



บทอาวสานของบุคคลาระดับสูงของรัฐบาลเมียนมาร์ในเหตุการณ์ความรุนแรงในรัฐยะไข่
จากหลักการไร้ความคุ้มกันและความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วฑูติ**

๑. บทนำ

เหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นในรัฐยะไข่ประเทศเมียนมาร์ซึ่งมีการสังหารชาวโรฮิงญาหลายพันคน วางเพลิงเผาหมู่บ้าน และกระทำการอันเป็นการทารุณทางเพศอย่างกว้างขวาง บีบให้ชาวมุสลิมโรฮิงญาราว ๗๐๐,๐๐๐ คนอพยพหนีข้ามชายแดนเข้าสู่บังกลาเทศ^๑ เป็นกรณีที่รัฐบาลเมียนมาร์ได้มีการกระทำการอันเป็นการเข้าข่ายความผิดฐานอาชญากรรมล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติซึ่งกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและสันติภาพของโลก ส่งผลให้ในการนี้ประชาคมระหว่างประเทศรวมถึงประเทศสมาชิกรัฐอาเซียนทั้งหลายจึงให้ความสำคัญในการนำตัวผู้ที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ดังกล่าวมาลงโทษให้จงได้ ซึ่งบุคคลที่มีความผิดฐานดังกล่าวนี้ย่อมสามารถถูกดำเนินคดีตามกฎหมายภายในของรัฐต่างๆได้แม้จะไม่ใช่ท้องที่ที่ความผิดเกิดขึ้นก็ตาม อันเนื่องมาจากการเป็นความผิดสากล^๒

ทั้งนี้ได้ปรากฏว่ามีการฟ้องร้องนางออง ซาน ซูจี (Aung San Suu Kyi) ที่ปรึกษาของรัฐบาลเมียนมาร์ในข้อหาอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (crimes against humanity) ที่เกิดขึ้นในรัฐยะไข่ต่อศาล Magistrate ณ เมลเบิร์น ประเทศออสเตรเลีย ในขณะที่นางซูจีเดินทางไปเยือนออสเตรเลีย เพื่อเข้าร่วมการประชุมสุดยอดอาเซียน-ออสเตรเลียที่นครซิดนีย์ เมื่อวันที่ ๑๘ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๑ ด้วยเหตุที่ว่านางซูจีไม่สามารถใช้อำนาจที่มีตามตำแหน่ง ยับยั้งการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชานั้น^๓ แต่ในท้ายที่สุดการดำเนินคดีก็ต้องยุติลงโดยอัยการสูงสุดด้วยเหตุผลที่ว่าผู้ต้องหานี้มีสถานะเป็นหนึ่งในบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญของรัฐบาล (heads of government) ซึ่งมีความคุ้มกันของรัฐ (immunity of states) ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่จะไม่ถูกดำเนินคดีอาญาโดยศาลออสเตรเลียของรัฐเจ้าของดินแดน^๔ กรณีดังกล่าวจึงเกิดประเด็นปัญหาช่องว่างของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงของรัฐบาลเมียนมาร์ที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ความรุนแรงในรัฐยะไข่นี้อาจสามารถยกข้อกล่าวอ้างถึงความคุ้มกันนี้เพื่อปฏิเสธการดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงกับตนเองได้ ทำนองเดียวกับกรณียกเว้นการดำเนินคดีอาญากับนางซูจีที่เกิดขึ้นนี้

** นักวิเคราะห์และจัดทำข้อมูลกฎหมาย ฝายอาเซียนและกิจการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๑ British Broadcasting Corporation, “Myanmar: What sparked latest violence in Rakhine?” ; retrieved on 1 1 December 2018 from <https://www.bbc.com/news/world-asia-41082689>

^๒ Xavier Philippe, “The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?” 88: 862 *International Review of the Red Cross* 375, 377.

