดหย่อนลงได้โดยกฎหมายถือว่าการกระทำไม่เป็นความผิดหรือเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้นหรือลดโทษ โดยเหตุผลต่างๆ กันเพราะการกระทำอย่างเดียวกันผู้กระทำอาจกระทำโดยเหตุผลและพฤติการณ์ไม่เหมือนกัน ความรับผิดของผู้กระทำจึงอาจแตกต่างกันไปตามเหตุแห่งการกระทำนั้นๆ เหตุยกเว้นความรับผิดนี้อาจแบ่งได้ตามลักษณะที่แตกต่างกันหลายประการ เป็นต้นว่า

(1) เป็นเหตุที่เกี่ยวกับความรู้สึกหรือเจตนาของผู้กระทำ เช่น ความไม่รู้ข้อเท็จจริง หรือความสำคัญผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม มาตรา 62, 70 ความเป็นผู้หย่อนความคิด เช่น วิกตจจิตหรืออายุน้อย ตามมาตรา 65, 73 ความจำเป็นตามมาตรา 67 หรือบันดาลโทสะตามมาตรา 72 ซึ่งตามปกติย่อมเป็นเหตุส่วนตัวผู้กระทำเป็นคนๆ ไป

(2) เป็นเหตุเกี่ยวกับการกระทำ เช่น ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เป็นการชอบด้วยกฎหมาย กระทำเพื่อป้องกันสิทธิตามมาตรา 68 หรือกระทำเพราะมีความยินยอมอันทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ตามปกติย่อมเห็นเหตุในลักษณะคดีอันมีผลแก่ผู้ร่วมกระทำทุกคน

(3) เป็นเหตุยกเว้นทั่วไป ซึ่งใช้ได้ในความผิดทุกฐาน เช่น มาตรา 81 , 82 หรือ 88 หรือเป็นเหตุยกเว้นเฉพาะความผิดบางฐาน เช่น ข้อยกเว้นตามมาตรา 305, 316, 329, 330 หรือเป็นเหตุยกเว้นเฉพาะบุคคล เช่น ข้อยกเว้นตามมาตรา 71, 193, 214

(4) เป็นเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดเลยทีเดียว เช่น ผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำการนั้น หรือเป็นการใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ที่กล่าวในข้อ (2) หรือโดย รัฐประศาสน์นโยบายไม่ถือเป็นความผิด หรือเป็นเพียงเหตุยกเว้นหรือลดโทษโดยยังถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอยู่แต่มีเหตุไม่ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลง เช่น กระทำโดยสุจริตตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 70 หรือบันดาลโทสะตามมาตรา 72 เป็นต้น

(5) เป็นเหตุที่กฎหมายถือว่ายังไม่ร้ายแรง จึงยกเว้นหรือลดโทษลง หรืองดการลงโทษเสีย เช่น มาตรา 81, 82, 88, 105, 106, 183, 205, 223, 304, 316, 335 วรรคท้าย ทั้งนี้เฉพาะเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้ยกเว้นหรือลดโทษลงเท่านั้น หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้นแล้ว แม้การกระทำจะเล็กน้อยเพียงใด ก็ไม่พ้นที่จะเป็นความผิดและต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ไปได้

(6) เป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือยกเว้นโทษตามกฎหมายอื่นโดยเฉพาะ เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 37, 39, 248, 259 ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 196 ในกรณีความผิดตาม

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คฯ หรือมีการนิรโทษกรรมโดยพระราชบัญญัติ เป็นต้น⁷⁹

โดยท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศกัทธิ์ ได้แบ่งเหตุยกเว้นความรับผิดเป็น 3 หมวด⁸⁰คือ

หมวดแรก การกระทำไม่มีความผิด

ส่วนที่ 1 ผู้กระทำมีอำนาจตามกฎหมาย บทที่ 1 การกระทำโดยป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ที่บัญญัติว่า

“ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

บทที่ 2 อำนาจอื่นๆ เช่นการกระทำอันเป็นเอกสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือการติชมโดยสุจริตในกรณีที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นการหมิ่นประมาท เป็นต้น

ส่วนที่ 2 ความยินยอมของผู้เสียหาย โดยถือตามหลัก “Volenti non fit injuria” โดยเรื่องการอ้างข้อยกเว้นโดยอ้างความยินยอมนี้ตามหลักกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในการพิจารณาคดีของศาลนั้นในบางข้อหา เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม ก็จะถือว่าขาดองค์ประกอบภายนอกทำให้ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความยินยอมให้กระทำผิดในทางอาญานั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ ไม่มีการบังคับขู่เข็ญหรือหลอกลวงและจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ส่วนที่ 3 การล่อให้กระทำความผิด โดยการล่อให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือสายลับเข้าร่วมด้วย ถ้าการเข้าร่วมถึงขนาดเป็นตัวการมีส่วนกระทำหรือสนับสนุนการกระทำ เช่น ไม่เพียงแต่ไปกับผู้กระทำผิดด้วย แต่ได้ลงมือทำร้ายหรือส่งอาวุธให้ การกระทำเช่นนั้นย่อม

⁷⁹ จิติ ดิงศกัทธิ์. *กฎหมายอาญา ภาค 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 11). นนทบุรี: บริษัทศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด. 2555. หน้า 743 – 755.

⁸⁰ เห่งอ้าง. หน้า 746 – 1053.

เป็นความผิด แต่ถ้าเพียงไปด้วยเพื่อสังเกตการณ์เป็นพยานหลักฐาน แต่ไม่ได้ลงมือทำส่วนของความผิด การกระทำเพียงเท่านั้นย่อมไม่เป็นการร่วมมือ

ส่วนที่ 4 ผู้ที่เจ้าพนักงานกันไว้เป็นพยาน

หมวดที่สอง เหตุยกเว้นโทษ

ส่วนที่ 1 วิกลจริต ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดกระทำความผิด ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรครจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

ส่วนที่ 2 ความมีนเมา ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 66 บัญญัติไว้ว่า

“ความมีนเมาเพราะเสพยาสุราหรือสิ่งเมาอย่างอื่นจะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา 65 ไม่ได้ เว้นแต่ความมีนเมานั้นจะ ได้เกิดโดยผู้เสพยาไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้มีนเมา หรือได้เสพยาโดยถูกขโมยใจให้เสพยา และได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ผู้กระทำความผิดจึงจะ ได้รับยกเว้นโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ถ้าผู้นั้นยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

ส่วนที่ 3 บทที่ 1 ความจำเป็น ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

- (1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ
- (2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภยันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

บทที่ 2 การถูกบังคับ หมายความว่าเมื่ออิทธิพลจากภายนอกบังคับบงการให้จำต้องกระทำ หรือไม่ให้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งการกระทำหรือไม่กระทำนั้นเป็นความผิด

บทที่ 3 การหลีกเลี่ยงภยันตราย

ส่วนที่ 4 การกระทำคำสั่งของเจ้าพนักงาน สามารถนำมาเป็นข้อแก้ตัวได้ ถึงแม้การกระทำจะเป็นความผิดเนื่องจากคำสั่งนั้นมีชอบด้วยกฎหมาย

หมวดที่สาม เหตุลดหย่อนความผิด

ส่วนที่ 1 ความสัมพันธ์ทางสมรสหรือญาติ บทที่ 1 สามภรรยา โดยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 77 บัญญัติว่า

“ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษความผิดดังระบุนานี้ ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และนอกจากนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

ส่วนที่ 2 การบันดาลโทสะ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 บัญญัติว่า

“ผู้ใดบันดาลโทสะ โดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

ส่วนที่ 3 อายุน้อย โดยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73, 74 และ 75 บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 73 เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กตามวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

มาตรา 74 เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาตักเตือนด้วยก็ได้

(2) ถ้าศาลเห็นว่า บิดา มารดา หรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองไป โดยวางข้อกำหนดให้บิดา มารดา หรือผู้ปกครองระวังเด็กนั้น ไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนดซึ่งต้องไม่เกินสามปีและกำหนด

จำนวนเงินตามที่เห็นสมควรซึ่งบิดา มารดา หรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครั้งละหนึ่งหมื่นบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเรียกบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่า จะยอมรับข้อกำหนดทำนองที่บัญญัติไว้สำหรับบิดา มารดา หรือผู้ปกครองดังกล่าวมาข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นนั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลนั้นไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าวเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าว

(4) ถ้าเด็กนั้นไม่มีบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวใน (2) ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นยินยอม ในกรณีเช่นนี้ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่นผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอน รวมตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือให้ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นก็ได้ หรือ

(5) ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่าให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

คำสั่งของศาลดังกล่าวใน (2) (3) (4) และ (5) นั้น ถ้าในขณะใดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ ความปรากฏแก่ศาล โดยศาลรู้เอง หรือตามคำเสนอของผู้มีส่วนได้เสีย พนักงานอัยการ หรือบุคคลหรือองค์การที่ศาลมอบตัวเด็กเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอน หรือเจ้าพนักงานว่าพฤติการณ์เกี่ยวกับคำสั่งนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ก็ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งนั้น หรือมีคำสั่งใหม่ตามอำนาจในมาตรานี้

มาตรา 75 ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พึงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง”

ส่วนที่ 4 เหตุบรรเทาโทษอื่นๆ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 บัญญัติว่า

“เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้ เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้โศกเศร้าเบาปัญญาตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณสมบัติมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นอันควรแก่การพิจารณา”

สำหรับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น ไม่ได้กำหนดชื่อเรียกไว้ในประมวลกฎหมายอาญาทำให้ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายอาญาแต่ละท่านอาจจะเรียกแตกต่างกันไปบ้าง เช่น ศาสตราจารย์จิติ ดิงสัทย์ เรียกว่า “เหตุยกเว้นความรับผิด” โดยแบ่งเป็น 3 หมวด⁸¹ คือ หมวดแรก การกระทำไม่มีความผิด หมวดที่สอง เหตุยกเว้นโทษ หมวดที่สาม เหตุลดหย่อนความผิด ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้อธิบายไว้ในเรื่องโครงสร้างความรับผิดทางอาญาว่าเป็นโครงสร้างข้อที่ 2 ว่า เป็น “การกระทำไม่มีความผิด” และโครงสร้างข้อ 3. “การกระทำนั้นไม่มีความผิดยกเว้นโทษ” และเหตุลดโทษ⁸² ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ได้แบ่งเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาออกเป็น อำนาจกระทำ เหตุยกเว้นโทษ เหตุเกี่ยวกับความไม่รู้ผิดชอบและเหตุยกโทษ ลดโทษและเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น⁸³ และรองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนรัตน์ ได้แบ่งเป็น เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษและเหตุรอกการกำหนดโทษ และเหตุรอกการลงโทษ⁸⁴ อย่างไรก็ตามแม้ว่าผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายอาญาดังกล่าวข้างต้นจะเรียกชื่อและแบ่งประเภทข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาแตกต่างกันไปบ้างแต่โดยสาระสำคัญนั้นอาจถือว่าไม่ได้แตกต่างกันมากนักและให้ความหมายไปในทิศทางเดียวกันว่าเป็นเหตุที่ผู้ถูกกล่าวหา นำมากล่าวอ้างเมื่อถูกดำเนินคดีเพื่อให้พ้นจากความผิดหรือได้รับการยกเว้นโทษหรือลดโทษ ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไปในการเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในบทที่ 4 ต่อไป

⁸¹ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 54, น.746-1053.

⁸² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 11) .กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง. 2551. หน้า 372-538.

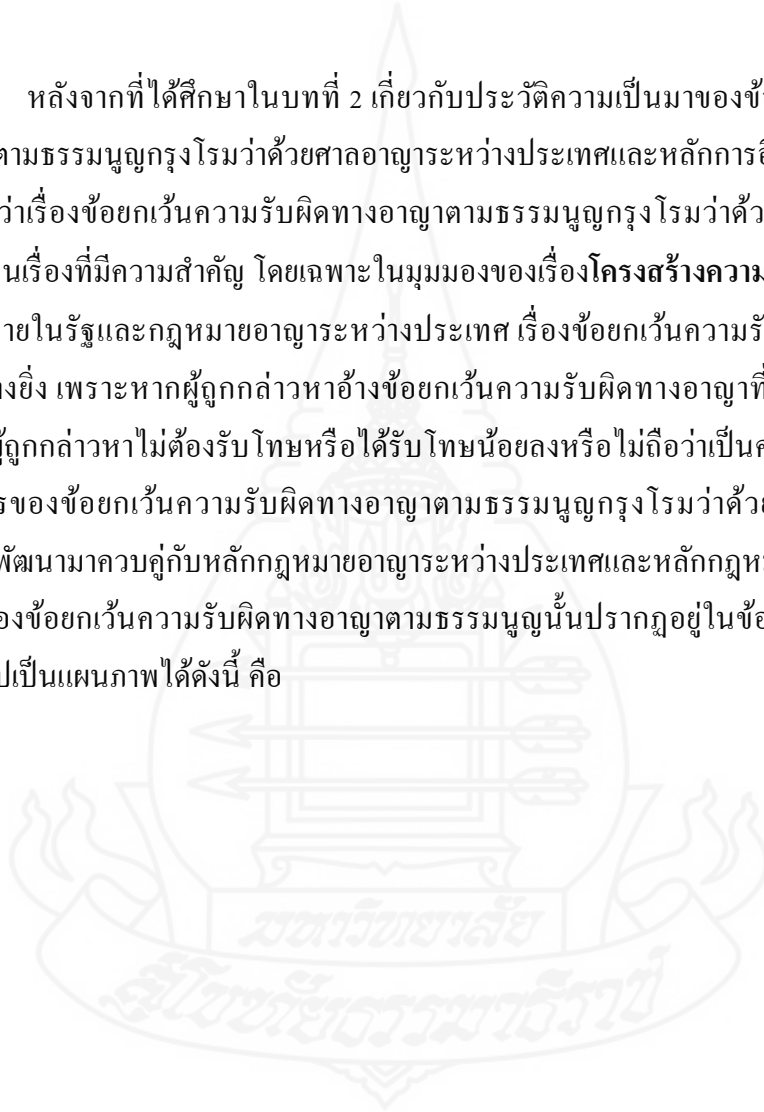
⁸³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. กฎหมายอาญากฎทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2562. หน้า 173-214.

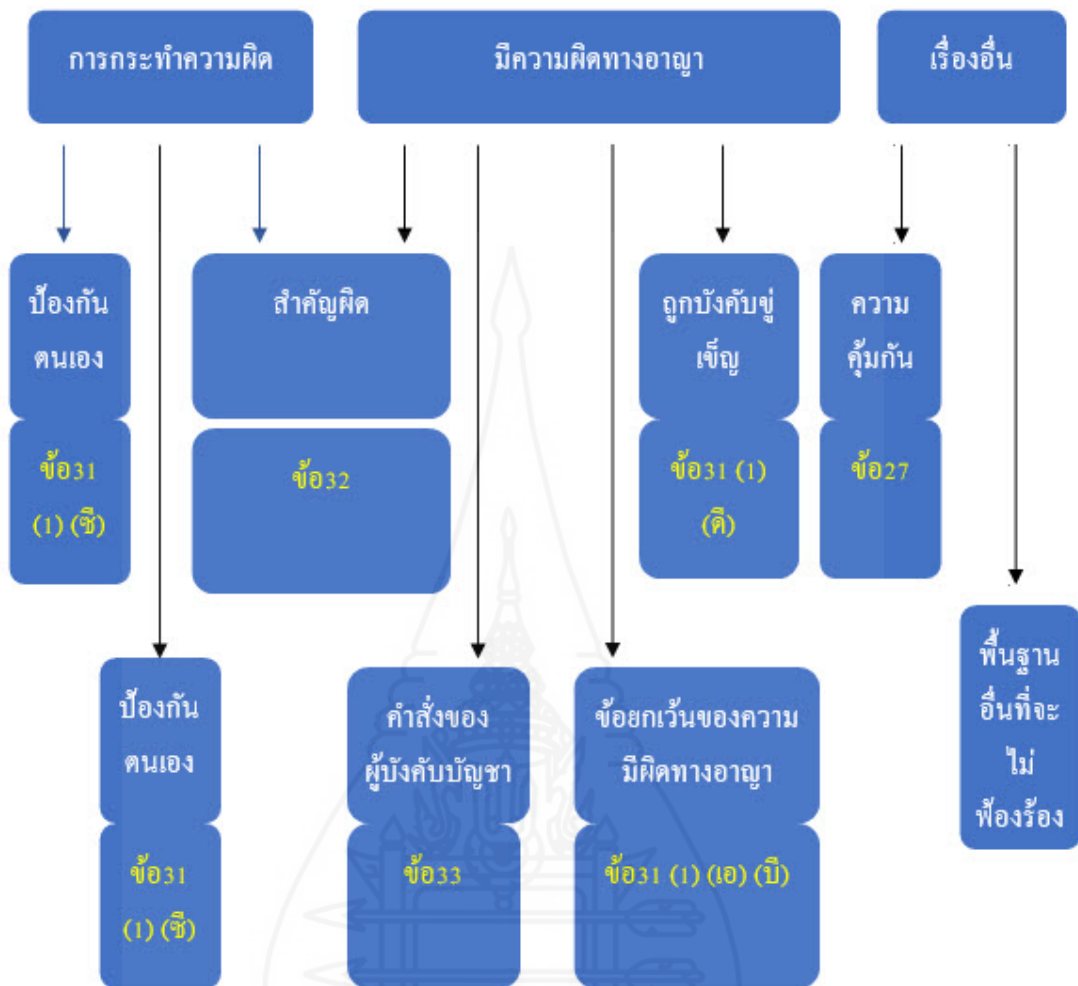
⁸⁴ ลาวัลย์ หอนรัตน์, “เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ เหตุรอกการกำหนดโทษ และเหตุรอกการลงโทษ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2562, จาก <http://law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41716-4.pdf>

บทที่ 3

ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรม ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

หลังจากที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 เกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและหลักการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว จะเห็นได้ว่าเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยเฉพาะในมุมมองของเรื่องโครงสร้างความรับผิดตามกฎหมายอาญาทั้งภายในรัฐและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เรื่องข้อยกเว้นความรับผิดนับว่าเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง เพราะหากผู้ถูกกล่าวหาอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาที่สามารถยอมรับได้ เท่ากับว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลงหรือไม่ถือว่าเป็นความผิดแล้วแต่กรณี พัฒนาการของข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศก็พัฒนามาควบคู่กับหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญนั้นปรากฏอยู่ในข้อ 27, 31, 32 และ 33 ซึ่งอาจสรุปเป็นแผนภาพได้ดังนี้ คือ





ภาพที่ 3.1 แสดงข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรม
ของศาลอาญาระหว่างประเทศ⁸⁵

⁸⁵ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 301.

1. พื้นฐานเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กรอบแนวความคิดในเรื่อง “ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา” ตามกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศนั้น ไม่ได้เกิดขึ้นมาเองโดยอัตโนมัติหรือเป็นการให้ความหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่มีพัฒนาการมาจากหลักกฎหมายที่สำคัญของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาภายในรัฐ โดยผ่านกระบวนการที่เหมาะสมของระบบกฎหมายระหว่างประเทศ⁸⁶ ดังนั้น คำจำกัดความ การกำหนดรายละเอียด และพัฒนาการหรือการปรับใช้จึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระบบใดระบบหนึ่งหรือใช้ร่วมกัน แต่ระบบของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นระบบที่มีรายละเอียดและซับซ้อน แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องของ “ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา” นั้น ได้มีรากฐานมาจากกฎหมายอาญาภายในรัฐทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงจำเป็นต้องศึกษากรอบแนวความคิดเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาของกฎหมายภายในด้วย⁸⁷ และสิ่งที่ป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจว่าข้อยกเว้นความรับผิดในทางอาญาคือ “การแสดงผลที่เป็นข้ออ้าง” มิใช่เพียงแต่การอ้างข้ออ้างในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น เพราะเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังข้ออ้างเหล่านั้นก็เป็นเรื่องสำคัญเช่นเดียวกัน เพื่อให้ผู้กระทำความผิด หลุดพ้นจากข้อกล่าวหาทางในทางอาญา⁸⁸ โดยแนวความคิดเรื่องความรับผิดในทางอาญานั้นค่อนข้างจะเปิดกว้าง โดยเมื่อการกระทำความผิดทางอาญาพิจารณาจากในเรื่ององค์ประกอบภายนอก (actus reus) กับส่วนที่เป็นเจตนาร้ายหรือจิตใจที่ชั่วร้าย (mens rea) ผู้กระทำความผิดจึงสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดเพื่อหลบเลี่ยงทั้งส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายนอกหรือส่วนที่เป็นเจตนาร้ายก็ได้และมีเรื่องพื้นฐานเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ดังนี้ คือ

⁸⁶ Ilias Bantekas and Susan Nash, *International Criminal Law*, 3rd ed. London: Routledge-Cavendish, 2007, p. 51

⁸⁷ McGoldrick, D., Rowe, P. J., & Donnelly, E., *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oxford: Hart Pub. 2004, p.263

⁸⁸ *supra* note 2, p. 51.

1.1 ความแตกต่างระหว่างข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายสารบัญญัติกับกฎหมายวิธีสบัญญัติ⁸⁹

ความแตกต่างเบื้องต้นระหว่างเหตุยกเว้นความรับผิดของกฎหมายสารบัญญัติกับกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยกฎหมายสารบัญญัติเป็นเรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติเฉพาะของความประพฤติที่เป็นประเด็นว่าถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ดังนั้นเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายสารบัญญัติมักจะต้องการการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ถูกกล่าวหา และเมื่อมีการรวบรวมและพิจารณาเกี่ยวกับพยานหลักฐานเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดจริงตามที่กฎหมายสารบัญญัติได้บัญญัติไว้ ยกตัวอย่างเช่น การอ้างการป้องกันตนเองหรืออ้างว่าเกิดความบกพร่องทางจิตหรือไม่ ตรงกันข้ามกับการอ้างเหตุยกเว้นความผิดตามกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งอ้างไปยังเรื่องคุณธรรมของรัฐบาลและสิทธิของศาลในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด เช่นเดียวกันกับพอล เอช โรบินสัน ได้รับรองประเภทที่มีใช้ข้อกำหนดยกเว้นความรับผิด (non-exculpatory defences) ซึ่งไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความบริสุทธิ์หรือความผิดของผู้ถูกกล่าวหา หากแต่พิจารณาในเรื่องเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ โดยในกลุ่มนี้ได้รวมถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักการไม่ดำเนินคดีย้อนหลัง หลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำ การให้ความคุ้มกันทางการทูต การได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล⁹⁰ ข้อจำกัดของธรรมนูญกรุงโรม การนิรโทษกรรม การอภัยโทษ การยกเลิกโทษ การกล่าวหาว่ากระบวนการในการพิจารณาคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกันกับข้อยกเว้นเกี่ยวกับการดำเนินคดีต่อเยาวชน ซึ่งบางส่วนจากหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวข้างต้น วัตถุประสงค์เรื่องนี้ไม่ได้อ้างอิงเกี่ยวกับการกระทำหรือการดำเนินการเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดแต่พยายามยกเว้นผู้กระทำความผิดจากระบวนการฟ้องร้องในทางอาญา โดยไม่คำนึงถึงการกระทำความผิดของผู้ถูกกล่าวหา ไม่เหมือนการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายสารบัญญัติเพราะกฎหมายวิธีสบัญญัติได้ตรวจสอบระบบการสอบสวนและกระบวนการวิธีความอาญารวมทั้งตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ถูกกล่าวหา และผู้ถูกกล่าวหาอาจสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดได้ทั้งตามกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติได้พร้อมกันก็เป็นได้

⁸⁹ *supra* note 1. p.302.

⁹⁰ David Ormerod and Karl Laird. *Text, Cases, and Materials on Criminal Law*. 11th ed. Oxford: Oxford University Press.2014 .p.437.

1.2 การอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดบางส่วนหรือทั้งหมด

การจัดประเภทพื้นฐานอื่นสำหรับอ้างเรื่องผลลัพธ์ทางกฎหมายของการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิด การอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดทั้งหมดเป็นการยกเว้นความรับผิดทางอาญาของผู้กระทำความผิดทั้งหมด ทำให้ผู้กระทำความผิดกลายเป็นผู้ได้รับการปล่อยตัวโดยถือว่าผู้กระทำความผิดไม่ได้กระทำความผิดนั้นมาก่อนเลย แต่ในทางตรงกันข้ามในกรณีที่เป็นการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดบางส่วนหรือไม่ทั้งหมดของข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา ผู้กระทำความผิดยังคงอยู่ในฐานะผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาแต่อาจได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษ ซึ่งทำให้เกิดคำถามว่าการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดบางส่วนนั้นแตกต่างจากปัจจัยในการบรรเทาโทษอย่างไรบ้าง และบางท่านเสนอว่าในขณะที่ต่อมาเกิดความความสัมพันธ์กับการกำหนดความรุนแรงโทษของคำพิพากษา เหตุยกเว้นความรับผิดบางส่วนทำให้คำพิพากษามีความแตกต่างออกไป โดยอาจได้รับโทษน้อยกว่าแม้ว่าองค์ประกอบในการกระทำความผิดอาญาจะครบองค์ประกอบเหมือนกับการกระทำความผิดอื่น ตัวอย่างที่เด่นชัดที่สุดในการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีคือการอ้างการช่วยเหลือผู้กระทำความผิดในระบบกฎหมายอังกฤษสมัยใหม่แทนข้อกล่าวอ้างเรื่องการสูญเสียการควบคุม ซึ่งถ้าหากรับฟังได้ว่าผู้กระทำความผิดได้สูญเสียการควบคุมจริงฐานความผิดก็จะเปลี่ยนจากข้อกล่าวหาในเรื่องการฆ่าคนตายโดยเจตนามาเป็นข้อกล่าวหาเรื่องการฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาแทน เหตุผลของการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดบางส่วนเพื่อให้คำพิพากษาได้คำถึงเหตุที่ควรยกเว้นโทษหนัก ตัวอย่างเช่น โทษประหารชีวิตหรือโทษจำคุกตลอดชีวิตแต่คำอธิบายในเรื่องนี้มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นเมื่อดักลาส ฮูแซก (Douglas Husak) ได้เสนอว่าการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดบางส่วนเป็นประเภทขององค์ประกอบที่จะได้รับการบรรเทาโทษ ซึ่งจะนำมาปรับใช้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับ โทษน้อยลงนั้นสมควรที่จะพิจารณาในเรื่องสภาพแวดล้อมด้วยรวมทั้งในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดภายใต้เงื่อนไขที่ถูกข่มขู่ก็สมควรที่จะได้รับโทษน้อยลงด้วย

ตามข้อ 31 ของธรรมนูญกรุงโรมส่วนใหญ่ได้เสนอเพียงพื้นฐานของการยกเว้นความผิดในทางอาญาในกรณีที่เป็นการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดแบบสมบูรณ์เท่านั้น อย่างไรก็ตามในธรรมนูญกรุงโรมก็ยังคำถึงในกรณีที่ไม่สามารถเป็นการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดแบบสมบูรณ์ด้วยเหตุผลที่กรอบแนวคิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดในเรื่องคำพิพากษาหรือการลงโทษที่น้อยลง

1.3 ข้ออ้างและข้อยกเว้น

การอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายสารบัญญัติอาจได้เป็น 2 ประเภทคือ ข้ออ้างและข้อยกเว้น ความแตกต่างในเรื่องนี้เกิดจากแนวความคิดของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่งความแตกต่างระหว่างการให้คำนิยาม, การกระทำความผิดและความรับผิดชอบ โดยในระบบนี้จะเป็นความแตกต่างระหว่างข้ออ้างและข้อยกเว้นเป็นบทกฎหมายที่บังคับให้กระทำการที่สามารถลดล้างการกระทำผิดของผู้กระทำผิดและความแตกต่างดังกล่าวในระบบแนวความคิดในกฎหมายจารีตประเพณีก็เริ่มสนับสนุนแนวความคิดดังกล่าว ในมุมมองนี้เห็นว่า ข้ออ้างของเหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องที่มี “ข้ออ้าง” นั้นใช้สำหรับการกระทำที่ครอบคลุมประกอบภายนอกตามคำนิยามของการกระทำผิด (actus reus) แต่ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายเพราะผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการไปบนบรรทัดฐานที่อนุญาตให้กระทำได้ ตัวอย่างเช่น การอ้างการป้องกันตนเองที่แม้จะเป็นการกระทำผิดครอบคลุมประกอบภายนอก แต่ก็ถือว่าไม่ได้กระทำความผิด และแม้ว่าเหตุผลการอ้างการป้องกันเป็นข้ออ้างนั้นจะมีความแตกต่างกันแต่ก็ล้วนอยู่บนเหตุผลในเรื่องการสร้างสมดุลระหว่างเรื่องประโยชน์ที่นำมาเปรียบเทียบกันและพิจารณาว่าเรื่องใดมีประโยชน์ที่เหนือกว่า

แต่ในทางตรงกันข้ามแล้วเรื่อง “ข้อยกเว้น” นั้นไม่ได้เสนอข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาว่าผู้กระทำไม่ได้กระทำความผิดทางอาญาแต่อ้างว่าผู้ถูกกล่าวหาที่กระทำความผิดไป โดยไม่ได้รับรู้ว่าการกระทำของตนเองเป็นการกระทำความผิด ดังนั้น โดยสรุปแล้วอาจถือได้ว่า ข้ออ้างของการกระทำผิดนั้นเกี่ยวข้องกับคุณลักษณะของการกระทำ ส่วนข้อยกเว้นนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อบกพร่องหรือข้อตำหนิของผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตามมีบางความเห็นให้ความเห็นว่าต่างออกไปว่าระหว่างเรื่องการอ้างเรื่องทั้งสองดังกล่าวนี้ไม่สามารถแยกได้อย่างชัดเจนระหว่างเรื่องของ “ข้ออ้าง” หรือ “ข้อยกเว้น” โดยเมื่อคำนึงถึงสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง การป้องกันตนเองแล้วในบางกรณีเป็นเรื่องที่เหมาะสมกว่าที่จะถือว่าผู้ที่กระทำนั้นถือว่าเป็นเรื่อง ข้อบกพร่องของผู้กระทำ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีผู้บุกรุกเข้าไปในบ้านและผู้กระทำได้กระทำเกินกว่าขอบเขตและพยายามที่จะใช้ความรุนแรงต่อเนื่องต่อผู้บุกรุก ซึ่งในบางระบบกฎหมายแล้วถือว่าเป็นการป้องกันตัวที่เกินขอบเขตและไม่สามารถใช้เป็นข้ออ้างได้แต่ถือว่าเป็นข้อยกเว้นสำหรับการบรรเทาโทษบางประการ และผู้กระทำความผิดก็ไม่สามารถแบ่งแยกระหว่างข้ออ้างหรือข้อยกเว้นได้ โดยหากพิจารณาในเรื่องการกระทำผิดทั่วไปกับบุคคลที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเองมีข้อบกพร่อง ยกตัวอย่างเช่น การฆ่าในขณะที่โดนข่มขู่ ยิ่งกว่านั้นความแตกต่างระหว่างผลลัพธ์ในทางปฏิบัติมีมุมมองที่ตรงกันข้ามกันระหว่างการเน้นที่ผลลัพธ์โดยตรงสำหรับผู้กระทำความผิดโดยตรง ความแตกต่างระหว่างผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิดโดยตรงนั้นซึ่งบางระบบอาจถือว่าผู้ที่ไม่ได้กระทำ

ความผิดโดยตรงยังถือว่าเป็นผู้กระทำความผิด แต่ในบางระบบถือว่าผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิด โดยตรงอาจถือว่าเป็นผู้กระทำความผิด และหากผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์เพียงในเรื่อง ช้อยกเว้นแล้ว ผู้กระทำยังถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดยังสามารถ ใช้สิทธิในการป้องกันตัวที่โดยทั่วไปถือว่าเป็นกระทำที่ผิดกฎหมายและอย่างน้อยที่สุดหากถือว่า ช้อยกเว้นยังเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาจทำให้สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ สำหรับ ประเด็นในทางสังคมนั้นหากเปรียบเทียบระหว่างเรื่อง “ข้ออ้าง” กับ “ช้อยกเว้น” แล้ว การอ้าง เกี่ยวกับข้ออ้างทำให้เกิดข้อพิจารณาว่าการกระทำนั้น ได้รับการยอมรับตามกฎหมายว่าพลเมือง สามารถคาดหมายว่าการกระทำของตนเป็นข้ออ้างในการกระทำความผิดได้ โดยพลเมืองกระทำไป เพื่อป้องกันผลประโยชน์ของตนเองหรือผลประโยชน์ส่วนรวมแต่ในทางตรงกันข้ามแล้วการอ้าง ช้อยกเว้นแล้วถึงแม้จะรับฟังได้ตามช้อยกเว้นดังกล่าวก็ตามแต่โดยภาพรวมแล้วก็ถือว่าเป็นการ กระทำผิดกฎหมายอยู่ดีซึ่งทำให้ไม่สามารถคาดหมายได้ว่าจะใช้เป็นบรรทัดฐานในครั้งต่อไป โดยสรุปแล้วความแตกต่างระหว่างข้ออ้างกับช้อยกเว้นนั้นยังอยู่บนเรื่องเหตุผลทางศีลธรรมที่ เกี่ยวข้องกับช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา ดังนั้นตามธรรมเนียมกฎหมายโรมของศาลอาญาระหว่าง ประเทศจึงไม่ได้แบ่งแยกระหว่างข้ออ้างกับช้อยกเว้นออกอย่างชัดเจนด้วยเหตุผลสำคัญเพื่อให้ปรับ ใช้ได้หลักกฎหมายในทุกระบบ

1.4 ความล้มเหลวของการพิสูจน์ช้อยกเว้นความรับผิดชอบและข้อแก้ตัวว่าไม่ได้อยู่ใน สถานที่เกิดเหตุ

ความล้มเหลวของการพิสูจน์ช้อยกเว้นความผิดทางอาญานั้นสามารถแสดงให้เห็น ถึงองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดได้ เหตุยกเว้นความผิดเป็นการลบล้างองค์ประกอบ ความผิดทางอาญา ตัวอย่างที่ชัดเจนได้แก่การอ้างเหตุยกเว้นความผิด โดยอ้างเหตุความยินยอม ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้แสดงออกถึงความชัดเจนถึงความยินยอมของผู้ถูกกระทำ หรือสำคัญผิด ในข้อเท็จจริงทำให้ลบล้างประเด็นในเรื่ององค์ประกอบภายในของผู้กระทำ ซึ่งในแง่นี้ข้อเท็จจริง ของการยกช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาสามารถอธิบายได้ภายใต้กรอบของระบบกฎหมายจารีต ประเพณีแต่ในทางตรงกันข้ามตามแนวคิดของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ในสถานการณ์ เหล่านี้ไม่ได้ถือว่าเป็นช้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาแต่เป็นปัญหาในเรื่ององค์ประกอบภายนอก ของความยินยอมหรือเจตนาร้ายในเรื่องการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง โดยตามธรรมเนียมกฎหมายโรมได้ แบ่งประเภทการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงไว้เป็นพื้นฐานยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาด้วย

กรอบแนวความคิดในเรื่องความล้มเหลวของการพิสูจน์ช้อยกเว้นความรับผิดชอบเป็น ความรู้สึกที่กว้างและอาจรวมถึงในกรณีที่เรียกว่าช้อยกเว้นความรับผิดชอบที่เป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้อยู่ใน สถานที่เกิดเหตุ (alibi defence) ซึ่งมักจะนำมาถูกอ้างเสมอในกระบวนการคดีอาญาระหว่างประเทศ

เช่น ตามกฎเกณฑ์ข้อ 67 (บี) (ไอ) (เอ) ของศาลอาญาเฉพาะกิจในยูโกสลาเวียเดิม (ICTY) นั้นหน้าที่ของทนายความในการแจ้งอัยการผู้ฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่เป็นข้อแก้ตัว ซึ่งได้รับการโต้แย้งอย่างมากซึ่งไม่ควรที่จะเพิกเฉยต่อความแตกต่างระหว่างการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาที่แท้จริงกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาที่เป็นข้อแก้ตัว ยกตัวอย่างในคดีที่ผ่านมาผู้ถูกกล่าวหาได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดตามข้อกล่าวหาด้วยแต่อ้างว่ามีสถานการณ์พิเศษที่เขาไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา แต่ในทางตรงกันข้ามในกรณีที่เป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้อยู่ในสถานที่เกิดเหตุนั้นจะเป็นการอ้างว่าในเวลาที่เกิดการกระทำความผิดขึ้นนั้นเขาได้อยู่ในสถานที่แห่งใดแห่งหนึ่งที่ไม่ใช่สถานที่เกิดเหตุและไม่สามารถก่ออาชญากรรมขึ้นมาได้ และพนักงานอัยการจะต้องกำจัดเหตุผลของความเป็นไปได้ในเรื่องข้ออ้างว่าไม่ได้อยู่ในสถานที่เกิดเหตุ ข้ออ้างในเรื่องนี้ไม่ได้เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่เคร่งครัด

1.5 ลำดับศักดิ์ของการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบ

ความแตกต่างระหว่างการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายสารบัญญัติกับกฎหมายวิธีสบัญญัติ การอ้างอิง การยกเว้น และความล้มเหลวของการพิสูจน์เหตุยกเว้นความรับผิดชอบที่ เกิดตามมาคือทำอย่างไรที่จะแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ของทั้งสองเรื่องว่าลำดับศักดิ์ในเรื่องของการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบมีอยู่จริงหรือไม่ หรือว่าเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นมีความเท่าเทียมกัน ซึ่งตามธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ให้ความสนใจในเรื่องนี้แต่เน้นไปที่ “เหตุผล” ของการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของแต่ละเรื่อง

โดยสรุปแล้วแม้ว่าธรรมนูญกรุงโรมนั้นจะไม่ได้กำหนดเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาไว้อย่างสมบูรณ์ทั้งหมดแต่ก็แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการรวบรวมเรื่องข้ออ้างความรับผิดชอบทางอาญาไว้อย่างเป็นระบบ⁹¹ และบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมนั้นก็ถูกบัญญัติมาในลักษณะที่เป็นการ “ประนีประนอม” ของรัฐจำนวนมากโดยบางส่วนนำมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีและบางส่วนนำมาจากระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและข้อยกเว้นความรับผิดชอบเหล่านี้ต้องนำไปปรับปรับใช้กับอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงและหลักการของกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องคุณลักษณะของอาชญากรที่กระทำความผิดแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังให้ความสำคัญถึง “สภาพแวดล้อมที่ปัจเจกบุคคลนั้นอาจจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา” โดยแม้ว่าเขาจะเกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด แม้ว่าเดิมตามกฎหมายบัตรนูเรมเบิร์กนั้นจะไม่ยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง เช่น อาชญากรรม

⁹¹ Robert Cryer. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 402.

สงคราม อาชญากรรมต่อสันติภาพและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยการยอมรับว่าข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมร้ายแรงได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนในปี ค.ศ.1996 ในร่างประมวลอาชญากรรมซึ่งศาลสามารถกำหนดการยอมรับฟังเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปและตามที่ปรากฏตามในตัวบทของอาชญากรรมแต่ละเรื่อง และแม้ว่าตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วจะเน้นไปที่ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลที่จะต้องทำให้มั่นใจได้ว่าอาชญากรผู้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงจะต้องถูกนำมาตัวมาดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม โดยตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 ได้กำหนดเรื่องการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาไว้ 4 ประการ คือ ความบกพร่องทางจิต การทำให้อยู่ในภาวะมีนเมา การป้องกันตนเองและการถูกข่มขู่ และในกรณีอื่นคือข้อจำกัดทางด้านอายุ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา⁹² เป็นต้น จอร์จ พี. เฟล็ตเชอร์ (George P. Fletcher) ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับธรรมนูญกรุงโรมฯ ของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณีและระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเมื่อถามความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายจารีตประเพณีกับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วที่มักจะพิจารณาข้อดีข้อเสียของแต่ละระบบหรือพิจารณาว่าระบบใดดีกว่ากัน เช่นเรื่องอิทธิพลของประมวลกฎหมายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและอิทธิพลของคำพิพากษาศาลในระบบกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งคำอธิบายในลักษณะดังกล่าวค่อนข้างจะล้าสมัยไปแล้วเนื่องจากไม่มีระบบกฎหมายในในโลกนี้ที่ดำเนินการไปโดยไม่ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากคำพิพากษาของศาล รวมทั้งในกรณีของประเทศไทยด้วยและระบบกฎหมายจารีตประเพณีก็ได้รับอิทธิพลจากบทบัญญัติต่างๆ ของรัฐที่เป็นลายลักษณ์อักษรแม้ว่าจะไม่ได้เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีรายละเอียดและความสลับซับซ้อนเช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน อันเป็นประเทศต้นแบบของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร⁹³ จึงเป็นการยากที่จะระบุว่าตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วในเรื่องของ “ภาคทั่วไป” ของกฎหมายสารบัญญัตินั้น ไม่ได้มาจากระบบกฎหมายอาญาระบบใดระบบหนึ่งถึงแม้ว่ารูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมันจะมีอิทธิพลเป็นอย่างมากในโลก แต่ก็ไม่ได้มีผลกระทบทั้งหมด ยกตัวอย่างเช่น ข้อ 31 ซึ่งระบุถึงเรื่อง “พื้นฐานสำหรับความรับผิดชอบทางอาญา” ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “grounds for excluding criminal responsibility” นั้นตามบทบัญญัติในมาตรานี้ นั้นไม่สามารถสร้างความแตกต่างระหว่างการอ้างอิงเรื่อง “ข้ออ้าง” กับ

⁹² Calvo-Goller, K. *The Trial Proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR precedents*. Leiden: Nijhoff. 2006. p.199.

⁹³ Antonio Cassese. *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press. 2013. p.104.

“ช้อยกเว้น” ได้ โดยได้แสดงเรื่อง 4 เรื่องสำหรับการยกเว้นความผิดของผู้ถูกกล่าวหาได้แก่ ความบกพร่องทางจิต การถูกทำให้มีนเมา การอ้างการป้องกันตนเอง และเรื่องความจำเป็นซึ่งเป็นการผสมผสานระหว่างเรื่อง “ข้ออ้าง” กับ “ช้อยกเว้น” ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงภาษาของกฎหมายในเรื่องความบกพร่องทางจิตแล้วจะเห็นได้ว่าใช้คำนิยามเหมือนกับของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมไปถึงเรื่องของการตกอยู่ในภาวะมีนเมาซึ่งไม่สามารถนำมาอ้างได้ในกรณีที่เป็นความสมัครใจ แต่ตามระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันแล้วไม่มีหลักการในเรื่องดังกล่าวแต่ต้องรับผิดชอบในเรื่องที่ถือว่ากระทำโดยประมาทที่ดื่มสุราและกระทำให้เกิดความเสี่ยงในการกระทำที่ปราศจากความรับผิดชอบ

สำหรับเรื่องการอ้างการป้องกันตนเองตามข้อ 31(1)(ซี) นั้นเป็นรูปแบบที่ค่อนข้างมาตรฐานที่ระบบกฎหมายอาญาของเกือบทุกประเทศมีอ้างเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยในข้อ 31 (1) (ดี) นั้นได้กล่าวถึงเรื่องการถูกข่มขู่ภายใต้การคุกคามแต่ต้องการให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่เจตนาในการกระทำ ความผิดน้อยกว่าภัยคุกคามที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นการผสมผสานระหว่างที่ “ข้ออ้าง” กับ “ช้อยกเว้น” ซึ่งไม่พบแนวความคิดในเรื่องนี้ทั้งในประเทศเยอรมันหรือฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดในเรื่องเหล่านี้⁹⁴

โดยตามธรรมเนียมกรุงโรมมีเรื่องที่ควรศึกษาเกี่ยวกับช้อยกเว้นความรับผิดชอบอาญาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้คือ

2. ความบกพร่องทางจิต

2.1 หลักการเรื่องความบกพร่องทางจิต

ความรับผิดชอบในทางอาญานั้นต้องการให้ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเข้าใจและรับรู้ว่าการกระทำของตนเองนั้นเป็นความผิด แต่หากเป็นกรณีที่บุคคลมีความบกพร่องทางจิตหรือเรียกว่าเป็นบุคคลวิกลจริตนั้น ตรงกับคำว่าภาษาอังกฤษที่ว่า “Mental Disease” หรือ “Mental Defect” และคำที่ใช้ในปัจจุบันคือคำว่า “mental illness” โดยแนวความคิดดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีปัญหาตั้งแต่พื้นฐานของการให้คำนิยาม เนื่องจากคำดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่ยังเกี่ยวข้องกับมาตรฐานทางการแพทย์ในเรื่องการควบคุมจิตใจด้วย ในด้านกฎหมายแล้วคำนิยามที่ได้รับการอ้างอิงเป็นอย่างมากตาม Black's Law Dictionary ซึ่งได้อธิบายเรื่อง “การวิกลจริต” ตามกฎหมายไว้ว่า

⁹⁴ *Ibid.* p. 106.

“เป็นคำที่ให้คำนิยามไปทางเรื่องทางกฎหมายและสังคมมากกว่าเรื่องทางการแพทย์ และชี้ให้เห็นถึงสภาพเงื่อนไขที่กระทบต่อบุคคลจนกระทั่งกระทบกับการกระทำตามเสรีภาพที่ได้รับในการกระทำเพราะว่าไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมของตนเองที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อตนเองหรือผู้อื่น คำกล่าวนี้มีทั้งส่วนที่มากกว่าและน้อยกว่าการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือทางจิตวิทยา ในทางนิติศาสตร์แล้ว คำกล่าวนี้หมายถึงระดับของการป่วยทางจิตใจซึ่งทำให้บดบังความรับผิดชอบตามกฎหมายของปัจเจกบุคคลหรือความสามารถในการรับผิดชอบตามกฎหมายของปัจเจกบุคคล”⁹⁵

กฎหมายอาญามีข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับเรื่องเจตจำนงอิสระในความรู้สึกล่าช้าว่าเป็นสมมติฐานเบื้องต้นว่าปัจเจกบุคคลนั้นเป็นตัวแทนที่มีปฏิบัติถูกต้องตามหลักศีลธรรมและเป็นผู้ที่สามารถทำการเลือกการกระทำของตนเองได้อย่างเสรีตามความเชื่อของตน แต่สำหรับบุคคลที่เป็นบุคคลที่ถือว่าเป็น “บุคคลวิกลจริต” หรือคนที่คลั่งไคล้สิ่งใดเป็นพิเศษนั้นสมควรที่จะได้รับยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาเพราะว่าการกระทำความคิดของเขานั้นเกิดขึ้นจากความทุกข์ทรมานจากผลกระทบจากความเจ็บป่วยทางจิตใจดังนั้นจึงถือว่าเป็นหลักสากลทั่วไปโดยไม่คำนึงถึงว่าผู้นั้นจะมีเจตจำนงอิสระหรือกำหนดได้ว่าจะสามารถควบคุมการกระทำที่มีเหตุผลของตนเองได้หรือไม่ โดยถือว่าบุคคลดังกล่าวได้กระทำไปในลักษณะที่เป็น “การกระทำที่เกิดขึ้นเอง” (autonomous) โดยความสามารถของบุคคลนั้นในบางกรณีเป็นผลมาจากการถูกแทรกแซงจากการเจ็บป่วยทางจิตใจซึ่งทำให้บุคคลนั้นกระทำการไปโดยปราศจากเหตุผล ดังนั้นหากคำนึงถึงตามคำถามพื้นฐานเกี่ยวกับทฤษฎีทางเลือกแล้ว ข้อยกเว้นสำหรับคนบ้านั้นอยู่บนพื้นฐานที่ว่าเขาไม่มีความสามารถในการเลือกหรือใช้โอกาสตามความต้องการของตนเองในเรื่องเป้าหมาย ความต้องการ คุณค่า อารมณ์ หรือการรับรู้ของการกระทำซึ่งมีแรงเหตุจูงใจมาจากทางเลือกที่มีเหตุผล⁹⁶

ในแง่มุมของกฎหมายอาญาภายในรัฐนั้นความแตกต่างที่ปรากฏชัดเจนระหว่างเรื่องวิกลจริตกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องอื่นคือผลลัพธ์ทางกฎหมายของผู้ถูกกล่าวหาที่อ้างเรื่องวิกลจริตในขณะที่กระทำความผิดนั้นจะต้องไปรักษาอาการวิกลจริต แต่การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบอื่นถ้าหากผู้กล่าวหาสามารถอ้างได้อาจจะได้รับการปล่อยตัวไปโดยไม่ถือว่ามีความผิดหรือไม่ต้องรับโทษ ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้นมักจะอ้างหลักการ M’Naghten โดยในปี ค.ศ.1843 ประเทศอังกฤษ นายเดเนียล แม็กเนเทน (Daniel M’Naghten) ได้ฆาตกรรมเลขาส่วนตัว

⁹⁵ Ralph Slovenko. *The Mental Disability Requirement in the Insanity Defense*. Behavioral Sciences and the Law Behav. Sci. Law 17: 165 - 180 (1999)

⁹⁶ R. D. MacKay. *Mental Condition Defences in the Criminal Law*. Oxford: Clarendon press. 2003. pp . 76 – 77.

ของนายกรัฐมนตรีจนถึงแก่กรรม ทนายความของเขาอ้างว่า นายเคเนียดตกอยู่ในสภาพที่จิตไม่ปกติ ในขณะที่กระทำความผิด ไม่สามารถรับรู้ความผิดชอบชั่วดีได้ ซึ่งผลของการพิจารณาคดี ลูกขุน ตัดสินว่าไม่มีความผิด โดยในภายหลังจึงได้มีการกำหนดกฎหมายของแม็กเนเทน (M’Naghten Rule) เพื่ออธิบายถึงการผ่อนปรนปรานีในการลงโทษบุคคลบางประเภท⁹⁷

โดยตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 31 (1) (เอ) กำหนดไว้ว่า

มูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา

“1. นอกเหนือจากมูลเหตุอื่นสำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลฯ นี้บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา หากว่าในขณะที่กระทำการนั้น

บุคคลนั้นเป็น โรคจิตหรือมีข้อบกพร่องทางจิตซึ่งทำลายความสามารถของบุคคลนั้น ในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมาย”

การอ้างเรื่องมีข้อบกพร่องทางจิตนั้นมีพัฒนาการมาควบคู่กับเรื่องความเจริญก้าวหน้าเกี่ยวกับจิตเวชและเวชศาสตร์ แม้ว่าจะได้รับการรับรองจากระบบกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ ว่า ความบกพร่องทางจิตอย่างร้ายแรงทำให้ถือเป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับองค์ประกอบทางด้านจิตใจของการกระทำความผิดอาญา แต่ปัญหาคือองค์กรที่ทำหน้าที่บัญญัติกฎหมายเหล่านี้และศาลซึ่งทำหน้าที่พิจารณาคดีมักจะไม่ได้มีอยู่ในขอบเขตของความร่วมมือเช่นการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ตามกฎหมายอาญา⁹⁸ ตามข้อ 31 (1) (เอ) ของ ธรรมนูญกรุงโรมนั้นยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อ ข้ออ้างที่ว่าเกิดความบกพร่องทางจิตได้รับการพิสูจน์

เหตุยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ถูกนำมาอ้างในคดี Celebici ในการพิจารณาคดีของศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวีย ได้สร้างเครื่องทดสอบสองชั้นเพื่อ “ลดความรับผิดชอบทางอาญา” (diminished responsibility) ซึ่งประกอบไปด้วย “สภาพจิตที่ไม่ปกติ” ซึ่งผู้ถูกกล่าวหา นั้นได้รับความทุกข์ทรมานในเวลาที่ก่ออาชญากรรมนั้น และนอกจากนั้นจะต้องมี “สาระสำคัญของ การบกพร่อง” ซึ่งเป็นความสามารถในการควบคุมการกระทำของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งเครื่องทดสอบดังกล่าวสร้างขึ้นบนพื้นฐานของกฎหมายของประเทศอังกฤษ โดยมีข้อเท็จจริงใน

⁹⁷ Iryna Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis*. New York: Springer. 2014. pp. 254 – 255.

⁹⁸ D. McGoldrick, P.J. Rowe & E. Donnelly. *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*. Oxford: Hart Pub. 2004. pp. 282.

