



รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

เรื่อง

บทบัญญัติทางกฎหมาย

เพื่อการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย

โดย

อาจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เสนอต่อ

สถาบันพระปกเกล้า

พฤศจิกายน 2564

คำนำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้ร่วมกับสถาบันพระปกเกล้า ดำเนินโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง “บทบัญญัติทางกฎหมายเพื่อการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย” ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภาขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎี หลักสากล ความตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย เพื่อให้ได้บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะต่อร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. และได้เริ่มดำเนินการศึกษาวิจัยตั้งแต่วันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2564 เป็นต้นมา

ที่จริงแล้ว ประเทศไทยได้มีการนำร่างพระราชบัญญัติฯ เกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาในรัฐสภาตั้งแต่ พ.ศ. 2561 แต่ไม่ได้รับการพิจารณาต่อในวาระที่ 2 และวาระที่ 3 จนกระทั่งต่อมาได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. ขึ้นอีกครั้งอย่างน้อย 4 ร่าง และทุกร่างได้ผ่านการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนแล้ว แต่ด้วยปรากฏว่าในระหว่างการจัดทำรายงานวิจัยฉบับนี้ ได้มีเหตุการณ์ที่ทำให้ประเด็นการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย กลับมาเป็นที่สนใจของสาธารณชนทั่วไป จึงทำให้สภาผู้แทนราษฎรนำร่างพระราชบัญญัติฯ เข้าสู่การพิจารณาอีกครั้ง และเมื่อวันที่ 15 กันยายน พ.ศ. 2564 ได้มีมติเป็นเอกฉันท์รับหลักการโดยให้ยึดตามร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับเสนอโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม เป็นหลัก

นอกจากนี้ เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2564 ผู้วิจัยได้มีโอกาสนำเสนอข้อมูลจากรายงานวิจัยฉบับนี้ในโครงการสัมมนาสาธารณะ หัวข้อ “การป้องกันและปราบปรามการทรมานและบังคับให้สูญหาย: บทบัญญัติทางกฎหมายและความเป็นไปได้จริงในสังคมยุติธรรมไทย” จัดโดยสำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า ร่วมกับคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

การนี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะเพิ่มเติมอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ทั้งจากวิทยากรและผู้เข้าร่วมสัมมนา ตลอดจนจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 3 ท่านที่กรุณารับเป็นผู้ประเมินรายงานวิจัยฉบับนี้ โดยผู้วิจัยได้นำข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะดังกล่าวมาปรับปรุงพัฒนาจนกลายเป็นรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์นี้ และในโอกาสนี้ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณครูอาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาความรู้ให้แก่ผู้วิจัยตลอดมา

ในโอกาสที่ประเทศไทยกำลังพิจารณาร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าข้อมูลที่ปรากฏในรายงานวิจัยฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ซึ่งกำลังดำเนินการอยู่ในขณะนี้ และเมื่อร่างพระราชบัญญัติฯ ได้รับการประกาศใช้เป็นกฎหมายภายในแล้ว จะทำหน้าที่เป็นเสาหลักสำคัญในการคุ้มครองผู้เสียหาย ป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิด และในขณะเดียวกันเพิ่มความน่าเชื่อถือของกระบวนการยุติธรรมของไทยและส่งเสริมภาพลักษณ์และการดำเนินการด้านสิทธิมนุษยชนของไทยให้เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น

ผู้วิจัย

7 พฤศจิกายน 2564

สารบัญ

บทที่ 1 บทนำ	11
1.1 หลักการและเหตุผล.....	11
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	12
1.3 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	12
1.4 รายละเอียดขอบเขตการดำเนินงาน	12
1.5 ระยะเวลาในการดำเนินงาน	12
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย	13
2.1 แนวคิดทฤษฎีภายใต้กรอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน	14
2.1.1 พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงรูปแบบ	16
2.1.1.1 พันธกรณีในการเคารพสิทธิมนุษยชน (Duty to Respect)	17
2.1.1.2 พันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Duty to Protect)	17
2.1.1.3 พันธกรณีในการเต็มเต็มการอุปโภคสิทธิมนุษยชน (Duty to Fulfil).....	18
2.1.2 พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงเนื้อหา.....	18
2.1.2.1 การคุ้มครองบุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหาย	20
1) สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกาย	20
2) สิทธิที่จะมีชีวิต	21
3) สิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย	23
2.1.2.2 การคุ้มครองบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการ ทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย	24
1) สิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว	24
2) สิทธิที่จะรู้ความจริง.....	26
2.2 แนวคิดทฤษฎีภายใต้กรอบการป้องกันและปราบปรามด้วยกฎหมายอาญา.....	27
2.2.1 การกำหนดความผิดในทางอาญา.....	28
2.2.1.1 ต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรให้เป็นความผิดในทางอาญา.....	29
2.2.1.2 ต้องไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง	29
2.2.1.3 ต้องกำหนดองค์ประกอบความผิดและโทษให้ชัดเจน.....	30
2.2.1.4 ต้องตีความอย่างเคร่งครัด	30
2.2.2 การกำหนดโทษในทางอาญา.....	31

บทที่ 3 พันธกรณีของรัฐภาคีในเชิงเนื้อหา	32
3.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง.....	32
3.1.1 ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการทรมาน	32
3.1.2 ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันปราบปรามและคุ้มครองบุคคลทุกคน จากการกระทำให้บุคคลสูญหาย.....	35
3.2 คำนิยาม.....	38
3.2.1 การทรมาน	38
3.2.1.1 ต้องปรากฏความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง	39
3.2.1.2 ต้องปรากฏความมุ่งประสงค์.....	40
3.2.1.3 ต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ.....	41
3.2.2 การกระทำให้บุคคลสูญหาย	43
3.2.2.1 ต้องปรากฏการจำกัดเสรีภาพของบุคคล.....	43
3.2.2.2 ต้องปรากฏการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการจำกัดเสรีภาพหรือการปกปิดชะตา กรรมของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย.....	44
3.2.2.3 ต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ.....	45
3.3 การกำหนดความผิดและโทษในทางอาญา.....	47
3.3.1 การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล	48
3.3.1.1 บุคคลผู้กระทำผิดและบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิด.....	48
3.3.1.2 ผู้บังคับบัญชา.....	49
3.3.2 การกำหนดเขตอำนาจเหนือความผิด	52
3.3.2.1 หลักดินแดนและหลักธง.....	53
3.3.2.2 หลักสัญชาติ.....	54
3.3.2.3 หลักสากลแบบมีเงื่อนไข	54
3.3.3 การกำหนดให้เป็นความผิดที่มีอายุความยาวและเป็นความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง	55
3.3.4 การกำหนดโทษโดยคำนึงถึงความร้ายแรงอย่างยิ่งของความผิด.....	57
3.3.4.1 ความได้สัดส่วนกับความร้ายแรงอย่างยิ่งของความผิด.....	57
3.3.4.2 เหตุบรรเทาโทษและเหตุฉกรรจ์.....	58
3.3.5 การกำหนดความผิดและโทษในกรณีเฉพาะ	60
3.3.5.1 ความผิดเกี่ยวกับเด็ก.....	60
3.3.5.2 โทษเกี่ยวกับการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม	63

บทที่ 4 พันธกรณีของรัฐภาคีในเชิงกระบวนการยุติธรรม	65
4.1 หลักการพื้นฐาน.....	65
4.1.1 หน้าที่ของรัฐในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดในเขตอำนาจของตน.....	66
4.1.2 การไม่อาจอ้างเหตุเพื่อเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี	67
4.1.2.1 พหุติการณ์พิเศษ	68
4.1.2.2 คำสั่งผู้บังคับบัญชาหรือจากทางการ.....	68
4.1.3 หน้าที่ของรัฐในการฟ้องร้องดำเนินคดีบนมาตรฐานเดียวกันกับความผิดธรรมดาที่มีลักษณะร้ายแรง.....	69
4.2 การพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด	71
4.2.1 กรณีเมื่อพบตัวผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในอาณาเขตของรัฐ.....	72
4.2.1.1 การพิจารณาข้อมูลจนเป็นที่พอใจ.....	73
4.2.1.2 สามารถดำเนินมาตรการทางกฎหมายได้ในระยะเวลาเพียงพอที่จำเป็น	74
4.2.1.3 ต้องดำเนินการค้นหาข้อเท็จจริงทันที	74
4.2.2 กรณีเมื่อได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิด.....	75
4.2.2.1 ต้องดำเนินการสืบสวนเมื่อมีมูลเหตุอันสมเหตุสมผลที่จะเชื่อได้แม้มิได้มีการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการ	75
4.2.2.2 ต้องรับรองสิทธิที่จะร้องทุกข์และคุ้มครองผู้ร้องทุกข์	76
4.2.3 การไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลจากการทรมาน	78
4.3 การประกันสิทธิของบุคคลที่ถูกดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม	80
4.3.1 หลักประกันพื้นฐานว่าจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรม.....	80
4.3.2 หลักประกันเมื่อบุคคลถูกจำกัดเสรีภาพโดยเงื่อนไขตามกฎหมาย	82
4.3.2.1 ต้องประกันความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดเสรีภาพ.....	82
4.3.2.2 ต้องอนุญาตให้ติดต่อสื่อสารกับผู้แทนที่เหมาะสมทันทีที่ถูกจำกัดเสรีภาพ.....	84
4.3.2.3 ต้องอนุญาตให้ติดต่อสื่อสารระหว่างที่ถูกจำกัดเสรีภาพ.....	85
4.3.2.4 ต้องเก็บรวบรวมและเปิดเผยข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ	87
4.3.2.5 ต้องประกันให้บุคคลที่มีฐานประโยชน์อันชอบธรรมสามารถเข้าถึงข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพได้เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายจำกัด	89
4.3.2.6 ต้องประกันว่าบุคคลได้รับการปล่อยตัวแล้วจริง	92
4.4 การดำเนินการสำหรับเหยื่อการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย.....	93
4.4.1 กรณีเหยื่อคือบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย.....	94

4.4.1.1	การดำเนินมาตรการที่เหมาะสมโดยรัฐเพื่อค้นหาและปล่อยตัว	94
4.4.1.2	การเปิดโอกาสให้ฝ่ายเอกชนมีส่วนร่วมค้นหาบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย	96
4.4.2	กรณีเหยื่อคือบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำ บุคคลสูญหาย	97
4.4.2.1	การประกันสิทธิที่จะรู้ความจริงเกี่ยวกับสถานการณ์การกระทำให้บุคคลสูญหาย 97	
4.4.2.2	การจัดการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย.....	98
4.5	การชดใช้ทดแทนและได้รับสินไหมทดแทน	99
บทที่ 5 ความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีและพันธมิตรอื่น ๆ		104
5.1	การส่งผู้ร้ายข้ามแดน	104
5.1.1	ความคงอยู่ของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน	106
5.1.2	ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้.....	107
5.1.3	เหตุที่เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน.....	109
5.1.3.1	มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลจะตกอยู่ภายใต้อันตราย	110
5.1.3.2	มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลจะถูกดำเนินคดีหรือลงโทษเพราะเหตุเฉพาะตน	112
5.1.4	เหตุที่ไม่เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน.....	114
5.1.4.1	การไม่ถือเป็นความผิดทางการเมือง.....	114
5.1.4.2	การยกเว้นเงื่อนไขว่าการกระทำความผิดต้องได้เกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐ..	115
5.2	การดำเนินมาตรการให้ความช่วยเหลือกันและกันระหว่างรัฐภาคี	116
5.2.1	ความช่วยเหลือที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา.....	116
5.2.2	การแจ้งให้ทราบถึงการคุมขังผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด	118
5.2.3	การช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมให้แก่เหยื่อการกระทำให้บุคคลสูญหาย	119
5.3	พันธมิตรอื่น ๆ เพื่อเติมเต็มให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้อนุสัญญานี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น	120
5.3.1	การทบทวนแนวปฏิบัติของรัฐเพื่อป้องกันมิให้เจ้าพนักงานของรัฐกระทำความผิด	120
5.3.2	การฝึกอบรมบุคลากรที่เกี่ยวข้อง.....	121
5.3.3	การอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานของรัฐ	123
5.4	พันธมิตรอื่น ๆ เกี่ยวกับการกระทำภายใต้อนุสัญญา.....	125
5.4.1	การป้องกันมิให้มีการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประติบัติ หรือการ ลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมาน	125
5.4.2	การยืนยันการกระทำให้บุคคลสูญหายในฐานะที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ.....	127

บทที่ 6 แนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในของต่างประเทศ.....	129
6.1 รัฐภาคีที่นำแนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในมาเป็นกรณีศึกษา	129
6.1.1 สวิตเซอร์แลนด์.....	132
6.1.2 บราซิล.....	134
6.1.3 ญี่ปุ่น.....	135
6.1.4 ไนจีเรีย.....	136
6.1.5 กัมพูชา.....	137
6.2 ประเด็นศึกษา.....	138
6.2.1 การกำหนดฐานความผิดทางอาญาและรูปแบบกฎหมาย	138
6.2.1.1 การกำหนดให้เป็นฐานความผิดใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา	138
6.2.1.2 การกำหนดให้เป็นฐานความผิดใหม่ในกฎหมายที่ออกเป็นการเฉพาะ	139
6.2.1.3 การอ้างอิงฐานความผิดที่มีอยู่เดิมแต่องค์ประกอบไม่สอดคล้องทั้งหมดกับคำ จำกัดความที่อนุสัญญากำหนด.....	141
6.2.1.4 การอ้างอิงฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้.....	142
6.2.2 การกำหนดโทษทางอาญา.....	147
6.2.2.1 ระยะเวลาสำหรับฐานความผิดเกี่ยวกับการทรมาน.....	147
6.2.2.2 ระยะเวลาสำหรับฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำให้บุคคลสูญหาย.....	148
6.2.3 การกำหนดอายุความ	149
6.2.3.1 กำหนดอายุความที่ยาว.....	149
6.2.3.2 กำหนดอายุความที่อาจยังถือว่าไม่ยาว.....	151
6.2.3.3 ไม่กำหนดอายุความ.....	153
6.2.4 การห้ามอ้างพฤติการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน.....	153
6.2.4.1 ที่มาจากบทบัญญัติในตราสารระหว่างประเทศ.....	153
6.2.4.2 ที่มาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ.....	153
6.2.4.3 ไม่มีระบุในกฎหมายภายใน.....	157
6.2.5 การไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลมาจากการทรมาน.....	157
6.2.5.1 ที่มาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ.....	157
6.2.5.2 ที่มาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	159
6.2.6 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา	160
6.2.6.1 ในฐานะผู้กระทำความผิดหลัก	161

6.2.6.2	ในฐานะผู้ที่ก่อให้เกิดการกระทำความผิด.....	161
6.2.6.3	ในฐานะผู้ที่สนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิด	163
6.2.6.4	ในฐานะผู้กระทำความผิดโดยดเว้น	164
6.2.6.5	ในฐานะผู้ที่มีความมุ่งประสงค์ร่วมกันในการกระทำความผิด.....	165
6.2.7	การบันทึกข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ	165
6.2.7.1	จัดเก็บในฐานข้อมูลกลาง.....	165
6.2.7.2	จัดเก็บในฐานข้อมูลของสถานที่คุมขังบุคคลแต่ละแห่ง	167
6.2.8	การเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคล	168
6.2.8.1	โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย	168
6.2.8.2	โดยอาศัยการทำความตกลงร่วมมือระหว่างหน่วยงาน.....	170
6.2.9	หลักการห้ามผลักดันกลับ.....	170
6.2.9.1	เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ.....	171
6.2.9.2	เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ	171
6.2.9.3	เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายภายใน.....	171
บทที่ 7 แนวทางการบัญญัติกฎหมายภายในของไทย		174
7.1	ประเด็นศึกษาเฉพาะที่พบในร่างพระราชบัญญัติฯ ของไทย.....	175
7.1.1	คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย	175
7.1.1.1	องค์ประกอบคณะกรรมการฯ	175
7.1.1.2	อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ.....	177
7.1.2	รูปแบบกระบวนการดำเนินคดี.....	180
7.2	ประเด็นศึกษาอื่นโดยเทียบเคียงกับแนวทางของรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษา.....	181
7.2.1	การกำหนดฐานความผิดทางอาญาและรูปแบบกฎหมาย	181
7.2.1.1	รูปแบบกฎหมาย	182
7.2.1.2	คำนิยาม “การทรมาน”	184
7.2.1.3	คำนิยาม “การกระทำทำให้บุคคลสูญหาย”	188
7.2.2	การกำหนดโทษทางอาญา.....	192
7.2.3	การกำหนดอายุความ	193
7.2.4	การห้ามอ้างพฤติการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ฉุกเฉินฯ.....	195
7.2.5	การไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลมาจากการทรมาน.....	196
7.2.6	ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา	198

7.2.7	การบันทึกข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ	201
7.2.8	การเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคล	204
7.2.9	หลักการห้ามพลัดต้นกลับ	206
บทที่ 8	สรุป.....	210
	บรรณานุกรม	216

บทที่ 1

บทนำ

1.1 หลักการและเหตุผล

การทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยประเทศไทยได้ภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) หรือ “อนุสัญญา CAT” เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2550 และเข้าลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการบังคับให้หายสาบสูญ (Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) หรือ “อนุสัญญา CED” เมื่อวันที่ 9 มกราคม พ.ศ. 2555 ดังนั้น มีเพียงอนุสัญญา CAT เท่านั้นที่มีผลใช้บังคับกับประเทศไทยในฐานะที่เป็นภาคี และประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องตรากฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญา CAT ในขณะที่การลงนามในอนุสัญญา CED ยังไม่ถึงเป็นการแสดงเจตนาให้อนุสัญญานี้มีผลผูกพันกับประเทศไทยจนกว่าจะได้ภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคี

ทั้งนี้ เพื่อเตรียมพร้อมก่อนการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา CED และเพื่อทำให้การปฏิบัติตามพันธกรณีของไทยภายใต้อนุสัญญา CAT สอดคล้องกับหลักการในอนุสัญญาดังกล่าวมากยิ่งขึ้น ประเทศไทยได้มีการนำร่างกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาในรัฐสภาตั้งแต่ พ.ศ. 2561 โดยในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 86/2561 ที่ประชุมได้มีมติรับหลักการ “ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.” อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัตินี้ยังไม่ได้มีการพิจารณาต่อในวาระที่ 2 และวาระที่ 3 จนกระทั่งปัจจุบัน ได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. ขึ้นอีกครั้ง อย่างน้อย 4 ร่าง ซึ่งได้ผ่านการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ซึ่งเป็นการดำเนินการตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 แล้ว และในขณะที่เริ่มดำเนินการโครงการศึกษาวิจัยนี้ ได้มีการคาดว่าอาจจะมีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ต่อไป

ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นต้องวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับแนวคิด ทฤษฎี หลักสากล ความตกลงระหว่างประเทศ ตลอดจนกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาประกอบการวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. สำหรับใช้ประกอบการพิจารณาของรัฐสภาต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎี หลักสากล ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายที่ประเทศไทยเป็นภาคี
- 2) เพื่อศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย
- 3) เพื่อให้ได้บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะต่อร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.

1.3 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

รายงานวิจัยนี้สามารถนำไปใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาของรัฐสภาในการยกร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.

1.4 รายละเอียดขอบเขตการดำเนินงาน

รายงานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งมุ่งศึกษาและวิเคราะห์ในประเด็นต่อไปนี้

- 1) แนวคิดทฤษฎี และสาระสำคัญของบทบัญญัติของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีหรือได้ลงนาม คือ อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED
- 2) บทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ (ศึกษาบางประเทศ) ที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย
- 3) บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะต่อร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.

1.5 ระยะเวลาในการดำเนินงาน

ระยะเวลาในการดำเนินโครงการ 150 วัน นับถัดจากวันลงนามในสัญญาจ้าง (10 มิถุนายน พ.ศ. 2564)

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย

การทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงที่รัฐต่าง ๆ ควรดำเนินการอย่างเร่งด่วนเพื่อปราบปรามและป้องกันไม่ให้บุคคลใดต้องตกเป็นผู้เสียหายหรือเหยื่อจากการกระทำดังกล่าว โดยในทางระหว่างประเทศ ได้มีตราสารหลักอยู่ 2 ฉบับที่ทำหน้าที่วางกรอบและกำหนดพันธกรณีของรัฐภาคีในการดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหานี้ คือ อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED

ประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐภาคีอนุสัญญา CAT และมีแผนจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CED จึงมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการในหลายประการเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีที่มีอยู่แล้วหรือพันธกรณีที่มีแผนจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ไม่ว่าจะเป็นการปรับปรุงกฎหมายภายในหรือการพัฒนากระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องอย่างไรก็ดี แม้ประเทศไทยจะได้ดำเนินการไปบางส่วนเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่ยังไม่ปรากฏข้อกังวลและข้อเสนอจากนานาประเทศ ตามที่ได้มีการให้ถ้อยแถลงในกระบวนการ Universal Periodic Review ของสหประชาชาติ รอบที่ 2 เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม พ.ศ. 2559 ว่ายังมีประเด็นบางประการที่ประเทศไทยควรพิจารณาดำเนินการ เป็นต้นว่า

- 1) เตนมาร์กแสดงความกังวลถึงกรณีการจับกุมและการกักขังบุคคลโดยไม่อนุญาตให้ติดต่อสื่อสาร (incommunicado detention)¹
- 2) เนเธอร์แลนด์แสดงความกังวลถึงกรณีการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล และกรณีการกักขัง คุ่มขัง ทรมาน หรือทำให้เสียชีวิตอันเนื่องมาจากการใช้เสรีภาพในการแสดงออกอย่างสันติ²
- 3) สเปน สโลวาเกีย และแคนาดาเสนอให้แก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาญาโดยบรรจุคำนิยาม “การทรมาน” ที่สอดคล้องกับที่ปรากฏในข้อบทที่ 1 ของอนุสัญญา CAT และระบุให้ชัดเจนว่าเป็นสิ่งที่มีอาจเสี่ยงไม่ปฏิบัติตามได้ (Non-derogable)³
- 4) นิวซีแลนด์และชิลีเสนอให้เร่งเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CED และแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาญาเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED⁴

¹ United Nations Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Thailand, A/HRC/33/16, 15 July 2016 (UPR Thailand), para. 20.

² *Ibid*, UPR Thailand, para. 62.

³ *Ibid*, UPR Thailand, para. 158.12, 158.30, 158.33.

⁴ *Ibid*, UPR Thailand, para. 158.19, 158.78

- 5) แคนาดาเสนอให้มีหน่วยงานอิสระ (Independent Body) เพื่อทำหน้าที่สืบสวนกรณีที่มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำการทรมาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริเวณชายแดนภาคใต้ และนำผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม⁵

หลังจากที่ได้รับฟังข้อกังวลและข้อเสนอดังกล่าว ประกอบกับมีเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่ยังคงส่งผลกระทบต่อประสิทธิผลและความเชื่อมั่นต่อกระบวนการยุติธรรมของไทย เช่น กรณีการสูญหายของนายสมชาย นีละไพจิตร⁶ ประเทศไทยได้แสดงความมุ่งมั่นโดยสมัครใจที่จะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CED และพิธีสารเลือกรับอนุสัญญา CAT⁷ เพื่อให้คณะอนุกรรมการด้านการทรมานสามารถเข้าตรวจกรณีที่มีการกล่าวหาว่ามีการทรมานในประเทศไทยได้⁸ ดังนั้น เพื่อสนับสนุนการดำเนินการดังกล่าวของประเทศไทย รายงานวิจัยฉบับนี้จึงมีเป้าหมายที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับแนวคิด ทฤษฎี และพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED และเสนอบทวิเคราะห์เกี่ยวกับการจัดทำร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.

ในบทนี้ ผู้วิจัยจะกล่าวถึงแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย โดยแบ่งกรอบการศึกษาออกเป็น 2 มุมมองด้วยกัน คือ

- 1) มุมมองด้านการคุ้มครอง (Protection) โดยศึกษาจากกรอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
- 2) มุมมองด้านการป้องกันและปราบปราม (Prevention and Suppression) โดยศึกษาจากกรอบการบังคับใช้กฎหมายอาญา

2.1 แนวคิดทฤษฎีภายใต้กรอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

สำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้อธิบายว่า สิทธิมนุษยชน คือ สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มีรากฐานมาจากการเคารพศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ เป็นสิทธิธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนมีติดตัวมาแต่กำเนิดโดยไม่จำเป็นต้องมีใครมอบสิทธิให้ มีลักษณะที่เป็นสากลและไม่สามารถถ่ายโอนให้กันได้ ไม่สามารถแยกส่วนเพื่อระบุว่าสิทธิใดมีความสำคัญเหนือสิทธิใดได้ และตั้งอยู่บนฐานของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติไม่ว่า

⁵ *Ibid*, UPR Thailand, para. 159.17.

⁶ อังคณา นีละไพจิตร, บังคับให้สูญหาย สมชาย นีละไพจิตร: ความเลวร้ายในนามของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม, สถาบันปรีดี พนมยงค์ [online] Available from: <https://pridi.or.th/th/content/2021/09/820> [19 November 2021].

⁷ *Supra* Note 1, UPR Thailand, para 161 (on Voluntary Pledges and Commitments).

⁸ United Nations General Assembly, *Optional Protocol to the Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment*, A/RES/57/199, 2003, (OP-CAT), Art. 1.

เพราะเหตุใด⁹ โดยหลักการด้านสิทธิมนุษยชนได้ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ ทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาคเป็นจำนวนมาก

กรอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน มองเรื่องการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายจากมิติของการคุ้มครอง และมีรากฐานมาจากการเคารพศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ โดยหลักการนี้ปรากฏชัดเจนในอารัมภบทของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ ปฏิญญา UDHR) ซึ่งแม้จะเป็นตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากมีรูปแบบเป็นเพียงปฏิญญา แต่ก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นตราสารที่สร้างบรรทัดฐานและเป็นรากฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยปฏิญญา UDHR “ยอมรับนับถือศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมาแต่กำเนิด และสิทธิเท่าเทียมกันและไม่สามารถถ่ายโอนให้กันได้ของบรรดาสมาชิกทั้งหลายแห่งครอบครัวมนุษย์ เป็นรากฐานแห่งเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในโลก”¹⁰

นอกจากปฏิญญา UDHR แล้ว ยังปรากฏว่ามีตราสารระหว่างประเทศอีกหลายฉบับ ทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาค ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการเคารพศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และการคุ้มครองบุคคลจากการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย อย่างไรก็ตาม โดยผู้วิจัยจะกล่าวถึงเฉพาะตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีหรือที่ได้เข้าลงนามแล้ว ประกอบด้วย

- 1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – กติกา ICCPR)¹¹ เข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539
- 2) อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประตีดัดหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – อนุสัญญา CAT)¹² เข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2550
- 3) อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการบังคับให้หายสาบสูญ (Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance – อนุสัญญา CED)¹³ เข้าลงนามเมื่อวันที่ 9 มกราคม พ.ศ. 2555

⁹ United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), **What are Human Rights?** [online] Available from: <https://www.ohchr.org/en/issues/pages/whatarehumanrights.aspx> [1 July 2021].

¹⁰ United Nations General Assembly, **Universal Declaration of Human Rights**, 217 A (III), 1958 (UDHR).

¹¹ United Nations General Assembly, **International Covenant on Civil and Political Rights**, UNTS Vol. 999, 1966, p. 171, (ICCPR).

¹² United Nations General Assembly, **Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**, UNTS Vol. 1465, 1984, p. 85, (CAT).

¹³ United Nations General Assembly, **International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance**, UNTS Vol. 2716, 2006, p. 3, (CED).

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ปัจจุบันประเทศไทยมีพันธกรณีภายใต้ตราสารระหว่างประเทศดังกล่าวใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ประการแรก ประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐภาคีกติกา ICCPR และอนุสัญญา CAT มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อบทที่ประเทศไทยมิได้ตั้งข้อสงวนไว้ในตราสารทั้ง 2 ฉบับนี้ และต้องปรับปรุงกฎหมายภายในที่มีอยู่เดิมหรือตรากฎหมายภายในขึ้นมาใหม่เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณี และประการที่สอง ประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐที่เข้าลงนามในอนุสัญญา CED มีพันธกรณีที่จะหลีกเลี่ยงไม่กระทำการใด ๆ ในลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อความมุ่งประสงค์และวัตถุประสงค์ (Object and Purpose) ของอนุสัญญา CED¹⁴ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยกำลังอยู่ในกระบวนการจัดทำร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. (ร่างพระราชบัญญัติฯ) เพื่อเตรียมพร้อมก่อนการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา CED นั้น การวิเคราะห์พันธกรณีของไทยจะดำเนินการบนพื้นฐานเสมือนหนึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา CED ในฐานะรัฐภาคีแล้ว

การวิเคราะห์พันธกรณีของไทยภายใต้ตราสารทั้ง 3 ฉบับนี้ จะต้องแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็นด้วยกัน คือ

- 1) พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงรูปแบบ
- 2) พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงเนื้อหา

2.1.1 พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงรูปแบบ

พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงรูปแบบ แบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ หรือที่เรียกว่ารูปแบบไตรภาคี (Tripartite typology)¹⁵ อันประกอบด้วย 1) พันธกรณีในการเคารพสิทธิมนุษยชน 2) พันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และ 3) พันธกรณีในการเติมเต็มการอุปโภคสิทธิมนุษยชน โดยรัฐจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีทั้ง 3 รูปแบบนี้อย่างไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สังคม หรือเหตุอื่น ๆ¹⁶ ทั้งนี้ ที่มาของการแบ่งรูปแบบพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในลักษณะนี้เป็นผลมาจากการที่เนื้อหาในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนมีลักษณะกึ่งรัฐธรรมนูญ (Quasi-constitutional)¹⁷ และมีเนื้อหาที่

¹⁴ United Nations, **Vienna Convention on the Law of Treaties**, UNTS Vol. 1155, 1969, p. 331 (VCLT), Art. 18.

“A State is Obligated to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance, approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty;”

¹⁵ Lisa Ott, **Enforced Disappearance in International Law** (Intersentia, 2011), p. 41.

¹⁶ Walter Kalin and Jorg Kunzli, **The Law of International Human Rights Protection**, (Oxford University Press 2nd ed., 2019), p. 97.

¹⁷ Alec Stone Sweet, “On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court,” in *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (50th Anniversary of the European Court of Human Rights, 2009).

กว้างและซับซ้อน ดังนั้น เพื่อให้การบังคับใช้เป็นไปในรูปแบบเดียวกัน ผู้ร่างอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนจึงเห็นว่าไม่ควรใช้แนวทางทั่วไปที่รัฐภาคีสามารถตัดสินใจออกแบบพันธกรณีของตนเองตามหลัก *laissez-faire* ดังที่กระทำในความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ มาปรับใช้ในบริบทด้านสิทธิมนุษยชน¹⁸ และส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีภายใต้ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนทั้ง 3 ฉบับข้างต้นในรูปแบบดังนี้

2.1.1.1 พันธกรณีในการเคารพสิทธิมนุษยชน (Duty to Respect)

พันธกรณีในการเคารพสิทธิมนุษยชนเป็นพันธกรณีเชิงลบ (Negative Obligations) ที่ห้ามมิให้รัฐแทรกแซง กระทำการ หรือมีมาตรการใด ๆ ที่ส่งผลเป็นการไม่ประกันสิทธิมนุษยชนตามที่ตราสารระหว่างประเทศรับรอง ดังนั้น ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะไม่ละเมิดสิทธิมนุษยชนภายใต้ตราสารระหว่างประเทศทั้ง 3 ฉบับ และหากมีการละเมิดพันธกรณีเกิดขึ้นแล้วพิสูจน์ได้ว่าการละเมิดนั้นได้กระทำขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐ (State Organs) หรือบุคลากรของรัฐ (State Agents) เช่น ข้าราชการ ตำรวจ หรือทหาร ไม่ว่าจะการละเมิดนั้นจะได้กระทำนอกขอบอำนาจหรือไม่ก็ตาม¹⁹ การกระทำดังกล่าวก็จะถือเป็นความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของประเทศไทย

2.1.1.2 พันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Duty to Protect)

พันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นพันธกรณีเชิงบวก (Positive Obligations) ที่กำหนดให้รัฐต้องกระทำการ หรือมีมาตรการใด ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชนให้พ้นจากการละเมิดโดยฝ่ายที่สามหรือเอกชน หรือให้พ้นจากการถูกระทบด้วยเหตุอื่น เช่น ภัยพิบัติ หรือโรคระบาด อย่างไรก็ตาม แม้รัฐไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในทุกการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยเอกชน แต่รัฐยังคงมีความรับผิดชอบหากพิสูจน์ได้ว่ารัฐล้มเหลวหรือบกพร่องในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชน ซึ่งไม่ควรจะถูกละเมิดหากรัฐมิได้ล้มเหลวหรือบกพร่องในการคุ้มครอง²⁰ ในเรื่องนี้ ได้มีคดีตัวอย่างที่ตัดสินโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งภูมิภาคอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights - IACtHR) คือ คดี *Velasques Rodriguez v. Honduras* ที่ศาลได้ตัดสินว่า Honduras มีความผิด โดยแม้ว่าผู้ที่กระทำการบังคับให้นาย Rodriguez หายสาบสูญนั้นคือปัจเจกชนซึ่งเป็นฝ่ายเอกชน แต่การที่รัฐล้มเหลวในการป้องกันมิให้เกิดการบังคับให้หายสาบสูญเกิดขึ้นในดินแดนหรือเขตอำนาจของรัฐ และส่งผลให้สิทธิมนุษยชนของปัจเจกชนมิได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็น รัฐจึงละเมิดพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่ง

¹⁸ Frederic Megret, “Nature of Obligation,” in *International Human Rights Law*, eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (Oxford University Press, 2018), p. 97.

¹⁹ *Velásquez Rodríguez Case*, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988), para. 169; International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, Art. 7.

²⁰ *Supra* Note 18, pp. 97-98.

ภูมิภาคอเมริกา (Inter-American Convention on Human Rights)²¹ ดังนั้น เมื่อพิจารณาภายใต้พันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ประเทศไทยจะมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศหากพบว่ามีกรณีการทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญหายในประเทศไทยโดยผู้กระทำเป็นฝ่ายเอกชน และพิสูจน์ได้ว่าประเทศไทยล้มเหลวหรือบกพร่องในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำดังกล่าวในดินแดนหรือเขตอำนาจของประเทศไทย

2.1.1.3 พันธกรณีในการเติมเต็มการอุปโภคสิทธิมนุษยชน (Duty to Fulfil)

พันธกรณีในการเติมเต็มการอุปโภคสิทธิมนุษยชนเป็นพันธกรณีเชิงบวก (Positive Obligations) อีกประเภทหนึ่ง ที่กำหนดให้รัฐต้องกระทำการ หรือมีมาตรการใด ๆ เพื่อให้การอุปโภคสิทธิมนุษยชนนั้นเติมเต็มได้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น เป็นต้นว่า รัฐมีการออกกฎหมายหรือออกมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รัฐจัดให้มีการฝึกอบรมบุคลากรของรัฐให้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากยิ่งขึ้น หรือรัฐจัดให้มีกระบวนการเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน สำหรับในการจัดให้มีกระบวนการเยียวยานั้น ศาล IACtHR ในคดี *Velasques Rodriguez v. Honduras* ได้ระบุชัดเจนว่ารัฐมีหน้าที่ในการไต่สวนและสืบสวนทุกเหตุการณ์ที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน และหากรัฐไม่ดำเนินการนำตัวผู้ที่กระทำการละเมิดมาเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมจนทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยา รัฐเองจะเป็นฝ่ายที่ละเมิดพันธกรณีในการเติมเต็มการอุปโภคสิทธิมนุษยชน²² ดังนั้น ในบริบทการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย ประเทศไทยมีพันธกรณีในการเติมเต็มในเรื่องนี้ได้หลายประการ เป็นต้นว่า การออกมาตรการเพื่อป้องกันและลงโทษการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย การดำเนินคดีผู้กระทำผิด²³ การลงโทษผู้กระทำผิด²⁴ การเยียวยาผู้เสียหายอย่างเพียงพอ²⁵ การฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น ตำรวจ ทหาร พศดี ให้มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องนี้มากยิ่งขึ้น หรือการไม่ยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการทรมาน²⁶

2.1.2 พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงเนื้อหา

การพิจารณาพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงเนื้อหาตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า แม้ตราสารระหว่างประเทศจะได้อำนาจให้การทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นสิทธิมนุษยชนเฉพาะเรื่อง (Specific Rights) กล่าวคือ รับรอง 1) สิทธิที่จะไม่ถูกทรมาน (Rights not to be subjected to torture)²⁷ และ 2) สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้

²¹ *Supra* Note 19, paras. 172, 176.

²² *Ibid*, para. 176.

²³ United Nations Human Rights Committee (HRC), **General Comment No. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant**, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, para. 15.

²⁴ *Bulacio v. Argentina Case*, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 100 (2003), para. 117.

²⁵ *Supra* Note 23, para. 16.

²⁶ *Supra* Note 18, p. 98.

²⁷ *Supra* Note 10, UDHR, Art. 5; *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 7.

หายสาบสูญ (Rights not to be subjected to enforced disappearance)²⁸ แต่ในความเป็นจริง การทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายมีประเด็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องหรือมีรากฐานมาจากสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ และในการพิจารณาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเรื่องนี้ ก็ควรที่จะพิจารณาโดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย²⁹

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวทางการตีความขององค์คณะหรือศาลด้านสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ ประกอบกับสาระสำคัญในอนุสัญญา CED แล้ว จะพบว่าการบังคับให้หายสาบสูญไม่เพียงแต่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายเท่านั้น แต่ยังพบว่าการกระทำให้บุคคลสูญหายสามารถส่งผลกระทบต่อและเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายด้วย³⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่เป็นครอบครัวหรือญาติ (Next of Kin) ของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวย่อมได้รับความทุกข์ใจอันเกิดขึ้นจากสถานการณ์ที่เต็มไปด้วยความไม่แน่นอน (Uncertainty) และความหวาดระแวง (Apprehension) เพราะไม่ทราบว่าจะบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายมีชะตากรรมหรือตกอยู่ในสภาพอย่างไร³¹ และเมื่อยิ่งพบว่ารัฐมีท่าทีที่ดูเฉยเมยต่อเหตุการณ์ ก็อาจส่งผลซ้ำเติมให้บุคคลที่เป็นครอบครัวหรือญาติต้องตกอยู่ในความหวาดกลัว (Intimidation) หรือได้รับความอับอาย (Humiliation) จากสังคมด้วยได้³² และยังสามารถส่งผลกระทบต่อทางด้านการเงินของครอบครัวอย่างรุนแรงในระยะยาว หากบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายไปนั้นโดยปกติแล้วเป็นผู้หาเลี้ยงหลักของครอบครัว³³

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาพันธกรณีของประเทศไทยเกี่ยวกับการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายภายใต้ตราสารระหว่างประเทศทั้ง 3 ฉบับ จึงจำเป็นต้องพิจารณาประเด็นเนื้อหาแห่งสิทธิมนุษยชนที่ครอบคลุมนอกเหนือจากสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้หายสาบสูญ โดยผู้วิจัยแบ่งการพิจารณาประเด็นเนื้อหาแห่งสิทธิมนุษยชนออกเป็น 2 กลุ่ม ซึ่งได้แบ่งตามประเภทของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน คือ 1) การคุ้มครองบุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหาย และ 2) การคุ้มครองบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญหาย ดังนี้

²⁸ *Supra* Note 13, CED, Art. 1.

²⁹ *Goiburú et al. v. Paraguay*, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 153 (2006), para. 81.

³⁰ *Kurt v. Turkey*, Appl. No. 15/1997/799/1002, Council of Europe: European Court of Human Rights, (1998).

³¹ La Rosa Anne-Marie, “The Right to Know the Truth and the Fight Against Impunity,” in *Advisory Service on the International Humanitarian Law: Legal Measures and Mechanisms to Prevent Disappearances, to Establish the Fate of Missing Persons, and to Assist Their Families*, (ICRC, 2007), p. 155.

³² *Supra* Note 15, p. 36.

³³ Andreu-Guzman Federico, “The Draft International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances,” in *The Review/International Commission of Jurists* (2001), p. 76.

2.1.2.1 การคุ้มครองบุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหาย

บุคคลที่ถูกทรมานหรือกระทำให้สูญหาย เป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนโดยตรงจากการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย โดยมีกรอบความคิดด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

1) สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกาย

บุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายย่อมได้รับผลกระทบต่อสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกาย โดยกติกา ICCPR บัญญัติไว้ชัดเจนในข้อ 9(1) ว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกาย บุคคลจะถูกจับกุมโดยอำเภอใจมิได้ บุคคลจะถูกจำกัดเสรีภาพของตนมิได้ ยกเว้นโดยเหตุและโดยเป็นไปตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”³⁴ และในข้อ 10(1) ว่า “บุคคลทั้งปวงที่ถูกจำกัดเสรีภาพต้องได้รับการปฏิบัติด้วยความมีมนุษยธรรม และความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดแห่งความเป็นมนุษย์”³⁵ โดยผู้วิจัยจะแยกอธิบายเป็น 2 ส่วน ดังนี้

สิทธิในเสรีภาพของร่างกาย (Right to Liberty of a Person) ทำหน้าที่ประกันเสรีภาพของร่างกายบุคคลในลักษณะที่ตีความอย่างแคบที่สุด คือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเนื้อตัวร่างกาย (Bodily Movement)³⁶ โดยสิทธิในเสรีภาพของร่างกายสามารถถูกกระทบได้จากการที่บุคคลถูกกระทำการใด ๆ โดยมีขอบด้วยกฎหมายเพื่อมิให้สามารถเคลื่อนไหวร่างกายได้ เช่น การถูกจับกุมหรือคุมขังโดยอำเภอใจ³⁷ การถูกดำเนินคดีอาญาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย³⁸ หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่ถูกคุมขังที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำ³⁹ ในกรณีการทรมาน บุคคลที่ถูกทรมานมักถูกจับมัดหรือสั่งมิให้เคลื่อนไหวร่างกายเป็นเวลานานเพื่อให้ร่างกายเกิดความล้าหรือที่เรียกว่า Stress Position ดังที่เคยมีตัวอย่าง เช่น การใช้เทคนิค Wall Standing ด้วยการสั่งให้บุคคลกางแขนเหนือศีรษะ กางขากว้าง พร้อมให้ยืนแข็งขาเป็นเวลานาน⁴⁰ ส่วนกรณีการกระทำทำให้บุคคลสูญหายนั้น แม้มีอาจพิสูจน์ให้แน่ชัดได้ว่าบุคคลนั้นถูกจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย แต่ก็อาจอนุมานได้ว่าการที่บุคคลนั้นสูญหายไปก็เป็นเพราะถูกคุมขังในสถานที่แห่งหนึ่งก็ได้ ซึ่งในบริบทนี้สอดคล้องกับหลักการที่บุคคลไม่พึงถูกจับกุมหรือคุมขังโดยอำเภอใจ ทั้งนี้ การตีความคำว่า “อำเภอใจ” (Arbitrary) ควรกระทำในลักษณะกว้างและควรคำนึงถึงลักษณะที่ “ไม่เหมาะสม อยุติธรรม คาดหมายไม่ได้ และไม่เป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมาย”⁴¹ ดังนั้น

³⁴ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 9(1).

³⁵ *Ibid*, ICCPR, Art. 10(1).

³⁶ Manfred Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, (Kehl 2nd ed., 2005), p. 212, para. 3.

³⁷ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 9(1).

³⁸ *Ibid*, ICCPR, Art. 14.

³⁹ *Ibid*, ICCPR, Art. 10.

⁴⁰ *Ireland v. The United Kingdom*, 5310/71, Council of Europe: European Court of Human Rights, (1977), para. 96.

⁴¹ *Mukong v. Cameroon*, Communication No. 458/1991, UN Human Rights Committee (HRC), (1994), para. 9.8.

การจับกุมหรือคุมขังที่มีลักษณะอำเภोजคือ การจับกุมหรือคุมขังที่ไม่เป็นไปตามกระบวนการและเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายตามที่กฎหมายภายในกำหนด ซึ่งเป็นการกำหนดโดยจากการที่อนุวัติการให้เป็นไปตามมาตรฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ⁴² ตัวอย่างที่พบเห็นได้บ่อยในกรณีการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย คือ การจับกุมหรือคุมขังบุคคลใดที่ไม่เป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมาย ประกอบกับมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นไปเพื่อปราบปรามการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองของฝ่ายตรงข้าม⁴³ ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงรูปแบบของรัฐ ประเทศไทยโดยหน่วยงานหรือตัวแทนของรัฐ จึงมีพันธกรณีในการเคารพสิทธิในเสรีภาพของร่างกายด้วยการไม่กระทำการใด ๆ ที่ส่งผลเป็นการทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ตลอดจนมีพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพของร่างกายด้วยการกระทำการใด ๆ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลได้รับผลกระทบจากการทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายที่กระทำโดยเอกชน และมีพันธกรณีในการออกมาตรการหรือดำเนินการต่าง ๆ เพื่อเติมเต็มให้บุคคลสามารถอุปโภคสิทธิในเสรีภาพของร่างกายได้

สำหรับสิทธิในความปลอดภัยของร่างกาย (Right to Security of a Person) เป็นสิทธิที่มีลักษณะและเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในเสรีภาพของร่างกายอย่างมาก จนมีความเห็นขององค์คณะบางแห่ง เช่น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ที่เห็นว่าไม่สามารถแยกสิทธิทั้งสองออกจากกันได้⁴⁴ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ได้รับรองว่า สิทธิในความปลอดภัยของร่างกายเป็นสิทธิที่สามารถแยกพิจารณาได้ และหมายถึงพันธกรณีของรัฐที่จะคุ้มครองศักดิ์ศรีในเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ด้วยการดำเนินการหรือออกมาตรการต่าง ๆ เพื่อมิให้รัฐหรือเอกชนกระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดการละเมิดต่อศักดิ์ศรีในเนื้อตัวร่างกายของบุคคล⁴⁵ ดังนั้น ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีในการเคารพและคุ้มครองสิทธิในความปลอดภัยของร่างกายบุคคลในลักษณะดังกล่าวด้วย

2) สิทธิที่จะมีชีวิต

บุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายอาจได้รับผลกระทบต่อสิทธิที่จะมีชีวิต โดยกติกา ICCPR บัญญัติไว้ชัดเจนในข้อ 6 ว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด สิทธินี้ต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย บุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภोज”⁴⁶

สิทธิที่จะมีชีวิต (Right to Life) ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่สุดที่บรรจุไว้ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน เนื่องจากความสามารถในการอุปโภคสิทธิที่จะมีชีวิตเป็นปัจจัยพื้นฐาน

⁴² *Supra* Note 15, p. 444.

⁴³ *Sarma v. Sri Lanka*, Communication No.950/2000, UN Human Rights Committee (HRC), (2000), para. 9.4.

⁴⁴ *Supra* Note 30, para. 123.

⁴⁵ *Mojica v. Dominican Republic*, Communication No.449/1991, UN Human Rights Committee (HRC), (1991), paras 5.3-5.4.

⁴⁶ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 6.

ในการที่มนุษย์คนหนึ่งจะสามารถอุปโภคสิทธิมนุษยชนด้านอื่น ๆ ได้⁴⁷ โดยสิทธิที่จะมีชีวิต คือ สิทธิของบุคคลในการไม่ถูกพรากชีวิตไปอย่างอำเอใจ และสามารถดำรงชีวิตอยู่โดยปราศจากเงื่อนไขใด ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อความสามารถในการดำรงชีวิตอยู่ เช่น ไม่ถูกฆ่าหรือทำให้ตกอยู่ในสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดความยากลำบากหรือความทรมานทุกขทรมานในการดำรงชีวิต อย่างไรก็ตาม แม้สิทธิที่จะมีชีวิตสามารถถูกจำกัดได้ด้วยเงื่อนไขบางประการ เช่น การสังหารหรือวิสามัญฆาตกรรมบุคคลอันเป็นผลมาจากปฏิบัติการเพื่อจับกุมหรือป้องกันมิให้บุคคลนั้นหลบหนี หรือเพื่อปราบปรามการก่อจลาจล⁴⁸ แต่การจำกัดเช่นว่าจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและต้องได้สัดส่วนอย่างยิ่งกับพฤติการณ์ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวเท่านั้น⁴⁹

ในกรณีการทรมาน บุคคลที่ถูกทรมานอาจถูกกระทำด้วยวิธีการต่าง ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจ เช่น การสั่งให้อดนอน หรือการถูกจำกัดการให้อาหาร⁵⁰ ซึ่งการกระทำเหล่านี้เป็นการสร้างเงื่อนไขที่ทำให้การดำรงชีวิตของบุคคลที่ถูกทรมานเป็นไปอย่างยากลำบากและอาจส่งผลให้บุคคลนั้นเสียชีวิตในเวลาต่อมาได้ ส่วนกรณีการกระทำทำให้บุคคลสูญหายนั้น แม้มีอาจพิสูจน์ให้แน่ชัดได้ว่าบุคคลนั้นมีสภาพชีวิตความเป็นอยู่อย่างไรหรือเสียชีวิตไปแล้วหรือไม่ แต่ก็อาจอนุมานได้ว่าการที่บุคคลนั้นหายสาบสูญไปก็เป็นเพราะได้เสียชีวิตลงแล้ว ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่บุคคลไม่พึงถูกพรากชีวิตไปอย่างอำเอใจ ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงรูปแบบของรัฐ ประเทศไทยโดยหน่วยงานหรือตัวแทนของรัฐ มีพันธกรณีในการเคารพสิทธิที่จะมีชีวิตด้วยการไม่กระทำการใด ๆ ที่ส่งผลเป็นการทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายจนทำให้บุคคลเสียชีวิต ตลอดจนมีพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพของร่างกายด้วยการกระทำการใด ๆ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลได้รับผลกระทบจากการทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายจนเสียชีวิตที่กระทำโดยเอกชน และรวมไปถึงการไม่สร้างข้อจำกัดหรือกำหนดเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษที่มีลักษณะกว้างจนส่งผลให้การดำเนินคดีผู้กระทำความผิดเป็นไปได้ยาก⁵¹ นอกจากนี้ ประเทศไทยมีพันธกรณีในการออกมาตรการหรือดำเนินการต่าง ๆ เพื่อเติมเต็มให้บุคคลสามารถอุปโภคสิทธิที่จะมีชีวิตได้ เช่น การดำเนินคดีผู้กระทำความผิดหรือการอบรมบุคลากรของรัฐให้มีความรู้ความเข้าใจมาตรฐานด้านสิทธิมนุษยชน⁵² เพื่อมิให้กระทำการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายจนอาจทำให้บุคคลเสียชีวิตได้

⁴⁷ *Cakici v. Turkey*, App No 23657/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, (1999), para. 86.

⁴⁸ *Supra* Note 15, p. 276.

⁴⁹ *Ilhan v. Turkey*, App No 22277/93, Council of Europe: European Court of Human Rights, (2000), para. 74.

⁵⁰ *Supra* Note 40, para. 96.

⁵¹ *Supra* Note 15, p. 291.

⁵² United Nations Human Rights Committee (HRC), *General Comment No. 6, The Right to Life*, 1982, para. 5.

3) สิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย

บุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายย่อมได้รับผลกระทบต่อสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย โดยกติกา ICCPR บัญญัติไว้ชัดเจนในข้อ 16 ว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย”⁵³

สิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย (Right to Recognition of a Person Before the Law) เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอีกสิทธิหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำรงอยู่ของบุคคล⁵⁴ เนื่องจากระบบกฎหมายต่าง ๆ มักกำหนดให้การมีสถานะตามกฎหมายของบุคคล เป็นเงื่อนไขเบื้องต้นในการที่บุคคลหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐและมีความสามารถที่จะอุทธรณ์สิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ได้⁵⁵ ในอดีตพบว่ามีเหตุการณ์จำนวนมากที่มีการกระทำในลักษณะที่ปฏิเสธการมีสถานะตามกฎหมายของบุคคล เช่น การเอาบุคคลลงเป็นทาส การเหยียดสีผิว หรือการนำตัวบุคคลไปเป็นนักโทษในค่ายกักกัน ซึ่งบุคคลที่ตกอยู่ในสภาพดังกล่าวล้วนไม่มีสถานะตามกฎหมายในฐานะที่เป็นบุคคล แต่มีสถานะเป็นเพียงทรัพย์สินหรือสถานะอื่น ๆ เท่านั้น⁵⁶ นอกจากนี้ การที่บุคคลหนึ่งต้องตกอยู่ในสถานะที่เป็นคนไร้สัญชาติ กล่าวคือ ไม่อาจถือสัญชาติใดได้เพราะมิได้รับการยอมรับว่าเป็นคนชาติของรัฐใดเลย ก็อาจทำให้การเข้าถึงการอุทธรณ์สิทธิมนุษยชนของบุคคลนั้นถูกจำกัดได้ ดังนั้น การที่บุคคลหนึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย จะทำให้บุคคลนั้นมีสถานะเป็น “ผู้ทรงสิทธิและหน้าที่” (Bearer of Rights and Duties)⁵⁷ ทั้งนี้ Hannah Arendt ผู้เขียนหนังสือ *The Origin of Totalitarianism* ได้สรุปไว้อย่างน่าสนใจว่า สิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย คือ “สิทธิในการที่จะมีสิทธิ” (Rights to Have Rights)⁵⁸

ในกรณีการทรมาน บุคคลที่ถูกทรมานมักไม่อยู่ในสถานะที่จะอุทธรณ์สิทธิมนุษยชนใด ๆ ในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งได้ เพราะต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมหรือการสั่งการของผู้ทรมานและอาจไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายอีกต่อไป ส่วนกรณีการกระทำให้บุคคลสูญหายนั้น แม้มีอาจพิสูจน์ให้แน่ชัดได้ว่าบุคคลนั้นมีสภาพชีวิตความเป็นอยู่อย่างไรหรือเสียชีวิตไปแล้วหรือไม่ แต่การที่บุคคลสูญหายไปก็อาจทำให้บุคคลนั้นได้รับการสันนิษฐานว่าได้ถึงแก่ความตายแล้ว ส่งผลให้บุคคลนั้นไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายอีกต่อไป ในเรื่องนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยวางหลักไว้ว่า หากบุคคลใดได้ไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ และไม่มีใครรู้แน่ชัดว่าบุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ตลอดระยะเวลา 5 ปี ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการจะ

⁵³ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 16.

⁵⁴ *Supra* Note 18, p. 83.

⁵⁵ *Supra* Note 36, p. 369, para. 1.

⁵⁶ *Ibid*, para. 2.

⁵⁷ *Ibid*, para. 2.

⁵⁸ Hannah Arendt, *The Origin of Totalitarianism* (Harcourt, Brace, Jovanovich), 1973), p. 420.

ร้องขอให้ศาลสั่งให้บุคคลนั้นเป็นบุคคลสาบสูญได้⁵⁹ ผลของการที่เป็นบุคคลสาบสูญ คือ กฎหมายสันนิษฐานว่า บุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้ว ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงรูปแบบของรัฐ ประเทศไทยโดยหน่วยงานหรือตัวแทนของรัฐ มีพันธกรณีในการเคารพสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคล ตามกฎหมายด้วยการไม่กระทำการใด ๆ ที่ส่งผลเป็นการทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญหายจนทำให้บุคคลไม่อาจอุบเภาสิทธิมนุษยชนได้ ตลอดจนมีพันธกรณีในการออกมาตรการหรือดำเนินการต่าง ๆ เพื่อเติมเต็มให้บุคคล สามารถอุบเภาสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายได้ เช่น การดำเนินคดีผู้กระทำความผิด หรือ การอบรมบุคลากรของรัฐให้มีความรู้ความเข้าใจมาตรฐานด้านสิทธิมนุษยชน⁶⁰ ตลอดจนจัดให้มีกระบวนการเพื่อ จดทะเบียนบุคคลและออกเอกสารเพื่อเป็นหลักฐานรับรองสถานะตามกฎหมายของบุคคล⁶¹

2.1.2.2 การคุ้มครองบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการ ทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญหาย

นอกจากบุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายจะเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการทรมานและ การกระทำให้บุคคลสูญหายแล้ว บุคคลอื่น เช่น ครอบครัวหรือญาติของบุคคลนั้น ก็อาจได้รับความทุกข์ทรมานอัน เป็นผลโดยตรงจากการทรมานหรือการบังคับให้หายสาบสูญเช่นกัน การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีได้ เป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงเป็นแนวคิดใหม่ที่พัฒนามาจากคำพิพากษาหรือความเห็นต่าง ๆ ของนักวิชาการและ องค์กรระหว่างประเทศ โดยมีกรอบความคิดด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

1) สิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว

ครอบครัวหรือญาติของบุคคลที่ถูกทรมานหรือบังคับให้หายสาบสูญอาจได้รับผลกระทบต่อสิทธิที่ จะไม่ถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว โดยกติกา ICCPR บัญญัติไว้ชัดเจนในข้อ 17(1) ว่า “บุคคล จะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย มิได้ และจะถูกกลบหลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้”⁶²

สิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว (Right to Privacy and Family Life) ทำหน้าที่ประกันสิทธิของครอบครัวในฐานะที่เป็นหน่วยทางสังคมที่สำคัญที่สุดหน่วยหนึ่ง ให้พ้นจากการถูก แทรกแซงจากรัฐโดยอำเภอใจหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Arbitrary or Unlawful Interference)⁶³ ทั้งนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน อธิบายคำว่า “โดยอำเภอใจ” ว่าต้องมีลักษณะที่แสดงให้เห็นถึงความอยุติธรรม

⁵⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 61.

⁶⁰ *Supra* Note 52.

⁶¹ *Monaco v. Argentina*, Communication No. 400/1990, UN Human Rights Committee (HRC), (1990), paras 10.2.

⁶² *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 17(1).

⁶³ *Ucar v. Turkey*, App No 52392/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, (2006), para. 133.

การคาดหมายไม่ได้ และไม่มีเหตุผลรองรับ⁶⁴ และคำว่า “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” ว่าต้องไม่มีกฎหมายรองรับการแทรกแซงดังกล่าว⁶⁵ นอกจากนี้ การละเมิดสิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว สามารถเกิดขึ้นได้ใน 4 บริบทตามที่กติกา ICCPR ได้ระบุ กล่าวคือ 1) ความเป็นส่วนตัว 2) ชีวิตครอบครัว 3) เคหสถาน และ 4) การติดต่อสื่อสาร

ในกรณีการทรมาน ครอบครัวหรือญาติของบุคคลที่ถูกทรมานอาจได้รับผลกระทบจากการถูกเปิดเผยข้อมูลของครอบครัวและการถูกห้ามมิให้ติดต่อสื่อสารกับบุคคลที่ถูกทรมาน⁶⁶ ตลอดจนการที่เกียรติยศและศักดิ์ศรีของครอบครัวในบางวัฒนธรรมอาจถูกทำลายลงเพราะบุคคลในครอบครัวถูกนำไปทรมาน⁶⁷ ส่วนกรณีการกระทำให้บุคคลสูญหายนั้น แม้มิอาจพิสูจน์ให้แน่ชัดได้ว่าบุคคลนั้นมีสภาพชีวิตความเป็นอยู่อย่างไรหรือเสียชีวิตไปแล้วหรือไม่ แต่การที่บุคคลถูกกระทำให้สูญหายไปก็อาจทำให้ครอบครัวหรือญาติของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายไปในนั้นต้องดำเนินชีวิตอย่างหวาดกลัวหรือหวาดระแวง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อข้อมูลของสมาชิกในครอบครัวถูกเปิดเผยออกไป หรือการที่มีเจ้าหน้าที่หรือบุคคลอื่นใดล่วงล้ำเข้ามาในเคหสถานเพื่อค้นหาบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายไป หรือแม้กระทั่งการที่ไม่สามารถติดต่อสื่อสารกับบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายได้เนื่องจากไม่ทราบชะตากรรมและช่องทางติดต่อ⁶⁸ ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงรูปแบบของรัฐประเทศไทยโดยหน่วยงานหรือตัวแทนของรัฐ มีพันธกรณีในการเคารพสิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัวของครอบครัวหรือญาติของบุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายด้วยการงดเว้นไม่กระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงโดยอำเภอใจและโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการแทรกแซงการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลในครอบครัว⁶⁹ นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีพันธกรณีในการคุ้มครองมิให้เกิดการแทรกแซงเช่นว่าโดยเอกชน⁷⁰ และมีพันธกรณีในการออกมาตรการหรือดำเนินการต่าง ๆ เพื่อเติมเต็มให้ทุกฝ่ายสามารถอุปโภคสิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัวได้ดียิ่งขึ้น เช่น การจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันและคุ้มครองมิให้ครอบครัวหรือญาติของบุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายได้รับผลกระทบจากการถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ชีวิตครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสาร

⁶⁴ *Supra* Note 36, p. 383, para. 12.

⁶⁵ *Ibid*, p. 382, para. 11.

⁶⁶ Ovey Clare and White Robin C.A., *The European Convention on Human Rights*, (Oxford, New York, Auckland, 4th ed., 2006), p. 278.

⁶⁷ *Ibid*, p. 249.

⁶⁸ *Supra* Note 15, p. 103.

⁶⁹ *Ibid*, p. 104.

⁷⁰ *Moldovan v. Romania*, App No 41138/98 and 64320/01, Council of Europe: European Court of Human Rights, (2005), para. 109.

2) สิทธิที่จะรู้ความจริง

ครอบครัวหรือญาติของบุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายอาจได้รับผลกระทบจากการที่ไม่สามารถรู้ความจริงได้ว่าชะตากรรมหรือสภาพของบุคคลในครอบครัวนั้นเป็นอย่างไร โดยกติกา ICCPR มีข้อบทที่ใกล้เคียงเรื่องนี้เป็นข้อ 19(2) ซึ่งเป็นข้อบทที่กล่าวถึงเสรีภาพในการแสดงออก ว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภทโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะหรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก”⁷¹

สิทธิที่จะรู้ความจริง (Right to the Truth) เป็นสิทธิมนุษยชนที่ยังคงได้รับการถกเถียงว่าเป็นสิทธิเดียวกันกับสิทธิที่จะรู้ข่าวสาร (Right to Know) ตามที่กติกา ICCPR รับรองหรือไม่ เพราะสิทธิที่จะรู้ความจริงนั้นมีแนวคิดและบริบทที่เกี่ยวข้องกับการรู้ความเป็นไปของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ในเรื่องนี้สำนักงานข้าหลวงใหญ่ด้านสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้รับรองว่าสิทธิที่จะรู้ความจริงคือ “สิทธิที่มีอาจแบ่งแยกได้ในกรณีที่รู้ความจริงอันเกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและการละเมิดอาชญากรรมร้ายแรงภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ”⁷² ซึ่งสอดคล้องกับหลักการภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ว่าครอบครัวมีสิทธิที่จะรู้ความจริงเกี่ยวกับชะตากรรมของบุคคลในครอบครัวที่ได้รับผลกระทบจากการขัดกันทางอาวุธ⁷³ และหลักการเกี่ยวกับผู้พลัดถิ่น (Internally Displaced Person) ที่ว่าผู้พลัดถิ่นมีสิทธิที่จะรู้ความจริงว่าครอบครัวหรือญาติของตนมีชะตากรรมอย่างไรหรือดำรงชีวิตอยู่ ณ ที่ใด⁷⁴

ในกรณีการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ครอบครัวหรือญาติของบุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหายมีสิทธิที่จะรู้ความจริงว่าชะตากรรมหรือสภาพของบุคคลในครอบครัวนั้นเป็นอย่างไร ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญา CED⁷⁵ และกลุ่มหลักการว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนผ่านการกระทำที่ต่อต้านการได้รับยกเว้นโทษ (The Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity) ที่รับรองว่าเหยื่อและครอบครัวของเหยื่อมีสิทธิที่ไม่อาจพรากไปได้ (Imprescriptible Right) ในการที่จะรู้ความจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ที่มีการละเมิด ตลอดจนชะตากรรมของเหยื่อ

⁷¹ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 19(2).

⁷² United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), *Promotion and Protection of Human Rights: Study on the Right to the Truth, Report of the Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights*, UN Doc E/CN.4/2006/91 (2006)

⁷³ International Committee of the Red Cross (ICRC), *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 1125 UNTS 3 (1977), Art. 32.

⁷⁴ United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), *Guiding Principles on Internal Displacement*, UN Doc E/CN.4/1998/53Add.2 (1998), Principle 16.

⁷⁵ *Supra* Note 13, CED, Art. 24(2).

ในกรณีที่มีการเสียชีวิตหรือสูญหาย ไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดของกระบวนการทางกฎหมาย⁷⁶ ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในเชิงรูปแบบของรัฐ ประเทศไทยโดยหน่วยงานหรือตัวแทนของรัฐ มีพันธกรณีในการเคารพสิทธิที่จะรู้ความจริงด้วยการไม่กีดขวางการใช้สิทธิที่จะรู้ความจริงของครอบครัวหรือญาติของบุคคลที่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหาย และในขณะเดียวกันก็มีพันธกรณีในการอำนวยความสะดวกหรือมีมาตรการใด ๆ ที่ช่วยให้ได้รู้ความจริงเกี่ยวกับชะตากรรมหรือสภาพของบุคคลในครอบครัว เพื่อเติมเต็มให้ครอบครัวหรือญาติของบุคคลดังกล่าวสามารถอุปโภคสิทธิที่จะรู้ความจริงได้ดียิ่งขึ้น

2.2 แนวคิดทฤษฎีภายใต้กรอบการป้องกันและปราบปรามด้วยกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่า “การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย”⁷⁷ และรวมถึง “วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น”⁷⁸ จากข้อความนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดในทางอาญาและเพื่อกำหนดโทษซึ่งเป็นสภาพบังคับให้แก่ผู้กระทำความผิด⁷⁹ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาดังกล่าวประกอบกับแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน สามารถอธิบายเพิ่มเติมได้ว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มุ่งประสานความมุ่งหมาย 2 ประการเข้าด้วยกัน คือ การอ้างไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลให้ปราศจากการละเมิดโดยการใช้อำนาจเกินควรของรัฐ ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงทำหน้าที่จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐผ่านกฎหมายอาญา โดยรัฐจะต้องมีวัตถุประสงค์และเหตุผลอันสมควรที่จะบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดในทางอาญาและรูปแบบโทษที่จะลงจะเป็นแบบใด⁸⁰ และทำหน้าที่ประกันและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลเพื่อมิให้บุคคลใดต้องรับผิดหรือรับโทษในทางอาญาหากมิได้มีกฎหมายอาญาใดบัญญัติไว้ก่อนแล้ว⁸¹

การศึกษาแนวคิดทฤษฎีการทรมานและการบังคับให้หายสาบสูญภายใต้กรอบการป้องกันและปราบปรามด้วยกฎหมายอาญา มีความจำเป็นเนื่องจากอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ต่างกำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดให้การกระทำการทรมานและการบังคับให้หายสาบสูญเป็นความผิดอาญาและมีโทษทางอาญาภายใต้

⁷⁶ United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), *Principles to Combat Impunity*, UN Doc E/CN.4/2005/102/Add (2005), Principle 4.

⁷⁷ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, *กฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป*, หน้า 1.

⁷⁸ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, หน้า 49.

⁷⁹ คณพล จันทน์หอม, *รากฐานกฎหมายอาญา*, หน้า 51-52.

⁸⁰ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press, 2000), p. xix.

⁸¹ Lindsay Farmer, *The Boundaries of the Criminal Law: Criminal Law, Legal Theory and History* (Cambridge University Press, 2010), p. 5.

กฎหมายภายในของตน โดยอนุสัญญา CAT บัญญัติไว้ในข้อ 4 ว่า “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่าการกระทำทรมาน ทั้งปวงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของตน ให้ใช้หลักการเดียวกันนี้บังคับสำหรับการพยายามกระทำการ ทรมาน และสำหรับการกระทำโดยบุคคลใดที่เป็นการสมรู้ร่วมคิด หรือการมีส่วนร่วมในการทรมานด้วย”⁸² และ “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐทำให้ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดที่มีโทษ ซึ่งมีระวางโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการ กระทำเหล่านั้น”⁸³ ในขณะที่อนุสัญญา CED บัญญัติไว้ในข้อ 4 ว่า “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่ จำเป็นเพื่อประกันว่าการบังคับให้หายสาบสูญเป็นฐานความผิดภายใต้กฎหมายอาญาของตน”⁸⁴ และในข้อ 7(1) ว่า “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องกำหนดให้การบังคับให้หายสาบสูญเป็นความผิดที่ลงโทษได้โดยมีบทลงโทษที่เหมาะสม และโดยคำนึงถึงความร้ายแรงอย่างยิ่งของความผิดดังกล่าว”⁸⁵

อย่างไรก็ดี เพื่อมิให้เกิดขอบเขตการดำเนินงานของรายงานวิจัยฉบับนี้ และเนื่องจากได้มีรายงานวิจัยที่ ศึกษาทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดและโทษในทางอาญาอย่างละเอียดแล้ว⁸⁶ ผู้วิจัยจะขอสรุปทฤษฎีที่ เกี่ยวข้องในเรื่องนี้อย่างย่อ ในฐานะที่เป็นกรอบการป้องกันและปราบปรามการทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญ หาย ดังนี้

2.2.1 การกำหนดความผิดในทางอาญา

เนื่องจากประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องกำหนดให้การทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็น ความผิดในทางอาญาอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาความเหมาะสมว่าการนำกฎหมายอาญามาใช้กับการป้องกัน และปราบปรามการทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญหายจะมีลักษณะเป็นการใช้กฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization) จนทำให้เกิดปัญหาในการบริหารงานยุติธรรมหรือไม่ อย่างไรก็ดี การกำหนดการกระทำ ดังกล่าวให้เป็นความผิดอาญานั้น ควรจะต้องจัดให้เป็นระบบและสอดคล้องกับความผิดอาญาอื่น⁸⁷ และควร คำนึงถึงหลักความถูกต้องตามกฎหมายด้วย ในเรื่องนี้ ได้เคยมีการนำหลักความถูกต้องตามกฎหมาย (Legality Principle) มาใช้ในการพิจารณาประกอบการกำหนดความผิดอาญาระหว่างประเทศภายใต้ธรรมนูญกรุงโรม มาแล้ว โดยผู้ร่างเห็นตรงกันว่า อาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องได้รับการนิยาม อย่างชัดเจน แน่นนอน และเฉพาะเจาะจง เพื่อให้เป็นไปตามหลักความถูกต้องตามกฎหมาย⁸⁸ นอกจากนี้ ในการ

⁸² *Supra* Note 12, CAT, Art. 4(1).

⁸³ *Ibid*, CAT, Art. 4(2).

⁸⁴ *Supra* Note 13, CED, Art. 4(2).

⁸⁵ *Ibid*, CED, Art. 7(1).

⁸⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย” (2560).

⁸⁷ คณศ เต็งสุวรรณ, วิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาการจัดระบบกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาในประเทศไทย”, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2558).

⁸⁸ United Nations General Assembly, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court (Vol.1)*, UN GAOR, 51th Session, Session Supplement No.22A (A/51/22) (1996), para. 52.

พิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศในคดี Lubanga ศาลได้อ้างถึงหลักความถูกต้องตามกฎหมายเพื่อโต้แย้งข้อต่อสู้ของฝ่ายจำเลยที่ว่าจำเลย (Thomas Lubanga) ไม่อาจคาดหมายได้ว่าการใช้ทหารเด็กเป็นความผิดอาญาโดยสภาพ โดยศาลได้กล่าวว่าศาลมิได้ละเมิดหลักความถูกต้องตามกฎหมายเนื่องจากศาลได้พิจารณาพฤติการณ์แห่งคดีนี้บนพื้นฐานของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐภาคีได้เห็นชอบให้มีอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมแล้ว ในขณะที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้น⁸⁹

ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรกำหนดให้การทรมานหรือการบังคับให้หายสาบสูญเป็นความผิดในทางอาญาในลักษณะที่สอดคล้องกับหลักความถูกต้องตามกฎหมายซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไข 4 ประการ คือ 1) ต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรให้เป็นความผิดในทางอาญา (*Lex scripta*) 2) ต้องไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง (*Lex praevia*) 3) ต้องกำหนดองค์ประกอบความผิดและโทษให้ชัดเจน (*Lex certa*) และ 4) ต้องตีความอย่างเคร่งครัด (*Lex stricta*) ดังนี้

2.2.1.1 ต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรให้เป็นความผิดในทางอาญา

หลัก *Lex scripta* ทำหน้าที่ห้ามการบังคับใช้กฎหมายอาญาที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Non-statutory) ไว้ก่อนแล้วในขณะที่มีการกระทำ ดังนั้น ในการกำหนดให้การทรมานหรือการบังคับให้หายสาบสูญเป็นความผิดในทางอาญา รัฐจะต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดภายใต้กฎหมายอาญาเสียก่อนจึงจะสามารถเอาผิดผู้ที่กระทำการดังกล่าวได้ ซึ่งตรงกับหลักการ *nullum crimen sine lege* หรือ “ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด” โดยกติกา ICCPR ได้บัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้ชัดเจนในข้อ 15(1) ว่า “บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดทางอาญา เพราะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใด ซึ่งในขณะที่กระทำไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ”⁹⁰ และสอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมข้อ 22(1) ว่า “บุคคลไม่ต้องรับผิดในทางอาญาภายใต้ธรรมนูญนี้ เว้นแต่ในขณะที่กระทำการดังกล่าว การกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจศาลแล้ว”⁹¹

2.2.1.2 ต้องไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง

หลัก *Lex praevia* ทำหน้าที่ห้ามการบังคับใช้กฎหมายอาญาในลักษณะที่มีผลย้อนหลังไปก่อนที่กฎหมายอาญานั้นจะมีผลใช้บังคับ ดังนั้น ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาในฐานะความผิดเกี่ยวกับการทรมานหรือการบังคับให้หายสาบสูญ รัฐจะต้องคำนึงถึงวันที่กฎหมายอาญานั้นมีผลใช้บังคับ และไม่ย้อนหลังไปบังคับใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนวันดังกล่าว โดยนอกจากจะสอดคล้องกับกติกา ICCPR ข้อ 15(1) แล้ว ยังสอดคล้องกับ

⁸⁹ Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the case of the *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, International Criminal Court (ICC) (2012), para. 303.

⁹⁰ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 15(1).

⁹¹ United Nations General Assembly, *Rome Statute of the International Criminal Court* (last amended 2010) (1998), (Rome Statute), Art. 22(1).

แนวทางของธรรมนูญกรุงโรมข้อ 24(1) ว่า “บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาภายใต้ธรรมนูญนี้ จากการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่ธรรมนูญนี้มีผลใช้บังคับ”⁹² อย่างไรก็ตาม ได้มีความเห็นว่าการกระทำทำให้บุคคลสูญหายนั้นมีลักษณะเป็นอาชญากรรมต่อเนื่อง (Continuing crime) ที่ถือว่าการกระทำยังคงมีอยู่ตลอดเวลาที่บุคคลนั้นสูญหายอยู่ หากในช่วงเวลาดังกล่าวได้มีการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นเพื่อให้การกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดในทางอาญา การกระทำนั้นก็สามารถเป็นความผิดอาญาภายใต้กฎหมายอาญาที่ถูกบัญญัติขึ้นใหม่ได้⁹³

2.2.1.3 ต้องกำหนดองค์ประกอบความผิดและโทษให้ชัดเจน

หลัก *Lex certa* ทำหน้าที่กำหนดให้รัฐต้องระบุงองค์ประกอบความผิดและโทษทางอาญาให้ชัดเจน เพื่อมิให้เกิดความคลุมเครือในการบังคับใช้ ในเรื่องนี้ ได้เคยมีการนำหลักนี้มาใช้ในระหว่างการร่างธรรมนูญกรุงโรม เพื่อพิจารณากำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วยการเอาคนลงเป็นทาสในทางเพศ (Sexual slavery)⁹⁴ มาแล้ว โดยสหรัฐอเมริกาได้แสดงความกังวลว่าการนำคำจำกัดความของความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาส (Enslavement) มาใช้โดยตรงอาจมีลักษณะที่กว้างและคลุมเครือเกินไป ไม่สะท้อนปัจจัยหรือพฤติการณ์เฉพาะของความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาสในทางเพศได้ชัดเจนนัก⁹⁵ ที่ประชุมจึงได้ระบุงองค์ประกอบความผิดและตัวอย่างของการกระทำที่เป็นความผิดฐานดังกล่าวไว้ในเอกสาร Elements of Crimes เช่น มีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการถือกรรมสิทธิ์ในตัวบุคคลด้วยการซื้อ ขาย หรือให้ยืมเพื่อประโยชน์ทางเพศ⁹⁶ เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น ดังนั้น ในการกำหนดให้การทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดในทางอาญา รัฐจะต้องกำหนดองค์ประกอบความผิดและโทษให้ชัดเจน

2.2.1.4 ต้องตีความอย่างเคร่งครัด

หลัก *Lex stricta* ทำหน้าที่กำหนดให้รัฐต้องตีความกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัด รัฐไม่สามารถตีความกฎหมายอาญาในลักษณะที่อนุমানให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำได้ ดังที่ศาสตราจารย์ Roelof Haveman ได้กล่าวไว้ว่า แม้ว่าการกระทำของบุคคลนั้นจะชั่วร้ายเพียงใด ศาลก็ต้องหลีกเลี่ยงไม่ลงโทษบุคคลจากการกระทำนั้น ตราบใดที่รัฐยังไม่ได้บัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาล⁹⁷ โดยหลักการนี้สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 22(2) ว่า “คำนิยามของอาชญากรรมจะต้องถูกตีความอย่างเคร่งครัดและไม่ใช่อันที่อนุমানเพื่อตีความขยาย ในกรณีที่มี

⁹² *Ibid*, Rome Statute, Art. 24(1).

⁹³ *Gabriel Orlando Vera Navarrete*, Constitutional Court. Case No. 2798-04-HC/TC. (Lima, 2004), para. 8.

⁹⁴ *Supra* Note 91, Rome Statute, Art.7(1)(g).

⁹⁵ Iris Haenen, “International Criminalization”, in *A Tale of Two Theories: Criminalisation on the Level of National Law and International Law* (Cambridge, 2017), p. 154.

⁹⁶ International Criminal Court (ICC), *Elements of Crimes* (2011), Art. 7(1)(g)-2.

⁹⁷ Roelof Haveman, Olga Kavran, Julian Nicholls, *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis* (Intersentia, 2003), p. 61.

ความคลุมเครือ ให้ตีความคำนิยามนั้นในลักษณะที่เป็นผลดีแก่บุคคลที่ถูกสอบสวน ดำเนินคดี หรือถูกตั้งข้อหา”⁹⁸ ดังนั้น หากการกำหนดความผิดฐานการทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายมีลักษณะคลุมเครือและต้องตีความ รัฐต้องตีความอย่างเคร่งครัดและไม่อนุমানให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำ

2.2.2 การกำหนดโทษในทางอาญา

เนื่องจากประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องกำหนดให้การทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดที่มีโทษและมีระวางโทษที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำ⁹⁹ จึงไม่เพียงต้องพิจารณาความเหมาะสมว่าควรกำหนดโทษทางอาญาแก่การกระทำความผิดฐานการทรมานหรือการบังคับให้หายสาบสูญหรือไม่ อย่างไรก็ดี การกำหนดโทษในทางอาญาควรอยู่ภายใต้กรอบคุณลักษณะตามที่ศาสตราจารย์ Herbert L. Packer ได้อธิบายไว้¹⁰⁰ โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์หรือการแสวงประโยชน์จากการลงโทษบนพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษในทางอาญา 2 ทฤษฎีหลัก คือ 1) ทฤษฎีการแก้แค้นทดแทน (Retributive theory) และ 2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian theory) โดยการกำหนดจำนวนหรือรูปแบบของโทษที่ผู้กระทำผิดจะได้รับ ต้องได้สัดส่วน (Proportionality of punishment) กับความเสียหายหรือความร้ายแรงที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายและสังคม ทั้งนี้ รายละเอียดเพิ่มเติมผู้สนใจสามารถศึกษาได้จากรายงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง¹⁰¹

กล่าวโดยสรุป ในบทที่ 2 นี้ ผู้วิจัยได้อธิบายแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายทั้งในกรอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ที่ได้กล่าวถึงลักษณะรูปแบบพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐ ตลอดจนสิทธิมนุษยชนด้านต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และในกรอบการป้องกันและปราบปรามผ่านการบังคับใช้กฎหมายอาญา เพื่อเป็นฐานในการทำความเข้าใจพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงในบทต่อ ๆ ไป

⁹⁸ *Supra* Note 91, Rome Statute, Art. 22.

⁹⁹ โปรดดูเชิงอรรถ 82-85.

¹⁰⁰ Herbert L. Packer, *The Limits of Criminal Sanction*, (Stanford University Press, 1968), p. 296.

¹⁰¹ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา (ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา) สถาบันพระปกเกล้า (2564).

บทที่ 3

พันธกรณีของรัฐภาคีในเชิงเนื้อหา

ประชาคมระหว่างประเทศให้ความสำคัญกับการคุ้มครองบุคคลจากการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้ว่าในปัจจุบันมีตราสารระหว่างประเทศในเรื่องนี้จำนวนมาก ทั้งในรูปแบบอนุสัญญาาระดับสากลและระดับภูมิภาค และที่อยู่ในรูปแบบปฏิญญาที่ไม่มีผลผูกพันแต่มีน้ำหนักในการสร้างบรรทัดฐานในทางระหว่างประเทศ โดยในบทนี้ ผู้วิจัยมุ่งอธิบายสาระสำคัญของพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ในส่วนที่เกี่ยวกับเชิงเนื้อหาหรือด้านสารบัญญัติ ดังนี้

- 1) ความเบื้องต้นเกี่ยวกับตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ซึ่งรวมถึงอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ด้วย
- 2) พันธกรณีภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ในการกำหนดให้คำนิยามของการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายของกฎหมายภายในต้องเป็นไปตามที่อนุสัญญากำหนด
- 3) พันธกรณีภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ในการกำหนดให้การทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดอาญาและมีโทษในทางอาญา

3.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

ในส่วนนี้ ผู้วิจัยได้รวบรวมตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย โดยแบ่งอธิบายดังนี้

3.1.1 ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการทรมาน

วิวัฒนาการของตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการทรมาน เริ่มต้นมาจากความพยายามที่จะให้การทรมาน ซึ่งเป็นการกระทำที่มีที่มาจาก การลงโทษในสมัยโบราณโดยอาชญากร นักรบ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือแม้แต่่นักบวชในยุคกลาง¹⁰² ที่มีลักษณะโหดร้ายด้วยการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ เช่น การบังคับให้สารภาพ ให้ข้อมูล หรือเพื่อลงโทษให้เป็นที่เกรงกลัวแก่บุคคลอื่น เป็นการกระทำที่ผิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยในการประมวลและสร้างกรอบความคิดเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดฐานการทรมานในทางกฎหมายระหว่างประเทศ มีการตั้งข้อสังเกตว่าลักษณะของการทรมานดังที่ปฏิบัติ

¹⁰² Edwards Peters, *Torture* (Wiley & Sons, Incorporated, John, New York, 1985), p. 65.

