



ความหมาย “การทรมาน และการประตบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย
ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี”

โดย

นายคนธรร เลิศนภาวงศ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความหมาย “การทรมาน และการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย
ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี”

โดย

นายคนธรร เลิศนภาวงศ์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



THE DEFINITION OF TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR
DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT

BY

MR. KHONTHORN LERTNAPAWONG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

CRIMINAL LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายคนฉัตร เลิศนภาวงศ์

เรื่อง

ความหมาย “การทรมาน และการประตบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม
หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี”

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



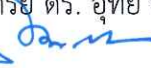
(รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ดร. อุทัย อาทิวะ)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความหมาย “ การทรมาน และการประตบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี”
ชื่อผู้เขียน	นายคนธรร เลิศนภาวงศ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

ภาพความเสียหายหลังจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้ประชาคมโลกต่างตระหนักถึงความโหดร้าย ทารุณ ไร้มนุษยธรรมของการทรมาน และการกระทำอันป่าเถื่อนโหดร้าย อันเป็นการย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเริ่มมีความคิดในการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นสิทธิอันติดตัวมากับความเป็นมนุษย์และไม่สามารถแบ่งแยกหรือพรากไปจากมนุษย์ได้ โดยได้มี การออกกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวาง อาทิเช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights ค.ศ. 1948) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR ค.ศ. 1966)

อย่างไรก็ตาม แม้มีกฎหมายระหว่างประเทศคุ้มครอง ปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ยังคงปรากฏอยู่แทบทุกมุมโลกอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการใช้วิธีทรมานและการประตบัติอันเลวร้าย (ill-treatment) ของเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งใช้วิธีการดังกล่าวเพื่อคาดคั้นให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยให้การรับสารภาพ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศ ก่อให้เกิดการเสพตติวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีที่ไม่ถูกต้องตามครรลองครองธรรม เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง เมื่อการทรมานและการประตบัติอันเลวร้ายนั้นเกิดขึ้นจากหรือมีความเชื่อมโยงกับเจ้าพนักงานของรัฐ ทำให้เหยื่อซึ่งถูกกระทำไม่กล้าเข้าแจ้งความดำเนินคดีเพราะหวาดกลัวต่ออำนาจและการแก้แค้นของเจ้าพนักงานของรัฐ ทำให้การอำนวยความยุติธรรมตามระบบกฎหมายปกติไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จนประชาชนอาจสูญเสียความเชื่อมั่นในการอำนวยความสะดวกตามกฎหมาย อีกทั้ง หากพิจารณาถึงน้ำหนักความน่าเชื่อถือของข้อมูลหรือพยานหลักฐานที่ได้จากการทรมาน ย่อมเห็นได้ว่าเป็นที่น่าสงสัยและเคลือบแคลงอย่างมาก เนื่องจากผู้ถูกทรมานหรือได้รับการประตบตีอันเลวร้ายย่อมต้องทำหรือพูดตามสิ่งที่ผู้กระทำทรมานต้องการ เพื่อระงับความเจ็บปวดที่ได้รับในขณะนั้น

ด้วยความตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว องค์การสหประชาชาติจึงได้ประกาศอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประตบตี หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 - CAT) เพื่อเสริมแรงกฎหมายที่มีอยู่ในการจัดการทรมาน และการประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีทุกรูปแบบ ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ได้มีการให้ความหมายหรือคำนิยามของ “การทรมาน” ไว้อย่างเป็นรูปธรรม และกำหนดให้การทรมานและการประตบตีอันเลวร้ายเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นผลให้การกระทำอันเป็นการทรมานฯ ในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะภายใต้สถานการณ์ใด แม้กระทั่งในภาวะสงคราม หรือการขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ หรือสภาวะฉุกเฉินสาธารณะ ไม่สามารถกระทำได้และไม่สามารถอ้างความชอบธรรมได้ ประเทศภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ มีพันธกรณีที่จะต้องออกกฎหมายภายในของตน กำหนดให้การทรมานเป็นความผิดอาญา โดยสอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานดังกล่าว และยังมีหน้าที่ป้องกันมิให้มีการประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจของตนอีกด้วย

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มีผลใช้บังคับกับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2550 ส่งผลให้ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีมีพันธผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามพันธกรณี 4 ประการ ได้แก่ 1) การประกันให้เกิดสิทธิต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ 2) การปฏิบัติให้เกิดสิทธิตามที่รับรองไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ด้วยความก้าวหน้า 3) การเผยแพร่หลักการของสิทธิที่ระบุไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการฯ อย่างกว้างขวาง และ 4) การจัดทำรายงานสถานการณ์และปัญหาอุปสรรคภายในประเทศตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ซึ่งในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ประเทศไทยก็ได้ทำคำแถลงตีความในการเข้าเป็นภาคีในข้อบทที่ 1, 4 และ 5 และได้ทำข้อสงวนในข้อบทที่ 30 โดยเฉพาะข้อแถลงตีความคำนิยามคำว่า “ทรมาน” อันกำหนดให้การตีความคำดังกล่าวเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในปัจจุบัน เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาอันเป็น

กฎหมายทั่วไปที่กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศไทยจะทราบได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดความหมายหรือคำนิยามของคำว่า “การทรมาน” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีการบัญญัติคำว่าการทรมานไว้ในมาตรา 289 (5) มาตรา 313 วรรค 2 มาตรา 340 วรรคสี่ และมาตรา 340 ทวิ วรรคห้า ซึ่งไม่ได้มีการให้คำนิยามไว้เป็นการเฉพาะ

ในปัจจุบันแม้ว่ากฎหมายอาญาของประเทศไทยจะสามารถใช้ลงโทษการทรมานได้โดยการปรับบทเทียบเคียงกับความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาบางมาตรา บางฐานความผิด เช่น การเทียบเคียงกับกลุ่มความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศ และกลุ่มความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงาน แต่ระวางโทษฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาบางมาตรานั้นก็ยังไม่เหมาะสมกับข้อเรียกร้องของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีประกันว่าจะกำหนดให้การทรมานมีระวางโทษเฉกเช่นความผิดร้ายแรงของรัฐ และการใช้ความหมายของคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” มาเปรียบเทียบกับความหมาย “การทรมาน” ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นก็ยังมีข้อแตกต่างกันหลายประการ ทั้งในเรื่องระดับความรุนแรงของความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจ เจตนาพิเศษในการกระทำความผิด สถานะของบุคคลซึ่งกฎหมายมุ่งใช้บังคับ โดยเฉพาะเรื่องความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้น ศาลไทยได้วางบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่า คำว่า “จิตใจ” นั้นหมายความถึงจิตประสาท หรือเป็นอันตรายแก่สมองเท่านั้น มิได้รวมถึงอารมณ์ความรู้สึก ซึ่งอาจทำให้ไม่สอดคล้องและไม่ครอบคลุมความหมายการทรมานตามที่กำหนดไว้ใน ข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ซึ่งตีความหมายคำว่าจิตใจไว้กว้างกว่า

แต่ทั้งนี้หากประเทศไทยเลือกที่จะนำคำนิยามการทรมานตามข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มาใช้ในการบัญญัติความผิดตามกฎหมายภายในโดยตรงนั้นก็อาจจะต้องทำอย่างระมัดระวัง เนื่องจากตัวคำนิยามการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นมีความจำเป็นที่จะต้องร่างไว้อย่างกว้างขวางเพื่อให้ใช้บังคับกับการกระทำต่าง ๆ ในหลายรูปแบบซึ่งอาจเป็นการทรมาน ดังนั้นในตัวคำนิยามหรือความหมายนั่นเองอาจจะขาดความชัดเจนแน่นอน ทำให้กระทบกับหลักประกันในกฎหมายอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความชัดเจนแน่นอนที่เรียกร้องให้กฎหมายอาญานั้นจะต้องบัญญัติอย่างชัดเจน เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ใต้บังคับของกฎหมายมีโอกาสได้ทราบล่วงหน้าว่าการกระทำใดหรือการไม่กระทำการใดของตนจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ และจะมีผลเช่นไร อีกทั้งหากคำนิยามหรือความหมายการทรมานที่ประเทศไทยจะบัญญัติขึ้นขาดความชัดเจนย่อมส่งผลโดยตรงให้เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการ และ

ศาล ทำงานได้อย่างยากลำบาก เกิดความกระอักกระอ่วน ไม่มีกรอบหรือขอบเขตในการปฏิบัติงาน หรืออาจถึงขนาดที่ไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ปัญหาเหล่านี้ มิได้ส่งผลดีต่อความพยายาม ในการต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายทารุณหรือที่ย่ำยศักดิ์ศรีใน สังคมไทยแต่อย่างใด และยิ่งส่งผลเสียต่อการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐในการดำเนินการตาม กระบวนการยุติธรรม จากการไม่มีค่านิยมดังกล่าวที่แน่ชัด ทำให้เกิดปัญหาว่าการกระทำอย่างหนึ่ง อย่างเป็นการกระทำทรมานตามความหมายของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ หรือไม่

ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่จะศึกษาความหมายการทรมาน และการประติบัติหรือการ ลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยศักดิ์ศรีจากอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ในกฎหมาย อาญา และศึกษาความแตกต่างระหว่างการทำดังกล่าวก้าวข้างต้น ซึ่งมีพันธกรณีแตกต่างกันในการ กำหนดให้รัฐภาคีบัญญัติให้เป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษได้ตามกฎหมาย กับพันธกรณีที่ต้องการให้ รัฐภาคีมีหน้าที่เพียงแค่ป้องกันมิให้การกระทำเกิดขึ้นเท่านั้น เพื่อให้ประเทศไทยจะได้กำหนด ความหมาย “การทรมาน” และกำหนดฐานความผิดให้สอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และสอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน ทั้งนี้เพื่อเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีโดย สอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และเป็นกรอบการปฏิบัติงานและการใช้บังคับกฎหมาย ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และเพื่อเป็นการประกันสิทธิของ ประชาชนจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรดำเนินการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาต่อต้านการ ทรมาน โดยให้ค่านิยมการทรมานไว้โดยเฉพาะ และกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะ โดย ยกตัวอย่างการกระทำที่อาจเป็นการทรมานตามแบบอย่างประเทศฟิลิปปินส์ใช้ในการบัญญัติ พระราชบัญญัติต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 เพื่อให้เกิดความชัดเจนสอดคล้องกับหลักกฎหมาย อาญาต้องชัดเจนแน่นอน

คำสำคัญ: ความหมายการทรมาน และการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี (The definition of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)

Thesis Title	THE DEFINITION OF TORTURE AND OTHER CRUEL INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT
Author	Mr. Khonthorn Lertnapawong
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Pokpong Srisanit, Ph.D.
Academic Years	2015

ABSTRACT

The aftermath to the Second World War has brought to awareness of the citizens of the world as to the brutality, atrociousness and inhumane methods of torture together with the savage and degrading treatment of humankind. This has sparked a move towards the guarantee and protection of such fundamental human rights of mankind as one which attaches to the person by birth right and cannot be removed or withheld from them whereby international conventions were introduced to guarantee and protect human rights such as the Universal Declaration of Human Rights (1948) and the International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR (1966).

Nevertheless, violation of human rights is still an ongoing matter and prevalent issue across various parts of the world, specifically, the violation of human rights using torture and ill-treatment on the suspect of crime or the defendant in order to obtain information or plead guilty perpetrated by public officials as a result, creating a dependency for extraction of evidence outside lawful channels with serious effects to the right to life, integrity of the person and human dignity. When torture and ill-treatment has been perpetrated by or connected to public officials,

victims mostly seldom report such wrongdoings for fear of authority and retribution which may be carried out by the public officials as a result. This creates a large impact towards the normal justice system and loss of public trust in the legal system. In consideration of the credibility of such evidence obtained through torture, it clearly creates doubts since the victims of torture or ill-treatment is likely to have stated or acted in a manner as torturer wishes just to restrain the pain being inflicted upon them.

With the awareness of such issue, the United Nations had declared the Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984) – CAT to reinforce existing laws with view in eliminating torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in all manners. The CAT is where the word “Torture” has been properly defined for the first time and had stipulated for torture and ill-treatment to be considered as crime under the international law. 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. Parties to this convention are required to implement their domestic law to criminalize torture as a criminal offense in accordance with the convention and shall prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

The CAT had been enforced to Thailand on the 1st November 2007. As a party to the convention, Thailand has the obligation to proceed in accordance with the convention in 4 respects namely; 1) To Guarantee rights in accordance with the CAT; 2) To progressively enforce the guarantee of rights in accordance with the CAT; 3) To widely disseminate the principles of rights in accordance with the CAT; and lastly, 4) To submit to the Committee against Torture a report of circumstance and issued encountered through local implementation. Thailand had imposed the interpretive declaration pertaining to the CAT for Articles 1, 4 and 5 and made the reservations on Article 30. Specifically, the interpretive declaration on the definition

of “Torture”, prescribing that the definition shall be in accordance with the current domestic Criminal Code. Considering the Thai Criminal Code governing criminal conduct in Thailand, it is found that the code does not specifically define “Torture” but had regulated the word “Torture” in section 289 (5), section 313 second paragraph, section 340 paragraph 4 and section 340 bis paragraph 5, which again, does not specifically provide a definition.

In present day, although Thai Criminal laws are capable of sanctioning torture through application of provisions by legal analogy such provisions pertaining to offence against life and body, offence against liberty, offence relating to sexuality and offence against officials, these provisions still not sufficiently prove to ensure compliance with the CAT's stipulations which requires parties to the convention to legislate for the offence of torture to be punishable as a serious offence of the state. The use of the definition of "to commit an act of violence" in comparison with torture does not equate or bear the same meaning as the definition of "Torture" as contained within the CAT. There are various differences between such meanings including the intensity of physical or mental pain and suffering, the specific intent, the status of persons in which the law is meant to govern. In particular, with regard to mental harm, Thai courts have set the standard that the "mental" refers to neurology or that the harm must endanger to the brain only and does not include infliction on the emotion or feeling, which does not appear to coincide with the scope of the definition contained in Article 1 of the CAT which has a broader scope of interpretation on the mental.

As if Thailand applies the definition of torture as contained in Article 1 of the CAT to domestic offences directly, it shall do so with caution as the definition contained in the CAT is necessary to be set out in a wide scope to ensure applicability to various forms of torture. Therefore, such definition may lack specificity and provide uncertainty which would contradict the fundamental principles of criminal law, especially with regards to the principle of specificity which

imposed that the criminal law must be clearly defined to enable those which are governed by such laws to be able to determine conduct which will be considered as a criminal offence or otherwise and to be able to ascertain the penalty or implications involved in committing such offences. If the definition of torture which Thailand will adopt lacks in clarity, this would directly impact on effectiveness of the operation of public officials, police officers, prosecutors and the court. And also creates difficulties or obstruction to carry out their duties and general disorder in that there would be no set or clear boundaries to work within. These issues do not positively contribute towards the prevention of torture and other cruel, inhumane or degrading treatment or punishments in any way. The negative effect of lacking a precise definition will lead to difficulty in determining as to what act will be considered as torture under the CAT.

For this reason, it is pertinent that a study be conducted into the definition of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment contained in the CAT related to the criminal law and the difference between the aforementioned acts by which the state parties have the obligation to impose the act of torture to be punishable under their domestic law on one hand, the state parties have the obligation to only prevent the latter acts. To facilitate effectively carrying out its obligation as a party to the convention, Thailand must set a clear definition within the structure provided by the CAT to outline an operational framework and circumscribe the scope of enforcement for the state and sanctions under criminal justice, in order to successfully guarantee the rights of its citizens from acts which contravenes human rights and degrades human dignity.

The author is of the opinion that Thailand should comply with the obligation under the CAT by defining torture specifically and imposing torture as a separated crime by giving the list of acts as an example that shall be considered as an act of torture in order to be in accordance with the principle of specificity which is the model adopted by Philippines to impose the Anti-torture act of 2009.

Keywords: The definition against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีก็เพราะความช่วยเหลือ สนับสนุน และด้วยคำแนะนำจากบุคคลหลายท่าน ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสนี้ในการแสดงความขอบคุณด้วยความจริงใจต่อบุคคลต่าง ๆ ที่มีส่วนสำคัญในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

อันดับแรกผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาที่คอยให้กำลังใจ เอาใจใส่ ทั้งยังสนับสนุนและส่งเสริมให้ผู้เขียนศึกษาเล่าเรียนในระดับสูงมาโดยตลอด

ขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา อธิบายสาระสำคัญของวิทยานิพนธ์ ช่วยวางโครงวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำชี้แนะแนวทางอันเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนและวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นอย่างมาก

ขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ ที่กรุณารับเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้ข้อมูล คำแนะนำต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ ซึ่งผู้เขียนก็ได้ใช้งานวิจัยของท่านเป็นตำราหลักในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้

ขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร. อุทัย อาทิวา ที่กรุณารับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ โดยได้ให้คำแนะนำ แนวคิดในการเขียนงานวิชาการ และให้ข้อเสนอแนะเพื่อให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีความถูกต้องสมบูรณ์ตามหลักวิชา

ขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี ที่กรุณารับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านเป็นผู้บรรยายในวิชาบัณฑิตศึกษาและเป็นผู้ที่ทำให้ผู้เขียนสนใจศึกษาหัวข้อวิทยานิพนธ์นี้ ทั้งยังได้ให้วิทยานิพนธ์ตำรากฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนชี้แนะ และอธิบายประเด็นสำคัญต่าง ๆ ที่ผู้เขียนหลงลืม

ขอขอบคุณครอบครัวสิทธิพงศ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนางสาวเอื้ออาภา สิทธิพงศ์ ที่ได้ดูแลเอาใจใส่ และให้กำลังใจจนสามารถทำวิทยานิพนธ์นี้ได้เป็นผลสำเร็จ ทั้งยังช่วยตรวจสอบเค้าโครงและรูปแบบการอ้างอิงตลอดทั้งเล่มอีกด้วย และขอขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ บริษัทสยามลิเกิ้ล ที่ช่วยกระตุ้นและให้กำลังใจเสมอมา และขอขอบคุณเพื่อนร่วมรุ่นสาขากฎหมายอาญาทุกคนที่ได้ร่วมฝ่าฟันอุปสรรคจนเป็นผลสำเร็จด้วยกัน

สุดท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีคุณประโยชน์ในทางการศึกษาอยู่บ้าง ขอยกความดีและประโยชน์ทั้งหมดให้แก่บุคคลข้างต้น แต่หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และต้องขออภัยไว้ ณ โอกาสนี้ด้วย

นายคนธรร เลิศนภาวงศ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(10)
บทที่ 1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมติฐาน	5
1.4 วิธีการศึกษา	5
1.5 ขอบเขตการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2. ความเป็นมาของการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี กฎเกณฑ์และสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และองค์กรและหน่วยงานระหว่างประเทศ และกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี	7
2.1 ความเป็นมาของการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี	7
2.2 กฎเกณฑ์และสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี	10
2.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948)	10

2.2.2	กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)	11
2.2.3	อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)	13
2.2.4	อนุสัญญาของประเทศในทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษ การทรมาน ค.ศ.1985 (Inter- American Convention to Prevent and Punish Torture)	15
2.2.5	ปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลซึ่งปวงจากการตกอยู่ภายใต้การ ทรมานการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยี ศักดิ์ศรี ค.ศ. 1975 (The Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment 1975)	19
2.2.6	อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่ โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984:CAT)	23
2.3	องค์กรและหน่วยงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี	29
2.3.1	คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์กรสหประชาชาติ (United Nations Commission on Human Rights)	29
2.3.2	คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (Committee against Torture)	31
2.3.3	องค์การนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International)	32
2.3.4	ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights)	33
2.3.5	ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court)	35
2.4	กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับ การทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี	37
2.4.1	กฎหมายรัฐธรรมนูญ	38
2.4.2	ประมวลกฎหมายอาญา	40

2.4.2.1 บทบัญญัติที่ระบุคำว่าทรมานไว้โดยเฉพาะ	41
ก. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (5)	41
ข. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313 วรรคสอง	42
ค. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340 วรรคสี่ และมาตรา 340 ทวิ วรรคห้า	43
2.4.2.2 ฐานความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน	45
ก. กลุ่มความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย	45
ข. กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ	46
ค. กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศ	47
ง. กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงาน	49
2.5. ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการบังคับบุคคลให้สูญหาย พ.ศ.	51
2.5.1 หลักการและเหตุผล	51
2.5.2 สาระสำคัญ	52
2.5.3 ความหมายการทรมาน	53
2.5.4 ความหมายการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี	53
บทที่ 3. การทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีตามกฎหมายต่างประเทศ	55
3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	57
3.1.1 การเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ การให้สัตยาบัน (Ratification) การทำข้อสงวน (Reservations) ความเข้าใจ (Understandings) และประกาศ (Declaration)	57
3.1.1.1 ข้อสงวนที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของสหรัฐอเมริกา	57
3.1.1.2 ความเข้าใจที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของสหรัฐอเมริกา	58
3.1.1.3 ประกาศที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของสหรัฐอเมริกา	60
3.1.2 สภาพปัญหาการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย	63

	ไ้รมนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี	
3.1.3	กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประติบัติหรือการ ลงโทษอื่นที่โหดร้ายไ้รมนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี	66
3.1.3.1	มาตรา 2340 และมาตรา 2340 เอ หมวด 18 แห่ง ประมวล กฎหมายของสหรัฐอเมริกา (18 U.S. Code § 2340 and § 2340A)	66
3.1.3.2	พระราชบัญญัติว่าด้วยการเรียกร้องทางละเมิดของคนต่างด้าว (Alien Tort Claim Act)	70
3.1.3.3	พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเหยื่อจากการทรมาน ค.ศ. 1991 (Torture Victim Protection Act of 1991)	71
3.1.3.4	พระราชบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาเหยื่อจากการทรมาน ค.ศ. 1998 (Torture Victim Relief Act of 1998)	74
3.2	ประเทศฟิลิปปินส์	75
3.2.1	การเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ การให้สัตยาบัน (Ratification) การทำข้อสงวน (Reservations) ความเข้าใจ (Understandings) และประกาศ (Declaration)	75
3.2.2	สภาพปัญหาการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไ้รมนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี	75
3.2.3	กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประติบัติหรือการ ลงโทษอื่นที่โหดร้ายไ้รมนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี	77
3.2.3.1	รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1987 (Constitution of the Republic of the Philippines of 1987)	77
3.2.3.2	พระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 (Anti-Torture Act of 2009)	78
3.2.3.3	พระราชบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงของมนุษย์ ค.ศ. 2007 (Human Security Act of 2007)	89
3.3	ประเทศฝรั่งเศส (France)	90
3.3.1	การเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ การให้สัตยาบัน (Ratification) การทำข้อสงวน (Reservation) ความเข้าใจ (Understanding) และประกาศ (Declaration)	90

	(15)
3.3.1.1 ข้อสงวนที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของฝรั่งเศส	91
3.3.1.2 ความเข้าใจที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของฝรั่งเศส	91
3.3.1.3 ประกาศที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของฝรั่งเศส	91
3.1.2 สภาพปัญหาการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี	92
3.3.3 กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี	95
3.3.3.1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศส	95
3.3.3.2 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส	96
บทที่ 4. ความหมายการ “ทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี”	104
4.1 ความหมายการทรมาน	105
4.1.1 การกระทำ (An Act)	107
4.1.2 ก่อให้เกิดความเจ็บปวด (pain) หรือความทุกข์ทรมาน (suffering) อย่างร้ายแรง (severe) ไม่ว่าจะทางร่างกาย (physical) หรือจิตใจ (mental)	108
4.1.3 ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น (Intentional)	122
4.1.4 เจตนาพิเศษ (Specific Intent) หรือมูลเหตุจูงใจ (Motive)	123
4.1.5 ต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ (The Involvement of Public Official other person acting in an official capacity)	125
4.1.6 เหตุยกเว้นความผิด	131
4.1.7 ความหมายการทรมาน กับ หลักความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญา	134
4.2 ความหมายการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี	140
4.2.1 การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม	141
4.2.2 การประติบัติหรือการลงโทษอื่นย่ำยีศักดิ์ศรี	145
4.3 ความแตกต่างระหว่าง “การทรมาน” และ “การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี”	147

	(16)
4.3.1 องค์ประกอบภายใน	148
4.3.2 ระดับความรุนแรงในการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทาง กายหรือจิตใจ	148
4.3.3 มูลเหตุจูงใจ	149
4.3.4 การอ้างหลักความได้สัดส่วน	150
4.4 แนวทางการกำหนดความหมาย และความผิดฐานทรมานของประเทศไทย	151
บทที่ 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	156
5.1 บทสรุป	156
5.2 ข้อเสนอแนะ	165
บรรณานุกรม	171
ประวัติผู้เขียน	180

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในอดีตนั้นการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยองค์กรหรือเจ้าพนักงานของรัฐต่อผู้ถูกกล่าวหา นั้น มักจะใช้วิธีการพิสูจน์ความผิดด้วยการทรมาน การประตักที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม และย่ำยีศักดิ์ศรีเพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหายอมรับสารภาพว่าได้กระทำความผิดหรือรับสารภาพว่าได้กระทำการดังกล่าวนั้นจริง หรือเพื่อให้บุคคลดังกล่าวนั้นให้การชดเชยถึงบุคคลอื่นโดยมิได้คำนึงถึงสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกกล่าวหา โดยมุ่งหมายเพียงเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษแต่เพียงประการเดียว ภายหลังจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ประชาคมโลกต่างตระหนักถึงความโหดร้าย ทารุณ ไร้มนุษยธรรมของการกระทำที่ป่าเถื่อนรุนแรง และการกระทำอันเป็นการย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยได้ตระหนักและรับรองคุ้มครองแนวความคิดเรื่องสิทธิ เสรีภาพขั้นพื้นฐาน และสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิทธิอันติดตัวมากับความ เป็นมนุษย์และไม่สามารถแบ่งแยกหรือพรากไปจากมนุษย์ได้ โดยได้มีการออกกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวาง อาทิเช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights ค.ศ. 1948) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR ค.ศ. 1966) เป็นต้น

อย่างไรก็ตามปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ยังคงปรากฏอยู่แทบทุกมุมโลก โดยเฉพาะปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการใช้วิธีทรมานและการประตักอันเลวร้าย (ill-treatment) ขององค์กรหรือเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงแห่งรัฐ เพื่อคาดคั้นให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยให้การรับสารภาพ หรือเพียงเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศ ก่อให้เกิดการเสกตวิวิธีการแสวงหาข้อมูลหรือพยานหลักฐานด้วยวิธีการที่ไม่ถูกต้องตามครรลองครองธรรม อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิในชีวิตและร่างกาย และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องหาหรือจำเลยอย่างร้ายแรง และเมื่อการกระทำทรมานและการประตักอันเลวร้ายนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐ หรือมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับเจ้าพนักงานรัฐ ทำให้เหยื่อซึ่งถูกกระทำทรมานไม่กล้าเข้าแจ้งความดำเนินคดีด้วยความหวาดกลัวต่ออำนาจและการแก้แค้น ทำให้ระบบการอำนวยความยุติธรรมตามกฎหมายปกติไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ จน

ประชาชนอาจไม่เชื่อมั่นในระบบการอำนวยความยุติธรรมทางอาญา หากพิจารณาถึงน้ำหนักความน่าเชื่อถือจากข้อมูลหรือพยานหลักฐานที่ได้มาจากการทรมาน ก็เป็นที่น่าสงสัยและเคลือบแคลงอย่างมาก เนื่องจากผู้ถูกทรมานหรือได้รับการประตบตีอันเลวร้ายนั้นมักจะทำหรือพูดตามสิ่งที่ผู้ทรมานต้องการเพียงเพราะต้องการระงับความเจ็บปวดที่เกิดจากการกระทำดังกล่าว จากการตระหนักถึงประเด็นสำคัญดังกล่าวและเพื่อเป็นการป้องกันและแก้ไขปัญหายั่งยืน องค์การสหประชาชาติจึงได้ประกาศอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 - CAT) (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า “อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ”) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2527 และอนุสัญญามีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ.2530 มีภาคีสมาชิกของอนุสัญญาทั้งสิ้น 158 ประเทศ ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ได้มีการให้ความหมายหรือคำนิยามของ “การทรมาน” ไว้อย่างเป็นทางการในรูปแบบที่ชัดเจนที่สุด วัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ฉบับนี้ถือเป็นมาตรฐานและบรรทัดฐานสากล ในการกำหนดให้ “การทรมาน” เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นผลให้การกระทำอันเป็นการทรมานในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะภายใต้สถานการณ์ใด แม้กระทั่งในภาวะสงครามไม่สามารถทำได้ โดยประเทศภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ มีพันธกรณีที่จะต้องกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของตน โดยสอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ดังกล่าว และภาคีสมาชิกยังมีหน้าที่ป้องกันมิให้มีการประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจของรัฐภาคีอีกด้วย

ประเทศไทยได้ให้การภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2550 ทำให้อนุสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2550 ซึ่งการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ส่งผลให้ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีมีพันธะผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามพันธกรณี 4 ประการ ได้แก่ 1) การประกันให้เกิดสิทธิต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ 2) การปฏิบัติให้เกิดสิทธิตามที่รับรองไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ด้วยความก้าวหน้า 3) การเผยแพร่หลักการของสิทธิที่ระบุไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ อย่างกว้างขวาง และ 4) การจัดทำรายงานสถานการณ์และปัญหาอุปสรรคภายในประเทศตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ซึ่งในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ประเทศไทยก็ได้ทำคำแถลงตีความในการเข้าเป็นภาคีในข้อบทที่ 1, 4 และ 5 และได้ทำข้อสงวนในข้อบทที่ 30 โดยเฉพาะข้อแถลงตีความคำนิยามคำว่า “ทรมาน” อันกำหนดให้การตีความคำดังกล่าวเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในปัจจุบัน เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาอันเป็นกฎหมายทั่วไปซึ่งกำหนดความรับผิดชอบ

อาญาของประเทศไทยจะทราบได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดความหมายหรือคำนิยามของคำว่า “ทรมาณ” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีการบัญญัติคำว่าทรมาณไว้ในมาตรา 289 (5) มาตรา 313 วรรคสอง มาตรา 340 วรรคสี่ และมาตรา 340 ทวิ วรรคห้า โดยไม่ได้มีการให้คำนิยามไว้เป็นการเฉพาะ

ในปัจจุบันแม้ว่ากฎหมายอาญาของประเทศไทยจะสามารถใช้ลงโทษการทรมาณได้โดยการปรับบทเทียบเคียงกับความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาบางมาตรา บางฐานความผิด เช่น การเทียบเคียงกับกลุ่มความผิดเกี่ยวกับร่างกาย กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศ และกลุ่มความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงาน แต่ระวางโทษฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาบางมาตรานั้นก็ยังไม่เหมาะสมกับข้อเรียกร้องของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาณฯ ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีประกันว่าจะกำหนดให้การทรมาณมีระวางโทษเฉกเช่นความผิดร้ายแรงของรัฐ และการใช้ความหมายของคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” มาเปรียบเทียบกับความหมาย “การทรมาณ” ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาณฯ นั้นก็ยังมีข้อแตกต่างกันหลายประการ ทั้งในเรื่องระดับความรุนแรงของความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาณทางร่างกายหรือจิตใจ เจตนาพิเศษในการกระทำความผิด สถานะของบุคคลซึ่งกฎหมายมุ่งใช้บังคับ โดยเฉพาะเรื่องความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาณทางจิตใจนั้น ศาลไทยได้วางบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่า คำว่า “จิตใจ” นั้นหมายความถึงจิตประสาท หรือเป็นอันตรายแก่สมองเท่านั้นมิได้รวมถึงอารมณ์ความรู้สึก ซึ่งอาจทำให้ไม่สอดคล้องและไม่ครอบคลุมความหมายการทรมาณตามที่กำหนดไว้ใน ข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาณฯ ซึ่งตีความหมายคำว่าจิตใจไว้กว้างกว่า

แต่ทั้งนี้หากประเทศไทยเลือกที่จะนำคำนิยามการทรมาณตามข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาณฯ มาใช้ในการบัญญัติความผิดตามกฎหมายภายในโดยตรงนั้นก็อาจจะต้องทำอย่างระมัดระวัง เนื่องจากตัวคำนิยามการทรมาณตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาณฯ นั้นมีความจำเป็นที่จะต้องร่างไว้อย่างกว้างขวางเพื่อให้ใช้บังคับกับการกระทำต่าง ๆ ในหลายรูปแบบซึ่งอาจเป็นการทรมาณ ดังนั้นในตัวคำนิยามหรือความหมายนั้นเองอาจจะขาดความชัดเจนแน่นอน ทำให้กระทบกับหลักประกันในกฎหมายอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความชัดเจนแน่นอนที่เรียกร้องให้กฎหมายอาญานั้นจะต้องบัญญัติอย่างชัดเจน เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ใต้บังคับของกฎหมายมีโอกาสได้ทราบล่วงหน้าว่าการกระทำใดหรือการไม่กระทำการใดของตนจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ และจะมีผลเช่นไร อีกทั้งหากคำนิยามหรือความหมายการทรมาณที่ประเทศไทยจะบัญญัติขึ้นขาดความชัดเจนย่อมส่งผลโดยตรงให้เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการ และศาล ทำงานได้อย่างยากลำบาก เกิดความกระอักกระอ่วน ไม่มีกรอบหรือขอบเขตในการปฏิบัติงาน

หรืออาจถึงขนาดที่ไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ปัญหาเหล่านี้ มิได้ส่งผลดีต่อความพยายามในการต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายทารุณหรือที่ย่ำยศักดิ์ศรีในสังคมไทยแต่อย่างใด และยิ่งส่งผลเสียต่อการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม จากการไม่มีค่านิยมดังกล่าวที่แน่ชัด ทำให้เกิดปัญหาว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดจะเป็นการกระทำทรมานตามความหมายของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ หรือไม่

ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่จะศึกษาความหมายการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยศักดิ์ศรีจากอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ในกฎหมายอาญา และศึกษาความแตกต่างระหว่างการกระทำดังกล่าวข้างต้น ซึ่งมีพันธกรณีแตกต่างกันในการกำหนดให้รัฐภาคีบัญญัติให้เป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษได้ตามกฎหมาย กับพันธกรณีที่ต้องการให้รัฐภาคีมีหน้าที่เพียงแค่อป้องกันมิให้การกระทำเกิดขึ้นเท่านั้น เพื่อให้ประเทศไทยจะได้กำหนดความหมาย “การทรมาน” และกำหนดฐานความผิดให้สอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และสอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน ทั้งนี้เพื่อเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีโดยสอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และเป็นกรอบการปฏิบัติงานและการใช้บังคับกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และเพื่อเป็นการประกันสิทธิของประชาชนจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและบทบัญญัติของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี
2. เพื่อศึกษาความหมายและองค์ประกอบความผิดของ “การทรมาน” และ “การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี” และความแตกต่างระหว่างการกระทำดังกล่าว
3. เพื่อศึกษาแนวทางการตีความกฎหมายในการให้ความหมาย การทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี ของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (Committee against Torture) ศาลระหว่างประเทศและศาลต่างประเทศ
4. เพื่อเปรียบเทียบความผิดตามกฎหมายอาญาของประเทศไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ว่ามีความสอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ หรือไม่

5. เพื่อนำเสนอแนวทางการแก้ไขหรือการร่างกฎหมาย ในการกำหนดความหมาย คำว่า “ทรมาน” และกำหนดฐานความผิดของไทยให้สอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และวางกรอบการตีความ

1.3 สมมติฐาน

เนื่องจากประเทศไทยได้ให้การภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 - CAT) จึงมีหน้าที่ต้องดำเนินมาตรการต่างๆ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหารและทางตุลาการ หรือมาตรการอื่นๆ ที่มีประสิทธิผลในการป้องกันมิให้เกิดการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี การศึกษาความหมายของการทรมาน และการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี เพื่อให้เห็นความแตกต่างของลักษณะการกระทำทั้งสองจะนำไปสู่การกำหนดความหมายและฐานความผิดให้สอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

1.4 วิธีการศึกษา

ในการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะศึกษาโดยการวิจัยเอกสาร จากตำรากฎหมาย บทความในวารสาร แนวคำพิพากษาของศาลทั้งในประเทศ ศาลต่างประเทศและศาลระหว่างประเทศ ตลอดจนบทความในเอกสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อนำมารวบรวมและวิเคราะห์ให้เป็นระบบ เพื่อทำการศึกษาหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

1.5 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งเน้นที่การศึกษาอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย รวมทั้งแนวทางการตีความของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน ศาลภายในประเทศ ศาลต่างประเทศศาลระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้รับองค์ความรู้และแนวคิดเกี่ยวกับบทบัญญัติของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี
2. ได้ทราบถึงความหมายและองค์ประกอบความผิดของ “การทรมาน” และ “การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี” และความแตกต่างระหว่างการกระทำดังกล่าว
3. ได้ทราบถึงแนวทางการตีความกฎหมายในการให้ความหมาย การทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (Committee against Torture) ศาลระหว่างประเทศและศาลต่างประเทศ
4. ได้ทราบถึงความผิดตามกฎหมายอาญาของประเทศไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ว่ามีความสอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เพียงใด
5. เพื่อผลักดันแนวทางการแก้ไขหรือการร่างกฎหมาย ในการกำหนดความหมาย คำว่า “ทรมาน” ของไทยให้สอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และวางกรอบการตีความ

บทที่ 2

ความเป็นมาแห่งการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี กฎเกณฑ์ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ภาพแห่งความเสียหายแห่งมวลมนุษยชาติ จากการกระทำอันโหดร้าย รุนแรง และป่าเถื่อนซึ่งมนุษย์ได้กระทำลงต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีกับคนชาติศัตรูและเฉลยศึกทางสงคราม ทำให้นานาชาติเกิดความพยายามในการร่วมมือเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จนกระทั่งประสบผลสำเร็จในการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศเพื่อกำหนดกติกาและรับรองถึงสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ หลายฉบับ โดยได้กำหนดหลักการห้ามการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีโดยเด็ดขาดตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยไม่สามารถกล่าวอ้างพฤติการณ์พิเศษใด ๆ ว่าจะจะเป็นภาวะสงคราม หรือสภาพคุกคามที่จะเกิดสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ หรือสภาวะฉุกเฉินอื่นใดที่จะยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างหรือเป็นเหตุผลให้มีการกระทำทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีได้

2.1 ความเป็นมาของการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

โดยทั่วไปการทรมานหมายถึงมาตรการบังคับโดยการก่อให้เกิดความเจ็บปวดทุกข์ทรมานเพื่อให้บุคคลกระทำการหรือให้ข้อมูลบางสิ่งซึ่งขัดหรือฝ่าฝืนต่อเจตจำนงของตนเอง หรือเป็นเครื่องมือที่ใช้ลงโทษสำหรับบุคคลที่กระทำความผิด และยังเป็นวิธีการที่ใช้ในการล้างความจริงเพื่อให้ผู้ต้องหายอมรับสารภาพว่าเป็นผู้กระทำความผิด การทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีเป็นปรากฏการณ์ซึ่งเกิดในทุกยุคทุกสมัย¹ และเนื่องจากการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีมีอยู่คู่กับ

¹ Chris Ingelse, *The UN Committee against Torture: An Assessment*, (Kluwer Law International, 2001), p.23.

มนุษยชาติ ประวัติศาสตร์ของการทรมานฯ จึงมีความยาวนานเท่ากับประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ² ในสมัยยุคกรีกโบราณการทรมานฯ จะใช้กับคนต่างชาติและพวกทาสเพื่อเป็นวิธีการในการพิสูจน์ความจริงในการให้การต่อศาล คำให้การของทาสซึ่งเกิดขึ้นจากการทรมานฯ เป็นสิ่งที่มีคุณค่าในกระบวนการพิจารณาของศาลกรีก โดยเชื่อว่าพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นแบบความจริงสูงสุด (The highest form of truth)³

ในสมัยโรมันจะใช้การทรมานฯ ในบริบทของกระบวนการยุติธรรม โดยในเริ่มแรกจะใช้การทรมานกับทาส ซึ่งทาสจะถูกทรมานต่อเมื่อถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเฉพาะในคดีอาญาเท่านั้น⁴ โดยมีความเชื่อว่าคำให้การที่ได้เปิดเผยความจริงอย่างสมัครใจไม่สามารถเชื่อถือได้ คำให้การของทาสจะได้รับการยอมรับก็ต่อเมื่อเป็นคำให้การที่ได้มาจากการทรมาน⁵ ต่อมาโรมันได้มีการใช้การทรมานฯ กับประชากรกลุ่มอื่นซึ่งต้องหาว่าทำการก่อกบฏ (Treason) โดยข้อกล่าวหาดังกล่าวถูกตีความอย่างกว้างขวาง และเป็นผลให้มีการใช้การทรมานฯ ต่อผู้มีความเห็นต่างทางการเมืองและทางศาสนา เช่น พวกคริสเตียน⁶

ในยุโรปสมัยกลาง (Medieval Europe) เริ่มมีการใช้การพิจารณาคดีโดยใช้วิธีทรมานฯ ที่เรียกกันว่า “Trial by Ordeal” ซึ่งเป็นวิธีการใช้พิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องทนต่อความเจ็บปวดหรืออันตรายอย่างร้ายแรง เช่น การนำเหล็กร้อนมาแนบกับมือ หรือการจุ่มก้นน้ำ โดยมีความเชื่อว่าพระเจ้าจะไม่ทรงปล่อยให้ผู้บริสุทธิ์ต้องรับผิดในอาชญากรรมซึ่งตนไม่ได้กระทำ พระเจ้าจะคอยช่วยเหลือขัดขวางไม่ให้ผู้บริสุทธิ์ได้รับอันตราย เช่น ทำให้มือซึ่งแนบกับเหล็กร้อนไม่ไหม้⁷ ต่อมายุโรปในสมัยศตวรรษที่ 12 การพิจารณาคดีโดยใช้วิธีทรมาน (Trial by Ordeal) ได้ลดบทบาทสำคัญไปและได้ถูกแทนที่ด้วยวิธีการไต่สวน (Inquisitorial Process) การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นผลจากความเชื่อว่าการเข้าถึงความจริงไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับพระเจ้า แต่

² J. Jeremy Wisnewski, Understanding Torture, (Edinburgh University Press, 2010), p.16.

³ *Ibid*, pp.16-17

⁴ *Ibid*, p.18.

⁵ Henry Charles Lea, Torture, (University of Pennsylvania Press, 1973), p.14 cited in Chris Ingelse, *supra note 1*, p.24.

⁶ *Ibid*.

⁷ Jeremy Wisnewski, *supra note 2*, p.20.

ขึ้นอยู่กับความสามารถในการให้เหตุผลโดยการพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดี⁸ จึงเกิดการพัฒนากฎเกณฑ์เกี่ยวกับพยานหลักฐานและการพิสูจน์ ในคดีความผิดซึ่งมีโทษถึงขั้นประหารชีวิตหรือทำให้พิการ พยานแวดล้อม (Circumstantial evidence) ไม่เพียงพอในการพิสูจน์ความผิด จำเป็นจะต้องมีการพิสูจน์โดยประจักษ์พยานสองคน (Two eyewitnesses) หรือมีคำรับสารภาพของผู้ถูกกล่าวหา จากความยากลำบากในการหาประจักษ์พยานสองคนดังกล่าว นั้น จึงทำให้มีการใช้การทรมานฯ ในกระบวนการตามกฎหมาย ผู้ให้การสนับสนุนให้มีการทรมานฯ ให้เหตุผลว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิสูจน์ความจริงในคดีอาญาซึ่งมีโทษหนัก และการทรมานฯ เป็นเครื่องมือที่เป็นไปได้เพียงอย่างเดียวในการหาความจริง อย่างไรก็ตาม ความคิดเห็นดังกล่าวได้ถูกคัดค้านด้วยเหตุที่ว่า การทรมานฯ ไม่สามารถยอมได้รับบนพื้นฐานทางศีลธรรม และการทรมานฯ เป็นการพิสูจน์ความอดทนต่อความเจ็บปวดของเหยื่อไม่ใช่การพิสูจน์ความจริง⁹

กลางศตวรรษที่ 18 มนุษย์เป็นศูนย์กลางของสิ่งต่างๆ และเริ่มส่งเสริมและสนับสนุนการใช้หลักเหตุผลและศีลธรรมมากกว่าการใช้หลักจารีต ความเชื่อ การเปิดเผยจากพระเจ้าและความเชื่อในไสยศาสตร์ ในยุคนี้นี้คำรับสารภาพซึ่งเกิดจากการทรมานฯ ได้ถูกลดความสำคัญลงและแทนที่ด้วยการพัฒนาระบบกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีการปรับปรุงกฎหมายในเรื่องพยานหลักฐาน ทั้งยังมีแนวโน้มในการกำหนดโทษจำคุกหรือโทษอย่างอื่นแทนที่โทษประหารชีวิต หรือโทษที่กระทำเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกล่าวหา และในที่สุดในปี ค.ศ. 1830 ได้มีการยกเลิกการทรมานฯ ในการบังคับตามกฎหมายในประเทศสมาชิกยุโรปทั้งหมด¹⁰

อย่างไรก็ตามจากการเปิดเผยรายงานการทรมานฉบับแรกขององค์การนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International) ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนที่มีจุดประสงค์ในการค้นคว้าและดำเนินการป้องกันและยุติการละเมิดสิทธิมนุษยชน และเพื่อแสวงหาความยุติธรรมและเยียวยาแก่ผู้ถูกละเมิดสิทธินั้นพบว่า มีการกระทำทรมานและการประตักประตือหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีในประเทศต่าง ๆ อย่างแพร่หลายมากกว่าทศสิบประเทศ¹¹ และในระหว่างช่วงเดือน

⁸ Nigel S. Rodley and Matt Pollard, The Treatment of Prisoners under International Law, 3rd edition, (Oxford University press, 2009), p.9.

⁹ *Ibid*, p. 10.

¹⁰ Chris Ingelse, *supra note 1*, p.29.

¹¹ Amnesty International, Annual Report 1973-1974, Retrieved on September 19, 2015, from, <https://www.google.co.th/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&>

มกราคม พ.ศ. 2552 ถึงเดือนพฤษภาคม 2556 องค์การนิรโทษกรรมสากลได้รับรายงานว่ามี การกระทำทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีที่เกิดขึ้น โดยการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐมากกว่า 141 ประเทศ¹²

2.2 กฎเกณฑ์และสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี

มีสนธิสัญญาและตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับที่มุ่งคุ้มครองหลักการห้ามทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ทั้งนี้เพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และจัดการทรมานฯ ในทุกรูปแบบ

2.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration on Human Rights 1948: UDHR)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (United Nations General Assembly) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการกำหนดหลักการทั่วไปและมาตรฐานด้านสิทธิมนุษยชน และเพื่อรับรองและยืนยันถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนว่าเป็นสิ่งที่ติดตัวอยู่กับความเป็นมนุษย์ (Inherent) เป็นสิทธิสากลที่ไม่อาจเพิกถอน ถูกล่าอาชญากรรมหรือพรากไปจากมนุษย์ได้ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการประกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยประชาคมโลกได้สร้างระบบความสัมพันธ์ในการปฏิบัติต่อกันของบรรดารัฐต่างๆ ผ่านปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่า รัฐทุกรัฐจะปฏิบัติต่อพลเมืองของตนและพลเมืองโลกอย่างไร ถึงแม้ว่าตัวปฏิญญาสากลนี้จะมีได้มีผลบังคับทางกฎหมายเหมือนเช่นสนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0CCUQFjACahUKEwjF2P6K0ILIAhXXc44KHfWjAIQ&url=https%3A%2F%2Fwww.amnesty.org%2Fdownload%2FDocuments%2F204000%2Fpol100011974eng.pdf&usg=AFQjCNEirbth2woM2ovbdcJD0knb98LhfA&bv m=bv.103073922,d.c2E.

¹² Amnesty International, Torture in 2014 30 years of broken promises, Retrieved on September 19, 2015, from <http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/act400042014en.pdf>.