^๓ Voice TV, “ซูจีถูกฟ้องข้อหาอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๒ ธันวาคม ๒๕๖๑ จาก <https://voicetv.co.th/read/HJXzTNoYG>

^๔ The Guardian, “Aung San Suu Kyi cannot be prosecuted in Australia, Christian Porter says” retrieved on 11 December 2018 from <https://www.theguardian.com/world/2018/mar/17/aung-san-suu-kyi-cannot-be-prosecuted-in-australia-christian-porter-says?fbclid=IwAR1PmoOP9gpcmsYA5fzCML6rQEvgwi-OJaDnMFOHjbrFvCmGf06Av31veng>



อย่างไรก็ตาม กรณีปัญหาดังกล่าวอาจไม่เป็นเช่นนั้นเสมอไป เพราะเนื่องจากความผิดฐานอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติเป็นความผิดอาญาที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศตามธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งแม้ศาลอาญาภายในของรัฐจะไม่สามารถดำเนินคดีได้ด้วยเหตุแห่งความคุ้มกันของรัฐก็ตาม แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นก็หาได้ถูกจำกัดอำนาจการดำเนินคดีด้วยเหตุเช่นว่านี้ไม่ หากแต่สามารถทะลุทะลวงความคุ้มกันของรัฐและดำเนินคดีกับผู้ที่เกี่ยวข้องได้ด้วยข้อบัญญัติที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเพื่อดำเนินคดีกับอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรง ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงจะได้ทำการอธิบายถึงหลักความคุ้มกันของรัฐ หลักไร้ความคุ้มกันของศาลอาญาระหว่างประเทศ และหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา แล้วจึงได้ทำการวิเคราะห์กรณีปัญหาที่เกิดขึ้นในการดำเนินคดีกับนางออง ซาน ซูจี ตามกรณีศึกษาต่อไป

๒. หลักความคุ้มกันของประมุขและผู้แทนของรัฐ

จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า รัฐมีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) สิ่งที่จะแสดงออกถึงอำนาจอธิปไตยที่มีความเป็นเอกราชของรัฐนั้นก็คือ การที่รัฐหนึ่งจะไม่ถูกบังคับให้ต้องยอมรับเขตอำนาจของรัฐอื่น หรือองค์การระหว่างประเทศอื่นโดยเฉพาะอำนาจทางตุลาการ (judicial jurisdiction) และเขตอำนาจบริหาร (executive jurisdiction) ดังนั้น ผลของการรัฐมีอำนาจอธิปไตยนี้ก็คือ การที่รัฐมีความคุ้มกัน (immunity) ควบคู่กันไปกับการใช้อำนาจอธิปไตย ความคุ้มกันเช่นนี้ก็คือความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจทางตุลาการและบริหาร^๕ เป็นสถานะพิเศษที่จะไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจ หรือรับเคราะห์กรรมบางอย่างตามกฎหมายซึ่งโดยปกติจะก่อขึ้นแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง^๖ หรือเป็นสถานะที่เป็นเกราะป้องกันอำนาบบังคับของกฎหมาย^๗ นั่นเอง

ทั้งนี้ ความคุ้มกันของรัฐ (state immunity) ไม่เพียงแต่ใช้บังคับกับรัฐในฐานะองค์การ (entity) อันเป็นผู้ทรงสิทธิผู้หนึ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศเพียงเท่านั้น หากแต่ได้ขยายความคุ้มครองไปถึงหน่วยงานทั้งปวงของรัฐไม่ว่าจะเป็นกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ตลอดจนถึงตัวบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งในสถานะประมุขของรัฐ (head of state) หรือผู้แทนของรัฐ (representative of state) อีกด้วย^๘ เนื่องจากเหตุผลเบื้องหลังที่ว่าบุคคลเช่นนี้ถูกมองว่าเป็นบุคลาธิษฐานของรัฐ (personification) ของรัฐ^๙ โดยตำแหน่งที่ดำรงอยู่ในฐานะผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย^{๑๐} และเป็นตัวแทนในการแสดงเจตนารมณ์แห่งรัฐ จึงย่อมถือว่าได้รับเกียรติและอยู่ในสถานะพิเศษที่จะได้รับความคุ้มกันไปพร้อมๆ กับรัฐอย่างเท่าเทียม^{๑๑} ประมุขหรือผู้แทนของรัฐจึงมีความคุ้มกันอย่างสมบูรณ์แม้จะมีการกระทำที่เป็นไปในฐานะส่วนตัว หรือเพื่อประโยชน์ของรัฐอย่างแท้จริง^{๑๒}

^๕ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๒*, พิมพ์ครั้งที่ ๙, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, ๒๕๕๕), น.๒๖.

^๖ สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, ๒๕๕๓), น.๑๓๕.

^๗ นพนิธิ สุริยะ, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๒*, พิมพ์ครั้งที่ ๘, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, ๒๕๕๖), น.๔๗.

^๘ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔*, น.๒๙.