มาตั้งแต่ในอดีตนั้น ไม่ใช่เป็นสิ่งที่สามารถกระทำโดยบุคคลใดก็ได้ แต่มักเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ (State Officials) หรือของผู้ที่ใช้อำนาจรัฐ (Authorized Persons) และล้วนมีจุดเกาะเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทั้งสิ้น¹⁰³ ดังนั้น เพื่อคุ้มครองปัจเจกชนให้พ้นจากการกระทำดังกล่าว จึงได้เริ่มมีการรับรอง “สิทธิที่จะไม่ถูกทรมาน” ขึ้นในบัญญัติเรื่องสิทธิพื้นฐาน (Bills of Rights) ของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ได้รับการอ้างอิงถึงอย่างมาก คือ บัญญัติเรื่องสิทธิพื้นฐานของสหราชอาณาจักร¹⁰⁴ และของสหรัฐอเมริกา¹⁰⁵ ต่อมาในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ได้ปรากฏว่ามีการทรมานอย่างกว้างขวางโดยกองทัพนาซี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทดลองทางวิทยาศาสตร์หรือการแพทย์บนตัวมนุษย์ในค่ายกักกันที่สร้างความเจ็บปวดทรมานให้แก่เหยื่อเป็นอย่างมาก¹⁰⁶ จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่เขย่าขวัญมนัสของมนุษยชาติอย่างยิ่ง¹⁰⁷ เหตุนี้เองที่เป็นปัจจัยผลักดันให้สหประชาชาติต้องบรรจุสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานเข้าไปอยู่ในปฏิญญา UDHR¹⁰⁸ เมื่อ ค.ศ. 1948 เพื่อรับรองสิทธิดังกล่าวและป้องกันไม่ให้มีการกระทำเช่นนี้อีกในอนาคต

หลังจากที่ปฏิญญา UDHR ได้รับรองสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานแล้ว ในเวลาต่อมาก็ได้มีการพัฒนาการของการรับรองสิทธินี้ในตราสารระหว่างประเทศที่ได้จัดทำขึ้นในภายหลังอีกด้วย โดยในปัจจุบัน มีตราสารระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับทรมานหลายฉบับ ทั้งในรูปแบบอนุสัญญา ปฏิญญา หลักการชี้แนะ มาตรฐานขั้นต่ำ ฯลฯ โดยผู้วิจัยรวบรวมตราสารบางส่วนเพื่อเป็นข้อมูล ดังนี้

<p>ตราสารสิทธิมนุษยชนทั่วไปที่มีข้อบทเกี่ยวกับการรับรองสิทธิที่จะไม่ถูกทรมาน</p> <p><u>ระดับสากล</u></p> <p>1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ข้อ 7 และ 10¹⁰⁹</p> <p><u>ระดับภูมิภาค</u></p> <p>1) อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights – ECHR) ข้อ 3¹¹⁰</p>

¹⁰³ *Ibid*, p. 4.

¹⁰⁴ United Kingdom, An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown (Bills of Rights), 1 William & Mary Sess 2 c 2.

¹⁰⁵ United States Constitution Amendments 1 to 10 (Bills of Rights), 1789.

¹⁰⁶ Auschwitz-Birkenau State Museum, **Josef Mengele** [online] Available from: <http://auschwitz.org/en/history/medical-experiments/josef-mengele> [23 July 2021].

¹⁰⁷ Nigel S. Rodley, “Integrity of the Person”, in **International Human Rights Law**, eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (Oxford University Press, 2018), p. 166.

¹⁰⁸ *Supra* Note 10, UDHR, Art. 5.

¹⁰⁹ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 7, 10.

¹¹⁰ Council of Europe, **European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5, (ECHR), Art. 3.

<p>2) อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Rights – ACHR) ข้อ 5¹¹¹</p> <p>3) กฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและปวงชน (African Charter on Human and Peoples’ Rights – ACHPR) ข้อ 5¹¹²</p>
<p>ตราสารสิทธิมนุษยชนเฉพาะด้านการต่อต้านการทรมาน</p> <p><u>ระดับสากล</u></p> <p>1) อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – CAT)¹¹³</p>
<p>ตราสารด้านอาญาระหว่างประเทศ</p> <p>1) ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) ข้อ 7 และ 8¹¹⁴</p>
<p>ตราสารในสถานะ Soft Law</p> <p>1) Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1975)¹¹⁵</p> <p>2) The Code of Conduct for Law Enforcement Officials (1979)¹¹⁶</p> <p>3) The Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1982)¹¹⁷</p>

¹¹¹ Organization of American States (OAS), **American Convention on Human Rights**, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, (ACHR), Art. 5.

¹¹² Organization of African Unity (OAU), **African Charter on Human and Peoples' Rights**, "Banjul Charter", 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), (ACHPR), Art. 5.

¹¹³ *Supra* Note 12, CAT.

¹¹⁴ *Supra* Note 91, Rome Statute, Art. 7-8.

¹¹⁵ United Nations General Assembly, **Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**, 9 December 1975, A/RES/3452(XXX).

¹¹⁶ United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), **The Code of Conduct for Law Enforcement Officials**, adopted by General Assembly resolution 34/169 of 17 December 1979 [online] Available from: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/codeofconduct.pdf> [17 July 2021].

¹¹⁷ United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), **Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**, adopted by General Assembly resolution 37/194 of 18 December 1982 [online] Available from: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/medicaethics.aspx> [17 July 2021].

- 4) The Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (1988)¹¹⁸
- 5) The Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Istanbul Principles) (2000)¹¹⁹
- 6) The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules) Revised (2015)¹²⁰

จากตาราง จะเห็นได้ว่า อนุสัญญา CAT เป็นตราสารเฉพาะด้านในระดับสากลที่มีผลผูกพันรัฐภาคีเพียงฉบับเดียวที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการทรมานเป็นการเฉพาะ โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับเอาตัวบทของอนุสัญญา CAT เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2527 โดยมีรัฐร่วมลงนามจำนวน 83 รัฐ และหลังจากที่มีรัฐให้สัตยาบันจำนวน 20 รัฐ อนุสัญญา CAT จึงมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2530 ปัจจุบันมีรัฐภาคีทั้งสิ้น 117 รัฐ โดยประเทศไทยได้ภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา CAT เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2550

3.1.2 ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันปราบปรามและคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการกระทำให้บุคคลสูญหาย

วิวัฒนาการของตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันปราบปรามและคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการกระทำให้บุคคลสูญหาย เริ่มต้นมาจากความพยายามที่จะจัดการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ใช้อำนาจของรัฐที่มีการนำบุคคลไปกักขังในที่ลับ (Secret Detention) เพื่อปกปิดมิให้ทราบชะตากรรมของบุคคลนั้น¹²¹ โดยมีวัตถุประสงค์ต่าง ๆ เช่น การป้องกันมิให้เผยแพร่ข้อมูลบางประการ หรือเพื่อทำให้ครอบครัว ญาติสนิท หรือสังคมโดยรวมเกิดความหวาดกลัว ทั้งนี้ เหตุการณ์ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกรณีการกระทำให้บุคคลสูญหาย เหตุการณ์แรกในประวัติศาสตร์ยุคปัจจุบัน คือ การที่กองทัพนาซีออกกฎหมายมาจับกุมตัวบุคคลที่กองทัพนาซีมองว่า “เป็นอันตรายต่อความมั่นคงของเยอรมนี” โดยหลังจากที่กองทัพนาซีได้จับกุมและนำตัวบุคคลเข้ามาใน

¹¹⁸ United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), **Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment**, adopted by General Assembly resolution 43/173 of 9 December 1988 [online] Available from: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/bodyprinciples.pdf> [17 July 2021].

¹¹⁹ United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), **Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**, Recommended by General Assembly resolution 55/89 of 4 December 2000 [online] Available from: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/EffectiveInvestigationAndDocumentationOfTorture.aspx> [17 July 2021].

¹²⁰ United Nations Office on Drugs and Crime (ODC), **Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules)** [online] Available from: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf [17 July 2021].

¹²¹ Maria Clara Galvis Patiño, “Rights Related to Enforced Disappearance,” in **The Cambridge Handbook of New Human Rights Recognition, Novelty, Rhetoric** (Cambridge University Press, 2020).

เยอรมนีแล้วก็ไม่มีความผิดทางอาญาของบุคคลเหล่านี้ต่อไป¹²² และต่อด้วยยุคเผด็จการในภูมิภาคอเมริกา กลางและอเมริกาใต้ ในช่วง ค.ศ. 1960-1980 ที่มีบุคคลผู้เห็นต่างทางการเมืองจำนวนมากถูกกระทำให้อับชญา ด้วยเหตุผลด้านความมั่นคง¹²³ ดังนั้น จึงปฏิเสธไม่ได้เลยว่าการกระทำให้อับชญาเป็นการกระทำที่เข้าข่ายวิญ มโนสำนึกของมนุษยชาติอย่างยิ่งเช่นเดียวกับการทรมาน¹²⁴ และทำให้สหประชาชาติต้องบรรจุสิทธิในการไม่ถูก จับกุมหรือคุมขังโดยอำเภอใจเข้าไปอยู่ในปฏิญญา UDHR¹²⁵ ด้วย เพื่อรับรองสิทธิดังกล่าวและป้องกันไม่ให้เกิดการ กระทำเช่นนี้อีกในอนาคต

หลังจากที่ปฏิญญา UDHR ได้รับรองสิทธิในการไม่ถูกจับกุมหรือคุมขังโดยอำเภอใจแล้ว ในเวลาต่อมาก็ได้มีการ พัฒนาการของการรับรองสิทธินี้ในตราสารระหว่างประเทศที่ได้จัดทำขึ้นในภายหลังอีกด้วย โดยในปัจจุบัน มีตรา สารระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิในการไม่ถูกจับกุมหรือคุมขังโดยอำเภอใจ และการ กระทำให้อับชญาหลายฉบับ ทั้งในรูปแบบอนุสัญญา ปฏิญญา หลักการชี้แนะ มาตรฐานขั้นต่ำ ฯลฯ โดย ผู้วิจัยรวบรวมตราสารบางส่วนเพื่อเป็นข้อมูล ดังนี้

<p>ตราสารสิทธิมนุษยชนทั่วไปที่มีข้อบทเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในการไม่ถูกจับกุมหรือคุมขังโดยอำเภอใจ</p> <p>ระดับสากล</p> <ol style="list-style-type: none">1) กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ข้อ 9¹²⁶2) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities – CRPD) ข้อ 14¹²⁷3) อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว (International Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families – CMW) ข้อ 16¹²⁸ <p>ระดับภูมิภาค</p> <ol style="list-style-type: none">1) อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights – ECHR) ข้อ 5(1)¹²⁹2) อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Rights – ACHR) ข้อ 7(3)¹³⁰

¹²² Encyclopaedia Britannica, **Nacht-und-Nebel-Erlass (Night and Fog Decree), 7 December 1941** [online] Available from: <https://www.britannica.com/topic/Night-and-Fog-Decree> [18 July 2021].

¹²³ Marthe Lot Vermeulen, **Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance**, (Intersentia, 2012), p. 5.

¹²⁴ *Supra* Note 107, p. 166.

¹²⁵ *Supra* Note 10, UDHR, Art. 9.

¹²⁶ *Supra* Note 11, ICCPR.

¹²⁷ United Nations General Assembly, **Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, UNTS Vol. 2515, 2007, p. 3, (CRPD).

¹²⁸ United Nations General Assembly, **International Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families**, UNTS Vol. 2220, 1990, p. 3, (CMW).

¹²⁹ *Supra* Note 110, ECHR, Art. 3.

¹³⁰ *Supra* Note 111, ACHR, Art. 5.

3) กฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและปวงชน (African Charter on Human and Peoples’ Rights – ACHPR) ข้อ 6 ¹³¹
<p>ตราสารเฉพาะด้านการบังคับให้หายสาบสูญ</p> <p>ระดับสากล</p> <p>1) อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการบังคับให้หายสาบสูญ (Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance – CED)¹³²</p>
<p>ตราสารด้านอาญาระหว่างประเทศ</p> <p>1) ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) ข้อ 7 และ 8¹³³</p>
<p>ตราสารในสถานะ Soft Law</p> <p>1) The Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (1988)¹³⁴</p> <p>2) The UN Basic Rules for the Treatment of Prisoners (1990)¹³⁵</p> <p>3) The UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (1990)¹³⁶</p> <p>4) The UN Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (1992)¹³⁷</p> <p>5) The UN Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (2011)¹³⁸</p> <p>6) The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules) Revised (2015)¹³⁹</p>

¹³¹ *Supra* Note 112, ACHPR, Art. 5.

¹³² *Supra* Note 13, CED.

¹³³ *Supra* Note 91, Rome Statute, Art. 7-8.

¹³⁴ *Supra* Note 118.

¹³⁵ United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), **Basic Principles for the Treatment of Prisoners**, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/111 of 14 December 1990 [online] Available from: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/basicprinciplestreatmentofprisoners.aspx> [19 July 2021].

¹³⁶ United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), **United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty**, adopted by General Assembly resolution 45/113 of 14 December 1990 [online] Available from: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/juvenilesdeprivedofliberty.aspx> [19 July 2021].

¹³⁷ United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), **Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance**, adopted by General Assembly resolution 47/133 of 18 December 1992 [online] Available from: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/enforceddisappearance.aspx> [19 July 2021].

¹³⁸ United Nations Office on Drugs and Crime (ODC), **United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders with their Commentary (The Bangkok Rules)**, adopted by General Assembly resolution 47/133 of 18 December 1992 [online] Available from: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ENG_22032015.pdf [19 July 2021].

¹³⁹ *Supra* Note 120.

จากตาราง จะเห็นได้ว่า อนุสัญญา CED เป็นตราสารเฉพาะด้านในระดับสากลที่มีผลผูกพันรัฐภาคีเพียงฉบับเดียวที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นการเฉพาะ โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับเอาตัวบทของอนุสัญญา CED เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ. 2549 โดยมีรัฐร่วมลงนามจำนวน 98 รัฐ และหลังจากที่มีรัฐให้สัตยาบันจำนวน 20 รัฐ อนุสัญญา CED จึงมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 ธันวาคม พ.ศ. 2553 ปัจจุบันมีรัฐภาคีทั้งสิ้น 62 รัฐ โดยประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญา CED เมื่อวันที่ 9 มกราคม พ.ศ. 2550 แต่ยังมีไม่ได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันเป็นภาคี

3.2 คำนิยาม

รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องกำหนดคำนิยามให้เป็นไปตามที่อนุสัญญากำหนด โดยอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ได้ให้นิยามคำว่า “การทรมาน” “การกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี” และ “การบังคับให้หายสาบสูญ” ไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

3.2.1 การทรมาน

อนุสัญญา CAT นิยามคำว่า “ทรมาน” (Torture) ไว้ในข้อ 1 ดังนี้

CAT
<p>ข้อ 1</p> <p>“1. เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “ทรมาน” หมายถึง การกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะทางกายหรือจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพของบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้น สำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือเพราะเหตุผลใด ๆ บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดยหรือด้วยการข่มขู่ หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษทัณฑ์ขบถที่ชอบด้วยกฎหมาย</p> <p>2. ข้อนี้ไม่มีผลกระทบต่อตราสารระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในใดที่มี หรืออาจจะมิมีบทบัญญัติที่ใช้บังคับได้ในขอบเขตที่กว้างกว่า”¹⁴⁰</p>

¹⁴⁰ *Supra* Note 12, CAT, Art. 1

“1. For the purposes of this Convention, the term “torture” means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by

จากคำนิยามนี้ แสดงให้เห็นว่า “การทรมาน” จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ คือ

- (1) ต้องปรากฏความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง
- (2) ต้องปรากฏความมุ่งประสงค์
- (3) ต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ

โดยแต่ละองค์ประกอบมีรายละเอียด ดังนี้

3.2.1.1 ต้องปรากฏความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง

ความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง (Severe Pain or Suffering) เป็นองค์ประกอบที่ทำหน้าที่แยกการทรมานออกจากการกระทำอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อที่รุนแรงน้อยกว่า โดยอนุสัญญา CAT ระบุว่าความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้น ไม่ว่าจะเกิดขึ้นต่อร่างกายหรือจิตใจ จะต้องมึลักษณะที่ “อย่างร้ายแรง” (Severe) ทั้งนี้ ในระหว่างการเจรจาได้เคยมีการเสนอให้ใช้คำว่า “อย่างร้ายแรงยิ่ง” หรือ “Extremely severe” แต่ผู้ร่างฯ ได้ตัดคำว่า “ยิ่ง” หรือ “Extreme” ออกไป เนื่องจากเห็นว่า การกระทำที่จะถือเป็นการทรมานได้นั้น หากปรากฏว่าส่งผลกระทบต่อความรุนแรงในระดับเข้มข้นมากกว่าการกระทำทั่วไปในระดับหนึ่ง (Certain Gravity) ก็เพียงพอแล้ว¹⁴¹ ดังนั้น การกระทำเพียงครั้งเดียวแต่หากก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ก็สามารถเข้าองค์ประกอบนี้ได้แล้ว

การกระทำที่เข้าข่ายเป็นการสร้างความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง สามารถเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ กล่าวคือ ประการแรก คือ การกระทำที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อโดยตรง เช่น การทุบตี เตะ หรือต่อย โดยอาจมีการใช้อุปกรณ์เสริมต่าง ๆ เช่น มีด บุหรี่ ด้ามเหล็ก หรือเครื่องส่งกระแสไฟฟ้าร่วมด้วยก็ได้¹⁴² ประการที่สอง คือ การกระทำที่กระทำต่อจิตใจหรือความรู้สึกนึกคิดของเหยื่อโดยตรง ซึ่งอาจไม่ปรากฏว่ามีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายเลยก็ได้ เช่น การขู่ว่าจะฆ่าเหยื่อหรือบุคคลในครอบครัวซึ่งหากไม่ให้ความร่วมมือ หรือการบังคับให้ดูการทรมานที่กระทำต่อบุคคลอื่นหรือต่อบุคคลในครอบครัว¹⁴³ หรือประการที่สาม คือ

or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

2. This article is without prejudice to any international instrument or national legislation which does or may contain provisions of wider application.”

¹⁴¹ J. Herman Burgers and Hans Danelius, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, (International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers), p. 117, (CAT Handbook).

¹⁴² *Ibid*, CAT Handbook, p. 117.

¹⁴³ *Ibid*, CAT Handbook, p. 118.

การกระทำที่ปรากฏไปซึ่งปัจจัยขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพ เช่น การงดอาหารหรือน้ำ การบังคับไม่ให้นอน หรือการขังเดี่ยวในที่มีดเป็นเวลานาน อาจเข้าข่ายเป็นการสร้างความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงได้

นอกจากนี้ ผู้ร่างฯ ยังอธิบายรายละเอียดการตีความองค์ประกอบนี้เพิ่มเติม ดังนี้

(1) การสร้างความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง สามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในลักษณะที่เป็นการกระทำ (Action) ของผู้กระทำ และการงดเว้นกระทำ (Omission) ของผู้กระทำก็ได้ โดยผู้ร่างฯ เห็นว่าไม่ตัดความเป็นไปได้ที่การสร้างความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงจะเกิดขึ้นในลักษณะที่เป็นการงดเว้นกระทำ เช่น การไม่ให้อาหารหรือน้ำแก่นักโทษหรือเหยื่อ หรือการปล่อยให้อยู่ในสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะสมต่อการดำรงชีวิตเป็นเวลานาน¹⁴⁴

(2) ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะสร้างความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ดังนั้น การกระทำที่เกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุหรือประมาทเลินเล่อ จึงไม่เข้าองค์ประกอบนี้¹⁴⁵

(3) แม้อนุสัญญา CAT จะเป็นตราสารที่สนองต่อการกระทำอันโหดร้ายในอดีต ซึ่งรวมถึงการกระทำของกองทัพนาซีที่มีการทดลองทางวิทยาศาสตร์หรือการแพทย์บนตัวมนุษย์¹⁴⁶ แต่ผู้ร่างฯ ได้ตัดข้อความ “medical or scientific experiments” ออกจากตัวบท เพราะหากการกระทำเช่นนี้ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจ ก็สามารถเข้าองค์ประกอบนี้ได้แล้ว¹⁴⁷ อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ไม่รวมถึงผลข้างเคียงที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง อันเป็นผลมาจากการรักษาพยาบาล ที่มีเหตุผลอันสมควรรองรับ และพิสูจน์ได้ว่าแพทย์ได้ใช้ความพยายามเท่าที่เป็นไปได้ในการลดความรุนแรงของอาการแล้ว¹⁴⁸

3.2.1.2 ต้องปรากฏความมุ่งประสงค์

ความมุ่งประสงค์ (Purpose) เป็นองค์ประกอบที่ทำหน้าที่แยกการทรมานออกจากการกระทำอื่น ๆ ที่กระทำเพื่อความสะใจโดยปราศจากความมุ่งประสงค์ใด ๆ และสะท้อนที่มาทางประวัติศาสตร์ที่การทรมานมักถูกใช้เพื่อให้ได้ข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากเหยื่อ โดยอนุสัญญา CAT ระบุว่า การทรมานนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ปรากฏความมุ่งประสงค์ ทั้งนี้ ในระหว่างการเจรจาเคยมีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางว่าควรกำหนดความมุ่งประสงค์ให้เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบการทรมานหรือไม่ เนื่องจากบางฝ่ายเกรงว่าการกำหนดความมุ่งประสงค์อย่างชัดเจนอาจเป็นการสร้างเงื่อนไขที่สูงเกินไปจนทำให้การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการทรมานหรือไม่นั้น ในทางปฏิบัติจริงจะทำได้ยาก อย่างไรก็ตาม เพื่อประสานประโยชน์ระหว่างความเห็นสองฝ่าย ผู้ร่างฯ ได้

¹⁴⁴ *Ibid*, CAT Handbook, p. 118.

¹⁴⁵ *Ibid*, CAT Handbook, p. 118.

¹⁴⁶ *Supra* Note 106.

¹⁴⁷ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 118.

¹⁴⁸ *Ibid*, CAT Handbook, p. 119.

แก้ปัญหานี้ด้วยการเพิ่มเติมคำว่า “for such purposes as” ที่สามารถระบุตัวอย่างของความมุ่งประสงค์ที่ชัดเจนได้ เช่น การให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพของบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สามซึ่งเป็นเหตุผลทางประวัติศาสตร์ ตลอดจนการข่มขู่ให้กลัวหรือการบังคับขู่เข็ญ และในขณะเดียวกันก็เปิดช่องให้เกิดความยืดหยุ่นว่า ในความเป็นจริงอาจมีความมุ่งประสงค์อื่น ๆ อีกก็เป็นได้¹⁴⁹ ซึ่งแนวทางนี้เป็นแนวทางเดียวกันกับที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป และอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกา¹⁵⁰

นอกจากนี้ ผู้ร่างฯ ยังอธิบายรายละเอียดการตีความองค์ประกอบนี้เพิ่มเติม ดังนี้

(1) ความมุ่งประสงค์ตามที่กำหนดในอนุสัญญา CAT ไม่จำเป็นต้องเป็นความมุ่งประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในตัวเอง เพราะหากพิจารณาจากตัวอย่างความมุ่งประสงค์ จะพบว่าบางตัวอย่างก็อาจเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้หากได้กระทำอย่างถูกต้องตามกระบวนการ เช่น การให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพ¹⁵¹

(2) ความมุ่งประสงค์ตามที่กำหนดในอนุสัญญา CAT อาจมีจุดเกาะเกี่ยวกันนโยบายของรัฐ (State Policy) หรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตาม การทรมานที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ แม้จะได้กระทำด้วยความมุ่งประสงค์ส่วนตัว ก็อาจอนุมานได้ว่ารัฐมีนโยบายที่ยอมให้มีการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้น¹⁵²

3.2.1.3 ต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ

ความเกี่ยวข้องกับรัฐในอนุสัญญา CAT สืบมาจากคำในภาษาอังกฤษว่า “public” และ “official” เป็นองค์ประกอบที่ทำหน้าที่กำหนดให้ชัดเจนว่า การทรมานที่อยู่ภายใต้ของเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญา CAT จะต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ กล่าวคือ ประการแรก เป็นการกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ เช่น ตำรวจหรือเจ้าพนักงานที่ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวน หรือประการที่สอง เป็นการกระทำโดยบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ เช่น บุคคลที่รัฐจ้างให้ช่วยเหลือข้อสนเทศ หรือบุคคลที่กระทำการโดยที่รัฐรู้เห็นและยินยอมให้กระทำการ ดังนั้น หากไม่ปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ การกระทำนั้นอาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาทั่วไปและเป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมปกติของรัฐนั้น¹⁵³

¹⁴⁹ *Ibid*, CAT Handbook, p. 118.

¹⁵⁰ *Supra* Note 107, p. 170.

¹⁵¹ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 118.

¹⁵² *Ibid*, CAT Handbook, p. 119.

¹⁵³ *Ibid*, CAT Handbook, p. 120.

นอกจากนี้ ผู้ร่างฯ ยังอธิบายรายละเอียดการตีความองค์ประกอบนี้เพิ่มเติม ดังนี้

(1) แม้ว่าอนุสัญญา CAT จะกำหนดชัดเจนว่าผู้กระทำต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ แต่ไม่กำหนดว่าเหยื่อจะต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐด้วยหรือไม่ เพราะตัวบทใช้คำว่า “บุคคล” (Person) เมื่อกล่าวถึงผู้ที่ได้รับผลกระทบจากความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง¹⁵⁴

(2) เมื่อพิจารณาจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์และตราสารในอดีต เช่น Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1975 ที่ระบุชัดเจนว่ามีขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนคนที่ถูกกักขังและจำคุกทุกรูปแบบ (“all persons subjected to any form of detention or imprisonment”)¹⁵⁵ ประกอบกับอนุสัญญา CAT ข้อที่ 10 และ 11 จะพบว่า เหยื่อของการทรมานคือบุคคลที่ถูกพรากไปซึ่งเสรีภาพ หรือที่อยู่ภายใต้การควบคุมโดยผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการถูกจับกุม คุมขัง หรือจำคุก¹⁵⁶ ดังนั้น บุคคลทุกคนอาจเป็นเหยื่อของการทรมานภายใต้อนุสัญญา CAT ได้ โดยไม่จำเป็นว่าบุคคลนั้นจะต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐหรือไม่

(3) อนุสัญญา CAT ได้ระบุข้อยกเว้นว่า หากความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นเป็นผลมาจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษที่พึงชอบด้วยกฎหมาย (Lawful Sanctions) ก็จะไม่ถือเป็นการทรมานภายใต้อนุสัญญานี้ อย่างไรก็ดี แม้ว่าข้อยกเว้นนี้จะถูกวิจารณ์อย่างมากว่าเป็นข้อยกเว้นที่กว้างเกินไปและอาจเปิดช่องให้รัฐอาศัยข้อยกเว้นนี้เพื่อทำให้การกระทำซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นการทรมานภายใต้อนุสัญญานี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายภายใน แต่ก็มีความเห็นว่า การตีความข้อยกเว้นนี้ควรสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ด้วย ซึ่งตราสารเหล่านี้ได้กำหนดกรอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลไว้อยู่แล้ว¹⁵⁷

¹⁵⁴ *Ibid*, CAT Handbook, p. 120.

¹⁵⁵ *Supra* Note 115, 1975 Declaration.

¹⁵⁶ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 121.

¹⁵⁷ *Ibid*, CAT Handbook, p. 121.

3.2.2 การกระทำทำให้บุคคลสูญหาย

เดิมที คำว่า Enforced Disappearance ได้รับการแปลเป็นภาษาไทยว่า “การบังคับให้หายสาบสูญ” แต่ต่อมาในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติฯ ได้มีการปรับให้ใช้คำว่า “การกระทำทำให้บุคคลสูญหาย” แทน อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยจะใช้คำว่า “การบังคับให้หายสาบสูญ” เฉพาะการแปลตัวบทของอนุสัญญา CED เท่านั้น โดยอนุสัญญา CED ให้นิยามคำว่า “การบังคับให้หายสาบสูญ” (Enforced Disappearance) ไว้ในข้อ 2 ดังนี้

CED
<p>ข้อ 2</p> <p>“เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ “การบังคับให้หายสาบสูญ” หมายถึง การจับกุม กักขัง ลักพาตัว หรือการกระทำในรูปแบบใด ๆ ก็ตาม ที่เป็นการลิดรอนเสรีภาพโดยเจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งดำเนินการโดยได้รับอนุญาต สนับสนุนหรือรู้เห็นเป็นใจของรัฐ และตามด้วยการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการลิดรอนเสรีภาพ หรือการปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลที่หายสาบสูญ อันส่งผลให้บุคคลดังกล่าวตกอยู่ภายนอกการคุ้มครองของกฎหมาย”¹⁵⁸</p>

จากคำนิยามนี้ แสดงให้เห็นว่า “การกระทำทำให้บุคคลสูญหาย” จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ คือ

- (1) ต้องปรากฏการจำกัดเสรีภาพของบุคคล
- (2) ต้องปรากฏการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการจำกัดเสรีภาพหรือการปกปิดชะตากรรมของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย
- (3) ต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ

โดยแต่ละองค์ประกอบมีรายละเอียด ดังนี้

3.2.2.1 ต้องปรากฏการจำกัดเสรีภาพของบุคคล

การจำกัดเสรีภาพของบุคคล (Deprivation of Liberty) เป็นองค์ประกอบที่ทำหน้าที่เป็นตัวชี้วัดด่านแรกของการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ โดยอนุสัญญา CED ได้ระบุตัวอย่าง

¹⁵⁸ *Supra* Note 13, CED, Art. 2

“For the purposes of this Convention, “enforced disappearance” is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.”

ของการกระทำอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลไว้ 3 รูปแบบ คือ การจับกุม กักขัง ลักพาตัว และได้เปิดช่องให้สามารถรวมถึงการกระทำในรูปแบบอื่นใดที่ส่งผลให้เกิดการจำกัดเสรีภาพของบุคคลด้วย¹⁵⁹

นอกจากนี้ ผู้ร่างฯ ยังอธิบายรายละเอียดการตีความองค์ประกอบนี้เพิ่มเติม ดังนี้

(1) การจำกัดเสรีภาพสามารถเกิดขึ้นได้ ทั้งในกรณีที่มีการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่แรก และในกรณีที่ในขณะที่กระทำเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ต่อมาก็ได้มีพฤติการณ์ที่ทำให้การจำกัดเสรีภาพนั้นมิชอบด้วยกฎหมาย เช่น ในขณะที่ทำการจับกุมหรือกักขังนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมามีการปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับการกักขังให้แก่ครอบครัวหรือญาติของบุคคลนั้นซึ่งเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย¹⁶⁰

(2) องค์ประกอบนี้พิจารณาเพียงว่าได้มีการจำกัดเสรีภาพเกิดขึ้นหรือไม่เท่านั้น ดังนั้น ไม่ว่าจะหลังจากที่บุคคลถูกจำกัดเสรีภาพ บุคคลนั้นจะถูกนำตัวไปคุมขังต่อ ณ สถานที่ลับ หรือถูกสังหารทันที ก็ยังคงทำให้กรณีนี้อาจเป็นกรณีการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย หากเข้าเงื่อนไขในองค์ประกอบอื่นด้วย¹⁶¹

3.2.2.2 ต้องปรากฏการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการจำกัดเสรีภาพหรือการปกปิดชะตากรรมของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย

การปฏิเสธ (Refusal) และการปกปิด (Concealment) เป็นองค์ประกอบที่ทำหน้าที่แยกการกระทำทำให้บุคคลสูญหายออกจากกรทำอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล เช่น การจับกุมคุมขังโดยอำเภอกิจในกรณีปกติ โดยอนุสัญญา CED ได้ระบุว่ากรกระทำทำให้บุคคลสูญหายจะต้องปรากฏว่ามีการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการจำกัดเสรีภาพเกิดขึ้น หรือมีการปกปิดชะตากรรมของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายเพื่อมิให้บุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งครอบครัวหรือญาติ ทราบชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น¹⁶² เช่น การที่ครอบครัวหรือญาติไปสอบถามเจ้าหน้าที่ตำรวจถึงความเป็นไปได้ของบุคคลที่ถูกจับกุมไป แต่ได้รับการปฏิเสธว่าไม่มีการจับกุมบุคคลนั้น หรือยอมรับว่ามีการจับกุมบุคคลนั้นจริงแต่ปฏิเสธที่จะเปิดเผยรายละเอียดว่าบุคคลนั้นตอนนี้อยู่ที่ใดและมีชะตากรรมเป็นอย่างไร¹⁶³ ซึ่งจากพฤติการณ์นี้ แสดงให้เห็นว่ากรกระทำทำให้บุคคลสูญหายไม่เพียงแต่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายเท่านั้น แต่ยังเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของ

¹⁵⁹ Federico Andreu-Guzman, “The Draft International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance,” in *The Review/International Commission of Jurists* Vol. 62, 2001, p. 82.

¹⁶⁰ *Supra* Note 15, p. 197.

¹⁶¹ Tullio Scovazzi and Gabriella Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, (Leiden, 2007), p. 272.

¹⁶² Sangeeta Shah, “Detention and Trial”, in *International Human Rights Law*, eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (Oxford University Press, 2018), p. 262.

¹⁶³ Solla Maria Fernanda Perez, “Enforce Disappearance,” in *International Human Rights: A Comparative Analysis* (Vienna, 2004), p. 20.

ครอบครัวหรือญาติของบุคคลดังกล่าวด้วย ตัวอย่างของการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย คือ การที่สำนักข่าวกรองกลาง สหรัฐได้ถูกกล่าวหาและปฏิเสธว่าได้มีการกระทำทำให้บุคคลจำนวนมากสูญหายและนำไปคุมขังใน “black sites” ทั่วโลกในช่วงบริบทสงครามต่อต้านการก่อการร้าย¹⁶⁴

3.2.2.3 ต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ

ความเกี่ยวข้องกับรัฐในอนุสัญญา CED สื่อมาจากคำในภาษาอังกฤษว่า “State” เป็นองค์ประกอบที่ทำหน้าที่กำหนดให้ชัดเจนว่า การกระทำทำให้บุคคลสูญหายที่อยู่ภายใต้ของเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญา CED จะต้องปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ กล่าวคือ เป็นการกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ เช่น ตำรวจ ทหาร หรือเป็นการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งดำเนินการโดยได้รับอนุญาต สนับสนุนหรือรู้เห็นเป็นใจของรัฐ ดังนั้น หากไม่ปรากฏความเกี่ยวข้องกับรัฐ การกระทำนั้นอาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาทั่วไปและเป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมปกติของรัฐนั้น¹⁶⁵ ในลักษณะเดียวกับการทรมานภายใต้อนุสัญญา CAT

นอกจากนี้ ผู้ร่างฯ ยังอธิบายรายละเอียดการตีความองค์ประกอบนี้เพิ่มเติม ดังนี้

(1) เมื่อพิจารณาจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์จะพบว่า การกระทำทำให้บุคคลสูญหายมักกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ เช่น ตำรวจ ทหาร หรือกองกำลังกึ่งทหาร (Paramilitary) หรือกลุ่มบุคคลอื่นที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐทั้งสิ้น นอกจากนี้ ตราสารของสหประชาชาติ เช่น UN Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Declaration 1992¹⁶⁶ และตราสารระดับภูมิภาค เช่น อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกาก็ต่างมีข้อบทที่ได้ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อจัดการการกระทำทำให้บุคคลสูญหายที่ได้กระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐทั้งสิ้น¹⁶⁷

(2) การพิจารณาว่ากลุ่มบุคคลอื่นหรือเอกชนจะมีความเกี่ยวข้องกับรัฐ เช่น เพราะได้ดำเนินการโดยได้รับอนุญาต หรือได้รับการสนับสนุนหรือรู้เห็นเป็นใจของรัฐ หรือไม่นั้น ควรพิจารณาจากหลักความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐ ตามที่ปรากฏในร่างข้อบท Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts¹⁶⁸ ที่ระบุหลักการพิจารณาว่าการกระทำของเอกชนอาจถือเป็นความรับผิดชอบของรัฐได้หลายกรณี เช่น ในกรณีที่เอกชนได้กระทำไปโดยใช้อำนาจรัฐ (Exercise Elements of

¹⁶⁴ United Nations Human Rights Council, *Joint study on global practices in relation to secret detention in the context of countering terrorism of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism*, 19 February 2010, A/HRC/13/42.

¹⁶⁵ *Supra* Note 15, p. 3.

¹⁶⁶ *Supra* Note 137..

¹⁶⁷ *Supra* Note 15, p. 22.

¹⁶⁸ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, (ARSIWA).

Governmental Authority)¹⁶⁹ หรือได้กระทำไปโดยที่รัฐเป็นผู้กำกับหรือควบคุม (Directed or Controlled by a State)¹⁷⁰

(3) แม้ว่าในความเป็นจริงจะพบว่ามีหลายกรณีที่มีการกระทำให้บุคคลสูญหายได้กระทำโดยเอกชน โดยที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐแต่อย่างใดเลย เช่น กลุ่มผู้มีอิทธิพล มาเฟีย แต่อนุสัญญา CED ยังไม่รวมกรณีนี้ให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญา เนื่องจากในทางปฏิบัติอาจประสบปัญหาในการกำหนดคำนิยามของคำว่า “เอกชน” (Private Actors) หรือ “ตัวกระทำการที่มีใช้รัฐ” (Non-state Actors)¹⁷¹ และกรณีนี้มักตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอาญาภายในอยู่แล้ว นอกจากนี้ ในเมื่อความเป็นจริงแล้ว เอกชนมิได้มีหน้าที่เฉกเช่นเดียวกับรัฐในการที่จะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่ตนได้จับกุม กักขัง หรือคุมขังไว้ จึงทำให้หากอนุสัญญา CED รวมการกระทำของเอกชนที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐแต่อย่างใดเข้าในขอบเขตของอนุสัญญาด้วย จะทำให้ผู้ร้าย ประสบปัญหาในการกำหนดหน้าที่ในการให้ข้อมูลของเอกชน และกระทบต่อหลักการแนวคิดของอนุสัญญาที่มุ่งแก้ไขปัญหาการกระทำให้บุคคลสูญหายโดยรัฐอีกด้วย¹⁷²

(4) แม้ว่าในระหว่างกรรมาธิการร่างอนุสัญญา CED จะได้มีความเห็นจากหลายรัฐที่เห็นว่าการป้องกันและลงโทษการกระทำให้บุคคลสูญหายซึ่งรวมถึงกรณีที่ได้กระทำโดยตัวกระทำการที่มีใช้รัฐด้วย เป็นหน้าที่หลักของรัฐซึ่งรัฐต้องจัดให้มีการเยียวยาอย่างเหมาะสม¹⁷³ และเป็นที่ยอมรับว่าการกระทำให้บุคคลสูญหายสามารถกระทำโดยเอกชนโดยที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐแต่อย่างใดเลยได้ แต่ด้วยข้อพิจารณาตั้งที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ อนุสัญญา CED จึงไม่รวมประเด็นนี้ไว้ในคำจำกัดความ แต่ได้นำไปกล่าวถึงในข้อ 3 แทน โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐภาคีในการที่จะดำเนินมาตรการอย่างเหมาะสมเพื่อสืบสวนการกระทำให้บุคคลสูญหายที่กระทำโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับอนุญาต สนับสนุนหรือรู้เห็นเป็นใจของรัฐ และนำตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบมาดำเนินคดี¹⁷⁴

¹⁶⁹ *Ibid*, ARSIWA, Art. 5.

¹⁷⁰ *Ibid*, ARSIWA, Art. 8.

¹⁷¹ *Supra* Note 161, p. 278.

¹⁷² *Supra* Note 15, p. 23.

¹⁷³ United Nations Commission on Human Rights (CHR), **Report of the intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance**, UN Doc. E/CN.4/2003/71, para. 35.

¹⁷⁴ *Supra* Note 13, CED, Art. 3.

3.3 การกำหนดความผิดและโทษในทางอาญา

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ต่างกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการเพื่อประกันว่าการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของตน ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 4(1)</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่า การกระทำทรมานทั้งปวงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของตน ให้ใช้หลักการเดียวกันนี้บังคับสำหรับการพยายามกระทำการทรมาน และสำหรับการกระทำโดยบุคคลใดที่เป็นการสมรู้ร่วมคิด หรือการมีส่วนร่วมในการทรมานด้วย”¹⁷⁵</p>	<p>ข้อ 4</p> <p>“รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อประกันว่าการบังคับให้หายสาบสูญเป็นฐานความผิดภายใต้กฎหมายอาญาของตน”¹⁷⁶</p>

ในประเด็นรูปแบบของกฎหมาย ผู้ร่างฯ ไม่ได้สร้างเงื่อนไขว่าจะต้องกำหนดความผิดและบทลงโทษในทางอาญาในรูปแบบที่ต้องตราขึ้นใหม่เป็นกฎหมายเฉพาะ หรือในรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา¹⁷⁷ อย่างไรก็ตาม ทั้งสองอนุสัญญา มีความแตกต่างในประเด็นการกำหนดฐานความผิด โดยอนุสัญญา CAT ใช้คำว่า “all acts of torture are offences under its criminal law” หรือ “การกระทำทรมานทั้งปวงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของตน” ซึ่งให้อิสระแก่รัฐในการที่จะกำหนดให้การทรมานเป็นฐานความผิดเฉพาะ (Specific offence) หรือจะรวมเข้ากับฐานความผิดอื่น ๆ ที่มีลักษณะเดียวกันในประมวลกฎหมายอาญาก็ได้ โดยที่ผลของการกำหนดความผิดและบทลงโทษในทางอาญาจะต้องไม่หย่อนไปกว่ามาตรฐานที่อนุสัญญา CAT กำหนด¹⁷⁸ ในขณะที่อนุสัญญา CED ใช้คำว่า “enforced disappearance constitutes an offence under its criminal law” หรือ “การบังคับให้หายสาบสูญเป็นฐานความผิดภายใต้กฎหมายอาญาของตน” ซึ่งระบุให้รัฐจะต้อง

¹⁷⁵ *Supra* Note 12, CAT, Art. 4(1).

“Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.”

¹⁷⁶ *Supra* Note 13, CED, Art. 4.

“Each State Party shall take the necessary measures to ensure that enforced disappearance constitutes an offence under its criminal law.”

¹⁷⁷ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 129.

¹⁷⁸ *Ibid*, CAT Handbook, p. 129.

กำหนดให้การกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นฐานความผิดเฉพาะ เนื่องจากผู้ร่างฯ เห็นว่าฐานความผิดอื่นไม่อาจครอบคลุมหรือสื่อถึงองค์ประกอบเฉพาะที่ทำให้การกระทำหนึ่งอาจเป็นการกระทำทำให้บุคคลสูญหายได้ทั้งหมด¹⁷⁹

ในการกำหนดความผิดและโทษในทางอาญาของการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดประเด็นปลีกย่อยลงไปอีกหลายประการ ซึ่งผู้วิจัยจะแยกอธิบายแต่ละประเด็น ประกอบด้วย 1) การกำหนดความรับผิดทางอาญาของบุคคล 2) การกำหนดเขตอำนาจเหนือความผิด 3) การกำหนดให้เป็นความผิดที่มีอายุความยาวและเป็นความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง และ 4) การกำหนดโทษโดยคำนึงถึงความร้ายแรงอย่างยิ่งของความผิด

3.3.1 การกำหนดความรับผิดทางอาญาของบุคคล

การกำหนดความรับผิดทางอาญาของบุคคลนั้น สามารถแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

3.3.1.1 บุคคลผู้กระทำผิดและบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิด

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED กำหนดให้บุคคลที่เป็นผู้กระทำผิดหลักและบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำของผู้กระทำผิดหลักมีความรับผิดทางอาญา ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 4(1)</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่า การกระทำทรมานทั้งปวงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของตน ให้ใช้หลักการเดียวกันนี้บังคับสำหรับการพยายามกระทำการทรมาน และสำหรับการกระทำโดยบุคคลใดที่เป็นการสมรู้ร่วมคิด หรือการมีส่วนร่วมในการทรมานด้วย”¹⁸⁰</p>	<p>ข้อ 6(1)(a)</p> <p>“รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่ออย่างน้อยที่สุดให้บุคคลต่อไปนี้มีผิดทางอาญา</p> <p>(a) บุคคลใดก็ตามที่กระทำ สั่งการ ชักจูง หรือโน้มน้าวให้กระทำการ พยายามที่จะทำกระทำการ เป็นผู้สมรู้ร่วมคิด หรือมีส่วนร่วมในการกระทำการบังคับให้หายสาบสูญ”¹⁸¹</p>

¹⁷⁹ United Nations Commission on Human Rights (CHR), **Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances**, UN Doc. E/CN.4/1996/38, para. 54; United Nations Commission on Human Rights (CHR), **Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances**, UN Doc. E/CN.4/2006/56.

¹⁸⁰ *Supra* Note 12, CAT, Art. 4(1)

“Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.”

¹⁸¹ *Supra* Note 13, CED, Art. 6(1)(a)

“Each State Party shall take the necessary measures to hold criminally responsible at least:

(a) Any person who commits, orders, solicits or induces the commission of, attempts to commit, is an accomplice to or participates in an enforced disappearance.”

อนุสัญญา CAT กำหนดชัดเจนว่าความรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำที่เป็นการทรมาน นอกจากจะรวมถึงการพยายามกระทำการทรมานของบุคคลที่กระทำการโดยตรงแล้ว ยังให้รวมถึงการกระทำโดยบุคคลใดที่เป็นการสมรู้ร่วมคิด หรือการมีส่วนร่วมในการทรมานด้วย เนื่องจากผู้ร่างฯ ตระหนักดีว่าการทรมานนั้น ผู้กระทำผิดมักมิได้กระทำเพียงคนเดียวแต่มักได้รับการสนับสนุนหรือจูงใจให้กระทำการทรมานด้วย และในหลายกรณีพบว่าผู้กระทำผิดเป็นเพียงเครื่องมือของบุคคลอื่นเท่านั้น¹⁸² ดังนั้น เพื่อให้ความรับผิดชอบทางอาญาครอบคลุมการกระทำของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมด ซึ่งรวมถึงการกระทำของบุคคลที่ยุ้ง ให้ความยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจตามที่ปรากฏในคำจำกัดความ¹⁸³ ผู้ร่างฯ จึงเลือกใช้คำที่มีความหมายกว้าง คือคำว่า “complicity or participation” หรือ “การสมรู้ร่วมคิดหรือการมีส่วนร่วม”¹⁸⁴

สำหรับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ผู้ร่างอนุสัญญา CED ตระหนักเช่นเดียวกับกรณีการทรมานว่า ในกรณีการกระทำทำให้บุคคลสูญหายนั้น ผู้กระทำผิดมักมิได้กระทำเพียงคนเดียวแต่ร่วมมือกันหลายคนเป็นขบวนการหรือมีโครงสร้างการจัดการชัดเจน¹⁸⁵ จึงได้ระบุความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลในแนวทางคล้ายกับธรรมนูญกรุงโรม¹⁸⁶ โดยการใช้คำว่า “commits, orders, solicits or induces the commission of, attempts to commit, is an accomplice to or participates in” หรือ “กระทำ สั่งการ ชักจูง หรือโน้มน้าวให้กระทำการพยายามที่จะทำกระทำการ เป็นผู้สมรู้ร่วมคิด หรือมีส่วนร่วมในการกระทำการ” เพื่อให้ครอบคลุมลักษณะของการมีส่วนร่วมให้ได้มากที่สุด

3.3.1.2 ผู้บังคับบัญชา

นอกจากบุคคลที่เป็นผู้กระทำผิดหลักและบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำของผู้กระทำผิดหลักจะมีความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้อนุสัญญาแล้ว อนุสัญญา CED ยังได้กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาด้วยหากมีพฤติการณ์เข้าเงื่อนไขตามที่อนุสัญญากำหนด ซึ่งหลักการเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของ

¹⁸² *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 129-130.

¹⁸³ *Supra* Note 12, CAT, Art. 1(1).

¹⁸⁴ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 130.

¹⁸⁵ *Supra* Note 15, p. 208.

¹⁸⁶ *Supra* Note 91, Rome Statute, Art. 25(3)(a)-(b)

“3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;

(b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted”

ผู้บังคับบัญชา เป็นหลักการที่ปรากฏเฉพาะในอนุสัญญา CED โดยได้รับอิทธิพลมาจากธรรมนูญกรุงโรม¹⁸⁷ โดยอนุสัญญา CED ได้กำหนดไว้ในข้อ 6(1)(b)-(c) ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	<p>ข้อ 6(1)(b)-(c)</p> <p>“1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่ออย่างน้อยที่สุดให้บุคคลต่อไปนี้มีความผิดทางอาญา</p> <p>(b) ผู้บังคับบัญชา ซึ่ง</p> <p>(i) ทราบหรือเจตนาละเลยข้อมูลซึ่งระบุอย่างชัดเจนว่า ผู้ใต้บังคับบัญชาภายใต้อำนาจและการควบคุมที่มีประสิทธิภาพของตน ได้กระทำหรือจะกระทำความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญ</p> <p>(ii) ได้ใช้อำนาจความรับผิดชอบอย่างมีประสิทธิภาพสำหรับและเพื่อควบคุมกิจกรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญ</p> <p>(iii) ล้มเหลวในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ทั้งหมดที่จำเป็นและมีเหตุผลภายใต้อำนาจของตนเพื่อป้องกันหรือระงับการบังคับให้หายสาบสูญ หรือเพื่อเสนอเรื่องต่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเพื่อดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดี</p> <p>(c) วรรค (b) ข้างต้น ไม่มีผลกระทบต่อมาตรฐานความรับผิดชอบที่สูงกว่าซึ่งใช้บังคับต่อผู้บังคับบัญชาทางทหารหรือบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่เสมือนเป็นผู้บังคับบัญชาทางทหารภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง”¹⁸⁸</p>

¹⁸⁷ *Supra* Note 91, Rome Statute, Art. 28.

¹⁸⁸ *Supra* Note 13, CED, Art. 6(1)(b)-(c).

“(b) A superior who:

(i) Knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that subordinates under his or her effective authority and control were committing or about to commit a crime of enforced disappearance;

(ii) Exercised effective responsibility for and control over activities which were concerned with the crime of enforced disappearance; and

(iii) Failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress the commission of an enforced disappearance or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

(c) Subparagraph (b) above is without prejudice to the higher standards of responsibility applicable under relevant international law to a military commander or to a person effectively acting as a military commander.”

ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาตั้งอยู่บนฐานความคิดที่ว่า ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้อยู่ในสถานะที่สามารถใช้อำนาจบังคับบัญชาของตนในการป้องกันมิให้ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำความผิด ซึ่งหากผู้บังคับบัญชาล้มเหลวที่จะใช้อำนาจเพื่อการนี้ ผู้บังคับบัญชาย่อมมีความรับผิดชอบทางอาญาเฉพาะตนด้วย แยกจากความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ใต้บังคับบัญชาที่เป็นผู้กระทำผิด¹⁸⁹ ทั้งนี้ แม้อนุสัญญา CED มิได้ให้คำจำกัดความคำว่า “ผู้บังคับบัญชา” ซึ่งมาจากคำในภาษาอังกฤษว่า “superior” ไว้ แต่ก็มีนักวิชาการให้ความเห็นว่าต้องพิจารณาเรื่องนี้เป็นรายกรณีไปโดยคำนึงถึงกรอบความรับผิดชอบทางอาญาในกฎหมายภายในและตราสารระหว่างประเทศ ประกอบกับบริบทของแต่ละรัฐ¹⁹⁰

ดังนั้น ภายใต้อนุสัญญา CED ผู้บังคับบัญชาจะมีความรับผิดชอบทางอาญาก็ต่อเมื่อเข้าองค์ประกอบต่อไปนี้

(1) มีข้อมูลอย่างชัดเจนว่าผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำหรือจะกระทำความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญ และผู้บังคับบัญชาทราบหรือมีเจตนาละเลยข้อมูลดังกล่าว

(2) ผู้บังคับบัญชามีอำนาจและการควบคุมที่มีประสิทธิภาพเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาและได้ใช้อำนาจความรับผิดชอบอย่างมีประสิทธิภาพ (Effective Responsibility) สำหรับและเพื่อควบคุมกิจกรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญ

(3) ผู้บังคับบัญชาล้มเหลวในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ทั้งหมดที่จำเป็นและมีเหตุผลภายใต้อำนาจของตนเพื่อป้องกันหรือระงับการบังคับให้หายสาบสูญ หรือเพื่อเสนอเรื่องต่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเพื่อดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดี

นอกจากนี้ อนุสัญญา CED ยังได้ระบุว่ามาตรฐานของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาภายใต้อนุสัญญา CED นั้น ไม่มีผลกระทบต่อมาตรฐานความรับผิดชอบที่สูงกว่าภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้ร่างฯ ต้องการให้หมายความรวมถึงธรรมนูญกรุงโรม¹⁹¹ ทั้งนี้ เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรมนั้น ได้กำหนดให้การกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นการกระทำหนึ่งที่สามารถเข้าข่ายเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ¹⁹² และได้กำหนดมาตรฐานในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาไว้สูงกว่าอนุสัญญา CED กล่าวคือ ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดมาตรฐานความรับรู้ของผู้บังคับบัญชาไว้เพียงว่า ผู้บังคับบัญชา “ควรได้รู้” มาจากคำในภาษาอังกฤษว่า “should have known” ถึงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาก็เพียงพอแล้วที่

¹⁸⁹ *Supra* Note 91, Rome Statute, Art. 28.

¹⁹⁰ Susan McCrory, “The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance,” in *Human Rights Law Review* Vol. 7/3, 2007, p. 553.

¹⁹¹ United Nations Commission on Human Rights (CHR), **Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance**, UN Doc. E/CN.4/2005/66, para. 43

¹⁹² *Supra* Note 91, Rome Statute, Art. 7(1)(i).

ผู้บังคับบัญชาจะมีความรับผิดชอบทางอาญาเฉพาะของตนได้¹⁹³ ซึ่งถือเป็นการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่จะต้องรับรู้การกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาไว้สูงมาก ในขณะที่อนุสัญญา CED กำหนดมาตรฐานความรับรู้ของผู้บังคับบัญชาว่า ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับรู้ถึงขนาดว่ามีเจตนาละเลย มาจากคำในภาษาอังกฤษว่า “consciously disregard” ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับการบังคับให้หายสาบสูญที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดความสับสนในการเลือกนำมาตราฐานมาใช้ อนุสัญญา CED จึงได้กำกับไว้ชัดเจนว่ามาตรฐานภายใต้อนุสัญญา CED จะไม่กระทบต่อมาตรฐานความรับผิดชอบที่สูงกว่าซึ่งใช้บังคับต่อผู้บังคับบัญชาทางทหารหรือบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่เสมือนเป็นผู้บังคับบัญชาทางทหาร “ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง” ซึ่งหมายความรวมถึงธรรมนูญโรมันนั่นเอง

3.3.2 การกำหนดเขตอำนาจเหนือความผิด

การกำหนดเขตอำนาจเหนือความผิด (Jurisdiction over the Offences) มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นฐานให้รัฐภาคีสามารถดำเนินคดีเกี่ยวกับการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายให้ได้มากที่สุดเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดสามารถใช้ช่องโหว่ของกฎหมายเพื่อหลบหนีและส่งผลให้ผู้เสียหายมิได้รับการอำนวยความสะดวกธรรม ดังนั้น อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิด ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 5</p> <p>“1. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินการต่าง ๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดที่อ้างถึงในข้อ 4 ในกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้</p> <p>(a) เมื่อความผิดเหล่านั้นเกิดขึ้นในอาณาเขตใดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน หรือบนเรือ หรืออากาศยานที่จดทะเบียนในรัฐนั้น</p> <p>(b) เมื่อผู้ถูกกล่าวหาเป็นคนชาติของรัฐนั้น</p> <p>(c) เมื่อผู้เสียหายเป็นคนชาติของรัฐนั้น หากรัฐนั้นเห็นเป็นการสมควร</p> <p>2. ในทำนองเดียวกัน ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินการเท่าที่จำเป็น เพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดทั้งปวงเช่นว่า ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาอยู่ในอาณาเขตใดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน และรัฐนั้นไม่ยอมส่งบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนตามข้อ 8 ให้แก่รัฐที่ระบุไว้ในวรรค 1 ของข้อนี้</p>	<p>ข้อ 9</p> <p>“1. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินการต่าง ๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญ</p> <p>(a) เมื่อความผิดเหล่านั้นเกิดขึ้นในอาณาเขตใดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน หรือบนเรือ หรืออากาศยานที่จดทะเบียนในรัฐนั้น</p> <p>(b) เมื่อผู้ถูกกล่าวหาเป็นคนชาติของรัฐนั้น</p> <p>(c) เมื่อผู้ถูกบังคับให้หายสาบสูญเป็นคนชาติของรัฐนั้น หากรัฐนั้นเห็นเป็นการสมควร</p> <p>2. ในทำนองเดียวกัน ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินการเท่าที่จำเป็น เพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญ ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาอยู่ในอาณาเขตใดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน เว้นแต่รัฐนั้นส่งบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือส่งมอบบุคคลนั้นให้รัฐอื่นภายใต้</p>

¹⁹³ *Supra* Note 91, Rome Statute, Art. 28.

<p>3. อนุสัญญานี้มีได้ยกเว้นเขตอำนาจทางอาญาใดที่ใช้ตามกฎหมายภายใน”¹⁹⁴</p>	<p>พันธกรณีระหว่างประเทศ หรือส่งมอบบุคคลนั้นให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งตนได้ยอมรับเขตอำนาจ</p> <p>3. อนุสัญญานี้มีได้ยกเว้นเขตอำนาจทางอาญาใดที่ใช้ตามกฎหมายภายใน”¹⁹⁵</p>
--------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

จากข้อบททั้ง 2 ข้อ จะเห็นได้ว่าพันธกรณีของรัฐภาคีในการกำหนดเขตอำนาจเหนือความผิดเป็นไปในลักษณะเดียวกัน และตั้งอยู่บนพื้นฐานของการกำหนดเขตอำนาจในทางอาญาของรัฐ ดังนี้

3.3.2.1 หลักดินแดนและหลักธง

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ กำหนดให้รัฐภาคีมีเขตอำนาจเหนือความผิดภายใต้หลักดินแดน (Territorial Principle) หากการกระทำผิดนั้นได้เกิดขึ้นในดินแดนภายใต้เขตอำนาจของตน โดยอนุสัญญาใช้คำว่า “any territory under its jurisdiction” ซึ่งนอกจากจะหมายถึงดินแดนทางบก ทางทะเล หรือห้วงอากาศที่เป็นอาณาเขตของรัฐแล้ว ยังกินความขยายไปถึงดินแดนที่รัฐมีความควบคุมในทางความเป็นจริง (*de facto control*)

¹⁹⁴ *Supra* Note 12, CAT, Art. 5

“1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 4 in the following cases:

(a) When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;

(b) When the alleged offender is a national of that State;

(c) When the victim is a national of that State if that State considers it appropriate.

2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this article.

3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law.”

¹⁹⁵ *Supra* Note 13, CED, Art. 9

“1. Each State Party shall take the necessary measures to establish its competence to exercise jurisdiction over the offence of enforced disappearance:

(a) When the offence is committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;

(b) When the alleged offender is one of its nationals;

(c) When the disappeared person is one of its nationals and the State Party considers it appropriate.

2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its competence to exercise jurisdiction over the offence of enforced disappearance when the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction, unless it extradites or surrenders him or her to another State in accordance with its international obligations or surrenders him or her to an international criminal tribunal whose jurisdiction it has recognized.

3. This Convention does not exclude any additional criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.”

ด้วย¹⁹⁶ ทั้งนี้ เขตอำนาจนี้ต้องอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นด้านความคุ้มกันตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่มีให้แก่บุคคลบางประเภท เช่น นักการทูตหรือผู้แทนของรัฐต่างชาติ ด้วย¹⁹⁷ นอกจากนี้ อนุสัญญาฯ กำหนดให้ใช้หลักธง (Flag Principle) เพื่อให้รัฐสามารถมีเขตอำนาจเหนือเรือหรืออากาศยานที่จดทะเบียนในรัฐตนได้ เช่น หากพบว่ามีกรชนส่งบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายบนเที่ยวบิน รัฐภาคีที่อากาศยานนั้นจดทะเบียนมีเขตอำนาจเหนือความผิดดังกล่าว¹⁹⁸

3.3.2.2 หลักสัญชาติ

อนุสัญญาฯ ทั้ง 2 ฉบับ กำหนดให้รัฐภาคีมีเขตอำนาจเหนือความผิดภายใต้หลักการเกี่ยวกับสัญชาติ 2 หลักการ กล่าวคือ ประการแรก หลักสัญชาติผู้กระทำผิด (Nationality Principle) โดยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้กระทำผิดมีเขตอำนาจ หากการกระทำผิดนั้นได้กระทำโดยคนชาติของตน และประการที่สอง หลักสัญชาติของผู้เสียหาย (Passive Personality Principle) โดยรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหายมีเขตอำนาจเหนือความผิดนั้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักสัญชาติของผู้เสียหายยังไม่ได้รับถูกยอมรับเป็นการทั่วไปเท่ากับหลักการอื่นที่อนุสัญญาฯ ระบุ ผู้ร่างฯ จึงได้มีข้อความกำกับว่า “หากรัฐนั้นเห็นเป็นการสมควร” หรือ “if that State considers it appropriate” เพื่อสร้างความยืดหยุ่นและสนองตอบต่อข้อกังวลดังกล่าว¹⁹⁹

3.3.2.3 หลักสากลแบบมีเงื่อนไข

อนุสัญญาฯ ทั้ง 2 ฉบับ กำหนดให้รัฐภาคีมีเขตอำนาจเหนือความผิดหากพบตัวผู้กระทำความผิดในดินแดนของตนและตัดสินใจไม่ส่งตัวบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งเป็นไปตามหลักการ *Aut Dedere Aut Ladicare* หรือ “either extradite or prosecute” ตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ที่ว่าหากรัฐไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ต้องดำเนินคดีด้วยตนเอง²⁰⁰ การที่อนุสัญญาฯ กำหนดเขตอำนาจเหนือความผิดในลักษณะนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำผิดรอดพ้นจากการถูกดำเนินคดีไม่ว่าจะหลบหนีไปยังรัฐใด²⁰¹ โดยได้เคยมีนักวิชาการบางรายเสนอให้มีการนำหลักสากล (Universal Jurisdiction) มาใช้ในอนุสัญญาฯ ด้วย แต่ก็ได้ถูกตีตกไป อย่างไรก็ตาม เพื่อประสานประโยชน์ระหว่างความเห็นต่าง ๆ ผู้ร่างฯ จึงได้กำหนดว่าให้รัฐภาคีอาจมีเขตอำนาจเหนือความผิดที่ตนมิได้มีจุดเกาะเกี่ยวใด ๆ เลยก็ได้ เช่น ในกรณีที่มีการกระทำความผิดได้เกิดขึ้นในรัฐอื่น ได้กระทำ

¹⁹⁶ Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (Oxford, New York, Auckland, 2008), p. 309, para. 145.

¹⁹⁷ United Nations, *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, UNTS Vol. 500, 1969, p. 95 (VCDR), Art. 31

“1. A diplomatic agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State.”.

¹⁹⁸ *Supra* Note 196, p. 309, para. 146.

¹⁹⁹ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 132.

²⁰⁰ Robert Cryer, Darryl Robinson and Sergey Vasiliev, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (Cambridge University Press 4th ed., 2019), p. 74.

²⁰¹ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 132.

โดยคนชาติรัฐอื่น และมีผู้เสียหายเป็นคนชาติของรัฐอื่นได้ ดังนั้น หากในกรณีเช่นนี้รัฐภาคีได้พบตัวผู้กระทำผิดในดินแดนของตนก็สามารถมีเขตอำนาจเหนือความผิดนั้นได้ จึงอาจถือได้ว่า การประสานประโยชน์นี้ เป็นการนำหลักสากลมาใช้แบบมีเงื่อนไข (Conditional Universal Jurisdiction)²⁰²

3.3.3 การกำหนดให้เป็นความผิดที่มีอายุความยาวและเป็นความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง

การกำหนดให้เป็นความผิดที่มีอายุความยาวและเป็นความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง เป็นหลักการที่พบในอนุสัญญา CED เท่านั้น โดย อนุสัญญา CED กำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้ ไว้ในข้อ 8 ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	<p>ข้อ 8</p> <p>“โดยไม่กระทบต่อข้อ 5</p> <p>1. รัฐภาคีซึ่งกำหนดให้มีอายุความสำหรับความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญ ต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นต่าง ๆ เพื่อประกันว่าอายุความในการพิจารณาคดีอาญานั้น</p> <p>(a) มีกำหนดเวลาที่ยาวและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด</p> <p>(b) เริ่มนับตั้งแต่ได้มีการกระทำความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญได้ยุติลง โดยคำนึงถึงลักษณะต่อเนื่องของความผิดดังกล่าว</p> <p>2. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องประกันสิทธิของเหยื่อการบังคับให้หายสาบสูญในการที่จะได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพภายในระยะเวลาอายุความ”²⁰³</p>

²⁰² Antonio Cassese and Paola Gaeta, *Cassese's International Criminal Law*, (Oxford University Press, 2013), p. 338; See also *Supra* Note 173, para. 57.

²⁰³ *Supra* Note 13173, CED, Art. 8

“Without prejudice to article 5, 1. A State Party which applies a statute of limitations in respect of enforced disappearance shall take the necessary measures to ensure that the term of limitation for criminal proceedings:

- (a) Is of long duration and is proportionate to the extreme seriousness of this offence;
- (b) Commences from the moment when the offence of enforced disappearance ceases, taking into account its continuous nature.

2. Each State Party shall guarantee the right of victims of enforced disappearance to an effective remedy during the term of limitation.”

ในการกำหนดอายุความสำหรับความผิดฐานการกระทำให้บุคคลสูญหายนั้น ผู้ร่างฯ คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า การไม่กำหนดอายุความใด ๆ เลย ก็จะเป็นการขจัดอุปสรรคในด้านวิธีพิจารณาความอาญาได้อย่างดี เนื่องจากผู้กระทำผิดก็ยังคงสามารถถูกดำเนินคดีได้ไม่ว่าเวลาจะผ่านไปนานเท่าใด เพราะโดยลักษณะของการกระทำให้บุคคลสูญหายนั้นมักใช้ระยะเวลาที่ยาวนานกว่าจะทราบข้อเท็จจริงว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นตลอดจนกว่าจะพบตัวผู้กระทำผิด และนอกจากนี้ หากการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ก็จะเข้าลักษณะเป็นการกระทำที่ร้ายแรงและเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมซึ่งทำให้เป็นความผิดที่ไม่อาจกำหนดอายุความได้เลย²⁰⁴

อย่างไรก็ดี หากการกระทำให้บุคคลสูญหายมิได้เป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมแต่เป็นความผิดภายใต้อนุสัญญา CED ผู้ร่างฯ เห็นว่ารัฐภาคีอาจประสงค์ที่จะกำหนดให้มีอายุความสำหรับความผิดฐานการบังคับให้หายสาบสูญก็ได้ เพราะอนุสัญญา CED ไม่ได้ระบุให้เป็นพันธกรณีที่รัฐต้องกำหนดให้มีอายุความ²⁰⁵ แต่หากรัฐภาคีเลือกที่จะกำหนดอายุความแล้ว อายุความนั้นก็ต้องมีลักษณะที่ยาวและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด ทั้งนี้ ระยะเวลาจะยาวนานเท่าใดให้ขึ้นอยู่กับการตีความของแต่ละรัฐเอง²⁰⁶ และรัฐมีพันธกรณีต้องประกันสิทธิของเหยื่อการกระทำให้บุคคลสูญหายในการที่จะได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพภายในระยะเวลาอายุความนั้น

ในการเริ่มนับอายุความ อนุสัญญา CED ระบุให้เริ่มนับตั้งแต่การกระทำความผิดฐานการกระทำให้บุคคลสูญหายได้ยุติลง ปัญหาในทางปฏิบัติคือจะพิจารณาว่าการกระทำให้บุคคลสูญหายนั้นได้ยุติลงเมื่อใด ในเรื่องนี้ อนุสัญญา CED มิได้ระบุแนวทางไว้ชัดเจนจึงขึ้นอยู่กับการตีความของแต่ละรัฐ²⁰⁷ แต่รัฐก็สามารถพิจารณาตามแนวทางของสหประชาชาติและอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกาที่ได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ว่า トラบใดที่ผู้กระทำผิดยังคงปกปิดชะตากรรมและที่อยู่ของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย และข้อเท็จจริงต่าง ๆ ยังมิได้ถูกทำให้กระจ่าง การกระทำให้บุคคลสูญหายนั้นยังคงเป็นความผิดต่อเนื่อง²⁰⁸ ส่งผลให้ความผิดฐานการกระทำให้บุคคลสูญหายยังคงไม่ยุติลง และอายุความก็ยังไม่อาจเริ่มนับได้

สำหรับคำว่า “ความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง” นั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศให้ความหมายของความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง หรือ “continuous nature” ไว้ว่า เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเพียงครั้งหนึ่งแต่ขยายผลไปเป็นระยะเวลาหนึ่งและมีลักษณะที่ยืดเยื้อ (“a single act but extends over a period of time

²⁰⁴ *Supra* Note 91, Rome Statute, Art. 29.

²⁰⁵ *Supra* Note 15, p. 216.

²⁰⁶ *Supra* Note 161, p. 308.

²⁰⁷ *Ibid*, p. 313.

²⁰⁸ *Supra* Note 137, Art. 17(1); UN Declaration, *Supra* Note 111, ACHR, Art. III.

and is of a lasting nature”)²⁰⁹ โดยการกำหนดให้การกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง นอกจากจะทำให้ไม่อาจเริ่มนับอายุความได้แล้วนั้น ยังส่งผลให้รัฐภาคีสามารถมีเขตอำนาจด้านเวลา (Jurisdiction *ratione temporis*) เหนือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายได้เกิดขึ้นก่อนที่รัฐจะเข้าเป็นภาคีได้²¹⁰ เนื่องจากโดยหลักแล้วพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาจะไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปถึงช่วงเวลาก่อนที่รัฐนั้นจะเข้าเป็นภาคี²¹¹ และหากมิได้กำหนดให้เป็นความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง รัฐก็จะไม่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายที่เกิดขึ้นก่อนที่รัฐจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CED ดังนั้น การกำหนดให้ความผิดฐานการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง จึงทำให้รัฐมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่รัฐจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CED แต่ยังคงดำเนินอยู่หรือมีผลจนกระทั่งภายหลังที่รัฐเข้าเป็นภาคีแล้ว²¹² เช่น การจับกุมบุคคลได้เกิดขึ้นก่อนที่รัฐเข้าเป็นภาคี แต่ในขณะที่รัฐเข้าเป็นภาคี บุคคลนั้นก็ยังคงถูกกระทำให้สูญหายโดยถูกปิดกั้นชะตากรรมอยู่นั่นเอง

3.3.4 การกำหนดโทษโดยคำนึงถึงความร้ายแรงอย่างยิ่งของความผิด

การกำหนดโทษโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความผิด มีที่มาจากฐานความคิดที่ว่า การทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรงกว่าความผิดทางอาญาทั่วไป ดังนั้น โทษที่ผู้กระทำผิดจะได้รับก็ควรที่จะต้องได้สัดส่วน (Proportionality of Punishment) กับความร้ายแรงดังกล่าวด้วย ดังนี้

3.3.4.1 ความได้สัดส่วนกับความร้ายแรงอย่างยิ่งของความผิด

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ต่างกำหนดให้รัฐมีพันธกรณีที่จะกำหนดโทษโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำผิด ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 4(2)</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐทำให้ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดที่มีโทษ ซึ่งมีระวางโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำเหล่านั้น”²¹³</p>	<p>ข้อ 7(1)</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐทำให้การบังคับให้หายสาบสูญเป็นความผิดที่มีโทษ ซึ่งมีระวางโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงอย่างยิ่งของการกระทำนี้”²¹⁴</p>

²⁰⁹ International Law Commission, *Commentary on the Draft Articles on the Origin of State Responsibility, Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, 3 May - 23 July 1976*, Official Records of the General Assembly, Thirty-first session, Supplement No. 10, UN Doc. A/31/10, p. 73.

²¹⁰ Alan Nissel, “Continuing Crimes in the Rome Statute,” in *Michigan Journal of International Law* Vol. 35 (2004), p. 655.

²¹¹ *Supra* Note 14, VCLT, Art. 28.

²¹² Beate Rudolf, “Louizidou v Turkey,” in *American Journal of International Law* Vol. 91 (1997), p. 534.

²¹³ *Supra* Note 12, CAT, Art. 4(2)

“Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature.”

²¹⁴ *Supra* Note 13, CED, Art.7(1)

ในการสื่อถึงความร้ายแรงของการกระทำ อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับใช้คำในภาษาอังกฤษที่แตกต่างกัน โดยอนุสัญญา CAT ใช้คำว่า “grave nature” ในขณะที่อนุสัญญา CED ใช้คำว่า “extreme seriousness” โดยมิได้กำหนดให้ชัดเจนว่าโทษระดับใดจึงจะถือว่าเหมาะสมและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย ในเรื่องนี้ อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับให้แต่ละรัฐเป็นฝ่ายตีความ เนื่องจากแนวทางการกำหนดโทษของแต่ละรัฐมีความแตกต่างกันจนไม่อาจกำหนดให้ชัดเจนในอนุสัญญาได้²¹⁵ อย่างไรก็ตาม การกำหนดโทษของรัฐสำหรับการกระทำทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายจะต้องเท่ากับหรือใกล้เคียงกับโทษที่กำหนดไว้สำหรับฐานความผิดอาญาร้ายแรงอื่นภายใต้กฎหมายอาญาภายในของรัฐ²¹⁶ ทั้งนี้ สำหรับกรณีการกระทำให้บุคคลสูญหาย ซึ่งเป็นการกระทำที่ร้ายแรงและกระทบต่อทั้งบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายและครอบครัวหรือญาติของบุคคลดังกล่าว คณะทำงานด้านการบังคับให้หายสาบสูญของสหประชาชาติ (UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances) ได้แนะนำว่าโทษที่เหมาะสม คือ การจำคุก 25-40 ปี²¹⁷

3.3.4.2 เหตุบรรเทาโทษและเหตุฉกรรจ์

การกำหนดเหตุบรรเทาโทษและเหตุฉกรรจ์ เป็นหลักการที่พบในอนุสัญญา CED เท่านั้น โดยอนุสัญญา CED กำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้ ไว้ในข้อ 7(2) ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	ข้อ 7(2) “รัฐภาคีแต่ละรัฐอาจกำหนด (a) เหตุบรรเทาโทษ โดยเฉพาะสำหรับบุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่าเกี่ยวข้องกับการบังคับให้หายสาบสูญ แต่ได้มีส่วนช่วยอย่างมีประสิทธิภาพให้ค้นพบบุคคลที่หายสาบสูญโดยยังมีชีวิตอยู่ หรือช่วยให้สามารถคลี่คลายคดีการบังคับให้หายสาบสูญ หรือชี้ตัวผู้กระทำผิด (b) เหตุฉกรรจ์ โดยเฉพาะในกรณีที่บุคคลที่หายสาบสูญเสียชีวิต หรือการบังคับให้หายสาบสูญที่กระทำต่อสตรีมีครรภ์

“Each State Party shall make the offence of enforced disappearance punishable by appropriate penalties which take into account its extreme seriousness.”

²¹⁵ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 129.

²¹⁶ *Ibid*, CAT Handbook, p. 129.

²¹⁷ United Nations Human Rights Council (HRC), Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances - Addendum - Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation, UN Doc. A/HRC/16/48/Add.3, p. 12 para. 40.

	ผู้เยาว์ ผู้พิการ หรือบุคคลที่อ่อนแออื่น ๆ ทั้งนี้ ไม่กระทบต่อกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาอื่น ๆ” ²¹⁸
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

การกำหนดเหตุบรรเทาโทษและเหตุฉกรรจ์ เป็นแนวทางใหม่ซึ่งอนุสัญญา CED เป็นอนุสัญญาแรกที่น่าแนวทางนี้มาใช้ โดยระบุให้เป็นทางเลือกกว่ารัฐอาจใช้ดุลพินิจกำหนดเหตุบรรเทาโทษและเหตุฉกรรจ์ในกฎหมายอาญาภายในของตนก็ได้ หากพบว่าพฤติการณ์แห่งคดีนั้นสอดคล้องกับที่อนุสัญญาได้ระบุ²¹⁹ โดยในกรณีเหตุบรรเทาโทษนั้น อนุสัญญา CED ระบุว่ารัฐภาคีอาจกำหนดให้บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่าเกี่ยวข้องกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย แต่ต่อมากลับได้เข้ามามีส่วนร่วมช่วยอย่างมีประสิทธิภาพให้สามารถค้นพบบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย โดยที่บุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่ หรือช่วยให้สามารถคลี่คลายคดีการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย หรือชี้ตัวผู้กระทำผิด ให้สามารถได้รับการบรรเทาโทษได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุสัญญา CED ระบุเพียงตัวอย่าง (Non-exhaustive List) เท่านั้น รัฐภาคีจึงอาจระบุพฤติการณ์อื่นเพิ่มเติมก็ได้ หรืออาจกำหนดเงื่อนไขให้เคร่งครัดขึ้นก็ได้ เช่น กำหนดให้ผู้กระทำผิดโดยตรง (Direct Perpetrator) ไม่อาจได้ประโยชน์จากเหตุบรรเทาโทษ²²⁰ แต่ผู้สมรู้ร่วมคิดหรือผู้สนับสนุนอาจได้รับประโยชน์จากเหตุบรรเทาโทษได้ โดยรัฐภาคีจะต้องระมัดระวังว่าการกำหนดเหตุบรรเทาโทษนั้นจะเป็นข้อยกเว้นที่จะต้องได้รับการพิจารณาเป็นกรณีพิเศษเท่านั้น และต้องไม่กระทบต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา²²¹

สำหรับในกรณีเหตุฉกรรจ์นั้น อนุสัญญา CED ระบุว่ารัฐภาคีอาจกำหนดให้บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่าเกี่ยวข้องกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหายต้องได้รับโทษหนักขึ้น หากบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายเสียชีวิต หรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายที่กระทำต่อสตรีมีครรภ์ ผู้เยาว์ ผู้พิการ หรือบุคคลที่อ่อนแออื่น ๆ ซึ่งรัฐภาคีอาจระบุพฤติการณ์อื่นเพิ่มเติมก็ได้ หรือไม่กำหนดให้มีเหตุฉกรรจ์เลยก็ได้

²¹⁸ *Supra* Note 13, CED, Art.7(2)

“Each State Party may establish:

(a) Mitigating circumstances, in particular for persons who, having been implicated in the commission of an enforced disappearance, effectively contribute to bringing the disappeared person forward alive or make it possible to clarify cases of enforced disappearance or to identify the perpetrators of an enforced disappearance;

(b) Without prejudice to other criminal procedures, aggravating circumstances, in particular in the event of the death of the disappeared person or the commission of an enforced disappearance in respect of pregnant women, minors, persons with disabilities or other particularly vulnerable persons.”

²¹⁹ *Supra* Note 15, p. 213.

²²⁰ OAS Doc, OEC/Ser.L/V/II.74 doc. 10 rev. 1, para II.

²²¹ United Nations Commission on Human Rights (CHR), **Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance**, UN Doc. E/CN.4/2006/57, para. 12

3.3.5 การกำหนดความผิดและโทษในกรณีเฉพาะ

นอกจากที่รัฐภาคีจะมีพันธกรณีในการดำเนินการเพื่อประกันว่าการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของตน และจะต้องกำหนดฐานความผิดให้สอดคล้องกับคำนิยามที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้แล้ว ยังพบว่าในอนุสัญญา CED ได้มีการกำหนดเพิ่มเติมให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการเพื่อประกันว่าการกระทำเฉพาะเรื่องบางประการจะต้องเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาด้วย ดังนี้

3.3.5.1 ความผิดเกี่ยวกับเด็ก

การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเด็ก เป็นหลักการที่พบในอนุสัญญา CED เท่านั้น โดย อนุสัญญา CED กำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้ ไว้ในข้อ 25 ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	<p>ข้อ 25</p> <p>“1. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการป้องกันและลงโทษภายใต้กฎหมายอาญาของตน</p> <p>(a) การข่มขืนเด็กผู้ซึ่งถูกบังคับให้หายสาบสูญ เด็กผู้ซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายถูกบังคับให้หายสาบสูญ หรือเด็กที่เกิดในระหว่างการถูกคุมขังของมารดาที่ถูกบังคับให้หายสาบสูญ อย่างมิชอบด้วยกฎหมาย</p> <p>(b) การบิดเบือน ปิดบัง หรือทำลายเอกสารพิสูจน์อัตลักษณ์ที่แท้จริงของเด็กที่ได้ระบุไว้ในวรรค (a) ข้างต้น</p> <p>2. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการค้นหาและบ่งชี้เด็กที่ได้ระบุไว้ตามวรรค 1(a) ของข้อนี้ และส่งเด็กคืนสู่ครอบครัว โดยสอดคล้องกับกระบวนการตามกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง</p> <p>3. รัฐภาคีจะต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการค้นหา บ่งชี้ และระบุตำแหน่งของเด็กที่ได้ระบุไว้ตามวรรค 1(a) ของข้อนี้</p> <p>4. ด้วยความจำเป็นที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ได้ระบุไว้ในวรรค 1(a) ของข้อนี้ และสิทธิของเด็กที่จะคงไว้หรือสร้างขึ้นใหม่ซึ่งอัตลักษณ์ของเด็ก อันรวมถึงสัญชาติ ชื่อ และความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่กฎหมายรับรอง รัฐภาคีที่ยอมรับระบบการรับบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะเด็กในรูปแบบอื่น จะต้องมีขั้นตอนทางกฎหมายที่ทบทวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะเช่นว่าได้ และหาก</p>

	<p>เหมาะสม ก็ให้ยกเลิกการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะอื่นใดที่มีจุดเริ่มต้นมาจากการบังคับให้หายสาบสูญ</p> <p>5. ในทุกกรณี และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อบทนี้ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่รัฐพึงต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก และเด็กที่มีความสามารถในการมีความคิดเห็นเป็นของตนเองแล้วจะต้องมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นนั้นได้อย่างเสรี และความเห็นของเด็กเช่นว่านั้นจะต้องได้รับการพิจารณาตามสมควรโดยคำนึงถึงอายุและวุฒิภาวะของเด็กนั้น²²²</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเด็กนั้น มีที่มาจากความพยายามในการป้องกันและปราบปราม ขบวนการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ (Transnational Abduction of Children) ที่เกิดขึ้นในหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในภูมิภาคอเมริกา โดยอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกาก็ได้มีข้อบทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้โดยเฉพาะ²²³ อย่างไรก็ดี นอกจากความพยายามเพื่อป้องกันและปราบปรามขบวนการลักพาตัวเด็กข้ามชาติแล้ว การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเด็กยังมีขึ้นเพื่อช่วยเหลือให้เด็กที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำให้นुकคสุญหายสามารถ

²²² *Supra* Note 13, CED, Art.25

“1. Each State Party shall take the necessary measures to prevent and punish under its criminal law:

(a) The wrongful removal of children who are subjected to enforced disappearance, children whose father, mother or legal guardian is subjected to enforced disappearance or children born during the captivity of a mother subjected to enforced disappearance;

(b) The falsification, concealment or destruction of documents attesting to the true identity of the children referred to in subparagraph (a) above.

2. Each State Party shall take the necessary measures to search for and identify the children referred to in paragraph 1 (a) of this article and to return them to their families of origin, in accordance with legal procedures and applicable international agreements.

3. States Parties shall assist one another in searching for, identifying and locating the children referred to in paragraph 1 (a) of this article.