คดีที่ว่าแม้ว่าศาลจะยอมรับว่าผู้ถูกกล่าวหาคือนายแลนด์โซ (Lando) ได้รับความทุกข์ทรมานจากสภาพจิตที่ไม่ปกติ แต่ศาลปฏิเสธข้ออ้างของผู้ถูกกล่าวหาเพราะไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าความบกพร่องนั้นเป็นสาระสำคัญ พื้นฐานของคำพิพากษานี้ได้แสดงให้เห็นถึงมาตรฐานขั้นต่ำที่สอดคล้องกับการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดในระบบกฎหมายต่างๆ และตามวัตถุประสงค์ของศาลอาญา อาจถือได้ว่า

“บุคคลนั้นเป็น โรคจิตหรือมีข้อบกพร่องทางจิตซึ่งทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมาย”

เมื่อพิจารณาจากมุมมองว่าเรื่องความบกพร่องทางจิตนั้นเป็นการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดแบบสมบูรณ์หรือบางส่วนนั้น ยังไม่มีความแน่ชัดว่าการที่ผู้ต้องหาจำเป็นต้องหาเป็นการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดแบบสมบูรณ์หรือบางส่วน โดยไม่มีเหตุผลว่าทำไมเรื่องทั้งสองทำไมไม่สามารถปรับใช้และเมื่อภาระการพิสูจน์อยู่บนพื้นฐานของการถกเถียงว่าองค์ประกอบที่จะยกขึ้นอ้างให้รับฟังเพื่อให้พึงพอใจว่าความสอดคล้องของความเป็นไปได้ เพื่อให้สามารถกำหนดข้อเท็จจริงได้นั้น ศาลอาจจะต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญจากทั้งสองฝ่าย รวมถึงบัญชีรายชื่อพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งอาจจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญทั้งทางด้านกฎหมาย จิตแพทย์และนิติวิทยาศาสตร์ ซึ่งสามารถให้คำปรึกษาในทางเทคนิคเพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาคดีได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม โดย อันโตนิโอ แคนสเสซี (Antonio Cassese) ได้ให้ความเห็นว่า “เรื่องของอาการบ้าหรือการไม่สามารถควบคุมจิตใจได้อย่างร้ายแรง หรือความบกพร่องทางจิต อาจนำมาเป็นข้ออ้างในการยกเว้นความรับผิดเมื่อสถานะของจิตใจของบุคคลนั้นถูกทำให้ความสามารถในการรับรู้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ถูกหรือผิด” ข้ออ้างอาจถูกยกขึ้นมาในเวลาที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถรับรู้ได้ว่าสิ่งที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำลงไปและไม่สามารถใช้การตัดสินใจตามเหตุผลเกี่ยวกับพฤติกรรมกระทำความผิดของเขา ทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นในขณะที่กระทำความผิดขาดองค์ประกอบทางด้านจิตใจและไม่อาจถือว่าเป็นความรับผิดทางอาญาสำหรับพฤติกรรมของเขา”⁹⁹

สำหรับ โรเบิร์ต ครายเยอร์ (Robert Cryer) มีความเห็นว่าการอ้างในเรื่องวิกลจริต บางครั้งก็เป็นการอ้างโดยการขาดการพิสูจน์และได้แบ่งระดับของสถานการณ์ของการวิกลจริต เป็น 3 ประเภท¹⁰⁰ กล่าวคือ

⁹⁹ Antonio Cassese. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press. 2003. p. 263.

¹⁰⁰ *supra* note 7. pp. 405 – 406.

ประเภทแรก เป็นเรื่องเกี่ยวกับการอ้างความบกพร่องทางจิตอย่างเป็นมาตรฐานคือเป็นการอ้างว่าบุคคลที่ถูกกล่าวหาไม่สามารถเข้าใจลักษณะพฤติกรรมที่เป็นการกระทำของตนเอง ซึ่งเป็นตัวอย่างทั่วไปเกี่ยวกับการอธิบายสถานการณ์ของบุคคลที่ตัดคอบุคคลอื่นโดยมีภาพหลอนคิดว่าเป็นก้อนขนมปัง ซึ่งถ้าหากบุคคลได้กระทำไปเพราะเห็นภาพหลอนดังกล่าวจริงก็ควรที่จะต้องนำตัวไปรักษามากกว่าที่จะลงโทษจำคุก

ประการที่สอง ตามข้อ 31 (1) (เอ) แห่งธรรมนูญกรุงโรมนั้นครอบคลุมถึงสถานการณ์ดังกล่าวด้วยที่บุคคลไม่สามารถเข้าใจพฤติกรรมการทำความผิดกฎหมายของตนเอง ซึ่งบุคคลดังกล่าวไม่ควรต้องรับผิดชอบในทางอาญา โดยบุคคลที่ไม่สามารถเข้าใจการทำความผิดของตนเอง

ประการที่สามในกรอบแนวความคิดสุดท้ายที่ได้รับการรับรองโดยข้อ 31 (1) (เอ) เป็นเรื่องของ “แรงกระตุ้นที่ไม่สามารถต้านทานได้” ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลเข้าใจลักษณะและการกระทำในพฤติกรรมของตนเองแต่ไม่สามารถควบคุมได้เนื่องจากการเจ็บป่วยทางด้านจิตใจจึงไม่สามารถหยุดการกระทำของตนเองได้

โดยไม่จำเป็นว่าการวิกลจริตต้องมีอยู่ตลอดไป ถ้าหากมีพยานหลักฐานเพียงพอว่าบุคคลได้ถูกทำลายความสามารถในการควบคุมตนเองในขณะที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำไปโดยถูกกระตุ้นให้ทำพฤติกรรม ซึ่งในการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในการพิสูจน์ และตามข้อ 31 (1) (เอ) นั้นมีเงื่อนไขในการทำลายความสามารถมากกว่าการสูญเสียความสามารถเป็นบางส่วนซึ่งสอดคล้องกับมาตรฐานทั่วไปของกฎหมายอาญาภายในรัฐ

2.2 กรณีศึกษา

Germany, Stenger and Crusius, German Imperial Court (Reichsgericht) at Leipzig, 6 July 1921; in German; Verhandlungen, Vol. 368, 2563–2572.)¹⁰¹

Lieutenant-General Karl Stenger and Major Benno Crusius ทั้งสามถูกกล่าวหาโดยฝรั่งเศสว่าได้ออกคำสั่งให้ยิงทหารฝรั่งเศสผู้ซึ่งอยู่ในฐานะเป็นเชลยสงครามหรือได้รับบาดเจ็บโดยข้อเท็จจริงตามข้อกล่าวหาคือในเดือนสิงหาคม ค.ศ.1914 ในภาคตะวันออกเฉียงเหนือของฝรั่งเศสได้ถูกครอบครองโดยกองทัพเยอรมัน (Major Crusius) ได้ออกคำสั่งฆ่าเชลยสงครามหรือผู้ที่ได้รับบาดเจ็บจึงถูกกล่าวหาในข้อหาฆาตกรรมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 212 แต่ไม่มีการฟ้องร้องสแต็นเกอร์ เนื่องจากอัยการเชื่อว่าไม่มีหลักฐานเพียงพอ ในคดีที่สองอัยการหวังว่าศาลสูงสุดจะเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาบริสุทธิ์ ในการพิจารณาคดีของศาลพยานทั้งหลายต่างให้การตรงกันว่า

¹⁰¹ *supra* note 9, p. 935

ทหารของสเปนเกอร์รวมทั้งภายใต้การบังคับบัญชาของ Crusius ยิ่งเชลยสงครามประมาณ 30 – 50 คน และทหารฝรั่งเศสที่ได้รับบาดเจ็บในวันที่ 21 และ 26 สิงหาคม 1914 โดย Crusius ให้การรับสารภาพว่าเกี่ยวข้องกับการสังหารหมู่ดังกล่าวจริงและเขาไม่เคยลี้ภัยทหารผู้ได้รับบาดเจ็บเรียกร้องขอความเมตตาแต่สเปนเกอร์กลับให้การปฏิเสธเกี่ยวกับการฆ่าผู้ได้รับบาดเจ็บเนื่องจากเผชิญหน้ากับศัตรูไม่น่าไว้วางใจและโจมตีจากต้นไม้ เขาเพียงแต่สั่งการให้โจมตีกลับโดยสั่งการให้ยิงให้ร้ายเหมือนนกกระจอกเท่านั้น เท่ากับว่าเป็นการปฏิเสธว่าเขาให้การป้องกันตัวเองจากศัตรูเท่านั้นและพยานและทหารยศต่ำกว่าต่างให้การว่าทั้งสองสั่งการให้ดำเนินการสังหารดังกล่าว

การพิจารณาคดี ศาลสูงได้ยกฟ้องสเปนเกอร์ โดยในมุมมองของศาลแล้วการให้พยานจากพยานซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่ทำงานใกล้ชิดกับสเปนเกอร์โดย Crusius นั้นพบว่ามีข้อผิดพลาดในการสังหารผู้อื่นโดยไม่ตั้งใจตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน มาตรา 222 และตัดสินจำคุก 2 ปี และไม่มีสิทธิแต่งเครื่องแบบได้ แต่สำหรับเหตุการณ์ในวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ.1914 นั้นศาลเห็นว่าไม่เป็นความผิดเพราะศาลสงสัยเกี่ยวกับความสามารถในการควบคุมทางจิตใจตามมาตรา 51 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งความบกพร่องทางจิตนั้นทำให้ลดความรับผิดชอบทางอาญา แต่สำหรับเหตุการณ์วันที่ 21 สิงหาคม ค.ศ.1914 Crusius นั้นศาลเห็นว่าเขายังมีความสามารถในการควบคุมจิตใจของตนเองดังนั้นข้ออ้างที่ว่าสำคัญผิดในคำสั่งจึงไม่สามารถอ้างอิงได้ และการฆ่าบุคคลรวมทั้งเป็นเหตุให้เกิดการตายนั้นถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสงคราม.

3. การตกอยู่ในภาวะมีนเมา

3.1 หลักการเรื่องการตกอยู่ในภาวะมีนเมา

แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับเรื่องภาวะมีนเมาในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้นมีปัญหาในเรื่องความยุ่งยากในการจัดการกับปัญหาผู้กระทำความผิดที่อยู่ในภาวะมีนเมา โดยเป็นที่ชัดเจนว่าการอ้างยกเว้นความรับผิดชอบในภาวะมีนเอนั้นไม่สมควรที่จะเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบหรือและการอ้างความมีนเอนั้นส่วนใหญ่จะไม่เป็นที่ยอมรับ การตกอยู่ในภาวะมีนเอนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาและความรับผิดชอบทางละเมิดเพราะความมีนเอนั้นมีผลกระทบต่อสถานภาพทางจิตใจ และการตกอยู่ในภาวะมีนเอนั้นอาจจะมีความสัมพันธ์กับสถานภาพทางจิตใจกับบุคคลในขณะที่กระทำความผิด และความสัมพันธ์นั้นถูกกำหนดว่าเขาได้กระทำโดยมีองค์ประกอบภายในสำหรับข้อกล่าวหาในคดีอาญาหรือไม่ ถ้าหากว่าอาชญากรรมต้องการเรื่ององค์ประกอบภายในที่สำคัญ ได้แก่ ความรู้ ความตั้งใจ ความประสงค์ร้าย การวางแผน

การกระทำโดยตรง การคาดหมายได้ การตระหนักรู้ รวมไปถึงเรื่องความประมาท ต่อมาการทำให้ อยู่ภาวะมีนเมาควรมีความสัมพันธ์กับการประเมินความผิดด้วย เพราะว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็น องค์ประกอบสำคัญของอาชญากรรม ผู้ที่ถูกกล่าวหาสมควรที่จะอ้างเรื่องภาวะมีนเมาในฐานะที่เป็น พื้นฐานของการเป็นพยานหลักฐานสำหรับข้ออ้างว่าเขาขาดองค์ประกอบภายในและผู้กระทำ ความผิดอ้างเรื่องเหตุอันควรสงสัยนั้นไม่ได้ การอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบการตกอยู่ในภาวะ มีนเอนั้นเริ่มต้นจากการอ้างในระบบกฎหมายจารีตประเพณีเพื่อให้เห็นข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ถูก กล่าวหาอาจจะอยู่ในภาวะมีนเมาเพียงพอที่จะไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากไม่มีองค์ประกอบภายใน สำหรับความผิดที่ถูกกล่าวหา

ส่วนอีกด้านหนึ่งนั้นเป็นเรื่องข้อพิจารณาทางนโยบายและเงื่อนไขทั่วไปที่วางอยู่ บนเรื่องการสนับสนุนเรื่องการยกเว้นโทษผิดให้ในกรณีที่เป็นการทำให้ตนเองมีนเมาโดยสมัครใจ นั้นไม่สามารถอ้างอิงในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลได้ ความขัดแย้งเหล่านี้แสดงให้เห็น ปัญหาทางกฎหมายในหลายๆ ทางเกี่ยวกับข้อจำกัดเกี่ยวกับการอ้างภาวะมีนเมาที่ไม่สามารถอ้าง เพื่อบรรเทาความรับผิดชอบทางอาญา ข้อจำกัดประการแรกเกี่ยวกับการใช้พยานหลักฐานเกี่ยวกับการ มีนเมา ยกตัวอย่างเช่นในคดี Director of Public Prosecutions v. Beard (1920) ซึ่งเป็นคดีข่มขืนและ ฆาตกรรม ศาลได้พิจารณาโดยเริ่มต้นจากสามัญสำนึกพื้นฐานเกี่ยวกับเรื่องภาวะมีนเมา กับ องค์ประกอบภายในของการกระทำผิด “พยานหลักฐานของการดื่มซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ถูก กล่าวหาไม่สามารถมีเจตนาเฉพาะเพื่อก่ออาชญากรรมสมควรที่จะได้รับการพิจารณากับข้อเท็จจริง อื่นเพื่อพิสูจน์ที่จะกำหนดว่าเขามีเจตนาหรือไม่ โดยมีคำแนะนำว่าภาวะความมีนเมาสมควรเป็น พื้นฐานในการอ้างให้ผู้ถูกกล่าวหาขาดเจตนาร้ายตามข้อกล่าวหาหรือไม่ และข้อพิจารณาที่มีความสัมพันธ์กับการกระทำผิดอย่างไร¹⁰²

ตามธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 31

มูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา

“1. นอกเหนือจากมูลเหตุอื่นสำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลฯ นี้ บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา หากว่าในขณะที่กระทำการการบุคคลนั้น

(ข) บุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะมีนเมาที่ทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุม

¹⁰² Susan Dimock. “What are Intoxicated Offenders Responsible for? The ‘Intoxication Defense’ Re-examined” Crim Law and Philos (2011) 5:1–20 DOI 10.1007/s11572-010-9097-2 (online)

การกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมายเว้นแต่บุคคลนั้นสมัครใจที่จะมีนเมาภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลนั้นรู้ หรือไม่คำนึงถึงความเสี่ยงว่าผลของการมีนเมาของตนจะทำให้ตนมีโอกาสเข้าร่วมในการกระทำซึ่งก่อให้เกิดการประกอบอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล”

ในประวัติศาสตร์การพิจารณาเรื่องกรณีมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบเนื่องจากตกอยู่ในภาวะมีนเมา ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองแล้ว ในคดี “Sonderkommandos” ผู้ซึ่งถูกบังคับให้ทำงานในค่ายกักกันที่มูซังและบ็อยครั้งเขาถูกทำให้มีนเมา โดยผู้ที่เข้าร่วมในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในราวันดาก็มักจะอยู่ในอาการมีนเมา โดยเฉพาะทหารที่เป็นเด็กจะถูกให้เสพสารเสพติดหรือดื่มแอลกอฮอล์เพื่อเป็นการควบคุมการกระทำเพื่อที่เขาไม่สามารถควบคุมตัวเองได้และเป็นการเพิ่มความดุร้าย ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการยอมรับโดยถือว่าการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาบางส่วนเรื่องการตกให้อยู่ในภาวะมีนเมาแม้ว่าจะมีการปฏิบัติตามข้อเท็จจริงและแม้ว่าในการรับผิดชอบอาชญากรรมระหว่างประเทศผู้ซึ่งถูกกล่าวหาในศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เป็นข้ออ้างในเรื่องการทำให้ตกอยู่ในภาวะมีนเมาตามข้อ 31 (1) (บี) ตามธรรมนูญกรุงโรมดังกล่าวข้างต้น โดยลักษณะของผู้ที่อ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบในเรื่องนี้แล้วจะทำให้ขาดองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิดแต่อย่างไรก็ตามมีผู้โต้แย้งว่าการถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมานั้นน่าจะเป็นปัจจัยที่ทำให้เกิดเหตุมากกว่าการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบ

ประเด็นปัญหาเรื่องการอ้างเหตุถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมาโดยสมัครใจและไม่สมัครใจนั้นมีข้อพิจารณาที่สำคัญเบื้องต้นประการแรกคือเรื่องการถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมาโดยไม่สมัครใจซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงบุคคลผู้ซึ่งไม่ได้ตั้งใจที่จะเสพหรือดื่มของมีนเมา ส่วนกรณีที่เป็นการสมัครใจทำให้ตนเองอยู่ในภาวะมีนเมาคือการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบเมื่อบุคคลไม่ได้ยอมรับว่าเขาอาจจะกระทำความผิดกฎหมายและไม่ได้กระทำโดยไม่คำนึงถึงความเสี่ยงดังกล่าว การดื่มสุราหรือเสพสารเสพติดทำให้ได้รับ “ความบ้าบิ่นที่เกิดจากฤทธิ์ของสุรา” (Dutch courage) ซึ่งไม่อาจถือว่าเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้ภายใต้บทบัญญัติเหล่านี้บุคคลจะต้องรู้ว่าอย่างน้อยว่าจะเกิดความเสียหายที่เขาจะกระทำผิดกฎหมายและการถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมาที่จะนำมาเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นจะต้องเป็นการทำให้บุคคลสูญเสียความสามารถในการเข้าใจลักษณะหรือพฤติการณ์ที่ถือว่าการกระทำความผิดกฎหมาย หรือความสามารถในการปฏิบัติตามขอบเขตของกฎหมายที่ระบุไว้ โดยบุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะมีนเมาที่ทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมายเว้นแต่บุคคลนั้นสมัครใจที่จะ

มีนเมา ภายใต้สภาวะการณ์ที่บุคคลนั้นรู้หรือไม่คำนึงถึงความเสี่ยงว่าผลของการมีนเมาของตนจะทำให้ตนมีโอกาสเข้าร่วมในการกระทำซึ่งก่อให้เกิดการประกอบอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล

แต่ปัญหาคือความไม่ชัดเจนที่จะระบุถึงความเสี่ยงของพฤติกรรมที่ยกเว้นข้ออ้างเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความรับผิดชอบ “พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมภายใต้อำนาจของศาล” นั้นค่อนข้างกว้าง หากพิจารณาอย่างง่ายอาจหมายถึงการกระทำทางกายภาพใดๆ หรือการละเว้นการกระทำข้อห้ามของธรรมนูญกรุงโรม ตัวอย่างเช่น การฆาตกรรมผู้อื่น การปฏิบัติเยี่ยงมิชมนุษย์ หรือการทำร้ายร่างกายสาหัส หรืออาจตีความอย่างแคบว่าหมายถึงบุคคลนั้นต้องรู้หรือไม่คำนึงถึงความเสี่ยงที่เขาจะประพฤติดิตตามข้อห้ามไว้ และนอกจากนี้ยังมีความคลุมเครือที่ว่า “พฤติกรรม” นั้นรวมไปถึงความสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อม ตัวอย่างเช่น ภายในความขัดกันทางทหารจะมีการโจมตีอย่างเป็นระบบและกว้างขวางต่อพลเมืองหรือรูปแบบที่ปรากฏชัดในลักษณะเดียวกัน แม้ว่าตามข้อ 30 จะรวมไปถึงด้วยแต่เป็นการยากที่จะพิจารณาว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะเห็นด้วยตามพื้นฐานเหล่านี้

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ การทำถูกให้อยู่ในภาวะมีนเมานั้นจะอ้างได้เฉพาะอาชญากรรมที่ชัดเจน ตามหลักการแล้วองค์ประกอบภายในไม่ได้สร้างการทำให้อยู่ในภาวะมีนเมาโดยสมัครใจจะไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมของเจตนาพื้นฐาน ซึ่งมีแนวโน้มรุนแรงน้อยกว่าอาชญากรรมที่มีเจตนาเฉพาะ เช่น การฆาตกรรมในทางอาญา แต่ถือว่าการฆ่าคนตายโดยประมาทซึ่งเป็นอาชญากรรมของเจตนาพื้นฐาน เป็นผลให้การอ้างทำให้อยู่ในภาวะมีนเมามักจะใช้สำหรับการกระทำที่มีความผิดที่มีความรุนแรงน้อยกว่า แต่ในธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ปรับใช้ในลักษณะดังกล่าว ดังนั้นผู้กระทำความผิดที่มีนเมาสามารถพ้นความรับผิดชอบทางอาญาได้ทั้งหมดตามบทบัญญัติดังกล่าว¹⁰³

เมื่อนำเอากรอบความคิดแบบกฎหมายเปรียบเทียบในหลายระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ แสดงให้เห็นว่าการถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมานั้นไม่เหมือนกับกรณีความบกพร่องทางจิต เพราะว่าการถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมานั้นไม่ได้การรับรองเป็นสากลว่าสามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้ โดยขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศว่าใช้ระบบกฎหมายใดและได้มีการยอมรับการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบเรื่องถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมาหรือไม่ โดยขึ้นอยู่กับเงื่อนไขบริบททางด้านสังคมและวัฒนธรรมของประเทศนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องระดับปริมาณแอลกอฮอล์ ดังนั้นธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 31 (1) (บี) ได้พยายามสร้างสมดุลระหว่างการไม่ยอมรับ

¹⁰³ Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson and Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2010.p. 406 - 408.

การทำให้อยู่ในภาวะมีนเมาและการยอมรับอย่างมีเงื่อนไขนั้นเป็นพื้นฐานของเรื่องการยกเว้นความผิด ปัญหาประการสำคัญเกี่ยวกับขอบเขตของการปรับใช้จะมีปัญหาว่าการถูกทำให้มีเมานั้นสามารถปรับใช้ได้กับอาชญากรรมร้ายแรงทุกประเภทหรือไม่ ประเด็นคำตอบในเรื่องนี้อยู่ที่ว่า “การอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดโดยอ้างเหตุถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมาโดยสมัครใจนั้นไม่สามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาในกรณีของอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ แต่อย่างไรก็ตามอาจนำไปกล่าวอ้างในเรื่องอาชญากรรมสงครามได้” ด้วยเหตุผลเพราะว่าข้อจำกัดเกี่ยวกับความรู้สึกทั่วไประหว่างขอบเขตของการยอมรับการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดในข้อเท็จจริงของอาชญากรรมร้ายแรง เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามข้อ 31 (1) (บี) ไม่ได้เป็นข้อจำกัดโดยชัดแจ้งของอาชญากรรมสงคราม ดังนั้นจึงอาจมีการเสนอว่าการปรับใช้ในระดับต่ำสุดของผู้กระทำความผิดซึ่งได้กระทำความผิดเพียงแค่ว่าการกระทำของตนอยู่ภายในกรอบโครงสร้างของรูปแบบอย่างกว้างของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามข้อ 31 (1) (บี) นี้ได้แสดงระดับของความมีนเมาไว้ว่า ระดับของความมีเมานั้นต้องอยู่ในระดับที่ทำให้ความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือสภาพของการกระทำของตนหรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนเนื่องจากการดื่มสุราหรือเสพสารเสพติด”

ผลกระทบจากสารพิษ ตัวอย่างเช่น การเสพสารเสพติดบางประเภทนั้นไม่ได้ยกเว้นความรับผิด ในกรณีที่อยู่ในภาวะสุขภาพจิตไม่ปกติโดยสภาพแวดล้อมภายนอกยิ่งกว่าในกรณีที่อ้างความบกพร่องทางจิต ก็ต้องการให้ความมีนเมาทำลายความสามารถของผู้ต้องหาในการควบคุมและประเมินความประพฤติของเขา ดังนั้นการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดเพราะถูกทำให้มีเมาก็มีปัญหาในเรื่องพยานหลักฐานด้วยเช่นกัน¹⁰⁴

กฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดกรอบความคิดในเรื่อง “การตกอยู่ในภาวะมีนเมา” ภายใต้กรอบของกฎหมายสารบัญญัติ รวมทั้งบทบัญญัติทั่วไปและหลักการที่สืบเนื่องมาจากการทำความผิดกฎหมายอาญา ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยเฉพาะการอ้างและข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติโดยเกี่ยวข้องกับการกระทำทางอาญามากกว่าองค์ประกอบซึ่งเป็นกรอบแนวความคิดทั่วไปของการกระทำผิดทางอาญา

¹⁰⁴ Bartram S. Brown. *Research Handbook on International Criminal Law* Massachusetts:

ตามธรรมนูญกรุงโรมได้เสนอกรอบแนวความคิดเรื่องการกล่าวอ้างที่มีเหตุผลและข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ใน ข้อ 31 แห่งธรรมนูญกรุงโรมนี้เกิดขึ้นจากแนวความคิดร่วมกันระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีและระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร และส่วนใหญ่มาจากข้อเท็จจริงและนักกฎหมายของทวีปยุโรปที่ไม่ต้องการให้เลือกใช้ระบบใดระบบหนึ่งโดยเฉพาะ แนวความคิดในเรื่อง “การตกอยู่ในภาวะมินเมา” เป็นแนวความคิดที่ได้รับการโต้แย้งกันอย่างมากในระบบกฎหมายภายในรัฐ บางท่านให้ความเห็นว่าข้อยกเว้นเกี่ยวกับความรับผิดชอบในเรื่องนี้ไม่มีความจำเป็นเพราะ

- (1) การดำเนินการของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิดที่ฝ่าฝืนอาชญากรรมร้ายแรง เช่น ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาลหรือผู้บัญชาการทหาร
- (2) วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศไม่ได้เป็นการดำเนินคดีกับ คดีอาญาทั่วไป แต่เป็นการดำเนินคดีโดยตรงกับผู้กระทำความผิด
- (3) แนวความคิดเรื่อง “การตกอยู่ในภาวะมินเมา” นั้นเป็นความคิดของกฎหมาย ภายในรัฐ และการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่อง “การตกอยู่ในภาวะมินเมา” นั้นไม่ใช่เรื่องง่าย เนื่องจากมีความแตกต่างกันของระบบกฎหมาย

3.2 กรณีศึกษา

คดี Vasiljevic ซึ่งผู้กล่าวหาได้อ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบต่อเหตุการณ์ที่แม่น้ำไคร์นา โดยผู้ถูกกล่าวหาอ้างว่าสภาพจิตใจมีปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบนั้นลดน้อยลงเป็นอย่างมาก เนื่องมาจากการเสพรูอย่างเรื้อรัง โดยผู้ถูกกล่าวหาอ้างในเรื่องการตกอยู่ในภาวะมินเมา แต่ศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียได้สรุปว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสภาพความรับผิดชอบทางจิตใจที่ลดลงเมื่อคำนึงถึงสัดส่วนที่สมดุลกันใน เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นที่แม่น้ำไคร์นา¹⁰⁵

โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้คือไมทาร์ วาสิเจอวิก (Mitar Vasiljevic) เป็นสมาชิกของ กองกำลังเซอร์เบียที่ปฏิบัติการในบอสเนีย โดยเมื่อประมาณวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ.1992 ได้มีการ บิบบังคับให้พลเรือนมุสลิมชาวบอสเนียไปยังด้านทิศตะวันออกของของแม่น้ำไคร์นาแล้วทำการ สังหารจำนวน 5 คนส่วนอีก 2 คนสามารถหลบหนีไปได้ โดยศาลเชื่อว่าวาสิเจอวิกมีเจตนาฆ่าบุคคล ดังกล่าวด้วยจึงพิพากษาจำคุก 20 ปี¹⁰⁶

¹⁰⁵ Geert-Jan Alexander Kooops. *Defenses in Contemporary International Criminal Law*. Leiden: Nijhoff. 2008. P.142.

¹⁰⁶ Retrieved December 31, 2017 from <http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/en/vas021129.pdf>

4. การป้องกันตนเอง

เมื่อกล่าวถึงคำว่า การป้องกันตนเองในทางกฎหมายระหว่างประเทศตรงกับคำว่า “self-defence” นั้นมีความแตกต่างกันระหว่างการอ้างการป้องกันของบุคคล (personal self-defence) ซึ่งตรงกับข้อ 31 แห่งธรรมนูญกรุงโรม กับการอ้างการป้องกันตนเองระหว่างรัฐ (interstate self-defence) ซึ่งเป็นไปตามข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติที่ให้สิทธิในการป้องกันตนเองของรัฐ ซึ่งการอ้างการป้องกันตนเองนั้นไม่ได้หมายความถึงการป้องกันตนเองเท่านั้น แต่รวมถึงในกรณีการป้องกันผู้อื่นด้วย นอกจากนี้แล้วยังรวมไปถึงสิทธิในการปกป้องทรัพย์สินของตนเอง อย่างไรก็ตาม สิทธิในการปกป้องทรัพย์สินนั้นมีข้อจำกัดในกรณีที่เป็นอาชญากรรมสงครามและได้แสดงให้เห็นว่าทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องมีความสำคัญสำหรับการดำรงชีพของตนเองหรือบุคคลอื่นหรือทรัพย์สินดังกล่าวเป็นสาระสำคัญสำหรับปฏิบัติการทางทหาร โดยทั้งการปกป้องบุคคลหรือทรัพย์สินจะต้องมีเหตุผลในการป้องกันต่อเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงและเป็นการใช้กำลังที่ผิดกฎหมายด้วยการใช้กำลังป้องกันตามสัดส่วนและระดับของภัยอันตรายที่บุคคลกำลังเผชิญอยู่ บุคคลใดที่ได้ดำเนินการดังกล่าวไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา โดยตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นเรื่องของการอ้างการป้องกันของบุคคลที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลเท่านั้น¹⁰⁷

คำอธิบายเบื้องต้นเกี่ยวกับความหมายของการป้องกันตนเองตามกฎหมายอาญานั้น อาจพิจารณาได้ว่าหมายถึง การระบุเกี่ยวกับเรื่องใดใดที่เป็นเหตุฉุกเฉินไขหรือสภาพแวดล้อมที่กำหนดให้มีเหตุผลเพียงพอว่าผู้ถูกกล่าวหาสมควรที่จะไม่ต้องถูกคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดและต้องรับโทษ¹⁰⁸

ประวัติความเป็นมาของการอ้างการป้องกันตนเองมาจากกระบวนการทางประวัติศาสตร์ที่ระบบกฎหมายภายในของรัฐหลายระบบได้ยอมรับเรื่องการป้องกันตนเองว่าสามารถใช้เป็นข้อแก้ตัวในการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้ จนกระทั่งกลายเป็น “ข้ออ้าง” ในที่สุด โดยมีสมมติฐานทั่วไปที่ว่าก่อนที่จะมีการสร้างรูปแบบของสังคมมนุษย์ขึ้นมานั้นเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของบุคคลเป็นความสำคัญอันดับแรก การใช้กำลังจึงเป็นเรื่องสำคัญพื้นฐานที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ในสังคม ในการกระทำครั้งแรกของผู้บัญญัติกฎหมายได้ทำลายรูปแบบกฎหมายอื่นรวบรวมเข้ามาเป็น

¹⁰⁷ Jan Arno Hessbruegge. *Human Rights and Personal Self-Defence in International Law*. Oxford: Oxford University Press.2017. pp 9 , 11.

¹⁰⁸ F. Leverick. *Killing in Self-Defence*. Oxford: Oxford University Press.2006. p.14

รูปแบบเดียวกัน รวมไปถึงการป้องกันด้วยเพื่อให้บรรลุเป้าหมายในเรื่องความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด โดยในยุคอดีตที่ผ่านมามีการรับรองข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาอยู่ในมุมมองที่กลัวว่าทำให้ข้อห้ามที่เป็นบรรทัดฐานมีจุดอ่อน แต่ในยุคต่อมาที่รัฐมีการปกครองแบบรวมศูนย์และมีอำนาจเข้มแข็งเริ่มไม่ได้ใช้มุมมองเกี่ยวกับความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดและยอมรับหลักการป้องกันตนเอง โดยเริ่มแรกในฐานะที่เป็น “ข้อแก้ตัว” และต่อมาจึงพัฒนามาเป็น “ข้ออ้าง” ในที่สุด

ตัวอย่างที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับแนวความคิดในเรื่อง “การป้องกันตนเอง” ได้เริ่มมีพัฒนาการในกฎหมายอังกฤษเดิมในระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยแนวความคิดที่ปรากฏชัดเกี่ยวกับการป้องกันที่เป็นข้ออ้างปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายชาววิวกในกรอบเรื่องการป้องกันคนอื่น โดยบุคคลฝ่ายที่สามสามารถเข้าแทรกแซงเพื่อช่วยเหลือบุคคลที่ได้ถูกทำร้ายจากบุคคลอื่นซึ่งกลายเป็นข้ออ้างในเรื่องสิทธิของการเข้าแทรกแซง ในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นเดิมเรื่องการป้องกันตนเองได้มีพัฒนาการผ่านเรื่องข้อแก้ตัวแล้วจึงมาเป็นข้ออ้าง โดยครั้งแรกนั้นภายในกฎหมายโบราณแล้วถือหลักการรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด ผู้ที่ฆ่าผู้อื่นจะต้องได้รับการลงโทษในทุกกรณีแม้กระทั่งเป็นการฆ่าเพื่อป้องกันตนเองก็ตามและการลงโทษในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นก็คือการประหารชีวิต ซึ่งต่อมาในยุคกลางได้เกิดแนวความคิดในเรื่องการยกเว้นความรับผิดชอบให้สำหรับในกรณีที่เป็นการป้องกันอาชญากรรมแต่การป้องกันตนเองยังเป็นแนวความคิดที่ค่อนข้างจำกัดสำหรับบุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นผู้ป้องกันอาชญากรรม และปัญหาในเรื่อง “ข้ออ้าง” กับเรื่อง “ข้อแก้ตัว” เริ่มมีการถกเถียงกันตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาจนกระทั่งถึงในปัจจุบัน โดยความสำคัญยังอยู่ที่การฆ่าผู้นั้นอยู่ในสภาพแวดล้อมที่เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและผู้ที่ถูกฆ่าจะไม่ต้องรับโทษและถือว่าไม่ได้กระทำความผิดในขณะที่ฆ่าผู้นั้นมีสถานการณ์สำหรับการแก้ตัวได้ว่าอาจต้องเกิดความสูญเสียต่อทรัพย์สินหรือชีวิตของผู้กระทำ ความผิดโดยการฆ่าผู้นั้นไม่ได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการ “ให้อภัย” แต่เป็นเรื่องของการกระทำที่เหมาะสมกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น¹⁰⁹

การอ้างการป้องกันตนเองนั้นได้รับการตั้งทางตรงและทางอ้อมในทุกระบบกฎหมายว่าเป็นพื้นฐานของข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาและถือว่าเป็น “ข้ออ้างที่ดีที่สุด” การอ้างการป้องกันตนเองนั้น ไม่ได้มีความหมายว่าผู้กระทำไม่ได้ต้องรับผิดชอบเท่านั้นแต่ยังหมายถึงผู้กระทำสามารถกระทำความผิดในเรื่องนั้นได้ด้วย มีความแตกต่างอย่างสำคัญระหว่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีกับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา การป้องกันตนเอง การป้องกันผู้อื่นและการป้องกันทรัพย์สินนั้นมีหลักการที่แยกออกจากกันแต่ก็มีความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กันตรงกันข้ามกับเยอรมันซึ่งมีแนวความคิดในเรื่อง “Notwehr” หรือ

¹⁰⁹ B. Sangero. *Self-Defence in Criminal Law*. Oxford: Hart Pub. 2006. pp.30-31.

การป้องกันที่จำเป็นซึ่งรวมการป้องกันทั้งสามเรื่องเข้าไว้ในหลักการเดียวเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการใช้กำลัง สำหรับในประเทศฝรั่งเศสนั้นใช้หลักการในเรื่อง “*légitime défense*” คือการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือว่ามีกรณีนำหลักการดังกล่าวของฝรั่งเศสและเยอรมันนำไปปรับใช้ในหลายระบบทั่วโลก เรื่องการป้องกันในระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือในมุมมองของยุโรปในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายและเกือบทุกระบบที่ใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญารวมทั้งในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้รับรองการใช้หลักการป้องกันว่าต้องเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง มีสัดส่วนพอดีกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้น และการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย¹¹⁰

โดยซานเกโร (B. Sangero) ได้อธิบายว่าเพิ่มเติม – กรอบแนวความคิดต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการป้องกันตนเอง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการอ้างการป้องกันตนเองนั้นเป็นเรื่องสำหรับการอ้างอิงของการป้องกันตัวของปัจเจกบุคคล โดยมีหลายกรอบแนวความคิดที่เกี่ยวข้อง คือ

การลงโทษผู้กระทำความผิด โดยในกรอบแนวความคิดนี้เห็นว่าบุคคลสามารถป้องกันตนเองโดยการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดกฎหมายต่อตนเอง ซึ่งในอดีตนี้กรอบแนวความคิดนี้เป็นเรื่องทั่วไป เช่นในกฎหมายของชาวอียิปต์ ซึ่งต่อมาแนวความคิดนี้ในสังคมที่ได้รับการพัฒนาแล้ว การแก้แค้นและการลงโทษนั้นกลายเป็นหน้าที่ของรัฐ

หน้าที่ของผู้ถูกทำร้ายมายังสังคม กรอบแนวความคิดในเรื่องนี้เป็นกรอบแนวความคิดที่ว่าไม่ใช่เพียงเป็นเรื่องสิทธิของผู้ถูกโจมตีแต่ยังเป็นหน้าที่ของสังคมด้วยในการป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมโดยผู้กระทำความผิด ซึ่งกรอบแนวความคิดนี้เป็นเรื่องของการพิจารณาเหตุผลของการปกป้องระเบียบของกฎหมายและสังคมซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลายระบบกฎหมายสำหรับการใช้กำลังในการป้องกันอาชญากรรม

โอกาสที่เลือกไม่ได้ เป็นการให้ความสำคัญกับทางเลือกที่เป็นไปได้ในการอ้างอิงการป้องกันตนเองบนพื้นฐานของโอกาสที่เลือกไม่ได้ โดยดูที่เจตนาของผู้ที่ถูกโจมตีในฐานะที่เป็นผู้บริสุทธิ์ในการที่ตนเองสามารถจะช่วยเหลือตนเองจากอันตราย โดยแนวความคิดพื้นฐานนี้มาจากทั้งเรื่องของผู้ที่ถูกโจมตีเป็นผู้บริสุทธิ์และเขาไม่สมควรได้รับบาดเจ็บ ดังนั้นวิธีการถูกต้องเหมาะสมของการกระทำเพื่อตอบโต้กับภัยคุกคามนั้นจึงจำเป็นต้องทำไปโดยทำโดยสุ่มไปเพื่อให้ตนเองพ้นจากการบาดเจ็บ

การโจมตีที่เป็นปัจจัยที่เพียงพอ ในบางครั้งการโจมตีต่อนั้นเกิดขึ้นรวดเร็วมาก ดังนั้นผู้ถูกโจมตีจึงไม่มีทางเลือกระหว่างชีวิตของผู้ถูกโจมตีกับชีวิตของผู้โจมตี โดยเมื่อผู้โจมตีสร้างสถานการณ์ถึงขั้นรุนแรงเอาชีวิตซึ่งในทางเลือกตามหลักศีลธรรมแล้วโดยทั่วไปคนที่ถูกโจมตีก็เลือกที่

¹¹⁰ *supra* note 9. p. 507

จะรักษาชีวิตของตนเอง ซึ่งความสำคัญในทางศีลธรรมนี้เองเป็นเรื่องจำเป็นในการตัดสินใจว่าเมื่อผู้กระทำความผิดได้สร้างเงื่อนไขบังคับระหว่างชีวิตทั้งสอง ประกอบกับความเร็วและการถูกบังคับให้ต้องเลือก เหตุผลสำคัญจึงมาจากการ โจมตีนั้นเป็นปัจจัยที่เพียงพอที่ทำให้ผู้ถูกกระทำต้องเลือกเอาชีวิตของตนเองไว้ก่อน

บุคคลและข้ออ้างอิงที่จำกัด ซึ่งแสดงให้เห็นเรื่องที่เกี่ยวข้องสองด้านคือ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้ออ้างรวมไปถึงข้ออ้างทางศีลธรรม และข้อยกเว้นข้อยกเว้นที่มีอยู่ที่การป้องกันจะนำมาปรับใช้กับบุคคลที่ถูก โจมตีผู้เดียวโดยไม่รวมถึงบุคคลที่สามที่เข้ามาเป็นผู้ช่วยเหลือ ซึ่งอาจไม่จำเป็นต้องอาศัยหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการอ้างการป้องกันแต่พิจารณาจากสถานการณ์ที่เป็นไปได้ของแต่ละกรณี

ความยินยอมของผู้บุกรุก หลักในเรื่องนี้เกี่ยวข้องกับการอ้างการป้องกัน โดยอิงอยู่บนพื้นฐานในเรื่องการลงโทษในทางสถาบัน แต่เมื่อผู้บุกรุกยืนยันที่จะกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวเท่ากับเป็นการแสดงความยินยอมของตนเองในการที่จะให้ผู้ถูกกระทำใช้กำลังกับตนเองได้เช่นกัน ผลก็คือผู้บุกรุกได้สูญเสียความคุ้มกันต่อการป้องกันตัวเองของผู้ถูกทำร้าย ถึงแม้รูปแบบนี้จะไม่ใช่การแสดงความยินยอมโดยชัดแจ้งแต่ก็ถือว่าการสมควรใจ โจมตีที่จะถือว่าการแสดงความยินยอมของผู้โจมตี

ข้อมูลจำเพาะทางศีลธรรมและข้อมูลจำเพาะทางเท็จจริง ตามหลักในเรื่องสิทธิของการมีชีวิต ไม่มีบุคคลใดมีสิทธิที่จะฆ่าผู้อื่นไม่ว่าในสถานการณ์ใดก็ตาม แต่ข้อจำกัดของเรื่องดังกล่าวคือข้อมูลจำเพาะทางศีลธรรมซึ่งจำกัดสิทธิในการไม่ฆ่าผู้อื่นโดยการกระทำที่ไม่สามารถอ้างอิงได้ และรายละเอียดในเรื่องข้อมูลจำเพาะทางข้อเท็จจริง ซึ่งสิทธิในการไม่ฆ่าผู้อื่นนั้นไม่แน่นอนตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริง

ทฤษฎีเกี่ยวกับการอ้างอิงทั่วไปกับการอ้างถึงทางอัตวิสัย ความพยายามในการสร้างทฤษฎีทั่วไปในการการสร้างหลักการที่เหมาะสมที่สามารถอ้างอิงได้ทุกสถานการณ์ของการอ้างการป้องกันนั้นเดิมจะใช้ทฤษฎีอัตวิสัย ซึ่งอ้างอิงทุกอย่างไปยังการใช้วิธีการที่เหมาะสม โดยมีวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมแต่ต่อมาได้อธิบายโดยทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่า (lesser evil) ที่เป็นการพิจารณาระหว่างข้ออ้างอิงที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ที่ถูกบังคับ¹¹¹

ซานกีโร (B. Sango) จึงได้สร้างข้อเสนอเกี่ยวกับเหตุผลของการป้องกันไว้ดังนี้¹¹²คือ

¹¹¹ B. Sango. *Self-Defence in Criminal Law*. Oxford: Hart Pub. 2006. pp.81 – 91.

¹¹² *Ibid.* p.93

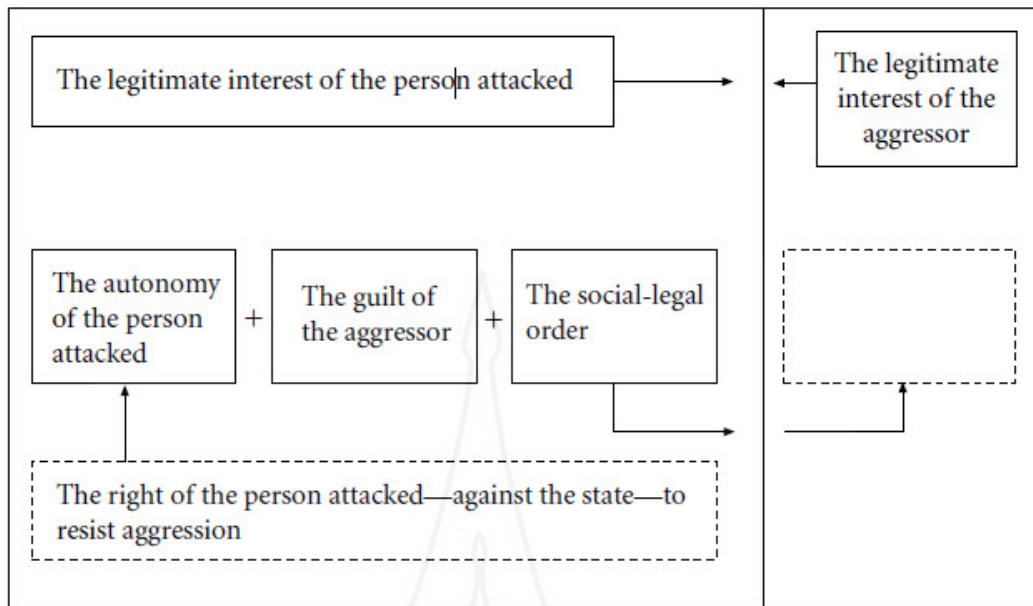
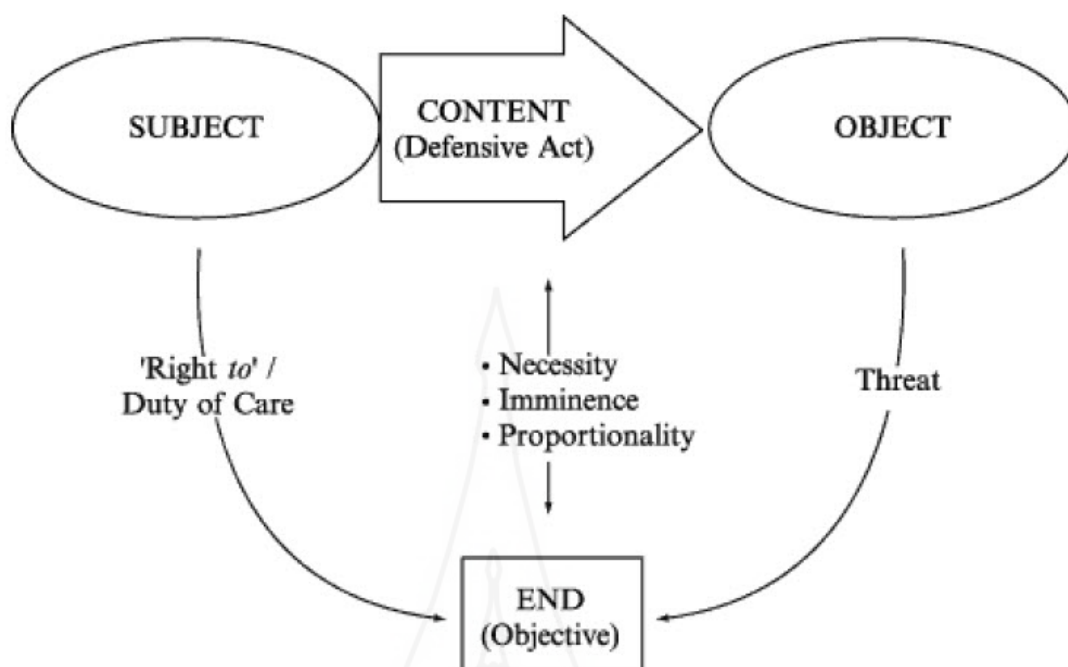


Figure 2: Proposed rationale

ภาพที่ 3.2 ข้อเสนอเกี่ยวกับเหตุผลของการป้องกัน

แต่ในแง่ของความสัมพันธ์แล้วเจน อาโน เฮสbrugge (Jan Arno Hessbruegge)¹¹³ ได้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์โดยมีเรื่องศีลธรรมเป็นพื้นฐานในการอ้างสิทธินั้นอาจสามารถแสดงออกมาได้ในเรื่องความสัมพันธ์ใน 3 ประเด็นที่เกี่ยวข้องกันได้แก่ ประเด็นแรกความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนซึ่งอ้างสิทธิและความดีในการป้องกันโดยมีเจตนาเพื่อป้องกันหรือปกป้องหรือกล่าวถึงนัยหนึ่งถือเป็นการกระทำโดยผู้กระทำกับวัตถุประสงค์ของสิทธิ ประเด็นที่สองเป็นความสัมพันธ์ระหว่างความดีกับการกระทำที่อ้างการป้องกันโดยมีเจตนาเพื่อจะปกป้องการกระทำของตนเอง ส่วนประเด็นสุดท้ายเป็นความสัมพันธ์ทั่วไประหว่างตัวแทนกับการใช้สิทธิในการป้องกันและตัวแทนต่อผู้ซึ่งเป็นการใช้สิทธิของผู้กระทำและผู้ถูกระทำ ดังภาพ

¹¹³ Jan Arno Hessbruegge. *Human Rights and Personal Self- Defense in International Law*.



ภาพที่ 3.3 ความสัมพันธ์ทั่วไประหว่างตัวแทนกับการใช้สิทธิในการป้องกันการใช้อำนาจของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ

ข้ออ้างเกี่ยวกับการอ้างว่าการป้องกันตนเองนั้นแม้ว่าจะเป็นเรื่องที่น่าอึดใจจนกลายเป็นเรื่องมาตรฐานตามแบบแผนไปแล้วแต่ในขณะทำงานร่างธรรมนูญกรุงโรมในปี ค.ศ.1996 ได้มีการโต้แย้งกันอย่างมากมายเกี่ยวกับกรอบแนวคิดและถ้อยคำที่จะนำมาใช้ในบทบัญญัติธรรมนูญกรุงโรม และเมื่อร่างธรรมนูญกรุงโรมจะถูกนำมาออกใช้นั้นยังมีปัญหาเกี่ยวกับการเลือกใช้คำ ซึ่งในเดิมนั้นจะมีการแยกการป้องกันทรัพย์สินในกรณีที่มีอาชญากรรมสงครามไว้ในความหมายเรื่อง “ความจำเป็นทางทหาร” (military necessity) แต่ในที่สุดแล้วก็มีการรวมไว้ในเรื่องเดียวกันตามข้อเสนอของคณะกรรมการ¹¹⁴

¹¹⁴ Triffterer and Ambos. *The Rome Statute of the International Criminal Court*. (3rd ed.)

โดยตามธรรมนูญกรุงโรม โดยตามข้อ 31 (ซี) ได้กำหนดว่า

“บุคคลนั้นกระทำการอย่างมีเหตุผลเพื่อป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นหรือในกรณีอาชญากรรมสงคราม ป้องกันทรัพย์สินที่จำเป็นต่อความอยู่รอดของตนหรือบุคคลอื่นหรือป้องกันทรัพย์สินที่จำเป็นต่อการปฏิบัติการทางทหาร จากการใช้กำลังที่ใกล้จะถึง และผิดกฎหมายใน ส่วนที่สมควรกับระดับอันตรายที่มีต่อตนหรือบุคคลอื่น หรือต่อทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองทั้ง ข้อเท็จจริงที่ว่า บุคคลนั้นได้เข้าร่วมในการปฏิบัติการป้องกันโดยกองกำลังโดยตัวของมันเองจะเป็น มูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามอนุวรรคนี้”

ฮานนาห์ ทอนกิน (Hannah Tonkin) ได้วิเคราะห์องค์ประกอบเกี่ยวกับการป้องกันตนเอง ซึ่งตามข้อ 31 (ซี) ตามธรรมนูญกรุงโรม¹¹⁵ไว้ว่า ประการแรกต้องเป็นภัยอันตรายต่อบุคคลหรือ ทรัพย์สินจากการใช้กำลังที่ผิดกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ประการที่สอง ผู้กระทำต้อง กระทำไปโดยเป็นการกระทำที่มีเหตุผลและได้สัดส่วนต่อภัยอันตรายนั้น และ ประการที่สาม ในกรณีที่เป็นองค์ประกอบภายนอกตามข้อ 31 (1) (ซี) บทบัญญัติได้แสดงถึงองค์ประกอบภายใน โดยผู้กระทำต้องกระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รอดพ้นจากการถูกโจมตี ยิ่งกว่านั้นเพื่อให้ สอดคล้องกับข้อ 21 (1) (บี) อ่างการใช้กำลังป้องกันนั้นต้องอยู่ในเรื่องที่เกี่ยวข้องว่าเป็นการปรับใช้ สนธิสัญญาหรือหลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งหลักการของกฎหมายระหว่าง ประเทศในเรื่องหลักการใช้กำลัง ตัวอย่างเช่น ถ้าบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้อนุสัญญากรุงเจนีวา เช่น พลเรือนได้ใช้กำลังโดยผิดกฎหมายทำให้บุคคลดังกล่าวสูญเสียสถานภาพที่ได้รับการคุ้มครอง ในกรณีเช่นนี้ตามข้อ 31 ผู้กระทำไม่มีความจำเป็นในฐานะที่เป็นขาดองค์ประกอบที่สำคัญ การอ้าง การป้องกันโดยใช้กำลังจะต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ตามที่กำหนดไว้ ใน 21 (3) และประการสำคัญจะต้องเป็นไปตามบริบทในเรื่ององค์ประกอบของข้อ 31 (1) (ซี)

โดยฮานนาห์ ทอนกิน ได้วิเคราะห์สภาพของมาตรา 31 (1) (ซี)¹¹⁶ ไว้สองประการ กล่าวคือ ประการแรก **เงื่อนไขที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและการผิดกฎหมายที่ทำให้ เกิดอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน**

(1) เป็นภาวะวิสัยหรืออติวิสัย

ประเด็นที่มีปัญหามากที่สุดเรื่องหนึ่งตามข้อ 31 (1) (ซี) คือภัยอันตรายที่ดำรงอยู่นั้น เป็นการมีอยู่โดยภาวะวิสัยหรือเพียงแต่อาศัย “ความเชื่อที่มีเหตุผล” หรือจะต้องเป็น “ความเชื่ออย่าง

¹¹⁵ Hannah Tonkin. Defensive Force Under the Rome Statute. Melbourne Journal of International Law, Vol. 6(1) 2005, p.93

¹¹⁶ Ibid.