แต่ก็มีพลังสำคัญทางศีลธรรม จริยธรรม และมีอิทธิพลทางการเมืองทั่วโลก รวมถึงมีผลผูกพันรัฐในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รัฐต้องตระหนักถึงหรืออาจโดนเรียกร้องให้ต้องปฏิบัติตาม¹³ ซึ่งในข้อบทที่ 5 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้วางหลักการคุ้มครองสิทธิจากการถูกทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมและที่ย่ำยีศักดิ์ศรีว่า “บุคคลจะถูกทรมาน หรือได้รับการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีมิได้” แต่ทั้งนี้ในปฏิญญาสากลก็ไม่ปรากฏการให้ความหมายและความแตกต่างระหว่างการกระทำต้องห้ามดังกล่าว

อย่างไรก็ตามอาจกล่าวได้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนถือเป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่ช่วยในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลก และปัจจุบันประชาคมโลกต่างยอมรับให้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติอยู่ในฐานะแม่บทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนทั้งหมด นอกจากนี้ กฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันก็ล้วนมีพื้นฐานและได้รับการพัฒนามาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติฉบับนี้ทั้งสิ้น และกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเหล่านั้นก็ได้เป็นพื้นฐานสำหรับการพัฒนากฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ เกือบทั่วโลก เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชากรในประเทศของตน

2.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966: ICCPR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเกิดขึ้นจากความต้องการรับรองสิทธิมนุษยชนที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายให้อยู่ในรูปแบบของสนธิสัญญาอันส่งผลให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องผูกพันและปฏิบัติตามสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

¹³ Ilias bantekas and Lutz Oette, International human Rights: Law and Practice, Cambridge, (Cambridge University Press, 2013), p.20 อ้างใน ทศพล ทรรศนกุลพันธ์, “เอกสารประกอบการสอนกระบวนวิชากฎหมายสิทธิมนุษยชน (177465)”, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2557, น. 79.

เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ.1966 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976¹⁴ ซึ่งกติการะหว่างประเทศนี้ถือเป็นสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับแรกที่มีบทบัญญัติห้ามการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยได้กำหนดข้อห้ามดังกล่าวไว้ในข้อบทที่ 7 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะถูกรทรมาน หรือได้รับการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีมิได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บุคคลจะถูกใช้ในการทดลองทางการแพทย์หรือทางวิทยาศาสตร์โดยปราศจากความยินยอมอย่างเสรีของบุคคลนั้นมิได้”¹⁵

แม้ว่าในข้อบทที่ 4 ในกติกาดังกล่าวจะยอมให้รัฐภาคีใช้มาตรการที่เป็นการหลีกเลี่ยงพันธกรณีของตนภายใต้กติกานี้ได้ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามการอยู่รอดของชาติ อย่างไรก็ตามการเลี่ยงหลีกเลี่ยงพันธกรณีตามข้อบทที่ 7 คือ การห้ามทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ไม่สามารถยกเว้นได้ในทุกกรณี¹⁶ อันเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของข้อห้ามดังกล่าวว่าเป็นหลักการซึ่งไม่สามารถผ่อนปรนได้ (Non-derogable) โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้ให้ความเห็นว่าข้อบทที่ 7 จะไม่สามารถยกเว้น

¹⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, Retrieved on May 8, 2016, from <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf>.

¹⁵ Article 7 of The International Covenant on Civil and Political Rights

“No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.”

¹⁶ Article 4 of The International Covenant on Civil and Political Rights

1. In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.

2. No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.

ได้ในกรณีใด ๆ ก็ตาม การทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาหรือจากทางการก็ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างให้มีการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีได้¹⁷ รวมทั้งข้ออ้างว่าเพื่อเป็นการต่อสู้กับการก่อการร้ายต่อมวลมนุษยชาติก็ไม่สามารถยกขึ้นเป็นเหตุผลให้มีการกระทำอันต้องห้ามได้

อย่างไรก็ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมิได้ให้ความหมายหรืออธิบายความแตกต่างระหว่างการกระทำที่ต้องห้าม และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยังได้ให้ความเห็นอย่างชัดเจนว่าไม่มีความจำเป็นแต่ประการใดในการแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำและการประติบัติแต่ละอย่าง โดยความแตกต่างอาจขึ้นอยู่กับสภาพ (Nature) วัตถุประสงค์ (Purpose) และความรุนแรงของการกระทำ (Severity of treatment)¹⁸

2.2.3 อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้รับการรับรองจากคณะมนตรีแห่งยุโรป (Council of Europe) เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 และมีผลใช้บังคับวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1953 อนุสัญญานี้เป็นข้อตกลงที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้จัดทำขึ้นเพื่อใช้บังคับในระหว่างประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรป โดยรับแนวความคิดมาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 อนุสัญญาแห่งยุโรปฉบับนี้มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองและพัฒนาสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในระหว่างประเทศภาคีสมาชิก โดยกำหนดหลักการ

¹⁷ UN Human Rights Committee (HRC), “CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992, paragraph 3”, Retrieved on September 20, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>.

¹⁸ UN Human Rights Committee (HRC), “CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992, paragraph 4”, Retrieved on September 20, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>.

เบื้องต้นที่มุ่งหมายเพื่อสร้างหลักประกันสิทธิบางประการที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นการเฉพาะ

ในข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญายุโรป^{๑๙} ได้กำหนดหลักการห้ามทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี^{๑๙} และในข้อบทที่ 15 ก็ยังได้รับรองสถานะทางกฎหมายของข้อห้ามดังกล่าวว่าเป็นหลักการซึ่งไม่สามารถผ่อนปรนได้ (Non-derogable) ไม่ว่าในสถานการณ์ฉุกเฉินใด ๆ^{๒๐} อนุสัญญาดังกล่าวนี้ยังได้มีหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้กับผู้เสียหายที่ถูกละเมิดสิทธิ โดยการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) เพื่อตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองในอนุสัญญายุโรปฯ และคำตัดสินของศาลก็มีผลผูกพันรัฐภาคี^{๒๑} ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้มีคำพิพากษาสำคัญหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และคำพิพากษาดังกล่าวเป็นแนวทางการตีความและตัวอย่างในการให้ความหมายถึงการกระทำ

¹⁹ Article 3 of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”

²⁰ Article 15 of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.

2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.

²¹ Article 46 of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.

ต้องห้ามแต่ละอย่าง โดยในบางคดีเองนั้นศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังได้อ้างความหมายการทรมานและการประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย ซึ่งควรค่าแก่การศึกษาเป็นอย่างยิ่ง โดยจะกล่าวถึงรายละเอียดคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปต่อไปในบทที่ 4

2.2.4 อนุสัญญาของประเทศในทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการทรมาน ค.ศ. 1985 (Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture)

องค์การรัฐอเมริกัน (The Organization of America States: OAS) เป็นองค์การระหว่างรัฐบาลในภูมิภาคซึ่งได้จัดตั้งขึ้นตามกฎบัตรองค์การรัฐอเมริกัน (Charter of the OAS) ในปี ค.ศ. 1948 และมีผลใช้บังคับในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1951 มีสมาชิกทั้งสิ้นจำนวน 35 ประเทศ²² เพื่อความร่วมมือทางการเมือง เศรษฐกิจ การศาล สังคม วัฒนธรรมและสันติภาพ โดยมีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (The Inter-America Commission on Human Rights: IACHR) เป็นองค์กรทำหน้าที่เพื่อให้บรรลุเป้าประสงค์ดังกล่าวและทำหน้าที่ในการส่งเสริมการปฏิบัติตามและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน²³

องค์การรัฐอเมริกามีธรรมเนียมปฏิบัติในการร่างตราสารในระดับภูมิภาคให้สอดคล้องกับตราสารที่สำคัญของสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เช่น การตราประกาศอเมริกันว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของพลเมือง (Declaration of the Rights and Duties of Man) ให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Declaration of Human Rights) และได้มีการรับรองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Rights: ACHR) เพื่อให้สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับในวันที่ 18 กรกฎาคม 1978 และได้จัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Court

²² Organization of America States, Retrieved on September 21, 2015, from http://www.oas.org/en/about/who_we_are.asp.

²³ Claudia Martin and Diego Rodriguez Pinzon, The Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Inter-American Human Rights System: A Handbook for Victims and Their Advocates, 2nd edition, (World Organisation Against Torture (OMCT), 2014), pp.23-24.

of Human Rights) ขึ้นเพื่อบังคับใช้และตีความอนุสัญญา²⁴ ในข้อบทที่ 5 แห่งอนุสัญญาได้กำหนดหลักการห้ามทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมและย่ำยีศักดิ์ศรี²⁵ และได้รับรองสถานะทางกฎหมายของข้อห้ามดังกล่าวว่าเป็นหลักการซึ่งไม่สามารถผ่อนปรนได้ (Non-derogable) ไม่ว่าจะในสถานการณ์ฉุกเฉินใด ๆ เช่น ภาวะสงคราม (War) สาธารณภัย (Public danger) หรือสถานการณ์ฉุกเฉินอื่นใดที่อาจกระทบต่อความมั่นคงของรัฐไว้ในข้อบทที่ 27²⁶

ต่อมาในวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1985 องค์การรัฐอเมริกันได้รับรองอนุสัญญาของประเทศในทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการทรมาน (Inter-American

²⁴ David Weissbrodt and Cheryl Heilman, “Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment”, *29 Law and INEQ 343*, (2011): p.356.

²⁵ Article 5 of the American Convention of Human Rights

1. Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected.

2. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person.

²⁶ Article 27 of the American Convention of Human Rights

1. In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, color, sex, language, religion, or social origin.

2. The foregoing provision does not authorize any suspension of the following articles: Article 3 (Right to Juridical Personality), Article 4 (Right to Life), Article 5 (Right to Humane Treatment), Article 6 (Freedom from Slavery), Article 9 (Freedom from Ex Post Facto Laws), Article 12 (Freedom of Conscience and Religion), Article 17 (Rights of the Family), Article 18 (Right to a Name), Article 19 (Rights of the Child), Article 20 (Right to Nationality), and Article 23 (Right to Participate in Government), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights.

Convention to Prevent and Punish Torture 1985: IACPPT) และอนุสัญญา มีผลในวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987 โดยวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาฯ นี้คือการกำหนดในรัฐภาคีมีหน้าที่ ป้องกันและลงโทษการกระทำทรมาน และการประติบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมและย่ำยีศักดิ์ศรีตาม ข้อกำหนดในอนุสัญญานี้²⁷ แม้ว่าในข้อบทที่ 1 จะระบุถึงการกระทำทรมานเพียงอย่างเดียว แต่ศาล สิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาได้ยืนยันมาโดยตลอดว่าข้อห้ามในการกระทำทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีเป็นหลักการที่ไม่สามารถผ่อนปรนได้ และเมื่อพิจารณาถึงบรรดาปฏิญญา กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศและสนธิสัญญาฉบับต่างๆ ศาลได้ รับรองว่าข้อห้ามการกระทำดังกล่าวถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและมีสถานะเป็น กฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens)²⁸ อีกทั้งในอนุสัญญาของประเทศในทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกัน และการลงโทษการทรมานข้อบทที่ 6 วรรค 3 ก็ยังกำหนดให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินมาตรการที่มี ประสิทธิภาพในการป้องกันและการลงโทษการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีอีกด้วย²⁹ อนุสัญญานี้ยังได้ให้ความหมายการทรมานไว้ในข้อบทที่ 2 ด้วยกล่าวคือ

“เพื่อความมุ่งประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ การทรมานให้หมายถึง การกระทำใดก็ตาม โดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะทางกายหรือจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

²⁷ Article 1 of Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture

“The State Parties undertake to prevent and punish torture in accordance with the terms of this Convention”.

²⁸ *Lori Berenson-Meja v. Peru*, Judgment of November 25, 2004, IACtHR, (Series C) No. 119, 100; *Caesar v. Trinidad and Tobago*, Judgment of March 11, 2005, IACtHR, (Series C) No. 123, 70. Cited in Claudia Martin and Diego Rodriguez Pinzon, *supra note 23*, p.15.

²⁹ Article 6 of Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture

In accordance with the terms of Article 1, the States Parties shall take effective measures to prevent and punish torture within their jurisdiction.

The States Parties shall ensure that all acts of torture and attempts to commit torture are offenses under their criminal law and shall make such acts punishable by severe penalties that take into account their serious nature.

The States Parties likewise shall take effective measures to prevent and punish other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment within their jurisdiction.

เพื่อความมุ่งประสงค์ในการสอบสวนอาชญากรรม หรือเป็นการข่มขู่ หรือเป็นการลงโทษในทางส่วนตัว หรือเป็นการมาตรการในการป้องกัน หรือเป็นการลงโทษ หรือเพื่อความประสงค์อื่นใด การทรมานยังหมายความรวมถึง การใช้วิธีการต่อบุคคลใดๆ โดยเจตนาที่จะทำลายความเป็นบุคคลหรือเป็นการลดทอนความสามารถทางกายหรือจิตใจ แม้ว่าจะไม่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายหรือจิตใจ

การทรมานไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นตามปกติจาก หรือเป็นผลจากวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีได้กระทำหรือใช้วิธีการที่กำหนดไว้ในข้อนี้”³⁰

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาได้อ้างคำนิยามตามอนุสัญญา³¹ ในการตีความการละเมิดข้อห้ามตามข้อบทที่ 5(2) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา ทั้งศาลยังได้อ้างถึงความหมาย “การทรมาน” ที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศอื่นด้วยเช่น ความหมายตามข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประเดิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)³¹

น่าสังเกตว่าความหมาย “การทรมาน” ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกาดังกล่าวนี้นี้แตกต่างกับความหมาย “การทรมาน” ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ โดย

³⁰ Article 2 of Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture

“For the purposes of this Convention, torture shall be understood to be any act intentionally performed whereby physical or mental pain or suffering is inflicted on a person for purposes of criminal investigation, as a means of intimidation, as personal punishment, as a preventive measure, as a penalty, or for any other purpose. Torture shall also be understood to be the use of methods upon a person intended to obliterate the personality of the victim or to diminish his physical or mental capacities, even if they do not cause physical pain or mental anguish. The concept of torture shall not include physical or mental pain or suffering that is inherent in or solely the consequence of lawful measures, provided that they do not include the performance of the acts or use of the methods referred to in this article.”

³¹ Claudia Martin and Diego Rodriguez Pinzon, *supra note 23*, p. 104.

อนุสัญญาไม่ได้กำหนดให้ความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนั้นจะต้องเป็นการเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง (severe)³² และแม้การกระทำบางอย่างซึ่งอาจจะไม่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานเลยก็อาจจะเป็นการทรมานตามความหมายของอนุสัญญานี้ได้ หากเป็นการกระทำโดยใช้วิธีการต่อบุคคลใด ๆ โดยเจตนาที่จะทำลายความเป็นบุคคลหรือเป็นการลดทอนความสามารถทางกายหรือจิตใจ เช่น การใช้สารเคมีเพื่อควบคุมจิตใจ

แม้ว่าอนุสัญญาของประเทศในทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการทรมานนี้จะได้ให้ความหมายของ “การทรมาน” ไว้ แต่ไม่ปรากฏว่าได้มีการให้ความหมายของการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีไว้แต่อย่างใด และทางปฏิบัติส่วนใหญ่ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาในการพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละคดี จะมีการพิจารณาเพียงว่ามีการละเมิดข้อห้ามตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกาข้อบทที่ 5(2) หรือไม่เท่านั้น จะไม่พิจารณาและแยกว่าการกระทำตามข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวเป็นการกระทำทรมาน การประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี³³

2.2.5 ปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทั้งปวงจากการตกอยู่ภายใต้การทรมาน การประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1975 (The Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment 1975)

แม้ว่าหลักการห้ามทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีจะปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ฯลฯ แต่หลักการดังกล่าวเป็นเพียงหลักการโดยทั่วไปที่ไม่มุ่ง

³² คำว่า “severe” ในที่นี้ผู้เขียนเห็นว่าควรแปลว่า “ร้ายแรง” มิใช่แปลว่า “อันตรายนสาหัส” (grievous bodily harm) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ใช้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความสับสนในที่นี้ได้.

³³ See Nigel S. Rodley and Matt Pollard, *supra note 8*, p.113; David Weissbrodt and Cheryl Heilman, *supra note 24*, p.357; and Claudia Martin and Diego Rodriguez Pinzon, *supra note 23* p.107.

หมายที่จะจัดการกับปัญหาการทรมานฯ โดยเฉพาะ จึงเกิดมีความคิดที่จะกำหนดมาตรการเฉพาะเพื่อต่อสู้กับปัญหาดังกล่าว ประกอบกับการทำกิจกรรมขององค์กรเอกชน (Non-Governmental Organization) โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรนิรโทษกรรมสากล ซึ่งได้จัดทำกิจกรรมรณรงค์เพื่อขจัดการทรมาน (Campaign for the Abolition of Torture) ขึ้นในปี ค.ศ. 1972³⁴ โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้สาธารณชนตระหนักถึงการกระทำทรมานที่ยังปรากฏอยู่อย่างต่อเนื่อง และจากเหตุการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นจากการล้มล้างอำนาจรัฐบาลชิลีของนายซัลวาดอร์ อาเยนเด (Salvador Allende) โดยกองกำลังติดอาวุธชิลี (Chilean armed forces) ในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 1973 มีการใช้การทรมานเพื่อสร้างความหวาดกลัวต่อหมู่ประชาชนอย่างกว้างขวาง และทำยที่สุดผลจากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้นายซัลวาดอร์เสียชีวิตในที่สุด เหตุการณ์ทั้งสองดังกล่าวล้วนเป็นปัจจัยสำคัญที่ผลักดันให้เกิดกระแสความตระหนักถึงความเลวร้ายของการทรมานฯ และปัญหาดังกล่าว ซึ่งจะต้องได้รับความสนใจและจัดการอย่างเด็ดขาด

ในการประชุมสามัญของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติในสมัยประชุมที่ 28 จากคำแถลงการณ์ของรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศของประเทศเดนมาร์ก (Denmark) สวีเดน (Sweden) และเนเธอร์แลนด์ (The Netherlands) ได้กล่าวถึงปัญหาการทรมานที่เกิดขึ้น หลังจกสิ้นสุดการประชุม ตัวแทนประเทศสวีเดนได้ยื่นร่างมติในเรื่องเกี่ยวกับการทรมานให้แก่คณะกรรมการชุดที่ 3 แห่งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ (General Assembly's Third Committee)³⁵ เพื่อพิจารณา หลังจากที่มีการพิจารณาร่างมติดังกล่าว และทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขถ้อยคำบางประการแล้ว สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ทำการรับรองข้อมติที่ 3059 (XXVIII) อย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ ซึ่งถือเป็นมติแรกในประวัติศาสตร์ของสหประชาชาติที่มุ่งในการจัดการปัญหาการทรมานฯ โดยเฉพาะ³⁶

³⁴ J. Herman Burgers and Hans Danelius, The United Nations Convention against Torture: Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (Martinus Nijhoff Publishers, 1988), p.13.

³⁵ General Assembly of the United Nations Social, Humanitarian & Cultural - Third Committee, Retrieved on September 29, 2015, from <http://www.un.org/en/ga/third/>.

³⁶ Chris Ingelse, *supra note 1*, p.68.

ต่อมาในการประชุมสมัยที่ 29 ในปี ค.ศ. 1974 ที่เกี่ยวกับหัวข้อเรื่องการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีที่เกี่ยวข้องกับการ กักขังและการจำคุก ตัวแทนประเทศสวีเดน เนเธอร์แลนด์ ออสเตรีย ไอร์แลนด์ บังกลาเทศ คอสตาริกา จอร์แดนและฟิลิปปินส์ ได้เสนอร่างมติพร้อมแถลงความจำเป็นในการร่างตราสารเพื่อ ต่อสู้กับการทรมานฯ และในร่างดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานสำหรับการจัดทำปฏิญญา ต่อต้านการทรมานฯ โดยเรียกร้องให้ครองเกสที่ห้าแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรม และการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด (The Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders) พิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองบุคคลทั้งปวง จากการตกอยู่ภายใต้การทรมาน การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยี ศักดิ์ศรี และสมัชชาใหญ่สหประชาชาติยังได้เรียกร้องให้ครองเกสที่ห้าแห่งสหประชาชาติให้ความ ตระหนักถึงปัญหาการพัฒนาประมวลจริยธรรมของตำรวจ (Code of Ethics for police) และการ จัดทำกฎเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักโทษ (the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)³⁷ และรายงานความคืบหน้าให้กับสมัชชาใหญ่สหประชาชาติทราบในการ ประชุมสมัยที่ 30

ภายหลังเริ่มต้นการประชุมครองเกสแล้ว ได้มีการจัดตั้งคณะทำงานเพื่อดำเนินการ ให้เป็นไปตามข้อมติที่ 3218 (XXIX) ตัวแทนประเทศสวีเดนและเนเธอร์แลนด์ได้นำเสนอร่างปฏิญญา ว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทั้งปวงจากการตกอยู่ภายใต้การทรมาน การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี เพื่อให้สมัชชาใหญ่สหประชาชาติรับรอง โดยคณะทำงานได้ มีความเห็นว่าควรรับร่างดังกล่าวไว้เพื่อพิจารณาและแก้ไข หลังจากที่มีการแก้ไขร่างแล้วครองเกสได้ ทำการรับรองร่างดังกล่าว ตัวแทนของประเทศเนเธอร์แลนด์ได้นำเสนอร่างปฏิญญา ที่จัดเตรียมโดย ครองเกสที่ห้าแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด เสนอแก่คณะกรรมการชุดที่ 3 แห่งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ โดยได้ชี้แจงว่าเอกสารดังกล่าวไม่มีผล ผูกพันทางกฎหมาย แต่มีพลังสำคัญทางศีลธรรม จริยธรรมต่อรัฐต่าง ๆ ในการประกันว่ากฎหมาย ภายในของรัฐจะต้องเป็นไปอย่างสอดคล้องกับมาตรฐานที่กำหนดไว้ปฏิญญานี้ และยังคงมีความจำเป็น ต่อไปในภายหน้าในการจัดทำตราสารที่มีผลผูกพันทางกฎหมายในรูปของสนธิสัญญา³⁸ ท้ายที่สุด หลังจากมีการแก้ไขตัวร่างในรายละเอียดแล้ว คณะกรรมการชุดที่ 3 แห่งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ รับรองปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทั้งปวงจากการตกอยู่ภายใต้การทรมาน การประติบัติหรือ

³⁷ J. Herman Burgers and Hans Danelius, *supra note 34*, pp.14-15.

³⁸ Nigel S. Rodley and Matt Pollard, *supra note 8*, pp.35-36.

การลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้จะเรียกว่า “ปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ”) อย่างเป็นทางการในวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1975³⁹

ปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ มีทั้งสิ้น 12 ข้อบท และได้กำหนดความหมายของการทรมานไว้ในข้อบทที่ 1 ซึ่งถือเป็นเอกสารระหว่างประเทศฉบับแรกของโลกที่ได้ให้ความหมายของการทรมานไว้ โดยได้ให้ความหมายการทรมานว่า

“เพื่อความมุ่งประสงค์ของปฏิญญานี้ การทรมาน หมายถึง การกระทำใดโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำรับสารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่บุคคลนั้นหรือบุคคลอื่นใดให้เกิดความกลัว เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการยุยง ของเจ้าพนักงานของรัฐ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษตามกฎหมายที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักโทษ

การทรมานถือเป็นรูปแบบการกระทำโดยเจตนาที่รุนแรงกว่าการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี”⁴⁰

³⁹ UN 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), Retrieved on May 8, 2016, from <http://www.refworld.org/docid/3b00f1c030.html>.

⁴⁰ Article 1 of *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*

1. For the purpose of this Declaration, torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted by or at the instigation of a public official on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or confession, punishing him for an act he has committed or is suspected of having committed, or intimidating him or other persons. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful

แม้ว่าปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ จะได้กล่าวถึงการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ไว้ในหลายข้อบท แต่ในปฏิญญาก็มิได้กำหนดความหมายของ “การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี” ไว้โดยเฉพาะ อย่างเช่น “การทรมาน” ทั้งนี้ผู้ร่างปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ เห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่สามารถกำหนดความหมายให้ชัดเจนได้ เพราะการกระทำเหล่านี้ไม่จำเป็นจะต้องมีความร้ายแรงเท่าเทียมกัน ดังนั้นจึงไม่อาจใช้เกณฑ์ความรุนแรงหรือความร้ายแรงที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานมาเป็นปัจจัยแยกความแตกต่างการกระทำแต่ละอย่างได้ และไม่สามารถใช้เจตนาหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำมาเป็นปัจจัยกำหนดความแตกต่างได้เช่นเดียวกัน⁴¹

2.2.6 อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984: CAT)

ไม่นานหลังจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทั้งปวงจากการตกอยู่ภายใต้การทรมาน การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีแล้ว ในปี ค.ศ. 1977 ประเทศสวีเดนได้ชี้แจงว่าความสำเร็จในการร่างปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ ไม่ควรเป็นเป้าหมายสูงสุดในความพยายามคุ้มครองบุคคลจากการถูกทรมานหรือการประติบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยเห็นควรพัฒนาปฏิญญาฯ ดังกล่าวให้เป็นตราสารระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย⁴² ด้วยความตระหนักถึงความจำเป็นในการมีมาตรการเพิ่มเติมเพื่อต่อสู้กับปัญหาการทรมานฯ สมัชชาใหญ่สหประชาชาติจึงได้เรียกร้องให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The Commission on Human Right) จัดเตรียมร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้นำหลักการในปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ มาใช้เป็นต้นแบบ

sanctions to the extent consistent with the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.

2. Torture constitutes an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

⁴¹ J. Herman Burgers and Hans Danelius, *supra note 34*, p.17.

⁴² GAOR, 32nd Session, Third Committee, Summary Records, UN Doc A/C.3/32/SR.35, para 22.

ในปี ค.ศ. 1978 หลังจากที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้จัดตั้งคณะทำงานอย่างไม่เป็นทางการเพื่อรับหน้าที่ในการร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ สมาคมระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายอาญา (The International Association of Penal Law: IAPL) และรัฐบาลประเทศสวีเดนได้จัดเตรียมร่างด้วยการพัฒนาความคิดในเรื่องกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเพื่อเสนอให้คณะทำงานพิจารณา โดยร่างของสมาคมระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายอาญา ได้มุ่งเน้นด้านพันธกรณีของรัฐในการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดอาญาและการนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม⁴³ และประสงค์ให้การทรมานเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยร่างดังกล่าวนี้ไม่ได้กล่าวถึงการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ส่วนต้นฉบับร่างของประเทศสวีเดนนั้นมีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ โดยได้มุ่งเน้นในการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดอาญาเช่นเดียวกัน แต่ได้นำเสนอหลักการเรื่องเขตอำนาจสากล (Principle of Universal Jurisdiction) หลักการห้ามผลักดันกลับ (Non-Refoulement Principle) รวมถึงหลักการส่งข้ามแดนหรือฟ้องเป็นคดีอาญา (Aut Dedere Aut Judicare principle: Extradite or Prosecute)⁴⁴ และมุ่งเน้นการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมต่อศาลอาญาภายในของรัฐ นอกจากนี้ในร่างของประเทศสวีเดนยังมีข้อเสนอหลายประการในการป้องกันการทรมาน และยังสามารถเสนอให้มีหน่วยงานระหว่างประเทศที่ทำการเฝ้าสังเกตและตรวจสอบ และแนะนำให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นหน่วยงานที่เหมาะสมในการทำหน้าที่นี้ ในที่สุดคณะทำงานได้ลงมติเลือกร่างของประเทศสวีเดนเป็นพื้นฐานในการพิจารณา⁴⁵

ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1978 ถึงปี 1984 ท่ามกลางความขัดแย้งทางความคิดทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และหลักการด้านสิทธิมนุษยชน ปัญหาเรื่องหลักการเขตอำนาจสากลและระบบการเฝ้าสังเกตและตรวจสอบ คณะทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสามารถหาข้อยุติโดยการประนีประนอมต่อปัญหาเหล่านี้ และได้เสนอให้จัดตั้งคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (Committee against Torture) เพื่อทำหน้าที่ในการเฝ้าสังเกตและตรวจสอบการปฏิบัติตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้เสร็จสิ้นลงในชั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก่อนการประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ สมัยที่ 39 ในปี ค.ศ. 1984

⁴³ See E/CN.4/NGO/213 of 15 January 1978.

⁴⁴ Chris Ingelse, *supra note 1*, p.73.

⁴⁵ J. Herman Burgers and Hans Danelius, *supra note 34*, p.38.

เมื่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้รับรองร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของคณะทำงานในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1984 และได้ส่งมอบร่างให้แก่สมาชิกใหญ่สหประชาชาติพิจารณา มีเพียงข้อถกเถียงบางประการที่เป็นประเด็น คือ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานในการออกความคิดเห็นหรือคำแนะนำแก่รัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องข้องรายงานของรัฐตาม ข้อบทที่ 19 และสถานะคำสั่งของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานในกระบวนการไต่สวนข้อเท็จจริงตาม ข้อบทที่ 20⁴⁶ โดยที่รัฐส่วนใหญ่ต้องการรับรองอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ให้เร็วที่สุด รัฐตะวันตกจึงยินยอมตามข้อเรียกร้องบางประการของกลุ่มรัฐสังคมนิยม เช่นการกำหนดให้ข้อบท 28 เป็นข้อบททางเลือก (opting-out clause)

จากการประนีประนอมข้างต้น สมาชิกใหญ่สหประชาชาติได้รับรองอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1984⁴⁷ และมีผลใช้บังคับในวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1978

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มีทั้งสิ้น 33 ข้อบท โดยมีจุดมุ่งหมายหลักในการเสริมแรงให้กับข้อห้ามการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี โดยกำหนดมาตรการป้องกันและเยียวยาเป็นการเฉพาะ ดั่งถ้อยแถลงของที่ประชุมสมาชิกใหญ่สหประชาชาติที่ว่า เพื่อให้บรรลุซึ่งการดำเนินการตามข้อห้ามที่มีอยู่ในกฎบัตรสากลและกฎหมายภายในชาติอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพื่อป้องกันการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี⁴⁸ สาระสำคัญของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มีดังต่อไปนี้

1. การกำหนดให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการทางนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการหรือมาตรการอื่นที่มีประสิทธิผลในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี (ข้อบทที่ 2 และข้อบทที่ 16)

⁴⁶ Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, The United Nations Convention against Torture: A Commentary, (Oxford University Press, 2008), p.5.

⁴⁷ GA Res. 39/46 of 10 December 1984.

⁴⁸ GA Res. 39/46/ UN Doc. A/RES/39/46 (December 10/1984)/Preamble.

2. พฤติการณ์พิเศษใดๆ เช่น ภาวะสงคราม สภาพคุกคามที่จะเกิดสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ หรือสภาวะฉุกเฉิน สาธารณะ รวมถึงคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาหรือทางการไม่สามารถยกเป็น ข้ออ้างที่มีเหตุผลให้กระทำทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีได้⁴⁹ (ข้อบทที่ 2)
3. รัฐภาคีจะต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็น ผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐ หากมีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลดังกล่าวอาจจะถูก กระทำทรมาน (ข้อบทที่ 3)
4. รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องประกันว่าการกระทำทรมาน การพยายามกระทำการ ทรมานหรือการสมรู้ร่วมคิด หรือมีส่วนร่วมในการทรมานจะเป็นความผิด ตามกฎหมายอาญาของรัฐ และรัฐจะต้องกำหนดโทษที่เหมาะสมกับความ ร้ายแรงของการกระทำเหล่านั้น (ข้อบทที่ 4)
5. รัฐภาคีจะต้องกำหนดให้การกระทำทรมานตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจสากล และกำหนดให้การกระทำทรมานเป็นความผิดซึ่งสามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดน ได้ (ข้อบทที่ 5 และข้อบทที่ 8)
6. รัฐภาคีจะต้องให้ความช่วยเหลือระหว่างกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการ ดำเนินคดีอาญาที่เกี่ยวกับการกระทำทรมาน และจะต้องจัดส่ง พยานหลักฐานซึ่งตนมีสำหรับการดำเนินคดีด้วย (ข้อบทที่ 9)
7. รัฐภาคีจะต้องบรรจุข้อห้ามการทรมาน และข้อมูลเกี่ยวกับการทรมานลงใน หลักสูตรการฝึกอบรมบุคลากรที่ใช้บังคับกฎหมาย บุคลากรฝ่ายพลเรือน ฝ่ายทหาร บุคลากรทางด้านการแพทย์ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และบุคคลอื่นใดที่ อาจเกี่ยวข้องกับการกักขัง การซักถาม หรือบุคคลที่ต้องมีการมีปฏิบัติ ต่อปัจเจกบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้ภาวะของการถูกจับ การกักขังหรือการ จำคุก ไม่ว่ารูปแบบใด (ข้อบทที่ 10)

⁴⁹ แม้ว่าข้อบทที่ 2 จะกล่าวถึงเฉพาะการทรมานเท่านั้น แต่คณะกรรมการต่อต้านการ ทรมานได้ให้ความเห็นว่าข้อบทที่ 2 นี้ครอบคลุมถึงการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีด้วย; See UN Committee Against Torture (CAT), *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, 24 January 2008, CAT/C/GC/2, Retrieved on September 30, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/47ac78ce2.html>.

8. รัฐภาคีจะต้องพิจารณาทบทวนกฎเกณฑ์ คำสั่ง วิธีการและแนวทางปฏิบัติในการไต่สวน ตลอดจนการจัดระเบียบในการควบคุมและการปฏิบัติต่อบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้ภาวะของการถูกจับ การกักขังหรือการจำคุก ไม่ว่าจะรูปแบบใด ในเขตอำนาจของตนอย่างเป็นระบบ (ข้อบทที่ 11)
9. เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำทารุณภายในเขตอำนาจของตน รัฐภาคีจะต้องให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการสอบสวนโดยพลันด้วยความยุติธรรม (ข้อบทที่ 12)
10. บุคคลซึ่งอ้างว่าได้ถูกกระทำทารุณในอาณาเขตใดก็ตามที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐนั้น มีสิทธิร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของรัฐนั้น และมีสิทธิให้คดีของตนได้รับการพิจารณาโดยพลันด้วยความยุติธรรม และรัฐภาคีมีหน้าที่ต้องประกันความปลอดภัยของผู้ร้องทุกข์และพยานจากการประทุษร้ายหรือการข่มขู่ให้หวาดกลัวอันเป็นผลจากการร้องทุกข์หรือการให้พยานหลักฐานของบุคคลนั้น (ข้อบทที่ 13)
11. ผู้เสียหายจากการกระทำทารุณมีสิทธิได้รับค่าทดแทน และมีสิทธิซึ่งสามารถบังคับคดีเพื่อให้ได้รับค่าสินไหมทดแทนที่เพียงพอและเป็นธรรม รวมทั้งมีสิทธิได้รับการบำบัดฟื้นฟูอย่างเต็มที่ ในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตายจากการกระทำทารุณ ให้ผู้อยู่ในอุปการะของผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทน (ข้อบทที่ 14)
12. บรรดาค่าใช้จ่ายที่ได้มาจากการกระทำทารุณจะไม่สามารถยกขึ้นอ้างเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีได้ เว้นแต่จะใช้ยื่นเป็นหลักฐานต่อผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำทารุณ (ข้อบทที่ 15)

โดยที่ในข้อบทที่ 1 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้กำหนดความหมายคำว่า “ทารุณ” ซึ่งมีความแตกต่างเพียงเล็กน้อยกับความหมายที่ได้กำหนดไว้ในปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ โดยอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ให้ความหมายการทรมานว่า

“เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การทรมาน” หมายถึง การกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะทางกายหรือจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามหรือเพราะเหตุผลใด ๆ บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบใด เมื่อความเจ็บปวดหรือ

ความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย”⁵⁰

โดยอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ถือเป็นอนุสัญญาระดับแรกที่ได้ให้ความหมายการทรมานไว้อย่างชัดเจน และยังเรียกร้องให้รัฐภาคีกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของตนซึ่งมีระวางโทษที่เหมาะสม ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้ศึกษาเกี่ยวกับความหมายการทรมานดังกล่าว โดยอธิบายความหมายตามองค์ประกอบความผิดอาญาของการทรมาน และศึกษาเกี่ยวกับแนวทางการตีความของศาลระหว่างประเทศ และคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ต่อไปในปีที่ 4

ในส่วนของการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีนั้น ในชั้นการร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ปรากฏว่าผู้ร่างมีความเห็นว่าไม่สามารถที่จะให้ความหมายที่ชัดเจนของการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีได้⁵¹ จึงมิได้กำหนดความหมายของการกระทำดังกล่าวไว้เหมือนเช่นการทรมาน แต่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ก็ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการป้องกันการกระทำดังกล่าวไว้ในข้อ 16 ซึ่งบัญญัติว่า

“ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐรับที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือการประติบัติ หรือการลงโทษที่ย่ำยีศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานตามที่นิยามไว้ในข้อ 1 ซึ่งเกิดขึ้นในอาณาเขตภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน เมื่อการกระทำเช่นว่า ได้กระทำโดย หรือด้วยการยุยงหรือความยินยอม หรือความรู้เห็นเป็นใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พันธกรณีทั้งปวงในข้อ 10 ข้อ 11 ข้อ 12 และข้อ 13 ให้นำมาใช้บังคับ โดยการใช้แทนที่การกล่าวถึงการทรมาน หรือการกล่าวถึงการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี”⁵²

⁵⁰ Article 1 of Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

⁵¹ J. Herman Burgers and Hans Danelius, *supra note 34*, pp.70-71.

⁵² Article 16 of Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

2.3 องค์กรและหน่วยงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ภายใต้ความเห็นร่วมกันว่าการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี เป็นสิ่งที่เลวร้ายไม่สามารถยอมรับได้ในประชาคมโลก องค์กรและหน่วยงานระหว่างประเทศต่าง ๆ จึงได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบดูแลและต่อสู้กับปัญหาดังกล่าว

2.3.1 คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนขององค์กรสหประชาชาติ (United Nations Commission on Human Rights)

คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนเป็นองค์กรของสหประชาชาติจัดตั้งขึ้นตามข้อบทที่ 28⁵³ แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจำนวน 18 คน ซึ่งเป็นกรรมการที่มีความหลากหลายจากผู้ที่มีความสนใจ ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ทางด้านสิทธิมนุษยชน โดยการเลือกตั้งจากผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อจากรัฐภาคี รัฐภาคีแต่ละประเทศอาจมีข้อกำหนดหรือ ข้อจำกัดใด ๆ ในการเลือกกรรมการสิทธิมนุษยชนก็ได้ เช่น การกำหนดจำนวนผู้แทน จากสาขาอาชีพ พรรคการเมือง หรือท้องถิ่นต่าง ๆ ที่เข้ารับการสรรหาเป็นกรรมการสิทธิมนุษยชน เป็นต้น⁵⁴ กรรมการที่ได้รับเลือกแต่ละคนต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างมีอิสระในฐานะผู้เชี่ยวชาญ ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อเป็นตัวแทนในนามรัฐของตน ดำรงตำแหน่งวาระละ 4 ปี โดย

⁵³ ข้อบทที่ 28 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

1. ให้จัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขึ้นคณะหนึ่ง (ซึ่งต่อไปในกติกานี้เรียกว่า คณะกรรมการ) คณะกรรมการนี้ประกอบด้วยกรรมการสิบแปดคน และปฏิบัติหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ต่อไปนี้

2. คณะกรรมการจะประกอบด้วยคนชาติของรัฐภาคีแห่งกติกานี้ซึ่งเป็นผู้มีศีลธรรมสูง และมีความสามารถเป็นที่ยอมรับในด้านสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงประโยชน์ของการมีกรรมการบางคนที่ไม่มี ประสบการณ์ทางกฎหมายร่วมอยู่ด้วย

3. กรรมการของคณะกรรมการนี้จะได้รับเลือกตั้ง และปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเฉพาะตัว

⁵⁴ หลักการว่าด้วย สถานะและหน้าที่ของสถาบันแห่งชาติ เพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Paris Principles), สืบค้นเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2558, http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/International-Human-Rights-Affairs/ParisPrinciples/ParisPrinciples_th.aspx.

มีหน้าที่หลักโดยสรุป 4 ประการ คือ 1) การตรวจรายงานของรัฐภาคี และให้ข้อคิดเห็น หรือข้อเสนอแนะแก่รัฐภาคีเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง 2) การให้ข้อวินิจฉัย (General comments) เกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ในการตีความตามพันธกรณี 3) ในกรณีที่เป็นไปตามข้อกำหนด คณะกรรมการอาจรับข้อร้องเรียนจากรัฐภาคีใด เมื่อรัฐภาคีนั้นอ้างว่าถูกละเมิดจากรัฐภาคีอื่น ๆ หรือในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้ 4) การรับข้อร้องเรียนจากบุคคล (Individuals) ในกรณีที่บุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิตามที่กำหนดในกติกา ซึ่งพิธีสารเลือกรับต่อท้ายกติการะหว่างประเทศได้ให้อำนาจไว้

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องจัดทำรายงานทุก 5 ปี เกี่ยวกับมาตรการที่รัฐได้ดำเนินการเพื่อให้สิทธิต่าง ๆ ตามกติกามีผลบังคับและแจ้งความคืบหน้าในการใช้สิทธิเหล่านั้น ภายหลังจากที่คณะกรรมการมีการได้รับรายงานของรัฐภาคีแล้ว คณะกรรมการจะพิจารณาและจัดทำบทสรุปความเห็นที่เกี่ยวกับข้อกังวลของคณะกรรมการและเสนอคำแนะนำที่เหมาะสมต่อรัฐภาคีนั้น คณะกรรมการจะจัดเตรียมความเห็นทั่วไปในการตีความตามข้อบทต่าง ๆ ในกติกานี้ไว้ด้วย สถานะความเห็นทั่วไปว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่รับรองโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนี้เปรียบเสมือนมาตรฐานกลางของขอบเขตการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกติกา อันเป็นความเห็นร่วมกันของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในการตีความว่าข้อบทแต่ละข้อในกติกามีความหมายอย่างไร และครอบคลุมประเด็นใดบ้าง⁵⁵

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เคยอธิบายข้อบทที่ 7 ซึ่งบรรจุหลักการห้ามทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี โดยได้ให้ความเห็นทั่วไปว่าคำพิงการห้ามการทรมานหรือการบัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดอาญาอย่างไม่เพียงพอในการทำตามพันธกรณีตามข้อบทที่ 7 โดยรัฐจะต้องสร้างการป้องกันการทรมานที่มีประสิทธิผลโดยใช้กลไกการควบคุมบางอย่าง การร้องเรียนในเรื่องการประติบัติที่โหดร้ายต่าง ๆ จะต้องได้รับการสืบสวนสอบสวนอย่างเป็นระบบและมีประสิทธิภาพ⁵⁶

⁵⁵ ไพโรจน์ พลเพชร และณัฐกร ศรีแก้ว, “รายงานการศึกษาสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกรอบรัฐธรรมนูญในบริบทของสังคมไทยและมาตรฐานสากลระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน”, เสนอ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, พฤศจิกายน 2549, น. 4.

⁵⁶ วิฑูรย์ อึ้งปรพันธ์ และคณะ, “พิธีสารอิสตันบูล คู่มือการสืบสวนสอบสวนและบันทึกข้อมูลหลักฐานอย่างมีประสิทธิภาพ กรณีการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้

ปัจจุบันคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ถูกแทนที่โดยคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Human Rights Council) ซึ่งมีสถานะเท่าเทียมกับคณะมนตรีความมั่นคง และคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติ ซึ่งก่อตั้งขึ้นมาก่อนหน้านี้

2.3.2 คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (Committee against Torture)

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ในข้อบทที่ 17 ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการต่อต้านการทรมานขึ้น คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญอิสระจำนวน 10 ท่าน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยพิจารณาจากจุดยืนทางศีลธรรมและความสามารถอันเป็นที่ยอมรับอย่างสูงในด้านสิทธิมนุษยชน โดยมีหน้าที่หลักในการดูแลการบังคับการให้รัฐภาคีปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน⁵⁷

รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มีหน้าที่ในการเสนอรายงานต่อคณะกรรมการฯ ผ่านเลขาธิการสหประชาชาติเกี่ยวกับมาตรการทั้งหลายซึ่งรัฐได้ดำเนินการให้เป็นผลตามอนุสัญญานี้ภายในเวลาหนึ่งปีหลังจากที่อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้กับรัฐภาคี และมีหน้าที่ต้องส่งรายงานเพิ่มเติมเกี่ยวกับมาตรการใหม่ที่ได้ดำเนินการไป และรายงานอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการร้องขอในทุก ๆ สี่ปี

ภายใต้ข้อบทที่ 20 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ หากว่าคณะกรรมการได้รับข้อมูลที่น่าเชื่อถือว่ามี การทรมานอย่างเป็นระบบเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคี คณะกรรมการจะต้องเชิญผู้แทนของรัฐภาคีนั้นเข้าร่วมในการตรวจสอบข้อมูล และเสนอความเห็นเกี่ยวกับข้อมูลดังกล่าว ในกรณีที่มีเหตุผลการอันสมควร คณะกรรมการอาจแต่งตั้งกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนเพื่อทำหน้าที่ในการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยลับ และรายงานผลต่อคณะกรรมการโดยพลัน หลังจากตรวจสอบผลสรุปของกรรมการแล้ว คณะกรรมการจะส่งผลให้แก่รัฐภาคีนั้นพร้อมทั้งแนบข้อคิดเห็นหรือคำแนะนำที่

มนุษยธรรม หรือย้ายยี้ศักดิ์ศรี”, นำเสนอต่อ สำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ, 9 สิงหาคม ค.ศ. 1999, น. 27-28.

⁵⁷ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Retrieved on December 10, 2015, from <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/CATIntro.aspx>.

เหมาะสมกับสถานการณ์ การดำเนินการทั้งหมดของคณะกรรมการตามข้อบทที่ 20 นี้ ถือเป็นความลับและต้องมีการขอความร่วมมือจากรัฐภาคนั้นทุกขั้นตอน เมื่อสิ้นสุดกระบวนการคณะกรรมการอาจบรรจุรายงานสรุปผลการดำเนินการดังกล่าวไว้ในรายงานประจำปีซึ่งนำเสนอต่อรัฐภาคีอื่น ๆ และสมัชชาสหประชาชาติต่อไป⁵⁸

ด้วยอำนาจหน้าที่ในการพิจารณารายงานของรัฐภาคี คำร้องเรียนระหว่างรัฐ (Inter-state complaints) คำร้องเรียนหรือการสื่อสารของปัจเจกบุคคล (Individual complaints or communications) ในการดูแลการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นี้ คณะกรรมการต่อต้านการทรมานจึงถือเป็นองค์กรหรือหน่วยงานระหว่างประเทศที่สำคัญในการป้องกันและต่อต้านการทรมาน รวมถึงมีส่วนในการพัฒนาแนวทางการบังคับใช้และการตีความข้อบทต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาได้เป็นอย่างดี

2.3.3 องค์กรนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International: AI)

องค์กรนิรโทษกรรมสากล หรือแอมเนสตี อินเตอร์เนชันแนลก่อตั้งขึ้นในกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1961 โดยทนายความชาวอังกฤษ นายปีเตอร์ เบนเนสัน (Mr. Peter Benenson)⁵⁹ โดยเป็นองค์กรอาสาสมัครระหว่างประเทศที่ไม่มุ่งแสวงผลกำไร มีวัตถุประสงค์ในการค้นคว้า ดำเนินการป้องกันและจัดการละเมิดสิทธิมนุษยชนทุกรูปแบบ และเพื่อแสวงหาความยุติธรรมรวมทั้งการช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้เสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน

การทำงานของแอมเนสตี อินเตอร์เนชันแนลนั้นมีความเป็นกลางไม่ผูกติดหรือยึดโยงกับรัฐบาล การเมืองหรือความเชื่อทางศาสนาใด ๆ และเป็นองค์กรที่ไม่ได้ต่อต้านหรือสนับสนุนรัฐบาลหรือระบบการเมืองใด หากแต่สนใจเหยื่อที่มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง การทำงานจึงเกี่ยวข้องกับการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ปัจจุบันแอมเนสตี อินเตอร์เนชันแนล มีสำนักงานภูมิภาคทั้งใน แอฟริกา เอเชียแปซิฟิก ยุโรปกลางและยุโรปตะวันออก ลาติน อเมริกาและตะวันออกกลาง เพื่อสร้างเป็นเครือข่ายการสืบหาข้อมูลและทำกิจกรรมเพื่อด้านการ

⁵⁸ วิฑูรย์ อึ้งปรพันธ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 56*, น.26-27.

⁵⁹ Amnesty International, Retrieved on December 10, 2015, from <https://www.amnesty.org/en/who-we-are/>.

ละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นอยู่แทบทุกมุมโลก⁶⁰ กลุ่มอาสาสมัครขององค์การเป็นกลุ่มคนที่ยินดีทุ่มเทเวลาและกำลังในการทำงานเพื่อแสวงหาความยุติธรรมให้เกิดขึ้นกับเหยื่อที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน มีสมาชิกและผู้สนับสนุน แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล มากกว่า 1 ล้านคนใน 140 กว่าประเทศ และดินแดนสมาชิกขององค์การมาจากกลุ่มคนที่มีพื้นเพแตกต่างกันทั้งในด้าน การเมือง ความเชื่อทางศาสนา วัฒนธรรม แต่ทุกคนมีหัวใจดวงเดียวกันในการปรารถนาให้ทุกคนในโลกได้รับความยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมในเรื่องสิทธิมนุษยชน

แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล ได้ยื่นหยัดกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรูปแบบต่างๆ โดยได้แสดงจุดยืนในประเด็นเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่น การให้ยกเลิกโทษประหารชีวิต และโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อ การสนับสนุนให้ปลดปล่อยนักโทษทางความคิดที่มักถูกควบคุมตัวจากสาเหตุทางการเมือง ความคิดต่างหรือเห็นต่างทางศาสนาหรือเชื้อชาติ การห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว ภาษา การชำนอกกฎหมาย การบังคับให้สูญหาย การล่วงละเมิดทางเพศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการห้ามทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

หลังจากที่แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนลได้มีรายงานแสดงถึงการใช้วิธีทรมานและการประติบัติที่เลวร้ายของรัฐบาลหลายประเทศ และจากการเคลื่อนไหวขององค์การในการนำเสนอประเด็นเรื่องสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกทรมาน หรือได้รับการประติบัติที่เลวร้ายในเวทีสหประชาชาติ จนในที่สุดนำไปสู่การจัดทำปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ในเวลาต่อมา⁶¹ องค์การนิรโทษกรรมสากลจึงได้รับรางวัลโนเบลสาขาสันติภาพสำหรับ “การรณรงค์ต่อต้านการทรมาน” ในปี ค.ศ. 1977 อันเป็นการยืนยันถึงการทำงานอย่างหนักเพื่อต่อสู้และปกป้องสิทธิมนุษยชนแก่มวลมนุษยชาติตลอดมา

2.3.4 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights)

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเป็นองค์กรตุลาการขององค์การสภาแห่งยุโรป (Council of Europe) จัดตั้งขึ้นในวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1959 ตามข้อบทที่ 19 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วย

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (ECHR)⁶² ซึ่งเป็นหนึ่งในอนุสัญญาที่สำคัญที่สุดซึ่งสภาแห่งยุโรป ที่ประกอบด้วยประเทศสมาชิกของยุโรป ทั้ง 47 ประเทศที่ได้เข้าเป็นภาคีและรับหลักการของอนุสัญญาฯ ตั้งอยู่ที่เมืองสตราสบูร์ก (Strasbourg) ประเทศฝรั่งเศส ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีหน้าที่ในการตรวจสอบและพิจารณาคำร้องของปัจเจกบุคคลหรือของรัฐว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่อนุสัญญายุโรปฯ ได้ให้ความคุ้มครอง⁶³

ศาลฯ ประกอบด้วยผู้พิพากษาเท่ากับจำนวนรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญายุโรปฯ ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยที่ประชุมสมาชิกรัฐสภายุโรป (Parliamentary Assembly) ประเทศละหนึ่งคน ผู้พิพากษาจะปฏิบัติหน้าที่ตามความรู้ความสามารถของตนอย่างอิสระไม่ขึ้นอยู่กับรัฐ หรือสัญญาใดในการดำเนินคดี จำนวนผู้พิพากษาขององค์คณะจะขึ้นอยู่กับประเภทของคดี เช่น ในชั้นไต่สวนมูลฟ้องมีผู้พิพากษาหนึ่งคน ในชั้นพิจารณาคดีจะมีจำนวนผู้พิพากษาในองค์คณะต่างกัน เช่น จำนวนสามคน เจ็ดคน หรือ สิบเจ็ดคน ขึ้นอยู่กับความยากง่ายและความสำคัญของคดี

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาสร้างบรรทัดฐานและกฎเกณฑ์ร่วมกันระหว่างรัฐภาคีของสภาแห่งยุโรป แม้ว่าคำพิพากษาของศาลเองจะไม่มีผลเหนือศาลภายในของรัฐภาคี หรือไม่มีผลเป็นการลบล้างคำพิพากษาของศาลภายในของรัฐภาคี⁶⁴ แต่เนื่องจากคำพิพากษาของศาลมีความผูกพันในตัวเอง จึงทำให้รัฐภาคีจะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในรวมทั้งการปฏิบัติงานในทางบริหารให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลและอนุสัญญายุโรปฯ คำพิพากษาของศาลจึงถือเป็นบรรทัดฐานในการนิยามและกำหนดขอบเขตการคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ให้มีความชัดเจนแน่นอน

⁶² Article 19 of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

To ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto, there shall be set up a European Court of Human Rights, hereinafter referred to as “the Court”. It shall function on a permanent basis.

⁶³ Council of Europe, Accessed on December 10, 2015, from http://www.coe.int/t/democracy/migration/bodies/echr_en.asp.

⁶⁴ อานันท์ รัตนเจียรเจริญ, “รู้จักมัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2558, <https://www.l3nr.org/posts/465646>.

ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษที่ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี อนุสัญญายุโรปได้ให้ความคุ้มครองหลักดังกล่าวไว้ในข้อบทที่ 3⁶⁵ และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาการตีความและการบังคับใช้ข้อบทดังกล่าว ทั้งในการอธิบายความหมายของการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษที่ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยแยกองค์ประกอบของการกระทำแต่ละอย่าง รวมทั้งพยายามอธิบายความแตกต่างของการกระทำดังกล่าวอีกด้วย ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เคยมีคำพิพากษาที่สำคัญในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการทรมานและการประติบัติอันเลวร้ายหลายคดี อาทิ เช่น คดี Ireland v. United Kingdom คดี Aksoy v. Turkey และคดี Selmouni v. France เป็นต้น โดยในบางคดีศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้อ้างความหมายการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีในข้อบทที่ 1 และข้อบทที่ 16 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เพื่อใช้ในการวินิจฉัยคดีด้วย จึงกล่าวได้ว่าศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีส่วนต่อการพัฒนาและให้ความหมายที่ชัดเจนของการทรมานและการกระทำที่เลวร้ายอย่างมาก

2.3.5 ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court)

ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court: ICC) มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ (International Organization) จัดตั้งขึ้นโดยธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 (The Rome Statute of the International Criminal Court 1998) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2545 ทั้งนี้ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศร้ายแรงมาลงโทษ (No impunity) เนื่องจากส่วนใหญ่แล้วศาลภายในประเทศไม่สามารถหรือไม่เต็มใจในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นผู้นำของประเทศหรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของประเทศ⁶⁶

⁶⁵ Article 3 of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

⁶⁶ สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร และพรชัย ด่านวิวัฒน์, กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น.105.

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่เกี่ยวกับสังคมโลกโดยรวม (Serious crimes concern to the international communities as a whole) โดยกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจตามธรรมนูญในอาชญากรรม 4 ประการ⁶⁷ กล่าวคือ 1) อาชญากรรมอันเป็นการทำลายเผ่าพันธุ์ (The crime of genocide) 2) อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crimes against humanity) 3) อาชญากรรมสงคราม (War crimes) และ 4) อาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (The crimes of aggression)

การทรมานนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติตาม ธรรมนูญว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อบทที่ 7 วรรค 1 (เอฟ) ซึ่งข้อบทที่ 7 วรรค 2(อี) ได้ให้ความหมายการทรมานว่าหมายถึง การกระทำโดยเจตนาที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อบุคคลซึ่งถูกคุมขัง หรืออยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทรมาน แต่การทรมานไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการประติบัติที่ไร้มนุษยธรรมปรากฏอยู่ใน ข้อบทที่ 7 วรรค 1 (เค) ทั้งนี้การจะเป็นความผิดอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาตินี้ได้ การกระทำนั้นจะต้องกระทำในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชากรพลเรือนใดโดยรู้ถึงการโจมตีนั้น

ทั้งการทรมานและการประติบัติที่ไร้มนุษยธรรมยังเป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมสงคราม ปรากฏตามข้อบทที่ 8 วรรค 2 (เอ)(2) และข้อบทที่ 8 วรรค 2 (ซี)(1) ในกรณีที่มีการขัดกันทางอาวุธที่ได้มีลักษณะระหว่างประเทศ ส่วนการย้ายศักดิ์ศรีปรากฏตามข้อบทที่ 8 วรรค 2 (บี)(21)

⁶⁷ Article 5 of Rome Statute of the International, Criminal Court Crimes within the jurisdiction of the Court

1. 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.

ในกรณีที่เป็นกรณีขัดกันทางอาชญากรรมระหว่างประเทศ และข้อบทที่ 8 วรรค 2 (ซี)(2) ในกรณีที่เป็นกรณีขัดกันทางอาชญากรรมที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ

ความแตกต่างในสาระสำคัญระหว่างการกระทำตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และธรรมนูญกรุงโรมนั้นคือ การทรมานภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมนั้นเน้นที่สถานการณ์ (occasion) ของการกระทำทรมาน แต่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เน้นไปที่วัตถุประสงค์ (purpose) หรือมูลเหตุจูงใจ (motive) ในธรรมนูญกรุงโรมและองค์ประกอบความผิด (Elements of Crimes) ได้กำหนดว่าการทรมานจะต้องเป็นการกระทำในสถานการณ์ที่ผู้ถูกกระทำถูกคุมขัง (in custody) หรือภายใต้การควบคุมของผู้กระทำ (under the control of the perpetrator) ดังนั้นหากมีการทรมานอย่างเป็นระบบหรืออย่างกว้างขวางกับบุคคลผู้ถูกคุมขัง หรืออยู่ภายใต้การควบคุมของผู้กระทำก็เป็นการทรมานในความหมายอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ไม่ว่าการทรมานนั้นจะมีมูลเหตุจูงใจตามที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ หรือไม่ก็ตาม⁶⁸

2.4 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับ “การทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี

ตามที่ประเทศไทยได้ลงนามและให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แล้ว ประเทศไทยจึงมีหน้าที่ต้องดำเนินการต่าง ๆ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการ หรือมาตรการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิผลเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำทรมานในเขตอำนาจรัฐของตน และยังมีหน้าที่ป้องกันมิให้มีการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีอีกด้วย อันเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกิดขึ้นตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน

ในการเข้าเป็นภาคีประเทศไทยได้มีการทำคำแถลงตีความ (Interpretive Declaration) ความเข้าใจในการเข้าเป็นภาคีและจัดทำข้อสงวน (Reservation) ในประเด็นต่อไปนี้⁶⁹

⁶⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), น.121.

⁶⁹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สาระสำคัญของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี, (ม.ป.ท.: มิราเคิล ครีเอชันอินเตอร์ พริ้นท์, ม.ป.ป.), น.23.

1) ข้อบทที่ 1 เรื่องคำนิยามของคำว่า “การทรมาน” เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติจำกัดความโดยเฉพาะ ประเทศไทยจึงตีความเข้าใจความหมายของคำดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

2) ข้อบทที่ 4 เรื่องการกำหนดให้การทรมานทั้งปวงเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายอาญาและนำหลักการนี้ไปใช้กับการพยายาม การสมรู้ร่วมคิดและการมีส่วนร่วมในการทรมาน ประเทศไทยตีความเข้าใจกรณีดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

3) ข้อบทที่ 5 เรื่องให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดที่อ้างถึงตามข้อบทที่ 4 โดยประเทศไทยตีความเข้าใจว่าเขตอำนาจเหนือความผิดดังกล่าวเป็นไปตามกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

4) ข้อสงวนตามข้อบทที่ 30 วรรคหนึ่ง โดยประเทศไทยไม่รับผูกพันตามข้อบทดังกล่าวที่ระบุให้นำข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความหรือการนำอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ไปใช้ขึ้นสู่การวินิจฉัยชี้ขาดของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ วัตถุประสงค์ในการจัดทำข้อสงวนนี้ก็เพื่อปฏิเสธอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นการล่วงหน้า เว้นเสียแต่ว่าจะพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

ดังนั้นหากพิจารณาแล้วประเทศไทยมิได้กำหนดให้การทรมาน และการประตบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีเป็นความผิดเฉพาะ และมีได้มีการให้ความหมายของการกระทำดังกล่าวแต่อย่างใด จึงต้องนำประมวลกฎหมายอาญาบางมาตราบางฐานความผิดมาใช้บังคับโดยเทียบเคียงตามแต่กรณี

2.4.1 กฎหมายรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าในสถานการณ์ปัจจุบันประเทศไทยยังอยู่ในระหว่างจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 นั้นจะมีได้มีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้เป็นการเฉพาะอย่างชัดเจน แต่ในมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญชั่วคราวนั้น ก็ยังได้บัญญัติรับรองสิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคที่ประชาชนชาวไทยได้รับความคุ้มครองไว้ว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครอง ประเทศไทยใน

ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่าง ประเทศที่ ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ”

หากพิจารณาจากการตีความบทบัญญัติมาตรา 4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แล้วเห็นได้ว่า สิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยที่ได้รับความ คุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ในหมวด 3 นั้นยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ รัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้รับรองหลักการห้ามการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำ ยี้ศักดิ์ศรีไว้ในมาตรา 32 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 32 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะ กระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษ ด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับและการคุมขังบุคคล จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุ อย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะ กระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในกรณีที่มีการกระทำซึ่งกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง ผู้เสียหาย พนักงาน อัยการ หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย มีสิทธิร้องต่อศาลเพื่อให้สั่งระงับหรือเพิกถอน การกระทำเช่นนั้น รวมทั้งจะกำหนดวิธีการตามสมควรหรือการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย ก็ได้”

บทบัญญัติมาตรา 32 มิได้รับรองหลักการห้ามประติบัติหรือใช้การลงโทษที่ย่ำ ยี้ศักดิ์ศรีไว้เฉพาะ ทั้งยังมีได้ให้ความหมายการทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมเช่นกัน แต่ก็ได้บรรจุหลักการห้ามการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมไว้อย่างกว้าง ๆ โดยไม่จำกัดว่าการทรมานและการประติบัติอันเลวร้ายนั้นจะกระทำลง โดยเอกชนหรือเจ้าพนักงานของรัฐ หรือจำต้องเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับเจ้าพนักงานของรัฐ หรือจะต้องมี มูลเหตุจูงใจใด ๆ ในการกระทำดังกล่าว

อย่างไรก็ตามมาตราดังกล่าวกำหนดให้ลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือที่ กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม เช่น การลงโทษ ประหารชีวิต จึงน่ากังวลว่าบทบัญญัติส่วนนี้อาจจะไม่สอดคล้องกับเป้าประสงค์ของอนุสัญญาต่อต้าน

การทรมานฯ ที่ตั้งใจให้การลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐภาคีนั้นนอกจากจะต้องชอบด้วยกฎหมายภายในแล้วจะต้องชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย และโดยสภาพการลงโทษประหารชีวิตนั้นน่าจะถือว่าเป็นการลงโทษที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

ส่วนในมาตรา 32 วรรคท้าย กำหนดให้ศาลมีบทบาทในการตรวจสอบและมีคำสั่งในการที่หากมีบุคคลใดถูกทรมาน หรือทารุณกรรม จะได้รับการคุ้มครอง และหากศาลเห็นว่าเป็นความจริง ศาลจะมีคำสั่งให้ระงับหรือเพิกถอนการกระทำนั้น และจะกำหนดวิธีเยียวยาความเสียหาย ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่ผู้เสียหายที่ได้รับการทรมานจะต้องได้รับการเยียวยาความเสียหาย⁷⁰

2.4.2 ประมวลกฎหมายอาญา

เนื่องจากประเทศไทยมิได้มีการบัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะ และมีได้ให้ความหมายการทรมานไว้โดยเฉพาะเช่นกัน ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยอาจมีเพียงคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย”⁷¹ ที่อยู่ในบทนิยามของประมวลกฎหมายอาญาที่อาจพอเทียบเคียงได้กับการทรมาน แต่ความหมายการใช้กำลังประทุษร้ายนั้นก็ยังคงมีความแตกต่างในสาระสำคัญกับ “การทรมาน” ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ทั้งในเรื่องระดับความรุนแรงที่การทรมานเรียกร้องว่าความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจนั้นจะต้องร้ายแรง (severe) ขณะที่การใช้กำลังประทุษร้ายนั้นระดับความรุนแรงดังกล่าวไม่จำเป็นต้องถึงขั้นขนาดเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็ได้⁷²

⁷⁰ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “ร่างรายงานประเทศตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment - CAT) ฉบับที่ 1 (ระยะที่1)”, เสนอต่อ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, น.13.

⁷¹ ประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 1(6)

"ใช้กำลังประทุษร้าย" หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กาย หรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำได้ด้วยใช้ร่างกายหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้ หมายความว่ารวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช่ยาทำให้มีนเมา การสะกดจิตหรือวิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

⁷² สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 70*, น.48.

และคำว่า ประทุษร้ายต่อจิตใจ ตามประมวลกฎหมายอาญานี้หมายถึงเฉพาะจิตประสาทหรือทำให้สมองเสียหายเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากการทรمانทางจิตใจตามอนุสัญญาต่อต้านการทรمانฯ ที่ยังรวมถึงอารมณ์ความรู้สึก อีกทั้งบริบทในการใช้กำลังประทุษร้ายไม่ได้จำกัดสถานะของผู้กระทำว่าต้องเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ หรือต้องมีเจตนาพิเศษอย่างหนึ่งอย่างใด⁷³

ตามที่ประเทศไทย ได้ทำคำแถลงตีความ เรื่องคำนิยามของคำว่า “การทรมาน” ว่าประเทศไทยเข้าใจความหมายของคำดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับในปัจจุบัน และเรื่องกำหนดให้การทรมานทั้งปวงเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายอาญาและนำหลักการนี้ไปใช้กับการพยายาม การสมรู้ร่วมคิดและการมีส่วนร่วมในการทรมาน ประเทศไทยตีความเข้าใจกรณีดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน จึงทำให้ต้องนำประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดความผิดฐานต่าง ๆ มาปรับใช้ในการพิจารณาบทบัญญัติของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และดังนั้นจะต้องนำบทบัญญัติทั่วไปซึ่งใช้บังคับกับความผิดทุกฐานมาปรับใช้ด้วย เช่น เรื่อง การกระทำโดยเจตนาหรือประมาท การพยายามกระทำความผิด หรือเรื่องตัวการ ผู้ใช้ผู้สนับสนุน เป็นต้น

2.4.2.1 บทบัญญัติที่ระบุคำว่า “ทรมาน” ไว้โดยเฉพาะ

ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย มิได้มีการกำหนดความผิดฐานกระทำการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีไว้โดยเฉพาะ แต่มีความผิดบางมาตราที่กล่าวถึงคำว่า “ทรมาน” โดยเฉพาะ กล่าวคือ มาตรา 289(5) มาตรา 313 วรรคสอง มาตรา 340 วรรคสี่ และมาตรา 340 ทวิวรรคห้า

ก. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(5)⁷⁴

มาตรา 289(5) กำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นจากการฆ่าผู้อื่น หากการฆ่านั้นได้กระทำโดยการทรมานหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย ซึ่งได้กำหนดโทษไว้ให้ประหารชีวิตแต่เพียงประการเดียว คำว่า “ทรมาน” ในมาตรานี้ หมายถึง การกระทำโดยมิให้ตายในทันที แต่

⁷³ เฟิงอ้าง

⁷⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (5) ผู้ใดฆ่าผู้อื่นโดยทรมานหรือโดยทารุณโหดร้าย ต้องระวางโทษประหารชีวิต.

ทำให้ได้รับความลำบากได้รับความทุกข์เขเวหนาก่อนจะตาย⁷⁵ และความลำบากที่ได้รับเป็นผลแห่งการกระทำก่อนตาย ส่วนคำว่า “ทารุณโหดร้าย” ในมาตรานี้หมายถึง การฆ่าโดยวิธีการดุร้ายยิ่งกว่าการทำให้ตายโดยทั่วไป ผู้ถูกฆ่าอาจตายในทันทีโดยไม่ได้รับความลำบากเลยก็ได้ ซึ่งกฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์การทรมานหรือการทารุณไว้แต่อย่างใด การวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการทรมานหรือทารุณหรือไม่ จึงต้องวินิจฉัยตามความรู้สึกของวิญญูชน⁷⁶ จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกานั้น ศาลจะวินิจฉัยว่าการกระทำที่จะเป็นการทรมานหรือทารุณโหดร้ายนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่รุนแรงและป่าเถื่อนอย่างที่สุดเท่านั้น เช่น การฆ่าทั้งครอบครัว หรือใช้ไม้ตีจนกะโหลกแตกกระจายโดยการตีอย่างรุนแรงและนำไปทิ้งน้ำขณะยังมีชีวิตอยู่⁷⁷ การร่วมกันเชือดคอเด็กอายุ 5 ขวบตาย กระที่บเด็กอายุ 8 เดือน แล้วเอาผ้าอุดจมูกจนหายใจไม่ออกตาย กรอกยาพิษและเชือดคอมารดาเด็กจนหลุดเสียงขาด⁷⁸ ใช้เชือกมัดมือมัดเท้าเอาล้อขบวนรถยนต์สวมตัว และเอาน้ำมันราดแล้วจุดไฟเผา⁸⁰ ทำให้ความหมายการทรมานหรือการทารุณโหดร้ายที่ศาลไทยตีความนี้น่าจะแตกต่างและไม่สอดคล้องกับความหมายการทรมานตามข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ในเรื่องระดับความรุนแรงของความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน

ข. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313 วรรคสอง⁸¹

⁷⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 152.

⁷⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 7, (ม.ป.ท.: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2553), น.106.

⁷⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 576-577/2545.

⁷⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1101/2509.

⁷⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 361/2477.

⁸⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 449/2536.

⁸¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313 ผู้ใดเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่

- (1) เอาตัวเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีไป
- (2) เอาตัวบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีไป โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจ ด้วยประการอื่นใด หรือ
- (3) หน่วงเหนี่ยวหรือกักขังบุคคลใด

ในส่วนของความผิดฐานเรียกค่าไถ่ตามมาตรา 313 วรรคสองอันเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หากการเรียกค่าไถ่นั้นเป็นการกระทำโดยทรमानหรือโดยทารุณโหดร้ายเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำนั้นได้รับอันตรายแก่กาย หรือจิตใจนั้น คำว่า “ทรमान” หรือ “ทารุณโหดร้าย” ตามมาตรานี้ก็น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกันกับมาตรา 289(5) ตัวอย่างเช่น ใช้ปืนข่มขู่แล้วเอาเสื้อคลุมศีรษะ และบังคับให้ผู้เสียหายขึ้นรถยนต์เพื่อนำไปกักขังไว้ ระหว่างถูกกักขังถูกโซ่มัดที่มือและเท้าทั้งสองข้างเป็นเวลา 133 วัน เป็นเหตุให้ไม่ได้รับประทานยาแก้โรคเบาหวาน ทำให้อาการกำเริบ มีเลือดปนออกมากับอุจจาระและปัสสาวะ⁸² หรือถูกจับไปเรียกค่าไถ่โดยถูกกักขังและถูกทำร้ายร่างกายโดยทรमानในห้องพัก 3 เดือนโดยไม่มีหนทางหลีกเลี่ยงให้พ้นจากการถูกทรमानหรือขอความช่วยเหลือจากผู้ใดได้ จนต้องตัดสินใจกระโดดจากห้องพักเพื่อฆ่าตัวตายหนีความทุกข์ทรमान⁸³ กรณีเหล่านี้ศาลฎีกาพิพากษาว่าเป็นการเรียกค่าไถ่โดยทรमानหรือโดยทารุณโหดร้าย

ค. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340 วรรคสี่⁸⁴ และมาตรา 340 ทวิ

วรรคห้า⁸⁵

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่น บาท ถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นเหตุให้ผู้ถูกเอาตัวไป ผู้ถูก หน่วงเหนี่ยวหรือผู้ถูกกักขังนั้นรับอันตรายสาหัสหรือเป็นการกระทำโดย ทรमानหรือโดยทารุณโหดร้าย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำนั้นรับอันตราย แก่กาย หรือจิตใจ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกเอาตัวไปผู้ถูกหน่วงเหนี่ยว หรือผู้ถูกกักขังนั้นถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต

⁸² คำพิพากษาฎีกาที่ 3891/2548.

⁸³ คำพิพากษาฎีกาที่ 4904/2548.

⁸⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340 ผู้ใดชิงทรัพย์โดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่ สามคนขึ้นไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สิบปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสามหมื่นบาท

ถ้าในการปล้นทรัพย์ผู้กระทำความผิดแม้แต่คนหนึ่งคนใด มีอาวุธติดตัวไป ด้วยผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีถึงยี่สิบปีและปรับ ตั้งแต่สองหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการปล้นทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

ในส่วนการปล้นทรัพย์ซึ่งได้กระทำโดยแสดงความทารุณจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือกระทำความผิด ตามมาตรา 340 วรรค 4 และตามมาตรา 340 ทวิวรรคห้าหากเป็นการปล้นทรัพย์ตามมาตรา 335 ทวิวรรคแรก หรือเป็นการปล้นทรัพย์ในสถานที่ตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 335 ทวิวรรคสอง คำว่าแสดงความทารุณทั้งสองมาตรานี้ หมายความว่า การกระทำโดยวิธีการที่ร้ายยิ่งกว่าธรรมดา มิใช่เพียงแต่ใช้วิธีการผิดธรรมดาเท่านั้น อันต้องวินิจฉัยตามความคิดของคนทั่วไปว่าเป็นการกระทำที่ร้ายยิ่งกว่าธรรมดาหรือไม่⁸⁶ และจะต้องมีผลให้ผู้ถูกระทำเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจอีกด้วย ส่วนการกระทำความผิด หมายความว่า การกระทำให้ได้รับความลำบาก ซึ่งต้องวินิจฉัยตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปเช่นเดียวกัน⁸⁷

ถ้าการปล้นทรัพย์ได้กระทำโดยแสดงความทารุณ จนเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ใช้ปืนยิง ใช้วัตถุระเบิดหรือกระทำความผิดตามผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

ถ้าการปล้นทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต⁸⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340ทวิ ถ้าการปล้นทรัพย์ได้กระทำต่อทรัพย์ตามมาตรา 335ทวิ วรรคแรก ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการปล้นทรัพย์นั้นเป็นการกระทำในสถานที่ตั้งที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 335ทวิ วรรคสอง ด้วยผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการปล้นทรัพย์ตามวรรคแรกหรือวรรคสอง ผู้กระทำแม้แต่ คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

ถ้าการปล้นทรัพย์ตามวรรคแรกหรือวรรคสองเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับ อันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการปล้นทรัพย์ตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยแสดง ความทารุณจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ใช้ปืนยิง ใช้วัตถุระเบิดหรือกระทำความผิดตามผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการปล้นทรัพย์ตามวรรคแรกหรือวรรคสองเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึง แก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต.

⁸⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 76*, น.799.

⁸⁷ *Ibid.*

2.4.2.2 ฐานความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน

ก. กลุ่มความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย

ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกายที่อาจนำมาปรับใช้กับการทรมานตามความหมาย ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้แก่ 1) ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยทรมาน หรือกระทำทารุณโหดร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 2) ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา ตามมาตรา 290 3) ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 4) ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 5) ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่จิตใจ ตามมาตรา 391

ความผิดเหล่านี้มีจุดร่วมกันคือการกระทำนั้นมีการก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางกายหรือทางจิตใจ (ยกเว้นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 391) การไม่ได้กำหนดสถานะผู้กระทำว่าจะต้องเป็นหรือมีความเกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานของรัฐ และได้กำหนดเรื่องเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดไว้ หากพิจารณาถึงประเด็นเรื่องระดับความเจ็บปวดทางกายหรือจิตใจแล้วจะเห็นว่าความผิดต่าง ๆ เหล่านี้มีความแตกต่างกับการทรมานตามความหมายข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เช่น ตามมาตรา 295 คำว่าอันตรายต่อจิตใจนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาหมายถึงการทำร้ายจนสมองเสียหาย⁸⁸ ไม่ใช่อันตรายต่ออารมณ์ ถ้าก่อให้เกิดความรู้สึกแค้น เสียใจ เศร้าใจ เจ็บใจ เหล่านี้เป็นการกระทบกระเทือนต่ออารมณ์ของผู้กระทำมิใช่เป็นอันตรายแก่จิตใจ⁸⁹ แต่คำว่าความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางจิตใจของการทรมานตามข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้น น่าจะมีความหมายและขอบเขตที่กว้างขวางกว่า โดยความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานตามอนุสัญญามีความหมายรวมถึงความอารมณ์และความรู้สึก เช่น ความเศร้าโศกเสียใจ ความเจ็บปวดรวดร้าว ความหวาดกลัว ความทุกข์ทรมานใจเพราะไม่รู้ชะตากรรมตนเอง ความเหนื่อยล้าทางอารมณ์ความรู้สึก เป็นต้น

⁸⁸ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 70*, น.24.

⁸⁹ ม.ล. ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด มาตรา 288 ถึง 366*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), น.78.

คำว่าอันตรายสาหัสที่กำหนดไว้ในมาตรา 297 เองก็ไม่สอดคล้องกับความหมายตามขอบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ทั้งเพราะความหมายการทรมานตามขอบทที่ 1 นี้กำหนดระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายเพียงอย่าง “ร้ายแรง” (severe) เท่านั้น และคำว่าร้ายแรงนี้ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดการสูญเสียอวัยวะสำคัญอย่างเช่นในมาตรา 297 ไม่แต่ทั้งนี้เนื่องจากการทรมานเป็นอาชญากรรมที่มีความเลวร้าย และความน่าตำหนิและตราบาปของการกระทำนั้นก็มีมากกว่าการทำความผิดฐานอื่น ๆ ระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายนั้นก็ต้องมีความรุนแรงในระดับหนึ่งเพียงแยกการกระทำการทรมานจากความผิดฐานอื่น ดังนั้นการกระทำซึ่งเพียงแต่ก่อให้เกิดอันตรายเพียงทั่วไปเพียงเล็กน้อยย่อมไม่เป็นการทรมาน

ข. กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ

ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพที่อาจนำมาปรับใช้กับการทรมานตามความหมาย ขอบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานได้แก่ 1) ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 2) ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขัง ตามมาตรา 310 3) ความผิดอันเกิดจากการทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัวหรือตกใจโดยการขู่เข็ญตามมาตรา 392

ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่นโดยทั่วไปแล้วไม่จำเป็นต้องมีการทำอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจจริง ๆ เพียงแต่ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพหรือทรัพย์สิน จนผู้ถูกกระทำเกิดความกลัวจึงยอมทำตาม การทำให้กลัวนี้ไม่จำกัดวิธีการอาจใช้กิริยาท่าทาง คำพูด หรือหลอกให้กลัวโดยไม่คิดจะทำอันตรายจริงก็ได้⁹⁰ การทรมานตามปกติเองก็มักมีการข่มขู่หรือจะทำอันตรายแก่ชีวิตและร่างกายของผู้กระทำเพื่อให้ผู้ถูกกระทำทรมานยอมเปิดเผยข้อมูลข้อสนเทศบางประการอยู่แล้วจึงน่าจะปรับใช้กับความผิดฐานนี้กับการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้ เช่นเดียวกับกับความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขัง หรือการกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ที่โดยสภาพปกติของการทรมานนั้นจะต้องมีการควบคุมหรือกักขังบุคคลนั้นอยู่ในสถานที่ลับหรืออยู่ในความดูแลควบคุมของผู้กระทำทรมาน เพื่อความสะดวกและผลลัพธ์ของการกระทำความผิด ดังนั้นความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังจึงอาจปรับใช้กับการทรมานตามความหมายขอบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานได้ในส่วนนี้

⁹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1278/2503.

ค. กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดเกี่ยวกับเพศที่อาจนำมาปรับใช้กับการทรมานตามความหมาย ข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานได้แก่ 1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276, 277, 277 ทวิ, 227 ตรี 2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278, 279, 280

แต่เดิมการข่มขืนกระทำชำเรา คือ การนำของลับ หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง⁹¹ โดยหญิงนั้นไม่ยินยอมหรือยินยอมโดยสำคัญผิดในตัวผู้กระทำ แต่หลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ในปี พ.ศ. 2550 แล้ว ความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ตามมาตรา 276⁹² ใหม่มีความหมายกว้างขวางยิ่งขึ้น ในกฎหมายใหม่นั้น ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ จะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันก็ได้ อาจจะเป็นการกระทำของชายต่อชาย หญิงต่อหญิง หรือหญิงต่อชายก็ได้ ส่วนในแง่ของการกระทำนั้นไม่จำเป็นต้องมีการล้วงล้ำหรือสอดใส่ก็ได้ เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “กระทำกับ” ดังนั้นหากชายใช้อวัยวะเพศ

⁹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518.

⁹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยอยู่เฉยๆ ปล่อยให้ด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมหนิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่าให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

ของตนถูกละเมิดด้วยเหตุแห่งการกระทำของเราแล้ว⁹³ และการกระทำของเราตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่นี้การกระทำของเราไม่จำเป็นต้องทำต่ออวัยวะเพศ และถึงแม้ไม่ใช่อวัยวะเพศกระทำก็เป็นความผิดตามมาตราอื่นเช่นกัน เช่น การที่ชายใช้วัตถุใด ๆ สอดใส่กับทวารหนักของหญิง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Commission on Human Rights) เป็นองค์กรแรกที่วินิจฉัยในคดี *Raquel Marti de Mejia v. Peru*⁹⁴ ว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นวิธีการเฉพาะในการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน และการข่มขืนกระทำชำเรานั้นโดยสภาพแห่งการกระทำถือเป็นการทรมาน และในปีถัดมาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ได้วินิจฉัยในคดี *Aydin v. Turkey* ในทำนองเดียวกันว่าการข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นการทรมาน⁹⁵ อีกทั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: ICTY) และศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR) ก็มีข้อสรุปในทำนองเดียวกันหลายคดี⁹⁶ โดยการข่มขืนกระทำชำเรานั้นนอกจากจะก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางกายอย่างร้ายแรงซึ่งเป็นการละเมิดทางร่างกายและอารมณ์ของผู้เสียหายแล้ว การ

⁹³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง, 2550), น.306-307.

⁹⁴ *Raquel Martí de Mejía v. Perú*, Case 10.970, Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), 1 March 1996, Retrieved on December 13, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3ae6b71c6.html>.

⁹⁵ *Aydin v. Turkey*, 57/1996/676/866, Council of Europe: European Court of Human Rights, 25 September 1997, para 86., Retrieved on December 13, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3ae6b7228.html>.

⁹⁶ See *Prosecutor v Delalić and Others (the Čelebići case)*, Case No. IT-96-21, ICTY Trial Chamber II, judgement of 16 November 1998; *Prosecutor v Furundžija*, Case No. IT-95-17/1, ICTY Trial Chamber II, judgement of 10 December 1998. 9 *Prosecutor v Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, ICTR Trial Chamber I, judgement of 2 September 1998.

ข่มขืนกระทำชำเราซึ่งก่อให้เกิดแผลเป็นทางจิตใจที่ยากลึกลับที่จะรักษาให้หายได้โดยเร็วเช่นการก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางกายหรือจิตใจในรูปแบบอื่น⁹⁷

การกระทำอนาจารตามมาตรา 278, 279, 280 จะเป็นการทรมานตามความหมายข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ หรือไม่ คงจะต้องพิจารณาระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นว่ามีความรุนแรงในระดับใด หากการกระทำอนาจารโดยที่ไม่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดแก่กายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงแล้ว การกระทำอนาจารนั้นอาจเป็นเพียงการกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีเท่านั้น แต่ไม่เป็นการทรมาน

ง. กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงาน

ความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงานที่อาจนำมาปรับใช้กับการทรมานตามความหมาย ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ คือ ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือโดยทุจริต ตามมาตรา 157

ความผิดฐานดังกล่าวนี้ แม้ว่าดูแล้วน่าจะนำมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับการทรมานตามความหมายข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ อย่างใกล้เคียงที่สุด เนื่องจากมีการกำหนดสถานะของผู้กระทำความผิดว่าจะต้องเป็นเจ้าพนักงานของรัฐไว้สอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แต่จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกายืนยันมาตลอดว่า การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัติมาตรานี้ หมายถึง หน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้นั้นโดยตรงตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่นั้น ๆ เท่านั้น ถ้าไม่เกี่ยวกับหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้นั้นโดยตรงแล้ว ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้⁹⁸ เช่น ตำรวจจับผู้ต้องหาหญิงและควบคุมตัวไว้ ตกลงคั่นตำรวจแอบเข้าไปในห้องซักรีดเครื่องครัว เลิกผ้าและจับนม เป็นการกระทำในทางรักใคร่จะร่วมประเวณี ไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจเลย⁹⁹ หากเปรียบเทียบกรณีตัวอย่างนี้กับการ

⁹⁷ *Aydin v. Turkey*, 57/1996/676/866, Council of Europe: European Court of Human Rights, 25 September 1997, para 83., Retrieved on December 13, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3ae6b7228.html>.

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1033/2533.

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 737/2504.

กระทำทรามานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อผู้ต้องหาที่ถูกจับกุมและถูกกักขังไว้ ก็คงไม่เป็นความผิดตาม มาตรานี้เนื่องจากตำรวจมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไม่มีหน้าที่กระทำทรามาน หรือประตบัติหรือลงโทษอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี

แม้ว่ากฎหมายอาญาของประเทศไทยอาจนำมาใช้เปรียบเทียบความผิด ฐานต่าง ๆ กับการกระทำทรามานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรามานฯ ได้ แต่ประเทศไทยในฐานะที่เป็น พันธกรณีแห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรามานฯ ย่อมมีพันธกรณีตามข้อบทต่าง ๆ ที่อนุสัญญาเรียกร้อง ทั้งการกำหนดค่านิยมการทรามานที่มีองค์ประกอบตามความหมายการทรามานในข้อบทที่ 1 อย่าง ครบถ้วน การกำหนดให้การทรามานเป็นความผิดอาญาแยกต่างหากและเฉพาะเจาะจงจากความผิด ธรรมดาที่เป็นสิ่งที่คณะกรรมการต่อต้านการทรามานแนะนำรัฐภาคีมาตลอด ทั้งรัฐภาคียังมีหน้าที่ กำหนดบทลงโทษการกระทำทรามานให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำ และหากพิจารณา ถึงสภาพปัญหาที่การทรามานและการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยี ศักดิ์ศรีนั้นเกิดขึ้นโดยการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐนั้น กระบวนการยุติธรรมภายใต้กลไกปกติ อาจไม่สามารถอำนวยความยุติธรรมและเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยจุดมุ่งหมายของ อนุสัญญาต่อต้านการทรามานฯ จึงประสงค์จะจำกัดเฉพาะความผิดที่เกิดขึ้นโดยหรือเกี่ยวข้องสัมพันธ์ กับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐ

ปัจจุบันการเทียบเคียงคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” กับ “การทรามาน” นั้นก็ยังมีข้อแตกต่างกันหลายประการไม่สามารถนำมาปรับใช้แทนกันได้อย่างเหมาะสม และใน ประเด็นเรื่องการให้ความยินยอมหรือโดยความรู้เห็นเป็นใจซึ่งเป็นถ้อยคำตามอนุสัญญาต่อต้านการ ทรามานฯ นั้น เป็นหลักการที่ไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของไทยและมีความหมายกว้างกว่า การสนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา ทำให้อาจไม่สามารถลงโทษเจ้าพนักงานของรัฐที่ได้ยินยอม หรือโดยความรู้เห็นเป็นใจให้มีการทรามานได้ ทั้งความผิดฐานต่าง ๆ ตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้ เทียบเคียงกับการทรามานนั้นก็ยังมีระวางโทษที่ไม่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยเองจึงควรบัญญัติความหมายการทรามานไว้เป็นการเฉพาะ และควรจะ กำหนดให้การทรามานเป็นความผิดเฉพาะโดยมีบทลงโทษที่รุนแรงเหมาะสมกับความร้ายแรง มิใช่ เพียงแต่ปรับบทกฎหมายอาญาซึ่งไม่สอดคล้องและไม่สามารถแก้ปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพตาม เจตนารมณ์ของอนุสัญญาต่อต้านการทรามานฯ ส่วนการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีนั้น อนุสัญญาต่อต้านการทรามานฯ เรียกร้องให้รัฐภาคีมีหน้าที่ในการ ป้องกันการกระทำดังกล่าวเท่านั้น ประเทศไทยจึงไม่มีข้อผูกพันในการกำหนดให้การกระทำนั้นเป็น ความผิดซึ่งสามารถลงโทษได้ตามกฎหมายอาญา คงมีแต่เพียงหน้าที่ในการป้องกันเท่านั้น

2.5 ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและ การบังคับบุคคลให้สูญหาย พ.ศ.

...

ตามที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติ หรือ การลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาคุ้มครอง บุคคลจากการบังคับให้สูญหาย โดยที่อนุสัญญาทั้งสองต่างมีจุดร่วมกันในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หลายประการ จึงได้มีการจัดเรื่องทั้งสองดังกล่าวมารวมไว้ด้วยกัน ภายใต้ความร่วมมือระหว่างกรม คุ้มครองสิทธิและภาคประชาสังคม ปัจจุบันประเทศไทยได้พิจารณาในการผ่านร่างพระราชบัญญัติ ดังกล่าว

2.5.1 หลักการและเหตุผล¹⁰⁰

หลักการ

เพื่อให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับ บุคคลให้สูญหายอันเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือร่วมลงนาม

เหตุผล

การทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหายซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการ ละเมิด สิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ไม่อาจยกเว้นให้กระทำ ได้ไม่ว่าภายใต้สถานการณ์ใดๆ แม้ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และ ร่วมลงนามในอนุสัญญาคุ้มครองบุคคลจากการบังคับ ให้สูญหาย แต่ยังไม่มียกเว้นที่กำหนัดฐาน ความผิด มาตรการป้องกันและปราบปราม มาตรการเยียวยาผู้เสียหาย และมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้อง ให้สอดคล้องกับ ข้อบทในอนุสัญญาดังกล่าว จึงไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดและ ช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหายได้สมดังเจตนารมณ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพัน อีกทั้งอนุสัญญาทั้งสองต่างมีลักษณะร่วมกันหลายเรื่องที่กำหนดให้ประเทศภาคีต้องปฏิบัติ การออก กฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับให้บุคคลสูญหายให้รวมอยู่ใน

¹⁰⁰ บันทึกหลักการและเหตุผล ประกอบร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการ ทรมานและ การบังคับบุคคลให้สูญหาย พ.ศ.

ฉบับเดียวจึงเป็นแนวทางเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย ยกระดับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยให้เทียบเท่าสากล

2.5.2 สารสำคัญ

ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย พ.ศ.¹⁰¹ มีสาระสำคัญพอสรุปได้ดังนี้

- 1) กำหนดความหมายของการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย และกำหนดให้การทรมานการบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นความผิดเฉพาะ และกำหนดบทลงโทษตามความร้ายแรงของการกระทำ
- 2) กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งทราบหรือจงใจเพิกเฉยต่อข้อมูลที่ระบุอย่างชัดเจนว่าผู้ซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้กระทำการทรมานหรือบังคับบุคคลให้สูญหาย แต่ไม่ดำเนินการทั้งหลายที่จำเป็นเหมาะสมเพื่อป้องกันหรือระงับการกระทำ ความผิด หรือไม่ดำเนินการหรือส่งเรื่องให้ดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดีตามกฎหมาย ต้องรับโทษตามร่างพระราชบัญญัตินี้ด้วย นับเป็นปรากฏการณ์ที่กฎหมายมุ่งเอาความผิดกับผู้บังคับบัญชาซึ่งมักจะลอยนวลจากการสั่งการที่มีชอบด้วยกฎหมาย
- 3) กำหนดให้สถานการณ์ฉุกเฉิน สงคราม ความไม่มั่นคงหรือสถานการณ์พิเศษอื่นใดไม่อาจนำมาอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้
- 4) กำหนดอายุความฐานทรมานและบังคับบุคคลให้สูญหายมีอายุความ 30 ปี แต่ให้อายุความเริ่มนับเมื่อผู้ถูกทรมานหรือบังคับให้สูญหายอยู่ในวิสัยและมีโอกาสที่จะร้องทุกข์ได้
- 5) กำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานทรมานและบังคับบุคคลให้สูญหายนอกจากอาญาจักรต้องรับโทษในราชอาณาจักร โดยให้นำมาตรา 10 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้โดยอนุโลม
- 6) การกำหนดให้คำให้การหรือข้อมูลที่ได้มาจากการทรมาน หรือการบังคับบุคคลให้สูญหายไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีได้ เว้นแต่

¹⁰¹ โปรดดู ร่าง พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย พ.ศ.

เป็นการดำเนินคดีต่อผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำทรมาน หรือบังคับให้บุคคลสูญหาย เป็นต้น

2.5.3 ความหมายการทรมาน

ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย พ.ศ. ... ได้กำหนดความหมาย “การทรมาน” ไว้ในมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

(๑) “การทรมาน” หมายความว่า การกระทำ ที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงแก่ร่างกายหรือจิตใจต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด เพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้น หรือจากบุคคลที่สาม เพื่อการลงโทษบุคคลนั้น สำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้น หรือบุคคลที่สามได้กระทำ หรือถูกสงสัยว่าได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อข่มขู่หรือขู่เชี้ยบุคคลนั้น หรือบุคคลที่สาม หรือเพราะเหตุผลอื่นใดบนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติโดยการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือโดยการยุยง โดยความยินยอม หรือโดยการรู้เห็นเป็นใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมาน ที่เกิดจากหรือสืบเนื่องมาจากการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย

ความหมายตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นความหมายอย่างเดียวกับ ความหมาย “การทรมาน” ที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน อันเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และตามคำแนะนำของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน

2.5.4 ความหมายการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

แม้ในร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย พ.ศ. จะได้บัญญัติความหมายการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีไว้ แต่ก็ได้บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาและมีบทลงโทษ เหตุผลน่าจะมาจากสาเหตุการที่ไม่สามารถให้ความหมายที่แน่นอนชัดเจนของถ้อยคำและหลักการดังกล่าวนี้ ทำให้ไม่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอในการกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ซึ่งความพยายามในการให้ความหมายที่ชัดเจนของการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ทั้งในการร่างปฏิญญาต่อต้านการทรมาน และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ผู้ร่างไม่สามารถบรรลุผลในการให้ความหมายของข้อความคิดนี้เลย ประกอบกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เรียกร้องให้รัฐภาคีมีหน้าที่เพียงป้องกันมิให้มีการประทุษร้ายหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีเท่านั้น มิได้เรียกร้องให้รัฐภาคีบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวนี้เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของตน



บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ปัญหาการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีถือเป็นปัญหาสำคัญที่ต้องได้รับการพิจารณาอย่างเร่งด่วน ด้วยสภาพความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำหรือความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจทำให้กฎหมายภายในของรัฐในสถานการณ์ปกติไม่สามารถจัดการกับปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความหวาดกลัวหวาดระแวงที่มีต่อเจ้าพนักงานของรัฐทำให้ผู้ถูกกระทำทรมานหรือประติบัติโดยมิชอบตัดสินใจไม่เข้าแจ้งความดำเนินคดี โดยที่สถานที่ถูกซึ่งถูกทรมานฯ มักจะอยู่ในความควบคุมดูแลของหน่วยงานราชการหรืออาจเป็นความลับ ยากแก่การที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ทราบตัวบุคคลที่กระทำทรมานฯ เนื่องด้วยตราบาจากความผิดฐานทรมาน หรือการประติบัติโดยมิชอบ (ill-treatment) อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงที่สุดนี้ ทำให้รัฐมักเพิกเฉยต่อข้อร้องเรียนว่ามีการทรมานเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจของตน กฎหมายระหว่างประเทศจึงมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกคนมิให้ถูกกระทำทรมานหรือได้รับการประติบัติที่มิชอบ ตราสารระหว่างประเทศ อนุสัญญาระหว่างประเทศ หรืออนุสัญญาระหว่างภูมิภาคที่สำคัญต่าง ๆ ได้ยอมรับสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและได้รับการประติบัติอันเลวร้ายไว้อย่างชัดเจน เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน อนุสัญญาของประเทศในทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการทรมาน เป็นต้น

อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 - CAT) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ.2530 อนุสัญญามุ่งหมายในการเสริมแรงให้กับข้อห้ามที่มีอยู่เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของข้อห้ามดังกล่าวให้ดียิ่งขึ้นโดยตรง ปัจจุบันมีภาคีสมาชิกของอนุสัญญาทั้งสิ้น 158 ประเทศ เมื่อรัฐได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญานี้แล้วย่อมมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามหลักการของอนุสัญญา โดยเฉพาะในการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดซึ่งสามารถลงโทษได้ และมีระวางโทษที่เหมาะสม มิฉะนั้นอาจต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ

แม้ว่าตัวอนุสัญญาต่อต้านการทรมานนั้นๆ มิได้เรียกร้องให้รัฐภาคีจำต้องให้คำนิยาม การทรมานเหมือนที่บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญา แต่ทั้งนี้องค์ประกอบที่สำคัญของ ความหมายการทรมานที่ใช้ภายในของรัฐจะต้องมีสาระสำคัญครอบคลุมตามองค์ประกอบที่กำหนดไว้ ในอนุสัญญา

โดยในบทนี้จะกล่าวถึงการเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานๆ การให้สัตยาบัน การ ทำข้อสงวน ความเข้าใจ และประกาศ สภาพปัญหาการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการทรมานๆ ของ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศฝรั่งเศส

โดยที่ผู้เขียนเลือกศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องจาก ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ บัญญัติกฎหมายภายในของตนในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญาต่อต้านการ ทรมาน โดยอาศัยประโยชน์ช่องว่างทางกฎหมายต่าง ๆ เพื่อเป็นข้ออ้างในการละเมิดพันธกรณี ซึ่ง เป็นตัวอย่างที่ดีในการศึกษาในแง่การบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อหลีกเลี่ยงพันธกรณีของอนุสัญญา ต่อต้านการทรมานๆ

ประเทศฟิลิปปินส์ เลือกบัญญัติความหมายการทรมานโดยนำถ้อยคำในอนุสัญญา ต่อต้านการทรมานๆ มาเป็นฐานในการให้ความหมาย และกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะ โดยยกตัวอย่างการกระทำแต่ละอย่างที่อาจเป็นการทรมานเพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะศึกษาเป็นตัวอย่างในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทรมานๆ ของประเทศ ไทย

ส่วนประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil law) เหมือนประเทศไทย ได้เลือกที่จะกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะตามกฎหมายภายในของตน แต่มิได้ให้คำนิยามไว้โดยเฉพาะ โดยปล่อยให้เป็นที่หน้าที่ของศาลภายในให้กำหนดความหมายการ ทรมานเพื่อเป็นบรรทัดฐานต่อไป จึงนำทำการศึกษาว่าเหตุใดประเทศฝรั่งเศสจึงเลือกใช้วิธีการ ดังกล่าว โดยมีได้ให้ความหมายที่ชัดเจนอย่างที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานๆ

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

3.1.1 การเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ การให้สัตยาบัน (Ratification) การทำข้อสงวน (Reservations) ความเข้าใจ (Understandings) และประกาศ (Declarations)

ประเทศสหรัฐอเมริกาลงนามในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 - CAT) ในวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1988 และได้ส่งมอบอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ซึ่งได้ลงนามให้แก่ วุฒิสภาเพื่อขอคำแนะนำและยินยอมในการให้สัตยาบันโดยมีข้อสงวน ความเข้าใจ และประกาศเพื่อ ขจัดความเคลือบคลุมและเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกา วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาได้ลง มติอนุมัติอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ในวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1990 โดยได้จัดให้มีข้อสงวน 2 ข้อ ประกาศ 2 ข้อ และความเข้าใจ 5 ข้อ หลังจากนั้นสหรัฐอเมริกาได้ส่งมอบสัตยาบันให้แก่เลขาธิการ สหประชาชาติในวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ. 1994 และอนุสัญญามีผลบังคับใช้กับสหรัฐอเมริกาในวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1994¹

3.1.1.1 ข้อสงวนที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของประเทศ สหรัฐอเมริกา

วุฒิสภาได้ให้คำแนะนำและความยินยอมแก่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ภายใต้ข้อสงวนดังต่อไปนี้

1. สหรัฐอเมริกาจะผูกมัดตนเองกับพันธกรณีตามข้อบทที่ 16 ในการป้องกันการ ประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมและที่ย่ำยี

¹ U.S. Ratification of the Multilateral Treaty Against Torture, Retrieved on December 5, 2015, from <http://dwkcommentaries.com/2011/12/01/u-s-ratification-of-the-multilateral-treaty-against-torture/>.