4. Given the need to protect the best interests of the children referred to in paragraph 1 (a) of this article and their right to preserve, or to have re-established, their identity, including their nationality, name and family relations as recognized by law, States Parties which recognize a system of adoption or other form of placement of children shall have legal procedures in place to review the adoption or placement procedure, and, where appropriate, to annul any adoption or placement of children that originated in an enforced disappearance.

5. In all cases, and in particular in all matters relating to this article, the best interests of the child shall be a primary consideration, and a child who is capable of forming his or her own views shall have the right to express those views freely, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.”

²²³ *Supra* Note 111, ACHR, Art. XII.

ค้นพบอัตลักษณ์ที่แท้จริง (True Identity) ของตนเองได้ในวันหนึ่ง²²⁴ ซึ่งจะทำให้เด็กคนนี้สามารถเข้าถึงการอุปถัมภ์สิทธิมนุษยชนได้อย่างสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ด้วยความมุ่งประสงค์ 2 ประการนี้ อนุสัญญา CED จึงกำหนดให้การกระทำดังต่อไปนี้เป็นความผิดเกี่ยวกับเด็กภายใต้อนุสัญญา

- (1) การขนย้ายเด็กที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำให้บุคคลสูญหายอย่างมิชอบด้วยกฎหมาย
- (2) การบิดเบือน ปิดบัง หรือทำลายเอกสารที่พิสูจน์อัตลักษณ์ที่แท้จริงของเด็ก

ในกรณีแรก แม้ผู้ร้ายๆ จะมีความมุ่งประสงค์เพื่อป้องกันและปราบปรามขบวนการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ แต่ผู้ร้ายๆ เลือกใช้คำว่า “wrongful removal” หรือ “การขนย้ายอย่างมิชอบด้วยกฎหมาย” แทนที่จะเจาะจงใช้คำว่า “การลักพาตัว” (Abduction) ก็เพื่อให้การบังคับใช้ฐานความผิดนี้มีความยืดหยุ่นและสามารถกินความถึงพฤติกรรมอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันได้ด้วย นอกจากนี้ อนุสัญญา CED ได้แบ่งประเภทของเด็กที่อาจตกเป็นเหยื่อภายใต้ข้อบทนี้ออกเป็น 3 ประการ คือ 1) เด็กที่เป็นเหยื่อการกระทำให้บุคคลสูญหายเอง 2) เด็กผู้ซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายเป็นเหยื่อการกระทำให้บุคคลสูญหาย และ 3) เด็กที่เกิดในระหว่างการถูกคุมขังของมารดาที่ถูกกระทำให้สูญหาย เพื่อให้เกิดความชัดเจนและครอบคลุมถึงพฤติกรรมต่าง ๆ ได้มากขึ้น²²⁵

อีกกรณีหนึ่งคือการดำเนินการเพื่อช่วยเหลือให้เด็กสามารถค้นพบอัตลักษณ์ที่แท้จริงของตนเองได้ อนุสัญญา CED จึงกำหนดให้การกระทำที่เป็นการบิดเบือน ปิดบัง หรือทำลายเอกสารพิสูจน์อัตลักษณ์ที่แท้จริงของเด็กเป็นความผิดอาญา โดยรัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องพิจารณาว่าเอกสารใดเข้าข่ายเป็นเอกสารพิสูจน์อัตลักษณ์ที่แท้จริงของเด็กตามข้อบทนี้²²⁶

นอกจากการกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเด็กแล้ว อนุสัญญา CED ยังได้กำหนดพันธกรณีเกี่ยวกับเด็กเพิ่มเติมให้แก่รัฐภาคี ดังนี้

(1) พันธกรณีในการให้ความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีด้วยกันในการดำเนินการที่จำเป็นเพื่อค้นหา บังชี้และระบุตำแหน่งเด็กที่เป็นเหยื่อ และดำเนินการส่งกลับคืนครอบครัวของเด็กหรือจัดหาที่อยู่ให้แก่เด็ก ในเรื่องนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกาเคยวางหลักไว้ในคดี *Serrano Cruz v. El Salvador* ว่าการดำเนินการตามพันธกรณีนี้อาจกระทำได้ด้วยการตั้งคณะกรรมการค้นหาเด็ก (National Tracing Commission) หรือการ

²²⁴ *Supra* Note 173, para. 90.

²²⁵ *Supra* Note 161, p. 38.

²²⁶ *Supra* Note 191, para. 116.

จัดทำเว็บไซต์และฐานข้อมูลกลางที่เก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะและพันธุกรรมของเด็ก ที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูลเหล่านี้ได้ โดยคำนึงถึงพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย²²⁷

(2) พันธกรณีในการประกันให้มีมาตรการทางกฎหมายที่จะตรวจสอบและทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะในรูปแบบอื่น และหากตรวจพบว่าการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะในรูปแบบอื่นนั้นมีที่มาจากกรณีที่เด็กถูกกระทำให้อับชย รัฐบาลจะต้องยกเลิกการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะในรูปแบบอื่นเช่นว่านั้น²²⁸ ทั้งนี้ วิธีการหนึ่งที่รัฐบาลอาจดำเนินการได้ คือ การทบทวนกฎหมายครอบครัวภายใน ว่ามีบทบัญญัติที่รองรับพันธกรณีในเรื่องนี้หรือไม่²²⁹

(3) พันธกรณีในการประกันว่าการดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับเด็กจะต้องคำนึงถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interest of the Child) เป็นสำคัญและเป็นลำดับแรก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเด็กคนนั้นมีความสามารถในการมีความคิดเห็นเป็นของตนเองได้แล้วก็จะต้องมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นนั้นได้อย่างเสรี และความคิดเห็นนั้นจะต้องได้รับการพิจารณาตามสมควรโดยคำนึงถึงอายุและวุฒิภาวะของเด็ก ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าพันธกรณีในข้อนี้สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เด็กสามารถเติบโตในสภาพแวดล้อมที่เอื้อให้เกิดการพัฒนาจนสามารถอยู่รอดเป็นผู้ใหญ่ได้ในอนาคต²³⁰

3.3.5.2 โทษเกี่ยวกับการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม

การกำหนดโทษเกี่ยวกับการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม เป็นหลักการที่พบในอนุสัญญา CED เท่านั้น โดย อนุสัญญา CED กำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้ ไว้ในข้อ 22 ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	<p>ข้อ 22</p> <p>“โดยคำนึงถึงข้อ 6 รัฐบาลแต่ละรัฐต้องดำเนินการที่จำเป็นในการป้องกันและกำหนดการลงโทษสำหรับการกระทำต่อไปนี้</p> <p>(a) การทำให้การเยียวยาล่าช้าหรือการขัดขวางการเยียวยาตามที่ระบุไว้ในข้อ 17 วรรค 2(f) และข้อ 20 ย่อหน้า 2</p> <p>(b) การไม่บันทึกข้อมูลการลิดรอนเสรีภาพของบุคคลใด ๆ หรือการบันทึกข้อมูลที่เจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบเรื่องการลงทะเบียนรู้หรือควรจะรู้ว่าไม่ถูกต้อง</p>

²²⁷ *Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, Serie C No. 118, Inter-American Court of Human Rights (IACrTHR), 23 November 2004, para. 183, 189, 192.

²²⁸ *Supra* Note 191, para. 118.

²²⁹ *Supra* Note 190, p. 560.

²³⁰ United Nations General Assembly, *Convention on the Rights of the Child*, UNTS Vol. 1577, 1989, p. 3, Art. 6(2).

	(c) การปฏิเสธที่จะจัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับการลิดรอนเสรีภาพของบุคคล หรือการจัดเตรียมข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง แม้ว่า จะปฏิบัติตามขั้นตอนตามกฎหมายภายในในการจัดเตรียมข้อมูลอย่างครบถ้วนแล้วก็ตาม” ²³¹
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

ในเรื่องนี้ อนุสัญญา CED กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องทำให้ระบบและกระบวนการยุติธรรมของตนนั้นมีประสิทธิภาพและต้องกำหนดโทษสำหรับกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐหรือบุคคลอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับรัฐ ได้กระทำการในลักษณะที่ขัดขวางกระบวนการยุติธรรม เช่น การทำให้การเยียวยาล่าช้าหรือขัดขวางการเยียวยา การไม่บันทึกข้อมูล การปฏิเสธที่จะเตรียมข้อมูลหรือเตรียมข้อมูลไม่ถูกต้องเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพ ทั้งที่ได้กระทำโดยเจตนาและประมาทเลินเล่อ โดยโทษดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิดด้วย²³²

กล่าวโดยสรุป ในบทที่ 3 นี้ ผู้วิจัยได้อธิบายพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ในส่วนที่เกี่ยวกับเชิงเนื้อหาหรือด้านสารบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้คำนิยามของการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายของกฎหมายภายในต้องเป็นไปตามที่อนุสัญญากำหนด และการกำหนดให้การทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดอาญาและมีโทษในทางอาญา โดยในบทถัดไป ผู้วิจัยจะอธิบายพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ในส่วนที่เกี่ยวกับเชิงกระบวนการยุติธรรมหรือด้านสบัญญัติเพื่อป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย

²³¹ *Supra* Note 13, CED, Art. 22

“Without prejudice to article 6, each State Party shall take the necessary measures to prevent and impose sanctions for the following conduct:

- (a) Delaying or obstructing the remedies referred to in article 17, paragraph 2 (f), and article 20, paragraph 2;
- (b) Failure to record the deprivation of liberty of any person, or the recording of any information which the official responsible for the official register knew or should have known to be inaccurate;
- (c) Refusal to provide information on the deprivation of liberty of a person, or the provision of inaccurate information, even though the legal requirements for providing such information have been met.”

²³² *Supra* Note 191, para. 97-99.

บทที่ 4

พันธกรณีของรัฐภาคีในเชิงกระบวนการยุติธรรม

รัฐภาคีอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED นอกจากจะมีพันธกรณีในเชิงเนื้อหาหรือด้านสารบัญญัติแล้ว ยังมีพันธกรณีในเชิงกระบวนการยุติธรรมหรือด้านสบัญญัติอีกด้วย เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสอดคล้องตามวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา โดยในบทนี้ ผู้วิจัยมุ่งอธิบายสาระสำคัญของพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาเชิงกระบวนการยุติธรรมหรือด้านสบัญญัติ ดังนี้

- 1) หลักการพื้นฐานในเชิงกระบวนการยุติธรรม
- 2) พันธกรณีในการพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด ทั้งในกรณีเมื่อพบตัวผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในอาณาเขตของรัฐ กับกรณีเมื่อได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิด
- 3) พันธกรณีในการประกันสิทธิของบุคคลที่ถูกดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม
- 4) พันธกรณีในการดำเนินการสำหรับเหยื่อการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ทั้งเหยื่อที่เป็นบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายเองและเหยื่อที่เป็นบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย
- 5) พันธกรณีเกี่ยวกับการชดใช้ทดแทนและสินไหมทดแทน

4.1 หลักการพื้นฐาน

ในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED นั้น จำเป็นต้องคำนึงถึงคุณลักษณะของอนุสัญญาในฐานะที่เป็นตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งกำหนดรูปแบบพันธกรณี 3 ไร่รูปแบบ คือ พันธกรณีในการเคารพสิทธิมนุษยชน พันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และพันธกรณีในการเต็มเต็มการอุปโภคสิทธิมนุษยชน²³³ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า นอกจากรัฐภาคีจะต้องเคารพสิทธิมนุษยชนโดยการไม่กระทำการใด ๆ ที่เป็นความผิดตามอนุสัญญาแล้ว รัฐภาคียังต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดในเขตอำนาจของตนและต้องดำเนินคดีผู้กระทำผิดอีกด้วย

²³³ โปรดดูหัวข้อ 2.1.1.

ด้วยเหตุนี้ อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงต้องมีข้อบทที่สอดคล้องกับพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดในเขตอำนาจของตน หน้าที่ในการปฏิเสธไม่รับฟังการอ้างเหตุใด ๆ เพื่อสนับสนุนการกระทำผิด และหน้าที่ในการดำเนินคดีผู้กระทำผิดในฐานะที่เป็นความผิดธรรมดาที่มีลักษณะร้ายแรง ดังนี้

4.1.1 หน้าที่ของรัฐในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดในเขตอำนาจของตน

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ต่างกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดในเขตอำนาจของตน ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 2(1)</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินมาตรการต่าง ๆ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการ หรือมาตรการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิผลเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำการทรมานในอาณาเขตใดซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน”²³⁴</p>	<p>ข้อ 1</p> <p>“บุคคลจะถูกบังคับให้หายสาบสูญไม่ได้”²³⁵</p> <p>ข้อ 3</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อสืบสวนการกระทำที่นิยามไว้ในข้อ 2 ซึ่งดำเนินการโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต การสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยายจากรัฐ และนำตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบมาดำเนินคดี”²³⁶</p>

ในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดตามอนุสัญญาในเขตอำนาจของรัฐนั้น อนุสัญญามีได้กำหนดชัดเจนว่ามาตรการเช่นว่าคืออะไร โดยให้ถือเป็นดุลพินิจของรัฐภาคีแต่ละรัฐในการที่จะกำหนดได้เอง²³⁷ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาได้กำหนดคุณลักษณะของมาตรการเช่นว่าเพื่อเป็นแนวทางให้แก่รัฐภาคี โดยอนุสัญญา CAT กำหนดว่ามาตรการป้องกันนั้นจะต้องมีประสิทธิภาพ (Effective) ในการป้องกัน ดังนั้น หากมาตรการของรัฐเป็นเพียงการออกนโยบายสั่งห้ามเจ้าหน้าที่ของรัฐมิให้กระทำการทรมานเท่านั้น มาตรการเช่นนี้ยังถือว่าไม่เพียงพอที่จะป้องกัน เพราะการสั่งห้ามเพียงอย่างเดียวยังไม่สามารถประกันได้อย่างเต็มที่และมี

²³⁴ *Supra* Note 12, CAT, Art. 2(1)

“Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.”

²³⁵ *Supra* Note 13, CED, Art. 1(1)

“No one shall be subjected to enforced disappearance.”

²³⁶ *Supra* Note 13, CED Art. 3

“Each State Party shall take appropriate measures to investigate acts defined in article 2 committed by persons or groups of persons acting without the authorization, support or acquiescence of the State and to bring those responsible to justice.”

²³⁷ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 123.

ประสิทธิผลว่าการทรมานนั้นจะไม่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ²³⁸ ในขณะที่อนุสัญญา CED กำหนดคุณลักษณะของมาตรการป้องกันแตกต่างไปจากอนุสัญญา CAT กล่าวคือ ใช้คำว่ามาตรการที่เหมาะสม (Appropriate) แทนอย่างไรก็ดี แม้การใช้คำจะต่างกัน แต่ก็ได้มีความเห็นว่าคำว่ามาตรการที่เหมาะสมตามอนุสัญญา CED ใช้นั้นแท้จริงแล้วหมายถึง หน้าที่ของรัฐภาคีในการดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิผลเพื่อที่จะดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดนั่นเอง²³⁹ จึงอาจสรุปได้ว่าอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับกำหนดคุณลักษณะของมาตรการป้องกันในทิศทางเดียวกัน

นอกจากนี้ พันธกรณีในเรื่องนี้ไม่ได้กำหนดว่ารัฐภาคีจะต้องประกันว่าจะไม่เกิดการกระทำผิดใด ๆ เลยในเขตอำนาจของตน แต่ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น²⁴⁰ รัฐภาคีจะมีความรับผิดชอบหากพิสูจน์ได้ว่ารัฐล้มเหลวหรือบกพร่องในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำตามอนุสัญญาในเขตอำนาจของรัฐ²⁴¹ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ เอกชนที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐ หรือเอกชนอื่น ๆ²⁴²

4.1.2 การไม่อาจอ้างเหตุเพื่อเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี

โดยหลักแล้ว อนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับมีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้รัฐภาคีสามารถอ้างพฤติการณ์พิเศษบางประการเพื่อเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนได้ หรือที่เรียกว่า “derogation” แต่การเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว จะต้องเข้าเงื่อนไขที่ว่า 1) เป็นพฤติการณ์ที่อนุสัญญายอมรับให้สามารถเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีได้ และ 2) เป็นพันธกรณีที่อนุสัญญาระบุให้สามารถเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีได้

ในกรณีการทรมานและการกระทำให้อับอาย อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ กำหนดตรงกันว่าสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำให้อับอายเป็นสิทธิสมบูรณ์ (Absolute Right)²⁴³ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางที่ปรากฏในอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ด้วย เช่น กติกา ICCPR²⁴⁴ และอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป²⁴⁵ ดังนั้น พันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิทั้ง 2 ประเภทนี้จึงเป็นพันธกรณีที่ไม้อาจอ้างเหตุเพื่อเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามได้ โดยเหตุเช่นว่าที่ปรากฏในอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับนั้น สามารถแบ่งออกพิจารณาได้ 2 ประเภท คือ เหตุอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษ และเหตุอันเกิดจากคำสั่งผู้บังคับบัญชาหรือจากทางการ

²³⁸ *Ibid*, p. 123.

²³⁹ *Supra* Note 15, p. 201.

²⁴⁰ โปรดดูหัวข้อ 2.1.1.2.

²⁴¹ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 123.

²⁴² Kirsten Anderson, “How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Responsible for Acts of Enforced Disappearance?,” in *Melbourne Journal of International Law* Vol. 7/2 (2006), p. 274.

²⁴³ *Supra* Note 18, p. 99.

²⁴⁴ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 4.

²⁴⁵ *Supra* Note 110, ECHR, Art. 15.

4.1.2.1 พฤติการณ์พิเศษ

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ต่างห้ามมิให้รัฐอ้างพฤติการณ์พิเศษใด ๆ เพื่อเป็นข้ออ้างในการเล็งไม่ปฏิบัติ ตามพันธกรณี ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 2(2)</p> <p>“ไม่มีพฤติการณ์พิเศษใด ไม่ว่าจะ เป็นภาวะสงคราม หรือสภาพคุกคามที่จะเกิดสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ หรือสภาวะฉุกเฉินสาธารณะอื่นใดที่ยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างที่มีเหตุผลสำหรับการทรมานได้”²⁴⁶</p>	<p>ข้อ 1(2)</p> <p>“ไม่มีพฤติการณ์พิเศษใด ไม่ว่าจะ เป็นภาวะสงคราม หรือสภาพคุกคามที่จะเกิดสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ หรือสภาวะฉุกเฉินสาธารณะอื่นใดที่ยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างที่มีเหตุผลสำหรับการบังคับให้หายสาบสูญได้”²⁴⁷</p>

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของข้อบทนี้ จะเห็นว่าการที่อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับใช้คำว่า “no exceptional circumstances whatsoever” หรือ “พฤติการณ์พิเศษใด” ทำให้ข้อบทนี้สามารถปรับใช้กับพฤติการณ์พิเศษได้ทุกรูปแบบ อันเป็นการยืนยันยืนยันความเป็นสิทธิสมบูรณ์ของสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำให้สูญหาย²⁴⁸ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับได้ยกตัวอย่างพฤติการณ์พิเศษเพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้ประกอบด้วย ภาวะสงครามหรือสภาพคุกคามที่จะเกิดสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ และสภาวะฉุกเฉินสาธารณะ ทั้งนี้ การปรับใช้ข้อบทนี้สามารถกระทำได้ในกรณีที่มีการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International Armed Conflict) และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Non-International Armed Conflict)²⁴⁹

4.1.2.2 คำสั่งผู้บังคับบัญชาหรือจากทางการ

นอกจากพฤติการณ์พิเศษแล้ว อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ต่างห้ามมิให้มีการอ้างคำสั่งผู้บังคับบัญชาหรือจากทางการเพื่อเล็งไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี ดังนี้

²⁴⁶ *Supra* Note 12, CAT, Art. 2(2)

“No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.”

²⁴⁷ *Supra* Note 13, CED Art. 1(2)

“No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification for enforced disappearance.”

²⁴⁸ *Supra* Note 18, p. 99.

²⁴⁹ International Committee of the Red Cross (ICRC), **Derogations** [online] Available from: <https://casebook.icrc.org/glossary/derogations> [1 August 2021].

CAT	CED
<p>ข้อ 2(3)</p> <p>“คำสั่งจากผู้บังคับบัญชาหรือจากทางการ ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างที่มีเหตุผลสำหรับการทรมานได้”²⁵⁰</p>	<p>ข้อ 6(2)</p> <p>“คำสั่งหรือการสั่งการจากทางการ พลเรือน ทหารหรืออื่น ๆ ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างที่มีเหตุผลสำหรับการบังคับให้หายสาบสูญได้”²⁵¹</p>

การห้ามมิให้อ้างคำสั่งผู้บังคับบัญชาหรือจากทางการ เกิดจากข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่พบว่าผู้ที่กระทำความผิดนั้น ส่วนใหญ่มักเป็นเจ้าพนักงานของรัฐที่ได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาหรือจากทางการ²⁵² ดังนั้นหากอนุสัญญาเปิดช่องให้ผู้กระทำผิดสามารถอ้างในเรื่องนี้ได้ ก็อาจเป็นช่องโหว่สำคัญที่ทำให้การป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายมีประสิทธิภาพที่ลดลง อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการเจรจาได้เคยมีความเห็นว่า การกระทำผิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาหรือจากทางการน่าจะเป็นเหตุบรรเทาโทษได้ แต่ความเห็นนี้ก็ได้อาจปิดตกไปเนื่องจากผู้ร่างฯ เห็นว่า หากยอมให้มีเหตุบรรเทาโทษในเรื่องนี้ได้ โทษที่เขาก็อาจไม่สอดคล้องกับลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดภายใต้อนุสัญญานี้ และอาจเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญาได้²⁵³

4.1.3 หน้าที่ของรัฐในการฟ้องร้องดำเนินคดีบนมาตรฐานเดียวกันกับความผิดธรรมดาที่มีลักษณะร้ายแรง

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ต่างกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องฟ้องร้องดำเนินคดีการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายบนมาตรฐานเดียวกันกับความผิดธรรมดาที่มีลักษณะร้ายแรง ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 7(1), 7(2)</p> <p>“1. ในกรณีต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในข้อ 5 ให้รัฐภาคีซึ่งพบตัวบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดใดที่อ้างถึงในข้อ 4 อยู่ในอาณาเขตซึ่งอยู่ภายในเขตอำนาจรัฐของตน มอบเรื่องให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของตน เพื่อความมุ่งประสงค์ในการ</p>	<p>ข้อ 11(1), 11(2)</p> <p>“1. รัฐภาคีซึ่งพบตัวบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดอยู่ในอาณาเขตซึ่งอยู่ภายในเขตอำนาจรัฐของตน มอบเรื่องให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของตน เพื่อความมุ่งประสงค์ในการฟ้องร้องดำเนินคดี หากรัฐนั้นไม่ยอมส่งบุคคลดังกล่าวเป็น</p>

²⁵⁰ *Supra* Note 12, CAT, Art. 2(3)

“An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture.”

²⁵¹ *Supra* Note 13, CED, Art. 6(2)

“No order or instruction from any public authority, civilian, military or other, may be invoked to justify an offence of enforced disappearance.”

²⁵² *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 124.

²⁵³ *Ibid.*

<p>ฟ้องร้องดำเนินคดี หากรัฐนั้นไม่ยอมส่งบุคคลดังกล่าวเป็น ผู้ร้ายข้ามแดน</p> <p>2. ให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจนั้นทำคำวินิจฉัยของตนใน ลักษณะเดียวกันกับในกรณีของความผิดธรรมดาที่มีลักษณะ ร้ายแรงตามกฎหมายของรัฐนั้น ในกรณีต่าง ๆ ที่อ้างถึงในข้อ 5 วรรค 2 มาตรฐานทั้งปวงของพยานหลักฐานที่จำเป็นต้องมี สำหรับการฟ้องร้องดำเนินคดีและการพิพากษาว่ามีความผิด ต้องไม่เข้มงวดน้อยกว่ามาตรฐานทั้งปวงที่ใช้บังคับสำหรับ กรณีต่าง ๆ ที่อ้างถึงในข้อ 5 วรรค 1”²⁵⁴</p>	<p>ผู้ร้ายข้ามแดน หรือส่งมอบให้กับรัฐอื่นตามพันธกรณีระหว่าง ประเทศ หรือส่งมอบต่อศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขต อำนาจเป็นที่ยอมรับของรัฐนั้น</p> <p>2. ให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจนั้นทำคำวินิจฉัยของตนใน ลักษณะเดียวกันกับในกรณีของความผิดธรรมดาที่มีลักษณะ ร้ายแรงตามกฎหมายของรัฐนั้น ในกรณีต่าง ๆ ที่อ้างถึงในข้อ 9 วรรค 2 มาตรฐานทั้งปวงของพยานหลักฐานที่จำเป็นต้องมี ต้องไม่เข้มงวดน้อยกว่ามาตรฐานทั้งปวงที่ใช้บังคับสำหรับ กรณีต่าง ๆ ที่อ้างถึงในข้อ 9 วรรค 1”²⁵⁵</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

ในเรื่องนี้ มีประเด็นพิจารณาหลัก 2 ประเด็นคือ 1) หน้าที่ของรัฐในการฟ้องร้องดำเนินคดี กับ 2) การดำเนินคดีบนมาตรฐานเดียวกันกับความผิดธรรมดาที่มีลักษณะร้ายแรง

สำหรับประเด็นหน้าที่ของรัฐในการฟ้องร้องดำเนินคดี อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ นำหลักการในทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ คือ หลัก *Aut Dedere Aut Iudicare* (Either Extradite or Prosecute) มาปรับใช้ โดยกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อพบตัวผู้กระทำผิดในเขตอำนาจของตนเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดลอบหลบหนีกระบวนการยุติธรรมไปได้²⁵⁶ ดังนั้น ในกรณีที่รัฐพบตัวบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในอาณาเขตซึ่งอยู่ภายในเขตอำนาจของตน และปรากฏว่ารัฐอื่นได้ร้องขอให้ส่งตัวบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้าม

²⁵⁴ *Supra* Note 12, CAT, Art. 7(1), 7(2)

“1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

2. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State. In the cases referred to in article 5, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 5, paragraph 1.”

²⁵⁵ *Supra* Note 13, CED, Art. 11(1), 11(2)

“1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed an offence of enforced disappearance is found shall, if it does not extradite that person or surrender him or her to another State in accordance with its international obligations or surrender him or her to an international criminal tribunal whose jurisdiction it has recognized, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

2. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State Party. In the cases referred to in article 9, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 9, paragraph 1.”

²⁵⁶ AHCENE BOULESBA, *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, (The Hague, 1999), p. 206.

แดนตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีระหว่างกันหรือตามพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น ๆ หรือปรากฏว่าศาลอาญาระหว่างประเทศได้ขอให้ส่งมอบตัวบุคคลนั้นให้กับศาลสำหรับเฉพาะกรณีการกระทำให้บุคคลสูญหาย รัฐที่พบตัวผู้กระทำความผิดจะต้องเลือกว่าจะส่งตัวบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ หากรัฐตัดสินใจไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐนั้นก็มิหน้าที่ในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดรายนั้นเอง ไม่สามารถละเว้นหน้าที่นี้ได้²⁵⁷ ทั้งนี้ หากไม่ปรากฏว่ามีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐที่พบตัวผู้กระทำความผิดก็ยังคงมีหน้าที่ในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดรายนั้น เพราะหากกำหนดให้หน้าที่ดังกล่าวขึ้นอยู่กับว่าได้มีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ก็จะทำให้มีอาจปรับใช้หลัก *Aut Dedere Aut Iudicare* ได้อย่างเต็มที่ และกระทบต่อประสิทธิผลของการบังคับใช้อนุสัญญาอย่างมาก²⁵⁸

เมื่อรัฐตัดสินใจที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดรายนั้นเสียเอง เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องทำคำวินิจฉัยฉบับมาตรฐานเดียวกันกับความผิดธรรมดาที่มีลักษณะร้ายแรงภายใต้กฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับใช้คำว่า “any ordinary offence of a serious nature” ดังนั้น รัฐจะต้องประกันว่ากระบวนการยุติธรรมในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญหายจะต้องมีมาตรฐานเดียวกันหรือไม่น้อยไปกว่ามาตรฐานที่ใช้บังคับกับความผิดธรรมดาที่มีลักษณะร้ายแรงอื่น ๆ ที่ปรากฏในกฎหมายภายในของรัฐนั้น²⁵⁹ นอกจากนี้ มาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะเป็นการค้นหาหรือรับฟังพยานหลักฐาน จะต้องมีความเข้มงวดไม่น้อยไปกว่ามาตรฐานที่ใช้กับคดีอื่นทั่วไป ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ร่างฯ เห็นว่าแม้รัฐบางรัฐจะอ้างเขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction) เพื่อเป็นฐานในการดำเนินคดี แต่ในทางปฏิบัติจริง รัฐเชื่อว่ามักประสบปัญหาและความยากลำบากในการเข้าถึงพยานหลักฐานเพราะการกระทำผิดมิได้เกิดขึ้นในดินแดนของตน จนอาจทำให้รัฐเลือกที่จะใช้มาตรฐานที่หย่อนไปกว่ามาตรฐานปกติเพื่อให้สามารถดำเนินคดีผู้กระทำผิดได้ เพื่อป้องกันข้อครหา นี้ อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงกำหนดชัดเจนว่ามาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานจะต้องมีความเข้มงวดไม่น้อยไปกว่ามาตรฐานที่ใช้กับคดีอื่นทั่วไป²⁶⁰

4.2 การพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด

เนื่องจากการดำเนินมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นส่วนหนึ่งของพันธกรณีของรัฐภาคีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังนั้น อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา

²⁵⁷ *Supra* Note 196, p. 345.

²⁵⁸ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 137.

²⁵⁹ *Supra* Note 15, p. 230.

²⁶⁰ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 138.

CED จึงกำหนดให้รัฐภาคีต้องประกันว่าจะดำเนินมาตรการทางกฎหมายตามกระบวนการยุติธรรมภายในของตน เพื่อวัตถุประสงค์นี้

โดยทั่วไปแล้ว เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมมักเริ่มมาจากการพิจารณาเมื่อพบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด ดังนั้น อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงกำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดไม่ว่าจะเป็นในกรณีเมื่อพบตัวผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในอาณาเขตของรัฐ หรือเมื่อได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิด นอกจากนี้ ในกรณีการทรมาน รัฐภาคีจะต้องประกันว่าคำให้การใดที่พิสูจน์ได้ว่าได้ให้โดยเป็นผลจากการทรมาน รัฐจะไม่ยอมรับการอ้างคำให้การดังกล่าวเป็นหลักฐานในการดำเนินคดี โดยแบ่งอธิบายแต่ละประเด็นได้ ดังนี้

4.2.1 กรณีเมื่อพบตัวผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในอาณาเขตของรัฐ

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ต่างกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมายในกรณีเมื่อพบตัวผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในอาณาเขตของตน ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 6(1)-(2)</p> <p>“1. เมื่อเป็นที่พอใจ หลังจากการตรวจสอบข้อสนเทศที่ตนมีอยู่แล้วว่า พฤติกรรมแวดล้อมบังคับให้ต้องดำเนินการ เช่นนั้น รัฐภาคีใดที่ผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดใดที่อ้างถึงในข้อ 4 อยู่ในอาณาเขตของตน ต้องนำตัวบุคคลนั้นไปคุมขังไว้ หรือดำเนินมาตรการทางกฎหมายอื่นที่จะประกันการคงอยู่ของบุคคลนั้น การควบคุมตัวและมาตรการทางกฎหมายอื่นต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของรัฐนั้น แต่สามารถควบคุมตัวและดำเนินมาตรการนั้นต่อไปได้ในระยะเวลาเพียงเท่าที่จำเป็นที่จะทำการดำเนินกระบวนการทางอาญาหรือกระบวนการพิจารณาสำหรับการส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนสามารถกระทำได้เท่านั้น</p> <p>2. รัฐเช่นว่าต้องดำเนินการไต่สวนเบื้องต้นในด้านข้อเท็จจริงโดยทันที”²⁶¹</p>	<p>ข้อ 10(1)-(2)</p> <p>“1. เมื่อเป็นที่พอใจ หลังจากการตรวจสอบข้อสนเทศที่ตนมีอยู่แล้วว่า พฤติกรรมแวดล้อมบังคับให้ต้องดำเนินการ เช่นนั้น รัฐภาคีใดที่ผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญอยู่ในอาณาเขตของตน ต้องนำตัวบุคคลนั้นไปคุมขังไว้ หรือดำเนินมาตรการทางกฎหมายอื่นที่จะประกันการคงอยู่ของบุคคลนั้น การควบคุมตัวและมาตรการทางกฎหมายอื่นต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของรัฐนั้น แต่สามารถควบคุมตัวและยังคงดำเนินมาตรการนั้นต่อไปได้ในระยะเวลาเพียงเท่าที่จำเป็นที่จะทำการดำเนินกระบวนการทางอาญาหรือกระบวนการพิจารณาสำหรับการส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนสามารถกระทำได้เท่านั้น</p> <p>2. รัฐภาคีซึ่งได้ดำเนินมาตรการตามที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ ต้องดำเนินการไต่สวนหรือสืบสวนเบื้องต้นในด้าน</p>

²⁶¹ *Supra* Note 12, CAT, Art. 6(1)-(2)

1. Upon being satisfied, after an examination of information available to it, that the circumstances so warrant, any State Party in whose territory a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is present shall take him into custody or take other legal measures to ensure his presence. The custody and other legal measures shall be as provided in the law of that State but may be continued only for such time as is necessary to enable any criminal or extradition proceedings to be instituted. 2. Such State shall immediately make a preliminary inquiry into the facts.

	<p>ข้อเท็จจริงโดยทันที รัฐภาคีซึ่งได้ดำเนินการตามมาตรการที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ ต้องดำเนินการไต่สวนหรือสอบสวนเบื้องต้นในด้านข้อเท็จจริงโดยทันที นอกจากนี้ รัฐดังกล่าวต้องแจ้งให้บรรดารัฐภาคีที่อ้างถึงในข้อ 9 วรรค 1 ทราบเกี่ยวกับมาตรการที่ได้ดำเนินการตามวรรค 1 ของข้อนี้ รวมถึงการคุมขังและพฤติกรรมแวดล้อมทั้งหลายที่ทำให้จำเป็นต้องกักตัวบุคคลนั้นไว้ ตลอดจนผลการไต่สวนหรือสอบสวนเบื้องต้น โดยระบุว่าตนประสงค์จะใช้อำนาจศาลเหนือคดีนี้หรือไม่”²⁶²</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

จากข้อบททั้ง 2 ข้อ จะเห็นได้ว่าพันธกรณีของรัฐภาคีในการดำเนินการมาตรการทางกฎหมายเมื่อพบตัวผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในอาณาเขตของตน มีประเด็นพิจารณาดังนี้

4.2.1.1 การพิจารณาข้อมูลจนเป็นที่พอใจ

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับระบุในทางเดียวกันว่า รัฐมีพันธกรณีต้องนำตัวบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดไปคุมขังไว้ หรือดำเนินการทางกฎหมายใด ๆ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นหลบหนีไปได้ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาเปิดช่องให้รัฐสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาได้ว่าพฤติการณ์แวดล้อมนั้นมีลักษณะที่บังคับ (Warrant) ให้ต้องดำเนินการดังกล่าวหรือไม่ โดยมาตรฐานการใช้ดุลพินิจดังกล่าวปรากฏในข้อความที่ว่า “เมื่อเป็นที่พอใจ” ซึ่งมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “upon being satisfied” ว่าข้อมูลที่รัฐได้รับมานั้นสมควรที่รัฐจะต้องดำเนินการเพื่อนำตัวบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดไปคุมขังไว้ หรือดำเนินการทางกฎหมายใด ๆ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นหลบหนีไปได้หรือไม่

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่ามาตรฐานที่ยึดโยงกับ “ความพอใจ” นั้น เป็นขอบเขตการใช้ดุลพินิจที่ค่อนข้างกว้างมาก²⁶³ หากใช้เกณฑ์ที่หย่อนเกินไปจะทำให้โอกาสเข้าข่ายเป็นการจับกุมคุมขังโดยอำเภอใจก็ได้ และ

²⁶² *Supra* Note 13, CED, Art. 10(1)-(2)

“1. Upon being satisfied, after an examination of the information available to it, that the circumstances so warrant, any State Party in whose territory a person suspected of having committed an offence of enforced disappearance is present shall take him or her into custody or take such other legal measures as are necessary to ensure his or her presence. The custody and other legal measures shall be as provided for in the law of that State Party but may be maintained only for such time as is necessary to ensure the person's presence at criminal, surrender or extradition proceedings.

2. A State Party which has taken the measures referred to in paragraph 1 of this article shall immediately carry out a preliminary inquiry or investigations to establish the facts. It shall notify the States Parties referred to in article 9, paragraph 1, of the measures it has taken in pursuance of paragraph 1 of this article, including detention and the circumstances warranting detention, and of the findings of its preliminary inquiry or its investigations, indicating whether it intends to exercise its jurisdiction.”

²⁶³ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 134.

และในทางกลับกัน หากใช้เกณฑ์ที่สูงเกินไปก็อาจส่งผลให้เกิดข้อครหาว่าเป็นการช่วยเหลือเจ้าพนักงานของรัฐด้วยกันเองด้วยการไม่ดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ร่างฯ จึงอธิบายเพิ่มเติมว่ารัฐควรพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมโดยเทียบเคียงกับเงื่อนไขหรือทางปฏิบัติในกฎหมายภายในเพื่อประกอบการตัดสินใจว่าจะคุมขังหรือดำเนินมาตรการทางกฎหมายใด ๆ แก่ตัวบุคคลนั้นหรือไม่ ทั้งนี้ มาตรการอื่น ๆ นอกจากการคุมขังอาจทำได้หลายประการ เช่น การให้ประกันตัว การยึดเอกสารเดินทาง การกำหนดให้ต้องรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานของรัฐเป็นระยะ²⁶⁴ โดยจะต้องไม่กระทบต่อกระบวนการพิจารณาสำหรับการส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน²⁶⁵

4.2.1.2 สามารถดำเนินมาตรการทางกฎหมายได้ในระยะเวลาเพียงเท่าที่จำเป็น

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับระบุในทางเดียวกันว่า ในกรณีที่รัฐใช้ดุลพินิจแล้วตัดสินใจนำตัวบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดไปคุมขังไว้ หรือดำเนินมาตรการทางกฎหมายใด ๆ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นหลบหนีไปได้ รัฐจะสามารถดำเนินมาตรการเช่นว่าได้ “ในระยะเวลาเพียงเท่าที่จำเป็น” ซึ่งมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “for such time as is necessary” เพื่อวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ เพื่อดำเนินกระบวนการทางอาญา หรือเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนไว้ แต่ผู้ร่างฯ มีความเห็นว่าควรเป็นระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (as short as possible)²⁶⁶ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมของบุคคลดังกล่าว

4.2.1.3 ต้องดำเนินการค้นหาข้อเท็จจริงทันที

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับระบุในทางเดียวกันว่า ในกรณีที่รัฐใช้ดุลพินิจแล้วตัดสินใจนำตัวบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดไปคุมขังไว้ หรือดำเนินมาตรการทางกฎหมายใด ๆ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นหลบหนีไปได้ รัฐจะต้องดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงเบื้องต้น (Preliminary Inquiry) ทันทีเพื่อมิให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม นอกจากนี้ อนุสัญญา CED ได้กำหนดพันธกรณีเพิ่มเติมไปจากอนุสัญญา CAT คือ รัฐภาคีจะต้องทำการสืบสวนเพิ่มเติมบนพื้นฐานของข้อมูลที่ได้รับจากเหยื่อหรือแหล่งข้อมูลอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงการดำเนินการเชิงรุกเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงด้วยเพื่อให้ได้ข้อมูลที่รอบด้านมากยิ่งขึ้น เช่น การสอบสวนบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิด การค้นหาพยานหลักฐาน การสอบถามข้อเท็จจริง ณ สถานที่เกิดเหตุ²⁶⁷ ทั้งนี้ เนื่องจากโดยสภาพของการกระทำทำให้บุคคลสูญหายนั้น การได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานจำเป็นที่จะต้องอาศัยความร่วมมือจากหลายฝ่ายเพื่อนำข้อมูลมาประกอบกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความร่วมมือในการค้นหาเหยื่อการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย

²⁶⁴ *Supra* Note 196, p.339, para. 29.

²⁶⁵ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 135.

²⁶⁶ *Ibid*, p. 134.

²⁶⁷ *Supra* Note 196, p. 340, para. 33.

4.2.2 กรณีเมื่อได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิด

การกำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการมาตรการทางกฎหมายเมื่อได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิด เป็นความตั้งใจของผู้ร่างฯ ที่เล็งเห็นว่าลำพังเพียงการกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดย่อมไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองบุคคลให้รอดพ้นจากการถูกละเมิด แต่ต้องมีการดำเนินการป้องกันและปราบปรามอย่างจริงจังจากรัฐด้วย²⁶⁸ ดังนั้น อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงกำหนดในลักษณะเดียวกันว่า เมื่อรัฐได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิด รัฐจะต้องดำเนินการมาตรการทางกฎหมายด้วยการดำเนินการสืบสวนข้อเท็จจริง โดยมีประเด็นพิจารณา ดังนี้

4.2.2.1 ต้องดำเนินการสืบสวนเมื่อมีมูลเหตุอันสมเหตุสมผลที่จะเชื่อได้แม้มิได้มีการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการ

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ต่างกำหนดให้รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินการสืบสวนเมื่อมีมูลเหตุอันสมเหตุสมผลที่จะเชื่อได้ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้นแม้มิได้มีการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการ ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 12</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่า เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของตนดำเนินการสืบสวนโดยพลันและโดยปราศจากความลำเอียง เมื่อใดก็ตามที่มีมูลเหตุอันสมเหตุสมผลที่จะเชื่อได้ว่าได้มีการกระทำการทรมานเกิดขึ้นในอาณาเขตที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน”²⁶⁹</p>	<p>ข้อ 12(2)</p> <p>“2. เมื่อใดก็ตามที่มีมูลเหตุอันสมเหตุสมผลที่จะเชื่อได้ว่า ได้มีการบังคับบุคคลให้หายสาบสูญ เจ้าหน้าที่ที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ ต้องดำเนินการสืบสวน แม้จะมีได้มีการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการก็ตาม”²⁷⁰</p>

ในเรื่องนี้ ผู้ร่างอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ คำนึงถึงข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติว่าเหยื่อของการกระทำผิดอาจไม่อยู่ในสถานะที่จะร้องทุกข์อย่างเป็นทางการได้เพราะอาจกำลังถูกทรมานหรืออยู่ระหว่างการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย²⁷¹ หรือเหยื่ออาจปฏิเสธที่จะร้องทุกข์เพราะถูกข่มขู่ว่าจะเอาชีวิตหรือทำร้ายตัวเองหรือครอบครัวของเหยื่อ ดังนั้น อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงไม่กำหนดให้การร้องทุกข์อย่างเป็นทางการเป็นเงื่อนไขในการเริ่มกระบวนการยุติธรรม หากแต่กำหนดให้เป็นพันธกรณีของรัฐโดยตรงที่จะต้องดำเนินการสืบสวนเมื่อรัฐได้รับ

²⁶⁸ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 144.

²⁶⁹ *Supra* Note 12, CAT, Art. 12

“Each State Party shall ensure that its competent authorities proceed to a prompt and impartial investigation, wherever there is reasonable ground to believe that an act of torture has been committed in any territory under its jurisdiction.”

²⁷⁰ *Supra* Note 13, CED, Art. 12(2)

“2. Where there are reasonable grounds for believing that a person has been subjected to enforced disappearance, the authorities referred to in paragraph 1 of this article shall undertake an investigation, even if there has been no formal complaint.”

²⁷¹ *Supra* Note 15, p. 234.

ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิดและพิจารณาแล้วเห็นว่า “มีมูลเหตุอันสมเหตุสมผลที่จะเชื่อได้ว่า” ซึ่งมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “where there are reasonable grounds for believing that” ได้มีการกระทำการทรมานหรือบังคับบุคคลให้หายสาบสูญเกิดขึ้น ทั้งนี้ เจ้าพนักงานของรัฐไม่ควรใช้มาตรฐานในการตีความคำว่า “มูลเหตุอันสมเหตุสมผล” ที่สูงจนเกินไป แต่ควรตีความเพื่อให้ไม่เป็นอุปสรรคต่อการเริ่มกระบวนการสืบสวนข้อเท็จจริง ดังนั้น จึงได้มีนักวิชาการให้ความเห็นว่า แม้เพียงเจ้าพนักงานของรัฐพิจารณาแล้วสงสัย (Suspicious) ว่าจะมีการกระทำผิดก็ถือว่ามีมูลเหตุอันสมเหตุสมผลที่จะเริ่มกระบวนการสืบสวนข้อเท็จจริงได้แล้ว²⁷² ไม่จำเป็นต้องเรียกพยานหลักฐานอื่นเพิ่มเติมอีกในขั้นนี้

นอกจากนี้ เฉพาะอนุสัญญา CAT ได้ระบุเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าการดำเนินการสืบสวนต้องกระทำโดยพลันและโดยปราศจากความล่าช้า เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดซ้ำอีกในเวลาอันใกล้ และเพื่อเป็นหลักประกันว่าการดำเนินการสืบสวนจะดำเนินการโดยบุคคลที่ไม่มีสายสัมพันธ์หรือส่วนเกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด²⁷³ ในขณะที่เฉพาะอนุสัญญา CED ได้ระบุเพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นเกี่ยวกับการร้องทุกข์ ว่าการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการ (Formal Complaint) ไม่เป็นเงื่อนไขในการดำเนินการสืบสวนของเจ้าพนักงานของรัฐ²⁷⁴

4.2.2.2 ต้องรับรองสิทธิที่จะร้องทุกข์และคุ้มครองผู้ร้องทุกข์

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ต่างกำหนดให้รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องรับรองสิทธิที่จะร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานของรัฐ และจะต้องดำเนินการเพื่อคุ้มครองผู้ร้องทุกข์ให้รอดพ้นจากอันตรายอันเป็นผลมาจากการร้องทุกข์ ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 13</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่า ปัจเจกบุคคลที่อ้างว่าตนถูกทรมานในอาณาเขตใดก็ตามที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐนั้น มีสิทธิที่จะร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของรัฐ และที่จะทำให้กรณีของตนได้รับการพิจารณาตรวจสอบโดยพลัน และโดยปราศจากความล่าช้าโดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของรัฐนั้น ให้ดำเนินขั้นตอนทั้งปวงเพื่อประกันว่าผู้ร้องทุกข์และพยานได้รับความคุ้มครองให้พ้นจากการประทุษร้ายหรือการข่มขู่ให้หวาดกลัวทั้งปวงอันเป็นผลมาจากการร้องทุกข์หรือการให้พยานหลักฐานของบุคคลนั้น”²⁷⁵</p>	<p>ข้อ 12(1) และ 12(4)</p> <p>“1. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่า ปัจเจกบุคคลที่กล่าวอ้างว่ามีการบังคับให้หายสาบสูญของบุคคลใด จะต้องมียุติวิธีที่จะรายงานข้อเท็จจริงต่อเจ้าพนักงานที่มีอำนาจ ซึ่งจะต้องพิจารณาข้อกล่าวอ้างนั้นโดยพลันและโดยปราศจากความล่าช้า และเมื่อจำเป็นก็ต้องดำเนินการสืบสวนอย่างละเอียดและปราศจากความล่าช้าโดยพลัน ให้ดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมทั้งปวงหากจำเป็นเพื่อประกันว่าผู้ร้องทุกข์ พยานญาติของบุคคลที่หายสาบสูญ และทนายของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนบุคคลอื่น ๆ ที่มีส่วนร่วมในการสอบสวน ได้รับความ</p>

²⁷² *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 144.

²⁷³ *Ibid*, p. 145.

²⁷⁴ *Supra* Note 15, p. 235.

²⁷⁵ *Supra* Note 12, CAT, Art. 13

	<p>คุ้มครองให้พ้นจากการประทุษร้ายหรือการข่มขู่ให้หวาดกลัว ทั้งปวงอันเป็นผลจากการร้องทุกข์หรือการให้พยานหลักฐานของบุคคลนั้น</p> <p>4. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันและห้ามการกระทำซึ่งขัดขวางการสืบสวน โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องประกันว่าบุคคลที่ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญไม่อยู่ในตำแหน่งที่จะสามารถมีอิทธิพลเหนือความคืบหน้าในการสืบสวนโดยวิธีการกดดันหรือการกระทำอันเป็นการข่มขู่หรือตอบโต้ผู้ร้องเรียน พยาน ญาติของบุคคลที่หายสาบสูญหรือทนายของบุคคลดังกล่าว หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในการสืบสวน”²⁷⁶</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

ในเรื่องนี้ แม้อนุสัญญาจะไม่ได้กำหนดเงื่อนไขว่าต้องได้มีการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการเสียก่อน เจ้าพนักงานของรัฐจึงจะดำเนินการสืบสวนข้อเท็จจริงได้ แต่หากในความเป็นจริงได้มีการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการหรือได้มีรายงานข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นต่อเจ้าพนักงานของรัฐ อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับก็ได้กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีในการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะร้องทุกข์ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม อนุสัญญา CAT รับรองสิทธินี้ให้แก่บุคคลที่อ้างว่าตนเป็นเหยื่อการทรมานเท่านั้น ในขณะที่อนุสัญญา CED รับรองสิทธินี้ให้แก่บุคคลเป็นการทั่วไป โดยไม่จำเป็นว่าบุคคลนั้นจะต้องมีส่วนเกี่ยวข้องเป็นการส่วนตัวกับบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย

“Each State Party shall ensure that any individual who alleges he has been subjected to torture in any territory under its jurisdiction has the right to complain to, and to have his case promptly and impartially examined by, its competent authorities. Steps shall be taken to ensure that the complainant and witnesses are protected against all ill-treatment or intimidation as a consequence of his complaint, or any evidence given.”

²⁷⁶ *Supra* Note 13, CED, Art. 12(1), 12(4)

“1. Each State Party shall ensure that any individual who alleges that a person has been subjected to enforced disappearance has the right to report the facts to the competent authorities, which shall examine the allegation promptly and impartially and, where necessary, undertake without delay a thorough and impartial investigation. Appropriate steps shall be taken, where necessary, to ensure that the complainant, witnesses, relatives of the disappeared person and their defence counsel, as well as persons participating in the investigation, are protected against all ill-treatment or intimidation as a consequence of the complaint or any evidence given.

4. Each State Party shall take the necessary measures to prevent and sanction acts that hinder the conduct of an investigation. It shall ensure in particular that persons suspected of having committed an offence of enforced disappearance are not in a position to influence the progress of an investigation by means of pressure or acts of intimidation or reprisal aimed at the complainant, witnesses, relatives of the disappeared person or their defence counsel, or at persons participating in the investigation.”

หาย โดยคำว่า “บุคคล” (Individual) นั้นควรตีความให้รวมไปถึงองค์กรที่มีใช้รัฐ (Non-governmental organizations – NGOs) ด้วย²⁷⁷

เมื่อได้มีการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการแล้ว อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับกำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐมีหน้าที่เช่นเดียวกับกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐทราบข้อเท็จจริงเอง คือ ต้องดำเนินการสืบสวนโดยพลันและโดยปราศจากความลำเอียง เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดซ้ำอีกในเวลาอันใกล้ และเพื่อเป็นหลักประกันว่าการดำเนินการสืบสวนจะดำเนินการโดยบุคคลที่ไม่มีสายสัมพันธ์หรือส่วนเกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด²⁷⁸

นอกจากนี้ เนื่องจากการร้องทุกข์อาจทำให้ผู้ร้องทุกข์ตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะถูกทำร้ายหรือตกอยู่ในอันตรายทั้งที่อาจเกิดจากผู้กระทำผิดเองหรือจากเครือข่ายของผู้กระทำผิด ดังนั้น เพื่อสนับสนุนให้ผู้ที่ยื่นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดกล้าที่จะนำข้อเท็จจริงนั้นมาร้องทุกข์เพื่อให้มีการดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิด อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินขั้นตอนทั้งปวงเพื่อประกันว่าผู้ร้องทุกข์และพยานได้รับความคุ้มครองให้พ้นจากการประทุษร้ายหรือการข่มขู่ให้หวาดกลัวทั้งปวงอันเป็นผลจากการร้องทุกข์หรือการให้พยานหลักฐานของบุคคลนั้น เช่น การนำตัวผู้ร้องทุกข์ไปอยู่ที่อื่น การเปลี่ยนเจ้าพนักงานที่ทำหน้าที่ดูแลผู้ร้องทุกข์ในขณะที่ถูกคุมขัง²⁷⁹ นอกจากนี้ อนุสัญญา CED ได้กำหนดเพิ่มเติมว่ารัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันและห้ามการกระทำใด ๆ ที่อาจทำให้บุคคลที่มีอิทธิพล เช่น ผู้บังคับบัญชา นักการเมือง เข้ามาขัดขวางหรือมีอิทธิพลเหนือความคืบหน้าในการสอบสวนไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ ซึ่งรวมถึงการโยกย้ายตำแหน่งให้ผู้บังคับบัญชานั้นไม่อยู่ในสถานะหรือสายบังคับบัญชาที่อาจมีอิทธิพลต่อการดำเนินคดีได้อีกต่อไป²⁸⁰

4.2.3 การไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลจากการทรมาน

อนุสัญญา CAT ได้กำหนดให้รัฐมีพันธกรณีที่จะไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลจากการทรมาน เพื่อเป็นหลักประกันในการป้องกันและปราบปรามการทรมานให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 15</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่า จะยกคำให้การใดที่พิสูจน์ได้ว่าได้ให้โดยเป็นผลจากการทรมาน ขึ้นอ้างเป็นหลักฐานในการดำเนินคดีใดมิได้ เว้นแต่จะใช้เป็นหลักฐาน</p>	<p>ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้</p>

²⁷⁷ *Supra* Note 161, p. 304.

²⁷⁸ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 145.

²⁷⁹ *Ibid*, p. 146.

²⁸⁰ *Supra* Note 15, p. 235.

<p>ผู้มัดบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการทรมาน ในฐานะเป็นหลักฐานว่าคำให้การได้มาโดยวิธีนั้น”²⁸¹</p>	
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

ในการดำเนินมาตรการทางกฎหมายเมื่อได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิด ไม่ว่าจะข้อมูลนั้นจะได้รับการร้องทุกข์หรือได้มาโดยเหตุอื่นซึ่งเจ้าพนักงานพิจารณาแล้วเห็นว่ามิใช่เหตุอันสมเหตุสมผลที่จะเชื่อได้ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น เจ้าพนักงานของรัฐในทุกชั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมจะต้องพิจารณาว่าข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลหรือคำให้การที่ได้มาจากการทรมานหรือไม่ และจะต้องปฏิเสธไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลจากการทรมาน โดยหลักการนี้สอดคล้องกับกติกา ICCPR อีกด้วย²⁸² ทั้งนี้ การกำหนดพันธกรณีมีวัตถุประสงค์หลัก 2 ประการ คือ ประการแรก คำให้การใด ๆ ที่ได้มาจากการทรมานบุคคลย่อมมีน้ำหนักที่รับฟังได้น้อยหรือรับฟังไม่ได้เลยและขัดต่อหลักการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Fair Trial) เพราะมีความเป็นไปได้อย่างยิ่งที่ผู้ให้การซึ่งถูกทรมานอยู่นั้น มีแนวโน้มที่จะรับสารภาพ ซัดทอด หรือให้การใด ๆ ตามที่ผู้ทรมานต้องการให้กล่าวเพื่อให้ตนพ้นจากการถูกทรมานโดยเร็ว และประการที่สอง เมื่อคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลจากการทรมานเป็นคำให้การที่ยกขึ้นอ้างเป็นหลักฐานในการดำเนินคดีไม่ได้ ก็จะทำให้การทรมานเพื่อให้ได้คำให้การนั้นไม่เกิดประโยชน์ใด ๆ และยังเป็นผลโดยอ้อมที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำทรมานได้อีกทางหนึ่งด้วย²⁸³

อย่างไรก็ดี มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับการพิจารณาคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลจากการทรมาน ว่า คำให้การเช่นนี้อาจนำมาอ้างเป็นหลักฐานในการดำเนินคดีได้ในกรณีเดียว คือ เมื่อนำมาใช้เป็นหลักฐานเพื่อผูกมัดบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการทรมานในฐานะที่เป็นหลักฐานว่าคำให้การนั้นได้มาโดยการทรมาน ทั้งนี้ เป็นเพราะการพิจารณาคำให้การเพื่อวัตถุประสงค์นี้ ไม่ได้พิจารณาว่าคำให้การมีเนื้อหาสาระที่เป็นจริงหรือไม่ แต่เป็นการพิจารณาว่าได้มีการทรมานเกิดขึ้นจริงหรือไม่²⁸⁴

²⁸¹ *Supra* Note 12, CAT, Art. 15

“Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made..”

²⁸² *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 7.

²⁸³ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 148.

²⁸⁴ *Ibid.*

4.3 การประกันสิทธิของบุคคลที่ถูกดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในบริบทการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องดำเนินการให้ครบทุกมิติแห่งการคุ้มครอง กล่าวคือ นอกจากจะต้องดำเนินการเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเหยื่อการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายแล้ว รัฐภาคีจะต้องดำเนินการเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่ถูกดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมอีกด้วย

ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่ถูกนำตัวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมนั้น รัฐมีพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในการเคารพสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Right to a Fair Trial) ของบุคคลเช่นว่าตามทีตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่าง ๆ รับรอง²⁸⁵ และได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²⁸⁶ ดังนั้น เพื่อกำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการนี้ อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงกำหนดให้รัฐภาคีต้องประกันสิทธิต่าง ๆ ให้แก่บุคคลเมื่อถูกดำเนินคดีและถูกจำกัดเสรีภาพตามกระบวนการยุติธรรม ดังนี้

4.3.1 หลักประกันพื้นฐานว่าจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรม

โดยหลักแล้ว เมื่อบุคคลถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิด บุคคลนั้นยังคงต้องถูกอนุมานไว้ก่อนว่ายังเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์อย่างแน่ชัดว่าได้กระทำความผิดจริง ตามหลัก “Presumption of Innocence” ที่ได้รับการรับรองโดยตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับ²⁸⁷ ดังนั้น อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องประกันสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานว่าบุคคลจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรม (Fair Treatment) ตลอดกระบวนการยุติธรรม ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 7(3)</p> <p>“3. ให้บุคคลใดที่ถูกดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่อ้างถึงในข้อ 4 ได้รับการประกันว่าจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี”²⁸⁸</p>	<p>ข้อ 11(3)</p> <p>“3. ให้บุคคลใดที่ถูกดำเนินคดีในความผิดฐานการบังคับให้หายสาบสูญ ได้รับการประกันว่าจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี และบุคคลใดที่ถูกดำเนินคดีในความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญจะต้องได้รับ</p>

²⁸⁵ *Supra* Note 10, UDHR, Art. 10; *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 11.

²⁸⁶ United Nations Human Rights Committee (HRC), **General Comment No. 29, Article 4: Derogations during a State of Emergency**, 2001, para. 11.

²⁸⁷ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 14(2); *Supra* Note 111, ACHR, Art. 8(2); *Supra* Note 110, ECHR, Art. 6(2).

²⁸⁸ *Supra* Note 12, CAT, Art. 7(3)

“3. Any person regarding whom proceedings are brought in connection with any of the offences referred to in article 4 shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings.”

	การพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการต่อหน้าศาลหรือองค์คณะที่มีอำนาจ อิสระและเป็นกลาง ที่จัดตั้งตามกฎหมาย” ²⁸⁹
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

บุคคลจะสามารถอุทธรณ์สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม ดังนั้น อนุสัญญาจึงกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องประกันว่าบุคคลที่ถูกดำเนินคดีหรือถูกจำกัดเสรีภาพตามกระบวนการทางกฎหมายจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรม เช่น ไม่ถูกนำตัวไปทรมานหรือกระทำให้อับอาย และต้องได้รับการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมที่เป็นธรรมต่อหน้าองค์คณะที่มีอำนาจ อิสระและเป็นกลาง ที่จัดตั้งตามกฎหมาย ทั้งนี้ ลักษณะขององค์คณะที่มีอำนาจ (Competent) นั้น ต้องเป็นองค์คณะที่สามารถตัดสินใจให้คุณให้โทษและผลการตัดสินมีผลผูกพันบุคคลเท่านั้น หากผลการพิจารณาขององค์คณะมีผลเป็นเพียงข้อเสนอแนะ เช่น ผลการพิจารณาของคณะกรรมการพักการลงโทษ (Parole Board) ก็ย่อมไม่ถือเป็นองค์คณะที่มีอำนาจตามความหมายของอนุสัญญา²⁹⁰ นอกจากนี้ องค์คณะจะต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง (Independence and Impartial) โดยจะต้องมีโครงสร้างที่ออกแบบเพื่อป้องกันมิให้มีการแทรกแซงจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เช่น การกำหนดองค์ประกอบของตุลาการที่มีพื้นที่หลากหลาย จนถึงวิธีการและเงื่อนไขในการคัดเลือกตุลาการที่โปร่งใสและตรวจสอบได้ และองค์คณะดังกล่าวจะต้องจัดตั้งตามกฎหมาย (Established by Law) โดยการจัดตั้งนั้นเป็นไปตามหลักการพื้นฐานว่าด้วยเขตอำนาจ โครงสร้าง และรับรองโดยกฎหมาย²⁹¹

อย่างไรก็ดี ในระหว่างการจัดทำต้นร่างอนุสัญญา CED ได้มีความเห็นว่าในประเด็นองค์คณะที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีนั้น ควรกำหนดห้ามอย่างชัดเจนมิให้มีการดำเนินคดีในศาลทหารหรือองค์คณะที่ดำเนินการโดยฝ่ายทหารเลยหรือไม่ เนื่องจากเห็นว่าในทางปฏิบัติแล้วการบังคับให้หายสาบสูญมักกระทำโดยบุคคลที่อยู่ในกองทัพ²⁹² และการไม่ห้ามพิจารณาคดีในศาลทหารหรือองค์คณะที่ดำเนินการโดยฝ่ายทหาร อาจเป็นช่องโหว่สำคัญที่ทำให้ผู้กระทำผิดซึ่งมักเป็นผู้มีอิทธิพลในกองทัพได้รับการปกป้องหรือไม่ถูกดำเนินคดี²⁹³ แต่ความเห็นนี้ก็ได้รับการโต้แย้งว่าอาจเป็นการเหมารวมจนเกินไป สุดท้ายในเรื่องนี้ ผู้ร่างฯ ได้ตัดสินใจประนีประนอมด้วยการนำข้อห้ามนี้ออกและ

²⁸⁹ *Supra* Note 13, CED, Art. 11(3)

“3. Any person against whom proceedings are brought in connection with an offence of enforced disappearance shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings. Any person tried for an offence of enforced disappearance shall benefit from a fair trial before a competent, independent and impartial court or tribunal established by law.”

²⁹⁰ *Supra* Note 162, p. 268.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *Supra* Note 15, p. 231.

²⁹³ Manfred Nowak, Commission on Human Rights, **Report**, Independent Expert Charged with Examining the Existing International Criminal and Human Rights Framework for the Protection of Persons from Enforced or Involuntary Disappearances, pursuant to paragraph 11 of Commission resolution 2001/46, p. 35, para. 82.

ใช้คำที่กลางมากกว่า²⁹⁴ คือ “ศาลหรือองค์คณะที่มีอำนาจ อิสระและเป็นกลาง ที่จัดตั้งตามกฎหมาย” เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในทางปฏิบัติ และหากพิสูจน์ได้ว่าศาลทหารหรือองค์คณะที่ดำเนินการโดยฝ่ายทหารของรัฐใดไม่เข้าลักษณะดังกล่าว ก็จะไม่เข้าเงื่อนไขตามที่อนุสัญญากำหนดไว้²⁹⁵

4.3.2 หลักประกันเมื่อบุคคลถูกจำกัดเสรีภาพโดยเงื่อนไขตามกฎหมาย

ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม หากบุคคลถูกตัดสินให้ต้องถูกคุมขังซึ่งเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลนั้น อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ จึงกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องประกันว่าการจำกัดเสรีภาพจะต้องเป็นไปโดยเงื่อนไขตามกฎหมาย และต้องประกันสิทธิต่าง ๆ ตลอดระยะเวลาที่ถูกจำกัดเสรีภาพ ดังนี้

4.3.2.1 ต้องประกันความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดเสรีภาพ

อนุสัญญา CED มีข้อบทที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีจะต้องประกันว่าจะไม่มีบุคคลใดถูกขังในที่ลับ และหากจะต้องมีการจำกัดเสรีภาพของบุคคล ก็จะต้องดำเนินการอย่างชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	<p>ข้อ 17(1), 17(2)(a)-(c)</p> <p>“1. จะไม่มีบุคคลใดถูกขังในที่ลับ</p> <p>2. โดยเคารพต่อพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐภาคีเกี่ยวกับการลดทอนเสรีภาพ ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้อง ในกฎหมายของตน</p> <p>(a) กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับคำสั่งให้ทำการลดทอนเสรีภาพ</p> <p>(b) กำหนดเจ้าพนักงานที่จะเป็นผู้ออกคำสั่งลดทอนเสรีภาพ</p> <p>(c) รับประกันว่าบุคคลที่ถูกลดทอนเสรีภาพ จะต้องถูกคุมขังในสถานที่ซึ่งได้รับการยอมรับและตรวจตราอย่างเป็นทางการเท่านั้น</p> <p>(f) รับประกันว่าบุคคลที่ถูกลดทอนเสรีภาพ หรือในกรณีต้องสงสัยว่าบุคคลนั้นเป็นเหยื่อจากการบังคับให้หายสาบสูญ รับประกันว่าบุคคลใดที่มีส่วนได้เสีย เช่น ญาติ ผู้แทน หรือที่ปรึกษา จะสามารถดำเนินกระบวนการทางศาล เพื่อศาลจะได้ตัดสินโดยพลันว่าการลดทอนเสรีภาพนั้นถูกต้องตามกฎหมาย</p>

²⁹⁴ United Nations Commission on Human Rights (CHR), Report of the intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance, UN Doc. E/CN.4/2004/59, para. 89.

²⁹⁵ *Supra* Note 161, p. 320.

	หรือไม่ และจะได้มีคำสั่งปล่อยตัวบุคคลดังกล่าวหากการลิดรอนเสรีภาพนั้นไม่ถูกต้องตามกฎหมาย” ²⁹⁶
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------

การประกันความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดเสรีภาพ สอดคล้องกับหลักประกันตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ สิทธิในการส่งตัวผู้ถูกคุมขังมายังศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาว่าการคุมขังนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (Right of Habeas Corpus)²⁹⁷ เพื่อป้องกันมิให้มีการจำกัดเสรีภาพของบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจ รวมถึงการป้องกันมิให้มีการคุมขังในที่ลับ (Secret Detention) อันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา CED โดยสิ้นเชิง²⁹⁸

ดังนั้น อนุสัญญา CED จึงกำหนดห้ามชัดเจนว่าจะไม่มีบุคคลใดถูกขังในที่ลับ และหากจะต้องมีการดำเนินการเพื่อจำกัดเสรีภาพของบุคคล อนุสัญญา CED ก็ได้กำหนดหลักการเพื่อประกันความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดเสรีภาพไว้ 4 ประการ คือ ประการแรก เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องกำหนดเงื่อนไขให้ชัดเจนในการทำคำสั่งให้ทำการจำกัดเสรีภาพและแจ้งต่อบุคคลที่จะถูกจำกัดเสรีภาพ รวมทั้งต้องเปิดโอกาสให้บุคคลนั้นสามารถโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดเสรีภาพได้²⁹⁹ ประการที่สอง รัฐต้องมีการกำหนดเจ้าพนักงานที่สามารถเป็นผู้ออกคำสั่งจำกัดเสรีภาพไว้อย่างชัดเจน เพื่อป้องกันมิให้มียุติการโดยที่ไม่มีอำนาจและเป็นการจำกัดจำนวนและควบคุมมาตรการการออกคำสั่งจำกัดเสรีภาพด้วย ประการที่สาม รัฐจะต้องรับประกันว่าบุคคลที่

²⁹⁶ *Supra* Note 13, CED, Art. 17(1), Art.17(2)(a)-(c)

“1. No one shall be held in secret detention.

2. Without prejudice to other international obligations of the State Party with regard to the deprivation of liberty, each State Party shall, in its legislation:

(a) Establish the conditions under which orders of deprivation of liberty may be given;

(b) Indicate those authorities authorized to order the deprivation of liberty;

(c) Guarantee that any person deprived of liberty shall be held solely in officially recognized and supervised places of deprivation of liberty;

(f) Guarantee that any person deprived of liberty or, in the case of a suspected enforced disappearance, since the person deprived of liberty is not able to exercise this right, any persons with a legitimate interest, such as relatives of the person deprived of liberty, their representatives or their counsel, shall, in all circumstances, be entitled to take proceedings before a court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of the deprivation of liberty and order the person's release if such deprivation of liberty is not lawful.”

²⁹⁷ United Nations Commission on Human Rights (CHR), **Report of the intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance**, UN Doc. E/CN.4/2003/71, para. 73.

²⁹⁸ *Supra* Note 190, p. 555.

²⁹⁹ Jonathan Hafetz, “Habeas Corpus, Judicial Review, and Limits on Security in Detentions at Guantanamo,” in *Cardozo Public Law Policy and Ethics Journal* (2005), p. 150.

ถูกจำกัดเสรีภาพ จะต้องถูกคุมขังในสถานที่ซึ่งได้รับการยอมรับและตรวจตราอย่างเป็นทางการเท่านั้น เพื่อเป็นหลักประกันอีกขั้นหนึ่งว่าสถานที่ที่คุมขังบุคคลจะต้องเป็นสถานที่ที่เปิดเผยและเป็นไปตามมาตรฐานสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับคุณภาพของสถานที่คุมขังบุคคล และประการสุดท้าย รัฐจะต้องรับประกันว่าบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพหรือบุคคลใดที่มีส่วนได้เสีย เช่น ญาติ ผู้แทน หรือที่ปรึกษา จะสามารถดำเนินกระบวนการทางศาล เพื่อศาลจะได้ตัดสินโดยพลันว่าการจำกัดเสรีภาพนั้นถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ และจะได้มีคำสั่งปล่อยตัวบุคคลดังกล่าวหากการจำกัดเสรีภาพนั้นไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

4.3.2.2 ต้องอนุญาตให้ติดต่อสื่อสารกับผู้แทนที่เหมาะสมทันทีที่ถูกจำกัดเสรีภาพ

เมื่อบุคคลถูกจำกัดเสรีภาพโดยเงื่อนไขของกฎหมาย อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ต่างกำหนดให้รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องจัดให้บุคคลดังกล่าวสามารถติดต่อกับผู้แทนที่เหมาะสมได้ ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 6(3)</p> <p>“3. บุคคลใดที่ถูกคุมขังตามวรรค 1 ของข้อนี้ ต้องได้รับความช่วยเหลือในการติดต่อโดยทันทีกับผู้แทนที่เหมาะสมซึ่งอยู่ใกล้ที่สุดของรัฐที่ตนเป็นคนชาติ หรือกับผู้แทนของรัฐที่ตนพำนักอยู่เป็นปกติ หากบุคคลนั้นเป็นบุคคลไร้สัญชาติ”³⁰⁰</p>	<p>ข้อ 10(3)</p> <p>“3. บุคคลใดที่ถูกคุมขังตามวรรค 1 ของข้อนี้ อาจติดต่อโดยทันทีกับผู้แทนที่เหมาะสมซึ่งอยู่ใกล้ที่สุดของรัฐที่ตนเป็นคนชาติ หรือกับผู้แทนของรัฐที่ตนพำนักอยู่เป็นปกติ หากบุคคลนั้นเป็นบุคคลไร้สัญชาติ”³⁰¹</p>

พันธกรณีของรัฐในการประกันสิทธิของผู้ถูกคุมขังให้สามารถติดต่อกับผู้แทนที่เหมาะสมได้ เป็นพันธกรณีที่ใช้ในบริบทที่ผู้ถูกคุมขังเป็นคนชาติของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่จำกัดเสรีภาพหรือเป็นคนไร้สัญชาติ และสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้ข้อ 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 (อนุสัญญา VCCR) ว่าด้วยการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง³⁰² โดยอนุสัญญา VCCR กำหนดให้คนชาติของรัฐผู้ส่ง (Sending State) สามารถติดต่อกับเจ้าพนักงานกงสุลของรัฐผู้ส่งได้ และในกรณีที่เจ้าพนักงานกงสุลของรัฐผู้ส่งร้องขอมายังรัฐผู้รับ (Receiving State) เจ้าพนักงานของรัฐผู้รับจะต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานกงสุล

³⁰⁰ *Supra* Note 12, CAT, Art. 6(3)

“3. Any person in custody pursuant to paragraph I of this article shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national, or, if he is a stateless person, with the representative of the State where he usually resides.”

³⁰¹ *Supra* Note 13, CED, Art. 10(3)

“3. Any person in custody pursuant to paragraph 1 of this article may communicate immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he or she is a national, or, if he or she is a stateless person, with the representative of the State where he or she usually resides.”

³⁰² United Nations, *Vienna Convention on Consular Relations*, UNTS Vol. 596, 1967, p. 261 (VCCR), Art. 36.

ของรัฐผู้ส่งทราบโดยไม่ชักช้าเกี่ยวกับข้อมูลการจับกุมคุมขังของคนชาติของรัฐผู้ส่ง ไม่ว่าจะเป็สถานที่หรือสถานะของการคุมขัง รวมถึงต้องอนุญาตให้เจ้าพนักงานกงสุลของรัฐผู้ส่งเข้าเยี่ยม สนทนาและติดต่อทางหนังสือกับคนชาติของรัฐผู้ส่งที่ถูกคุมขังอยู่³⁰³

ดังนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อ 36 แห่งอนุสัญญา VCCR แล้ว คำว่า “ผู้แทนที่เหมาะสม” (Appropriate Representative) โดยทั่วไปแล้วน่าจะหมายถึงเจ้าพนักงานกงสุลของรัฐผู้ส่งที่บุคคลนั้นเป็นคนชาตินั้นเอง ทั้งนี้ การที่ผู้ร่างฯ ใช้คำว่า “ผู้แทนที่เหมาะสม” แทนคำว่า “เจ้าพนักงานกงสุลของรัฐผู้ส่ง” เนื่องจากเพื่อให้สามารถตีความได้กว้างและยืดหยุ่นขึ้น รวมถึงสามารถตีความเพื่อให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ถูกคุมขังเป็นคนไร้สัญชาติได้ด้วย โดยในกรณีคนไร้สัญชาติ ผู้แทนที่เหมาะสมที่บุคคลนั้นอาจติดต่อได้อาจเป็นผู้แทนจากรัฐที่บุคคลนั้นพำนักอยู่เป็นปกติ (Usually Reside) ซึ่งอาจไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าพนักงานกงสุลของรัฐนั้นก็ได้³⁰⁴

อย่างไรก็ดี การติดต่อสื่อสารกับผู้แทนที่เหมาะสมนั้น เป็นสิทธิของบุคคลผู้ถูกคุมขังที่จะเลือกใช้สิทธินี้หรือไม่ก็ได้ และทั้งอนุสัญญา VCCR CAT และ CED ต่างก็บัญญัติเรื่องนี้ในทางเดียวกัน ดังนั้น เจ้าพนักงานของรัฐผู้รับจะต้องสอบถามความสมัครใจจากผู้ที่ถูกคุมขังว่าประสงค์จะติดต่อสื่อสารกับผู้แทนที่เหมาะสมหรือไม่ หากบุคคลนั้นไม่ประสงค์โดยการแสดงเจตนาคัดค้านอย่างชัดเจน เจ้าพนักงานของรัฐผู้รับก็ไม่อาจฝืนความประสงค์นั้นได้³⁰⁵

4.3.2.3 ต้องอนุญาตให้ติดต่อสื่อสารระหว่างที่ถูกจำกัดเสรีภาพ

เมื่อบุคคลถูกจำกัดเสรีภาพโดยเงื่อนไขของกฎหมาย อนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องจัดให้บุคคลดังกล่าวสามารถติดต่อสื่อสารกับครอบครัว ที่ปรึกษา หรือบุคคลใดก็ได้ตามที่ต้องการ ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	ข้อ 17(2)(d)-(e) “2. โดยเคารพต่อพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐภาคีเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพ ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้อง ในกฎหมายของตน (d) รับประกันว่าบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพจะต้องได้รับการอนุญาตให้ติดต่อสื่อสารและได้รับการเยี่ยมจากครอบครัวที่ปรึกษา หรือบุคคลใดก็ตามที่ตนต้องการ ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ภายใต้กฎหมาย หากบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพเป็นชาวต่างชาติ ก็จะต้องได้รับการอนุญาตให้

³⁰³ Ibid, VCCR, Art. 36 (a)-(c).

³⁰⁴ Supra Note 141, CAT Handbook, p. 135.

³⁰⁵ Supra Note 302, VCCR, Art. 36(c).

	<p>ติดต่อกับเจ้าหน้าที่กงสุล ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง</p> <p>(e) รับประกันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐและสถาบันที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงสถานที่ที่บุคคลถูกกักขังหรือกักขัง และหากจำเป็นก็ต้องได้รับอนุญาตล่วงหน้าจากหน่วยงานด้านการศาล”³⁰⁶</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

พันธกรณีที่จะต้องจัดให้บุคคลดังกล่าวสามารถติดต่อสื่อสารกับครอบครัว ที่ปรึกษา หรือบุคคลใดก็ได้ตามที่ต้องการนั้น มีวัตถุประสงค์หลัก 3 ประการ คือ ประการแรก เพื่อเป็นหลักประกันว่าบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพนั้นจะยังคงถูกคุมขังในลักษณะที่ครอบครัว ญาติ หรือบุคคลอื่นใดสามารถติดต่อเข้าถึงได้ ไม่หายสาบสูญ หรือถูกคุมขังในที่ลับจนขาดการติดต่อไป ประการที่สอง เพื่อเป็นหลักประกันว่าบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพนั้นจะยังคงมีชีวิตอยู่โดยไม่มีร่องรอยการทรมาน หรือการประตักประต่ออย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี³⁰⁷ และประการสุดท้าย เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิในการได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดี (Right to an Adequate Defence) ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองในกติกา ICCPR³⁰⁸ โดยบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพต้องสามารถติดต่อสื่อสารกับที่ปรึกษาหรือทนายความที่ตนเลือกได้³⁰⁹ เพื่อประโยชน์สูงสุดในการต่อสู้คดี

ในกรณีที่ผู้ถูกจำกัดเสรีภาพเป็นคนชาติของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่จำกัดเสรีภาพหรือเป็นคนไร้สัญชาติ บุคคลนั้นก็ต้องได้รับอนุญาตให้ติดต่อกับผู้แทนที่เหมาะสมในระหว่างที่ถูกคุมขังด้วย เช่น เจ้าพนักงานกงสุลของรัฐที่ตนเป็นคนชาติ หรือผู้แทนของรัฐที่ตนพำนักอยู่เป็นปกติ เช่นเดียวกันกับกรณีการได้รับอนุญาตให้ติดต่อสื่อสารโดยทันทีเมื่อถูกคุมขัง³¹⁰

นอกจากนี้ รัฐภาคียังมีพันธกรณีที่จะต้องรับประกันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐและสถาบันที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงสถานที่ที่บุคคลถูกจำกัดเสรีภาพได้ และหากจำเป็นก็ต้องได้รับอนุญาตล่วงหน้าจากหน่วยงาน

³⁰⁶ *Supra* Note 13, CED, Art. 17(2)(d)-(e)

“2. Without prejudice to other international obligations of the State Party with regard to the deprivation of liberty, each State Party shall, in its legislation:

(d) Guarantee that any person deprived of liberty shall be authorized to communicate with and be visited by his or her family, counsel or any other person of his or her choice, subject only to the conditions established by law, or, if he or she is a foreigner, to communicate with his or her consular authorities, in accordance with applicable international law;

(e) Guarantee access by the competent and legally authorized authorities and institutions to the places where persons are deprived of liberty, if necessary with prior authorization from a judicial authority;.”

³⁰⁷ *Ibrahim and others v. UK*, App Judgment of 13 September 2016.

³⁰⁸ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 14(3)(b).

³⁰⁹ *Supra* Note 162, p. 273.

³¹⁰ *Supra* Note 302, VCCR, Art. 36.

ด้านการศาล (Judicial Authority) เช่น การได้รับหมายศาลล่วงหน้า ทั้งนี้ ในขณะที่ร่างอนุสัญญา CED มีการถกเถียงกันว่า ในกรณีที่เป็นการคุมขังในสถานที่ที่ดำเนินการโดยเอกชน (Private Detention) ³¹¹เจ้าหน้าที่ของรัฐและสถาบันที่เกี่ยวข้องสามารถขออนุญาตจากหน่วยงานอื่นนอกจากหน่วยงานด้านการศาลได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ ผู้ร่างฯ เห็นว่าไม่ควรจำกัดเพียงแค่หน่วยงานด้านการศาลแต่อาจหมายรวมถึงหน่วยงานอื่นในกระบวนการยุติธรรมก็ได้³¹²

4.3.2.4 ต้องเก็บรวบรวมและเปิดเผยข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ

การเก็บรวบรวมและเปิดเผยข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ เป็นอีกหลักประกันหนึ่งเพื่อคุ้มครองมิให้บุคคลถูกคุมขังในที่ลับหรือกระทำให้สูญหาย ดังนั้น จึงมีเพียงอนุสัญญา CED เท่านั้นที่มีข้อบทในประเด็นนี้ โดยอนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้

- (1) ต้องรวบรวมข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ และเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวเมื่อได้รับการร้องขอจากเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจ (ข้อ 17(3))
- (2) ต้องประกันว่าข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพจะต้องไม่ถูกนำมาใช้หรือเปิดเผยโดยมิชอบ (ข้อ 19)

CED	
<p>ข้อ 17(3)</p> <p>“3. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐรวบรวมและเก็บทะเบียนและ/หรือประวัติของบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ ซึ่งจะต้องเปิดเผยได้โดยพลันหากมีคำร้องขอต่อเจ้าหน้าที่หรือสถาบันตุลาการ และเจ้าหน้าที่หรือสถาบันอื่นที่มีอำนาจในการนั้น โดยได้รับการรับรองโดยกฎหมายของรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องซึ่งรัฐเป็นภาคี ข้อมูลนั้นควรครอบคลุมถึง เป็นอย่างน้อย</p> <p>(a) ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ</p> <p>(b) วัน เวลาและสถานที่ซึ่งบุคคลถูกลิดรอนเสรีภาพ และข้อมูลเกี่ยวกับเจ้าพนักงานซึ่งลิดรอนเสรีภาพของบุคคลดังกล่าว</p> <p>(c) เจ้าพนักงานที่มีคำสั่งให้มีการลิดรอนเสรีภาพและเหตุสำหรับการลิดรอนเสรีภาพ</p>	<p>ข้อ 19</p> <p>“1. ข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งข้อมูลทางการแพทย์และพันธุกรรม ซึ่งได้รับการรวบรวมและ/หรือส่งผ่านในระหว่างการค้นหาบุคคลที่หายสาบสูญ จะต้องไม่ถูกนำมาใช้หรือเปิดเผยเพื่อจุดประสงค์อื่นใด นอกเหนือไปจากการค้นหาบุคคลที่หายสาบสูญนั้น ทั้งนี้ โดยไม่มีผลกระทบต่อการใช้ข้อมูลนี้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับความผิดการบังคับให้หายสาบสูญหรือในการใช้สิทธิที่จะได้รับชดเชยค่าเสียหาย</p> <p>2. การรวบรวม การดำเนินขั้นตอน การใช้และการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคล อันหมายรวมถึงข้อมูลทางการแพทย์และพันธุกรรม จะต้องไม่ละเมิดหรือมีผลก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน เสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล”³¹⁴</p>

³¹¹ *Supra* Note 221, para. 131.