มีเหตุผล” ที่มีอยู่ของผู้กระทำความผิด โดยประการแรกเกี่ยวกับ “การกระทำที่มีเหตุผล” นั้นหมายถึง การตอบโต้ต่อภัยคุกคามนั้นอย่างมีเหตุผลโดยอาศัยเพียงความเชื่ออย่างแท้จริงที่มีอยู่ในขณะที่เกิด ภัยคุกคาม โดยแนวความคิดนี้ได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากกรอบแนวความคิดของระบบ กฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษ โดยให้ถือว่าไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดแม้แต่ในกรณีที่ผู้กระทำ ได้สำคัญผิดในเรื่องที่สมเหตุสมผลทั้งหมดว่ามีภัยคุกคามอยู่จริง อย่างไรก็ตามในการตีความไม่ได้ เปิดกว้างสำหรับบทบัญญัติและปรากฏว่าไม่ได้แสดงความหมายอย่างจริงจังในการประชุมที่โรม โดยตัวแทนมีความตั้งใจว่าศาลอาญาระหว่างประเทศเชื่อว่าปัจเจกบุคคลผู้ซึ่งสำคัญผิดอย่างไม่มี เหตุผลในการประเมินภัยคุกคามและซึ่งการสำคัญผิดดังกล่าวนำไปสู่การมีส่วนร่วมในอาชญากรรม ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม

ประการที่สองคืออาจตีความได้ว่า การกระทำอย่างสมเหตุสมผลกว้างกว่าและเน้น ย้ำเกี่ยวกับความรู้สึกที่รวมไปถึงการรับรู้เช่นเดียวกับการโต้ตอบ โดยผู้กระทำผิดต้อง “เชื่ออย่างมี เหตุผล” ว่ามีการดำรงอยู่ของภัยอันตรายที่ผิดกฎหมายและใกล้จะถึงและจะต้องตอบโต้อย่างมีเหตุผล ในการตอบสนองต่ออันตรายนั้น การตรวจสอบทางภาวะวิสัยนี้พิจารณาว่าความกลัวของผู้กระทำ ความผิดต่อการ โจมตีนั้นจะต้องสมเหตุสมผล แต่เหตุผลในทางอัตวิสัยนี้เป็นมุมมองของผู้กระทำ ความผิดเท่านั้น ซึ่งความเชื่ออย่างมีเหตุผลนี้มีมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับตามระบบของประเทศที่ ใช้กฎหมายจารีตประเพณี เช่นในประเทศออสเตรเลีย ในคดี Zecevic ที่พิจารณาเพียงว่าผู้ถูก กล่าวหามีความเชื่อบนเหตุผลที่เป็นพื้นฐานของความจำเป็นในการป้องกันตัวที่ตนเองได้กระทำไป

ประการที่สาม อาจจะมีการตีความอย่างเคร่งครัดเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ต้องการให้ ภัยอันตรายที่ผิดกฎหมายและใกล้จะถึงนั้นดำรงอยู่อย่างภาวะวิสัย ดังนั้นการตีความว่า “การกระทำ อย่างมีเหตุผล” ต้องคำนึงถึงการตอบโต้ของผู้กระทำ โดยไม่ได้คำนึงถึงการรับรู้ถึงภัยคุกคามของ ผู้กระทำ ซึ่งหากพิจารณาตามตัวบทดังกล่าวข้างต้นแล้ว ตามตัวบทดังกล่าวไม่น่าจะพิจารณา ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำผิดไปโดยการสำคัญผิดด้วย โดยตามข้อ 31 (1) (ซี) ต้องการภัยอันตรายอย่างแท้จริง

(2) ใกล้จะถึง

ปัญหาเกี่ยวกับเรื่อง “ใกล้จะถึง” นั้น แสดงให้เห็นถึงความรู้เกี่ยวกับความเร่งรีบที่ เกิดขึ้นในสถานการณ์ที่ต้องใช้กำลังตอบโต้ ตามที่จอร์จ เฟลเชอร์ (George Fletcher) ได้ตั้งข้อสังเกต เกี่ยวกับการป้องกันตนเองว่า “ในเวลาสำหรับการป้องกันตนเองหรือปัจจุบัน ไม่ใช่ในเวลาในไม่ช้า หรือในเวลาที่ยาวเกินไป” ในการประชุมที่กรุงโรมได้พิจารณาเกี่ยวกับเรื่องสถานการณ์ที่ใกล้จะ ถึงกับการใช้กำลัง ได้มีข้อเสนอว่า ความเร่งรีบของการใช้กำลังแทนคำอื่น

ข้อ 31 (1) (ซี) ได้กำหนดขอบเขตของการมีส่วนร่วมในการป้องกัน โดยในคดี Beckford v The Queen บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโจมตีไม่จำเป็นต้องรอจนถูกโจมตีก่อนถึงจะยิงนัดแรกก่อน” ดังนั้น การใช้กำลัง...ที่ใกล้จะถึงได้แสดงให้เห็นถึงทั้งภัยคุกคามและความพยายามในการโจมตีทางกายภาพ รวมทั้งการโจมตีทางกายภาพ เช่น การบรรจุกระสุน ซึ่งอาจจะยังเป็นปัญหาว่าถือว่าเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในไม่ช้าหรือไม่ ยิ่งกว่านั้น ภัยคุกคามไม่จำเป็นจะต้องเป็นภัยอันตรายที่พบใหม่แต่อาจเป็นภัยอันตรายที่เกิดขึ้นต่อเนื่องมาจากอดีตก็ได้และภัยคุกคามดังกล่าวทำให้เกิดความต่อเนื่องของความกลัวว่าจะเกิดการโจมตีซึ่งสร้างความรู้สึกว่าจะต้องกระทำการตอบโต้อย่างเร่งด่วน

(3) โดยมีขอบด้วยกฎหมาย

นอกจากสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาจะใช้กำลังในการป้องกันโดยเหตุที่เกิดขึ้นนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงดังกล่าวข้างต้นในข้อ (2) แล้ว ภัยอันตรายดังกล่าวต้องเป็นภัยอันตรายที่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย ซึ่งคำว่า โดยมีขอบด้วยกฎหมายนั้นแสดงให้เห็นถึงรูปแบบของการกระทำความคิดหรือรูปแบบของพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการกระทำความผิด ตามข้อ 31 (1) (ซี) นั้น อาจเป็นเพียงพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการกระทำของผู้ที่กระทำผิดกฎหมาย แต่ไม่รวมถึงการกระทำของผู้บุคคลที่ใช้กำลังเนื่องจากอยู่ในอาการวิกลจริตหรืออยู่ในภาวะมินิเมา บุคคลที่ถูกข่มขู่หรือปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

(4) เป็นภัยอันตรายต่อตัวเอง บุคคลอื่นหรือทรัพย์สิน

ตามข้อ 31 (1) (ซี) อนุญาตให้ผู้ถูกกระทำป้องกันโดยการใช้กำลังในการป้องกันตนเองหรือการป้องกันบุคคลอื่นหรือการป้องกันทรัพย์สิน แต่ปัญหาคือบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้แสดงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่อ้างการป้องกัน บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินแต่อย่างใด และสิทธิในการใช้กำลังเพื่อป้องกันนั้นยังขยายไปถึงการปกป้องคนแปลกหน้าหรือทรัพย์สินด้วย และนอกจากนี้ บทบัญญัติดังกล่าวยังไม่ได้กล่าวถึงระดับความรุนแรงของภัยอันตรายที่ก่อให้เกิดสิทธิในการป้องกันตนเองได้ว่าเป็นภัยต่อชีวิตหรือร่างกายอย่างร้ายแรงหรือเป็นการทำลายทรัพย์สินทั้งหมดถึงจะก่อให้เกิดสิทธิตามข้อ 31 (1)(ซี) โดยเฉพาะประเด็นในเรื่องการป้องกันทรัพย์สินนั้นมีข้อโต้แย้งกันอย่างมากในการตีความว่าสมควรนำเรื่องดังกล่าวมาในการเรื่องการป้องกันทรัพย์สินด้วยหรือไม่ ซึ่งข้อเสนอของสหรัฐอเมริกายืนยันว่าการปกป้องทรัพย์สินโดยอ้างการป้องกันสามารถกระทำได้ซึ่งเมื่อคำนึงถึงบทบัญญัติตามกฎหมายภายในรัฐหลายรัฐก็รับรองความชอบธรรมของการปกป้องทรัพย์สินดังนั้นในธรรมนูญกรุงโรมจึงบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ด้วย

ประการที่สอง การกระทำอย่างมีเหตุผลและได้สัดส่วนต่อภัยอันตราย

(1) ความจำเป็นอย่างมีเหตุผล สิทธิในการอ้างการป้องกันตนเองนั้นไม่ได้เป็นสิทธิที่สมบูรณ์ในตัวเอง แต่ก่อนข้างจะมีข้อจำกัดภายในกรอบแนวความคิดเรื่องความสมเหตุสมผล (reasonableness) ซึ่งตามกฎหมายภายในนั้นได้รับการรับรองอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับกรอบแนวความคิดดังกล่าวเพียงแต่กรอบแนวความคิดเรื่องนี้ก่อนข้างเป็นนามธรรม เพราะว่าการสมเหตุสมผลนั้นเกี่ยวข้องกับเรื่องการยอมรับของสังคมนั้นๆ ด้วยมากกว่าเรื่องความถูกต้องตามหลักศีลธรรมซึ่งปัญหาในเรื่องนี้ผู้ถูกกล่าวหาที่อ้างเรื่องการป้องกันตนเองจะต้องยกขึ้นมาอ้างว่าเผชิญกับภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและเป็นภัยอันตรายที่มีขอบด้วยกฎหมายซึ่งทำให้เขาต้องเลือกทำการตอบโต้

(2) การใช้สัดส่วนอย่างสมควร

นอกจากเหตุผลในเรื่องความสมเหตุสมผลแล้วยังมีเรื่องข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้สัดส่วนในการใช้ความรุนแรงตอบโต้กลับด้วย โดยดูเรื่องความจำเป็นของการตอบสนองของผู้ที่อ้างการป้องกันว่ามีการใช้สัดส่วนที่ตอบสนองต่อเหตุการณ์ได้สัดส่วนต่อภัยอันตรายหรือไม่ ภัยอันตรายที่ก่อโดยผู้บุกรุกนั้นแม้ว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะต้องขับไล่แต่ต้องให้ได้สัดส่วนต่อภัยคุกคามที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาว่ากฎหมายจะบังคับให้ผู้ใช้อ้างการป้องกันยอมรับต่อความรุนแรงที่เกิดขึ้นหรือใช้กำลังที่เกินสัดส่วน

(3) เป็นการกระทำโดยตรงต่อผู้บุกรุก

ในการใช้ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและเป็นการผิดกฎหมายนั้น ตามข้อ 31 (1) (ซี) ไม่ได้ต้องการให้กระทำต่อแรงทางกายภาพนั้น แต่เป็นการกระทำโดยใช้แรงต่อผู้บุกรุกเพราะคำว่า “การป้องกัน” นั้นเป็นการกระทำโดยตรงต่อผู้ที่กระทำความผิดหรือสร้างภัยนั้น โดยตรง ดังนั้น ผู้ที่อ้างการป้องกันจึงไม่สามารถกระทำการต่อบุคคลที่สามผู้บริสุทธิ์ได้ เช่น คนร้ายจับตัวประกันไว้ การอ้างการป้องกันต่อภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและเป็นการผิดกฎหมายนั้นไม่สามารถก่อให้เกิดการอ้างสิทธิในการป้องกันโดยการโจมตีต่อตัวประกันได้ แม้ว่าในสถานการณ์ที่จะเกิดอันตรายต่อคนอื่นนอกจากตัวประกันก็ตามยกตัวอย่างเช่นในระบบกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษ นั้นในคดี R v Clegg ศาลมีความเห็นว่าผู้ที่อ้างการป้องกันตนเองนั้นได้ใช้กำลังทางกายภาพรุนแรงเกินความจำเป็นจึงพบว่ามีความผิดฐานฆาตกรรมผู้อื่น

และแม้ว่าจะไม่เคยปรากฏเกี่ยวกับเรื่องการอ้างการป้องกันตนเองในกลไกทางกฎหมายของศาลทางอาญาระหว่างประเทศหรือศาลชั่วคราวอื่น ยกเว้นในธรรมนูญกรุงโรม แต่กระนั้นก็ตามแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตามแต่ในการพิจารณาคดีของศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศก็มีการหยิบยกเอาประเด็นดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาโดยมีประเด็นว่าการอ้าง

การป้องกันตนเองนั้นสามารถนำมาใช้ในการตีความว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงได้หรือไม่ในศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวีย ซึ่งในที่สุดแล้วคณะกรรมการมีความเห็นว่าผู้ที่ถูกกล่าวหาสามารถอ้างเรื่องการป้องกันตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไปได้ และหากพิจารณาตามหลักธรรมนูญกรุงโรมฯ แล้วจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในเรื่องการป้องกันกับกฎหมายภายในรัฐนั้นมีความสอดคล้องกันเป็นอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น ประเด็นในเรื่องความต้องการเรื่องความจำเป็นและหลักสัดส่วน¹¹⁷

(4) กรณีศึกษา

คดี MUNDO AND WEISS (Trial of Erich Weiss and Wilhelm Mundo) Ludwigsburg, Germany, US General Military Court, 10 November 1945. LRTWC, Vol. XIII, Case No. 81, at 149–150

คดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการอ้างถึงความหมายที่ถูกต้องของข้อยกเว้นความรับผิดชอบโดยอ้างการป้องกันตนเองในสภาพแวดล้อมที่มีการขัดกันโดยใช้กำลัง ซึ่งในขณะนั้นยังไม่มี ความหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับการป้องกันตนเองในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อเท็จจริง นักบินของกองทัพสหรัฐอเมริกาได้กระโดดร่มหลังจากเครื่องบินสูญเสียการควบคุมในดินแดนของประเทศเยอรมันระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อมาถึงพื้นดินเขาถูกควบคุมตัวและจับกุมตัวตั้งข้อกล่าวหาโดยตำรวจเยอรมัน (Weiss) ทำให้เขาตกอยู่ในฐานะเชลยสงคราม (prisoner of war (POW)) ต่อมาเจ้าหน้าที่ตำรวจได้นำเชลยสงครามไปไว้ในเมืองที่ไกลเดี่ยวและได้พบกับมันโด (Mondo) ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจทั่วไปและในเวลาสำคัญนั้นเมืองได้ถูกโจมตีทางอากาศโดยฝ่ายสัมพันธมิตร ทำให้ชาวเมืองโกรธแค้นและมีความรู้สึกเป็นศัตรูต่อฝ่ายสัมพันธมิตรทำให้มีการจับกุมนักบินในเครื่องบินแบบมารวมกันเพื่อต้องการที่จะฆ่า ในขณะนั้นนักบินชาวอเมริกาได้ทำท่าทางใช้มือขวาล้วงเข้าไปในกระเป๋า ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจและมันโดได้ใช้อาวุธยิงนักบินถึงแก่ความตาย

การพิจารณาคดี นั้นผู้ถูกกล่าวหาทั้งสองอ้างว่าเขาเชื่อว่าเชลยสงครามได้ครอบครองอาวุธและเป็นภัยคุกคามในขณะนั้นแม้ว่าจะไม่มีพยานหลักฐานว่าผู้ถูกฆ่าได้ถูกตรวจค้นอาวุธตามข้อกล่าวอ้างหรือไม่ แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาทั้งสองอยู่บนพื้นฐานของข้อกล่าวอ้างเรื่องการป้องกันตัวและได้ปล่อยตัวผู้ถูกกล่าวหาไป แต่เหตุผลดังกล่าวของศาลก็ถูกตั้งข้อสงสัยเนื่องจากในขณะนั้นการอ้างการป้องกันตัวนั้นยังไม่ได้เป็นหลักการที่มีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยศาลนำหลักกฎหมายอาญาภายในรัฐมาปรับใช้ที่สอดคล้องกับหลัก

¹¹⁷ I. Marchuk. *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis*. Heidelberg: Springer, pp.268 – 269.

กฎหมายอาญาทั่วไป โดยเป็นการปรับใช้หลักกฎหมายภายในในขณะที่มีการขัดแย้งโดยการใช้กำลัง โดยศาลได้คำนึงถึงเรื่องสภาพแวดล้อมที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโจมตีทางอากาศ ความรู้สึกเป็นศัตรูของกลุ่มคนและการเคลื่อนไหวอย่างทันทีทันใดของผู้ถูกฆ่า นอกจากนี้ศาลยังทำให้การอ้างเรื่องการป้องกันตัวเมื่อมีเหตุผลเพียงพอเท่าที่จำเป็นเกิดขึ้นในทางกฎหมายระหว่างประเทศ¹¹⁸

คดี Kordić and Čerkez ของศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวีย ได้ถือว่าการอ้างการป้องกันนั้นมาจากหลักกฎหมายทั่วไปและอาจถือได้ว่ามาจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สามารถนำมาปรับใช้ในศาลชั่วคราวได้¹¹⁹ โดยในคดีดังกล่าวศาลอาญาชั่วคราวฯ ได้แสดงให้เห็นถึงประเด็นสำคัญในเรื่องการป้องกันตนเองว่า

“อาจถือได้ว่าการระบุเกี่ยวกับการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับบุคคลผู้ซึ่งกระทำเพื่อป้องกันหรือปกป้องตัวเองหรือทรัพย์สินของตัวเองหรือบุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของผู้อื่นต่อการโจมตี ถ้าการกระทำนั้นมีเหตุผล จำเป็นและได้สัดส่วนต่อการโจมตี”¹²⁰

และหากพิจารณาถึงเรื่องคำนิยามโดยทั่วไปแล้วตามธรรมนูญกรุงโรมอาจเกิดความสับสนกับการป้องกันตนเองของรัฐตามที่ปรากฏอยู่ในข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันทรัพย์สินเพื่อให้ได้สัดส่วนกับการโจมตีโดยการใช้กำลังในกรณีที่เป็นการป้องกันล่วงหน้า (pre-emptive self-defence) ของรัฐ ซึ่งในกรณีของการป้องกันตนเองตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้เป็นประเด็นในเรื่องการป้องกันตนเองของปัจเจกบุคคลแต่ละบุคคลไปไม่ใช่ในภาพรวมของรัฐ¹²¹

¹¹⁸ *supra* note 9, p. 828.

¹¹⁹ *supra* note 9, p. 507

¹²⁰ *Prosecutor v Kordic and Others* (Kordic case), Judgment (26 Feb 2001), Case No IT-95-14/ 2-T, para 449.

¹²¹ *supra* note 2 p.66

5. การอ้างเหตุจำเป็นหรือถูกบังคับขู่เข็ญ

5.1 หลักการอ้างเหตุจำเป็นหรือถูกบังคับขู่เข็ญ

การให้คำนิยามของคำว่า “เหตุจำเป็น” (necessity) นั้นอาจคำนิยามที่เป็นเอกภาพได้ยากในทางอาญา ซึ่งอาจแบ่งแยกได้อย่างน้อยเป็น 3 ประเภทที่แตกต่างกัน

(1) ในทางวิชาการแล้วส่วนใหญ่มีความเห็นว่า เหตุจำเป็นหมายถึงการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาซึ่งผู้ถูกกล่าวหาได้อ้างว่าการกระทำของตนเองนั้นเป็นเรื่องเลวร้ายน้อยกว่าการกระทำของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง (the lesser of two evils) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือผู้ถูกกล่าวหาได้ตกอยู่ในสถานการณ์ซึ่งไม่ว่าจะเป็นใครก็ตามนั้นกำลังเผชิญอันตรายซึ่งมีสาเหตุและทำให้ผู้ถูกกล่าวหาเลือกที่จะใช้การกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุดแล้ว

(2) ในบางกรณีการใช้คำว่า เหตุจำเป็นนั้น หมายถึงการตกอยู่ในภาวะบังคับขู่เข็ญของสถานการณ์ หรือเรียกว่า ความจำเป็นตามสถานการณ์ (necessity of circumstances) ซึ่งสร้างความสับสนยุ่งยากพอสมควร

(3) ในบางครั้งเหตุจำเป็นใช้การอธิบายในเรื่องผู้ถูกกล่าวหาอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินบางประเภทซึ่งผู้ถูกกล่าวหาจำเป็นต้องหลีกเลี่ยงภัยอันตรายต่างๆ¹²²

ส่วนคำว่า “บังคับขู่เข็ญ” (duress) นั้น ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดอาญาไปเพราะถูกบังคับขู่เข็ญในเรื่องการเอาชีวิตหรือทำร้ายร่างกายอย่างร้ายแรงและผู้กระทำได้กระทำไปอย่างสมเหตุสมผล โดยการถูกบังคับขู่เข็ญนั้นอาจมี 2 รูปแบบที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย คือ การถูกบังคับขู่เข็ญโดยการข่มขู่ กับ การถูกบังคับขู่เข็ญโดยสถานการณ์ การถูกบังคับขู่เข็ญโดยการข่มขู่เกิดขึ้นเมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งก่ออาชญากรรมที่เป็นผลมาจากบุคคลอื่น ได้ข่มขู่ว่าจะฆ่าหรือทำร้ายร่างกายหากไม่ก่ออาชญากรรมดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น ผู้ก่อการร้ายได้ลักพาตัวผู้ถูกกล่าวหาไปและจะฆ่าหากไม่วางเพลิงเผาทรัพย์สินอาคารบ้านเรือนตามที่ผู้ก่อการร้ายต้องการ ส่วนการถูกบังคับขู่เข็ญโดยสถานการณ์นั้นอาจเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาเชื่อว่าหากเขาไม่ทำผิดกฎหมายอาญาแล้วสภาพแวดล้อมที่เกิดขึ้นอาจทำให้เขาถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บอย่างร้ายแรง ยกตัวอย่างเช่น คนขับคนหลังได้ชักปืนออกมาแล้วไล่ตามรถแท็กซี่ คนขับรถแท็กซี่จึงตัดสินใจขับรถด้วยความเร็ว 160 กิโลเมตรต่อชั่วโมงซึ่งมีความเร็วที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเพื่อเร่งหนีซึ่งไม่มีผู้ใดบอกให้คนขับรถแท็กซี่ขับด้วยความเร็วดังกล่าว แต่ด้วยเหตุผลแล้วเพื่อที่คนขับรถ

¹²² J. P Herring. *Criminal law: Jonathan Herring*. London: Palgrave. 2015. p. 656.

แต่ก็ซึ่งจะสามารถขับรถหนีไปทางอื่นได้ เขาจึงขับรถด้วยความเร็วสูงและเป็นอันตรายเพื่อให้พ้นจากสถานการณ์ที่มีภัยคุกคามโดยการเอาปืนเล็งมาที่รถของคนขับรถแต่ก็ซึ่ง¹²³

เจอฮาร์ด เวิร์ล (Gerhard Werle)¹²⁴ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับประเด็นในเรื่องการอ้างเหตุจำเป็นหรือถูกข่มขู่ว่าทั้งการอ้างเหตุจำเป็นและถูกข่มขู่ได้รับการรับรองโดยระบบกฎหมายจารีตประเพณีและตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศแล้วไม่ได้แยกทั้งสองเรื่องออกจากกัน โดย

ความจำเป็น หมายถึง ภัยคุกคามต่อชีวิตหรือร่างกายที่เกิดขึ้นจากสภาพแวดล้อมที่เป็นวัตถุวิสัย ยกตัวอย่างเช่นแรงตามธรรมชาติ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบในเรื่องนี้อยู่บนพื้นฐานของเรื่อง ทางเลือกของการกระทำที่ชั่วร้าย (choice of evil) แต่ตรงกันข้ามกันสำหรับ การถูกบังคับขู่เข็ญ ผู้กระทำความผิดนั้นถูกบังคับให้กระทำความผิดอาญาโดยถูกข่มขู่ต่อชีวิตหรือร่างกายจากบุคคลอื่น โดยธรรมนูญกรุงโรมได้รวมทั้งสองเรื่องเข้าด้วยกันซึ่งมีพื้นฐานมาจากองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา โดยตามข้อ 31 (1) (ค) ได้กำหนดไว้ว่า

“การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาล มีสาเหตุมาจากสภาพบังคับอันเป็นผลมาจากการคุกคามต่อความตายที่ใกล้จะถึง หรือต่อการบาดเจ็บทางกายอย่างสาหัสต่อตนเองหรือบุคคลอื่นที่ใกล้จะถึง หรือมีอยู่อย่างต่อเนื่อง และบุคคลนั้นได้กระทำการเท่าที่จำเป็นและสาเหตุของผลในการหลีกเลี่ยงจากการคุกคามดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า บุคคลนั้นมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายยิ่งไปกว่าอันตรายที่จะหลีกเลี่ยง การคุกคามเช่นว่านี้อาจเป็นกรณีใดกรณีหนึ่ง คือ

- (1) กระทำการโดยบุคคลอื่น หรือ
- (2) เกิดขึ้นจากสภาวะการณ์อื่น นอกเหนือการควบคุมของบุคคลนั้น”

พัฒนาการของเรื่องการถูกบังคับขู่เข็ญกับเรื่องคำสั่งของผู้บังคับบัญชา นั้นมีความสัมพันธ์กัน โดยมีกรยกเอาเรื่องการถูกบังคับขู่เข็ญมาเป็นข้อต่อสู้ในคดีอาชญากรรมสงครามกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในคดี United States v. Ohlendorf (the Einsatzgruppen Case). ศาลปฏิเสธเรื่องคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเมื่อคำสั่งนั้น แต่อย่างไรก็ตามในคดีดังกล่าวนี้ศาลมีความเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาอาจยกเรื่องถูกบังคับให้ทำตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลจะพิจารณาจากการถูกบังคับขู่เข็ญนั้นมีการดำรงอยู่ของภัยคุกคามที่ใกล้จะถึง เป็นภัยคุกคามที่มีอยู่จริงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ โดยผู้ถูกกล่าวหาจะต้องพิสูจน์การกระทำที่ว่าถูกบังคับตาม

¹²³ *Ibid.* pp. 665 – 666.

¹²⁴ Gerhard Werle. *Principle of International Criminal Law*. Cambridge: T.M.C. Asser Press.2005. pp. 143 – 148.

เจตนาธรรมณ์ของตนเอง โดยในเรื่องการถูกบังคับขู่เข็ญให้ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา
จะต้องพิสูจน์ตามหลักการที่ว่าถูกบังคับขู่เข็ญตามคำสั่งนั้น¹²⁵

หากเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาอื่นแล้ว ข้อยกเว้นในเรื่องการ
ถูกบังคับขู่เข็ญและการอ้างเหตุจำเป็น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในตามคดีใน
กฎหมายระหว่างประเทศ โดยจะเห็นได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาในคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมนาซีส่วนใหญ่จะอ้างข้อยกเว้นในเรื่องนี้ทั้งต่อศาลอาญาภายในรัฐและศาลอาญาในทางระหว่างประเทศว่า
ตนเองได้กระทำความผิดไปเพราะว่าถูกบังคับขู่เข็ญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรูปแบบของการบังคับขู่
เข็ญจากผู้บังคับบัญชา โดยมีเรื่องที่เกี่ยวข้องพิจารณาดังนี้ คือ

(1) ภัยอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย

พื้นฐานของข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับเรื่องถูกบังคับขู่เข็ญหรือ
จำเป็นนั้นอยู่บนเรื่องภัยอันตรายที่ดำรงอยู่ที่มีผลต่อชีวิตหรือร่างกายทั้งจากผู้กระทำและบุคคลอื่น
ซึ่งในเรื่องภัยอันตรายต่อชีวิตและร่างกายนั้นไม่ค่อยมีความเปลี่ยนแปลงเท่ากับเรื่องผลประโยชน์
เรื่องเสรีภาพหรือทรัพย์สิน ซึ่งอาจมีผลต่อเรื่องพื้นฐานของข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา ผู้กระทำ
ความผิดจะต้องกระทำความผิดไปโดยมีสาเหตุมาจากการถูกบังคับขู่เข็ญจึงกระทำความผิดอาญา
ตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยมีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงต่อความตาย หรือ ภัยคุกคามต่อเนื้อหรือ
เป็นภัยที่ใกล้จะถึงต่อร่างกายสาหัส ซึ่งภัยดังกล่าวอาจเกิดจากบุคคลที่สามหรือสภาพแวดล้อม
โดยมีสภาพการณ์ทางจิตที่บังคับให้เขากระทำมิฉะนั้นแล้วอาจมีผลต่อชีวิตหรือร่างกาย ส่วนภัย
คุกคามต่อเนื้อนั้นเป็นการกระทำต่อผลประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองที่อาจเกิดขึ้นในขณะนั้น
แต่ต้องไม่ใช่เรื่องที่จะเกิดขึ้นแม้ว่าจะมีโอกาสเกิดขึ้นสูงก็ตาม

(2) เป็นการกระทำที่จำเป็นและมีเหตุผล

การกระทำของผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นการกระทำที่มีเหตุผลและความ
จำเป็น การกระทำด้วยความจำเป็นนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในกรณีที่ต้องกำจัดภัยคุกคามในทันที โดยมี
เหตุผลเพื่อให้อันตรายนั้นหมดไปและใช้สัดส่วนที่เหมาะสม ซึ่งหากได้กระทำไปตามเงื่อนไข
ดังกล่าวแล้วแม้กระทั่งการฆ่าผู้อื่น โดยถูกบังคับขู่เข็ญก็อาจถือว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา
ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ แต่ตามธรรมนูญกรุงโรมอาจมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับปัญหาในเรื่อง
ตามธรรมนูญกรุงโรมได้นำเอาหลักการในเรื่องนี้เกี่ยวกับกฎหมายอาญาในทวีปยุโรปมาใช้ภายใต้
เงื่อนไขการฆ่าผู้อื่นโดยถูกบังคับขู่เข็ญหรือจำเป็นนั้นจะต้องเป็น “หนทางสุดท้าย” (the last resort)

¹²⁵ Sarah J. Hei. *The Applicability of the Duress Defense to the Killing of Innocent Persons by Civilians*. Cornell International Law Journal Vol. 46. P.170.

จึงจะไม่ต้องรับการลงโทษได้ แต่ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี การฆ่าพลเรือนผู้บริสุทธิ์ถือว่าเป็นการผิดกฎหมายเสมอแม้ว่าในสถานการณ์ที่จำเป็นหรือถูกบังคับขู่เข็ญก็ตามก็เป็นเพียงเหตุผล การลงโทษเท่านั้น ตามกรอบแล้วความคิดนี้ศาลอาญาชั่วคราวฯ ในยูโกสลาเวีย ได้มีความเห็นว่า “การบังคับขู่เข็ญไม่สามารถอ้างได้ว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบสมบูรณ์ในกรณีที่ทหารถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรืออาชญากรรมสงครามในกรณีที่มีการฆ่าพลเรือนผู้บริสุทธิ์”

(3) มีเจตนาที่จะปิดป้องภัยอันตราย

ตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 (1) (ค) ดังกล่าวนั้น จะเห็นได้ว่าต้องการให้ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะปิดป้องภัยอันตราย โดยมีแรงจูงใจในเรื่องทำให้เขานั้นได้รับอันตราย น้อยลงตามเจตนาของผู้กระทำภายใต้สถานการณ์ของการรับรู้ภัยคุกคามของสถานการณ์เพื่อมีวัตถุประสงค์สุดท้ายในการปิดป้องภัยอันตราย

(4) ความสมดุลของประโยชน์

นอกจากเจตนาที่จะปิดป้องภัยอันตรายตามข้อ (3) ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังต้องการให้ผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาในการสร้างความเสียหายไปมากกว่าภัยอันตรายที่คาดหมายได้ที่จะหลีกเลี่ยงนั้น ซึ่งเป็นการสร้างสัดส่วนในมุมมองของผู้กระทำความผิด อันเป็นองค์ประกอบในเรื่อง การรับรู้ของผู้กระทำความผิด ในส่วนของเรื่องสภาพแวดล้อมแล้วเป็นสะท้อนให้เห็นถึงการสร้างสมดุลของประโยชน์โดยการสะท้อนสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด โดย ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นต้องการในเรื่องการสร้างสมดุลในทางกาวิตยเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับภัยคุกคามที่ชั่วร้ายนั้น โดยอาชญากรรมที่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากล่าวอ้างเกี่ยวกับถูกบังคับขู่เข็ญนั้นจะต้องอยู่บนสมดุลของเรื่องความชั่วร้ายที่เลวร้ายน้อยกว่า (lesser evils)

(5) ความจำเป็นซึ่งเกิดจากการกระทำของตนเอง

ตามธรรมนูญกรุงโรมดังกล่าวข้างต้น ผู้ถูกกล่าวหาที่จะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบว่าถูกบังคับขู่เข็ญหรือกระทำความผิดด้วยความจำเป็นนั้นจะต้องเป็นภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ของความจำเป็นที่เกิดจากสภาพแวดล้อมเหนือการควบคุมของบุคคลเท่านั้น อย่างไรก็ตามแม้ว่าการควบคุมเรื่องบางอย่างจะสามารถควบคุมได้เกี่ยวกับสาเหตุที่ดำรงอยู่ของภัยคุกคามก็อาจจะอยู่บนพื้นฐานของข้ออ้างยกเว้นความรับผิดชอบได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอาชญากรรมสงครามที่การสมัครใจเข้าสู่ภัยอันตรายสมควรที่จะลบล้างพื้นฐานข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งประเด็นนี้ยังไม่มีความชัดเจน

(6) ข้อจำกัดเกี่ยวกับการถูกบังคับขู่เข็ญเกี่ยวกับสาเหตุของหน้าที่พิเศษในการ
 สันนิษฐานเรื่องภัยอันตราย

ข้อจำกัดเกี่ยวกับเรื่องถูกบังคับขู่เข็ญกับความจำเป็นสามารถยกขึ้นพิจารณาจากตำแหน่งหรือหน้าที่ของผู้กระทำความผิด หน้าที่และการทำงานที่รับผิดชอบสามารถสร้างระดับความเสี่ยงที่สูงกว่า ตัวอย่างเช่นการเป็นสมาชิกของกองกำลังทหาร ในสถานการณ์ที่เกิดอันตรายนั้นทหารมีระดับความเสี่ยงที่สูงกว่าตามที่ได้รับการฝึกฝนมาต่อภัยอันตรายต่อชีวิต รวมไปถึงความเสี่ยงพิเศษของทหารที่ต้องต่อสู้ในสงครามที่อาจถูกฆ่าหรือบาดเจ็บ การกำหนดหน้าที่ซึ่งสันนิษฐานความเสี่ยงนั้นจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องตำแหน่งตามสายการบังคับบัญชามาพิจารณารวมด้วย

เหตุผลหนึ่งสำหรับข้อโต้แย้งเป็นอย่างมากเกี่ยวกับการยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดชอบโดยอ้างว่าถูกข่มขู่ในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในกรณีที่มีการฆ่าผู้บริสุทธิ์ซึ่งเป็นมุมมองที่แตกต่างกันระหว่างระบบกฎหมายจารีตประเพณีกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งตามกฎหมายจารีตประเพณีแล้วกรณีที่ถูกข่มขู่ไม่สามารถนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาได้ในการฆ่าผู้บริสุทธิ์ แต่สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วมีการออกแบบความคิดที่ยืดหยุ่นกว่า โดยผู้ถูกกล่าวหาสามารถนำข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้อย่างสมบูรณ์ภายใต้สถานการณ์ที่แน่ชัด ดังนั้นในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วจึงมีการอ้างถูกข่มขู่และสามารถรับฟังได้มาก ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้ถูกกล่าวหาจะต้องประสบกับภัยคุกคามที่ใกล้จะถึงซึ่งไม่สามารถต่อต้านด้วยเหตุผลหรือภายใต้สถานการณ์ที่ถูกข่มขู่ นั่นคนไม่ได้ก่อขึ้นเอง (no culpa in causa)

ในการพิจารณาคดีของศาลนูเรมเบิร์ก ในขณะนั้นไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาบัญญัติไว้ กรอบแนวความคิดในการพิจารณาคดีในนูเรมเบิร์กในเรื่องถูกข่มขู่จึงเป็นเรื่องที่ผสมกันระหว่างกรอบแนวความคิดในเรื่องจำเป็นและถูกข่มขู่และพิจารณาทั้งในกรอบแนวความคิดของระบบกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งทำให้สามารถใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับปัญหาเรื่องถูกข่มขู่ได้อย่างกว้างขวาง และในที่สุดแล้วข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งเกี่ยวกับถูกข่มขู่กลายเป็นเรื่องข้อยกเว้นแบบสมบูรณ์บนพื้นฐานของนิติวิธีของศาลนูเรมเบิร์ก

จะเห็นได้ว่ากรอบแนวความคิดของการอ้างถูกบังคับขู่เข็ญกับการอ้างความจำเป็นนั้นเป็นความพยายามในการรวมกรอบแนวความคิดสองเรื่องที่แตกต่างกัน คือ กรอบแนวความคิดในเรื่องถูกบังคับขู่เข็ญที่อยู่บนพื้นฐานของเรื่อง “ข้อยกเว้น” ส่วนกรอบแนวความคิดในเรื่องความจำเป็นนั้นอยู่บนพื้นฐานในเรื่องของ “ข้ออ้าง” ซึ่งในชั้นเตรียมร่างธรรมนูญกรุงโรมนั้นได้แยกเรื่องทั้งสองออกจากกันเพราะมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน แต่ในขั้นสุดท้ายได้มีการรวมเรื่องทั้งสอง

เข้าเป็นบทบัญญัติเดียวกันซึ่งทำให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับระบบกฎหมายจารีตประเพณีของ อังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่การกระทำความคิดด้วยความจำเป็นนั้นคือการถูกบังคับขู่เข็ญด้วย สภาพแวดล้อม หลักกฎหมายจากการพิจารณาคดีที่นูเรมเบิร์กใช้คำว่า “ความจำเป็น” ในการอธิบาย กรณีที่ถูกบังคับขู่เข็ญ ซึ่งผู้พิพากษาในศาล ICTY แคนซิชี ได้วางหลังเรื่องจำเป็นที่ก่อให้เกิดการ บังคับขู่เข็ญ ซึ่งจะมีข้อสังเกตว่ามีความแตกต่างระหว่างการถูกบังคับขู่เข็ญกับความจำเป็นบน เหตุผลการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา โดยวรรค 1 (ดี) ได้รวมเอาการอ้าง “ทางเลือกของความชั่วร้ายที่น้อยกว่า (choice of a lesser evil) คือเรื่องความจำเป็นกับสถานการณ์ของผู้ถูกกล่าวหา ในการใช้เสรีภาพที่จะตัดสินใจที่เป็นข้อจำกัดความรุนแรงแล้วในที่สุดแล้ว “ไม่มีทางเลือกที่มี ศีลธรรมอื่น” (no moral choice) คือเรื่องถูกบังคับขู่เข็ญ¹²⁶

5.2 กรณีศึกษา

การอ้างถูกบังคับขู่เข็ญ คดี OHLENDORF AND OTHERS (Einsatzgruppen ase) United States v. Otto Ohlendorf and others US Military Tribunal sitting at Nuremberg, 10 April 1948. TWC, Vol. IV, 411–589 (reported at ILR 15, at 656–668). Applying CCL No. 10, 1907 HC IV.¹²⁷

ผู้ถูกกล่าวหาทั้งหมดเป็นเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับความมั่นคงของเยอรมัน เช่น หน่วยเอสดี เอสเอส หรือเกสตาโป ซึ่งทราบกันเป็นทั่วไปว่าอยู่ในกลุ่มของ “Einsatzgruppen” ได้ติดตาม กองทัพเยอรมันเข้าไปดินแดนที่เยอรมันเข้าไปครอบครองและได้สังหารชาวยิวยิปซี โรม่า และชาว โซเวียต รวมทั้งคนพิการ พลเรือนอื่นๆ โดยอาศัยเหตุทางด้านเชื้อชาติ โดยผู้ถูกกล่าวหาส่วนใหญ่มี ตำแหน่งในฐานะผู้บังคับบัญชาหรือสมาชิกของกลุ่ม Einsatzgruppe โดยในคดีดังกล่าวถือว่าเป็นคดี ที่มีการฆาตกรรมมากที่สุดในประวัติศาสตร์ โดยมีคนที่ถูกฆาตกรรมประมาณ 1 ล้านคน โดยพวกเขาถูกกล่าวหาในฐานะที่มีส่วนร่วมกับอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ เกี่ยวข้องข้องกับการฆ่าเพื่อทำลายล้างและการปฏิบัติที่มีชอบ และมีส่วนร่วมในระบบการฆ่าล้าง เผ่าพันธุ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำลายล้างชาติอื่นและกลุ่มชาติพันธุ์ การฆ่าและปฏิบัติโดยมีชอบต่อ เชลยสงคราม ทำลายล้างทรัพย์สินสาธารณะและเอกชนในดินแดนที่ครอบครอง

การพิจารณาคดี ศาลทหารชั่วคราวสหรัฐอเมริกาในนูเรมเบิร์ก (US Military Tribunal sitting at Nuremberg) ถือตามกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วตามกฎหมายระหว่าง ประเทศที่มีอยู่ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยศาลชั่วคราวฯ นั้นไม่ได้ดำเนินคดีโดยใช้หลักกฎหมาย

¹²⁶ *supra* note 30. pp. 1143-1444 P.1149-1150

¹²⁷ A. Cassese. *International Criminal Law: Cases and Commentary*. Oxford: Oxford University Press. 2013. P. 472, *supra* note 9. p. 864.

ส่งผลย้อนหลังแต่เน้นไปที่อาชญากรรมร้ายแรงภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในรัฐที่ได้รับการรับรองแล้ว และศาลชั่วคราวได้อ้างถึงคดี Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 1942 ที่มีความเห็นว่าผู้กระทำความผิดที่เป็นปัจเจกบุคคลและฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายและจารีตประเพณีจะต้องได้รับการลงโทษภายใต้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีของรัฐโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงวิธีพิจารณาความที่มีมาก่อน เช่นเดียวกับการกระทำอันเป็นโจรสลัดที่เกิดขึ้นก่อนการออกแบบโครงสร้างทางอาญา ศาลจึงถือว่าการดำเนินคดีที่นูเรมเบิร์กเป็นกลไกที่สามารถปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่มีมาก่อนได้

ผู้ถูกกล่าวหาได้ให้การต่อสู้ในหลายประเด็น เช่น ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศนั้นไม่สามารถขยายไปถึงปัจเจกบุคคลได้ รวมไปถึงข้ออ้างในเรื่องการกระทำภายใต้การบังคับบัญชาตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ดังนั้นปัจเจกบุคคลจึงไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการฆ่าคนจำนวนมาก แต่ศาลชั่วคราวมีความเห็นว่า การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามโครงสร้างองค์กรทางทหารนั้น แต่การปฏิบัติตามคำสั่งนั้นไม่ใช่ปฏิบัติตามโดยอัตโนมัติเช่นเดียวกันกับหุ่นยนต์เพราะทหารถือว่าเป็นตัวแทนที่มีเหตุผล ทหารไม่จำเป็นต้องทำตามที่ผู้บังคับบัญชาสั่งการทุกอย่าง ดังเช่นผู้บังคับหมวดไม่สามารถสั่งการให้ทหารยิงจำได้ แต่คำสั่งที่จะต้องปฏิบัติตามนั้นต้องเป็นคำสั่งที่มีความสัมพันธ์กับหน้าที่ทางทหาร แม้ว่าคำสั่งนั้นจะเป็นเรื่องทางทหารที่ผู้สั่งการมีอำนาจจะกระทำได้ ผู้ใต้บังคับบัญชาก็เพียงแต่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และหากทหารปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ผิดกฎหมายและดำเนินการสังหารผู้อื่นด้วยตนเองแล้วก็ไม่สามารถอ้างว่าเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาได้ ดังนั้นการอ้างว่าถูกบังคับบัญชาให้ทำตามคำสั่งที่ผิดกฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้นมากกว่าที่จะต้องทำตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้น และนอกจากนั้นตามความเป็นจริงแล้วเหตุการณ์ดังกล่าวยังไม่เรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้หรือใกล้จะถึง รวมทั้งประมวลกฎหมายที่หลายฉบับยังปฏิเสธคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย โดยศาลชั่วคราวนูเรมเบิร์กไม่ได้ให้ความสนใจเกี่ยวกับคำสั่งที่สั่งการแต่ให้ความสำคัญเกี่ยวกับเกี่ยวกับ “ทางเลือกตามศีลธรรม” ตามความเป็นจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้นผู้ใต้บังคับบัญชาสามารถเพิกเฉยต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ถ้าร่วมกระทำไปตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องร่วมรับผิดชอบคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นด้วย ดังนั้นศาลจึงถือว่าผู้กระทำความผิดทั้งหมดยกเว้นเพียงผู้เดียวมีความผิดตามข้อกล่าวหาและสืบสืบคนต้องโทษประหารชีวิตและอีกเจ็ดคนได้รับโทษจำคุกตามพฤติการณ์ที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำไป

คดี *Prosecutor v. Drazen Erdemović* (IT-96-22), TC, 29 November 1996 (TJ); AC, 7 October 1997 (AJ); TC, 5 March 1998 (SJ) ¹²⁸

ดราซาน เออดิโมวิก (Drazen Erdemović) เป็นสมาชิกของกองทัพออสเตรียเซฟ ได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดโดยมีส่วนร่วมในอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยสังหารพลเรือนชาวมุสลิมที่ไม่มีอาวุธประมาณ 1,200 คนในเดือนกรกฎาคม ค.ศ.1995 โดยเขายอมรับว่าได้สังหารคนไปจำนวน 70 คนเนื่องจากหากไม่ทำตามคำสั่งมาแล้วเขาอาจถูกสังหารเสียเอง และภายหลังจากที่ถูกพิพากษาจำคุกเป็นเวลาสิบปีแล้ว เขาได้อ้างเรื่องถูกบังคับบัญชา โดยศาลเห็นว่าการถูกบังคับบัญชาเป็นเรื่องที่ยอมรับได้ โดยผู้พิพากษาเสียงส่วนใหญ่จำนวน 4 ท่านเห็นด้วยว่าในคดีนี้เป็นการสร้างเงื่อนไขเกี่ยวกับการกระทำโดยจำเป็นที่ว่า “เป็นการกระทำที่ได้ทำลงไปเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่ใกล้จะถึงที่ทั้งร้ายแรงและไม่สามารถเยียวยาได้” ซึ่ง “ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสม” แต่ผู้พิพากษาแคสซิซิ มีความเห็นต่างว่าต้องประกอบไปด้วย ภัยคุกคามที่รุนแรงและไม่สามารถเยียวยาได้ต่อชีวิตหรือร่างกาย ภัยคุกคามดังกล่าวมีอยู่โดยไม่มีทางเปลี่ยนแปลงได้ อาชญากรรมที่เกิดขึ้นได้ สัมพันธ์กับภัยคุกคามที่เกิดขึ้นและสถานการณ์ที่นำไปสู่การถูกบังคับบัญชา

นั้น ไม่ได้เป็นไปโดยสมัครใจแต่ถูกบังคับ ¹²⁹

การอ้างความจำเป็น

คดี *FLICK AND OTHERS* United States v. Friedrich Flick and others, US Military Tribunal sitting at Nuremberg, 22 December 1947. TWC, Vol. VI, 1187–1223 (reported in LRTWC, Vol. IX, 1; 14 ILR (1947), 266–274). ¹³⁰

ข้อเท็จจริง ฟริกเป็นเจ้าของกิจการและเป็นหัวหน้ากลุ่มกิจการที่เกี่ยวข้องกับถ่านหินและเหล็ก ส่วนอีกห้าคนที่ถูกกล่าวหาเป็นเจ้าของที่ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของฟริก โดยพวกเขาทั้งหมดถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดข้อหาเอาคนลงเป็นทาสและบังคับใช้แรงงานทาสของพลเรือนจำนวนมากในช่วงที่เยอรมันครอบครองดินแดน รวมไปถึงเรื่องการปฏิบัติโดยมิชอบ

¹²⁸ *supra* note 9. p. 660

¹²⁹ Viola Wakuthii Muthoni. *Duress as a Defence in International Criminal Law: From Nuremberg to Article 31(1) (d) of the Rome Statute of the International Criminal Court*. Research Paper submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Laws (LL.M) in Transnational Criminal Justice and Crime Prevention-An International and African Perspective. Faculty of Law, University of the Western Cape. 2013. p.32.

¹³⁰ *supra* note 9. p. 675.

การทรมาน และการฆ่าและใช้เชลยสงครามในการทำงานด้วยการปฏิบัติที่ผิดกฎหมายและ
 มาตรการ การยึดเอาทรัพย์สินสาธารณะและเอกชนมาเป็นของตนเอง การฟ้องร้องเกี่ยวข้องกับ
 บริษัทที่อยู่ในการดูแลของฟริกซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐบาลในปี ค.ศ.1941 - 1944 โดยบริษัท
 ดังกล่าวได้ยึดเอากิจการและโรงงานของชาวรัสเซีย ในช่วงปี ค.ศ.1942 – 1944 บริษัทในควบคุม
 ของฟริกได้ควบคุมกิจการรถไฟในริกา ซึ่งเดิมเป็นของชาวรัสเซีย

ข้อ ปฏิเสธของผู้ถูกกล่าวหาคือผู้ถูกกล่าวหาเป็นเอกชนไม่เกี่ยวข้องกับรัฐบาล
 เยอรมัน จึงไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำที่ดำเนินการโดยรัฐบาลเยอรมันต่อการกระทำที่บังคับ
 พลเรือนและเชลยสงคราม และอ้างว่า “ภายใต้สภาพแวดล้อมนั้นเป็นการถูกบังคับให้กระทำโดย
 รัฐบาลเยอรมัน” ซึ่งศาลเห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างดังกล่าว

การพิจารณาคดี ศาลเห็นว่าอาจเป็นความยุติธรรมในการปฏิเสธข้ออ้างเรื่องความ
 จำเป็นซึ่งได้รับอย่างกว้างขวางในระบบกฎหมายอเมริกันและอังกฤษรวมทั้งกระบวนการยุติธรรม
 อื่น โดยเฉพาะผู้ถูกกล่าวหาบางคนที่ศาลพิจารณาแล้วพบหลักฐานได้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับภัยอันตราย
 ที่ชัดเจนที่อาจเกิดขึ้นได้ทุกขณะหากผู้ถูกกล่าวหาต่อต้านอำนาจจักรไรท์ แต่ศาลเห็นว่าฟริกได้
 เกี่ยวข้องกับโรงงานฝรั่งเศส แต่ถือว่าสภาพแวดล้อมภายใต้เรื่องที่ถูกกล่าวหาสมควรนำมาพิจารณา
 ในการตัดสินคดี ศาลจึงตัดสินว่าฟริกและผู้ถูกกล่าวหาอีกสองคนมีความผิดเฉพาะข้อกล่าวหาที่
 เกี่ยวข้องกับโรงงานฝรั่งเศส ส่วนผู้ถูกกล่าวหาอื่นได้รับการพิจารณาว่าไม่มีความผิด

ส่วนในคดี *EICHMANN Attorney-General v. Eichmann* (Cr. C.40/61), Israel, District
 Court Jerusalem, 15 January 1961, Engl. trans. in 36 ILR (1968) 18; *Eichmann v. Attorney
 General* (Cr. A. 336/61), 29 May 1962, in Hebrew, in 15(3) Piskey Din, at 2033, Engl. trans. In
 36 ILR (1968) 277. หรือคดีไอค์มันนั้นก็ได้ยกข้ออ้างเรื่องความจำเป็นด้วยเช่นกันแต่ศาลไม่เห็น
 ด้วยเพราะเห็นว่าเขาไม่สามารถอ้างเรื่องคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้รวมทั้งเรื่องความจำเป็นด้วย¹³¹

¹³¹ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005179>

6. ถ้าคิดผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย

โดยพื้นฐานแล้วการสำคัญผิดในการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญานั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย โดยการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงมักจะนำมาใช้เป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับข้อกล่าวหา ซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะของการสำคัญผิด ส่วนการสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้นอาจจะหรืออาจจะไม่ใช่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดก็ได้

การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือไม่ได้สนใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นข้ออ้างที่ว่าภายใต้สถานการณ์จิตใจของผู้ถูกกล่าวหา นั้นไม่ได้มีสาระสำคัญอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามข้อกล่าวหา โดยการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเกิดขึ้นเพราะการรับรู้ผิดพลาดหรือคลาดเคลื่อนไม่ตรงกับข้อเท็จจริงที่ดำรงอยู่และต้องไม่ใช่การสำคัญผิดในความเชื่อเกี่ยวกับบางสิ่ง ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตในขณะที่การสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้นเป็นข้ออ้างยกเว้นความรับผิดที่มีความซับซ้อนมากกว่าเพราะผู้ถูกกล่าวหายอมรับว่าตนเองได้มีพฤติกรรมฝ่าฝืนข้อห้ามทางอาญาจริงแต่ไม่รู้ว่าการกระทำนั้นกฎหมายถือว่าเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งถือว่าเขาสำคัญผิดในเรื่องการมีอยู่หรือความหมายของกฎหมายอาญา¹³²

เราจะได้ย่นเกี่ยวกับการกล่าวถึงเรื่องการสำคัญผิดเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติ แต่ในทางปฏิบัติตามความเป็นจริงแล้วเราอาจถือได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้อ้างเรื่องสำคัญผิดเกือบจะทุกข้อ ปฏิเสธว่าเขาไม่ได้มีเจตนาชั่วร้ายตามที่ถูกกล่าวหา ซึ่งอาจแบ่งเรื่องการสำคัญผิดเป็น 3 เรื่องได้แก่

(1) เมื่อผู้ถูกกล่าวหาอ้างว่าเขาไม่รู้ว่าการทำกิจกรรมส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำความผิดทั้งหมดนั้นเป็นข้อห้ามโดยกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นการ**สำคัญผิดในข้อกฎหมาย**

(2) เมื่อผู้ถูกกล่าวหาสำคัญในข้อเท็จจริง ที่มีความแตกต่างกันดังนี้ คือ

- เมื่อนาย ก. ได้ขโมยของในบ้านของนาย ข. โดยสำคัญผิดคิดว่านาย ค. เขาจึงสำคัญผิดในข้อเท็จจริงแต่ไม่ได้ปฏิเสธว่าเขาไม่ได้มีเจตนาชั่วร้ายในเรื่องการกระทำความผิดลักทรัพย์
- เมื่อนาย ก. ได้เอาปืนชี้ไปที่นาย ข. แล้วหนีวิ่งไป โดยเชื่อว่าเป็นยังไม่บรรจุกะสุน แล้วทำให้นาย ข. ได้รับบาดเจ็บ ถือว่านาย ก. สำคัญผิดในข้อเท็จจริงแต่ไม่จำเป็นต้องปฏิเสธว่าตนเองไม่ได้มีเจตนาชั่วร้าย ซึ่งอาจถือได้ว่านาย ก. ไม่ได้มีเจตนาต้องการให้นาย ข. ได้รับบาดเจ็บ

¹³² Edward C. Carter. *Criminal Law and Procedure for the Paralegal*. Carter. New York: Wolters Kluwer. 2016. p.314.