ศักดิ์ศรี トラบเท่าที่คำว่า “การประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมและที่ย่ำยีศักดิ์ศรี” นั้นหมายความว่า การประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ผิดปกติ ไร้มนุษยธรรมซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ห้า แแปด และหรือสิบสี่

2. ตามข้อบทที่ 30 (2) สหรัฐอเมริกาประกาศว่าตนไม่ผูกพันตามข้อบทที่ 30 (1) แต่สงวนสิทธิโดยเฉพาะสำหรับการตกลงปฏิบัติตามข้อบทนี้ หรือกระบวนกรอื่นใดสำหรับอนุญาตตุลาการเป็นกรณี ๆ ไป

3.1.1.2 ความเข้าใจที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของประเทศสหรัฐอเมริกา

วุฒิสภาได้ให้คำแนะนำและความยินยอมแก่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ภายใต้ความเข้าใจซึ่งจะใช้บังคับกับพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาภายใต้อนุสัญญา ดังต่อไปนี้

1. (เอ) ตามที่อ้างถึง ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ สหรัฐอเมริกาเข้าใจว่า การจะเป็นการทรมาน การกระทำนั้นจะต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจ และความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางจิตใจหมายถึง ความเสียหายทางจิตใจที่ยาวนานซึ่งเกิดขึ้นจาก (1) การกระทำโดยเจตนาที่จะก่อให้เกิดหรือชู่ว่าจะก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายอย่างร้ายแรง (2) การดำเนินการหรือการใช้ หรือการชู่ว่าจะดำเนินการหรือใช้สารที่มีผลกระทบต่อจิตใจ หรือวิธีการอื่นใดที่น่าจะทำลายความรู้สึกบุคคลลักษณะอย่างมาก (3) การชู่ว่าจะฆ่าในทันที (4) การชู่ว่าจะบุคคลอื่นจะถูกฆ่าในทันที หรือได้รับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายอย่างร้ายแรง หรือจะถูกดำเนินการหรือใช้สารที่มีผลกระทบต่อจิตใจ หรือวิธีการอื่นใดที่น่าจะทำลายความรู้สึกบุคคลลักษณะอย่างมาก

(บี) สหรัฐอเมริกาเข้าใจว่า ความหมายการทรมานตามข้อบทที่ 1 นั้น มุ่งหมายที่จะใช้กับการกระทำโดยตรงต่อบุคคลที่อยู่ในการคุมขังหรือควบคุมของผู้กระทำความผิด

(ซี) ตามที่อ้างถึง ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน สหรัฐอเมริกาเข้าใจว่า “การลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย” รวมถึง การลงโทษซึ่งฝ่ายตุลาการกำหนด และมาตรการบังคับอื่นที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาหรือจากการตีความกฎหมายดังกล่าวของฝ่ายตุลาการ อย่างไรก็ตามสหรัฐอเมริกาเข้าใจว่าโทษตามกฎหมายของรัฐภาคีไม่สามารถทำลายเป้าประสงค์และเจตนารมณ์ของอนุสัญญาในการห้ามทรมานได้

(ดี) ตามที่อ้างถึง ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ สหรัฐอเมริกาเข้าใจว่า คำว่า “รู้เห็นเป็นใจ” กำหนดให้ ก่อนที่จะมีการกระทำทรมานเกิดขึ้น เจ้าพนักงานของรัฐจำเป็นจะต้องตระหนักถึงการกระทำดังกล่าว และได้ละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายของตนในการแทรกแซงหรือป้องกันการกระทำดังกล่าว

(อี) ตามที่อ้างถึง ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ สหรัฐอเมริกาเข้าใจว่าการไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นตอนตามกฎหมายที่ใช้บังคับไม่เป็นการทรมานโดยตัวเอง

2. สหรัฐอเมริกาเข้าใจข้อความ “เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน” ตามข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญา ว่าหมายถึง “น่าเชื่อว่าบุคคลจะถูทรมาน”
3. สหรัฐอเมริกาเข้าใจว่า ข้อบทที่ 14 เรียกร้องให้รัฐภาคีจัดหาสิทธิในการฟ้องร้องคดีสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำทรมานที่กระทำในอาณาเขตภายใต้เขตอำนาจของรัฐภาคีนั้นเท่านั้น
4. สหรัฐอเมริกาเข้าใจว่า กฎหมายระหว่างประเทศมิได้ห้ามการลงโทษประหารชีวิต และได้พิจารณาว่าอนุสัญญานี้จำกัดหรือห้ามสหรัฐอเมริกาจากการใช้บังคับโทษประหารชีวิตตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ห้าแปด และหรือสิบสี่ รวมถึงการกำหนดระยะเวลาคุมขังก่อนมีการประหารชีวิต

5. สหรัฐอเมริกาเข้าใจว่าอนุสัญญานี้จะบังคับใช้โดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับการใช้เขตอำนาจตามนิติบัญญัติและตุลาการในประเด็นที่อนุสัญญานี้ครอบคลุม และประเด็นอื่น ๆ โดยรัฐหรือรัฐบาลท้องถิ่น ทั้งนี้การใช้บังคับ ข้อบทที่ 10-14 และข้อบทที่ 16 สหรัฐอเมริกาจะมีมาตรการที่เหมาะสมแก่ระบบสหพันธรัฐเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสหรัฐอเมริกามีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามอนุสัญญานี้

3.1.1.3 ประกาศที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของประเทศ สหรัฐอเมริกา

วุฒิสภาได้ให้คำแนะนำและความยินยอมแก่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ภายใต้ประกาศดังต่อไปนี้

- (1) สหรัฐอเมริกาขอประกาศว่าบทบัญญัติตาม ข้อบทที่ 1 ถึงข้อบทที่ 16 แห่งอนุสัญญานั้นไม่มีสภาพบังคับโดยอัตโนมัติ
- (2) สหรัฐอเมริกาขอประกาศว่า ตามข้อบทที่ 21 วรรค 1 แห่งอนุสัญญานี้ซึ่งรับรองอำนาจของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานที่จะรับ และพิจารณาคำร้องเรียนว่ารัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่งอ้างว่ารัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีต่าง ๆ ของรัฐนั้นตามอนุสัญญานี้ สหรัฐอเมริกาเข้าใจว่าตาม ข้อบทดังกล่าวข้างต้น คำร้องเรียนนั้นจะได้รับการยอมรับและดำเนินการต่อเมื่อเป็นคำร้องเรียนที่มาจากรัฐภาคีซึ่งมีคำประกาศในทำนองเดียวกัน²

² U.S. reservations, declarations, and understandings, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Cong. Rec. S17486-01 (daily ed., Oct. 27, 1990).

“I. The Senate's advice and consent is subject to the following reservations:

(1) That the United States considers itself bound by the obligation under Article 16 to prevent "cruel, inhuman or degrading treatment or punishment," only insofar as the term "cruel, inhuman or degrading treatment or punishment" means the cruel,

unusual and inhumane treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth, and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States. (2) That pursuant to Article 30(2) the United States declares that it does not consider itself bound by Article 30(1), but reserves the right specifically to agree to follow this or any other procedure for arbitration in a particular case.

II. The Senate's advice and consent is subject to the following understandings, which shall apply to the obligations of the United States under this Convention:

(1)(a) That with reference to Article 1, the United States understands that, in order to constitute torture, an act must be specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering and that mental pain or suffering refers to prolonged mental harm caused by or resulting from: (1) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering; (2) the administration or application, or threatened administration or application, of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality; (3) the threat of imminent death; or (4) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality.

(b) That the United States understands that the definition of torture in Article 1 is intended to apply only to acts directed against persons in the offender's custody or physical control.

(c) That with reference to Article 1 of the Convention, the United States understands that "sanctions" includes judicially imposed sanctions and other enforcement actions authorized by United States law or by judicial interpretation of such law. Nonetheless, the United States understands that a State Party could not through its domestic sanctions defeat the object and purpose of the Convention to prohibit torture.

(d) That with reference to Article 1 of the Convention, the United States understands that the term "acquiescence" requires that the public official, prior to the activity

constituting torture, have awareness of such activity and thereafter breach his legal responsibility to intervene to prevent such activity.

(e) That with reference to Article 1 of the Convention, the United States understands that noncompliance with applicable legal procedural standards does not *per se* constitute torture.

(2) That the United States understands the phrase, "where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture," as used in Article 3 of the Convention, to mean "if it is more likely than not that he would be tortured."

(3) That it is the understanding of the United States that Article 14 requires a State Party to provide a private right of action for damages only for acts of torture committed in territory under the jurisdiction of that State Party.

(4) That the United States understands that international law does not prohibit the death penalty, and does not consider this Convention to restrict or prohibit the United States from applying the death penalty consistent with the Fifth, Eighth and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States, including any constitutional period of confinement prior to the imposition of the death penalty.

(5) That the United States understands that this Convention shall be implemented by the United States Government to the extent that it exercises legislative and judicial jurisdiction over the matters covered by the Convention and otherwise by the state and local governments. Accordingly, in implementing Articles 10-14 and 16, the United States Government shall take measures appropriate to the Federal system to the end that the competent authorities of the constituent units of the United States of America may take appropriate measures for the fulfillment of the Convention.

III. The Senate's advice and consent is subject to the following declarations:

3.1.2 สภาพปัญหาการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ถึงสภาพปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนมากที่สุดประเทศหนึ่ง โดยมีสถานการณ์ละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นอย่างเป็นระบบและแพร่หลาย หลังจากทีสหรัฐอเมริกาเผชิญหน้ากับเหตุการณ์โศกนาฏกรรมที่เลวร้ายที่สุดในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 หรือที่เป็นที่รู้จักกันในชื่อ เหตุวินาศกรรม 9/11 อันเป็นปฏิบัติการก่อการร้ายพลีชีพซึ่งปฏิบัติการโดยกลุ่มอิสลามหัวรุนแรงอัลกออิดะห์ (Al-Qaeda) ที่ได้จี้เครื่องบินจำนวน 4 ลำเพื่อมุ่งโจมตีสถานที่สำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกา เครื่องบินจำนวนสองลำได้พุ่งเข้าชนตึกแฝดเวิลด์เทรด เซ็นเตอร์ (World Trade Center) ส่งผลให้ตึกดังกล่าวถล่มลงภายในเวลาสองชั่วโมง และเครื่องบินลำที่สามได้พุ่งเข้าชนกับอาคารเพนตากอน (The Pentagon) ซึ่งเป็นสำนักงานใหญ่กระทรวงกลาโหมสหรัฐอเมริกา ส่วนเครื่องบินลำที่สี่ได้ตกในรัฐเพนซิลวาเนีย (Pennsylvania) ก่อนพุ่งเข้าชนโดยมีเป้าหมายที่อาคารรัฐสภาของสหรัฐอเมริกาในกรุงวอชิงตัน ดี. ซี. ในระหว่างที่ผู้โดยสารในเครื่องบินลำดังกล่าวได้พยายามต่อสู้กับผู้ก่อการร้าย ในเหตุการณ์ครั้งนี้มีผู้เสียชีวิตประมาณ 3,000 ราย

ภายหลังเหตุการณ์ดังกล่าว นายอูซามะฮ์ บิน ลาดิน (Osama bin Laden) ได้ออกมาอ้างความรับผิดชอบเหตุวินาศกรรม โดยอ้างเหตุผลจงใจการก่อเหตุว่าเกิดขึ้นจากการที่สหรัฐอเมริกาสนับสนุนอิสราเอล และการคงทหารสหรัฐอเมริกาประจำการไว้ในซาอุดีอาระเบีย และการลงโทษต่ออิรัก สหรัฐอเมริกาเริ่มดำเนินมาตรการตอบโต้เหตุวินาศกรรม และประกาศสงครามกับ

(1) That the United States declares that the provisions of Articles 1 through 16 of the Convention are not self-executing.

(2) That the United States declares, pursuant to Article 21, paragraph 1, of the Convention, that it recognizes the competence of the Committee against Torture to receive and consider communications to the effect that a State Party claims that another State Party is not fulfilling its obligations under the Convention. It is the understanding of the United States that, pursuant to the above mentioned article, such communications shall be accepted and processed only if they come from a State Party which has made a similar declaration.”

การก่อการร้ายทุกรูปแบบ (War on Terror) กวาดล้างและขับไล่รัฐบาลตอลิบานที่ให้การสนับสนุนกลุ่มอัลกออิดะห์ โดยได้ดำเนินนโยบายและออกกฎหมายหรือระเบียบหลายฉบับเพื่อเตรียมความพร้อมในการต่อสู้กับการก่อการร้าย

เมื่อข้อมูลข่าวสารสำคัญมีความสำคัญกว่าอาวุธเทคโนโลยีและกองกำลังทหารในการต่อสู้กับการก่อการร้าย การทรมานหรือการประตักประตือที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมจึงถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นพิจารณาในสหรัฐอเมริกาถึงความชอบธรรมดังกล่าวในการใช้เทคนิคการสอบสวนต่อผู้ก่อการร้ายเพื่อล้วงเอาข้อมูลที่สำคัญจากผู้ต้องหาความผิดฐานก่อการร้ายซึ่งไม่เต็มใจจะเปิดเผยข้อมูล ตัวอย่างสากลที่นิยมยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างความชอบธรรมคือการจำลองเหตุการณ์วางระเบิดในเมืองหรือสถานที่สำคัญซึ่งมีประชากรจำนวนมาก และเจ้าพนักงานของรัฐสามารถจับตัวผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้วางแผนวางระเบิดได้ หากผู้ต้องสงสัยยินยอมเปิดเผยที่ตำแหน่งที่ตั้งของระเบิดจะช่วยชีวิตผู้บริสุทธิ์จำนวนมาก ซึ่งเราเรียกเหตุการณ์นี้ว่า (The ticking time bomb scenario)³ หากใช้วิธีการสอบสวนธรรมดาตามนั้น ผู้ต้องสงสัยคงจะไม่เปิดเผยข้อมูลสำคัญดังกล่าวอย่างแน่นอน จึงจำเป็นต้องมีมาตรการบางอย่างซึ่งใช้เป็นเครื่องมือให้ผู้ต้องสงสัยยอมพูดหรือให้ข้อมูล และวิธีที่ได้ผลและมีประสิทธิภาพก็คือการทรมาน และการประตักประตือที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ร้ายกาจยิ่งกว่าคือในอีกมุมมองหนึ่งก็มีผู้ไม่เห็นด้วยและคัดค้านด้วยเหตุผลที่ว่าข้อมูลที่ได้รับการทรมานมา ไม่น่าเชื่อถือเพราะผู้ถูกทรมานฯ ย่อมต้องพูดหรือให้ข้อมูลซึ่งผู้กระทำทรมานต้องการฟังเพื่อให้การทรมานและการก่อความเจ็บปวดยุติลง ทั้งการใช้วิธีการทรมานฯ ยังเป็นการทำลายระบบกระบวนการยุติธรรมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

สหรัฐอเมริกาถูกพูดถึงในประเด็นนี้อาวเรื่องการทรมานและการประตักประตืออันเลวร้ายโดยเฉพาะที่กระทำต่อผู้ต้องหาฐานก่อการร้าย มีการตั้งเรือนจำลับทั้งในสหรัฐหรือในต่างประเทศ เรือนจำของสหรัฐอเมริกาที่กวนตานาโม เบย์ (Guantanamo Bay) ในประเทศคิวบาเป็นหนึ่งในเรือนจำที่ถูกใช้เพื่อจัดการและกักขังบุคคลซึ่งมีอันตรายอย่างสูงสุด ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2002 เจ้าหน้าที่เรือนจำกวนตานาโม ได้ส่งหนังสือถึงเลขาธิการกระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น กล่าวคือ นายโดนัลด์ รัมส์เฟลด์ (Donald Rumsfeld) เพื่อขออนุญาตใช้เทคนิคการสอบสวนที่รุนแรงต่อนักโทษ ซึ่งนายโดนัลด์ รัมส์เฟลด์ได้พิจารณาและอนุญาตเทคนิคการสอบสวนใน

³ Michael W. Lewis, “A Dark Descent into Reality: Making the case for an Objective Definition of Torture”, *Washington & Lee Law Review*, (2010): p.86.

รูปแบบต่าง ๆ เช่น การใช้ถุงคลุมศีรษะ การให้ยึนหรือนั่งในสภาพที่ลำบากอึดอัด การขังเดี่ยว การเปลื้องผ้า การขังในห้องมืด การไม่จัดหาวัตถุที่จำเป็นทางศาสนา การใช้สุนัขเพื่อทำให้เกิดความกลัว⁴

ในการโต้ตอบการโจมตีของกลุ่มอัลกออิดะห์ในอัฟกานิสถาน และการบุกกรุกอิรัก กองทัพสหรัฐได้จับกุมและควบคุมต้องสงสัยหลายพันคน บางรายถูกควบคุมเพียงชั่วคราว บางรายถูกจับกุมตัวนานกว่าห้าปี การประติบัติต่อผู้ต้องขังดังกล่าวมีความรุนแรงหลายระดับ จากถ้อยคำของผู้ต้องขังที่พูดถึงสภาพภายในเรือนจำอาบู กริบ (Abu Ghraib Prison) ในประเทศอิรัก เปิดเผยว่ามี การกระทำทรมานและประติบัติอย่างเลวร้ายต่อผู้ต้องขัง ทั้งการร่วมเพศทางทวารหนัก การให้ ผู้ต้องขังเปลือยกาย การบังคับให้ผู้ต้องขังสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การให้ผู้ต้องขังร่วมเพศกันต่อ หน้าเจ้าหน้าที่และนักโทษอื่น การใช้สุนัขกับผู้ต้องขังในสภาพเปลือยเปล่าให้เกิดความกลัว โดยมี หลักฐานว่านักโทษชาวอัฟกานิสถานเสียชีวิตจากบาดแผลซึ่งถูกใช้กำลังทำร้ายภายใต้อำนาจการ ควบคุมเด็ดขาดของสหรัฐอเมริกา⁵

ผู้อำนวยการสำนักงานข่าวกรองกลางของสหรัฐอเมริกา (Central Intelligence Agency: CIA) นายไมเคิล วี เฮย์เดน (Michael V Hayden) ได้ออกมายืนยันต่อสาธารณะว่าซีไอเอได้ ใช้วิธีการจำลองการจมน้ำ หรือที่เป็นที่รู้จักในชื่อ water-boarding กับผู้ต้องสงสัยกลุ่มอัลกออิดะห์ และยังมีแหล่งข่าวว่าซีไอเอได้ใช้เทคนิคการสอบสวนที่ปรับปรุงให้ดีขึ้น (Enhanced Interrogation Techniques) กับผู้ต้องสงสัยกลุ่มกลุ่มอัลกออิดะห์ในเรือนจำลับอีกทั่วโลก

สถานการณ์การทรมานและการประติบัติอันเลวร้ายยังคงแพร่กระจายใน สหรัฐอเมริกาอย่างเป็นระบบ และรัฐบาลสหรัฐไม่มีความจริงจังในการหาตัวผู้กระทำความผิดอันเป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาลงโทษอย่างจริงจัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ ดำเนินคดีกับเจ้าพนักงานรัฐระดับสูงซึ่งมีส่วนสำคัญในการสั่งการเชิงนโยบายและกำหนดมาตรการ

⁴ Human Rights Watch, “Getting Away with Torture?: Command Responsibility for the U.S. Abuse of Detainees”, *April vol.17, No. 1(G)*, (2005): p.12.

⁵ Christopher B. Shaw, “The International Proscription against Torture and the United States’ Categorical and Qualified Response”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol.32:289, (2009): p.299.

⁶ Scott Shane, “Waterboarding Focus of Inquiry by Justice Department”, *New York Times*, February 23, 2008.

3.1.3 กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

สหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายภายในหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีจำนวนหลายฉบับที่สำคัญ อาทิ เช่น

3.1.3.1 มาตรา 2340 และมาตรา 2340 เอ หมวด 18 แห่ง ประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (18 U.S. Code § 2340 and § 2340A)

จากการที่สหรัฐอเมริกาได้เข้าเป็นภาคีสัญญาต่อต้านการทรมานฯ จึงมีหน้าที่ตามข้อบทที่ 4 และ 5 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ที่กำหนดให้รัฐภาคีประกันว่าการกระทำทรมานทั้งปวงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของตนและมีระวางโทษที่เหมาะสม และกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดสากล เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีดังกล่าว สหรัฐอเมริกาจึงได้บัญญัติกฎหมายของรัฐบาลกลางสหรัฐขึ้น (Federal Law) คือ ประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 ส่วนที่ 1 หมวด 113ซี – การทรมาน ใดๆ ก็ตบบัญญัติดังกล่าวมุ่งหมายในการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่กระทำนอกอาณาเขตของสหรัฐเท่านั้น เนื่องจากสหรัฐเห็นว่าการกระทำทรมานภายในประเทศนั้นได้มีบทบัญญัติของกฎหมายของรัฐบาลกลางรวมถึงกฎหมายของมลรัฐที่สามารถปรับใช้กับกรณีได้เพียงพอแล้ว เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย หรือทำร้ายร่างกาย⁷

ซึ่งบทบัญญัตินี้ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ทรมาน” ไว้ในมาตรา 2340 โดยคำนิยามนี้ได้ผันมาจากอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ดังนั้นจึงมีองค์ประกอบทั่วไปของการทรมาน คล้ายคลึงกับความหมายตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ อย่างไรก็ตาม มาตรา 2340 นี้ได้นำเอาความเข้าใจต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของสหรัฐอเมริการวมไว้ด้วย โดยมาตรา 2340⁸ บัญญัติว่า

⁷ S.Rept. 103-107, at 59 (1993) (discussing legislation implementing CAT Articles 4 and 5) cited in Michael John Garcia, “U.N. Convention Against Torture (CAT): Overview and Application to Interrogation Techniques”, *CRS Report for Congress*, (January 25, 2008): p.8.

⁸ 18 U.S. Code § 2340 – Definitions

ตามหมวดนี้

- (1) “การทรมาน” หมายถึง การกระทำใดโดยเจ้าพนักงานของรัฐโดยเจตนา เพื่อก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายหรือจิตใจอย่าง ร้ายแรง (ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดจากการลงโทษที่ ชอบด้วยกฎหมาย) ต่อบุคคลอื่นซึ่งถูกคุมขังหรืออยู่ภายใต้ความควบคุม ของผู้กระทำ
- (2) “ความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างร้ายแรง” หมายถึง อันตรายทางจิตใจที่ยาวนานอันเกิดขึ้นจาก

As used in this chapter—

(1) “torture” means an act committed by a person acting under the color of law specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering (other than pain or suffering incidental to lawful sanctions) upon another person within his custody or physical control;

(2) “severe mental pain or suffering” means the prolonged mental harm caused by or resulting from—

(A) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering;

(B) the administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality;

(C) the threat of imminent death; or

(D) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality; and

(3) “United States” means the several States of the United States, the District of Columbia, and the commonwealths, territories, and possessions of the United States.

- (เอ) การกระทำโดยเจตนาที่จะก่อให้เกิดหรือชู้ว่าจะก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง
- (บี) การดำเนินการหรือการใช้ หรือการข่มขู่ว่าจะดำเนินการหรือใช้สารที่มีผลกระทบต่อจิตใจ หรือวิธีการอื่นใดที่น่าจะทำให้ลายความรู้สึก บุคลิกลักษณะอย่างมาก
- (ซี) การขู่ว่าจะฆ่าในทันที หรือ
- (ดี) การขู่ว่าจะฆ่าบุคคลอื่นจะถูกฆ่าในทันที หรือจะได้รับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายอย่างร้ายแรง หรือจะถูกการดำเนินการหรือใช้สารที่มีผลกระทบต่อจิตใจ หรือวิธีการอื่นใดที่น่าจะทำให้ลายความรู้สึก บุคลิกลักษณะอย่างมาก และ
- (3) “สหรัฐ” หมายถึง บรรดารัฐต่าง ๆ ในสหรัฐ เขตปกครองพิเศษโคลัมเบีย สมพันธรัฐ อาณาเขต และทรัพย์สินของสหรัฐ

มาตรา 2340 เอ⁹ – การทรมาน ของประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 18 ส่วนที่ 1 หมวด 113ซี ได้กำหนดให้ผู้กระทำหรือพยายามกระทำทรมานนอกสหรัฐต้อง

⁹ 18 U.S. Code § 2340A - Torture

(a) OFFENSE.—

Whoever outside the United States commits or attempts to commit torture shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both, and if death results to any person from conduct prohibited by this subsection, shall be punished by death or imprisoned for any term of years or for life.

(b) JURISDICTION.—There is jurisdiction over the activity prohibited in subsection (a) if—

(1) the alleged offender is a national of the United States; or

(2) the alleged offender is present in the United States, irrespective of the nationality of the victim or alleged offender.

(c) CONSPIRACY.—

A person who conspires to commit an offense under this section shall be subject to the same penalties (other than the penalty of death) as the penalties prescribed for the offense, the commission of which was the object of the conspiracy.

ถูกปรับหรือจำคุกไม่เกินกว่า 20 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และกรณีที่ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องรับโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตามระยะเวลาใด ๆ ตามที่กำหนด และกำหนดให้ศาลของสหรัฐอเมริกามีเขตอำนาจเหนือการกระทำทรมาน หากผู้กระทำความผิดมีสัญชาติสหรัฐอเมริกา หรือผู้กระทำความผิดปรากฏตัวในสหรัฐอเมริกา โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำและผู้เสียหายจะมีสัญชาติใด แม้ว่ามาตรา 2340 เอ นี้ จะให้อำนาจสหรัฐอเมริกาใช้เขตอำนาจในการฟ้องร้องดำเนินคดีเหนือการกระทำทรมาน แต่ในทางปฏิบัติสหรัฐก็มีเคยใช้อำนาจดังกล่าวเลย¹⁰

ได้เคยมีบันทึกกฎหมาย (Memorandum of Law) ฉบับลงวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2002 จากสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยเรื่องมาตรฐานการสอบสวนภายใต้กฎหมายนี้ โดยบันทึกฉบับนี้ได้วางแนวทางการตีความการทรมานไว้ โดยได้กำหนดให้ ความเจ็บปวดอย่างร้ายแรง (severe pain) นั้นหมายถึงระดับความเจ็บปวดที่ถึงขั้นอาจทำให้เสียชีวิต หรืออวัยวะล้มเหลว หรือทำให้ระบบการทำงานของร่างกายเสียหายอย่างถาวร ลำพังการกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีซึ่งก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยกว่านั้นไม่เป็นการทรมาน¹¹ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทรมานทางจิตใจ (psychological torture) นั้นบันทึกกฎหมายนี้เรียกร้องว่าผู้กระทำจะต้องมีเจตนาพิเศษ (specific intent) ที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่จิตใจอย่างยาวนาน (prolonged mental harm) อันตรายทางจิตใจนี้จะต้องส่งผลเป็นระยะเวลายาวนาน เช่น มีผลคงอยู่เป็นเวลาหลายเดือนหรือเป็นปีจึงจะอยู่ในความหมายการทรมาน¹²

สังเกตได้ว่าคำนิยามตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกานี้มีข้อจำกัดค่อนข้างมากและไม่สอดคล้องกับความหมายการทรมานที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ หลายประการ ความหมายการทรมานตามกฎหมายนี้มีได้ระบุหรืออ้างถึงมูลเหตุจงใจหรือเจตนาพิเศษในการกระทำทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เลย แต่กำหนดให้การทรมานต้องกระทำโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายหรือจิตใจเท่านั้น ดังนั้น ตามองค์ประกอบความผิดนี้หากเจ้าพนักงานของรัฐกระทำทรมานด้วยความเชื่อโดย

¹⁰ Michael John Garcia, *supra* note 7, p.12.

¹¹ Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney-General for the Office of Legal Council at the US Department of Justice, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, (1 August 2002), p.1, Retrieved on May 8, 2016, from <http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB127/02.08.01.pdf>.

¹² *Ibid.*

สุจริต (good-faith belief) ว่าความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานจะไม่เกิดขึ้น หรือมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำอย่างอื่นนอกเหนือจากการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานก็สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างมิต้องรับผิดชอบ¹³ ทั้งตามบันทึกกฎหมายของสหรัฐอเมริกาข้างต้น กำหนดระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไว้สูงกว่าอนุสัญญาต่อต้านการทรมานมาๆ ถึงขนาดกำหนดให้ความร้ายแรงนั้นต้องถึงขั้นอาจทำให้เสียชีวิต สูญเสียอวัยวะหรือทำให้ระบบการทำงานของร่างกายเสียหายอย่างถาวร และกฎหมายนี้ยังได้กำหนดระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางจิตใจว่าจะต้องเกิดขึ้นอย่างยาวนานด้วย แม้การกระทำที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างร้ายแรง แต่ผลของความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไม่เกิดขึ้นอย่างยาวนานแล้ว ก็ไม่เป็นการทรมานตามความหมายของกฎหมายนี้ อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดให้การทรมานนั้นจะต้องกระทำต่อบุคคลซึ่งถูกคุมขังหรืออยู่ภายใต้ความควบคุมของเจ้าพนักงานของรัฐอันเป็นการกำหนดคำนิยามการทรมานที่แคบกว่าอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ส่งผลให้การกระทำที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้กระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งในขณะที่บุคคลดังกล่าวยังมีได้อยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานซึ่งควรถือเป็นการทรมานตามความหมายในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ไม่ถือเป็นการทรมานภายใต้กฎหมายฉบับนี้

3.1.3.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการเรียกร้องทางละเมิดของคนต่างด้าว (Alien Tort Claim Act)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการเรียกร้องทางละเมิดของคนต่างด้าวได้ผ่านเป็นกฎหมายในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งอยู่ในช่วงสมัยประชุมแรกของสภาครองเอสแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁴ การบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ขึ้นมานั้นก็เพื่อวัตถุประสงค์สองประการดังนี้¹⁵

- (1) เพื่อให้การคุ้มครองทางกฎหมายแก่นักการทูตชาวต่างชาติซึ่งพำนักอาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกา และ

¹³ Ronald L. Nelson, "Torture in the Law of the Fifty American States: Searching for Definition", 4 War Crimes, *Genocide & Crimes against Humanity*, Volume 4 (2010): p.18.

¹⁴ Allen&Overy, The Alien Tort Claim Act, Retrieved on May 8, 2016, from <http://www.a4id.org/sites/default/files/user/alien-tort.pdf>.

¹⁵ *Ibid.*

- (2) เพื่ออนุญาตให้มีการดำเนินคดีต่อโจรสลัดที่เดินทางจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งทำให้เป็นการยากในการที่ผู้ใดจะจับกุมโจรสลัดนั้น เพื่อให้รับผิดชอบในอาชญากรรมที่ได้ก่อไว้ได้

สำหรับการบังคับใช้ตัวบทกฎหมายนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการเรียกร้องทางละเมิดของคนต่างด้าวนี้ ได้กำหนดเขตอำนาจของศาลว่า ต้องเป็นการกระทำทางแพ่งโดยคนต่างด้าวสำหรับการกระทำละเมิดเท่านั้น ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศหรือ สนธิสัญญาซึ่งสหรัฐอเมริกาเป็นภาคี¹⁶ โดยองค์ประกอบภายใต้พระราชบัญญัตินี้มีอยู่ 3 ประการ¹⁷

- (1) การเรียกร้องนั้นต้องกระทำโดยบุคคลต่างด้าว
- (2) เป็นข้อเรียกร้องทางละเมิด และ
- (3) ความผิดฐานละเมิดนั้นฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาเป็นภาคี

ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดคำนิยามหรือการห้ามการทรมานไว้เป็นการเฉพาะ หากมีความมุ่งหมายในการที่จะคุ้มครองเหยื่อจากการถูกทรมานและการข่มขู่กฎหมาย¹⁸

3.1.3.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเหยื่อจากการทรมาน ค.ศ. 1991 (Torture Victim Protection Act of 1991)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเหยื่อจากการทรมาน ค.ศ. 1991 ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นหมายเหตุของพระราชบัญญัติว่าด้วยการเรียกร้องทางละเมิดของคนต่างด้าว แต่

¹⁶ 28 U.S.C. § 1350. "The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.

¹⁷ Allen&Overy, *supra* note 14.

¹⁸ *Ibid.*

บทบัญญัติมีความแตกต่างกันในรายละเอียดของตัวบท¹⁹ โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองเหยื่อจากการทรมานได้ระบุความหมายของคำว่าทรมานโดยละเอียดไว้ว่า²⁰

¹⁹ Ekaterina Apostolova, “The Relationship between the Alien Tort Statute and the Torture Victim Protection Act”, *28 Berkeley J. Int'l Law*. 640 (2010): p.641.

²⁰ TVPA § 3(b).

(b) TORTURE- For the purposes of this Act—

(1) the term 'torture' means any act, directed against an individual in the offender's custody or physical control, by which severe pain or suffering (other than pain or suffering arising only from or inherent in, or incidental to, lawful sanctions), whether physical or mental, is intentionally inflicted on that individual for such purposes as obtaining from that individual or a third person information or a confession, punishing that individual for an act that individual or a third person has committed or is suspected of having committed, intimidating or coercing that individual or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind; and

(2) mental pain or suffering refers to prolonged mental harm caused by or resulting from--

(A) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering;

(B) the administration or application, or threatened administration or application, of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality;

(C) the threat of imminent death; or

(D) the threat that another individual will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality.

คำว่า “ทรมาน” ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ หมายถึง

(1) คำว่า “ทรมาน” หมายถึง การกระทำใดโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไม่ว่าทางกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง (ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดจากการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย) ต่อบุคคลซึ่งอยู่ในการคุมขังหรือควบคุมของผู้กระทำ เพื่อความมุ่งประสงค์ให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ การข่มขู่ให้กลัวหรือการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามหรือเพราะเหตุผลใดใด บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด

(2) ความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานทางจิตใจ หมายถึง อันตรายทางจิตใจอันสืบเนื่องมาจากความเจ็บปวดทางจิตใจเป็นระยะเวลานานซึ่งเป็นผลมาจาก

(ก) เจตนาทำร้ายหรือข่มขู่ว่าจะทำร้ายให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานทางกาย

(ข) การดำเนินการหรือการใช้ หรือการข่มขู่ว่าจะดำเนินการหรือใช้สารที่มีผลกระทบต่อจิตใจ หรือวิธีการอื่นใดที่น่าจะทำให้ลายความรู้สึกบุคคลลักษณะอย่างมาก

(ค) การข่มขู่ว่าจะได้รับอันตรายถึงชีวิต หรือ

(ง) การขู่ว่าคุณคนอื่นจะถูกฆ่าในทันที หรือได้รับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายอย่างร้ายแรง หรือจะถูกการดำเนินการหรือใช้สารที่มีผลกระทบต่อจิตใจ หรือวิธีการอื่นใดที่น่าจะทำให้ลายความรู้สึกบุคคลลักษณะอย่างมาก

นอกจากนั้นศาลยังมีข้อสรุปว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเหยื่อจากการทรมานนั้นมีการคุ้มครองสิทธิในทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการเรียกร้องทางละเมิดของคนต่างด้าว²¹ โดยได้ระบุการเยียวยาสำหรับการทรมานไว้เป็นพิเศษ

คำนิยามของคำว่าทรมานภายใต้พระราชบัญญัตินี้มีพื้นฐานมาจากคำนิยามตามมาตรา 2430 แต่มีความแตกต่างกันในส่วนของ “เจตนาพิเศษ” (specifically intended)

²¹ Aldana, 416F.3dat 1251. Cited in Ekaterina Apostolova, *supra* note 19, p.646.

3.1.3.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาเหยื่อจากการทรมาน ค.ศ. 1998 (Torture Victim Relief Act of 1998)

พระราชบัญญัตินี้ได้ผ่านในปี ค.ศ. 1998 โดยตัวเนื้อหาของพระราชบัญญัตินี้มุ่งเป้าในการจัดหากองทุนเพื่อช่วยเหลือเหยื่อจากการทรมานทั้งในสหรัฐอเมริกาและในต่างประเทศ เพื่อให้สามารถพ้นจากความบอบช้ำและเพื่อให้เหยื่อหรือผู้เสียหายสามารถกลับมาใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุข²²

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาเหยื่อจากการทรมาน นั้นกำหนดว่า “ทรมาน” มีความหมายตามความในมาตรา 2430 ในกฎหมายหมวดที่ 18 และรวมถึงการข่มขืนหรือการกระทำอื่นอันเป็นการกระทำรุนแรงทางเพศโดยบุคคลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้การคุมขังหรืออยู่ภายใต้การควบคุม²³

กล่าวโดยสรุป แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีกฎหมายภายในหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี แต่เนื่องจากการที่สหรัฐอเมริกาได้ให้ความสนใจในขณะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ประกอบกับการมีบันทึกกฎหมายฉบับลงวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2002 จะเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกามีได้กำหนดความหมายการทรมานให้สอดคล้องกับสาระสำคัญในนิยามการทรมานตามข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน มีการบัญญัติกฎหมายภายในไปเ็นทางที่จริงจังละเมิดพันธกรณี ทั้งการกำหนดระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจไว้สูงกว่าอนุสัญญา การอ้างเจตนาพิเศษมาเป็นเหตุยกเว้นความผิด การกำหนดให้ผู้ถูกกระทำต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของเจ้าพนักงานของรัฐ ล้วนแต่แสดงให้เห็นความไม่จริงจังในการจัดการกับปัญหาการกระทำทรมานที่เกิดขึ้นโดยเจ้าพนักงานของรัฐ

²² The center for victims of torture, Torture Victims Relief Act, Retrieved on December 14, 2015, <http://www.cvt.org/what-you-can-do/advocate/torture-victims-relief-act>.

²³ As used in this Act, the term “torture” has the meaning given the term in section 2340(1) of title 18, United States Code, and includes the use of rape and other forms of sexual violence by a person acting under the color of law upon another person under his custody or physical control.

3.2 ประเทศฟิลิปปินส์ (The Philippines)

ประเทศฟิลิปปินส์ได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

3.2.1 การเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ การให้สัตยาบัน (Ratification) การทำข้อสงวน (Reservation) ความเข้าใจ (Understanding) และประกาศ (Declaration)

ประเทศฟิลิปปินส์มีได้ลงนามในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานในตอนแรก แต่ได้ให้การภาคยานุวัติอนุสัญญาในวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1986²⁴ โดยไม่ได้จัดทำข้อสงวน ความเข้าใจและประกาศในการเข้าเป็นภาคี และยังให้การภาคยานุวัติพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) ในวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 2012²⁵ อีกด้วย

3.2.2 สภาพปัญหาการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี

การทรมานและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างอื่นที่รุนแรงเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางในประเทศฟิลิปปินส์ ในระหว่างปี ค.ศ. 1965-1986 ในช่วงระยะเวลาที่ประธานาธิบดี เฟอร์ดินาน มาร์กอส (Ferdinand Marcos) ปกครองประเทศฟิลิปปินส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกในปี ค.ศ. 1972²⁶ มีการใช้การทรมานอย่างแพร่หลายและเป็นระบบโดยกองกำลังความมั่นคงแห่งรัฐ โดยอ้างเหตุผลว่าเพื่อควบคุมและปราบปรามความรุนแรงและความไม่สงบ

²⁴ United Nations, Treaty Collection, Retrieved on December 14, 2015, from https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV9&chapter=4&lang=en.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Philippine, Retrieved on May 8, 2016, from <http://www.redress.org/downloads/country-reports/Philippines.pdf>.

จากกองกบฏคอมมิวนิสต์²⁷ มีรายงานว่าประชาชนมากกว่า 35,000 คน ได้รับความทุกข์ทรมานจากการทรมานในช่วงเวลาดังกล่าว หลังจากทีนางโคราซอน อากีโน (Corazon Aquino) ได้รับอำนาจในปี ค.ศ. 1986 ก็ได้มีมาตรการต่าง ๆ เพื่อฟื้นฟูประชาธิปไตยและรับประกันการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และยังมีรับรองรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แต่การกระทำทรมานและการประตบัติอันเลวร้ายก็ยังคงเกิดขึ้นอยู่อย่างต่อเนื่อง

การทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีต่อผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดอาญาในประเทศฟิลิปปินส์นั้นส่วนใหญ่เกิดขึ้นโดยการกระทำของตำรวจ ผู้ต้องขังภายใต้การควบคุมตัวของตำรวจถูกใช้วิธีทรมานด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การใช้ไฟฟ้าช็อต การทุบตี การต่อยและเตะ การตีด้วยไม้หรือแท่งเหล็ก การใช้บุหรี่จี้ตามร่างกาย การจำลองการจมน้ำ การใช้ถุงพลาสติกคลุมจนเกือบหายใจไม่ออก การให้เปลื้องผ้าและใช้เข็มจิ้มอวัยวะเพศ²⁸

จากการสำรวจของแอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล หรือองค์การนิรโทษกรรมสากล พบว่ารายงานการทรมานส่วนใหญ่ในประเทศฟิลิปปินส์นั้นมีความเกี่ยวข้องกับตำรวจ และพบว่ากลุ่มบุคคลที่มีความเสี่ยงต่อการทรมานและการประตบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี คือ กลุ่มเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำความผิด ผู้กระทำความผิดซ้ำ บุคคลที่กระทำความผิดซึ่งกระทบกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือนักเคลื่อนไหวทางการเมือง²⁹

แม้ว่าในปัจจุบันประเทศฟิลิปปินส์จะได้มีกฎหมายเฉพาะเอาผิดกับการทรมาน แต่ก็ยังมีปัญหาและอุปสรรคจากการบังคับใช้กฎหมายหลายประการ ทั้งความล่าช้าในการสอบสวน ดำเนินคดี การสอบสวนที่ไม่มีประสิทธิภาพ ปัญหาในการกำหนดตัวบุคคลผู้กระทำความผิด ปัญหาการจัดทำรายงานทางการแพทย์ การจัดเก็บระบบข้อมูลและหลักฐานเพื่อนำไปสู่การฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด ความไม่เป็นธรรมและขาดความเป็นกลาง และไม่เต็มใจของเจ้าหน้าที่ใน

²⁷ Redress and Asian Legal Resource Centre, Asian Human Rights Commission, “Torture in Asia: The Law and practice”, October 2013, p. 141.

²⁸ Amnesty International, “Above the Law Police Torture in the Philippines”, December 2014, p.8.

²⁹ *Ibid.*, p.9.

กระบวนการยุติธรรมในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ความหวาดกลัวของเหยื่อและพยานต่อการแก้แค้นของเจ้าพนักงานของรัฐ³⁰ ล้วนแต่เป็นอุปสรรคสำคัญต่อการจัดการทรมาน

3.2.3 กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ประเทศฟิลิปปินส์มีกฎหมายภายในซึ่งคุ้มครองหลักการห้ามทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีที่สำคัญสามฉบับ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และพระราชบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงของมนุษย์

3.2.3.1 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1987 (Constitution of the Republic of the Philippines of 1987)

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1987 ได้รับรองหลักการห้ามทรมานไว้ในหมวด 3 บัญญัติว่าด้วยสิทธิพื้นฐานของพลเมือง ในมาตรา 12³¹ ซึ่งบัญญัติว่า

³⁰ Torture and ILL-Treatment in the Philippines – Implementation of the Anti-Torture Act, p.5.

³¹ SECTION 12 of the Constitution of the Republic of the Philippines, Article III, Bill of Rights

(1) Any person under investigation for the commission of an offense shall have the right to be informed of his right to remain silent and to have competent and independent counsel preferably of his own choice. If the person cannot afford the services of counsel, he must be provided with one. These rights cannot be waived except in writing and in the presence of counsel.

(2) No torture, force, violence, threat, intimidation, or any other means which vitiate the free will shall be used against him. Secret detention places, solitary, incommunicado, or other similar forms of detention are prohibited.

(3) Any confession or admission obtained in violation of this or Section 17 hereof shall be inadmissible in evidence against him.

- (1) บุคคลซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดมีสิทธิได้รับการแจ้งสิทธิของตนในการไม่ให้การ และสิทธิในการมีทนายความซึ่งมีความสามารถโดยอิสระตามที่ตนเลือก หากบุคคลนั้นไม่สามารถจัดหาทนายความได้ รัฐจะเป็นผู้จัดหาให้ สิทธิเหล่านี้ไม่อาจสละได้ เว้นแต่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรและทำลงต่อหน้าทนายความ
- (2) บุคคลทุกคนจะต้องไม่ถูกทรมาน บังคับ ล่วงละเมิด ข่มขู่ ขู่เชือด หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งทำลายเจตจำนงของตน สถานที่คุมขังลับ การขังเดี่ยว การขังโดยมิให้ติดต่อบุคคลอื่น หรือการคุมขังอย่างอื่นในรูปแบบเดียวกันไม่สามารถกระทำได้
- (3) คำรับสารภาพซึ่งได้รับมาโดยละเมิดบทบัญญัติมาตรานี้ หรือมาตรา 17 ไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักฐานกับบุคคลนั้นได้
- (4) กฎหมายจะต้องกำหนดบทลงโทษทางอาญาและทางแพ่ง รวมถึงการชดเชยและเยียวยาเหยื่อ หรือครอบครัวของเหยื่อจากการกระทำทรมาน หรือการประตบัติในทำนองเดียวกันอันเป็นการละเมิดมาตรานี้

รัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์เพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองบุคคลจากการถูกทรมานไว้อย่างกว้าง ๆ และไม่ได้ให้ความหมายการทรมานไว้อย่างใด

3.2.3.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 (Anti-Torture Act of 2009)

รัฐบาลฟิลิปปินส์ภายใต้การนำของนางกลอเรีย มาคาปากัล อาร์โรโย (Gloria Macapagal Arroyo) ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 (Anti-Torture Act of 2009) ในวันที่ 12 พฤศจิกายน ค.ศ. 2009 เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตาม

(4) The law shall provide for penal and civil sanctions for violations of this section as well as compensation to and rehabilitation of victims of torture or similar practices, and their families.