³¹² *Supra* Note 191, para.78

³¹⁴ *Supra* Note 13, CED, Art. 19

<p>(d) เจ้าพนักงานซึ่งรับผิดชอบต่อการตรวจตราการลิดรอนเสรีภาพ</p> <p>(e) สถานที่ของการลิดรอนเสรีภาพ วันและเวลาของการนำส่งบุคคลดังกล่าวสู่สถานที่ซึ่งใช้ลิดรอนเสรีภาพ และเจ้าพนักงานที่รับผิดชอบสถานที่ทำการลิดรอนเสรีภาพ</p> <p>(f) ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพร่างกายของบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ</p> <p>(g) ในกรณีที่มีการเสียชีวิตระหว่างการลิดรอนเสรีภาพ พฤติการณ์แวดล้อมและสาเหตุของการเสียชีวิต และจุดหมายปลายทางของศพ</p> <p>(h) วันและเวลาที่ปล่อยหรือโอนตัวบุคคลไปยังสถานกักกันอื่น จุดหมายปลายทางและเจ้าพนักงานที่รับผิดชอบเรื่องการโอนตัว”³¹³</p>	
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

1. Personal information, including medical and genetic data, which is collected and/or transmitted within the framework of the search for a disappeared person shall not be used or made available for purposes other than the search for the disappeared person. This is without prejudice to the use of such information in criminal proceedings relating to an offence of enforced disappearance or the exercise of the right to obtain reparation.

2. The collection, processing, use and storage of personal information, including medical and genetic data, shall not infringe or have the effect of infringing the human rights, fundamental freedoms or human dignity of an individual.

³¹³ *Supra* Note 13, CED, Art. 17(3)

“3. Each State Party shall assure the compilation and maintenance of one or more up-to-date official registers and/or records of persons deprived of liberty, which shall be made promptly available, upon request, to any judicial or other competent authority or institution authorized for that purpose by the law of the State Party concerned or any relevant international legal instrument to which the State concerned is a party. The information contained therein shall include, as a minimum:

- (a) The identity of the person deprived of liberty;
- (b) The date, time and place where the person was deprived of liberty and the identity of the authority that deprived the person of liberty;
- (c) The authority that ordered the deprivation of liberty and the grounds for the deprivation of liberty;
- (d) The authority responsible for supervising the deprivation of liberty;
- (e) The place of deprivation of liberty, the date and time of admission to the place of deprivation of liberty and the authority responsible for the place of deprivation of liberty;
- (f) Elements relating to the state of health of the person deprived of liberty;
- (g) In the event of death during the deprivation of liberty, the circumstances and cause of death and the destination of the remains;
- (h) The date and time of release or transfer to another place of detention, the destination and the authority responsible for the transfer.”

ในขั้นแรก รัฐภาคีจะต้องรวบรวมข้อมูลและเก็บทะเบียนในลักษณะที่เป็นปัจจุบัน (Up-to-date Register) ของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ เพื่อเป็นหลักประกันว่าบุคคลดังกล่าวยังคงถูกคุมขังตามกระบวนการยุติธรรมที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอนุสัญญา CED ข้อ 17(3) ได้ระบุข้อมูลที่รัฐภาคีจะต้องจัดเก็บอย่างน้อย 8 ประการ ทั้งนี้ รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวเมื่อได้รับการร้องขอจากเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจ โดยการเปิดเผยข้อมูลนั้นจะต้องกระทำในลักษณะที่ “เปิดเผยได้โดยพลัน” ซึ่งมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “made promptly available” เพื่อประกันว่าข้อมูลที่เปิดเผยนั้นเป็นข้อมูลที่เก็บไว้เรียบร้อยแล้ว มิได้เกิดจากการแต่งเติมขึ้นให้ผิดไปจากความจริง และเพื่อมิให้กระบวนการเข้าถึงข้อมูลเป็นไปอย่างล่าช้า³¹⁵

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่บุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพนั้นยังคงถูกกระทำให้สูญหาย รัฐมีหน้าที่ประกันว่าข้อมูลส่วนบุคคล (Personal Data) ซึ่งรวมถึงข้อมูลทางการแพทย์และพันธุกรรมของบุคคลที่รัฐได้รวบรวมและเก็บทะเบียนนั้น จะต้องนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการค้นหาบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายเท่านั้น และจะต้องไม่ใช่หรือเปิดเผยเพื่อการใดนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์นี้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) ของบุคคลนั้น³¹⁶ เว้นแต่ว่าข้อมูลดังกล่าวจะถูกนำไปใช้สำหรับกระบวนการพิจารณาคดีทางอาญาหรือคดีเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหาย

4.3.2.5 ต้องประกันให้บุคคลที่มีฐานประโยชน์อันชอบธรรมสามารถเข้าถึงข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพได้เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายจำกัด

การประกันให้สามารถเข้าถึงข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพได้ เป็นอีกหลักประกันหนึ่งเพื่อคุ้มครองมิให้บุคคลถูกคุมขังในที่ลับหรือถูกกระทำให้สูญหาย โดยอนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้

- (1) ต้องประกันว่าบุคคลที่มีฐานประโยชน์อันชอบธรรมกับบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพสามารถเข้าถึงข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพได้ (ข้อ 18)
- (2) ต้องประกันว่าการจำกัดการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพจะกระทำได้อีกต่อเมื่อเข้ากรณีที่อนุสัญญากำหนดไว้เท่านั้น (ข้อ 20)

CED	
<p>ข้อ 18</p> <p>“1. โดยขึ้นอยู่กับข้อ 19 และ 20 ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องรับประกันต่อบุคคลใด ๆ ที่มีฐานประโยชน์อันชอบธรรม</p>	<p>ข้อ 20</p> <p>“1. ต่อเมื่อบุคคลอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายและการลิดรอนเสรีภาพอยู่ในการควบคุมของฝ่ายตุลาการเท่านั้น สิทธิที่จะได้รับข้อมูลตามที่ระบุไว้ในข้อ 18 จึงถูกจำกัด</p>

³¹⁵ *Supra* Note 190, p. 556.

³¹⁶ *Supra* Note 15, p. 256-257.

<p>กับบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ เช่น ญาติ ผู้แทนหรือที่ปรึกษา ในการเข้าถึงข้อมูลดังต่อไปนี้</p> <p>(a) เจ้าพนักงานที่ออกคำสั่งให้มีการลิดรอนเสรีภาพ</p> <p>(b) วัน เวลาและสถานที่ซึ่งบุคคลถูกลิดรอนเสรีภาพ</p> <p>(c) เจ้าพนักงานที่มีคำสั่งให้มีการลิดรอนเสรีภาพและเหตุสำหรับการลิดรอนเสรีภาพ</p> <p>(d) สถานที่ที่บุคคลถูกลิดรอนเสรีภาพ รวมทั้งในกรณีที่มีการเคลื่อนย้ายไปยังสถานที่กักกันอื่น จุดหมายปลายทาง และเจ้าพนักงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการเคลื่อนย้าย</p> <p>(e) วัน เวลาและสถานที่ของการปล่อยตัว</p> <p>(f) ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพร่างกายของบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ</p> <p>(g) ในกรณีที่มีการเสียชีวิตระหว่างการลิดรอนเสรีภาพ พฤติกรรมแวดล้อมและสาเหตุของการเสียชีวิต และจุดหมายปลายทางของศพ</p> <p>2. จะมีการดำเนินมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับการกล่าวถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ เช่นเดียวกับบุคคลที่มีส่วนร่วมในการสอบสวนจากการปฏิบัติที่เลวร้าย</p>	<p>ได้ บนพื้นฐานเฉพาะกรณีพิเศษ เมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่ง หรือเมื่อกฎหมายกำหนดให้กระทำได้ และถ้าการส่งต่อข้อมูลนี้ จะมีผลกระทบในทางลบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือความปลอดภัยของบุคคล เป็นอุปสรรคต่อการสืบสวนทางอาญา หรือจะด้วยเหตุผลประการใดตามกฎหมายและกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิที่จะได้รับข้อมูลตามที่ระบุไว้ในข้อ 18 อันจะก่อให้เกิดการกระทำตามที่ได้ให้คำจำกัดความไว้ในข้อ 2 หรือถือเป็นการละเมิดข้อ 17 วรรค 1 ย่อมไม่สามารถกระทำได้</p> <p>2. โดยเคารพต่อความถูกต้องทางกฎหมายของการลิดรอนเสรีภาพของบุคคล รัฐภาคีจะต้องรับประกันต่อบุคคลที่ได้รับการกล่าวถึงในข้อ 18 วรรค 1 ถึงสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาทางตุลาการโดยรวดเร็วและอย่างมีประสิทธิภาพในฐานะที่เป็นวิธีหนึ่งที่จะได้รับข้อมูลตามข้อ 18 โดยเร็ว ทั้งนี้ สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจะต้องไม่ได้รับการยกเลิกหรือจำกัดในสถานการณ์ใด ๆ³¹⁸</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

³¹⁸ CED Art.20

1. Only where a person is under the protection of the law and the deprivation of liberty is subject to judicial control may the right to information referred to in article 18 be restricted, on an exceptional basis, where strictly necessary and where provided for by law, and if the transmission of the information would adversely affect the privacy or safety of the person, hinder a criminal investigation, or for other equivalent reasons in accordance with the law, and in conformity with applicable international law and with the objectives of this Convention. In no case shall there be restrictions on the right to information referred to in article 18 that could constitute conduct defined in article 2 or be in violation of article 17, paragraph 1.

2. Without prejudice to consideration of the lawfulness of the deprivation of a person's liberty, States Parties shall guarantee to the persons referred to in article 18, paragraph 1, the right to a prompt and effective judicial remedy as a means of obtaining without delay the information referred to in article 18, paragraph 1. This right to a remedy may not be suspended or restricted in any circumstances.

<p>การข่มขู่หรือการตอบโต้อันเป็นผลเนื่องมาจากเสาะหาข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่หายสาบสูญ”³¹⁷</p>	
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

การเข้าถึงข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพนั้น นอกจากเจ้าพนักงานของรัฐจะสามารถร้องขอได้แล้ว อนุสัญญา CED ยังกำหนดให้รัฐภาคีต้องประกันว่าบุคคลที่มีฐานประโยชน์อันชอบธรรม (Legitimate Interest) กับบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ เช่น ญาติ ผู้แทนหรือที่ปรึกษา ก็สามารถเข้าถึงข้อมูลของบุคคลนั้นได้ เพื่อเป็นหลักประกันถึงความโปร่งใสในการคุมขังบุคคลดังกล่าว โดยอนุสัญญา CED ข้อ 18 ได้ระบุข้อมูลที่รัฐภาคีจะต้องจัดเก็บไว้อย่างน้อย 7 ประการ

อย่างไรก็ดี การเข้าถึงข้อมูลตามข้อ 18 นั้น อาจถูกจำกัดได้ หากพฤติการณ์เข้าเงื่อนไขตามที่อนุสัญญากำหนด โดยในระหว่างการร่างอนุสัญญา ได้เคยมีการเสนอให้ใช้คำว่า “ความยืดหยุ่นที่เหมาะสม” ซึ่งมาจากภาษาอังกฤษคำว่า “considerable leeway” เพื่อให้รัฐใช้เป็นฐานในการจำกัดสิทธิของบุคคลที่มีฐานประโยชน์อันชอบธรรมในการเข้าถึงข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ แต่คำนี้ได้ถูกปัดตกไปเนื่องจากว่าเป็นคำที่มีความหมายกว้างและเปิดช่องให้รัฐตีความได้มาก³¹⁹ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าอาจเกิดความขยายไปรวมถึงเหตุผลด้านความมั่นคงของรัฐ (National Security) ซึ่งเป็นเหตุผลที่รัฐที่มีรายงานว่ามีการกระทำทำให้บุคคลสูญหายมักใช้เป็นข้ออ้างก็เป็นได้³²⁰ ในที่สุด ผู้ร่างฯ ก็ได้ข้อสรุปที่คำว่า “จำเป็นอย่างยิ่ง” (Strictly Necessary) และ “เมื่อกฎหมายกำหนดให้กระทำได้” (Where Provided for by Law) เพื่อถ่วงดุลระหว่างการคุ้มครองบุคคลจากการ

³¹⁷ *Supra* Note 13, CED, Art. 18

“1. Subject to articles 19 and 20, each State Party shall guarantee to any person with a legitimate interest in this information, such as relatives of the person deprived of liberty, their representatives or their counsel, access to at least the following information:

- (a) The authority that ordered the deprivation of liberty;
- (b) The date, time and place where the person was deprived of liberty and admitted to the place of deprivation of liberty;
- (c) The authority responsible for supervising the deprivation of liberty;
- (d) The whereabouts of the person deprived of liberty, including, in the event of a transfer to another place of deprivation of liberty, the destination and the authority responsible for the transfer;
- (e) The date, time and place of release;
- (f) Elements relating to the state of health of the person deprived of liberty;
- (g) In the event of death during the deprivation of liberty, the circumstances and cause of death and the destination of the remains.

2. Appropriate measures shall be taken, where necessary, to protect the persons referred to in paragraph 1 of this article, as well as persons participating in the investigation, from any ill-treatment, intimidation or sanction as a result of the search for information concerning a person deprived of liberty.”

³¹⁹ *Supra* Note 294, para. 124.

³²⁰ *Supra* Note 161, p. 339.

ถูกกระทำให้สูญหายในด้านหนึ่ง และความจำเป็นในการปกปิดข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนทางอาญาในอีกด้านหนึ่ง³²¹

ดังนั้น การจำกัดสิทธิของบุคคลที่มีฐานประโยชน์อันชอบธรรมในการเข้าถึงข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ จะกระทำได้อีกต่อเมื่อเข้าเงื่อนไข 4 ประการ คือ ประการแรก บุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพจะต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายและการควบคุมของฝ่ายตุลาการ ประการที่สอง การจำกัดสิทธิดังกล่าวจะต้องมีเหตุที่เป็นกรณีพิเศษเท่านั้น โดยเหตุนั้นจะต้องจำเป็นอย่างยิ่งและกฎหมายกำหนดให้กระทำได้ ประการที่สาม เหตุแห่งการจำกัดจะต้องเป็นเหตุที่สมเหตุสมผล เช่น หากไม่ปกปิดข้อมูลจะทำให้กระทบและเป็นผลเสียต่อการสืบสวนทางอาญา และประการสุดท้าย การจำกัดสิทธิจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา CED ทั้งนี้ การจำกัดสิทธิดังกล่าวนี้จะกระทำไม่ได้เลยหากผลของการจำกัดสิทธิจะทำให้บุคคลนั้นถูกกระทำให้สูญหายหรือถูกคุมขังในที่ลับ และไม่ตัดสิทธิบุคคลที่มีฐานประโยชน์อันชอบธรรมในการที่จะใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอรับการเยียวยาอันเนื่องมาจากการถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงข้อมูลเช่นว่านี้

4.3.2.6 ต้องประกันว่าบุคคลได้รับการปล่อยตัวแล้วจริง

อนุสัญญา CED มีข้อบทที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีจะต้องประกันว่าบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพนั้นได้รับการปล่อยตัวแล้วจริง เพื่อเป็นหลักประกันว่าบุคคลนั้นยังคงไม่ถูกคุมขังในที่ลับหรือถูกกระทำให้สูญหาย ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	<p>ข้อ 21</p> <p>“รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นที่จะประกันว่าบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพได้รับการปล่อยตัวในลักษณะที่สามารถตรวจสอบอย่างเชื่อถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวได้รับการปล่อยตัวแล้วจริง และรัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการรับรองศักดิ์ศรีทางกายภาพของบุคคลนั้นและความสามารถของบุคคลดังกล่าวในการใช้สิทธิอย่างเต็มที่ ณ เวลาที่ได้รับการปล่อยตัว โดยเคารพต่อพันธกรณีตามกฎหมายภายในซึ่งบังคับใช้กับบุคคลดังกล่าว”³²²</p>

³²¹ *Supra* Note 191, para. 92.

³²² *Supra* Note 13, CED, Art. 21

“Each State Party shall take the necessary measures to ensure that persons deprived of liberty are released in a manner permitting reliable verification that they have actually been released. Each State Party shall also take the necessary measures to assure the physical integrity of such persons and their ability to exercise fully their rights at the time of release, without prejudice to any obligations to which such persons may be subject under national law.”

การประกันว่าบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพนั้นได้รับการปล่อยตัวแล้วจริง มีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงถึงความโปร่งใสในการดำเนินการปล่อยตัวบุคคลดังกล่าว และเพื่อป้องกันการเกิดกรณีที่รัฐอ้างว่าบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพได้รับการปล่อยตัวแล้วแต่ในความเป็นจริงยังไม่ได้ได้รับการปล่อยตัว หรือกรณีที่รัฐอ้างว่าบุคคลนั้นหายตัวไปหลังจากที่ได้รับการปล่อยตัวจากที่คุมขังแล้ว³²³ โดยอนุสัญญา CED กำหนดมาตรฐานของหลักประกันนี้ว่าต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “การตรวจสอบที่เชื่อถือได้” ซึ่งมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “reliable verification” อย่างไรก็ดี แม้อนุสัญญามีได้ระบุชัดเจนว่าการตรวจสอบที่เชื่อถือได้ต้องประกอบด้วยคุณลักษณะอย่างไร แต่ก็สามารถอนุมานได้ว่าผู้ร่างฯ หมายความว่าถึงขั้นกรณีในการรวบรวมและเก็บทะเบียนของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการระบุวันและเวลาที่ปล่อยตัวบุคคล³²⁴ และการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับวัน เวลาและสถานที่ของการปล่อยตัวบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพเพื่อให้บุคคลที่มีฐานประโยชน์อันชอบธรรมทราบ³²⁵

4.4 การดำเนินการสำหรับเหยื่อการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1.2 นอกจากการกระทำทำให้บุคคลสูญหายจะส่งผลกระทบและเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยตรงต่อบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายแล้ว แต่ยังพบว่าการกระทำทำให้บุคคลสูญหายสามารถส่งผลกระทบและเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายด้วย³²⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่เป็นครอบครัวหรือญาติ (Next of Kin) ของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายด้วย ดังนั้น อนุสัญญา CED จึงได้บัญญัติชัดเจนเกี่ยวกับคำจำกัดความคำว่า “เหยื่อ” ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	ข้อ 24(1) “เพื่อความมุ่งประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ เหยื่อ หมายถึง บุคคลที่หายสาบสูญและบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการบังคับให้หายสาบสูญ” ³²⁷

³²³ *Supra* Note 15, p. 260.

³²⁴ *Supra* Note 13, CED, Art. 17(3)(h).

³²⁵ *Supra* Note 13, CED, Art. 18(1)(e).

³²⁶ *Supra* Note 30.

³²⁷ *Supra* Note 13, CED, Art. 24(1)

“1. For the purposes of this Convention, "victim" means the disappeared person and any individual who has suffered harm as the direct result of an enforced disappearance.”

จะเห็นได้ว่า อนุสัญญา CED ระบุชัดเจนว่าคำว่า “เหยื่อ” ในความหมายเพื่อความมุ่งประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ หมายถึงบุคคล 2 กลุ่ม คือ

- (1) บุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย
- (2) บุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย

แม้ว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายส่วนใหญ่มักเป็นครอบครัวหรือญาติของบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็บิดามารดา สามีภรรยา พี่น้อง คู่หมั้น คู่ชีวิต ฯลฯ³²⁸ แต่ผู้ร่างฯ ได้เลือกที่จะใช้คำว่า “บุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย” ซึ่งมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “individual who has suffered harm as the direct result of an enforced disappearance” เพื่อให้ผู้ตีความมีขอบเขตการใช้ดุลพินิจที่กว้างมากขึ้น โดยสามารถตีความคำดังกล่าวให้หมายความรวมถึงทนายความหรือนักปกป้องสิทธิมนุษยชน (Human Rights Defenders) ได้อีกด้วย³²⁹ หากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลเหล่านั้นมีภัย “อันเป็นผลโดยตรง” (Direct Result) จากการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ซึ่งการพิจารณาในประเด็นนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

ในการอธิบายการดำเนินการสำหรับเหยื่อการกระทำทำให้บุคคลสูญหายนั้น ผู้วิจัยจะแบ่งอธิบายตามประเภทของเหยื่อ ดังนี้

4.4.1 กรณีเหยื่อคือบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย

ในกรณีที่เหยื่อคือบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย วัตถุประสงค์หลักของการดำเนินการ คือ การค้นหาตัวบุคคลดังกล่าวเพื่อปล่อยตัวและนำบุคคลนั้นกลับเข้ามาสู่ภายใต้ความคุ้มครองของรัฐอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น อนุสัญญา CED จึงกำหนดให้มีการดำเนินการเพื่อค้นหาตัวบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายใน 2 ประเด็นหลัก คือ การดำเนินมาตรการที่เหมาะสมโดยรัฐเพื่อค้นหาและการปล่อยตัวบุคคลดังกล่าว และการเปิดโอกาสให้เอกชนมีส่วนร่วมค้นหาบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย ดังนี้

4.4.1.1 การดำเนินมาตรการที่เหมาะสมโดยรัฐเพื่อค้นหาและปล่อยตัว

อนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมโดยรัฐเพื่อค้นหาและการปล่อยตัวบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย ดังนี้

³²⁸ *Supra* Note 297, para. 83.

³²⁹ *Supra* Note 161, p. 346.

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	<p>ข้อ 24(3)</p> <p>“รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมในการค้นหา ระบุตำแหน่งที่อยู่ และปล่อยตัวบุคคลที่หายสาบสูญ และในกรณีที่เสียชีวิตให้ดำเนินมาตรการในการระบุตำแหน่งที่อยู่ เคารพและคืนศพของผู้เสียชีวิต”³³⁰</p>

ในเรื่องนี้ อนุสัญญา CED ไม่ได้ระบุเจาะจงว่า “มาตรการที่เหมาะสม” (Appropriate Measures) คืออะไรเพื่อให้รัฐเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาเอง แต่อย่างน้อยที่สุด รัฐภาคีควรจะใช้มาตรการที่จำเป็นทั้งหมดที่รัฐมี (All Necessary Means)³³¹ เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่อนุสัญญากำหนด กล่าวคือ เพื่อการค้นหา ระบุตำแหน่งที่อยู่ และปล่อยตัวบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย ทั้งนี้ พันธกรณีตามข้อบทนี้สอดคล้องกับพันธกรณีในการร่วมมือและให้ความช่วยเหลือต่างตอบแทนกันระหว่างรัฐภาคีเพื่อเพื่อการค้นหา ระบุตำแหน่งที่อยู่ และปล่อยตัวบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย และพันธกรณีในการยังคงต้องดำเนินการสืบสวนต่อไปจนกว่าจะทราบชะตากรรมของบุคคลดังกล่าว³³²

ในกรณีที่พบว่าบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายได้เสียชีวิตลงแล้ว ซึ่งโดยมากมีรายงานว่าผู้กระทำผิดได้ปฏิบัติต่อศพของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายอย่างไม่เคารพ เช่น การแยกชิ้นส่วน เผา โยนลงทะเลหรือโยนลงหลุมฝังศพรวม เพื่อป้องกันมิให้สามารถระบุตัวบุคคลได้ หรือเพื่อเพิ่มความหวาดกลัวให้กับสังคม³³³ ดังนั้น อนุสัญญา CED จึงได้กำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้โดยคำนึงถึงความสำคัญของการดำเนินการต่อศพของผู้เสียชีวิตอย่างให้เกียรติและให้ความเคารพ (Respect of Mortal Remains)³³⁴ และเพื่อเป็นการกอบกู้ชื่อเสียงทางจิตใจและทางสังคม (Moral and Social Rehabilitation) ให้แก่เหยื่ออีกด้วย³³⁵ ดังนั้น รัฐภาคีจึงมีพันธกรณีที่จะต้อง ระบุตำแหน่งที่อยู่ เคารพและคืนศพผู้เสียชีวิตให้ครอบครัวหรือญาติเพื่อนำไปประกอบพิธีตามศาสนาหรือความเชื่อของตน ทั้งนี้ พันธกรณีในเรื่องนี้สอดคล้องกับพันธกรณีในการประกันสิทธิของบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมาน

³³⁰ *Supra* Note 13, CED, Art. 24(3)

“3. Each State Party shall take all appropriate measures to search for, locate and release disappeared persons and, in the event of death, to locate, respect and return their remains.”

³³¹ *Supra* Note 15, p. 270.

³³² *Supra* Note 13, CED, Art. 15, 24(6).

³³³ *Supra* Note 161, p. 360.

³³⁴ *Supra* Note 15, p. 270.

³³⁵ *Supra* Note 293, p. 37.

จากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำให้บุคคลสูญหายในการที่จะรู้ความจริงเกี่ยวกับชะตากรรมของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายอีกด้วย³³⁶

4.4.1.2 การเปิดโอกาสให้ฝ่ายเอกชนมีส่วนร่วมค้นหาบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย

อนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายเอกชนมีส่วนร่วมในการค้นหาบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	ข้อ 24(7) “รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องประกันสิทธิที่จะจัดตั้งและมีส่วนร่วมอย่างเสรีในองค์กรหรือสมาคมที่พยายามจะสืบหาสถานการณ์การบังคับให้หายสาบสูญและชะตากรรมของผู้หายสาบสูญ ตลอดจนช่วยเหลือเหยื่อการบังคับให้หายสาบสูญ” ³³⁷

วัตถุประสงค์หลักของการกำหนดพันธกรณีให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายเอกชนมีส่วนร่วมในการค้นหาบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย คือ เพื่อเพิ่มโอกาสที่จะประสบความสำเร็จในการค้นหาบุคคลดังกล่าวเนื่องจากมีทรัพยากรและบุคลากรในการดำเนินการค้นหาเพิ่มมากขึ้น และในขณะเดียวกันก็เพื่อประกันความโปร่งใสของรัฐภาคีว่าจะต้องไม่ดำเนินการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการกีดกันมิให้การดำเนินค้นหานั้นประสบความสำเร็จ โดยที่ฝ่ายเอกชนนั้น อนุสัญญา CED ใช้คำที่มีความหมายกว้าง คือคำว่า “องค์กรหรือสมาคม” (Organizations and Associations) ซึ่งสามารถหมายความรวมถึงครอบครัวหรือญาติที่จัดตั้งกลุ่มขึ้นมาเพื่อค้นหา หรืออาจหมายความรวมถึงนักปกป้องสิทธิมนุษยชนหรือองค์กรสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ ที่ทำงานเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ความช่วยเหลือและค้นหาเหยื่อการกระทำให้บุคคลสูญหาย³³⁸ นอกจากนี้ หากรัฐภาคีให้มีให้ฝ่ายเอกชนเข้าถึงข้อมูลเพื่อดำเนินการในเรื่องนี้ ฝ่ายเอกชนในฐานะบุคคลที่มีฐานประโยชน์อันชอบธรรมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอรับการเยียวยาอันเนื่องมาจากการถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงข้อมูลเช่นนี้ได้³³⁹

³³⁶ *Supra* Note 13, CED, Art. 24(2).

³³⁷ *Supra* Note 13, CED, Art. 24(7)

“7. Each State Party shall guarantee the right to form and participate freely in organizations and associations concerned with attempting to establish the circumstances of enforced disappearances and the fate of disappeared persons, and to assist victims of enforced disappearance.”

³³⁸ *Supra* Note 191, para. 114.

³³⁹ *Supra* Note 13, CED, Art. 20(2)

4.4.2 กรณีเหยื่อคือบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำให้บุคคลสูญหาย

ในกรณีที่เหยื่อคือบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำให้บุคคลสูญหาย วัตถุประสงค์หลักของการดำเนินการ คือ การช่วยบรรเทาผลกระทบจากเหตุการณ์ดังกล่าว ดังนั้น อนุสัญญา CED จึงกำหนดให้มีการดำเนินการเพื่อบรรเทาผลกระทบจากการกระทำให้บุคคลสูญหายใน 2 ประเด็นหลัก คือ การประกันสิทธิที่จะรู้ความจริง และการจัดการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย ดังนี้

4.4.2.1 การประกันสิทธิที่จะรู้ความจริงเกี่ยวกับสถานการณ์การกระทำให้บุคคลสูญหาย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1.1.2 ว่าบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำให้บุคคลสูญหาย มีสิทธิที่จะรู้ความจริงว่าชะตากรรมหรือสภาพของบุคคลนั้นเป็นอย่างไร อนุสัญญา CED จึงเป็นอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนอนุสัญญาแรกที่กำหนดให้รัฐต้องประกันสิทธิที่จะรู้ความจริงให้แก่บุคคลที่ได้รับผลกระทบ³⁴⁰ ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	ข้อ 24(2) “เหยื่อแต่ละรายมีสิทธิที่จะรู้ความจริงเกี่ยวกับสถานการณ์การบังคับให้หายสาบสูญ ความสืบหน้าและผลของการสืบสวน และชะตากรรมของบุคคลที่หายสาบสูญ รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมในเรื่องนี้” ³⁴¹

การประกันสิทธิที่จะรู้ความจริงภายใต้ข้อบทแห่งอนุสัญญา CED นี้ มีคุณลักษณะที่พัฒนาเพิ่มเติมมาจากการประกันสิทธินี้ภายใต้ตราสารด้านกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอยู่ 2 ประการ คือ สามารถบังคับใช้ได้ในทุกสถานการณ์โดยไม่จำกัดว่าจะต้องมีการขัดกันทางอาวุธ และผู้ได้รับผลกระทบไม่จำกัดอยู่เพียงสมาชิกในครอบครัวแต่สามารถหมายรวมถึงบุคคลอื่นที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำให้บุคคลสูญหายได้ด้วย³⁴² ทั้งนี้ ข้อมูลหรือ “ความจริง” (Truth) ที่รัฐภาคีมีพันธกรณีต้องเปิดเผยนั้น มีทั้งที่กำหนดโดยข้อบทนี้

³⁴⁰ *Supra* Note 15, p. 269.

³⁴¹ *Supra* Note 13, CED, Art. 24(2)

“2. Each victim has the right to know the truth regarding the circumstances of the enforced disappearance, the progress and results of the investigation and the fate of the disappeared person. Each State Party shall take appropriate measures in this regard.”

³⁴² *Supra* Note 190, p. 557.

กล่าวคือ สถานการณ์การกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ความคืบหน้าของการสืบสวน ผลของการสืบสวน และชะตากรรมของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย และที่กำหนดโดยข้อบทที่ 18-20 ดังที่ได้อธิบายแล้วในหัวข้อ 4.3.2.5

4.4.2.2 การจัดการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย

การที่ชะตากรรมของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายยังไม่เป็นที่ประจักษ์ชัด ทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องอาจเกิดความสับสนและไม่แน่ใจว่าจะดำเนินการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายอย่างไร อนุสัญญา CED จึงกำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการเกี่ยวกับการจัดการสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	ข้อ 24(6) “โดยไม่กระทบต่อพันธกรณีที่จะต้องดำเนินการสืบสวนต่อไปจนกว่าจะทราบชะตากรรมของบุคคลที่หายสาบสูญโดยแน่ชัด รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินการที่เหมาะสมเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่หายสาบสูญซึ่งชะตากรรมยังไม่เป็นที่ประจักษ์ชัดและสถานะทางกฎหมายของญาติของบุคคลดังกล่าวในด้านต่าง ๆ เช่น สวัสดิการสังคม การเงิน กฎหมายครอบครัว และสิทธิในทรัพย์สิน” ³⁴³

เนื่องจากสถานะทางกฎหมาย (Legal Status) ของบุคคลเป็นเครื่องยืนยันสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายและทำให้บุคคลนั้นมีสถานะเป็นผู้ทรงสิทธิในด้านต่าง ๆ³⁴⁴ เช่น สิทธิในการเข้าถึงสวัสดิการทางสังคม การจัดการด้านการเงิน การจัดการด้านครอบครัว และสิทธิในทรัพย์สิน โดยการใช้สิทธิเช่นว่านี้มักมีความเกี่ยวข้องกับครอบครัวและญาติของบุคคลดังกล่าวด้วย ดังนั้น การที่บุคคลนั้นยังถูกกระทำให้สูญหายโดยที่ชะตากรรมยังไม่เป็นที่ประจักษ์ชัด นอกจากจะส่งผลกระทบต่อความสามารถในการใช้สิทธิตามกฎหมายของบุคคลนั้นแล้ว ยังอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใช้สิทธินั้นอีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ อนุสัญญา CED จึงได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการเกี่ยวกับการจัดการสถานะทางกฎหมาย ทั้งของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายและของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลดังกล่าว โดยบุคคลที่เกี่ยวข้องใน

³⁴³ *Supra* Note 13, CED, Art. 24(6)

“6. Without prejudice to the obligation to continue the investigation until the fate of the disappeared person has been clarified, each State Party shall take the appropriate steps with regard to the legal situation of disappeared persons whose fate has not been clarified and that of their relatives, in fields such as social welfare, financial matters, family law and property rights.”

³⁴⁴ *Supra* Note 36, p. 369, para. 1.

ประเด็นนี้ ผู้ร่างฯ เจาะจงใช้คำว่า “ญาติ” (Relatives) ซึ่งสื่อให้เห็นว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องจะต้องเป็นบุคคลในครอบครัวหรือญาติซึ่งมีความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย ด้วยเหตุที่ใช้สิทธิอันเนื่องมาจากสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายมักเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น ประเด็นทางกฎหมายครอบครัว ประเด็นการถือครองทรัพย์สินซึ่งอาจมีส่วนเกี่ยวกับการพิจารณาดำเนินคดีตลอดจนประเด็นด้านการเงิน

แนวทางหนึ่งที่น่าสนใจมาใช้ในการจัดการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายในเรื่องนี้ คือ การเพิ่มสถานะ “บุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย” เป็นการเฉพาะซึ่งเพิ่มเติมจากสถานะ “บุคคลสาบสูญ” ที่มีอยู่แล้วในกฎหมายภายใน³⁴⁵ เพื่อที่จะสามารถปรับเงื่อนไขบางประการให้สอดคล้องกับบริบทการกระทำให้บุคคลสูญหายได้มากยิ่งขึ้น เช่น การปรับระยะเวลาที่จะสันนิษฐานว่าบุคคลได้ถึงแก่ความตายแล้วให้ยาวนานมากขึ้น ดังตัวอย่างที่ปรากฏใน Principles Concerning Missing Persons and the Presumption of Death ที่ออกโดยสภายุโรป (Council of Europe)³⁴⁶ ที่แนะนำให้รัฐควรกำหนดระยะเวลาที่จะสันนิษฐานว่าบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายได้ถึงแก่ความตายแล้วไว้ที่ 7 ปี³⁴⁷ ซึ่งยาวนานกว่าบุคคลสาบสูญในกรณีปกติซึ่งกฎหมายภายในมักกำหนดไว้ที่ 5 ปี³⁴⁸ และแนะนำให้รัฐควรมีมาตรการในการให้ความช่วยเหลือในกรณีที่บุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายได้รับการปล่อยตัวหรือกลับคืนสู่ความคุ้มครองของกฎหมาย³⁴⁹

4.5 การชดใช้ทดแทนและได้รับสินไหมทดแทน

สิทธิที่จะได้รับการชดใช้ทดแทน (Right to Redress or Reparation) และสิทธิที่จะได้รับสินไหมทดแทนอย่างเป็นธรรมและเพียงพอ (Right to Fair and Adequate Compensation) เป็นสิทธิมนุษยชนด้านสิทธิพลเรือนที่รัฐมีพันธกรณีต้องเคารพและประกันให้ทุกคน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในบริบทการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายครอบคลุมทุกมิติแห่งการคุ้มครอง โดยกติกา ICCPR กำหนดหลักการพื้นฐานเพื่อให้รัฐภาคีจะต้องประกันว่า “บุคคลใดที่สิทธิหรือเสรีภาพของตนซึ่งรับรองไว้ในกติกานี้ถูกละเมิดจะต้องได้รับการเยียวยาอย่างเป็นผลจริงจัง โดยไม่ต้องคำนึงว่าการละเมิดนั้นจะถูกระงับโดยบุคคลผู้

³⁴⁵ *Supra* Note 190, p. 559.

³⁴⁶ Council of Europe, *Principles Concerning Missing Persons and the Presumption of Death*, Recommendation CM/Rec(2009)12 [online] Available from: <https://rm.coe.int/16807096bd> [15 August 2021].

³⁴⁷ *Ibid*, Principle 4.

³⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 61.

³⁴⁹ *Supra* Note 346, Principle 7.

ปฏิบัติการตามหน้าที่”³⁵⁰ และจะต้องประกันว่า “บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือถูกควบคุมตัวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน”³⁵¹

เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าว อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED จึงได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องประกันว่าบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายจะต้องได้รับการชดใช้ทดแทนและได้รับสินไหมทดแทน ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 14</p> <p>1. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันในระบบกฎหมายของตนว่าผู้ถูกทำร้ายจากการกระทำการทรมานได้รับการชดใช้ทดแทนและมีสิทธิซึ่งสามารถบังคับคดีได้ที่จะได้รับสินไหมทดแทนที่เป็นธรรมและเพียงพอ รวมทั้งวิถีทางที่จะได้รับการบำบัดฟื้นฟูอย่างเต็มรูปแบบที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ในกรณีที่ผู้ถูกทำร้ายเสียชีวิตอันเป็นผลมาจากการกระทำการทรมาน ให้ผู้อยู่ในอุปการะของบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะได้รับสินไหมทดแทน</p> <p>2. ไม่มีความใดในข้อนี้ที่มีผลกระทบต่อสิทธิใดของผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นในอันที่จะได้รับสินไหมทดแทนซึ่งอาจมีอยู่ตามกฎหมายภายใน”³⁵²</p>	<p>ข้อ 24(4), 24(5)</p> <p>“4. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องรับรองในระบบกฎหมายของตนว่าเหยื่อจากการบังคับให้หายสาบสูญมีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ทดแทนและสินไหมทดแทนอย่างเป็นธรรม เพียงพอ และโดยพลัน</p> <p>5. สิทธิที่จะได้รับการชดใช้ทดแทนตามวรรค 4 ของข้อนี้ครอบคลุมความเสียหายทั้งที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม และหากเหมาะสม การชดใช้ค่าเสียหายในรูปแบบอื่น อาทิ</p> <p>(a) การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม</p> <p>(b) การฟื้นฟู</p> <p>(c) การทำให้พอใจ รวมถึงการคืนศักดิ์ศรีและชื่อเสียง</p> <p>(d) การประกันว่าจะไม่ให้เกิดการกระทำซ้ำอีก”³⁵³</p>

³⁵⁰ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 2(3)(a).

³⁵¹ *Ibid*, ICCPR, Art. 9(5).

³⁵² *Supra* Note 12, CAT, Art. 14

“1. Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependants shall be entitled to compensation.

2. Nothing in this article shall affect any right of the victim or other persons to compensation which may exist under national law.”

³⁵³ *Supra* Note 13, CED, Art. 24(4), 24(5)

“4. Each State Party shall ensure in its legal system that the victims of enforced disappearance have the right to obtain reparation and prompt, fair and adequate compensation.

5. The right to obtain reparation referred to in paragraph 4 of this article covers material and moral damages and, where appropriate, other forms of reparation such as:

- (a) Restitution;
- (b) Rehabilitation;
- (c) Satisfaction, including restoration of dignity and reputation;
- (d) Guarantees of non-repetition.”

สำหรับการประกันสิทธิที่ได้จะได้รับการชดใช้ทดแทน (Redress or Reparation) อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับระบุในทางเดียวกันว่าผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายจะต้องได้รับการชดใช้ทดแทน ซึ่งสามารถดำเนินการได้หลายรูปแบบทั้งที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม ทั้งนี้ แม้อนุสัญญา CAT จะไม่ได้ระบุตัวอย่างรูปแบบการชดใช้ทดแทน แต่อนุสัญญา CED ได้ระบุตัวอย่างไว้ 4 ประการซึ่งสอดคล้องกับหลักการชดใช้ทดแทนที่ปรากฏตราสารระหว่างประเทศ อาทิ หลักการพื้นฐานแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการชดใช้ทดแทน (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation)³⁵⁴ ดังนี้

(1) การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (Restitution) ควรมีลักษณะที่ทำให้เหยื่อได้กลับคืนสู่สภาพเดิมก่อนที่มีการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย โดยอาจกระทำได้หลายรูปแบบ เป็นต้นว่า การคืนเสรีภาพและความสามารถในการอุปโภคสิทธิมนุษยชน การมีชีวิตครอบครัว การได้กลับคืนสู่สัญชาติหรือได้สัญชาติใหม่ การได้กลับคืนสู่ถิ่นที่อยู่หรือถิ่นพำนักเดิม การได้ทรัพย์สินของตนเองกลับคืนมา³⁵⁵ หรือในกรณีที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้ว ก็อาจกระทำได้ด้วย การนำศพหรืออัฐิไปประกอบพิธีกรรมทางศาสนาหรือฝังไว้ใกล้กับหลุมศพของครอบครัวหรือครอบครัว เพื่อเป็นการให้เกียรติ³⁵⁶

(2) การฟื้นฟู (Rehabilitation) มักหมายถึง การรักษาพยาบาลทั้งทางกายและทางใจ³⁵⁷ เนื่องจากเหยื่อการกระทำทำให้บุคคลสูญหายมักประสบความทุกข์ทรมานจากโรคหรืออาการผิดปกติทางจิตใจ หลังจากประสบสถานการณ์รุนแรง (Post-Traumatic Stress Disorder: PTSD) ซึ่งเป็นภาวะป่วยทางจิตใจ หลังจากที่บุคคลนั้นรวมถึงบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ต้องเผชิญกับเหตุการณ์ที่กระทบกระเทือนจิตใจอย่างรุนแรง หรือสถานการณ์อันตรายที่คุกคามต่อชีวิต³⁵⁸

(3) การทำให้พอใจ (Satisfaction) สามารถกระทำได้หลายรูปแบบ เป็นต้นว่า การเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดต่อสาธารณชน การยอมรับผิดและขอโทษอย่างเป็นทางการต่อสาธารณชน การจัดพิธีรำลึกเหยื่อการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย การบันทึกเหตุการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนในครั้งนี้อย่างละเอียดและแบบเรียนทุกระดับชั้นการศึกษา และการกระทำอื่นใดเพื่อกอบกู้ศักดิ์ศรีของเหยื่อการกระทำทำให้บุคคลสูญหายกลับคืนมา³⁵⁹

³⁵⁴ United Nations General Assembly, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 60/147 of 21 March 2006 [online] Available from: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/BASICP~1.PDF> [19 August 2021].

³⁵⁵ *Ibid*, Basic Principles No.19.

³⁵⁶ *Supra* Note 163, p. 140.

³⁵⁷ *Supra* Note 354, Basic Principles No.21.

³⁵⁸ *Supra* Note 293, p. 37, para. 87.

³⁵⁹ *Supra* Note 354, Basic Principles No.22.

(4) การประกันว่าจะไม่ให้เกิดการกระทำซ้ำอีก (Non-Repetition) เริ่มได้ด้วยการหยุดการกระทำผิดโดยสิ้นเชิง และการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมและกฎหมายภายใน ตลอดจนมาตรการ ระเบียบ ข้อบังคับและแนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานของรัฐเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดเช่นนี้อีก³⁶⁰

ในขณะที่สิทธิที่จะได้รับสินไหมทดแทน (Compensation) เป็นการเยียวยาที่มีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับตัวเงิน (Pecuniary) โดยผู้ร่างฯ ได้อธิบายรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับสินไหมทดแทน ดังนี้

(1) แม้ว่าอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจะไม่ได้กำหนดวิธีการหรือสูตรในการคำนวณสินไหมทดแทนไว้อย่างชัดเจน แต่ที่วางกรอบคุณลักษณะการคำนวณสินไหมทดแทนให้แก่เหยื่อไว้ว่าจะต้องเป็นธรรมและเพียงพอ³⁶¹ นอกจากนี้ อนุสัญญา CED กำหนดเพิ่มเติมว่าการให้สินไหมทดแทนนั้นจะต้องกระทำโดยพลัน และรัฐไม่อาจอ้างกฎหมายภายในเพื่อเป็นเหตุให้ไม่จ่ายสินไหมทดแทนแก่เหยื่อได้³⁶²

(2) การพิจารณาว่าสินไหมทดแทนนั้นเป็นธรรมและเพียงพอหรือไม่ อาจจำเป็นต้องคำนึงถึงความแตกต่างทางด้านระดับเศรษฐกิจ ปริมาณรายรับ และค่าครองชีพของรัฐต่าง ๆ ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยในการคำนวณสินไหมทดแทนของแต่ละรัฐเมื่อเทียบเคียงกับความเสียหายจากการกระทำผิดในบริบทอื่น

(3) การคำนวณปริมาณสินไหมทดแทนเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเพียงพอนั้น จะต้องไม่รวมถึงการให้ค่าสินไหมทดแทนในเชิงสัญลักษณ์ (Symbolic)³⁶³ หรือในลักษณะที่ให้ด้วยความกรุณา (Ex Gratia Compensation)³⁶⁴ เนื่องจากปริมาณสินไหมทดแทนอาจไม่สะท้อนหรือไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำผิด ดังนั้น สินไหมทดแทนควรมีปริมาณที่มากอย่างมีนัยสำคัญ โดยการคำนวณจะต้องคำนึงถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ต้องใช้สำหรับการรักษาพยาบาลและการบำบัดฟื้นฟูทั้งทางกายและทางจิตอย่างเต็มรูปแบบที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และรวมถึงความเสียหายอื่น ๆ ที่เหยื่อได้รับอันเป็นผลมาจากการทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย³⁶⁵

(4) มาตรฐานในการคำนวณสินไหมทดแทนของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเหยื่อมีความแตกต่างกันระหว่างอนุสัญญา 2 ฉบับ กล่าวคือ อนุสัญญา CED ใช้มาตรฐานการคำนวณสำหรับบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเดียวกันกับบุคคลที่ถูกกระทำให้หายสาบสูญ คือ จะต้องเป็นธรรมและเพียงพอ เนื่องจากอนุสัญญา CED ถือว่าบุคคลประเภทนี้เป็นเหยื่อการกระทำทำให้บุคคลสูญหายด้วย ในขณะที่อนุสัญญา CAT มิได้ระบุเงื่อนไขในการคำนวณสินไหมทดแทนสำหรับ “ผู้อยู่ในอุปการะ” (Dependents) ของเหยื่อการทรมาน ซึ่งผู้อยู่ในอุปการะอาจหมายถึงสามีภรรยา บุตรที่เป็นผู้เยาว์ หรือญาติที่ต้อง

³⁶⁰ Ibid, Basic Principles No.23.

³⁶¹ Supra Note 141, CAT Handbook, p. 146.

³⁶² Supra Note 161, p. 380.

³⁶³ Supra Note 141, CAT Handbook, p. 147.

³⁶⁴ Ibid, CAT Handbook, p. 146.

³⁶⁵ Ibid, CAT Handbook, p. 147.

พึ่งพิงความช่วยเหลือทางการเงินจากเหยื่อการทรมานก็ได้³⁶⁶ ดังนั้น จึงอาจอนุมานได้ว่ารัฐมีขอบเขตการใช้ดุลพินิจที่กว้างกว่าในการคำนวณสินไหมทดแทนในกรณีการทรมาน

(5) อนุสัญญา CAT ระบุเพิ่มเติมว่าในกรณีที่กฎหมายภายในมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสินไหมทดแทนที่เป็นคุณมากกว่าที่กำหนดในอนุสัญญา เป็นต้นว่า วิธีการคำนวณเป็นผลให้ได้สินไหมทดแทนมากกว่า หรือบุคคลที่ช่วยเหลือเหยื่อการทรมานสามารถเรียกร้องสินไหมทดแทนสำหรับค่าใช้จ่ายที่ตนได้ใช้ไปเพื่อช่วยเหลือเหยื่อการทรมานนั้นได้ บทบัญญัติเช่นว่าจะไม่ถูกระทบโดยข้อบทแห่งอนุสัญญานี้³⁶⁷

กล่าวโดยสรุป ในบทที่ 4 นี้ ผู้วิจัยได้อธิบายพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ในส่วนที่เกี่ยวกับเชิงกระบวนการยุติธรรมหรือด้านสบัญญัติเพื่อป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ไม่ว่าจะเป็นหลักการพื้นฐานในเชิงกระบวนการยุติธรรม การพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด ทั้งในกรณีเมื่อพบตัวผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในอาณาเขตของรัฐกับกรณีเมื่อได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิด การประกันสิทธิของบุคคลที่ถูกดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม การดำเนินการสำหรับเหยื่อการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย และการชดใช้ทดแทนและได้รับสินไหมทดแทน โดยในบทถัดไป ผู้วิจัยจะอธิบายพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ในส่วนที่เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีด้วยกัน และในประเด็นอื่น ๆ

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ *Ibid.*

บทที่ 5

ความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีและพันธมิตรอื่น ๆ

การป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายจะมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเมื่อประชาคมระหว่างประเทศให้ความร่วมมือระหว่างกันและช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการป้องกันมิให้บุคคลผู้กระทำผิดหรือถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดสามารถหลบเลี่ยงการถูกดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมได้ ด้วยเหตุนี้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED จึงได้กำหนดพันธกรณีเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีในรูปแบบต่าง ๆ และพันธมิตรอื่น ๆ เพื่อเสริมให้การป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพตามวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา โดยในบทนี้ ผู้วิจัยมุ่งอธิบายสาระสำคัญของพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ในส่วนที่เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีในรูปแบบต่าง ๆ และด้านอื่น ๆ ดังนี้

- 1) พันธกรณีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหากรัฐภาคีที่พบตัวผู้กระทำผิดไม่ประสงค์ดำเนินคดี
- 2) พันธกรณีในการมีมาตรการช่วยเหลือกันและกันระหว่างรัฐภาคี
- 3) พันธกรณีอื่น ๆ เพื่อเติมเต็มให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้อนุสัญญานี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น
- 4) พันธกรณีอื่น ๆ เกี่ยวกับการกระทำภายใต้อนุสัญญา

5.1 การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition) เป็นความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาประเภทหนึ่งที่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากเป็นกระบวนการที่ป้องกันมิให้บุคคลสามารถหลบเลี่ยงการถูกดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมได้³⁶⁸ และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของประชาคมระหว่างประเทศในการสร้างความมั่นคงและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของทุกคน³⁶⁹ โดยรัฐที่พบตัวผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดและได้รับคำร้องขอสามารถส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปยังรัฐผู้ร้องขอเพื่อนำตัวไปดำเนินคดีภายใต้กระบวนการยุติธรรมของรัฐนั้นได้ หรือในกรณีที่ไม่นักโทษผู้หลบหนีการลงโทษ รัฐที่พบตัว

³⁶⁸ *Supra* Note 200, p. 79.

³⁶⁹ Lyal S. Sunga, *The Emerging System of International Criminal Law: Developments in Codification and Implementation*, (Springer, 1997), p. 257.

นักโทษคนดังกล่าวก็สามารถส่งตัวให้กลับไปรับโทษที่รัฐผู้ร้องขอและที่ได้มีคำพิพากษาลงโทษจำคุกนักโทษคนดังกล่าวแล้วได้

เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่ปรากฏว่าได้มีสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศใด ๆ ที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐทุกรัฐจะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดน แม้กระทั่งว่าความผิดนั้นจะร้ายแรงถึงขนาดเป็นความผิดอาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติก็ตาม³⁷⁰ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงเป็นหลักการที่ตั้งอยู่บนของการเคารพอธิปไตยที่เท่าเทียมกันระหว่างรัฐ (Sovereign Equality)³⁷¹ หลักปฏิบัติต่างตอบแทน (Reciprocity)³⁷² และหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity)³⁷³ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ รัฐต่าง ๆ มักเข้าทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันเพื่อใช้เป็นฐานทางกฎหมายในกรณีที่มีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้น แต่หากไม่ปรากฏสนธิสัญญาเช่นว่า รัฐผู้ถูกร้องขออาจพิจารณาว่าจะปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามคำร้องดังกล่าวโดยคำนึงถึงหลักปฏิบัติต่างตอบแทนก็ได้³⁷⁴ สำหรับประเทศไทยในเรื่องนี้ พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 มาตรา 9(2) ได้ระบุชัดเจนว่ารัฐบาลไทยอาจพิจารณาส่งบุคคลข้ามแดนเพื่อการฟ้องร้องหรือรับโทษตามคำพิพากษาของศาลในความผิดทางอาญา ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจดำเนินคดีของประเทศผู้ร้องขอให้แก่ประเทศนั้น ๆ ตามคำร้องขอได้ “กรณีที่มีได้มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน เมื่อประเทศผู้ร้องขอได้แสดงโดยชัดแจ้งว่าจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่ประเทศไทยในทำนองเดียวกัน เมื่อประเทศไทยร้องขอ”³⁷⁵

สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition Treaty) สามารถเป็นได้ทั้งในรูปแบบทวิภาคีและพหุภาคี โดยประเทศไทยได้เข้าทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในรูปแบบทวิภาคีแล้วกับประเทศอังกฤษ เบลเยียม อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ สหรัฐอเมริกา จีน กัมพูชา บังคลาเทศ ลาว และเกาหลีใต้³⁷⁶ อย่างไรก็ตาม แม้ในการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น รัฐภาคีจะสามารถออกแบบพันธกรณีระหว่างกันได้เอง แต่สหประชาชาติก็ได้ออกเอกสาร “สนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน” (Model Treaty on Extradition)³⁷⁷ เพื่อให้รัฐสมาชิก

³⁷⁰ David H. Kennedy et al, “The Extradition of Mohammed Hamadi,” in Harvard International Law Journal Vol. 31 (1990), p. 12.

³⁷¹ Kenneth S. Gallant, “Securing the Presence of Defendants before the International Tribunal for the Former Yugoslavia: Breaking with Extradition,” in Criminal Law Forum Vol. 5, p. 557.

³⁷² *Ibid*, p. 567.

³⁷³ Hersch Lauterpacht, International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht Vol. 3 (E. Lauterpacht ed., 1977), p. 223.

³⁷⁴ David A. Sadoff, *Extradition and its Impediments in Bringing International Fugitives to Justice*, (Cambridge University Press, 2016), p. 138.

³⁷⁵ พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551, มาตรา 9(2).

³⁷⁶ ต่อศักดิ์ บูรณะเรืองโรจน์, คำอธิบายพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551, (สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2557), p. 186.

³⁷⁷ United Nations General Assembly, *Model Treaty on Extradition*: resolution / adopted by the General Assembly, 14 December 1990, A/RES/45/116, amended by A/RES/52/88, (Model Treaty).

สหประชาชาติพิจารณาใช้เป็นต้นแบบในการร่างสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่จะได้จัดทำขึ้นในอนาคต หรือในการแก้ไขสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน³⁷⁸ โดยสามารถสรุปคุณลักษณะสำคัญเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนบนฐานของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในบริบทการทรมานและการบังคับให้หายสาบสูญได้ 4 ประการ ดังนี้

- (1) ความคงอยู่ของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน
- (2) ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้
- (3) เหตุที่เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการผู้ร้ายข้ามแดน
- (4) เหตุที่ไม่เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

5.1.1 ความคงอยู่ของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ได้มีข้อบทเกี่ยวกับความคงอยู่ของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อเป็นฐานทางกฎหมายในการดำเนินการ ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 8(2)</p> <p>“2. หากรัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่งซึ่งกำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของความคงอยู่ของสนธิสัญญาได้รับการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง รัฐภาคีซึ่งมิได้มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วยกับรัฐภาคีนั้น มีสิทธิที่จะถือเอาอนุสัญญานี้เป็นพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวกับความผิดเช่นว่าได้ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ตามกฎหมายของรัฐที่ได้รับการร้องขอ”³⁷⁹</p>	<p>ข้อ 13(4)</p> <p>“4. หากรัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่งซึ่งกำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของความคงอยู่ของสนธิสัญญาได้รับการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง รัฐภาคีซึ่งมิได้มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วยกับรัฐภาคีนั้น มีสิทธิที่จะถือเอาอนุสัญญานี้เป็นพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวกับความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญได้”³⁸⁰</p>

³⁷⁸ *Ibid*, Preamble, para. 2.

³⁷⁹ *Supra* Note 12, CAT, Art. 8(1), 8(2)

“2. If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention as the legal basis for extradition in respect of such offences. Extradition shall be subject to the other conditions provided by the law of the requested State.”

³⁸⁰ *Supra* Note 13, CED, Art. 13(2), 13(3), 13(4)

“4. If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention as the necessary legal basis for extradition in respect of the offence of enforced disappearance.”

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้นั้นควรพิจารณาก่อนว่ารัฐผู้ร้องขอกับรัฐผู้รับคำร้องขอมีสันธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันหรือไม่ ถ้ามี การดำเนินการก็จะเป็นไปตามพันธกรณีของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นได้ตกลงกัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน และรัฐใดรัฐหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็รัฐผู้ร้องขอหรือรัฐผู้รับคำร้องขอ ได้กำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับความคองอยู่ของสนธิสัญญาอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดเปิดช่องให้รัฐภาคี “มีสิทธิที่จะถือเอา” ซึ่งมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “may consider” อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับนี้ (แล้วแต่กรณี) เป็นฐานทางกฎหมายในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแทนความคองอยู่ของสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในระดับทวิภาคีก็ได้³⁸¹

นอกจากนี้ ในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน และไม่มีรัฐใด ไม่ว่าจะเป็รัฐผู้ร้องขอหรือรัฐผู้รับคำร้องขอ ได้กำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับความคองอยู่ของสนธิสัญญา อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ กำหนดให้รัฐเหล่านั้นต้องยอมรับว่าความผิดฐานการทรมานและการกระทำให้อับชยสุญหายเป็ความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันได้ ดังจะได้อีกกล่าวในหัวข้อต่อไป

5.1.2 ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

การจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้นั้น ต้องพิจารณาด้วยว่าความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเป็ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ (Extraditable Offences) หรือไม่ ในเรื่องนี้อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดชัดเจนให้ความผิดฐานการทรมานและการกระทำให้อับชยสุญหายเป็ความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 8(1), 8(3)</p> <p>“ 1. ความผิดที่อ้างถึงในข้อ 4 ให้ถือว่ารวมอยู่ในความผิดทั้งปวงที่ส่งตัวบุคคลเป็ผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนใดที่มีอยู่ระหว่างรัฐภาคี รัฐภาคีรับที่จะรวมเอาความผิดเช่นว่าเข้าไปอยู่ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนทุกฉบับที่จะทำขึ้นมาระหว่างกันในอนาคต ในฐานะความผิดต่าง ๆ ที่ส่งตัวบุคคลเป็ผู้ร้ายข้ามแดนได้</p> <p>3. รัฐภาคีทั้งปวงซึ่งมิได้กำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของความคองอยู่ของสนธิสัญญา ต้องยอมรับว่าความผิดเช่นว่านั้นเป็ความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันได้ ภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ตามกฎหมายของรัฐที่ได้รับการร้องขอ ”³⁸²</p>	<p>ข้อ 13(2), 13(3), 13(5), 13(6)</p> <p>“ 2. ความผิดฐานการบังคับให้หายสาบสูญจะต้องรวมอยู่ในบรรดาความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งมีอยู่ระหว่างรัฐภาคีก่อนที่อนุสัญญานี้จะมีผลใช้บังคับ</p> <p>3. ให้รัฐภาคีต่าง ๆ ดำเนินการเพื่อรวมให้ความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญเป็ความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งจะจัดทำระหว่างกันต่อไป</p> <p>5. รัฐภาคีทั้งปวงซึ่งมิได้กำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของความคองอยู่ของสนธิสัญญา ต้องยอมรับว่าความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญเป็ความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันได้</p>

³⁸¹ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 139.

³⁸² *Supra* Note 12, CAT, Art. 8(1), 8(3)

	<p>6. ในทุกกรณี การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่บัญญัติตามกฎหมายของรัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอ หรือสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ใช้บังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรวมถึงเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับโทษขั้นต่ำสุดที่กำหนดสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และมูลเหตุที่รัฐภาคีซึ่งได้รับการร้องขออาจปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือกำหนดเงื่อนไขในการส่งตัว”³⁸³</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

เนื่องจากอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดชัดเจนให้ความผิดฐานการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย เป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ รัฐภาคีจึงควรดำเนินการดังกล่าวโดยคำนึงถึงคุณลักษณะของความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ตามที่สนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้แนะนำ ดังนี้

(1) เป็นความผิดอาญาที่ผิดกฎหมายทั้งสองฝ่าย (Double Criminality)³⁸⁴ กล่าวคือ ความผิดที่จะขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น จะต้องเป็นความผิดที่ผิดกฎหมายอาญาของทั้งรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้รับคำร้องขอ หากกรณีใดที่เป็นความผิดอาญาของรัฐหนึ่งแต่เป็นความผิดทางแพ่งในอีกรัฐหนึ่ง ก็จะไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ดังนั้น ในเรื่องนี้จึงสอดคล้องกับพันธกรณีที่อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับกำหนดให้รัฐภาคีประกันว่าการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของตน

“1. The offences referred to in article 4 shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between States Parties. States Parties undertake to include such offences as extraditable offences in every extradition treaty to be concluded between them.

3. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize such offences as extraditable offences between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested State.”

³⁸³ *Supra* Note 13, CED, Art. 13(2), 13(3), 13(5), 13(6)

“2. The offence of enforced disappearance shall be deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between States Parties before the entry into force of this Convention.

3. States Parties undertake to include the offence of enforced disappearance as an extraditable offence in any extradition treaty subsequently to be concluded between them.

5. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offence of enforced disappearance as an extraditable offence between themselves.

6. Extradition shall, in all cases, be subject to the conditions provided for by the law of the requested State Party or by applicable extradition treaties, including, in particular, conditions relating to the minimum penalty requirement for extradition and the grounds upon which the requested State Party may refuse extradition or make it subject to certain conditions.”

³⁸⁴ *Supra* Note 377, Model Treaty, Art. 2(1).

(2) เป็นความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกหรือการจำกัดเสรีภาพอื่นตั้งแต่หนึ่งปีหรือสองปีขึ้นไป³⁸⁵ กล่าวคือ ความผิดที่จะขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น จะต้องไม่เป็นความผิดเล็กน้อย (Non-Petty Offence) โดยใช้อัตราโทษจำคุกหรือการจำกัดเสรีภาพอื่น เช่น กักกัน กักขัง เป็นมาตรวัดในการพิจารณา ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นกระบวนการที่ใช้ทรัพยากรด้านเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก เช่น ค่าขนส่ง ค่าแปลเอกสาร ค่าธรรมเนียมการศาลและอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง จึงได้มีการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้เพื่อให้ได้สัดส่วนกับการใช้ทรัพยากรและค่าใช้จ่ายดังกล่าว³⁸⁶ ดังนั้น ในเรื่องนี้จะสอดคล้องกับพันธกรณีที่อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ กำหนดให้รัฐภาคีประกันว่าการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดที่มีโทษ ซึ่งมีระวางโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากความร้ายแรงของการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายแล้ว อัตราโทษจำคุกควรกำหนดให้มากกว่าหนึ่งปี

(3) เป็นการเทียบเคียงความผิดอาญาในลักษณะองค์รวม (Totality)³⁸⁷ กล่าวคือ ในการพิจารณาเทียบเคียงว่าความผิดอาญาของรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้รับคำร้องขอเป็นความผิดอาญาที่กำหนดในลักษณะที่ใกล้เคียงกันหรือได้สัดส่วนกันหรือไม่ ควรพิจารณาเทียบเคียงในลักษณะองค์รวม ดังนั้น แม้ว่าจะองค์ประกอบความผิดจะแตกต่างกันเล็กน้อยหรือการจัดกลุ่มฐานความผิดจะแตกต่างกัน แต่ถ้าสาระสำคัญเทียบเคียงกันได้ก็ถือว่าเป็นความผิดอาญาที่ผิดกฎหมายทั้งสองฝ่ายและเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ออนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดชัดเจนเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดฐานการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย จึงน่าจะช่วยลดความจำเป็นและความสับสนในการเทียบเคียงความผิดอาญาในฐานความผิดนี้ระหว่างรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย

5.1.3 เหตุที่เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

โดยทั่วไป สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนมักกำหนดเหตุที่เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลดังกล่าว โดยข้อยกเว้นก็จะแตกต่างกันไปตามที่แต่ละรัฐจะได้อำหนดในสนธิสัญญาทวิภาคีหรือกฎหมายภายใน ทั้งนี้ สนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้แนะนำให้รัฐกำหนดเหตุที่อาจใช้เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้ 2 ประเภท คือ ประการแรก เหตุที่ต้องกำหนดให้มีเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Mandatory Grounds for Refusal) เช่น ความผิดทางการเมือง³⁸⁸ ความผิดภายใต้กฎหมายทหาร³⁸⁹ ความผิดที่ได้มีคำพิพากษาตัดสินแล้ว³⁹⁰ หรือกรณีที่บุคคลได้รับ

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ *Supra* Note 376, p. 38.

³⁸⁷ *Supra* Note 377, Model Treaty, Art. 2(2).

³⁸⁸ *Ibid.*, Model Treaty, Art. 3(a).

³⁸⁹ *Ibid.*, Model Treaty, Art.3(c).

³⁹⁰ *Ibid.*, Model Treaty, Art.3(d).

ความคุ้มกันจากการดำเนินคดีอาญา³⁹¹ และประการที่สอง เหตุที่รัฐอาจเลือกกำหนดให้มีเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Optional Grounds for Refusal) เช่น กรณีที่บุคคลที่ถูกร้องขอให้ส่งตัวนั้นเป็นคนชาติของรัฐผู้รับคำร้องขอ³⁹² กรณีอัตราโทษของความผิดอาญาในรัฐผู้ร้องขอมีโทษถึงประหารชีวิต³⁹³ หรือกรณีที่รัฐผู้รับคำร้องขอพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ควรส่งตัวบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมโดยคำนึงถึงอายุ สุขภาพ และพฤติการณ์ส่วนตัวของบุคคลนั้น³⁹⁴

ในบริบทการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงได้กำหนดเหตุที่เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้ 2 ประการ คือ 1) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลจะตกอยู่ภายใต้อันตราย และ 2) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลจะถูกดำเนินคดีหรือลงโทษเพราะเหตุเฉพาะตน ทั้งนี้ ไม่กระทบต่อเหตุอื่นที่รัฐภาคีอาจระบุเพิ่มเติมโดยคำนึงถึงมาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

5.1.3.1 มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลจะตกอยู่ภายใต้อันตราย

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับกำหนดในทิศทางเดียวกันว่ารัฐภาคีจะต้องไม่ส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลจะตกอยู่ภายใต้อันตราย ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 3</p> <p>“1. รัฐภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน</p> <p>2. เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะวินิจฉัยว่ามีเหตุอันควรเชื่อ เช่นว่าหรือไม่ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจต้องคำนึงถึงข้อพิจารณา ทั้งปวงที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการที่มีรูปแบบที่ต่อเนื่องของการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐนั้นอย่างร้ายแรง โดยซึ่งหน้า หรืออย่างกว้างขวางด้วย หากมี”³⁹⁵</p>	<p>ข้อ 16</p> <p>“1. รัฐภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกบังคับให้ทรมาน</p> <p>2. เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะวินิจฉัยว่ามีเหตุอันควรเชื่อ เช่นว่าหรือไม่ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจต้องคำนึงถึงข้อพิจารณา ทั้งปวงที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการที่มีรูปแบบที่ต่อเนื่องของการละเมิดสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง</p>

³⁹¹ *Ibid*, Model Treaty, Art.3(e).

³⁹² *Ibid*, Model Treaty, Art.4(a).

³⁹³ *Ibid*, Model Treaty, Art.4(d).

³⁹⁴ *Ibid*, Model Treaty, Art.4(h).

³⁹⁵ *Supra* Note 12, CAT, Art. 3.

“1. No State Party shall expel, return (“refouler”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.”

	ประเทศในรัฐนี้ น้อย่างร้ายแรง โดยซึ่งหน้า หรืออย่างกว้างขวางด้วย” ³⁹⁶
--	----------------------------------------------------------------------------------

ข้อยกเว้นในเรื่องนี้ มีที่มาจากหลักการไม่ผลักดันบุคคลกลับไปสู่อันตราย (Non Refoulement) ตามที่ปรากฏในข้อบทที่ 33 ของอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ซึ่งกำหนดว่ารัฐภาคี “จะต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) ผู้ลี้ภัยไม่ว่าจะโดยลักษณะใด ๆ ไปยังชายเขตแห่งดินแดนซึ่ง ณ ที่นั้น ชีวิตหรืออิสรภาพของผู้ลี้ภัยอาจได้รับการคุกคามด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่ว่าทางสังคมหรือทางความคิดด้านการเมือง”³⁹⁷ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าผู้ที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญานี้คือผู้ที่ได้รับการรับรองสถานะเป็นผู้ลี้ภัยเท่านั้น กล่าวคือ ผู้ที่หลบหนีการถูกประหัตประหารจากรัฐต้นทาง บนพื้นฐานของเหตุต่าง ๆ ที่อนุสัญญาระบุ³⁹⁸ นอกจากนี้ ยังสอดคล้องกับสนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่กำหนดให้รัฐผู้รับคำร้องขอจะต้องปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่ามิเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะถูกทรมานหรือไม่ได้รับการประกันสิทธิขั้นต่ำในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา³⁹⁹

ดังนั้น เมื่อนำมาพิจารณาในบริบทการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ผู้ร่างฯ จึงได้ปรับข้อความให้สอดคล้องกับบริบทแห่งอนุสัญญามากขึ้น โดยกำหนดห้ามรัฐภาคีมิให้ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) บุคคลใด ๆ ไม่ว่าจะโดยฐานของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือโดยเหตุอื่น หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมานหรือที่ถูกกระทำให้สูญหาย⁴⁰⁰ เนื่องจากหากปล่อยให้มีการดำเนินการที่ฝ่าฝืนข้อห้ามนี้จนส่งผลให้บุคคลนั้นตกอยู่ในอันตราย ก็จะเป็นการดำเนินการที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับกำหนดมาตรฐานการพิจารณาว่าต้องมี “เหตุอันควรเชื่อได้ว่า” ซึ่งมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “substantial grounds for believing that” ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตราย โดยการ

³⁹⁶ *Supra* Note 13, CED, Art. 16.

“1. No State Party shall expel, return (“refouler”), surrender or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to enforced disappearance.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations, including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights or of serious violations of international humanitarian law.”

³⁹⁷ United Nations General Assembly, **Convention Relating to the Status of Refugees**, UNTS Vol. 189 (1951), p. 137, Art. 33.

³⁹⁸ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 125.

³⁹⁹ *Supra* Note 377, Model Treaty, Art. 3(f).

⁴⁰⁰ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 126.

พิจารณาพฤติการณ์นั้นต้องกระทำเป็นเฉพาะรายกรณีไป⁴⁰¹ อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างฯ ได้อธิบายเพิ่มเติมว่าการพิจารณาในเรื่องนี้ รัฐผู้รับคำร้องขออาจคำนึงถึงสถานะของบุคคลดังกล่าวว่าเป็นสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่อาจถือได้ว่าเป็นกลุ่มที่มีความเสี่ยงที่จะถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็ด้านศาสนา ความเชื่อ ความคิดเห็นทางการเมือง⁴⁰² นอกจากนี้ อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับยังได้ระบุแนวทางการพิจารณาเหตุดังกล่าว โดยให้รัฐผู้รับคำร้องขอพิจารณาจากสถานการณ์ทั่วไปด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐผู้ร้องขอด้วยว่ามีความเป็นไปได้หรือไม่ที่บุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายภายหลังจากที่ได้มีการส่งตัวบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐผู้ร้องขอแล้ว และเฉพาะอนุสัญญา CED ก็ได้ระบุเพิ่มเติมว่ารัฐผู้รับคำร้องขออาจพิจารณาสถานการณ์การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในรัฐผู้ร้องได้ด้วยก็ได้

ทั้งนี้ ในอดีตได้เคยมีการถกเถียงกันว่าการที่รัฐผู้ร้องขอ “ให้การรับรองทางการทูต” (Diplomatic Assurance) สามารถใช้เป็นเครื่องยืนยันว่าจะไม่มีการดำเนินการที่ฝ่าฝืนข้อห้ามนี้ได้หรือไม่⁴⁰³ เนื่องจากเคยมีกรณีที่ยิปต์ร้องขอให้สวีเดนส่งตัวนาย Mohammed Alzery เป็นผู้ร้ายข้ามแดนโดยให้การรับรองว่าจะไม่มีการทรมานเกินขึ้น แต่ภายหลังพบว่าอียิปต์ก็ได้ฝ่าฝืนการรับรองดังกล่าวด้วยการกระทำการทรมานนาย Mohammed Alzery เสียเอง⁴⁰⁴ ในเรื่องนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งกติกา ICCPR และคณะกรรมการว่าด้วยการต่อต้านการทรมานภายในอนุสัญญา CAT ได้มีความเห็นว่า ไม่ตัดความเป็นไปได้ที่จะอาศัยการรับรองทางการทูตเป็นเครื่องยืนยันว่าจะไม่มีการดำเนินการที่ฝ่าฝืนพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง แต่รัฐผู้รับคำร้องขอมีหน้าที่ในการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนและระมัดระวังว่าจะพอใจกับการรับรองทางการทูตที่รัฐผู้ร้องขอได้ให้มาหรือไม่ โดยคำนึงถึงสถานการณ์และพฤติการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนในทุกมิติของรัฐนั้น⁴⁰⁵

5.1.3.2 มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลจะถูกดำเนินคดีหรือลงโทษเพราะเหตุเฉพาะตน

นอกจากเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลจะตกอยู่ภายใต้อันตรายแล้ว อนุสัญญา CED ได้กำหนดเพิ่มเติมให้รัฐภาคีจะต้องไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลจะถูกดำเนินคดีหรือลงโทษเพราะเหตุเฉพาะตน ดังนี้

⁴⁰¹ *Ibid*, CAT Handbook, p. 127.

⁴⁰² *Ibid*.

⁴⁰³ Human Rights Watch (HRW), **Diplomatic Assurance No Safeguard Against Torture** [online] Available from: <https://www.hrw.org/report/2005/04/14/still-risk/diplomatic-assurances-no-safeguard-against-torture> [20 August 2021].

⁴⁰⁴ *Mohammed Alzery v. Sweden*, CCPR/C/88/D/1416/2005, UN Human Rights Committee (HRC) (2006), para. 11.

⁴⁰⁵ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 128.

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	<p>ข้อ 13(7)</p> <p>“ไม่มีความใดในอนุสัญญานี้ที่จะตีความได้ว่าเป็นการกำหนดพันธกรณีให้ต้องส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน หากรัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า คำขอนั้นกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินคดีหรือลงโทษบุคคลเพราะเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง หรือการเป็นสมาชิกกลุ่มสังคมบางกลุ่ม หรือการปฏิบัติตามคำขอนั้นจะก่ออันตรายให้แก่บุคคลดังกล่าวเพราะเหตุนี้”⁴⁰⁶</p>

ข้อยกเว้นในเรื่องนี้ มีที่มาจากหลักการไม่ผลักดันบุคคลกลับไปสู่อันตราย (*Non Refoulement*) ตามที่ปรากฏในข้อบทที่ 33 ของอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 เช่นกัน และยังสอดคล้องกับสนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่กำหนดให้รัฐผู้รับคำร้องขอจะต้องปฏิเสธการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าคำขอให้ส่งบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนมีขึ้นเพื่อความมุ่งประสงค์ในการดำเนินคดีหรือลงโทษบุคคลเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ ชาติพันธุ์ กำเนิด ความคิดเห็นทางการเมือง เพศ หรือสถานะใด ๆ ของบุคคลนั้น⁴⁰⁷

ดังนั้น เมื่อนำมาพิจารณาในบริบทการกระทำให้บุคคลสูญหาย แม้จะเห็นได้ว่าข้อความที่ปรากฏในอนุสัญญา CED มีความคล้ายคลึงกับข้อความในสนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอย่างยิ่ง แต่ผู้ร่างฯ ก็มิได้ใช้ถ้อยคำในลักษณะที่เป็นข้อห้ามอย่างชัดเจนดังเช่นที่ปรากฏในสนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพียงแต่ปรับเปลี่ยนเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยระบุในลักษณะที่ห้ามมิให้รัฐภาคีนำไปอ้างได้ว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นไปตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา CED ในการส่งตัวบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน แม้จะเป็นที่ประจักษ์ว่ามีความเสี่ยงอย่างยิ่งที่บุคคลนั้นจะถูกดำเนินคดีหรือถูกลงโทษเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ ชาติพันธุ์ กำเนิด ความคิดเห็นทางการเมือง เพศ หรือสถานะใด ๆ ของบุคคลนั้นก็ตาม⁴⁰⁸ อย่างไรก็ตาม แม้รัฐผู้รับคำร้องขอจะส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนโดยอ้างฐานทางกฎหมายอื่น แต่รัฐนั้นยังคงมีพันธกรณีในการที่ไม่ส่งตัวบุคคลดังกล่าวหากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตราย ดังที่ได้กล่าวในหัวข้อ 5.1.3.1

⁴⁰⁶ *Supra* Note 13, CED, Art. 13(7)

“7. Nothing in this Convention shall be interpreted as imposing an obligation to extradite if the requested State Party has substantial grounds for believing that the request has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of that person's sex, race, religion, nationality, ethnic origin, political opinions or membership of a particular social group, or that compliance with the request would cause harm to that person for any one of these reasons.”

⁴⁰⁷ *Supra* Note 377, Model Treaty, Art. 3(b).

⁴⁰⁸ *Supra* Note 15, p. 240.

5.1.4 เหตุที่ไม่เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนมักกำหนดเหตุที่เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นบางประการนั้น หากบังคับใช้โดยเคร่งครัดก็อาจเป็นการเปิดช่องให้รัฐผู้รับคำร้องขอนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อไปดำเนินคดีหรือถูกลงโทษในรัฐผู้ร้องขอได้ โดยที่รัฐผู้รับคำร้องขออาจไม่มีศักยภาพหรือไม่เต็มใจที่จะดำเนินคดีเสียเอง ในเรื่องนี้ อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED จึงได้มีข้อบทเพื่อกำหนดให้เหตุบางประการไม่อาจนำมาอ้างเพื่อเป็นข้อยกเว้นในการปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ดังนี้

5.1.4.1 การไม่ถือเป็นความผิดทางการเมือง

อนุสัญญา CED ได้กำหนดให้รัฐภาคีไม่อาจปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วยเหตุความผิดทางการเมืองได้ ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	ข้อ 13(1) “1. เพื่อวัตถุประสงค์ของการส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคี ความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญไม่ถือเป็นความผิดทางการเมือง หรือเกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง หรือความผิดที่กระทำเพราะจุดมุ่งหมายทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ คำขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งตั้งอยู่บนความผิดดังกล่าวไม่สามารถได้รับการปฏิเสธเพราะเหตุผลดังกล่าวเพียงเท่านั้น” ⁴⁰⁹

การอ้างความผิดทางการเมืองเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นเหตุผลที่ได้รับการยอมรับทั่วไปในทางระหว่างประเทศและมักมีการบรรจุข้อยกเว้นนี้ไว้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือกฎหมายภายในว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และสนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ได้ระบุให้ความผิดทางการเมืองเป็นตัวอย่างของเหตุที่ต้องกำหนดให้มีเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย⁴¹⁰ สำหรับประเทศไทยในเรื่องนี้ พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 มาตรา 9(1) ได้ระบุชัดเจนว่ารัฐบาลไทยอาจพิจารณาส่งบุคคลข้าม

⁴⁰⁹ *Supra* Note 13, CED, Art. 13(1)

“1. For the purposes of extradition between States Parties, the offence of enforced disappearance shall not be regarded as a political offence or as an offence connected with a political offence or as an offence inspired by political motives. Accordingly, a request for extradition based on such an offence may not be refused on these grounds alone.”

⁴¹⁰ *Supra* Note 377, Model Treaty, Art. 3(a).

แดนเพื่อการฟ้องร้องหรือรับโทษตามคำพิพากษาของศาลในความผิดทางอาญา ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจดำเนินคดีของประเทศผู้ร้องขอให้แก่ประเทศนั้น ๆ ตามคำร้องขอได้ “กรณีเป็นความผิดที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ และไม่เข้าลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายไทยหรือมิใช่ความผิดที่มีลักษณะทางการเมืองหรือเป็นความผิดทางทหาร”⁴¹¹

อย่างไรก็ดี สนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ได้ระบุเพิ่มเติมว่าเหตุความผิดทางการเมืองจะไม่สามารถนำมาใช้เป็นข้อยกเว้นเพื่อปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ หากรัฐนั้นมีพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาพหุภาคีอื่น⁴¹² ดังนั้น ในกรณีการกระทำให้บุคคลสูญหาย อนุสัญญา CED จึงได้กำหนดชัดเจนว่าความผิดฐานการกระทำให้บุคคลสูญหายจะไม่ถือเป็นความผิดทางการเมือง หรือเกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง หรือความผิดที่กระทำเพราะจุดมุ่งหมายทางการเมือง เพื่อวัตถุประสงค์ของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคี จึงส่งผลให้รัฐภาคีผู้รับคำร้องขอไม่อาจปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วยเหตุความผิดทางการเมืองได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการขจัดอุปสรรคในการดำเนินการตามพันธกรณีของอนุสัญญา⁴¹³

5.1.4.2 การยกเว้นเงื่อนไขว่าการกระทำความผิดต้องได้เกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐ

อนุสัญญา CAT ได้กำหนดให้รัฐภาคีไม่อาจปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วยเหตุที่รัฐผู้รับคำร้องขอมีเงื่อนไขที่กำหนดว่าการกระทำความผิดต้องได้เกิดขึ้นไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนในอาณาเขตของรัฐผู้รับคำร้องดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 8(4)</p> <p>“4. เพื่อความมุ่งประสงค์ของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคีทั้งปวง ให้ถือเสมือนว่าความผิดเช่นว่า มิได้เพียงแต่กระทำ ณ ที่ซึ่งความผิดนั้นเกิดเท่านั้น แต่ได้กระทำในอาณาเขตของรัฐซึ่งมีพันธกรณีที่จะต้องทำให้ตนมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดนั้น ตามข้อ 5 วรรค 1 ด้วย”⁴¹⁴</p>	<p>ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้</p>

⁴¹¹ *Supra* Note 375, พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551, มาตรา 9(1).

⁴¹² *Supra* Note 377, Model Treaty, Art. 3(a).

⁴¹³ Geoff Gilbert, “Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition and Other Mechanisms, (The Hague, 1998), p. 27.

⁴¹⁴ *Supra* Note 12, CAT, Art. 8(4).

“4. Such offences shall be treated, for the purpose of extradition between States Parties, as if they had been committed not only in the place in which they occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with article 5, paragraph 1.”