แต่นาย ก.อาจมีความผิดฐานประมาทโดยไม่ตรวจสอบให้ดีก่อนว่าในอาวุธปืนนั้นมีกระสุนปืนหรือไม่ก่อนที่จะเหนี่ยวไก

- นาย ก.ยิงปืนไปโดยเชื่อว่าเป็นการยิงวาง แต่ข้อเท็จจริงแล้วเป็นคนทำให้นาย ข. ถูกยิงเสียชีวิต ถือว่านาย ก. ได้สำคัญผิดในข้อเท็จจริง แต่ในเวลาที่ต้องการพิสูจน์องค์ประกอบของการกระทำความผิดในการฟ้องร้องจะต้องมีการพิสูจน์ว่านาย ก. มีเจตนาที่จะต้องการฆ่าหรือทำร้ายร่างกายนาย ข. ซึ่งถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าสิ่งที่เขายังเป็นสัตว์จริงและตั้งใจที่จะยิงวางจริง เขาขาดเจตนาเรื่องความชั่วร้ายสำหรับการกระทำความผิด ซึ่งการสำคัญผิดในเรื่องนี้ต้องอาศัยพยานหลักฐานว่านาย ก. ไม่ได้มีความชั่วร้ายในเรื่องดังกล่าว

(3) นาย ก.สำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่นำไปสู่เรื่องการทำให้เขาเชื่อว่ามีข้ออ้างของช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา ยกตัวอย่างเช่น นาย ก.เชื่อว่านาย ข.ยินยอมให้ทำร้ายร่างกายหรือนาย ก.เชื่อว่า นาย ค.กำลังจะโจมตีและทำร้ายร่างกายเขา ทำให้นาย ก.ใช้กำลังต่อสู้ นาย ค. โดยอ้างการป้องกันตนเอง โดยตามข้อเท็จจริงนาย ก.เชื่อว่านายเขาสามารถกระทำได้¹³³

6.1 การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ถ้าผู้กระทำความผิดสำคัญผิดในข้อเท็จจริงก็สามารถอ้างเป็นช้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้ ตามข้อ 32 (1) ของธรรมนูญกรุงโรม โดยหากเข้าใจผิดในการรับรู้ที่มีผลกระทบต่อองค์ประกอบภายในและลบสิ่งเงื่อนไขทางอัตวิสัยสำหรับความรับผิด การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงมีความสัมพันธ์กับการให้คำนิยามของอาชญากรรมที่เป็นพื้นฐานของช้อยกเว้นความรับผิด โดยความต้องการของช้อยกเว้นความรับผิดในเรื่องนี้ผู้กระทำความผิดต้องรับรู้อย่างเข้าใจผิดโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของอาชญากรรม ยกตัวอย่างเช่น ผู้กระทำความผิดได้ยิงใส่รถของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ เนื่องจากสภาพอากาศไม่ดีทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นรถถังของฝ่ายศัตรูจึงได้ทำการยิง จากข้อเท็จจริงจึงไม่ได้รวมถึงองค์ประกอบที่กำหนดพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับความรับผิด ดังนั้นจึงไม่ใช่เรื่องสำคัญผิดในข้อเท็จจริงถ้าหากว่าผู้กระทำความผิดรับรู้ผิดพลาดเกี่ยวกับองค์ประกอบของคำนิยามของอาชญากรรม การกำหนดซึ่งต้องการการตัดสินทางกฎหมาย ในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดได้สำคัญผิดในฐานะที่เป็นความต้องการกฎหมายและนำบทบัญญัติว่าด้วยความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ถ้าผู้กระทำความผิดได้รับรองว่ายานพาหนะคือรถของคณะกรรมการกาชาดสากลแต่สันนิษฐานผิดพลาดตามกฎหมาย เขาได้รับอนุญาตให้โจมตียานพาหนะนั้นจึงไม่ใช่การสำคัญผิด

¹³³ Hungerford Welch Staff. *Sourcebook Criminal Law*. London: Cavendish Publishing limited.

ในข้อเท็จจริงแต่เป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย การสำคัญผิดนำไปสู่ความต้องการอรรถวิสัยซึ่งหากผู้ถูกกล่าวหาได้รับรู้ผิดพลาดเกี่ยวกับองค์ประกอบภายนอกของอาชญากรรม¹³⁴

ข้อยกเว้นที่ถือว่าเป็น¹³⁵ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศอาจถูกนำขึ้นมาอ้างแม้ว่าการกระทำดังกล่าวตามองค์ประกอบภายนอกแล้วจะถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อาจขาดองค์ประกอบทางด้านจิตใจเพราะว่าบุคคลนั้นสำคัญผิดด้วยความเชื่ออย่างซื่อตรงและมีเหตุผล (honest and reasonable) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่ตามสภาพแวดล้อมที่ทำให้เกิดการกระทำตามกฎหมาย โดยตามข้อ 32 (1) บัญญัติว่า

ข้อ 32. ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

“(1) ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงจะเป็นมูลเหตุสำหรับยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้เฉพาะเมื่อขัดกับองค์ประกอบภายในตามนิยามศัพท์ของอาชญากรรมระหว่างประเทศตามที่ระบุไว้ในธรรมนูญกรุงโรม”

ความเชื่อที่คลาดเคลื่อน แต่ต้องเป็นความเชื่อที่ซื่อตรงและมีเหตุผลนั้นทำเป็นความสำคัญผิดเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมเหตุสมผลหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือไม่เป็นเพียงความคาดหมายหรือห่างไกลจากความจริง และนอกจากนั้นการสำคัญผิดจะต้องไม่เกิดจากความประมาทเลินเล่อด้วย ข้อเสนอนี้บนพื้นฐานของจิตวิญญาณทั่วไปของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการห้ามให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้เกี่ยวกับพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศสำหรับเป็นข้อยกเว้นไปยังข้อห้ามทั่วไปที่จะต้องสร้างขึ้นอย่างเคร่งครัด

ข้อเสนอในข้อนี้สอดคล้องกับกรอบแนวความคิดทั่วไปในประเด็นเรื่องการสำคัญผิดโดยข้อกฎหมายภายในรัฐส่วนใหญ่ เช่น ฝรั่งเศส อังกฤษรวมทั้งในประเทศไทยได้รับการสนับสนุนโดยคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในอดีตที่เกี่ยวกับคดีอาญาระหว่างประเทศที่เคยมีการอ้างในเรื่องนี้มาก่อน

ตามข้อ 32 (1) นั้นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเป็นเพียงความสัมพันธ์ในการรับผิดชอบ ซึ่งเป็นการแสดงว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้มีความชั่วร้าย (mens rea) นั้นยกตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ได้ทิ้งระเบิดบั้งเกอร์ของพลเรือนโดยเข้าใจว่าเป็นศูนย์บัญชาการทางทหาร ดังนั้นเขาจึงไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาตามบทบัญญัติดังกล่าว แต่ตามข้อ 32 (1) นี้เป็นเรื่องที่น่าสนใจว่าตามบทบัญญัติไม่ได้ต้องการให้การสำคัญผิดนั้นสมเหตุสมผลด้วยหรือไม่ โดยในทางปฏิบัตินั้นแม้ว่าผู้ถูกกล่าวหา

¹³⁴ supra note 40. pp. 148 – 151.

¹³⁵ supra note 15. p. 251 – 255.

จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเขาได้สำคัญผิดโดยสุจริตส่วนเรื่องความสมเหตุสมผลนั้นเป็นเรื่องรองลงมา แต่ผู้ถูกกล่าวหาก็ต้องแสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นสุจริตว่าความเชื่อดังกล่าวสามารถยอมรับได้¹³⁶

6.2 การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย¹³⁷

ตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 32 และ 33 ของธรรมนูญกรุงโรม การกำหนดเรื่อง “ความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” เป็นพื้นฐานของการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ *บทบัญญัติดังกล่าวถือว่าเป็นพัฒนาการที่ก้าวหน้าเป็นอย่างมากในส่วนที่เป็นภาคทั่วไปของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ*

ข้อ 32 (2) ได้แสดงหลักการพื้นฐานในเรื่อง “ignorantia legis non excusat” กล่าวคือ ความไม่รู้กฎหมายไม่ถือว่าเป็นข้ออ้างยกเว้นความรับผิด และมาตรา 32 (2) ยังแสดงให้เห็นถึงข้อยกเว้นตามหลักการในข้อนี้ เมื่อความสำคัญผิดในกฎหมายสามารถลบล้างเรื่ององค์ประกอบภายในของการกระทำความผิดหรือตามที่กำหนดไว้ในข้อ 33. ที่บัญญัติว่าการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่สามารถให้บุคคลอ้างยกเว้นความรับผิดทางอาญาถ้าหากเขาอยู่ภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายในการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นและเมื่อเขาไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือคำสั่งนั้นไม่ได้ปรากฏชัดว่าผิดกฎหมาย ผู้ที่บังคับบัญชาอาจจะประสบปัญหาว่าที่จะต้องเลือกว่าจะต้องรับผิดทางอาญาเมื่อต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาหรือจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาแต่ต้องรับผิดทางอาญาที่เกิดขึ้น

ความสำคัญอยู่ที่การ “ลบล้างองค์ประกอบภายใน” ตามข้อ 32 (2)

“ความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ไม่ว่าจะรูปแบบของการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ หรือไม่ต้องไม่เป็นมูลเหตุสำหรับยกเว้นความรับผิดทางอาญา อย่างไรก็ตาม ความสำคัญผิดในข้อกฎหมายอาจเป็นมูลเหตุสำหรับยกเว้นความผิดรับผิดทางอาญาหากความสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้นลบล้างองค์ประกอบทางจิตใจของอาชญากรรมนั้นหรือตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 33.”

ตามข้อ 32 ได้บัญญัติทั้งกฎเกณฑ์ในเรื่องความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงและความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ข้อกำหนดตามข้อ 32 (1) ตามระบบข้อกฎหมายภายในประเทศส่วนใหญ่ ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้นลบล้างองค์ประกอบทางจิตใจนั้นเป็นพื้นฐานสำหรับ

¹³⁶ R. Cryer. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p.414.

¹³⁷ Annemieke van Verseveld. *Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes*. The Hague: T.M.C. Asser Press. 2012. pp. 82 – 89.

ความยกเว้นทางรับผิดทางอาญา และหลักการในเรื่องนี้ได้มีบทบัญญัติไว้อยู่แล้วบนพื้นฐานเดียวกัน ในมาตรา 30 ของธรรมนูญกรุงโรมที่ระบุว่าผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิดทางอาญาถ้าการกระทำของเขาไม่ได้มีองค์ประกอบภายใน (mens rea) อย่างชัดเจน แต่เมื่อคำนึงถึงเรื่องความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

ประโยคแรกในข้อ 32 (2) คือคำกล่าวที่ว่า “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” สามารถที่จะอ้างอิงไปยังหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ignorantia legis non excusat” ซึ่งหมายถึง “ความไม่รู้กฎหมายไม่สามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นความผิด” การปรับใช้หลักการนี้ในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศหลายครั้งบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยลักษณะแล้วเป็นภัยอันตรายร้ายแรงที่เป็นการผิดกฎหมายและเป็นที่ยอมรับของทุกคน ข้อเสนอในเรื่องนี้มักจะอ้างอิงไปยังความแตกต่างระหว่างความผิดที่มันความผิดในตัวเองกับความผิดที่รัฐเป็นคนกำหนด โดยอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นที่ยอมรับว่ามีลักษณะเป็นอาชญากรรมที่เป็นความผิดแต่อย่างไรก็ตามในคดีอาชญากรรมสงคราม Ambos เห็นว่ามีลักษณะเป็นความผิดตามที่กฎหมายห้ามไว้ด้วยและหลักการเรื่องความรับผิดของปัจเจกบุคคลต้องมีข้อจำกัดหรืออย่างน้อยเป็นเรื่องที่ยืดหยุ่นได้สำหรับกฎหมายในเรื่อง “ignorantia legis non excusat” ยิ่งกว่านั้นการดำรงอยู่ของการอ้างพื้นฐานสำหรับความประพฤติผิดกฎหมายก็มีความชัดเจนน้อยกว่าคำจำกัดความของตัวเองและถือว่าเป็นข้อยกเว้นในเรื่อง ignorantia legis non excusat ที่ได้รับการรับรองเป็นพิเศษ

ประโยคที่สองของข้อ 32 (2) แสดงให้เห็นการยอมรับข้อยกเว้นเมื่อความสำคัญผิดในข้อกฎหมายลบล้างองค์ประกอบทางด้านจิตใจหรือหรือตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 33 ความสำคัญผิดเป็นการยกเว้นความรับผิดในทางอาญา

การลบล้างองค์ประกอบทางจิตใจนั้น ความต้องการที่ว่าเป็นการสำคัญผิดสมควรลบล้างองค์ประกอบทางด้านจิตใจเพื่อยกโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดนั้นสมควรที่จะนำมาวิพากษ์เป็นอย่างยิ่ง ในอีกด้านอีกหนึ่งในทางปฏิบัติเป็นการกล่าวซ้ำในเรื่องเดิมเพราะบนพื้นฐานของข้อ 30 ไม่สมควรมีการรับผิดทางอาญาถ้าอาชญากรรมนั้นถูกกระทำบนพื้นฐานทางด้านจิตใจ แต่สำหรับอีกด้านหนึ่งนั้นการลบล้างความต้องการทางด้านจิตใจเป็นข้อจำกัดการอ้างยกเว้นความผิดรับผิดโดยอ้างว่าสำคัญผิดทางกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่น้อยที่สุดอย่างสมบูรณ์ สำหรับข้อนี้แล้วไม่สามารถรับรองได้ว่าความสำคัญผิดจะไม่ครบตามมาตรฐานทางองค์ประกอบทางด้านจิตใจเช่นเดียวกันกับความสำคัญผิดเกี่ยวกับบรรทัดฐานของการอ้างอิงหรือสำคัญผิดเกี่ยวกับข้อห้ามดังกล่าว ในกรณีที่เป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมายเพื่อเป็นการลบล้างองค์ประกอบทางด้านจิตใจจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อ 32 (2) ซึ่งเป็นเรื่องที่พิจารณาเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญา ซึ่งตามข้อเสนอของเจสเช็ค (jescheck) ที่ว่า

“ในความเป็นจริงแล้ว การสำคัญผิดในข้อกฎหมายไม่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของอาชญากรรม แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความผิดกฎหมายของการกระทำตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้น”

ตามข้อ 30 ผู้ร่างของธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดให้เป็นกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมเกี่ยวกับองค์ประกอบทางด้านจิตใจสำหรับความรับผิดทางอาญาสำหรับความรับผิดทางอาญาต่อกรณีอาชญากรรมระหว่างประเทศ

ข้อ 30. องค์ประกอบทางด้านจิตใจ

1. เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น บุคคลต้องรับผิดทางอาญา และอาจต้องได้รับโทษสำหรับอาชญากรรม ภายในเขตอำนาจของศาล เฉพาะในกรณีที่ได้กระทำการอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิด โดยมีเจตนาและรู้

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ บุคคลมีเจตนา เมื่อ

(ก) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ บุคคลนั้นตั้งใจที่จะเข้าร่วมในการกระทำ

(ข) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผล บุคคลนั้นตั้งใจให้เกิดผลดังกล่าวหรือรู้สึกว่าจะเกิดขึ้นเป็นเหตุการณืปกติ

3. เพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ “การรู้” หมายถึง การรู้สำนึกว่าสภาวะการณืมีอยู่หรือผลจะเกิดขึ้นเป็นเหตุการณืปกติ “รู้” และ “โดยรู้” ต้องตีความไปตามนั้น

ตามข้อ 30 นี้เช่นเดียวกันกับข้อ 32 และ 33 เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์กฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เรื่ององค์ประกอบทางด้านจิตใจเป็นความต้องการทั่วไปในเรื่องความรับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคลที่ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ ตามมาตรา 30 ได้ระบุเรื่อง “องค์ประกอบทางด้านจิตใจ” เป็นระดับของการรับรู้ทางด้านภายนอกหรือการนิยามองค์ประกอบของผู้กระทำความผิด องค์ประกอบภายนอกได้แสดงให้เห็นถึงการให้ความหมายด้านบวกเกี่ยวกับองค์ประกอบของอาชญากรรม เมื่ออามบอส (Ambos) ได้ชี้ให้เห็นว่า “องค์ประกอบภายนอก” สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึง สารบัญญัติและไม่ใช่องค์ประกอบทางด้านวิธีบัญญัติ แต่บนพื้นฐานของร่างประวัติศาสตร์และข้อเท็จจริงที่ว่าข้อ 30 ได้แสดงถึงพฤติการณ์ ผลลัพธ์และสภาพแวดล้อม องค์ประกอบภายนอกต้องได้รับความเข้าใจในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายนอกที่ระบุถึงวัตถุประสงค์ของการระบุนาชญากรรม ความต้องการองค์ประกอบทางด้านจิตใจไม่ได้รวมถึงองค์ประกอบของการกระทำความผิดหรือ “UnrechtsbewuBtsien” รวมไปถึงระบบกฎหมายแองโกลอเมริกันด้วย โดย “UnrechtsbewuBtsien” ไม่ใช่ความต้องการที่เป็นอิสระสำหรับความรับผิดทางอาญา แต่ยังคงไปถึงไม่ได้รับการรับรองว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบทางด้านจิตใจด้วย

บางท่านเห็นว่าตามข้อ 30 นี้เป็นการสร้างหลักการในของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในเรื่องหลักการของผู้กระทำความผิดทางอาญาที่เป็นปัจเจกบุคคล ซึ่งพวกเขาได้เสนอ

หลักการที่ว่า “actus non facit reum nisi mens sit rea” โดยถือว่าความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลคือบุคคลที่ควรตระหนักรู้เพียงพอว่าอะไรคือสิ่งที่เขาทำและทราบผลลัพธ์ของการกระทำนั้น ความรับผิดชอบทางอาญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานในเรื่องความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดไม่ควรนำมาใช้ หลักการนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งในระบบกฎหมายภายในและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ โดยเวอร์ลีกับเจสเบอร์เกอร์ (Werle and Jesberger) ได้เสนอว่าในความสัมพันธ์ระหว่างเรื่องนี้ตามคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศ เป็นเรื่องของการปรากฏว่ามีหลักการทั่วไปของกฎหมายที่ว่า การเป็นผู้กระทำความผิดอาญาต้องการวิเคราะห์ในสองมิติ มิติแรกในเรื่องขององค์ประกอบภายนอก ซึ่งเป็นการกระทำทางกายภาพสำหรับการกระทำความผิด ส่วนในมิติที่สอง เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบทางจิตใจ

อย่างไรก็ตามความเห็นของเจสเช็กแล้วได้เสนอว่า ตามหลักการของผู้กระทำความผิดทางอาญา ถ้าเราสร้างความหมายมากกว่าความต้องการในเรื่ององค์ประกอบภายในตามระบบกฎหมายอเมริกัน ความหมายและมาตรการของการลงโทษจะต้องอยู่บนความเชื่อของศาลว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้กระทำความผิดโดยตัวบุคคลสำหรับอาชญากรรมที่เขาได้กระทำ ดังนั้นโดยหลักการของผู้กระทำความผิดในแง่นี้ ยังอยู่บนหลักทั่วไปของหลักการไม่มีกฎหมายไม่มีความผิดและไม่มีโทษอีกด้วย อย่างไรก็ตามในกรณีที่เป็นหลักการในเรื่องเจตนาโอน (transferred intent) นั้นถือว่าไม่อยู่ในขอบเขตของข้อ 32 ด้วย เช่น นาย ก.วางแผนฆ่า นาย ข. แต่สันนิษฐานผิดว่า นาย ค.คือ นาย ข. และดำเนินการฆ่า นาย ค. การสำคัญผิดในข้อหาเรื่องฆ่าผู้อื่นนั้นไม่สามารถนำมาอ้างอิงได้ การสำคัญผิดในเรื่องนี้ไม่ได้ป้องกันเขาจากองค์ประกอบภายในในเรื่องความชั่วร้ายของการฆาตกรรม¹³⁸

6.3 กรณีศึกษา

การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

SCHWARZ United States v. Schwarz, US Navy Court of Military Review, 29 October 1971, 45 CMR 852 (NCMR, 1971), 1971 CMR LEXIS 653.

US Marine Corps Private Michael A. Schwarz เป็นบุคคลสำคัญเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาชญากรรมสงครามร้ายแรงระหว่างที่อเมริกาเข้าไปเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งในเวียดนามระหว่างปี ค.ศ. 1965 – 1973 และคำพิพากษาของศาลชั้นต้นหลักการที่ว่าศาลทหารได้ดำรงความยุติธรรมเช่นเดียวกับศาลพลเรือน โดยข้อเท็จจริงตามที่ระบุในแผนที่ของสหรัฐอเมริกาคือ

¹³⁸ McGoldrick, D., Rowe, P. J., & Donnelly, E. *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*. Oxford: Hart Pub. 2004. p. 282.

ที่ตั้งหมู่บ้านควิซันของจังหวัดฉะเชิงเทรา ในตอนบ่ายของวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 1970 ได้มีการจัดตั้งหน่วยใหม่ที่มี Schwarz เป็นหน่วยอาสาสมัครสำหรับทีมห้าคนในนามเป็นทีมตรวจการล่าสังหารที่ตั้งอยู่ในพิกัดดังกล่าวซึ่งเรียกกันว่าเวียดกง ต่อมา SCHWARZ ได้สั่งการให้คนที่อยู่ในกระท่อมในคืนที่พระจันทร์เต็มดวงที่มีแสงสว่างว่าเป็นผู้หญิงและเด็กและต่อมาเขาได้สั่งการให้ทีมเริ่มยิงรวมทั้งผู้หญิงและเด็กทั้งสี่คนด้วย และต่อมาเมื่อเคลื่อนกำลังไปยังกระท่อมหลังที่สามเขาก็ปฏิบัติเหมือนเดิมได้สั่งให้คนออกมาข้างนอกกระท่อมและเริ่มยิงพวกเขา ประมาณว่ามีคนที่เป็นพลเรือนถูกยิงประมาณ 16 คน ซึ่งประกอบไปด้วยเด็กอายุประมาณ 10 ปี กับ 6 ปี

การพิจารณาคดี

SCHWARZ อ้างว่าการกระทำของตนเองไม่เป็นความผิดในการสังหาร 16 คน โดยให้การว่าในการสั่งการให้ยิงนั้นเขาสันนิษฐานว่าเป็นการโจมตีศัตรูที่ตั้งอยู่ในบริเวณนั้น และเขาปฏิบัติตามคำสั่งของ Herrod ที่เริ่มยิงและมองไม่เห็นศัตรูที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการฆ่าผู้หญิงและเด็กได้ ผู้ถูกกล่าวหาได้ถูกขู่หาฆ่าผู้อื่นโดยการสังหารพลเรือนชาวเวียดนาม ศาลทหารมีความเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาสำคัญผิด โดยในการยิงเหยื่อชาวเวียดนาม

การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

WINTGEN Dutch Special Court of Cassation (Bijzondere Raad van Cassatie), 6 July 1949, NederJ (1949), No. 540 (in Dutch), with commentary by B.V.A. Röling.

เป็นคำตัดสินซึ่งในการฟ้องร้องของฮอลแลนด์เกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยผู้ถูกกล่าวหาเป็นนายทหารในระดับล่างที่สั่งการให้ทำลายบ้านโดยการวางเพลิงเพื่อเป็นการต่อสู้กับคนที่ต่อต้านชาวฮอลแลนด์ที่ไม่ทราบว่าเป็นผู้ใด และศาลได้ตัดสินเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1949 และเขาอุทธรณ์ว่าเขาไม่ได้ก่ออาชญากรรมสงคราม แต่ศาลปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าวเพราะเห็นว่าการอ้างการล้างแค้นนั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย

7. การอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

7.1 การอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

เจอฮาร์ด เวิร์ล (Gerhard Werle)¹³⁹ มีความเห็นว่าอาชญากรรมภายใต้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศมักจะเกิดขึ้นตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา โดยผู้กระทำความผิดมักจะเป็นส่วนหนึ่งของสายการบังคับบัญชาร่วมกัน ตัวอย่างเช่น กองกำลังทหารหรือตำรวจซึ่งยึดถือคำสั่งตามสายการบังคับบัญชาเป็นสำคัญเพราะตามหน้าที่แล้วบุคคลเหล่านี้จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาและการอ้างว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในบางกรณีทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา คำถามสำคัญในทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศคือการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชานั้นจะสามารถอ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้หรือไม่

แนวความคิดเดิม ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ที่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นเป็นไปตามหลักการ “respondeat superior” ที่ถูกนำมาปรับใช้ในสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นสามารถยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้อย่างสมบูรณ์ โดยกรอบแนวความคิดในเรื่องนี้มีพัฒนาการมาจากบริบทของเรื่องคำสั่งของผู้บังคับบัญชา โดยการสั่งการของผู้บังคับบัญชานั้นไม่มีขอบเขตและสามารถสั่งการได้ทุกเรื่อง แต่หลักการดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้ในปัจจุบัน เพราะหากให้สามารถสั่งการได้ทุกเรื่องต่อผู้ใต้บังคับบัญชา อาจส่งผลลัพธ์ที่ไม่สามารถยอมรับได้และในบางกรณีผู้บังคับบัญชาสูงสุดอาจจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาด้วย แต่หากพิจารณาในทางตรงกันข้ามแล้วหากผู้ใดก่ออาชญากรรมภายใต้คำสั่งหรือการสั่งการก็ไม่ได้มีผลต่อความรับผิดชอบในทางอาญา ส่วนแนวความคิดที่สามอยู่ระหว่างกลางของแนวคิดทั้งสองแนวความคิดดังกล่าว โดยเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชามีผลต่อความรับผิดชอบทางอาญา แต่หากผู้กระทำผิดรู้ว่าคำสั่งนั้นมีขอบด้วยกฎหมายหรือเป็นคำสั่งที่ผิดกฎหมายโดยชัดแจ้งก็ต้องรับผิดชอบในทางอาญา แต่ปัญหาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศคือ อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงครามมักจะไม่มีคำสั่งโดยชัดแจ้ง

ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การปฏิบัติตามคำสั่งหรือการสั่งการไม่สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้ การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในกรอบของข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นถือว่าเป็นเพียงการถูกบังคับขู่เข็ญหรือการสำคัญผิดในข้อกฎหมายเท่านั้น ยิ่งกว่านั้นตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง

¹³⁹ *supra* note 40. pp. 152 – 157.

ประเทศกลับถือว่าการเลือกปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยผิดกฎหมายจะต้องถูกลงโทษ โดยในการพิจารณาคดีที่นูเรมเบิร์กนั้น ทหารที่ได้รับคำสั่งให้สังหารและกระทำการทรมานโดยฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศไม่เคยได้รับการรับรองว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้ในเมื่อการกระทำนั้นโหดร้าย การปฏิบัติตามคำสั่งนั้นเป็นเพียงเหตุบรรเทาโทษเท่านั้นและต่อมาตามธรรมนูญศาลอาญาชั่วคราวในยูโกสลาเวียและในรวันดาก็ได้นำหลักการนี้มาปรับใช้ ดังนั้นการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจึงไม่ค่อยมีบทบาทในศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศ

ส่วนหลักการข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับเงื่อนไขของความรับผิดชอบเมื่อปรากฏชัดว่าเป็นคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางในระบบกฎหมายภายในรัฐหลายประเทศและศาลอาญาภายในรัฐมักจะตั้งข้อสันนิษฐานว่าหากมีการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งการโดยมีชอบแล้วจะมีวัตถุประสงค์ในการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ

โคจิ คูโด (Koji Kudo) มีความเห็นว่าในทางทฤษฎีแล้วสามารถแบ่งได้เป็น 3 หลักการ¹⁴⁰ คือ

หลักการแรก คือ หลักการการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา (respondeat superior) ซึ่งเป็นหลักการที่เป็นที่รู้จักกันอย่างมากที่สุดในเรื่องการอ้างคำสั่งผู้บังคับบัญชาจนกระทั่งในยุคทศวรรษที่ 1940 โดยลาสซา โอเพนไฮม์ ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นว่า

“การฝ่าฝืนกฎหมายเกณฑ์เกี่ยวกับการสงครามจะถือว่าการกระทำความผิดอาชญากรรมสงครามเมื่อกระทำโดยไม่มีคำสั่งของรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง แต่ถ้าหากเจ้าหน้าที่ของกองทัพได้ฝ่าฝืนคำสั่งของรัฐบาลตนเอง ถือว่าเขาไม่ได้ฝ่าฝืนการกระทำความผิดและไม่ได้เป็นอาชญากรรมสงครามซึ่งต้องถูกลงโทษ”

ตามหลักการในเรื่องนี้แล้วผู้บังคับบัญชาที่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่ต้องรับโทษ โดยหลักการนี้อยู่บนพื้นฐานนโยบายที่คำนึงถึงประโยชน์ตามระเบียบวินัยทหารเป็นหลักโดยทหารต้องเชื่อฟังต่อคำสั่งโดยไม่มีการลังเลและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอย่างเคร่งครัด

¹⁴⁰ Koji Kudo. *Command Responsibility and the Defence of Superior Orders*. The thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester. 2007. pp . 7- 14.

หลักการที่สอง คือ หลักการความรับผิดชอบแบบสมบูรณ์ (absolute liability) โดยหลักการนี้เห็นว่าถ้าคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเป็นคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย ผู้ใต้บังคับบัญชามีสิทธิปฏิเสธไม่ทำตามได้และไม่ต้องรับโทษต่อการตัดสินใจดังกล่าว แต่ถ้าหากเลือกจะปฏิบัติตามแล้วเขาอาจจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศและไม่สามารถอ้างได้ว่าเป็นการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา โดยเหตุผลตามหลักการนี้เห็นว่าทหารมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) ไม่ใช่หุ่นยนต์ และวิเคราะห์สถานการณ์การต่อสู้ได้ด้วยตนเอง หลักการทหารสามารถคิดได้ด้วยตนเองนั้นจึงสนับสนุนหลักการความรับผิดชอบแบบสมบูรณ์ โดยหลักการนี้ได้รับการรับรองโดยกฎบัตรนูเรมเบิร์ก และกลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักการนูเรมเบิร์ก แต่ภายหลังหลักการนี้เริ่มส่งผลต่อผู้ใต้บังคับบัญชาที่มักตั้งคำถามต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่ได้รับและส่งผลต่อประสิทธิภาพของคำสั่งทางทหารตามความเป็นจริง

หลักการที่สาม หลักการที่อยู่ระหว่างหลักการแรกกับหลักการที่สองโดยแบ่งออกเป็น 2 เรื่องที่สำคัญคือ เรื่องแรก การตรวจสอบเรื่องตัวเลือกทางศีลธรรม ซึ่งอนุญาตให้ทหารใช้คำสั่งของผู้บังคับบัญชาเป็นข้ออ้างยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้เมื่อไม่มีตัวเลือกทางศีลธรรมเหลืออยู่แล้ว เรื่องที่สองเป็นเรื่องหลักการคำสั่งผิดกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งอาจถือว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบในการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาแต่หากผู้ใต้บังคับบัญชารู้หรือควรรู้ดีว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับว่าการอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นจากมุมมองของทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศรวมไปถึงการพิจารณาคดีในไลพ์ซิก โดยใช้หลักการ “คำสั่งที่ผิดกฎหมายอย่างชัดเจน” (the manifest illegality principle) ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากนักนิติศาสตร์จำนวนมากนั้น โดย Maugham ได้แสดงความเห็นว่า

“คำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่ควรที่จะเป็นข้ออ้างนั้นก่อให้เกิดสงครามที่เลวร้ายที่เคยปรากฏให้เห็นอย่างเด่นชัดในเรื่องเรื่องของอาชญากรรม”

แต่เคฟ (Cave) มีมุมมองตรงกันข้ามว่า

“ขอบเขตของอาชญากรรมของทหารในกรณีที่คำสั่งนั้นไม่ใช่เป็นการผิดกฎหมายอย่างชัดเจนแล้วนั้นเขาต้องหรือควรจะรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการผิดกฎหมาย”

โดยหลักการความรับผิดชอบอย่างชัดเจนนั้นในทางทฤษฎีของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ภายใต้เหตุผลสำหรับการตั้งสมมติฐานนั้น เราสามารถนำมาปรับข้อเท็จจริงเป็นสองกลุ่มตามข้อถกเถียงในการพิจารณาคดีที่ไลพ์ซิก คือ

(1) ตามสมมติฐานว่าพลทหารจอห์นได้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศตามคำสั่งที่มีใช้คำสั่งที่ผิดกฎหมายโดยชัดแจ้งจากมุมมองของบุคคลที่มีเหตุผล และสมมติเพิ่มเติมว่าพลทหารจอห์นมีความเข้าใจความเข้าใจในหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างดีและเกิดเหตุในขณะที่เป็นเจ้าหน้าที่ทหารในสงครามและในขณะที่เกิดการกระทำความผิดนั้นเขาทราบและตระหนักในลักษณะของอาชญากรรมเป็นอย่างดี เขาจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดในหลักการความรับผิดชอบอย่างชัดแจ้งหรือไม่

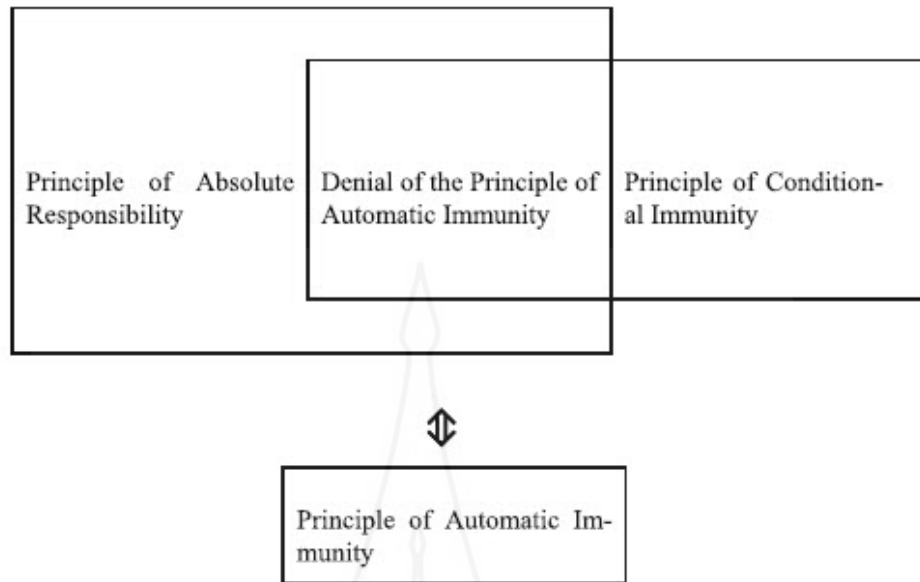
(2) ตรงกันข้ามกับข้อแรกพลทหารริชาร์ด ได้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งถือว่าเป็นคำสั่งที่ผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งในมุมมองของบุคคลที่มีเหตุผลคนหนึ่ง แต่ริชาร์ดมีปัญหาในเรื่อง ไอคิวที่ต่ำกว่าคนทั่วไปในบางครั้งเขาไม่เข้าใจสิ่งที่บุคคลธรรมดาทั่วไปเข้าใจ และในขณะที่กระทำความผิดนั้นเขาไม่ทราบว่าลักษณะของอาชญากรรมที่เกิดขึ้น เขาจำต้องรับผิดชอบในทางอาญาในหลักความรับผิดชอบอย่างชัดแจ้งหรือไม่

จะเห็นได้ว่าทั้งสองกรณีนี้มีข้อเท็จจริงที่ตรงกันข้ามกัน การรับรู้ตามวัตถุประสงค์ของบุคคลที่มีเหตุผลที่มีความสัมพันธ์กับสถานการณ์ที่ผิดกฎหมายไม่ได้บอกทั้งหมดเกี่ยวกับการรู้ของผู้กระทำในส่วนของกระทำความผิด¹⁴¹

โดยซาโตได้แสดงความสัมพันธ์เกี่ยวกับหลักการอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไว้ดังนี้¹⁴²

¹⁴¹ Dinstein, Y. *The Defence of "Obedience to Superior Orders"*. Leyden: A. W. Sijthoff. 2012. P.26.

¹⁴² Hiromi Sato. *The Execution of Illegal Orders and International Criminal Responsibility*. London: Springer.2011. p. 12.



ภาพที่ 3.4 สภาพแวดล้อมของการอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบโดยอ้างว่าเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้น อาจมีปัญหาในเรื่องสภาพแวดล้อมของการอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในกรณีที่เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายสงครามนั้นค่อนข้างมีความซับซ้อนและโครงสร้างของกฎหมายประกอบไปด้วยความไม่แน่นอนและความคลุมเครือหลายประการเพราะว่ากฎหมายสงครามนั้นต้องถูกนำไปปรับใช้ในสถานการณ์ที่มีการสู้รบกันเพราะสงครามคือความรุนแรง การเปลี่ยนแปลงและสภาพแวดล้อมที่มีความซับซ้อนอยู่ตลอดเวลาดังนั้นการปรับใช้ระบบกฎหมายภายใต้เงื่อนไขดังกล่าวจึงเป็นเรื่องลำบาก ดังนั้นภายใต้เงื่อนไขนี้จึงทำให้ทหารพิจารณากำหนดพันธกรณีตามกฎหมายหรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้ลำบากแม้กระทั่งในกรณีที่เป็นการอ้างคำสั่งที่ถือว่าผิดกฎหมายอย่างชัดเจน เพราะการกำหนดขอบเขตของมาตรฐานในการการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาโดยอ้างว่าเป็นคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นค่อนข้างกว้างมาก รวมไปถึงปัญหาเรื่องการให้คำจำกัดความในบางเรื่องที่ขาดความชัดเจนและการทำให้การนิยามในเรื่อง คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยชัดเจน¹⁴³

¹⁴³ C. OSullivan. *Killing on Command the Defence of Superior Orders in Modern Combat*.

สาระสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับ “คำสั่งของผู้บังคับบัญชา” ซึ่งหากพิจารณาตามข้อเท็จจริงแล้วจะกลายเป็นเรื่องยากขึ้นมาในทันที สำหรับในทางปฏิบัติตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศแล้วมีกรอบแนวความคิดทางทฤษฎีอยู่ 2 หลักคือ

(1) กรอบแนวความคิดความรับผิดชอบตามสภาพเงื่อนไข (Conditional liability) เป็นแนวความคิดทั่วไปที่ปรับใช้ตามระบบกฎหมายภายในรัฐ กับ (2) กรอบแนวความคิดความรับผิดชอบเด็ดขาด (Absolute liability) ซึ่งเป็นกรอบแนวความคิดที่อยู่ในกระบวนการของกฎหมายระหว่างประเทศก่อนที่จะมีธรรมนูญกรุงโรม

ภายใต้กรอบแนวความคิดความรับผิดชอบตามสภาพเงื่อนไขนั้น การอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเป็นกฎหมายทั่วไป โดยผู้ได้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้บังคับบัญชาของเขา ภายใต้เงื่อนไขที่แน่นอน เมื่อเขารู้หรือควรรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มีขอบด้วยกฎหมายหรือเมื่อคำสั่งนั้นปรากฏชัดแจ้งว่าเป็นคำสั่งที่มีขอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่มีการดำเนินคดีในข้อหาอาชญากรรมสงครามในศาลภายในรัฐ หลักการนี้ได้ถูกนำมาใช้เป็นครั้งแรกในปี ค.ศ.1915 ตามคำตัดสินของ the Austro – Hungarian Military Court และหลักการนี้ได้รับการยืนยันอีกครั้งในคดี Dover Castle และ Llandovery Castle ในศาล Leipzig โดยของ the Austro – Hungarian Military Court ได้นำแนวความคิดในเรื่อง การกระทำความผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง (manifest illegality) โดยถือว่าผู้ได้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบของตนถ้าการกระทำตามคำสั่งนั้น “ปรากฏชัดในความขัดแย้งไม่เพียงแต่กับกฎหมายอาญานั้นแต่ยังรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีสงคราม แต่ในศาลไลซ์ซิกได้เสนอเฉพาะว่าผู้ได้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบเมื่อผู้ได้บังคับบัญชารู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย โดยในทั้งสองคดีศาลถือว่าหลักการนี้สอดคล้องเมื่อผู้ได้บังคับบัญชาไม่สามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีที่พวกเขาได้รับรู้ว่าการทำตามคำสั่งที่ผิดกฎหมาย และนับแต่เวลานั้นเป็นต้นมาทำให้เกิดแนวความคิดความรับผิดชอบตามสภาพเงื่อนไขและได้ปรากฏเรื่องนี้อยู่ในคู่มือทางทหารภายหลัง ค.ศ.1945 ยกตัวอย่างเช่น คู่มือระเบียบทางทหารของดัตช์ 1990 คู่มือทางทหารของเยอรมัน ค.ศ.1992 และคู่มือทางทหารของอิสราเอล อิตาลี สวิตเซอร์แลนด์และสหรัฐอเมริกา ยิ่งกว่านั้นหลักการนี้ยังได้ถูกนำไปใช้ในคดีอาชญากรรมสงครามในหลายครั้งทั้งศาลภายในรัฐและศาลเฉพาะกิจต่างๆ

ส่วนในระดับระหว่างประเทศนั้นได้เกิดแนวความคิดอีกแนวความคิดหนึ่งตามข้อ 9 ของข้อตกลงกรุงลอนดอน (London Agreement) ที่จัดตั้งศาลนูเรมเบิร์กซึ่งได้วางหลักการความรับผิดชอบเด็ดขาด เมื่อการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นไม่สามารถใช้เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบและสามารถถูกดำเนินคดีให้รับโทษได้ โดยเหตุผลของหลักการนี้คือ “ทหารเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีเหตุผลในการกระทำของตนเองและมีศักยภาพที่จะประเมินคำสั่งที่ได้รับ ถ้าหากคำสั่งที่ได้รับเป็นคำสั่งที่มีขอบ

ด้วยกฎหมาย ผู้ได้บังคับบัญชาผู้นั้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม ถ้าหากเขาเลือกที่จะปฏิบัติตามเขาก็ย่อมมีความเสี่ยงที่จะได้รับการลงโทษกับผู้บังคับบัญชาของเขาด้วยการกระทำความผิดอาญา ตามข้อ 8 ของข้อตกลงกรุงลอนดอนทำให้เกิดแรงจูงใจต่อกลไกระหว่างประเทศอื่นๆ ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ตามข้อ 33 ของธรรมนูญกรุงโรม กำหนดไว้ว่า “คำสั่งของผู้บังคับบัญชาและการออกคำสั่งตามกฎหมาย

1. ข้อเท็จจริงที่ว่าอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ ที่ประกอบโดยบุคคลที่ปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาล หรือผู้บังคับบัญชาไม่ว่าฝ่ายทหารหรือพลเรือนจะไม่เป็นผลให้บุคคลนั้นพ้นจากความรับผิดทางอาญา เว้นแต่

(ก) บุคคลนั้นมีพันธุกรรมทางกฎหมายที่ต้องเชื่อฟังคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชา

(ข) บุคคลนั้นไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ

(ค) คำสั่งนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ คำสั่งให้กระทำอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือประกอบอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเริ่มต้นของข้อ 33 ถือตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่ถือว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาไม่ว่าคำสั่งนั้นจะเป็นคำสั่งจากรัฐบาลทหารหรือพลเรือนก็ตาม ยกเว้นในกรณีที่จะนำมาเป็นข้ออ้างได้คือผู้กระทำความผิดมีพันธุกรรมตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตาม ไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศได้ยึดถือหลักการสำหรับความรับผิดเมื่อปรากฏชัดแจ้งว่าเป็นคำสั่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย (the manifest illegality principle) แต่หลักการดังกล่าวหากตีความตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วคำสั่งที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศได้แก่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นั้นถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้นในทางปฏิบัติแล้วถือว่าอาชญากรรมประเภทดังกล่าวถือว่าเป็นการรับผิดโดยเด็ดขาด โดยตามธรรมนูญกรุงโรมยกเว้นให้เฉพาะในกรณีที่เป็นการกระทำผิดอาชญากรรมสงคราม

ปัญหาประการสำคัญเกี่ยวกับความไม่สัมพันธ์กันในเรื่องที่ประชาคมระหว่างประเทศจะถือว่าการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะเป็นข้ออ้างในการยกเว้นความรับผิดในทางอาญานั้น เมื่อวิเคราะห์ถึงขอบเขตของธรรมนูญกรุงโรมแล้วจะมีการปรับใช้กรอบแนวความคิดในเรื่องการรับผิดอย่างมีเงื่อนไขและมาตรฐานในเรื่องความรู้เกี่ยวกับการกระทำและการผิดกฎหมายอย่าง

ชัดแจ้ง ซึ่งโดยสรุปแล้วจะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นจะต้องเป็นทหารภายใต้หน้าที่ตามกฎหมายและมีหน้าที่รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชานั้น ทหารจะต้องไม่ทราบว่าการคำสั่งนั้นผิดกฎหมาย และคำสั่งนั้นจะต้องไม่ชัดแจ้งว่าผิดกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาในเรื่อง “ความรู้เกี่ยวกับการกระทำนั้นหมายถึงการตระหนักเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมที่ดำรงอยู่หรือผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นในกรณีที่เป็นเหตุการณ์ปกติ ยกเว้นในกรณีที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็นกรณีขบถด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งแล้วการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานั้นจะใช้อ้างได้เพียงในกรณีที่เป็นคดีอาชญากรรมสงคราม” และไม่ใช่อาชญากรรมทุกประเภทจะเกิดในสงคราม ดังนั้นธรรมนูญกรุงโรมจึงไม่สามารถกำหนดคำนิยามที่ชัดเจนของ “การผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง” ได้ซึ่งคำดังกล่าวยังเปิดกว้างสำหรับการตีความ

ในคดี R v Finta 1994 , 834 ศาลได้ปรับใช้เรื่องการผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งนั้นว่าเป็นเรื่องของการกระทำความผิดต่อสามัญสำนึกของทุกเหตุผลและต่อบุคคลที่มีความคิดถูกต้อง ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานที่ขึ้นอยู่กับว่าบุคคลที่มีเหตุผลควรจะทำอย่างไรและตอบสนองต่อเหตุการณ์อย่างไร ซึ่งเป็นมาตรฐานทั่วไปในการปรับใช้ระบบกฎหมายหลายระบบและควรจะเป็นมาตรฐานที่ปรับใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศ หมายความว่า ทหารสามารถอ้างความรับผิดชอบโดยอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้ก็ต่อเมื่อกระทำการเช่นเดียวกับบุคคลที่มีเหตุผลทั่วไปแม้ว่าจะไม่รู้ว่าการคำสั่งนั้นผิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง ซึ่งคำว่ามีเหตุผลนั้นควรกำหนดการพิจารณาโดยศาลและหลายฝ่ายเห็นว่าควรพิจารณาจากสภาพแวดล้อม ซึ่งยังไม่มีคามชัดเจนและคลุมเครือ¹⁴⁴

การอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ตามธรรมนูญกรุงโรม ของศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 28 ได้ระบุ “ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา” (Command Responsibility) ในลักษณะที่เป็นรูปแบบของความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งหมายถึงอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม ตามที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 6 – 8 ตามข้อความที่ปรากฏในข้อ 28 (เอ) สร้างเงื่อนไข 2 เรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับธรรมนูญกรุงโรมคือ “ผู้ถูกกล่าวหา กับ “โครงสร้างตามสายการบังคับบัญชาขององค์กรของหน่วยงานทางทหาร” เงื่อนไขประการแรกคือ ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องเป็น “ผู้บังคับบัญชาทางทหารหรือบุคคลที่สามารถดำเนินการเช่นเดียวกันกับผู้บังคับบัญชาทางทหาร” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ พิจารณาได้จากทั้งทางพฤตินัยและทางนิตินัยเกี่ยวกับสถานะของผู้บังคับบัญชาทางทหารซึ่งมีอำนาจและหน้าที่

¹⁴⁴ C. OSullivan. *Killing on Command the Defence of Superior Orders in Modern Combat*.

เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เงื่อนไขประการที่สองคือ การดำรงอยู่ของโครงสร้างตามสายการบังคับบัญชา ตามหน้าที่ภายในหน่วยงานทางทหาร ซึ่งมีอำนาจภายใต้คำสั่งและการควบคุมอย่างแท้จริง ข้อสังเกตเกี่ยวกับเงื่อนไขทั้งสองข้อดังกล่าวทำให้มีบุคคล 2 ประเภท กล่าวคือ บุคคลซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาทางทหารอย่างเป็นทางการซึ่งมีอำนาจสั่งการและการควบคุม ส่วนอีกประเภทหนึ่งคือ บุคคลที่ดำเนินการอย่างผู้บังคับบัญชาทางทหารที่มีอำนาจหน้าที่และการควบคุมอย่างแท้จริง

และวรรคต่อไปซึ่งเป็นเงื่อนไขทางกฎหมายและถือว่าเป็นองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญคือการอธิบายการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดของผู้ถูกกล่าวหาในกรณีที่เป็น “การละเว้นการกระทำ” ซึ่งตามข้อ 28 (เอ) ต้องการข้อใดข้อหนึ่งในสามข้อที่เป็นการกระทำเฉพาะเกี่ยวกับการละเว้นการกระทำ ได้แก่ (เอ) การป้องกัน, (บี) การระงับยับยั้ง หรือ (ซี) การเริ่มต้นการสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดี

เมื่อผู้กระทำความผิดไม่สามารถนำมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมตามอำนาจหน้าที่ของตนเองในการป้องกัน, ป้องกันปราบปรามการมีส่วนร่วมอาชญากรรมเหล่านั้นหรือไม่สามารถใช้อำนาจหน้าที่ของตนเองในการสืบสวนสอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดี

ตามข้อ 30 ของธรรมนูญกรุงโรมจะมีการปรับใช้เมื่อมีองค์ประกอบภายในและองค์ประกอบภายนอกของธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 28 (เอ) ในเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา มีคำนิยามที่เห็นได้ชัดว่าคือผู้บังคับบัญชาไม่สามารถใช้อำนาจอย่างชอบธรรมย่อมต้องรับผิดชอบในทางอาญา ดังนั้นตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 28 (เอ) ทำให้ข้อยกเว้นในเรื่องเจตนาร้ายของข้อ 30 ต้องมีทั้งเรื่อง “เจตนา” และ “ความรู้” เจตนาร้ายที่สำคัญของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาคือผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผู้บังคับบัญชานั้น “รู้” หรือ “ควรรู้” เกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญา องค์ประกอบทางจิตใจเฉพาะนั้นเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชานั้นไม่สามารถใช้อำนาจควบคุมกองกำลังได้อย่างชอบธรรมและการกระทำโดยละเว้นการกระทำในการ (เอ) ป้องกัน (บี) ระงับยับยั้ง หรือ (ซี) เริ่มต้นในการสืบสวนสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดี แต่ปัญหาที่เกี่ยวกับ “การรู้” ตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 30 ยังมีความคลุมเครือในการปรับใช้เกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่ผู้กล่าวหาไม่ได้มียศหรือตำแหน่งทางทหารแต่เป็นผู้บังคับบัญชาทางทหารอย่างแท้จริง

7.2 กรณีศึกษา

คดี *DITHMAR AND BOLDT* (Llandovery Castle case) German Supreme Court (Reichsgericht) at Leipzig, 16 July 1921. Verhandlungen, Vol. 368, at 2579–2586; Engl. transl. in 16 AJIL (1922) 708–724.