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ในการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดและมีบทลงโทษที่รุนแรงตามสัดส่วนความร้ายแรงแห่งการกระทำ

โดยได้กำหนดความหมายของการทรมานไว้ว่า “การทรมาน” หมายถึง การกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะทางกายหรือจิตใจ ต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามหรือเพราะเหตุผลใดๆ บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษที่ปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย³² และได้กำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะ โดยการทรมานนั้นรวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะการกระทำดังต่อไปนี้³³

³² Section 3 of *Anti-Torture Act of 2009*

Definitions. - For purposes of this Act, the following terms shall mean:

(a) "Torture" refers to an act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him/her or a third person information or a confession; punishing him/her for an act he/she or a third person has committed or is suspected of having committed; or intimidating or coercing him/her or a third person; or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a person in authority or agent of a person in authority. It does not include pain or Suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

³³ Section 4 of *Anti-Torture Act of 2009*

For purposes of this Act, torture shall include, but not be limited to, the following:

(a) Physical torture is a form of treatment or punishment inflicted by a person in authority or agent of a person in authority upon another in his/her custody that causes severe pain, exhaustion, disability or dysfunction of one or more parts of the body, such as:

- (1) Systematic beating, headbanging, punching, kicking, striking with truncheon or rifle butt or other similar objects, and jumping on the stomach;
- (2) Food deprivation or forcible feeding with spoiled food, animal or human excreta and other stuff or substances not normally eaten;
- (3) Electric shock;
- (4) Cigarette burning; burning by electrically heated rods, hot oil, acid; by the rubbing of pepper or other chemical substances on mucous membranes, or acids or spices directly on the wound(s);
- (5) The submersion of the head in water or water polluted with excrement, urine, vomit and/or blood until the brink of suffocation;
- (6) Being tied or forced to assume fixed and stressful bodily position;
- (7) Rape and sexual abuse, including the insertion of foreign objects into the sex organ or rectum, or electrical torture of the genitals;
- (8) Mutilation or amputation of the essential parts of the body such as the genitalia, ear, tongue, etc.;
- (9) Dental torture or the forced extraction of the teeth;
- (10) Pulling out of fingernails;
- (11) Harmful exposure to the elements such as sunlight and extreme cold;
- (12) The use of plastic bag and other materials placed over the head to the point of asphyxiation;
- (13) The use of psychoactive drugs to change the perception, memory, alertness or will of a person, such as:

-
- (i) The administration of drugs to induce confession and/or reduce mental competency; or
 - (ii) The use of drugs to induce extreme pain or certain symptoms of a disease; and
- (14) Other analogous acts of physical torture; and
- (b) "Mental/Psychological Torture" refers to acts committed by a person in authority or agent of a person in authority which are calculated to affect or confuse the mind and/or undermine a person's dignity and morale, such as:
- (1) Blindfolding;
 - (2) Threatening a person(s) or his/her relative(s) with bodily harm, execution or other wrongful acts;
 - (3) Confinement in solitary cells or secret detention places;
 - (4) Prolonged interrogation;
 - (5) Preparing a prisoner for a "show trial", public display or public humiliation of a detainee or prisoner;
 - (6) Causing unscheduled transfer of a person deprived of liberty from one place to another, creating the belief that he/she shall be summarily executed;
 - (7) Maltreating a member/s of a person's family;
 - (8) Causing the torture sessions to be witnessed by the person's family, relatives or any third party;
 - (9) Denial of sleep/rest;
 - (10) Shame infliction such as stripping the person naked, parading him/her in public places, shaving the victim's head or putting marks on his/her body against his/her will;
 - (11) Deliberately prohibiting the victim to communicate with any member of his/her family; and
 - (12) Other analogous acts of mental/psychological torture.

(ก) การทรมานทางร่างกาย คือ รูปแบบการประทุบัติหรือการลงโทษซึ่งกระทำโดยบุคคลซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ หรือผู้แทนของบุคคลซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งได้กระทำต่อบุคคลที่อยู่ในความควบคุม อันเป็นเหตุให้เกิดความเจ็บปวดทรมาน ความเหนื่อยล้า ความทุกข์พลภาพ หรือทำให้อวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายทำงานผิดปกติอย่างร้ายแรง เช่น

(1) การตีซ้ำ ๆ การตีหรือกระแทกที่ศีรษะ การชก การเตะ การฟาดด้วยกระบอง หรือด้ามปืนยาว หรือวัตถุอื่นอันคล้ายคลึงกัน และการกระโดดย่ำบนท้อง

(2) การบังคับให้อดอาหาร หรือบังคับให้ทานของบูดเน่า สัตว์ ของเสียของมนุษย์ และสสาร หรือสิ่งอื่นซึ่งไม่ได้บริโภคกันตามปกติ

(3) การช็อตด้วยไฟฟ้า

(4) การจี้ด้วยบุหรี การจี้ด้วยแท่งโลหะไฟฟ้า น้ำมันร้อน กรด โดยการขโถมพริกไทย หรือสารเคมีอื่น ๆ บนเยื่อผิวหนังในช่องจมูกและปาก หรือใช้กรดหรือเครื่องเทศเผ็ดร้อนต่อบาดแผลโดยตรง

(5) การกดหัวจมน้ำ หรือในน้ำเน่าของเสีย น้ำปัสสาวะ อาเจียน และ/หรือเลือด กระทั่งอยู่ในภาวะขาดอากาศจนสำคัญ

(6) การมัด หรือบังคับให้อยู่นิ่งไม่ไหวติง และการบังคับให้อยู่ในท่าทางที่ทำให้ร่างกายเกิดความตึงเครียด

(7) การข่มขืน และการล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งรวมถึงการสอดใส่วัตถุแปลกปลอมไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก หรือการทรมานโดยใช้ไฟฟ้าต่ออวัยวะเพศ

(8) การทำให้พิการ หรือการตัดอวัยวะสำคัญของร่างกาย เช่น อวัยวะสืบพันธุ์ หู ลิ้น หรือส่วนอื่น ๆ

(9) การทรมานทางฟัน หรือการบังคับถอนฟัน

(10) การดึงเล็บนิ้วมือ

(11) การให้ทนต่อสภาพอากาศที่เลวร้าย เช่น แดดร้อน และหนาวยะเยือก

(12) การใช้ถุงพลาสติก และวัตถุอื่นใดคลุมศีรษะจนขาดอากาศหายใจ

(13) การใช้ยาซึ่งกระทบต่อจิตประสาท เพื่อเปลี่ยนแปลงการรับรู้ ความทรงจำ ความรู้ตัว หรือเจตจำนงของบุคคล เช่น

- (1) การใช้ยาเพื่อกระตุ้นให้สารภาพ และ/หรือ ลดขีดความสามารถทางจิตใจ
- (2) การใช้ยาเพื่อกระตุ้นความเจ็บปวดทรมาน หรือกระตุ้นอาการของโรค
- (14) การทรมานทางร่างกายอื่นอันคล้ายคลึงกัน และ
- (ข) การทรมานทางจิตใจ/ประสาท หมายถึง การกระทำโดยบุคคลซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ หรือผู้แทนของบุคคลซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งคาดหมายได้ว่าจะส่งผลกระทบต่อ หรือทำให้เกิดความสับสนทางจิตใจ และ/หรือ เป็นการลดทอนศักดิ์ศรีและขวัญกำลังใจของบุคคล เช่น
 - (1) การปิดบังตา
 - (2) การข่มขู่บุคคล หรือญาติของบุคคล ที่จะทำให้เกิดอันตรายแก่กาย ทำให้ถึงแก่ชีวิต หรือทำลายอวัยวะอื่น ๆ
 - (3) การกักขังเดี่ยว หรือในสถานที่ลับ
 - (4) การสอบสวนที่ยืดเยื้อยาวนาน
 - (5) การนำนักโทษไปแสดงในการพิจารณาคดีแบบเปิดเผย การแสดงสาธารณะ หรือการประจานผู้ถูกคุมขังหรือนักโทษต่อหน้าธารกำนัล
 - (6) การทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายอย่างกะทันหันของบุคคลซึ่งถูกจำกัดเสรีภาพจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลนั้นเชื่อว่าตนจะถูกพาไปประหารชีวิต
 - (7) การทารุณกรรมต่อสมาชิกในครอบครัวของบุคคล
 - (8) การจัดให้ครอบครัว เครือญาติของบุคคล หรือบุคคลที่สาม ประจักษ์รับรู้ต่อการทรมานนั้น
 - (9) การบังคับให้อดนอน/พักผ่อน
 - (10) การประจาน เช่น การเปลื้องผ้าบุคคลให้เปลือยกาย การพาตระเวนประจานในที่สาธารณะ การโกนศีรษะหรือการทำเครื่องหมายบนร่างกายอันเป็นการขัดต่อความประสงค์ของบุคคลนั้น
 - (11) การห้ามมิให้ติดต่อกับบุคคลในครอบครัว และ
 - (12) การทรมานทางจิตใจ/ประสาทอื่นอันคล้ายคลึงกัน

ประเทศฟิลิปปินส์ได้ให้ความหมายการทรมานภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้เหมือนเช่นความหมายการทรมานที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ในข้อบทที่ 1 และได้

กำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะไว้ต่างหากด้วย โดยในพระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 (Anti-Torture Act of 2009) ในมาตรา 4 ยังได้ให้ตัวอย่างการกระทำที่อาจถือเป็นการทรมานไว้อีกด้วย ซึ่งได้ยกตัวอย่างทั้งการทรมานทางร่างกายและจิตใจ/ประสาทไว้อย่างชัดเจน

จะเห็นได้ว่าการยกตัวอย่างการกระทำที่อาจถือเป็นการทรมานตามมาตรา 4 นั้นมีลักษณะเป็นการประมวลรวบรวมการกระทำแต่ละอย่างที่ผู้เสนอรายงานพิเศษเกี่ยวกับการทรมานของสหประชาชาติ (The UN Special Rapporteur on Torture) คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (The Committees Against Torture) และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ได้เคยมีคำวินิจฉัยหรือมีคำพิพากษาตามคำร้องหรือในคดีต่าง ๆ ว่าการกระทำต่าง ๆ ดังกล่าวเป็นการทรมาน หรือการประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่าหากมีการกระทำตามที่มาตรา 4 บัญญัติเกิดขึ้นแล้วจะถือเป็นการทรมานเสียทั้งหมด เนื่องจากการตีความมาตรา 4 นั้นจะต้องใช้คู่กับความหมายการทรมานตามมาตรา 3 ดังนั้นหากมีการกระทำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 เกิดขึ้น เช่น เจ้าพนักงานของรัฐได้ใช้ไฟฟ้าช็อตตามเนื้อตัวร่างกายของผู้ต้องหาแต่ไม่ได้กระทำไปโดยมีมูลเหตุจงใจอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในมาตรา 3 ก็ไม่เป็นการทรมาน

การกระทำแต่ละอนุมาตราทั้งใน มาตรา 4(ก) และ 4(ข) นั้น อาจก่อให้เกิดระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานต่อร่างกายหรือจิตใจไม่เท่าเทียมกัน โดยที่การกระทำบางอย่างในอนุมาตราใดแต่เพียงอย่างเดียวก็อาจร้ายแรงขนาดถึงขั้นเป็นการทรมานได้หากมีองค์ประกอบการกระทำอื่น ๆ ครบถ้วน เช่น รูปแบบการตีซ้ำ ๆ ที่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือที่รู้จักกันในชื่อ Falanga ตามมาตรา 4(ก)(1) การมัดมือด้วยเชือกและเอามือไว้หลังศีรษะผูกกับไม้ให้ลอยตัวเหนือพื้นที่เรียกว่า Palestinian Hanging ซึ่งอาจเข้ามาตรา 4(ก)(6) การข่มขืน ตามมาตรา 4(ก)(7) การทำให้พิการหรือตัดอวัยวะสำคัญ ตามมาตรา 4(ก)(8) การทรมาน ทารุณต่อสมาชิกในครอบครัวของเหยื่อ ตามมาตรา 4(ข)(7) การบังคับให้อดนอนอย่างยาวนาน ตามมาตรา 4(ข)(9) เป็นต้น การกระทำเหล่านี้โดยลำพังก็อาจมีความร้ายแรงถึงขนาดเป็นการทรมานแล้ว

ขณะที่การกระทำในอนุมาตราอื่น ๆ เช่น การจี้ด้วยบุหรืหรือการขโมยสารเคมี การบังคับถอนฟัน การดึงเล็บนิ้วมือ การให้ทนต่อสภาพอากาศที่ร้อนหรือเย็นจัด การปิดตา การประจาร เป็นต้น การกระทำเหล่านี้โดยลำพังอาจจะยังไม่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจในระดับที่สามารถเรียกว่าร้ายแรงจนถึงขนาดเป็นการทรมานแล้ว แต่หากมีปัจจัยอื่นเข้า

มาเกี่ยวข้องให้พิจารณา เช่น มีการใช้วิธีการกระทำดังกล่าวซ้ำ ๆ หรือกระทำลงอย่างยาวนาน หรือได้ใช้การกระทำดังกล่าวประกอบกันหลายวิธีการ ก็อาจจะส่งผลให้มีระดับความรุนแรงถึงขนาดที่จะเป็นการทรมานได้

การกระทำแต่ละอย่างในมาตรา 4 นั้นเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น และอาจมีการกระทำที่เป็นการทรมานนอกเหนือจากตัวอย่างที่ได้ให้ไว้ อีก ดังนั้นในการพิจารณาว่าการกระทำใดจะมีความร้ายแรงถึงขนาดเป็นการทรมานนั้น คงต้องเป็นหน้าที่ของศาลในการพิจารณาถึงพฤติการณ์ในแต่ละคดีมาประกอบ ทั้งในเรื่องวิธีการที่ใช้ ระยะเวลาที่ได้กระทำ หรือผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำ

ในพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดโทษของการกระทำทรมานแตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับความรุนแรงในพฤติการณ์ประกอบกรกระทำ และผลที่ผู้เสียหายได้รับจากการทรมาน โดยมีระหว่างโทษสูงสุดตั้งแต่การจำคุกตลอดชีวิต และโทษต่ำสุดคือการจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนถึงหกเดือน³⁴

³⁴ Section 14 of *Anti-Torture Act of 2009. Penalties.* –

(a) The penalty of reclusion perpetua shall be imposed upon the perpetrators of the following acts:

- (1) Torture resulting in the death of any person;
- (2) Torture resulting in mutilation;
- (3) Torture with rape;
- (4) Torture with other forms of sexual abuse and, in consequence of torture, the victim shall have become insane, imbecile, impotent, blind or maimed for life; and
- (5) Torture committed against children.

(b) The penalty of reclusion temporal shall be imposed on those who commit any act of mental/psychological torture resulting in insanity, complete or partial amnesia, fear of becoming insane or suicidal tendencies of the victim due to guilt, worthlessness or shame.

(c) The penalty of prision correccional shall be imposed on those who commit any act of torture resulting in psychological, mental and emotional harm other than those described in paragraph (b) of this section. '

(d) The penalty of prision mayor in its medium and maximum periods shall be imposed if, in consequence of torture, the victim shall have lost the power of speech or the power to hear or to smell; or shall have lost an eye, a hand, a foot, an arm or a leg; or shall have lost the use of any such member; Or shall have become permanently incapacitated for labor.

(e) The penalty of prision mayor in its minimum and medium periods shall be imposed if, in consequence of torture, the victim shall have become deformed or shall have lost any part of his/her body other than those aforesaid, or shall have lost the use thereof, or shall have been ill or incapacitated for labor for a period of more than ninety (90) days.

(f) The penalty of prision correccional in its maximum period to prision mayor in its minimum period shall be imposed if, in consequence of torture, the victim shall have been ill or incapacitated for labor for more than thirty (30) days but not more than ninety (90) days.

(g) The penalty of prision correccional in its minimum and medium period shall be imposed if, in consequence of torture, the victim shall have been ill or incapacitated for labor for thirty (30) days or less.

(h) The penalty of arresto mayor shall be imposed for acts constituting cruel, inhuman or degrading treatment or punishment as defined in Section 5 of this Act.

(i) The penalty of prision correccional shall be imposed upon those who establish, operate and maintain secret detention places and/or effect or cause to effect solitary confinement, incommunicado or other similar forms of prohibited detention as provided in Section 7 of this Act where torture may be carried out with impunity.

(j) The penalty of arresto mayor shall be imposed upon the responsible officers or personnel of the AFP, the PNP and other law enforcement

นอกจากนี้ในมาตรา 3(ปี) ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้ความหมายของ “การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี” ว่าหมายถึง การประติบัติหรือการลงโทษโดยเจตนาอย่างร้ายแรงซึ่งมีได้อยู่ในรายการตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ หรือตัวแทนของเจ้าพนักงานของรัฐต่อบุคคลซึ่งอยู่ในการคุมขังของตน ในระดับที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมาน อับอายขายหน้าและลดคุณค่าอย่างร้ายแรง³⁵ และในการพิจารณาระดับความร้ายแรงของการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีจะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ประกอบต่าง ๆ เช่น ระยะเวลาในการประติบัติหรือลงโทษ ผลกระทบทางกายหรือจิตใจที่ตามมา และในบางกรณี อาจจำเป็นต้องพิจารณาถึง อายุ เพศ สุขภาพและศาสนาของเหยื่อด้วย³⁶

agencies for failure to perform his/her duty to maintain, submit or make available to the public an updated list of detention centers and facilities with the corresponding data on the prisoners or detainees incarcerated or detained therein, pursuant to Section 7 of this Act.

³⁵ Section 3 of *Anti-Torture Act of 2009*

Definitions. - For purposes of this Act, the following terms shall mean:

(b) "Other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment" refers to a deliberate and aggravated treatment or punishment not enumerated under Section 4 of this Act, inflicted by a person in authority or agent of a person in authority against a person under his/her custody, which attains a level of severity causing suffering, gross humiliation or debasement to the latter.

³⁶ Section 5 of *Anti-Torture Act of 2009 Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment.* - Other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment refers to a deliberate and aggravated treatment or punishment not enumerated under Section 4 of this Act, inflicted by a person in authority or agent of a person in authority against another person in custody, which attains a level of severity sufficient to cause suffering, gross humiliation or debasement to the latter. The assessment of the level of severity shall depend on all the circumstances of the case, including the duration of the treatment or punishment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, religion, age and state of health of the victim.

หลังจากที่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 (Anti-Torture Act of 2009) แล้ว มีคดีสำคัญที่นับเป็นคดีที่สร้างความเปลี่ยนแปลงในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศฟิลิปปินส์ กล่าวคือคดีของนาย Jerryme Corre ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยสรุปคือ นาย Jerryme Corre ได้ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจฟิลิปปินส์จำนวน 10 คนเข้าจับกุม โดนใช้ปืนเล็งไปที่เขาพร้อมกับสั่งให้หมอบลงกับพื้นและทุบด้วยด้ามปืน รวมถึงยังเตะต่อยตามร่างกาย และเขาถูกใส่กุญแจมือและพาไปยังสถานีตำรวจและถูกแจ้งข้อหาว่าได้ปล้นและฆ่าชาวต่างชาติและเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเขาได้ให้การปฏิเสธ ในระหว่างถูกควบคุมตัวนั้นเขาได้ถูกทรมานกระทำทารุณ โดยการถูกปิดตา เจ้าหน้าที่ใช้กระบองไม้ตีที่ขาข้างเดียวของเขา นำผ้ายัดใส่ปากและจับกรอกน้ำทำให้เขาสลัดน้ำและหายใจไม่ออก รู้สึกเหมือนคนจมน้ำ และใช้แส้ไฟฟ้าฟาดตามเนื้อตัวร่างกายอย่างต่อเนื่องและยาวนาน หลังจากนั้นกริยาของ นาย Jerryme Corre ได้ตัดสินใจเข้าร้องทุกข์ต่อสำนักงานภูมิภาคของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Commission on Human Rights: CHR) โดยได้มีการทำการตรวจสอบทางการแพทย์และพบว่า นาย Jerryme Corre ได้รับแผลเป็นหลายจุดตามร่างกาย และมีอาการปวดศีรษะรุนแรง และมีมือทั้งสองข้างไร้ความรู้สึก ในวันที่ 19 กรกฎาคม พ.ศ. 2555 มีความเห็นว่า คดีของนาย Jerryme Corre มีการละเมิดพระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 และตัดสินใจยื่นฟ้องคดีต่อกระทรวงยุติธรรม และได้มีการฟ้องเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อศาลในเมืองแพมพางัน (Pampanga) ในข้อหากระทำทรมาน³⁷

จนกระทั่งในวันที่ 29 มีนาคม พ.ศ. 2559 ศาลได้มีคำพิพากษาให้จำคุกนาย Jerick Dee Jimenez เจ้าหน้าที่ตำรวจ สองปีหนึ่งเดือนในข้อหากระทำทรมานต่อ นาย Jerryme Corre และต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเงิน 100,000 เปโซ นับเป็นคดีแรกหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 ใช้บังคับ³⁸ ที่เจ้าหน้าที่รัฐในประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งมักจะได้รับการยกเว้นจากการลงโทษ (Impunity) เสมอได้ถูกพิพากษาว่ากระทำผิดฐานทรมาน คดีประวัติศาสตร์ดังกล่าว อาจเป็นการจุดประกายความหวัง และเป็นการปลุกเม็ดพันธุ์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้องกามในประเทศฟิลิปปินส์ และเป็นแนวบรรทัดฐาน ซึ่งเป็นสิ่งยืนยันว่ากฎหมายฉบับนี้จะสามารถบังคับใช้เพื่อนำตัวเจ้าพนักงานของรัฐที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนของประชาชนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมและได้รับโทษตามกฎหมายอย่างจริงจัง

³⁷ Amnesty International, *supra note 18*, pp.13-16.

³⁸ Amnesty International, Retrieved on May 28, 2016, from <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/04/philippines-historic-ruling-on-police-torture-following-amnesty-international-campaign/>.

3.2.3.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงของมนุษย์ ค.ศ. 2007 (Human Security Act of 2007)

สภาครองเกสของประเทศฟิลิปปินส์อนุมัติการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงของมนุษย์ ค.ศ. 2007 ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 และประธานาธิบดีแห่งประเทศฟิลิปปินส์ในขณะนั้น นางกลอเรีย มาคาปากัล อาร์โรโย (Gloria Macapagal Arroyo) ได้ลงนามในพระราชบัญญัติดังกล่าวในเดือนมีนาคมในปีเดียวกัน และกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับในวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 2007

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อกัการทรมานนั้น กฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติห้ามการทรมานและการบังคับในการสืบสวนและสอบสวน โดยในมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ห้ามมิให้ใช้การทรมาน การขู่เข็ญ หรือการบังคับหรือการกระทำใด ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกาย หรือจิตใจ ศีลธรรม หรือการกีดกันทางจิตใจต่อบุคคลซึ่งถูกคุมขัง ซึ่งจะทำลายเจตจำนงโดยอิสระของผู้ต้องขัง ในการสืบสวนสอบสวนความผิดฐานก่อการร้ายหรือการสมคบกันจะก่อการร้าย มิฉะนั้นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวข้างต้น จะไม่สามารถรับฟังและใช้เป็นพยานหลักฐานได้ทั้งในชั้นศาล องค์กรกึ่งตุลาการ หรือการสืบสวน การไต่สวน การพิจารณาคดี หรือการสืบพยาน³⁹

กล่าวโดยสรุปแล้วประเทศฟิลิปปินส์มีกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศรับรองหลักการห้ามการทรมาน และการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้

³⁹ Section 24 of Human Security Act of 2007

No Torture or Coercion in Investigation and Interrogation. - No threat, intimidation, or coercion, and no act which will inflict any form of physical pain or torment, or mental, moral, or psychological pressure, on the detained person, which shall vitiate his free-will, shall be employed in his investigation and interrogation for the crime of terrorism or the crime of conspiracy to commit terrorism; otherwise, the evidence obtained from said detained person resulting from such threat, intimidation, or coercion, or from such inflicted physical pain or torment, or mental, moral, or psychological pressure, shall be, in its entirety, absolutely not admissible and usable as evidence in any judicial, quasi-judicial, legislative, or administrative investigation, inquiry, proceeding, or hearing.

มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยศักดิ์ศรีไว้อย่างกว้าง ๆ โดยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 เป็นกฎหมายหลักที่ใช้ในการป้องกันและปราบปรามการทรมานฯ โดยประเทศฟิลิปปินส์ ได้เลือกที่จะบัญญัติความหมายการทรมานให้สอดคล้องกับความหมายการทรมานในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะตามที่คณะกรรมการต่อต้านการทรมานแนะนำ ทั้งยังได้ยกตัวอย่างการกระทำต่าง ๆ ที่อาจเข้าข่ายเป็นการทรมานไว้ในกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมายอาญาที่กำหนดให้กฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแน่นอน

3.3 ประเทศฝรั่งเศส (France)

ประเทศฝรั่งเศสได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

3.3.1 การเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ การให้สัตยาบัน (Ratification) การทำข้อสงวน (Reservation) ความเข้าใจ (Understanding) และประกาศ (Declaration)

ประเทศฝรั่งเศสได้ลงนามในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 - CAT) ในวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1985 โดยได้มีพระราชบัญญัติ เลขที่ 85-1173 ออกในวันที่ 12 พฤศจิกายน ค.ศ. 1985 เพื่อรับรองการให้สัตยาบัน ประเทศฝรั่งเศสได้ส่งมอบสัตยาบันสารในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1986 โดยอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มีผลใช้บังคับในวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1987⁴⁰ ทั้งนี้ ประเทศฝรั่งเศสยังได้ลงนามในพิธีสารเลือกรับต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี (Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or

⁴⁰ UN Committee Against Torture (CAT), UN Committee against Torture: Addendum to the Third Periodic Reports of States Parties Due in 1996, France, 10 January 2005, CAT/C/34/Add.19, Retrieved on May 2, 2016, <http://www.refworld.org/docid/42cd6f064.html>.

Punishment) ในวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 2005 และได้ให้สัตยาบันแก่พิธีสารเลือกรับดังกล่าวแล้วในวันที่ 11 พฤศจิกายน ค.ศ. 2008⁴¹

3.3.1.1 ข้อสงวนที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของฝรั่งเศส

ในการเข้าเป็นภาคีสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นี้ รัฐบาลประเทศฝรั่งเศสได้มีข้อสงวนโดยประกาศว่าตามข้อบทที่ 30 วรรค 2 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ประเทศฝรั่งเศสจะไม่ผูกพันตนตามบทบัญญัติวรรคหนึ่งของข้อบทที่ 30⁴²

3.3.1.2 ความเข้าใจที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมิได้มีการทำความเข้าใจใดๆ ในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

3.3.1.3 ประกาศที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ของฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้ทำคำประกาศต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ภายใต้ข้อบทที่ 21 และข้อบทที่ 22 ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานในวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ.1988 โดยรัฐบาลประเทศฝรั่งเศสประกาศยอมรับอำนาจของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานที่จะรับและพิจารณาคำร้องเรียนว่ารัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่งอ้างว่ารัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีต่างๆ ของรัฐนั้นตามอนุสัญญานี้ และยอมรับอำนาจของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานที่จะรับและพิจารณาคำร้องเรียนทั้งปวงที่มาจากหรือกระทำในนามของปัจเจกบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจของตน ซึ่งอ้างว่าได้ตกเป็นผู้เสียหายจากการละเมิดบทบัญญัติต่างๆ ของอนุสัญญานี้ โดยรัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่ง

⁴¹ United Nations, Human Rights Office of the High Commissioner, Retrieved on May 2, 2016, from http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=62&Lang=en.

⁴² United Nations, Treaty Collection, Retrieved on May 2, 2016, from https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV9&chapter=4&lang=en#EndDec.

3.1.2 สภาพปัญหาการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศซึ่งปกครองในระบบประชาธิปไตย พลเมืองชาวฝรั่งเศสมีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งได้รับการประกันโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส และองค์การตุลาการ โดยในสายตาของนานาชาติประเทศนั้น ประเทศฝรั่งเศสถือเสมือนเป็นถิ่นกำเนิดของสิทธิมนุษยชน (Homeland of human rights)⁴³ อย่างไรก็ตาม เฉกเช่นประเทศอื่น ประเทศฝรั่งเศสไม่สามารถรักษามาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสูงได้โดยตลอด และประวัติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศสเองก็บอกเล่าเรื่องราวเกี่ยวกับปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้เป็นอย่างดี โดยเฉพาะปัญหาการใช้การทรมาน หรือการประติบัติที่ทารุณโหดร้าย

เมื่อกล่าวถึงสภาพปัญหาการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีในประเทศฝรั่งเศส เหตุการณ์สำคัญที่จะล่วงเลยที่จะกล่าวถึงมิได้เลยคือ เหตุการณ์สงครามแอลจีเรีย หรือเป็นที่รู้จักในนาม “The Battle of Algiers” สงครามแอลจีเรียเริ่มต้นในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1952 โดยเป็นสงครามระหว่างแนวร่วมปลดปล่อยแห่งชาติ (The Front de libération nationale :FLN) กับกองทัพของฝรั่งเศส สงครามดังกล่าวมีความรุนแรง โหดร้ายและทารุณอย่างมาก กองกำลังกบฏแอลจีเรียได้เข้าโจมตีกองกำลังทหารของฝรั่งเศส พลเมือง และชาวแอลจีเรียที่เข้าร่วมหรือเห็นด้วยกับฝรั่งเศส ทหารฝรั่งเศสเริ่มทำการตอบโต้กลับอย่างรุนแรง และในปฏิบัติการทางทหารดังกล่าวได้มีการใช้การฆ่านอกกฎหมายและการทรมานอย่างเป็นระบบ⁴⁴

ในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1955 รัฐสภาประเทศฝรั่งเศสได้พิจารณาการลงมติเพื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในแอลจีเรีย จนกระทั่งในวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 1956 รัฐสภาได้อนุมัติ

⁴³ Yves Beigbeder, *Judging War Crimes and Torture: French Justice and International Criminal Tribunals and Commissions (1940-2005)*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p.7

⁴⁴ Raphaëlle Branche, “Torture of terrorists? Use of torture in a “war against terrorism”: justification, methods and effects: the case of France in Algeria”, 1954-1962, *International Review of the Red Cross*, Volume 89 Number 867, September (2007): p.555.

อำนาจพิเศษ (Special power) ให้แก่รัฐบาลฝรั่งเศสเพื่อเข้าต่อสู้กับกองกำลังกบฏ กฎหมายให้อำนาจพิเศษดังกล่าวให้อำนาจแก่รัฐบาลฝรั่งเศสในการใช้มาตรการยกเว้นทั้งหมดเพื่อรักษาความสงบเพื่อปกป้องประชาชน และเพื่อรักษาดินแดน มีการอนุญาตให้จัดตั้งค่ายกักกันเพื่อกักขังนักโทษได้ โดยมีรายงานว่าผู้ถูกกักขังในค่ายกักกันหลายแห่งรวมกันกว่า 20,500 คนในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1958⁴⁵ ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าว ในปฏิบัติการทหารของฝรั่งเศสในประเทศแอลจีเรียเจ้าหน้าที่ระดับสูงของฝรั่งเศสได้มีคำสั่งอนุญาตให้ใช้การทรมานเป็นวิธีหลักในการหาข้อมูลการปฏิบัติการของกองกำลังกบฏ⁴⁶

เหยื่อจากการทรมานที่ถูกกระทำโดยทหารอุโหดร้ายในช่วงสงครามแอลจีเรีย ต่างต้องตกอยู่ภายใต้ความทุกข์ทรมานทั้งทางร่างกายและจิตใจ เช่น นาย Henri Alleg ซึ่งในอดีตเป็นผู้อำนวยการหนังสือพิมพ์รายวันคอมมิวนิสต์ “Alger Republicain” และเป็นผู้เขียนหนังสือชื่อ “La question” (The Question)⁴⁷ เพื่อบอกเล่าเหตุการณ์การใช้วิธีทรมาน และการประตบัติที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมและที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลังจากทีนาย Henri Alleg ได้ถูกเข้าจับกุมโดยกองทหารฝรั่งเศสในวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 1957 และถูกควบคุมตัวไว้ที่ค่ายทหารใน El-Biar ใกล้กับเมืองแอลเจียร์ จากการบอกกล่าวเหตุการณ์ผ่านหนังสือ ในช่วงระหว่างที่ถูกคุมขังนั้นกองทหารฝรั่งเศสได้ใช้วิธีทรมานอย่างทารุณโหดร้าย โดยนาย Henri หลังจากถูกสั่งให้ถอดเสื้อผ้าแล้ว ได้ถูกใช้ไฟฟ้าช็อตบริเวณขาหนีบ ใบหน้า ปาก หู หน้าอกและบริเวณอวัยวะ ใช้การทรมานโดยการจำลองการจมน้ำทำให้รู้สึกเหมือนจมน้ำ ใช้ไฟคลอกตามส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย และบังคับให้อดนอน⁴⁸

ในท้ายที่สุด อาจกล่าวได้ว่าแม้ฝรั่งเศสจะประสบความสำเร็จจากปฏิบัติการทางทหาร จนสามารถควบคุมสถานการณ์ความวุ่นวายอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในสถานการณ์สงครามได้ในปี ค.ศ.1957 แต่ไม่อาจกล่าวได้อย่างเต็มปากว่าฝรั่งเศสได้รับชัยชนะในสงครามแอลจีเรียนี้ โดยที่ทหารฝรั่งเศสได้ใช้การทรมานเป็นเครื่องมือในการหาข้อมูลข่าวสาร ทำให้ประชาชนพื้นเมืองเกิดความ

⁴⁵ Yves Beigbeder, *supra note 43*, p.97.

⁴⁶ Raphaëlle Branche, *supra note 44*, p.547.

⁴⁷ Erickson, Jeff (2013) "Torture: Henri Alleg and the Algerian War," *Iowa Historical Review*: Vol. 4: Iss. 1: 25-41, p. 25. Retrieved from <http://ir.uiowa.edu/iowa-historical-review/vol4/iss1/3>.

⁴⁸ *Ibid.*

ไม่พอใจ จนสูญเสียการสนับสนุนของประชาชน ไม่สามารถเอาชนะจิตใจของประชาชนได้⁴⁹ สงครามเอกราชในแอลจีเรียยังคงไม่สงบแต่ประการใด จนในที่สุดในช่วงปี ค.ศ. 1961 รัฐบาลประเทศฝรั่งเศสภายใต้การนำของประธานาธิบดี ชาร์ลส์ เดอโกลล์ (Charles de Gaulle) ได้เจรจากับกองกำลังกบฏ และนำไปสู่การประกาศเอกราชของประเทศแอลจีเรียในวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1962⁵⁰ ในที่สุด

นอกจากนี้ยังมีอีกเหตุการณ์หนึ่งที่ส่งผลให้ชื่อเสียงประเทศฝรั่งเศสในด้านที่เป็นประเทศชั้นนำในการให้ความคุ้มครองเรื่องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสั้นคลอน โดยเป็นเรื่องอื้อฉาวจากการที่ตำรวจของฝรั่งเศสใช้การทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีต่อผู้ต้องหา โดยในคดีนี้ ผู้ต้องหานาย Ahmed Selmouni ได้ถูกตำรวจฝรั่งเศสเข้าจับกุมและถูกควบคุมตัวแถบชานเมืองปารีส และถูกแจ้งขอหาดำเนินคดีในความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนเฮโรอีนข้ามชาติ ในขณะที่ถูกคุมขังเขาต้องได้รับความทุกข์ทรมานจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของตำรวจฝรั่งเศส โดยเขาได้ถูกลากผม ตะต่อยตามเนื้อตัวร่างกาย และถูกไม่เบสบอลตีที่ศีรษะ จนถึงนำส่งโรงพยาบาลในฐานะคนไข้ฉุกเฉิน และหลังจากที่กลับไปยังสถานี่ตำรวจในวันถัดไปแล้ว นาย Ahmed Selmouni ก็ยังถูกทรมานและกระทำโดยมิชอบ⁵¹

หลังจากนั้น นาย Ahmed Selmouni ได้ยื่นเรื่องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เมื่อพิจารณาจากหลักฐานทางการแพทย์ และการที่ฝรั่งเศสไม่มีเหตุผลที่น่าเชื่อถืออื่นที่จะแสดงได้ว่า นาย Ahmed Selmouni ได้รับบาดเจ็บภายใต้ความควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ของฝรั่งเศสได้อย่างไร ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงตัดสินโดยเอกฉันท์ว่าฝรั่งเศสได้ใช้การทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี อันเป็นการละเมิดข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ในวันที่ 28 กรกฎาคม 1999 และต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจำนวน 500,000 ฟรังก์⁵² แก่ นาย Ahmed Selmouni ฝรั่งเศสจึงนับเป็นประเทศที่สองในทวีปยุโรป

⁴⁹ สุรชาติ บำรุงสุข, “ปกิณกะสงคราม Miscellaneous of War”, *จุลสารความมั่นคงศึกษา*, ฉบับที่ 85, (พฤศจิกายน 2553), สถาบันการข่าวกรอง สำนักข่าวกรองแห่งชาติ, น.11.

⁵⁰ *เพ็งฮ้าง* น.12.

⁵¹ *Selmouni v. France*, 25803/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 July 1999, Retrieved on May 7, 2016 from <http://www.refworld.org/docid/3ae6b70210.html>.

⁵² Catherine Elliot, *French Criminal Law*, (New York.: William Publishing, 2001), pp. 20-21.

ที่ถูกศาลตัดสินว่าได้กระทำทรมาน หลังจากที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เคยตัดสินให้ประเทศตุรกีมีความผิดละเมิดข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในคดี *Aksoy v, Turkey*⁵³ ซึ่งจากคดีดังกล่าวก็ก่อให้เกิดความน่าละอายแก่ประเทศฝรั่งเศสซึ่งภาคภูมิใจในประเทศตนเองในฐานะเป็นประเทศที่มุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

3.3.3 กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

กฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีนั้นได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และประมวลกฎหมายอาญา

3.3.3.1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับใหม่ของฝรั่งเศสที่ใช้บังคับในวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1994 ในมาตราที่ 689-1 และมาตรา 689-2 ได้กำหนดให้ศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจในการฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลใด ๆ ที่ได้กระทำทรมานนอกอาณาเขตของประเทศฝรั่งเศสได้

โดยในมาตรา 689-1 ได้กำหนดให้ “ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่อ้างถึงในมาตราดังต่อไปนี้ บุคคลซึ่งกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งที่กำหนดไว้ในบทบัญญัตินี้ นอกอาณาเขตของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และได้ปรากฏตนในฝรั่งเศสอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีโดยศาลฝรั่งเศสได้ บทบัญญัติในมาตรานี้ให้ใช้กับการพยายามความผิดเหล่านั้น ในกรณีที่การพยายามกระทำความผิดสามารถลงโทษได้”⁵⁴

⁵³ *Aksoy v. Turkey*, 100/1995/606/694, Council of Europe: European Court of Human Rights, 18 December 1996, Retrieved on May 7, 2016, from <http://www.refworld.org/docid/3ae6b67518.html>.

⁵⁴ Article 689-1 of French Code of Criminal Procedure

“In accordance with the international Conventions quoted in the following articles, a person guilty of committing any of the offences listed by these provisions outside the territory of the Republic and who happens to be in France may be

และมาตรา 689-2 กำหนดให้ “เพื่อบังคับให้เป็นไปตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งได้รับรองในเมืองนิวยอร์กในวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1984 บุคคลใด ๆ ซึ่งได้กระทำการทรมานตามความหมายในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญานี้ อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามบทบัญญัติมาตรา 689-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”⁵⁵

ทั้งสองมาตรานี้ได้บัญญัติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ในเรื่องหลักการเรื่องเขตอำนาจสากล (Principle of Universal Jurisdiction)) รวมถึงหลักการส่งข้ามแดนหรือฟ้องเป็นคดีอาญา (Aut Dedere Aut Judicare principle: Extradite or Prosecute)

3.3.3.2 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส

ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสฉบับเก่า การทรมานหรือการกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ไม่ได้เป็นฐานความผิดฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะ โดยถูกกำหนดให้เป็นเพียงเหตุการณ์ของความผิดบางฐานเฉพาะเท่านั้น⁵⁶ อย่างไรก็ตามเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1994 ได้บัญญัติความผิดฐานการกระทำการทรมานและการกระทำอันป่าเถื่อนไว้โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 221-1 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำการทรมานหรือการกระทำอันป่าเถื่อนต้องถูกระวางโทษจำคุก 15 ปี”⁵⁷ นอกจากนี้ ผู้กระทำอาชญากรรมจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยต้องระวางโทษจำคุก

prosecuted and tried by French courts. The provisions of the present article apply to attempts to commit these offences, in every case where attempt is punishable.”

⁵⁵ Article 689-2 of French Code of Criminal Procedure

“For the implementation of the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted in New York on 10th December 1984, any person guilty of torture in the sense of article 1 of the Convention may be prosecuted and tried in accordance with the provisions of article 689-1.”

⁵⁶ Catherine Elliot, *supra* note 52, p.169.

⁵⁷ Article 222-1 of French Code of Criminal Law

20 ปี ตามมาตรา 222-3 หากเป็นการกระทำทรมานหรือการกระทำโดยป่าเถื่อนซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 15 ปี การกระทำต่อบุคคลผู้อ่อนแอ (Vulnerable person) เนื่องจากอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือคนตั้งครรรภ์ หรือเป็นกรณีการกระทำที่เกิดขึ้นจากเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานหรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ เป็นต้น⁵⁸ ทั้งนี้การกระทำทรมานและการกระทำอันป่าเถื่อนยังคงเป็นเหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานอื่น ๆ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁵⁹

“The subjection of a person to torture or to acts of barbarity is punished by fifteen years' criminal imprisonment.”

⁵⁸ Article 222-3 of French Code of Criminal Law

“The offence defined in article 222-1 is punished by twenty years' criminal imprisonment where it is committed:

- 1° against a minor under fifteen years of age;
- 2° against a person whose particular vulnerability, due to age, sickness, physical or psychological disability or to pregnancy, is apparent or known to the perpetrator;
- 3° against a natural or legitimate ascendant or the adoptive father or mother;
- 4° against a judge or prosecutor, a juror, an advocate, a legal professional officer or a public officer, a member of the gendarmerie, a civil servant of the national police, customs, the penitentiary administration or against any other person holding public authority or discharging a public service mission, a fireman (whether professional or volunteer), the accredited warden of a building or group of buildings or an agent carrying out on behalf of the tenant the duty of caring for or watching an inhabited building in pursuance of article L. 127.1 of the Code of Construction and Habitation, in the exercise or on account of his functions or mission, when the capacity of the victim is known or apparent to the perpetrator;
- 4°bis against the spouse, the ascendants and direct descendants of the persons mentioned in 4° or against any other person who habitually resides in their home, because of the duties carried out by these persons;
- 4°ter against a person employed by a public transport network or any other person carrying out a public service mission or against a health professional in the exercise of his duties, where the status of the victim is apparent or known to the perpetrator;

แม้ว่าจะกำหนดไว้เป็นฐานความผิดเฉพาะ แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสกลับไม่ได้ให้คำนิยามการทรมานและการกระทำอันป่าเถื่อนไว้โดยเฉพาะซึ่งแตกต่างจากอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แต่อย่างก็ตาม จากหนังสือเวียนของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมฉบับลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 ได้กล่าวถึงประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่และข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ โดยระบุว่า การกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายหรือจิตใจแก่ผู้อื่นถือเป็นการทรมานตามความหมาย “การทรมาน” ที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แล้ว และความหมายในประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่นี้ยังมีขอบเขตการใช้บังคับที่กว้างกว่าตัวอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ที่ใช้บังคับกับเจ้าพนักงานของรัฐและต้องมีเจตนาพิเศษอีกด้วย⁶⁰

5° against a witness, victim or civil party, either to prevent him from denouncing the action, filing a complaint or making a statement before a court, or because of such denunciation, complaint or statement;

5°bis because of the victim's actual or supposed membership or non-membership of a given ethnic group, nation, race or religion;

5°ter because of the sexual orientation of the victim;

6° by the spouse or cohabitee of the victim;

7° by a person holding public authority or discharging a public service mission, in the exercise or at the occasion of the exercise of the functions or mission;

8° by two or more acting as perpetrators or accomplices;

9° with premeditation;

10° with the use or threatened use of a weapon.”

⁵⁹ รณกรณ์ บุญมี, “ปัญหาในการกำหนดนิยามของการทรมาน และบัญญัติให้เป็นความผิดเฉพาะตามกฎหมายไทย”, (เอกสารประกอบการสัมมนางานวิชาการในชุด “เชิดชูครุกฎหมาย” เนื่องในงานรำลึกศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย หัวข้อ “พันธกรณีของประเทศไทยในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย”, 25 เมษายน 2558), น. 14.

⁶⁰ UN Committee Against Torture (CAT), UN Committee against Torture: Addendum to the Third Periodic Reports of States Parties Due in 1996, France, 10 January 2005, CAT/C/34/Add.19, para 9, Retrieved on May 8, 2016, from <http://www.refworld.org/docid/42cd6f064.html>.

คำนิยามการทรมานในประเทศฝรั่งเศสเกิดขึ้นจากการพิจารณาบรรทัดฐานของศาล ซึ่งกำหนดให้การทรมานและการกระทำอันป่าเถื่อนนั้นจะต้องแสดงได้ถึงองค์ประกอบที่สำคัญสองประการ คือ องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ การกระทำที่มีความร้ายแรงเป็นพิเศษ (Exceptional seriousness) ซึ่งรุนแรงกว่าการกระทำปกติทั่วไปและต้องทำให้ผู้เสียหายได้รับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง และองค์ประกอบภายใน คือ ความปรารถนาที่จะปฏิเสธศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้เสียหาย (The desire to deny the victim human dignity)⁶¹ อันเป็นบรรทัดฐานที่ศาลอุทธรณ์เมืองลียง (Indicting Chamber of the Court of Appeals of Lyon) ได้วางไว้ในวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1996 ประเทศฝรั่งเศสยืนยันต่อคณะกรรมการต่อต้านการทรมานมาโดยตลอดว่าการทรมานและการกระทำอันป่าเถื่อนที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 222-1 ตามที่ศาลได้ตีความให้ความหมายนั้นสอดคล้องกับข้อบทที่ 1 ที่บัญญัติความหมายการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ไว้ ทั้งยังสอดคล้องกับข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานและแนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป⁶²

ต่อข้อกังวลและคำแนะนำของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานว่าประเทศฝรั่งเศสควรจะต้องแยกให้เกิดความชัดเจนระหว่างการทรมานที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยหรือด้วยการยุยง หรือด้วยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐหรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการกับการกระทำทรมานของปัจเจกบุคคล ประเทศฝรั่งเศสได้ยืนยันว่าประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ มาตรา 222-3 อนุมาตรา 7 ได้กำหนดอย่างชัดเจนให้ การทรมานที่กระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหรือที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของตนจะได้รับโทษหนักขึ้นเป็นการเฉพาะแล้ว และเช่นเดียวกับเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งไม่ว่า

⁶¹ UN Committee Against Torture (CAT), *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention : Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : fourth to sixth periodic reports of States parties due in 2008 : France*, 23 July 2009, CAT/C/FRA/4-6, para 7. Retrieved on May 8, 2016, from <http://www.refworld.org/docid/4b1645252.html> อ้างใน รณกรณ์ บุญมี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 59*, น.15.

⁶² UN Committee Against Torture (CAT), *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Seventh periodic reports of States parties due in 2014: France*, 29 July 2015, CAT/C/FRA/7, para41. Retrieved on May 8, 2016, from <http://www.refworld.org/docid/564d95fd4.html>.

โดยตรงหรือโดยอ้อมได้ทำการยุบหรือยินยอมต่อการทรมานก็ย่อมได้รับโทษในฐานะเป็นผู้สนับสนุน ความผิดฐานทรมานเช่นกัน⁶³

ในด้านประเด็นเรื่องความชัดเจนแน่นอน (Clarity) และความคาดหมายได้ (Predictability) ของกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทรมานตามกฎหมายฝรั่งเศส อันเป็นหนึ่งในหลักประกันในกฎหมายอาญาที่กำหนดให้กฎหมายอาญาจะต้องมีความชัดเจนแน่นอน ได้มีคดีสำคัญซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วินิจฉัยไว้ในคดี Ould Dah v France⁶⁴ ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยสรุปกล่าวคือ ในช่วงเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1990 และเดือนมีนาคม ค.ศ. 1991 นาย Ould Dah นายทหาร ประเทศรัฐอิสลามมอริเตเนีย (Islamic Republic of Mauritania) ได้กระทำการทรมานและการกระทำอันป่าเถื่อนต่อกลุ่มคนเชื้อสายแอฟริกา ต่อมาประเทศมอริเตเนียได้ออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้การกระทำทั้งหลายที่เหล่าทหารได้กระทำลง หลังจากนั้นในระหว่างที่นาย Ould Dah ได้เดินทางมาสัมมนาในประเทศฝรั่งเศส องค์การสิทธิมนุษยชนในประเทศฝรั่งเศสได้ยื่นฟ้องเขาในข้อหากระทำการทรมาน โดยกล่าวอ้างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ศาลฝรั่งเศสได้พิจารณาและเห็นว่าข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏนั้นเป็นการละเมิดต่อข้อบทที่ 1 อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ โดยได้วินิจฉัยว่ามูลเหตุจูงใจในการกระทำนั้นก็เพื่อต้องการล้างเผ่าพันธุ์ของผู้เสียหาย และเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่หน่วยข่าวกรองซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ โดยที่ศาลฝรั่งเศสมีอำนาจที่จะพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 689-1 และ 689-2 และแม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศสจะเพิกบัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 222-1 แต่ภายใต้กฎหมายอาญาฉบับเก่าการกระทำดังกล่าวก็ถือเป็นเหตุฉกรรจ์ของหลายผิดฐานต่าง ๆ รวมทั้งความผิดฐานทำร้ายร่างกายที่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญาเดิมมาตรา 303⁶⁵ และ 309⁶⁶ ซึ่งมีระวางโทษจำคุก 5-10 ปี ในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.