เนื่องจากรัฐบางรัฐได้นำหลักดินแดน (Territoriality Principle) มาเป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขในการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดน ประกอบกับสนธิสัญญาต้นแบบว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ได้รับรองว่ารัฐผู้รับคำร้องขออาจปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ หากปรากฏว่าการกระทำความผิดนั้นไม่ได้กระทำขึ้นไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมดภายในอาณาเขตของรัฐผู้รับคำร้องขอ⁴¹⁵ ดังนั้น เพื่ออำนวยความสะดวกและเป็นการขจัดอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอันเกิดขึ้นจากเงื่อนไข อนุสัญญา CAT จึงได้กำหนดให้การกระทำความผิดนั้น นอกจากจะไม่ได้กระทำขึ้น ณ สถานที่จริงแล้ว ยังถือว่าได้กระทำขึ้นในอาณาเขตของรัฐซึ่งมีพันธกรณีที่จะต้องทำให้ตนมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดนั้นด้วย เพื่อให้เงื่อนไขไม่เป็นอุปสรรคในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคีอนุสัญญา CAT⁴¹⁶

5.2 การดำเนินมาตรการให้ความช่วยเหลือกันและกันระหว่างรัฐภาคี

การดำเนินมาตรการช่วยเหลือกันและกันระหว่างรัฐภาคี มีวัตถุประสงค์ที่มุ่งเสริมสร้างการดำเนินการเพื่อป้องกันการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ด้วยผู้ร่างฯ ตระหนักดีว่าการดำเนินการโดยรัฐใดรัฐหนึ่งอาจไม่เพียงพอที่จะป้องกันการกระทำผิดหรือคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำผิดได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงได้กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินมาตรการให้ความช่วยเหลือกันและกัน ดังนี้

- (1) ความช่วยเหลือที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา
- (2) การแจ้งให้ทราบถึงการกักตัวบุคคล
- (3) การช่วยเหลือทางมนุษยธรรมให้แก่เหยื่อการบังคับให้หายสาบสูญ

5.2.1 ความช่วยเหลือที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องให้ความช่วยเหลือระหว่างกันที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 9</p> <p>“1. รัฐภาคีทั้งปวงต้องเสนอมาตรการให้ความช่วยเหลือกันและกันให้มากที่สุดในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญาที่เกี่ยวกับความผิดที่อ้างถึงในข้อ 4 รวมทั้งการจัดส่ง</p>	<p>ข้อ 14</p> <p>“1. รัฐภาคีทั้งปวงต้องเสนอมาตรการให้ความช่วยเหลือกันและกันให้มากที่สุดในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญาที่เกี่ยวกับความผิดฐานบังคับให้หายสาบสูญ รวมทั้งการ</p>

⁴¹⁵ *Supra* Note 377, Model Treaty, Art. 4(e).

⁴¹⁶ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 140.

<p>พยานหลักฐานทั้งปวงที่ตนมีอยู่เท่าที่จำเป็นสำหรับการดำเนินคดีนั้นให้ด้วย</p> <p>2. รัฐภาคีทั้งปวงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของตนตามวรรค 1 ของข้อนี้โดยสอดคล้องกับสนธิสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางการศาลที่อาจมีอยู่ระหว่างกัน”⁴¹⁷</p>	<p>จัดส่งพยานหลักฐานทั้งปวงที่ตนมีอยู่เท่าที่จำเป็นสำหรับการดำเนินคดีนั้นให้ด้วย</p> <p>2. ความช่วยเหลือดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติภายใต้กฎหมายภายในของรัฐที่ได้รับการร้องขอ หรือสนธิสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางการศาลที่อาจมีอยู่ระหว่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งรวมถึงเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับเหตุผลที่รัฐภาคีที่ได้รับการร้องขออาจปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือทางกฎหมายหรืออาจตั้งเงื่อนไขในการให้ความร่วมมือ”⁴¹⁸</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

ความช่วยเหลือที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา (Mutual Legal Assistance) เป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งในกรณีที่มีการกระทำผิดมีจุดเกาะเกี่ยวตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป เช่น กรณีที่การทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญหายได้เกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐหนึ่งแต่พบตัวผู้กระทำผิดในอีกรัฐหนึ่ง หากในกรณีนี้รัฐที่พบตัวผู้กระทำผิดไม่ได้รับคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือได้ปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐนั้นมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินคดีอาญาเองตามหลัก *Aut Dedere Aut Iudicare*⁴¹⁹

อย่างไรก็ดี การดำเนินคดีโดยรัฐที่การกระทำผิดมิได้เกิดขึ้นในอาณาเขตของตนย่อมประสบปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐาน ตลอดจนการรวบรวมเอกสารและข้อมูลอื่นที่จำเป็น⁴²⁰ ดังนั้น อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับจึงกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องให้ความช่วยเหลือระหว่างกันที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา โดยที่รัฐภาคีจะต้อง “เสนอมาตรการให้ความช่วยเหลือกันและกันให้มากที่สุด”

⁴¹⁷ *Supra* Note 12, CAT, Art. 9

“1. States Parties shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal proceedings brought in respect of any of the offences referred to in article 4, including the supply of all evidence at their disposal necessary for the proceedings.

2. States Parties shall carry out their obligations under paragraph 1 of this article in conformity with any treaties on mutual judicial assistance that may exist between them.”

⁴¹⁸ *Supra* Note 13, CED, Art. 14

“1. States Parties shall afford one another the greatest measure of mutual legal assistance in connection with criminal proceedings brought in respect of an offence of enforced disappearance, including the supply of all evidence at their disposal that is necessary for the proceedings.

2. Such mutual legal assistance shall be subject to the conditions provided for by the domestic law of the requested State Party or by applicable treaties on mutual legal assistance, including, in particular, the conditions in relation to the grounds upon which the requested State Party may refuse to grant mutual legal assistance or may make it subject to conditions.”

⁴¹⁹ โปรดดูหัวข้อ 4.1.3.

⁴²⁰ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 140.

ซึ่งมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “afford one another the greatest measure of assistance” ซึ่งสามารถสื่อได้ว่ารัฐภาคีจะต้องทำทุกวิถีทางที่จะไม่ทำให้กฎเกณฑ์หรือกฎหมายภายในของตนเป็นอุปสรรคในการให้ความช่วยเหลือหรือส่งผลให้ความช่วยเหลือแทบจะเป็นไปไม่ได้เลย (Virtually Impossible)⁴²¹ ตัวอย่างของการให้ความช่วยเหลือที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา เช่น การขอให้ช่วยสืบพยานในเบื้องต้น และการขอให้ช่วยรวบรวมและส่งพยานหลักฐานมาให้

นอกจากนี้ อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดเพิ่มเติมว่า ในกรณีที่รัฐผู้รับคำร้องขอกับรัฐผู้ร้องขอมีสันธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญาระหว่างกันอยู่แล้ว ให้คำนึงถึงพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาเช่นว่านั้นก่อน โดยการดำเนินการให้ความช่วยเหลือใด ๆ ก็ต้องเคารพบทบัญญัติภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ อนุสัญญา CED ได้ระบุเพิ่มเติมให้ชัดเจนขึ้นว่าบทบัญญัติที่ต้องเคารพนั้นรวมถึงเงื่อนไขหรือเหตุในการปฏิเสธ (Grounds for Refusal) ที่จะให้ความร่วมมือด้วย แม้ว่าผู้ร้องฯ จะตระหนักดีว่า เหตุในการปฏิเสธนั้นอาจรวมถึงเหตุผลด้านการอ้างไว้ซึ่งอธิปไตย ความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือจากเหตุอื่นใดก็ได้⁴²² ซึ่งอาจเปิดช่องให้บางรัฐสามารถไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องนี้ได้

5.2.2 การแจ้งให้ทราบถึงการคุมขังผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด

เฉพาะอนุสัญญา CAT ได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องแจ้งรัฐภาคีอื่นที่มีเขตอำนาจเหนือความผิดว่าตนได้ทำการคุมขังบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 6(4)</p> <p>“4. เมื่อรัฐใดรัฐหนึ่งได้นำตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งไปขังไว้ตามข้อนี้ ให้รัฐนั้นแจ้งให้บรรดารัฐที่อ้างถึงในข้อ 5 วรรค 1 ทราบโดยทันที ถึงข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลเช่นว่าตกอยู่ภายใต้การคุมขังและเกี่ยวกับพฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวง ที่ทำให้ต้องกักตัวบุคคลนั้นไว้ ให้รัฐซึ่งทำการไต่สวนเบื้องต้นที่ระบุไว้ในวรรค 2 ของข้อนี้ รายงานผลการไต่สวนของตนให้รัฐดังกล่าวทราบโดยพลันและให้ระบุด้วยว่าตนตั้งใจที่จะใช้เขตอำนาจนั้นหรือไม่”⁴²³</p>	<p>ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้</p>

⁴²¹ *Ibid*, CAT Handbook, p. 141.

⁴²² *Supra* Note 294, para. 113.

⁴²³ *Supra* Note 12, CAT, Art. 6(4)

“4. When a State, pursuant to this article, has taken a person into custody, it shall immediately notify the States referred to in article 5, paragraph 1, of the fact that such person is in custody and of the circumstances which warrant his detention. The

ประเด็นนี้เกี่ยวเนื่องกับการดำเนินการในการพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดในกรณีที่พบตัวผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในอาณาเขตของรัฐ ดังนั้น เมื่อรัฐที่พบตัวบุคคลดังกล่าวได้นำตัวบุคคลนั้นไปคุมขังไว้ระหว่างที่ดำเนินการไต่สวนเบื้องต้น รัฐนั้นมีพันธกรณีที่จะต้องแจ้งรัฐภาคีอื่นที่มีเขตอำนาจเหนือความผิดเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นรัฐที่การกระทำผิดได้เกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐนั้น หรือรัฐที่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นคนชาติ หรือรัฐที่ผู้เสียหายเป็นคนชาติเพื่อให้ทราบโดยพลัน และในการแจ้งนั้นรัฐที่ดำเนินการคุมขังบุคคลดังกล่าวจะต้องระบุให้ชัดเจนด้วยว่าตั้งใจจะใช้เขตอำนาจหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐภาคีอื่นที่มีเขตอำนาจเหนือความผิดเช่นกันทราบข้อมูลความเป็นมาและความคืบหน้า ตลอดจนพิจารณาว่าจะมีคำร้องมายังรัฐที่ดำเนินการคุมขังบุคคลดังกล่าวอยู่เพื่อขอให้ส่งตัวบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่⁴²⁴

5.2.3 การช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมให้แก่เหยื่อการกระทำให้บุคคลสูญหาย

เฉพาะอนุสัญญา CED ได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องร่วมมือในการช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมให้แก่เหยื่อการกระทำให้บุคคลสูญหาย ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	ข้อ 15 “รัฐภาคีต่าง ๆ ต้องร่วมมือกันและให้ความช่วยเหลือต่างตอบแทนให้มากที่สุด เพื่อช่วยเหลือเหยื่อการบังคับให้หายสาบสูญ และในการค้นหา ระบุตำแหน่งและปลดปล่อยผู้ที่ยังหายสาบสูญ ตลอดจนการขุดศพและระบุตัวบุคคลและส่งคืนซากศพ ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวเสียชีวิตแล้ว” ⁴²⁵

อนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐภาคีต้องการร่วมมือและให้ความช่วยเหลือต่างตอบแทนกันระหว่างรัฐภาคีเพื่อการค้นหา ระบุตำแหน่งที่อยู่ และปล่อยตัวบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย ทั้งนี้ การดำเนินการตามข้อนี้สอดคล้องกับพันธกรณีที่รัฐต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์ของรัฐเองตามข้อ 24(3) และพันธกรณีในเรื่องเดียวกันสำหรับกรณีเหยื่อการกระทำให้บุคคลสูญหายที่เป็นเด็กตามข้อ 25(3)

State which makes the preliminary inquiry contemplated in paragraph 2 of this article shall promptly report its findings to the said States and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.”

⁴²⁴ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 135.

⁴²⁵ *Supra* Note 13, CED, Art. 15

“States Parties shall cooperate with each other and shall afford one another the greatest measure of mutual assistance with a view to assisting victims of enforced disappearance, and in searching for, locating and releasing disappeared persons and, in the event of death, in exhuming and identifying them and returning their remains.”

5.3 พันธกรณีอื่น ๆ เพื่อเพิ่มเติมให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้อนุสัญญานี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1.1.3 รัฐภาคีอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับมีพันธกรณีในการเพิ่มเติมการอุปโภคสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองภายใต้อนุสัญญา กล่าวคือ สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและถูกกระทำทำให้สูญหาย ให้ได้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น แนวทางหนึ่งที่สามารถดำเนินการเพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ คือ การสร้างความตระหนักรู้ในแง่ของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการไม่กระทำผิดเอง และการเพิ่มศักยภาพของเจ้าพนักงานของรัฐในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ด้วยเหตุนี้ อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ จึงได้ระบุพันธกรณีเพิ่มเติมเพื่อเพิ่มเติมให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้อนุสัญญานี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ดังนี้

- (1) การทบทวนแนวปฏิบัติของรัฐเพื่อป้องกันมิให้เจ้าพนักงานของรัฐกระทำความผิด
- (2) การฝึกอบรมบุคลากรที่เกี่ยวข้อง
- (3) การอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานของรัฐ

5.3.1 การทบทวนแนวปฏิบัติของรัฐเพื่อป้องกันมิให้เจ้าพนักงานของรัฐกระทำความผิด

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ กำหนดให้รัฐภาคีมีการดำเนินการเพื่อทบทวนแนวปฏิบัติต่าง ๆ ของรัฐเพื่อป้องกันมิให้เจ้าพนักงานของรัฐกระทำความผิด ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 11</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐพิจารณาทบทวนอย่างเป็นระบบสำหรับกฎเกณฑ์ คำสั่ง วิธีการและแนวทางปฏิบัติในการไต่สวน ตลอดจนการจัดระเบียบทั้งปวงสำหรับการควบคุมและการประติบัติต่อบุคคลที่ตกอยู่ใต้ภาวะของการจับ การกักขัง และการจำคุกไม่ว่าในรูปแบบใด ในอาณาเขตที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน เพื่อที่จะป้องกันมิให้เกิดมีกรณีการทรมานใด ๆ ขึ้น”⁴²⁶</p>	<p>ข้อ 23(3)</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินมาตรการที่จำเป็นที่จะรับรองว่าบุคคลที่ระบุไว้ในวรรค 1 ของข้อนี้ ผู้ซึ่งมีเหตุผลในการเชื่อว่าการบังคับให้หายสาบสูญหรือมีการวางแผนในเรื่องดังกล่าว สามารถรายงานต่อผู้บังคับบัญชา และหากจำเป็น รายงานแก่เจ้าพนักงานหรือองค์กรที่เหมาะสมที่มีอำนาจในการทบทวนหรือเยียวยา”⁴²⁷</p>

⁴²⁶ *Supra* Note 12, CAT, Art. 11

“Each State Party shall keep under systematic review interrogation rules, instructions, methods and practices as well as arrangements for the custody and treatment of persons subjected to any form of arrest, detention or imprisonment in any territory under its jurisdiction, with a view to preventing any cases of torture.”

⁴²⁷ *Supra* Note 13, CED, Art. 23(3)

“3. Each State Party shall take the necessary measures to ensure that the persons referred to in paragraph 1 of this article who have reason to believe that an enforced disappearance has occurred or is planned report the matter to their superiors and, where necessary, to the appropriate authorities or bodies vested with powers of review or remedy.”

ในการทบทวนแนวปฏิบัติของรัฐ อนุสัญญา CAT เน้นที่การปรับปรุงและพัฒนาแนวปฏิบัติในการไต่สวนซึ่งสอดคล้องกับคำจำกัดความ “การทรมาน” เพราะโดยส่วนใหญ่แล้ว การทรมานมักเกิดขึ้นระหว่างการไต่สวนโดยเจ้าพนักงานของรัฐเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำสารภาพจากบุคคลที่ถูกทรมาน⁴²⁸ ทั้งนี้ การที่อนุสัญญา CAT กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการ “ทบทวนอย่างเป็นระบบ” ซึ่งมาจากภาษาอังกฤษคำว่า “systematic review” เกี่ยวกับแนวปฏิบัติในการไต่สวนก็เพื่อให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการดังกล่าวอย่างจริงจัง ดังนั้น การดำเนินการที่เพียงแค่ออกกฎและคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการไต่สวนที่ห้ามการกระทำทรมานหรือการประตบัติอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีจึงไม่เพียงพอ หากแต่รัฐภาคีจะต้องจัดให้มีการติดตามการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎและคำสั่งเช่นว่าด้วย และหากพบการกระทำผิด รัฐจะต้องมีมาตรการ กลไกและขั้นตอนเพื่อแก้ไขกฎและคำสั่งเช่นว่าอย่างเป็นระบบในอนาคตด้วย⁴²⁹

ในขณะที่อนุสัญญา CED เน้นที่การปรับปรุงและพัฒนาแนวปฏิบัติเพื่อสนับสนุนให้เจ้าพนักงานของรัฐที่พบหรือได้รับรายงานข้อเท็จจริงและพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความน่าเชื่อถือเชื่อได้ว่ามีการกระทำให้บุคคลสูญหายเกิดขึ้นสามารถรายงานต่อผู้บังคับบัญชาได้ เพราะโดยส่วนใหญ่แล้ว การกระทำให้บุคคลสูญหายมักเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในสายการบังคับบัญชาที่สูงกว่าของเจ้าพนักงานของรัฐที่มีข้อมูล ดังนั้น อนุสัญญา CED จึงได้กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการที่จำเป็นในการสร้างหลักประกันและความคุ้มครองให้แก่เจ้าพนักงานของรัฐภายหลังจากที่ได้มีการรายงานข้อมูลต่อผู้บังคับบัญชาหรือองค์กรที่มีอำนาจ เพื่อสร้างความมั่นใจและสนับสนุนให้เจ้าพนักงานของรัฐผู้หนึ่งตัดสินใจที่จะรายงานมูล เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการกระทำให้บุคคลสูญหายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น⁴³⁰

5.3.2 การฝึกอบรมบุคลากรที่เกี่ยวข้อง

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ กำหนดให้รัฐภาคีมีการดำเนินการเพื่อฝึกอบรมบุคลากรที่เกี่ยวข้อง เพื่อส่งเสริมให้เกิดความรู้ความเข้าใจและมีการดำเนินการที่ถูกต้องและสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 10</p> <p>“ 1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องประกันว่า การศึกษาและข้อสนเทศเกี่ยวกับการห้ามการทรมานเข้าไปบรรจุอย่างสมบูรณ์ในหลักสูตรการฝึกอบรมบุคลากรที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย ทั้งที่เป็นพลเรือนหรือทหาร พนักงานทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่ของรัฐและบุคคลอื่น ๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับการ</p>	<p>ข้อ 23(1), 23(2)</p> <p>“รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องประกันว่า การฝึกอบรมบุคลากรที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ทหารและแพทย์ เจ้าหน้าที่ของรัฐและบุคคลอื่น ๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับการควบคุมตัว หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ</p>

⁴²⁸ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 143.

⁴²⁹ *Ibid*, CAT Handbook, p. 144.

⁴³⁰ *Supra* Note 15, p. 265.

<p>ควบคุมตัว การสอบสวน หรือการประติบัติต่อปัจเจกบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้ภาวะของการถูกจับ การกักขัง หรือการจำคุก ไม่ว่าจะในรูปแบบใด</p> <p>2. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐนำข้อห้ามนี้เข้าไปบรรจุอยู่ในกฎหมายหรือคำสั่งที่ออกมาเกี่ยวกับหน้าที่และภารกิจของบุคคลเช่นว่า”⁴³¹</p>	<p>นั้น จะรวมถึงการให้การศึกษาและข้อสนเทศที่จำเป็นและเกี่ยวข้องกับข้อบทของอนุสัญญาฯ นี้ เพื่อที่จะ</p> <p>(a) ป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่เหล่านั้นมีส่วนร่วมกับการบังคับให้หายสาบสูญ</p> <p>(b) เน้นย้ำความสำคัญของการป้องกันและการสืบสวนการบังคับให้หายสาบสูญ</p> <p>(c) ประกันความจำเป็นอย่างเร่งด่วนในการแก้ไขคดีการบังคับให้หายสาบสูญ</p> <p>2. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องประกันว่าจะห้ามมิให้มีคำสั่งหรือการสั่งการใด ๆ ที่อนุญาต ให้อำนาจ หรือส่งเสริมการบังคับให้หายสาบสูญ และรัฐภาคีแต่ละรัฐต้องประกันว่าบุคคลที่ปฏิเสธที่จะเชื่อฟังคำสั่งเช่นว่าจะไม่ถูกลงโทษ”⁴³²</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ให้ความสำคัญกับการดำเนินการเพื่อฝึกอบรมบุคลากรที่เกี่ยวข้องเป็นอย่างมาก เพราะเป็นวิธีการที่สามารถช่วยลดการกระทำผิดลงได้ในระยะยาวหากบุคลากรที่เกี่ยวข้องมีความรู้ความเข้าใจและมีการดำเนินมาตรการที่ถูกต้องและสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา⁴³³ โดยกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องบรรจุเนื้อหาและสาระสำคัญของพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาเข้าไปในการศึกษาและการฝึกอบรมของบุคลากรที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐที่บังคับใช้กฎหมาย หน่วยข่าวกรอง พศตติ ตลอดจนบุคลากรทางการแพทย์และบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม โดยเน้นไปที่แนวปฏิบัติในการไต่สวน การสืบสวน และการคุมขังหรือ

⁴³¹ *Supra* Note 12, CAT, Art. 10

“1. Each State Party shall ensure that education and information regarding the prohibition against torture are fully included in the training of law enforcement personnel, civil or military, medical personnel, public officials and other persons who may be involved in the custody, interrogation or treatment of any individual subjected to any form of arrest, detention or imprisonment.

2. Each State Party shall include this prohibition in the rules or instructions issued in regard to the duties and functions of any such person.”

⁴³² *Supra* Note 13, CED, Art. 23(1), 23(2)

“1. Each State Party shall ensure that the training of law enforcement personnel, civil or military, medical personnel, public officials and other persons who may be involved in the custody or treatment of any person deprived of liberty includes the necessary education and information regarding the relevant provisions of this Convention, in order to:

- (a) Prevent the involvement of such officials in enforced disappearances;
- (b) Emphasize the importance of prevention and investigations in relation to enforced disappearances;
- (c) Ensure that the urgent need to resolve cases of enforced disappearance is recognized.

2. Each State Party shall ensure that orders or instructions prescribing, authorizing or encouraging enforced disappearance are prohibited. Each State Party shall guarantee that a person who refuses to obey such an order will not be punished.”

⁴³³ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 142.

การลิดรอนเสรีภาพของบุคคล⁴³⁴ อย่างไรก็ตาม การที่อนุสัญญา CAT ใช้คำว่า “ถูกบรรจุอย่างสมบูรณ์” ซึ่งมาจากภาษาอังกฤษว่า “fully included” และอนุสัญญา CED ใช้คำว่า “การศึกษาและข้อสนเทศที่จำเป็น” ซึ่งมาจากภาษาอังกฤษว่า “necessary education and information” ก็เพื่อเป็นการเน้นย้ำว่ารัฐภาคีจะต้องไม่ดำเนินการในเรื่องนี้ในลักษณะเชิงรูปแบบ (Formality) หรืออย่างรวบรัด (Brevity) เท่านั้น แต่จะต้องดำเนินการอย่างสม่ำเสมอและอาจขยายไปถึงการฝึกอบรมบุคคลที่ไม่ใช่บุคลากรของรัฐด้วย เช่น องค์กรที่มีไชรัฐ (NGOs)⁴³⁵ นอกจากนี้ เนื้อหาที่จะถูกบรรจุและสอดแทรกในคู่มือการฝึกอบรมควรจะต้องครอบคลุมไปถึงความร่วมมือต่าง ๆ ในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิด รวมไปถึงหลักการชี้แนะและแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศที่สหประชาชาติรับรองและในต่างประเทศ⁴³⁶ เป็นต้นว่า จรรยาบรรณของเจ้าพนักงานของรัฐผู้บังคับใช้กฎหมาย (Code of Conduct for Law Enforcement Officials)⁴³⁷ และหลักการเกี่ยวกับจรรยาบรรณทางการแพทย์ (Principles of Medical Ethics)⁴³⁸

เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าในการออกกฎหมายหรือคำสั่งเกี่ยวกับหน้าที่และภารกิจของเจ้าพนักงานของรัฐจะต้องไม่มีส่วนใดที่ขัดหรือละเมิดพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาเลย อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ จึงกำหนดให้รัฐจะต้องบรรจุข้อห้ามเข้าไปในกฎหมายหรือคำสั่งเช่นว่า โดยการบรรจุจะต้องเป็นไปในลักษณะที่ชัดเจน (Unequivocal) และลงรายละเอียด และไม่ใช่เป็นเพียงการบรรจุในอารัมภบทอย่างกว้าง ๆ เท่านั้น⁴³⁹ เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาและเจ้าพนักงานของรัฐทุกคนทราบหน้าที่ของตนอย่างชัดเจนอันจะช่วยป้องกันมิให้มีการออกคำสั่งที่ขัดหรือละเมิดพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา นอกจากนี้ อนุสัญญา CED ยังได้กำหนดเพิ่มเติมว่า ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งที่ขัดหรือละเมิดพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา รัฐภาคีจะต้องรับรองแก่ผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาว่าตนมีหน้าที่ที่จะปฏิเสธการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว และจะต้องประกันว่าบุคคลที่ปฏิเสธที่จะเชื่อฟังคำสั่งเช่นว่าจะไม่ถูกลงโทษในภายหลัง⁴⁴⁰

5.3.3 การอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานของรัฐ

เฉพาะอนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐภาคีมีการดำเนินการเพื่ออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานของรัฐ เพื่อส่งเสริมให้การดำเนินมาตรการภายใต้อนุสัญญามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ดังนี้

⁴³⁴ *Supra* Note 191, para. 101.

⁴³⁵ *Supra* Note 196, p. 397, para. 23.

⁴³⁶ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 142.

⁴³⁷ *Supra* Note 116.

⁴³⁸ *Supra* Note 117.

⁴³⁹ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 143.

⁴⁴⁰ *Supra* Note 297, para. 80.

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	<p>ข้อ 12(3)</p> <p>“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องประกันว่าเจ้าพนักงานที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้</p> <p>(a) มีอำนาจและทรัพยากรที่จำเป็นที่จะดำเนินการสืบสวนอย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงการสามารถเข้าถึงเอกสารและข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวน</p> <p>(b) สามารถเข้าถึงสถานที่กักขังหรือสถานที่ใด ๆ ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลที่หายสาบสูญอาจอยู่ ณ ที่นั้น โดยได้รับการอนุญาตล่วงหน้าจากศาลซึ่งต้องดำเนินการอนุญาตโดยพลัน”⁴⁴¹</p>

การอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานของรัฐเป็นเครื่องมือที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการเติมเต็มให้การอุปถัมภ์สิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองภายใต้อนุสัญญาสมบรูณ์ยิ่งขึ้น เพื่อที่เจ้าพนักงานของรัฐจะได้มีเครื่องมือที่จำเป็นและเพียงพอใจการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่อนุสัญญากำหนดได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁴⁴² อย่างไรก็ตาม แม้การดำเนินมาตรการเพื่อการนี้จะสามารถกระทำได้ในรูปแบบที่หลากหลาย แต่อนุสัญญา CED ได้กำหนดมาตรการ 2 ประการให้รัฐภาคีจะต้องประกันให้มี คือ ประการแรก ด้านอำนาจและทรัพยากร (Powers and Resources) โดยรัฐภาคีจะต้องอำนวยความสะดวกให้เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจและทรัพยากรที่จำเป็นในการดำเนินการสืบสวน ซึ่งจะต้องรวมถึงการอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงเอกสารและข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนนั้นด้วย และประการที่สอง ด้านการเข้าถึงสถานที่ (Access) โดยรัฐภาคีจะต้องอำนวยความสะดวกให้เจ้าพนักงานของรัฐสามารถเข้าถึงสถานที่กักขังหรือสถานที่ใด ๆ ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายอาจอยู่ที่นั่น และหากจะต้องได้รับการอนุญาตจากศาลก็จะต้องประกันว่าศาลจะดำเนินการพิจารณาและอนุญาตโดยไม่ชักช้า

⁴⁴¹ *Supra* Note 13, CED, Art. 12(3)

“3. Each State Party shall ensure that the authorities referred to in paragraph 1 of this article:

(a) Have the necessary powers and resources to conduct the investigation effectively, including access to the documentation and other information relevant to their investigation;

(b) Have access, if necessary with the prior authorization of a judicial authority, which shall rule promptly on the matter, to any place of detention or any other place where there are reasonable grounds to believe that the disappeared person may be present.”

⁴⁴² *Supra* Note 294, para. 170(c).

5.4 พันธกรณีอื่น ๆ เกี่ยวกับการกระทำภายใต้อนุสัญญา

นอกจากพันธกรณีที่ได้กล่าวมาทั้งหมดแล้ว ยังปรากฏว่ามีพันธกรณีอีก 2 ประการที่อนุสัญญาแต่ละฉบับได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการ โดยแบ่งอธิบายได้ ดังนี้

(1) การป้องกันมิให้มีการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมาน

(2) การรับรองการกระทำทำให้บุคคลสูญหายในฐานะที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

5.4.1 การป้องกันมิให้มีการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมาน

เฉพาะอนุสัญญา CAT ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมาน ดังนี้

CAT	CED
<p>ข้อ 16</p> <p>“1. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐรับที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานตามที่นิยามไว้ในข้อ 1 เกิดขึ้นในอาณาเขตภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน เมื่อการกระทำเช่นว่านี้ได้กระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือความยินยอม หรือความรู้เห็นเป็นใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พันธกรณีทั้งปวงในข้อ 10 ข้อ 11 ข้อ 12 และข้อ 13 ให้นำมาใช้บังคับ โดยการใช้แทนที่การกล่าวถึงการทรมาน หรือการกล่าวถึงการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี</p> <p>2. บทบัญญัติต่าง ๆ ของอนุสัญญานี้ ไม่มีผลกระทบต่อบทบัญญัติทั้งปวงของตราสารระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายใน ที่ห้ามมิให้มีการประตบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี หรือที่เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือการขับไล่ออกนอกประเทศ”⁴⁴³</p>	<p>ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้</p>

⁴⁴³ *Supra* Note 12, CAT, Art. 16

“1. Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article I, when such acts are committed by or

แม้ชื่ออย่างเป็นทางการของอนุสัญญา CAT จะมีการกล่าวถึงการกระทำในลักษณะที่เป็นการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานด้วย แต่เนื่องจากผู้ร่างฯ ประสบปัญหาในการให้คำจำกัดความและเห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะกำหนดคำจำกัดความคำว่า “การกระทำในลักษณะที่เป็นการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมาน” ในลักษณะที่ครบถ้วน ชัดเจน และเป็นที่ยอมรับทั่วไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากอนุสัญญา CAT ประสงค์จะกำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีต้องทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายใน ก็จะต้องระบุคำจำกัดความพร้อมองค์ประกอบความผิดที่ชัดเจนไว้ด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญา⁴⁴⁴ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ผู้ร่างฯ ตัดสินใจไม่กำหนดคำจำกัดความและกำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้อย่างเคร่งครัดเมื่อเทียบกับกรณีการทรมาน

อย่างไรก็ดี ผู้ร่างฯ ได้ตัดสินใจกำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้ไว้อย่างกว้าง เพื่อให้รัฐภาคีดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา CAT โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1) รัฐภาคีจะต้องดำเนินการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานตามที่อนุสัญญา CAT ได้ให้คำจำกัดความไว้เกิดขึ้นในอาณาเขตภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน อย่างไรก็ดี ผู้ร่างฯ ไม่ได้ระบุชัดเจนว่ามาตรการดังกล่าวคืออะไร จึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของรัฐภาคีแต่ละรัฐ โดยคำนึงถึงและเทียบเคียงกับการดำเนินการในบริบทการทรมาน

(2) อนุสัญญา CAT ยังคงกำหนดคุณลักษณะของผู้กระทำผิดว่าต้องมีความเกี่ยวข้องกับรัฐ กล่าวคือ ต้องได้กระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือความยินยอม หรือความรู้เห็นเป็นใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ ผู้ร่างฯ มิได้กำหนดคุณลักษณะของเหยื่อว่าต้องมีความเกี่ยวข้องกับรัฐหรือไม่ในแนวทางเดียวกันกับการทรมาน ดังนั้น จึงอนุมานได้ว่าเหยื่อของการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานสามารถเป็นใครก็ได้ ที่ถูกลิดรอนเสรีภาพหรืออยู่ภายใต้การควบคุมในทางความเป็นจริงของผู้กระทำผิด⁴⁴⁵

(3) อนุสัญญา CAT ไม่ได้กำหนดว่าการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานจะต้องปรากฏความมุ่งประสงค์เหมือนกับที่ได้กำหนดไว้

at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. In particular, the obligations contained in articles 10, 11, 12 and 13 shall apply with the substitution for references to torture of references to other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

2. The provisions of this Convention are without prejudice to the provisions of any other international instrument or national law which prohibits cruel, inhuman or degrading treatment or punishment or which relates to extradition or expulsion.”

⁴⁴⁴ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 149.

⁴⁴⁵ *Ibid*, CAT Handbook, p. 150.

สำหรับกรณีการทรมาน ดังนั้น การพิจารณาการกระทำนี้จึงไม่ต้องคำนึงถึงความมุ่งประสงค์ในการกระทำดังกล่าวได้กระทำไปเพราะเหตุใด⁴⁴⁶

(4) ด้วยข้อจำกัดหลายประการดังที่ได้กล่าวไป ทำให้ผู้ร่างฯ ไม่อาจกำหนดให้พันธกรณีทุกข้อภายใต้อนุสัญญา CAT สามารถบังคับใช้กับการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือการประตบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานได้ทั้งหมด อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างฯ ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าพันธกรณีบางเรื่อง กล่าวคือ ในข้อ 10-13 สามารถนำมาปรับใช้ในบริบทนี้ได้ กล่าวคือ พันธกรณีในการฝึกอบรมบุคลากร พันธกรณีในการทบทวนแนวปฏิบัติของรัฐเพื่อป้องกันมิให้เจ้าพนักงานของรัฐกระทำความผิด พันธกรณีในการดำเนินการพิจารณาข้อเท็จจริงเมื่อมีมูลเหตุอันสมเหตุสมผลที่จะเชื่อได้ว่าได้มีการกระทำดังกล่าวจริงหรือเมื่อได้รับการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการ เนื่องจากพันธกรณีเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นพันธกรณีที่ช่วยในการคุ้มครองและเติมเต็มสิทธิมนุษยชนให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น⁴⁴⁷

(5) ผู้ร่างฯ ตระหนักดีว่าอาจมีตราสารระหว่างประเทศฉบับอื่นหรือกฎหมายภายในที่ห้ามห้ามมิให้มีการประตบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี ดังนั้น จึงได้กำหนดให้ชัดเจนว่าข้อบทใดที่อนุสัญญา CAT กำหนดนี้ จะไม่กระทบต่อการดำเนินการตามพันธกรณีภายใต้ตราสารอื่นที่เกี่ยวข้อง

5.4.2 การยืนยันการกระทำให้บุคคลสูญหายในฐานะที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

เฉพาะอนุสัญญา CED ได้มีข้อบทยืนยันการกระทำให้บุคคลสูญหายในฐานะอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ดังนี้

CAT	CED
ไม่มีข้อบทในเรื่องนี้	ข้อ 5 “การกระทำบังคับให้หายสาบสูญซึ่งดำเนินการอย่างกว้างขวางหรือเป็นระบบถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามที่นิยามภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับ และจะต้องนำมาซึ่งผลลัพธ์ตามที่กำหนดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับดังกล่าว” ⁴⁴⁸

ข้อบทนี้มีไว้เพื่อยืนยันว่าการกระทำให้บุคคลสูญหายนั้น หากได้มีการกระทำขึ้นในลักษณะที่กว้างขวาง (Widespread) หรือเป็นระบบ (Systematic) ก็ จะถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes Against

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Supra* Note 13, CED, Art. 5

“The widespread or systematic practice of enforced disappearance constitutes a crime against humanity as defined in applicable international law and shall attract the consequences provided for under such applicable international law.”

Humanity) ตามที่นิยามโดยธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ⁴⁴⁹ และสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการกระทำทำให้บุคคลสูญหายที่สามารถรายงานไปยังสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติผ่านเลขาธิการสหประชาชาติเกี่ยวกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหายที่อาจเข้าข่ายเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้⁴⁵⁰

กล่าวโดยสรุป ในบทที่ 5 นี้ ผู้วิจัยได้อธิบายพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ในส่วนที่เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีในรูปแบบต่าง ๆ และด้านอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหากรัฐภาคีที่พบตัวผู้กระทำผิดไม่ประสงค์ดำเนินคดี พันธกรณีในการมีมาตรการช่วยเหลือกันและกันระหว่างรัฐภาคี พันธกรณีอื่น ๆ เพื่อเติมเต็มให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้อนุสัญญานี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น และพันธกรณีอื่น ๆ เกี่ยวกับการกระทำภายใต้อนุสัญญาฯ ซึ่งเป็นการเสร็จสิ้นในส่วนการอธิบายสาระสำคัญของพันธกรณีของรัฐภาคีภายใต้อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ โดยในบทถัดไป ผู้วิจัยจะอธิบายแนวปฏิบัติของต่างประเทศในการดำเนินการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับนี้

⁴⁴⁹ *Supra* Note 91, Rome Statute.

⁴⁵⁰ *Supra* Note 13, CED, Art. 34

“If the Committee receives information which appears to it to contain well-founded indications that enforced disappearance is being practised on a widespread or systematic basis in the territory under the jurisdiction of a State Party, it may, after seeking from the State Party concerned all relevant information on the situation, urgently bring the matter to the attention of the General Assembly of the United Nations, through the Secretary-General of the United Nations.”

บทที่ 6

แนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในของต่างประเทศ

การอนุวัติการกฎหมายภายในเป็นการดำเนินการที่รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา CAT และสนธิสัญญา CED โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐภาคีที่ใช้ระบบทวินิยม (Dualism) สำหรับการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตาม การดำเนินการในเรื่องนี้ของรัฐภาคีแต่ละรัฐย่อมมีแนวทางการดำเนินการที่แตกต่างกันออกไปด้วยเหตุปัจจัยและบริบทเฉพาะของแต่ละรัฐ ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติฯ ของประเทศไทย การศึกษาแนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในของต่างประเทศจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการใช้เป็นข้อมูลประกอบการจัดทำ โดยในบทนี้ ผู้วิจัยจะอธิบายเหตุผลในการเลือกรัฐภาคีที่นำมาเป็นกรณีศึกษาและอธิบายผลการศึกษานโยบายการอนุวัติการกฎหมายภายในของรัฐนั้นเป็นรายประเด็น โดยเลือกเฉพาะประเด็นสำคัญที่ได้มีการอภิปรายอย่างกว้างขวางในการประชุมหรือการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติฯ ในระยะเวลาที่ผ่านมา

6.1 รัฐภาคีที่นำแนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในมาเป็นกรณีศึกษา

ในการเลือกรัฐภาคีเพื่อนำแนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในมาเป็นกรณีศึกษานั้น ผู้วิจัยได้เลือกรัฐมาจำนวน 5 รัฐ ประกอบด้วย สวิตเซอร์แลนด์ บราซิล ญี่ปุ่น ไนจีเรีย และกัมพูชา ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

- (1) รัฐภาคีทั้ง 5 รัฐ เป็นรัฐภาคีทั้งสนธิสัญญา CAT และสนธิสัญญา CED⁴⁵¹:

เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางของประเทศไทยที่มีแผนจะเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญา CED ซึ่งจะส่งผลให้ประเทศไทยเป็นรัฐภาคีสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับในอนาคต ดังนี้

รัฐภาคี	CAT		CED	
	ปีที่ลงนาม (ค.ศ.)	ปีที่เข้าเป็นภาคี (ค.ศ.)	ปีที่ลงนาม (ค.ศ.)	ปีที่เข้าเป็นภาคี (ค.ศ.)
สวิตเซอร์แลนด์	1985	1986	2006	2016
บราซิล	1985	1989	2007	2010
ญี่ปุ่น	-	1999	2007	2009
ไนจีเรีย	1988	2001	-	2009
กัมพูชา	-	1992	-	2013

⁴⁵¹ Status of Ratification Interactive Dashboard, [online] Available from: <https://indicators.ohchr.org/> [19 Aug 2021].

- (2) รัฐภาคีทั้ง 5 รัฐ มาจากภูมิภาคที่หลากหลาย
เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงการบังคับใช้สนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับในภูมิภาคต่าง ๆ ดังนี้

	ทวีปยุโรป	ทวีปอเมริกา	ทวีปแอฟริกา	ทวีปเอเชีย	อาเซียน
สวีตเซอร์แลนด์	✓				
บราซิล		✓			
ญี่ปุ่น				✓	
ไนจีเรีย			✓		
กัมพูชา				✓	✓

- (3) รัฐภาคีทั้ง 5 รัฐ มีระดับการพัฒนาที่หลากหลาย⁴⁵²

เพื่อแสดงให้เห็นถึงการบังคับใช้สนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับในรัฐภาคีที่มีระดับการพัฒนาที่แตกต่างกัน โดยใช้ตัวชี้วัด 2 ประการที่กำหนดโดยโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program – UNDP) ประกอบด้วย 1) Human Development Index (HDI) หมายถึง ผลสรุปจากค่าเฉลี่ยความสำเร็จในการบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนามนุษย์ เช่น การมีสุขภาพที่ดีและยืนยาว การมีความรู้ และการมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ⁴⁵³ และ 2) Gross National Income (GNI) per capita หรือ “รายได้ประชาชาติรวม” หมายถึง ผลสรุปของข้อมูลที่แสดงมูลค่ารวมของเงินและรายได้ทั้งหมดที่ผลิตในประเทศโดยผู้ที่อาศัยอยู่ในรัฐนั้น และที่ผลิตในต่างประเทศโดยคนชาติของรัฐนั้นในช่วงปีงบประมาณหนึ่ง⁴⁵⁴ ดังนี้

อันดับของโลก	รัฐ	Human Development Index (HDI) ค.ศ. 2019 (ข้อมูลล่าสุดที่เผยแพร่)	Gross National Income (GNI) per capita (PPP \$)
3	สวีตเซอร์แลนด์	0.955	69,394
19	ญี่ปุ่น	0.919	42,932
79	ไทย	0.777	17,781
84	บราซิล	0.765	14,263
144	กัมพูชา	0.594	4,246
161	ไนจีเรีย	0.539	4,910

⁴⁵² United Nations Development Program (UNDP), **Latest Human Development Index Ranking** [online] Available from: <http://hdr.undp.org/en/content/latest-human-development-index-ranking> [19 August 2021].

⁴⁵³ United Nations Development Program (UNDP), **Human Development Index**, [online] Available from: <http://hdr.undp.org/en/content/human-development-index-hdi> [19 August 2021].

⁴⁵⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), **Gross National Income** [online] Available from: <https://data.oecd.org/natincome/gross-national-income.htm> [19 August 2021].

(4) รัฐภาคีแต่ละรัฐมีการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ตลอดจนความเกี่ยวข้องกับธรรมเนียมกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่แตกต่างกัน เพื่อแสดงให้เห็นถึงแนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในตามรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่แตกต่างกันของแต่ละรัฐ และแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกับระหว่างรัฐภาคีกับธรรมเนียมกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนี้

รัฐภาคี	รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน	การเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ
สวิตเซอร์แลนด์	เอกนิยม	เป็น
บราซิล	เอกนิยม (เฉพาะตราสารสิทธิมนุษยชน)	เป็น
ญี่ปุ่น	เอกนิยม	เป็น
ไนจีเรีย	ทวินิยม	เป็น
กัมพูชา	เอกนิยม	เป็น

(5) กัมพูชาเป็นรัฐเดียวในภูมิภาคอาเซียนที่เป็นภาคีอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ⁴⁵⁵ สำหรับรัฐในภูมิภาคอาเซียน ผู้วิจัยเลือกกัมพูชามาเป็นกรณีศึกษาเนื่องจากกัมพูชาเป็นเพียงรัฐเดียวในภูมิภาคอาเซียนที่เป็นภาคีอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ดังนี้

รัฐอาเซียน	CAT		CED	
	ปีที่ลงนาม (ค.ศ.)	ปีที่เข้าเป็นภาคี (ค.ศ.)	ปีที่ลงนาม (ค.ศ.)	ปีที่เข้าเป็นภาคี (ค.ศ.)
บรูไน	2015	-	-	-
กัมพูชา	-	<u>1992</u>	-	<u>2013</u>
อินโดนีเซีย	1985	1998	2010	-
ลาว	2010	2012	2008	-
มาเลเซีย	-	-	-	-
พม่า	-	-	-	-
ฟิลิปปินส์	-	1986	-	-
สิงคโปร์	-	-	-	-
ไทย	-	2007	2012	-
เวียดนาม	2013	2015	-	-

⁴⁵⁵ *Supra* Note 451, Interactive Dashboard.

(6) ไนจีเรียเป็นรัฐเดียวที่ใช้ระบบ Common Law และเป็นภาคีสัญญาทั้ง 2 ฉบับ⁴⁵⁶

ในการเลือกรัฐมาเป็นกรณีศึกษาโดยใช้เกณฑ์ระบบกฎหมาย ผู้วิจัยเลือกไนจีเรียมาเป็นกรณีศึกษา เนื่องจากไนจีเรียเป็นรัฐเดียวที่ใช้ระบบ Common Law และเป็นภาคีสัญญาทั้ง 2 ฉบับ โดยรัฐอื่นที่ใช้ระบบ Common Law และมักได้รับการเลือกมาเป็นกรณีศึกษา เช่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย สิงคโปร์ ต่างยังไม่เป็นภาคีสัญญา CED

รัฐภาคี	ระบบ Civil Law	ระบบ Common Law
สวีตเซอร์แลนด์	✓	
บราซิล	✓	
ญี่ปุ่น	✓	
ไนจีเรีย		✓
กัมพูชา	✓	

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้ ผู้วิจัยจึงได้เลือกรัฐภาคีทั้ง 5 รัฐ ซึ่งประกอบด้วย สวีตเซอร์แลนด์ บราซิล ญี่ปุ่น ไนจีเรีย และกัมพูชา มาเป็นกรณีศึกษาในรายงานวิจัยฉบับนี้⁴⁵⁷ โดยผู้วิจัยจะอธิบายข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับโครงสร้างระบบกฎหมายและการเข้าเป็นภาคีสัญญาทั้ง 2 ฉบับของแต่ละรัฐ ดังนี้

6.1.1 สวีตเซอร์แลนด์

สวีตเซอร์แลนด์ หรือสมาพันธรัฐสวิส (Swiss Confederation) ตั้งอยู่ใจกลางทวีปยุโรป ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law มีรัฐธรรมนูญสวิส (Federal Constitution – SR101) เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและมีศักดิ์เหนือกฎหมายระดับรัฐ (Federal Acts) กฎหมายระดับแคว้น (Cantonal Acts) และกฎหมายระดับท้องถิ่น (Communal Acts)⁴⁵⁸ โดยรัฐธรรมนูญสวิสมีบทบัญญัติหลายมาตราที่รับรองการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและป้องกันปราบปรามการทรมานและการกระทำให้อับชยหาย เช่น การคุ้มครอง

⁴⁵⁶ U.S. Department of Justice, **Nigerian Legal System** [online] Available from: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/nigerian-legal-system> [23 August 2021].

⁴⁵⁷ สำหรับกรณีศึกษา สหรัฐอเมริกา ฟิลิปินส์ และฝรั่งเศส, โปรดดู ถนอมจิต วนวัฒนากุล, วิทยานิพนธ์ เรื่อง “แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาที่สอดคล้องกับการต่อต้านการทรมานโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรม”, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2552).

⁴⁵⁸ Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 [Switzerland], 18 April 1999, (Swiss Constitution).

จากการจับกุมโดยอำเภอใจ⁴⁵⁹ สิทธิที่จะมีชีวิตและเสรีภาพส่วนบุคคล⁴⁶⁰ สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม⁴⁶¹ และสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานหรือถูกประตียบตีอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี⁴⁶²

สวิตเซอร์แลนด์เข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ โดยในบริบทการป้องกันปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายนั้น สวิตเซอร์แลนด์เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CAT โดยมีผลใช้บังคับกับสวิตเซอร์แลนด์ตั้งแต่วันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1987 รวมถึงเข้าเป็นภาคีพิธีการเลือกรับ OPCAT โดยมีผลใช้บังคับกับสวิตเซอร์แลนด์ตั้งแต่วันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 2009 โดยรัฐบาลสวิสได้ตั้งคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการป้องกันการทรมาน (National Commission for the Prevention of Torture) ทำหน้าที่กำกับดูแลการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในเรื่องนี้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2010⁴⁶³ นอกจากนี้ สวิตเซอร์แลนด์เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CED โดยมีผลใช้บังคับกับสวิตเซอร์แลนด์ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2017⁴⁶⁴ ทั้งนี้ สวิตเซอร์แลนด์แสดงเจตนาเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 2001 และธรรมนูญฯ มีผลใช้บังคับกับสวิตเซอร์แลนด์ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นวันแรกที่ธรรมนูญฯ มีผลใช้บังคับ เป็นต้นมา⁴⁶⁵

เนื่องจากสวิตเซอร์แลนด์ใช้ระบบเอกนิยม (Monism) อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ในฐานะที่เป็นตราสารระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองโดยสวิตเซอร์แลนด์ จะเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสวิสในฐานะที่เป็นกฎหมายระดับรัฐทันที⁴⁶⁶ และทำให้ศาลและหน่วยงานของรัฐและท้องถิ่นต้องบังคับใช้และ/หรือปฏิบัติตามความในอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับในลักษณะเดียวกันกับที่ปฏิบัติกับกฎหมายระดับรัฐอื่น ๆ⁴⁶⁷ นอกจากนี้ ในขณะเดียวกันปัจเจกชนสามารถอ้างถึงบทบัญญัติในอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับได้โดยตรงในการร้องทุกข์อันเกี่ยวเนื่องกับบทบัญญัติในอนุสัญญา⁴⁶⁸

⁴⁵⁹ *Ibid*, Swiss Constitution, Art. 9.

⁴⁶⁰ *Ibid*, Swiss Constitution, Art.10(1), 10(2).

⁴⁶¹ *Ibid*, Swiss Constitution, Art.29-32.

⁴⁶² *Ibid*, Swiss Constitution, Art.10(3).

⁴⁶³ Committee on Enforced Disappearances, **Report submitted by Switzerland under Article 29(1) of the Convention**, UN Doc. CED/C/CHE/1 (2019), (Swiss Report), para. 13(d).

⁴⁶⁴ *Ibid*, Swiss Report, para. 1.

⁴⁶⁵ International Criminal Court, **Switzerland**, [online] Available from: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/western%20european%20and%20other%20states/Pages/switzerland.aspx [24 August 2021].

⁴⁶⁶ *Supra* Note 463, Swiss Report, para. 14.

⁴⁶⁷ *Supra* Note 458, Swiss Constitution, Art. 190.

⁴⁶⁸ Swiss Federal Supreme Court Judgement, ATF 124 III 90, p. 257.

6.1.2 บราซิล

บราซิล ตั้งอยู่ที่ทวีปอเมริกาใต้ ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law มีรัฐธรรมนูญบราซิล (Brazilian Federal Constitution of 1988 – CF88) เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ทำหน้าที่สร้างระบบกฎหมายสำหรับหลักนิติธรรมและการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยรัฐธรรมนูญบราซิลมีบทบัญญัติรับรองการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและป้องกันปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย เช่น การประกันการดำเนินกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due Process of Law) สิทธิที่จะมีชีวิตและเสรีภาพส่วนบุคคล ตลอดจนการคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของนักโทษ⁴⁶⁹

บราซิลเข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ โดยในบริบทการป้องกันปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายนั้น บราซิลเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CAT โดยมีผลใช้บังคับกับบราซิลตั้งแต่วันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 1989 รวมถึงเข้าเป็นภาคีพิธีการเลือกรับ OPCAT โดยมีผลใช้บังคับกับบราซิลตั้งแต่วันที่ 12 มกราคม ค.ศ. 2007 นอกจากนี้ บราซิลเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CED โดยมีผลใช้บังคับกับบราซิลตั้งแต่วันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 2010⁴⁷⁰ ทั้งนี้ บราซิลแสดงเจตนาเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 และธรรมนูญฯ มีผลใช้บังคับกับบราซิลตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นวันแรกที่ธรรมนูญฯ มีผลใช้บังคับ เป็นต้นมา⁴⁷¹

ในการอนุวัติการกฎหมายภายในนั้น อาจกล่าวได้ว่าบราซิลใช้ระบบผสมเนื่องจากบราซิลมีการแบ่งกฎหมายระหว่างประเทศออกเป็น 2 ประเภท คือ Supra-legal Treaties และ Infra-legal Treaties ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของตราสารระหว่างประเทศรายฉบับ⁴⁷² ทั้งนี้ เนื่องจากตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนถูกจัดให้เป็น Supra-legal Treaties จึงส่งผลให้บทบัญญัติในตราสารเช่นว่าจะมีสถานะเหนือกฎหมายภายในของบราซิลโดยอัตโนมัติซึ่งเป็นลักษณะของระบบเอกนิยม (Monism) ในขณะที่ตราสารอื่น ๆ ถูกจัดให้เป็น Infra-legal Treaties จึงทำให้ต้องมีการอนุวัติการกฎหมายภายในเพื่อรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีในทางระหว่างประเทศเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นลักษณะของระบบทวินิยม (Dualism)⁴⁷³ ดังนั้น ในบริบทอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ซึ่งเป็นตรา

⁴⁶⁹ Constitution of Brazil [Brazil], 5 October 1988 (Brazil Constitution CF88), Art. 5.

⁴⁷⁰ Committee on Enforced Disappearances, **Report submitted by Brazil under Article 29(1) of the Convention**, UN Doc. CED/C/BRA/1 (2019), (Brazil Report), para. 3.

⁴⁷¹ International Criminal Court, **Brazil**, [online] Available from: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/latin%20american%20and%20caribbean%20states/Pages/brazil.aspx [24 August 2021].

⁴⁷² Alex Silva Oliveira, “The Normative Hierarchy of Treaties in Brazilian Legal System,” in *Panor. Brazil Law Year 6 No. 9 and 10* (2018), p. 254.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 256.

สารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและได้รับการจัดประเภทเป็น Infra-legal Treaties ปัจจุบันจึงสามารถอ้างถึงบทบัญญัติในอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับได้โดยตรงในการร้องทุกข์อันเกี่ยวเนื่องกับบทบัญญัติในอนุสัญญา⁴⁷⁴

6.1.3 ญี่ปุ่น

ญี่ปุ่น ตั้งอยู่ในทวีปเอเชีย ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law มีรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น (Constitution of Japan) (หรือที่ได้รับการเรียกว่า “Post-War Constitution” เนื่องจากเป็นการร่างภายใต้การควบคุมของสหรัฐอเมริกา ภายหลังจากที่ญี่ปุ่นแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง) เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นมีบทบัญญัติหลายมาตราที่รับรองการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและป้องกันปราบปรามการทรมาน และการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย เช่น การประกันว่าจะไม่มีบุคคลใดถูกพรากไปซึ่งชีวิตและเสรีภาพเว้นแต่เป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมาย⁴⁷⁵ การประกันว่าจะไม่มีบุคคลใดถูกจับกุมโดยไม่มีหมายศาลหรือการอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ทางการศาล⁴⁷⁶ และการประกันว่าจะไม่มีบุคคลใดถูกจับกุมและกักขังโดยไม่ได้รับการแจ้งข้อหาและสิทธิ และโดยไม่ได้รับเอกสิทธิ์ในการติดต่อกับทนาย⁴⁷⁷

ญี่ปุ่นเข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ โดยในบริบทการป้องกันปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายนั้น ญี่ปุ่นเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CAT โดยมีผลใช้บังคับกับญี่ปุ่นตั้งแต่วันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1999⁴⁷⁸ นอกจากนี้ ญี่ปุ่นเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CED โดยมีผลใช้บังคับกับญี่ปุ่นตั้งแต่วันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 2010⁴⁷⁹ ทั้งนี้ ญี่ปุ่นแสดงเจตนาเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 และธรรมนูญฯ มีผลใช้บังคับกับญี่ปุ่นตั้งแต่วันนั้นเป็นต้นมา⁴⁸⁰

เนื่องจากญี่ปุ่นใช้ระบบเอกนิยม (Monism) อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ในฐานะที่เป็นตราสารระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองโดยญี่ปุ่น จึงได้รับการยอมรับให้บังคับใช้ได้ในประเทศและมีผลเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายใน⁴⁸¹ อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติการอ้างบทบัญญัติในตราสารระหว่างประเทศในการพิจารณาคดีภายในมักกระทำเป็นราย

⁴⁷⁴ *Supra* Note 470, Brazil Report, para. 20.

⁴⁷⁵ Constitution of Japan [Japan], 3 November 1946, (Japan Constitution), Art. 31.

⁴⁷⁶ *Ibid*, Japan Constitution, Art. 33.

⁴⁷⁷ *Ibid*, Japan Constitution, Art. 34.

⁴⁷⁸ Committee on Enforced Disappearances, *Consideration of Reports submitted by State Parties under Article 29(1) of the Convention: Japan*, UN Doc. CED/C/JPN/1 (2016), (Japan Report), para. 12.

⁴⁷⁹ *Ibid*, Japan Report, para. 1.

⁴⁸⁰ International Criminal Court, *Japan*, [online] Available from: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/japan.aspx [24 August 2021].

⁴⁸¹ *Supra* Note 475, Japan Constitution, Art. 98.

กรณีไป และส่วนใหญ่คู่ความมักจะอ้างกฎหมายภายในซึ่งมีเนื้อหาสอดคล้องกับเนื้อความในตราสารระหว่างประเทศมากกว่าการอ้างตราสารระหว่างประเทศโดยตรง⁴⁸²

6.1.4 ไนจีเรีย

ไนจีเรีย ตั้งอยู่ในทวีปแอฟริกา ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ไนจีเรียตกเป็นรัฐในอารักขาของอังกฤษ (British Protectorate) ในปี ค.ศ. 1901 จนกระทั่งได้รับอิสรภาพในปี ค.ศ. 1960 มีรัฐธรรมนูญไนจีเรีย (Constitution of Nigeria) เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยรัฐธรรมนูญไนจีเรียมีบทบัญญัติหลายมาตราที่รับรองการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและป้องกันปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายบรรจุไว้ในหมวดที่ 4 (Chapter IV) เช่น การคุ้มครองบุคคลจากการถูกทรมานหรือปฏิบัติไม่เป็นธรรมโดยอำเภอใจ⁴⁸³ และในกรณีที่มีการกักขังก็ระบุมาตรการคุ้มครองขั้นพื้นฐานที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตาม⁴⁸⁴

ไนจีเรียเข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ โดยในบริบทการป้องกันปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายนั้น ไนจีเรียเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา CAT โดยมีผลใช้บังคับกับไนจีเรียตั้งแต่วันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 2001⁴⁸⁵ นอกจากนี้ ไนจีเรียเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CED โดยมีผลใช้บังคับกับไนจีเรียตั้งแต่วันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2009⁴⁸⁶ ทั้งนี้ ไนจีเรียแสดงเจตนาเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 2001 และธรรมนูญฯ มีผลใช้บังคับกับไนจีเรียตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นวันแรกที่ธรรมนูญฯ มีผลใช้บังคับ เป็นต้นมา⁴⁸⁷

เนื่องจากไนจีเรียใช้ระบบทวินิยม (Dualism) รัฐธรรมนูญไนจีเรียจึงกำหนดให้รัฐบาลจะต้องอนุมัติการกฎหมายภายในเสียก่อนจึงจะสามารถบังคับใช้เนื้อหาแห่งบทบัญญัติในตราสารระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายภายในได้⁴⁸⁸ สำหรับในกรณีการทรมานนั้น รัฐบาลไนจีเรียได้มีการออกพระราชบัญญัติต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2017 (Anti-Torture Act of 2017) เป็นการเฉพาะ แต่ในกรณีการกระทำทำให้บุคคลสูญหายยังไม่ปรากฏว่ารัฐบาลไนจีเรียได้มีการอนุมัติการกฎหมายภายในฉบับใดเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม รัฐบาลไนจีเรียระบุว่าเนื้อหาแห่ง

⁴⁸² *Supra* Note 478, Japan Report, para. 13.

⁴⁸³ Constitution of the Federal Republic of Nigeria [Nigeria], Act No. 24, 5 May 1999, (Nigerian Constitution), Section 35.

⁴⁸⁴ *Ibid*, Nigerian Constitution, Section 36.

⁴⁸⁵ *Supra* Note 451.

⁴⁸⁶ Committee on Enforced Disappearances, Reports submitted by Nigeria under Article 29(1) of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances, (Nigeria Report), para. 2.

⁴⁸⁷ International Criminal Court, Nigeria, [online] Available from: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/african%20states/Pages/nigeria.aspx [25 August 2021].

⁴⁸⁸ *Supra* Note 483, Nigerian Constitution, Art. 12(1).

พันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับได้ถูกบรรจุอยู่ในกฎหมายภายในอื่น ๆ อยู่แล้ว⁴⁸⁹ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ทั้ง Penal Code ที่ใช้บังคับกับรัฐทางตอนเหนือของไนจีเรีย⁴⁹⁰ และ Criminal Code ที่ใช้บังคับกับรัฐที่เหลือทั้งหมด⁴⁹¹ กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการก่อการร้าย และกฎหมายเกี่ยวกับการปราบปรามการลักพาตัว⁴⁹²

6.1.5 กัมพูชา

กัมพูชา ตั้งอยู่ในภูมิภาคอาเซียน ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law เป็นหลัก เนื่องจากได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสในฐานะที่กัมพูชาเคยเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศสตั้งแต่ ค.ศ. 1853-1953 มีรัฐธรรมนูญกัมพูชา (Constitution of the Kingdom of Cambodia) เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ⁴⁹³ โดยรัฐธรรมนูญกัมพูชามีบทบัญญัติรับรองการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและป้องกันปราบปรามการทรมานและการกระทำให้อุบัติคดี เช่น สิทธิที่จะมีชีวิต และสิทธิในความเป็นส่วนตัว⁴⁹⁴

กัมพูชาเข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชนจำนวนมาก และนับว่ามากที่สุดที่สุดในภูมิภาคอาเซียน โดยในบริบทการป้องกันปราบปรามการทรมานและการกระทำให้อุบัติคดีนั้น กัมพูชาเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา CAT โดยมีผลใช้บังคับกับกัมพูชาตั้งแต่วันที่ 15 ตุลาคม ค.ศ. 1992⁴⁹⁵ นอกจากนี้ กัมพูชาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CED โดยมีผลใช้บังคับกับกัมพูชาตั้งแต่วันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 2013⁴⁹⁶ ทั้งนี้ กัมพูชาแสดงเจตนาเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 11 เมษายน ค.ศ. 2002 และธรรมนูญฯ มีผลใช้บังคับกับกัมพูชาตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นวันแรกที่ธรรมนูญฯ มีผลใช้บังคับ เป็นต้นมา⁴⁹⁷

เนื่องจากกัมพูชาใช้ระบบเอกนิยม (Monism) อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ในฐานะที่เป็นตราสารระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองโดยกัมพูชาจะต้องได้รับการยอมรับให้บังคับใช้ได้ในประเทศและมีผลเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายใน⁴⁹⁸ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญกัมพูชายังระบุชัดเจนว่ากัมพูชาจะต้องยอมรับและเคารพสิทธิมนุษยชนตามที่

⁴⁸⁹ *Supra* Note 486, Nigeria Report, para. 23.

⁴⁹⁰ Penal Code (Northern States) Federal Provisions Act 1960.

⁴⁹¹ Nigeria: Criminal Code Act [Nigeria], Cap C38 LFN 2004, 1 June 1916 (amended version of 1990), (Nigeria Criminal Code).

⁴⁹² *Supra* Note 486, Nigeria Report, para. 26.

⁴⁹³ Kong Phallack, **Overview of the Cambodian Legal and Judicial System and Recent Efforts at Legal and Judicial Reform** [online] Available from: http://www.khmerlex.com/Site/images/library_file/10-Overview%20of%20the%20Cambodian%20Legal%20and%20Judicial.pdf [26 August 2021].

⁴⁹⁴ Constitution of the Kingdom of Cambodia [Cambodia], 21 September 1993, (Cambodian Constitution), Art. 32.

⁴⁹⁵ *Supra* Note 451.

⁴⁹⁶ Committee on Enforced Disappearances, **Draft First National Report on the Implementation of International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances**, (Cambodia Report), para. 2.

⁴⁹⁷ International Criminal Court, **Cambodia**, [online] Available from: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/cambodia.aspx [27 August 2021].

⁴⁹⁸ *Supra* Note 494, Cambodia Constitution, Art. 26.

บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญา UDHR ตลอดจนตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ อีกด้วย⁴⁹⁹

6.2 ประเด็นศึกษา

การอนุวัติการกฎหมายภายในของรัฐภาคีเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ของรัฐภาคีแต่ละรัฐนั้นมีลักษณะและรูปแบบที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะในประเด็นรูปแบบ เนื้อหาหรือหลักการสำคัญ ตลอดจนความร่วมมือระหว่างประเทศที่อนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับกำหนด อย่างไรก็ตาม การศึกษาแนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในของรัฐภาคีที่เลือกมาเป็นกรณีศึกษานั้น ผู้วิจัยเลือกศึกษาเฉพาะประเด็นสำคัญที่ได้มีการอภิปรายอย่างกว้างขวางในการประชุมหรือการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติฯ ในระยะเวลาที่ผ่านมา ดังนี้

6.2.1 การกำหนดฐานความผิดทางอาญาและรูปแบบกฎหมาย

รัฐภาคีอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED มีพันธกรณีที่จะต้องประกันว่าการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นฐานความผิดภายใต้กฎหมายอาญาของตน จากการศึกษาพบว่ารัฐภาคีมีแนวทางการดำเนินการตามพันธกรณีในเรื่องนี้อยู่ 4 แนวทางด้วยกัน ดังนี้

6.2.1.1 การกำหนดให้เป็นฐานความผิดใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา

แนวทางแรก คือ รัฐภาคีกำหนดให้การทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นฐานความผิดใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา และกำหนดองค์ประกอบของฐานความผิดให้สอดคล้องกับคำจำกัดความของอนุสัญญา โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ คือ สวิตเซอร์แลนด์ สำหรับกรณีการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย โดยรัฐบาลสวิสระบุว่า สวิตเซอร์แลนด์ได้กำหนดให้การกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นฐานความผิดใหม่ในประมวลกฎหมายอาญาสวิส (Swiss Criminal Code/Strafgesetzbuch SR 311.0) และได้นำองค์ประกอบของฐานความผิดตามทีอนุสัญญา CED กำหนดมาบรรจุในบทบัญญัติในเรื่องนี้อย่างครบถ้วน⁵⁰⁰ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญาสวิส มาตรา 185bis หัวข้อ Enforced Disappearance วางหลักว่า ผู้ใดโดยที่มีเจตนาเพื่อทำให้บุคคลอื่นตกอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมายเป็นระยะเวลานาน ผู้นั้นจะต้องรับโทษหากได้กระทำ 1) ในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือได้รับการรู้เห็นเป็นใจจากรัฐหรือองค์กรทางการเมือง จำกัดเสรีภาพของบุคคลนั้นและปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น หรือ 2) ในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือได้รับการรู้เห็นเป็นใจจากรัฐหรือองค์กรทาง

⁴⁹⁹ *Supra* Note 494, Cambodia Constitution, Art. 31.

⁵⁰⁰ *Supra* Note 463, Swiss Report, para. 23.

การเมือง หรือโดยที่ละเมิดต่อหน้าที่ตามกฎหมาย ปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น ผู้นั้นจะต้องรับโทษ⁵⁰¹ ซึ่งเป็นการวางหลักที่ครบถ้วนตามองค์ประกอบที่อนุสัญญา CED กำหนด

6.2.1.2 การกำหนดให้เป็นฐานความผิดใหม่ในกฎหมายที่ออกเป็นการเฉพาะ

แนวทางที่สอง คือ รัฐภาคีกำหนดให้การทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นฐานความผิดใหม่ในกฎหมายที่ออกเป็นการเฉพาะ และกำหนดองค์ประกอบของฐานความผิดให้สอดคล้องกับคำจำกัดความของอนุสัญญา โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ มีดังนี้

(1) บราซิล (การทรมาน) บราซิลได้กำหนดให้การทรมานเป็นฐานความผิดใหม่ในกฎหมายที่ออกเป็นการเฉพาะ⁵⁰² โดย ข้อบัญญัติที่ 9,455/1997 เรื่อง การให้คำจำกัดความการทรมานและบทบัญญัติอื่น ๆ (Lei Nº 9.455/1997 – “Define os crimes de tortura e dá outras providências”)⁵⁰³ มาตรา 1 วางหลักว่าการทรมาน เป็นการกระทำที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลด้วยการใช้ความรุนแรงหรือการข่มขู่อย่างร้ายแรง การกระทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจ หรือทำให้บุคคลตกอยู่ภายใต้การควบคุมของอีกฝ่ายที่มีอำนาจด้วยการใช้ความรุนแรงหรือการข่มขู่อย่างร้ายแรงเพื่อบังคับใช้การลงโทษหรือมาตรการอื่น ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล คำให้การ หรือคำสารภาพ หรือเพื่อให้กระทำหรืองดเว้นกระทำความผิดอาญา หรือเพราะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทางเชื้อชาติหรือศาสนา⁵⁰⁴ ซึ่งเป็นการวางหลักที่ครบองค์ประกอบที่อนุสัญญา CAT กำหนด

⁵⁰¹ Swiss Criminal Code of 21 December 1937 (Status as of 1 July 2021), (Swiss Criminal Code), Art. 185bis

“1 Any person who with the intention of removing a person from the protection of the law for a prolonged period of time:

a. on behalf of or with the acquiescence of a State or political organisation, deprives that person of their liberty, and thereafter refuses to give information as to their fate or whereabouts; or

b. on behalf of or with the acquiescence of a State or political organisation or in violation of a legal duty refuses to give information as to the fate or whereabouts of the person concerned.

shall be liable to a custodial sentence of not less than one year.”

⁵⁰² *Supra* Note 470, Brazil Report, para. 45.

⁵⁰³ Lei Nº 9.455, de 7 de Abril de 1997 Define os crimes de tortura e dá outras providências (Definition of Crimes of Torture and Other Measures), (Brazil Torture Act).

⁵⁰⁴ *Ibid*, Brazil Torture Act, Art. 1

“The crime of torture is: I - embarrass someone with violence or serious threat, causing them physical suffering or mental:

a) for the purpose of obtaining information, statement or confession from the victim or a third person;

b) to provoke criminal action or omission;

c) due to racial or religious discrimination;”

(2) **ไนจีเรีย** (การทรมาน) ไนจีเรียได้กำหนดให้การทรมานเป็นฐานความผิดใหม่ในกฎหมายที่ออกเป็นการเฉพาะ⁵⁰⁵ โดยพระราชบัญญัติต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2017 (Anti-Torture Act of 2017)⁵⁰⁶ มาตรา 2(1) วางหลักว่า การทรมาน คือการกระทำที่เจตนาก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะแก่กายหรือจิตใจ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำสารภาพจากผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม เพื่อลงโทษจากการที่ผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สามได้กระทำ หรือเพื่อข่มขู่หรือขู่เชิญผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สามเพราะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งปวง โดยที่การกระทำดังกล่าวได้กระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่สอดคล้องกับการลงโทษโดยชอบด้วยกฎหมาย⁵⁰⁷ ซึ่งเป็นการวางหลักที่ครอบคลุมประกอบที่อนุสัญญา CAT กำหนด นอกจากนี้ เพื่อความชัดเจนในการบังคับใช้ มาตรา 2(2) ได้ระบุตัวอย่างการกระทำที่เข้าลักษณะเป็นการทรมานไว้จำนวนมาก ทั้งทางกาย เช่น การทุบตี ชก ตะบองหรือทุบด้วยด้ามปืน⁵⁰⁸ การให้อาหารหรือบังคับให้ทานอาหารที่ปกติมนุษย์ไม่ทาน เช่น อาหารเน่า มูลคนหรือมูลสัตว์⁵⁰⁹ การมัดหรือบังคับให้คงไว้ซึ่งท่าทางหนึ่งเป็นระยะเวลา⁵¹⁰ และการข่มขืนหรือล่วงละเมิดทางเพศ โดยรวมถึงการสอดใส่วัตถุหรือร่างกายแปลกปลอมเข้าไปในอวัยวะเพศของบุคคล⁵¹¹ และทางจิตใจ เช่น การปิดตา⁵¹² และการข่มขู่ว่าจะทำร้ายหรือสังหารบุคคลที่รู้จัก⁵¹³ ซึ่งเป็นการวางหลักที่เพิ่มเติมไปจากที่อนุสัญญา CAT กำหนด

⁵⁰⁵ *Supra* Note 486, Nigeria Report, para. 64.

⁵⁰⁶ Nigeria Anti-Torture Act 2017.

⁵⁰⁷ *Ibid*, Nigeria Anti-Torture Act 2017, Art. 2(1).

“Torture is deemed committed when an act by which pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person to –

- (a) obtain information or a confession from him or a third person
- (b) punish him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed; or
- (c) intimidate or coerce him or a third person for any reason based on discrimination of any kind,

When such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity provided that it does not include pain or suffering in compliance with lawful sanctions.”

⁵⁰⁸ *Supra* Note 506, Nigeria Anti-Torture Act 2017, Art. 2(2)(a)(i) – ‘systematic beatings, head-bangings, punching, kicking, striking with rifle butts and jumping on the stomach’

⁵⁰⁹ *Ibid*, Nigeria Anti-Torture Act 2017, Art. 2(2)(a)(ii) – ‘food deprivation or forcible feeding with spoiled food, animal or human excreta or other food not normally eaten’

⁵¹⁰ *Ibid*, Nigeria Anti-Torture Act 2017, Art. 2(2)(a)(vi) – ‘being tied or forced to assume fixed and stressful bodily positions’

⁵¹¹ *Ibid*, Nigeria Anti-Torture Act 2017, Art. 2(2)(a)(vii) – ‘rape and sexual abuse, including the insertion of foreign bodies into the sex organs or rectum or electrical torture of the genitals’

⁵¹² *Ibid*, Nigeria Anti-Torture Act 2017, Art. 2(2)(b)(i) – ‘blindfolding’

⁵¹³ *Ibid*, Nigeria Anti-Torture Act 2017, Art. 2(2)(b)(ii) – ‘threatening a person such persons related or known to him with bodily harm, execution or other wrongful acts’

6.2.1.3 การอ้างถึงฐานความผิดที่มีอยู่เดิมแต่องค์ประกอบไม่สอดคล้องทั้งหมดกับคำจำกัดความที่อนุสัญญากำหนด

แนวทางที่สาม คือ รัฐภาคีใช้วิธีการอ้างถึงฐานความผิดที่มีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ที่กล่าวถึงการทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นการเฉพาะ แต่องค์ประกอบของฐานความผิดดังกล่าวยังไม่สอดคล้องทั้งหมดกับคำจำกัดความที่อนุสัญญากำหนด โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ มีดังนี้

(1) สวิตเซอร์แลนด์ (การทรมาน) สวิตเซอร์แลนด์ได้กำหนดฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการทรมานไว้ในประมวลกฎหมายอาญาสวิสอยู่ 2 ฐานความผิดภายใต้บริบท 2 บริบทด้วยกัน กล่าวคือ 1) บริบทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยประมวลกฎหมายอาญาสวิสมาตรา 264a วางหลักว่า จะต้องมีการลงโทษในกรณีที่มีการกระทำที่สร้างความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะแก่กายหรือจิตใจ ต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้การควบคุมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบที่มุ่งกระทำต่อประชากรพลเรือน⁵¹⁴ และ 2) ในบริบทที่เกิดขึ้นในช่วงระหว่างสถานการณ์ที่มีการขัดกันทางอาวุธ โดยประมวลกฎหมายอาญาสวิส มาตรา 264c วางหลักว่า จะต้องมีการลงโทษในกรณีที่มีการกระทำที่สร้างความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะแก่กายหรือจิตใจ โดยการทรมาน การประตบตีอย่างโหดร้ายหรือการทดลองทางชีวภาพในมนุษย์⁵¹⁵ อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัติทั้ง 2 ฐานความผิดจะได้กำหนดให้การกระทำที่เข้าลักษณะการทรมานนั้นจะต้องมีการสร้างความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง (Severe Pain or Suffering) ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของอนุสัญญา CAT แต่องค์ประกอบอื่น กล่าวคือ เพื่อความมุ่งประสงค์ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำสารภาพ และการได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ยังไม่ปรากฏในองค์ประกอบของฐานความผิดที่ได้กล่าวถึงข้างต้น

(2) กัมพูชา (การทรมาน) กัมพูชาได้กำหนดฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการทรมานไว้ในประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา โดยประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา มาตรา 210 วางหลักว่า การทรมานหรือการกระทำที่

⁵¹⁴ *Supra* Note 501, Swiss Criminal Code, Art. 264a

“1 The penalty is a custodial sentence of not less than five years for any person who, as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population:

f. inflicts severe pain or suffering or serious injury, whether physical or mental, on a person in his or her custody or under his or her control”

⁵¹⁵ *Ibid*, Swiss Criminal Code, Art. 264c

“1 The penalty is a custodial sentence of not less than five years for any person who commits a serious violation of the Geneva Conventions of 12 August 1949/287 in connection with an international armed conflict by carrying out any of the following acts against persons or property protected under the Conventions:

c. causing severe pain or suffering or serious injury, whether physical or mental, in particular by torture, inhuman treatment or biological experiments”

โหดร้ายที่ได้กระทำต่อบุคคลอื่นเป็นความผิดและมีโทษจำคุก 7-15 ปี⁵¹⁶ ซึ่งเป็นการบัญญัติในลักษณะที่กว้างและไม่ปรากฏคำอธิบายเพิ่มเติม อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ประมวลกฎหมายอาญากัมพูชาได้ระบุอย่างชัดเจนในอารัมภบทว่า คำว่า “การทรมาน” และ “การกระทำที่โหดร้าย” ยังไม่มีการให้คำจำกัดความไว้แต่อย่างใด⁵¹⁷

6.2.1.4 การอ้างอิงฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้

แนวทางที่สี่ คือ รัฐภาคีใช้วิธีการอ้างอิงฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และมีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ซึ่งมีลักษณะของการกระทำหรือองค์ประกอบความผิดที่ใกล้เคียงกับการทรมานหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย แต่ยังไม่สอดคล้องทั้งหมดกับคำจำกัดความที่อนุสัญญากำหนด โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ มีดังนี้

(1) บราซิล (การกระทำทำให้บุคคลสูญหาย) ในปัจจุบันบราซิลยังไม่มีฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นการเฉพาะ แต่สามารถปรับใช้ฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และได้มีการบัญญัติอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาบราซิล (Codigo Penal Brasil/Decreto-Lei N° 2.848) เป็นต้นว่า 1) การฆ่าผู้อื่นโดยมีการวางแผนไตร่ตรองมาก่อนเพื่อปกปิดการกระทำผิดอื่น (Concealment of Other Crime)⁵¹⁸ 2) การทำลาย ขโมยหรือปกปิดแหล่งซ่อนศพ⁵¹⁹ 3) การใช้อำนาจ สั่งหรือบังคับใช้มาตรการอย่างอำเภोजใจเพื่อจำกัดเสรีภาพของบุคคลอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵²⁰ และ 4) การลักพาตัวบุคคลเพื่อประตบัติต่อบุคคลดังกล่าวอย่างโหดร้าย⁵²¹ ทั้งนี้ ได้เคยมีการเสนอร่าง Bill No.6240/2013 เพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาบราซิลเพื่อเพิ่มฐาน

⁵¹⁶ Cambodian Criminal Code [online] Available from:

<https://www.ajne.org/sites/default/files/resource/laws/7195/criminal-code-cambodia-en-kh.pdf> [28 August 2021], Art. 210

“Torture and acts of cruelty committed against another person shall be punishable by imprisonment from seven to fifteen years.”

⁵¹⁷ *Ibid*, Cambodian Criminal Code, Preamble

“Torture and acts of cruelty’ are prescribed in Article 210 of the Code. However, ‘torture’ or ‘acts of cruelty’ itself is not individually defined.”

⁵¹⁸ Codigo Penal Brasil/Decreto-Lei N° 2.848, (Brazil Criminal Code), Art. 121 V

“V - to ensure the execution, concealment, impunity or advantage of another crime:”

⁵¹⁹ *Ibid*, Brazil Criminal Code, Art. 211

“Destroy, subtract or hide a corpse or part of it”

⁵²⁰ *Ibid*, Brazil Criminal Code, Art. 350

“Order or execute a measure depriving individual liberty, without legal formalities or with abuse of power:”

⁵²¹ *Ibid*, Brazil Criminal Code, Art. 353

“Abducting or arresting a person, in order to ill-treat such a person, from the power of whoever has him in custody or guard:”

ความผิดเกี่ยวกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย⁵²² โดยร่างกฎหมายฉบับนี้ วางหลักไว้ว่าการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย จะต้องเป็นการกระทำที่ลักพาทัก คุมขังโดยมิชอบ หรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลด้วยวิธีอื่นใด ซึ่งได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ องค์กรของรัฐ หรือกลุ่มติดอาวุธหรือกึ่งทหาร และมีการปฏิเสธหรือปกปิดการจำกัดเสรีภาพของบุคคลนั้นหรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้นต่อบุคคลซึ่งมีสิทธิที่ควรจะรู้ได้ อย่างไรก็ตามพบว่ามีข้อสงสัยว่าในปัจจุบันร่างกฎหมายฉบับนี้ยังอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาและยังไม่ประกาศใช้ ซึ่งหากสามารถประกาศใช้เมื่อใดก็จะเป็นการวางหลักเกี่ยวกับฐานความผิดการกระทำทำให้บุคคลสูญหายที่ครบองค์ประกอบตามที่อนุสัญญา CED กำหนด⁵²³

(2) ญี่ปุ่น (การทรมาน) ในปัจจุบันญี่ปุ่นยังไม่มีฐานความผิดเกี่ยวกับการทรมานเป็นการเฉพาะ แต่สามารถปรับใช้ฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และมีการบัญญัติอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น (Penal Code Act No.45 of 1907)⁵²⁴ เป็นต้นว่า 1) การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบทำให้บุคคลอื่นต้องกระทำการในการที่บุคคลนั้นไม่มีหน้าที่ต้องกระทำหรือทำให้บุคคลอื่นไม่อาจอุปโภคสิทธิได้⁵²⁵ 2) การกระทำของเจ้าหน้าที่พิเศษของรัฐผู้ทำหน้าที่เกี่ยวกับทางการศาล อัยการหรือตำรวจ ได้ใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบในการประทุษร้ายหรือประตักบดอย่างโหดร้ายต่อผู้ถูกกล่าวหา ผู้ต้องสงสัยหรือบุคคลอื่น⁵²⁶ และ 3) การกระทำของเจ้าหน้าที่พิเศษของรัฐผู้ทำหน้าที่เกี่ยวกับทางการศาล อัยการหรือตำรวจ ได้ใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบอันส่งผลให้บุคคลถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บ⁵²⁷ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าแม้บทบัญญัติในฐานความผิดทั้ง 3 ฐานจะได้อำนาจกำหนดลักษณะการกระทำที่อาจเข้าลักษณะการทรมาน กล่าวคือ มีการประทุษร้ายหรือการประตักบดอย่างโหดร้าย และได้กำหนดชัดเจนว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ยังไม่มีการกล่าวถึงองค์ประกอบ

⁵²² Bill No. 6240/2013 [online] Available from: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589982> [29 August 2021].