ข้อเท็จจริง เรือลันโดเวอรี แคสเทิล (Llandovery Castle) เรือพยาบาลอังกฤษได้ถูกยิงโดยคอร์ปัสและจมลงโดยเรือยูโบท 86 ในทวีปแอตแลนติกห่างจากชายฝั่งของประเทศ

ไอร์แลนด์ประมาณ 116 ไมล์ในวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ.1918 โดยร้อยโทแพทซิก (Patzig) ทราบเป็นอย่างดีแล้วว่าเรือลานโดเวอรีลำดังกล่าวเป็นเรือพยาบาลแต่ตั้งข้อสงสัยว่าได้มีการบรรทุกอาวุธและกระสุนของอเมริกันจึงสั่งการให้ยิงเรือดังกล่าว โดยกล่าวหาว่าก่อนหน้านี้อังกฤษก็ใช้เรือพยาบาลอย่างผิดวัตถุประสงค์เช่นกัน ในขณะที่เรือลานโดเวอรีจมลงนั้นสภาพอากาศค่อนข้างชัดเจนและเรือช่วยชีวิตถูกปล่อยลงได้ ต่อมาผู้บังคับการเรือลานโดเวอรี แคสเทิลถูกควบคุมตัวและสอบสวนเกี่ยวกับสิ่งของที่บรรทุกแต่ผู้บังคับการเรือให้การปฏิเสธว่าไม่มีทั้งทหารและกระสุนในเรือดังกล่าว และไม่มีหลักฐานยืนยันได้ว่าเรือลานโดเวอรี แคสเทิล ได้ถูกนำมาใช้อย่างผิดวัตถุประสงค์

การพิจารณาคดี ศาลพบว่าเหตุผลที่ร้อยโทแพทซิกได้สั่งการให้ยิงเรือพยาบาลนั้นตามข้ออ้างแต่ไม่พบหลักฐานว่าเรือบรรทุกกระสุนหรือทหารแต่อย่างใด การจมเรือดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายและร้อยโทดิทมาร์กับ โบคท์ ผู้ซึ่งเป็นสองคนแรกที่มองเห็นบนเรือยูโบลท์ 86 ก็ถูกฟ้องร้องในคดีในฐานะที่เกี่ยวข้องกับการยิงเรือช่วยชีวิต นอกจากนี้ยังเป็นผู้รายงานตำแหน่งของเรือช่วยชีวิต

แต่ผู้ถูกกล่าวหาทั้งสองให้การปฏิเสธ โดยอ้างว่าเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาคือร้อยโทแพทซิก แต่ศาลปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าวโดยเห็นว่าบุคคลทั้งสองเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม โดยศาลได้กำหนดว่าผู้ใต้บังคับบัญชาไม่มีพันธกรณีในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา โดยการกระทำของเขาเป็นการชอบด้วยกฎหมาย เรื่องดังกล่าวเป็นที่ทราบกันทุกคนรวมทั้งผู้ถูกกล่าวหาว่าเป็นการผิดกฎหมายและศาลตัดสินว่าบุคคลทั้งหมดมีส่วนร่วมในการฆาตกรรมหลายครั้งแต่อาศัยเรื่องการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาทำให้มีเหตุบรรเทาโทษและได้รับโทษจำคุก 4 ปี

คดี MEIR Jamal Abd El-Kader Mahmud and others v. The Military Advocate General and others, Israel, Supreme Court sitting as High Court of Justice, 27 December 1989, in Hebrew, HCJ 425/89, PD 43(4) 718.

ข้อเท็จจริง ในเดือนมกราคม ค.ศ.1988 ทหารหลายนายภายใต้การควบคุมของนายพลยีสูดา ไมร์ ได้ลักพาตัวบุคคลไปยังพื้นที่ที่ควบคุมโดยการปิดตาและทำร้ายร่างกายชายประมาณ 20 คนในพื้นที่ที่ตนเองครอบครอง ภายหลังการสอบสวนของ ICRC และการสอบสวนทางทหารแล้ว ไม่ได้มีการตั้งข้อกล่าวหานายยีสูดาแต่ได้มีการบังคับให้ออกจากราชการแต่ผู้เสียหายที่ถูกทำร้ายร่างกายเห็นว่าควรดำเนินคดีกับนายพลยีสูดาในศาลทหารในความผิดฐานทำร้ายร่างกายและต่อมาศาลได้มีคำสั่งให้ดำเนินคดีกับนายพลยีสูดาในศาลทหาร

8. การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาอื่น

ตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 31 (3) กำหนดว่า

“ในการพิจารณาคดี ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจพิจารณามูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาจากที่อ้างถึงในวรรค 1 หากมูลเหตุเช่นว่าได้มาจากกฎหมายที่ใช้บังคับตามที่กำหนดไว้ในข้อ 21 พิจารณาที่เกี่ยวกับการพิจารณาเกี่ยวกับมูลเหตุเช่นว่าต้องระบุไว้ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาพยานหลักฐาน”

“ข้อ 21 กฎหมายที่ใช้บังคับ

1. ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศใช้บังคับ

(เอ) ธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เป็นลำดับแรก องค์ประกอบความผิดทางอาญาและระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน

(บี) ในลำดับที่สอง เมื่อเห็นว่าเหมาะสม ให้ใช้หลักการทั่วไปของกฎหมายที่ศาลฯ ได้มาจากกฎหมายภายในของระบบกฎหมายของโลก รวมทั้งกฎหมายภายในของรัฐซึ่งตามปกติจะใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้นตามที่เหมาะสม ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่า หลักการเหล่านี้ต้องไม่ขัดกับธรรมนูญศาลฯ นี้ และกฎหมายระหว่างประเทศ และบรรทัดฐานและมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ

(ซี) ในกรณีที่ไม่สามารถใช้ดังกล่าวข้างต้นได้ ให้ใช้หลักการทั่วไปของกฎหมายที่ศาลฯ ได้มาจากกฎหมายภายในของระบบกฎหมายของโลก รวมทั้งกฎหมายภายในของรัฐซึ่งตามปกติจะใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้นตามที่เหมาะสม ทั้งนี้ มีเงื่อนไขว่า หลักการเหล่านี้ต้องไม่ขัดกับธรรมนูญศาลฯ นี้ และกฎหมายระหว่างประเทศและบรรทัดฐานและมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ

2. ศาลฯ อาจใช้หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายตามที่ได้มีการตีความไว้ในการตัดสินใจของตนก่อนหน้านี้

3. การใช้บังคับและการตีความตามข้อนี้ต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นที่ยอมรับกันระหว่างประเทศ และโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของข้อพิจารณา เช่น การแบ่งแยกเพศ ดังที่ได้ให้คำนิยามไว้ในข้อ 7 วรรค 3 กล่าวคือ อายุ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา หรือความเชื่อ ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่นๆ แหล่งกำเนิดตามสัญชาติหรือชาติพันธุ์ หรือสังคม ความมั่งมี สถานะที่ได้มาด้วยการเกิดหรือสถานะอื่นๆ”

จากข้อกำหนดในธรรมนูญกรุงโรมข้อดังกล่าว จึงพิจารณาได้ว่าธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ระบุถึงประเภทของเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาไว้ทุกอย่าง ดังนั้นตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 (3) จึงอนุญาตให้ศาลอ้างอิงเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาอื่นได้ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 21 บทบัญญัตินี้มีความสำคัญเนื่องจากทำให้คณะกรรมการของศาลสามารถนำเหตุยกเว้นความรับผิดที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายภายในมาปรับใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่นเรื่องการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดในเรื่องการขัดกันเรื่องผลประโยชน์หรือการป้องกันตัวเกินกว่าเหตุตามวัตถุประสงค์หลักของข้อ 31 (3) ไม่ได้เป็นการเปิดโอกาสให้ใช้เหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาใหม่ แต่เป็นการหาจุดร่วมกันระหว่างกฎหมายอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จากลักษณะของเรื่องกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศบนพฤติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายในระหว่างที่การขัดกันทางทหารตามความประพฤตินั้นอนุญาตให้กระทำได้ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศถือว่าเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงความไม่สอดคล้องกันระหว่างกฎหมายอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายอาญาระหว่างประเทศสมควรที่จะตีความให้สอดคล้องกันกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในธรรมนูญกรุงโรมตามข้อ 31 (3) กับข้อ 21 ของธรรมนูญกรุงโรมได้รับการปรับใช้โดยถือว่าเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นพิเศษ

หลักการอื่นๆ ที่ถือเป็นข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น

(1) ความยินยอมของผู้เสียหาย

หลักการ “volenti non fit iniuria” คือหลักการว่าบุคคลไม่ต้องรับผิดในทางอาญาเมื่อผู้ถูกกระทำให้ความยินยอม เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง โดยอาจถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามความหมายของ ข้อ 21 (1)(c) ของธรรมนูญกรุงโรม

(2) ความจำเป็นทางทหาร (Military necessity)

ในเรื่องความจำเป็นทางทหารเป็นเรื่องที่คาดหมายบนสมมติฐานที่ว่าการใช้ความรุนแรงเป็นส่วนหนึ่งของความขัดแย้งโดยใช้กำลัง ดังนั้น ข้อห้ามโดยเด็ดขาดเกี่ยวกับการการใช้กำลังทางทหารตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นจึงแทบเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ ดังนั้นเรื่องความจำเป็นทางทหารจึงอาจถือว่าเป็นเรื่อง “ความจำเป็นเร่งด่วน” ที่ไม่อาจรอได้ ซึ่งผู้บังคับบัญชาในสถานการณ์นั้นจะต้องนำมาตรการต่างๆ นำมาใช้และจำเป็นต้องใช้กำลังอย่างรวดเร็วเท่าที่เป็นไปได้เพื่อให้ศัตรูยอมแพ้โดยเร็วที่สุด

(3) การแก้แค้นตอบแทน

กฎหมายในเรื่องการแก้แค้นตอบแทนเป็นเรื่องการกลไกในการบังคับใช้ในยุคคลาสสิกตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ มาตรการบังคับเหล่านี้เป็นเรื่องปกติที่กฎหมายระหว่างประเทศยินยอมให้มีการใช้โดยชอบด้วยกฎหมายถ้าหากการใช้กำลังแก้แค้นตอบแทนเป็นทางเลือกสุดท้ายและได้สัดส่วนกับการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นก่อน

(4) หลักการตามกฎของการปะทะ” (Tu-quoque principle)

“หลักการตามกฎของการปะทะ” (Tu-quoque principle) โดยปกติเป็นหลักที่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมสงครามบนพื้นฐานที่ว่าความเป็นศัตรูเกิดขึ้นกับฝ่ายเดียวกัน เหตุยกเว้นความรับผิดชอบอยู่บนพื้นฐานของตามหลักพันธสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ได้ถูกยกขึ้นมาพิจารณาหลายครั้งในการพิจารณาคดีที่นูเรมเบิร์ก แต่มักจะได้รับการปฏิเสธ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดี “Ministries case”¹⁴⁵

9. การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ

การอ้างข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติ¹⁴⁶ นั้นโดยพื้นฐานแล้วไม่ได้เป็นเพียงเรื่องเกี่ยวกับความผิดหรือบริสุทธ์ของผู้ถูกกล่าวหาเท่านั้น แต่ยังมีความสัมพันธ์ในเรื่องสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศด้วย โดยหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศอยู่บนพื้นฐานที่ว่า “อาชญากรรมร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดนั้นไม่สามารถงดเว้นการลงโทษได้” แต่แม้ว่าเรื่องสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาเช่น สิทธิในชีวิต เสรีภาพและความมั่นคงในระบอบประชาธิปไตยก็มีความสำคัญเช่นกัน ดังนั้นแม้ว่าจะมีความสำคัญของการฟ้องร้องคดีอาญาระหว่างประเทศแต่ผู้ถูกกล่าวหาที่สมควรอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบได้ด้วยเช่นกัน แต่เพื่อการไม่ลงโทษผู้ถูกกล่าวหาในลักษณะดังกล่าวต้องเป็นเรื่องที่ยอมรับได้และเพื่อประโยชน์ที่สำคัญกว่า ยกตัวอย่างเช่น เพื่อความชอบธรรมทั้งหมดและเพื่อเอกภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศ

¹⁴⁵ Retrieved December 31, 2017 from

<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/T/Tuquoque.aspx>

¹⁴⁶ K. Ambos. *Treatise on International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press. 2013. pp.393 – 437.

9.1 หลักบุคคลจะไม่ถูกพิจารณาคดีซ้ำสองในความผิดเดียว (ne bis in idem)

หลักการนี้ได้รับรองโดยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเกือบทุกประเทศไม่ว่าจะใช้ระบบใด โดยในระบบกฎหมายจารีตประเพณีถือตามหลักข้อห้าม double jeopardy หรือหลักการ autrefois acquit, autrefois convict ซึ่งได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา เช่นเดียวกันกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ยกตัวอย่างเช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมัน (Grundgesetz) ก็ได้กำหนดหลักที่ว่าบุคคลคนเดียวกันไม่อาจถูกลงโทษซ้ำสำหรับการกระทำครั้งเดียวกันภายใต้หลักกฎหมายอาญาทั่วไป นอกจากนี้แล้วตามข้อ 14 ของ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.

ส่วนในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเช่นในมาตรา 103 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ได้กำหนดไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้ใดถูกลงโทษสำหรับการกระทำครั้งเดียวกันภายใต้หลัก “กฎหมายอาญาทั่วไป” เหตุผลในเรื่องดังกล่าวได้รับคำอธิบายโดยผู้พิพากษาแบล็กว่า

“รัฐไม่ควรใช้ทรัพยากรและอำนาจในการอนุญาตให้มีการใช้ความพยายามในการดำเนินคดีกับปัจเจกบุคคลสำหรับข้อกล่าวหาเดียวกัน เพราะจะทำให้เขาเกิดความอับอาย และสูญเสียค่าใช้จ่าย ได้รับความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส และทำให้ใช้ชีวิตต่อไปภายในรัฐด้วยความตึงเครียดและขาดความมั่นคง และหากให้ทำเช่นนั้นได้แม้ว่าเขาจะเป็นผู้บริสุทธิ์ก็อาจถูกตัดสินให้มีความผิด”

และหลักการนี้ได้รับการรับรองโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยมีเหตุผลในเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา รวมไปถึงเรื่องสิทธิมนุษยชนอยู่ด้วย โดยหลักการดังกล่าวได้รับการรับรองโดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น ข้อ 14 (7) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองรวมถึงพิธีสารฉบับที่ 7 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป และอนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็กล่าวไว้ในทำนองเดียวกัน ดังนั้น โดยสรุปแล้วหลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำจึงมีลักษณะที่ช่วยในเรื่องการคุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ยิ่งกว่านั้นหลักการนี้ยังอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อเรื่องอรรถประโยชน์ซึ่งปฏิเสธมิให้มีการใช้อำนาจรัฐเพื่อบังคับดำเนินคดีซ้ำสองเมื่อการดำเนินคดีครั้งแรกไม่เป็นผล และกำหนดให้มีการสืบสวนสอบสวนอย่างรัดกุมก่อนที่จะมีการฟ้องร้องดำเนินคดีในชั้นศาลและป้องกันไม่ให้มีการฟ้องร้องกันซ้ำซ้อน โดยไม่จำเป็นซึ่งทำให้สิ้นเปลืองทรัพยากรของกระบวนการยุติธรรมโดยไม่จำเป็นและให้ถือว่าคำพิพากษาของศาลตามกระบวนการเป็นที่สุด

เมื่อมีการสร้างระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศทำให้เกิดคำถามว่าจะทำอย่างไรเกี่ยวกับกฎเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศและ

ศาลอาญาภายในรัฐจึงทำให้เกิดความสัมพันธ์ในแนวราบที่ควรส่งเสริมหลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำใน 2 มิติ กล่าวคือ ประการแรก การพิจารณาคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศอาจตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการดำเนินการในชั้นศาลภายในรัฐเป็นการส่งเสริมการดำเนินคดีระหว่างประเทศ และประการที่สองคือการดำเนินคดีภายในรัฐอาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินคดีระหว่างประเทศเพื่อถือว่าการดำเนินคดีซ้ำ ซึ่งตามกฎหมายเริ่มเบร์กได้แก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับการดำเนินคดีซ้ำกับศาลภายในรัฐตามข้อ 11 ของกฎบัตรของศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศ

บุคคลอาจถูกตัดสินโดยศาลชั่วคราวนูเรมเบิร์กโดยข้อกล่าวหาของศาลภายในรัฐ ศาลทหารหรือศาลอื่นใดตามข้อ 10 กับอาชญากรรมที่มากกว่าการเป็นสมาชิกของกลุ่มอาชญากรรมหรือองค์กร ซึ่งศาลอาจจะพิพากษาเขาโดยอิสระและลงโทษในส่วนของศาลชั่วคราวนูเรมเบิร์กสำหรับการมีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรมที่เป็นกลุ่มหรือองค์กรนั้น และหลักการนี้ปรากฏอยู่ในข้อ 20 ของธรรมนูญกรุงโรมที่แสดงให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ที่มีความซับซ้อนของหลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำ โดยข้อ 20 กำหนดไว้ว่า

“ไม่มีบุคคลใดจะถูกดำเนินคดีก่อนศาลเมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์ซึ่งเป็นพื้นฐานของอาชญากรรมซึ่งบุคคลได้ถูกพิพากษาหรือได้รับการปล่อยตัวโดยศาล”

ซึ่งแสดงนัยยะเกี่ยวกับเรื่องการห้ามดำเนินคดีซ้ำภายในรัฐเท่านั้น แต่ในฉบับปัจจุบันนั้นแสดงความสัมพันธ์หลักการห้ามดำเนินคดีซ้ำทั้งระดับภายในรัฐและระดับระหว่างประเทศ โดยองค์ประกอบในเรื่อง “Idem” นั้นศาลอาญาระหว่างประเทศได้นำมาปรับใช้ในกรอบความคิดที่กว้างกว่าโดยการพิจารณาใหม่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงเดิมภายใต้ข้อกฎหมายที่ต่างกัน ยกตัวอย่างเช่น การดำเนินคดีใหม่สำหรับข้อกล่าวหาอาชญากรรมต่อมนุษยชาติภายหลังจากได้รับการได้รับการพิจารณาให้พ้นผิดแล้วในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้นไม่สามารถกระทำได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือขอบเขตของการดำเนินคดีซ้ำหรือไม่อยู่ที่ข้อจำกัดในเรื่องคำตัดสินสุดท้ายของศาลว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดหรือไม่ได้กระทำความผิด โดยข้อ 20 (1) ของธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ปรับใช้ถึงคำตัดสินที่อยู่ระหว่างดำเนินการ ยิ่งกว่านั้นหลักการห้ามดำเนินคดีซ้ำภายในรัฐเป็นข้อยกเว้นสำหรับธรรมนูญกรุงโรม และที่สำคัญที่สุด ข้อ 84 ของธรรมนูญกรุงโรมภายใต้สภาพแวดล้อมที่แน่นอนสำหรับการทบทวนคำพิพากษา จะต้องมีพฤติการณ์ที่เพิ่มเติมของการกระทำความผิด

ส่วนข้อ 20 (2) และ (3) ของธรรมนูญกรุงโรมเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับศาลอาญาของรัฐภายใน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในแนวตั้ง บุคคลที่ได้ถูกดำเนินคดีโดยศาลอื่นสำหรับอาชญากรรมตามข้อ 5 และเป็นบุคคลที่ได้มีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดหรือได้รับการยกฟ้องแล้วโดยศาล คำว่า “ศาล” ในที่นี้หมายถึงในความหมายอย่างกว้างที่

รวมทั้งศาลทหารและศาลพลเรือนทั้งในประเทศและกระบวนการระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามแล้วสุภาษิตของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า “pacta tertiis nec nocent nec prosunt” คือสนธิสัญญาระหว่างประเทศไม่สามารถสร้างพันธกรณีไปยังรัฐที่สามได้ ดังนั้นตามข้อ 20 (2) ของธรรมนูญกรุงโรมไม่สามารถใช้อ้างป้องกันมิให้มีการฟ้องร้องคดีเป็นครั้งที่สองในรัฐได้

ตามข้อ 20 (2) นั้นห้ามมิให้มีการดำเนินคดีซ้ำเฉพาะการฟ้องร้องอาชญากรรมร้ายแรงระดับภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมสำคัญระหว่างประเทศเท่านั้น เช่น อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ, อาชญากรรมสงคราม เป็นต้น อย่างไรก็ตามรัฐอาจยินยอมให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลที่ได้มีการดำเนินคดีแล้วตามธรรมนูญกรุงโรมหากพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นอาชญากรรมภายในรัฐอีก เหตุผลตามข้อ 20 (2) จึงเป็นการป้องกันบุคคลจากการหลบหนีความรับผิดชอบทางอาญาเพียงแต่ไม่สามารถพิสูจน์จนปราศจากเหตุอันควรสงสัยได้เมื่อมีการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในเมื่อมีหลักฐานว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดอาชญากรรมทั่วไปภายในรัฐด้วย โดยผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถใช้ประโยชน์จากข้อจำกัดของศาลอาญาระหว่างประเทศได้

ส่วนข้อ 20 (3) ของธรรมนูญกรุงโรมเป็นการห้ามดำเนินคดีซ้ำในแนวคิดซึ่งยืนยันว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่มีคดีซ้ำเป็นครั้งที่สอง โดยมีเงื่อนไขว่า ผู้ถูกกล่าวหาได้ถูกดำเนินคดีแล้วโดยศาลอื่นตามที่กำหนดไว้ในข้อ 6, 7 และ 8 ซึ่งศาลนี้เป็นความหมายอย่างกว้างตามข้อ 20 (2) เช่นกัน อย่างไรก็ตามการรับรองการดำเนินคดีภายในรัฐและการตัดสินโดยศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้กระทบต่อสิทธิตามอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้นตามคำกล่าวที่ว่า pacta tertiis ไม่ได้กำหนดถึงข้อจำกัดในการตีความคำว่า “ศาล” ในเรื่องการห้ามดำเนินคดีซ้ำ ดังนั้นแม้ว่าคำตัดสินของศาลที่ไม่ใช้รัฐภาคีอาจเป็นอุปสรรคสำหรับการดำเนินคดีซ้ำโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ และบุคคลไม่จำเป็นต้องถูกพิพากษาว่ามีความผิดหรือได้รับการปล่อยตัวในการดำเนินคดีโดยไม่จำเป็นที่ต้องเป็นคำพิพากษาสุดท้ายเท่านั้นแต่รวมไปถึงการอยู่ระหว่างการดำเนินคดีด้วย ยิ่งกว่านั้นตามข้อ 20 (3) แห่งธรรมนูญกรุงโรมยังปรับใช้ในกรณีที่เกิดการกระทำผิดนั้นเป็นความผิดฐานอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรืออาชญากรรมสงคราม ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 6, 7 หรือ 8 แต่ไม่รวมถึงอาชญากรรมสงครามด้วย ดังนั้นคำพิพากษาภายในรัฐเกี่ยวกับข้อกล่าวหาในเรื่องอาชญากรรมรุกรานไม่ได้เป็นข้อห้ามเกี่ยวกับการดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศต่อผู้ถูกกล่าวหาคนเดียวกันในข้อเท็จจริงพื้นฐานอย่างเดียวกันสำหรับอาชญากรรมรุกราน สาเหตุที่ธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้รับรองในเรื่องการห้ามดำเนินคดีซ้ำเกี่ยวกับอาชญากรรมรุกรานนั้นเนื่องมาจากดังกล่าวไม่ได้เป็นที่ยอมรับในมุมมองของเรื่องสิทธิมนุษยชน

9.2 ความคุ้มกัน (Immunities)

ความคุ้มกันเป็นกรอบแนวคิดซึ่งเป็นที่ทราบกันดีทั้งกฎหมายภายในรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศโดยกรอบแนวคิดนี้ไม่ได้ให้ความคุ้มกันแก่บุคคลทั่วไป แต่ใช้กับบุคคลที่มีสถานภาพพิเศษในฐานะที่เป็น “ตัวแทนของรัฐ” การปฏิบัติต่อกันมาในรูปแบบของกฎหมายจารีตประเพณี หลักการที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่า “หลักการการกระทำของรัฐ” (Act of State Doctrine) ดังนั้นจึงทำให้การกระทำโดยตัวแทนของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นทางการ โดยในหลักการดังกล่าวเมื่อ บังเจกบุคคลได้กระทำหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย และเมื่อเขาได้กระทำ ความผิดมิเพียงรัฐเท่านั้นที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินการ ส่วนความคุ้มกันด้วยเหตุผลทางด้านตัวบุคคลนั้นมาจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญา เพื่อการปกป้องบุคคลทั้งด้านราชการและชีวิตส่วนตัว ตัวอย่างเช่น ประมุข ของรัฐ รัฐมนตรี ตัวแทนทางทูต เป็นต้น

สำหรับอำนาจอธิปไตยในรัฐไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือรัฐอื่นๆ ได้ หรือเข้าไปแทรกแซงรวมทั้งการดำเนินคดีโดยรัฐอื่นภายในดินแดนหรืออาณาเขตของรัฐหลักการนี้พัฒนาการมาจากหลักกฎหมายทั่วไปที่ให้ความนับถือเอกราชและศักดิ์ศรีของรัฐอื่น ดังคำกล่าวที่ว่า “ไม่มีรัฐใดรัฐหนึ่งที่จะสามารถใช้อำนาจทางกฎหมายของตนเหนือรัฐอื่น” (par in parem non habet imperium or par in parem non habet jurisdictionem) ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *The Schooner Exchange V. McFaddai* โดยหัวหน้าผู้พิพากษา มาร์แชล (Marshall C.J.) ได้กล่าวว่า

“คุณอาณาของรัฐในเรื่องดินแดนหรืออาณาเขตนั้นมีอยู่เต็มที่และสมบูรณ์ เช่นเดียวกันกับทุกรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย แต่ไม่รวมไปถึงเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (extra territorial) ซึ่งไม่ควรจะมีจุดมุ่งหมายในเรื่องอำนาจอธิปไตยนอกรัฐ หรืออำนาจอธิปไตยเหนือวัตถุเหล่านั้น อำนาจอธิปไตยไม่ควรรับฟังหรือยินยอมผ่อนตามรัฐอื่น และถือว่าอยู่ในขอบเขตตามพันธกรณีซึ่งเป็นลักษณะสูงสุดโดยไม่สามารถลดศักดิ์ศรีของชาตินั้นได้ โดยทำให้สิทธิในอำนาจอธิปไตยเหล่านั้นอยู่ภายในคุณอาณาของรัฐอื่น และจะสามารถใช้คุณอาณาของรัฐในเรื่องดินแดนของรัฐอื่นเมื่อ ได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งหรือเมื่อเชื่อมั่นว่าความคุ้มกันนั้นปีความน่าเชื่อถือสำหรับรัฐเอกราช ...”

แต่ต่อมาในศตวรรษที่ 19 ได้มีความเจริญก้าวหน้าทางการค้าพาณิชย์ รัฐเริ่มเข้ามา มีบทบาทในการค้าในวงกว้างมากขึ้น โดยรัฐเข้าไปผูกขาดอำนาจในทางการค้า โดยเปิดกิจการรถไฟ การเดินเรือ บริการไปรษณีย์ และในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 มีการเพิ่มกิจกรรมทางการค้าดังกล่าวมากเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะประเทศสังคมนิยมที่มีความเชื่อในเรื่องรัฐมีหน้าที่ในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้วย ยิ่งกว่านั้นในบางประเทศ เช่น ประเทศอินเดียเห็นว่ามีคามจำเป็นที่

ภาครัฐจะต้องเข้าไปมีบทบาทในการวางแผนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจสมัยใหม่ จึงทำให้มีการพัฒนาหลักการของศาล ในเบลเยียมและอิตาลีตอบสนองต่อการขยายตัวของกิจกรรมการค้าดังกล่าว โดยมีการแบ่งแยก ระหว่าง “กิจกรรมที่ดำเนินการ โดยรัฐ” (jure imperri; acts of government) กับ “กิจกรรมที่ดำเนินการเพื่อการพาณิชย์” (jure gestionis or jure privatorum ; acts of a commercial nature) ซึ่งกิจกรรมที่ดำเนินการเพื่อการพาณิชย์นั้น ไม่ได้การยอมรับว่าสมควรได้รับการคุ้มกัน โดยแนวความคิดนี้ เรียกว่า “ทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด” (restrictive or relative immunity) โดย หลักการนี้ได้รับการยอมรับในกระบวนการนิติบัญญัติทั้งในประเทศออสเตรเลีย ปากีสถาน สิงคโปร์ แอฟริกาใต้ อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา โดยในปี ค.ศ. 1950 ศาลสูงออสเตรเลียได้มีคำพิพากษาในคดี Dralle Republic of Czechoslovakia โดยศาลสรุปว่าแนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีความคุ้มกันแบบเด็ดขาด ได้สูญเสียอำนาจบังคับไปแล้วในกรณีที่เป็นกิจกรรมทางการค้า โดยไม่ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศอีกต่อไป ต่อมาในปี 1952 หน่วยราชการของรัฐได้ประกาศเจตนารมณ์ตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด โดยในคดี Alfred Dutihill of London, Inc V. Republic of Cuba ผู้พิพากษาศาลสูงจำนวน 4 ท่านได้ให้การสนับสนุนทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดและทฤษฎีนี้ได้กลายเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรคือ บทบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันตาม อำนาจอธิปไตยของคนต่างชาติ (the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976) ทำให้เห็นแนวโน้มที่ชัดเจนว่ารัฐต่างๆ มีแนวโน้มในการใช้ทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด แม้ว่าบางรัฐยังคงยอมรับในทฤษฎีความคุ้มกันแบบสมบูรณ์อยู่ในการพัฒนาแนวโน้มทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด ในสนธิสัญญา ยุโรปว่าด้วยเรื่องความคุ้มกันของรัฐได้แสดงจุดยืนร่วมกันระหว่างทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด และทฤษฎีความคุ้มกันแบบสมบูรณ์ โดยมีหลักการที่สำคัญ ดังนี้ คือ

“ข้อ 6 (1) รัฐที่เข้าร่วมในสนธิสัญญาจะไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากศาลอาญาในศาล ของรัฐที่ร่วมในสนธิสัญญาอื่น ถ้าเป็นการมีส่วนร่วมโดยปัจเจกบุคคลหรือมากกว่าบุคคลคนเดียวในรูปบริษัท หรือองค์ภาวะอื่นในทางกฎหมายที่ได้จดทะเบียนหรือมีที่อยู่อันสำคัญในทางธุรกิจที่ดินแดนของรัฐ และรวมทั้งในกรณีที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องแม้ไม่ได้มีส่วนร่วมระหว่างรัฐใดรัฐหนึ่งกับรัฐอื่น”

ส่วนความคุ้มกันใน กรณีประมุขของรัฐ (heads of state) ในขณะที่รัฐและรัฐบาล อาจได้รับความคุ้มกันจากการกระทำความผิดในทางแพ่งหรือทางอาญาในบางกรณี แต่ในกรณีที่ประมุขของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลที่ได้กระทำความผิดที่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงหรืออาชญากรรมระหว่างประเทศจะมีความแตกต่างกันออกไป ในกฎบัตรของศาลอาญาชั่วคราวนูเรมเบิร์ก (The Nuremberg Tribunal’s Charter) ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงการไม่ยอมรับความคุ้มกันเช่นนั้น เช่นเดียวกันกับบทบัญญัติของศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศใน

ยูโกสลาเวียเดิม ศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในรวันดา และของศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลทั้งหลายเหล่านี้ได้ยืนยันถึงหลักการ “ความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล” เช่นในคดีไอค์มัน หรือใน คดีปีโนเช่ เป็นต้น

ในคดีปีโนเช่ (Pinochet) นับเป็นคดีแรกที่มีการดำเนินคดีกับอดีตประมุขของรัฐ และเป็นครั้งแรกที่ความคุ้มกันประมุขของรัฐสำหรับคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ถูกปฏิเสธ โดย ศาลอังกฤษ ในคำตัดสินของวุฒิสภาในอังกฤษได้ตัดสินว่า ประมุขของรัฐไม่ได้รับความคุ้มกันใน กรณีที่กระทำความผิดกฎหมายอาญาระหว่างประเทศหรือกระทำการที่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งก่อนหน้านั้นเป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจนว่าประมุขของรัฐได้รับความคุ้มกัน อย่างน้อยที่สุดก็ในกรณีที่ได้ปฏิบัติหน้าที่สำหรับตำแหน่งที่เป็นทางการและการทรมาน บางครั้งก็สามารถจัดอยู่ในประเภท “การกระทำในตำแหน่งหน้าที่ราชการ” (official act) จึงเป็นการยากที่จะระบุถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในรัฐกับกฎหมายระหว่างประเทศ และจะนำหลักการเหล่านี้ไปปรับใช้ดำเนินคดีกับอดีตประมุขของรัฐอื่นได้หรือไม่ เหล่านี้เป็นคำถามที่ ยาก จะตอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเมื่อมีกรณีมีคำตัดสินในคดีระหว่างคองโกกับเบลเยียม (Democratic Republic of the Congo V. Belgium; Congo V. Belgium)

ความคุ้มกันอาจแบ่งได้ออกเป็น 2 แบบ คือความคุ้มกันตามหน้าที่และความคุ้มกัน ส่วนบุคคล สำหรับกรณีความคุ้มกันตามกรอบแนวความคิดที่คำนึงถึงทั้งความรับผิดชอบทางอาญาและความคุ้มกัน เมื่อมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดหรือมีการสั่งการให้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่สามารถอ้างความคุ้มกันได้ไม่ว่าจะ โดยเรื่องอำนาจอธิปไตยหรือการกระทำตาม ตำแหน่งหน้าที่การงานเพราะถือได้ว่าไม่ได้ทำตามหน้าที่ของรัฐ โดยปกติหรือตัวรัฐเองก็ไม่อาจ ดำเนินการเช่นนั้นได้¹⁴⁷

9.3 การนิรโทษกรรม การอภัยโทษและการยกเว้นโทษ

ในกระบวนการของการสร้างประชาธิปไตยจำเป็นต้องมีความโปร่งใสและความ ยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตามในประเทศที่มีความขัดแย้งแล้วในบางครั้งต้องอาศัยกระบวนการสร้าง สันติภาพและการสมานฉันท์รวมทั้งการงดการฟ้องร้องคดีอาญาหรือการลงโทษ ดังนั้นเพื่อ ประโยชน์ในกระบวนการสร้างสันติภาพและกระบวนการสมานฉันท์ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งมักจะ เกิดขึ้นภายหลังจากความขัดแย้งอย่างรุนแรง โดยกระบวนการทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับการนิรโทษ

¹⁴⁷ เท็ดสยาม บุญยะเสนา. บทบาทของศาลอาญาเฉพาะกิจในการธำรงรักษาสันติภาพและความ มั่นคงระหว่างประเทศ. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2560. น. 53 - 68.

กรรมมักจะเป็ นอุปสรรคสำคัญในการฟ้องร้องคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดที่มักจะนิรโทษกรรมให้แก่บุคคลบางคนหรือบางกลุ่ม ในกระบวนการนิติบัญญัติแล้วการนิรโทษกรรมจะนำมาใช้โดยการบัญญัติกฎหมายอย่างเป็นทางการ โดยอาจแบ่งเป็น 2 รูปแบบคือการนิรโทษกรรมเฉพาะบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเรียกกันว่าการนิรโทษกรรมตนเอง ส่วนการนิรโทษกรรมอีกแบบหนึ่งคือการนิรโทษกรรมทั่วไปซึ่งถือว่าเป็นการยกเว้นโทษให้กับทุกฝ่ายที่มีความขัดแย้งรวมไปถึงคู่อริทางการเมืองด้วย

ส่วนการอภัยโทษนั้นเป็นเรื่องของการพิจารณาลักษณะเฉพาะเจาะจงของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อกดเว้นโทษให้ที่มักจะกระทำภายหลังจากมีคำพิพากษาแล้ว

สำหรับในอาชญากรรมระหว่างประเทศแล้ว ได้มีการนำทฤษฎีของ โรเบิร์ต อลีสซี (Robert Alexy) นักกฎหมายผู้มีชื่อเสียงคือกฎเกณฑ์แห่งการสมดุล (law of balancing, (Abwägungsgesetz) ที่ต้องทดสอบต่อการนิรโทษกรรมของผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ คือ

ประการแรก การนิรโทษกรรมต้องเป็นมาตรการเกี่ยวกับบุคคลคือการนิรโทษกรรมต้องตรวจสอบว่าเป็นมาตรการที่ถูกต้องเหมาะสมในการบรรลุตามวัตถุประสงค์คือเป็นการเปลี่ยนผ่านไปสู่สันติภาพสำหรับสังคมที่เกี่ยวข้อง โดยวิเคราะห์จากความร้ายแรงและความชอบธรรมเพื่อเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการสร้างสันติภาพอย่างแท้จริง ไม่ใช่เป้าหมายทางการเมืองอื่น

ประการที่สอง การนิรโทษกรรมจะต้องมีความจำเป็นหรือหลีกเลี่ยงไม่ได้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์โดยไม่มีหนทางอื่นเพื่อบรรลุถึงประโยชน์ของความยุติธรรม

ประการสุดท้าย คือ การตรวจสอบในเรื่องสัดส่วน โดยเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างมาตรฐานทั้งเรื่องสันติภาพและความยุติธรรม โดยพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำกับมาตรการที่นำมาใช้และวัตถุประสงค์ในการสร้างสันติภาพ

การนิรโทษกรรมทั้งหมด (Blanket amnesties) เป็นการนิรโทษกรรมในลักษณะที่เรียกว่า “amnesic amnesties” โดยมีวัตถุประสงค์เบื้องต้นคือลบล้างอดีตทั้งหมดรวมทั้งในการดำเนินคดีอาญาด้วยโดยการห้ามดำเนินคดีใด ๆ รวมทั้งการสืบสวนสอบสวนด้วย โดยมีวัตถุประสงค์ทางการเมืองคือเพื่อกำจัดความขัดแย้งรุนแรงทั้งหมดหรือเพื่อเป็นกระบวนการช่วยในการเปลี่ยนผ่านหรืออาจเรียกได้ว่าเป็นการนิรโทษกรรมเพื่อการประนีประนอม โดยไม่มีการดำเนินคดีกับผู้ใด ซึ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วไม่ค่อยมีการนิรโทษกรรมทั้งหมด เช่น ศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียได้มีข้อห้ามเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมในเรื่องการทรมาน เช่นเดียวกันกับองค์กรสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติได้ปฏิเสธการนิรโทษกรรมสำหรับการฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทรมาน โดยสหประชาชาติจะยอมรับกระบวนการนิรโทษกรรมว่าเป็นกระบวนการตามกฎหมายและการสร้างสันติภาพและการ

สมานฉันท์เมื่อมีการสิ้นสุดสงครามกลางเมืองหรือสงครามความขัดแย้งภายในรัฐ แต่ไม่ยอมรับการนิรโทษกรรมอาชญากรรมร้ายแรงที่เป็นอาชญากรรมสำคัญ เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรืออาชญากรรมร้ายแรงที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

การนิรโทษกรรมแบบมีเงื่อนไข เป็นการนิรโทษกรรมที่ไม่ได้งดเว้นโทษทั้งหมดสำหรับการกระทำความผิดในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง แต่เป็นการสร้างประโยชน์จากการนิรโทษกรรม โดยมีเงื่อนไขของการกระทำที่ชัดเจนหรือการยอมรับโดยบุคคล เช่น การนิรโทษกรรมในกรณีที่มีการเจรจากับกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งให้วางอาวุธและยุติความเป็นศัตรู โดยเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับข้อเรียกร้องที่สำคัญในการสร้างความยุติธรรม ในแง่ของผู้เสียหายแล้วการกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นการสร้างความโปร่งใสหรือไม่ก็เป็นการใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือก เช่น คณะกรรมการค้นหาความจริงและการสมานฉันท์ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการนิรโทษกรรมเพื่อความโปร่งใส ซึ่งขึ้นอยู่กับเงื่อนไขและสภาพแวดล้อมของแต่ละกรณี และการบังคับใช้กฎหมายจะนำมาใช้เมื่อมีการฝ่าฝืนข้อตกลงที่เกี่ยวกับสันติภาพ การใช้การนิรโทษกรรมแบบมีเงื่อนไขนี้ยกตัวอย่างที่เกิดขึ้นในแอฟริกาใต้

9.4 การอ้างข้อยกเว้นตามกฎหมายวิธีสบัญญัติอื่น

การอ้างข้อยกเว้นตามกฎหมายวิธีสบัญญัติอื่นเช่น

- **อายุความ**ซึ่งเป็นการป้องกันการฟ้องร้องคดีในช่วงเวลาที่แน่ชัดช่วงเวลาใดนับแต่มีส่วนร่วมในอาชญากรรม เหตุผลของกฎเกณฑ์เหล่านี้เพื่อประโยชน์ของสังคมในการนำอาชญากรรมมาสู่กระบวนการยุติธรรมในเวลาที่ยาวนานเกินไป เหตุผลอีกประการหนึ่งคือปัญหาในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อให้มีความชอบธรรมในกระบวนการยุติธรรมและยังคำนึงถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่อาจไม่ได้รับความเป็นธรรมในการตัดสินคดีบนพยานหลักฐานที่ไม่สอดคล้องกับช่วงระยะเวลา

- **อายุของผู้กระทำความผิด** ตามข้อ 40 (3) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งได้รับการสัตยาบันโดยรัฐประมาณมากกว่า 193 รัฐ โดยเด็กได้รับการยกเว้นความผิดทางอาญาในกรณีที่มีอายุไม่เกิน 7 ปี และตามธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับความรับผิดชอบทางอาญาไว้ที่ไม่เกิน 18 ปี โดยอาศัยข้อ 26. ที่ศาลจะ ไม่มีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี โดยข้อ 26 กำหนดไว้ว่า

“การยกเว้นเขตอำนาจของศาลเหนือบุคคลใดที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

ศาลฯ ไม่มีเขตอำนาจเหนือบุคคลใดที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ในขณะที่ประกอบอาชญากรรมตามที่ถูกกล่าวหา”

- การดำเนินคดีที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐาน เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่คนที่มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจไม่สามารถต่อสู้คดี โดยหลักการในข้อนี้ไม่น่าเหมือนกับกรณีที่เป็นบุคคลวิกลจริต และไม่ได้มีความสัมพันธ์กับหลักข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์ (appropriateness and fairness) หรือมีกระบวนการที่ผิดพลาด (the abuse of process) เพื่อป้องกันกระบวนการที่ไม่ถูกต้องหรือผิดกฎหมายซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาหรือเรื่องเอกภาพของศาลซึ่งมีรากฐานมาจากกฎหมายอังกฤษ¹⁴⁸ เป็นต้น



¹⁴⁸ *supra* note 1. pp. 427 - 437.

บทที่ 4

เปรียบเทียบข้อยกเว้นความรับผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายอาญาไทย

หลังจากที่ได้ศึกษาเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นได้รับอิทธิพลและแนวความคิดมาจากหลักกฎหมายอาญาภายในรัฐทั้งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและระบบกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งควรนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องต่างๆ ดังนี้ คือ

1. เปรียบเทียบเรื่องความบกพร่องทางจิตหรือโรคจิต

ส่วนที่ 1 วิกลจริต ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 65 บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดกระทำความผิด ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น

แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 31 (1) (เอ) กำหนดไว้ว่า

มูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญา

“1. นอกเหนือจากมูลเหตุอื่นสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญาที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลฯ นี้บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญา หากว่าในขณะที่กระทำการนั้น

บุคคลนั้นเป็นบุคคลวิกลจริตหรือมีข้อบกพร่องทางจิตซึ่งทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยตัวกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมาย”

ตามหลักกฎหมายอาญาของไทยนั้นถือว่า “การกระทำของคนวิกลจริตย่อมไม่เป็นเหตุให้มีการลงโทษผู้กระทำอย่างคนธรรมดากระทำ การสอบสวน การไต่สวนมูลฟ้องหรือการพิจารณาคดีอาญาซึ่งผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้วิกลจริต และไม่สามารถต่อสู้คดีได้ จะกระทำได้ต้องคงไว้จนกว่าผู้นั้นจะหายหรือสามารถต่อสู้คดีได้ ในระหว่างนั้นให้ส่งตัวผู้วิกลจริตไปยังโรงพยาบาลหรือมอบให้แก่ผู้ที่ควรดูแลรักษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14¹⁴⁹ ซึ่งบัญญัติว่า

“ในระหว่างทำการสอบสวน ไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณา ถ้ามีเหตุควรเชื่อว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ให้พนักงานสอบสวนหรือศาลแล้วแต่กรณี สั่งให้พนักงานแพทย์ตรวจผู้นั้นเสร็จแล้วให้เรียกพนักงานแพทย์ผู้นั้นมาให้ถ้อยคำหรือให้การว่าตรวจได้ผลประการใด

ในกรณีที่พนักงานสอบสวนหรือศาลเห็นว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ให้งดการสอบสวน ไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาไว้จนกว่าผู้นั้นหายวิกลจริตหรือสามารถจะต่อสู้คดีได้ และให้มีอำนาจส่งตัวผู้นั้น ไปยัง โรงพยาบาล โรคนจิตหรือมอบให้แก่ผู้อนุบาล ข้าหลวงประจำจังหวัดหรือผู้อื่นที่เต็มใจรับ ไปดูแลรักษาก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควร

กรณีที่ศาลงดการไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาดังบัญญัติไว้ในวรรคก่อน ศาลจะสั่งจำหน่ายคดีเสียชั่วคราวก็ได้”

จากบทบัญญัติในมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้นมีข้อสังเกต 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรกกฎหมายกำหนดให้เฉพาะพนักงานสอบสวนหรือศาลเท่านั้นแต่ไม่ได้กำหนดว่าในระหว่างที่ฟ้องคดีหรือการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการจะสามารถให้งดการฟ้องร้องคดีต่อศาลไว้ได้หรือไม่ จึงอาจทำให้พนักงานอัยการอาจต้องส่งเรื่องคืนกลับมาที่พนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14 หากเห็นว่าผู้ต้องหาวิกลจริต ประการต่อมาคือกรณีที่ถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริตนั้น ไม่ได้เป็นการยุติคดีโดยเด็ดขาดแต่รอให้บุคคลวิกลจริตนั้นหายจากวิกลจริตหรือสามารถจะต่อสู้คดีได้โดยอาศัยความเห็นของพนักงานแพทย์ผู้ตรวจ ซึ่งอาจทำให้เป็นภาระต่อทั้งพนักงานสอบสวน ศาล หรือแพทย์ที่ต้องคอยตรวจสอบว่าบุคคลวิกลจริตดังกล่าวหายจากอาการวิกลจริตและพร้อมที่จะต่อสู้คดีได้หรือไม่

โดยศาลได้มีแนวทางคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14 ไว้ดังนี้ คือ

¹⁴⁹ จิตติ ดิงศักดิ์. กฎหมายอาญา ภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 11). นนทบุรี: บริษัทศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด. 2555. หน้า 872.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 809/2548

จำเลยได้ยื่นบัญชีระบุนุพยานอ้างผู้เชี่ยวชาญด้านจิตเวชกับแพทย์ทางจิตเวช และหลังจากจำเลยสืบพยานไปแล้ว ทนายจำเลยแถลงขอให้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญทางจิตเวชมาวิเคราะห์ว่าจำเลยมีอาการทางจิตหรือไม่ เพื่อประโยชน์ในการต่อสู้คดีของจำเลย และขอหมายเรียกจากศาลไปให้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านจิตเวช แต่แพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านจิตเวชประสงค์ที่จะขอให้นำตัวจำเลยไปตรวจจิตที่โรงพยาบาล แสดงให้เห็นว่าจำเลยได้ยกเหตุว่าจำเลยเป็นบุคคลวิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีขึ้นกล่าวอ้างในระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นแล้ว การที่ศาลอุทธรณ์ภาค 6 เห็นว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้น ไม่รับวินิจฉัยให้จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เพื่อความรวดเร็วในการพิจารณาคดีศาลฎีกาเห็นสมควรที่จะวินิจฉัยไปโดยไม่ต้องย้อนสำนวนให้ศาลอุทธรณ์ภาค 6 วินิจฉัยก่อน โดยเห็นว่า ศาลชั้นต้นได้พิเคราะห์แล้วว่า ในระหว่างการสอบสวนและพิจารณาจำเลยสามารถต่อสู้คดีได้ เหตุที่ทนายจำเลยขอส่งตัวจำเลยไปตรวจจิตที่โรงพยาบาลนั้น ไม่เข้าเหตุตาม ป.วิ.อ. มาตรา 14 ดังนั้น เมื่อศาลชั้นต้นชี้ขาดว่าจำเลยสามารถต่อสู้คดีได้และจำเลยมิได้โต้แย้งคัดค้าน การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อมาจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2594/2542

ข้อเท็จจริงหรือเหตุที่ทำให้ศาลเชื่อหรือสงสัยว่าจำเลย เป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ อาจเป็นเพราะศาลสังเกต เห็นจากอาการปฏิกิริยาของจำเลยเอง หรือมีผู้เสนอข้อเท็จจริงให้ศาลทราบก็ได้ ในวันที่พนักงานอัยการ โจทก์ยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลชั้นต้น ช. น้องจำเลยยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นพร้อมใบตรวจโรคของแพทย์โรงพยาบาลว่า จำเลยเป็นโรคจิตเภท มีอาการระแวง พุดจาวกวน โรงพยาบาลรับตัวจำเลยไว้รักษา 4 ครั้งและหลังเกิดเหตุคดีนี้เพียง 3 วัน โรงพยาบาลก็ได้รับตัว จำเลยไว้รักษาอีกครั้งหนึ่งครั้งนี้จำเลยมีอาการหงุดหงิด ง่าย พุดและยิ้มคนเดียว โรงพยาบาลจำต้องดูแลรักษาต่อไป อย่างต่อเนื่องเพื่อไม่ให้อาการกำเริบยิ่งขึ้น ดังนี้เมื่อ กรณีมีเหตุควรเชื่อในเบื้องต้นว่าจำเลยเป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ศาลจึงชอบที่จะสั่งให้แพทย์ตรวจจำเลยโดยละเอียด แล้วเรียกแพทย์ผู้ตรวจมาให้ถ้อยคำต่อศาล หรือมาให้การว่าจำเลยวิกลจริตถึงขนาดไม่สามารถต่อสู้คดีหรือไม่เสียก่อน แล้วจึงพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปการที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์มิได้พิจารณาคำร้องของ ช. น้องจำเลยเป็นการที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิจารณาและพิพากษาลงโทษจำเลยโดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14 ก่อน จึงไม่ชอบด้วยกระบวนการพิจารณา ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จำเลยย่อมยกขึ้นฎีกาได้ และศาลฎีกาย่อมมีอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 208 (2) ประกอบด้วยมาตรา 225 สั่งให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ให้ถูกต้อง

โดยให้ศาลชั้นต้นส่งตัวจำเลยไป ให้แพทย์โรงพยาบาลสมเด็จพระยาหรือโรงพยาบาลอื่นที่ศาลชั้นต้นเห็นสมควร ตรวจสอบสภาพจิตและเรียกแพทย์ผู้ตรวจจำเลย มาให้ถ้อยคำหรือให้การต่อศาลว่า ตรวจได้ผลประการใดแล้ว ดำเนินการพิจารณาพิพากษาไปตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2594/2542 นั้นการเสนอว่าบุคคลใดเป็นบุคคลวิกลจริตหรือไม่ นั้นจะเป็นกรณีที่ศาลสังเกตเห็นหรือมีผู้เสนอข้อเท็จจริงให้ศาลทราบก็ได้ แต่ปัญหาในทางปฏิบัติคือการยอมรับฟังว่าผู้ต้องหานั้นเป็นบุคคลวิกลจริตหรือไม่นั้น เป็นเรื่องยากอยู่พอสมควรเพราะต้องอาศัยความเห็นของผู้เชี่ยวชาญประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น กรณีที่ศาลยอมรับฟังยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 530/2542

จำเลยมีอาการผิดปกติทางจิตมานานแล้ว จะมีการกำเริบ เป็นครั้งคราวและไม่อาจรู้ได้ล่วงหน้า เมื่อมีอาการทางจิต แล้วจะรู้สึกกลัวและทำอะไรไม่ได้ การที่จำเลยพินทำร้าย ผู้เสียหายทั้งสี่ได้รับบาดเจ็บนั้น ไม่ปรากฏว่าจำเลยกับ ผู้เสียหายทั้งสี่มีเรื่องบาดหมางมาก่อนอันจะเป็นมูลเหตุให้จำเลยโกรธเคืองมุ่งร้ายผู้เสียหาย ถือเป็นการผิดปกติวิสัย ที่คนจิตปกติจะมาพินทำร้ายผู้เสียหาย โดยไม่ปรากฏสาเหตุใดๆ มาก่อน ดังนั้น พฤติการณ์ที่จำเลยกระทำยอมแสดงให้เห็นว่า จำเลยทำร้ายผู้เสียหายทั้งสี่ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่ สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่องหรือ โรคจิต จำเลยจึงไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดดังกล่าวตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคแรก การกระทำของจำเลยที่ไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคแรก นั้นต้อง พิจารณาถึงผู้กระทำว่ารู้สึกผิดชอบในการกระทำผิดลงในขณะที่นั้นกับขณะนั้นผู้กระทำสามารถยับยั้งหรือบังคับตนเองได้หรือไม่อันเนื่องมาจากมีจิตบกพร่องหรือโรคจิต มิใช่ถือเอาการกระทำของจำเลยภายหลังเกิดเหตุ ที่นำชี้สถานที่เกิดเหตุกับแสดงท่าทาง ในการกระทำผิดมาเป็นเกณฑ์พิจารณาประกอบการกระทำคามผิด ที่กระทำก่อนแล้วไม่