^๙ Gilbert Sison, "A King No More: The Impact of the Pinochet Decision on the Doctrine of Head of State Immunity" 78:4 *Washington University Law Review* 1583, 1584.

^{๑๐} ทวยวรรณ เทพพิทักษ์ศักดิ์, "มาตรา ๒๗ แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกับผลทางกฎหมาย" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๖), น.๔๑.

^{๑๑} Gilbert Sison, *supra note 8*, o.1584.

^{๑๒} Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 6th Edition, (London: Allen & Unwin, 1987), p.111.



อนึ่ง หลักความคุ้มกันนี้สามารถแยกพิจารณาได้เป็น ๒ หลักเกณฑ์คือ หลักการไม่ต้องรับผิดชอบ (irresponsibility) และ หลักความล่วงละเมิดมิได้ (inviolability)

๒.๑ หลักการไม่ต้องรับผิดชอบ

เป็นการได้รับสิทธิพิเศษไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งและทางอาญา โดยมีเหตุผลเบื้องหลังเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ในนามของรัฐได้อย่างสมบูรณ์^{๑๓} กล่าวคือ แม้โดยหลักกฎหมายทั่วไปแล้วบุคคลซึ่งอยู่ในอาณาเขตของรัฐหนึ่งย่อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้น แต่ถ้าปรากฏว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญของรัฐอื่นแล้ว กฎหมายภายในของรัฐนั้นย่อมไม่อาจใช้บังคับกับบุคคลดังกล่าวได้เนื่องจากมีความคุ้มกันไม่ให้อำนาจรัฐอื่น^{๑๔} ซึ่งในกรณีของการกระทำความผิดอาญานั้น อธิบายได้ว่า เจ้าพนักงานของรัฐหนึ่งจะทำการดำเนินคดีกับประมุขหรือผู้นำของรัฐอื่นไม่ได้ ศาลยุติธรรมจะไม่รับฟ้องให้บุคคลที่ดำรงตำแหน่งเช่นว่านี้เป็นจำเลย สิ่งที่รัฐเจ้าของดินแดนจะกระทำได้นั้นมีแต่เพียงการเชิญให้ออกไปเสียจากอาณาเขต และอาจเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐที่บุคคลนั้นเป็นประมุขหรือผู้นำ ถ้ารัฐเช่นว่านี้ไม่ยอมชดเชยค่าเสียหายจากรัฐเจ้าของดินแดนก็อาจเลิกการติดต่อนั้นเสียก็ได้^{๑๕}

๒.๒ หลักความล่วงละเมิดมิได้

หลักการดังกล่าวเป็นการห้ามการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อบุคคล ซึ่งในกรณีของคดีอาญา ก็คือการห้ามใช้มาตรการบังคับทางอาญาใดๆ แก่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งประมุขหรือผู้นำของรัฐ เช่น การจับกุม ค้นสถานที่ หรือการคุมขัง ทั้งนี้เหตุผลเบื้องหลังดังกล่าวนี้มาจากว่า บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญของรัฐเช่นว่านี้จะต้องได้รับการต้อนรับและรับรองตามเกียรติศักดิ์ศรีของตนจากรัฐเจ้าของดินแดนเสมอกับการรับรองอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น^{๑๖}

อย่างไรก็ตาม หลักความคุ้มกันซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายขนาดใหญ่ที่เป็นเหตุให้บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งประมุข หรือผู้นำระดับสูงอื่นๆของรัฐ นำสิทธิพิเศษดังกล่าวนี้ไปใช้ในทางที่ไม่ชอบเป็นเกราะกำบังในการกล่าวอ้างไม่ให้ตนต้องรับผิดชอบในอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรง แม้ว่าพวกเขาเหล่านั้นจะมีส่วนร่วมในปรากฏการณ์ดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม ด้วยเหตุนี้จึงมีแนวคิดของกฎหมายระหว่างประเทศสมัยใหม่ที่เกิดขึ้นมาเพื่อยกเว้นหลักการดังกล่าวนี้ เพื่อให้ความยุติธรรมในทางระหว่างประเทศและภายในประเทศเกิดขึ้น นั่นคือ “หลักการไร้ความคุ้มกัน” นั่นเองซึ่งจะได้ทำการอธิบายในลำดับถัดไป

๓. ข้อบัญญัติพิเศษตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

แม้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญของรัฐจะได้รับความคุ้มกันไม่ให้ถูกดำเนินคดีหรือรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายภายในโดยกระบวนการยุติธรรมของรัฐเจ้าของดินแดนก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดมาตรการพิเศษที่

^{๑๓} ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, (พระนคร: ไทยวัฒนาพานิช, ๒๕๑๑), น.๙๙.