⁶³ UN Committee Against Torture (CAT), *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Seventh periodic reports of States parties due in 2014 : France*, 29 July 2015, CAT/C/FRA/7, para 42. Retrieved on May 8, 2016, <http://www.refworld.org/docid/564d95fd4.html>.

⁶⁴ American Society of International Law, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: OULD DAH V. FRANCE. (2009). *International Legal Materials*, 48(4), 884-896. Retrieved on May 14, 2016, from <http://www.jstor.org/stable/20695938>.

⁶⁵ Article 303 of the French Old Penal Code,

2005 ศาลอาญาฝรั่งเศสได้พิพากษาให้จำคุก นาย Ould Dah 10 ปีจากการกระทำทรมานและการอันป่าเถื่อนต่อผู้อื่นโดยใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ

นาย Ould Dah ได้ยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป อ้างว่าถูกดำเนินคดีและตัดสินในฝรั่งเศสสำหรับความผิดซึ่งตนได้ทำในประเทศมอริเตเนีย และตนไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าจะถูกบังคับใช้กฎหมายฝรั่งเศสแทนที่กฎหมายมอริเตเนีย ทั้งกฎหมายฝรั่งเศสเองก็ไม่ได้กำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะในตอนที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น จึงเป็นการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังอันเป็นโทษแก่ตนละเมิดข้อบทที่ 7⁶⁷ อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าการด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยรัฐบาลฝรั่งเศสได้โต้แย้งว่า นาย Ould Dah สามารถคาดเห็น (Foreseeable) และสามารถเข้าถึง (Accessible) กฎหมายฝรั่งเศสได้ เนื่องจากในเวลาที่มีการกระทำ

“All malefactors of whatever denomination, who for the execution of their crimes, make use of tortures, or commit acts of barbarity, shall be punished as guilty of assassination

Those who, for execution of their crimes, made use of torture or committed acts of barbarity shall be punished by five to ten years imprisonment”

⁶⁶ Article 309 of the French Old Penal Code,

“Every individual who voluntarily has caused injuries or committed acts of violence or acted in violence causing sickness or total incapacity to work for more than eight days shall be punished by imprisonment of two months to two years and a fine of 500F to 20.000F or only one of those penalties. (...)”

⁶⁷ Article 7 of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

“1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations”

ความผิดได้เกิดขึ้นนั้นหลักเขตอำนาจสากลในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้มีการยอมรับและบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสตาม มาตรา 689-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับใหม่แล้ว การทรมานก็เป็นการกระทำที่สามารถลงโทษได้ตามมาตรา 303 แห่งกฎหมายอาญาฉบับเก่าในฐานะที่เป็นเหตุฉกรรจ์ ด้วยข้อเท็จจริงที่ นาย Ould Dah ได้เรียนการทหารระดับสูงและผ่านการทดสอบระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส ทั้งยังมีโอกาสในการเลือกที่ปรึกษากฎหมายด้วยตนเอง ดังนั้นจึงสามารถคาดเห็นในเรื่องกฎหมายฝรั่งเศสได้ รัฐบาลฝรั่งเศสยังชี้แจงอีกว่า นาย Ould Dah ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดตามมาตรา 303 และ 309 แห่งประมวลกฎหมายอาญาฉบับเก่าซึ่งใช้ในขณะความผิดและได้รับโทษจำคุกสิบปี ซึ่งเป็นโทษจำคุกสูงสุดที่ใช้ในการกระทำทรมานขณะนั้น

หลังจากที่ได้รับฟังข้อโต้แย้งของ นาย Ould Dah และรัฐบาลฝรั่งเศสแล้ว ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงได้ทำคำวินิจฉัย โดยในคำวินิจฉัยได้กล่าวถึงความสำคัญของหลักการไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena sine lege) ที่บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 7 แห่งอนุสัญญายุโรปฯ ว่าหลักการดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรม และเป็นหลักการซึ่งมีอายุยืนได้ในกรณีใด ๆ (Non-derogable) และข้อเรียกร้องประการหนึ่งของหลักการดังกล่าวก็คือ ข้อเรียกร้องซึ่งกำหนดให้กฎหมายอาญาต้องบัญญัติความผิดและโทษไว้อย่างชัดเจนแน่นอน การที่ข้อเรียกร้องดังกล่าวจะบรรลุผลได้ก็ต่อเมื่อบุคคลใด ๆ สามารถอ่านถ้อยคำในความผิดฐานหนึ่งฐานใดแล้วสามารถทราบได้โดยตนเอง หรือโดยอาศัยการตีความของศาล ว่าการกระทำหรือไม่กระทำการของตนจะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาหรือไม่⁶⁸ อย่างไรก็ตามศาลยังยืนยันว่า ภายใต้หลักการตามข้อบทที่ 7 วรรคแรกนั้น ถึงแม้ว่าถ้อยคำในความผิดทางอาญาจะมีความชัดเจนแน่นอนเพียงใด การตีความของศาลก็เป็นสิ่งซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ โดยการตีความของศาลจะช่วยให้เกิดความชัดเจนและปรับกฎหมายให้ทันกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป⁶⁹ หลังจากนั้นศาลได้พิจารณาว่าเวลาที่

⁶⁸ ธรรมนูญ บัญญัติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 59, น.15.

⁶⁹ ศาลรัฐธรรมนูญไทยเองก็ได้ยืนยันหลักการดังกล่าวไว้ใน คำวินิจฉัยที่ 4/2559 วันที่ 29 มิถุนายน 2559 ซึ่งเกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 มาตรา 61 วรรคสอง โดยศาลเห็นว่าในบางกรณีกฎหมายอาญาอาจจะใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนแต่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงก็ได้ เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถพิจารณาพฤติการณ์ของการกระทำประกอบกับถ้อยคำตามองค์ประกอบความผิด เพื่อให้ได้ความหมายที่ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ อันเป็นการอำนวยความยุติธรรมในเรื่องนั้น ๆ ได้ และการกำหนดถ้อยคำ

ความผิดเกิดขึ้นนั้น กล่าวคือก่อนที่ประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิมจะใช้บังคับ ประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิม มาตรา 303 ได้กำหนดถึงการทรมานและการกระทำอันป่าเถื่อนไว้อย่างชัดเจน ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า นาย Ould Dah ได้ถูกพิพากษาว่ามีความผิดตาม มาตรา 303 และ 309 ซึ่งใช้บังคับในขณะที่ความผิดเกิดขึ้นแม้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสจะไม่ได้บัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดโดยเฉพาะ แต่ก็ยังเป็นบทบรรณาธิกของความผิดต่าง ๆ ซึ่งมีโทษทางอาญา ศาลยังได้กล่าวถึงหนังสือเวียนฉบับลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 ซึ่งได้อธิบายอย่างชัดเจนว่าคำว่า “การทรมาน” และ “การกระทำอันป่าเถื่อน” ยังคงมีความหมายเช่นเดียวกันกับแนวคำวินิจฉัยของศาลในขณะที่การทรมานและการกระทำอันป่าเถื่อนนั้นเป็นเหตุตุณกรรม และโทษที่ลงแก่ นาย Ould Dah ก็มีได้เกินกว่าโทษที่กำหนดไว้ในมาตรา 303 ประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิม ไม่ได้มีการบังคับใช้โทษในมาตรา 222-1 ประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิมซึ่งมีกำหนดโทษจำคุกสูงกว่า

ดังนั้นศาลจึงวินิจฉัยว่า ในขณะที่กระทำความผิด การกระทำของ นาย Ould Dah เป็นการกระทำความผิดซึ่งคาดหมายได้และเข้าถึงได้ และ นาย Ould Dah สามารถคาดหมายได้ว่าการกระทำทรมานของตนนั้นย่อมอาจถูกฟ้องร้องและดำเนินคดี และการคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสไม่ขัดกับหลักการตามข้อบทที่ 7 แห่งอนุสัญญายุโรปฯ อันเป็นการยืนยันว่าความผิดฐานทรมานตามมาตรา 222-1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิมของประเทศฝรั่งเศสมีความชัดเจนเพียงพอที่จะเป็นกฎหมายซึ่งมีโทษทางอาญาแล้ว⁷⁰

โดยสรุปแล้วประเทศฝรั่งเศสเลือกที่จะกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะตามประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิม โดยมีได้ให้ความหมายการทรมานไว้เป็นการเฉพาะ แม้ว่าคณะกรรมการต่อต้านการทรมานจะตำหนิที่ประเทศฝรั่งเศสมิได้กำหนดความหมายการทรมานไว้ตามข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แต่ประเทศฝรั่งเศสก็ยืนยันว่าคำนิยามการทรมานที่เกิดจากการพิจารณาคดีของศาลฝรั่งเศสนั้นมีความหมายสอดคล้องกับการทรมาน ตามข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ สอดคล้องกับข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญายุโรปฯ และคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และสามารถใช้ลงโทษการกระทำทรมานได้ในทุกรูปแบบ

ในลักษณะดังกล่าวไม่ขัดกับหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” หรือ “Nullum crimen, nulla poena sine lege”

⁷⁰ ธรณกรณ์ บุญมี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 59*, น.16.

บทที่ 4

ความหมาย “การทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี” ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

แม้ว่าจะมีความชัดเจนและเห็นพ้องต้องกันถึงหลักการห้ามการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งนานาประเทศมีความเห็นและยอมรับหลักการดังกล่าว ดังได้แสดงออกผ่านการเข้าเป็นภาคีสันธิสัญญาต่าง ๆ หลายฉบับที่บรรจุหลักการนี้ไว้ สถานะทางกฎหมายของหลักการดังกล่าวนี้ก็มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International law) ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens หรือ Peremptory Norms) ทำให้มีผลผูกพันรัฐต่างๆ ที่อาจจะไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาอันใดอันหนึ่งซึ่งรับรองหลักการดังกล่าวเช่นกัน อีกทั้งหลักการดังกล่าวยังเป็นหลักการที่ไม่สามารถผ่อนปรนได้ (Non-Derogable) กล่าวคือรัฐไม่อาจกล่าวอ้างความชอบธรรมใดๆ เพื่อให้เป็นเหตุผลสำหรับการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีได้ ไม่ว่าจะเป็นพฤติการณ์พิเศษใด ทั้งสภาวะสงคราม หรือสภาวะคุกคามที่จะเกิดสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ หรือสภาวะฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด แม้ในเหตุการณ์ Ticking time bomb scenario และรัฐไม่อาจละเมิดหลักการดังกล่าวเพื่อใช้เป็นวิธีเพื่อต่อสู้การก่อการร้ายได้

ภายใต้ความเห็นพ้องต้องกันในหลักการดังกล่าว บรรดาประเทศต่าง ๆ ต่างแสดงถึงความกังวลในเรื่องความชัดเจนแน่นอนในความหมายของการทรมานและการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และสนธิสัญญาส่วนใหญ่ที่มีข้อห้ามละเมิดหลักการดังกล่าวนี้เองก็ได้ให้ความหมายการกระทำแต่ละประการไว้ และไม่ได้อธิบายถึงความแตกต่างของการกระทำแต่ละอย่าง แม้อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ จะได้ให้ความหมายการทรมานไว้ในข้อบทที่ 1 ก็ตาม แต่ความหมายตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ก็ยังได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในประเด็นเรื่องความชัดเจนแน่นอนและการตีความอย่างมาก ส่วนความหมายของการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีก็ยิ่งขาดความชัดเจน การที่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เรียกกร้องให้รัฐกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดและให้กำหนดบทลงโทษที่เหมาะสม ทำให้นักวิชาการบางท่านได้กังวลว่าความหมายการทรมานอาจไม่สอดคล้องกับหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ (Principle of Legality: nullum crimen, nulla poena sine lege)

โดยบทที่ 4 นี้จะมุ่งศึกษาถึงความหมายของการทรมานและการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานในกฎหมายอาญา

โดยจะศึกษาจากแนวทางการตีความของนักวิชาการ ศาลระหว่างประเทศ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน ซึ่งแม้ว่าศาลต่างประเทศหรือศาลระหว่างประเทศต่าง ๆ จะมีบทบัญญัติกฎหมายที่มุ่งใช้บังคับกับการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีแตกต่างกันกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แต่ในการพิจารณาอรรถคดีนั้นศาลระหว่างประเทศได้กล่าวอ้างและอธิบายถึงความหมายการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ไว้ในคดีเหล่านั้นด้วย ซึ่งจะให้เห็นและเข้าใจถึงความหมายตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้ดียิ่งขึ้น โดยการศึกษาจะพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดทางอาญาเป็นหลัก และจะได้ศึกษาถึงความแตกต่างระหว่างการกระทำต่าง ๆ และความหมายการทรมานกับหลักความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญาอีกด้วย

4.1 ความหมายการทรมาน

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการเสริมแรงการต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ได้ให้ความหมายของการทรมานในข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ว่า

“เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การทรมาน” หมายถึง การกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะทางกายหรือจิตใจ ต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามหรือเพราะเหตุผลใด ๆ บนพื้นฐานของการเลือกประติบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการขู่ข่มขู่ หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษที่ขบถที่ชอบด้วยกฎหมาย”¹

¹ See Article 1 of Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

เมื่อพิจารณาความหมายตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบความผิดของการทรมานได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. การกระทำ (Act) หรือการงดเว้นกระทำ (Omission)
2. ก่อให้เกิดความเจ็บปวด (Pain) หรือความทุกข์ทรมาน (Suffering) อย่างร้ายแรง (Severe) ไม่ว่าจะทางร่างกาย (Physical) หรือจิตใจ (Mental)
3. การกระทำดังกล่าวต้องเป็นการกระทำ
 - 3.1 โดยเจ้าพนักงานของรัฐ (Public official) หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ (Other person acting in an official capacity) หรือ
 - 3.2 ด้วยการยุยง (Instigation) หรือโดยความยินยอม (Consent) หรือการรู้เห็นเป็นใจ (Acquiescence) ของเจ้าพนักงานของรัฐ (Public official) หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ (Other person acting in an official capacity)

องค์ประกอบภายใน

4. ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา (Intentionally)
5. ต้องมีเจตนาพิเศษ หรือมูลเหตุซึ่งจงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้
 - 5.1 เพื่อความประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำรับสารภาพจากบุคคลนั้น หรือบุคคลที่สาม หรือ
 - 5.2 เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะลงโทษบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามสำหรับการกระทำ หรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือ
 - 5.3 เพื่อความมุ่งประสงค์ข่มขู่ให้กลัว หรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือ
 - 5.4 เป็นการกระทำโดยเนื่องมาจากเหตุผลใด ๆ ก็ตามบนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ

เหตุยกเว้นความผิด

6. การทรมาน ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผล
 ปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษที่สงบที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful
 sanctions)

โดยจะแยกอธิบายแต่ละองค์ประกอบความผิดดังนี้

4.1.1 การกระทำ (Act)

ตามความหมายอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ข้อบทที่ 1 นั้นระบุอย่างชัดเจนว่า
 การทรมาน หมายถึง การกระทำใด ๆ ก็ตาม ดังนั้นการใดจะเป็นการทรมานนั้นจะต้องมีการกระทำ
 อันเป็นองค์ประกอบพื้นฐานในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเสียก่อน

การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้
 สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ โดยจะต้องมีการคิด ตกลงใจและกระทำไปตามที่ตกลงใจ
 อันสืบเนื่องมาจากความนึกคิด²

แม้ว่าถ้อยคำในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ จะใช้ถ้อยคำว่า “การกระทำ”
 เท่านั้น ไม่ได้กล่าวถึงการงดเว้น (Omission) แต่ก็ไม่ปรากฏในชั้นร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ
 ว่าผู้ร่างจะตีความจำกัดว่าเฉพาะเพียงการกระทำ ไม่รวมถึงการงดเว้นแต่อย่างใด³ และในคดี
 Denmark et al. v. Greek⁴ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วินิจฉัยว่าการที่รัฐบาลกรีซไม่
 จัดหาอาหาร น้ำดื่ม เสื้อผ้าและการรักษาพยาบาลให้แก่นักโทษถือเป็นการ “กระทำ” ทรมานที่
 ละเมิด อนุสัญญายุโรปฯ ข้อ 3 และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็มีคำพิพากษาในคดี Ireland v. United

² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10
 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง, 2551), น. 98.

³ Manfred Nowak, “What Practices Constitute Torture?: US and UN
 Standards”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No.4 (November, 2006): p.819.

⁴ Denmark et al. v. Greek Report of the European Commission on Human
 Rights, 5 November 1969.

Kingdom วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน⁵ เมื่อพิจารณาเป้าประสงค์ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ การตีความว่าการกระทำไม่รวมถึงการงดเว้นนั้นย่อมเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฯ และเป็นการเปิดช่องว่างให้รัฐสามารถทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ เช่น การไม่จัดหาอาหาร น้ำดื่ม การรักษาพยาบาลหรือสิ่งจำเป็นให้แก่ผู้ต้องขัง เป็นต้น โดยที่นักวิชาการส่วนใหญ่เองก็เห็นว่าการกระทำตามความหมายในข้อ 1 นี้หมายความว่ารวมถึงการงดเว้นกระทำด้วย⁶ กฎหมายอาญาของบางประเทศเองก็ได้กำหนดให้การกระทำทรมานนั้นหมายความว่ารวมถึงการงดเว้นด้วย⁷

4.1.2 ก่อให้เกิดความเจ็บปวด (Pain) หรือความทุกข์ทรมาน (Suffering) อย่างร้ายแรง (Severe) ไม่ว่าจะทางร่างกาย (Physical) หรือจิตใจ (Mental)

การกระทำที่จะเป็นการทรมานตามความหมายของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นจะต้องเป็นการกระทำใดก็ตามที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน และความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนั้นจะต้องเป็นไปอย่างร้ายแรงด้วย เนื่องจากอนุสัญญาต่อต้านการทรมานมิได้ให้ความหมายคำว่า “ร้ายแรง” ไว้โดยเฉพาะ ศาลระหว่างประเทศ หรือองค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี จึงตีความหมาย “ร้ายแรง” นี้อย่างกว้างขวาง⁸ ประเด็นเรื่องความร้ายแรงนี้เป็นประเด็นที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าขาดความชัดเจนแน่นอน กล่าวคือจะพิจารณาอย่างไรจึงจะสรุปได้ว่าความ

⁵ Ireland v United Kingdom, communication No.5310/71 ECtHR (series A), 18 January 1978.

⁶ Ahcene Boulesbaa, The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement, (Martinus Nijhoff Publishers, 1999), p.14; J. Herman Burgers and Hans Danelius, The United Nations Convention against Torture: Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (Martinus Nijhoff Publishers, 1988), p.118; and Chris Ingelse, The UN Committee against Torture: An Assessment, (Kluwer Law International, 2001), p.208.

⁷ Article 269.1 (2) of Criminal Code of Canada และ Section 2(1) of Crime of Torture Act 1989 of New Zealand.

⁸ Julianne Harper, “Defining Torture: Bridging the Gap Between Rhetoric and Reality”, 49 *Santa Clara Law Review*, 893 (2009): p.900.

เจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่ได้รับนั้นสามารถเรียกได้ว่าอยู่ในระดับที่ “ร้ายแรง” แล้ว ในชั้นร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แม้จะมีข้อเรียกร้องจากหลายรัฐให้ตัดข้อความคำว่า “ร้ายแรง” นี้ออกจากความหมายการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แต่ในที่สุดก็ได้ข้อสรุปว่าความร้ายแรงของความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนั้นเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้การกระทำนั้นถึงขั้นเป็นการทรมาน⁹

ผู้เสนอรายงานพิเศษเกี่ยวกับการทรมานของสหประชาชาติ (The UN Special Rapporteur on Torture) ได้เคยจัดทำรายงานระบุการกระทำบางอย่างซึ่งก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างร้ายแรงจนถึงขนาดเป็นการทรมาน โดยได้ยกตัวอย่างการกระทำดังกล่าวเช่น การตี การถอดเล็บ การถอนฟัน หรืออวัยวะส่วนอื่นๆ การใช้ไฟเผา หรือใช้ไฟฟ้าช็อตตามส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย การทำให้ขาดอากาศหายใจ การบังคับให้อยู่ในที่มืดแสงสว่างจ้าเกินไป หรืออยู่ในที่มีเสียงดังเกินไป การบังคับให้ช้ำยา การบังคับให้อดนอน อุดอาหารเป็นระยะเวลาานาน การไม่จัดการดูแลสุขภาพอนามัยและไม่ให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ การข่มขู่ว่าจะทรมานหรือฆ่าญาติ หรือการจำลองการประหารเพื่อทำให้เข้าใจว่าจะถูกประหารจริง ๆ (Mock execution)¹⁰ และจากการศึกษาแนวทางการวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการต่อต้านการทรมานเห็นได้ว่าการกระทำต่าง ๆ ต่อไปนี้ก็ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานต่อร่างกายและจิตใจจนถึงขนาดเป็นการทรมานแล้ว เช่น การตีที่บริเวณเท้าข้างเดียว (Falanga) ซึ่งก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างรุนแรงและเท้ามีอาการบวมพองเป็นสัปดาห์ การมัดมือด้วยเชือกและเอามือไว้หลังศีรษะผูกกับไม้ให้ตัวลอยเหนือพื้นหรือที่เรียกว่า Palestinian Hanging และการข่มขืน

อย่างไรก็ตามเราไม่สามารถกำหนดการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้ให้รวมอยู่ในความหมายการทรมานอย่างชัดเจนได้ เนื่องจากการกระทำทรมานไม่จำเป็นต้องกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ปรากฏในตัวอย่างข้างต้น และหากเรากำหนดให้รูปแบบการกระทำเหล่านี้อยู่ในความหมายการทรมานก็อาจจะไม่ครอบคลุมการกระทำทรมานอย่างอื่นที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต และอาจเป็นการเปิดช่องว่างให้รัฐมีข้อต่อสู้ในการกระทำทรมานได้ ทั้งนี้เพราะรูปแบบการกระทำทรมาน

⁹ *Ibid.*

¹⁰ E/CN.4/1986/15, para. 119 cited in Lene Wendland, A Handbook on State Obligations under the UN Convention against Torture, (Geneva: Association for Prevention of Torture, 2002), p.25.

อาจขึ้นอยู่กับความค้ำมิดและความชั่วร้ายสุดหยิ่งของจิตใจมนุษย์ที่จะคิดสรรหาวิธีทรมานรูปแบบต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ประสงค์

ในเรื่องระดับความรุนแรงของความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทรมานนั้น ได้มีการพูดถึงครั้งแรงในคดี The Greek Case ซึ่งเกี่ยวข้องกับการละเมิดบทบัญญัติข้อ 3 อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights: ECHR) ที่บัญญัติหลักเกณฑ์ห้ามการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ตัดสินใจแยกองค์ประกอบและได้อธิบายถึงการกระทำต้องห้ามแต่ละอย่าง¹¹ และอธิบายว่าการทรมาน คือ การกระทำหรือการประติบัติที่ไร้มนุษยธรรมซึ่งกระทำลงโดยมีมูลเหตุจูงใจบางอย่าง เช่น เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำรับสารภาพ หรือเพื่อเป็นการลงโทษ และการทรมานโดยทั่วไปแล้วเป็นการกระทำหรือการประติบัติที่ไร้มนุษยธรรมในรูปแบบที่รุนแรงกว่า¹² และได้อธิบายการกระทำที่เป็นการย่ำยีศักดิ์ศรีว่า เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความอับอายขายหน้า เสียเกียรติอย่างร้ายแรงของบุคคลนั้นต่อผู้อื่น หรือการบังคับให้บุคคลนั้นกระทำการใดๆ ที่ฝืนความประสงค์ (Will) หรือมโนธรรม (Conscience) ของตนเอง¹³ การอธิบายเช่นนี้สามารถสื่อความหมายได้ว่าหากวัดจากระดับความรุนแรงแล้ว การทรมานจะอยู่จุดสูงสุดของการกระทำที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน¹⁴

ต่อมาในคดี Ireland v United Kingdom ซึ่งรัฐบาลไอริชได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป ในวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1971 กล่าวหาว่ารัฐบาลสหราชอาณาจักรละเมิดบทบัญญัติอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และเรื่องได้มาถึงการพิจารณา

¹¹ 12 Yearbook of the European Convention on Human Rights: The Greek Case (1969), p.186.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Steven Dewulf, “Torture – In Search of a Definition”, International Crimes Database (January 2015): p.4; see also Gail H. Miller, “Defining torture”, Benjamin N. Cardozo School of Law, NY (2005): p.8.

ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป¹⁵ โดยข้อกล่าวหาที่สำคัญคือ การกักขังโดยไม่มีการแจ้งข้อกล่าวหา และการทรมาน และการประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีต่อผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดโดยมีเหตุจูงใจทางการเมือง ซึ่งในประเด็นเรื่องการกักขังโดยไม่มีการแจ้งข้อหา นั้นทั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปต่างมีความเห็นพ้องกันว่า การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติแห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในส่วนของข้อกล่าวหาเรื่องการทรมาน และการประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีนั้นมีประเด็นให้พิจารณาถึงการใช้เทคนิคการสอบสวนห้าประการ (The use of Five Interrogation Techniques) หรือที่ศาลเรียกว่ารูปแบบการสอบสวนเชิงลึก (Interrogation in Depth) ซึ่งเกี่ยวกับเทคนิคในการพรากความรู้สึก (Sensory Deprivation Techniques) ซึ่งกองกำลังความมั่นคงแห่งสหราชอาณาจักรได้ใช้กับกลุ่ม The Irish Republican Army (IRA) ซึ่งเทคนิคการสอบสวนห้าประการ¹⁶ ดังกล่าวประกอบด้วยการกระทำดังนี้

1. การให้ยืนชิดกำแพง (Wall-standing) คือการบังคับให้ผู้ต้องขังอยู่ในท่าทางที่ก่อให้เกิดความตึงเครียดแก่กล้ามเนื้อ (Stress position) โดยให้ยืนกางแขนและขาออกชิดกับกำแพง ชูมือเหนือศีรษะแนบกำแพง ทำให้ผู้ต้องขังต้องใช้นิ้วเท้าเพื่อรับน้ำหนักตัว
2. การใส่ถุงคลุม (Hooding) คือการใส่ถุงดำหรือสีน้ำเงินคลุมศีรษะผู้ต้องขัง และให้อยู่ในสภาพดังกล่าวตลอดเวลา ยกเว้นแต่ในช่วงเวลาที่ทำกรสอบสวน
3. การให้อยู่ในที่ที่มีเสียงดัง (Subjection to noise) คือในช่วงระหว่างการสอบสวน บังคับให้ผู้ต้องขังอยู่ในห้องที่มีเสียงดังรบกวนอย่างต่อเนื่อง
4. การบังคับให้อดนอน (Deprivation of sleep) คือในช่วงระหว่างการสอบสวน บังคับไม่ให้ผู้ต้องขังได้มีโอกาสนอนหลับ
5. การไม่ให้อาหารและน้ำดื่ม (Deprivation of food and drink) คือการไม่จัดหาอาหารและน้ำดื่มให้แก่ผู้ต้องขังในช่วงระหว่างการสอบสวนและอยู่ในระหว่างควบคุม

¹⁵ Anthony Cullen, “Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights”, *California Western International Law Journal*, Vol. 34 (2008): p.36.

¹⁶ Ireland v United Kingdom (no 18/01/1978) (1978) Series A no.25, para 96.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วินิจฉัยว่าวัตถุประสงค์ของการใช้ “เทคนิคการสอบสวนทําประการ” นั้นก็เพื่อความประสงค์ให้ได้มาซึ่งข้อมูล และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้วินิจฉัยเช่นกันว่าวัตถุประสงค์ในการใช้เทคนิคการสอบสวนนั้นก็เพื่อเค้นคำรับสารภาพ เพื่อให้ชักทอดถึงผู้อื่นและเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล¹⁷

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่าการใช้ “เทคนิคการสอบสวนทําประการ” นั้นเป็นการกระทำทรมาน โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ให้นําหนักในเรื่องรูปแบบของการพรากความรู้สึกว่าระดับความตึงเครียดที่เกิดจากการใช้วิธีดังกล่าวซึ่งทำให้ไม่สามารถใช้ความรู้สึกนึกคิดได้ และการกระทำดังกล่าวกระทบโดยตรงต่อบุคลิกภาพทางร่างกายและจิตใจ¹⁸ และในเรื่องมูลเหตุจูงใจในการกระทำ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการใช้เทคนิคการสอบสวนดังกล่าวเป็นไปเพื่อบังคับเอาข้อมูล

ในขณะที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีความเห็นไปในทางตรงกันข้ามกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป (ด้วยคะแนนเสียง 13 ต่อ 4) ว่าการใช้เทคนิคการสอบสวนข้างต้นไม่ใช่การทรมาน แต่ศาลยังคงมีความเห็น (ด้วยคะแนนเสียง 16 ต่อ 1) ว่าการใช้เทคนิคการสอบสวนทําประการแม้ไม่ถึงขนาดเป็นการทรมาน แต่ก็ยังเป็นการปฏิบัติที่ไร้มนุษยธรรมและย่ำยีศักดิ์ศรี เนื่องจากการกระทำดังกล่าวแม้ไม่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกาย แต่ก็ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่จิตใจอย่างรุนแรงแล้ว¹⁹ และการใช้เทคนิคดังกล่าวก็เป็นการย่ำยีศักดิ์ศรีเพราะเป็นการกระตุ้นให้เหยื่อเกิดความรู้สึกหวาดกลัว ทุกข์ทรมานและทำให้เกิดปมด้อยจนถึงขนาดเป็นการทำให้อับอายขายหน้า ลดคุณค่าและทำลายการต่อต้านทางร่างกายหรือจิตใจ²⁰ ศาลมองว่าการจะพิจารณาว่าเทคนิคการสอบสวนทําประการนั้นเป็นการทรมานหรือไม่ ศาลจะต้องพิจารณาความแตกต่างระหว่างการทรมาน และการปฏิบัติที่ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีตามที่บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 3 อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเสียก่อน ศาลได้วินิจฉัยว่าตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา

¹⁷ Ireland v United Kingdom (no 18/01/1978) (1978) Series A no.25, para 167.

¹⁸ Ireland v UK (Commission) (n 20), para 792.

¹⁹ Nigel S. Rodley and Matt Pollard, The Treatment of Prisoners under International Law, 3rd edition, (Oxford University press, 2009), p.101.

²⁰ Ireland v United Kingdom (no 18/01/1978) (1978) Series A no.25, para 167.

ยุโรปฯ นั้น ความแตกต่างระหว่างการทรมาน และการประติบัติที่ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีนั้น คือ การทรมานนั้นประกอบด้วยตราบาปพิเศษ (Special stigma) ที่จะกระทำการไร้มนุษยธรรมโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงและโหดร้ายอย่างมาก²¹ คำวินิจฉัยของศาลดังกล่าว น่าจะได้รับอิทธิพลมาจากความหมายการทรมานที่กำหนดไว้ในปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ (ข้อมติที่ 3452 (xxx) ซึ่งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ให้การรับรอง) ซึ่งให้ความหมายการทรมานว่า “การทรมานถือเป็นรูปแบบการกระทำโดยเจตนาที่รุนแรงกว่าการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี”²² ศาลได้กล่าวต่อไปว่าแม้ว่าการใช้เทคนิคการสอบสวนทั้งห้าประกอบกันทำให้ไม่มีข้อสงสัยเลยว่าการกระทำดังกล่าวถึงขนาดเป็นการประติบัติที่ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี แม้ว่ามูลเหตุจูงใจในการกระทำจะได้กระทำเพื่อบังคับให้ผู้ต้องหารับสารภาพ ให้ชักทอดถึงผู้กระทำคนอื่นและ/หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล และแม้ว่าการใช้เทคนิคดังกล่าวได้กระทำลงอย่างเป็นระบบ แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ใช่เหตุให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงและโหดร้ายอันจะกล่าวได้ว่าเป็นการ “ทรมาน” ตามที่เข้าใจ ศาลจึงพิพากษาว่าการใช้เทคนิคการสอบสวนห้าประการ เป็นเพียงการประติบัติที่ไร้มนุษยธรรมและย่ำยีศักดิ์ศรีและละเมิดบทบัญญัติข้อบทที่ 3 อนุสัญญายุโรปฯ²³

²¹ *Ibid.*

²² Article 1 of *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*

1. For the purpose of this Declaration, torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted by or at the instigation of a public official on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or confession, punishing him for an act he has committed or is suspected of having committed, or intimidating him or other persons. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions to the extent consistent with the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.

2. Torture constitutes an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

²³ *Ireland v United Kingdom* (no 18/01/1978) (1978) Series A no.25, para 168.

คำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี Ireland v United Kingdom นี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก โดยนักวิชาการส่วนใหญ่ได้แสดงความกังวลว่าจากคำพิพากษาของศาลนี้ การกระทำจะเป็นการทรมานต่อเมื่อเป็นการกระทำที่โหดร้ายรุนแรงที่สุดเท่านั้นและอาจไม่ครอบคลุมถึงการใช้เทคนิคที่มุ่งต่อการจัดการกับจิตใจเป็นหลัก เป็นการเปิดช่องว่างให้กับประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งมีการปรับปรุงเทคนิคที่ใช้ในการสอบสวนให้ทันสมัยและอาจไม่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดและเกิดบาดแผลใด ๆ ต่อร่างกายเลย และการตีความเช่นนี้ยังไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันและไม่คำนึงถึงประวัติศาสตร์ที่อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมุ่งคุ้มครอง²⁴ องค์การนิรโทษกรรมสากลก็ได้ตอบโต้กับคำพิพากษานี้ โดยได้แสดงความคิดเห็นว่า องค์การนิรโทษกรรมยังคงต้องต่อสู้กับการทรมานที่เกิดขึ้นทั่วโลกและหน้าที่ดังกล่าวควมอาจเป็นไปได้หากยึดถือตามมาตรฐานเคร่งครัดที่ศาลกำหนด²⁵

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังคงยืนยันหลักการที่กำหนดไว้ในคดี Ireland v United Kingdom ว่าการทรมานจะต้องก่อให้เกิดระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานมากกว่าการกระทำซึ่งเป็นการประตบัติที่ไร้มนุษยธรรม และเป็นวัตถุประสงค์ของอนุสัญญายุโรปฯ ที่อธิบายความแตกต่างระหว่างการทรมาน และการประตบัติที่ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีนั้นคือ การทรมานนั้นประกอบด้วยตราบาปพิเศษ (Special stigma) ที่จะกระทำการไร้มนุษยธรรมโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงและโหดร้ายอย่างมาก โดยในคดี Tomasi v France ปี ค.ศ. 1992 ที่เหยื่อถูกตีตามส่วนต่างๆ ของร่างกายจนเกิดบาดแผลตามรายงานทางการแพทย์²⁶ หรือในคดี Ribitsch v Austria ปี ค.ศ. 1995 ที่มีการตีจะเกิดรอยฟกช้ำภายในและภายนอกแขนขา²⁷ และในคดี Tekin v Turkey ปี ค.ศ. 1998 ผู้ร้องถูกกักขังในห้องขังที่มีมืดและเหน็บหนาว และถูกปิดตาและถูกทำร้ายจนเกิดบาดแผลและรอยฟกช้ำตามร่างกาย²⁸ คดีข้างต้นนี้ศาลยังคงมองว่าการกระทำดังกล่าวไม่ถึงขนาดเป็นการทรมาน เป็นเพียงการประตบัติที่ไร้มนุษยธรรมเท่านั้น เห็นได้ชัดว่าศาล

²⁴ โปรดดูความเห็นแย้ง (dissenting opinion) ของท่านผู้พิพากษา Evrigenis ในคดี Ireland v United Kingdom.

²⁵ Amnesty International news release (AI Index NWS 02/04/78) 19 January 1978 cited in Nigel S. Rodley and Matt Pollard, *supra note 19*, p.103.

²⁶ Tomasi v France, Eur. Ct. HR, Judgment, Series A, No. 241-A, paras 108, 115.

²⁷ Ribitsch v Austria (no 18896/91) (1995) Series A no 336.

²⁸ Tekin v Turkey (no 22496/93), EUHR 1998-IV.

พยายามยืนยันแนวทางปฏิบัติว่าการตีตามส่วนต่าง ๆ ของร่างการอย่างรุนแรงนั้นเป็นเพียงการประทุษร้ายที่ไร้มนุษยธรรมเท่านั้น ไม่ใช่การทรมาน

อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1999 ในคดี *Selmouni v France* ถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิจารณาข้อเท็จจริงในคดี และวินิจฉัยจากรายงานทางการแพทย์ซึ่งได้ยืนยันถึงรอยฟกช้ำตามส่วนต่าง ๆ ของร่างกายซึ่งน่าจะเป็นผลจากการถูกทุบตีเป็นเวลาหลายวัน รวมถึงการต่อย เตะ ตีด้วยกระบองและไม่เบสบอลเป็นหลักฐานยืนยันว่าผู้ร้องถูกกระทำทรมาน โดยในส่วนของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้เริ่มพิจารณาโดยการกล่าวถึงเรื่องตราบาปพิเศษ (Special stigma) ที่จะกระทำการไร้มนุษยธรรมโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงและโหดร้ายอย่างมาก และหลังจากนั้นศาลได้อ้างความหมายการทรมานและการประทุษร้ายหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี²⁹ ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เป็นครั้งแรก ศาลได้พิจารณาระดับความเจ็บปวดที่ได้รับจากความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทั้งทางร่างกายและจิตใจ และการกระทำดังกล่าวได้กระทำเพื่อกระตุ้นให้นาย Selmouni เกิดความรู้สึกหวาดกลัว ทุกข์ทรมานและทำให้เกิดปมด้อยจนถึงขนาดเป็นการทำให้อับอายขายหน้า ลดคุณค่าและทำลายการต่อต้านทางร่างกายหรือจิตใจซึ่งถือได้ว่าเป็นการร้ายแรงถึงขนาดเป็นการประทุษร้ายที่ไร้มนุษยธรรมและที่ย่ำยีศักดิ์ศรีแล้ว³⁰ และศาลยังได้พิจารณาประเด็นว่าการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานต่อนาย Selmouni นั้นถึงขนาด “ร้ายแรง” ตามความหมายในข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ หรือไม่ โดยศาลมองว่าความร้ายแรงนี้ไม่เหมือนกับระดับความร้ายแรงขั้นต่ำตามข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญายุโรปฯ แม้ว่ามีความเกี่ยวข้องกันในเรื่องระยะเวลาของการกระทำผลกระทบทางกายหรือจิตใจ และในบางกรณี เพศ อายุ และสุขภาพของเหยื่อ³¹

²⁹ *Selmouni v. France*, 25803/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 July 1999, para 96. Retrieved on November 15, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3ae6b70210.html>.

³⁰ *Selmouni v. France*, 25803/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 July 1999, para 99. Retrieved on November 15, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3ae6b70210.html>.

³¹ *Selmouni v. France*, 25803/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 July 1999, para 100. Retrieved on November 15, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3ae6b70210.html>.

โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วางหลักการสำคัญว่าอนุสัญญายุโรปฯ เป็นอนุสัญญาที่มีชีวิต (Living instrument) ซึ่งจำเป็นต้องตีความให้สอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบัน และพิจารณาว่าการกระทำบางอย่างซึ่งในอดีตได้ถูกพิจารณาว่าเป็นการประตบัติที่ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ไม่ถึงขั้นเป็นการทรมาน อาจได้รับการพิจารณาเป็นอย่างอื่นได้ในอนาคต ทั้งนี้ศาลเชื่อว่าด้วยมาตรฐานที่สูงขึ้นอันจำเป็นในการปกป้องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้ว จึงส่งผลกระทบต่อความจำเป็นในการพิจารณาการละเมิดคุณค่าพื้นฐานของสังคมประชาธิปไตยให้มั่นคงขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้³²

เห็นได้ว่าในคดี *Selmouni v France* นี้ศาลได้รับรองว่าการตีซึ่งก่อให้เกิดความเจ็บปวดทรมานซึ่งแต่ก่อนได้ถูกพิจารณาว่าเป็นการประตบัติที่ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี จะถือว่าเป็นการกระทำทรมานในปัจจุบัน โดยคดีดังกล่าวนี้ถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญและเป็นการกลับหลักการที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เคยวางไว้ใน *The Greek case* และที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วางไว้ในคดี *Ireland v United Kingdom case* อย่างสิ้นเชิง³³ และจากคำพิพากษาดังกล่าวย่อมสรุปได้ว่าในปัจจุบันหากศาลได้พิจารณาเทคนิคการสอบสวนทำประการซึ่งเกี่ยวข้องกับกรก่อให้เกิดความกดดันทางร่างกายและจิตใจแล้ว ศาลจะพิพากษาว่าการใช้เทคนิคการสอบสวนทำประการนั้นเป็นการทรมาน

ในส่วนของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (Committee against Torture) เราสามารถศึกษาแนวทางปฏิบัติและแนวทางการตีความของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานจากความเห็นที่ได้มีการวินิจฉัยคดีที่มีการละเมิดอนุสัญญาต่อต้านการทรมานในข้อบทที่ 2(1) ประกอบกับข้อบทที่ 1 โดยคดีที่จะกล่าวถึงสามคดีต่อไปนี้ เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับพลเมืองชาวเซอร์เบียที่มีต้นกำเนิดเป็นคนชาวโรมาเนีย (Romani origin) ในคดีแรก *Dragan Dimitrijevic v. Serbia and Montenegro* ผู้ร้องยื่นคำร้องว่าตนถูกนำตัวไปยังสถานีตำรวจในเมือง Kragujevac ถูกใส่กุญแจมือกับหมอน้ำและรถจักรยาน และได้ถูกตำรวจหลายนายรมตีด้วยแท่งเหล็ก เตะต่อยตามเนื้อตัวร่างกาย และถูกดูถูกเยาะเย้ยถึงชาติกำเนิดและมารดาชาวยิปซี (Gypsy) ผลจากการดังกล่าวทำให้ตัวนาย

³² *Selmouni v. France*, 25803/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 July 1999, para 101. Retrieved on November 15, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3ae6b70210.html>.

³³ Nigel Rodley, "The Definition(s) of Torture in International Law", *Current Legal Problems* 55(1) (2002): p.476.

Dragan Dimitrijevic ต้องพักรักษาตัวเป็นเวลาหลายวัน ได้รับบาดเจ็บทั้งแขนและขา และมีบาดแผลบริเวณหลังศีรษะและบริเวณหลังหลายแห่ง มีเลือดไหลออกจากหูซ้ายและดวงตาและริมฝีปากบวม โดยคณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้มีคำวินิจฉัยในวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 ว่าการกระทำต่อนาย Dragan Dimitrijevic ถือเป็นกรกระทำโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและได้กระทำโดยเกี่ยวข้องกับการสอบสวนความผิดอาญาและเป็นการทรมานตามความหมายที่กำหนดไว้ในข้อบที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แล้ว³⁴

ในคดี *Jovica v. Serbia and Montenegro* ผู้ร้องถูกจับกุมที่บ้านในจังหวัด Vojvodina ประเทศเซอร์เบียและถูกนำตัวไปยังสถานีตำรวจ โดยเจ้าหน้าที่ที่เข้าจับกุมมิได้แสดงหมายจับ และมีได้แจ้งถึงเหตุผลในการเข้าควบคุมตัว ผู้ร้องกล่าวหาว่าในระหว่างเวลาสอบสวนได้ถูกเจ้าหน้าที่ซึ่งทำการจับกุมตีด้วยไม้เบสบอลและสายเคเบิลเหล็ก และตะต่อยตามเนื้อตัวร่างกายจนผู้ร้องหมดสติไปหลายครั้ง การกระทำที่มีขบนี้ยาวนานกว่า 14 ชั่วโมงและเป็นผลให้นาย Jovica ผู้ร้องบาดเจ็บอย่างมากและต้องรักษาตัวมากกว่าสิบวัน โดยคณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้มีคำวินิจฉัยในวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 2005 ว่าการกระทำต่อนาย Jovica ถือเป็นกรกระทำโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและได้กระทำโดยเกี่ยวข้องกับการสอบสวนความผิดอาญาและเป็นการทรมานตามความหมายที่กำหนดไว้ในข้อบที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แล้ว³⁵

ในคดี *Danilo Dimitrijevic v. Serbia and Montenegro* ผู้ร้องถูกจับที่บ้านในวันที่ 14 พฤศจิกายน ค.ศ. 1997 ในเมือง Novi Sad จังหวัด Vojvodina และถูกนำตัวไปยังสถานีตำรวจที่ Kraljevica Marka Street โดยเจ้าหน้าที่ที่เข้าจับกุมมิได้แสดงหมายจับและมีได้แจ้งถึงเหตุผลในการเข้าควบคุมตัว แต่ในขณะนั้นผู้ร้องได้ถูกดำเนินคดีลักทรัพย์หลายคดี และผู้ร้องคิดว่าถูกควบคุมตัวเพราะกระทำความผิดดังกล่าว หลังจากที่ถูกนำตัวไปยังสถานีตำรวจ ผู้ร้องได้ถูกขังไว้ในห้อง โดยได้มีผู้ชายคนหนึ่งแต่งกายเป็นพลเรือนได้เข้ามาให้ห้องและสั่งให้ผู้ร้องถอดเสื้อผ้าจนเหลือแต่

³⁴ *Dragan Dimitrijevic v. Serbia and Montenegro*, CAT/C/33/D/207/2002, UN Committee Against Torture (CAT), 29 November 2004. Retrieved on November 18, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/42b2ac852.html>.

³⁵ *Jovica Dimitrov v. Serbia and Montenegro*, Communication No. 171/2000, U.N. Doc. CAT/C/34/D/171/2000 (2005).

กางเกงชั้นใน ใส่กุญแจมือผู้ร้องไว้กับแท่งเหล็กและตีด้วยกระบองตำรวจเป็นเวลากว่าหนึ่งชั่วโมง ผู้ร้องได้รับบาดเจ็บอย่างมากบริเวณต้นขาและหลัง ในช่วงระหว่างที่ผู้ร้องถูกตีนั้นได้มีตำรวจนายหนึ่งเข้ามาในห้องที่ผู้ร้องถูกควบคุม และแม้ว่าตำรวจคนดังกล่าวจะมีได้ร่วมกันทำร้ายร่างกายผู้ร้องแต่อย่างไร แต่ก็มีได้ทำการห้ามปรามการกระทำที่มีขอบ สามวันหลังจากนั้นผู้ร้องยังคงถูกควบคุมอยู่ในห้องเดิมโดยถูกบังคับให้อดอาหาร น้ำดื่มและไม่ให้ใช้ห้องน้ำ รวมทั้งไม่ให้เข้าเยี่ยมและไม่ทำการรักษาพยาบาลให้ตามที่ร้องขอ โดยคณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้มีคำวินิจฉัยในวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 2005 ว่าการกระทำต่อ นาย Danilo Dimitrijevic ถือเป็น การกระทำโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและได้กระทำโดยเกี่ยวข้องกับการสอบสวนความผิดอาญาและเป็นการทรมานตามความหมายที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แล้ว

การพิจารณารายงานรัฐของประเทศอิสราเอลที่คณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้พิจารณาก็ถือเป็นพื้นฐานที่ดีในการตรวจสอบแนวทางการตีความของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานในประเด็นเรื่องความหมายการทรมาน และการประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ในปี ค.ศ. 1987 คณะรัฐบาลอิสราเอลได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนแลนดอว์ (Landau Commission of Inquiry) โดยมีอดีตประธานศาลฎีกา ผู้พิพากษา Moshe Landau เป็นหัวหน้าคณะกรรมการสอบสวน เพื่อตรวจสอบวิธีการสอบสวนเพื่อรักษาความปลอดภัยต่อการก่อการร้าย คู่มือการสอบสวนที่กำหนดโดยคณะกรรมการแลนดอว์ได้กำหนดการใช้ความกดดันระดับกลาง (the use of a moderate degree of pressure) รวมถึงการกดดันทางร่างกายซึ่งผู้สอบสวนจะใช้กับผู้ก่อการร้ายที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ประเทศและประชาชนอิสราเอล³⁶ ในข้อสรุปและคำแนะนำของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานในการพิจารณารายงานของคณะกรรมการแลนดอว์ คณะกรรมการต่อต้านการทรมานเห็นว่าการกำหนดให้การใช้ความกดดันทางกายระดับกลางให้เป็นวิธีการสอบสวนที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่สามารถยอมรับได้เนื่องจากวิธีการดังกล่าวอาจนำไปสู่การทรมาน และการประตบตีหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี³⁷

³⁶ UN Committee Against Torture (CAT), UN Committee against Torture: Addendum to the Second Periodic Reports of States Parties Due in 1996, Israel, 6 January 1997, CAT/C/33/Add.2, para 4. Retrieved on November 18, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3ae6ae4b2.html>.

³⁷ Manfred Nowak, *supra* note 3, p.825.