ส่วนกรณีที่ศาลไม่ยอมรับฟัง ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2545

เอกสารที่จำเลยนำมาแสดงอ้างว่าตนเป็นโรคประสาทเคยไปรักษาตัวที่โรงพยาบาลศรีษัณยานั้น เป็นเพียงบัตรประจำตัวคนไข้ จำเลยมิได้นำแพทย์ผู้ตรวจรักษามายืนยันว่าตนป่วยเป็นโรคประสาทจนถึงขนาดกระทำการ โดยไม่รู้สีกตัวทั้งในชั้นสอบสวนพนักงานสอบสวนแจ้งข้อหาจำเลยว่าพยายามฆ่า จำเลยให้การปฏิเสธซึ่งจำเลยเข้าใจคำถามและตอบคำถามได้เหมือนคนปกติ ส่วนที่แพทย์ผู้ตรวจรักษาบาดแผลของจำเลยระบุว่าจำเลยมีอาการเบลอๆ ไม่ค่อยได้สตินั้นอาจเกิด

จากการที่จำเลยเสพยาแอมเฟตามีนมาก่อนเกิดเหตุจนมีอาการมึนเมาที่เป็นได้ข้อเท็จจริงจึงฟังไม่ได้ว่าขณะจำเลยกระทำความผิด จำเลยมีอาการทางจิตประสาทไม่รู้สีกตัวและไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 101/2547

พฤติการณ์แห่งคดีตามรายงานการสืบเสาะและพินิจจำเลยของพนักงานคุมประพฤติไม่ปรากฏว่ามีผู้ใดข่มขู่หรือชักชวนให้จำเลยกระทำความผิด และจำเลยสามารถหลบหนีไปโดยว่าจ้างรถสามล้อเครื่องให้ไปส่งที่บ้านเพื่อน แสดงว่าระดับเชาวน์ปัญญาของจำเลยไม่ได้อยู่ในระดับปัญญาอ่อนรุนแรง จำเลยกระทำความผิดในขณะที่สามารถรู้ผิดชอบและสามารถบังคับตนเองได้ จึงไม่เป็นกรณีที่จะได้รับยกเว้นโทษหรือลดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ตาม ป.อ. มาตรา 65

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2545 กับ 101/2547 นี้จะเห็นได้ว่าศาลไม่ได้พิจารณาจากสภาพจิตใจของผู้ถูกกล่าวหาแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำของผู้กระทำความผิดอีกด้วยว่ายังสามารถหลบหนีไปโดยว่าจ้างสามล้อเครื่องแสดงว่าผู้กระทำความผิดสามารถสื่อสารกับผู้อื่นได้ส่วนกรณีที่ถือว่าเป็นกระทำความผิดในขณะที่ยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือสามารถบังคับตนเองได้บ้างตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคสอง ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9264/2551

ขณะที่จำเลยถูกควบคุมตัวระหว่างพิจารณาอยู่ในเรือนจำ จำเลยก่อเหตุทำร้ายร่างกายผู้ที่ถูกควบคุมอยู่ด้วยกันหลายรายเป็นการผิดปกติ เรือนจำจังหวัดนนทบุรีจึงมีหนังสือขออนุญาตศาลส่งตัวจำเลยไปรับการตรวจวินิจฉัยที่สถาบันกัลยาณ์ราชนครินทร์ กรมสุขภาพจิต ผลการตรวจพบว่าจำเลยมีอาการจิตหวาดระแวง ขณะประกอบคดีไม่รู้ผิดชอบ ขณะนี้สามารถต่อสู้คดีได้ ทั้งในรายงานกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นในวันสอบคำให้การจำเลยได้บันทึกถึงความผิดปกติในการพูดของจำเลยมีลักษณะควบคุมเรื่องที่พูดไม่ได้และมีอาการไม่ปกติ ดังนั้น ข้อเท็จจริงเรื่องผลการวินิจฉัยของแพทย์ดังกล่าวจึงเป็นพยานหลักฐาน โดยตรงในคดีที่ศาลรับฟังได้ และเมื่อรับฟังประกอบคำเบิกความของผู้เสียหายที่ 1 ว่าจำเลยป่วยทางจิตประสาทมาหลายปี พยานหลักฐานดังกล่าวทำให้เชื่อได้ว่าขณะทำความผิดจำเลยมีความผิดปกติในลักษณะที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน แต่เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์การกระทำความผิดของจำเลย เมื่อจำเลยทำร้ายผู้เสียหายที่ 1 แล้วก็เดินออกจากบ้านพักเพื่อไปมอมตัวกับเจ้าพนักงานตำรวจแต่ไม่พบ จึงเดินย้อนกลับมา ระหว่างทางผ่านบ้านของผู้เสียหายที่ 2 จึงเข้าไปทำร้ายผู้เสียหายที่ 2 หลังจากนั้นจำเลย

เดินทางไปมอบตัวกับพนักงานสอบสวน พฤติการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าขณะกระทำความผิด จำเลยยังพอจะมีความรู้สึกผิดชอบอยู่บ้าง ซึ่งศาลจะลงโทษจำเลยน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

และในบางกรณีศาลไม่ได้มองในเรื่องวิกลจริตหรือจิตบกพร่องอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังพิจารณารวมไปถึงเรื่องมิได้รู้สำนึกในการที่กระทำทั้งมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดว่าการกระทำของจำเลยจึงไม่มีความผิดเพราะขาดเจตนาด้วย ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8743/2544

จำเลยปฏิเสธตลอดมาว่า จำเลยมีความพิการทางสมอง ไม่อาจรู้ได้ว่าการกระทำของตน เป็นความผิดดังนั้นปัญหาว่า จำเลยกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้สึกชอบหรือไม่สามารถ บังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง หรือไม่นั้น ศาลต้องตรวจสอบอย่างละเอียดว่า จำเลยกระทำ โดยเจตนาซึ่งได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำอันเป็นเหตุให้จำเลยต้องรับผิดในทางอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 หรือไม่ด้วย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยเป็นบุคคล ปัญญาอ่อนที่ถึงขนาดไม่อาจรู้ได้ว่าการตัดต้นไม้เป็นผิดกฎหมาย กรณีจึงมิใช่จำเลยกระทำผิดใน ขณะที่สามารถรู้สึกชอบเพราะมีจิตบกพร่องตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคหนึ่ง เท่านั้น แต่ถึงขั้นที่ถือได้ว่าจำเลยกระทำโดยมิได้รู้สำนึกในการที่กระทำทั้งมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบของความผิด การกระทำของจำเลยจึงไม่มีความผิดเพราะขาดเจตนาตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 59

ตัวอย่างข้อเท็จจริงที่ศาลถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริต เช่น ศาลจังหวัดสุโขทัย สั่งรอลง อาญา สวป.สภ.ศรีสำโรง มียิง ผกก.สภ.ศรีสำโรง ด้านญาติผู้ตายถอนฟ้องการเรียกเงินค่าเสียหาย ศาลจังหวัดสุโขทัย โดยนายณภมมงคล จันทร์แก้ว ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัดสุโขทัย พิจารณา และอ่านคำพิพากษาคดี พ.ต.ท.จักร โรม รูปแจ่ม สารวัตรปราบปราม สภ.ศรีสำโรง จ.สุโขทัย ก่อเหตุใช้อาวุธปืนกระหน่ำยิง พ.ต.อ.ธณัชพงศ์ ประเสริฐศิริปภา ผกก. สภ.ศรีสำโรง เสียชีวิต หลังถูกดำเนินเรื่องวินัย หลังก่อเหตุ พ.ต.ท.จักร โรม ขับริดลอบหนี แต่ประสบอุบัติเหตุรถชนต้นไม้ บาดเจ็บสาหัส หลังฝากขังที่เรือนจำจังหวัดสุโขทัย พบจำเลยสำนึกผิด และเสียใจในสิ่งที่ทำลงไป ในขณะที่มีอาการทางจิต เครียด รู้สึกกดดัน และเข้ารับการรักษาที่ สถาบันกัลยาณ์ราชนครินทร์ ต่อเนื่องขณะถูกจองจำ อีกทั้งจำเลยให้การสารภาพ กระทำความผิดในขณะที่จิตบกพร่อง ทำให้โทษ ชั้นหนักกลายเป็นเบา ยกโทษให้ 1 ใน 3 จำคุก 3 ปี 5 เดือน 15 วัน อีกทั้งจำเลยไม่เคยมีประวัติ กระทำผิด และได้ถูกต้องขังมาปีกว่าแล้ว ถือว่าสมควรพิพากษาให้รอลงอาญา 3 ปี ให้คุมประพฤติ และรายงานตัวทุก 3 เดือน และให้ไปบำบัดอาการทางจิตต่อเนื่อง ที่สถาบันกัลยาณ์ราชนครินทร์

ยึดอาวุธปืน เลื่อยเกราะ และของกลางทั้งหมด และให้ทำตัวเป็นประโยชน์ต่อสังคม เพื่อชดเชยความผิดที่เข้าไป

ทางด้านครอบครัวของจำเลย ได้กราบขอขมาต่อ นางธนัญจอร์ ประเสริฐศิริปภา ภรรยา พ.ต.อ.ธนิชพงศ์ ที่เสียชีวิต โดย นางธนัญจอร์ ได้ให้อภัยขอโศกกรรม พร้อมยกฟ้องการเรียกร้องเงินค่าเสียหายกว่า 600,000 บาท ให้กับครอบครัวจำเลย เพื่อให้ใช้ส่งเสียบุตรสองคน และเป็นทุนในการดูแลครอบครัวของจำเลยต่อไป¹⁵⁰

จากกรณีปัญหาจะเห็นได้ว่าปัญหาในการดำเนินการกับบุคคลวิกลจริตในประเด็นสำคัญคือทำอย่างไรที่จะจัดการแก้ไขปัญหาไม่ให้บุคคลวิกลจริตก่อเหตุกับบุคคลอื่น เพราะหากก่อเหตุขึ้นมาแล้วอาจสร้างความเสียหายร้ายแรงให้กับบุคคลอื่นดังกรณีดังกล่าวข้างต้น

สังกัส เนาวรัตน์พันธ์ได้สรุปความเห็นเกี่ยวกับปัญหาการดำเนินคดีอาญาและการบังคับโทษกับผู้ป่วยจิตเวชว่า ปัญหาในชั้นสอบสวนเกิดจากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14 ไม่ได้รวมถึงผู้ป่วยจิตเวชที่สมควรได้รับการคุ้มครองทั้งหมดและเกิดปัญหาที่พนักงานอัยการไม่มีอำนาจทำให้เกิดช่องว่างในการคุ้มครองผู้ป่วยจิตเวช และประสบปัญหาในเรื่องเวลากับสถานที่ในการควบคุมตัวและส่งผลต่อหลักการตรวจสอบเพื่อค้นหาความจริงในการดำเนินคดี ส่วนปัญหาในการดำเนินคดีในชั้นศาลนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 246 กับ 248 มีปัญหาในทางปฏิบัติค่อนข้างมากและทำให้เกิดปัญหาต่อการดำเนินคดีผู้ป่วยจิตเวชในชั้นศาลหลายประการรวมไปถึงปัญหาทางด้านการปฏิบัติในชั้นราชทัณฑ์ก็ยังไม่เป็นไปตามมาตรฐานตามเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษของสหประชาชาติอีกด้วย¹⁵¹

ส่วนท่านอาจารย์ปกป้อง ศรีสนิท มีความเห็นว่าหลักในเรื่องการกระทำความผิดของคนวิกลจริต ในประเทศฝรั่งเศสนั้นคล้ายกับประเทศไทยมากคือ กฎหมายยกเว้นโทษ (ไทย) หรือไม่ถือว่ามีความรับผิดชอบ (ฝรั่งเศส) ให้กับคนวิกลจริตสมบูรณ์และจะลดโทษให้กับคนวิกลจริตแบบไม่สมบูรณ์ นอกจากนี้กฎหมายไม่กำหนดให้คนวิกลจริตมีความรับผิดชอบเมื่อการวิกลจริตนั้นทำลายความรู้สึกลึกซึ้งหรือการทำลายความสามารถในการบังคับตนเอง¹⁵²

¹⁵⁰ สำนักข่าวไอเอ็นเอ็น. ศาลสั่งรอลงอาญามือยิง ผกก.สภ.ศรีสำโรง. 2 มกราคม 2561 จาก

<http://www.innnews.co.th/shownews/show?newscode=504218>

¹⁵¹ โปรดดูเพิ่มเติมที่ สังกัส เนาวรัตน์พันธ์. ปัญหาการดำเนินคดีอาญาและการบังคับโทษกับผู้ป่วยจิตเวช. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2549.

¹⁵² ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง: อาชญากรรม ความรับผิดชอบ และโทษทางอาญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.2559. หน้า 156.

ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 31 (1) (เอ) นั้นได้กำหนดให้บุคคลวิกลจริตไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา หากว่าในขณะที่กระทำการนั้นทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยดีด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมาย ซึ่งไม่ต่างจากบทบัญญัติของไทยและของฝรั่งเศส ดังกล่าวข้างต้น แต่มีข้อสังเกตว่าในการพิสูจน์เรื่องความสามารถในการควบคุมตนเองตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นน่าจะเป็นการพิสูจน์ได้ยากกว่าเนื่องจากโดยปกติในขณะที่กระทำความผิดนั้นต้องใช้เวลาอีกยาวนานกว่าจะมีการดำเนินคดีในชั้นศาล ซึ่งอาจทำให้ผู้ถูกกล่าวหาอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องวิกลจริตได้ยากกว่าในศาลภายในรัฐ

2. เปรียบเทียบเรื่องการถูกทำให้อยู่ในภาวะมีนเมา

ความมีนเมา ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 66 บัญญัติไว้ว่า

“ความมีนเมาเพราะเสพย์สุราหรือสิ่งเมาอย่างอื่นจะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา 65 ไม่ได้ เว้นแต่ความมีนเมานั้นจะเกิดโดยผู้เสพย์ไม่รู้ว่สิ่งนั้นจะทำให้มีนเมา หรือได้เสพย์โดยถูกใจให้เสพย์ และได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ผู้กระทำความผิดจึงจะได้รับการยกเว้น โทษสำหรับความผิดนั้น แต่ถ้าผู้นั้นยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

ตามธรรมนูญกรุงโรมนั้นตามข้อ 31 (1) (บ) นี้ได้แสดงระดับของความมีนเมาไว้ว่าระดับของความมีนเมานั้นต้องอยู่ในระดับที่

“บุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะมีนเมาที่ทำลายความสามารถของบุคคลนั้นในการรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพของการกระทำของตน หรือความสามารถที่จะควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมายเว้นแต่บุคคลนั้นสมัครใจที่จะมีนเมา ภายใต้สภาวะการณ์ที่บุคคลนั้นรู้ หรือไม่คำนึงถึงความเสี่ยงว่าผลของการมีนเมาของตนจะทำให้ตนมีโอกาสเข้าร่วมในการกระทำซึ่งก่อให้เกิดการประกอบอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล”

ปัญหาของการอ้างเรื่องมีนเมานั้นทั้งตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาของไทยเองก็ตามศาลมักจะไม่ค่อยรับฟัง กรณีที่ศาลไทยเห็นว่าไม่สามารถอ้างอิงได้เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1125/2538

จำเลยอุ้มผู้ตายไปจากบ้านย่าของผู้ตายจำเลยพูดจาดีไม่มีสติเลอะเลือน ไม่มีอาการมีนเมาสุรามากแต่อย่างใดหลังจากข่มขืนกระทำชำเราผู้ตายแล้วจำเลยกลัวว่าจะมีผู้มาพบศพผู้ตายจำเลยจึงนำศพผู้ตายไปก่อกำบังฝังโคลนใต้ฝั้วน้ำแสดงว่าจำเลยยังมีสติและความคิดที่จะเอาตัวรอดอยู่ การที่จำเลยสมัครใจดื่มสุราเองและขณะกระทำความผิดแม้จะมีความมีนเมาสุราแต่ก็ยังมีสติดังนั้นจำเลยจะอ้างว่ากระทำความผิดเพราะขาดสติสัมปชัญญะและไม่รู้ตัวไม่ได้ การกระทำความผิดครั้งแรกมิใช่เหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6494/2537

แม้แพทย์จะเบิกความว่าจำเลยมีอาการหูแว่ว สอบถามไม่พูดแต่แสดงอาการจุนเจียวแยกตัวอยู่ตามลำพัง หลังจากตรวจแล้วพบแนวความคิดผิดปกติและหลังจากรับตัวจำเลยได้ 1 วัน ได้เริ่มสอบถามจำเลย จำเลยพูดคำตอบบางอย่างรู้เรื่อง และลงความเห็นว่าเป็นอาการที่ตรวจพบเชื่อว่าเป็นมานานไม่น้อยกว่า 1 ปี ก็ตามแต่ก่อนเกิดเหตุ แม้จำเลยดื่มสุราก็ไม่มีอาการผิดปกติขณะเกิดเหตุก็สามารถจดจำบุคคลและเรียกชื่อได้ถูกต้อง ได้เลือกทำร้ายเฉพาะบุคคล ไม่ทำร้ายบุคคลทั่วไปซึ่งอยู่ในที่เกิดเหตุจำนวนมาก จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ จำเลยเสพสุราและกัญชาต่างๆ ที่รู้ว่าเป็นสิ่งที่ทำให้มีนเมา จำเลยจึงไม่อาจยกเอาความมีนเมานั้นขึ้นเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6445/2537

จำเลยเห็น ส. กับ บ. ซึ่งยืนอยู่ข้างประตูหลังรถคนละด้านกับคนขับ แต่ก็ยังใช้อาวุธปืนซึ่งเป็นอาวุธร้ายแรงจ้องยิงไปที่รถยนต์ ขณะที่ บ. ซึ่งกำลังจะขึ้นรถยนต์จำเลยย่อเม็งเห็นผลหรือคาดหมายได้ว่ากระสุนปืนซึ่งจำเลยยิงไป อาจถูก ส. หรือ ท. ซึ่งนั่งอยู่ภายในรถยนต์ได้เมื่อกระสุนปืนที่จำเลยยิงไปถูก ส. เป็นเหตุให้ ส. ถึงแก่ความตาย และ ท. ได้รับบาดเจ็บ จำเลยจึงมีความผิดฐานฆ่าผู้ตายและพยายามฆ่า ท. โดยเจตนา แม้จะฟังได้ว่าจำเลยกระทำความผิดขณะมีนเมาเพราะเสพสุราก็ตาม จำเลยก็จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวเพื่อไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นไม่ได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 66 ก่อนเกิดเหตุ บ. ซึ่งเป็นปลัดอำเภออาวุโสเคยข่มขู่จำเลยซึ่งเป็นปลัดอำเภอหลายครั้ง ในคืนเกิดเหตุ บ. เมาสุราขึ้นไปเรียกจำเลยบนบ้านขณะจำเลยเข้านอนแล้วและค่าจำเลยซึ่งออกมาพบว่า "ไอ้เหี้ยมึงซ่านักหรือ" แล้วยังได้ตบจำเลยอีกเช่นนี้ การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงไปทางรถเปอร์โยต์ หลังจาก บ. เดินลงบันไดไปจนเกิดเหตุร้ายดังกล่าว ถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่าง

ร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมและได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

ร้อยตำรวจเอกปิยดิศ ศรีตลานนท์ ได้สรุปเงื่อนไขที่กฎหมายยกเว้นโทษในกรณีที่อ้างความมึนเมาว่า การกระทำความผิดขณะมึนเมานั้น โดยหลักทั่วไปแล้วไม่สามารถอ้างความมึนเมาโดยสมัครใจมาเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นโทษได้ แต่บางกรณีเห็นว่าหากเป็นการกระทำที่ไม่มีความชั่วจึงสมควรยกเว้นโทษให้ ได้แก่กรณีที่กระทำความผิดในขณะที่มึนเมาโดยไม่สมัครใจ ที่เรียกว่า “ความมึนเมาโดยไม่สมัครใจ” (involuntary intoxication) และได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ก็จะอยู่ในเงื่อนไขที่กฎหมายอนุญาตให้อ้างความมึนเมาแก้ตัวให้พ้นโทษได้ ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น มีหลักการที่จะอ้างความมึนเมามาเป็นข้อต่อสู้ให้ยกเว้นโทษได้นั้น ความมึนเมาโดยไม่สมัครใจต้องเกิดจากการบังคับขู่เข็ญ (duress) หรือหลอกลวง (fraud) ให้เสพลั้งมึนเมาทำให้สภาพความรู้สึกนึกคิดเหมือนกับความวิกลจริต และความมึนเมาโดยไม่สมัครใจนี้ ผู้กระทำความผิดต้องไม่มีเจตนาร้าย (mens rea) มาก่อนจึงจะสามารถอ้างขึ้นต่อผู้ความรับผิดชอบได้ ดังนั้น โดยสรุปแล้วเงื่อนไขต่างๆ ที่กฎหมายเรียกร้องในกรณีที่อ้างความมึนเมามายกเว้นโทษ ได้แก่

(1) ความมึนเมาโดยไม่สมัครใจ คือไม่ได้เกิดจากการกระทำของตนเองที่ทำให้มึนเมา หากพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลไทยดังกล่าวข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่สมัครใจทำให้ตนเองมึนเมาทั้งสิ้น ดังนั้นการจะอ้างความมึนเมาได้นั้นจะต้องเสพลั้งของมึนเมาภายใต้คำแนะนำของแพทย์หรือภายใต้สถานการณ์ที่ไม่อาจทราบได้ว่าเป็นสิ่งของมึนเมา หรือสำคัญผิดในสภาพหรือคุณลักษณะของวัตถุที่เสพลั้งอย่างที่ท่าน ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ยกตัวอย่างการเสพลั้งโดยสำคัญผิด เช่น ก.แอบเอาสุราอย่างแรงไปให้ผสมกับน้ำอัดลมแล้วนำไปให้ ข.ดื่ม ข. ไม่ทราบมาก่อนว่าน้ำอัดลมนั้นมีสุราจึงดื่มเข้าไปจนมึนเมาแล้วไปตีศิระษะ ก. ในขณะที่มึนเมาจนไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ข. ไม่ต้องรับโทษ

(2) ความไม่สามารถรู้ผิดชอบ ซึ่งทางจิตเวชศาสตร์นั้น ความไม่สามารถรู้ผิดชอบนี้จะพิจารณาจากสภาพจิตของผู้นั้นเองว่ามีความผิดปกติถึงขนาดเป็น โรครจิตหรือไม่ เช่น มีอาการประสาทหลอน หลงผิด เช่นนั้นย่อมถือได้ว่าไม่สามารถรู้ผิดชอบได้

(3) ความไม่สามารถบังคับตนเองได้ หมายถึงการกระทำที่ผู้กระทำความผิดในขณะที่กระทำความผิดรู้สำนึกและรู้ว่าการที่ตนจะกระทำนั้นเป็นความผิด หรือรู้ผิดชอบแล้วแต่ผู้กระทำไม่สามารถบังคับจิตใจของตนเองได้ เพราะความบกพร่องทางจิตที่ทำให้เกิดพลังผลักดันบางอย่างให้กระทำ

(4) ความไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้อย่างสมบูรณ์ ข้อยกเว้นนี้เป็นเงื่อนไขของกฎหมาย เมื่อได้กระทำความผิดในขณะที่มีเมามาไม่ได้เกิดโดยสมัครใจ และความมีเมานั้นทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ในขณะที่กระทำความผิดอย่างสมบูรณ์ แต่ถ้ายังสามารถรู้ผิดชอบหรือสามารถบังคับตนเองได้อยู่บ้าง ในขณะที่กระทำความผิดศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นน้อยเพียงใดก็ได้¹⁵³

ซึ่งส่วนใหญ่ศาลไทยจะตัดสินว่าการอ้างความมีเมานั้นไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สมัครใจทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะมีเมมา ส่วนตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 31 (1) (บี) นั้นได้พยายามสร้างจุดสมดุลระหว่างการไม่ยอมรับในเรื่องมีเมมากับการยอมรับอย่างมีเงื่อนไขนั้นเป็นเพียงพื้นฐานของเรื่องการยกเว้นความผิด แต่อย่างไรก็ตามด้วยขนาดของการกระทำความผิดที่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรงมากนั้นทำให้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศไม่ยอมรับการอ้างเหตุทำให้อยู่ในภาวะมีเมมาในอาชญากรรมบางประเภท เช่น อาชญากรรมการค้ามนุษย์หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่ยอมรับในการกล่าวอ้างถึงการทำให้ตกอยู่ในภาวะมีเมมาในเรื่องอาชญากรรมสงครามได้

ปัญหาในเรื่องระดับของความมีเมานั้นก็ไม่แตกต่างกัน โดยการอ้างความมีเมมาทั้งในระดับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในรัฐนั้นต้องอยู่ในระดับที่ทำลายความสามารถของบุคคลในการรับรู้ว่าการกระทำของตนเองไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือสภาพการกระทำของตนเอง หรือความสามารถในการที่จะควบคุมการกระทำของตนเองเนื่องจากการดื่มสุราหรือเสพสารเสพติด ซึ่งถ้าหากการถูกทำให้อยู่ในภาวะมีเมานั้นไม่อยู่ในขั้นระดับดังกล่าวการนำมากล่าวอ้างในเรื่องนี้ศาลไม่ค่อยจะรับฟังเท่าใดนัก รวมไปถึงในกรณีคดีระหว่างประเทศด้วยเช่นในคดี Vasiljevic ศาลก็ไม่รับฟังเช่นเดียวกัน

¹⁵³ ร้อยตำรวจเอกปิยดิศ ศรีตลานนท์. ความมีเมากับความรับผิดชอบทางอาญา. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2530. หน้า 34 – 48.

3. เปรียบเทียบเรื่องการป้องกันตนเอง

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ที่บัญญัติว่า

“ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

ตามธรรมนูญกรุงโรม โดยตามข้อ 31 (ซี) ได้กำหนดว่า

“บุคคลนั้นกระทำการอย่างมีเหตุผลเพื่อป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นหรือในกรณีอาชญากรรมสงคราม ป้องกันทรัพย์สินที่จำเป็นต่อความปลอดภัยของตนหรือบุคคลอื่นหรือป้องกันทรัพย์สินที่จำเป็นต่อการปฏิบัติการทางทหาร จากการใช้กำลังที่ใกล้จะถึง และผิดกฎหมายใน ส่วนที่สมควรกับระดับอันตรายที่มีต่อตนหรือบุคคลอื่น หรือต่อทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองทั้ง ข้อเท็จจริงที่ว่า บุคคลนั้น ได้เข้าร่วมในการปฏิบัติการป้องกัน โดยกองกำลัง โดยตัวของมันเองจะ มูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามอนุวรรคนี้”

กรณีศาลไทยพิจารณาเห็นว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น

พิพากษาศาลฎีกาที่ 6594/2559

จำเลยที่ 3 ขับรถกระบะพาจำเลยที่ 2 มาตามหาผู้เสียหายในเวลาค่ำคืน แล้วใช้อาวุธปืนยิงบริเวณท้ายซอยห่างจากบ้านของผู้เสียหายและจำเลยที่ 1 ประมาณ 500 เมตร 1 นัด และยังใช้อาวุธปืนยิงบริเวณข้างบ้านจำเลยที่ 1 ซึ่งอยู่ใกล้บ้านผู้เสียหายและบ้านจำเลยที่ 1 แม้จำเลยที่ 2 จะอ้างว่า ยิงปืนขึ้นฟ้าเพื่อข่มขู่ แต่เป็นการกระทำโดยไม่มีเหตุสมควรอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย การที่จำเลยที่ 1 กลับไปเอาอาวุธปืนลูกซองยาวของบิดาแล้วไปหลบซ่อนตัวกับผู้เสียหาย จะถือว่า จำเลยที่ 1 สมควรใจทะเลาะวิวาทกับจำเลยที่ 2 และที่ 3 หาได้ไม่ เพราะบริเวณที่จำเลยที่ 1 และผู้เสียหายหลบซ่อนตัว อยู่บริเวณข้างบ้านจำเลยที่ 1 จึงไม่มีความจำเป็นที่จำเลยที่ 1 จะหลบหนีไปที่ใด และมีสิทธิที่จะกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหากมีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายได้ แม้ขณะที่จำเลยที่ 2 ใช้อาวุธปืนยิงในครั้งหลัง จำเลยที่ 2 จะไม่ทราบว่าผู้เสียหายและจำเลยที่ 1 หลบซ่อนบริเวณใด แต่ตามพฤติการณ์ที่ 2 ใช้อาวุธปืนยิงถึงสองครั้งพร้อมทั้งทำทนายให้ผู้เสียหายออกมา ย่อมมีเหตุให้จำเลยที่ 1 เข้าใจได้ว่าหากจำเลยที่ 2 เห็นจำเลยที่ 1 และผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 อาจใช้อาวุธปืนยิงบริเวณที่จำเลยที่ 1 และผู้เสียหายหลบซ่อนก็ได้ จึงถือว่าเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง การที่จำเลยที่ 1 ใช้อาวุธปืนยิงไปทางจำเลยที่ 2 ทันทีหลังจากที่จำเลยที่ 2

ใช้อาวุธปืนยิงในครั้งหลัง ถือได้ว่าเป็นการป้องกันสิทธิของตนโดยชอบด้วยกฎหมายและพอสมควรแก่เหตุ จำเลยที่ 1 จึงไม่มีความผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10895/2557

สาเหตุที่มีการสมัครใจทำร้ายซึ่งกันและกัน ในเหตุการณ์ตอนแรก สืบเนื่องมาจาก ม. กับพวกเมาสุรามาก ก่อวุ่นลูกค้าโต๊ะอื่นในร้าน จนฝ่ายจำเลยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย อยู่หน้าร้านเข้าไปพาม. มาพูดคุยที่บริเวณหน้าร้าน เกิดการโต้เถียงและทำร้ายกัน การทำร้ายก็มีแต่ การชกต่อยและใช้ไม้กระบองหรือวัตถุอื่นตีซึ่งไม่อาจทำให้ถึงแก่ความตายได้ ต่างฝ่ายต่างไม่มี เจตนาทำร้ายให้ถึงแก่ความตายและมีได้มีเจตนาฆ่าแต่อย่างใด ส่วนสาเหตุที่มีการทำร้ายกันใน เหตุการณ์ตอนหลัง ก็มีแต่จำเลยที่ 1 ผู้เดียวต่อย ช. 1 ที กับตีเข้า 1 ที เท่านั้น จำเลยที่ 2 ส. ป. และ ร. ก็ตี จ. และ ม. ก็ตี ไม่ได้ร่วมหรือถูกทำร้ายร่างกายด้วย ซึ่งการที่จำเลยที่ 1 ต่อยและตีเข้า ช. ก็เห็นได้ ว่าไม่มีเจตนาทำร้ายให้ถึงแก่ความตายและมีได้มีเจตนาฆ่าแต่อย่างใด จำเลยทั้งสองพกอาวุธปืนอยู่ คนละครบอแต่ก็ไม่เคยชักอาวุธปืนออกมา ก่อน ช่วงที่ ม. แอบไปเอาอาวุธปืนจากรถกระบะ จำเลยทั้งสองกับพวกไม่รู้เห็นจึงไม่ได้ระวางตัวว่าจะถูก ม. ยิง พฤติการณ์เช่นนี้เป็นที่เห็นได้ว่าจำเลย ทั้งสองไม่อาจคาดหมายได้ว่าการที่จำเลยทั้งสองกับพวกทำร้ายร่างกายฝ่าย ม. จะมีผลถึงกับ ม. ต้อง ใช้อาวุธปืนยิง ย่อมถือไม่ได้ว่าการที่ ม. ใช้อาวุธปืนยิงเป็นผลจากการทำร้ายร่างกายของฝ่ายจำเลย โดยผิดกฎหมาย จำเลยทั้งสองย่อมอ้างเหตุป้องกันกรณีที่จำเลยทั้งสองยิง ม. ได้ ทั้งก่อนที่จำเลย ทั้งสองยิง ม. ม. จ๋อยยิงศีรษะ ส. ล้มทั้งยืน ยิง ร. ล้มลงกับพื้นยิง ป. ล้มลง ซึ่ง ป. ยืนอยู่ที่สททาง เดียวกับจำเลยที่ 1 และ ช. กระสุนปืนไม่ถูกจำเลยที่ 1 แต่ถูก ช. พวกของ ม. สลับไป จำเลยทั้งสอง จึงยิง ม. ทั้งปรากฏว่าขณะจำเลยทั้งสองยิง ม. อาวุธปืนที่ ม. ใช้อย่างยังมีกระสุนปืนอยู่ทั้งในแม็กกาซีน 2 นัด และในด้ามล่อง 1 นัด กระสุนในด้ามล่องจะจัดด้ามล่องหรือไม่อยู่นอกเหนือความคาดหมาย ของจำเลยทั้งสอง เป็นพฤติการณ์ที่จำเลยทั้งสองเห็นว่าหากจำเลยทั้งสองไม่ยิงก็อาจถูก ม. ยิงเอาได้ จำเลยทั้งสองจำต้องยิงเพื่อป้องกันให้พ้นจากการถูก ม. ยิง และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงทั้ง พอสมควรแก่เหตุ การที่จำเลยทั้งสองยิง ม. เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยทั้งสองไม่ มีความผิดฐานร่วมกันฆ่าผู้อื่น ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68

จากคำพิพากษาทั้งสองเรื่องนี้จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขสำคัญที่ศาลไทยนำมาพิจารณาด้วย ว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คือ การพิจารณาว่าการกระทำนั้นพอสมควรแก่ เหตุหรือไม่

ส่วนกรณีศาลเห็นว่าไม่ใช่การป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1643/2554

พิเคราะห์แล้ว ข้อเท็จจริงรับฟังได้เป็นยุติในเบื้องต้นว่า ในคืนเกิดเหตุจำเลยที่ 2 กับพวกคีมสุรากันที่บ้านของจำเลยที่ 2 ผู้ตายมีอาการเมาสุราได้ตะโกนคำและร้องทำทนายอยู่หน้าบ้านของจำเลยที่ 2 แล้วกลับไป หลังจากนั้นผู้ตายกลับมาตะโกนคำและร้องทำทนายอีก โดยถืออาวุธปืนลูกซองยาวมาด้วย จำเลยที่ 2 ได้ออกไปแย่งอาวุธปืนแล้วใช้พานท้ายปืนตีศีรษะของผู้ตายจนถึงแก่ความตาย มีปัญหาวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยที่ 2 ว่า การกระทำของจำเลยที่ 2 เป็นการป้องกันตัวโดยพอสมควรแก่เหตุหรือไม่เห็นว่าการป้องกันต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ได้ความตามคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลยที่ 1 ตามเอกสารหมาย จ. 16 ว่าเมื่อผู้ตายมาตะโกนร้องทำทนายอยู่หน้าบ้าน โดยมีได้แสดงอาการจะบุกเข้าไปทำร้ายบุคคลในบ้าน ลักษณะของผู้ตายเป็นการตะโกนคำและทำทนายอยู่นอกบ้าน แม้จะใช้อาวุธปืนสายไปมา แต่ก็ไม่มีท่าทีจะใช้อาวุธปืนยิง จำเลยที่ 1 ได้ยินเสียงร้องตะโกนว่า "ทนไม่ไหวแล้วโว้ย" ก่อนจะได้ยินเสียงตีศีรษะผู้ตาย ได้ความตามคำเบิกความของนายวุฒิชัย นายสงกรานต์ และคำให้การชั้นสอบสวนของนายสายชล ตามเอกสารหมาย จ. 12 สอดคล้องกันว่า เมื่อผู้ตายมาขึ้นร้องคำและทำทนาย จำเลยที่ 2 ได้ออกไปจากบ้านแล้วมีเสียงตีศีรษะผู้ตาย บุคคลที่จำเลยที่ 1 ได้ยินเสียงตะโกนว่า "ทนไม่ไหวแล้วโว้ย" จึงเป็นเสียงของจำเลยที่ 2 เพราะเป็นเพียงบุคคลเดียวที่ออกจากบ้าน ไปยังผู้ตาย แล้วในทันใดก็ได้ยินเสียงตีศีรษะผู้ตาย นายสงกรานต์เบิกความว่าเมื่อจำเลยที่ 2 ออกไปจากบ้าน ไปยังผู้ตายก็ได้ยินเสียงดังโพละ ซึ่งดังมาก เมื่อพิจารณาประกอบความเห็นของแพทย์หรือพนักงานแยกธาตุ เอกสารท้ายฟ้องผู้ตายกะโหลกศีรษะแตก ตามภาพถ่ายหมาย จ. 6 แสดงว่าเป็นการตีโดยแรง พฤติการณ์ที่ผู้ตายขึ้นร้องตะโกนคำอยู่หน้าบ้านแล้วจำเลยที่ 2 ออกไปแย่งอาวุธปืนแล้วตีศีรษะผู้ตายโดยแรงทันที แม้ข้างศพผู้ตายจะมีมีดปลายแหลมตกอยู่ตามภาพถ่ายหมาย จ. 6 โดยจำเลยที่ 2 อ้างว่า เมื่อแย่งอาวุธปืนจากผู้ตายแล้วผู้ตายชักอาวุธมีดจะแทงจำเลยที่ 2 แต่การที่จำเลยที่ 2 ตะโกนว่า "ทนไม่ไหวแล้วโว้ย" แล้ววิ่งเข้าไปแย่งอาวุธปืนจากผู้ตาย อันมีลักษณะเหมือนจะทำร้ายผู้ตาย จึงมีสภาพเสมือนจำเลยที่ 2 สัมผัสใจเข้าไปวิวาทกับผู้ตาย กรณีจึงไม่อาจยกเอาการป้องกันสิทธิของตนขึ้นอ้างเพื่อลบเลือนความผิดของตนได้ ฎีกาของจำเลยที่ 2 ฟังไม่ขึ้น"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 935/2554

การที่จำเลยพกมีดปลายแหลมไปที่บ้านผู้เสียหายและถามหาผู้เสียหายว่า "ไอ้โก๋อยู่ไหนวะ" เพราะโกรธผู้เสียหายที่ไปทำร้ายนายสามารถบุตรเขยจำเลย เมื่อผู้เสียหายได้ยินจึงเดินออกจากบ้านไปถามจำเลยว่า "แกมีอะไร" แล้วต่างฝ่ายต่างเดินเข้าหากัน ผู้เสียหายชกต่อข้อมือไป 1 ครั้ง

ขณะเดียวกันจำเลยก็ใช้มีดปลายแหลมแทงผู้เสียหายหลายครั้งถูกบริเวณนมด้านซ้ายทะลุถึงหัวใจ ลำคอด้านขวาและแขนซ้าย ตามพฤติการณ์ดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่าจำเลยสมัครใจวิวาทกับผู้เสียหาย จะอ้างเหตุว่าจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตัวไม่ได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่ศาลอุทธรณ์ภาค 7 วินิจฉัยว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา ฎีกาของโจทก์ฟังขึ้น ฎีกาข้อนี้ของจำเลยฟังไม่ขึ้น"

จากคำพิพากษาทั้งสองเรื่องดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการอ้างการป้องกันตนเองนั้น ผู้ที่อ้างต้องไม่มีพฤติการณ์ที่จะไปสมัครใจวิวาทด้วย

ส่วนอีกแนวทางหนึ่งที่ศาลไทยตัดสินไว้คือถือว่าไม่เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5904/2553

จำเลยใช้อาวุธปืนยิงสวนผู้เสียหายไปในทันทีทันใดในท่านอนตะแคง โดยไม่มีโอกาสเลือกยิงจุดสำคัญของร่างกายผู้เสียหาย เมื่ออาวุธปืนโดยสภาพย่อมเป็นอาวุธที่ใช้ทำอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ในทันทีทันใด ประกอบกับกระสุนปืนก็ถูกที่บริเวณใบหน้าซึ่งเป็นอวัยวะสำคัญของร่างกาย การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงไปที่ผู้เสียหายในระยะใกล้ประชิดติดตัวก็ย่อมเล็งเห็นผลได้ว่ากระสุนปืนจะต้องถูกผู้เสียหายให้ได้รับบาดเจ็บเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ เมื่อผู้เสียหายไม่ถึงแก่ความตายสมดังเจตนาของจำเลย จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย หากไม่มีเจตนาฆ่า และเป็นเพียงความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้เสียหายรับอันตรายสาหัสไม่ อย่างไรก็ตามเมื่อจำเลยถูกผู้เสียหายใช้มีดทำร้ายก่อนซึ่งจำเลยย่อมมีสิทธิป้องกันตัวได้ แต่เมื่อไม่ดังกล่าวมีเส้นผ่าศูนย์กลางประมาณ 1 นิ้ว และเมื่อตีถูกจำเลยแล้วไม่ดังกล่าว ก็หักทันที อีกทั้งไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายจะกระทำการอย่างใดอื่นอีกที่สื่อแสดงให้เห็นอย่างแจ่มชัดว่ามีเจตนาจะทำร้ายจำเลยเพิ่มเติมให้หนักขึ้นกว่าเดิม การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงสวนไปที่ผู้เสียหายในขณะนั้น โดยมีโอกาสที่จะหยุดยั้งการกระทำของผู้เสียหายได้โดยวิธีอื่นอีก พฤติการณ์ดังกล่าวย่อมถือได้ว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุอันจะเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตาม ป.อ. มาตรา 69 แต่เป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตาม ป.อ. มาตรา 69

กรณีที่เป็นประเด็นในสังคมไทย ซึ่งมีชื่อเสียงในกรณีที่เป็นคดีที่สื่อมวลชนตั้งชื่อว่า "คดีลุงวิศวกร" ซึ่งความคืบหน้าล่าสุดเมื่อวันที่ 4 กันยายน พ.ศ.2560 ที่สำนักงานอัยการจังหวัดชลบุรี นายสุเทพ โภชนสมบูรณ์ อายุ 50 ปี ลุงวิศวกร เดินทางมารับทราบข้อกล่าวหา คดีใช้อาวุธปืนยิงเด็กนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 4 เสียชีวิต เหตุเกิดเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2560 ช่วงเวลาประมาณ 18.30 น. ที่บริเวณตลาดอ่างศิลา อำเภอเมืองชลบุรี ซึ่งทางอัยการจังหวัดชลบุรี ส่งสำนวนการสอบสวนไปให้กับทางอัยการจังหวัด อัยการ ภาค 2 แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณา และในวันนี้ทางอัยการ

อัยการ ภาค 2 ได้ส่งข้อกล่าวหากลับมาเพื่อแจ้งให้นายสุเทพรับทราบ นายชิงชัย โชติแสง อัยการจังหวัดชลบุรี เผยว่า นายสุเทพมารับทราบข้อกล่าวหา โดยถูกข้อหา “ฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา พกพาอาวุธปืนไปในที่สาธารณะ 2 ข้อหา” ส่วนข้อหาครอบครองอาวุธปืน ทางอธิบดีอัยการ ภาค 2 ไม่ได้พิจารณาสั่งฟ้อง ส่วนทางด้านกลุ่มเด็กวัยรุ่นคูร์ณีถูกข้อหา “ร่วมต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงาน โดยใช้กำลังประทุษร้าย ร่วมกระทำความผิดกันตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ร่วมกันทำร้ายร่างกายอื่นจนได้รับบาดเจ็บ ส่วนคนขับรถตู้ถูกข้อหาจ่อรถในลักษณะกีดขวางการจราจร”

นายสุเทพเผยหลังรับทราบข้อหาว่า ความรู้สึกช่วงนี้ก็แย่ไม่สบายใจ ช่วงต่อไปก็ให้ทางทนายความเป็นคนดำเนินการต่อสู้กันในชั้นศาลต่อไป เป็นเรื่องของกระบวนการยุติธรรม วันนี้ก็นำหลักทรัพย์มายื่นของประกันตัวในชั้นศาลแล้วด้วย ผู้สื่อข่าวรายงานว่าขณะเดียวกันทางกลุ่มวัยรุ่นเพื่อนของเด็กนักเรียน ม.4 ที่ถูกนาย สุเทพใช้อาวุธปืนยิงเสียชีวิต ก็เดินทางมารับทราบข้อกล่าวหาเช่นกัน ทางด้านบิดาของเด็กนักเรียนที่ถูกยิงเสียชีวิต พร้อมกับทนายความที่เดินทางเข้าพบอัยการจังหวัดชลบุรี เพื่อติดตามความคืบหน้าของคดีด้วย เผยว่า มีความสบายใจขึ้น และก็พอใจในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นบรรทัดฐานของสังคมเกี่ยวกับการใช้อาวุธ ซึ่งบางคนพกพาอาวุธออกมาในที่สาธารณะก็ร้ายแรง แล้วอ้างว่าเป็นการป้องกันตัว ซึ่งมันไม่สมควรอยู่แล้ว ซึ่งเด็กๆ ไม่มีอาวุธแต่อย่างไรเขามาเที่ยวกันตามปกติ¹⁵⁴

โดยในเรื่องนี้ถือว่ามีปัญหาการโต้แย้งกันระหว่างฝ่ายต่างๆ ว่ากรณีดังกล่าวจะสามารถอ้างอิงในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่โดยความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายโดยบางส่วนเห็นว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย บางส่วนเห็นว่าไม่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากคูร์ณีเป็นเด็กเท่านั้น โดยในที่สุดแล้วพนักงานอัยการก็มีความเห็นสั่งฟ้องลูกวิศวกรดังกล่าว

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ของไทยประกอบด้วย 4 หลักเกณฑ์กล่าว คือ

(1) มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย คือ ภัยอันตรายที่เกิดขึ้นนั้น ผู้กระทำไม่มีอำนาจตามกฎหมายจะกระทำได้ หากผู้ก่อภัยนั้นมีอำนาจทำได้โดยชอบก็ไม่มีสิทธิจะป้องกัน ผู้นั้นจะต้องไม่มีส่วนผิดในการก่อให้เกิดภัยอันตรายดังกล่าวขึ้นด้วย กล่าวคือต้องไม่เป็นผู้ที่ก่อภัยขึ้นในตอนแรก เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2514/2519 "จำเลยชกต่อยก่อน แล้ววิ่ง

¹⁵⁴ ข่าวด. ส่งฟ้องลูกวิศวกร เจตนาฆ่า กลุ่มนร.ก็โดนข้อหา ต่อสู้ขัดขวางตร. ศาลให้ประกัน!
คูร์ณีทั้ง 2 ฝ่าย อัยการแถลงยืนยัน สั่งคดีรอบคอบ. 1 มกราคม 2561 จาก https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_497686

หนีเขาไล่ตามต่อเนื่องไม่ขาดตอน จำเลยยิงเขาตาย อ่างป้องกันไม่ได้" หรือ "ไม่เป็นผู้ที่สมัครใจเข้าวิวาท เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2322/2522 "จำเลยได้ยิงกับคนตาย แล้วก็ทำร้ายกัน สมัครใจเข้าชกต่อยต่อสู้กัน แม้คนตายจะยิงก่อน แล้วจำเลยยิงสวนก็อ่างป้องกันไม่ได้"

(2) ภัยอันตรายนั้น ใกล้เคียงถึง แม้ท่านจะมีภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายเกิดขึ้นตามข้อ (1) แล้วก็ตาม จะมีสิทธิป้องกันตัว ได้ต่อเมื่อภัยอันตรายนั้น เป็นภัยอันตรายที่ใกล้เคียงถึง คือ ภัยที่เกิดขึ้นกระชั้นชิดถึงขนาดที่ไม่มีหนทางอื่นที่จะขจัดปิดเป่าภัยนั้น ได้ นอกจากการกระทำเพื่อป้องกัน

(3) ผู้กระทำจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น ให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น เมื่อมีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายกันใกล้เคียงถึงดังที่กล่าวตามข้อ (1) และ (2) แล้ว ก็สามารถป้องกันตนเองได้ ตามแต่สถานการณ์

(4) การกระทำเพื่อป้องกันตัวต้องสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ แม้กฎหมายจะให้สิทธิแก่ประชาชนผู้ประสบอันตรายป้องกันตนเองได้ แต่ก็ไม่ได้ให้เสียจนหาขอบเขตไม่ได้ จนกลายเป็นการป้องกันผสมกับความโกรธแค้น บันดาลโทสะ หรือสะใจ หากกระทำไปเกินสมควรแก่เหตุก็จะมีโทษตามกฎหมาย แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดก็ได้

โดยกระทำพอสมควรแก่เหตุ มีทฤษฎีที่สำคัญ 2 ทฤษฎี คือ

ทฤษฎีแรกคือ **ทฤษฎีสวนสัดแห่งภัย** คือ ต้องพิจารณาว่าอันตรายที่จะพึงเกิดขึ้น หากจะไม่ป้องกันจะได้ส่วนสัดกับอันตรายที่ผู้กระทำได้กระทำเนื่องจากการป้องกันนั้นหรือไม่ เช่น นาย ก.มาต่อหน้า นาย ข. นาย ข. จะใช้มีดแทงนาย ก. ตายไม่ได้ เพราะ ความเจ็บเนื่องจากถูกต่อหน้า เมื่อมาเทียบกับความตายแล้ว ไม่มีส่วนสัดกัน ดังนั้น การเอามีดแทงนาย ก. ตายนี้ เป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ ผู้กระทำคือ นาย ข. ไม่มีอำนาจกระทำได้

ทฤษฎีที่สองคือ **ทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุด** ตามทฤษฎีนี้ถือว่าถ้าผู้กระทำได้ใช้วิธีทางน้อยที่สุดที่จะทำให้เกิดอันตราย ก็ถือว่า ผู้กระทำได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุแล้ว เช่น นาย ก. เป็นง่อยไปไหนไม่ได้ นาย ข. จึงเขกศีรษะ นาย ก. เล่น โดยเห็นว่า นาย ก. ไม่มีทางกระทำโต้ตอบได้เลย นาย ก. ห้ามปรามเท่าใด นาย ข. ก็ไม่เชื่อฟัง ถ้าการที่ นาย ก. จะป้องกันมิให้นาย ข. เขกศีรษะโดยวิธีเดียว คือ ใช้มีดแทง นาย ข. ต้องถือว่าการที่นาย ก. ใช้มีดแทงนี้เป็นการกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ เพราะเป็นวิถีทางน้อยที่สุดที่จะป้องกันได้¹⁵⁵

¹⁵⁵ โปรดดูเพิ่มเติมที่ ฤทธิรงค์ สมอุดร. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาเน้นหนักเฉพาะกรณีขอบเขตของการป้องกัน. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.

รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท ได้อธิบายเกี่ยวกับการป้องกันตนเองของประเทศฝรั่งเศสว่ามีประวัติเริ่มต้นมาตั้งแต่ยุคโรมัน โดยซิเซโร (Cicero) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากจารีตของกรีกที่เห็นว่าการป้องกันตนเองเป็นหนึ่งในหลักกฎหมายธรรมชาติ โดยกล่าวว่า “est hoc non scripta sed nata lex” ต่อมาในสมัยกลางได้รับอิทธิพลจากศาสนจักรที่เห็นว่าการต่อต้านโดยสมัครใจต่อภัยอันตรายที่มาถึงตนคือการบัพพรองต่อหน้าที่ทำกุศล ซึ่งผู้ที่บัพพรองดังกล่าวต้องทำหนังสือขอรับการอภัยโทษเพื่อจะไม่ต้องรับโทษ จนภายหลังเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครอง กลุ่มแนวคิดเสรีนิยมกลับนำแนวความคิดโรมันมาใช้อีกครั้งในปี ค.ศ. 1791 โดยกำหนดว่าการฆาตกรรมเพื่อป้องกันตนเองนั้นไม่มีความผิดและได้รับการยอมรับเช่นนี้เรื่อยมาในกฎหมายอาญาของประเทศหลักๆ ทั่วโลก¹⁵⁶

แต่เมื่อเปรียบเทียบลักษณะของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่าลักษณะของการอ้างการป้องกันตนเองนั้นลักษณะโดยพื้นฐานของการป้องกันตนเองตามธรรมนูญกรุงโรมฯ นั้นแทบจะไม่แตกต่างกับหลักกฎหมายอาญาของไทย แต่ในธรรมนูญกรุงโรมนั้นยังให้การรับรองต่อภัยอันตรายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินอีกด้วยและยังมีเรื่องที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับอนุสัญญาหรือหลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น หลักเรื่องการใช้กำลัง กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอีกด้วย.

4. เปรียบเทียบเรื่องจำเป็นหรือถูกบังคับขู่เข็ญ

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยง

ให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

2536. หน้า 37 -41. และที่ความรู้ทั่วไป,กฎหมาย,กฎหมายในชีวิตประจำวัน. “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ตามมาตรา 68. 2 มกราคม 2561 จาก <http://banker-bms.blogspot.com/2017/06/blog-post.html>

¹⁵⁶ ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง: อาชญากรรม ความรับผิดชอบ และโทษทางอาญา. หน้า 150.