^{๑๔} ทวยวรรณ เทพพิทักษ์ศักดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๙*, น.๔๓.

^{๑๕} *เท็งอ้าง*.

^{๑๖} สุผาดิน มั่นสุข, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา*, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๓), น.



สามารถก้าวข้ามข้อจำกัดไปได้โดยข้อบัญญัติ ๒ ประการ คือ หลักไร้ความคุ้มกัน และหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา โดยจะได้ทำการอธิบายต่อไป

๓.๑ หลักการไร้ความคุ้มกัน

ด้วยเจตนารมณ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศตามที่มีความมุ่งหมายที่จะให้การยกเว้นการลงโทษแก่ผู้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงหมดสิ้นไป^{๑๗} ธรรมนูญกรุงโรมจึงได้มีบทบัญญัติพิเศษที่เรียกว่า “หลักการไร้ความคุ้มกัน (Irrelevance of official capacity)” ขึ้นมาเพื่อยกเว้นหลักความคุ้มกันของประมุขหรือผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญอื่นๆของรัฐ ไม่ให้มีการนำข้อต่อสู้ดังกล่าวมายกขึ้นเพื่อกล่าวอ้างยกเว้นความรับผิดชอบของตนได้ โดยปรากฏตามข้อ ๒๗ ซึ่งได้บัญญัติว่า

“บทบัญญัติทั้งหลายในธรรมนูญฉบับนี้ ให้นำไปปรับใช้กับบุคคลทุกคนโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ บนฐานะของบุคคลจากการดำรงตำแหน่งใดๆโดยเฉพาะอย่างยิ่งประมุขแห่งรัฐ หัวหน้ารัฐบาล สมาชิกของรัฐบาล หรือสมาชิกของรัฐสภา ไม่เป็นเหตุให้ยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา หรือเป็นเหตุผลโทษ

ความคุ้มกัน หรือกฎกระบวนการพิจารณาพิเศษที่มาพร้อมกับฐานะของการดำรงตำแหน่งของบุคคลไม่ว่าตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศไม่เป็นเหตุขัดขวางกระบวนการพิจารณาของศาลที่จะมีอำนาจเหนือคดีนั้น”^{๑๘}

จากข้อบัญญัติข้างต้นอธิบายได้ว่าบทบัญญัตินี้มีสาระสำคัญ คือ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศจะต้องนำไปปรับใช้กับทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ สถานะของบุคคล เช่น ความเป็นประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล ความเป็นรัฐมนตรี สมาชิกรัฐสภา ผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้ง หรือความเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ไม่อาจนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา หรือเป็นเหตุผลโทษได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความคุ้มกันของผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญของรัฐ ที่จะต้องถูกดำเนินคดีอาญา ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่อาจถูกยกขึ้นเพื่อปฏิเสธอำนาจในการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศได้^{๑๙} บุคคลทุกคนจะต้องถูกดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศหากได้กระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศ ๔ ฐานร้ายแรงตามที่บัญญัติไว้ใน

^{๑๗} Rome Statute of the International Criminal Court
Preamble

The States Parties to this Statute, determined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes.

^{๑๘} Rome Statute of the International Criminal Court
Article 27 Irrelevance of official capacity

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

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

^{๑๙} ปกป้อง ศรีสนิท, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, ๒๕๕๖), น.๑๕๙.



ธรรมนูญกรุงโรม^{๒๐}นี้ ตำแหน่งของบุคคลต่างๆที่ตามข้อบัญญัตินี้มีการกำหนดอย่างกว้างโดยไม่ได้จำกัดอยู่แค่เพียงผู้ดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐแต่เพียงเท่านั้น หากแต่หมายรวมถึงผู้ปกครองรัฐทุกประเภท^{๒๑}