ในรายงานตามระยะเวลาฉบับที่ 2 ที่ประเทศอิสราเอลได้เสนอกฎแลนดัว (Landau Rules) และเน้นย้ำว่าคู่มือดังกล่าวประสงค์ให้พนักงานสอบสวนสามารถได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการของผู้ก่อการร้าย หรือองค์กรก่อการร้ายจากผู้ต้องสงสัยซึ่งไม่สมัครใจในการให้ข้อมูล แต่ในขณะเดียวกันก็ได้ให้หลักประกันว่าผู้ต้องสงสัยจะไม่ได้รับการปฏิบัติที่มีขบ รายงานดังกล่าวยังได้อ้างถึงคำพิพากษาของศาลฎีกาประเทศอิสราเอล ในคดีนั้นศาลฎีกาได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวห้ามมิให้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายรักษาความปลอดภัยของประเทศอิสราเอล (General Security Service: GSS) ใช้กำลังใด ๆ ในการสอบสวนตามที่ผู้ต้องสงสัยว่าก่อการร้ายซึ่งถูกควบคุมโดยเจ้าหน้าที่ GSS ร้องขอ แต่ต่อมาศาลก็ได้ยกเลิกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว เนื่องจากเจ้าหน้าที่ GSS ได้แสดงพยานหลักฐานว่าผู้ต้องสงสัยมีข้อมูลที่สำคัญอย่างที่สุด และการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจะช่วยชีวิตประชาชนจำนวนมาก และช่วยป้องกันภัยจากการก่อการร้ายที่ร้ายแรง³⁸ แต่ทั้งนี้ในคำพิพากษาดังกล่าวหรือในรายงานรัฐของประเทศอิสราเอลมิได้มีการเปิดเผยการกระทำที่ใช้ในการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ GSS แต่อย่างใด

เป็นที่เชื่อว่าการกระทำที่ใช้ในการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ GSS นั้นเกี่ยวข้องกับ การกระทำดังต่อไปนี้ (1) ควบคุมตัวให้อยู่ในสภาพที่เจ็บปวด (2) ใส่ถุงคลุมศีรษะ (3) ให้ฟังเพลงเสียงดังเป็นระยะเวลานาน (4) บังคับให้อดนอนเป็นเวลานาน (5) ข่มขู่ว่าจะฆ่า (6) การเขย่าตัวอย่างรุนแรง (7) การบังคับให้อยู่ในอากาศหนาวเย็น³⁹ โดยรัฐบาลอิสราเอลยืนยันว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดข้อบทที่ 1 หรือข้อบทที่ 16 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แต่คณะกรรมการต่อต้านการทรมานฯ ได้แสดงจุดยืนต่อความเห็นดังกล่าวว่า วิธีการสอบสวนที่ใช้เป็นกลยุทธ์ในการต่อต้านการก่อการร้ายตามกฎหมายแลนดัว ซึ่งศาลฎีกาประเทศอิสราเอลเห็นว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการกระทำที่ละเมิดข้อบทที่ 16 และเป็น การทรมานตามความหมายข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และข้อสรุปดังกล่าวนี้จะชัดเจนยิ่งขึ้นหากมีการใช้วิธีการสอบสวนนั้นร่วมกัน ซึ่งมักเกิดขึ้นเป็นกรณีปกติ

³⁸ UN Committee Against Torture (CAT), UN Committee against Torture: Addendum to the Second Periodic Reports of States Parties Due in 1996, Israel, 18 February 1997, CAT/C/33/Add.2/Rev.1, pp. 8-10. Retrieved on November 20, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3ae6ae3610.html>.

³⁹ Chris Ingelse, *supra note 6*, p.227.

ในวันที่ 6 กันยายน ค.ศ. 1999 ศาลฎีกาประเทศอิสราเอลได้วินิจฉัยว่าวิธีการสอบสวนซึ่งรวมถึงการใช้กำลังทางกายของเจ้าหน้าที่ GSS และเจ้าหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของอิสราเอลละเมิดกฎหมายอิสราเอลและกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁰ ศาลยังไม่ยอมรับการกระทำบางอย่างด้วย เช่น การเขย่าอย่างรุนแรง การบังคับให้ผู้ต้องขังหมอบเอาศีรษะแนบปลายท้ายเหมือนกบ การใส่กุญแจมือ การกำหนดให้นั่งในท่า Shabach⁴¹ และการบังคับให้อดนอน

จากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการต่อต้านการทรมานนั้นได้พิจารณาถึงประเด็นเรื่องระดับความรุนแรงของการเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานระหว่างการกระทำที่เป็นการทรมาน และการประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยคณะกรรมการต่อต้านการทรมานกำหนดว่าการกระทำที่จะเป็นการทรมานได้นั้นจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง แต่การประตบตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไม่จำเป็นต้องถึงขนาดร้ายแรง

แม้ว่าความหมายการทรมานที่กำหนดไว้ในทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการทรมาน ค.ศ. 1985 (Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture) จะมีได้กำหนดให้การกระทำทรมานนั้นจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง แต่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) ก็ได้ยืนยันในแนวคำพิพากษาว่าการกระทำใดที่จะจัดว่าเป็นการทรมานนั้น การกระทำนั้นจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงหรือร้ายแรงด้วย⁴²

⁴⁰ Israeli Supreme Court, Judgment Concerning the Legality of the GSS' Interrogation Methods, (September 6, 1999): p.3.

⁴¹ คือการปิดตาผู้ต้องขัง มัดมือไขว้หลังและให้นั่งบนเก้าอี้เตี้ยๆ ตัวเล็กที่โน้มมาข้างหน้าและคลุมศีรษะด้วยกระสอบทึบ และบังคับให้ฟังเพลงเสียงดังๆ.

⁴² See *Caesar v Trinidad and Tobago* (2005) Series C No. 123 para. 50, ; *Luis Lizardo Cabrera v. Dominican Republic*, Case 10.832, Report No. 35/96, IACHR, Annual Report 1997, OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6 rev. (1997), para. 85. Cited in Interpretation of Torture in the Light of the Practice and Jurisprudence of International Bodies, 22.

การก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงแก่เฉพาะเป็นการกระทำต่อร่างกายอย่างเดียว แต่ยังรวมถึงความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางจิตใจ และรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องออกกฎหมายภายในให้รวมถึงการทรมานต่อจิตใจอีกด้วย⁴³ คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ให้ความหมายการทรมานทางจิตใจว่า การก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจจากการสร้างสภาพความหวาดระแวงหรือความเครียดด้วยวิธีอื่นใดนอกเหนือจากการทำร้ายร่างกาย⁴⁴ และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาได้ให้ความหมายการทรมานทางจิตใจว่า การกระทำใดก็ตามโดยเจตนาต่อผู้อื่นเพื่อให้เขาชะงักการต่อต้านทางจิตใจ และเพื่อบังคับให้บุคคลนั้นให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองหรือให้รับสารภาพว่ากระทำผิดอาญา หรือเพื่อเป็นการลงโทษอย่างอื่นนอกเหนือจากการพรางไปซึ่งเสรีภาพ⁴⁵ โดยการทรมานทางจิตใจนี้จะมีได้มุ่งกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ แต่มุ่งจัดการกับจิตประสาท อารมณ์และความรู้สึกของเหยื่อ ก่อให้เกิดความกลัว กังวลเพื่อลดทอนหรือทำลายแรงต้านทานทางจิตใจ และความสามารถในการใช้สติสัมปชัญญะ

การทรมานทางจิตใจนั้นมุ่งเน้นไปที่ด้านวิธีการ (Method) และการก่อให้เกิดผลกระทบทางจิตใจ (Effect) รูปแบบในการทรมานโดยจิตใจส่วนมากจะเกี่ยวข้องกับการข่มขู่ให้เกิดความกลัวโดยไม่จำกัดวิธี หรือการทำให้เกิดความอ่อนล้าหรือรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัย เช่น การข่มขู่ว่าจะทรมาน การข่มขู่ว่าจะฆ่าหรือทำให้พิการต่อตัวเหยื่อหรือญาติสนิทของเหยื่อ การขู่ว่าจะใช้กระบอกยาสีดำทำให้ติดเชื้อเอดส์ การข่มขู่โดยใช้สุนัข การบังคับให้ดูการทรมานหรือการลงละเมิดทางเพศของบุคคลในครอบครัวหรือบุคคลใกล้ชิด การให้ฟังเสียงการใช้ไฟฟ้าโดยข่มขู่ว่าจะไม่สารภาพหรือให้ข้อสันเทศจะถูกตัดแขนขา การบังคับให้อดนอนเป็นระยะเวลาอันยาวนาน การขังเดี่ยวโดยไม่ให้ติดต่อกับโลกภายนอกอย่างยาวนาน และในสถานการณ์ข่มขืนเองก็ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทั้งทางร่างกายและจิตใจ ซึ่งการใช้วิธีการทรมานทางจิตใจนี้อาจส่งผลให้ผู้ถูกกระทำเกิดความหวาดกลัว หวาดระแวงอย่างยาวนานอันเป็นอาการทางจิต และอาจมีอาการผิดปกติที่เกิดหลังจากความเครียดที่สะเทือนใจ (Post-traumatic Stress Disorder: PTSD) ซึ่งยากแก่การรักษา สังเกตได้

⁴³ Chris Ingelse, *supra* note 6, p.226.

⁴⁴ Denmark et al. v. Greece, Report of the European Commission on Human Rights, 5 November 1969.

⁴⁵ Inter-American Court of Human Rights, Tibi v. Ecuador, 7 September 2004, Series C No. 114, para. 146, Maritza Urrutia v Guatemala, 27 November 2003, Series C No. 103, para. 93, Cantoral-Benavides v. Peru, 18 August 2000, Series C No. 69, para. 104.

ว่าคำว่า “จิตใจ” ในที่นี้จะต้องตีความในความหมายอย่างกว้าง ไม่ใช่หมายถึงเฉพาะจิตประสาทหรือสมองตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แต่ยังคงหมายความรวมถึงอารมณ์ความรู้สึก

กล่าวโดยสรุปแล้วคำว่า “ร้ายแรง” (Severe) นี้ เป็นเรื่องของการพิจารณาระดับซึ่งมีความเป็นนามธรรมค่อนข้างมาก ยากแก่การที่จะจำกัดความโดยเฉพาะ แต่คำว่าร้ายแรงในที่นี้คงไม่ต้องส่งผลถึงขนาดอันตรายสาหัสตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297 หรือจะต้องมีความรุนแรงอย่างมาก (Extremely severe) อย่างที่สหรัฐอเมริกาพยายามเสนอว่าต้องถึงขนาดที่อาจส่งผลให้ถึงแก่ความตาย อวัยวะล้มเหลว หรือระบบการทำงานของร่างกายเสียหายอย่างถาวร แต่ทั้งนี้คำว่าร้ายแรงนี้จะต้องมีความรุนแรงเพียงพอในระดับหนึ่ง เพื่อแยกการทรมานอันเป็นอาชญากรรมที่เลวร้ายและละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างที่สุดออกจากความผิดอื่น ดังนั้นในการพิจารณาระดับความรุนแรงของความเจ็บปวดทางการหรือจิตใจ ศาลจำเป็นต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ประกอบต่าง ๆ ประกอบกัน เช่น รูปแบบและวิธีการที่ใช้ จำนวนการกระทำ ระยะเวลาในการกระทำ ผลกระทบทางกายหรือจิตใจที่ตามมา และในบางกรณี อาจจำเป็นต้องพิจารณาถึง อายุ เพศ สุขภาพและวัฒนธรรมของเหยื่อ⁴⁶ ประกอบในการพิจารณาด้วย

4.1.3 ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น (Intentional)

การกระทำที่จะเป็นการทรมานนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานต่อร่างกายหรือจิตใจที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น โดยสังเกตได้จากที่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นเรียกร้องให้การกระทำที่จะเป็นการทรมานได้นั้นจะต้องมีเจตนาพิเศษกล่าวคือจะต้องมีมูลเหตุจูงใจอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ดังนั้นการกระทำโดยประมาท แม้จะเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจก็ไม่มีทางเป็นการทรมานตามความหมาย ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เช่น การที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่ควบคุมดูแลผู้ต้องขังปล่อยปละละเลยโดยประมาท ไม่ดูแลจัดหาอาหารหรือน้ำดื่มให้แก่ผู้ต้องขัง จนทำให้ผู้ต้องขังหิวตาย การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการทรมาน หรือกรณีที่แพทย์ทำการรักษาผู้ต้องขังและการรักษาดังกล่าวแม้ว่าจะก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนั้นก็ไม่เป็นการทรมาน เนื่องจากแพทย์มิได้มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน ทั้งยังขาดมูลเหตุจูงใจอย่างหนึ่งอย่างใดที่ระบุไว้ในความหมายการทรมาน

⁴⁶ David Weissbrodt, “Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment”, 29 *Law and INEQ* 343, (2011): pp.382-383.

ตามข้อบทที่ 1 อนุสัญญาต่อต้านการทรมานอีกด้วย คำว่าเจตนา⁴⁷นี้หมายถึงทั้งเจตนาประสงค์⁴⁷ และเจตนาเล็งเห็นผล⁴⁸ ด้วย

4.1.4 เจตนาพิเศษ (Specific Intent) หรือมูลเหตุจูงใจ (Motive)

ถือเป็นองค์ประกอบหลักที่สำคัญยิ่งในการกำหนดความหมายการทรมาน การกระทำที่จะเป็นการทรมานตามความหมาย ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานนั้นจะต้องกระทำเพื่อมูลเหตุจูงใจอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้

- 1) เพื่อความประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้น หรือบุคคลที่สาม หรือ
- 2) เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะลงโทษบุคคลหรือบุคคลที่สามสำหรับการกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือ
- 3) เพื่อความมุ่งประสงค์ข่มขู่ให้กลัว หรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือ
- 4) เป็นการกระทำโดยเนื่องมาจากเหตุผลใด ๆ ก็ตามบนพื้นฐานของการเลือกประติบัติ

ด้วยการที่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ใช้คำว่า “such propose as” ซึ่งแปลได้ว่า “เช่นวัตถุประสงค์เพื่อ” ดังนั้นมูลเหตุจูงใจทั้งสิ้นข้างต้นเป็นเพียงมูลเหตุจูงใจที่เป็นตัวอย่างตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เท่านั้น มิได้หมายความว่ากระทำทรมานจะต้องมีมูลเหตุจูงใจเพียงแต่เฉพาะมูลเหตุจูงใจทั้งสิ้นประการข้างต้นเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามการตีความในประเด็นดังกล่าวนี้ควรจะตีความอย่างจำกัด มิใช่จะกำหนดให้การกระทำที่เป็นการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจไม่ว่ากระทำลงโดยมีมูลเหตุจูงใจใด ๆ ทั้งหมดเป็นการทรมาน อย่างเช่นความหมายการทรมานตามอนุสัญญาของประเทศในทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการทรมาน ข้อบทที่ 2 ซึ่งกำหนดมูลเหตุจูงใจไว้อย่างกว้างขวางให้ครอบคลุมถึงความประสงค์อื่นใด

⁴⁷ See ICTY, Prosecutor v Limaj et al., Case No. IT-03-66-T, Trial Chamber II, Judgment, 30 November 2005, para. 238.

⁴⁸ See ICTY, Prosecutor v Martić, Case No. IT-95-11-T, Trial Chamber, Judgment, 12 June 2007, para. 77.

ทั้งหมด⁴⁹ ซึ่งในชั้นร่างปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ เองก็มีความพยายามในการที่จะเพิ่มข้อความในทำนองให้การกระทำทรมานรวมถึงการกระทำเพื่อมูลเหตุจูงใจอื่นใดทั้งหมดด้วย แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็ไม่เป็นผล⁵⁰ การกำหนดให้การทรมานครอบคลุมถึงการกระทำเพื่อมูลเหตุจูงใจอื่นใดทั้งหมดย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ที่มุ่งจะจำกัดการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและทำให้มูลเหตุจูงใจที่กำหนดเป็นตัวอย่างไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ไร้ความหมาย⁵¹ การตีความในเรื่องมูลเหตุจูงใจในการกระทำจึงควรมีความเชื่อมโยงหรือเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์หรือนโยบายของรัฐหรือองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ⁵² ดังนั้นหากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำทรมานเนื่องจากเป็นคนชอบความรุนแรง (Sadistic) ย่อมไม่ถือเป็นการทรมานตามความหมายของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป ผู้เสนอรายงานพิเศษเกี่ยวกับการทรมานของสหประชาชาติ คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน และ/หรือศาลระหว่างประเทศอื่น ๆ รวมทั้งบรรดานักวิชาการหลายท่านต่างเน้นย้ำว่าองค์ประกอบเรื่องเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการทรมานหรือไม่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เคยกล่าวไว้ตั้งแต่ที่พิจารณาคดี The Greek Case แล้วว่าการกระทำทรมานคือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ไร้มนุษยธรรมที่กระทำลงโดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อเค้นเอามาซึ่งข้อมูลหรือคำรับสารภาพ ส่วนในคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี Egmez

⁴⁹ Article 2 of Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture

For the purposes of this Convention, torture shall be understood to be any act intentionally performed whereby physical or mental pain or suffering is inflicted on a person for purposes of criminal investigation, as a means of intimidation, as personal punishment, as a preventive measure, as a penalty, or for any other purpose. Torture shall also be understood to be the use of methods upon a person intended to obliterate the personality of the victim or to diminish his physical or mental capacities, even if they do not cause physical pain or mental anguish.

⁵⁰ Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, The United Nations Convention against Torture: A Commentary, (Oxford University Press, 2008), p.75.

⁵¹ Gail H. Miller, *supra note 14*, p.16.

⁵² J. Herman Burgers and Hans Danelius, *supra note 6*, pp.118-119.

v Cyprus และ คดี Denizci v Cyprus ได้ระบุอย่างชัดเจนว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งได้กระทำ โดยเจตนาละเมิดสิทธิของผู้เสียหายโดยมีการใช้ความรุนแรงในระดับต่าง ๆ ไม่เป็นการทรมาน เนื่องจากผู้เสียหายไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นได้กระทำไปโดยมีมูลเหตุจงใจ เพื่อเค้นคำรับสารภาพ⁵³ ศาลจึงพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นเพียงการกระทำหรือการประตบัติที่ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยศักดิ์ศรีและเป็นการละเมิด ข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญายุโรป

4.1.5 ต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ (The Involvement of Public Official other person acting in an official capacity)

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เรียกร้องให้การกระทำใด ๆ จะเป็นการทรมาน จะต้องมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับเจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ การกำหนดองค์ประกอบความผิดนี้น่าจะมีเหตุผลจากการคุ้มครองรัฐจากการรับผิดชอบสำหรับการกระทำซึ่งรัฐไม่สามารถควบคุมได้ แต่ก็ไม่เป็นการยกเว้นรัฐจากความรับผิดชอบในกรณีที่รัฐล้มเหลวในการกำหนดมาตรการป้องกันการทรมาน⁵⁴ และต้องการกันการกระทำของเอกชนออกจากขอบวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ดังนั้นการกระทำของเอกชนแม้ว่าจะได้กระทำลงโดยมีความโหดร้ายหรือรุนแรงขนาดไหนก็ตามก็ไม่สามารถเป็นการทรมานตามความหมายข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้ แต่อาจจะเป็นความผิดฐานอื่น ๆ ตามประมวลกฎหมายอาญาของรัฐ เช่น ความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพ เป็นต้น ทั้งนี้เจตนารมณ์ดังกล่าวมีเบื้องหลังจากความคิดที่ว่า การกระทำของเอกชนนั้นย่อมเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งหากการกระทำความผิดนั้นไม่มีส่วนเชื่อมโยงหรือเกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการแล้ว ระบบการอำนวยความยุติธรรมทางอาญาในสภาพปกติย่อมสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอในการสอบสวนดำเนินคดีและหาตัวผู้กระทำความผิดมา

⁵³ See Egmez v Cyprus, Eur. Ct. Hr, Judgment, 21 December 2000, para. 78; Denizci v Cyprus, Eur. Ct. HR, Judgment, 23 May 2001, para 384-6. Cited in Julianne Harper, *supra note 8*, p.905.

⁵⁴ Sarah Joseph et al., Seeking Remedies for Torture Victims: A Handbook on the Individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies, (World Organisation Against Torture(OMCT), November 2006), p.210.

ลงโทษตามกระบวนการยุติธรรมได้⁵⁵ ผู้ร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ จึงไม่เห็นความจำเป็นในการกำหนดให้การกระทำทรมานมุ่งรวมถึงการกระทำของเอกชนด้วย⁵⁶ และความผิดฐานทรมานนั้นควรสงวนไว้ใช้สำหรับการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและอำนวยความยุติธรรมให้แก่สังคมแต่กลับกระทำการอันเป็นละเมิดสิทธิมนุษยชนและเพิกเฉยต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงเท่านั้น⁵⁷

ในชั้นร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นคณะทำงานไม่สามารถกำหนดความหมายที่แน่นอนของ “เจ้าพนักงานของรัฐ” โดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมันได้เสนอให้มีการกำหนดความหมายดังกล่าว ประเทศเยอรมันเสนอให้ความหมายเจ้าพนักงานของรัฐหมายความรวมถึง บุคคลซึ่งได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐบาลให้ใช้อำนาจรัฐไม่ว่าประจำหรือเป็นบางครั้งโดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานะทางกฎหมาย และรวมทั้งบุคคลซึ่งในบางดินแดนหรือภายใต้เงื่อนไขเฉพาะได้ใช้อำนาจหน้าที่เหนือบุคคลอื่น และอำนาจดังกล่าวเทียบเคียงได้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁵⁸ และเจ้าพนักงานของรัฐน่าจะหมายความรวมถึงการเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมาย (De jure authorities) และเจ้าพนักงานตามข้อเท็จจริง (De facto authorities) และความเกี่ยวข้องของเจ้าพนักงานของรัฐไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องว่าเจ้าพนักงานของรัฐนั้นจะได้กระทำในขอบเขตตำแหน่งหน้าที่ทางการของตนหรือไม่⁵⁹ หากพิจารณาความหมาย “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยซึ่งได้เพิ่มเติมความหมายเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558⁶⁰ เห็นได้ว่าความหมายเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

⁵⁵ Julianne Harper, *supra note 8*, p.906.

⁵⁶ Gail H. Miller, *supra note 14*, p.17.

⁵⁷ รณกรณ์ บุญมี, “ปัญหาในการกำหนดนิยามของการทรมาน และบัญญัติให้เป็นความผิดเฉพาะตามกฎหมายไทย”, (เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการในชุด “เชิดชูครุกฎหมาย” เนื่องในงานรำลึกศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย หัวข้อ “พันธกรณีของประเทศไทยในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย”, 25 เมษายน 2558), น. 10.

⁵⁸ Lene Wendland, *supra note 10*, p.29.

⁵⁹ Steven Dewulf, *supra note 14*, p.9.

⁶⁰ โปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558

มาตรา ๓ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (๑๖) ของมาตรา ๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ปัจจุบันมีความสอดคล้องกับข้อเสนอของประเทศเยอรมัน และน่าจะครอบคลุมความหมายเจ้าพนักงานของรัฐตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

ประเด็นเรื่องความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงของเจ้าพนักงานของรัฐนี้ อาจมีความแตกต่างกันทั้งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law) และกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Law) ซึ่งมีได้กำหนดให้การทรมานจำเป็นต้องมีองค์ประกอบเรื่องสถานะของเจ้าพนักงานรัฐ ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวียได้พิจารณาว่า ข้อบทที่ 1 (1) แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นมิได้เป็นตัวแทนค่านิยามการทรมานตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) ศาลมองว่าตามขอบเขตตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ความเกี่ยวข้องของเจ้าพนักงานของรัฐหรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการไม่จำเป็นสำหรับความผิดฐานทรมาน ลักษณะเฉพาะของความผิดนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำมากกว่าสถานะของบุคคลผู้กระทำ⁶¹

คำว่า “บุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ” นั้นอาจรวมถึงพนักงานขององค์กรที่ปกครองหรือกำลังใช้อำนาจควบคุมดินแดนได้อยู่ เช่น กลุ่มบุคคลในยูโกสลาเวีย หรือกลุ่มที่ทำสงครามกองโจรในละตินอเมริกาก็ได้ คำว่าในฐานะทางการ (Official capacity) ไม่ต้องถึงขนาดที่เกี่ยวข้องกับรัฐบาลใดรัฐบาลหนึ่งก็ได้⁶² คณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้รับรองความหมายว่าบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ โดยมีอำนาจตามข้อเท็จจริงซึ่งเปรียบเทียบกับเจ้าพนักงานของรัฐบาล ปราบกฏตามความเห็นของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานในคดี *Elmi v Australia* ซึ่งรับรองว่าประเทศโซมาเลีย (Somalia) ปราศจากรัฐบาลกลางอย่างยาวนาน และกองกำลังสู้รบ (Warring factions) ได้ใช้อำนาจสถาปนาตนเป็นสถาบันกึ่งรัฐบาล (Quasi-governmental institution) และใช้อำนาจโดยทั่วไปในเมืองโมกาดิชู (Mogadishu) อันเป็นเมือง

“(๑๖) “เจ้าพนักงาน” หมายความว่า บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงานหรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าจะประจำหรือครั้งคราว และไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่”

⁶¹ ICTY, *Prosecutor v Kunarac et al.*, Case No. IT-96-23&23/1, Trial Chamber, Judgment, 22 February 2001, paras 495-496. Cited in Nigel S. Rodley and Matt Pollard, *supra note 19*, p.89.

⁶² สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร และพรชัย ด่านวิวัฒน์, กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2555), น. 22.

หลวงของประเทศโซมาเลีย โดยตามข้อเท็จจริงแล้วกองกำลังสู้รบดังกล่าวได้ใช้อำนาจซึ่งอาจเปรียบเทียบกับอำนาจทั่วไปของรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำของสมาชิกของกองกำลังสู้รบดังกล่าวย่อมอยู่ในความหมายของ “เจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ” ตามความหมาย ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แล้ว⁶³ อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีรัฐบาลกลาง (Central government) ปกครองประเทศอยู่ การกระทำขององค์กรหรือองคภาวะอื่นใด นอกเหนือจากเจ้าพนักงานรัฐไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “บุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ”⁶⁴

ตามความหมายอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แบ่งระดับความเกี่ยวพันของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการออกเป็น 4 ระดับด้วยกัน กล่าวคือ

- 1) การที่เจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการเป็นผู้กระทำความผิดเองโดยตรง
- 2) การที่เจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการเป็นผู้ยุยงให้บุคคลอื่นกระทำความผิด
- 3) การที่เจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการยินยอมให้บุคคลอื่นทำการกระทำความผิด
- 4) การที่เจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของบุคคลอื่น⁶⁵

⁶³ *Sadiq Shek Elmi v. Australia*, CAT/C/22/D/120/1998, UN Committee Against Torture (CAT), 25 May 1999, Retrieved on December 2, 2015 from <http://www.refworld.org/docid/3f588eda0.html>.

⁶⁴ *H.M.H.I. v. Australia*, CAT/C/28/D/177/2001, UN Committee Against Torture (CAT), 1 May 2002, Retrieved on December 2, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3f588ec13.html>. ในคดีนี้มีประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการส่งกลับหรือการผลักดันกลับออกไปตามข้อ 3 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน โดยคดีนี้คณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้วินิจฉัยหลังจากมีคำสั่งในคดี *Sadiq Shek Elmi v. Australia* เพียง 3 ปี แต่เนื่องจากในขณะพิจารณาคดีนี้ นั้น ประเทศโซมาเลียได้มีอำนาจรัฐโดยมีการจัดตั้งรัฐบาลแห่งชาติในระยะเปลี่ยนผ่าน (Transitional National Government) ซึ่งมีความสัมพันธ์กับประชาคมระหว่างประเทศ (International Community) ในฐานะที่มีอำนาจหน้าที่เป็นรัฐบาลกลาง.

⁶⁵ Sarah Joseph et al., *supra note 54*, p.210.

คำว่า “ยุยง” (Instigation) น่าจะหมายถึงการยุยงส่งเสริมซึ่งเป็นวิธีการหนึ่งในการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดในทำนองเดียวกันกับการใช้ บังคับ ชูเชิญจ้าง วานอันเป็นไปตามหลักเรื่องผู้ใช้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 วรรค 1 ของประเทศไทย⁶⁶

ในประเด็นเรื่อง “การยินยอม” (Consent) หรือรู้เห็นเป็นใจ (Acquiescence) นั้นควรมีความหมายกว้าง ๆ และน่าจะมีความหมายกว้างกว่าการสนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86⁶⁷ ซึ่งจะต้องมีการกระทำอันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่น (ผู้ลงมือ) กระทำความผิดที่เกิดขึ้น ซึ่งการนิ่งเฉยเสียไม่ละเว้นห้ามปรามมิให้มีการกระทำความผิดนั้นไม่ถือเป็นการสนับสนุน⁶⁸ แต่ตามข้อบทที่ 2 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการ หรือมาตรการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิผลเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดในอาณาเขตซึ่งอยู่ใต้อำนาจของรัฐภาคี ดังนั้นการที่เจ้าพนักงานของรัฐแม้ไม่ได้ทำการยุยง หรือทำการสนับสนุนอันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการกระทำความผิด แต่กลับเพิกเฉยไม่เข้าระงับยับยั้งเอกชนจากการกระทำความผิดซึ่งตนได้รู้หรือควรรู้อาจเกิดขึ้นนั้นอาจตกอยู่ในความหมายของ การให้ความยินยอมหรืออย่างน้อยที่สุดก็ถือได้ว่าการรู้เห็นเป็นใจแล้ว โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี Z and Others v United Kingdom⁶⁹ ได้วินิจฉัยยืนยันหลักการดังกล่าวว่า รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อการประติบัติที่ไร้มนุษยธรรมและย่ำยีศักดิ์ศรีซึ่งบิดามารดาได้กระทำต่อเด็กทั้งสองคน ซึ่งศาลมองว่ารัฐมีหน้าที่ต้องมีมาตรการใด ๆ เพื่อรับรองว่าประชาชนภายในรัฐภายใต้เขตอำนาจของตนจะไม่ถูกทรมานหรือได้รับการประติบัติที่มิชอบซึ่งรวมถึงการประติบัติที่มิชอบโดยเอกชน เนื่องจากในคดีดังกล่าวรัฐได้รู้หรือควรรู้อถึงความเสี่ยงในการใช้ความรุนแรงแล้ว แต่กลับไม่กระทำการอันเป็นการป้องกันภัยดังกล่าว

⁶⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับ ชูเชิญจ้าง วานหรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้ กระทำความผิด.

⁶⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด ก่อนหรือขณะกระทำ ความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความ สะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้อง ระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่ สนับสนุนนั้น.

⁶⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.683.

⁶⁹ Z and Others v United Kingdom, Application No. 29392/95, 34 Eur. H.R. Rep.97, 131 (2002).

คณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้เคยมีคำวินิจฉัยในประเด็นเรื่องการรู้เห็นเป็นใจ (acquiescence) ไว้ในคดี *Hajrizi Dzemajl et al. v. Yugoslavia*⁷⁰ ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีตามข้อ 16 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ข้อเท็จจริงโดยสรุปมีอยู่ว่า ชาวโรมาเนีย (Romani) สองคนได้รับสารภาพว่าทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงท้องถิ่นชาวมอนโตรนิโกร (Montenegrin) ซึ่งก่อให้เกิดความโกรธแค้นแก่ชาวบ้านชาวมอนโตรนิโกรเป็นอย่างมาก ผู้พักอาศัยอยู่ในชุมชนชาวโรมาเนียได้รับการแจ้งเตือนจากเจ้าหน้าที่ตำรวจให้อพยพออกจากพื้นที่ เนื่องจากไม่สามารถรับรองความปลอดภัยให้ได้ เพียงไม่กี่ชั่วโมงต่อมาหลังจากที่ชาวมอนโตรนิโกรได้มารวมตัวกันปาก้อนหินและระเบิดขวดแก๊ซโซลีนเผาทำลายที่พักอาศัยและบรรดาทรัพย์สินของชาวโรมาเนีย ทั้ง ๆ ก่อนเกิดเหตุเจ้าหน้าที่ตำรวจเองได้ทราบถึงพฤติการณ์ที่จะเกิดความรุนแรงนี้ และเจ้าหน้าที่ตำรวจยังได้อยู่ในพื้นที่ในเวลาเกิดเหตุด้วย แต่ก็ได้มีการเข้าปกป้องชาวโรมาเนีย หรือพยายามระงับการใช้ความรุนแรงดังกล่าวเลย เป็นผลให้ที่พักอาศัยและทรัพย์สินของชาวโรมาเนียเสียหายทั้งหมด คณะกรรมการต่อต้านการทรมานจึงเห็นว่าการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีดังกล่าวจะมีได้กระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ แต่เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจในคดีนี้ได้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่จะเกิดความรุนแรงขึ้นแล้ว แต่มิได้มีมาตรการอันเหมาะสมในการป้องกันและระงับยับยั้งเหตุดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการ “รู้เห็นเป็นใจ” แล้ว⁷¹

กล่าวโดยสรุปในประเด็นเรื่องการยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจนั้น จากแนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการต่อต้านการทรมานนั้น การที่เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องรับผิดชอบการกระทำทรมานของเอกชนต่อประเด็นในเรื่องการให้ความยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจนั้นก็ต่อเมื่อ เจ้าพนักงานของรัฐได้ทราบหรือมีเหตุอันสมควรให้เชื่อว่าการกระทำทรมานได้กระทำลงโดยเอกชน แต่กลับไม่ดำเนินการป้องกัน ดำเนินคดีหรือลงโทษหรือเข้าแทรกแซงห้ามปราบการกระทำดังกล่าว⁷²

⁷⁰ *Hajrizi Dzemajl et al. v. Yugoslavia*, CAT/C/29/D/161/2000, UN Committee Against Torture (CAT), 2 December 2002, Retrieved on December 2, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3f264e774.html>.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Kidus Meskele, “Interpretation of Article One of the Convention against Torture in Light of the Practice and Jurisprudence of International Bodies”, *Beijing Law Review*, 2014, p.54; and UN Committee Against Torture (CAT), *General Comment*

4.1.6 เหตุยกเว้นความผิด

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ข้อบทที่ 1 วรรคแรกตอนท้ายได้กำหนดให้การทรมานไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษที่สงบที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful sanctions) โดยข้อความดังกล่าวได้รับอิทธิพลความคิดมาจากปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ แต่ในปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้ยกเว้นการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมายในขอบเขตที่การลงโทษนั้นสอดคล้องกับข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังของสหประชาชาติ ค.ศ. 1955 (Standard Minimum Rules for the treatment of Prisoners 1955) ด้วยเหตุที่ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำดังกล่าวมิใช่ตราสารระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย รัฐต่าง ๆ จึงได้แสดงความกังวลถึงการอ้างถึงตราสารที่ไม่มีผลทางกฎหมายไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลทางกฎหมายอันสำคัญ⁷³ ส่งผลให้มีการตัดข้อความส่วนที่อ้างถึงข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังของสหประชาชาติ ออกไปในขั้นจัดทำร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

อย่างไรก็ตาม บรรดารัฐต่าง ๆ ยังคงแสดงความกังวลถึงขอบเขตความหมายของคำว่า “การลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย” นี้ และเห็นว่าถ้อยคำนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาการตีความและอาจลดความเป็นเอกภาพในเรื่องความหมายของการทรมาน ทั้งนี้การปฏิบัติหรือการลงโทษอย่างไรอย่างหนึ่งอาจถือว่าชอบด้วยกฎหมายของรัฐหนึ่งแต่อาจจะมิชอบด้วยกฎหมายของอีกรัฐหนึ่งก็เป็นได้⁷⁴ และการใช้ถ้อยคำดังกล่าวอาจเป็นการเปิดช่องว่างให้รัฐละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ โดยกล่าวอ้างความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติหรือการลงโทษตามกฎหมายภายในของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรดารัฐอิสลามซึ่งมีกฎหมายภายในเกี่ยวกับการลงโทษทางเนื้อตัวร่างกาย (Corporal punishment) ที่ค่อนข้างรุนแรง ประเทศอิตาลี เนเธอร์แลนด์ อังกฤษ และสหรัฐอเมริกาได้แสดงจุดยืนว่าความชอบด้วยกฎหมายนั้นหมายถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศด้วย⁷⁵

No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties, 24 January 2008, CAT/C/GC/2, para 18.

⁷³ Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, *supra note 50*, p.80.

⁷⁴ Gail H. Miller, *supra note 14*, p.21.

⁷⁵ ไนเจล รอดเลย์ และ แมท โพลลาร์ด, การกำหนดความผิดทางอาญาของการทรมาน: พันธกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม

ความเห็นว่าการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น นอกจากจะต้องชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐแล้วจะต้องชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย ได้รับการสนับสนุนจากผู้เสนอรายงานพิเศษเกี่ยวกับการทรมานของสหประชาชาติ นายไนเจล รอดเลย์ (Nigel Rodley) ซึ่งยืนยันว่ากฎหมายภายในของรัฐไม่ควรมีผลกระทบต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และสรุปว่า “การลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย” หมายถึง การปฏิบัติซึ่งประชาคมระหว่างประเทศยอมรับในฐานะเป็นการลงโทษซึ่งสามารถกระทำได้ เช่น โทษจำคุก และเห็นว่าข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังของสหประชาชาติอาจใช้เป็นตัวอย่างมาตรฐานระหว่างประเทศในการกำหนดการปฏิบัติที่สามารถยอมรับได้ และเห็นว่าการลงโทษต่อเนื้อตัวร่างกายเป็นการกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีและอาจถึงขนาดเป็นการทรมาน ไนเจล รอดเลย์ เห็นว่าการลงโทษโดยการปาก้อนหินจนตาย (Stoning to death) การเขียนตี (Flogging) การตัดแขนขา (Amputation) ไม่สามารถยอมรับในฐานะเป็นโทษที่ชอบด้วยกฎหมายได้ เพียงเพราะมีกฎหมายภายในของรัฐรับรองการลงโทษดังกล่าว ไม่ว่าจะจากการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารหรือคำสั่งทางตุลาการ⁷⁶

ประเด็นในส่วนของโทษประหารชีวิตนั้นก็มีแนวโน้มปัจจุบันเห็นว่า การลงโทษประหารชีวิตเป็นการลงโทษที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ และทางคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเองก็ได้ยืนยันว่าการลงโทษประหารชีวิตถือเป็นการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีหรืออาจถึงขนาดเป็นการทรมาน อีกทั้งคณะกรรมการต่อต้านการทรมานก็แสดงจุดยืนในทำนองเดียวกันว่าการลงโทษประหารชีวิตในรูปแบบต่าง ๆ เป็นการละเมิดต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ⁷⁷ และได้วินิจฉัยในคดี A.S v Sweden ว่าการลงโทษด้วยวิธีการปา

หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี, จัดแปลโดย คณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล (ICJ) และ association for the prevention of torture (apt), น.7.

⁷⁶ Sir Nigel S. Rodley, Report of the Special Rapporteur, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1995/37 B, Question of the Human Rights of All Persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment, In Particular: Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, E/CN.4/1997/7 cited in Gail H. Miller, *supra* note 14, p.22.

⁷⁷ ไนเจล รอดเลย์ และ แมท โพลลาร์ด, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 75, น.7.

ก่อนหินให้ถึงตายในความผิดฐานเป็นขู้เป็นการทรมานตามความหมายข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน⁷⁸

แนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่ได้พิจารณาในคดี *George Osburne v Jamaica* เป็นข้อยืนยันได้อย่างดีว่าการลงโทษโดยชอด้วยกฎหมายนั้นจะพิจารณาจากกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปแอฟริกา ก็พิจารณาว่าการลงโทษโดยการใช้แส้พลาสติกโบย 25 ถึง 40 ครั้งในที่สาธารณะกับหลังเปลือยเปล่า เป็นการลงโทษที่ไม่ชอบแม้ว่าจะบัพัญญูติตามกฎหมายภายในรับรอง⁸⁰

ผู้เขียนเห็นด้วยว่าถ้อยคำว่า “การลงโทษที่ชอด้วยกฎหมาย” นั้น ควรได้รับการตีความโดยสุจริตและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ซึ่งต้องการยกเว้นความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางจิตใจอันอาจเป็นผลมาจากการถูกคุมขังโดยแท้ เพราะเป็นเรื่องปกติและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยการจำกัดเสรีภาพ⁸¹ การตีความว่าการลงโทษทุกอย่างที่ชอด้วยกฎหมายภายในของรัฐไม่เป็นการทรมานนั้นย่อมไม่สอดคล้องและเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ อย่างชัดเจน และยังสัมพันธ์กับการละเมิดพันธกรณีของรัฐโดยการกล่าวอ้างถ้อยคำดังกล่าว ดังนั้นการลงโทษทั้งปวงที่แม้จะชอด้วย

⁷⁸ *A.S. v. Sweden*, CAT/C/25/D/149/1999, UN Committee Against Torture (CAT), 15 February 2001. Retrieved on December 4, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3f588ecc7.html>.

⁷⁹ *George Osbourne v. Jamaica*, CCPR/C/68/D/759/1997, UN Human Rights Committee (HRC), 13 April 2000. Retrieved on December 4, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/3f588efea.html>.

⁸⁰ *Curtis Francis Doebbler v. Sudan*, 235/00, African Commission on Human and Peoples' Rights, 11 May 2012. Retrieved on December 4, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/4facc98a2.html>.

⁸¹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “ร่างรายงานประเทศตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment - CAT)”, ฉบับที่ 1 (ระยะที่1), เสนอต่อ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, น.29.

กฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ แต่หากไม่เป็นที่ยอมรับตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วย่อมถือเป็นการทรمان หรือการประดึบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีตามแต่กรณี

ดังนั้นประเทศไทยควรจะต้องพิจารณาถึงการยกเลิกหรือจำกัดการบังคับใช้โทษประหารชีวิตทั้งนี้เพื่อให้เกิดการสอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

4.1.7 ความหมายการทรมาน กับ หลักความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญา

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า หลักการห้ามทรมานนั้นได้ถูกยอมรับในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดไม่สามารถล่วงละเมิดได้ ด้วยสถานะดังกล่าวทำให้หลักการทรมานนั้นมีผลผูกพันรัฐต่าง ๆ ได้โดยที่รัฐนั้นอาจไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายภายในรับรอง พฤติการณ์พิเศษต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสภาวะสงคราม สภาพคุกคามที่จะเกิดสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมือง หรือสภาวะฉุกเฉินสาธารณะ หรือเหตุอื่นใดทั้งปวงไม่อาจถูกหยิบยกหรือกล่าวอ้างความชอบธรรมเพื่อให้มีการทรมานได้

สนธิสัญญาทั้งในระดับระหว่างประเทศ หรือในระดับภูมิภาคที่สำคัญ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน อนุสัญญาของประเทศในทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการทรมาน ล้วนแต่บัญญัติและรับรองหลักการห้ามทรมานไว้อย่างชัดเจน แต่ไม่มีสนธิสัญญาฉบับใดเลยที่ได้ให้ความหมายการทรมานที่ชัดเจนไว้ จนกระทั่งมีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ซึ่งเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับแรกที่ได้ให้ความหมายการทรมานไว้อย่างเป็นรูปธรรมที่สุด และเป็นความหมายซึ่งได้รับการรับรองและเห็นชอบจากนานาประเทศ

การที่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เรียกร้องให้บรรดารัฐภาคีแห่งอนุสัญญามีหน้าที่ในการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดอาญาซึ่งลงโทษได้ตามกฎหมาย ทำให้การทรมานต้องตกอยู่ภายใต้หลักประกันในกฎหมายอาญาที่กำหนดให้บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย อันเป็นหลักการสากลซึ่งเป็นที่ยอมรับกันมานานาประเทศ และเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (Rule of Law) โดยมี

วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจโดยอำเภอใจของรัฐ ทั้งจากฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายบริหาร หรือแม้กระทั่งจากการใช้ดุลพินิจที่เกินขอบเขตในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของฝ่ายตุลาการ⁸² หลักประกันในกฎหมายอาญามักเป็นที่รู้จักในภาษาลาตินว่า “Nullum crimen nulla poena sine lege” ซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “No crime nor punishment without law” หรือเรียกว่า “Principle of Legality”⁸³ สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญหลายฉบับเช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน⁸⁴ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง⁸⁵

⁸²The Principle of Legality, Retrieved on May 8, 2016, from http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/international_law/users/vessier9/public/Cassese%20-%20Principle%20of%20legality.pdf.

⁸³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ่างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 2*, น.16-17.

⁸⁴ Article 11 of The Universal Declaration of Human Rights

“(1) Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

(2) No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.”

⁸⁵ *Article 15 of International Covenant on Civil and Political Rights*

“1 . No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby.

2. Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations.”

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน⁸⁶ หรือกระทั่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย⁸⁷ เองก็รับรองหลักการดังกล่าวนี้ไว้เช่นกัน

หลักประกันในกฎหมายอาญานั้นประกอบด้วยหลักการย่อยที่สำคัญสี่ประการ กล่าวคือ

1) กฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติเป็นสายลักษณะอักษรซึ่งออกโดยรัฐสภา ไม่อยู่ในหลักจารีตประเพณี (Customary rules) เรียกเป็นภาษาลาตินว่า “Nullum crimen sine lege scripta”

2) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติโดยชัดเจนแน่นอน เรียกเป็นภาษาลาตินว่า “Nullum crimen sine lege stricta” หรือแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “Principle of Specificity” หรือ “The Certainty Principle” หรืออาจรู้จักในชื่อ “Lex Certa Principle”

3) กฎหมายอาญาจะบังคับใช้ย้อนหลังมิได้ เรียกเป็นภาษาลาตินว่า “Nullum crimen sine proevia lege”

⁸⁶ Article 7 of European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

“1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.”

⁸⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนด โทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำ เช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการ เป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับ โทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้น สิ้นสุดลง”

4) ห้ามอาศัยการเทียบเคียง (Analogy) ในกฎหมายอาญา⁸⁸

เมื่อพิจารณาหลักประกันในกฎหมายอาญากับความหมายการทรมาน ตามข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แล้ว ประเด็นที่นักวิชาการต่างวิพากษ์วิจารณ์มากที่สุดคือ ความหมายการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานนั้นขัดกับหลักที่ว่าถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะต้องมีความชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะในเรื่องการนำระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน มาบัญญัติหรือเป็นเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา⁸⁹ ซึ่งกฎหมายอาญาจะถือว่าขาดความชัดเจนแน่นอนต่อเมื่อ มีการกำหนดหรือแก้ไขความผิดย้อนหลัง เมื่อกฎหมายมิได้มีการประกาศหรือทำการเผยแพร่ ทำให้ไม่สามารถเข้าถึงได้ และการที่ไม่สามารถกำหนดหรือทราบองค์ประกอบความผิดฐานนั้น ๆ ได้⁹⁰ เหตุผลในการที่ต้องบัญญัติให้กฎหมายอาญามีความชัดเจนแน่นอนนั้นก็เพื่อที่จะให้ประชาชนซึ่งตกอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายได้มีโอกาสทราบล่วงหน้าว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำใดจะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญา และการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้จะมีผลอย่างไร เพื่อให้ประชาชนสามารถคิด ตัดสินใจและวางแผนในการใช้ชีวิตเพื่อเลี่ยงหลีกเลี่ยงความรับผิดอาญาได้⁹¹ ถ้าประชาชนไม่อาจรู้หรือไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่า การกระทำหรือการไม่กระทำของตนเป็นความผิดหรือไม่เพราะบทบัญญัติของกฎหมายคลุมเครือมากเกินไป หากมีการใช้กฎหมายกับบุคคลนั้นก็คงจะไม่เป็นธรรมและก่อให้เกิดความเป็นปฏิปักษ์ หรือขัดขึ้นต่อกฎหมายนั้นได้⁹² ประกอบกับโดยส่วนใหญ่แล้วรัฐจะห้ามบุคคลมิให้ยกความไม่รู้กฎหมายมาเป็นข้ออ้างแก้ตัวให้พ้นผิดได้ ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายอาญาจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน และหากพิจารณาหลักกฎหมายอาญาจะต้องชัดเจนแน่นอนกับทฤษฎีการป้องปราม (Deterrence theory) ซึ่งต้องการให้ประชาชนภายในรัฐเกิดความหวาดเกรงต่อความผิดและโทษของกฎหมายอาญา เพื่อป้องปรามหรือยับยั้งมิให้บุคคลนั้นตัดสินใจกระทำความผิด หลักความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญาย่อมทวีความสำคัญขึ้น ด้วยเหตุที่

⁸⁸ The principle of Legality, Retrieved on May 8, 2016, from http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/international_law/users/vessier9/public/Cassese%20-%20Principle%20of%20legality.pdf.

⁸⁹ ธรณกรณ์ บุญมี, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 57*, น.18.

⁹⁰ Fan Wright, "Certainty and Ascertainability of Criminal Law after the Pitcairn Trials", *Victoria University of Wellington Law Review*, (2008), p.661.

⁹¹ *Ibid.* p.659.

⁹² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.23.