⁵²³ *Supra* Note 470, Brazil Report, para. 42.

⁵²⁴ Penal Code (Act No.45 of 1907), (Japan Penal Code).

⁵²⁵ *Ibid*, Japan Penal Code, Art. 193

“When a public officer abuses his or her authority and causes another to perform an act which the person has no obligation to perform, or hinders another from exercising such person's right, imprisonment with work or imprisonment without work for not more than 2 years shall be imposed.”

⁵²⁶ *Ibid*, Japan Penal Code, Art. 195

“(1) When a person performing or assisting in judicial, prosecutorial or police duties commits, in the performance of his or her duties, an act of assault or physical or mental cruelty upon the accused, suspect or any other person, imprisonment with or without work for not more than 7 years shall be imposed.”

⁵²⁷ *Ibid*, Japan Penal Code, Art. 196

“A person who commits a crime proscribed under the preceding two Articles and thereby causes the death or injury of another shall be dealt with by the punishment prescribed for the crimes of injury or the preceding two Articles whichever is greater.”

สำคัญที่อนุสัญญา CAT กำหนด นั่นคือการสร้างความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง (Severe Pain or Suffering) และการมีความมุ่งประสงค์ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำสารภาพ

(3) ญีปุ่น (การกระทำให้บุคคลสูญหาย) ในปัจจุบันญีปุ่นยังไม่มีฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นการเฉพาะ แต่สามารถปรับใช้ฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และมีการบัญญัติอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาญีปุ่น โดยฐานความผิดที่ใกล้เคียงนั้นถูกจัดอยู่ในหมวด 31 (Chapter XXXI) “ฐานความผิดเกี่ยวกับการจับกุมคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” (Crimes of Unlawful Capture and Confinement) เป็นต้นว่า 1) กระทำของบุคคลที่จับกุมหรือคุมขังบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และ 2) การกระทำของบุคคลที่จับกุมหรือคุมขังบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายส่งผลให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บเป็นความผิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้น นอกจากนี้ ยังมีหมวด 33 (Chapter XXXIII) “ฐานความผิดเกี่ยวกับการลักพาและซื้อขายมนุษย์” (Crimes of Kidnapping and Buying or Selling of Human Beings) เป็นต้นว่า 1) การลักพาตัวเด็กโดยใช้กำลัง⁵²⁸ 2) การลักพาโดยใช้กำลังเพื่อหากำไร อนาคต แต่งงานหรือเป็นภักด์คุมต่อชีวิตหรือร่างกาย⁵²⁹ และ 3) การลักพาโดยใช้กำลังเพื่อนำตัวบุคคลออกจากประเทศ⁵³⁰ และหมวด 7 (Chapter VII) “ฐานความผิดเกี่ยวกับการให้ที่อยู่แก่อาชญากรและปกปิดพยานหลักฐาน” (Crimes of Harboring Criminals and Suppressing Evidence) เป็นต้นว่า 1) การให้ที่อยู่แก่อาชญากรหรือช่วยให้อาชญากรหลบหนี⁵³¹ และ 2) การปกปิด ทำลายปลอมแปลงหรือเปลี่ยนแปลงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาของบุคคลอื่น หรือใช้พยานหลักฐานที่ถูกปลอมแปลงหรือเปลี่ยนแปลงนั้น⁵³² อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าแม้บทบัญญัติที่กล่าวมาจะได้กำหนดลักษณะการ

⁵²⁸ *Ibid*, Japan Penal Code, Art. 224

“A person who kidnaps a minor by force or enticement shall be punished by imprisonment with work for not less than 3 months but not more than 7 years.”

⁵²⁹ *Ibid*, Japan Penal Code, Art. 225

“A person who kidnaps another by force or enticement for the purpose of profit, indecency, marriage or threat to the life or body shall be punished by imprisonment with work for not less than 1 year but not more than 10 years.”

⁵³⁰ *Ibid*, Japan Penal Code, Art. 226

“A person who kidnaps another by force or enticement, for the purpose of causing the kidnapped person's relatives or any other person who would be concerned about the kidnapped person's safety to deliver any property, taking advantage of such concern, shall be punished by imprisonment with work for life or for a definite term of not less than 3 years.”

⁵³¹ *Ibid*, Japan Penal Code, Art. 103

“A person who harbors or enables the escape of another person who has either committed a crime punishable with a fine or greater punishment or has escaped from confinement shall be punished by imprisonment with work for not more than 2 years or a fine of not more than 200,000 yen.”

⁵³² *Ibid*, Japan Penal Code, Art. 104

“A person who suppresses, damages, counterfeits or alters evidence relating to a criminal case of another person, or who uses counterfeit or altered evidence, shall be punished by imprisonment with work for not more than 2 years or a fine of not more than 200,000 yen.”

กระทำบางประการที่อาจเข้าลักษณะการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย กล่าวคือ มีการจับกุมคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การลักพาโดยใช้กำลังซึ่งเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล หรือการปกปิดพยานหลักฐาน แต่ยังไม่มีความผิดใดที่ระบุองค์ประกอบสำคัญบางประการที่อนุสัญญา CED กำหนดไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ การปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการจำกัดเสรีภาพ หรือการปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคล ทั้งนี้ ในส่วนของการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นไม่กำหนดในบทบัญญัติเหล่านี้ว่าต้องได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ จึงสามารถตีความได้ว่าการกระทำความผิดในบทบัญญัติเหล่านี้สามารถกระทำโดยใครก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁵³³

(4) ไนจีเรีย (การกระทำทำให้บุคคลสูญหาย) ในปัจจุบันไนจีเรียยังไม่มีฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นการเฉพาะ แต่สามารถปรับใช้ฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และมีการบัญญัติอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาไนจีเรีย (ทั้ง Penal Code และ Criminal Code) ได้ โดยฐานความผิดที่ใกล้เคียงนั้นถูกจัดอยู่ในหมวด 31 (Chapter 31) “ฐานความผิดต่อเสรีภาพ – การค้าทาส” (Offences against Liberty – Slave Dealing) เป็นต้นว่า 1) การจำคุกบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมหรือถูกค้นพบ⁵³⁴ และ 2) การคุมขังบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายส่งผลให้บุคคลอื่นถูกจำกัดเสรีภาพ⁵³⁵ นอกจากนี้ ไนจีเรียได้ออกกฎหมายฉบับใหม่เป็นการเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติต่อต้านการทำร้ายบุคคลอื่น ค.ศ. 2015 (Violence Against Persons (Prohibition) Act of 2015)⁵³⁶ เพื่อกำหนดห้ามการทำร้ายบุคคลอื่นในทุกรูปแบบทั้งในทางส่วนตัวและต่อหน้าสาธารณะ โดยมีฐานความผิดบางประการที่อาจนำมาปรับใช้กับการกระทำทำให้บุคคลสูญหายได้ เป็นต้นว่า 1) การจำกัดเสรีภาพของบุคคล⁵³⁷ และ 2) การบังคับให้บุคคลต้องแยกจากครอบครัวและมิตร⁵³⁸ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าแม้บทบัญญัติที่กล่าวมาจะได้กำหนดลักษณะการกระทำ

⁵³³ *Supra* Note 478, Japan Report, para. 17.

⁵³⁴ *Supra* Note 491, Nigeria Criminal Code, Art. 364; *Supra* Note 490, Nigeria Penal Code, Art. 255

“Any person who unlawfully imprisons any person within Nigeria in such a manner as to prevent him from applying to a court for his release or from discovering to any other person the place where he is imprisoned, or in such a manner as to prevent any person entitled to have access to him from discovering the place where he is imprisoned; is guilty of a felony, and is liable to imprisonment for ten years.”

⁵³⁵ *Supra* Note 491, Nigeria Criminal Code, Art. 365; *Supra* Note 490, Penal Code Art. 271

“Any person who unlawfully confines or detains another in any place against his will, or otherwise unlawfully deprives another of his personal liberty, is guilty of a misdemeanour, and is liable to imprisonment for two years.”

⁵³⁶ *Supra* Note 503, Brazil Torture Act.

⁵³⁷ Violence Against Persons (Prohibition) Act of 2015 [Nigeria], Nigeria Violence Act, Art. 10

“A person who deprives another of his or her liberty, except pursuant to a court order, commits an offence and is liable on conviction to a term of imprisonment not exceeding 2 years or to a fine not exceeding N500,000.00 or both.”

⁵³⁸ *Ibid*, Nigeria Violence Act, Art. 13

“A person who forcefully isolates or separates another from family and friends commits an offence and is liable on conviction to a term of imprisonment not exceeding 6 months or to a fine not exceeding N100,000.00 or both.”

บางประการที่อาจเข้าลักษณะการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย กล่าวคือ มีการจับกุมคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การบังคับให้บุคคลต้องแยกจากครอบครัวหรือมิตร หรือการป้องกันมิให้ผู้ถูกกระทำสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมหรือถูกค้นพบ แต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการอ้างฐานทางกฎหมายนั้น จะต้องอ้างกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก จึงจะครบองค์ประกอบตามที่อนุสัญญา CED กำหนด

(5) กัมพูชา (การกระทำทำให้บุคคลสูญหาย) ในปัจจุบันกัมพูชายังไม่มีฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นการเฉพาะ แต่สามารถปรับใช้ฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และมีการบัญญัติอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญากัมพูชาได้ โดยฐานความผิดที่ใกล้เคียงนั้นถูกจัดอยู่ในบรรพ 3 (Title 3) “การละเมิดต่อการบริหารงานของรัฐ” (Infringement of the Functioning of Public Administration) เป็นต้นว่า 1) การกระทำที่ละเมิดต่อเสรีภาพส่วนบุคคลโดยอำเภอใจที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการที่ได้รับเลือกตั้งมาและได้กระทำไปในขอบเขตทางการนั้น⁵³⁹ 2) การจำกัดเสรีภาพของบุคคลอื่นโดยอำเภอใจ หรือการล้มเหลวที่จะหยุดการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวทั้งที่ตนมีอำนาจ หรือการจงใจที่จะไม่แทรกแซงโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการที่ได้รับเลือกตั้งมาผู้มีข้อมูลว่าการจำกัดเสรีภาพนั้นมีขึ้นภายใต้ขอบเขตงานของตน⁵⁴⁰ และ 3) การรับเอาหรือคงไว้ซึ่งบุคคลโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำหน้าที่บริหารเรือนจำ โดยไม่มีหมายศาล คำพิพากษา คำสั่งให้คุมขัง หรือคำสั่งให้ปล่อยตัวที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁴¹ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า แม้บทบัญญัติที่กล่าวมาจะได้กำหนดลักษณะการกระทำบางประการที่อาจเข้าลักษณะการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย กล่าวคือ มีการจำกัดเสรีภาพของบุคคล และกำหนดชัดเจนว่าเป็นฐานความผิดที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการที่ได้รับเลือกตั้งมา แต่ยังไม่มียกเว้นข้อใดที่ระบุชัดเจนเกี่ยวกับการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการจำกัดเสรีภาพหรือการปกปิดชะตากรรมของบุคคลที่ถูกคุมขัง ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งตามที่อนุสัญญา CED กำหนด

⁵³⁹ *Supra* Note 516, Cambodian Criminal Code, Art. 588

“The arbitrary act of violation of personal freedom committed by a public official or a holder of public elected office, acting in the exercise or on the occasion of his or her function, shall be punishable by imprisonment from two to five years and a fine from four million to ten million Riels.”

⁵⁴⁰ *Ibid*, Cambodian Criminal Code, Art. 589

“The unlawful deprivation of liberty, the wilful failure either to put an end to such deprivation when he or she has the power, or the wilful failure to bring about the intervention of a competent authority, by a public official or a holder of public elected office who has knowledge of such deprivation in the course of or on the occasion of his or her function, shall be punishable by imprisonment from one to three years and a fine from two million to six million Riels.”

⁵⁴¹ *Ibid*, Cambodian Criminal Code, Art. 590

“The reception or retention of a person by an agent of the prison administration, without a warrant, a judgment, a detention order or a release order drafted in conformity with the law shall be punishable by imprisonment from two to five years and a fine from four million to ten million Riels.”

6.2.2 การกำหนดโทษทางอาญา

รัฐภาคีอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED มีพันธกรณีที่จะต้องกำหนดโทษทางอาญาให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำผิดฐานการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ซึ่งโดยลักษณะแล้วควรจะเป็นฐานความผิดที่มีระวางโทษหนักกว่าฐานความผิดอื่น จากการศึกษาพบว่ารัฐภาคีมีแนวทางการกำหนดระวางโทษ ดังนี้

6.2.2.1 ระวางโทษสำหรับฐานความผิดเกี่ยวกับการทรมาน

รัฐภาคีแต่ละรัฐได้กำหนดระวางโทษสำหรับฐานความผิดการทรมานหรือฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และมีบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นในปริมาณที่แตกต่างกัน โดยผู้วิจัยได้รวบรวมระวางโทษของฐานความผิดการทรมานหรือฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้กับการทรมาน และนำมาเทียบกับระวางโทษของฐานความผิดอื่นที่มีลักษณะเทียบเคียงกันได้กับการทรมานแต่มีความร้ายแรงน้อยกว่า ดังนี้

รัฐภาคี	ฐานความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่น	เกี่ยวกับการทรมาน	
		ฐานความผิดการทรมานตามอนุสัญญา CAT	ฐานความผิดอื่นที่เทียบเคียงได้กับการทรมาน
สวิตเซอร์แลนด์	ประมวลกฎหมายอาญาสวิส Art.123 Common Assault จำคุกไม่เกิน 3 ปี		ประมวลกฎหมายอาญาสวิส Art.264a(1)(f) Torture (CAH) จำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปี
บราซิล	ประมวลกฎหมายอาญาบราซิล Art.140 Injury จำคุก 1-6 เดือน	Law No. 9,455/1997 Art. 1 Torture จำคุก 2-8 ปี	
ญี่ปุ่น	ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น Art.208 Assault จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 300,000 เยน		ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น Art.195 Assault or Cruelty by Special Public Officers จำคุกไม่เกิน 7 ปี
ไนจีเรีย	ประมวลกฎหมายอาญาไนจีเรีย Art.351 Assault จำคุกไม่เกิน 1 ปี	Anti-Torture Act of 2017 Art. 9 Punishment/Torture จำคุกไม่เกิน 25 ปี	
กัมพูชา	ประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา Art.236 Bodily Harm จำคุก 6 เดือน – 2 ปี และปรับ 1-4 ล้านเรียล		ประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา Art.210 Torture/Cruelty จำคุก 7-15 ปี

จะเห็นได้ว่า รัฐภาคีกำหนดระวางโทษของฐานความผิดที่มีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่น เช่น การประทุษร้าย (Assault) การทำร้ายร่างกาย (Bodily Harm) หรือการทำให้บาดเจ็บ (Injury) ในปริมาณที่ต่ำกว่าฐานความผิดการทรมานหรือฐานความผิดอื่นที่เทียบเคียงได้กับการทรมาน ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางที่อนุสัญญา CAT กำหนด

6.2.2.2 ระวางโทษสำหรับฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย

เช่นเดียวกับกรณีการทรมาน รัฐภาคีแต่ละรัฐได้กำหนดระวางโทษสำหรับฐานความผิดการกระทำทำให้บุคคลสูญหายหรือฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และมีบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นในปริมาณที่แตกต่างกัน โดยผู้วิจัยได้รวบรวมระวางโทษของฐานความผิดการกระทำทำให้บุคคลสูญหายหรือฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้กับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย และนำมาเทียบกับระวางโทษของฐานความผิดอื่นที่มีลักษณะเทียบเคียงกันได้กับการกระทำทำให้บุคคลสูญหายแต่มีความร้ายแรงน้อยกว่า ดังนี้

รัฐภาคี	ฐานความผิดเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพของผู้อื่น	เกี่ยวกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย	
		ฐานความผิดการกระทำทำให้บุคคลสูญหายตามอนุสัญญา CED	ฐานความผิดอื่นที่เทียบเคียงได้กับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย
สวิตเซอร์แลนด์	ประมวลกฎหมายอาญาสวิส Art.183 False Imprisonment จำคุกไม่เกิน 5 ปี	ประมวลกฎหมายอาญาสวิส Art.185bis Enforced Disappearance จำคุก 1-20 ปี	
		ประมวลกฎหมายอาญาสวิส Art.264a(1)(e) Enforced Disappearance (CAH) จำคุก 5-20 ปี	
บราซิล	ประมวลกฎหมายอาญาบราซิล Art..148 Kidnapping and False Imprisonment จำคุก 1-3 ปี		ประมวลกฎหมายอาญาบราซิล Art.121 Killing Others to Conceal Other Crime จำคุก 12-30 ปี
			Bill No.6240/2013 (เสนอ) เหตุฉกรรจ์ จำคุก 8-15 ปี (กรณีบาดเจ็บ) จำคุก 12-20 ปี (กรณีเสียชีวิต)

ญี่ปุ่น	ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น Art.220 Unlawful Capture and Confinement จำคุก 3 เดือน – 7 ปี		ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น Art.221 (Art.204) Unlawful Capture and Confinement (กรณีเสียชีวิต) จำคุกไม่เกิน 15 ปี
ไนจีเรีย	ประมวลกฎหมายอาญาไนจีเรีย Art.365 Deprivation/Liberty จำคุกไม่เกิน 2 ปี		ประมวลกฎหมายอาญาไนจีเรีย Art.364 Kidnapping จำคุกไม่เกิน 10 ปี
กัมพูชา	ประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา Art.253 Arrest/Detention จำคุก 1-3 ปี		ประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา Art.588 Freedom/Officials จำคุก 2-5 ปี และปรับ 4-10 ล้านเรียล

จะเห็นได้ว่า รัฐภาคีกำหนดระวางโทษของฐานความผิดที่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้อื่น เช่น การจำคุกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (False Imprisonment) การลักพาตัว (Kidnapping) การจับกุมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Arrest) หรือการจำกัดเสรีภาพ (Deprivation of Liberty) ในปริมาณที่ต่ำกว่าฐานความผิดการกระทำให้บุคคลสูญหายหรือฐานความผิดอื่นที่เทียบเคียงได้กับกระทำให้บุคคลสูญหาย หรือกำหนดให้คุณลักษณะที่เทียบเคียงได้กับการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางที่อนุสัญญา CED กำหนด

6.2.3 การกำหนดอายุความ

อนุสัญญา CED ไม่ระบุให้รัฐภาคีจะต้องกำหนดให้ฐานความผิดการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดที่มีอายุความ แต่หากรัฐภาคีประสงค์จะกำหนด อายุความนั้นจะต้องมีลักษณะที่ยาวและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด จากการศึกษาพบว่ารัฐภาคีมีแนวทางการดำเนินการตามพันธกรณีในเรื่องนี้อยู่ 3 แนวทางด้วยกัน ดังนี้

6.2.3.1 กำหนดอายุความที่ยาว

แนวทางแรก คือ รัฐภาคีกำหนดให้ฐานความผิดการกระทำให้บุคคลสูญหายหรือฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และมีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ มีอายุความที่ยาว เมื่อเทียบกับโครงสร้างการกำหนดอายุความที่ประมวลกฎหมายอาญามักกำหนดให้สอดคล้องกับปริมาณของระวางโทษ ดังนี้

(1) **สวิตเซอร์แลนด์** สวิตเซอร์แลนด์กำหนดอายุความสำหรับความผิดฐานการกระทำให้บุคคลสูญหายด้วยการอ้างอิงตามโครงสร้างการกำหนดอายุความที่ประมวลกฎหมายอาญาสวิสกำหนด โดยประมวลกฎหมายอาญาสวิส มาตรา 97 กำหนดอายุความโดยแบ่งตามระวางโทษ คือ 1) อายุความ 30 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกตลอดชีวิต 2) อายุความ 15 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีขึ้นไป 3) อายุความ 10 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และ 4) อายุความ 7 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษประเภทอื่น⁵⁴² โดยอายุความเริ่มนับตั้งแต่วันที่มีการกระทำความผิด วันที่ทำการกระทำความผิดครั้งสุดท้ายในกรณีที่เป็นการกระทำหลายวาระ และวันที่ทำการกระทำความผิดสิ้นสุดลงในกรณีที่เป็นความผิดต่อเนื่อง⁵⁴³ ดังนั้น เนื่องจากความผิดฐานการกระทำให้บุคคลสูญหายมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป⁵⁴⁴ จึงเป็นความผิดที่มีอายุความ 15 ปี ซึ่งถือว่าเป็นอายุความที่ยาวและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด นอกจากนี้ หากการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ มาตรา 101 ก็กำหนดให้กลายเป็นความผิดที่ไม่มีอายุความ⁵⁴⁵

(2) **บราซิล** บราซิลกำหนดอายุความสำหรับฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้กับการกระทำให้บุคคลสูญหาย เช่น การฆ่าผู้อื่นโดยมีการวางแผนไตร่ตรองมาก่อนเพื่อปกปิดการกระทำผิดอื่น โดยอ้างอิงตามโครงสร้างการกำหนดอายุความที่ประมวลกฎหมายอาญาบราซิลกำหนด โดยประมวลกฎหมายอาญาบราซิล มาตรา 109 กำหนดอายุความโดยแบ่งตามระวางโทษ คือ 1) อายุความ 20 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษตั้งแต่ 12 ปีขึ้นไป 2) อายุความ 16 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 8-12 ปี 3) อายุความ 12 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 4-8 ปี 4) อายุความ 8 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 2-4 ปี 5) อายุความ 4 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 1-2 ปี และ 6) อายุความ 2 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี⁵⁴⁶ ดังนั้น เนื่องจากความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยมีการวางแผนไตร่ตรองมาก่อนเพื่อปกปิดการกระทำผิดอื่นมี

⁵⁴² *Supra* Note 501, Swiss Criminal Code, Art. 97

“1. The right to prosecute is subject to a time limit of: a. 30 years if the offence carries a custodial sentence of life; b. 15 years if the offence carries a custodial sentence of more than three years; c. 10 years if the offence carries a custodial sentence of three years; d. seven years if the offence carries a different penalty.”

⁵⁴³ *Ibid*, Swiss Criminal Code, Art. 98

“The limitation period begins: a. on the day on which the offender committed the offence; b. on the day on which the final act was carried out if the offence consists of a series of acts carried out at different times; c. on the day on which the criminal conduct ceases if the criminal conduct continues over a period of time.”

⁵⁴⁴ *Ibid*, Swiss Criminal Code, Art. 185bis.

⁵⁴⁵ *Ibid*, Swiss Criminal Code, Art. 101

“There is no statute of limitations for the offences of: b. crimes against humanity.” (โปรดดู Art. 264a para. 1 and 2)

⁵⁴⁶ *Supra* Note 518, Brazil Criminal Code, Art. 109

“The statute of limitations, before the final sentence becomes final, except as provided for in paragraphs 1 and 2 of art. 110 of this Code, it is regulated by the maximum of the private penalty of freedom bound to crime, verifying: I - in 20 (twenty) years, if the maximum sentence is greater than 12 (twelve); II - in 16 (sixteen) years, if the maximum sentence is greater than 8 (eight) years and does not exceed to 12 (twelve); III - in 12 (twelve) years, if the maximum sentence is greater than 4 (four) years

ระหว่างโทษจำคุก 12-30 ปี จึงเป็นความผิดที่มีอายุความ 20 ปี ซึ่งถือว่าเป็นอายุความที่ยาวและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด นอกจากนี้ ร่าง Bill No.6240/2013⁵⁴⁷ ซึ่งปัจจุบันอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาและยังไม่ประกาศใช้ วางหลักไว้ว่าความผิดฐานการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดเฉพาะที่ไม่มีอายุความและไม่จัดเป็นความผิดที่อาจได้รับการอภัยโทษได้⁵⁴⁸

6.2.3.2 กำหนดอายุความที่อาจยังถือว่าไม่ยาว

แนวทางที่สอง คือ รัฐภาคีกำหนดให้ฐานความผิดการกระทำทำให้บุคคลสูญหายหรือฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และมีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ มีอายุความ แต่อายุความนั้นอาจมีระยะเวลาที่ถือว่ายังไม่ยาวเพียงพอและอาจยังไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด เมื่อเทียบกับโครงสร้างการกำหนดอายุความที่ประมวลกฎหมายอาญามักกำหนดให้สอดคล้องกับปริมาณของระวางโทษ ดังนี้

(1) ญี่ปุ่น ญี่ปุ่นกำหนดอายุความสำหรับฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้กับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย เช่น การจับกุมและคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และการจับกุมและคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บ โดยอ้างอิงจากโครงสร้างการกำหนดอายุความตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาญี่ปุ่นกำหนด โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาญี่ปุ่น มาตรา 250(2) กำหนดอายุความโดยแบ่งตามระวางโทษ คือ 1) อายุความ 25 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษประหารชีวิต 2) อายุความ 15 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกตลอดชีวิต 3) อายุความ 10 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป 4) อายุความ 7 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 15 ปี 5) อายุความ 5 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี 6) อายุความ 3 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือมีโทษปรับ และ 7) อายุความ 1 ปี สำหรับฐานความผิดที่มีโทษกักขังหรือปรับ⁵⁴⁹ ดังนั้น เนื่องจากความผิดฐานการจับกุมและ

and does not exceed to 8 (eight); IV - in 8 (eight) years, if the maximum sentence is greater than 2 (two) years and does not exceed 4 (four); V - in 4 (four) years, if the maximum penalty is equal to 1 (one) year or, if greater, does not exceed 2 (two); VI - in 2 (two) years, if the maximum penalty is less than 1 (one) year.”

⁵⁴⁷ *Supra* Note 522, Bill No. 6240/2013.

⁵⁴⁸ *Supra* Note 470, Brazil Report, para. 71.

⁵⁴⁹ The Code of Criminal Procedure (Act No. 131 of 1948) [Japan], (Japan Criminal Procedure Code), Art. 250(2)

“(2) The statute of limitations is completed upon the lapse of the following time periods with regard to crimes other than crimes causing the death of a person and punishable with imprisonment without work or a greater punishment: (i) 25 years for offenses punishable by the death penalty; (ii) 15 years for offenses punishable with life imprisonment or life imprisonment without work; (iii) 10 years for offenses punishable with imprisonment or imprisonment without work whose maximum term is 15 years or more; (iv) 7 years for offenses punishable with imprisonment or imprisonment without work whose maximum term is less than 15 years; (v) 5 years for offenses punishable with imprisonment or imprisonment without work whose maximum term is less than 10 years; (vi) 3 years for offenses punishable with imprisonment or imprisonment without work whose maximum term is less than 5 years or with a fine; (vii) 1 year for offenses punishable with penal detention or with a petty fine.”

คุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายส่งผลให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บมีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 15 ปี จึงเป็นความผิดที่มีอายุความ 7 ปี ในเรื่องนี้ มีข้อสังเกตว่าอายุความเพียง 7 ปี อาจเป็นอายุความที่อาจยังถือว่าไม่ยาวและไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิดเมื่อเทียบกับการกำหนดอายุความของรัฐภาคีอื่น

(2) กัมพูชา กัมพูชากำหนดอายุความสำหรับฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้กับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย เช่น การใช้อำนาจทางกฎหมายโดยมิชอบต่อบุคคล หรือการจำกัดเสรีภาพของบุคคลอื่นโดยอำเภอใจ หรือการล้มเหลวที่จะหยุดการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวทั้งที่ตนมีอำนาจ หรือการจงใจที่จะไม่แทรกแซงโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการที่ได้รับเลือกตั้งมาผู้มีข้อมูลว่าการจำกัดเสรีภาพนั้นมีขึ้นภายใต้ขอบเขตงานของตน โดยอ้างอิงจากโครงสร้างการกำหนดอายุความตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กัมพูชา กำหนด โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กัมพูชา มาตรา 10 กำหนดอายุความโดยแบ่งตามประเภทของความผิด⁵⁵⁰ คือ 1) อายุความ 15 ปี สำหรับความผิดอาญาที่มีโทษร้ายแรงประเภท Felony ซึ่งหมายถึงความผิดที่มีโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือมีโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีแต่ไม่เกิน 30 ปี⁵⁵¹ 2) อายุความ 5 ปี สำหรับความผิดอาญาที่มีโทษร้ายแรงน้อยกว่าประเภท Misdemeanor ซึ่งหมายถึงความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 วัน แต่ไม่เกิน 5 ปี⁵⁵² และ 3) อายุความ 1 ปี สำหรับความผิดลหุโทษ⁵⁵³ ดังนั้น เนื่องจากความผิดฐานการใช้อำนาจทางกฎหมายโดยมิชอบต่อบุคคล⁵⁵⁴ มีโทษจำคุก 2-5 ปี จึงเป็นความผิดประเภท Misdemeanor ซึ่งมีอายุความเพียง 5 ปี และความผิดฐานการจำกัดเสรีภาพของบุคคลอื่นโดยอำเภอใจ หรือการล้มเหลวที่จะหยุดการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวทั้งที่ตนมีอำนาจ หรือการจงใจที่จะไม่แทรกแซงโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการที่ได้รับเลือกตั้งมาผู้มีข้อมูลว่าการจำกัดเสรีภาพนั้นมีขึ้นภายใต้ขอบเขตงานของตน⁵⁵⁵ มีโทษจำคุก 1-3 ปี จึงเป็นความผิดประเภท Misdemeanor ซึ่งมีอายุความเพียง 5 ปีเช่นกัน ในเรื่องนี้ มีข้อสังเกตว่าการกำหนดอายุความเพียง 5 ปี

⁵⁵⁰ Criminal Procedure Code of Kingdom of Cambodia [Cambodia], (Cambodia Criminal Procedure Code), Art. 10

“Except as provided in Article 9 (Crimes without Statute of Limitations) of this code, the time limitation for bringing a criminal action is as follows: fifteen (15) years for a felony; five (5) years for misdemeanor; and one (1) year for a petty offense.”

⁵⁵¹ *Supra* Note 516, Cambodia Criminal Code, Art. 46

“A felony is an offence for which the maximum sentence of imprisonment incurred is: (1) life imprisonment; (2) imprisonment for more than five years, but no more than thirty years.”

⁵⁵² *Ibid*, Cambodia Criminal Code, Art. 47

“A misdemeanor is an offence for which the maximum sentence of imprisonment incurred is more than six days, but no more than five years.”

⁵⁵³ *Ibid*, Cambodia Criminal Code, Art. 48

“A petty offence is an offence: (1) for which the maximum sentence of imprisonment incurred is six days or less. A fine may be imposed in addition to imprisonment; (2) punishable by a fine.”

⁵⁵⁴ *Ibid*, Cambodia Criminal Code, Art. 588.

⁵⁵⁵ *Ibid*, Cambodia Criminal Code, Art. 589.

อาจเป็นอายุความที่อาจยังถือว่าไม่ยาวและไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิดเมื่อเทียบกับการกำหนดอายุความของรัฐภาคีอื่น

6.2.3 ไม่กำหนดอายุความ

แนวทางที่สาม คือ รัฐภาคีไม่กำหนดอายุความสำหรับฐานความผิดการกระทำให้บุคคลสูญหายหรือฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้และมีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ คือ ไนจีเรีย โดยไนจีเรียไม่กำหนดอายุความสำหรับฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้กับการกระทำให้บุคคลสูญหาย⁵⁵⁶ นอกจากนี้ ศาลฎีกาไนจีเรียได้เคยพิพากษาในคดี *Paul Yabugbe v. Commissioner of Police* ว่าอายุความในฐานความผิดที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้ Public Officers Protection Act ไม่สามารถบังคับใช้ในคดีอาญาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นจำเลยได้⁵⁵⁷

6.2.4 การห้ามอ้างพฤติการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน

รัฐภาคีอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED มีพันธกรณีที่จะต้องไม่ยกพฤติการณ์พิเศษใด ๆ รวมถึงสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นเป็นข้ออ้างในการทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญหาย จากการศึกษาพบว่ารัฐภาคีมีการดำเนินการในเรื่องนี้อยู่ 3 แนวทางด้วยกัน ดังนี้

6.2.4.1 ที่มาจากบทบัญญัติในตราสารระหว่างประเทศ

แนวทางแรก คือ รัฐภาคีใช้วิธีอ้างอิงตราสารระหว่างประเทศที่เป็นภาคีและมีบทบัญญัติเกี่ยวข้อง กับหลักการห้ามเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน (Non-Derogation) โดยตรงในฐานที่มาของการปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องนี้ ซึ่งรัฐที่สามารถใช้แนวทางนี้ได้มักเป็นรัฐที่ใช้ระบบเอกนิยม (Monist) โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ คือ สวิตเซอร์แลนด์ ที่รัฐบาลสวิสระบุอย่างชัดเจนว่ารัฐบาลสวิสตลอดจนหน่วยงานของรัฐและท้องถิ่นมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามหลักการนี้⁵⁵⁸ ตามบทบัญญัติที่อนุสัญญา CAT⁵⁵⁹ อนุสัญญา CED⁵⁶⁰ และกติกา ICCPR⁵⁶¹ กำหนด

6.2.4.2 ที่มาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

แนวทางที่สอง คือ รัฐภาคีมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องหลักการห้ามเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน (Non-Derogation) หรือหลักการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Restriction of

⁵⁵⁶ *Supra* Note 486, Nigeria Report, para. 89.

⁵⁵⁷ *Paul Yabugbe v. Commissioner of Police*, (1992) LCN/2485(SC) In the Supreme Court of Nigeria Friday, April 10, 1992.

⁵⁵⁸ *Supra* Note 463, Swiss Report, para. 21.

⁵⁵⁹ *Supra* Note 12, CAT, Art. 2(2).

⁵⁶⁰ *Supra* Note 13, CED, Art. 1(2).

⁵⁶¹ *Supra* Note 11, ICCPR, Art. 4(2).

Fundamental Rights) อยู่แล้ว และสามารถนำมาใช้อ้างอิงในฐานะที่มาของการปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องนี้ โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ มีดังนี้

(1) **สวิตเซอร์แลนด์** นอกจากการอ้างอิงตราสารระหว่างประเทศโดยตรงแล้ว สวิตเซอร์แลนด์ยังสามารถอ้างอิงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้อีกด้วย โดยรัฐธรรมนูญสวิส มาตรา 36 ระบุว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีฐานทางกฎหมายและการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญจะต้องมีฐานจากกฎหมายกลาง โดยจะต้องมีเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่น ต้องได้สัดส่วน และแก่นของสิทธิขั้นพื้นฐานจะเป็นอันละเมิดมิได้⁵⁶² ดังนั้น ในเรื่องนี้ รัฐบาลสวิสรับรองว่าการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเป็นแก่นของสิทธิขั้นพื้นฐานอันสมบูรณ์ (Absolute) และไม่มีกฎหมายใดจะมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือทำให้เกิดการเสี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีได้⁵⁶³

(2) **บราซิล** รัฐธรรมนูญบราซิลมีบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตการกระทำของรัฐใน “สถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น” (State of Exception/State of Siege) โดยรัฐธรรมนูญบราซิล มาตรา 137 นิยาม “สถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น” ว่าจะต้อง 1) มีลักษณะที่กระทบอย่างร้ายแรงทั้งประเทศหรือเป็นที่ประจักษ์ชัดว่ามาตรการป้องกันของรัฐไม่มีประสิทธิภาพ หรือ 2) มีการประกาศสงครามหรือตอบโต้การรุกรานจากรัฐต่างชาติ⁵⁶⁴ อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินการของรัฐบาลภายใต้สถานการณ์เช่นว่า รัฐธรรมนูญบราซิล มาตรา 139 กำหนดกรอบการดำเนินการว่ารัฐบาลสามารถดำเนินการได้เฉพาะกรณีดังต่อไปนี้เท่านั้น คือ การกำหนดให้อยู่แต่ในสถานที่ การกักขังในสถานที่ที่ไม่ถูกจัดไว้สำหรับผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดหรือผู้ต้องหาคดีอาญา การจำกัดการติดต่อสื่อสารและเสรีภาพของสื่อ การระงับเสรีภาพในการรวมกลุ่ม การค้นและยึดของในเคหสถาน การแทรกแซงในองค์กรสาธารณูปโภค และการเรียกสินค้า⁵⁶⁵ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแม้แต่ในสถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น รัฐธรรมนูญบราซิล

⁵⁶² *Supra* Note 458, Swiss Constitution, Art. 36

“1 Restrictions on fundamental rights must have a legal basis. Significant restrictions must have their basis in a federal act. The foregoing does not apply in cases of serious and immediate danger where no other course of action is possible.

2 Restrictions on fundamental rights must be justified in the public interest or for the protection of the fundamental rights of others.

3 Any restrictions on fundamental rights must be proportionate.

4 The essence of fundamental rights is sacrosanct.”

⁵⁶³ *Supra* Note 463, Swiss Report, para. 20.

⁵⁶⁴ *Supra* Note 469, Brazil Constitution, Art. 137

“The President of the Republic may, after hearing the Council of the Republic and the National Defense Council, request authorization from the National Congress to decree the state of siege in the event of:

I – serious disturbance with nationwide effects or occurrence of facts that evidence the ineffectiveness of a measure taken during the state of defense;

II – declaration of state of war or response to foreign armed aggression.”

⁵⁶⁵ *Ibid*, Brazil Constitution, Art. 139

ยังไม่อนุญาตให้รัฐบาลอ้างพฤติการณ์เช่นว่าเพื่อเป็นเหตุในการทรมานหรือการกระทำให้บุคคลสูญหายได้ เนื่องจากไม่อยู่ในรายการที่รัฐธรรมนูญรับรอง

(3) **ไนจีเรีย** รัฐธรรมนูญไนจีเรียมีบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตการกระทำของรัฐใน “ระยะเวลาฉุกเฉิน” (Period of Emergency)⁵⁶⁶ ซึ่งหมายถึงระยะเวลาในระหว่างที่ประธานาธิบดีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยรัฐธรรมนูญไนจีเรีย มาตรา 305 วางหลักว่า เมื่อประเทศอยู่ในสภาวะสงคราม มีภัยอันตรายจากการรุกรานที่ใกล้จะถึง มีการล่มสลายหรือมีความเป็นไปได้อย่างชัดเจนที่จะมีการล่มสลายซึ่งความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะซึ่งจำเป็นจะต้องมีมาตรการพิเศษเพื่อทำให้กลับคืนสู่สันติภาพและความสงบ หรือมีภัยอันตรายจากภัยพิบัติหรือมหันตภัยที่ใกล้จะถึง⁵⁶⁷ รัฐบาลสามารถเล็งไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติบางประการในรัฐธรรมนูญได้ เมื่อการเล็งไม่ปฏิบัติตามนั้น “เป็นไปได้อย่างสมเหตุสมผลภายใต้สังคมประชาธิปไตย” (reasonably justifiable in a democratic society) ทั้งนี้ เนื่องจากไม่ปรากฏว่า “บทบัญญัติบางประการ” ในมาตราดังกล่าวได้มีการรวมถึงกรณีตามมาตรา 33-35 ด้วย กล่าวคือ 1) มาตรา 33 ว่าด้วยการรับรองสิทธิที่จะมีชีวิต⁵⁶⁸ 2) มาตรา 34 ว่าด้วยการเคารพศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์⁵⁶⁹ และ 3) มาตรา 35 ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพเว้นแต่การจำกัด

“During the period in which the state of siege decreed under article 137, I, is in force, only the following measures may be taken against persons:

I – obligation to remain at a specific place; II – detention in a building not intended for persons accused of or convicted for common crimes; III – restrictions regarding the inviolability of correspondence, the secrecy of communications, the rendering of information and the freedom of press, radio broadcasting and television, as established by law; IV – suspension of freedom of assembly; V – home search and seizure; VI – intervention in public utility companies; VII – requisitioning of property.”

⁵⁶⁶ *Supra* Note 483, Nigeria Constitution, Art. 45(3)

“(3) In this section, a " period of emergency" means any period during which there is in force a Proclamation of a state of emergency declared by the President in exercise of the powers conferred on him under section 305 of this Constitution.”

⁵⁶⁷ *Ibid*, Nigeria Constitution, Art. 305

“The President shall have power to issue a Proclamation of a state of emergency only when –

(a) the Federation is at war; (b) the Federation is in imminent danger of invasion or involvement in a state of war; (c) there is actual breakdown of public order and public safety in the Federation or any part thereof to such extent as to require extraordinary measures to restore peace and security; (d) there is a clear and present danger of an actual breakdown of public order and public safety in the Federation or any part thereof requiring extraordinary measures to avert such danger; (e) there is an occurrence or imminent danger, or the occurrence of any disaster or natural calamity, affecting the community or a section of the community in the Federation; (f) there is any other public danger which clearly constitutes a threat to the existence of the Federation; or (g) the President receives a request to do so in accordance with the provisions of subsection (4) of this section.”

⁵⁶⁸ *Ibid*, Nigeria Constitution, Section 33(1)

“(1) Every person has a right to life, and no one shall be deprived intentionally of his life, save in execution of the sentence of a court in respect of a criminal offence of which he has been found guilty in Nigeria.”

⁵⁶⁹ *Ibid*, Nigeria Constitution, Section 34(1)

เสรีภาพนั้นชอบด้วยกฎหมาย⁵⁷⁰ ซึ่งล้วนแต่เป็นบทบัญญัติที่เป็นพื้นฐานแห่งการคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานหรือกระทำให้สูญหายด้วย⁵⁷¹ จึงอาจอนุมานได้ว่ามาตรา 305 นั้นไม่นำมาใช้บังคับกับกรณีตามมาตรา 33-35 อย่างไรก็ดี มาตรา 45 วรรคสอง เปิดช่องให้รัฐบาลในจ็เรียอาจเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในมาตรา 33 และมาตรา 35 ได้ หากมาตรการนั้น “เป็นไปอย่างสมเหตุสมผลเพื่อจัดการกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาฉุกเฉิน” (reasonably justifiable for the purpose of dealing with the situation that exists during the period of emergency)⁵⁷² ซึ่งทำให้มีข้อสังเกตว่าข้อยกเว้นนี้อาจไม่เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED

(4) **กัมพูชา** รัฐธรรมนูญกัมพูชามีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้พระมหากษัตริย์โดยความเห็นชอบอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ของนายกรัฐมนตรี ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและประธานวุฒิสภา สามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศได้เมื่อประเทศประสบกับอันตราย⁵⁷³ อย่างไรก็ดี เนื่องจากไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญกัมพูชาที่กล่าวถึงหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับการเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงยังไม่อาจประกันได้ว่าบทบัญญัติบางประการ อาทิ มาตรา 31 วรรคแรก ที่รับรองสิทธิที่จะมีชีวิต เสรีภาพส่วนบุคคลและความมั่นคง⁵⁷⁴ จะอยู่ในข้อยกเว้นการเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือไม่ แม้รัฐบาลกัมพูชาจะระบุว่าไม่มีสถานการณ์ฉุกเฉินใดที่จะทำให้สามารถเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวได้ก็ตาม⁵⁷⁵

“(1) Every individual is entitled to respect for the dignity of his person, and accordingly - (a) no person shall be subject to torture or to inhuman or degrading treatment; (b) no person shall he held in slavery or servitude; and (c) no person shall be required to perform forced or compulsory labour.”

⁵⁷⁰ *Ibid*, Nigeria Constitution, Section 35(1)

“Every person shall be entitled to his personal liberty and no person shall be deprived of such liberty save in the following cases and in accordance with a procedure permitted by law.”

⁵⁷¹ *Supra* Note 486, Nigeria Report, para. 52.

⁵⁷² *Supra* Note 483, Nigeria Constitution, Section 45(2)

“(2) An act of the National Assembly shall not be invalidated by reason only that it provides for the taking, during periods of emergency, of measures that derogate from the provisions of section 33 or 35 of this Constitution; but no such measures shall be taken in pursuance of any such act during any period of emergency save to the extent that those measures are reasonably justifiable for the purpose of dealing with the situation that exists during that period of emergency.”

⁵⁷³ *Supra* Note 494, Cambodia Constitution, Art. 22

“When the nation faces danger, the King shall make a public proclamation placing the country in a state of emergency, after unanimous agreement from the Prime Minister, the President of the National Assembly and the President of the Senate.”

⁵⁷⁴ *Ibid*, Cambodia Constitution, Art.31(1)

“Everyone has the right to life, liberty and security of person.”

⁵⁷⁵ *Supra* Note 496, Cambodia Report, para. 3.

6.2.4.3 ไม่มีระบุในกฎหมายภายใน

แนวทางที่สาม คือ รัฐภาคีไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะในระดับรัฐธรรมนูญหรือประมวลกฎหมาย ที่กล่าวถึงหลักการห้ามเลี้ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน (Non-Derogation) หรือหลักการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Restriction of Fundamental Rights) จึงต้องอาศัยการตีความว่าการไม่มีบทบัญญัติที่ให้การทำได้หมายความว่ารัฐบาลไม่สามารถจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ คือ ญี่ปุ่น โดยรัฐบาลญี่ปุ่นระบุว่าประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของญี่ปุ่น ไม่มีบทบัญญัติใดที่ยกเว้นความรับผิดทางกฎหมายที่เกิดจากการทรมานและการกระทำให้อุบัติของบุคคลสูญหาย อันมีสาเหตุมาจากภาวะสงคราม ความไม่สงบทางการเมืองภายในประเทศ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่น ๆ⁵⁷⁶ จึงสามารถตีความได้ว่าเมื่อไม่มีบทบัญญัติที่ยกเว้นได้หมายความว่าผู้กระทำผิดฐานการทรมานหรือการกระทำที่บุคคลสูญหายจะมีความรับผิดในทุกกรณี อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น มาตรา 13 ซึ่งวางหลักว่า สิทธิที่จะมีชีวิต เสรีภาพและการแสวงหาความสุขเป็นสิ่งสมควรคำนึงถึงอย่างสูงสุดในการออกกฎหมายและการดำเนินการของรัฐ ภายใต้ขอบเขตเท่าที่ไม่กระทบต่อสวัสดิการสังคม⁵⁷⁷ ทำให้อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่ามาตรา 13 อาจเป็นการสร้างข้อจำกัดในการอุปโภคสิทธิซึ่งอาจไม่เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED

6.2.5 การไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลมาจากการทรมาน

รัฐภาคีอนุสัญญา CAT มีพันธกรณีที่จะต้องประกันว่าจะไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลมาจากการทรมาน กล่าวคือ คู่กรณีจะยกคำให้การใดที่พิสูจน์ได้ว่าได้ให้โดยเป็นผลจากการทรมานขึ้นอ้างเป็นหลักฐานในการดำเนินคดีไม่ได้ เว้นแต่จะใช้เป็นหลักฐานผูกมัดบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการทรมานในฐานะเป็นหลักฐานว่า คำให้การได้มาโดยวิธีนั้น จากการศึกษาพบว่ารัฐภาคีมีแนวทางการดำเนินการตามพันธกรณีในเรื่องนี้อยู่ 2 แนวทางด้วยกัน ดังนี้

6.2.5.1 ที่มาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

แนวทางแรก คือ รัฐภาคีมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเพื่อรับรองหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Fair Trial) และมีบทบัญญัติชัดเจนเกี่ยวกับการไม่ยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาจากคำสารภาพที่บุคคลได้ให้โดยไม่สมัครใจ เช่น การถูกข่มขู่หรือการทรมาน โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ มีดังนี้

⁵⁷⁶ *Supra* Note 478, Japan Report, para. 15.

⁵⁷⁷ *Supra* Note 475, Japan Constitution, Art. 13

“All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.”

(1) บราซิล รัฐธรรมนูญบราซิลมีบทบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมายและความละเมิดมิได้ของสิทธิที่จะมีชีวิต เสรีภาพ เสมอภาค และความมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สิน ตลอดจนประกันว่าบุคคลจะต้องไม่ถูกทรมานหรือประตักตีอย่างโหดร้าย⁵⁷⁸ และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวนี้ รัฐธรรมนูญบราซิล มาตรา 5 LVI ระบุชัดเจนว่าพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายจะไม่สามารถยอมรับได้⁵⁷⁹

(2) ญี่ปุ่น รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น มาตรา 38 รับรองว่าบุคคลไม่อาจให้การที่เป็นประตักตีแก่ตนเองได้ และคำสารภาพที่ได้ให้โดยการบังคับ ทรมานหรือข่มขู่ หรือภายหลังจากจับกุมหรือคุมขังมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน มีอายุยอมรับเป็นพยานหลักฐานได้ นอกจากนี้ บุคคลไม่อาจมีความผิดหรือถูกลงโทษในกรณีที่ยานหลักฐานชิ้นเดียวที่มีคือคำสารภาพของบุคคลนั้น⁵⁸⁰

(3) ไนจีเรีย รัฐธรรมนูญไนจีเรีย มาตรา 36 รับรองว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม⁵⁸¹ และบุคคลที่ถูกดำเนินคดีอาญาไม่สามารถถูกบังคับให้ต้องแสดงพยานหลักฐานในระหว่างการดำเนินคดีได้⁵⁸² ทำให้สามารถอนุมานได้ว่าพยานหลักฐานใดที่ได้มาโดยการบังคับ เช่น คำให้การที่ได้ให้จากการบังคับหรือการทรมาน จะไม่สามารถใช้ในการดำเนินคดีได้

(4) กัมพูชา รัฐธรรมนูญกัมพูชา มาตรา 38 วรรค 5 รับรองว่าคำสารภาพที่ได้ให้เป็นผลมาจากการทรมานหรือการกดดันจากจิตใจ ไม่อาจยอมรับเป็นพยานหลักฐานแห่งการกระทำผิดได้⁵⁸³

⁵⁷⁸ *Supra* Note 469, Brazil Constitution, Art. 5 III

“All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, Brazilians and foreigners residing in the country being ensured of inviolability of the right to life, to liberty, to equality, to security and to property, on the following terms: III – no one shall be submitted to torture or to inhuman or degrading treatment.”

⁵⁷⁹ *Ibid*, Brazil Constitution, Art. 5 LVI

“LVI – evidence obtained through illicit means are unacceptable in the process.”

⁵⁸⁰ *Supra* Note 475, Japan Constitution, Art. 38

“No person shall be compelled to testify against himself. Confession made under compulsion, torture or threat, or after prolonged arrest or detention shall not be admitted in evidence. No person shall be convicted or punished in cases where the only proof against him is his own confession.”

⁵⁸¹ *Supra* Note 483, Nigeria Constitution, Art. 36(1)

“In the determination of his civil rights and obligations, including any question or determination by or against any government or authority, a person shall be entitled to a fair hearing within a reasonable time by a court or other tribunal established by law and constituted in such manner as to secure its independence and impartiality.”

⁵⁸² *Ibid*, Nigeria Constitution, Art. 36(11)

“No person who is tried for a criminal offence shall be compelled to give evidence at the trial.”

⁵⁸³ *Supra* Note 494, Cambodia Constitution, Art. 38(5)

“Confessions obtained by physical torture or mental pressure shall not be admissible as evidence of guilt.”

6.2.5.2 ที่มาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แนวทางที่สอง คือ รัฐภาคีมีบทบัญญัติเพื่อรับรองหลักการไม่ยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาจากคำสารภาพที่บุคคลได้ให้โดยไม่สมัครใจในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยบางรัฐได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพียงแห่งเดียว ในขณะที่บางรัฐได้บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพิ่มเติมจากที่ได้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ มีดังนี้

(1) สวิตเซอร์แลนด์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสวิส มาตรา 3 รับรองหลักการพื้นฐานว่าหน่วยงานด้านการยุติธรรมทางอาญาจะต้องเคารพศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินคดีอาญาในทุกขั้นตอน และจะต้องห้ามใช้วิธีการใด ๆ ที่ละเมิดศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ในการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน⁵⁸⁴ ประกอบมาตรา 140 ที่ระบุห้ามมิให้ใช้วิธีการในลักษณะที่เป็นการขู่เข็ญใช้ความรุนแรง ช่มชู้ ให้คำมั่น หลอกลวงหรือวิธีการอื่นใดที่อาจกระทบต่อความสามารถของบุคคลที่จะคิดหรือตัดสินใจได้อย่างอิสระในการสืบหาพยานหลักฐาน แม้ว่าบุคคลนั้นจะได้ยินยอมให้ใช้วิธีการเช่นว่าแล้วก็ตาม⁵⁸⁵ ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว มาตรา 141 จึงระบุห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการตามมาตรา 140 ไม่ว่าจะด้วยสถานการณ์ใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้เป็นหลักฐานเอาผิดผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำผิด⁵⁸⁶

(2) ญี่ปุ่น นอกจากที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาญี่ปุ่น มาตรา 319(1) รับรองว่าคำสารภาพที่บุคคลได้ให้ภายใต้การขู่เข็ญ ทรมานหรือข่มขู่ หรือภายหลังจากคุมขังมาเป็นระยะเวลาอนาน หรือในกรณีที่สงสัยว่าคำสารภาพเช่นว่าไม่ได้ให้โดยสมัครใจ ไม่อาจยอมรับเป็นพยานหลักฐานได้⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ Swiss Criminal Procedure Code of 5 October 2007 (Status as of 1 July 2021), (Swiss Criminal Procedure Code), Art. 3

“1. The criminal justice authorities shall respect the dignity of the persons affected by the proceedings at all stages of the proceedings. 2 They shall in particular comply with: a. the principle of good faith; b. the requirement not to abuse the rights of others; c. the requirement to treat all persons involved in the proceedings equally and fairly.”

⁵⁸⁵ *Ibid*, Swiss Criminal Procedure Code, Art. 140

“1. The use of coercion, violence, threats, promises, deception and methods that may compromise the ability of the person concerned to think or decide freely are prohibited when taking evidence. 2 Such methods remain unlawful even if the person concerned consents to their use.”

⁵⁸⁶ *Ibid*, Swiss Criminal Procedure Code, Art. 141

“1. Evidence obtained in violation of Article 140 is not admissible under any circumstances. The foregoing also applies where this Code declares evidence to be inadmissible. 2 Evidence that criminal justice authorities have obtained by criminal methods or by violating regulations on admissibility is inadmissible unless it is essential that it be admitted in order to secure a conviction for a serious offence.”

⁵⁸⁷ *Supra* Note 549, Japan Criminal Procedure Code, Art. 319(1)

“Confession under coercion, torture, threats, after unduly prolonged detention or when there is doubt about said confession being voluntary may not be admitted as evidence.”

(3) ไนจีเรีย นอกจากที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไนจีเรียแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไนจีเรีย มาตรา 124(1) รับรองหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการดำเนินการสืบสวนโดยกำหนดห้ามตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการในลักษณะข่มขู่หรือให้คำมั่นในระหว่างการให้พยานหลักฐาน⁵⁸⁸ และมาตรา 125(3) กำหนดห้ามมิให้ผู้พิพากษาจับหรือบันทึกคำสารภาพจนกว่าจะเป็นที่พอใจว่าบุคคลได้ให้คำสารภาพโดยสมัครใจ⁵⁸⁹ ทำให้สามารถอนุมานได้ว่าพยานหลักฐานใดที่ได้มาโดยไม่สมัครใจ เช่น คำให้การที่ได้ให้จากการบังคับหรือการทรมาน จะไม่สามารถรับฟังหรือถูกบันทึกเพื่อใช้ในการดำเนินคดีได้

(4) กัมพูชา นอกจากที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญกัมพูชาแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากัมพูชา มาตรา 321 วรรค 3 กำหนดว่าคำสารภาพจะต้องส่งมายังศาลในลักษณะเดียวกับพยานหลักฐานประเภทอื่น และรับรองว่าคำตอบหรือคำสารภาพที่บุคคลได้ให้ภายใต้การข่มขู่ไม่ว่าทางกายหรือจิตใจจะไม่มีคุณค่าในทางพยานหลักฐาน⁵⁹⁰

6.2.6 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา

รัฐภาคีอนุสัญญา CED มีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินการที่จำเป็นเพื่อให้ผู้บังคับบัญชามีความรับผิดชอบทางอาญาจากการที่ผู้ใต้บังคับบัญชาที่อยู่ภายใต้อำนาจและการควบคุมที่มีประสิทธิภาพของตน (Effective Control) ได้กระทำให้บุคคลสูญหาย จากการศึกษาพบว่ารัฐภาคีที่นำมาเป็นกรณีศึกษาไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ “ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา” เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด แต่ได้มีการนำหลักการทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดหลายคนตามที่ได้มีบัญญัติอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาของตนมาใช้เพื่อกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาในสถานะหรือรูปแบบที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ ผู้วิจัยตระหนักดีว่าแต่ละประเทศรวมถึงประเทศไทยมีการแบ่งประเภทความรับผิดชอบทางอาญาโดยใช้ทฤษฎีที่แตกต่างกันและทำให้มีการใช้คำเรียกสถานะหรือรูปแบบที่แตกต่างกัน ดังนั้น ในการจัดกลุ่มอธิบายนี้ผู้วิจัยจึงได้เลือกใช้คำกลางที่เน้นอธิบายลักษณะของประเภทความรับผิดชอบทางอาญาแทนการใช้คำเฉพาะ โดยสามารถแบ่งกลุ่มอธิบายได้ 4 ประเภท ดังนี้

⁵⁸⁸ Criminal Procedure Act Chapter 80 Laws of the Federation of Nigeria 1990, (Nigeria Criminal Procedure Code), Art. 124(1)

“No police officer or person in authority shall make use of any threat or of any promise of an advantage towards any person in an investigation under this chapter in order to influence the evidence he may give.”

⁵⁸⁹ *Ibid*, Nigeria Criminal Procedure Code, Art. 125(3)

“No justice of the peace shall record any such confession unless after questioning the person making it he is satisfied that it is made voluntarily.”

⁵⁹⁰ *Supra* Note 550, Cambodia Criminal Procedure Code, Art. 321(3)

“A confession shall be submitted to the court for consideration in the same manner as other evidence. Answers given under the physical or mental duress shall have no evidentiary value.”

6.2.6.1 ในฐานะผู้กระทำความผิดหลัก

ประเภทแรก ผู้บังคับบัญชาสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะผู้กระทำความผิดหลักได้ โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ คือ ไนจีเรีย โดยไนจีเรียกำหนดให้การกระทำความผิดของผู้บังคับบัญชาปรับใช้กับการกระทำความผิดในฐานะที่เป็นผู้กระทำความผิดหลัก (Principal Offenders)⁵⁹¹ ในเรื่องนี้ ประมวลกฎหมายอาญาไนจีเรีย มาตรา 7 วางหลักว่า เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น บุคคลแต่ละคนเหล่านี้ถือว่าได้มีส่วนในการกระทำความผิดและต้องรับผิดชอบจากการกระทำดังกล่าวในฐานะผู้กระทำความผิดหลัก คือ 1) ผู้กระทำความผิดทุกรายไม่ว่าเป็นการกระทำหรือเจตนากระทำ 2) ผู้ที่กระทำความผิดหรือเจตนากระทำเพื่อช่วยเหลือผู้อื่นให้กระทำความผิด 3) ผู้ที่ช่วยเหลือผู้อื่นให้กระทำความผิด และ 4) ผู้ที่ให้คำปรึกษาหรือจัดให้ผู้อื่นกระทำความผิด⁵⁹² ซึ่งถือเป็นรูปแบบการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาที่กว้างและครอบคลุมการกระทำความผิดของผู้มีส่วนร่วมทุกรายรวมถึงผู้บังคับบัญชาด้วย

6.2.6.2 ในฐานะผู้ที่ก่อให้เกิดการกระทำความผิด

ประเภทที่สอง ผู้บังคับบัญชาสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะผู้ที่ก่อให้เกิดการกระทำความผิดอาญาได้ ไม่ว่าจะด้วยการสั่งการ ยุยง จูงใจ ฯลฯ โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ มีดังนี้

(1) สวิตเซอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์กำหนดให้การกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ได้ใช้อำนาจความรับผิดชอบอย่างมีประสิทธิภาพสำหรับและเพื่อควบคุมกิจกรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ปรับใช้กับการกระทำความผิดในฐานะผู้ทำการ “ยุยง” (Incitement) ให้เกิดการกระทำความผิด⁵⁹³ โดยประมวลกฎหมายอาญาสวิส มาตรา 24 วางหลักว่า ผู้ใดที่เจตนายุยงให้ผู้อื่นกระทำความผิดต้องรับโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด และผู้ที่พยายามยุยงให้ผู้อื่นกระทำความผิดต้องรับโทษเช่นเดียวกันด้วย⁵⁹⁴ นอกจากนี้ หากเป็นผู้บังคับบัญชาทางทหาร ประมวลกฎหมายอาญาทหารสวิส (Swiss Military Criminal Code) มาตรา 20 วางหลัก

⁵⁹¹ *Supra* Note 486, Nigeria Report, para. 76.

⁵⁹² *Supra* Note 491, Nigeria Criminal Code, Art. 7

“Principal offenders When an offence is committed, each of the following persons is deemed to have taken part in committing the offence and to be guilty of the offence, and may be charged with actually committing it-

(a) every person who actually does the act or makes the omission which constitutes the offence; (b) every person who does or omits to do any act for the purpose of enabling or aiding another person to commit the offence; (c) every person who aids another person in committing the offence; (d) any person who counsels or procures any other person to commit the offence.”

⁵⁹³ *Supra* Note 463, Swiss Report, para 42.

⁵⁹⁴ *Supra* Note 501, Swiss Criminal Code, Art. 24

“1. Any person who has wilfully incited another to commit a felony or a misdemeanour, provided the offence is committed, incurs the same penalty as applies to the person who has committed the offence.

2 Any person who attempts to incite someone to commit a felony incurs the penalty applicable to an attempt to commit that felony.”

ว่าในกรณีที่มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางการนั้นเป็นความผิดอาญา ผู้บังคับบัญชาที่สั่งการอาจมีความผิดในฐานะผู้กระทำความผิดโดยอ้อม (Indirect Perpetrator) ได้⁵⁹⁵

(2) บราซิล บราซิลกำหนดให้การกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ได้ใช้อำนาจความรับผิดชอบอย่างมีประสิทธิภาพสำหรับและเพื่อควบคุมกิจกรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ปรับใช้กับเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น (Aggravating Circumstances) เนื่องจากเป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดนั้น⁵⁹⁶ โดยประมวลกฎหมายอาญาบราซิล มาตรา 62 วางหลักว่า ผู้ที่กระทำการดังต่อไปนี้ต้องรับโทษหนักขึ้น กล่าวคือ 1) ส่งเสริมหรือจัดให้มีการร่วมมือในการกระทำความผิด หรือกำกับการทำกิจกรรมของผู้กระทำความผิดรายอื่น 2) ช่มชู้หรือจูงใจอย่างมีนัยสำคัญให้ผู้อื่นกระทำความผิด 3) ยุยงหรือสั่งการให้ผู้อื่นที่อยู่ภายใต้อำนาจให้กระทำความผิด 4) ให้คำมั่นว่าจะให้รางวัลหรือสินจ้างหากมีการกระทำความผิด⁵⁹⁷ ซึ่งเป็นการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาที่กระทำการเข้าข่ายเหตุเหล่านี้ในฐานะที่เป็นเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

(3) ญี่ปุ่น ญี่ปุ่นกำหนดให้การกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ได้ใช้อำนาจความรับผิดชอบอย่างมีประสิทธิภาพสำหรับและเพื่อควบคุมกิจกรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ปรับใช้กับการกระทำความผิดใน 2 ฐานะด้วยกัน คือ 1) ในฐานะผู้ที่เป็น “ตัวการร่วม” (Co-Principal)⁵⁹⁸ โดยประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 60 วางหลักว่า บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปที่กระทำความผิดร่วมกันล้วนเป็นตัวการ⁵⁹⁹ และ 2) ในฐานะผู้ทำการ “จูงใจ” (Inducement) ให้เกิดการกระทำความผิด⁶⁰⁰ โดยประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 61 วางหลักว่า ผู้ที่จูงใจให้ผู้อื่นกระทำความผิดต้องรับผิดชอบเสมือนตัวการ และให้รวมถึงกรณีบุคคลที่จูงใจให้บุคคลหนึ่งไปจูงใจบุคคลอีกคนหนึ่งด้วย⁶⁰¹

⁵⁹⁵ Swiss Military Criminal Code of 13 June 1927 (Status as of 1 July 2021), (Swiss Military Criminal Code), Art. 20

“If the execution of an official order constitutes a criminal offence, the commander or superior officer who gave the order may be punished as the indirect perpetrator of the offence.”

⁵⁹⁶ *Supra* Note 470, Brazil Report, para. 61.

⁵⁹⁷ *Supra* Note 518, Brazil Criminal Code, Art. 62.

“The penalty will be further aggravated in relation to the agent who:

I - promotes or organizes cooperation in crime or directs the activity of others agents; II - coerces or induces others to carry out the crime material; III - instigates or determines to commit the crime someone subject to its authority or not punishable by virtue of personal condition or quality; IV - executes the crime, or participates in it, upon payment or promise of reward.”

⁵⁹⁸ *Supra* Note 478, Japan Report, para. 23.

⁵⁹⁹ *Supra* Note 524, Japan Penal Code, Art. 60.

“Two or more persons who commit a crime in joint action are all principals.”

⁶⁰⁰ *Supra* Note 478, Japan Report, para. 23.

⁶⁰¹ *Supra* Note 524, Japan Penal Code, Art. 61

“(1) A person who induces another to commit a crime shall be dealt with in sentencing as a principal. (2) The same shall apply to a person who induces another to induce.”

(4) **กัมพูชา** กัมพูชากำหนดให้การกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ได้ใช้อำนาจความรับผิดชอบอย่างมีประสิทธิภาพสำหรับและเพื่อควบคุมกิจกรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับกระทำให้บุคคลสูญหาย ปรับใช้กับการกระทำความผิดในฐานะผู้ที่ทำการ “ริเริ่ม” (Instigation) ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น⁶⁰² โดยประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา มาตรา 28 วางหลักว่า ผู้ที่ให้แนวทางหรือออกคำสั่งให้กระทำความผิด หรือกระตุ้นให้กระทำความผิดโดยการให้ของขวัญ คำมั่น ช่มชู้ จูงใจ หรือใช้อำนาจโดยมิชอบ ผู้นั้นเป็นผู้ริเริ่มให้มีการกระทำความผิดและรับโทษเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิด⁶⁰³

6.2.6.3 ในฐานะผู้ที่สนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิด

ประเภทที่สาม ผู้บังคับบัญชาสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะผู้ที่สนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิดได้ โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ มีดังนี้

(1) **สวิตเซอร์แลนด์** สวิตเซอร์แลนด์กำหนดให้การกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ได้ทราบหรือเจตนาละเลยข้อมูลซึ่งระบุอย่างชัดเจนว่าผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำหรือจะกระทำความผิด หรือล้มเหลวในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันหรือระงับไม่ให้มีการกระทำความผิด ปรับใช้กับการกระทำความผิดในฐานะผู้ที่ทำการ “ช่วยเหลือ” (Assistance) ให้เกิดการกระทำความผิด⁶⁰⁴ โดยประมวลกฎหมายอาญาสวิส มาตรา 25 วางหลักว่า ผู้ใดที่เจตนาช่วยเหลือให้ผู้อื่นกระทำความผิดต้องรับโทษแต่เป็นโทษที่ลดลง⁶⁰⁵

(2) **ญี่ปุ่น** ญี่ปุ่นกำหนดให้การกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ได้ทราบหรือเจตนาละเลยข้อมูลซึ่งระบุอย่างชัดเจนว่าผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำหรือจะกระทำความผิด ปรับใช้กับการกระทำความผิดในฐานะผู้ที่ทำการ “สนับสนุน” (Accessoryship) ให้เกิดการกระทำความผิด⁶⁰⁶ โดยประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 62 วางหลักว่า ผู้ที่ช่วยเหลือตัวการในการกระทำความผิดเป็นผู้สนับสนุน และให้รวมถึงผู้ที่จูงใจให้บุคคลหนึ่งช่วยเหลือบุคคลอีกคนหนึ่งด้วย⁶⁰⁷

⁶⁰² *Supra* Note 496, Cambodia Report, para. 12.

⁶⁰³ *Supra* Note 516, Cambodia Criminal Code, Art. 28

“An instigator of a felony or a misdemeanour shall be any person who: (1) gives instructions or order to commit a felony or misdemeanour; (2) provokes the commission of a felony or misdemeanour by means of a gift, promise, threat, instigation, persuasion or abuse of authority or power. An instigator may only be punishable if the felony or misdemeanour was committed or attempted. An instigator of a felony or misdemeanour shall incur the same penalties as the perpetrator.”

⁶⁰⁴ *Supra* Note 463, Swiss Report, para. 42.

⁶⁰⁵ *Supra* Note 501, Swiss Criminal Code, Art. 25

“Any person who wilfully assists another to commit a felony or a misdemeanour shall be liable to a reduced penalty.”

⁶⁰⁶ *Supra* Note 478, Japan Report, para. 23.

⁶⁰⁷ *Supra* Note 524, Japan Penal Code, Art. 62.

“(1) A person who aids a principal is an accessory. (2) A person who induces an accessory shall be dealt with in sentencing as an accessory.”

(3) กัมพูชา กัมพูชากำหนดให้การกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ได้ทราบหรือเจตนาละเลยข้อมูลซึ่งระบุอย่างชัดเจนว่าผู้บังคับบัญชาได้กระทำหรือจะกระทำความผิด ปรับใช้กับการกระทำความผิดในฐานะผู้ทำการ “สนับสนุน” (Accomplice) ให้เกิดการกระทำความผิด⁶⁰⁸ โดยประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา มาตรา 29 วางหลักว่า ผู้ที่เจตนาช่วยเหลือหรืออำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนและรับโทษเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิด⁶⁰⁹

6.2.6.4 ในฐานะผู้กระทำความผิดโดยงดเว้น

ประเภทที่สี่ ผู้บังคับบัญชาสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะผู้ที่กระทำความผิดโดยงดเว้น เนื่องจากตนมีหน้าที่ที่จะต้องป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ มีดังนี้

(1) บราซิล บราซิลกำหนดให้การกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ล้มเหลวในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันหรือระงับไม่ให้เกิดการกระทำความผิด ปรับใช้กับการกระทำความผิดในฐานะผู้กระทำความผิดโดย “งดเว้น” (Omission)⁶¹⁰ โดยประมวลกฎหมายอาญาบราซิล มาตรา 13 วรรคสอง วางหลักว่า การกระทำความผิดโดยงดเว้นหมายถึงกรณีที่ผู้ทิ้งดเว้นควรและอยู่ภายใต้ความสามารถที่จะกระทำการใด ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการกระทำความผิดนั้นได้ เนื่องจากผู้นั้นมีหน้าที่ต้องกระทำ (Duty to Act) ไม่ว่าหน้าที่นั้นจะเกิดขึ้นตามกฎหมาย รับเอาหน้าที่นั้นไว้เอง หรือด้วยการกระทำก่อนหน้าที่ทำให้เกิดผลดังกล่าว⁶¹¹

(2) กัมพูชา กัมพูชากำหนดให้การกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ล้มเหลวในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันหรือระงับไม่ให้เกิดการกระทำความผิด ปรับใช้กับการกระทำความผิดในฐานะผู้กระทำความผิดโดย “งดเว้น” (Omission)⁶¹² โดยประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา มาตรา 529 วางหลักว่า ผู้ใดรู้ว่าจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและอยู่ในสถานะที่อาจป้องกันหรือจำกัดการกระทำความผิดนั้น และงดเว้นไม่แจ้งต่อเจ้าหน้าที่ทางการศาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอื่น ๆ เป็นความผิดและมีโทษจำคุก 1 เดือนถึง 1 ปี และปรับตั้งแต่ 100,000 ถึง 2,000,000 เรียล⁶¹³

⁶⁰⁸ *Supra* Note 496, Cambodia Report, para. 13.

⁶⁰⁹ *Supra* Note 516, Cambodia Criminal Code, Art. 29

“An accomplice shall be any person who knowingly, by aiding or abetting, facilitates an attempt to commit a felony or a misdemeanour, or its commission. An accomplice may only be punishable if the felony or misdemeanour was committed or attempted. An accomplice to a felony or a misdemeanour shall incur the same penalties as the perpetrator.”

⁶¹⁰ *Supra* Note 470, Brazil Report, para. 58.

⁶¹¹ *Supra* Note 518, Brazil Criminal Code, Art. 13(2)

“The omission is criminally relevant when the issuer should and could act to avoid the result. The duty to act rests with who: a) has an obligation of care, protection or surveillance by law; b) otherwise assumed responsibility for preventing the outcome; c) with its previous behavior, it created the risk of the occurrence of the result.”

⁶¹² *Supra* Note 496, Cambodia Report, para. 11.

⁶¹³ *Supra* Note 516, Cambodia Criminal Code, Art. 529

6.2.6.5 ในฐานะผู้ที่มีความมุ่งประสงค์ร่วมกันในการกระทำความผิด

ประเภทที่ห้า ผู้บังคับบัญชาสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะผู้ที่มีความมุ่งประสงค์ร่วมกัน (Common Purpose) ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับหลักการ Joint Criminal Enterprise (JCE) ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ คือ ไนจีเรีย โดยไนจีเรียกำหนดให้การกระทำของผู้บังคับบัญชา ไม่ว่าจะได้กระทำในลักษณะใดตามที่อนุสัญญา CED กำหนด หากพบว่ามีคุณลักษณะที่บ่งชี้ได้ว่าผู้กระทำทุกรายมีความมุ่งประสงค์ร่วมกัน ปรบใช้กับการกระทำความผิดในฐานะที่เป็นผู้ที่มีความมุ่งประสงค์ร่วมกันในการกระทำความผิด (Prosecution of Common Purpose)⁶¹⁴ โดยประมวลกฎหมายอาญาไนจีเรีย มาตรา 8 วางหลักว่า เมื่อบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปก่อเจตนาาร่วมกันที่จะกระทำความผิดโดยมีความมุ่งประสงค์ที่มีขอบด้วยกฎหมายร่วมกัน และความผิดนั้นได้เกิดขึ้นในลักษณะที่เป็นผลธรรมดาที่อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำความผิดเพื่อความมุ่งประสงค์นั้น บุคคลทุกรายต่างมีความรับผิดชอบของตนในการกระทำดังกล่าว⁶¹⁵

6.2.7 การบันทึกข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ

รัฐภาคีอนุสัญญา CED มีพันธกรณีที่จะต้องรวบรวมและเก็บข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเข้าถึงข้อมูลได้ และเพื่อเป็นหลักประกันว่าบุคคลนั้นจะไม่ถูกขังในที่ลับหรือถูกกระทำให้สูญหาย จากการศึกษาพบว่ารัฐภาคีมีแนวทางการดำเนินการตามพันธกรณีในเรื่องนี้อยู่ 2 แนวทางด้วยกัน ดังนี้

6.2.7.1 จัดเก็บในฐานข้อมูลกลาง

แนวทางแรก คือ รัฐภาคีจัดเก็บข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพในฐานข้อมูลกลางที่รัฐบาลกลางได้จัดทำขึ้น และเปิดให้หน่วยงานหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงได้ ดังนี้

(1) สวิตเซอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์มีการจัดเก็บข้อมูลของบุคคลที่มีประวัติอาชญากรในฐานข้อมูลกลาง คือ ฐานข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรสวิส VOSTRA (Swiss Register of Criminal Records /

“Any person who, having knowledge of a felony the consequences of which is still possible to prevent or limit, omits to inform the judicial authority or other competent authorities, shall be punishable by imprisonment from one month to one year and a fine from one hundred thousand to two million Riels.”

⁶¹⁴ *Supra* Note 486, Nigeria Report, para. 76.

⁶¹⁵ *Supra* Note 491, Nigeria Criminal Code, Art. 8.

“8. Offences committed in prosecution of common purpose When two or more persons form a common intention to prosecute an unlawful purpose in conjunction with one another, and in the prosecution of such purpose an offence is committed of such a nature that its commission was a probable consequence of the prosecution of such purpose, each of them is deemed to have committed the offence.”

Vollautomatisiertes Strafregister - VOSTRA)⁶¹⁶ โดยประมวลกฎหมายอาญาสวิส มาตรา 366(1) กำหนดให้ต้องมีการบันทึกและจัดเก็บข้อมูลของบุคคลที่กระทำความผิดในอาณาเขตของสวิตเซอร์แลนด์และคนชาติสวิสที่กระทำความผิดในต่างประเทศ⁶¹⁷ และประมวลกฎหมายอาญาสวิส มาตรา 367(1) กำหนดให้หน่วยงานต่าง ๆ ประกอบด้วย 1) สำนักงานยุติธรรมกลาง (Federal Office of Justice – FOJ) 2) หน่วยงานด้านการยุติธรรมของพลเรือนและของทหาร 3) หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับมาตรการจำคุก และ 4) หน่วยงานระดับแคว้น (Cantonal Authorities) มีหน้าที่จัดเก็บและบันทึกข้อมูล⁶¹⁸ นอกจากนี้ กรมตำรวจ (Federal Office of Police) มีหน้าที่เป็นหน่วยงานประสานงานกลาง (Federal Coordination Service) ระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ เมื่อมีการร้องขอข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพหรือเมื่อมีการร้องทุกข์ว่ามีบุคคลอาจถูกกระทำให้สูญหาย⁶¹⁹

(2) บราซิล บราซิลมีการจัดเก็บข้อมูลบุคคลที่ถูกออกหมายจับไว้ในฐานข้อมูลกลาง คือ ฐานข้อมูลเกี่ยวกับการกำกับดูแลเรือนจำ (National Database for the Monitoring of Prisons) และฐานข้อมูลเกี่ยวกับลงทะเบียนบุคคลที่ถูกจับกุม (National Register of Arrested Individuals) ซึ่งควบคุมดูแลโดยคณะมนตรีด้านการยุติธรรมแห่งชาติ CNJ (National Justice Council / Conselho Nacional de Justiça) ซึ่งเป็นหน่วยงานด้านการยุติธรรมที่ตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. 2004 เพื่อทำหน้าที่ควบคุมดูแลด้านการบริหารและการเงิน ตลอดจนการกำหนดหน้าที่และกำกับดูแลผู้พิพากษา⁶²⁰ นอกจากนี้ CNJ ยังมอบหมายให้กรมการกำกับดูแลและตรวจสอบระบบการคุมขังและระบบการบังคับใช้มาตรการด้านสังคมและการศึกษา (Department of Monitoring and Inspection of the Prison System and the Socio-Educational System of the CNJ – DMF) ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้ CNJ ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออก

⁶¹⁶ Federal Department of Justice and Police (FDJP), **FAQ on the Swiss Register of Criminal Records** [online] Available from: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/en/data/publiservice/service/strafregister/faq-strafregister-e.pdf.download.pdf/faq-strafregister-e.pdf> [1 September 2021]

⁶¹⁷ *Supra* Note 501, Swiss Criminal Code, Art. 366(1)

“(1) The register lists persons who have been convicted on the territory of the Confederation, together with Swiss nationals who have been convicted abroad.”

⁶¹⁸ *Ibid*, Swiss Criminal Code, Art. 367

“1. The following authorities process personal data on convictions in the register in accordance with Article 366 paragraphs 1–3:496 a. the Federal Office of Justice; b. the authorities responsible for the administration of civilian criminal justice; c. the authorities responsible for the administration of military criminal justice; d. the authorities responsible for the execution of sentences and measures; e. the cantonal coordination offices.”

⁶¹⁹ *Supra* Note 463, Swiss Report, para. 106.

⁶²⁰ *Supra* Note 470, Brazil Report, para. 119.

หมายจับ⁶²¹ และการดำเนินงานของเรือนจำเพื่อป้องกันมิให้มีการคุมขังในที่ลับ ทั้งนี้ CNJ ได้จัดทำเว็บไซต์เพื่อเปิดเผยและสามารถตรวจสอบความเคลื่อนไหวและสภาพของนักโทษในเรือนจำเพื่อให้เกิดความโปร่งใสอีกด้วย⁶²²

(3) **ไนจีเรีย** ไนจีเรียมีการจัดเก็บข้อมูลบุคคลที่ถูกออกหมายจับไว้ในฐานข้อมูลกลาง โดยพระราชบัญญัติการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 2015 (Administration of Criminal Justice Act of 2015 – ACJA) มาตรา 16 ได้กำหนดให้มีฐานข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรกลาง (Central Criminal Records Registry) ที่อยู่ภายใต้การดูแลของกรมตำรวจไนจีเรีย (Nigeria Police Force)⁶²³ โดยเมื่อมีการจับกุมบุคคลโดยไม่ว่าจะได้มีหมายจับหรือไม่ มาตรา 15 ของ ACJA วางหลักว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจที่จับกุมจะต้องบันทึกข้อมูลของบุคคลตามที่ ACJA กำหนด ประกอบด้วย 1) ฐานความผิด 2) วันที่และพฤติการณ์ที่จับกุม 3) ชื่อเต็ม อาชีพและที่อยู่ 4) ส่วนสูง รูปถ่าย ลายพิมพ์นิ้วมือหรือสิ่งบ่งชี้ในรูปแบบอื่น เพื่อประโยชน์ในการระบุตัว⁶²⁴

6.2.7.2 จัดเก็บในฐานข้อมูลของสถานที่คุมขังบุคคลแต่ละแห่ง

แนวทางที่สอง คือ รัฐบาลจัดเก็บข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพในฐานข้อมูลของสถานที่คุมขังบุคคลแต่ละแห่ง ซึ่งเป็นแนวทางที่มีลักษณะลดความเป็นศูนย์กลาง (Decentralized) ดังนี้

(1) **ญี่ปุ่น** ญี่ปุ่นมีการจัดเก็บข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพในฐานข้อมูลของสถานที่คุมขังบุคคลแต่ละแห่งในลักษณะของการตรวจสุขภาพ (Medical Examination)⁶²⁵ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุมขังบุคคลในคดีอาญาและการประติบัติต่อผู้ถูกคุมขัง ค.ศ. 2005 (Act on Penal Detention Facilities and Treatment of Inmates and Detainees 2005) มาตรา 61 วางหลักว่า สถานที่คุมขังบุคคลจะต้องดำเนินการตรวจสุขภาพของผู้ถูกคุมขังเมื่อรับตัวเข้ามาและจะต้องตรวจอย่างสม่ำเสมออย่างน้อยปีละ 1 ครั้ง และเมื่อพบว่าผู้

⁶²¹ *Ibid*, Brazil Report, para. 119.

⁶²² United Nations Office on Drugs and Crime (ODC), **CNJ launches Web site that reveals prison movement** [online] Available from: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/en/frontpage/2011/04/06-cnj-lanca-site-que-revela-a-movimentacao-carceraria.html> [1 September 2021]

⁶²³ Nigeria Administration of Criminal Justice Act 2015 [Nigeria], (Nigeria Administration Act), Section 16

“(1) There shall be established at the Nigeria Police Force a Central Criminal Records Registry.”

⁶²⁴ *Ibid*, Nigeria Administration Act, Section 15

“When a suspect is arrested, whether with or without a warrant, and taken to a police station or any other agency effecting the arrest, the police officer making the arrest or the officer in charge shall cause to be taken immediately, in the prescribed form, the following record of the suspect arrested: (a) the alleged offence; (b) the date and circumstances of his arrest; (3) his full name, occupation and residential address; and (d) for the purpose of identification (i) his height, (ii) his photograph, (iii) his full fingerprint impressions, or (iv) such other means or his identification.”

⁶²⁵ *Supra* Note 478, Japan Report, para. 76.