๓.๒ หลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชา

โดยหลักแล้วความรับผิดทางอาญานั้นเป็นเรื่องเฉพาะตัวบุคคล (personal liability) บุคคลที่ไม่ใช่ผู้ลงมือ ต่वार ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ย่อมไม่มีความรับผิดทางอาญา แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีของความผิดอาญาระหว่างประเทศนั้น ผู้ที่ไม่ได้ลงมือ เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ก็อาจมีความรับผิดได้ หากเข้าเงื่อนไขตาม “หลักความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชา (responsibility of commanders and other superiors)” ซึ่งเป็นรูปแบบความรับผิดทางอาญาจากการกระทำโดยงดเว้น (omission) จากการที่จกต้องป้องกันผลในการกระทำของผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา^{๒๒} โดยอธิบายได้ว่า บุคคลผู้ลงมือกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศร้ายแรงจะมีความรับผิดทางอาญาอย่างแน่นอน และหากบุคคลดังกล่าวมีผู้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชานั้นก็มีความรับผิดทางอาญาเพื่อการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาด้วยเช่นกันแม้ตนจะไม่ได้เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน เลยก็ตาม

ทั้งนี้ ธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาทหารไว้ใน ข้อ ๒๘(a) ซึ่งได้บัญญัติว่า

“(a) ผู้บังคับบัญชาทหาร หรือ บุคคลที่กระทำการอย่างผู้บังคับบัญชาทหาร จะมีความรับผิดทางอาญาสำหรับฐานความผิดใต้เขตอำนาจของศาลนี้ในกรณีที่ผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดภายใต้การควบคุม หรือภายใต้อำนาจของตน อันเป็นผลมาจากการล้มเหลวในการควบคุมหรือการบังคับบัญชา ก็ต่อเมื่อ

(i) ผู้บังคับบัญชาทหาร “รู้” หรือ “ควรจะรู้” ว่าผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดหรือกำลังกระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ

(ii) ความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศนั้นได้กระทำขึ้นภายในความรับผิดชอบหรือความควบคุมของผู้บังคับบัญชา และ

(iii) ผู้บังคับบัญชา ล้มเหลวที่จะใช้มาตรการที่จำเป็น หรือสมเหตุสมผล เพื่อป้องกันหรือลดโทษการกระทำนั้นๆ หรือไม่ได้ยื่นเรื่องต่อหน่วยงานที่มีอำนาจสอบสวนหรือฟ้องร้องคดี”^{๒๓}

^{๒๐} Rome Statute of the International Criminal Court
Article 5 Crimes within the jurisdiction of the Court

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

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

^{๒๑} ทวยวรรณ เทพพิทักษ์ศักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๙, น.๓๕.

^{๒๒} Ibid., p.348.

^{๒๓} Rome Statute of the International Criminal Court
Responsibility of commanders and other superiors



จากข้อบัญญัติข้างต้น อธิบายได้ว่า ข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่งของหลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชา คือ ระดับชั้นของผู้บังคับบัญชาที่จะต้องรับผิดชอบ กล่าวคือ ในกรณีที่สายบังคับบัญชานั้นมีผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปหลายคนและหลายระดับ ผู้บังคับบัญชาผู้ใดที่จะมีความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาได้ลงมือกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศร้ายแรงนั้น ต้องพิจารณาจากความสามารถในการบังคับบัญชา โดยอาจเป็นความสามารถในการบังคับบัญชาตามกฎหมาย (de jure) คือ กรณีที่บุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชานั้นได้ดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาอย่างเป็นทางการเป็นระบบและมีลำดับชั้น^{๒๔} หรืออำนาจบังคับบัญชาตามความเป็นจริง (de facto) ในกรณีที่ไม่มีปรากฏอย่างเป็นทางการว่าบุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชานั้นดำรงตำแหน่งใดที่มีอำนาจบังคับบัญชา แต่บุคคลดังกล่าวนั้นมีความสามารถในการควบคุมบุคคลอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ (effective control)^{๒๕}

เมื่อผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศภายในความรับผิดชอบ หรือ ความควบคุมของผู้บังคับบัญชาแล้ว หากผู้บังคับบัญชาได้มีการกระทำความผิดประกอบภายนอกคือ ไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นในการป้องกันการกระทำความผิดนั้น หรือ ไม่ได้ดำเนินคดีกับผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา อันเป็นการกระทำโดยงดเว้นในหน้าที่ที่ตนจักต้องป้องกันผล และการกระทำโดยงดเว้นดังกล่าว นั้น ผู้บังคับบัญชามีองค์ประกอบภายในคือ “รู้ (know)” หรือ “ควรจะรู้ (should have known)”^{๒๖}ถึงข้อเท็จจริงที่ผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาได้กระทำหรือกำลังกระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศนั้น ผู้บังคับบัญชาย่อมมีความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ ๒๘(a)