โดยตามข้อ 31 (1) (ค) ได้กำหนดไว้ว่า

“การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาล มีสาเหตุมาจากสภาพบังคับอันเป็นผลมาจากการคุกคามต่อความตายที่ใกล้จะถึง หรือต่อการบาดเจ็บทางกายอย่างสาหัสต่อตนเองหรือบุคคลอื่นที่ใกล้จะถึง หรือมีอยู่อย่างต่อเนื่อง และบุคคลนั้นได้กระทำการเท่าที่จำเป็นและสาเหตุผลในการหลีกเลี่ยงจากการคุกคามดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า บุคคลนั้นมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายยิ่งไปกว่าอันตรายที่จะหลีกเลี่ยง การคุกคามเช่นนี้อาจเป็นกรณีใดกรณีหนึ่ง คือ

- (1) กระทำการโดยบุคคลอื่น หรือ
- (2) เกิดขึ้นจากสภาวะการณ์อื่น นอกเหนือการควบคุมของบุคคลนั้น”

กรณีการปรับใช้ของศาล ไทยที่เห็นว่าสามารถอ้างเรื่องจำเป็นได้นั้น ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9738/2544

การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตาม ป.อ. มาตรา 67 แบ่งออกเป็น 2 ประการ ประการแรกเป็นความจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับซึ่งการบังคับหรือบงการให้กระทำที่เป็นความผิดนั้นมาจากภายนอก ผู้ถูกบังคับมิได้คิดริเริ่มกระทำการนั้นขึ้นด้วยใจตนเอง แต่เป็นเพราะไม่มีทางที่จะทำอย่างอื่นใด อีกประการหนึ่งก็คือเป็นความจำเป็นซึ่งไม่มีการบังคับหรือบงการให้กระทำแต่มีภัยอันตรายที่จะต้องหลีกเลี่ยงและผู้กระทำเลือกหลีกเลี่ยงภัยอันตรายโดยวิธีกระทำการอันเป็นความผิดด้วยความคิดริเริ่มของตน แม้อาจทำอย่างอื่นได้ แต่การกระทำอย่างอื่นนั้นก็ยังคงทำความเสียหายแก่ผู้อื่นอยู่นั่นเอง ดังนั้น การกระทำความจำเป็นตาม ป.อ. มาตรา 67 อันเป็นมูลเหตุแห่งการยกเว้นโทษจึงไม่ใช่สิทธิ แต่เป็นการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำโดยผู้กระทำมีจิตใจเป็นอิสระแต่กระทำโดยถูกผู้อื่นหรือเหตุการณ์อื่นบังคับอีกชั้นหนึ่ง

ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเป็นความผิดต่อศาล และการลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลก็เป็นอำนาจของศาล โดยเฉพาะ เมื่อปรากฏว่าเอกสารที่โจทก์อ้างถึงในคดีสูญหายไปจากสำนวนความของศาล ต่อมาผู้ถูกกล่าวหาได้นำเอกสารเหล่านั้นมามอบคืนศาลชั้นต้น โดยผู้ถูกกล่าวหาเมื่อได้รับเอกสารดังกล่าวคืนมาแล้วยังคงเก็บเอกสารดังกล่าวไว้อีก 2 ถึง 3 วัน โดยไม่นำมาส่งคืนศาล และการเก็บเอกสารเช่นว่านั้นก็มิได้รับอนุญาตจากศาล การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาหาใช่เป็นเพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ การกระทำของผู้กล่าวหาจึงมิใช่กระทำความผิดด้วยความจำเป็นอันจะทำให้ไม่ต้องรับโทษ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2348/2525

ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า "ข้อเท็จจริงฟังยุติได้ว่า วันเกิดเหตุจำเลยขับเรือหางยาวพาชายคนร้าย 2 คน ไปที่โรงเรียนปากช่อง ซึ่งนายมนต์ชัยผู้ตายเป็นครูอยู่ คนร้ายใช้ปืนยิงผู้ตายถึงแก่ความตาย หลังจากนั้นคนร้ายกับจำเลยนั่งเรือไปด้วยกันทางบ้านโครกคราม" ฯลฯ

"การที่จำเลยขับเรือพาคนร้ายทั้งสองไปฆ่าผู้ตายแล้วพาคนร้ายหนีไปจากที่เกิดเหตุนั้น ถือได้ว่าจำเลยร่วมเป็นตัวการในการฆ่าหรือเป็นผู้สนับสนุนหรือไม่ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยมีอาชีพขับเรือรับจ้างเป็นปกติวิสัยของจำเลยอยู่แล้ว นายพร้อม อินทร์จันทร์ ผู้ใหญ่บ้าน ซึ่งเป็นพยานโจทก์เบิกความรับรองว่า จำเลยเป็นคนดีมีความประพฤติเรียบร้อยทำมาหากินตามปกติ นอกจากนี้จำเลยไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้ตาย เมื่อจำเลยพาชาย 2 คนไปถึงโรงเรียน จำเลยก็ไปบอกแก่นายเวียง โดยเปิดเผยว่า เจ้าหน้าที่จะมาตรวจโรงเรียน จำเลยอาจเข้าใจโดยสุจริตว่าชาย 2 คนนั้นเป็นเจ้าหน้าที่จะมาตรวจโรงเรียนจริง แล้วจำเลยก็เดินไปตามผู้ตาย เมื่อผู้ตายออกมาพบกับชายที่จำเลยพามาส่งแล้ว จำเลยก็เดินแยกไปที่บ้านนางสัมพันธ์ซึ่งอยู่ไกลออกไป 15 เมตร โดยจำเลยไม่ได้มายุ่งเกี่ยวกับนายเวียงพยานโจทก์เบิกความว่า เมื่อคนร้ายยิงผู้ตายแล้ว คนร้ายได้เรียกจำเลยให้ไปลงเรือขับไปทางตลาดโครกคราม ศาลฎีกาเห็นว่า คนร้ายมีปืนและฆ่าผู้ตายให้เห็นเป็นที่ประจักษ์เช่นนั้น จำเลยย่อมมีความกลัวและไม่กล้าขัดขืน ที่โจทก์ฎีกาว่า จำเลยควรจะหลบไปเสียหรือใช้ปืนยิงผู้ตายเพื่อแสดงความบริสุทธิ์ของจำเลยนั้น ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยมีปืน ถ้าหากจำเลยขัดขืนคนร้ายอาจฆ่าจำเลยเหมือนดั่งที่ได้ฆ่าผู้ตายมาแล้วก็ได้ คดีนี้เห็นว่า จำเลยขับเรือรับผู้โดยสารไปยังที่เกิดเหตุโดยไม่ทราบว่าเป็นคนร้ายไปฆ่าผู้ตาย และหลังจากเกิดเหตุแล้วจำเลยจำต้องขับเรือไปส่งคนร้ายด้วยความจำเป็น เพราะอยู่ภายใต้อำนาจของคนร้าย ซึ่งจำเลยไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67(1) ดังจะเห็นได้ว่า เมื่อจำเลยขับเรือไปส่งคนร้ายที่บ้านโครกครามแล้ว จำเลยได้ไปแจ้งความแก่นายวิน ช่วยเชียร ผู้ใหญ่บ้านทันที ซึ่งนายวินก็มาเป็นพยานยืนยันในข้อนี้ และจำเลยไม่ได้หลบหนีไปไหนยอมให้ตำรวจจับกุม โดยดีถ้าจำเลยร่วมกระทำผิดด้วยกันก็จะหลบหนีไปพร้อมกับคนร้ายแล้ว"

กรณีศาลไทยไม่รับฟังว่าเป็นการกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7227/2553

คำเบิกความและคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลยได้ความว่า ผู้ตายชอบเล่นอาวุธปืน บางครั้งเอากระสุนปืนออกจากลูกโม่แล้วมาจ่อยิงที่ศีรษะตนเองหรือผู้อื่นเพื่อล้อเล่น ในวันเกิดเหตุผู้ตายก็เอาอาวุธปืนมาเล่นอีก แต่ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าขณะที่ผู้ตายเอาอาวุธปืนมาจ่อที่ศีรษะตนเองแล้วจำเลยเข้าแย่งเป็นเหตุให้ปืนลั่นนั้น ผู้ตายจะยิงตนเองหรือผู้ตายเมาสุราจนไม่ได้สติแต่

อย่างไร ทั้งไม่ปรากฏว่าจำเลยรู้หรือไม่ว่าอาวุธปืนดังกล่าวบรรจุกระสุนปืนหรือไม่ ดังนั้น การที่จำเลยเข้าแย่งอาวุธปืนในสถานการณ์ดังกล่าวถือว่าจำเลยกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และจำเลยอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ อันเป็นการกระทำโดยประมาทตาม ป.อ. มาตรา 59 วรรคสี่

การที่จะอ้างว่าเป็นการกระทำผิดด้วยความจำเป็นได้นั้น ต้องเป็นเรื่องการกระทำผิดโดยเจตนา แต่คดีนี้จำเลยกระทำความผิดโดยประมาทจึงมิใช่เป็นการกระทำผิดด้วยความจำเป็น
อนุชล สัตยชานุกูล ได้อธิบายหลักเกณฑ์การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้พ้นจาก ภัยอันตรายมีหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบ 6 ประการ¹⁵⁷ ดังต่อไปนี้

(1) มีภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยง

ภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยงอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลหรือเกิดจากธรรมชาติหรือสัตว์ก็ได้ โดยในกรณีที่เกิดจากการกระทำของบุคคล จะเป็นภัยที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่ก็ได้ ซึ่งหากเป็นภัยที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายจะต้องเป็นกระทำต่อบุคคลที่สาม เนื่องจากหากเป็นการกระทำต่อผู้ก่อภัยหรือ ผู้ประทุษร้ายจะเป็นเรื่องการป้องกัน ภัยอันตรายในที่นี่จะเป็นภัยอันตรายที่คุกคามต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายใดๆ ก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด เพราะบทบัญญัติในมาตรานี้มิได้จำกัดไว้

(2) ภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง

ภัยอันตรายที่ “ใกล้จะถึง” (imminent) หมายความว่า ภัยอันตรายนั้นกำลังจะเกิดขึ้นอยู่ในปัจจุบันเป็นการฉุกเฉิน ซึ่งถ้าผู้กระทำไม่ตัดสินใจกระทำในขณะนั้นก็อาจจะสายเกินไปที่จะแก้ไขได้ทันทั่วทั้งที ดังนั้นภัยอันตรายที่ได้ผ่านพ้นหรือสิ้นสุดไปแล้วย่อมไม่ใช่ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง เพราะไม่มีอะไรที่จะต้องหลีกเลี่ยงอีก หรือภัยอันตรายในอนาคตที่ยังอยู่ห่างไกล โดยหลักย่อมไม่ใช่ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง เพราะผู้กระทำยังไม่มี ความจำเป็นต้องกระทำการละเมิดบทกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายนั้นเลยตั้งแต่ยังไม่ถึงเวลาอันสมควร แต่อาจมีโอกาที่จะหาทางหลีกเลี่ยงโดยวิธีอื่นที่ไม่ต้องกระทำความผิดในระหว่างที่ภัยอันตรายยังมาไม่ถึง

(3) ไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้

เนื่องจากการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้พ้นภัยอันตรายเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง ดังนั้นถ้าผู้กระทำยังมีทางเลือกหรือวิถีทางป้องกัน

¹⁵⁷ อนุชล สัตยชานุกูล. การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร 2556. หน้า 50 - 55

ภยันตรายนั้นได้โดยไม่ต้องกระทำความผิดและผู้กระทำก็รู้ว่ามิใช่วิธทางเช่นนั้นอยู่ ผู้กระทำต้องเลือกวิธทางนั้น หากผู้กระทำเลือกกระทำการละเมิดบทกฎหมายย่อมไม่ใช่การกระทำด้วยความจำเป็น ในกรณีที่ผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงภยันตรายนั้นได้โดยไม่ต้องกระทำความผิด ผู้กระทำต้องหลีกเลี่ยงภยันตรายนั้น แม้จะได้รับความลำบากบ้างก็ต้องยอมทน โดยในการพิจารณาว่าผู้กระทำยังมีทางเลือกอื่นหรือไม่นี้ มิได้พิจารณาจากความคิดของผู้กระทำในขณะนั้นเอง แต่ต้องพิจารณาจากความเห็นของวิญญูชน ในภาวะเช่นนั้นว่าผู้กระทำควรจะรู้หรือคาดเห็นได้หรือไม่ว่าพอจะกระทำการอย่างอื่นเพื่อหลีกเลี่ยงภัยได้โดยไม่ต้องกระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด

(4) ผู้กระทำมิได้ก่อให้เกิดภยันตรายนั้นขึ้นเพราะความผิดของตน

เนื่องจากหากผู้กระทำได้ก่อให้เกิดภัยขึ้นด้วยความผิดของตนแล้ว ผู้กระทำก็สมควร เป็นผู้ที่จะต้องทนยอมรับภัยนั้นไว้เองแทนที่จะผลักภาระไปยังผู้บริสุทธิ์โดยหลักในการพิจารณาก็ คือ ผู้กระทำสามารถเล็งเห็นได้ล่วงหน้าหรือไม่ว่าภัยจะต้องเกิดขึ้นจากการกระทำของตนและตน จะต้องเข้ารกบวนประโยชน์ของผู้อื่น หากผู้กระทำเล็งเห็นล่วงหน้าได้ แต่ก็ยังกระทำการอื่น ก่อให้เกิดภัยนั้นขึ้นอีก ย่อมถือว่าผู้กระทำได้ก่อให้เกิดภัยขึ้นด้วยความผิดของตนแล้ว

(5) ผู้กระทำได้กระทำเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตราย

ผู้กระทำจะต้องมีมูลเหตุจงใจหรือเจตนาพิเศษเพื่อหลีกเลี่ยงให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายด้วย จึงจะอ้างความจำเป็นเพื่อให้พ้นภยันตรายเป็นเหตุยกเว้นโทษได้ กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องทราบข้อเท็จจริงในขณะกระทำด้วยว่ามีภยันตรายที่ก่อให้เกิดความจำเป็นที่ต้องหลีกเลี่ยงด้วย ดังนั้นหากผู้กระทำได้กระทำโดยไม่ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว เช่น ภายหลังจากที่นายเอ่านายบี ศัตรูของตน นายเอเพียงมาทราบข้อเท็จจริงว่าการกระทำของตนมีผลเป็นการช่วยชีวิตของนายซีและนายดีไว้ เพราะในขณะนั้นนายบีกำลังจะจุดไฟเผาโรงงานร้างของตนซึ่งนายบีไม่ทราบว่ามียานซีและนายดีติดอยู่ข้างใน นายเอก็ไม่สามารถอ้างการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นมายกเว้นโทษในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยเจตนาได้แต่อย่างใด เพราะในขณะกระทำนายเอขาดเจตนาพิเศษเพื่อให้ผู้อื่นพ้นจากภยันตราย

(6) ไม่เกินสมควรแก่เหตุ

องค์ประกอบข้อนี้เหมือนกับกรณีการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจตามมาตรา 67 (1) ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เพราะเป็นการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริสุทธิ์เช่นเดียวกัน และอยู่ภายใต้ ข้อความคิดพื้นฐานของเหตุยกเว้นโทษอย่างเดียวกัน ดังนั้นจึงต้องเป็นการกระทำโดยวิธทางน้อยที่สุดที่จะพึงทำได้ และต้องเป็นไปตามหลักความได้ส่วนสัดแห่งภัย โดยจะต้องนำภยันตรายที่ ผู้กระทำจะพึงได้รับหากไม่กระทำมาเปรียบเทียบกับภยันตรายที่ผู้กระทำจะก่อให้เกิดขึ้นซึ่งการกระทำจะไม่เกิน

สัดส่วนแห่งภัยก็ต่อเมื่อตามพฤติการณ์เมื่อคำนึงถึงผลเสียหายที่ผู้กระทำจะได้รับ ถ้าหากไม่กระทำปรากฏว่าไม่ควรจะแน่ใจให้ผู้กระทำทนยอมรับความเสียหายนั้น ซึ่งจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงตามพฤติการณ์เป็นกรณีๆ ไป หากไม่เกินส่วนสัดส่วนแห่งภัยแล้วผู้กระทำย่อมได้รับการยกเว้นโทษ

ในระบบกฎหมายอังกฤษมีการกระทำด้วยความจำเป็นอยู่ 2 ลักษณะ คือ duress กับ necessity โดยทั้งสองเรื่องแม้ว่าจะเหมือนในแง่ที่ว่าผู้กระทำต้องเลือกระหว่างสองทางเลือกแห่งปีศาจ แต่ยังคงปรากฏความแตกต่างระหว่าง duress กับ necessity คือ necessity เป็นลักษณะที่ผู้กระทำถูกสถานการณ์บังคับให้ต้องฝ่าฝืนกฎหมายในขณะที่ duress เป็นลักษณะที่ผู้กระทำถูกบุคคลที่สามบังคับให้กระทำความผิด¹⁵⁸

ส่วนในธรรมเนียมกฎหมายโรมเป็นการรวมกรอบแนวความคิดสองเรื่องที่แตกต่างกันคือ กรอบแนวความคิดในเรื่องถูกบังคับขู่เข็ญที่อยู่บนพื้นฐานของเรื่อง “ข้อยกเว้น” ส่วนกรอบแนวความคิดในเรื่องความจำเป็นนั้นอยู่บนพื้นฐานในเรื่องของ “ข้ออ้าง” ซึ่งในชั้นเตรียมร่างธรรมเนียมกฎหมายโรมันได้แยกเรื่องทั้งสองออกจากนั้นเพราะมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน แต่ในขั้นสุดท้ายได้มีการรวมเรื่องทั้งสองเข้าเป็นบทบัญญัติเดียวกันซึ่งทำให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับระบบกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นนั้นคือการถูกบังคับขู่เข็ญด้วยสภาพแวดล้อม หลักกฎหมายจากการพิจารณาคดีที่นูเรมเบิร์กใช้คำว่า “ความจำเป็น” ในการอธิบายกรณีที่ถูกบังคับขู่เข็ญ ซึ่งแอน โคนิโอ แคสซิซิ ได้วางหลังเรื่องจำเป็นที่ก่อให้เกิดการบังคับขู่เข็ญ ซึ่งจะมีข้อสังเกตว่ามีความแตกต่างระหว่างการถูกบังคับขู่เข็ญกับความจำเป็นบนเหตุผลการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา โดยวรรค 1 (ดี) ได้รวมเอาการอ้าง “ทางเลือกของความชั่วร้ายที่น้อยกว่า (choice of a lesser evil) คือเรื่องความจำเป็นกับสถานการณ์ของผู้ถูกกล่าวหาในการใช้เสรีภาพที่จะตัดสินใจที่เป็นข้อจำกัดความรุนแรงแล้วในที่สุดแล้ว “ไม่มีทางเลือกที่มีศีลธรรมอื่น” (no moral choice) คือเรื่องถูกบังคับขู่เข็ญ

¹⁵⁸ ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง: อาชญากรรม ความรับผิดชอบ และโทษทางอาญา. หน้า 157 – 158.

5. เปรียบเทียบการสำคัญผิดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง

สำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 บัญญัติว่า

“ข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริง จะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำ “สำคัญผิด” ว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี

ถ้าความไม่รู้ข้อเท็จจริงตามความในวรรคสามแห่ง มาตรา 59 หรือความสำคัญผิดว่ามีอยู่จริงตามความในวรรคแรก ได้ “เกิดขึ้นด้วยความประมาท” ของผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษ แม้กระทำโดยประมาท

บุคคลจะต้องรับ “โทษหนักขึ้น โดยอาศัยข้อเท็จจริงใด” บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น”

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 บัญญัติว่า

“บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมาย เพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้อกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 32 กำหนดว่า

ข้อ 32. ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

“(1) ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงจะเป็นมูลเหตุสำหรับยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้ เฉพาะเมื่อขัดกับองค์ประกอบภายในตามนิยามศัพท์ของอาชญากรรมระหว่างประเทศตามที่ระบุไว้ในธรรมนูญกรุงโรม”

(2) ความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ไม่ว่าจะรูปแบบของการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ หรือไม่ ต้องไม่เป็นมูลเหตุสำหรับยกเว้นความผิดทางอาญา อย่างไรก็ตาม ความสำคัญผิดในข้อกฎหมายอาจเป็นมูลเหตุสำหรับยกเว้นความผิดรับผิดทางอาญาหากความสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้นลบล้างองค์ประกอบทางจิตใจของอาชญากรรมนั้น หรือตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 33.”

กรณีศาลไทยเห็นว่าสามารถรับฟังเรื่องการอ้างการสำคัญคดีได้ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16275/2557

แม้ขณะที่จำเลยทำหนังสือ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ซึ่งพิมพ์เผยแพร่ในขณะนั้นจะไม่ปรากฏคำว่า "แกนนำ" แต่ก็เป็นที่รู้กันอยู่อย่างแพร่หลายทั้งในสื่อมวลชนแขนงต่างๆ และในสังคมไทยที่มีการชุมนุมกันทางการเมืองของกลุ่มต่างๆ มากมาย โดยเป็นการนำความหมายของคำว่า "แกน" ซึ่งเป็นคำนามหมายความที่วัตถุแข็งที่อยู่ตรงกลางของสิ่งอื่นสำหรับยึดให้อยู่ และความหมายของคำว่า "นำ" ซึ่งเป็นคำกริยาหมายความที่ไปข้างหน้า เช่น นำขบวนหรือออกหน้ามากล่าวรวมกันเป็น "แกนนำ" เพื่อบ่งบอกว่า ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นแกนนำในการชุมนุมทางการเมืองนั้น เป็นผู้ทำหน้าที่เป็นหลักยึดเป็นผู้นำให้แก่ผู้ร่วมชุมนุมนั่นเอง ซึ่งต่อมาพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ก็ให้ความหมายในทำนองนี้ว่า "แกนนำ" เป็นคำนามแปลว่า ผู้ที่เป็นหลักในการเจรจาเพื่อดำเนินการเรื่องใดเรื่องหนึ่ง จึงอาจถือเอาตามความหมายที่รู้และเข้าใจกันในการสื่อสารในสังคมไทยในขณะนั้นเพื่อพิจารณาว่าข้อความที่จำเลยกล่าวนั้นเป็นการหมิ่นประมาทโจทก์หรือไม่

จำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าโจทก์ซึ่งเป็นลูกน้องคนสนิทของ ด. เป็นแกนนำในการจัดกำลังพนักงานพิทักษ์ป่าและเคลื่อนกำลังไปชนกับกลุ่มของ ส. ที่ชุมนุมกันอยู่ ทำให้เกิดความวุ่นวายและความไม่สงบขึ้นที่บ้านเมืองจริงตามข้อความที่จำเลยเขียน ดังนั้น แม้ข้อเท็จจริงที่จำเลยนำสืบยังไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะพิสูจน์ได้ว่าโจทก์เป็นแกนนำกระทำการดังที่จำเลยกล่าวได้ความจริง แต่จำเลยสำคัญคดีว่ามีอยู่จริง จำเลยย่อมได้รับยกเว้นโทษตาม ป.อ. มาตรา 62 ประกอบมาตรา 330 และปัญหาว่าการกระทำของจำเลยได้รับยกเว้นโทษเพราะสำคัญคดีในข้อที่หาว่าหมิ่นประมาทเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกามีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้เองตาม ป.วิ.อ. มาตรา 195 วรรคสอง ประกอบมาตรา 225

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13113/2556

จำเลยที่ 1 ขับรถจักรยานยนต์โดยมีจำเลยที่ 2 นั่งซ้อนท้ายไปยังบ้านที่เกิดเหตุพร้อมกับ ว. แล้ว จำเลยที่ 2 เรียกชื่อเล่นของ น. ว่า ปู เมื่อผู้ตายตะโกนว่าปูไม่อยู่ ว. ใช้อาวุธปืนยิงไปที่ประตูบ้านถูกผู้ตายถึงแก่ความตาย จากนั้นจำเลยทั้งสองและ ว. พากันหลบหนีไป ว. ไปถอดหมวกนิรภัยและเสื้อที่สวมใส่ในขณะก่อเหตุที่บ้านของจำเลยทั้งสองก่อนจะหลบหนีไป การกระทำของจำเลยทั้งสองบ่งชี้ว่ามีเจตนาร่วมกระทำความผิดกับ ว. จึงเป็นตัวการร่วมกัน แต่การที่ ว. ใช้อาวุธปืนยิงไปที่ประตูบ้าน 2 นัด หลังจากผู้ตายตะโกนบอกว่าปูไม่อยู่ กระสุนปืนถูกผู้ตายถึงแก่ความตายนั้นเป็น

การกระทำที่สังเกตเห็นผลได้ว่ากระสุนปืนอาจถูกคนในบ้านถึงแก่ความตายเท่านั้น มิได้ประสงค์ต่อผลโดยตรงที่จะยิงให้ถูก น. เนื่องจากมองไม่เห็น ว่า น. อยู่ที่ใด จึงไม่อาจลงโทษจำเลยทั้งสองในฐานะเป็นตัวการร่วมกันฆ่าผู้อื่น โดยไตร่ตรองไว้ก่อน คงลงโทษได้ในฐานร่วมกันฆ่าผู้อื่น โดยบุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้นตาม ป.อ. มาตรา 62 วรรคท้าย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11683/2556

จำเลยเบิกความว่า จำเลยเข้าใจว่าผู้เสียหายที่ 1 อายุประมาณ 18 ปี ถึง 19 ปี เพราะรูปร่างสูงใหญ่ ซึ่งในข้อนี้ผู้เสียหายที่ 2 เบิกความตอบทนายจำเลยถามค้านว่า ผู้เสียหายที่ 1 มีรูปร่างสูงใหญ่กว่าอายุ หากดูภายนอกเพียงผิวเผินอาจเข้าใจได้ว่ามีอายุเกิน 18 ปีแล้ว เจ้าของร้านอาหารริมซีรับผู้เสียหายที่ 1 เข้าทำงานเนื่องจากเข้าใจว่าผู้เสียหายที่ 1 มีอายุเกิน 18 ปี ส่วนผู้เสียหายที่ 3 ก็เบิกความทำนองเดียวกันว่า หากเทียบกับเพื่อนรุ่นเดียวกัน ผู้เสียหายที่ 1 จะรูปร่างสูงใหญ่กว่าเพื่อนบุคคลทั่วไปมองผู้เสียหายที่ 1 แล้วอาจเข้าใจได้ว่ามีอายุ 17 ถึง 18 ปี จึงเจือสมกับคำเบิกความของจำเลยดังกล่าว นอกจากนี้ยังปรากฏด้วยว่า ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 เคยทำงานเป็นเด็กเสิร์ฟที่ร้านอาหารริมซีมาก่อน โดยทำงานตั้งแต่เวลา 9 ถึง 19 นาฬิกา อีกทั้งหลังเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 บอกผู้เสียหายที่ 2 และที่ 3 ว่านอกจากจำเลยแล้วยังมีชายอื่นกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 อีก 11 คน จึงมีเหตุผลเชื่อได้ว่ารูปร่างและลักษณะของผู้เสียหายที่ 1 ทำให้ผู้พบเห็นเข้าใจว่าผู้เสียหายที่ 1 มีอายุเกินกว่า 18 ปี จำเลยอาจสำคัญผิดว่าผู้เสียหายที่ 1 อายุเกิน 18 ปี ดังที่อ้างก็เป็นได้ หากเป็นเช่นนี้ย่อมเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทั้งสองฐานตามฟ้องและทำให้เป็นการกระทำที่ขาดเจตนาตาม ป.อ. มาตรา 59 วรรคสาม พยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมาซึ่งมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 227 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2550/2553

ขณะเกิดเหตุเป็นเวลากลางคืน จำเลยนอนในเปลที่ขนาบในนาุ้งเพื่อเฝ้าดูแลรักษาทรัพย์สินของตน เมื่อจำเลยเห็นรถยนต์แล่นผ่านเข้ามาใกล้ก็ใช้สปอตไลท์ส่องซึ่งจะทำให้ผู้ที่ผ่านมาทราบว่ามีผู้เฝ้าดูแลอยู่ในบริเวณนั้น อันเป็นการกระทำเพื่อรักษาทรัพย์สินของตน แต่โจทก์ร่วมกลับขับรถแล่นเข้ามาบริเวณที่เกิดเหตุซึ่งมิใช่ถนนสาธารณะที่ใช้สัญจรทั่วไป แต่เป็นถนนทางเข้านาุ้งในยามวิกาลเวลาประมาณ 3 นาฬิกา แล้วชนรถจักรยานยนต์ของจำเลยซึ่งจอดอยู่หน้าขนำยอมทำให้จำเลยตกใจกลัวและสำคัญผิดว่าเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงจากคนร้ายที่มุ่งเข้าทำร้ายตน

การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงขึ้นฟ้าก่อนและยิงอีก 1 นัด ในระยะเวลาที่ใกล้ชิดต่อเนื่องกันขณะ ช. และ โจทก์ร่วมกำลังเปิดประตูออกมา ย่อมทำให้จำเลยเข้าใจว่าผู้ที่อยู่ในรถมีอาวุธหากจำเลย ฆ่าเพียงเล็กน้อย จำเลยก็อาจได้รับอันตรายร้ายแรงได้ จึงเป็นการป้องกันตนให้พ้นจากภัยอันตราย ที่จำเลยสำคัญคิดว่าจะเกิดขึ้นแก่ตนและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง อีกทั้งหลังจากจำเลยยิงปืนนัดที่ สองไปแล้ว จำเลยก็วิ่งหลบหนีไปในทันทีโดยมิได้อิงหรือทำร้าย โจทก์ร่วมหรือ ช. ฆ่าอีก ทั้งที่มี โอกาสเนื่องจากโจทก์ร่วมถูกกระสุนปืนได้รับบาดเจ็บและลงมาจากรถแล้ว การกระทำของจำเลย ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุเพื่อให้ตนพ้นจากภัยอันตรายที่จำเลยสำคัญคิดว่าจะ เกิดขึ้น อันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายโดยสำคัญคิดตาม ป.อ. มาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3869/2546

ในช่วงเวลาเกิดเหตุในละแวกบ้านจำเลยมีโจรผู้ร้ายชุกชุม และก่อนเกิดเหตุจำเลยเคย ถูกคนร้ายเข้ามาลักทรัพย์ในบ้าน คืบเกิดเหตุผู้ตายได้ปืนเข้าบ้านจำเลยทางช่องลมโดยปราศจากเหตุ สมควร ย่อมทำให้จำเลยสำคัญคิดว่าผู้ตายเป็นคนร้ายและในขณะนั้นจำเลยย่อมไม่อาจรู้ได้ว่าผู้ตาย จะมีอาวุธหรือไม่ เพราะในห้องที่เกิดเหตุมืดและเป็นเวลากะทันหัน ถ้าเป็นคนร้ายซึ่งจะมาทำร้าย จำเลยจริงแล้ว การที่จะให้จำเลยรออยู่นกว่าคนร้ายจะแสดงกิริยาทำร้ายแล้ว จำเลยก็อาจได้รับ อันตรายก่อนที่จะทำการป้องกันได้ทันทั่วทั้งที และจำเลยก็ยิงผู้ตายไปเพียง 1 นัด เมื่อผู้ตายล้มลง จำเลยก็มีได้เข้าแต่อย่างใด การกระทำของจำเลยจึงพอสมควรแก่เหตุเป็นการป้องกันโดยชอบด้วย กฎหมายโดยสำคัญคิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ประกอบด้วยมาตรา 62 วรรคแรก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14213/2557

จำเลยที่ 1 และที่ 2 ใช้บัตรเอทีเอ็มของผู้เสียหายเบิกถอนเงินของผู้เสียหายจากตู้เอทีเอ็ม ของธนาคาร โดยสำคัญคิดว่าจำเลยที่ 3 ผู้มอบบัตรเอทีเอ็มและใช้ให้จำเลยที่ 1 และที่ 2 นำไปเบิก ถอนเงินมีสิทธิที่จะใช้บัตรเอทีเอ็มนั้นได้ แม้ข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยที่ 3 มีสิทธิใช้บัตรเอทีเอ็มของ ผู้เสียหายไปเบิกถอนเงินที่ตู้เอทีเอ็มของธนาคารจะไม่มีอยู่จริง แต่จำเลยที่ 1 และที่ 2 สำคัญคิดว่ามี อยู่จริง จำเลยที่ 1 และที่ 2 ย่อมไม่มีความผิดตาม ป.อ. มาตรา 62 วรรคแรก จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยที่ 3 เป็นตัวการร่วมกับจำเลยที่ 1 และที่ 2 กระทำความผิดตามฟ้อง แต่ต้องถือว่าจำเลยที่ 3 เป็นผู้กระทำ ผิดโดยอ้อมโดยใช้จำเลยที่ 1 และที่ 2 เป็นตัวแทนโดยบริสุทธิ์ (Innocent Agent) เป็นเครื่องมือใน การกระทำผิดของจำเลยที่ 3 เอง และแม้โจทก์ฟ้องว่าจำเลยที่ 3 เป็นตัวการร่วมกับจำเลยที่ 1 และที่ 2 กระทำความผิด แต่ทางพิจารณาฟังได้ว่าจำเลยที่ 3 เป็นผู้กระทำผิดโดยอ้อมโดยใช้จำเลยที่ 1 และที่ 2 เป็น

ตัวแทนโดยบริษัทเป็นเครื่องมือในการกระทำผิด ก็ถือไม่ได้ว่าเป็นข้อแตกต่างกับฟ้องในสาระสำคัญ เพราะไม่ว่าจำเลยที่ 3 จะกระทำผิดด้วยตัวเอง หรือเป็นการกระทำผิดโดยอ้อม จำเลยที่ 3 ก็มีสถานะเป็นผู้กระทำผิดตามที่โจทก์ฟ้องเหมือนกัน เมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ 3 ได้หลงต่อผู้ศาลฎีกาจึงยอมมีอำนาจลงโทษจำเลยที่ 3 ตามที่พิจารณาได้ความตาม ป.วิ.อ. มาตรา 192 วรรคสอง

ส่วนกรณีที่ศาลไทยเห็นว่าไม่สามารถอ้างเรื่องสำคัญผิดได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2552

ศาลฎีกาแผนกคดีสิ่งแวดล้อมวินิจฉัยว่า "พิเคราะห์แล้วข้อเท็จจริงในเรื่องต้นรับฟังได้ว่า ในวันเวลาและสถานที่เกิดเหตุตามฟ้อง จำเลยเข้าไปยึดถือครองครองทำประโยชน์โดยการปลูกต้นส้มในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เนื้อที่ 47 ไร่ 3 งาน 52 ตารางวา มีปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยว่า จำเลยกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่โดยจำเลยฎีกาว่า ที่ดินที่เกิดเหตุบิดานายโสภณทำประโยชน์มาก่อน เมื่อปี 2524 บิดานายโสภณยกที่ดินที่เกิดเหตุให้แก่นายโสภณเข้าทำประโยชน์ตลอดมา นายโสภณปลูกข้าวโพด มันสำปะหลัง ข้าวไร่ และเสียวบารุงท้องที่ตั้งแต่ปี 2528 เรื่อยมาจนกระทั่งปี 2543 นายโสภณขายที่ดินบางส่วนให้แก่จำเลย ที่ดินส่วนที่เหลือจากที่แบ่งขายให้จำเลยนั้นต่อมาทางราชการออกหนังสือสำคัญสิทธิทำกิน (สทก.) ให้แก่นายโสภณมีกำหนดเวลาประมาณ 4 ปี นายโสภณได้รับมาแล้ว 2 ครั้ง เป็นเหตุให้จำเลยเชื่อโดยสุจริตว่านายโสภณมีสิทธิทำกินในที่เกิดเหตุตามที่ทางราชการผ่อนผันให้ทำกินและนายโสภณได้เสียวบารุงท้องที่ให้แก่ทางราชการถูกต้องแล้ว ตลอดจนราษฎรในพื้นที่เกิดเหตุก็สามารถทำกินในที่ดินได้ นอกจากนี้กรมป่าไม้มีหนังสือด่วนที่สุด ที่ กษ 0710/6458 ลงวันที่ 17 มีนาคม 2536 ส่งเสริมให้เกษตรกรทำกินและรวมกลุ่มกันในชุมชนปลูกไม้ผลยืนต้นอันเป็นการสร้างสภาพธรรมชาติให้ฟื้นคืนมาได้ กรณีเป็นความสำคัญผิดในสิทธิว่า จำเลยมีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่เกิดเหตุได้ จึงไม่มีความผิดตามฟ้องนั้น เห็นว่า ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก บัญญัติว่า "ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำยอมไม่มีความผิดหรือได้รับยกเว้นโทษหรือได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี" แม้ข้อเท็จจริงฟังยุติได้แล้วว่า การกระทำของจำเลยมีองค์ประกอบความผิดครบถ้วน และไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดชอบก็ตาม แต่เรื่องความสำคัญผิดต้องพิจารณาตามความเข้าใจของผู้กระทำหรือจำเลยว่า จำเลยได้กระทำโดยเข้าใจข้อเท็จจริงเป็นอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งต้องวินิจฉัยความผิดหรือความรับผิดชอบของจำเลยโดยสมมติเอาว่า ข้อเท็จจริงเป็นอย่างไร จำเลยเข้าใจหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากพยานจำเลยที่น่าสืบ จำเลยมีนายโสภณเบิกความว่า ขณะนาย

โศกณฆายที่เกิดเหตุให้แก้จำเลยได้บอกให้จำเลยทราบว่าเป็นที่ดินอยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติและจำเลยอ้างตนเองเป็นพยานเบิกความว่าหลังจากซื้อที่เกิดเหตุจำเลยเคยไปแสดงความจำนงขอเสียภาษีบำรุงท้องที่ แต่ผู้ใหญ่บ้านแจ้งว่ามีการยกเลิกแล้วเนื่องจากเสียภาษีไม่ได้แสดงว่าก่อนที่จำเลยจะซื้อที่ดินที่เกิดเหตุเนื้อที่ประมาณ 50 ไร่ ซึ่งมีเนื้อที่มาก จำเลยต้องตรวจสอบและทราบแล้วว่าสภาพที่ดินเป็นหุบเขาลาดลงในเขตป่าสงวนแห่งชาติที่ไม่อาจออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินได้ และจำเลยซื้อในราคาถูกเพียงราคาไร่ละ 4,000 บาท เท่านั้น ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรีปี 2541 ให้ผ่อนผันเฉพาะราษฎรที่ทำกินอยู่ก่อนปี 2541 ให้ทำกินต่อไปได้โดยไม่มีการจับกุม แต่ให้จับกุมนายทุนและผู้มีอิทธิพลที่เข้าไปกว้านซื้อที่ดินจากราษฎร กรณีของจำเลยจึงเข้าลักษณะเป็นนายทุนเข้าไปซื้อที่ดินที่เกิดเหตุ ทั้งจำเลยเป็นผู้มีความรู้ สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี ย่อมทราบดีว่ากรณีของจำเลยไม่ใช่ราษฎรที่ทำกินอยู่ก่อนปี 2541 แต่จำเลยได้เข้าครอบครองที่ดินที่เกิดเหตุต่อจากราษฎรที่ทำกินอยู่เดิม ย่อมไม่ได้รับการผ่อนผันการจับกุมและไม่มีการยกเว้นใดตามกฎหมาย ดังนี้ เมื่อตามข้อเท็จจริงที่จำเลยนำเสนอปรากฏว่า จำเลยทราบแล้วว่าไม่มีสิทธิยึดถือครอบครองที่ดินที่เกิดเหตุ แต่ยังคงปลุกดันสู้ต่อไป ย่อมเป็นการทำให้เสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ เพราะทำให้ที่ดินนั้นกลายเป็นสวนส้ม ไม่เป็นป่าตามสภาพเดิมพยานหลักฐานของจำเลยขัดต่อเหตุผลไม่มีน้ำหนักหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ได้ ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า จำเลยไม่ได้สำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าจำเลยมีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่เกิดเหตุได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 จึงมีความผิดตามฟ้อง ศาลอุทธรณ์ภาค 6 พิพากษาชอบแล้ว"

ในทางคำราแล้วอาจอธิบายได้ว่าการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้น ได้บัญญัติไว้ถึง 6 ประการ กล่าว คือ

- (1) การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้"
- (2) ข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดแม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริงแต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริงผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด
- (3) ข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริงจะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษแม้มีข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริงแต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมได้รับยกเว้นโทษ
- (4) ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงจะไม่มีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมได้รับโทษน้อยลง
- (5) บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้น โดยอาศัยข้อเท็จจริงใดบุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น

(6) ความสำคัญผิดในตัวบุคคล ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 61 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดเจตนากระทำต่อบุคคลหนึ่งแต่ได้กระทำต่ออีกบุคคลหนึ่งโดยสำคัญผิด ผู้นั้นจะยกเอาความผิดเป็นข้อแก้ตัวว่ามีได้กระทำโดยเจตนาหาได้ไม่”¹⁵⁹

ส่วนความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย นั้นหมายถึงกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดต่อกฎหมาย แต่ถึงแม้ว่ากฎหมายจะยอมรับว่ามีผู้ไม่รู้กฎหมาย แต่หลักกฎหมายโดยทั่วไปถือว่าทุกคนต้องรู้กฎหมาย และผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องได้รับโทษ จะแก้ตัวว่าตนเองไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดทางอาญาไม่ได้ แต่ถึงกระนั้นก็ตามก็ยังมีข้อยกเว้นอยู่บ้าง กล่าวคือให้ศาลมีอำนาจลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ถ้าศาลเห็นว่าตามสภาพของการกระทำและพฤติการณ์ ศาลอาจอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดแสดงพยานหลักฐานต่อศาลเนื่องด้วยเหตุผลที่ไม่รู้กฎหมายก็ได้ และหากศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ แต่มิใช่ไม่ลงโทษเลย

แต่ตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศแล้วตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 30, 32 และ 33 เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์กฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เรื่ององค์ประกอบทางด้านจิตใจเป็นความต้องการทั่วไปในเรื่องความรับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคลที่ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ตามมาตรา 30 ได้ระบุเรื่อง “องค์ประกอบทางด้านจิตใจ” เป็นระดับของการรับรู้ทางด้านภายนอกหรือการนิยามองค์ประกอบของผู้กระทำผิด องค์ประกอบภายนอกได้แสดงให้เห็นถึงการให้ความหมายด้านบวกเกี่ยวกับองค์ประกอบของอาชญากรรม “องค์ประกอบภายนอก” สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงกฎหมายสารบัญญัติและไม่ใช่องค์ประกอบทางด้านวิธีบัญญัติ แต่บนพื้นฐานของร่างประวัติศาสตร์และข้อเท็จจริงที่ว่าข้อ 30 ได้แสดงถึงพฤติการณ์ ผลลัพธ์และสภาพแวดล้อม องค์ประกอบภายนอกต้องได้รับความเข้าใจในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายนอกที่ระบุถึงวัตถุประสงค์ของการระบุนาอาชญากรรม และบางส่วนเห็นว่าตามข้อ 30 นี้เป็นการสร้างหลักการในของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในเรื่องหลักการของผู้กระทำผิดทางอาญาที่เป็นปัจเจกบุคคล ซึ่งพวกเขาได้เสนอหลักการที่ว่า “actus non facit reum nisi mens sit rea” โดยถือว่าความรับผิดทางอาญาของบุคคลคือบุคคลที่ควรตระหนักรู้เพียงพอว่าอะไรคือสิ่งที่เขาทำและทราบผลลัพธ์ของการกระทำนั้น

¹⁵⁹ สุขสมชัย สุทธิบัณฑิต. *กฎหมายอาญาภาค 1*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2527. หน้า 161 - 169.

6. เปรียบเทียบกรณีการอ้างการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำ มีหน้าที่ หรือเชื่อ โดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้น เป็นคำสั่งซึ่งมิชอบด้วยกฎหมาย”

ตามข้อ 33 ของธรรมนูญกรุงโรม กำหนดไว้ว่า “คำสั่งของผู้บังคับบัญชาและการออก คำสั่งตามกฎหมาย

1. ข้อเท็จจริงที่ว่าอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ ที่ประกอบโดยบุคคลที่ ปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาล หรือผู้บังคับบัญชาไม่ว่าฝ่ายทหารหรือพลเรือนจะไม่เป็นผลให้บุคคล นั้นพ้นจากความรับผิดชอบอาญา เว้นแต่

(ก) บุคคลนั้นมีพันธุกรรมทางกฎหมายที่ต้องเชื่อฟังคำสั่งของรัฐบาลหรือ ผู้บังคับบัญชา

(ข) บุคคลนั้นไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นมิชอบด้วยกฎหมาย และ

(ค) คำสั่งนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้งว่ามิชอบด้วยกฎหมาย

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ คำสั่งให้กระทำอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือ ประกอบอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง”

กรณีที่ศาลไทยเห็นว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาแล้วไม่มีความผิด ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12091/2558

ก่อนจับกุมโจทก์ทั้งสองได้มีการจับกุม ข. กับพวกในข้อหาหลักทรัพย์ในเวลากลางคืน ข. ให้การว่าโจทก์ทั้งสองเป็นผู้ใช้จ้างวาน จึงมีการสอบสวน ขยายผลและจับกุมโจทก์ทั้งสองมาลง บันทึกลงประจำวันไว้ และตามสำเนารายงานประจำวันเกี่ยวกับคดีระบุว่า พันตำรวจเอก ส. ผู้กำกับ การสถานีตำรวจนครบาลพระโขนง สั่งให้จำเลยทั้งสิบสามซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายสืบสวนปราบปราม นำตัว ข. ไปสอบสวนขยายผล โดยนัดโจทก์ที่ 2 มารับรถยนต์ที่หน้าห้างสรรพสินค้า ซึ่งเป็นเรื่อง จำเป็นเร่งด่วนหากต้องไปขอหมายจับจากศาลชั้นต้นแล้วผู้ร่วมกระทำความผิดอาจหลบหนีไปได้ ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 78 (3) ทั้งรถที่ถูกกักอยู่ที่บ้านของโจทก์ที่ 2 และ โจทก์ที่ 2 เป็นผู้พาเจ้าพนักงาน ตำรวจไปทำการตรวจค้นเอง จึงไม่จำเป็นต้องขอหมายค้นจากศาลตาม ป.วิ.อ. มาตรา 92 (4) และมาตรา 94

การกระทำของจำเลยทั้งสิบสามเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งการ โดยชอบ จึงไม่มีความผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตาม ป.อ. มาตรา 157

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10165/2551

จำเลยที่ 1 ได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาให้สืบสวนข้อเท็จจริงตามหนังสือร้องเรียนของจำเลยที่ 2 ซึ่งร้องเรียนว่าโจทก์ร่วมกับพวกสร้างหลักฐานเท็จออกโฉนดที่ดินโดยไม่ชอบ จำเลยที่ 1 จึงไปพบและสอบถาม ส. ภริยาของ ม. และ ค. เพื่อให้ ม. และ ค. ซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำผิดมาให้มีข้อเท็จจริง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาพยานบุคคลมาให้การประกอบการดำเนินคดีแก่โจทก์ร่วม แม้จำเลยที่ 1 จะพูดว่าหากไม่ได้ความร่วมมือเป็นพยานจะดำเนินคดีแก่ ม. และ ค. ก็ตาม ก็อยู่ในขบวนการสืบสวนหาข้อเท็จจริง ทั้งการไปเป็นพยานยอมเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงยังไม่ถึงขั้นรับฟังได้ว่าเป็นการข่มขู่ที่จะทำให้เป็นความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และจำเลยที่ 2 ไม่มีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุน

ในทางปกครองแล้วตามหลักการบังคับบัญชา เป็นความสัมพันธ์ในการจัดระเบียบภายในองค์การปกครอง ที่มีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกันตามลำดับชั้นในรูปพีรามิด ผู้ใต้บังคับแต่ละคนจะขึ้นตรงต่อเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่งที่เป็นผู้บังคับบัญชา และเจ้าหน้าที่คนนั้นก็ขึ้นตรงต่อเจ้าหน้าที่อีกคนที่เป็นผู้บังคับบัญชาที่เหนือกว่า ผู้บังคับบัญชามีอำนาจแนะนำหรือสั่งการให้เจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติตามที่ได้รับมอบหมายให้ถูกต้องตามกฎหมายและระเบียบแบบแผน อีกทั้งมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาได้

ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งการให้ปฏิบัติหน้าที่ หากเจ้าหน้าที่คนใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะถือเป็นความผิดวินัย และอาจเป็นความผิดวินัยร้ายแรง ถ้าไม่ขัดขึ้นคำสั่งผู้บังคับบัญชาดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายแก่ราชการร้ายแรง ตามมาตรา 82 (4) และมาตรา 84 และมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

จะต้องถือเป็นหลักว่า “ข้าราชการมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา”

แต่หลักดังกล่าวมีข้อยกเว้นว่า “ข้าราชการที่จะต้องไม่เคารพเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งเป็นการดำรงไว้ซึ่งหลักนิติรัฐ ตามหลักกฎหมายปกครองว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ข้าราชการจึงมีหน้าที่สำคัญที่จะไม่ฟังปฏิบัติหรือกระทำการใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะมีคำสั่งของผู้บังคับบัญชาให้

กระทำการก็ตาม และหากว่าข้าราชการคนใดฝ่าฝืนกระทำการตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้กระทำการดังกล่าวก็มีความผิดวินัยที่จะต้องถูกลงโทษทางวินัยได้เช่นกัน

หลักว่าด้วยข้าราชการที่จะต้องไม่เคารพเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้รับการบัญญัติรองรับไว้ตาม มาตรา 82 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ว่า

“มาตรา 82 ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องกระทำการอันเป็นข้อปฏิบัติดังต่อไปนี้
(4) ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการ โดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ โดยไม่ขัดขึ้นหรือหลีกเลี่ยง แต่ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการ หรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการจะต้องเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้น และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม”

แต่เนื่องจากหลักว่าด้วยข้าราชการที่จะต้องไม่เคารพเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นข้อยกเว้นของหลักอำนาจบังคับบัญชา จะต้องตีความอย่างแคบจะต้องพิจารณาเห็นว่า คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชานั้น จะต้องมิชอบเขตที่แคบว่า คำว่า คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองทั่วไป¹⁶⁰

แต่คำสั่งในทางทหรนั้นแตกต่างจากของข้าราชการพลเรือน “คำสั่ง” ในทางอาญา ทหาร ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาทหาร มาตรา 4 ให้คำนิยามไว้ว่า

“คำสั่ง หมายถึง บรรดาข้อความที่ผู้ซึ่งบังคับบัญชาทหารผู้ถืออำนาจอันสมควร เป็นผู้สั่งไปโดยสมควรแก่กาลสมัยและชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมาย คำสั่งเช่นนี้ท่านว่าเมื่อผู้รับคำสั่งนั้นได้กระทำตามแล้ว ก็เป็นอันหมดเขตของการที่สั่งนั้น”

ดังนั้น “คำสั่ง” ในทางอาญาทหาร ที่หากฝ่าฝืนแล้วจะมีเป็นความผิดทางอาญาจะต้องมีลักษณะดังนี้

1. เป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจจะเป็นสั่งการด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ และในบางสถานการณ์อาจรวมถึงการให้สัญญาต่าง ๆ ที่สื่อความหมายให้ปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย

¹⁶⁰ นรณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. หลักกฎหมายปกครองวันละเรื่อง . 1 มกราคม 2561 จาก

2. เป็นคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจสั่งการ

3. คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและมีความเหมาะสมกับสถานการณ์
ระเบียบปฏิบัติ ประเพณีนิยมตามสมัยนิยมหรือตามกาลเทศะ

4. เมื่อผู้รับคำสั่งปฏิบัติตามคำสั่งแล้ว ก็เป็นอันหมดเขตของการที่สั่งนั้น

พ.อ.ธานีทร ทุนทุสวัศดี ผู้อำนวยการกองนิติธรรมทหาร กรมพระธรรมนูญ ได้อธิบาย
ข้อแตกต่างระหว่างคำสั่งทางอาญาทหารกับคำสั่งทางวินัยทหารไว้ในดำรา “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับ
วินัยทหาร” ของกรมพระธรรมนูญว่า ถ้าคำสั่งใดที่ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้สั่งและคำสั่งนั้นมีลักษณะ
ถ้าได้กระทำแล้วก็เป็นอันหมดเขตของการที่สั่งนั้น คือมีระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุด เมื่อผู้ได้รับ
คำสั่งปฏิบัติตามคำสั่ง ถือว่าเสร็จสิ้นภารกิจที่ได้รับคำสั่ง นั้นแล้ว มิใช่คำสั่งที่มีลักษณะต้อง
ปฏิบัติตลอดไป และเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเจาะจง เช่น สั่งให้ใคร ทำอะไร หรือปฏิบัติอย่างไร
เช่นนี้ถือเป็นการสั่งตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร แต่ถ้าหากเป็นการสั่งการแก่ทหารทั่วไป
มิได้มีลักษณะเจาะจงต่อทหารผู้ใดผู้หนึ่ง ทั้งยังเป็นคำสั่งที่ใช้ได้ตลอดไปโดยไม่มี
ระยะเวลาสิ้นสุด ยกเว้นจะมีการยกเลิก เช่นนี้ถ้ามีการขัดขึ้นละเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งลักษณะ
ดังกล่าว ก็จะเป็นความผิดวินัยตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ.2476

และคำพิพากษาศาลทหารสูงสุดวางหลักไว้ว่า ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งห้ามมิให้
กระทำการใดๆ ที่มีกฎหมายห้ามไว้อยู่แล้ว เมื่อผู้ได้บังคับบัญชาฝ่าฝืนก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด
ฐานขัดคำสั่ง เพราะถือว่าแม้จะมีคำสั่งนั้นก็ต้องงดเว้นตามกฎหมายอยู่แล้ว