ถูกคุมขังมีอาการเจ็บป่วยหรือติดเชื้อ⁶²⁶ ซึ่งการกำหนดให้มีการตรวจสุขภาพอย่างสม่ำเสมอในลักษณะนี้เป็นการประกันว่าบุคคลจะอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลอย่างชอบด้วยกฎหมายและไม่ถูกคุมขังในที่ลับ

(2) **กัมพูชา** กัมพูชา มีการจัดเก็บข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพในฐานข้อมูลของเรือนจำและสถานที่คุมขังแต่ละแห่ง⁶²⁷ โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความกัมพูชา มาตรา 505 วางหลักว่า เรือนจำและสถานที่คุมขังบุคคลทุกแห่งจะต้องมีการบันทึกข้อมูลในระบบทะเบียน อันประกอบด้วย ข้อมูลที่ระบุตัวบุคคล วันที่รับเข้าและวันที่ปล่อยตัว โดยระบบทะเบียนดังกล่าวจะต้องได้รับการตรวจสอบอย่างสม่ำเสมอและประทับลงตราในทุกหน้าของบันทึกโดยสำนักงานอัยการ นอกจากนี้ เจ้าพนักงานเรือนจำหรือสถานที่คุมขังบุคคลจะต้องส่งมอบข้อมูลในระบบทะเบียนนี้ให้แก่ผู้พิพากษาเมื่อมีคำสั่งศาลให้ดำเนินการเช่นนั้น และจะต้องแสดงข้อมูลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจที่ได้ดำเนินการตามคำสั่งศาล⁶²⁸

6.2.8 การเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคล

รัฐภาคีอนุสัญญา CED มีพันธกรณีที่จะต้องรับประกันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐและสถาบันที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคล และหากจำเป็นก็ต้องได้รับอนุญาตล่วงหน้าจากหน่วยงานด้านการศาล และเพื่อเป็นหลักประกันว่าบุคคลดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมายและไม่ถูกขังในที่ลับหรือถูกกระทำให้นุญยอม จากการศึกษาพบว่ารัฐภาคีมีแนวทางการดำเนินการตามพันธกรณีในเรื่องนี้อยู่ 2 แนวทางด้วยกัน ดังนี้

6.2.8.1 โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย

แนวทางแรก คือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานต่าง ๆ อาศัยอำนาจตามกฎหมายในการเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคล โดยมีรัฐที่ใช้รูปแบบนี้ ดังนี้

(1) **สวิตเซอร์แลนด์** การเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคลในสวิตเซอร์แลนด์ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละแคว้น (Cantonal Laws) โดยแต่ละแคว้นจะออกกฎหมายเพื่อให้อำนาจแก่หน่วยงานรูปแบบต่าง ๆ ในการเข้าถึงและตรวจสอบสถานที่คุมขังบุคคล เช่น 1) แคว้น Basel กำหนดให้เป็นอำนาจของหน่วยงานศาล 2) แคว้น

⁶²⁶ Act on Penal Detention Facilities and Treatment of Inmates and Detainees 2005 [Japan], Article 61(1).

“The warden of the penal institution shall conduct health examinations for inmates promptly after the commitment of the inmate to the penal institution and regularly at the frequency of once a year or more. The warden of the penal institution shall conduct the same if there exists necessity so to do in terms of the hygiene inside the penal institution.”

⁶²⁷ *Supra* Note 496, Cambodia Report, para. 54.

⁶²⁸ *Supra* Note 550, Cambodia Criminal Procedure Code, Art. 505

“All prisons and detention centers shall have a register in which a detainee’s identity, date of detention, and date of release shall be recorded. The register shall be inspected frequently by a prosecutor’s department. Visa shall be granted by the prosecutor’s department on each page.

All agents of the prison and detention center administrations shall submit this register to a judge upon his/her request and shall show judicial police officers who perform their duties through a delegation of power by the court authority.”

Solothurn กำหนดให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย 3) แคว้น Zurich, Lucerne, Ticino และ Jura กำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการรัฐสภาแห่งแคว้น (Parliamentary Commission) และ 4) แคว้น Schaffhausen กำหนดให้เป็นอำนาจของหน่วยงานคุ้มครองเด็กและผู้ใหญ่ (Child and Adult Protection Authority)⁶²⁹

(2) ญี่ปุ่น การเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคลในญี่ปุ่นนั้น มีกฎหมายให้อำนาจ “ผู้ตรวจ” (Inspectors) ในการเข้าตรวจสอบสถานที่คุมขังบุคคล โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุมขังบุคคลในคดีอาญาและการประติบัติต่อผู้ถูกคุมขัง ค.ศ. 2005 มาตรา 5 วางหลักว่า เพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะต้องแต่งตั้งผู้ตรวจจากผู้ได้บังคับบัญชาของตนและสั่งให้ผู้ตรวจเข้าตรวจสอบสถานที่คุมขังบุคคลโดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 1 ครั้งต่อปี หรืออาจถี่กว่านั้นได้⁶³⁰ และมาตรา 11 วางหลักเปิดช่องให้ผู้พิพากษาหรืออัยการสามารถสังเกตการณ์การดำเนินงานของสถานที่คุมขังบุคคลได้⁶³¹ นอกจากนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมยังได้ตั้งคณะกรรมการว่าด้วยผู้ตรวจเยี่ยมสถานที่คุมขังบุคคล (Board of Visitors for Inspection of Penal Institutions) ประจำสถานที่คุมขังบุคคลแต่ละแห่ง โดยคณะกรรมการจะถูกเลือกจากบุคคลที่มีความสนใจอย่างยิ่งเกี่ยวกับการพัฒนาการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในสถานที่คุมขังแห่งนั้น และส่วนมากในความเป็นจริงคณะกรรมการที่ถูกเลือกมักมาจากอาชีพทนายความ แพทย์ เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานท้องถิ่น และชาวบ้านในท้องถิ่นนั่นเอง ทั้งนี้ คณะกรรมการดังกล่าวมีหน้าที่สอดส่องดูแลพฤติการณ์การดำเนินงานของสถานที่คุมขังบุคคลด้วยการเข้าตรวจเยี่ยมและสัมภาษณ์ผู้ถูกคุมขัง ตลอดจนให้ข้อเสนอแนะและรายงานไปที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมโดยตรงอย่างน้อยปีละ 1 ครั้ง โดยรายงานดังกล่าวจะถูกเผยแพร่ให้สาธารณชนด้วย⁶³²

(3) ไนจีเรีย การเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคลในไนจีเรียนั้น มีกฎหมายให้อำนาจ “ผู้บังคับการ” (Chief Magistrate) ในการเข้าตรวจสอบสถานีดำรวจหรือสถานที่คุมขังบุคคล⁶³³ โดยพระราชบัญญัติการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 2015 (Administration of Criminal Justice Act of 2015 – ACJA) มาตรา 34(1) กำหนดให้ประธานศาลฎีกา (Chief Judge) แต่งตั้งผู้บังคับการหรือเจ้าหน้าที่อื่นในกรณีในพื้นที่นั้น

⁶²⁹ *Supra* Note 463, Swiss Report, para. 104.

⁶³⁰ Act on Penal Detention Facilities and Treatment of Inmates and Detainees 2005 [Japan], (Act on Penal Detention Facilities), Art. 5.

“In the interests of the appropriate enforcement of this Act, the Minister of Justice shall designate inspectors from among his/her staff and order the inspectors to conduct on-the-spot inspections at each penal institution at least once per annum or more frequently.”

⁶³¹ *Ibid*, Act on Penal Detention Facilities, Art. 11

“Judges and public prosecutors may observe the penal institutions.”

⁶³² *Supra* Note 478, Japan Report, para. 72.

⁶³³ *Supra* Note 486, Nigeria Report, para. 70.

ไม่มีผู้บังคับการ ในการเข้าตรวจสถานีตำรวจหรือสถานที่คุมขังบุคคลที่ไม่ใช่เรือนจำ⁶³⁴ และมาตรา 34(2) กำหนดว่าในการตรวจนั้น ผู้บังคับการอาจเรียกข้อมูลเกี่ยวกับการจับกุมเพื่อตรวจสอบ อำนาจความสะดวกในการฟ้องร้องดำเนินคดี หรือมีคำสั่งให้ประกันตัวในกรณีที่คำขอให้ประกันตัวเคยถูกปฏิเสธ⁶³⁵

(4) **กัมพูชา** การเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคลในกัมพูชานั้น มีเพียงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 509 ที่กำหนดเพียงหลักการทั่วไป โดยกำหนดให้อัยการแห่งศาลอุทธรณ์ อัยการ หัวหน้าฝ่ายสืบสวน และผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่สืบคดีจะต้องตรวจสอบเรือนจำอย่างสม่ำเสมอ⁶³⁶

6.2.8.2 โดยอาศัยการทำความตกลงร่วมมือระหว่างหน่วยงาน

แนวทางที่สอง คือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานต่าง ๆ อาศัยอำนาจจากการทำความตกลงร่วมมือระหว่างหน่วยงานในการเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคล โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ คือ **สวิตเซอร์แลนด์** ที่มีการดำเนินการในรูปแบบนี้ในบางพื้นที่ของประเทศ ดังตัวอย่างเช่น แคว้น Neuchâtel ที่รายงานว่าได้มีการทำความตกลงร่วมมือระหว่างแคว้นที่ใช้ภาษาฝรั่งเศสและอิตาลีเป็นภาษาพูด หรือที่เรียกว่า “Concordat latin” เกี่ยวกับการอนุญาตให้หน่วยงานของแคว้นภาคีสามารถเข้าตรวจเยี่ยมในสถานที่คุมขังบุคคลของแคว้นภาคีอื่นได้ตลอดเวลา (At all times)⁶³⁷ แต่ไม่ได้มีการระบุเงื่อนไขว่าจะต้องแจ้งให้ผู้ดูแลสถานที่ที่ทราบล่วงหน้าหรือไม่

6.2.9 หลักการห้ามผลักดันกลับ

รัฐภาคีอนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED มีพันธกรณีที่จะต้องรับประกันว่าจะปฏิบัติตามหลักการห้ามผลักดันกลับ (Non Refoulement) โดยการไม่ขับไล่ ส่งกลับ หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตราย จากการศึกษพบว่ารัฐภาคีได้มีการรับรองว่าจะปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องนี้โดยอ้างฐานทางกฎหมายอยู่ 3 แนวทางด้วยกัน ดังนี้

⁶³⁴ *Supra* Note 623, Nigeria Administration Act, Art. 34(1)

“The Chief Magistrate, or where there is no Chief Magistrate within the police division, any Magistrate designated by the Chief Judge for that purpose, shall, at least every month, conduct an inspection of police stations or other places of detention within his territorial jurisdiction other than the prison.”

⁶³⁵ *Ibid*, Nigeria Administration Act, Art.34(2)

“During a visit, the Magistrate may: (a) call for, and inspect, the record of arrests; (b) direct the arraignment of a suspect; (c) where bail has been refused, grant bail to any suspect where appropriate if the offence for which the suspect is held is within the jurisdiction of the Magistrate.”

⁶³⁶ *Supra* Note 550, Cambodia Criminal Procedure Code, Art. 509

“The Prosecutor General of the Court of Appeal, the Prosecutor, the President of the Investigation Chamber and the Investigating Judge shall inspect prisons regularly.”

⁶³⁷ *Supra* Note 463, Swiss Report, para. 104.

6.2.9.1 เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

แนวทางแรก คือ รัฐภาคีระบุว่ารัฐเคารพหลักการห้ามผลักดันกลับในฐานะที่เป็นพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ คือ กัมพูชา โดยรัฐบาลกัมพูชาระบุว่า ในฐานะที่กัมพูชาเป็นรัฐภาคีตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน กัมพูชาจึงมีพันธกรณีที่จะต้องเคารพพันธกรณีภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการใช้ดุลพินิจพิจารณาการขับไล่ โยกย้าย ส่งมอบ หรือส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐอื่น⁶³⁸ ซึ่งรวมถึงพันธกรณีเกี่ยวกับหลักการห้ามผลักดันกลับด้วย ทั้งนี้ ไม่ปรากฏว่ากัมพูชาได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะในกฎหมายภายในแต่อย่างใด

6.2.9.2 เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

แนวทางที่สอง คือ รัฐภาคีมีการบัญญัติรับรองการเคารพหลักการห้ามผลักดันกลับไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ คือ สวิตเซอร์แลนด์ โดยรัฐบาลสวิสระบุว่า รัฐธรรมนูญสวิส มาตรา 25(3) ได้รับรองหลักการห้ามผลักดันกลับในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Preemptory Norm – *Jus Cogens*)⁶³⁹ว่าจะไม่มีบุคคลใดถูกส่งตัวไปยังรัฐที่ซึ่งบุคคลนั้นอาจเผชิญความเสี่ยงที่จะถูกทรมานหรือถูกปฏิบัติหรือลงโทษอย่างโหดร้ายไร้มนุษยธรรม⁶⁴⁰ ทั้งนี้ รัฐบาลสวิสอธิบายเพิ่มเติมว่าหลักการภายใต้มาตรา 25(3) นี้ใช้บังคับรวมถึงกรณีการกระทำทำให้บุคคลสูญหายด้วย นอกจากนี้ ในกรณีการส่งตัวผู้ลี้ภัยไปยังรัฐอื่น ไม่ว่าจะเป็รัฐที่สามหรือรัฐต้นทาง รัฐธรรมนูญสวิส มาตรา 25(2) กำหนดข้อจำกัดไว้ว่ารัฐบาลสวิสจะไม่สามารถส่งตัวผู้ลี้ภัยหรือส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐที่บุคคลนั้นจะถูกประหัตประหารได้⁶⁴¹

6.2.9.3 เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายภายใน

แนวทางที่สาม คือ รัฐภาคีมีการบัญญัติรับรองการเคารพหลักการห้ามผลักดันกลับไว้ในกฎหมายภายในเฉพาะเรื่อง โดยรัฐที่ใช้แนวทางนี้ มีดังนี้

(1) บราซิล รัฐบาลบราซิลระบุว่า หลักการห้ามผลักดันกลับ ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในว่าคนเข้าเมือง⁶⁴² โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยคนเข้าเมืองบราซิล ค.ศ. 2017 (Immigration Law of 2017) มาตรา

⁶³⁸ *Supra* Note 496, Cambodia Report, para. 46/

⁶³⁹ *Supra* Note 463, Swiss Report, para. 91.

⁶⁴⁰ *Supra* Note 458, Swiss Constitution, Art. 25(3)

“No person may be deported to a state in which they face the threat of torture or any other form of cruel or inhumane treatment or punishment.”

⁶⁴¹ *Ibid*, Swiss Constitution, Art. 25(2)

“Refugees may not be deported or extradited to a state in which they will be persecuted.”

⁶⁴² *Supra* Note 470, Brazil Report, para. 105.

62 วางหลักว่ารัฐบาลบราซิลไม่สามารถส่งตัวหรือขับไล่บุคคลไปยังรัฐอื่นได้เมื่อมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าการดำเนินการนั้นอาจกระทบต่อชีวิตหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น⁶⁴³

(2) ญี่ปุ่น รัฐบาลญี่ปุ่นระบุว่า หลักการห้ามผลักดันกลับ ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในว่าด้วยคนเข้าเมืองและผู้ลี้ภัย⁶⁴⁴ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการเข้าเมืองและการรับรองสถานะผู้ลี้ภัยญี่ปุ่น ค.ศ. 1951 (Immigration Control and Refugee Recognition Act of 1951) มาตรา 53 วรรค 1-2 กำหนดกรอบในการขับไล่บุคคลว่าจะต้องขับไล่บุคคลไปยังรัฐที่บุคคลนั้นเป็นคนชาติ หรือหากส่งตัวไปยังรัฐที่บุคคลนั้นเป็นคนชาติไม่ได้ ให้ส่งตัวบุคคลนั้นไปยังรัฐต่อไปนี้ตามความประสงค์ของบุคคลนั้น 1) รัฐที่บุคคลนั้นเคยพำนักอยู่เป็นรัฐสุดท้ายก่อนที่จะเดินทางเข้ามาในญี่ปุ่น 2) รัฐที่บุคคลนั้นเคยพำนักอยู่ในอดีตก่อนที่จะเดินทางเข้ามาในญี่ปุ่น 3) รัฐที่บุคคลนั้นได้เดินทางขึ้นอากาศยานหรือเรือและมุ่งหน้ามายังญี่ปุ่น 4) รัฐที่เป็นสถานที่เกิดของบุคคลนั้น 5) รัฐที่สถานที่เกิดของบุคคลนั้นตั้งอยู่ขณะที่บุคคลนั้นเกิด หรือ 6) รัฐอื่น ๆ นอกเหนือจากรัฐที่กล่าวมาข้างต้น⁶⁴⁵ นอกจากนี้ มาตรา 53 วรรค 3 ได้กำหนดชัดเจนว่ารัฐบาลญี่ปุ่นไม่สามารถส่งตัวบุคคลไปยังรัฐต่าง ๆ ที่ไต่ระบุมานี้ในวรรค 1-2 นี้ หากพบว่า มีพฤติการณ์ที่สอดคล้องกับที่อนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพผู้ลี้ภัย ข้อ 33(1) กำหนด⁶⁴⁶ กล่าวคือ ดินแดนที่ชีวิตและเสรีภาพของบุคคลนั้นจะถูกกระทบด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ การเป็นสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือความคิดเห็นทางการเมือง⁶⁴⁷

⁶⁴³ Lei Nº 9.199, de 7 de Novembro de 2017, (Brazil Immigration Act), Art. 62

“No repatriation, deportation, or expulsion of any person shall occur when there are reasons to believe that such measures may jeopardize the life or personal integrity of any person.”

⁶⁴⁴ *Supra* Note 478, Japan Report, para. 50.

⁶⁴⁵ Japan Immigration Control and Refugee Recognition Act 1951 [Japan], (Japan Immigration Act), Art. 53(1)-(2)

“1. Any person subject to deportation shall be deported to a country of which he is a national or citizen.

2. If the person cannot be deported to such country as provided for in the preceding paragraph, such person shall be deported to one of the following countries in accordance with his wishes: (1) A country in which he had been residing immediately prior to his entry into Japan. (2) A country in which he once resided before his entry into Japan. (3) A country to which the port, where he boarded the vessel or aircraft departing for Japan, belongs. (4) A country where his place of birth is located. (5) A country to which his birthplace belonged at the time of his birth. (6) Any country other than those given in the preceding items.”

⁶⁴⁶ *Ibid*, Japan Immigration Act, Art. 53(3)

“3. Except for cases where the Minister of Justice finds it considerably detrimental to the interests and security of Japan, the countries provided for in the preceding two paragraphs shall not include the territories of countries stipulated in the Refugee Convention, Article 33, Paragraph 1.”

⁶⁴⁷ *Supra* Note 397, Refugee Convention, Art. 33(1)

“1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.”

(3) ไนจีเรีย รัฐบาลไนจีเรียระบุว่า หลักการห้ามผลักดันกลับ ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในว่า ด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน⁶⁴⁸ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไนจีเรีย ค.ศ. 2004 (Extradition Act of 2004) มาตรา 3 วรรค 2 กำหนดว่าบุคคลไม่สามารถถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้หากอัยการสูงสุดหรือผู้พิพากษาในคดีที่เกี่ยวข้องมีความเห็นว่า 1) คำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ในความเป็นจริงแล้วมีขึ้นเพื่อจะนำตัวบุคคลนั้นไปประหารชีวิตหรือลงโทษในรัฐผู้ร้องขอ ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ หรือความเห็นทางการเมืองของบุคคลนั้น หรือเห็นว่าคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นไม่ได้มีขึ้นโดยสุจริตหรือเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือ 2) หากส่งตัวบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดน จะมีความเป็นไปได้ที่การดำเนินคดีบุคคลนั้นในรัฐผู้ร้องขอ จะมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม หรือบุคคลนั้นจะถูกลงโทษ กักขัง หรือจำกัดเสรีภาพ ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ หรือความเห็นทางการเมืองของบุคคลนั้น⁶⁴⁹ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า หากเป็นกรณีอื่นที่อยู่ภายนอกบริบทการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว บุคคลจะได้รับการคุ้มครองตามหลักการห้ามผลักดันกลับด้วยหรือไม่

กล่าวโดยสรุป ในบทที่ 6 นี้ ผู้วิจัยได้การศึกษาแนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในของต่างประเทศจำนวน 5 รัฐ ประกอบด้วย สวิตเซอร์แลนด์ บราซิล ญี่ปุ่น ไนจีเรีย และกัมพูชา โดยเลือกเฉพาะประเด็นสำคัญที่ได้มีการอภิปรายอย่างกว้างขวางในการประชุมหรือการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติฯ ในระยะเวลาที่ผ่านมา ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่าในแต่ละประเด็น รัฐมีแนวทางการดำเนินการที่แตกต่างกันออกไปตามบริบทของแต่ละแห่งซึ่งประเทศไทยอาจพิจารณาความเหมาะสมของแต่ละแนวทางเพื่อประโยชน์ในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติฯ ของประเทศไทยต่อไป โดยในบทถัดไป ผู้วิจัยจะอธิบายแนวทางบัญญัติกฎหมายภายในของไทยเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับนี้

⁶⁴⁸ *Supra* Note 486, Nigeria Report, para. 155

⁶⁴⁹ Nigeria Extradition Act [Nigeria], Art. 3(2)

“(2) A fugitive criminal shall not be surrendered if it appears to the Attorney-General or a court dealing with the case (a) that the request for his surrender, although purporting to be made in respect of an extradition crime, was in fact made for the purpose of prosecuting or punishing him on account of his race, religion, nationality or political opinions or was otherwise not made in good faith or in the interest of justice; or (b) that, if surrendered, he is likely to be prejudiced at his trial, or to be punished, detained or restricted in his personal liberty, by reason of his race, religion, nationality or political opinions.”

บทที่ 7

แนวทางการบัญญัติกฎหมายภายในของไทย

ประเทศไทยได้มีความพยายามที่จะตรากฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้ อนุสัญญา CAT และเพื่อเตรียมพร้อมก่อนการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา CED มาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว โดยพบว่า ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2552 กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ได้จัดทำ “โครงการศึกษาความพร้อมของ ประเทศไทยต่อการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย”⁶⁵⁰ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2561 ได้มีการนำร่างพระราชบัญญัติฯ เข้าสู่การพิจารณาในรัฐสภาเป็นวาระที่ 1 แต่ในวาระ ต่อมาก็ไม่ได้รับการพิจารณาต่อในปีนั้น ต่อมาในปี พ.ศ. 2564 ที่ประเด็นการป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำใ้บุคคลสูญหายกลับมาเป็นที่สนใจของสาธารณชนอีกครั้งภายหลังจากที่มีเหตุการณ์ในลักษณะนี้ เกิดขึ้นอยู่เป็นระยะ โดยร่างพระราชบัญญัติฯ ที่ได้รับการจัดทำขึ้นและผ่านการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ซึ่งเป็นการดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 มีจำนวน 4 ร่างด้วยกัน คือ

- 1) ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับเสนอโดย กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม⁶⁵¹
- 2) ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับเสนอโดย คณะกรรมาธิการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร⁶⁵²
- 3) ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับเสนอโดย นายวันมูหะมัดนอร์ มะทา และคณะ⁶⁵³
- 4) ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับเสนอโดย นายสุทัศน์ เงินหมื่น และคณะ⁶⁵⁴

ทั้งนี้ เมื่อวันที่ 15 กันยายน พ.ศ. 2564 สภาผู้แทนราษฎรได้มีมติเป็นเอกฉันท์รับหลักการ โดยให้ยึดตาม ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับเสนอโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม เป็นหลัก

⁶⁵⁰ ปกป้อง ศรีสนิท และคณะ, รายงานสรุปผลการดำเนินงาน โครงการศึกษาความพร้อมของประเทศไทยต่อการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่าง ประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย, กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม (2552).

⁶⁵¹ ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำใ้บุคคลสูญหาย พ.ศ. เสนอโดย กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม

⁶⁵² ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำใ้บุคคลสูญหาย พ.ศ. เสนอโดย คณะกรรมาธิการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร

⁶⁵³ ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำใ้บุคคลสูญหาย พ.ศ. เสนอโดย นายวันมูหะมัดนอร์ มะทา และ คณะ

⁶⁵⁴ ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำใ้บุคคลสูญหาย พ.ศ. เสนอโดย นายสุทัศน์ เงินหมื่น และคณะ

ดังนั้น ในรายงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยจะแบ่งอธิบายออกเป็นประเด็นศึกษาเฉพาะที่พบในร่างพระราชบัญญัติฯ ของไทยและประเด็นศึกษาอื่นโดยเทียบเคียงกับแนวทางของรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษา ดังนี้

7.1 ประเด็นศึกษาเฉพาะที่พบในร่างพระราชบัญญัติฯ ของไทย

ในหัวข้อนี้ มีประเด็นพิจารณา 2 ประเด็น คือ การตั้งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย และการกำหนดกระบวนการดำเนินคดี ดังนี้

7.1.1 คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ต่างกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องดำเนินการต่าง ๆ ที่เหมาะสมและมีประสิทธิผล ไม่ว่าจะเป็มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการ หรือมาตรการอื่น ๆ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดในเขตอำนาจของตน⁶⁵⁵ ซึ่งอนุสัญญามีได้กำหนดชัดเจนว่ามาตรการเช่นว่าต้องมีลักษณะหรือรูปแบบใด โดยให้ถือเป็นดุลพินิจของรัฐภาคีแต่ละรัฐในการที่จะกำหนดได้เอง⁶⁵⁶ อย่างไรก็ตาม มาตรการหนึ่งที่สามารถกระทำได้ คือ การตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเป็นการเฉพาะที่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา โดยร่างพระราชบัญญัติฯ ทุกร่างมีบทบัญญัติที่จัดตั้ง “คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย” (คณะกรรมการฯ) เพื่อดำเนินการในเรื่องนี้ แต่ในแต่ละร่างมีรายละเอียดต่างกันอยู่บ้าง ซึ่งสามารถแบ่งอธิบายได้ 2 ประเด็น คือ ประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการฯ และประเด็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ดังนี้

7.1.1.1 องค์ประกอบคณะกรรมการฯ

ร่างพระราชบัญญัติฯ ทั้ง 4 ร่าง กำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการฯ ดังนี้

ฉบับกระทรวงยุติธรรม	ฉบับคณะกรรมการฯ	ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์ฯ	ฉบับนายสุทัศน์ฯ
<ul style="list-style-type: none"> ▪ จำนวนกรรมการ รวม 19 คน ▪ ภาครัฐ (รวม 13 คน) <ul style="list-style-type: none"> — รมว.ยุติธรรม (ประธาน) — ปลัด ก.ยุติธรรม 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ จำนวนกรรมการ รวม 11 คน ▪ ภาครัฐ (รวม 2 คน) <ul style="list-style-type: none"> — รมว.ยุติธรรม (ประธาน) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ จำนวนกรรมการ รวม 15 คน ▪ ภาครัฐ (รวม 8 คน) <ul style="list-style-type: none"> — รมว.ยุติธรรม (ประธาน) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ จำนวนกรรมการ รวม 16 คน ▪ ภาครัฐ (รวม 8 คน) <ul style="list-style-type: none"> — รมว.ยุติธรรม (ประธาน)

⁶⁵⁵ *Supra* Note 12, CAT, Art. 2(1); *Supra* Note 13, CED Art. 3

“Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.”

⁶⁵⁶ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 123.

<ul style="list-style-type: none"> – ปลัด ก.กลาโหม – ปลัด ก.การต่างประเทศ – ปลัด ก.การพัฒนาสังคมฯ – ปลัด ก.มหาดไทย – ปลัด ก.สาธารณสุข – อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ – ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ – เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม – อัยการสูงสุด – สภานายความ – อธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิฯ (กก./เลขาฯ) ■ ภาคประชาชน/ผู้เชี่ยวชาญ (รวม 6 คน) <ul style="list-style-type: none"> – ด้านสิทธิมนุษยชน (4 คน) – ด้านการแพทย์ (1 คน) – ด้านจิตวิทยา (1 คน) 	<ul style="list-style-type: none"> – อธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิฯ (กก./เลขาฯ) ■ ภาคประชาชน/ผู้เชี่ยวชาญ (รวม 7 คน) <ul style="list-style-type: none"> – ผู้มีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ (2 คน) – ผู้เสียหายหรือผู้แทน (2 คน) – ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมาย พิสูจน์หลักฐาน นิติเวช (3 คน) ■ ภาคประชาสังคม (รวม 2 คน) <ul style="list-style-type: none"> – ผู้แทนองค์กรภาคประชาสังคม (2 คน) ■ มีคณะกรรมการสรรหาฯ 	<ul style="list-style-type: none"> – ปลัด ก.ยุติธรรม (รองประธาน) – ปลัด ก.กลาโหม – ปลัด ก.มหาดไทย – อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ – ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ – นายกสภานายความ – อธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิฯ (กก./เลขาฯ) ■ ภาคประชาชน/ผู้เชี่ยวชาญ (รวม 5 คน) <ul style="list-style-type: none"> – ผู้แทนผู้เสียหายคัดเลือกกันเอง (2 คน) – ผู้ทรงคุณวุฒิด้านพิสูจน์หลักฐาน (1 คน) – ผู้ทรงคุณวุฒิด้านนิติเวชศาสตร์ (1 คน) – ผู้ทรงคุณวุฒิด้านจิตวิทยา (1 คน) ■ ภาคประชาสังคม (รวม 2 คน) <ul style="list-style-type: none"> – ผู้แทนองค์กรภาคประชาสังคมคัดเลือกกันเอง (2 คน) 	<ul style="list-style-type: none"> – ปลัด ก.ยุติธรรม (รองประธาน) – ปลัด ก.กลาโหม – ปลัด ก.มหาดไทย – อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ – ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ – นายกสภานายความ – อธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิฯ (กก./เลขาฯ) ■ ภาคประชาชน/ผู้เชี่ยวชาญ (รวม 5 คน) <ul style="list-style-type: none"> – ผู้แทนผู้เสียหายคัดเลือกกันเอง (2 คน) – ผู้ทรงคุณวุฒิด้านพิสูจน์หลักฐาน (1 คน) – ผู้ทรงคุณวุฒิด้านนิติเวชศาสตร์ (1 คน) – ผู้ทรงคุณวุฒิด้านจิตวิทยา (1 คน) ■ ภาคประชาสังคม (รวม 3 คน) <ul style="list-style-type: none"> – ผู้แทนองค์กรภาคประชาสังคมคัดเลือกกันเอง (3 คน)
สัดส่วน			
ภาครัฐ : ภาคประชาชน/ผู้เชี่ยวชาญ : ภาคประชาสังคม			
13 : 0 : 6	2 : 7 : 2	8 : 5 : 2	8 : 5 : 3

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละร่างกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการฯ ที่มีสัดส่วนระหว่างภาครัฐ ภาคประชาชน/ผู้เชี่ยวชาญ และภาคประชาสังคมที่แตกต่างกัน ในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตดังนี้

1) ควรพิจารณากำหนดจำนวนคณะกรรมการให้มีความสมดุลระหว่างภาครัฐฝ่ายหนึ่ง และภาคประชาชน/ผู้เชี่ยวชาญ/ภาคประชาสังคมอีกฝ่ายหนึ่ง

2) ควรพิจารณากำหนดให้มีผู้แทนจากสำนักงานอัยการสูงสุด (เช่น อัยการสูงสุด) เป็นกรรมการด้วย เนื่องจากในกรณีที่ต้องมีการดำเนินการด้านความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน และการช่วยเหลือรัฐภาคีอื่นในการรวบรวมและแสวงหาพยานหลักฐาน จำเป็นจะต้องอาศัยความรู้ความชำนาญและการดำเนินการของสำนักงานอัยการสูงสุด

3) ควรพิจารณากำหนดให้มีผู้แทนจากกรมสอบสวนคดีพิเศษ (เช่น อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ) เป็นกรรมการด้วย เนื่องจากต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญด้านการสอบสวน

7.1.1.2 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ

ร่างพระราชบัญญัติฯ ทั้ง 4 ร่าง กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ดังนี้

อำนาจหน้าที่	ฉ. ยธ.	ฉ. กมธ.	ฉ. วัฒนา	ฉ. สutherland
1. เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีให้มีการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือมาตรการอื่นที่จำเป็นตามพระราชบัญญัตินี้	✓	✓	✓	✓
2. กำหนดนโยบาย แผนงาน และมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการทรมาน การกระทำหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และการกระทำให้บุคคลสูญหาย	✓	✓	✓	✓
2.1. ส่งเสริมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐตระหนักถึงความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการป้องกันการทรมาน การกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการบังคับให้บุคคลสูญหายในหน่วยงานของตน			✓	
3. กำหนดนโยบายและมาตรการฟื้นฟูและเยียวยาตัวร่างกายและจิตใจแก่ผู้ได้รับความเสียหาย	✓	✓	✓	✓
3.1. ซึ่งหมายรวมถึงการทำให้กลับสู่สภาพเดิม การชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่เพียงพอ การบำบัดและฟื้นฟูสภาพร่างกายและจิตใจให้สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้		✓	✓	✓
4. กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการการช่วยเหลือและเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายทั้งทางการเงินและทางจิตใจตลอดรวมถึงการฟื้นฟูระยะยาวทางการแพทย์ให้กับผู้เสียหาย โดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง	✓	✓	✓	✓
5. กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการปกปิดการควบคุมตัวบุคคล	✓	✓	✓	✓
5.1. กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้เกิดการละเมิดซ้ำ และมาตรการคุ้มครองพยานให้กับผู้แจ้งข้อมูลในคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้		✓		
6. แต่งตั้งที่ปรึกษา ออนุกรรมการ หรือเจ้าหน้าที่ เพื่อปฏิบัติงานตามที่คณะกรรมการมอบหมาย	✓	✓	✓	✓

7. วางระเบียบหรือประกาศเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติหน้าที่ รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่น โดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง	✓	✓	✓	✓
8. วางระเบียบอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้	✓	✓	✓	✓
<i>เพิ่มเติมจาก ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับเสนอโดยกระทรวงยุติธรรม</i>				
9. ติดตามตรวจสอบข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการทรมาน การกระทำที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการกระทำให้บุคคลสูญหาย สนับสนุนช่วยเหลือผู้เสียหาย ด้วยการให้คำปรึกษาแนะนำทางกฎหมาย ด้านทนายความ ด้านการตรวจทางการแพทย์เพื่อประโยชน์ทางคดี ด้านการติดตามความคืบหน้าของคดี ด้านการฟื้นฟูเยียวยาความเสียหายทางร่างกายและจิตใจ และป้องกันไม่ให้เกิดขึ้นซ้ำ		✓	✓	✓
10. ติดตามดูแล อำนาจการและประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดการสืบสวนสอบสวนที่รวดเร็วและเป็นธรรม ขอให้เปลี่ยนตัวพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม รวมถึงมีอำนาจร้องขอให้มีการยุติการทรมานตามนัยพระราชบัญญัตินี้และร้องขอให้มีการปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามนัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา		✓	✓	✓
11. แจ้งให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลรายงานชี้แจงส่งข้อมูลหรือเอกสาร พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามกฎหมายนี้ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย		✓		
12. ขอให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐให้ความช่วยเหลือ สนับสนุนหรือเข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่ได้ตามความเหมาะสมเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้			✓	✓
13. ตรวจสอบหน่วยงานหรือสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวได้โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า รวมถึงให้คำแนะนำแก่หน่วยงานที่รับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้		✓	✓	✓
14. ติดตามตรวจสอบการทรมาน การกระทำที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการกระทำให้บุคคลสูญหายแม้ไม่มีผู้ร้องเรียน และสามารถรับเรื่องร้องเรียนที่ไม่ระบุชื่อผู้ร้องได้		✓	✓	
15. รวบรวมข้อมูลสถิติคดี จัดทำรายงานสถานการณ์ รายงานผลการดำเนินการประจำปี เกี่ยวกับการทรมาน การกระทำที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการกระทำให้บุคคลสูญหาย พร้อมทั้งแนวทางแก้ไขปัญหา เสนอต่อคณะรัฐมนตรี รัฐสภา และเผยแพร่ต่อสาธารณชน		✓	✓	✓
16. ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย		✓	✓	✓

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละร่างกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ในลักษณะที่เป็นไปในทางเดียวกัน โดยร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับเสนอโดยกระทรวงยุติธรรมจะกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ในประเด็นที่มีจำนวนน้อยกว่าร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับอื่น โดยในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตดังนี้

1) แม้อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED จะกำหนดพันธกรณีหลายประการเพื่อเติมเต็มให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้อนุสัญญาทั้งสองฉบับนั้นสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เช่น การทบทวนแนวปฏิบัติของรัฐเพื่อป้องกันมิให้เจ้าพนักงานของรัฐกระทำความผิด การฝึกอบรมบุคลากรที่เกี่ยวข้อง และการอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานของรัฐ แต่ในการนำประเด็นเหล่านี้มากำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ควรจะต้องตรวจสอบด้วยว่ามีหน่วยงานอื่นใดของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ตามที่อนุสัญญาฯ ระบุอยู่แล้วหรือไม่ เพื่อป้องกันปัญหาความซ้ำซ้อนของการดำเนินงาน ทั้งนี้ อาจกำหนดให้คณะกรรมการฯ มีหน้าที่ติดตามและรายงานผลการดำเนินงานของหน่วยงานนั้น ๆ แทนที่จะเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของคณะกรรมการฯ ในการดำเนินงานเองก็ได้

2) คณะกรรมการฯ ควรมีอำนาจหน้าที่ในการติดตามและรายงานผลการดำเนินงานของหน่วยงานอื่น ๆ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้ร่างพระราชบัญญัติฯ มีประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น เพราะผู้เสียหายอาจไม่มีศักยภาพเพียงพอในการดำเนินการติดตามข้อร้องเรียนได้ด้วยตนเอง ดังนั้น คณะกรรมการฯ ควรมีอำนาจหน้าที่ในการติดตามและตรวจสอบข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อมิให้ข้อร้องเรียนถูกเพิกเฉย

3) คณะกรรมการฯ ควรมีอำนาจหน้าที่เชิงรุกในการติดตามตรวจสอบการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย ซึ่งรวมถึงกรณีที่ไม่มีผู้ร้องเรียนหรือกรณีที่มีการร้องเรียนแต่ไม่ปรากฏชื่อผู้ร้อง เพราะในบริบทนี้ผู้เสียหายมักไม่กล้าที่จะร้องเรียนการกระทำความผิดเพราะกลัวว่าจะเกิดภัยแก่ตนหรือครอบครัว

4) คณะกรรมการฯ ควรมีอำนาจหน้าที่เชิงรุกในการกำหนดนโยบายและติดตามตรวจสอบเกี่ยวกับมาตรการในการสอบสวน การคุ้มครองพยานหรือผู้เสียหาย และการควบคุมตัวบุคคล ซึ่งรวมถึงการขอให้รายงานหรือส่งพยานหลักฐานเกี่ยวกับการควบคุมตัวบุคคล และการตรวจเยี่ยมสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัว เพื่อเป็นหลักประกันว่าบุคคลดังกล่าวไม่ถูกทรมานหรือถูกกระทำให้บุคคลสูญหาย

5) คณะกรรมการฯ ควรมีอำนาจหน้าที่เชิงรุกในการเปิดโอกาสให้หรือทำงานร่วมกับภาคประชาสังคม⁶⁵⁷ หรือภาคเอกชน ในการติดตามตรวจสอบเกี่ยวกับการกระทำให้บุคคลสูญหาย

⁶⁵⁷ ปณิธาน พิมลวิชยาภิจ, วิทยานิพนธ์ เรื่อง “การบังคับสูญหายในประเทศไทย: ประสบการณ์และมุมมองในเชิงกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา”, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2562).

7.1.2 รูปแบบกระบวนการดำเนินคดี

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED มีได้กำหนดรูปแบบกระบวนการดำเนินคดีอย่างชัดเจน เช่น หน่วยงานภายในของรัฐหน่วยงานใดจะต้องมีหน้าที่ในการดำเนินคดี โดยให้ถือเป็นดุลพินิจของรัฐภาคีแต่ละรัฐในการที่จะกำหนดได้เองเช่นเดียวกับประเด็นการตั้งคณะกรรมการ⁶⁵⁸ ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานที่มีอยู่แล้ว หรือก่อตั้งหน่วยงานอิสระที่มีความเป็นกลางขึ้นมาใหม่เป็นกรณีเฉพาะ⁶⁵⁹ สำหรับประเทศไทยนั้น ในประเด็นอำนาจสืบสวนและสอบสวน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 17 กำหนดเกี่ยวกับการให้พนักงานปกครองหรือตำรวจมีอำนาจทำการสอบสวนคดีอาญาได้⁶⁶⁰ และพนักงานอัยการสามารถทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนได้ในบางกรณี⁶⁶¹ และในประเด็นเขตอำนาจศาลในคดีอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 22 กำหนดหลักทั่วไปให้ศาลที่ความผิดเกิดขึ้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ⁶⁶² อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติฯ ได้มีการกำหนดให้แตกต่างจากหลักทั่วไปที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนด ดังนี้

รูปแบบกระบวนการดำเนินคดี	ฉ. ยธ.	ฉ. กมธ.	ฉ. วันฯ	ฉ. สุตน์ฯ
1. ลักษณะคดี				
1.1. คดีพิเศษตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ (สอบสวนโดยเจ้าหน้าที่ในสังกัดกรมสอบสวนคดีพิเศษ)	✓			
1.2. คดีพิเศษตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ (สอบสวนโดยพนักงานอัยการ)			✓	✓
1.3. คดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา		✓		
2. ศาลที่มีเขตอำนาจ				
2.1. ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ	✓	✓		
2.2. ศาลอาญา (โดยให้นำบทบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบมาบังคับใช้โดยอนุโลม)			✓	✓

⁶⁵⁸ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 123.

⁶⁵⁹ ประเมศวร์ สุขกมลอนันต์, วิทยานิพนธ์ เรื่อง “การดำเนินคดีทรมาน: ศึกษากระบวนการสอบสวนที่เหมาะสม”, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2558).

⁶⁶⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 17.

⁶⁶¹ *Ibid*, มาตรา 20.

⁶⁶² *Ibid*, มาตรา 22.

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละร่างกำหนดรูปแบบกระบวนการดำเนินคดีที่แตกต่างกัน โดยในประเด็นลักษณะคดีนั้น ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับกระทรวงยุติธรรมได้ระบุให้ความผิดตามร่างพระราชบัญญัติฯ เป็นคดีพิเศษตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ และให้อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ โดยในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตดังนี้

1) เนื่องจากความผิดตามร่างพระราชบัญญัติฯ เป็นความผิดที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอาจมีอิทธิพลเหนือคดีหรืออาจทำให้การสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีประสบความยากลำบาก นอกจากนี้ ผู้เสียหายมักประสบปัญหาในการแสวงหาหรือเข้าถึงพยานหลักฐานซึ่งเป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอยู่ได้ ดังนั้น การกำหนดให้เป็นคดีพิเศษตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษจึงน่าจะเป็นสิ่งที่เหมาะสมแล้ว เพราะกรมสอบสวนคดีพิเศษเป็นหน่วยงานที่มีบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ ความพร้อม และมีศักยภาพในการแสวงหาพยานหลักฐานมากกว่าผู้เสียหายที่เป็นประชาชนทั่วไป

2) การกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ จะทำให้กระบวนการยุติธรรมในเรื่องนี้ดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว เนื่องจากกระบวนการพิจารณาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบมีเพียง 2 ชั้นศาล และใช้กระบวนการตามแบบระบบไต่สวนที่ผู้พิพากษาจะมีบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงเอง ซึ่งต่างจากระบบกล่าวหาในคดีอาญาทั่วไปที่ผู้เสียหายจะต้องเป็นผู้แสวงหาข้อเท็จจริงอันอาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินคดี นอกจากนี้ ผู้พิพากษาในศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบจะเป็นกลุ่มที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้พิพากษาซึ่งปฏิบัติหน้าที่มาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี จึงเป็นหลักประกันว่าการพิจารณาคดีตามร่างพระราชบัญญัติฯ นี้ จะกระทำโดยผู้พิพากษาที่มีประสบการณ์

7.2 ประเด็นศึกษาอื่นโดยเทียบเคียงกับแนวทางของรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษา

ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยเลือกศึกษาเฉพาะประเด็นสำคัญที่ได้มีการอภิปรายอย่างกว้างขวางในการประชุมหรือการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติฯ ในระยะเวลาที่ผ่านมา ดังนี้

7.2.1 การกำหนดฐานความผิดทางอาญาและรูปแบบกฎหมาย

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ต่างกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องกำหนดให้การทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดทางอาญาตามคำนิยามที่อนุสัญญากำหนด⁶⁶³ โดยอนุสัญญาฯ มิได้สร้างเงื่อนไขว่า จะต้องกำหนดความผิดและบทลงโทษในทางอาญาในรูปแบบที่ต้องตราขึ้นใหม่เป็นกฎหมายเฉพาะ หรือในรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา⁶⁶⁴ ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยแบ่งอธิบายออกเป็นประเด็นย่อย ดังนี้

⁶⁶³ *Supra* Note 12, CAT, Art. 1; *Supra* Note 13, CED Art. 2

⁶⁶⁴ *Supra* Note 141, CAT Handbook, p. 129.

7.2.1.1 รูปแบบกฎหมาย

รัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษาได้กำหนดรูปแบบกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดความผิดและบทลงโทษในทางอาญา ดังนี้

รัฐภาคี	กรณี	แก้ไขเพิ่มเติม ป.อ.	ออกกฎหมายเฉพาะ	อ้างอิงฐานความผิดเรื่องนี้ใน ป.อ. แต่องค์ประกอบไม่ครบ	อ้างอิงฐานความผิดอื่นที่อาจเทียบเคียงได้
สวีตเซอร์แลนด์	ทรมาน			✓	
	สูญหาย	✓			
บราซิล	ทรมาน		✓		
	สูญหาย				✓
ญี่ปุ่น	ทรมาน				✓
	สูญหาย				✓
ไนจีเรีย	ทรมาน		✓		
	สูญหาย				✓
กัมพูชา	ทรมาน			✓	
	สูญหาย				✓

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐภาคีมีแนวทางการกำหนดรูปแบบกฎหมายออกเป็น 4 แนวทางด้วยกัน คือ 1) การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้มีฐานความผิดตามที่อนุสัญญากำหนด 2) ออกกฎหมายใหม่เป็นการเฉพาะเพื่อกำหนดฐานความผิดตามที่อนุสัญญากำหนด 3) อ้างอิงฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นฐานความผิดตามที่อนุสัญญากำหนดแต่องค์ประกอบความผิดไม่ครบถ้วน และ 4) อ้างอิงฐานความผิดอื่นที่มีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายอาญาที่อาจนำมาเทียบเคียงได้

สำหรับประเด็นการทรมาน มีเพียงบราซิลและไนจีเรียเท่านั้นที่มีการออกกฎหมายเฉพาะ และรัฐภาคีที่เหลือใช้แนวทางการอ้างอิงฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาที่อาจนำมาเทียบเคียงได้ และสำหรับประเด็นการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ยังไม่ปรากฏว่ามีรัฐใดออกกฎหมายเฉพาะ แต่เป็นการดำเนินการอนุวัติการกฎหมายภายในในลักษณะที่เป็นการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา หรือ อ้างอิงฐานความผิดอื่นที่มีอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาที่อาจนำมาเทียบเคียงได้ ทั้งนี้ แต่ละแนวทางมีข้อดีข้อเสีย ดังนี้

	การจัดทำร่างพระราชบัญญัติฯ	การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา
ข้อดี	1) ผู้ใช้กฎหมายและหน่วยงานที่รับผิดชอบสามารถนำไปใช้งานได้สะดวกเนื่องจากร่างพระราชบัญญัติฯ สามารถรวบรวมรายละเอียดและมาตรการที่ไทยต้องอนุวัติการตามพันธกรณีอนุสัญญาฯ ทุกเรื่องไว้สมบูรณ์อยู่ในเอกสารฉบับเดียวได้ 2) สามารถจัดทำรายงานต่อสหประชาชาติหรือองค์คณะด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องได้สะดวกและเข้าใจง่าย เนื่องจากเป็นกฎหมายฉบับเดียว	1) ไม่ต้องออกร่างพระราชบัญญัติฯ ขึ้นมาใหม่ อันเป็นการป้องกันการออกกฎหมายเพื่อ 2) สามารถใช้กลไกของประมวลกฎหมายอาญาได้เลย เช่น ความรับผิดทางอาญา โทษ อายุความ
ข้อเสีย	1) หลักการบางประการ เช่น ฐานความผิด สามารถบรรจุเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญาได้อยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายเฉพาะใหม่ 2) หลักการบางประการซ้ำซ้อนกับหลักการที่ปรากฏในกฎหมายอื่นอยู่แล้ว เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงอาจทำให้เกิดภาวะกฎหมายเพื่อหรือการซ้ำซ้อนของกฎหมายได้	1) เนื้อหาพันธกรณีบางประการไม่สามารถบรรจุไว้ในประมวลกฎหมายอาญาได้ เช่น การเยียวยาผู้เสียหาย การบันทึกข้อมูลผู้เสียหาย การฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนมาตรการเชิงป้องกันอื่น ๆ 2) ในการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามพันธกรณีจะต้องอ้างอิงกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งอาจทำให้ผู้ใช้กฎหมายและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเกิดความสับสนและเป็นอุปสรรคในการบังคับใช้ได้

สำหรับประเทศไทย เคยมีผู้เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐาน “การทรมาน” ในประมวลกฎหมายอาญา⁶⁶⁵ อย่างไรก็ดี ได้มีการหารือและประชุมกันอย่างกว้างขวาง โดยที่ประชุมหลายวาระต่างมีความเห็นเป็นไปในแนวทางที่ให้มีการออกกฎหมายเฉพาะขึ้นมาใหม่ คือ ร่างพระราชบัญญัติฯ เพื่อให้กฎหมายมีความสมบูรณ์ในฉบับเดียวและสามารถกำหนดหน่วยงานที่รับผิดชอบในเรื่องนี้ได้อย่างชัดเจนด้วย ทั้งนี้ ควรพิจารณาว่าหลักการที่ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติฯ มีปรากฏในกฎหมายอื่นอยู่แล้วหรือไม่ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและป้องกันการซ้ำซ้อน/ทับซ้อนในการบังคับใช้

⁶⁶⁵ คมสัน ปานดำ, วิทยานิพนธ์ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการนำตัวพนักงานผู้กระทำการทรมานมาลงโทษ: ศึกษากรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน”, มหาวิทยาลัยรามคำแหง (2557), หน้า 187.

7.2.1.2 คำนิยาม “การทรมาน”

รัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีแนวทางการกำหนดคำนิยาม “การทรมาน” ในกฎหมายภายใน ดังนี้

รัฐภาคี	ฐานความผิดเกี่ยวกับการทรมาน	
สวิตเซอร์แลนด์	ป.อ.	“ทำให้ผู้อื่นเกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงหรือการบาดเจ็บอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะร่างกายหรือจิตใจ” ⁶⁶⁶
บราซิล	กม.เฉพาะ	“การกระทำที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลด้วยการใช้ความรุนแรงหรือการข่มขู่อย่างร้ายแรง การกระทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจ หรือทำให้บุคคลตกอยู่ภายใต้การควบคุมของอีกฝ่ายที่มีอำนาจด้วยการใช้ความรุนแรงหรือการข่มขู่อย่างร้ายแรงเพื่อบังคับใช้การลงโทษหรือมาตรการอื่น ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล คำให้การ หรือคำสารภาพ หรือเพื่อให้กระทำหรืองดเว้นกระทำความผิดอาญา หรือเพราะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทางเชื้อชาติหรือศาสนา” ⁶⁶⁷
ญี่ปุ่น	กม.อื่น	ใช้ฐานความผิดอื่น ⁶⁶⁸
ไนจีเรีย	กม.เฉพาะ	“การกระทำที่เจตนาก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะแก่กายหรือจิตใจ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำสารภาพจากผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม เพื่อลงโทษจากการที่ผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สามได้กระทำ หรือเพื่อข่มขู่หรือขู่เชิญผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม เพราะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งปวง โดยที่การกระทำดังกล่าวได้กระทำโดยหรือด้วยการยุยง หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่สอดคล้องกับการลงโทษโดยชอบด้วยกฎหมาย” ⁶⁶⁹
กัมพูชา	ป.อ.	“การทรมานหรือการกระทำที่โหดร้ายที่ได้กระทำต่อบุคคลอื่นเป็นความผิดและมีโทษจำคุก 7-15 ปี” แต่ยังไม่มีการนิยาม ⁶⁷⁰

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ามีเพียงบราซิลและไนจีเรียเท่านั้นที่มีการให้คำนิยาม “การทรมาน” ในกฎหมายเฉพาะที่สอดคล้องกับอนุสัญญา CAT ในขณะที่สวิตเซอร์แลนด์ได้ระบุงค์ประกอบเฉพาะลักษณะของการกระทำที่ต้องส่งผลให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงเท่านั้น โดยไม่ระบุงค์ประกอบเกี่ยวกับความมุ่งประสงค์และการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และกัมพูชาไม่ได้อธิบายองค์ประกอบความผิดฐาน “การทรมาน” ไว้แต่อย่างใด

⁶⁶⁶ *Supra* Note 501, Swiss Criminal Code, Art. 264a.

⁶⁶⁷ *Supra* Note 503, Brazil Torture Act, Art. 1.

⁶⁶⁸ โปรดดูหัวข้อ 6.1.2.4 (2).

⁶⁶⁹ *Supra* Note 506, Nigeria Anti-Torture Act 2017, Art. 2(1).

⁶⁷⁰ โปรดดูหัวข้อ 6.1.2.3 (2).

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายอาญาไม่กำหนดฐานความผิด “การทรมาน” ไว้เป็นการเฉพาะ จะมีเพียงการกล่าวถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็นการ “ทรมาน” ในฐานะที่เป็นเหตุจูงใจของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานเรียกค่าไถ่ และความผิดฐานปล้นทรัพย์ ดังนี้

(1) กรณีการฆ่าโดยทรมาน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(5)⁶⁷¹ วางหลักว่า ผู้ใดฆ่าผู้อื่นโดยทรมาน ต้องระวางโทษประหารชีวิต ซึ่งเป็นเหตุจูงใจของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น⁶⁷² โดยศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย และศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า “โดยทรมาน” หมายความว่า ทำให้ผู้ถูกฆ่าได้รับทุกข์ทรมานจนถึงแก่ความตายด้วยความยากลำบาก⁶⁷³ จึงไม่ใช่การฆ่าเพื่อให้บุคคลนั้นตายในทันที⁶⁷⁴ เช่น การจับก้นน้ำเมื่อฆ่าให้ตาย โดยการกดแล้วปล่อยให้ขึ้นมาหายใจและกดน้ำซ้ำแล้วซ้ำอีก หรือการยิงให้ตายอย่างช้า ๆ

(2) กรณีการเรียกค่าไถ่โดยทรมาน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313⁶⁷⁵ วางหลักว่า ผู้ใดเอาตัว หน่วงเหนี่ยว หรือกักขังบุคคลใด เพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่ ในลักษณะที่เป็นการกระทำโดยทรมาน ต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นเหตุจูงใจของความผิดฐานเรียกค่าไถ่⁶⁷⁶ โดยเมื่อเทียบเคียงกับคำว่า “โดยทรมาน” ในบริบทการฆ่าโดยทรมาน⁶⁷⁷ จะพบว่า การเรียกค่าไถ่โดยทรมาน คือ การเอาตัว หน่วงเหนี่ยว หรือกักขังบุคคลใด ในลักษณะที่เจตนาให้บุคคลนั้นได้รับทุกข์ทรมานอย่างสาหัส⁶⁷⁸ เช่น การจับคนไปเรียกค่าไถ่โดยเอาโซ่ล่ามข้อเท้าไว้กับเสา 10 วัน แล้วพาไปล่ามโซ่ไว้กับต้นไม้ในป่าบนร้านใต้ฟ้าเต็นท์อีก 4 วัน เป็นการเรียกค่าไถ่โดยทรมาน⁶⁷⁹

(3) กรณีการปล้นทรัพย์โดยทรมาน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340⁶⁸⁰ วางหลักว่า ผู้ใดปล้นทรัพย์โดยกระทำทรมาน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่ 15 ปีถึง 20 ปี โดยเมื่อเทียบเคียงกับคำว่า “โดยทรมาน” ในบริบทการฆ่าโดยทรมาน⁶⁸¹ จะพบว่า การปล้นทรัพย์โดยทรมาน คือ การปล้นทรัพย์ในลักษณะที่เจตนาให้บุคคลที่ถูกปล้นทรัพย์ได้รับทุกข์ทรมานอย่างสาหัส เช่น การใช้น้ำกรดราดผู้เสียหายเพื่อปล้นทรัพย์จากผู้เสียหาย

⁶⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 289(5).

⁶⁷² *Ibid*, ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 288.

⁶⁷³ หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2538), หน้า 189; จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (2553), หัวข้อ 1008.

⁶⁷⁴ คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2*, สำนักพิมพ์วิญญูชน (2564), หน้า 46.

⁶⁷⁵ *Supra* Note 671, ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 313 วรรค 2.

⁶⁷⁶ *Ibid*, ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 313 วรรคแรก.

⁶⁷⁷ *Supra* Note 673.

⁶⁷⁸ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, หน้า 288.

⁶⁷⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2209/2521.

⁶⁸⁰ *Supra* Note 671, ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 340 วรรค 4.

⁶⁸¹ *Supra* Note 673.

เมื่อพิจารณาจากแนวทางการกำหนดความผิดในลักษณะที่มีการกระทำโดยทรมานของประมวลกฎหมายอาญาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา CAT อยู่บางประการ ดังนี้

1) การกระทำ “โดยทรมาน” ตามประมวลกฎหมายอาญามีความมุ่งหมายเพื่อเป็นเหตุจรรยาของฐานความผิดที่มีอยู่แล้ว ในขณะที่ “การทรมาน” ตามอนุสัญญา CAT มีความมุ่งหมายให้เป็นฐานความผิดเฉพาะ

2) ไม่ปรากฏคำนิยามของการกระทำ “โดยทรมาน” ในประมวลกฎหมายอาญา จึงต้องอาศัยความเห็นของนักวิชาการและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาพิจารณาประกอบกัน ในขณะที่อนุสัญญา CAT ระบุคำนิยาม “การทรมาน” ไว้อย่างชัดเจน

3) ไม่ปรากฏความมุ่งประสงค์ดังตัวอย่างที่อนุสัญญา CAT ระบุ เช่น การให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพของบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การข่มขู่ให้กลัว หรือการลงโทษ

4) ไม่ปรากฏการระบุว่าผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ หรือบุคคลที่กระทำการโดยที่รัฐรู้เห็นและยินยอมให้กระทำการ

ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการบัญญัติฐานความผิด “การทรมาน” ขึ้นมาใหม่ ตามแนวทางของอนุสัญญา CAT โดยร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละฉบับมีแนวทางการกำหนด ดังนี้

ฉบับกระทรวงยุติธรรม	ฉบับคณะกรรมการฯ	ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์ฯ	ฉบับนายสุทัศน์ฯ
<ul style="list-style-type: none"> ▪ “การทรมาน” หมายความว่า การกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นเกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจ ▪ ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นเกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจ เพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ <ol style="list-style-type: none"> (1) ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำรับสารภาพจากผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม (2) ลงโทษผู้ถูกกระทำ โดยมีเหตุจากการกระทำซึ่งผู้ขึ้นหรือบุคคลที่สามได้กระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ (3) ข่มขู่หรือขู่เชิญผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม หรือ 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ “การทรมาน” หมายความว่า การกระทำไม่ว่าด้วยประการใดอันก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่กายหรือจิตใจต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด เพื่อ <ol style="list-style-type: none"> (1) ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำรับสารภาพจากบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือ (2) ลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามได้กระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือ (3) ข่มขู่หรือขู่เชิญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือ (4) เพราะเหตุผลอื่นใดบนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไม่ว่ารูปแบบใด ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอันเป็นผลปกติ 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ “การทรมาน” หมายความว่า การกระทำโดยเจตนาไม่ว่าด้วยประการใดอันก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่กายหรือจิตใจต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด เพื่อวัตถุประสงค์ เช่น <ol style="list-style-type: none"> (1) ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำรับสารภาพจากบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม (2) ลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามได้กระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ (3) ข่มขู่หรือขู่เชิญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือ (4) เพราะเหตุผลอื่นใดบนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไม่ว่ารูปแบบใด 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ “การทรมาน” หมายความว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นเกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจ เพื่อวัตถุประสงค์รวมทั้งอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ <ol style="list-style-type: none"> (1) ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำรับสารภาพจากผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม (2) ลงโทษผู้ถูกกระทำ โดยมีเหตุจากการกระทำซึ่งผู้ขึ้นหรือบุคคลที่สามได้กระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ (3) ข่มขู่หรือขู่เชิญผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม หรือ (4) เพราะเหตุผลใด ๆ บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบใด

<p>(4) เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ผู้หนึ่งกระทำความผิดฐานกระทำ ทรมาน</p>	<p>จาก หรือสืบเนื่องจากการลงโทษ ทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำด้วยประการใดต่อผู้อื่นอัน เป็นการกระทำในลักษณะการ ทรมานตามกฎหมายนี้ ผู้หนึ่ง กระทำความผิดฐานกระทำทรมาน 	<p>ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือ ความทุกข์ทรมานอันเป็นผลปกติ จาก หรือสืบเนื่องจากการลงโทษ ทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำด้วยประการใดต่อผู้อื่นอัน เป็นการกระทำในลักษณะการ ทรมานตามกฎหมายนี้ ผู้หนึ่ง กระทำความผิดฐานกระทำ ทรมาน 	<p>แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการลงโทษตาม คำพิพากษาของศาลหรือตามที่ กฎหมายบัญญัติ และตาม พันธกรณีและมาตรฐานระหว่าง ประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นเกิด ความเจ็บปวดหรือความทุกข์ ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกาย หรือจิตใจ เพื่อวัตถุประสงค์ รวมทั้งอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ <ol style="list-style-type: none"> (1) ให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำรับ สารภาพจากผู้ถูกกระทำหรือ บุคคลที่สาม (2) ลงโทษผู้ถูกกระทำ โดยมีเหตุ จากการกระทำซึ่งผู้หนึ่งหรือ บุคคลที่สามได้กระทำหรือถูก สงสัยว่าได้กระทำ (3) ชมชู้หรือขู่เข็ญผู้ถูกกระทำ หรือบุคคลที่สาม หรือ (4) เพราะเหตุผลใด ๆ บนพื้นฐาน ของการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล ผู้หนึ่งกระทำความผิดฐานกระทำ ทรมาน
----------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละร่างกำหนดคำนิยาม “การทรมาน” ในทางเดียวกัน คือ การนำเอาคำนิยามของอนุสัญญา CAT มาแปลเพื่อเก็บความให้ครบถ้วนตามพันธกรณีให้ได้มากที่สุด ซึ่งรวมถึงการแปลคำว่า “ความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง” ด้วย แต่ก็มีได้ให้คำนิยามของคำนี้แต่อย่างใดแม้จะมีผู้เสนอว่าควรกำหนดคำนิยามของคำนี้ก็ตาม⁶⁸²

นอกจากนี้ ในประเด็นความมุ่งประสงค์นั้น ผู้วิจัยมีข้อสังเกตคือ แม้ร่างพระราชบัญญัติฯ จะระบุความมุ่งประสงค์ที่อนุสัญญา CAT กำหนดอย่างครบถ้วน กล่าวคือ 1) การให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพของบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม 2) การลงโทษผู้ถูกกระทำโดยมีเหตุจากการกระทำซึ่งผู้หนึ่งหรือบุคคลที่สามได้กระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ 3) การชมชู้หรือขู่เข็ญผู้ถูกกระทำหรือบุคคลที่สาม และ 4) การเลือกปฏิบัติโดยไม่

⁶⁸² วิรัตน์ นาทิพเวทย์, “ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. (ฉบับประชาชน) ศึกษากรณี โครงสร้างความคิดทางอาญานานการกระทำทรมาน,” ใน วารสารกระบวนการยุติธรรม ปีที่ 13 (2563).

เป็นธรรม มารระบุไว้อย่างชัดเจนในร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ส่วนใหญ่จะกำกับด้วยคำว่า “ดังต่อไปนี้” หรือ “เพื่อ” ส่งผลให้เป็นการจำกัดการบังคับใช้กฎหมายว่าจะต้องปรากฏความมุ่งประสงค์ 4 ประการ อย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น ซึ่งเป็นการระบุตัวอย่างอย่างครบถ้วนในตัว (Exhaustive List) ทั้งที่ต้นฉบับอนุสัญญา CAT ได้ระบุความมุ่งประสงค์ในลักษณะที่เป็น “ตัวอย่าง” ดังเห็นได้จากการใช้คำว่า “for such purposes as” ดังนั้น จึงแสดงว่า นอกจากความมุ่งประสงค์ที่อนุสัญญา CAT ยกตัวอย่างมาแล้วนั้น รัฐภาคียังสามารถเปิดช่องให้ตีความรวมถึงความมุ่งประสงค์อื่น ๆ อีกได้⁶⁸³

สำหรับประเด็นนี้ มีข้อพิจารณาคือ หากระบุในร่างพระราชบัญญัติฯ ในลักษณะที่เป็น “ตัวอย่าง” ตามแนวทางของอนุสัญญา CAT อาจมีประเด็นที่ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาที่ต้องกำหนดองค์ประกอบความผิดและโทษให้ชัดเจน (*Lex certa*)⁶⁸⁴ ดังนั้น เพื่อให้สะท้อนถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างฯ ให้ได้มากที่สุดโดยไม่กระทบต่อหลักกฎหมายอาญา อาจพิจารณากำหนดให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายมีอำนาจหน้าที่ในการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงพัฒนากฎหมายนี้ ซึ่งรวมถึงการศึกษาความเป็นไปได้ในการระบุความมุ่งประสงค์อื่นเพิ่มเติมในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในอนาคต

7.2.1.3 คำนิยาม “การกระทำให้บุคคลสูญหาย”

รัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีแนวทางการกำหนดคำนิยาม “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” ในกฎหมายภายใน ดังนี้

รัฐภาคี	ฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำให้บุคคลสูญหาย	
สวีเดน	ป.อ.	“ผู้ใดโดยที่มีเจตนาเพื่อทำให้บุคคลอื่นตกอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมายเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ผู้นั้นจะต้องรับโทษหากได้กระทำ 1) ในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือได้รับการรู้เห็นเป็นใจจากรัฐหรือองค์กรทางการเมือง จำกัดเสรีภาพของบุคคลนั้นและปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น หรือ 2) ในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือได้รับการรู้เห็นเป็นใจจากรัฐหรือองค์กรทางการเมือง หรือโดยที่ละเมิดต่อหน้าที่ตามกฎหมาย ปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น ผู้นั้นจะต้องรับโทษ” ⁶⁸⁵
บราซิล	ป.อ.	ใช้ฐานความผิดอื่น ⁶⁸⁶
ญี่ปุ่น	กม.อื่น	ใช้ฐานความผิดอื่น ⁶⁸⁷

⁶⁸³ โปรดดูหัวข้อ 3.2.1.2.

⁶⁸⁴ โปรดดูหัวข้อ 2.2.1.3.

⁶⁸⁵ *Supra* Note 501, Swiss Criminal Code, Art. 185bis.

⁶⁸⁶ โปรดดูหัวข้อ 6.1.2.4 (1)

⁶⁸⁷ โปรดดูหัวข้อ 6.1.2.4 (3)

ไนจีเรีย	กม.เฉพาะ	ใช้ฐานความผิดอื่น ⁶⁸⁸
กัมพูชา	ป.อ.	ใช้ฐานความผิดอื่น ⁶⁸⁹

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ามีเพียงสวีเดนและแคนาดาเท่านั้น ที่มีการกำหนดฐานความผิด “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” ไว้เป็นการเฉพาะและเป็นการดำเนินการในรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ในขณะที่รัฐภาคีอื่นจะใช้วิธีการอ้างอิงฐานความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพของบุคคล

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายอาญาไม่กำหนดฐานความผิด “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” เป็นการเฉพาะ แต่มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงเรื่องนี้ซึ่งเกี่ยวกับความผิดต่อเสรีภาพ ได้แก่ ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง และความผิดฐานเรียกค่าไถ่ ดังนี้

(1) กรณีความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310⁶⁹⁰ วางหลักว่า ผู้ใดหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้ใดให้ผู้อื่น ปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยแต่ละการกระทำมีลักษณะ ดังนี้

(ก) กรณีการหน่วงเหนี่ยว ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม อธิบายว่า “หน่วงเหนี่ยว” หมายถึง การจำกัดเสรีภาพในลักษณะที่ “รั้งตัวไว้ ดึงถ่วงไว้ กักไว้” ทำให้ผู้เสียหายไม่อาจเคลื่อนไหวร่างกายได้โดยอิสระ⁶⁹¹ เช่น ดึงแขนไว้ไม่ให้เดินเข้าไป อันเป็นความหมายตามรูปศัพท์จากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี อธิบายว่าสามารถหมายถึง การจำกัดเสรีภาพไม่ให้บุคคลเข้าไปยังที่ที่บุคคลนั้นมีสิทธิจะเข้าไปได้⁶⁹² เช่น การปิดกั้นมิให้ผู้เช่าเข้าไปยังห้องเช่า

(ข) กรณีการกักขัง หมายถึง การบังคับให้อยู่ในที่จำกัด⁶⁹³ ไม่ให้ออกไปไหน อันเป็นลักษณะการตัดเสรีภาพของบุคคลนั้น⁶⁹⁴ เช่น การบังคับให้อยู่แต่ในบ้าน ชังไว้ในล้ง

(ค) กรณีการกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย หมายถึง การทำให้บุคคลไม่สามารถเคลื่อนไหวส่วนต่าง ๆ ของร่างกายได้ตามใจชอบ⁶⁹⁵ ไม่ว่าจะด้วยวิธีใด ๆ ในทำนองเดียวกับการ

⁶⁸⁸ โปรดดูหัวข้อ 6.1.2.4 (4)

⁶⁸⁹ โปรดดูหัวข้อ 6.1.2.4 (5)

⁶⁹⁰ *Supra* Note 671, ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 310.

⁶⁹¹ *Supra* Note 674, หน้า 174.

⁶⁹² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และ รณกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, สำนักพิมพ์วิญญูชน (2564), หน้า 291.

⁶⁹³ *Supra* Note 674, หน้า 174.

⁶⁹⁴ *Supra* Note 692, หน้า 290.

⁶⁹⁵ *Supra* Note 692, หน้า 292.

หน่วงเหนี่ยวกักขัง⁶⁹⁶ เช่น การใส่กุญแจมือ การเอาเสื้อผ้าของบุคคลที่ถอดเสื้อผ้าลงเล่นน้ำในคลองไปและทำให้บุคคลนั้นไม่กล้าขึ้นจากคลอง

(2) กรณีความผิดฐานเรียกค่าไถ่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313⁶⁹⁷ วางหลักว่า ผู้ใดเอาตัวเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีไป หรือเอาตัวบุคคลบุคคลอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชี้ย ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดทำนองคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด หรือ หน่วงเหนี่ยวหรือกักขังบุคคลใด เพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 15-20 ปี และปรับตั้งแต่ 300,000-400,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต ดังนั้น การกระทำที่เป็นความผิดฐานนี้จะต้องปรากฏเจตนาพิเศษ คือ “เพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่” ซึ่งคำว่า “ค่าไถ่” หมายถึง ทรัพย์สินประเภทใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นอย่างสังหาริมทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินทางปัญญา หรืออาจหมายถึงประโยชน์อย่างอื่นที่ผู้กระทำความผิดต้องการ ไม่ว่าจะเป็นอย่างอื่นทางทรัพย์สินหรือลักษณะอื่นที่มีใช้ทรัพย์สินก็ได้⁶⁹⁸

เมื่อพิจารณาจากฐานความผิดข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับความผิดฐาน “การกระทำทำให้บุคคลสูญหาย” ตามที่อนุสัญญา CED กำหนดอยู่บางประการ ดังนี้

1) ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังและความผิดฐานเรียกค่าไถ่ตามประมวลกฎหมายอาญา แม้จะมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกับความผิดฐานการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย แต่ไม่ปรากฏว่ามีองค์ประกอบเกี่ยวกับการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการจำกัดเสรีภาพหรือการปกปิดชะตากรรมของบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหาย ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ภายใต้อนุสัญญา CED

2) ฐานความผิดข้างต้น ผู้กระทำความผิดสามารถเป็นบุคคลใดก็ได้ แต่ความผิดฐานการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย จะต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลซึ่งกระทำการโดยได้รับอนุญาต สนับสนุน หรือรู้เห็นเป็นใจของรัฐ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลเช่นว่ามีอำนาจและความสามารถในการดำเนินการในลักษณะที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลได้สะดวกกว่าบุคคลธรรมดา

3) ฐานความผิดข้างต้น เป็นความผิดอาญาที่ผู้ถูกกระทำเท่านั้นสามารถเป็นผู้เสียหาย ในขณะที่ความผิดฐานการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ผู้เสียหายสามารถเป็นได้ทั้งบุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายเองและบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย เช่น ครอบครัวหรือญาติของบุคคลนั้น ดังจะเห็นได้จากการที่ร่างพระราชบัญญัติฯ ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าคดีความผิดฐานการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ให้สามีม ภริยา ผู้บุพการี และผู้สืบสันดานของผู้ได้รับความเสียหาย (บุคคลผู้ถูกกระทำให้สูญหาย) เป็นผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ครอบครัวหรือญาติของบุคคลผู้ถูกกระทำให้สูญหาย

⁶⁹⁶ *Supra* Note 674, หน้า 175.

⁶⁹⁷ *Supra* Note 671, ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 313.

⁶⁹⁸ *Supra* Note 674, หน้า 198-199.

สามารถเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาในความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายได้ ในขณะที่ไม่สามารถดำเนินการได้ในลักษณะเดียวกันกับความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังและความผิดฐานเรียกค่าไถ่ตามประมวลกฎหมายอาญา

4) ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง มีระวางโทษที่ค่อนข้างต่ำ กล่าวคือ มีเพียงจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งอาจมีลักษณะที่ไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำผิด และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อเทียบกับระวางโทษที่ร่างพระราชบัญญัติฯ ทุกร่างได้กำหนดไว้ที่ จำคุก 5-15 ปี และปรับ 100,000-300,000 บาท จะเห็นได้ว่ามีอัตราที่แตกต่างกันอย่างมาก

5) ความผิดฐานเรียกค่าไถ่ แม้จะมีระวางโทษที่ค่อนข้างสูงและอาจกล่าวได้ว่ามีความได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำผิด กล่าวคือ จำคุกตั้งแต่ 15-20 ปี และปรับตั้งแต่ 300,000-400,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต แต่จะต้องปรากฏเจตนาพิเศษ คือ “เพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่” ด้วย ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคต่อการพิสูจน์ในการดำเนินคดีจริง และไม่จำเป็นที่ผู้กระทำให้บุคคลสูญหายจะมีเจตนาเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่ในทุกกรณี

6) ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง เฉพาะวรรคแรก (กรณีไม่มีเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้บุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส) เป็นความผิดที่ยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 321 ในขณะที่ความผิดฐานการกระทำให้บุคคลสูญหายไม่มีการระบุในลักษณะดังกล่าว ดังนั้น หากปรับใช้ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง อาจทำให้ผู้เสียหายถูกกดดันให้ออมความก็ได้

ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการบัญญัติฐานความผิด “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” ขึ้นมาใหม่ ตามแนวทางของอนุสัญญา CED โดยร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละฉบับมีแนวทางการกำหนด ดังนี้

ฉบับกระทรวงยุติธรรม	ฉบับคณะกรรมการสิทธิการ	ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์ฯ	ฉบับนายสุทัศน์ฯ
<ul style="list-style-type: none"> ▪ “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” หมายความว่า การจับ ขัง ลักพา หรือกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย โดยผู้กระทำให้ปฏิบัติมิได้กระทำการดังกล่าวหรือไม่ให้ทราบว่าคุณคนนั้นเป็นตายร้ายดีอย่างไร ▪ ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจับ ขัง ลักพา หรือกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติมิได้กระทำการดังกล่าว หรือไม่ให้ทราบว่าคุณคนนั้นเป็นตายร้ายดีอย่างไร หรืออยู่ที่ใด 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” หมายความว่า การควบคุมตัวหรือการกระทำด้วยประการใดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือโดยบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับคำสั่ง การสนับสนุน หรือรู้เห็นเป็นใจจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ และได้มีการปฏิบัติมิได้กระทำการดังกล่าว หรือปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น หรือกระทำด้วยประการอื่นใดในทำนองเดียวกัน ▪ “ควบคุมตัว” หมายความว่า รวมถึง การจับ คุม ขัง ลักพา กักตัว คุมขัง กักขัง เรียกตัว หรือเชิญตัวบุคคลไปสอบถามหรือซักถาม หรือกระทำด้วยประการอื่นใดใน 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ “การบังคับบุคคลให้สูญหาย” หมายความว่า การควบคุมตัวหรือการกระทำด้วยประการใดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือโดยบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับคำสั่ง การสนับสนุน หรือรู้เห็นเป็นใจจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ และได้มีการปฏิบัติมิได้กระทำการดังกล่าว หรือปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น หรือกระทำด้วยประการอื่นใดในทำนองเดียวกัน ▪ “ควบคุมตัว” หมายความว่า รวมถึง การจับ คุม ขัง ลักพา กักตัว คุมขัง กักขัง เรียกตัว หรือเชิญตัวบุคคลไปสอบถามหรือ 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” หมายความว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐควบคุมตัวบุคคลโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องหรือผู้กระทำให้ปฏิบัติมิได้กระทำการดังกล่าว หรือปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น หรือไม่ให้ทราบว่าคุณคนนั้นเป็นตายร้ายดีอย่างไรหรืออยู่ที่ใด ▪ “ควบคุมตัว” หมายความว่า รวมถึง การจับ คุม ขัง ลักพา กักตัว คุมขัง กักขัง เรียกตัว หรือเชิญตัวบุคคลไปสอบถามหรือซักถาม หรือกระทำด้วยประการอื่นใดอันเป็นการจำกัดเสรีภาพในร่างกาย

<p>ผู้หนึ่งกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย</p>	<p>ทำนองเดียวกันอันเป็นการจำกัดเสรีภาพในร่างกาย</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำด้วยประการใดต่อผู้อื่นอันเป็นการกระทำในลักษณะการกระทำให้บุคคลสูญหายตามกฎหมายนี้ ผู้หนึ่งกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย 	<p>ซักถาม หรือกระทำด้วยประการอื่นใดในทำนองเดียวกันเป็นการจำกัดเสรีภาพในร่างกาย</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำด้วยประการใดต่อผู้อื่นอันเป็นการกระทำในลักษณะการบังคับให้บุคคลสูญหายตามกฎหมายนี้ ผู้หนึ่งกระทำความผิดฐานบังคับให้บุคคลสูญหาย 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ จับ ชัง ลักพา ควบคุมตัว หรือกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องหรือผู้กระทำ ปฏิเสธว่ามีได้มีกระทำการนั้น หรือปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น หรือไม่ให้ทราบว่าบุคคลนั้นเป็นตายร้ายดีอย่างไร หรืออยู่ที่ใด ผู้หนึ่งกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย
---------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

เช่นเดียวกับประเด็น “การทรมาน” จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละร่างกำหนดคำนิยาม “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” ในทางเดียวกัน คือ การนำเอาคำนิยามของอนุสัญญา CED มาแปลเพื่อเก็บความให้ครบถ้วนตามพันธกรณีให้ได้มากที่สุด อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตคือ ในการเลือกใช้คำเพื่อสื่อถึงชะตากรรมของบุคคล อาจพิจารณาใช้คำว่า “หรือปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น” ซึ่งมาจากคำในอนุสัญญา CED ที่ว่า “concealment of the fate or whereabouts” เพื่อขจัดปัญหาการตีความคำว่า “เป็นตายร้ายดี” ว่ารวมถึงที่อยู่ของบุคคลนั้นด้วยหรือไม่ และอาจพิจารณาตัดบทนิยาม “ควบคุมตัว” ออก เพื่อความกระชับ และการกระทำใด ๆ อันเป็นการลดทอนเสรีภาพ มีความหมายครอบคลุมตัวอย่างต่าง ๆ อยู่แล้ว

7.2.2 การกำหนดโทษทางอาญา

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ต่างกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายโดยคำนึงถึงและต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด⁶⁹⁹ โดยรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีแนวทางการกำหนดโทษในกฎหมายภายใน ดังนี้

รัฐภาคี	(เทียบเคียง)การทรมาน	(เทียบเคียง)การกระทำให้บุคคลสูญหาย
สวีตเซอร์แลนด์	จำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปี	จำคุก 1-20 ปี
บราซิล	จำคุก 2-8 ปี	จำคุก 12-30 ปี
ญี่ปุ่น	จำคุกไม่เกิน 7 ปี	จำคุกไม่เกิน 15 ปี
ไนจีเรีย	จำคุกไม่เกิน 25 ปี	จำคุกไม่เกิน 10 ปี
กัมพูชา	จำคุก 7-15 ปี	จำคุก 2-5 ปี และปรับ 4-10 ล้านเรียล

⁶⁹⁹ โปรดดูหัวข้อ 3.3.4.

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐภาคีที่นำมาศึกษาแต่ละรัฐกำหนดระวางโทษที่มีอัตราแตกต่างกันอย่างมาก แต่เมื่อเทียบกับฐานความผิดอื่นที่ประมวลกฎหมายอาญาของแต่ละรัฐกำหนดจะพบว่าโทษที่กำหนดสำหรับฐานความผิดการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายมีอัตราที่สูงกว่าฐานความผิดอื่น⁷⁰⁰

สำหรับประเทศไทย ร่างพระราชบัญญัติฯ ทุกฉบับได้กำหนดระวางโทษไว้ในลักษณะเดียวกัน ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติฯ	การทรมาน	การกระทำให้บุคคลสูญหาย
ฉบับกระทรวงยุติธรรม	จำคุก 5-15 ปี และปรับ 1-3 แสนบาท	จำคุก 5-15 ปี และปรับ 1-3 แสนบาท
ฉบับคณะกรรมการ	จำคุก 5-15 ปี และปรับ 1-3 แสนบาท	จำคุก 5-15 ปี และปรับ 1-3 แสนบาท
ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์ธา	จำคุก 5-15 ปี และปรับ 1-3 แสนบาท	จำคุก 5-15 ปี และปรับ 1-3 แสนบาท
ฉบับนายสุทัศน์	จำคุก 5-15 ปี และปรับ 1-3 แสนบาท	จำคุก 5-15 ปี และปรับ 1-3 แสนบาท

จะเห็นได้ว่า เมื่อเทียบกับฐานความผิดอื่นที่ใกล้เคียง เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 กำหนดระวางโทษไว้ที่จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือ ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น หรือกระทำความผิดโดยให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 กำหนดระวางโทษไว้ที่จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิดทั้ง 2 ฐานนี้ มีระวางโทษที่ต่ำกว่าระวางโทษที่ร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดไว้อย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งระวางโทษที่ร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดสอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดตามร่างพระราชบัญญัติฯ นี้ จะไม่ได้รับประโยชน์จากการนิรโทษกรรมในอนาคต ไม่ว่าจะในโอกาสใด ๆ ก็ตาม⁷⁰¹ เพื่อตัดความเป็นไปได้ในการที่ผู้กระทำความผิดตามร่างพระราชบัญญัติฯ จะได้รับโทษน้อยลงในความเป็นจริง

7.2.3 การกำหนดอายุความ

แม้อนุสัญญา CED ไม่ได้กำหนดว่ารัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องกำหนดอายุความ แต่หากรัฐภาคีประสงค์จะกำหนด ก็จะต้องกำหนดให้อายุความนั้นมีลักษณะที่ยาวและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด⁷⁰² โดยรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีแนวทางการกำหนดโทษในกฎหมายภายใน ดังนี้

รัฐภาคี	(เทียบเคียง)การทรมาน	(เทียบเคียง)การกระทำให้บุคคลสูญหาย
สวิตเซอร์แลนด์	-	อายุความ 15 ปี
บราซิล	-	อายุความ 20 ปี (อนาคต: ไม่มีอายุความ)

⁷⁰⁰ โปรดดูหัวข้อ 6.2.2.