เช่น พลเอก A เป็นผู้บังคับบัญชาทหาร พลทหาร B เป็นผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของพลเอก A เมื่อพลทหาร B ได้กระทำการควบคุมตัวประชาชนผู้เห็นต่างจากรัฐบาลโดยมิชอบด้วยกฎหมายอย่างกว้างขวาง หรือเป็นระบบภายใต้นโยบายของรัฐ พลทหาร B ย่อมมีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติตามธรรมนูญกรุงโรม อย่างแน่นอนในฐานะผู้ลงมือ โดยทั้งนี้ หากพลเอก A นั้น “รู้” หรือ “ควรจะรู้” ว่าพลทหาร B ได้กระทำการควบคุมตัวประชาชนผู้เห็นต่างจากรัฐบาลโดยมิชอบด้วยกฎหมายอย่างกว้างขวาง หรือเป็นระบบภายใต้นโยบายของรัฐ แล้วนิ่งเฉยไม่ได้กำหนดมาตรการใดๆที่จำเป็นในการป้องกัน

Article 28 In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

(i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and

(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

^{๒๔} Desislava Stoitchkova, *Towards corporate liability in international criminal law*, (Antwerp [Belgium] : Intersentia, 2010), p.85.

^{๒๕} *Ibid.*

^{๒๖} “รู้ (known)” อาจเทียบได้กับ เจตนา (intention) และ “ควรจะรู้ (should have known)” อาจเทียบได้กับ ประมาท (negligence); โปรดดู ปกป้อง ศรีสันทิต, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๙*, น.๑๖๓-๑๖๔.



การกระทำความผิดดังกล่าวหรือไม่ได้ทำการสอบสวน ฟ้องร้อง หรือ ดำเนินคดีกับพลทหาร B พลเอก A ย่อมมีความรับผิดทางอาญาตามหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาที่เป็นทหารตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ ๒๘(a)

๔. บทวิเคราะห์

จากกรณีตามปัญหาที่เกิดขึ้นกับรัฐบาลเมียนมาร์นั้นเนื่องจากนางออง ซาน ซูจี ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาของรัฐบาลเมียนมาร์^{๒๗} จึงเป็นผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงของรัฐบาลที่แม้จะไม่มีอำนาจบังคับบัญชาตามกฎหมายโดยตรงก็ตาม แต่ก็ยังมีอำนาจตามตำแหน่งหน้าที่ซึ่งความสามารถในการควบคุมบุคคลพลทหารในทางข้อเท็จจริงจากตำแหน่งหน้าที่ดำรงอยู่อย่างมีประสิทธิภาพ เมื่อปรากฏหลักฐานมากมายที่เชื่อถือได้เกี่ยวกับการก่ออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติอย่างเป็นระบบต่อชาวโรฮิงญาโดยเจ้าหน้าที่รัฐที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตน ไม่ว่าจะเป็นการสังหารนอกกระบวนการยุติธรรม การบังคับสูญหาย การกระทำทารุณกรรม ช่มชู้กันขังตามอำเภอใจ ทำลายทรัพย์สินและบ้านเรือน แต่นางซูจี กลับไม่สามารถใช้อำนาจที่มีตามตำแหน่ง ยับยั้งการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชานั้น^{๒๘} กรณีดังกล่าวเป็นการที่นางซูจีไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นในการป้องกันการกระทำความผิดนั้น หรือ ไม่ได้ดำเนินคดีกับผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา อันเป็นการกระทำโดยดเว้นในหน้าที่ที่ตนจักต้องป้องกันผลจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศของผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาภายในความรับผิดชอบ หรือความควบคุมของตน และเมื่อปรากฏต่อไปว่าการกระทำโดยดเว้นนั้นได้เป็นไปโดยที่นางซูจีก็ “รู้” เหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นในรัฐยะไข่โดยตลอด การไม่ใช้อำนาจที่มีตามตำแหน่ง ยับยั้งการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของนางซูจีจึงครบเงื่อนไขของหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาแล้ว และต้องรับผิดเพื่อการกระทำของเหล่าทหารที่ได้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติดังกล่าวตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ ๒๘(a)