คำพิพากษาศาลทหารสูงสุดที่ 11/2501

คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งห้ามมิให้จำเลยยิงปืนในหมู่บ้านโดยไม่มีเหตุอันควร
แม้มิได้มีคำสั่งดังกล่าว จำเลยก็มีหน้าที่ต้องงดเว้นไม่ฝ่าฝืนในเรื่องนี้อยู่แล้ว เมื่อคำสั่งนี้ไม่
ปรากฏว่าได้สั่งเพื่อประโยชน์ในราชการตามหน้าที่ของผู้สั่งแต่อย่างใด คำสั่งนี้จึงไม่เป็นคำสั่ง
ตามความหมายของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายอาญาทหาร เมื่อจำเลยขัดขึ้นไม่กระทำตาม
จึงไม่เป็นความผิด

สำหรับความผิดฐานขัดคำสั่งตามประมวลกฎหมายอาญาทหารนั้นมีบัญญัติไว้ใน
มาตรา 30 (ขัดขึ้นหรือละเลยไม่กระทำตามคำสั่ง) และมาตรา 31 (ขัดขึ้นไม่กระทำตามคำสั่ง
อย่างองอาจ)

ประมวลกฎหมายอาญาทหารมาตรา 31 นี้มีจุดประสงค์เพื่อต้องการรักษาระเบียบ
วินัยและความปลอดภัยในสถานการณ์ที่ต้องเข้มงวดและเคร่งครัดเป็นพิเศษ คือ สถานการณ์ที่มี
การถืออาวุธเพื่อปฏิบัติการกิจอย่างใดอย่างหนึ่งอยู่ หากมีผู้แสดงอาการขัดขึ้นในสถานการณ์

ดังกล่าวย่อมอาจมีความเสี่ยงต่อการเกิดเหตุร้ายหรือความวุ่นวายขึ้น จึงจำเป็นต้องมีบทกรรณัติตามมาตราดังกล่าว¹⁶¹

จะเห็นได้ว่าการอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายอาญาของไทยนั้นศาลก็รับฟังแต่ในทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นค่อนข้างยากกว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็น การอ้างในระหว่างที่มีสงครามเพราะว่าสภาพแวดล้อมของการอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาใน กรณีที่เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายสงครามนั้นค่อนข้างมีความซับซ้อนและโครงสร้างของ กฎหมายประกอบไปด้วยความไม่แน่นอนและความคลุมเครือหลายประการเพราะว่ากฎหมาย สงครามนั้นต้องถูกนำไปปรับใช้ในสถานการณ์ที่มีการสู้รบกันเพราะสงครามคือความรุนแรง การเปลี่ยนแปลงและสภาพแวดล้อมที่มีความซับซ้อนอยู่ตลอดเวลาดังนั้นการปรับใช้ระบบ กฎหมายภายใต้เงื่อนไขดังกล่าวจึงเป็นเรื่องลำบาก ดังนั้นภายใต้เงื่อนไขในลักษณะนี้จึงทำให้ ทหารพิจารณากำหนดพันธกรณีตามกฎหมายหรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้ลำบาก

7. การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญานอื่น

การอ้างเรื่องข้อยกเว้นทางอื่นๆ ที่ปรากฏอยู่ตามหลักกฎหมายอาญาของไทย เช่น การอ้างเรื่องความยินยอม ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูรและอาจารย์นริศรา แดงไฟ ได้อธิบาย ความยินยอมในทางอาญาว่า ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา คือ หลักความยินยอมอัน บริสุทธิ์ของผู้เสียหายเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาหรือไม่นั้นศาลฎีกาได้วางหลักในลักษณะเป็น การยอมรับหลักที่ว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยมี หลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

(1) ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่อย่างน้อยในขณะที่กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็น ความผิด

(2) ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์

(3) ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี

โดยศาลฎีกาไทยนำหลักความยินยอมตามความหมายสากลมาระบุไว้ในคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 1403/2508 ว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมาย บัญญัติเป็นความผิดถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่ในขณะ

¹⁶¹ ร้อยตรี สุริยัณ พุทธหอม. บันทึกนายทหารพระธรรมนูญ. 1 มกราคม 2560 จาก

กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำการเป็นความผิดได้” ความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีมีหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาและความผิดฐานใดบ้างที่ผู้กระทำสามารถอ้างความ

ความยินยอมของผู้เสียหายได้นั้น มีหลักเกณฑ์พอสรุปได้ว่า

ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่พิจารณา ดังนี้

(1) ความผิดที่ยินยอมให้กระทำนั้นมีสิ่งทีกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองที่เรียกว่าคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หรือไม่กล่าวคือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นความคุ้มครองในส่วนตัวตนเช่นเจ้าของทรัพย์สินยอมให้ผู้อื่นทำลายทรัพย์สินได้ไม่เป็นการผิดตามมาตรา 358 และคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นความคุ้มครองในส่วนรวม เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277 ถึงแม้ผู้เสียหายยินยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายก็เป็นการสละในส่วนตัวตนเท่านั้นผู้เสียหายไม่มีอำนาจสละคุณธรรมในส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองศีลธรรมในทางเพศของคนในสังคมได้

(2) การขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีพิจารณาจากผลประโยชน์ของสังคมมหาชนและศีลธรรม

(3) ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เนื่องจากความผิดตามกฎหมายอาญาไม่ได้มีเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง แต่มีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ประกอบกับการจะอ้างความยินยอมได้หรือไม่ต้องพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายว่าเป็นความคุ้มครองในส่วนตัวตนหรือส่วนรวม ซึ่งจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงทางภาวะวิสัย (objective) อันเป็นเหตุเนื่องจากการกระทำ (cause objective) นั้นเอง¹⁶²

การอ้างเรื่องหลักความยินยอมตามกฎหมายไทยนั้นในบางกรณีก็ทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดไปเลย เช่น กรณีข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น หรือบางครั้งก็ทำให้ดูเหมือนขาดเจตนาเช่นในกรณีของการบุกรุก ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2853/2539

การที่จำเลยเข้าไปในบ้านผู้เสียหายเพื่อชมรายการโทรทัศน์โดยได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายนั้นยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยเข้าไปโดยไม่มีเหตุอันสมควรและมีเจตนารบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้เสียหายถึงแม้ว่าในขณะที่จำเลยจะออกจากบ้านได้ถือโอกาสกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายก็ตามการกระทำของจำเลยไม่เป็นการผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา

¹⁶² ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยงกูรและอาจารย์นริศรา แดงไผ่ . บทที่ 3 หลักความยินยอม. 2

มาตรา 364 และเมื่อไม่เป็นความผิดตามมาตรา 365 (1) (3) ด้วย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างข้อยกเว้นอื่นๆ ตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาระหว่างประเทศยอมรับฟังข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องอื่นๆ กว้างกว่ากฎหมายภายใน เช่น เรื่องความจำเป็นทางทหาร เป็นต้น

9. การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ

9.1 หลักบุคคลจะไม่ถูกพิจารณาคดีซ้ำสองในความผิดเดียว (ne bis in idem)

หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4-11 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39

มาตรา 39 สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไปดังต่อไปนี้

(5) เมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศฎีกาที่ 2019/2492

โจทก์ฟ้องจำเลยฐานทำร้ายร่างกาย ศาลชั้นต้นพิพากษาแล้ว ภายหลังผู้ถูกทำร้ายถึงแก่ความตาย โจทก์จะฟ้องจำเลยใหม่ฐานฆ่าคนตายอีกไม่ได้ ไม่ว่าคดีเดิมที่ศาลชั้นต้นพิพากษาแล้วจะถึงที่สุดเด็ดขาดแล้วหรือไม่ก็ดี เพราะการกระทำอันเดียวกันนั้น โจทก์ได้ฟ้อง และศาลได้พิพากษาแล้วคดีดังกล่าวหากศาลชั้นต้นยังมีได้พิพากษา โจทก์ได้แต่จะขอแก้ฟ้องตามมาตรา 163 ป.ม.วิ.อาญา หากศาลชั้นต้นพิพากษาแล้ว โจทก์ก็ขอแก้ฟ้องไม่ได้

9.2 อายุความ

อายุความเป็นเรื่องที่มีการถกเถียงกันมากพอสมควรเกี่ยวกับปัญหาของอายุความ โดยประเด็นพื้นฐานคือคดีอาญาควรมีอายุความหรือไม่ โดยตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นถือว่าได้มีการกำหนดอายุความไว้ ในการฟ้องร้องคดีจะต้องดำเนินการฟ้องร้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดนั้นอาจมีระยะเวลาสั้นหรือยาวแตกต่างกันไป ทั้งนี้โดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์ที่กฎหมายกำหนดให้มีอายุความฟ้องคดีอันได้แก่เรื่อง “กฎแห่งการลืม” โดยสัมพันธ์กับการกระทำ ความผิดที่ผู้กระทำผิดได้ทำลงไป หากความผิดไม่ร้ายแรงอายุความก็สั้น หากเป็นความผิดร้ายแรง

อายุความก็ยาว¹⁶³ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดหลบหนีนี้ อายุความจะปรากฏอยู่ในหมายจับด้วยว่า สามารถจับกุมได้ถึงวันที่เท่าใด

9.3 อายุของผู้กระทำความผิด

อายุของผู้กระทำความผิดนั้นตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 73, 74 และ 75 ได้กำหนดการยกเว้นโทษและลดโทษไว้ตามช่วงอายุคือ 10 ปี 10-15 ปี 15-18 ปี และ 18-20 ปี¹⁶⁴

การอ้างหลักกฎหมายอื่นๆ ตามกฎหมายวิธีสบัญญัติดังกล่าวข้างต้นนั้นมักจะมีหลักการคล้ายคลึงกันระหว่างกฎหมายอาญาภายในรัฐรวมทั้งกฎหมายอาญาของไทยและกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศที่ปรากฏหลักอยู่ในธรรมนูญกรุงโรม



¹⁶³ สมนึก ลิ้มเทียมเจริญ. *อายุความในการดำเนินคดีอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้กระทำความผิดหลบหนี*. ผลงานส่วนบุคคลของการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในการศาลชั้นต้น รุ่นที่ 11 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ.2556. หน้า 6.

¹⁶⁴ ปกป้อง ศรีสนิท. *กฎหมายอาญาชั้นสูง: อาชญากรรม ความรับผิด และโทษทางอาญา*. หน้า 158

บทที่ 5

สรุปการวิจัยและข้อเสนอแนะ

1. สรุปการวิจัย

กฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นได้รับการพัฒนาอย่างรวดเร็วมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลภายใต้ “หลักการนูเรมเบิร์ก” และศาลอาญาชั่วคราวสำหรับยูโกสลาเวียและในรวันดา จนกระทั่งเกิดเป็นธรรมนูญกรุงโรมฯ ของศาลอาญาระหว่างประเทศที่ได้รับอิทธิพลมาจากทั้งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและระบบกฎหมายจารีตประเพณี

ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญานั้นปรากฏอยู่ในหลักการทั่วไปของกฎหมายอาญาซึ่งอยู่ในภาคทั่วไปของกฎหมายอาญาโดยหลักการทั่วไปของกฎหมายอาญานั้นจะต้องนำไปใช้กับผู้กระทำความผิดทุกคน ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติเป็นเรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติเฉพาะของความประพฤตินั้นเป็นประเด็นว่าถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ดังนั้นเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายสารบัญญัติก็จะต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ถูกกล่าวหาและเมื่อมีการรวบรวมและพิจารณาเกี่ยวกับพยานหลักฐานเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดจริงตามที่กฎหมายสารบัญญัติได้บัญญัติไว้ หรือจะเป็นการอ้างเหตุยกเว้นความผิดตามกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งอ้างไปยังเรื่องคุณลักษณะของรัฐและสิทธิของศาลในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ซึ่งไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความบริสุทธิ์หรือความผิดของผู้ถูกกล่าวหา หากแต่พิจารณาในเรื่องเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ โดยในกลุ่มนี้ได้รวมถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักการไม่ดำเนินคดีย้อนหลัง หลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำ การให้ความคุ้มกันทางการทูต การได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล ข้อจำกัดของธรรมนูญกรุงโรม การนิรโทษกรรม การอภัยโทษ การยกเลิกโทษ การกล่าวหาว่ากระบวนการในการพิจารณาคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายสารบัญญัติอาจได้เป็น 2 ประเภทคือ ข้ออ้างและข้อยกเว้น ความแตกต่างในเรื่องนี้เกิดจากแนวความคิดของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่งความแตกต่างระหว่างการให้คำนิยาม, การกระทำความผิดและความรับผิดชอบ โดยในระบบนี้จะเป็นความแตกต่างระหว่างข้ออ้างและข้อแก้ตัวเป็นบทกฎหมายที่บังคับให้กระทำการที่สามารถลบล้างการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดและความแตกต่างดังกล่าวในระบบแนวความคิดในกฎหมายจารีตประเพณีก็เริ่มสนับสนุนแนวความคิดดังกล่าว ในมุมมองนี้เห็นว่า

ข้ออ้างของเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาในเรื่องที่มี “ข้ออ้าง” นั้นใช้สำหรับการกระทำที่ครบองค์ประกอบภายนอกตามคำนิยามของการกระทำความผิด (actus reus) แต่ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายเพราะผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการไปบนบรรทัดฐานที่อนุญาตให้กระทำได้ด้วยตัวอย่างเช่น การอ้างการป้องกันตนเองที่แม้จะเป็นการกระทำความผิดครบองค์ประกอบภายนอกแต่ก็ถือว่าไม่ได้กระทำความผิด และแม้ว่าเหตุผลการอ้างการป้องกันเป็นข้ออ้างนั้นจะมีความแตกต่างกันแต่ก็ล้วนอยู่บนเหตุผลในเรื่องการสร้างความสมดุลระหว่างเรื่องประโยชน์ที่นำมาเปรียบเทียบกันและพิจารณาว่าเรื่องใดมีประโยชน์ที่เหนือกว่า

โดยสรุปแล้วแม้ว่าธรรมนูญกรุงโรมนั้นจะไม่ได้กำหนดเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาไว้อย่างสมบูรณ์ทั้งหมดแต่ก็แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการรวบรวมเรื่องข้ออ้างความรับผิดทางอาญาไว้อย่างเป็นระบบ และบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมนั้นก็ถูกบัญญัติมาในลักษณะที่เป็นการ “ประนีประนอม” ของรัฐจำนวนมากโดยบางส่วนนำมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีและบางส่วนนำมาจากระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและข้อยกเว้นความรับผิดเหล่านี้ต้องนำไปปรับใช้กับอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงและหลักการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องคุณลักษณะของอาชญากรที่กระทำความผิดแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังให้ความสำคัญถึง “สภาพแวดล้อมที่ปัจเจกบุคคลนั้นอาจจะต้องรับผิดในทางอาญา” โดยแม้ว่าเขาจะเกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด แม้ว่าเดิมตามกฎหมายบัตรนูเรมเบิร์กนั้นจะไม่ยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง เช่น อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อสันติภาพและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยการยอมรับว่าข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาสำหรับอาชญากรรมร้ายแรงได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนในปี ค.ศ.1996 ในร่างประมวลอาชญากรรมซึ่งศาลสามารถกำหนดการยอมรับฟังเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปและตามที่ปรากฏตามในตัวของอาชญากรรมแต่ละเรื่อง และแม้ว่าตามธรรมนูญกรุงโรมแล้วจะเน้นไปที่ความรับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคลที่จะต้องทำให้มั่นใจได้ว่าอาชญากรผู้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงจะต้องถูกนำมาดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม โดยตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 ได้กำหนดเรื่องการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาไว้ 4 ประการ คือ ความบกพร่องทางจิต การทำให้อยู่ในภาวะมีนเมา การป้องกันตนเองและการถูกข่มขู่ และในกรณีอื่นคือข้อจำกัดทางด้านอายุ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิดในทางอาญา เป็นต้น

เรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญานั้นเป็นเรื่องที่มักจะถูกมองข้ามไปแม้ว่าจะเป็นเรื่องที่สำคัญเรื่องหนึ่งในเรื่องโครงสร้างความรับผิดทางอาญา และในทางปฏิบัติแล้วหากผู้กล่าวหาไม่กล่าวอ้างหรือยกเรื่องดังกล่าวขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้แล้ว เช่น ให้การรับสารภาพในข้อกล่าวหาที่ถูก

กล่าวหาในทางอาญาแล้วเรื่องดังกล่าวอาจไม่ได้นำหีบยกขึ้นมาในระหว่างการพิจารณาคดี การลงโทษ โดยเห็นว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดทางอาญาที่ถือว่าเป็นข้อห้ามของสังคม เหมือนกันทุกคนนั้นอาจมีข้อดีในแง่ที่ว่าผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในลักษณะ เดียวกันถูกลงโทษเหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดบางประการนั้น โดยเฉพาะเมื่อ คำนึงถึงเรื่องสภาพแวดล้อมและลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดแล้ว หากใช้ทฤษฎีการ ลงโทษเด็ดขาดแล้วอาจส่งผลต่อสภาพความเรียบร้อยของสังคมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รวมไปถึงปัญหาที่กระทบต่อลักษณะของความยุติธรรมอีกด้วย กฎหมายอาญาจึงยอมรับข้อยกเว้น ความรับผิดชอบทางอาญาในโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาว่าสามารถนำมาเป็น “ข้ออ้าง” หรือ “ข้อยกเว้น” ได้ และตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นก็ยอมรับเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทาง อาญาด้วย ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศคือเรื่อง สิทธิระหว่างการฟ้องร้องดำเนินคดีกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาซึ่งแนวความคิดดังกล่าว อยู่ในกรอบความคิดทางอุดมคติเรื่อง “การปรองดอง” และลดความเป็นศัตรูกันมิใช่เรื่องของการแก้แค้นตอบแทน ดังนั้นแม้การดำเนินคดีอาชญากรรมร้ายแรงก็ยังคงคำนึงถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา และการดำเนินคดีที่เป็นธรรมตามหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ธรรมนูญกรุงโรมของศาล อาญาระหว่างประเทศจึงได้ยอมรับกรอบแนวความคิดในเรื่อง “ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา” นั้นภายหลังจึงเป็นที่ยอมรับและปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 31 ถึง 33 เรื่องพื้นฐานของ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นมีทั้งส่วนที่เป็นข้ออ้างและข้อ แก่ตัว ในส่วนที่เป็นข้ออ้างเป็นการพิสูจน์ว่าการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นการกระทำความผิด หรือไม่ ส่วนข้อแก้ตัวเกี่ยวข้องกับการยอมรับว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดแต่ไม่ต้องรับผิด ทางอาญาโดยมีเหตุผลรองรับ การให้ความหมายของสังคม ผลลัพธ์ทางกฎหมายและสำหรับเหตุผล อื่นด้วย ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของศาลอาญาระหว่างประเทศมีทั้งที่สอดคล้องกับหลัก กฎหมายอาญาภายในรัฐ ตัวอย่างเช่น ตกอยู่ในภาวะถูกบังคับ การป้องกันตนเอง การสำคัญผิดใน ข้อเท็จจริง หรือความบกพร่องทางจิต แต่ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาบางประการก็มีอยู่แต่ใน หลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น เช่น การปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาหรือการแก้แค้น เป็นต้น

นอกจากนั้นแล้วประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบของกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศคือกรอบแนวความคิดของศาลอาญาระหว่างประเทศในเรื่องนี้ค่อนข้างเปิดกว้าง เพราะนอกจากตามธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศจะพยายามกำหนดให้สอดคล้อง กับหลักการของกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการรับรองของรัฐและให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายที่ แตกต่างกันทั้งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณี นอกจากนั้นแล้วใน

ธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ระบุถึงประเภทของเหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาไว้ทุกอย่าง ดังนั้นตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 (3) จึงอนุญาตให้ศาลอ้างอิงเหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาอื่นได้ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 21 บทบัญญัตินี้มีความสำคัญเนื่องจากทำให้คณะกรรมการของศาลสามารถนำเหตุยกเว้นความรับผิดชอบที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายภายในมาปรับใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่นเรื่องการอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบในเรื่องการขัดกันเรื่องผลประโยชน์หรือการป้องกันตัวเกินกว่าเหตุ

เมื่อทำการศึกษาเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของไทยแล้วในทางสารบัญญัติแล้ว ทำให้ได้ข้อสังเกตว่าข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีลักษณะคล้ายกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของไทยหลายประการ แต่อาจแตกต่างกันบ้างในเรื่องรายละเอียดในการนำไปปรับใช้เนื่องจากเพราะคดีอาญาที่ดำเนินการในศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นล้วนเป็นคดีร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อมนุษยชาติ แต่ที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนที่กฎหมายอาญาของไทยยังไม่ยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายหรือจารีตประเพณีให้กระทำได้ ในขณะที่กฎหมายอาญาระหว่างประเทศยินยอมให้ผู้กล่าวหาขิ้นต่อสู้ต่อได้กว้างขวางกว่าเพราะข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามที่ระบุไว้ในข้อ 31 แห่งธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ถือว่าเป็นที่สุด แต่ตามวรรค 3 ได้อ้างธรรมนูญกรุงโรมข้อ 21 ซึ่งกำหนดให้ศาลสามารถปรับใช้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมเป็นลำดับแรกและด้วยเหตุผลทางด้านความเหมาะสมสามารถปรับใช้หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้และนอกจากนั้นยังสามารถปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากศาลตามกฎหมายภายในรัฐของระบบกฎหมายภายในโลกได้ด้วย โดยมีเงื่อนไขในการใช้บังคับและการตีความต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นที่ยอมรับกันระหว่างประเทศ และโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของข้อพิจารณา เช่น การแบ่งแยกเพศ ดังที่ได้ให้คำนิยามไว้ในข้อ 7 วรรค 3 กล่าวคือ อายุ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา หรือความเชื่อ ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่นๆ แหล่งกำเนิด ตามสัญชาติหรือชาติพันธุ์หรือสังคม ความมั่งมี สถานะที่ได้มาด้วยการเกิดหรือสถานะอื่นๆ

นอกจากนี้แล้วเมื่อศึกษาเปรียบเทียบทางด้านวิธีสบัญญัติตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานตามข้อ 79 และข้อ 80 ได้กำหนดไว้ อย่างชัดเจนว่าในกรณีที่มีการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา ทนายความฝ่ายผู้ถูกกล่าวหาต้องแจ้งไปยังอัยการเกี่ยวกับชื่อของพยานหรือพยานหลักฐานอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับพื้นฐานของการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาและผู้ถูกกล่าวหาจะต้องแจ้งไปยังผู้พิพากษาที่ทำการไต่สวนและอัยการเมื่อมีเจตนาที่จะยกข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามข้อ 31 ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เพื่อให้มี

ความเห็นที่เพียงพอต่อการเตรียมการดำเนินคดีที่เหมาะสมสำหรับการพิจารณาคดี ซึ่งกฎหมายไทย ยังไม่มีกฎหมายวิธีสบัญญัติในส่วนนี้ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะยกขึ้นกล่าวอ้างในชั้นใดได้บ้าง

2. ข้อเสนอแนะ

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้ให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแต่ประเทศไทยเป็นรัฐหนึ่งที่ลงมติสนับสนุนธรรมนูญกรุงโรม และเข้าร่วมลงนามธรรมนูญกรุงโรมเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2543 โดยคณะรัฐมนตรีไทยได้มีมติเมื่อวันที่ 19 มกราคม 2542 แต่งตั้ง "คณะกรรมการพิจารณาธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ" ขึ้นตามที่กระทรวง ต่างประเทศเสนอ มีหน้าที่พิจารณาผลดีและผลเสียของการเข้าเป็นรัฐภาคีแห่งธรรมนูญ ตลอดจนพิจารณาว่าต้องออกกฎหมายเพิ่มเติมหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่หรือไม่อย่างไร รวมทั้ง ดำเนินการต่างๆ ที่จำเป็น เช่น เผยแพร่เนื้อหาสาระของธรรมนูญให้แก่สาธารณชน แต่เนื่องจาก ธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 27 กำหนดว่า ให้ใช้ธรรมนูญบังคับแก่บุคคลทุกคนอย่างเสมอหน้ากัน และไม่ มีใครจะอ้างอำนาจหน้าที่ทางราชการ โดยเฉพาะในฐานะประมุขแห่งรัฐ มาคุ้มกันตนให้พ้นจาก ความรับผิดชอบทางอาญาได้เลย รัฐบาลไทยจึงไม่ยอมให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรม เพราะ ข้อ 27 ดังกล่าวจะมีผลให้พระมหากษัตริย์ไทยอ้างความคุ้มกันตามกฎหมายไทยมิได้ เช่น ความคุ้มกันที่ให้ ไว้ในมาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นต้น

ความคิดที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจพิจารณาคดี ไม่ใช่อาชญากรรมทั่วไป แต่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมร้ายแรงที่สุด 4 ประเภท คือการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรม ต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน และศาลอาญาระหว่าง ประเทศอาจมีดุลอาญาเหนือคดีอาชญากรรมร้ายแรง ตามกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ

(1) เมื่อรัฐภาคีเป็นรัฐเจ้าของดินแดนที่อาชญากรรมถูกกระทำขึ้น หรือเป็นรัฐที่จดทะเบียนเรือหรืออากาศยานในกรณีที่อาชญากรรมกระทำขึ้นบนเรือหรืออากาศยาน

(2) รัฐภาคีนั้นเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรม

(3) สำหรับรัฐที่ไม่ใช่ภาคี รัฐใดรัฐหนึ่ง อาจตกลงยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่าง ประเทศเป็นการเฉพาะกรณีได้ เมื่ออาชญากรรมกระทำขึ้นในดินแดนของตน บนเรือ หรืออากาศ ยานของตนหรือโดยคนชาติของตน ด้วยการส่งมอบคำประกาศให้แก่นายทะเบียน และรัฐดังกล่าว ต้องให้ความร่วมมือแก่ศาล โดยไม่ชักช้าและโดยไม่มีข้อยกเว้นใด

ประเทศไทยและคนไทยต่างก็ได้รับผลกระทบจากการมีผลบังคับใช้ธรรมนูญกรุงโรม ด้วย โดยอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลได้หากคณะมนตรีความมั่นคงเสนอสถานการณ์ที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐนั้นก่อน หรือกรณีที่มีการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐภาคี หรือมีการยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ แม้ว่าโดยสรุปแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศมีฐานะเสริมอำนาจศาลภายในของรัฐภาคีเท่านั้นตามหลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC Complementarity System) ดังนั้นก่อนอื่นเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับอาชญากรรมมากที่สุดจะต้องใช้อำนาจศาลภายในก่อน แต่เมื่อศาลภายในไม่สามารถ หรือไม่สมัครใจพิจารณาคดี ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงเข้ามาใช้เขตอำนาจเหนือคดีนั้นนอกจากนั้นแล้วในบางกรณีที่มีคดีที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับประเทศไทยโดยตรงแต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับประเทศไทย เช่นกรณีศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) เปิดเพิ่มการสอบสวนเบื้องต้น กรณีที่กองทัพเมียนมาถูกกล่าวหาว่าฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวโรฮิงญา เป็นต้น ดังนั้นการศึกษาหลักการเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญารวมไปถึงเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาจึงมีความสำคัญโดยเฉพาะในลักษณะของการศึกษาเปรียบเทียบกันเพราะในคดีอาชญากรรมร้ายแรงที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีคุณลักษณะเหนือประเทศใดนั้นส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดมักไม่ให้การยอมรับว่าได้กระทำความผิดจริงตามข้อกล่าวหาแต่ก็จะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายเพื่อให้ตนเองพ้นผิดหรือได้รับการยกเว้นโทษ

ประเทศไทยในปัจจุบันนอกจากกฎหมายอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาที่ถือว่าเป็นประมวลกฎหมายหลักที่ใช้ในการควบคุมสั่งคมและลงโทษทางอาญา ยังมีกฎหมายที่มีโทษทางอาญาถูกบัญญัติออกมาอีกเป็นจำนวนมากจนกฎหมายที่มีโทษทางอาญาของไทยมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาฟือ (overcriminalization) ที่แม้จะมีตัวบทกฎหมายและโทษทางอาญาเป็นจำนวนมากแต่ก็ขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้และถูกวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการถูกเลือกปฏิบัติจนไม่สามารถสร้างคุณธรรมให้เกิดในสังคมได้ รวมไปถึงทำให้โอกาสที่เจ้าพนักงานที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสสามารถใช้ดุลยพินิจได้โดยไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ ดังนั้นกฎเกณฑ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานตามข้อ 79 ที่กำหนดว่า

ข้อ 79 การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบ

1. จำเลยจะต้องแจ้งแก่อัยการเพื่อ

(เอ) การกล่าวอ้างของข้อแก้ตัวในกรณีที่เป็นการแจ้งเกี่ยวกับสถานที่เฉพาะหรือสถานที่ที่ถูกกล่าวหาปรากฏตัวในเวลาที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดพร้อมด้วยรายชื่อของพยานหรือพยานหลักฐานอื่นใดที่ถูกกล่าวหาประสงฆ์จะอ้างเพื่อพิสูจน์ถึงข้อแก้ตัว หรือ

(บี) การกล่าวอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามข้อ 31 วรรคแรก จะต้องมีการแจ้งถึงรายชื่อเฉพาะหรือพยานหลักฐานอื่นใดที่ผู้ถูกกล่าวหาประสงค์จะอ้างเพื่อพิสูจน์ถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา

2. การพิจารณาถึงข้อจำกัดทางด้านเวลาสำหรับกฎเกณฑ์อื่น การแจ้งตามข้อ 1. จะต้องให้มีเวลาเพียงพอสำหรับอัยการที่เตรียมพร้อมอย่างเหมาะสมในการเตรียมตัวและแก้ต่างคณะกรรมการอาจพิจารณาอนุญาตเป็นกรณีพิเศษให้อัยการเลื่อนการพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบ

3. การไม่ได้กล่าวอ้างของจำเลยภายใต้ข้อนี้ไม่เป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิตามข้อ 1. และการอ้างพยานหลักฐาน

4. กฎเกณฑ์ในข้อนี้ไม่ได้เป็นข้อจำกัดไม่ให้คณะกรรมการสำหรับการสั่งให้กล่าวอ้างถึงพยานหลักฐานอื่น

และข้อ 80 วิธีสำหรับการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้ข้อ 31 วรรค 3

1. จำเลยจะต้องแจ้งไปยังทั้งคณะกรรมการไต่สวนและอัยการถ้าหากประสงค์จะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบภายใต้ข้อ 31 วรรค 3 โดยการแจ้งนี้จะต้องมีเวลาเพียงพอสำหรับให้อัยการสามารถเตรียมพร้อมสำหรับการดำเนินคดี

2. สำหรับการแจ้งภายใต้ข้อ 1. คณะกรรมการไต่สวนจะต้องรับฟังทั้งฝ่ายอัยการและจำเลยก่อนที่จะพิจารณาว่าจำเลยสามารถยกข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้หรือไม่

3. หากจำเลยได้รับอนุญาตให้ยกข้อยกเว้นความรับผิดชอบ คณะกรรมการไต่สวนอาจอนุญาตให้อัยการเลื่อนการดำเนินคดีเพื่อพิจารณาข้อยกเว้นดังกล่าว

ข้อเสนอแนะที่เป็นพื้นฐานเมื่อประเทศไทยได้ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วทำให้ประเทศไทยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรมก็ตามแต่ประเทศไทยก็อยู่ในสถานะรัฐที่ลงนามและนอกจากนั้นแล้วธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยมีเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศที่ไม่ต้องการให้เกิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมสงคราม ประเทศไทยจึงควรร่วมรับผิดชอบต่อประชาคมโลกในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมร้ายแรงที่ได้รับการยอมรับเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าผู้ที่กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงดังกล่าวสมควรได้รับการลงโทษตามหลักความผิดสากล ประเทศไทยจึงควรบัญญัติกฎหมายให้มีความผิดตามที่ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนด

นอกจากนั้นแล้วเมื่อศึกษาเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรม ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายอาญาของไทยแล้ว สมควรปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดดังต่อไปนี้ คือ

ประการแรก ในชั้นสืบสวนสอบสวน ในชั้นเจ้าพนักงานตำรวจที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนสอบสวนไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญามีเพียงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131 ที่บัญญัติว่า

“ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิด เท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกล่ามทา เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำผิด และพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา”

แต่อย่างไรก็ตามในชั้นเจ้าพนักงานที่ดำเนินการสืบสวนสอบสวนนั้นไม่ปรากฏชัดเจนว่าหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ต้องหาสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้ จะต้องทำความเข้าใจ “สั่งฟ้อง” หรือ “สั่งไม่ฟ้อง” ไปยังพนักงานอัยการ ดังนั้นในชั้นสืบสวนสอบสวนนี้หากปรากฏชัดว่าการกระทำของผู้ต้องหาสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้โดยในกรณีที่ไม่เป็นความผิดสามารถให้พนักงานสอบสวนทำความเข้าใจ “สั่งไม่ฟ้อง” ไปยังพนักงานอัยการได้ ส่วนกรณีที่ไม่ต้องรับโทษนั้นให้พนักงานสอบสวนทำความเข้าใจ “สั่งฟ้อง” ไปยังพนักงานอัยการ แต่ทำความเข้าใจว่าผู้ต้องหาไม่สมควรได้รับโทษหรือมีเหตุอื่นอันควรลดโทษลงเข้าไปในสำนวนการสอบสวนที่ส่งไปยังพนักงานอัยการด้วย

ประการที่สอง ในชั้นพนักงานอัยการ หากปรากฏข้อเท็จจริงไม่ว่าในทางใดว่าการกระทำของผู้ต้องหาสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้แล้วทำให้การกระทำของผู้ต้องหาไม่มีความผิด ไม่ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลง พนักงานอัยการควรทำความเข้าใจดังกล่าวหรือให้ปรากฏในคำฟ้องด้วย

ประการที่สาม ในการพิจารณาคดีของศาล ข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาเป็นข้อเท็จจริงที่อาจจะทำให้ผลของคำพิพากษาเปลี่ยนแปลงไปได้ ดังนั้นศาลจึงไม่ควรรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวจากคู่ความเท่านั้น ศาลจึงควรมีอำนาจในการไต่สวนกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงที่อาจทำให้ผู้ต้องหาสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้ รวมถึงในกรณีของการพิจารณาในศาลอุทธรณ์ ฎีกาด้วย

ประการที่สี่ ในชั้นการจำคุกหรือคุมประพฤติ โดยหากแม้ปรากฏข้อเท็จจริงในภายหลังเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาก็สมควรให้นำข้อเท็จจริงนั้นมาประกอบการพิจารณาลดโทษหรือดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องและสมควรกับข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญานั้น โดยเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 ที่บัญญัติว่า

“เมื่อมีการอ้างว่าบุคคลใดต้องถูกคุมขังในคดีอาญาหรือในกรณีอื่นใดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย บุคคลเหล่านี้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลท้องถิ่นที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาขอให้ปล่อย คือ

- (1) ผู้ถูกคุมขังเอง
- (2) พนักงานอัยการ
- (3) พนักงานสอบสวน
- (4) ผู้บัญชาการเรือนจำหรือพัศดี
- (5) สามเณร ภริยา หรือญาติของผู้นั้น หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกคุมขัง

เมื่อได้รับคำร้องดังนั้น ให้ศาลดำเนินการไต่สวนฝ่ายเดียวโดยด่วน ถ้าศาลเห็นว่าคำร้องนั้นมีมูล ศาลมีอำนาจสั่งผู้คุมขังให้นำตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลโดยพลัน และถ้าผู้คุมขังแสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลไม่ได้ว่าการคุมขังเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลสั่งปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังไปทันที”

โดยแม้ว่าเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาไม่ได้มีน้ำหนักหรือปัญหาเทียบเท่ากับการคุมขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็เป็นข้ออ้างหรือข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ได้ถือว่ากระทำความผิด ไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง ข้อเท็จจริงเหล่านี้จึงควรถูกนำมาพิจารณาเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมหลักหรือกระบวนการยุติธรรมทางเลือกเพื่อจะได้ไม่ต้องนำตัวผู้ถูกกล่าวหาไป “จำคุก” หรือ “คุมขัง” เท่านั้นแต่ควรมีวิธีการที่เหมาะสมกับเหตุที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาตามลักษณะหรือการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาด้วย

โดยภาพรวมแล้ว แนวทางในการพิจารณาความบกพร่องหรือความไม่สมบูรณ์ของผู้กระทำความผิดแต่ละคนควรถูกนำมาพิจารณาในรายละเอียดมากกว่าจะดูเพียงข้อหาหรือความร้ายแรงของการกระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้นในอนาคตการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของไทยอาจสามารถพัฒนาให้รับฟังข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาอื่นได้ด้วย เช่น ข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของกฎหมายประเทศอื่นๆ ของผู้กระทำความผิด เป็นต้น และควรกำหนดให้มีวิธีการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาว่าจะสามารถอ้างในชั้นตอนใดในชั้นจับกุม สอบสวน ชั้นพนักงานอัยการหรือในชั้นศาล เช่นเดียวกับกับกฎเกณฑ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานตามข้อ 79 และข้อ 80 ดังกล่าวข้างต้น



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง.
- ข่าวสด. (2561). *ส่งฟ้องลูกวิสาเว เจตนาฆ่า กลุ่มนร.ก็โดนข้อหา ต่อสู้ขัดขวางตร. ศาลให้ประกัน! คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย อัยการแถลงยืนยัน สั่งคดีรอบคอบ*. 1 มกราคม 2561 จาก https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_497686.
- ความรู้ทั่วไป,กฎหมาย,กฎหมายในชีวิตประจำวัน. (2561). “การป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย” ตามมาตรา 68. 2 มกราคม 2561 จาก <http://banker-bms.blogspot.com/2017/06/blog-post.html>.
- จิตติ ดิงศภัทย์. (2555). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 11). นนทบุรี: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง.
- ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. (2561). *หลักกฎหมายปกครองวันละเรื่อง*. 1 มกราคม 2561 จาก <https://www.facebook.com/DroitAdministrative/posts/872447266104518>.
- ทวีเกียรติ มนะกนิษฐ. (2562). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เทิดสยาม บุญยะเสนา. (2550). *บทบาทของศาลอาญาเฉพาะกิจในการชำระรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). *กฎหมายอาญาชั้นสูง: อาชญากรรม ความรับผิด และโทษทางอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ปิยดิศ ศรีตลานนท์. *ความมีนเมากับความรับผิดทางอาญา*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูรและนริศรา แดงไผ่. (2561). *บทที่ 3 หลักความยินยอม*. 2 มกราคม 2561 จาก www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-3.pdf
- ฤทธิรงค์ สมอุดร. (2536) *การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาเน้นหนักเฉพาะกรณีขอบเขตของการป้องกัน*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ลาวัลย์ หอนพรัตน์. (2560). *เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ เหตุรอกการกำหนดโทษ และเหตุรอกการลงโทษ*. 1 มิถุนายน 2560 จาก law.stou.ac.th/dynfiles/กม.อาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง%20หน่วยที่%204.pdf.

- สมนึก ลิ้มเทียมเจริญ. (2556). *อายุความในการดำเนินคดีอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้กระทำความผิดหลบหนี*. ผลงานส่วนบุคคลของการอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในการศาลชั้นต้น รุ่นที่ 11 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ.2556.
- สังกาส เนาวรัตน์พันธ์. (2549). *ปัญหาการดำเนินคดีอาญาและการบังคับโทษกับผู้ป่วยจิตเวช*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- สำนักข่าวไอเอ็นเอ็น. (2561). *ศาลสั่งรอลงอาญามือยิง ผกก.สภ.ศรีสำโรง*. 2 มกราคม 2561 จาก <http://www.innnews.co.th/shownews/show?newscode=504218>.
- สุขสมัย สุทธิบดี. (2527). *กฎหมายอาญาภาค 1*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- สุริยัณ พุทธหอม. (2561). *บันทึกนายทหารพระธรรมนูญ*. 1 มกราคม 2561 จาก <http://sja151.blogspot.com/>.
- หยุด แสงอุทัย. (2556). *กฎหมายอาญาภาค 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 21). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อนุชิต สัตยชานุกูล. (2556) *การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- Aksar, Yusuf. (2004). *Implementing International Humanitarian Law From The Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*. London : Routledge.
- Ambos, Kai. (2013). *Treatise on International Criminal Law Volume I: Foundations and General Part*. Oxford: Oxford University Press.
- Bantekas, Ilias and Nush, Susan. (2007). *International Criminal Law*. (3rd ed.) London: Cavendish.
- Bassiouni, M. Cherif. (2008). *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*. Ardsley, NY: Transnational.
- Bazyler, Michael. (2017). *Holocaust, Genocide, and the Law. A Quest for Justice in a Post-Holocaust World*. Corby: Oxford University Press.
- Boas , Gideon. Bischoff, James L. and. Reid, Natalie L. (2009). *International Criminal Law Practitioner Library: Volume 2, Elements of Crimes under International Law (The International Criminal Law Practitioner)*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Bonafè, Beatrice I. (2009). *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Brown, Bartram S. (2011). *Research Handbook on International Criminal Law*. Massachusetts: Edward Elgar.
- Cakmak, Cenap. (2017). *Brief History of the International Criminal Court*. S.l.: Palgrave Macmillan.
- Carter, Edward C. (2016). *Criminal Law and Procedure for the Paralegal*. Carter. New York: Wolters Kluwer.
- Cassese, Antonio. (2003). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cassese, Antonio. (2013). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Cerone, John and SáCouto, Susana. *International Criminal Law: A Discussion Guide. This manual is a product of the War Crimes Research Office at American University's Washington College of Law*. The preparation and production of this Guide was funded by the Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade and the Open Society Institute.
- Centre for International Law Research and Policy. (2017). *Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court*. September 2017.
- Cryer, Robert. Friman, Hakan. Robinson Darryl and Wilmshurst, Elizabeth. (2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cryer, Robert. (2011). *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*. Cambridge: Cambridge Univ. Press.
- Damgaard, Ciara. (2008). *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*. Copenhagen: Springer.
- Damgaard, Bearbeitet Von Ciara. (2017). *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*. Retrieved December 6, 2017 from http://www.beck-shop.de/fachbuch/leseprobe/9783540787808_Excerpt_001.pdf.

- Dimock, Susan. "What are Intoxicated Offenders Responsible for? The "Intoxication Defense" Re-examined" *Crim Law and Philos.* (2011). 5:1–20 DOI 10.1007/s11572-010-9097-2 (online).
- Duff, R.A. (2007). *Answering for Crime Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Einarsen, Terje. (2012). *The Concept of Universal Crimes in International Law*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Gallant, Kenneth S. (2011). *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Elliott, Catherine and Quinn, Frances. (2010). *Criminal Law*. (8th ed). London: Pearson.
- Fletcher, George P. (1998). *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Geary, Roger. (2002). *Understanding Criminal Law*. London: Cavendish Publishing Limited.
- Goldstein, Abraham S. and Goldstein, Joseph. (1971). *Crime Law & Society*. New York: The Free Press.
- Hall, Daniel E. (2009). *Criminal and Procedure*. (5th ed.) New York: Delmar.
- Hei, Sarah J. (2013) *The Applicability of the Duress Defense to the Killing of Innocent Persons by Civilians*. *Cornell International Law Journal* Vol. 46.
- Herring, Jonathan. (2010). *Criminal Law: The Basics* . London: Routledge.
- Hessbruegge, Jan Arno. (2017). *Human Rights and Personal Self- Defense in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Husak, Douglas. (2005). *Criminal Law Theory*, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, eds. Martin P. Golding and William A. Edmundson. Oxford: Blackwell Publishing.
- Human Rights Watch. (2016). *The International Criminal Court: How Nongovernmental Organizations Can Contribute To the Prosecution of War Criminals September 2004*. Retrieved December 5, 2016
from: <https://www.hrw.org/legacy/backgrounder/africa/icc0904/icc0904.pdf>
- ICRC. (2017). *General Principles of International Criminal Law*. Retrieved December 6, 2017
from <https://www.icrc.org/en/document/general-principles-international-criminal-law-factsheet> .

- Jescheck, H.-H. (1992). International Crimes. *Encyclopedia of Public International Law* Volume II (1992).
- Johnstone, Gerry and Ward, Tony. (2010). *Law and Crime*. London: Sage.
- Kittichaisaree, Kriangsak. (2001). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press. 2001.
- Knoops, Geert-Jan Alexander. (2008). *Defenses in Contemporary International Criminal Law*. Leiden: Nijhoff.
- Kudo, Koji. (2017). *Command Responsibility and the Defence of Superior Orders*. The thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester. 2007.
- K. Calvo-Goller . (2006). *The Trial Proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR precedents*. Leiden: Nijhoff. 2006.
- MacKay, R. D. (2003). *Mental Condition Defences in the Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press.
- McGoldrick , Dominic Rowe Peter and Donnelly, Eric. (2004). *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*. Oxford: Hart Pub.
- May, Larry and Hoskins, Zachary. (2010). *International Criminal Law and Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- M. Klamberg. (2017). *Commentary on the law of the International Criminal Court*. Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Marchuk, Iryna. (2014). *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis*. New York: Springer.
- Muthoni, Viola Wakuthii. (2013). *Duress as a Defence in International Criminal Law: From Nuremberg to Article 31(1) (d) of the Rome Statute of the International Criminal Court*. Research Paper submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Laws (LL.M) in Transnational Criminal Justice and Crime Prevention-An International and African Perspective. Faculty of Law, University of the Western Cape. 2013.
- Nollkaemper, André and Wilt, Harmen van der. (2009). *System Criminality in International law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Novak, Andrew. (2015). *The International Criminal Court an Introduction*. Cham: Springer.
- Nsereko, Daniel D. Ntanda. (2016). *The Evolution of International Law and the International Criminal Court in Context*. Retrieved December 5, 2016 from :
<http://www.pgaction.org/pdf/The-Evolution-of-International-Criminal-Law.pdf>.
- O'Sullivan, Aisling. (2017). *Universal Jurisdiction in International Criminal Law: the Debate and the Battle for Hegemony*. Milton Park, Abingdon, Oxon: Routledge.
- O Sullivan C. (2016). *Killing on Command the Defence of Superior Orders in Modern Combat*. London: Palgrave Macmillan.
- Olásolo, Héctor . (2010). *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*. Portland, Or.: Hart.
- Olubokunp, Charles Oluwarotimi. (2015). *The Future of Prosecutions under the International Criminal Court*. A thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy. Department of Law, Brunel University London. April 2015.
- Ormerod, David and Laird, Karl. (2014) *Text, Cases, and Materials on Criminal Law*. 11th ed. Oxford: Oxford University Press.
- Leverick, F. (2006). *Killing in Self-Defence*. Oxford: Oxford University Press.2006.
- P., Akhavan. (2012). *Reducing Genocide to Law: Definition, Meaning, and the Ultimate Crime*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Quigley, John B. (2016) *The Genocide Convention An International Law Analysis*. Abingdon, Oxon: Taylor and Francis.
- Reed, Alan and Bohlander, Michael. (2014). *General Defences in Criminal Law: Domestic and Comparative Perspectives*. Farnham, Surrey, UK: Ashgate.
- Sadat-Akhavi, S. A. (2003) *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*. Leiden: Nijhoff.
- Sadat, Leila Nadya. (2014) *The International Criminal Court: Past, Present and Future*. Harris Institute Working Paper Forthcoming in the Cambridge Compendium of International Criminal Law. April 16, 2014.
- Sangero. B. (2006). *Self-Defence in Criminal Law*. Oxford: Hart Pub. 2006.
- Sato, Hiromi. (2011). *The Execution of Illegal Orders and International Criminal Responsibility*. London: Springer.

- Schaack Beth Van and Slye, Ron. (2017) *A Concise History of International Criminal Law* (2007). Retrieved December 5, 2017 from <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/626>; http://werle.rewi.hu-berlin.de/01_History-Summary.pdf
- Schabas, William A. (2004). *An Introduction to the International Criminal Court*. (2nd ed.) Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, William A. (2011). *An Introduction to the International Criminal Court*. (5th ed.) Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, William A. (2008). *The UN international criminal tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge Univ. Press.
- Schabas, William A. and Bernaz, Nadia. (2011). *Routledge Handbook of International Criminal Law*. London: Routledge.
- Simester, A. P., Bois-Pedain, A. D., Neumann, U., & Hirsch, A. V. (2016). *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing Plc.
- Sistare, C. T. (1989). *Responsibility and Criminal Liability*. London: Kluwer Academic Publishers.
- Slovenko, Ralph. (1999) *The Mental Disability Requirement in the Insanity Defense*. Behavioral Sciences and the Law Behav. Sci. Law 17.
- Stanford Encyclopedia of Philosophy. (2017) *Theories of Criminal Law*. Retrieved December 3, 2017 from <https://plato.stanford.edu/entries/criminal-law/#ShoWeAboCriLaw>.
- Staff, Hungerford Welch. (2001). *Sourcebook Criminal Law*. London: Cavendish Publishing limited.
- Talebpour, Mansour. (2012). *Impunity and the International Criminal Court*. PhD thesis. SOAS, University of London.
- Tonkin, Hannah. (2005). *Defensive Force Under the Rome Statute*. Melbourne Journal of International Law, Vol. 6(1)
- Triffterer and Ambos. (2015) *The Rome Statute of the International Criminal Court*. (3rd ed.) C.H.Beck. Hart.

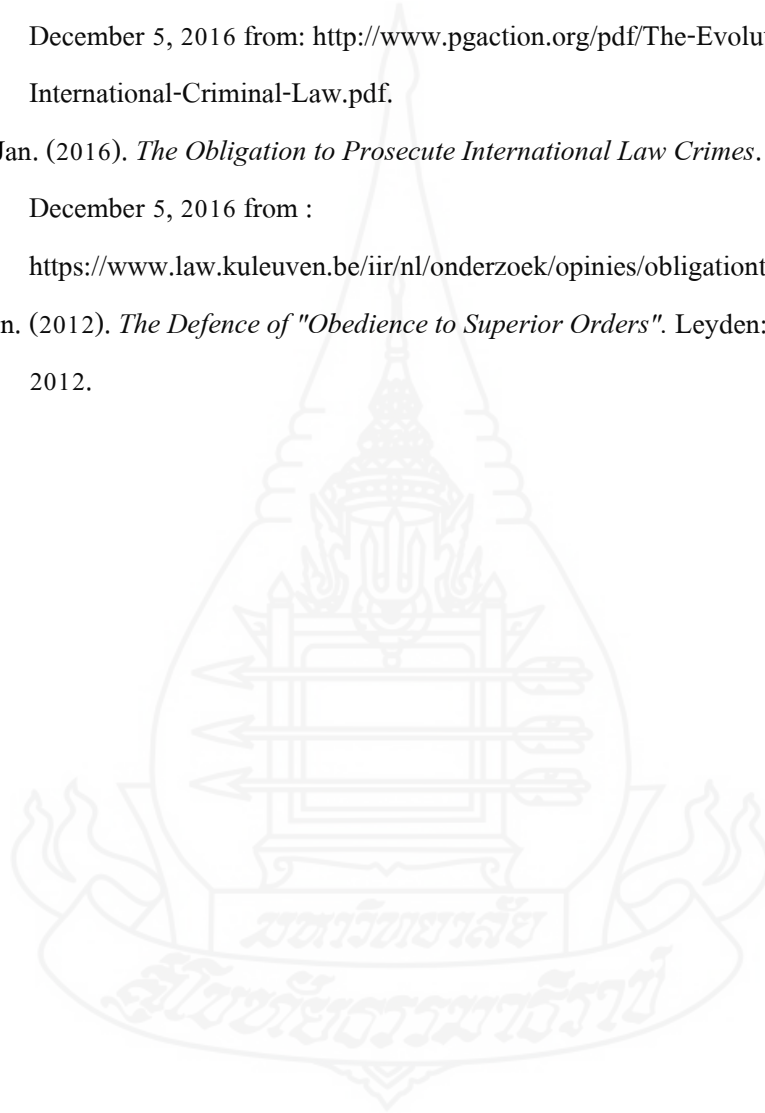
Verseveld., Annemieke van. (2012). *Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes*. The Hague: T.M.C. Asser Press.

Werle, Gerhard. (2005). *Principle of International Criminal Law*. Cambridge: T.M.C. Asser Press.

Willmott-Harrop, Elizabeth. (2016). *The evolution of the International Criminal Court*. Retrieved December 5, 2016 from: <http://www.pgaction.org/pdf/The-Evolution-of-International-Criminal-Law.pdf>.

Wouters, Jan. (2016). *The Obligation to Prosecute International Law Crimes*. Retrieved December 5, 2016 from : <https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/opinies/obligationtoprosecute.pdf>.

Y. Dinstein. (2012). *The Defence of "Obedience to Superior Orders"*. Leyden: A. W. Sijthoff. 2012.



ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	พันตำรวจเอก เทิดสยาม บุญยะเสนา
วัน เดือน ปีเกิด	3 ธันวาคม 2517
สถานที่เกิด	อำเภอเมือง จังหวัดตาก
ประวัติการศึกษา	รัฐประศาสนศาสตรบัณฑิต โรงเรียนนายร้อยตำรวจ นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
สถานที่ทำงาน	ตำรวจภูธรภาค 5 อำเภอเมืองเชียงใหม่ จังหวัดเชียงใหม่
ตำแหน่ง	ผู้กำกับการ (สอบสวน) กองบังคับการสืบสวน ตำรวจภูธรภาค 5