⁷⁰¹ ฮานิส เกตวิพิทักษ์, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง “การดำเนินการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ตามพันธกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านการทรมานและบังคับบุคคลให้สูญหาย”, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

⁷⁰² โปรดดูหัวข้อ 3.3.3.

ญี่ปุ่น	-	อายุความ 7 ปี
ไนจีเรีย	-	ไม่มีอายุความ
กัมพูชา	-	อายุความ 5 ปี

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐภาคีที่นำมาศึกษาแต่ละรัฐมีแนวทางแตกต่างกัน โดยมีเฉพาะไนจีเรียเท่านั้นที่กฎหมายปัจจุบันไม่กำหนดอายุความ และบราซิลที่กฎหมายปัจจุบันกำหนดอายุความไว้ยาวถึง 20 ปี โดยในอนาคตอาจไม่มีอายุความหากร่างกฎหมายในเรื่องนี้ผ่านการพิจารณา แต่สำหรับรัฐภาคีอื่นได้กำหนดอายุความไว้ที่ความยาวแตกต่างกัน⁷⁰³

สำหรับประเทศไทย ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละฉบับได้กำหนดอายุความไว้แตกต่างกัน ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติฯ	การทรมาน	การกระทำให้บุคคลสูญหาย
ฉบับกระทรวงยุติธรรม	ไม่ระบุ (ใช้ ป.อ. และ ป.วิ.อ.) ป.อ. มาตรา 95 (1) อายุความ 15 ปี (จำคุก 7-20 ปี) (2) อายุความ 20 ปี (จำคุก 20 ปี-ตลอดชีวิต)	ไม่ระบุ (ใช้ ป.อ. และ ป.วิ.อ.) ป.อ. มาตรา 95 (1) อายุความ 15 ปี (จำคุก 7-20 ปี) (2) อายุความ 20 ปี (จำคุก 20 ปี-ตลอดชีวิต)
ฉบับคณะกรรมการฯ	ไม่มีอายุความ	ไม่มีอายุความ
ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์ฯ	อายุความ 50 ปี (ไม่มีอายุความกรณี CAH)	อายุความ 50 ปี (ไม่มีอายุความกรณี CAH)
ฉบับนายสุทัศน์ฯ	อายุความ 50 ปี (ไม่มีอายุความกรณี CAH)	อายุความ 50 ปี (ไม่มีอายุความกรณี CAH)

จะเห็นได้ว่า มีเพียงร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับกระทรวงยุติธรรมเท่านั้นที่ไม่ระบุประเด็นอายุความ จึงทำให้ต้องปรับใช้หลักทั่วไปตามที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 กำหนด คือ อายุความ 15 ปี สำหรับการกระทำความผิดฐานการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย และอายุความ 20 ปี สำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวที่ส่งผลให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย แต่ในร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับอื่น ไม่มีการกำหนดอายุความไว้ หรือหากกำหนดก็มีความยาวถึง 50 ปี ทั้งนี้ ในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกต ดังนี้

1) การกำหนดอายุความ โดยหลักจะส่งผลให้เมื่อเวลาผ่านไประยะหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดก็จะไม่สามารถนำตัวบุคคลผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีได้ ยิ่งผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยแล้วยังมีความเป็นไปได้ที่จะอาศัยช่องทางหรือความช่วยเหลือที่ทำให้ยังไม่ถูกนำตัวมาดำเนินคดีจนกว่าจะหมดอายุความ ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่าไม่ควรกำหนดอายุความสำหรับการกระทำความผิดตามร่างพระราชบัญญัติฯ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายว่าผู้กระทำความผิดจะไม่สามารถหลบหนีการดำเนินคดีได้ด้วยเหตุผลด้านอายุความ

⁷⁰³ โปรดดูหัวข้อ 6.2.3.

2) การไม่กำหนดอายุความเป็นการสะท้อนถึงเจตนารมณ์ดั้งเดิมของผู้ร่างอนุสัญญา CED โดยสังเกตได้จากการใช้คำในตัวของที่ระบุว่า “รัฐภาคีซึ่งกำหนดให้มีอายุความ” (“A State Party which applies a statute of limitations”) หมายความว่า หลักการพื้นฐานคือการไม่กำหนดอายุความ แต่หากรัฐภาคีจะกำหนด ก็จะต้องกำหนดภายใต้กรอบที่อนุสัญญา CED กำหนด คือ ต้องมีความยาวและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด

7.2.4 การห้ามอ้างพฤติการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED ต่างกำหนดห้ามมิให้มีการอ้างพฤติการณ์พิเศษใด ๆ ซึ่งรวมถึงสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อเป็นข้ออ้างในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นการยืนยันการเคารพหลักการที่ว่าสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำให้อับชยหายนั้นเป็นสิทธิสมบูรณ์และไม่อาจถูกรอนสิทธิได้ (Non-Derogable Rights)⁷⁰⁴ โดยรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีแนวทางการระบุห้ามอ้างพฤติการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ฉุกเฉินในกฎหมายภายใน ดังนี้

รัฐภาคี	ที่มาของกฎหมาย
สวีตเซอร์แลนด์	อ้างอิงอนุสัญญา และ อ้างอิงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ
บราซิล	อ้างอิงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ
ญี่ปุ่น	ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้
ไนจีเรีย	อ้างอิงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (แต่มีเงื่อนไขยกเว้น)
กัมพูชา	อ้างอิงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (แต่ยังไม่ชัดเจน)

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐภาคีที่นำมาศึกษาส่วนใหญ่จะระบุบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีความชัดเจนแตกต่างกันออกไป ยกเว้นไนจีเรียที่ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ระบุในกฎหมายภายในใด ๆ เลย

สำหรับประเทศไทย ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละฉบับได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติฯ	ที่มาของกฎหมาย
ฉบับกระทรวงยุติธรรม	“สถานการณ์ฉุกเฉิน สงคราม ความไม่มั่นคงของรัฐ หรือสถานการณ์พิเศษใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย”
ฉบับคณะกรรมการ	“สถานการณ์ฉุกเฉิน สงคราม ความไม่มั่นคงของรัฐ หรือสถานการณ์พิเศษใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย”
ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์ฯ	“สถานการณ์ฉุกเฉิน สงคราม ความไม่มั่นคงของรัฐ หรือสถานการณ์พิเศษใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย”
ฉบับนายสุทัศน์ฯ	ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้

⁷⁰⁴ โปรดดูหัวข้อ 4.1.2.

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ ส่วนใหญ่ระบุประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจน แม้ว่าการประชุมที่ผ่านมาอาจมีบางครั้งที่มีความเห็นจากหน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานที่เสนอให้ตัดข้อความในเรื่องนี้ออกไป โดยให้เหตุผลว่าไม่มีความจำเป็น เพราะเมื่อมีการกำหนดให้การทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดจึงทำให้การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในทุกกรณีที่เป็นความผิดตามร่างพระราชบัญญัติฯ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจอ้างเหตุใดมาสนับสนุนเป็นข้ออ้างในการกระทำความผิดได้แล้ว ทั้งนี้ ในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกต ดังนี้

1) ควรกำหนดประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนในร่างพระราชบัญญัติฯ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบตั้งแต่ต้นว่าไม่สามารถอ้างพฤติการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายได้

2) เมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับแนวทางของรัฐภาคีที่นำมาศึกษา จะพบว่ารัฐธรรมนูญของไทยไม่มีบทบัญญัติกล่าวถึงเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน และแม้มาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลจะไม่มีข้อความระบุกรณีหรือพฤติการณ์ที่อาจใช้เป็นข้อยกเว้นในการรับรองสิทธิและเสรีภาพเช่นว่าได้⁷⁰⁵ ซึ่งอาจทำให้ตีความได้ว่าเป็นสิทธิสมบูรณ์และไม่อาจถูกรอนสิทธิได้ แต่การที่ระบุประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนในร่างพระราชบัญญัติฯ จะช่วยลดปัญหาการตีความในอนาคตได้

7.2.5 การไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลมาจากการทรมาน

อนุสัญญา CAT กำหนดให้รัฐภาคีต้องประกันว่าจะไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลมาจากการทรมาน ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่จะช่วยลดเหตุจูงใจในการทรมานบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพของบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม⁷⁰⁶ โดยรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีแนวทางการระบุห้ามอ้างพฤติการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ฉุกเฉินในกฎหมายภายใน ดังนี้

รัฐภาคี	ที่มา	เนื้อหาบทบัญญัติ
สวีตเซอร์แลนด์	ป.วิ.อ.	“ห้ามมิให้ใช้วิธีการในลักษณะที่เป็นการขู่เข็ญ ใช้ความรุนแรง ข่มขู่ ให้คำมั่น หลอกลวงหรือวิธีการอื่นใดที่อาจกระทบต่อความสามารถของบุคคลที่จะคิดหรือตัดสินใจได้อย่างอิสระในการสืบหาพยานหลักฐาน แม้ว่าบุคคลนั้นจะได้ยินยอมให้ใช้วิธีการเช่นว่าแล้วก็ตาม” “ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการตามมาตรา 140 (ข้างต้น) ไม่ว่าจะด้วยสถานการณ์ใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานเอาผิดผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิด”
บราซิล	รัฐธรรมนูญ	“พยานหลักฐานที่ได้มาโดยการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายจะไม่สามารถยอมรับได้”

⁷⁰⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, มาตรา 28

“บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่น ตามที่กฎหมายบัญญัติ การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำได้อันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกาย จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้”

⁷⁰⁶ โปรตุเกสหัวข้อ 4.2.3.

ญี่ปุ่น	รัฐธรรมนูญ	“บุคคลไม่อาจให้การที่เป็นปรักภัยแก่ตนได้ และคำสารภาพที่ได้ให้โดยการบังคับ ทรมาน หรือข่มขู่ หรือภายหลังจากจับกุมคุมขังมาเป็นระยะเวลา มีอายุยอมรับเป็นพยานหลักฐานได้”
	ป.วิ.อ.	“คำสารภาพที่ได้ให้ภายใต้การบังคับ ทรมานหรือข่มขู่ หรือภายหลังจากคุมขังมาเป็นระยะเวลา หรือในกรณีที่สงสัยว่าคำสารภาพเช่นว่าไม่ได้ให้โดยสมัครใจ ไม่อาจยอมรับเป็นพยานหลักฐานได้”
ไนจีเรีย	รัฐธรรมนูญ	“บุคคลที่ถูกดำเนินคดีอาญาไม่สามารถถูกบังคับให้ต้องแสดงพยานหลักฐานในระหว่างการดำเนินคดีได้”
	ป.วิ.อ.	“ห้ามมิให้ผู้พิพากษารับฟังหรือบันทึกคำสารภาพจนกว่าจะเป็นที่พอใจว่าบุคคลได้ให้คำสารภาพโดยสมัครใจ”
กัมพูชา	รัฐธรรมนูญ	“คำสารภาพที่ได้ให้ เป็นผลมาจากการทรมานหรือการกดดันทางจิตใจ ไม่อาจยอมรับเป็นพยานหลักฐานแห่งการกระทำผิดได้”
	ป.วิ.อ.	“รับรองว่าคำตอบหรือคำสารภาพที่บุคคลได้ให้ภายใต้การข่มขู่ไม่ว่าทางการหรือจิตใจจะไม่มีคุณค่าทางพยานหลักฐาน”

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐภาคีที่นำมาศึกษาได้ระบุบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้เป็นการทั่วไปในรัฐธรรมนูญหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่แล้ว โดยส่วนใหญ่จะปรากฏในทั้ง 2 รูปแบบ ในขณะที่สวิตเซอร์แลนด์ระบุเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ และบราซิลบัญญัติรับรองหลักการนี้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

สำหรับประเทศไทย ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละฉบับได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติฯ	ที่มาของกฎหมาย
ฉบับกระทรวงยุติธรรม	ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้
ฉบับคณะกรรมการการ	“ในกรณีที่ปรากฏต่อศาลว่าพยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้น หรือได้มาเนื่องจากการทรมาน การกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการกระทำให้บุคคลสูญหาย ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่เป็นการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้”
ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์	“ในกรณีที่ปรากฏต่อศาลว่าพยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้น หรือได้มาเนื่องจากการทรมาน การกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการกระทำให้บุคคลสูญหาย ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่เป็นการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้”
ฉบับนายสุทัศน์	“ในกรณีที่ปรากฏต่อศาลว่าพยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้น หรือได้มาเนื่องจากการทรมาน การกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการกระทำให้บุคคลสูญหาย ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่เป็นการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้”

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ ส่วนใหญ่ระบุประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจน มีเพียงร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับกระทรวงยุติธรรมเท่านั้นที่ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ อย่างไรก็ตาม การไม่ระบุในร่างพระราชบัญญัติฯ อาจไม่ส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติตามพันธกรณี เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมีบทบัญญัติรับรองประเด็นไว้เป็นการทั่วไปอยู่แล้วซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของรัฐภาคีที่นำมาศึกษา โดยมาตรา 135 บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการถามคำให้การผู้ต้องหาว่า “ในการถามคำให้การผู้ต้องหา ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง ทรมาน ใช้กำลังบังคับ หรือกระทำโดยมิชอบประการใด ๆ เพื่อจูงใจให้เขาให้การอย่างใด ๆ ในเรื่องที่ต่อนั้น” และมาตรา 226 บัญญัติเกี่ยวกับการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายว่า “พยานวัตถุพยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน” ดังนั้นในเรื่องนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าหลักการที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา CAT อยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติฯ อีกแต่อย่างใด

7.2.6 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา

อนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐภาคีต้องประกันว่าผู้บังคับบัญชาสามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ด้วยหากมีพฤติการณ์ที่เข้าเงื่อนไขตามที่อนุสัญญากำหนด คือ ผู้บังคับบัญชานั้นมีข้อมูลอย่างชัดเจน มีอำนาจและการควบคุมที่มีประสิทธิภาพเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา และได้ล้มเหลวในการดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันหรือระงับไม่ให้เกิดการกระทำผิด⁷⁰⁷ โดยรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีแนวทางการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาดังนี้

รัฐภาคี	รูปแบบ				
	ผู้กระทำผิดหลัก	ก่อให้เกิดทำผิด	สนับสนุนให้ทำผิด	ทำผิดโดยจงใจ	ประสงคร่วมกัน
สวีตเซอร์แลนด์		- เจตนาผู้ยงผู้อื่น	- ช่วยเหลือผู้อื่น		
บราซิล		- ส่งเสริม จัดให้มีความร่วมมือหรือก่อกับการทำกิจกรรม	-	- จงใจและอยู่ภายใต้ความสามารถที่จะกระทำ การใด ๆ เพื่อหลีกเลี่ยง	

⁷⁰⁷ โปรดดูหัวข้อ 3.3.1.2.

		<ul style="list-style-type: none"> - ชมชู้หรือจูใจ อย่างมี นัยสำคัญ - ยุยงหรือสั่ง การ - ให้คำมั่นว่าจะ ให้รางวัลหรือ สินจ้าง 			
ญี่ปุ่น		<ul style="list-style-type: none"> - ตัวการร่วม - จูใจ 	<ul style="list-style-type: none"> - ช่วยเหลือ ตัวการ 		
ไนจีเรีย	<ul style="list-style-type: none"> - ถือว่าได้มีส่วน ในการกระทำ ความผิด 				<ul style="list-style-type: none"> - ก่อเจตนา ร่วมกัน โดยมี ความมุ่ง ประสงค์ที่มี ชอบด้วย กฎหมาย ร่วมกัน
กัมพูชา		<ul style="list-style-type: none"> - ให้แนวทาง หรือออกคำสั่ง - กระตุ้นโดย การให้ ของขวัญ คำมั่น ชมชู้ จูใจ หรือใช้ อำนาจโดยมี ชอบ 	<ul style="list-style-type: none"> - ช่วยเหลือหรือ อำนวยความสะดวก 	<ul style="list-style-type: none"> - รู้ว่าจะมีการ กระทำ ความผิดและ ไม่แจ้ง เจ้าหน้าที่ 	

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐภาคีที่นำมาศึกษาได้มีรูปแบบการกำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยอ้างอิงจากรูปแบบการกำหนดความรับผิดชอบที่มีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งไม่ได้ระบุชัดเจนว่าเป็นการกำหนดความรับผิดชอบในบริบทของผู้บังคับบัญชา

สำหรับประเทศไทย ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละฉบับได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติฯ	ที่มาของกฎหมาย
ฉบับกระทรวงยุติธรรม	“ผู้บังคับบัญชาผู้ใดทราบว่าได้บังคับบัญชาที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาโดยตรงของตนจะกระทำหรือได้กระทำความผิดตามมาตรา 28 มาตรา 29 หรือมาตรา 30 และไม่ดำเนินการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันหรือระงับการกระทำความผิด หรือไม่ดำเนินการหรือส่งเรื่องให้ดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดีตามกฎหมาย ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”
ฉบับคณะกรรมการการฯ	“ผู้ใดเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้กระทำความผิดตามมาตรา 18 มาตรา 19 หรือมาตรา 20 และไม่ดำเนินการที่จำเป็นและเหมาะสมตามอำนาจของตน เพื่อป้องกันหรือยุติการกระทำ ความผิดหรือไม่ดำเนินการ หรือส่งเรื่องให้ดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดีอาญาตาม กฎหมาย ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ผู้บังคับบัญชาตามวรรคหนึ่งจะต้องเป็นผู้ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบ และมีอำนาจควบคุมดูแลการ กระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวของบุคคล ผู้บังคับบัญชาตามวรรคหนึ่ง ไม่ต้องรับผิด หากพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ทราบหรือควรจะทราบ หรือ มิได้ละเลยเพิกเฉยต่อการกระทำความผิดของผู้ที่อยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาของตน”
ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์ฯ	“ผู้ใดเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้กระทำความผิดตามมาตรา 17 มาตรา 18 หรือมาตรา 19 และไม่ดำเนินการที่จำเป็นและเหมาะสมตามอำนาจของตน เพื่อป้องกันหรือยุติการกระทำ ความผิดหรือไม่ดำเนินการ หรือส่งเรื่องให้ดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดีอาญาตาม กฎหมาย ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ผู้บังคับบัญชาตามวรรคหนึ่งจะต้องเป็นผู้ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบ และมีอำนาจควบคุมดูแลการ กระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวของบุคคล ผู้บังคับบัญชาตามวรรคหนึ่ง ไม่ต้องรับผิด หากพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ทราบหรือควรจะทราบ หรือ มิได้ละเลยเพิกเฉยต่อการกระทำความผิดของผู้ที่อยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาของตน”
ฉบับนายสุทัศน์ฯ	“ผู้ใดเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้กระทำความผิดตามมาตรา 8 มาตรา 9 หรือมาตรา 10 และไม่ ดำเนินการที่จำเป็นและเหมาะสมตามอำนาจของตน เพื่อป้องกันหรือยุติการกระทำความผิด หรือไม่ดำเนินการ หรือส่งเรื่องให้ดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย ต้อง ระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ผู้บังคับบัญชาตามวรรคหนึ่งจะต้องเป็นผู้ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบ และมีอำนาจควบคุมดูแลการ กระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวของบุคคล ผู้บังคับบัญชาตามวรรคหนึ่ง ไม่ต้องรับผิด หากพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ทราบหรือควรจะทราบ หรือ มิได้ละเลยเพิกเฉยต่อการกระทำความผิดของผู้ที่อยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาของตน”

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ ทุกฉบับระบุประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจน โดยเป็นการกำหนดรูปแบบความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาเป็นการเฉพาะ ซึ่งแตกต่างจากแนวทางที่รัฐภาคีอื่นที่นำมาศึกษาได้ถือปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม การกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาเป็นประเด็นที่ยากและละเอียดอ่อนเนื่องจากต้องคำนึงถึงหลักการหลายประการพร้อมกัน โดยในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกต ดังนี้

1) ในการประชุมที่ผ่านมา มีความเห็นว่าควรกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาเฉพาะกรณีการกระทำให้บุคคลสูญหายเนื่องจากมีเพียงอนุสัญญา CED เท่านั้นที่กำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้ อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าแม้อนุสัญญา CAT จะไม่ได้กำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้ แต่รัฐภาคีสามารถกำหนดให้มากกว่ามาตรฐานขั้นต่ำอันเป็นคุณต่อการป้องกันและปราบปรามการทรมานได้ ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินมาตรการตามร่างพระราชบัญญัติฯ สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลจากการกระทำความทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายซึ่งโดยลักษณะของความผิดนั้นมีความร้ายแรงเช่นกัน จึงควรพิจารณากำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาให้ครอบคลุมการกระทำความผิดทุกรูปแบบภายใต้ร่างพระราชบัญญัติฯ

2) เนื่องจากอนุสัญญา CED กำหนดมาตรฐานความรับรู้ของผู้บังคับบัญชาไว้ 2 รูปแบบ คือ ได้ทราบ (Knew) หรือ ได้จงใจละเลย (Consciously disregarded) เช่น เพิกเฉยต่อข้อมูลที่แสดงอย่างชัดเจนถึงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา⁷⁰⁸ จึงควรเพิ่มเติมให้ครบถ้วน

3) อนุสัญญา CED ระบุว่าผู้บังคับบัญชาจะต้องมีการควบคุมที่มีประสิทธิภาพของตน (Effective Authority) หรือมีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาด้วย เนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่แม้ว่าผู้บังคับบัญชาจะมีอำนาจตามสายบังคับบัญชาต่อผู้ใต้บังคับบัญชา แต่ในความเป็นจริงอาจไม่สามารถควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ด้วยเหตุบางประการ ดังนั้น เพื่อคุ้มครองผู้บังคับบัญชาในบริบทนี้จึงควรเพิ่มเติมประเด็นนี้ให้ครบถ้วนด้วย

4) การกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาเฉพาะกรณีการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาโดยตรงนั้น อาจเป็นอุปสรรคในการบังคับใช้เพราะในทางปฏิบัติอาจมีผู้บังคับบัญชาอื่นที่อาจไม่ได้อยู่ในสายการบังคับบัญชาของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นโดยตรงแต่ในความเป็นจริงอาจมีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นได้ จึงควรตัดคำว่า “โดยตรง” ออก เพื่อให้กินความกว้างขึ้น

7.2.7 การบันทึกข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ

อนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐภาคีต้องรวบรวมและเก็บข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองว่าบุคคลที่ถูกคุมขังนั้นจะไม่ถูกกระทำให้สูญหาย⁷⁰⁹ โดยรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีแนวทางการบันทึกข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ ดังนี้

⁷⁰⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (2556), หน้า 164.

⁷⁰⁹ โปรดดูหัวข้อ 4.3.2.4.

รัฐภาคี	แนวทาง	
	จัดเก็บในฐานข้อมูลกลาง	จัดเก็บในฐานข้อมูลของแต่ละสถานที่คุมขังบุคคล
สวิตเซอร์แลนด์	ฐานข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรสวิส VOSTRA บันทึกโดย 1) สำนักงานยุติธรรมกลาง 2) หน่วยงานด้านการยุติธรรมของพลเรือนและทหาร 3) หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับมาตรการจำคุก 4) หน่วยงานระดับแคว้น	
บราซิล	ฐานข้อมูลเกี่ยวกับการกำกับดูแลเรือนจำ และ ฐานข้อมูลเกี่ยวกับลงทะเบียนบุคคลที่ถูกจับกุม	
ญี่ปุ่น		ฐานข้อมูลของสถานที่คุมขังบุคคลแต่ละแห่ง ในรูปแบบการตรวจสอบสุขภาพประจำปี
ไนจีเรีย	ฐานข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรกลาง บันทึกโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจที่จับกุม	
กัมพูชา		ฐานข้อมูลของเรือนจำและสถานที่คุมขังบุคคลแต่ละแห่ง บันทึกโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าพนักงานเรือนจำ

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐภาคีที่นำมาศึกษาได้มีรูปแบบการบันทึกข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพอยู่ 2 รูปแบบ คือ การจัดเก็บในฐานข้อมูลกลาง และการจัดเก็บในฐานข้อมูลของสถานที่คุมขังบุคคลแต่ละแห่ง สำหรับประเทศไทย ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละฉบับได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติฯ	ที่มาของกฎหมาย
ฉบับกระทรวงยุติธรรม	“ในการควบคุมผู้ถูกจำกัดเสรีภาพตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ในการควบคุมบุคคลผู้ถูกจำกัดเสรีภาพต้องจัดให้มีการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับผู้ถูกจำกัดเสรีภาพ ...”
ฉบับคณะกรรมการสิทธิฯ	“ในการควบคุมตัวบุคคล เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่รับผิดชอบต้องแจ้งการควบคุมดังกล่าวต่อนายอำเภอและพนักงานอัยการแห่งท้องที่ที่มีการควบคุมตัวทราบทันที โดยให้นำตัวบุคคลดังกล่าวไปยังที่ทำการของผู้ควบคุมตัวทันที และจัดให้มีการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับผู้ถูกควบคุมตัว ...”
ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์ฯ	“ในการควบคุมตัวบุคคล เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ในการควบคุมตัวบุคคลต้องจัดให้มีการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับผู้ถูกควบคุมตัว ...”
ฉบับนายสุทัศน์ฯ	“ในการควบคุมตัวบุคคล ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ในการควบคุมตัวบุคคลต้องจัดให้มีการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับผู้ถูกควบคุมตัว ...”

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ ระบุประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ในการควบคุมตัวจะต้องจัดให้มีการบันทึกข้อมูล โดยรายละเอียดข้อมูลที่ต้องบันทึกนั้น ร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดประเภทของข้อมูลที่ต้องบันทึกซึ่งเป็นไปตามที่อนุสัญญา CED กำหนด⁷¹⁰ อันรวมถึง

- (1) ชื่อ นามสกุล รูปถ่าย ตำหนิรูปพรรณ รวมทั้งข้อมูลอื่นที่ใช้ระบุตัวบุคคล และสภาพร่างกายของผู้ถูกควบคุมตัว
- (2) วัน เวลา สถานที่ของการถูกควบคุมตัวและข้อมูลเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำการควบคุมตัว ตลอดจนสถานที่ปลายทางที่รับตัวและเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับผิดชอบการย้ายสถานที่ควบคุมตัว
- (3) คำสั่งที่ให้มีการควบคุมตัว และเหตุแห่งการออกคำสั่ง
- (4) เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งให้มีการควบคุมตัว
- (5) วัน เวลา สถานที่ของการปล่อยตัว ผู้รับผิดชอบในการปล่อยตัว และญาติหรือบุคคลที่มารับตัว หรือพยานในการปล่อยตัว
- (6) ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพร่างกายของบุคคลผู้ถูกควบคุมตัว ทั้งก่อนควบคุมตัวและก่อนการปล่อยตัว
- (7) ข้อมูลเกี่ยวกับสาเหตุแห่งการเสียชีวิตและสถานที่เก็บศพ (กรณีผู้ถูกควบคุมตัวเสียชีวิต)
- (8) ข้อมูลเพื่อใช้ในการติดต่อญาติหรือบุคคลที่ผู้ถูกควบคุมตัวไว้วางใจ และทนายความ (ถ้ามี)
- (9) ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อรับประกันสิทธิของผู้ถูกควบคุมตัว

อย่างไรก็ดี ในการบันทึกข้อมูลบุคคลนั้น ร่างพระราชบัญญัติฯ ส่วนใหญ่กำหนดเพียงหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ในการควบคุมตัวจะต้องจัดให้มีการบันทึกข้อมูล แต่มีร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับคณะกรรมการฯ เพียงฉบับเดียว ที่เพิ่มเงื่อนไขให้เจ้าพนักงานผู้นั้นต้องแจ้งการควบคุมดังกล่าวต่อนายอำเภอและพนักงานอัยการแห่งท้องที่ที่มีการควบคุมตัวทราบทันที โดยในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกต ดังนี้

1) ในการประชุมที่ผ่านมา มีความเห็นว่าการเพิ่มเงื่อนไขให้เจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติหน้าที่ต้องแจ้งการควบคุมดังกล่าวต่อนายอำเภอและพนักงานอัยการแห่งท้องที่ที่มีการควบคุมตัวทราบทันทีนั้น อาจเป็นการสร้างภาระและเพิ่มงานให้แก่เจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติหน้าที่ ในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าหากเป็นเพียงการแจ้งเพื่อทราบเท่านั้น โดยไม่เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนหรือต้องได้รับอนุมัติจากนายอำเภอและพนักงานอัยการก่อนจะที่จะดำเนินการในขั้นตอนต่อไป ก็น่าจะยังพอสามารถดำเนินการได้ในทางปฏิบัติ โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอาจพัฒนาระบบการแจ้งให้สามารถดำเนินการได้ง่ายและอาจนำระบบอิเล็กทรอนิกส์เข้ามาสนับสนุนด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันอีกชั้นหนึ่งว่านายอำเภอและพนักงานอัยการจะทราบข้อมูลเกี่ยวกับการควบคุมตัว

2) ในอนาคตเมื่อประเทศไทยจะต้องจัดทำรายงานประเทศเกี่ยวกับเรื่องนี้ ก็ควรจะต้องจัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับระบบการบันทึกข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ โดยอาจอ้างถึงระบบสารสนเทศข้อมูลอาชญากรรม

⁷¹⁰ *Supra* Note 13, CED, Art. 17(3).

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (Criminal Record Information Management Enterprise System: CRIMES) ซึ่งเป็นระบบกลางในการจัดเก็บข้อมูลเกี่ยวกับอาชญากรรมทั้งหมดซึ่งรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับการจับกุมหรือควบคุมตัว และข้อมูลของผู้ถูกควบคุมตัวด้วย⁷¹¹ โดยระบบ CRIMES ในปัจจุบันกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ในการควบคุมตัวจะต้องบันทึกข้อมูลสำคัญของผู้ถูกควบคุมตัว เช่น ชื่อ-สกุล วันที่จับกุม สถานที่จับกุม บันทึกรายละเอียดการจับกุม ขั้นตอนการตัดสินคดี พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ ซึ่งเป็นข้อมูลขั้นต้น ในอนาคตอาจต้องเพิ่มประเด็นในการกรอกให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพร่างกายของบุคคลผู้ถูกควบคุมตัว ทั้งก่อนควบคุมตัวและก่อนการปล่อยตัว

7.2.8 การเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคล

อนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐภาคีต้องรับประกันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐและสถาบันที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคล และหากจำเป็นก็ต้องได้รับอนุญาตล่วงหน้าจากหน่วยงานด้านการศาล ซึ่งเป็นพันธกรณีที่สร้างหลักประกันว่าบุคคลที่ถูกควบคุมตัวจะยังคงอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมาย โดยไม่ถูกขังในที่ลับหรือถูกกระทำให้อับชยหาย⁷¹² โดยรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีแนวทางในเรื่องนี้ ดังนี้

รัฐภาคี	ที่มาของกฎหมาย
สวิตเซอร์แลนด์	ขึ้นอยู่กับกฎหมายแต่ละแคว้น (Cantonal Law) ให้อำนาจหน่วยงานในการเข้าเยี่ยมสถานที่ควบคุมตัว เช่น ศาล (Basel) คณะกรรมาธิการรัฐสภาแห่งแคว้น (Zurich, Lucerne) หน่วยงานคุ้มครองเด็กและผู้ใหญ่ Schaffhausen)
บราซิล	-
ญี่ปุ่น	มีกฎหมายเฉพาะให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแต่งตั้งผู้ตรวจ (Inspectors) โดยให้มีอำนาจในการเข้าตรวจสอบสถานที่คุมขังบุคคลโดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าอย่างน้อยปีละ 1 ครั้ง และต้องจัดทำข้อเสนอแนะและรายงานไปยังรัฐมนตรี
ไนจีเรีย	มีกฎหมายเฉพาะให้อำนาจผู้บังคับการ (Chief Magistrate) ในการเข้าตรวจสอบสถานีดำรงหรือสถานที่คุมขังบุคคล โดยอาจเรียกข้อมูลเกี่ยวกับการจับกุมเพื่อตรวจสอบ อำนาจความสะดวกในการฟ้องร้องดำเนินคดี หรือมีคำสั่งให้ประกันตัวในกรณีที่คำขอให้ประกันตัวเคยถูกปฏิเสธ
กัมพูชา	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากัมพูชากำหนดเพียงหลักการทั่วไปว่าผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่สืบคดีจะต้องตรวจสอบเรือนจำอย่างสม่ำเสมอ

⁷¹¹ อัครณัฐ แสงทองดี, “ฐานข้อมูลของตำรวจและการจัดการสารสนเทศอาชญากรรม,” ใน วารสารนิติกรรมและการจัดการ ปีที่ 5 ประจำปี 2563 (2020), p. 153

⁷¹² โปรดดูหัวข้อ 4.3.2.3.

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐภาคีที่นำมาศึกษาเกือบทุกรัฐ (ยกเว้นบราซิล) มีกฎหมายเฉพาะที่ให้มีการเข้าเยี่ยมสถานที่ควบคุมตัว ซึ่งดำเนินการโดยหน่วยงานภายในที่แตกต่างกันออกไป

สำหรับประเทศไทย ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละฉบับได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติฯ	ที่มาของกฎหมาย
ฉบับกระทรวงยุติธรรม	อำนาจคณะกรรมการ “กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการปกปิดการควบคุมตัวบุคคล”
ฉบับคณะกรรมการฯ	อำนาจคณะกรรมการฯ “ตรวจเยี่ยมหน่วยงานหรือสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวได้โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า รวมถึงให้คำแนะนำแก่หน่วยงานที่รับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้”
ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์ฯ	อำนาจคณะกรรมการฯ “ตรวจเยี่ยมหน่วยงานหรือสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวได้โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า รวมถึงให้คำแนะนำแก่หน่วยงานที่รับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้”
ฉบับนายสุทัศน์ฯ	อำนาจคณะกรรมการฯ “ตรวจเยี่ยมหน่วยงานหรือสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวได้โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า รับเรื่องร้องเรียนที่ไม่ระบุชื่อผู้ร้อง รวมถึงให้คำแนะนำแก่หน่วยงานที่รับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้”

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ ทุกฉบับยกเว้นฉบับของกระทรวงยุติธรรม ได้กำหนดให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจตรวจเยี่ยมหน่วยงานหรือสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวได้โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า ซึ่งเป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อนสำหรับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัว โดยในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกต ดังนี้

1) การตรวจเยี่ยมสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวเป็นการสร้างหลักประกันว่าบุคคลที่ถูกควบคุมตัวจะยังคงอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมาย โดยไม่ถูกขังในที่ลับหรือถูกกระทำให้อับอาย รัฐภาคีที่นำมาศึกษาหลายรัฐจึงมีกฎหมายที่กล่าวถึงเรื่องนี้เป็นสาระเฉพาะ

2) ประเทศไทยเคยให้คำมั่นในเวทีระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึง Universal Periodic Review⁷¹³ ว่า จะสมัครใจเข้าเป็นภาคีพิธีสารเลือกรับอนุสัญญา CAT (พิธีสาร OP-CAT)⁷¹⁴ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการสร้างระบบการตรวจเยี่ยมอย่างสม่ำเสมอ (“to establish a system of regular visits”)⁷¹⁵ โดยรัฐภาคีมีหน้าที่ต้องสร้างกลไก

⁷¹³ *Supra* Note 1, UPR Thailand, para. 161.

⁷¹⁴ *Supra* Note 8.

⁷¹⁵ *Ibid*, Art. 1.

การป้องกันการทรมานระดับรัฐ (National Preventive Mechanism – NPM)⁷¹⁶ และจะต้องอนุญาตให้มีการตรวจเยี่ยม⁷¹⁷ โดยไม่อาจคัดค้านได้เว้นแต่กรณีที่มีพฤติการณ์ร้ายแรงอันไม่อาจเข้าตรวจเยี่ยมได้⁷¹⁸ ดังนั้น เพื่อเตรียมพร้อมสำหรับการเข้าเป็นภาคีพิธีสาร OP-CAT และเพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายที่มุ่งคุ้มครองเหยื่อของไทย⁷¹⁹ จึงควรกล่าวถึงประเด็นนี้ในร่างพระราชบัญญัติฯ ด้วย โดยในขั้นต้นอาจกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ดังแนวทางที่ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับอื่นได้กำหนดไว้แล้ว หรือกำหนดให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจหน้าที่ในการวางกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้เพื่อบังคับใช้ในอนาคต

3) แม้อนุสัญญา CED จะไม่ได้ระบุชัดเจนว่าในการเข้าถึงสถานที่ที่บุคคลถูกจำกัดเสรีภาพสามารถไม่ต้องแจ้งล่วงหน้าได้ เพราะถูกกำกับด้วยถ้อยคำที่ว่า “หากจำเป็นก็ต้องได้รับอนุญาตล่วงหน้าจากหน่วยงานด้านการศาล” แต่ในทางหลักการแล้ว การไม่แจ้งให้ทราบล่วงหน้าจะทำให้การดำเนินการตรวจเยี่ยมเป็นไปตามความมุ่งประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลตามที่อนุสัญญา CED มุ่งหมายมากที่สุด เพราะจะช่วยลดโอกาสที่เจ้าหน้าที่ของรัฐประจำสถานที่ควบคุมตัวบุคคลอาจดำเนินการปกปิดหรือเคลื่อนย้ายตัวบุคคลเมื่อได้รับแจ้งว่าจะมีการเข้ามตรวจเยี่ยม

4) รูปแบบการดำเนินการในเรื่องนี้ อาจพิจารณาจากแนวทางของสวีตเซอร์แลนด์ที่มีการทำความตกลงร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตให้หน่วยงานที่เข้าร่วมในความตกลงสามารถเข้าตรวจเยี่ยมสถานที่คุมขังบุคคลของกันและกันได้ตลอดเวลา (At all times)⁷²⁰ อย่างไรก็ตาม รูปแบบการความร่วมมือในลักษณะนี้อาจมีประเด็นสภาพบังคับทางกฎหมายเมื่อปรับใช้ในบริบทประเทศไทยได้

7.2.9 หลักการห้ามผลักดันกลับ

อนุสัญญา CAT และอนุสัญญา CED กำหนดให้รัฐภาคีต้องรับประกันว่าจะไม่ขับไล่ ส่งกลับ หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่งเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตราย ซึ่งเป็นการยืนยันหลักการห้ามผลักดันกลับ (Non Refoulement)⁷²¹ โดยรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีแนวทางในเรื่องนี้ ดังนี้

⁷¹⁶ *Ibid*, Art. 1.

⁷¹⁷ *Ibid*, Art. 3.

⁷¹⁸ *Ibid*, Art. 4.

⁷¹⁹ กิตติพงศ์ กิตยารักษ์ และคณะกองบรรณาธิการ, การคุ้มครอง “เหยื่อ” ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, หนังสือชุดโครงการเวทีความคิดเพื่อการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมไทย (Thai Criminal Justice Reform Forum) (2552).

⁷²⁰ โปรดดูหัวข้อ 6.2.8.2.

⁷²¹ โปรดดูหัวข้อ 5.1.3.1.

รัฐภาคี	แนวทาง		
	เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ	เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ	เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายภายใน
สวิตเซอร์แลนด์		รับรองหลักการนี้ในฐานะหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Jus Cogens)	
บราซิล			กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองกำหนดห้าม
ญี่ปุ่น			กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองกำหนดห้าม
ไนจีเรีย			กฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกำหนดห้าม
กัมพูชา	ไม่ปรากฏบทบัญญัติในเรื่องนี้ในกฎหมายภายใน แต่ระบุว่าเคารพหลักการนี้ในฐานะที่เป็นพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ		

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐภาคีที่นำมาศึกษาเกือบทุกรัฐ (ยกเว้นกัมพูชา) มีบทบัญญัติที่รับรองการปฏิบัติตามหลักการห้ามผลักดันกลับไว้อย่างชัดเจน ในทั้งรูปแบบที่ระบุในรัฐธรรมนูญและที่ระบุในกฎหมายภายในต่าง ๆ ในขณะที่กัมพูชาอาศัยการอ้างถึงหลักการนี้ในฐานะกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

สำหรับประเทศไทย ร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละฉบับได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติฯ	แนวทาง
ฉบับกระทรวงยุติธรรม	“ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งตัวบุคคลใดออกไปนอกราชอาณาจักร หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการส่งบุคคลดังกล่าวออกไปจะส่งผลให้บุคคลนั้นถูกกระทำทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหาย”
ฉบับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน	“ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งตัวบุคคลใดออกไปนอกราชอาณาจักร หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการส่งบุคคลดังกล่าวออกไปจะส่งผลให้บุคคลนั้นต้องตกอยู่ในความเสี่ยงจากการถูกทรมาน ถูกกระทำการที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือถูกกระทำให้สูญหาย”
ฉบับนายวันมูหะมัดนอร์ฯ	“ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งตัวบุคคลใดออกไปนอกราชอาณาจักร หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการส่งบุคคลดังกล่าวออกไปจะส่งผลให้บุคคลนั้นต้องตกอยู่ในความเสี่ยง

	จากการทรมาน ถูกกระทำการที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือถูกบังคับให้สูญหาย”
ฉบับนายสุทัศน์ฯ	“ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งตัวบุคคลใดออกไปนอกราชอาณาจักร หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการส่งบุคคลดังกล่าวออกไปจะส่งผลให้บุคคลนั้นต้องตกอยู่ในความเสี่ยงจากการทรมาน การกระทำหรือลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี หรือการกระทำให้บุคคลสูญหาย”

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ ทุกฉบับ มีบทบัญญัติห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งตัวบุคคลใดออกไปนอกราชอาณาจักร หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการส่งบุคคลดังกล่าวออกไปจะส่งผลให้บุคคลนั้นถูกกระทำทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหาย แม้ว่าการประชุมที่ผ่านมามีบางครั้งที่มีความเห็นจากหน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานที่เสนอให้ตัดข้อความในเรื่องนี้ออกไป โดยให้เหตุผลว่าไม่มีความจำเป็น เพราะประเทศไทยมีกฎหมายที่ให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารในการพิจารณาว่าจะผลักดันบุคคลออกไปจากประเทศหรือไม่ไว้อยู่แล้ว ทั้งนี้ในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกต ดังนี้

- 1) แม้ฝ่ายบริหารจะมีดุลพินิจในการพิจารณาเกี่ยวกับการผลักดันบุคคลออกไปจากประเทศ แต่ยังไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจในเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายไทยแต่อย่างใด ทำให้ยังคงมีความเป็นไปได้ที่ฝ่ายบริหารอาจมีการพิจารณาผลักดันบุคคลออกไปยังประเทศแม้ว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นจะประสบอันตรายในรัฐปลายทางก็ตาม
- 2) การระบุประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนในร่างพระราชบัญญัติฯ จะเป็นการสร้างหลักประกันและรับรองต่อประชาคมระหว่างประเทศว่าประเทศไทยมีความมุ่งมั่นอย่างแท้จริงในการปฏิบัติตามหลักการในเรื่องนี้
- 3) เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางของรัฐภาคีที่นำมาศึกษา จะพบว่ากฎหมายภายในของไทย ไม่ที่จะเป็นรัฐธรรมนูญ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ยังไม่มีบทบัญญัติที่รับรองหลักการนี้แต่อย่างใด จึงเห็นควรให้ระบุหลักการนี้ในร่างพระราชบัญญัติฯ ด้วย
- 4) แม้ร่างพระราชบัญญัติฯ จะไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดโทษทางอาญาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหลักการในเรื่องนี้ แต่ก็น่าจะสามารปรับใช้หลักทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงานได้ โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” มีโทษทางอาญา ดังนั้น การระบุหลักการในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนก็จะทำให้สามารถปรับใช้หลักทั่วไปได้ ในทางกลับกัน หากไม่ระบุหลักการนี้ไว้เลย ก็จะทำให้ไม่มีกลไกใด ๆ ในการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการฝ่าฝืนหลักการนี้

กล่าวโดยสรุป ในบทที่ 7 นี้ ผู้วิจัยได้ดำเนินการศึกษาแนวทางการบัญญัติกฎหมายภายในของไทย โดยเปรียบเทียบแนวทางการอนุวัติการกฎหมายภายในของต่างประเทศจำนวน 5 รัฐ กับแนวทางที่ระบุในร่างพระราชบัญญัติฯ ทั้ง 4 ร่าง ที่ได้รับการจัดทำขึ้นและผ่านการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนแล้ว โดยได้แบ่งอธิบายออกเป็นประเด็นศึกษาเฉพาะที่พบในร่างพระราชบัญญัติฯ ของไทยและประเด็นศึกษาอื่นโดยเทียบเคียงกับแนวทางของรัฐที่นำมาเป็นกรณีศึกษา ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่าแนวทางของร่างพระราชบัญญัติฯ แต่ละฉบับมีเนื้อหาส่วนใหญ่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน หากแต่มีบางประเด็นที่กำหนดแนวทางแตกต่างกัน ซึ่งผู้วิจัยได้ทำตารางเปรียบเทียบไว้แล้ว โดยในบทถัดไป ผู้วิจัยจะสรุปเนื้อหาบทบัญญัติทางกฎหมายเพื่อการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคคสุญหายเพื่อเป็นข้อมูลในการอนุวัติการกฎหมายภายในของไทยในเรื่องนี้ต่อไป

บทที่ 8

สรุป

ตามที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสัญญา CAT และมีแผนจะเข้าเป็นภาคีสัญญา CED ประกอบกับเหตุการณ์มีปรากฏว่ามี การทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเกิดขึ้นเป็นระยะ ทำให้สังคมกลับมาให้ความสนใจประเด็นการอนุวัติการกฎหมายภายในให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศของประเทศไทยอีกครั้ง เพื่อผลักดันให้เกิดการคุ้มครองบุคคลจากการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างเป็นระบบภายใต้กฎหมายไทย แม้สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะได้รับหลักการร่างพระราชบัญญัติฯ ตั้งแต่ พ.ศ. 2561 แล้วก็ตาม

ปัจจุบัน (ตุลาคม 2564) สภาผู้แทนราษฎรกำลังดำเนินการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ โดยให้ยึดตามร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับเสนอโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม เป็นหลัก โดยในทางปฏิบัติก็ได้มีการนำร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับเสนอโดย คณะกรรมาธิการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร เข้าร่วมพิจารณาด้วย เพื่อให้การยกร่างพระราชบัญญัติฯ เป็นไปอย่างสมบูรณ์ ครอบคลุม และสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศของไทย

รายงานวิจัยฉบับนี้ ผู้วิจัยได้ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของการวิจัย คือ

วัตถุประสงค์	การดำเนินการ
1) เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎี หลักสากล ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายที่ประเทศไทยเป็นภาคี	ผู้วิจัยได้ศึกษา <ul style="list-style-type: none"> - แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย (บทที่ 2) - หลักสากล ความตกลงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะ กติกา ICCPR อนุสัญญา CAT อนุสัญญา CED (บทที่ 3-5)
2) เพื่อศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย	ผู้วิจัยได้ศึกษา <ul style="list-style-type: none"> - บทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ 5 ประเทศ ประกอบด้วย สวิตเซอร์แลนด์ บราซิล ญี่ปุ่น ไนจีเรีย และกัมพูชา (บทที่ 6)
3) เพื่อให้ได้บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะต่อร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.	ผู้วิจัยได้ศึกษา <ul style="list-style-type: none"> - บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะต่อร่างพระราชบัญญัติฯ (บทที่ 7)

จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎี หลักสากล ความตกลงระหว่างประเทศ บทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

ประเด็นการกำหนดคำนิยาม

1) ร่างพระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดคำนิยาม “การทรมาน” ในลักษณะที่นำเอาคำนิยามของอนุสัญญา CAT มาแปลเพื่อเก็บความให้ครบถ้วนตามพันธกรณีให้ได้มากที่สุด อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุสัญญา CAT ระบุประเภทของความมุ่งประสงค์ในลักษณะเป็นการให้ตัวอย่าง ดังเห็นได้จากการใช้คำว่า “for such purposes as” ดังนั้น จึงแสดงว่ารัฐภาคียังสามารถเปิดช่องให้ตีความรวมถึงความมุ่งประสงค์อื่น ๆ อีกได้ ดังนั้น เพื่อให้สะท้อนถึงเจตนารมณ์ของอนุสัญญา CAT ให้ได้มากที่สุดโดยไม่กระทบต่อหลักกฎหมายอาญาต้องกำหนดองค์ประกอบความผิดและโทษให้ชัดเจน อาจพิจารณากำหนดให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายมีอำนาจหน้าที่ในการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงพัฒนากฎหมายนี้ ซึ่งรวมถึงการศึกษาความเป็นไปได้ในการระบุมุ่งประสงค์อื่นเพิ่มเติมในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในอนาคต

2) ร่างพระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดคำนิยาม “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” ในลักษณะที่นำเอาคำนิยามของอนุสัญญา CED มาแปลเพื่อเก็บความให้ครบถ้วนตามพันธกรณีให้ได้มากที่สุด เช่นเดียวกับกรณีอนุสัญญา CAT อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าในการเลือกใช้คำเพื่อสื่อถึงชะตากรรมของบุคคล อาจพิจารณาใช้คำว่า “หรือปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น” ซึ่งมาจากคำในอนุสัญญา CED ที่ว่า “concealment of the fate or whereabouts” เพื่อขจัดปัญหาการตีความคำว่า “เป็นตายร้ายดี” ว่ารวมถึงที่อยู่ของบุคคลนั้นด้วยหรือไม่ และอาจพิจารณาดัดบทนิยาม “ควบคุมตัว” ออก เพื่อความกระชับ และการกระทำการใด ๆ อันเป็นการลิดรอนเสรีภาพ มีความหมายครอบคลุมตัวอย่างต่าง ๆ อยู่แล้ว

ประเด็นการกำหนดโทษ

1) ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับกระทรวงยุติธรรม ได้กำหนดระวางโทษสำหรับการกระทำความผิดภายใต้ร่างพระราชบัญญัติฯ ไว้สูงมาก โดยกำหนดไว้ที่จำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 15 ปี และปรับตั้งแต่ 100,000 บาทถึง 300,000 บาท และในกรณีที่การกระทำความผิดนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัส ระวางโทษจะเพิ่มขึ้นเป็นจำคุกตั้งแต่ 10 ปีถึง 25 ปี และปรับตั้งแต่ 200,000 บาทถึง 500,000 บาท และถ้าผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ระวางโทษจะเพิ่มขึ้นเป็นจำคุกตั้งแต่ 15 ปีถึง 30 ปี และปรับตั้งแต่ 300,000 บาทถึง 1,000,000 บาท

2) เมื่อเทียบเคียงระวางโทษตามร่างพระราชบัญญัติฯ กับฐานความผิดอื่นที่ใกล้เคียง เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 กำหนดระวางโทษไว้ที่จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือ ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น หรือกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 กำหนดระวางโทษไว้ที่จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิด

ทั้ง 2 ฐานนี้ มีระวางโทษที่ต่ำกว่าระวางโทษที่ร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดไว้อย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งสอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา

3) รัฐภาคีที่นำมาศึกษาแต่ละรัฐกำหนดระวางโทษที่มีอัตราแตกต่างกันอย่างมาก แต่เมื่อเทียบเคียงกับฐานความผิดอื่นที่ประมวลกฎหมายอาญาของแต่ละรัฐกำหนดจะพบว่าโทษที่กำหนดสำหรับฐานความผิดการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายมีอัตราที่สูงกว่าฐานความผิดอื่นเช่นกัน

ประเด็นการกำหนดอายุความ

1) ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับกระทรวงยุติธรรม ไม่ระบุประเด็นอายุความ จึงต้องปรับใช้หลักทั่วไปตามที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 กำหนด คือ อายุความ 15 ปี สำหรับการกระทำผิดฐานการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย และอายุความ 20 ปี สำหรับการกระทำผิดดังกล่าวที่ส่งผลให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย แต่ในร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับอื่น ไม่มีการกำหนดอายุความไว้ หรือหากกำหนดก็มีความยาวถึง 50 ปี

2) อนุสัญญา CED ไม่กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดอายุความ โดยสังเกตได้จากการใช้คำในด้วยบทที่ระบุ ว่า “รัฐภาคีซึ่งกำหนดให้มีอายุความ” (“A State Party which applies a statute of limitations”) อันหมายความว่า หลักการพื้นฐานคือการไม่กำหนดอายุความ แต่หากรัฐภาคีจะกำหนด ก็จะต้องกำหนดภายใต้กรอบที่อนุสัญญา CED กำหนด คือ ต้องมีความยาวและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด ดังนั้น จึงควรพิจารณาไม่กำหนดอายุความสำหรับการกระทำความผิดตามร่างพระราชบัญญัติฯ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายว่าผู้กระทำความผิดจะไม่สามารถหลบหนีการดำเนินคดีได้ด้วยเหตุผลด้านอายุความ

3) รัฐภาคีที่นำมาศึกษาแต่ละรัฐมีแนวทางแตกต่างกัน โดยเฉพาะไนจีเรียเท่านั้นที่กฎหมายปัจจุบันไม่กำหนดอายุความ และบราซิลที่กฎหมายปัจจุบันกำหนดอายุความไว้อย่างยาวถึง 20 ปี โดยในอนาคตอาจไม่มีอายุความหากร่างกฎหมายในเรื่องนี้ผ่านการพิจารณา แต่สำหรับรัฐภาคีอื่นได้กำหนดอายุความไว้ที่ความยาวแตกต่างกัน

ประเด็นการห้ามอ้างพฤติการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน

1) ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับกระทรวงยุติธรรม ระบุประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจน แม้ว่าการประชุมที่ผ่านมาอาจมีบางครั้งที่มีความเห็นจากหน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานที่เสนอให้ตัดข้อความในเรื่องนี้ออกไป โดยให้เหตุผลว่าไม่มีความจำเป็น

2) ควรกำหนดประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนในร่างพระราชบัญญัติฯ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบตั้งแต่ต้นว่าไม่สามารถอ้างพฤติการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายได้

3) รัฐภาคีที่นำมาศึกษามีการระบุรับรองหลักการนี้ในรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญไทยไม่มีบัญญัติไว้ ดังนั้น การที่ระบุประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนในร่างพระราชบัญญัติฯ จะทำให้เกิดความชัดเจนในการนำไปปฏิบัติ

ประเด็นการไม่รับฟังคำให้การที่ได้ให้โดยเป็นผลมาจากการทรมาน

- 1) ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับกระทรวงยุติธรรม ไม่ระบุประเด็นนี้ แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมีบทบัญญัติรับรองประเด็นไว้เป็นการทั่วไปอยู่แล้วในมาตรา 135 และมาตรา 226 ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของรัฐภาคีที่นำมาศึกษา จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติฯ อีกแต่อย่างใด
- 2) รัฐภาคีที่นำมาศึกษาได้ระบุบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้เป็นการทั่วไปในรัฐธรรมนูญหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยส่วนใหญ่จะปรากฏในทั้ง 2 รูปแบบ ในขณะที่สวีตเซอร์แลนด์ระบุเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ และบราซิลบัญญัติรับรองหลักการนี้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ประเด็นความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา

- 1) ร่างพระราชบัญญัติฯ ทุกฉบับระบุประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจน โดยเป็นการกำหนดรูปแบบความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาเป็นการเฉพาะ ซึ่งแตกต่างจากแนวทางของรัฐภาคีที่นำมาศึกษา กล่าวคือ ได้มีรูปแบบการกำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาโดยอ้างอิงจากรูปแบบการกำหนดความรับผิดชอบที่มีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งไม่ได้ระบุชัดเจนว่าเป็นการกำหนดความรับผิดชอบในบริบทของผู้บังคับบัญชา
- 2) แม้จะมีความเห็นว่าควรกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาเฉพาะกรณีการกระทำที่บุคคลสูญหายเนื่องจากมีเพียงอนุสัญญา CED เท่านั้นที่กำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้ แต่กฎหมายระหว่างประเทศไม่ห้ามที่รัฐจะกำหนดมาตรฐานให้สูงกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการตามร่างพระราชบัญญัติฯ สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลจากการกระทำทรมานและการกระทำที่บุคคลสูญหายซึ่งโดยลักษณะของความผิดนั้นมีความร้ายแรงเช่นกัน จึงควรพิจารณากำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาให้ครอบคลุมการกระทำความผิดทุกรูปแบบภายใต้ร่างพระราชบัญญัติฯ
- 3) เนื่องจากอนุสัญญา CED กำหนดมาตรฐานความรับรู้ของผู้บังคับบัญชาไว้ 2 รูปแบบ คือ ได้ทราบ (Knew) หรือ ได้ตั้งใจละเลย (Consciously disregarded) จึงควรเพิ่มเติมให้ครบถ้วน
- 4) อนุสัญญา CED ระบุว่าผู้บังคับบัญชาจะต้องมีการควบคุมที่มีประสิทธิภาพของตน (Effective Authority) หรือมีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาด้วย เนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่แม้ว่าผู้บังคับบัญชาจะมีอำนาจตามสายบังคับบัญชาต่อผู้ใต้บังคับบัญชา แต่ในความเป็นจริงอาจไม่สามารถควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ด้วยเหตุบางประการ ดังนั้น เพื่อคุ้มครองผู้บังคับบัญชาในบริบทนี้จึงควรเพิ่มเติมประเด็นนี้ให้ครบถ้วนด้วย
- 5) การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาเฉพาะกรณีการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาโดยตรงนั้น อาจเป็นอุปสรรคในการบังคับใช้เพราะในทางปฏิบัติอาจมีผู้บังคับบัญชาอื่นที่อาจไม่ได้อยู่ในสายการบังคับบัญชาของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นโดยตรงแต่ในความเป็นจริงอาจมีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นได้ จึงควรตัดคำว่า “โดยตรง” ออก เพื่อให้กินความกว้างขึ้น

ประเด็นการบันทึกข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพ

- 1) ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับกระทรวงยุติธรรม ระบุประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ในการควบคุมตัวจะต้องจัดให้มีการบันทึกข้อมูล โดยรายละเอียดข้อมูลที่ต้องบันทึกนั้น ร่างพระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดประเภทของข้อมูลที่ต้องบันทึกซึ่งเป็นไปตามที่อนุสัญญา CED กำหนด
- 2) การกำหนดให้เจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติหน้าที่ต้องแจ้งการควบคุมดังกล่าวต่อนายอำเภอและพนักงานอัยการแห่งท้องที่ที่มีการควบคุมตัวทราบทันที ดังที่ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับคณะกรรมการการฯ ได้เสนอไว้ อาจเป็นการสร้างหลักประกันอีกชั้นหนึ่งว่านายอำเภอและพนักงานอัยการจะทราบข้อมูลเกี่ยวกับการควบคุมตัว เพื่อป้องกันมิให้เกิดการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย
- 3) รัฐภาคีที่นำมาศึกษาได้มีรูปแบบการบันทึกข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพอยู่ 2 รูปแบบ คือ การจัดเก็บในฐานข้อมูลกลาง และการจัดเก็บในฐานข้อมูลของสถานที่คุมขังบุคคลแต่ละแห่ง ในขณะที่ระบบการบันทึกข้อมูลของบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพของไทยในปัจจุบันใช้ระบบกลาง คือ ระบบสารสนเทศข้อมูลอาชญากรรมสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ซึ่งในอนาคตอาจต้องมีการปรับปรุงเพิ่มเติมข้อมูลที่จะต้องบันทึกเพื่อให้เป็นไปตามที่ร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนด เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพร่างกายของบุคคลผู้ถูกควบคุมตัว ทั้งก่อนควบคุมตัวและก่อนการปล่อยตัว

ประเด็นการเข้าถึงสถานที่คุมขังบุคคล

- 1) ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับกระทรวงยุติธรรม ไม่ระบุประเด็นนี้ เนื่องจากเป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อนสำหรับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัว อย่างไรก็ตาม การตรวจเยี่ยมสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวเป็นการสร้างหลักประกันว่าบุคคลที่ถูกควบคุมตัวจะยังคงอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมาย โดยไม่ถูกขังในที่ลับหรือถูกกระทำให้สูญหาย
- 2) เมื่อพิจารณาประกอบกับการที่ประเทศไทยเคยให้คำมั่นในเวทีระหว่างประเทศว่าจะเข้าเป็นภาคีพิธีสาร OP-CAT จึงอาจพิจารณาให้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้เตรียมพร้อมไว้เลย หรือในขั้นต้นอาจกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ดังแนวทางที่ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับอื่นได้กำหนดไว้แล้ว หรือกำหนดให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจหน้าที่ในการวางกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้เพื่อบังคับใช้ในอนาคต
- 3) แม้อนุสัญญา CED จะไม่ได้ระบุชัดเจนว่าในการเข้าถึงสถานที่ที่บุคคลถูกจำกัดเสรีภาพสามารถไม่ต้องแจ้งล่วงหน้าได้ เพราะถูกกำกับด้วยถ้อยคำที่ว่า “หากจำเป็นก็ต้องได้รับอนุญาตล่วงหน้าจากหน่วยงานด้านการศาล” แต่ในทางหลักการแล้ว การไม่แจ้งให้ทราบล่วงหน้าจะทำให้การดำเนินการตรวจเยี่ยมเป็นไปตามความมุ่งประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลตามอนุสัญญา CED มุ่งหมายมากที่สุด เพราะจะช่วยลดโอกาสที่เจ้าหน้าที่ของรัฐประจำสถานที่ควบคุมตัวบุคคลอาจดำเนินการปกปิดหรือเคลื่อนย้ายตัวบุคคลเมื่อได้รับแจ้งว่าจะมีการเข้ามตรวจเยี่ยม

ประเด็นหลักการห้ามผลักดันกลับ

1) ร่างพระราชบัญญัติฯ ทุกฉบับ มีบทบัญญัติห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งตัวบุคคลใดออกไปนอกราชอาณาจักร หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการส่งบุคคลดังกล่าวออกไปจะส่งผลให้บุคคลนั้นถูกกระทำทรมานหรือถูกกระทำให้สูญหาย ซึ่งเป็นการสร้างหลักประกันและรับรองต่อประชาคมระหว่างประเทศว่าประเทศไทยมีความมุ่งมั่นอย่างแท้จริงในการปฏิบัติตามหลักการในเรื่องนี้

2) แม้ว่าการประชุมที่ผ่านมาอาจมีบางครั้งที่มีความเห็นจากหน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานที่เสนอให้ตัดข้อความในเรื่องนี้ออกไป โดยให้เหตุผลว่าไม่มีความจำเป็น เพราะประเทศไทยมีกฎหมายที่ให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารในการพิจารณาว่าจะผลักดันบุคคลออกไปจากประเทศหรือไม่อยู่แล้ว แต่ยังไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจในเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายไทยแต่อย่างใด ทำให้ยังคงมีความเป็นไปได้ที่ฝ่ายบริหารอาจมีการพิจารณาผลักดันบุคคลออกไปยังประเทศแม้ว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นจะประสบอันตรายในรัฐปลายทางก็ตาม

3) รัฐภาคีที่นำมาศึกษาเกือบทุกรัฐ (ยกเว้นกัมพูชา) มีบทบัญญัติที่รับรองการปฏิบัติตามหลักการห้ามผลักดันกลับไว้อย่างชัดเจน ในทั้งรูปแบบที่ระบุในรัฐธรรมนูญและที่ระบุในกฎหมายภายในต่าง ๆ เมื่อพิจารณาเทียบกับกฎหมายไทย จะพบว่ากฎหมายภายในของไทย ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ยังไม่มีบทบัญญัติที่รับรองหลักการนี้แต่อย่างใด จึงเห็นควรให้ระบุหลักการนี้ในร่างพระราชบัญญัติฯ ด้วย

4) แม้ร่างพระราชบัญญัติฯ จะไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดโทษทางอาญาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหลักการในเรื่องนี้ แต่ก็น่าจะสามารถปรับใช้หลักทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงานได้ โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” มีโทษทางอาญา ดังนั้น การระบุหลักการในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนก็จะทำให้สามารถปรับใช้หลักทั่วไปได้ ในทางกลับกัน หากไม่ระบุหลักการนี้ไว้เลย ก็จะทำให้ไม่มีกลไกใด ๆ ในการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการฝ่าฝืนหลักการนี้

รายงานวิจัยฉบับนี้ได้ศึกษาแนวคิดทฤษฎี หลักสากล ความตกลงระหว่างประเทศ บทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย เพื่อวิเคราะห์และเสนอแนะการจัดทำร่างพระราชบัญญัติฯ ซึ่งผู้วิจัยหวังว่าข้อมูลจากรายงานวิจัยฉบับนี้จะช่วยเป็นส่วนหนึ่งในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติฯ และผลักดันให้มีการประกาศใช้กฎหมายในที่สุด เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ประสงค์ในการคุ้มครองผู้เสียหาย ป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิด และในขณะเดียวกันเพิ่มความน่าเชื่อถือของกระบวนการยุติธรรมของไทยและภาพลักษณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของไทยให้เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาต่างประเทศ

ตำรา/หนังสือ/บทความ

- Ahcene Boulesbaa, *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, (The Hague, 1999)
- Alan Nissel, “Continuing Crimes in the Rome Statute,” in *Michigan Journal of International Law* Vol. 35 (2004)
- Alec Stone Sweet, “On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court,” in *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (50th Anniversary of the European Court of Human Rights, 2009)
- Alex Silva Oliveira, “The Normative Hierarchy of Treaties in Brazilian Legal System,” in *Panor. Brazil Law Year* 6 No. 9 and 10 (2018)
- Andreu-Guzman Federico, “The Draft International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances,” in *The Review/International Commission of Jurists* (2001)
- Antonio Cassese and Paola Gaeta, *Cassese's International Criminal Law*, (Oxford University Press, 2013)
- Auschwitz-Birkenau State Museum, Josef Mengele [online]
- Beate Rudolf, “Louizidou v Turkey,” in *American Journal of International Law* Vol. 91 (1997)
- David H. Kennedy et al, “The Extradition of Mohammed Hamadi,” in *Harvard International Law Journal* Vol. 31 (1990)
- David A. Sadoff, *Extradition and its Impediments in Bringing International Fugitives to Justice*, (Cambridge University Press, 2016)
- Edwards Peters, *Torture* (Wiley & Sons, Incorporated, John, New York, 1985)
- Encyclopaedia Britannica, *Nacht-und-Nebel-Erlass (Night and Fog Decree)*, 7 December 1941 [online]

- Federico Andreu-Guzman, “The Draft International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance,” in *The Review/International Commission of Jurists* Vol. 62, 2001
- Frederic Megret, “Nature of Obligation,” in *International Human Rights Law*, eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (Oxford University Press, 2018)
- Geoff Gilbert, “Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition and Other Mechanisms, (The Hague, 1998)
- George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press, 2000)
- Hannah Arendt, *The Origin of Totalitarianism* (Harcourt, Brace, Jovanovich), 1973)
- Herbert L. Packer, *The Limits of Criminal Sanction*, (Stanford University Press, 1968)
- Hersch Lauterpacht, *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht* Vol. 3 (E. Lauterpacht ed., 1977)
- Human Rights Watch (HRW), *Diplomatic Assurance No Safeguard Against Torture* [online]
- Iris Haenen, “International Criminalization”, in *A Tale of Two Theories: Criminalisation on the Level of National Law and International Law* (Cambridge, 2017)
- J. Herman Burgers and Hans Danelius, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, (International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers), p. 117, (CAT Handbook)
- Jonathan Hafetz, “Habeas Corpus, Judicial Review, and Limits on Security in Detentions at Guantanamo,” in *Cardozo Public Law Policy and Ethics Journal* (2005)
- Kenneth S. Gallant, “Securing the Presence of Defendants before the International Tribunal for the Former Yugoslavia: Breaking with Extradition,” in *Criminal Law Forum* Vol.5
- Kirsten Anderson, “How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Responsible for Acts of Enforced Disappearance?,” in *Melbourne Journal of International Law* Vol. 7/2 (2006)
- Kong Phallack, *Overview of the Cambodian Legal and Judicial System and Recent Efforts at Legal and Judicial Reform* [online]

- La Rosa Anne-Marie, “The Right to Know the Truth and the Fight Against Impunity,” in Advisory Service on the International Humanitarian Law: Legal Measures and Mechanisms to Prevent Disappearances, to Establish the Fate of Missing Persons, and to Assist Their Families, (ICRC, 2007)
- Lindsay Farmer, *The Boundaries of the Criminal Law: Criminal Law, Legal Theory and History* (Cambridge University Press, 2010)
- Lisa Ott, *Enforced Disappearance in International Law* (Intersentia, 2011)
- Lyal S. Sunga, *The Emerging System of International Criminal Law: Developments in Codification and Implementation*, (Springer, 1997)
- Manfred Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, (Kehl 2nd ed., 2005)
- Manfred Nowak, Commission on Human Rights, Report, Independent Expert Charged with Examining the Existing International Criminal and Human Rights Framework for the Protection of Persons from Enforced or Involuntary Disappearances, pursuant to paragraph 11 of Commission resolution 2001/46
- Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (Oxford, New York, Auckland, 2008)
- María Clara Galvis Patiño, “Rights Related to Enforced Disappearance,” in *The Cambridge Handbook of New Human Rights Recognition, Novelty, Rhetoric* (Cambridge University Press, 2020)
- Marthe Lot Vermeulen, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, (Intersentia, 2012)
- Nigel S. Rodley, “Integrity of the Person”, in *International Human Rights Law*, eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (Oxford University Press, 2018)
- Ovey Clare and White Robin C.A., *The European Convention on Human Rights*, (Oxford, New York, Auckland, 4th ed., 2006)
- Robert Cryer, Darryl Robinson and Sergey Vasiliev, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (Cambridge University Press 4th ed., 2019)

- Roelof Haveman, Olga Kavran, Julian Nicholls, *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis* (Intersentia, 2003)
- Sangeeta Shah, “Detention and Trial”, in *International Human Rights Law*, eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (Oxford University Press, 2018)
- Solla Maria Fernanda Perez, “Enforce Disappearance,” in *International Human Rights: A Comparative Analysis* (Vienna, 2004)
- Susan McCrory, “The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance,” in *Human Rights Law Review* Vol. 7/3, 2007
- Tullio Scovazzi and Gabriella Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, (Leiden, 2007)
- Walter Kalin and Jorg Kunzli, *The Law of International Human Rights Protection*, (Oxford University Press 2nd ed., 2019)

ตราสารระหว่างประเทศ/รายงาน/ความเห็น

- Committee on Enforced Disappearances, Report submitted by Brazil under Article 29(1) of the Convention, UN Doc. CED/C/BRA/1 (2019), (Brazil Report)
- Committee on Enforced Disappearances, Draft First National Report on the Implementation of International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances, (Cambodia Report)
- Committee on Enforced Disappearances, Consideration of Reports submitted by State Parties under Article 29(1) of the Convention: Japan, UN Doc. CED/C/JPN/1 (2016), (Japan Report)
- Committee on Enforced Disappearances, Reports submitted by Nigeria under Article 29(1) of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances, (Nigeria Report)
- Committee on Enforced Disappearances, Report submitted by Switzerland under Article 29(1) of the Convention, UN Doc. CED/C/CHE/1 (2019), (Swiss Report)

- Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5, (ECHR)
- Council of Europe, Principles Concerning Missing Persons and the Presumption of Death, Recommendation CM/Rec(2009)12 [online]
- International Committee of the Red Cross (ICRC), Derogations [online]
- International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1125 UNTS 3 (1977)
- International Criminal Court, Cambodia, [online]
- International Criminal Court, Brazil, [online]
- International Criminal Court, Elements of Crimes (2011)
- International Criminal Court, Japan, [online]
- International Criminal Court, Nigeria, [online]
- International Criminal Court, Switzerland, [online]
- International Law Commission, Commentary on the Draft Articles on the Origin of State Responsibility, Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, 3 May - 23 July 1976, Official Records of the General Assembly, Thirty-first session, Supplement No. 10, UN Doc. A/31/10
- International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, (ARSIWA)
- Organization of African Unity (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights, "Banjul Charter", 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), (ACHPR)
- Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, (ACHR)
- Organization of American States (OAS), OAS Doc, OEC/Ser.L/V/II.74 doc. 10 rev. 1
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Gross National Income [online]
- Status of Ratification Interactive Dashboard, [online]

- United Nations, Vienna Convention on Consular Relations, UNTS Vol. 596, 1967, p. 261 (VCCR)
- United Nations, Vienna Convention on Diplomatic Relations, UNTS Vol. 500, 1969, p. 95 (VCDR)
- United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, UNTS Vol. 1155, 1969, p. 331 (VCLT)
- United Nations Commission on Human Rights (CHR), Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, UN Doc. E/CN.4/1996/38
- United Nations Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 29, Article 4: Derogations during a State of Emergency, 2001
- United Nations Commission on Human Rights (CHR), Report of the Intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance, UN Doc. E/CN.4/2003/71
- United Nations Commission on Human Rights (CHR), Report of the Intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance, UN Doc. E/CN.4/2004/59
- United Nations Commission on Human Rights (CHR), Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance, UN Doc. E/CN.4/2005/66
- United Nations Commission on Human Rights (CHR), Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, UN Doc. E/CN.4/2006/56
- United Nations Commission on Human Rights (CHR), Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance, UN Doc. E/CN.4/2006/57
- United Nations Development Program (UNDP), Human Development Index, [online]

- United Nations Development Program (UNDP), Latest Human Development Index Ranking [online]
- United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), Guiding Principles on Internal Displacement, UN Doc E/CN.4/1998/53Add.2 (1998)
- United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), Principles to Combat Impunity, UN Doc E/CN.4/2005/102/Add (2005)
- United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), Promotion and Protection of Human Rights: Study on the Right to the Truth, Report of the Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights, UN Doc E/CN.4/2006/91 (2006)
- United Nations General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 60/147 of 21 March 2006 [online]
- United Nations General Assembly, Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNTS Vol. 1465, 1984, p. 85, (CAT)
- United Nations General Assembly, Convention on the Rights of the Child, UNTS Vol. 1577, 1989 (CRC)
- United Nations General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, UNTS Vol. 2515, 2007, p. 3, (CRPD)
- United Nations General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, UNTS Vol. 189 (1951)
- United Nations General Assembly, Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 9 December 1975, A/RES/3452(XXX)
- United Nations General Assembly, International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, UNTS Vol. 2716, 2006, p. 3, (CED)
- United Nations General Assembly, International Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families, UNTS Vol. 2220, 1990, p. 3, (CMW)

- United Nations General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, UNTS Vol. 999, 1966, p. 171, (ICCPR)
- United Nations General Assembly, Model Treaty on Extradition: resolution / adopted by the General Assembly, 14 December 1990, A/RES/45/116, amended by A/RES/52/88, (Model Treaty)
- United Nations General Assembly, Optional Protocol to the Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, A/RES/57/199, 2003, (OP-CAT)
- United Nations General Assembly, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court (Vol.1), UN GAOR, 51th Session, Session Supplement No.22A (A/51/22) (1996)
- United Nations General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010) (1998), (Rome Statute)
- United Nations General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 217 A (III), 1958 (UDHR)
- United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 6, The Right to Life, 1982
- United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004
- United Nations Human Rights Council, Joint study on global practices in relation to secret detention in the context of countering terrorism of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, 19 February 2010, A/HRC/13/42
- United Nations Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Thailand, A/HRC/33/16, 15 July 2016 (UPR Thailand)
- United Nations Human Rights Council, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances - Addendum - Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation, UN Doc. A/HRC/16/48/Add.3
- United Nations Office on Drugs and Crime (ODC), Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules) [online]

- United Nations Office on Drugs and Crime (ODC), United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders with their Commentary (The Bangkok Rules), adopted by General Assembly resolution 47/133 of 18 December 1992 [online]
- United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), Basic Principles for the Treatment of Prisoners, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/111 of 14 December 1990 [online]
- United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, adopted by General Assembly resolution 43/173 of 9 December 1988 [online]
- United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), The Code of Conduct for Law Enforcement Officials, adopted by General Assembly resolution 34/169 of 17 December 1979 [online]
- United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, adopted by General Assembly resolution 47/133 of 18 December 1992 [online]
- United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Recommended by General Assembly resolution 55/89 of 4 December 2000 [online]
- United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted by General Assembly resolution 37/194 of 18 December 1982 [online]
- United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, adopted by General Assembly resolution 45/113 of 14 December 1990 [online]

คำพิพากษา/คำตัดสิน/กรณีศึกษา

- Bulacio v. Argentina Case, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 100 (2003)
- Cakici v. Turkey, App No 23657/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, (1999)
- Gabriel Orlando Vera Navarrete, Constitutional Court. Case No. 2798-04-HC/TC. (Lima, 2004)
- Goiburú et al. v. Paraguay, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 153 (2006)
- Ibrahim and others v. UK, App Judgment of 13 September 2016 (2016)
- Ilhan v. Turkey, App No 22277/93, Council of Europe: European Court of Human Rights, (2000)
- Ireland v. The United Kingdom, 5310/71, Council of Europe: European Court of Human Rights, (1977)
- Kurt v. Turkey, Appl. No. 15/1997/799/1002, Council of Europe: European Court of Human Rights, (1998)
- Mukong v. Cameroon, Communication No. 458/1991, UN Human Rights Committee (HRC), (1994)
- Mojica v. Dominican Republic, Communication No.449/1991, UN Human Rights Committee (HRC), (1991)
- Mohammed Alzery v. Sweden, CCPR/C/88/D/1416/2005, UN Human Rights Committee (HRC), (2006)
- Moldovan v. Romania, App No 41138/98 and 64320/01, Council of Europe: European Court of Human Rights, (2005)
- Monaco v. Argentina, Communication No. 400/1990, UN Human Rights Committee (HRC), (1990)
- Paul Yabugbe v. Commissioner of Police, (1992) LCN/2485(SC) In the Supreme Court of Nigeria Friday, April 10, 1992
- Sarma v. Sri Lanka, Communication No.950/2000, UN Human Rights Committee (HRC), (2000)
- Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador, Serie C No. 118, Inter-American Court of Human Rights (IACrHR), 23 November 2004
- Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, International Criminal Court (ICC) (2012)

Swiss Federal Supreme Court Judgement, ATF 124 III 90

Ucar v. Turkey, App No 52392/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, (2006)

Velásquez Rodríguez Case, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988)

กฎหมายต่างประเทศ

Act on Penal Detention Facilities and Treatment of Inmates and Detainees 2005 [Japan]

Bill No. 6240/2013 [Brazil]

Cambodian Criminal Code

Codigo Penal Brasil/Decreto-Lei Nº 2.848, (Brazil Criminal Code)

Constitution of Brazil [Brazil], 5 October 1988 (Brazil Constitution CF88)

Constitution of the Kingdom of Cambodia [Cambodia], 21 September 1993, (Cambodian Constitution)

Constitution of Japan [Japan], 3 November 1946, (Japan Constitution)

Constitution of the Federal Republic of Nigeria [Nigeria], Act No. 24, 5 May 1999, (Nigerian Constitution)

Criminal Procedure Act Chapter 80 Laws of the Federation of Nigeria 1990, (Nigeria Criminal Procedure Code)

Criminal Procedure Code of Kingdom of Cambodia [Cambodia], (Cambodia Criminal Procedure Code)

Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 [Switzerland], 18 April 1999, (Swiss Constitution)

Federal Department of Justice and Police (FDJP), FAQ on the Swiss Register of Criminal Records [online]

Japan Immigration Control and Refugee Recognition Act 1951 [Japan], (Japan Immigration Act)

Lei Nº 9.199, de 7 de Novembro de 2017, (Brazil Immigration Act)

Lei Nº 9.455, de 7 de Abril de 1997 Define os crimes de tortura e dá outras providências (Definition of Crimes of Torture and Other Measures), (Brazil Torture Act)

Nigeria Administration of Criminal Justice Act 2015 [Nigeria], (Nigeria Administration Act)
Nigeria Anti-Torture Act 2017
Nigeria: Criminal Code Act [Nigeria], Cap C38 LFN 2004, 1 June 1916 (amended version of 1990), (Nigeria Criminal Code)
Nigeria Extradition Act [Nigeria]
Penal Code (Act No.45 of 1907), (Japan Penal Code).
Penal Code (Northern States) Federal Provisions Act 1960.
Swiss Criminal Code of 21 December 1937 (Status as of 1 July 2021), (Swiss Criminal Code)
Swiss Criminal Procedure Code of 5 October 2007 (Status as of 1 July 2021), (Swiss Criminal Procedure Code)
Swiss Military Criminal Code of 13 June 1927 (Status as of 1 July 2021), (Swiss Military Criminal Code)
United Kingdom, An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown (Bills of Rights), 1 William & Mary Sess 2 c 2.
United States Constitution Amendments 1 to 10 (Bills of Rights), 1789
United States Department of Justice, Nigerian Legal System [online]
Violence Against Persons (Prohibition) Act of 2015 [Nigeria], Nigeria Violence Act

เอกสารภาษาไทย

ตำรา/หนังสือ/บทความ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป
กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ และคณะกองบรรณาธิการ, การคุ้มครอง “เหยื่อ” ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, หนังสือชุดโครงการเวทีความคิดเพื่อการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมไทย (Thai Criminal Justice Reform Forum) (2552)
คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป
คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด
คณพล จันทน์หอม, รากฐานกฎหมายอาญา
คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน (2564)

- จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (2553)
- ต่อศักดิ์ บุรณะเรืองโรจน์, คำอธิบายพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551, (สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2557)
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ รณกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, สำนักพิมพ์วิญญูชน (2564)
- ธานีศ เกศวพิทักษ์, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง “การดำเนินการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ตามพันธกรณีประเทศไทยเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการต่อต้านการทรมานและบังคับบุคคลให้สูญหาย”, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
- ปกป้อง ศรีสนิท, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (2556)
- วิรัตน์ นาทิพเวทย์, “ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. (ฉบับประชาชน) ศึกษากรณี โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาระหว่างประเทศ,” ในวารสารกระบวนการยุติธรรม ปีที่ 13 (2563)
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย” (2560)
- หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2538)
- อังคณา นีละไพจิตร, บังคับให้สูญหาย สมชาย นีละไพจิตร: ความเลวร้ายในนามของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม, สถาบันปรีดี พนมยงค์ [online]

วิจัย/วิทยานิพนธ์

- คณศ เต็งสุวรรณ, วิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาการจัดระบบกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาในประเทศไทย”, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2558)
- คมสัน ปานดำ, วิทยานิพนธ์ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการนำตัวพนักงานผู้กระทำการทรมานมาลงโทษ: ศึกษากรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน”, มหาวิทยาลัยรามคำแหง (2557)
- ปกป้อง ศรีสนิท และคณะ, รายงานสรุปผลการดำเนินงาน โครงการศึกษาความพร้อมของประเทศไทยต่อการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย, กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม (2552)
- ปณิธาน พิมลวิชยากิจ, วิทยานิพนธ์ เรื่อง “การบังคับสูญหายในประเทศไทย: ประสพการณ์และมุมมองในเชิงกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา”, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2562)

ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา (ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา) สถาบันพระปกเกล้า (2564)

ปรเมศวร์ สุขกมลอนันต์, วิทยานิพนธ์ เรื่อง “การดำเนินคดีทรมาน: ศึกษารูปแบบการสอบสวนที่เหมาะสม”, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2558)

ถนอมจิต วนวัฒนากุล, วิทยานิพนธ์ เรื่อง “แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาที่สอดคล้องกับการต่อต้านการทรมานโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรม”, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2552)

กฎหมายไทย/ร่างกฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา

พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. เสนอโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม

ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. เสนอโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร

ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. เสนอโดยนายวันมูหะมัดนอร์ มะทา และคณะ

ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. เสนอโดยนายสุทัศน์ เงินหมื่น และคณะ