ทั้งนี้กรณีปัญหาต่อไปว่า เมื่อนางซูจีมีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติโดยหลักความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาแล้ว ประเทศออสเตรเลียจะสามารถดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวได้หรือไม่ ต่อปัญหานี้อธิบายได้ว่าเนื่องจากนางซูจีดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาของรัฐบาลเมียนมาร์ ซึ่งมีฐานะเป็นสมาชิกระดับสูงของรัฐบาล ด้วยเหตุนี้จึงได้รับความคุ้มกันของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่ต้องถูกดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเจ้าของดินแดน กระบวนการยุติธรรมของประเทศออสเตรเลียจึงไม่อาจดำเนินคดีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติกับนางซูจีได้ ที่อัยการสูงสุดได้สั่งยุติการดำเนินคดีจึงชอบแล้ว

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายภายในของประเทศออสเตรเลียหรือรัฐอื่นจะไม่สามารถใช้บังคับกับนางซูจีได้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่านางซูจีจะหลุดพ้นความรับผิดทางอาญาแต่อย่างใด เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศยังสามารถดำเนินคดีบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญของรัฐได้แม้บุคคลดังกล่าวจะมีความคุ้มกันของรัฐก็ตาม โดยอาศัยอำนาจตามหลักไร้ความคุ้มกันตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ ๒๗ ด้วยเหตุนี้ นางซูจีจึงยังคงสามารถถูกดำเนินคดีได้^{๒๙} โดยไม่อาจยกความคุ้มกันของรัฐขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธกระบวนการยุติธรรมของศาลอาญา

^{๒๗} เริ่มดำรงตำแหน่งตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๕๕; โปรดดู Liam Cochrane, “Aung San Suu Kyi to become ‘State Counsellor’ of Myanmar” retrieved on 12 December 2018 from <https://www.abc.net.au/news/2016-04-05/aung-san-suu-kyi-to-become-state-counsellor/7301994>

^{๒๘} Voice TV, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ ๒*.

^{๒๙} อนึ่ง แม้ประเทศเมียนมาร์จะไม่ได้เป็นรัฐภาคีของธรรมนูญกรุงโรมอันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจจากการเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาตามหลักเขตอำนาจตามสถานที่ หรือบุคคล อีกทั้งยังไม่ยอมรับอำนาจเฉพาะเจาะจงของศาลอาญาระหว่างประเทศอีกด้วยก็ตาม อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาระหว่างประเทศก็มีเขตอำนาจพิเศษ โดยในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (United Nations Security Council; UNSC) เห็นว่าสถานการณ์ใดที่เกิดขึ้นบนโลก ที่เข้าข่ายการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศสี่ฐานร้ายแรง



ระหว่างประเทศได้ เพราะฉะนั้น จากการวิเคราะห์กรณีศึกษาข้างต้นจึงสามารถสรุปได้ว่าบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ความรุนแรงในรัฐยะไข่ก็สามารถถูกดำเนินคดีได้โดยไม่อาจใช้ความคุ้มกันของรัฐขึ้นต่อผู้

๕. บทสรุป

แม้นางออง ซาน ซูจี หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงอื่นๆในรัฐบาลเมียนมาร์จะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาจากกฎหมายภายในของรัฐต่างๆในการดำเนินคดีความผิดอาญาระหว่างประเทศร้ายแรงด้วยเหตุที่มาจากหลักความคุ้มกันของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี กระบวนการยุติธรรมของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นหาได้ถูกหยุดยั้งด้วยหลักการดังกล่าวไม่ หากแต่สามารถดำเนินต่อไปได้โดยผลของบทบัญญัติหลักไร้ความคุ้มกันตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ ๒๗ ซึ่งให้อำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในการดำเนินคดีกับอาชญากรความผิดอาญาระหว่างประเทศร้ายแรงได้โดยไม่คำนึงถึงสถานะหรือตำแหน่งของบุคคลแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้กรณีดังกล่าวสามารถถอดช่องว่างของกฎหมายระหว่างประเทศที่สามารถใช้เป็นที่หลบเลี่ยงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้

คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติสามารถใช้อำนาจในการรักษาสันติภาพของโลกตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ Chapter VII ส่งเรื่องให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาคดีได้แม้ว่าความผิดที่เกิดขึ้นจะไม่ได้กระทำภายในรัฐภาคีและไม่ได้กระทำโดยบุคคลสัญชาติของรัฐภาคีก็ตาม; โปรดดู ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วุฒิ, เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศเหนือรัฐสมาชิกอาเซียน: กรณีอาชญากรรมล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศเมียนมาร์ จาก <https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/ICC.pdf>