บุคคลจำต้องทราบถึงความผิดและผลที่จะตามมาของตนก่อนจึงสามารถจะตัดสินใจได้ว่าการกระทำของตนจะมีผลเช่นไรเพื่อให้สมวัตถุประสงค์ของทฤษฎีการป้องปราม ดังนั้นหากพิจารณาในแง่นี้ กฎหมายอาญาที่ไม่ชัดเจนแน่นอนและไม่อาจคาดหมายถึงความผิดหรือโทษได้แล้ว ย่อมไม่สามารถป้องปรามบุคคลจากความหวาดเกรงได้ และไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของทฤษฎีการป้องปราม⁹³

อย่างไรก็ตาม ที่ว่ากฎหมายอาญาจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั้น หมายความว่า จะต้องมีความชัดเจนแน่นอนพอสมควร (Reasonable definite) เท่านั้น เพราะการจะบัญญัติกฎหมายให้มีความละเอียดชัดเจนถึงขั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถทำได้ในทางปฏิบัติ⁹⁴ และเรื่องความชัดเจนแน่นอนเองนั้นก็ประเด็นเรื่องระดับ (Decree) ที่ไม่มีเส้นแบ่งที่แน่นอน ซึ่งเป็นการยากที่จะระบุโดยเฉพาะเจาะจงว่าจุดไหนที่เรียกได้ว่าชัดเจนแน่นอนแล้ว หรือยังไม่ชัดเจนแน่นอน และหากเหตุผลในการเรียกร้องให้กฎหมายอาญาจะต้องชัดเจนแน่นอนนั้นเป็นไปเพื่อประสิทธิภาพของกฎหมายและเพื่อป้องกันความอยุติธรรมที่จะเกิดแก่บุคคล การที่กฎหมายอาญาที่ไม่ชัดเจนแน่นอนอาจเป็นสิ่งที่สามารถยอมรับได้หากไม่ส่งผลต่อประสิทธิภาพของกฎหมายและการป้องกันความอยุติธรรม

ผู้เขียนเห็นว่าข้อเรียกร้องให้กฎหมายอาญาจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั้นก็เพื่อให้บุคคลที่ถูกกฎหมายบังคับนั้นได้คาดหมายหรือควรคาดหมายได้ถึงผลของการกระทำหรือการไม่กระทำของตน จึงจำเป็นต้องดูบริบทของความผิดที่ได้กระทำประกอบด้วย หากความผิดที่ได้กระทำนั้นเป็นเรื่องผิดชอบชั่วดีซึ่งคนทั่วไปสามารถรู้ได้ว่าสิ่งนั้นเป็นความผิดต่อศีลธรรมหรือกฎหมาย หรือที่เรียกว่าเป็นความผิดประเภทความผิดในตัวเอง (Mala in se) ไม่ใช่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala prohibita) แล้ว ระดับการเรียกร้องความชัดเจนแน่นอนเพื่อให้บุคคลคาดหมายผลจากการกระทำหรือการไม่กระทำนั้นย่อมแตกต่างกัน การกระทำความผิดประเภทความผิดในตนเองนี้ ผู้กระทำย่อมทราบหรือคาดหมายได้ว่าสิ่งที่ตนกระทำนั้นเป็นความผิดซึ่งมีบทลงโทษ โดยไม่จำเป็นต้องทราบว่า การกระทำนั้นจะเป็นความผิดฐานอะไร และด้วยเหตุที่ว่าในทางปฏิบัติ การบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนครอบคลุมทุกประเด็นนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากหรืออาจไม่

⁹³ Michael Faure, Morah Goodwin and Franziska Weber, “The Regulator’s Dilemma: Caught between the Need for Flexibility & the Demands of Foreseeability. Reassessing the Lex Certa Principle”, *Albany Journal of Science & Technology*, Vol. 24, No.2, (2014): pp. 332-333.

⁹⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.23.

สามารถทำได้เลย การตีความของศาลในฐานะเป็นผู้ใช้กฎหมายในการอำนวยความสะดวกหรือนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นและสามารถยอมรับได้ เพื่อขจัดประเด็นปัญหาบางประการให้กระจ่างชัดหรือเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป⁹⁵ อย่างเช่นที่ประเทศฝรั่งเศสเองก็ได้ให้คำนิยามการทรมานไว้โดยเฉพาะ แต่ปล่อยให้เป็นที่ของศาลในการพิจารณาและกำหนดคำนิยามไว้เป็นแนวบรรทัดฐานต่อไป

หากพิจารณาถึงสถานะหลักการห้ามทรมานที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นกฎหมายเด็ดขาดไม่สามารถล่วงละเมิดหรือมีข้อยกเว้นได้เลย ย่อมแสดงให้เห็นถึงฉันทามติของนานาชาติว่าการทรมานนั้นเป็นการกระทำที่เลวร้าย และเป็นความผิดร้ายแรง ดังนั้นผู้กระทำทรมานย่อมทราบหรือควรทราบว่า การกระทำของตนนั้นย่อมเป็นความผิดและตนเองอาจได้รับผลร้ายจากการกระทำดังกล่าวได้ และคำนิยามการทรมานในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นถือว่ามีเจตนาชัดเจนแน่นอนในระดับหนึ่งซึ่งได้รับความยินยอมเห็นชอบจากประเทศรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แล้ว แต่ความหมายการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นเป็นเพียงตัวอย่างให้แก่รัฐภาคีเท่านั้น จึงไม่ควรเป็นเป้าหมายสูงสุดของรัฐภาคีในการกำหนดความหมายการทรมานตามกฎหมายภายในของรัฐ หากความหมายการทรมานที่รัฐภาคีจะออกเป็นกฎหมายภายในนั้นมีสาระสำคัญครอบคลุมตามคำนิยามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และผู้เขียนหากมีการบัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะ เห็นว่าการทำให้ความหมายการทรมานนั้นมีความชัดเจนขึ้นสามารถทำได้โดยการยกตัวอย่างการกระทำที่อาจเข้าข่ายเป็นการทรมานอันเป็นวิธีซึ่งประเทศฟิลิปปินส์ได้นำมาใช้ในการบัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดและให้ความหมายการทรมานไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 (Anti-Torture Act of 2009) ด้วยวิธีดังกล่าวนี้จะทำให้ความหมายการทรมานมีความชัดเจนยิ่งขึ้นและเป็นการจำกัดหรือสร้างกรอบในการใช้ดุลพินิจของศาลในการตีความความหมายอีกด้วย

ส่วนในประเด็นเรื่องระดับความร้ายแรงของความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจนั้น เห็นว่าองค์ประกอบดังกล่าวเป็นสาระสำคัญในการกำหนดคำนิยามของการทรมาน ตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการแยกความแตกต่างระหว่าง การทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีซึ่งเรียกร้องระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่ต่ำกว่า ดังนั้นหากตัด

⁹⁵ Baskaya and Okcuolu v Turkey, para 39 and C.R. v United Kingdom, App. No.20190/92, 21 Eur. H.R. Rep., para 399.

ถ้อยคำดังกล่าวนี้ไปย้อมขัดกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้ โดยทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าในการพิจารณาเรื่องระดับความร้ายแรงของความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจนั้น คงต้องให้ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละคดี โดยต้องพิจารณาถึง อายุ เพศ สุขภาพ ตลอดจนพฤติการณ์อื่นทั้งหมดในการกระทำความผิด และวางหลักเกณฑ์ซึ่งสามารถใช้เป็นบรรทัดฐานเพื่อสร้างความชัดเจนต่อไปในอนาคต

4.2 ความหมายการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

ในชั้นร่างปฏิญญาต่อต้านการทรมานฯ และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้น มีความพยายามในการให้ความหมายของการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีนั้น แต่ความพยายามดังกล่าวก็ไม่เป็นผลสำเร็จ เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่าข้อความคิดดังกล่าวไม่สามารถหาคำนิยามที่ชัดเจนมาอธิบายความหมายของถ้อยคำดังกล่าวได้⁹⁶ ทั้งในบางประเทศเอง เช่น สหรัฐอเมริกายังได้เสนอให้อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นจำกัดหรือมุ่งเน้นเฉพาะการทรมานเท่านั้น เช่นเดียวกับกับร่างอนุสัญญาที่สมาคมระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายอาญา (The International Association of Penal Law: IAPL) เสนอก็มีเพียงบทบัญญัติที่มุ่งหมายให้ใช้กับการทรมานเท่านั้น และในกฎหมายระหว่างประเทศหรือบรรดากฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ ก็ไม่ได้ อธิบายความหมายที่ชัดเจนของถ้อยคำดังกล่าวเช่นกัน ในท้ายที่สุดอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ จึงจำกัดให้รัฐภาคีมีหน้าที่เพียงการป้องกันการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีเท่านั้น มิได้บังคับให้รัฐมีหน้าที่กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดซึ่งลงโทษได้ตามกฎหมายเอกเช่นการทรมาน

ดังนั้นในการศึกษาความหมายของการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี คงต้องศึกษาจากการตีความกฎหมายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลอาญาระหว่างประเทศ แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน และองค์กรหรือหน่วยงานระหว่างประเทศอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีนั้น ที่ได้หยิบยกคำนิยามการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งบัญญัติไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มาใช้ในการตีความเพื่อเป็นแนวทางเพื่อให้ความหมายเกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น

⁹⁶ J. Herman Burgers and Hans Danelius, *supra* note 6, p.149.

4.2.1 การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมไว้ในข้อบทที่ 16⁹⁷ ซึ่งบัญญัติว่า

1. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐรับที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือ การประติบัติหรือการลงโทษที่ย่ำยีศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานตามที่นิยามไว้ในข้อบทที่ 1 เกิดขึ้นในอาณาเขตภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน เมื่อการกระทำเช่นว่าได้กระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือความยินยอมหรือความรู้เห็นเป็นใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการโดยเฉพาะอย่างยิ่งพันธกรณีทั้งปวงในข้อบทที่ 10 ข้อบทที่ 11 ข้อบทที่ 12 และข้อบทที่ 13ให้นำมาใช้บังคับ โดยการใช้แทนที่การกล่าวถึงการทรมาน หรือการกล่าวถึงการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี
2. บทบัญญัติต่าง ๆ ของอนุสัญญานี้ ไม่มีผลกระทบบต่อบทบัญญัติทั้งปวงของตราสารระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายใน ที่ห้ามมิให้มีการประติบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี หรือที่เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือการขับไล่ออกนอกประเทศ

⁹⁷ Article 16 of Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

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 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.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เคยวินิจฉัยว่าในคำนิยามใด ๆ ตามบทบัญญัติข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญายุโรปฯ นั้นจะต้องเริ่มพิจารณาจากการประติบัติที่ไร้มนุษยธรรม⁹⁸ แต่ทั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปเองกลับให้ความหมายการประติบัติที่ไร้มนุษยธรรมไว้น้อยกว่าการกระทำที่ต้องห้ามอื่น โดยที่ความหมายของการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี The Greek Case โดยที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เริ่มอธิบายถึงการกระทำที่ไร้มนุษยธรรมว่า รวมถึงการกระทำหรือการประติบัติโดยเจตนาที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง ซึ่งในบางสถานการณ์ไม่สามารถยกเว้นได้⁹⁹

หลังจากนั้นศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็เริ่มมีบทบาทในการให้ความหมายของการประติบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม โดยศาลพิจารณาว่า การกระทำที่จะถือเป็นการประติบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมนั้นต้องเป็นการกระทำโดยการไตร่ตรองไว้ก่อน (Premeditation) ได้กระทำต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอันยาวนานและก่อให้เกิดความเจ็บปวดต่อร่างกายหรือก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานต่อจิตใจ โดยศาลได้ยืนยันข้อความคิดในการให้นิยามดังกล่าวนี้ในหลายคดี¹⁰⁰ ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนั้นจะต้องเกินกว่าระดับปกติที่ย่อมเกิดขึ้นจากการกระทำหรือการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นวิธีการซึ่งยอมก่อให้เกิดความลำบากแก่ผู้กระทำความผิดบ้าง เพื่อให้ผู้กระทำนั้นสำนึกในการกระทำของตน¹⁰¹

ในการพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นการกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม คงจะต้องพิจารณาพฤติการณ์ในแต่ละคดีประกอบด้วย โดยที่การกระทำที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมนั้นจะต้องมีความรุนแรงในระดับหนึ่ง และในการพิจารณาถึงระดับความรุนแรงดังกล่าว ศาลจะต้องพิจารณาถึง ระยะเวลาในการกระทำ ผลกระทบทางร่างกายหรือจิตใจ เพศ อายุ และสุขภาพของผู้เสียหายด้วย¹⁰²

⁹⁸ Ireland v UK, no. 5310/71, Commission Report (Series B) Vol.23-I,1976, para 389.

⁹⁹ 12 Yearbook of the European Convention on Human Rights: The Greek Case (1969), 186.

¹⁰⁰ See Ireland v UK, Ocalan V Turkey, Soering v UK

¹⁰¹ Nigel S. Rodley and Matt Pollard, *supra note 19*, p.127.

¹⁰² Labita v Italy [GC] (no 26772/95) ECHR 2000-IV, para 120.

แมนเฟรด โนว์ค (Manfred Nowak) ซึ่งเคยเป็นผู้เสนอรายงานพิเศษเกี่ยวกับการทรมานของสหประชาชาติ (The UN Special Rapporteur on Torture) ได้ให้ความหมายการประตบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไว้ว่า การกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไม่ว่าทางกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง เมื่อการกระทำนั้นได้กระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือความยินยอม หรือความรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐหรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท และไม่ว่าจะมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำอย่างไรอย่างหนึ่งหรือไม่ก็ตาม โดยไม่มีข้อเรียกร้องว่าผู้ถูกระทำจะต้องอยู่ในการคุมขังหรือควบคุมของผู้กระทำ ซึ่งเป็นข้อเรียกร้องของการทรมาน¹⁰³ การประตบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ยังรวมถึงการใช้กำลังของเจ้าหน้าที่ซึ่งบังคับใช้กฎหมายที่เกินหลักความได้สัดส่วน เช่น การป้องกันบุคคลจากการละเมิดกฎหมาย การเข้าจับกุมผู้ต้องหา การป้องกันบุคคลจากการหลบหนีการคุมขังที่ขบถด้วยกฎหมาย การปราบจลาจล หรือเข้าควบคุมการชุมนุม¹⁰⁴ ดังนั้นการใช้กำลังในสถานการณ์ดังกล่าวข้างต้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่ขบถด้วยกฎหมายและได้สัดส่วนนั้นย่อมไม่เป็นการประตบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม

โดยในคดี *Rehbock v Slovenia*¹⁰⁵ ซึ่ง นาย Rehbock ได้รับบาดเจ็บขากระดูกแตกและมีใบหน้าฟกช้ำในขณะที่ถูกเข้าจับกุมในข้อหาลักลอบขนยาเสพติด ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ได้วินิจฉัยว่า การเข้าจับกุมนั้นได้มีการวางแผนเตรียมการไว้อย่างดีแล้ว มีเจ้าหน้าที่ถึง 13 คนที่เข้าปฏิบัติหน้าที่ในการจับกุมนาย Rehbock เพียงคนเดียวซึ่งไม่ได้มีการข่มขู่หรือทำร้ายเจ้าหน้าที่ และข้อโต้แย้งของรัฐบาลสโลเวเนียซึ่งอ้างว่าการบาดเจ็บของเขาเกิดขึ้นเพราะใบหน้าได้กระทบกับกันชนรถยนต์หรือทางเท้าไม่น่าเชื่อถือ ดังนั้นศาลจึงวินิจฉัยว่าการใช้กำลังในขณะที่เข้าจับกุมดังกล่าวนั้นเป็นการเกินกว่าเหตุและไม่เหมาะสม และโดยที่เหตุดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงให้แก่ นาย Rehbock การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการประตบัติที่ไร้มนุษยธรรม ละเมิดข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญายุโรปฯ คณะกรรมการต่อต้านการทรมานก็แสดงจุดยืนในทำนองเดียวกันในการใช้หลักความได้สัดส่วนมาประเมินในสถานการณ์การเข้าจับกุม หรือใช้กำลังเพื่อควบคุมฝูงชนในการเปรียบเทียบกับข้อเรียกร้องข้อบทที่ 16 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน¹⁰⁶ อย่างไรก็ตามหลักความได้สัดส่วนดังกล่าวไม่อาจใช้ได้กับการทรมาน ซึ่งไม่สามารถยกเว้นหรือกล่าว

¹⁰³ Manfred Nowak and Elizabeth, *supra* note 50, p.558.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Rehbock v Slovenia* (no 29462/95) ECHR 2000-XII, para 68-78.

¹⁰⁶ Manfred Nowak and Elizabeth, *supra* note 50, p.566-568.

อ้างความชอบธรรมในทุกกรณี และไม่สามารถใช้ยกเว้นได้เมื่อผู้เสียหายนั้นได้อยู่ในอำนาจควบคุมของเจ้าพนักงานของรัฐแล้ว¹⁰⁷

คณะกรรมการต่อต้านการทรมานเคยพิจารณาว่าการกระทำดังต่อไปนี้เป็นการละเมิดข้อบทที่ 16 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

- การกักขังผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กอายุ 7 ปี ในโรงพยาบาลพิเศษ¹⁰⁸
- การกักขังผู้ขอลี้ภัยอย่างยาวนาน ในขณะที่พิจารณาคำร้องขอลี้ภัย¹⁰⁹
- การไม่แยกนักโทษเด็กและผู้ใหญ่ออกจากกัน และการไม่แยกนักโทษชายและหญิงออกจากกัน¹¹⁰
- การกักขังโดยไม่ให้ติดต่อสื่อสารกับบุคคลอื่นมากกว่า 5 วัน¹¹¹
- การแก้แค้น การขู่เข็ญหรือข่มขู่ต่อบุคคลที่รายงานการกระทำความทรมาน หรือการประตีดัตอนเลวร้าย¹¹²

เมื่อพิจารณาข้อบทที่ 16 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานซึ่งใช้ถ้อยคำว่า “การประตีดัตหรือการลงโทษที่ย่ำยศักดิ์ศรีที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานตามที่นิยามไว้ในข้อ 1” ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำดังกล่าวนี้น่าจะสื่อได้ว่า ระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจนั้นไม่ถึงขนาดเป็นการทรมาน ซึ่งเรียกร้องว่าระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานจะต้องถึงขนาดร้ายแรงด้วย ดังนั้นผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับแมนเฟรด โนวัค ซึ่งให้ความเห็นว่าการประตีดัตหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายนั้นจะต้องมีความร้ายแรงเหมือนเช่นการทรมาน แต่ทั้งนี้ระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน

¹⁰⁷ UN Doc E/CN.4/2006/6, 23 December 2005, para 40.

¹⁰⁸ Concluding Observations on Yemen, (2004), UN doc. CAT/C/CR/31/4, para 50.

¹⁰⁹ Concluding Observations on Latvia, (2004), UN doc. CAT/C/CR/31/3, para 6.

¹¹⁰ Concluding Observations on Bosnia and Herzegovina, (2005), UN doc. CAT/C/BIH/CO/1, para 14.

¹¹¹ Concluding Observations on Spain, (1997), UN doc. A/58/44, para 61.

¹¹² Concluding Observations on Argentina, (2004), UN doc. CAT/C/CR/31/1, para 6. and Concluding Observations on Tunisia, (1999), UN doc. A/54/44, para 160.

ที่จะถึงขนาดเป็นการประทุบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมนั้น จะต้องสูงกว่าระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นจากการประทุบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยศักดิ์ศรี¹¹³

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการต่อต้านการทรมานก็พิจารณาเรื่องระดับความรุนแรง แลได้เน้นย้ำในหลายโอกาสว่าการทรมานกับการประทุบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมนั้นแตกต่างกันโดยมีจุดตัดที่ระดับความรุนแรงในการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจ

4.2.2 การประทุบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยศักดิ์ศรี

ในคดี The Greek Case คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนยุโรปอธิบายการกระทำที่เป็นการย่ำยศักดิ์ศรีว่า เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความอับอายขายหน้า เสียเกียรติอย่างร้ายแรงของบุคคลนั้นต่อผู้อื่น หรือการบังคับให้บุคคลนั้นกระทำการใดๆ ที่ฝืนความประสงค์ (will) หรือมโนธรรม (conscience) ของตนเอง¹¹⁴ ส่วนแมนเฟรด โนวัก (Manfred Nowak) ได้ให้ความหมายการประทุบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยศักดิ์ศรีว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกายหรือจิตใจซึ่งไม่ถึงขนาดต้องร้ายแรง (severe) โดยมีมูลเหตุจงใจเพื่อทำให้ผู้อื่นอับอายขายหน้า¹¹⁵

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีคำพิพากษาส่วนใหญ่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการย่ำยศักดิ์ศรี หากเป็นการกระตุ้นให้เหยื่อเกิดความรู้สึกหวาดกลัว ทุกข์ทรมานและทำให้เกิดปมด้อยจนถึงขนาดเป็นการทำให้อับอายขายหน้า ลดคุณค่าและทำลายการต่อต้านทางร่างกายหรือจิตใจ¹¹⁶ ศาลยังเห็นว่าการประทุบัติหรือการลงโทษต่อหน้าสาธารณชนนั้นเป็นปัจจัยในการพิจารณาว่าการประทุบัติหรือการลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการย่ำยศักดิ์ศรีหรือไม่ แต่การกระทำซึ่งไม่ได้กระทำต่อหน้าสาธารณชน ก็ไม่ได้หมายความว่าไม่เป็นการย่ำยศักดิ์ศรี เพราะผู้ถูกกระทำอาจเกิดความอับอาย

¹¹³ M. Evans and R. Morgan, *Preventing Torture*, (Oxford: Clarendon Press, 1998), p.93.

¹¹⁴ 12 Yearbook of the European Convention on Human Rights: The Greek Case (1969), p.186.

¹¹⁵ Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, *supra note 50*, p.558.

¹¹⁶ Ireland v. United Kingdom (no 18/01/1978) (1978) Series A no.25, para 167.

ขายหน้าในสายตาตัวเองได้¹¹⁷ วัตถุประสงค์ในการทำให้อับอายหรือลดคุณค่าของเหยื่อก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการย่ำยีศักดิ์ศรี ประเด็นเรื่องศาสนา สังคม วัฒนธรรม ก็อาจเป็นอีกปัจจัยหนึ่งในการพิจารณา ตัวอย่างเช่น การบังคับให้คนมุสลิมซึ่งเคร่งศาสนาทำการคุกเข่าและจูบไม้กางเขนอาจเป็นการย่ำยีศักดิ์ศรี แต่ในขณะที่การกระทำแบบเดียวกันนี้กับบุคคลอื่นซึ่งไม่ได้นับถือศาสนาหรือมีความเชื่อใด ๆ ก็อาจได้ผลตรงกันข้าม

ทั้งนี้การประตบัติหรือการลงโทษที่ย่ำยีศักดิ์ศรีนั้นไม่รวมถึงความทุกข์ทรมานหรือความอับอายที่เกิดขึ้นปกติจากการประตบัติหรือการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะต้องมีผลกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจบ้างเป็นธรรมดา ดังนั้นการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยีศักดิ์ศรีนั้นจะต้องมีความรุนแรงในระดับหนึ่ง¹¹⁸ ซึ่งจะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งรูปแบบและบริบทในการประตบัติหรือการลงโทษ และวิธีการที่ใช้ในการลงโทษ¹¹⁹

ตัวอย่างการประตบัติหรือการลงโทษที่เป็นการย่ำยีศักดิ์ศรีที่มีการกล่าวถึงเสมอคือการใช้กุญแจมือ โซ่ตรวน หรือเครื่องมือ อุปกรณ์ที่จำกัดเสรีภาพอื่น ๆ โดยปกติการใส่กุญแจมือไม่เป็นการละเมิดสิทธิหากเป็นการใช้ในการจับกุมและคุมขังที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่มีการใช้กำลังและไม่เกินกว่าความจำเป็นในแต่กรณี โดยต้องพิจารณาว่าผู้ถูกควบคุมนั้นมีพฤติการณ์ที่จะหลบหนี ขัดขืนการจับกุม ก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานหรือไม่ ในคดี *Erdogan Yagiz v Turkey* ซึ่งผู้ร้องได้ถูกใส่กุญแจมือในสถานที่ทำงานต่อหน้าบุคคลในครอบครัว โดยไม่ปรากฏพฤติการณ์ว่าผู้ร้องจะใช้ความรุนแรงต่อตนเองหรือผู้อื่นเลย การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาทางจิตใจของผู้ร้องอย่างมาก เมื่อศาลวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็นไปเพื่อก่อให้เกิดความกลัว ความหวาดระแวง และเกิดปมด้อยซึ่งทำให้อับอายขายหน้าและลดคุณค่าแล้วย่อมเป็นการกระทำที่เป็นการย่ำยีศักดิ์ศรี¹²⁰

¹¹⁷ *Tyrer v. United Kingdom* (no 5856/72) (1978) Series A no. 26, para 32.

¹¹⁸ *Tyrer v. United Kingdom* (no 5856/72) (1978) Series A no. 26, para 32 and 35.

¹¹⁹ *Tyrer v. United Kingdom* (no 5856/72) (1978) Series A no. 26, para 30-31.

¹²⁰ Nigel S. Rodley and Matt Pollard, *supra note 19*, pp.136-137.

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) ได้เคยวินิจฉัยในคดี Loayza-Tamayo v Peru ว่าการให้ผู้ต้องหาสวมชุดนักโทษออกแสดงตนต่อสื่อสารมวลชนในที่สาธารณะ และชี้แจงว่าผู้เสียหายดังกล่าวเป็นผู้ก่อการร้าย โดยที่ยังมิได้มีการพิจารณาคดีและมีคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดเป็นการย้ายยศศักดิ์ศรีแล้ว¹²¹ นำพิจารณาว่าการที่ตำรวจไทยนำตัวผู้ต้องหามาแถลงข่าวต่อสาธารณชน และแถลงว่าผู้ต้องหาดังกล่าวได้กระทำความผิดฐานต่าง ๆ พร้อมกับของกลางหรือหลักฐานที่อ้างว่าได้ใช้ในการกระทำความผิดท่ามกลางสื่อมวลชน เพื่อนำเสนอหรือชักจูงให้สาธารณชนเชื่อว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดนั้น โดยที่ยังไม่มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเขาเป็นผู้กระทำความผิดจริง อันขัดกับหลักการภายใต้รัฐธรรมนูญที่ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลนั้นเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดจึงเป็นการประดัดปฏิบัติเสมือนว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิดเสียแล้ว อาจจัดเป็นการกระทำที่ย้ายยศศักดิ์ศรีในบริบทดังกล่าวได้เช่นกัน

4.3 ความแตกต่างระหว่าง “การทรมาน” และ “การประดัดปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย้ายยศศักดิ์ศรี”

ความแตกต่างระหว่าง “การทรมาน” และ “การประดัดปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย้ายยศศักดิ์ศรี” มีความสำคัญในการพิจารณา เนื่องจากพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากการเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานนั้นมีข้อเรียกร้องระหว่าง “การทรมาน” และ “การประดัดปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย้ายยศศักดิ์ศรี” แตกต่างกัน กล่าวคือ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานกำหนดให้รัฐภาคีกำหนดให้เฉพาะการทรมานจะต้องเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายของรัฐภาคี ในขณะที่รัฐภาคีมีหน้าที่เพียงป้องกันการประดัดปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย้ายยศศักดิ์ศรีเท่านั้น หรือการกำหนดหลักการห้ามผลักดันตัวบุคคล (Non-Refoulement) เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน หรือการกำหนดให้เฉพาะการทรมานเท่านั้นเป็นความผิดสากล และเพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อผู้มีหน้าที่ในการบังคับการให้เป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมทั้ง ตำรวจ พนักงานอัยการ และศาล ในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว การแยกแยะความแตกต่างระหว่างการทรมาน และการประดัดปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย้ายยศศักดิ์ศรีออกจากกันย่อมเป็นการอำนวยความสะดวกและก่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นในการทำงาน โดยความแตกต่างระหว่างการทรมาน และการกระประดัดปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย้ายยศศักดิ์ศรีอาจพอแยกได้โดยสังเขปดังนี้

¹²¹ Loayza-Tamayo v Peru (1997) Series C No.33, para 46(d) and 58.

4.3.1 องค์ประกอบภายใน

ในประเด็นเรื่องเจตนา นั้น เฉพาะการทรมานเท่านั้นที่เรียกร้องให้การก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานแก่ร่างกายหรือจิตใจจะต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา และจะต้องเป็นการกระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เท่านั้น การกระทำโดยประมาทไม่มีทางเป็นการทรมาน¹²² แต่การประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม นั้นอาจกระทำได้โดยเจตนา หรือจากการกระทำโดยประมาท¹²³ ซึ่งจะต้องพิจารณาระดับความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ และพิจารณาว่าผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้หรือไม่ ดังนั้นในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ซึ่งมีหน้าที่ควบคุมดูแลนักโทษ แต่ไม่ระมัดระวังลี้มจัดหาอาหารและน้ำดื่มให้ผู้ต้องขังเป็นเวลาหลายวัน จนทำให้ผู้ต้องขังอดอาหารจนถึงแก่ความตายในที่สุด การกระทำดังกล่าวไม่ใช่การทรมานตามความหมายของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน แต่เป็นการประตบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม¹²⁴

4.3.2 ระดับความรุนแรงในการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายหรือจิตใจ

การทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีนั้นกำหนดระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายหรือจิตใจที่เกิดขึ้นแตกต่างกัน โดยการทรมานตามความหมาย ข้อ 1 อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้น กำหนดระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานว่าต้องร้ายแรง (Severe) ส่วนเมื่อพิจารณา ข้อ 16 อนุสัญญาต่อต้านการทรมานจะเห็นว่า “ที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานตามที่นิยามไว้ในข้อ 1” ย่อมแสดงให้เห็นว่าระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานจากการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี นั้นมีระดับที่รุนแรงน้อยกว่าจึงไม่เป็นการทรมาน ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องร้ายแรง ดังนั้นหากเรียงลำดับระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานแล้ว การทรมานจะอยู่ในจุดสูงสุด และการประตบัติหรือการลงโทษอื่น

¹²² Steven Dewulf, *supra* note 14, p.6; see also Interpretation of Torture in the Light of the Practice and Jurisprudence of International Bodies, p.4.

¹²³ Chris Ingelse, *supra* note 6, p.209 และโปรดดู มูลนิธิมิสชันวัฒนธรรม, คู่มือเบื้องต้นเกี่ยวกับกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการห้ามทรมานโหดเหี้ยม, (กรุงเทพมหานคร: พี. เพรส, 2557), น. 38.

¹²⁴ Manfred Nowak, *supra* note 3, p.830.

ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมจะมีระดับความรุนแรงรองลงมา และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยี้ศักดิ์ศรีนั้นเรียกร่องระดับความรุนแรงไว้น้อยที่สุด

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้วินิจฉัยมาโดยตลอดว่าการกระทำใดที่จะเป็นการทรมานั้นจะต้องมีระดับหรือความร้ายแรงของการกระทำมากกว่าการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยี้ศักดิ์ศรี ในความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานฉบับที่ 2 ก็ยังได้ยืนยันว่าหากเปรียบเทียบการทรมานกับการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยี้ศักดิ์ศรี ความแตกต่างระหว่างกันคือระดับความรุนแรงและมูลเหตุจูงใจหรือเจตนาพิเศษในการกระทำ¹²⁵

4.3.3 มูลเหตุจูงใจ

เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำถือเป็นองค์ประกอบหลักที่สำคัญยิ่งในการกำหนดความหมายการทรมาน การกระทำที่จะเป็นการทรมานตามความหมาย ข้อ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานนั้นจะต้องกระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจ 1) เพื่อความประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้น หรือบุคคลที่สาม หรือ 2) เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะลงโทษบุคคลหรือบุคคลที่สามสำหรับการกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือ 3) เพื่อความมุ่งประสงค์ข่มขู่ให้กลัว หรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือ 4) เป็นการกระทำโดยเนื่องมาจากเหตุผลใด ๆ ก็ตามบนพื้นฐานของการเลือกประติบัติ หรือมูลเหตุจูงใจอื่นใดในทำนองเดียวกันซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์หรือนโยบายของรัฐหรือองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ ส่วนการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ไม่จำเป็นต้องกระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจหรือมีเจตนาพิเศษเลย และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยี้ศักดิ์ศรีนั้นจะต้องมีมูลเหตุจูงใจเพื่อทำให้ผู้อื่นอับอายขายหน้า หรือลดคุณค่าหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ความแตกต่างในเรื่องดังกล่าวนี้ได้รับความสนับสนุนจากนักวิชาการส่วนใหญ่ว่าเป็นความแตกต่างระหว่างการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือ

¹²⁵ UN Committee Against Torture (CAT), *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, 24 January 2008, CAT/C/GC/2, para 10. Retrieved on December 15, 2015, from <http://www.refworld.org/docid/47ac78ce2.html>.

ย้ายยี่สิบเก้าปีที่ดีที่สุด ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการต่อต้านการทรมานก็รับรองแนวความคิดดังกล่าวเช่นกัน

4.3.4 การอ้างหลักความได้สัดส่วน

แม้ว่าสถานะของหลักการห้ามทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย้ายยี่สิบเก้าปีในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจะอยู่ในฐานะเป็นหลักการเด็ดขาดอันมีอาจล่วงละเมิดได้ แต่เนื่องจากความจำเป็นในการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานรัฐเพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยและคงไว้ซึ่งสันติสุขภายในประเทศ และในบางสถานการณ์การปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐอาจมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ ดังนั้นจึงควรมีหลักเกณฑ์และกรอบในการพิจารณาในการจำกัดการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานรัฐ

หลักความได้สัดส่วนหรือความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of proportionality) เป็นหลักการที่ถูกยกมาพิจารณา ซึ่งหลักนี้จะสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างกับกรณีการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย้ายยี่สิบเก้าปีเท่านั้น ในขณะที่การทรมานนั้นคงสถานะเด็ดขาดและไม่อาจหยิบยกสถานการณ์หรือเหตุผลใด ๆ มากกล่าวอ้างความชอบธรรมได้เลย¹²⁶ การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย้ายยี่สิบเก้าปีนั้นจะต้องดูว่าการกระทำนั้นได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของการกระทำหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้เคยสรุปว่าการใช้กำลังเกินขอบเขตเพื่อปราบปรามการจลาจลหรือการชุมนุมเป็นการละเมิดข้อบทที่ 16 อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน¹²⁷

ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าพนักงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายใช้ปืนยิงที่ขาของผู้ต้องหาเพื่อเข้าจับกุม หรือเพื่อป้องกันผู้ต้องหาหลบหนีจากการควบคุมตัวโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการเข้าใช้กำลังบังคับเพื่อปราบปรามจลาจลหรือการชุมนุมที่มีขอบด้วยกฎหมาย การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยเจตนาที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกายหรือจิตใจแล้ว แต่ไม่เป็นการทรมานเนื่องจากไม่มีมูลเหตุจงใจในการกระทำตามที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 1 อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แต่การกระทำดังกล่าวจะเป็นการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย้ายยี่สิบเก้าปีหรือไม่ จะต้องพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนหรือความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งหาก

¹²⁶ Manfred Nowak, *supra* note 3, p.833.

¹²⁷ Chris Ingelse, *supra* note 6, p.286.

กระทำไปโดยพอสมควรแก่เหตุแล้วการกระทำนั้นก็ไม่เข้าข่ายเป็นการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี แต่หลักการนี้จะไม่ใช้ในกรณีที่ผู้ถูกลงโทษอยู่ในการคุมขังหรือควบคุมของเจ้าพนักงานของรัฐแล้ว¹²⁸

4.4 แนวทางการกำหนดความหมาย และความผิดฐานทรมานของประเทศไทย

โดยที่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีแห่งอนุสัญญามีหน้าที่ในการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายของรัฐ แต่รัฐภาคีมีหน้าที่เพียงแค่ป้องกันการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีเท่านั้น จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาความหมายการทรมาน และการประตบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ผู้เขียนเห็นว่าในปัจจุบัน ประเทศไทยในฐานะภาคีแห่งอนุสัญญายังไม่อาจกล่าวได้ว่าสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดอาญาซึ่งมีบทลงโทษที่เหมาะสมได้

จากสาเหตุที่ประเทศไทยยังมิได้มีการให้ความหมายการทรมานไว้โดยเฉพาะ และได้ทำคำแถลงตีความว่า เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติจำกัดความโดยเฉพาะ ประเทศไทยจึงตีความเข้าใจความหมายของคำดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ทำให้ต้องเทียบเคียงความหมายการทรมานตามประมวลกฎหมายอาญา เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญานั้นจะเห็นว่าไม่มีบทบัญญัติบางมาตราที่ระบุถึงคำว่า “ทรมาน” ไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ มาตรา 289(5) มาตรา 313 วรรคสอง มาตรา 340 วรรคสี่ และมาตรา 340 ทวิ วรรคห้า แต่จากการตีความคำว่าทรมานนี้ของศาลฎีกานั้น ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการกระทำที่จะเป็นการทรมานนั้นจะต้องมีความโหดร้าย รุนแรง และป่าเถื่อนอย่างที่สุดเท่านั้น ซึ่งแนวทางการวินิจฉัยดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความหมายการทรมานตามข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ที่วางระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไว้ต่ำกว่า

การเทียบเคียงคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งเป็นคำนิยามตามประมวลกฎหมายอาญา กับ “การทรมาน” นั้น ก็ยังมีข้อแตกต่างกันหลายประการไม่สามารถนำมาปรับใช้แทนได้อย่างเหมาะสม เช่น อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ กำหนดเรื่องระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจนั้นจะต้องร้ายแรง ในขณะที่การใช้กำลังประทุษร้ายนั้นไม่จำเป็นต้องถึงขั้นขนาด

¹²⁸ Manfred Nowak, *supra* note 3, pp.832-835.

เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็ได้ และคำว่า “ประทุษร้ายต่อจิตใจ” ตามประมวลกฎหมายอาญานี้ หมายถึง อันตรายต่อจิตประสาทหรือทำให้สมองเสียหายเท่านั้น แต่ “การทรมานทางจิตใจ” ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มีความหมายกว้างกว่า โดยหมายรวมถึง อารมณ์ความรู้สึก การก่อให้เกิดความกลัว กังวลเพื่อลดทอนหรือทำลายแรงต้านทานทางจิตใจด้วย และในบริบทของการใช้กำลังประทุษร้ายนั้นมิได้จำกัดสถานะของผู้กระทำว่าต้องเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ หรือจำต้องกระทำลงโดยมีมูลเหตุจงใจอย่างใดอย่างหนึ่งไม่

การที่ประเทศไทยยังได้ทำคำแถลงตีความในข้อบทที่ 4 เรื่องการกำหนดให้การทรมานทั้งปวงเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมายอาญา และนำหลักการนี้ไปใช้กับการพยายาม การสมรู้ร่วมคิด และการมีส่วนร่วมในการทรมาน ประเทศไทยตีความดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ทำให้หากมีกรณีที่เกิดขึ้นได้ว่าเป็นการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เกิดขึ้น ประเทศไทยจะใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาตามความผิดฐานต่าง ๆ มาเทียบเคียง เช่น ความผิดเกี่ยวกับร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและการกักขังอันตราย ความผิดเกี่ยวกับเพศ และความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงาน ซึ่งระวางโทษในความผิดฐานต่าง ๆ เหล่านี้เมื่อเปรียบเทียบหรือปรับใช้กับการทรมานนั้นยังไม่สามารถเรียกได้ว่ามีความเหมาะสม โดยเฉพาะความผิดบางฐานนั้นเป็นเพียงเป็นความผิดลหุโทษ ไม่สามารถนำมาเทียบกับการทรมานซึ่งเป็นอาชญากรรมร้ายแรงได้ อนึ่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันนั้นก็ยังไม่สามารถลงโทษการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจอันเป็นถ้อยคำในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ บัญญัติไว้อีกด้วย

ต่อข้อกังวลดังกล่าว คณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้เรียกร้องให้ประเทศไทย ถอนคำแถลงตีความที่ได้ให้ไว้ในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นำคำนิยามการทรมานที่ครอบคลุมองค์ประกอบทั้งหมดในข้อบทที่ 1 ของอนุสัญญามาใช้ และกำหนดให้การทรมานเป็นอาชญากรรมที่มีโทษทางอาญาโดยเฉพาะ ซึ่งผู้เขียนเองเห็นด้วยกับข้อเรียกร้องดังกล่าว และเห็นว่าประเทศไทยควรกำหนดนิยามการทรมาน และควรกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะ

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายภายในของต่างประเทศ กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศฟิลิปปินส์ เพื่อหาแนวทางการกำหนดคำนิยาม “การทรมาน” ตามที่ประเทศไทยมีพันธกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ รวมถึงการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น แม้จะมีกฎหมายภายในที่กำหนดความหมายหรือนิยามการทรมานไว้ชัดเจน และมีกฎหมายภายในกำหนดความผิด

ฐานทรมาณซึ่งมีโทษทางอาญาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 2340 และมาตรา 2340 เอ แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (18 U.S. Code § 2340 and § 2340A) แต่เมื่อพิจารณาความเข้าใจต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และบันทึกกฎหมาย (Memorandum of Law) ฉบับลงวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2002 จะทราบว่าคำนิยามตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกานี้มีข้อจำกัดค่อนข้างมากและไม่สอดคล้องกับความหมายการทรมานที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ หลายประการ ความหมายการทรมานตามกฎหมายนี้มีได้ระบุหรืออ้างถึงมูลเหตุจงใจหรือเจตนาพิเศษในการกระทำทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เลย แต่กำหนดให้การทรมานต้องกระทำโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายหรือจิตใจแทน ดังนั้น ตามองค์ประกอบความผิดนี้หากเจ้าพนักงานของรัฐกระทำทรมานด้วยความเชื่อโดยสุจริต (good-faith belief) ว่าความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานจะไม่เกิดขึ้น หรือมีมูลเหตุจงใจในการกระทำอย่างอื่นนอกเหนือจากการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานก็สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างมิต้องรับผิดได้

ทั้งตามบันทึกกฎหมายของสหรัฐอเมริกาข้างต้น กำหนดระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไว้สูงกว่าอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มากๆ ถึงขนาดกำหนดให้ความร้ายแรงนั้นต้องถึงขั้นอาจทำให้เสียชีวิต สูญเสียอวัยวะหรือทำให้ระบบการทำงานของร่างกายเสียหายอย่างถาวร และกฎหมายนี้ยังได้กำหนดระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางจิตใจว่าจะต้องเกิดขึ้นอย่างยาวนานด้วย แม้การกระทำที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างร้ายแรง แต่ผลของความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไม่เกิดขึ้นอย่างยาวนานแล้ว ก็ไม่เป็นการทรมานตามความหมายของกฎหมายนี้ อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดให้การทรมานนั้นจะต้องกระทำต่อบุคคลซึ่งถูกคุมขังหรืออยู่ภายใต้ความควบคุมของเจ้าพนักงานของรัฐอันเป็นการกำหนดคำนิยามการทรมานที่แคบกว่าอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ส่งผลให้การกระทำที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้กระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งในขณะที่บุคคลดังกล่าวยังมีได้อยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานซึ่งควรถือเป็นการทรมานตามความหมายในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ มิถือเป็น การทรมานภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยไม่ควรบัญญัติกฎหมายภายในตามแบบอย่างของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎหมายภายในเพื่อหลีกเลี่ยงพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งสหรัฐอเมริกาเองก็ถูกตำหนิจากคณะกรรมการต่อต้านการทรมานอย่างมาก

ในส่วนของกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil law) และมีระบบกฎหมายที่ทันสมัยเป็นระบบระเบียบ เลือกที่จะกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะเพียงอย่างเดียว โดยบัญญัติความผิดฐานทรมาณนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 221-1

แต่ไม่ได้มีการกำหนดความหมายการทรมานไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้โดยเฉพาะ แต่ความหมายการทรมานในประเทศฝรั่งเศสนั้น เกิดขึ้นจากการพิจารณาบรรทัดฐานของศาลจนกลายเป็นบรรทัดฐาน การทรมานตามที่ศาลให้ความหมายนี้จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญสองประการคือ องค์ประกอบภายนอกที่มีการกระทำอันมีความร้ายแรงเป็นพิเศษ และต้องทำให้ผู้เสียหายได้รับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง และองค์ประกอบภายใน คือ ความปรารถนาที่จะปฏิเสธศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้เสียหาย ประเทศฝรั่งเศสได้ยืนยันกับคณะกรรมการต่อต้านการทรมานมาโดยตลอดว่าความหมายการทรมานที่เกิดจากการตีความของศาลนี้สอดคล้องกับความหมายการทรมานตามข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และสอดคล้องกับข้อบทที่ 3 แห่งอนุสัญญายุโรปและแนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป อีกทั้งยังสามารถลงโทษการกระทำที่อาจเป็นการทรมานได้ทุกรูปแบบอีกด้วย

เมื่อพิจารณาจากแนวทางที่ประเทศฝรั่งเศสใช้ในการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นี้ ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบดังกล่าวสามารถทำได้ แต่การนำวิธีการบัญญัติกฎหมายนี้มาใช้กับประเทศไทยนั้นอาจจะยังไม่เหมาะสม เนื่องจากการตีความคำว่า “ทรมาน” ของศาลไทยนั้นไม่ได้สอดคล้องกับความหมายการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และหากประเทศไทยเลือกวิธีการดังกล่าวโดยมิได้ให้คำนิยามการทรมานไว้โดยเฉพาะ ก็อาจไม่สามารถลงโทษการกระทำที่อาจเป็นการทรมานในทุกรูปแบบได้อย่างเหมาะสม เช่น ในเรื่องการกระทำที่เกิดจากความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติมารองรับในเรื่องดังกล่าวนี้ และอาจถูกโจมตีในประเด็นเกี่ยวกับหลักประกันทางกฎหมายอาญาที่เรียกร้องให้ความผิดอาญานั้นจะต้องบัญญัติอย่างชัดเจนแน่นอนอีกด้วย ดังนั้นรูปแบบการบัญญัติกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนี้แม้จะเป็นรูปแบบที่สามารถกระทำได้ แต่ก็ยังไม่เหมาะสมกับการบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศไทยด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น

ส่วนกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งมีระบบกฎหมายเป็นระบบผสมระหว่างคอมมอนลอว์ (Common law) และซีวิลลอว์ (Civil law) นั้นเลือกที่จะบัญญัติกฎหมายภายในของตนโดยการกำหนดคำนิยามการทรมานให้เหมือนกับความหมายการทรมานตามข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และได้บัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะแยกต่างหากจากความผิดฐานอื่น โดยมีกฎหมายหลักคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 (Anti-Torture Act of 2009) ในกฎหมายฉบับนี้นอกจากจะได้ให้ความหมายและกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะแล้ว ยังได้ยกตัวอย่างการกระทำแต่ละอย่างซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นการทรมานไว้อีกด้วย และได้แยกแยะระหว่างการทรมานทางร่างกายและจิตใจ/ประสาทออกจากกันอย่างชัดเจนอีก

ด้วย ทั้งนี้การยกตัวอย่างนี้ก็ทำให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนขึ้นอันสอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมายอาญาที่กำหนดให้กฎหมายอาญานั้นจะต้องบัญญัติโดยชัดเจนแน่นอน โดยตัวอย่างตาม มาตรา 4 นั้น มีลักษณะเป็นการประมวลรวบรวมการกระทำแต่ละอย่างที่คุณเสนอรายงานพิเศษ เกี่ยวกับการทรมานของสหประชาชาติ (The UN Special Rapporteur on Torture) คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (The Committees Against Torture) และศาลสิทธิมนุษยชน ยุโรป (European Court of Human Rights) ได้เคยมีคำวินิจฉัยหรือมีคำพิพากษาตามคำร้องหรือใน คดีต่าง ๆ ว่าการกระทำต่าง ๆ ดังกล่าวเป็นการทรมาน หรือการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่าหากมีการกระทำตามที่มาตรา 4 บัญญัติ เกิดขึ้นแล้วจะถือเป็นการทรมานเสียทั้งหมด เนื่องจากการตีความมาตรา 4 นั้นจะต้องใช้คู่กับความหมายการทรมานตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

หากมีการกระทำตามตัวอย่างในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการ ทรมานในบริบทกฎหมายไทยก็จะต้องนำประมวลกฎหมายอาญามาเทียบเคียง ซึ่งบางตัวอย่าง ดังกล่าวนั้นอาจเป็นเพียงความผิดที่มีระวางโทษเล็กน้อยตามกฎหมายอาญาของไทย หรือเป็นเพียง ความผิดลหุโทษเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการทรมานทางจิตใจ แต่หากพิจารณาตาม พระราชบัญญัติดังกล่าวของฟิลิปปินส์แล้วการกระทำดังกล่าวการเป็นการทรมานได้หากมี องค์ประกอบความผิดอื่นเกิดขึ้นอย่างครบถ้วนตามความหมายในมาตรา 3 ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึง ความสอดคล้องของค่านิยมการทรมานที่สอดคล้องกับข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะโดยมีรายละเอียดตัวอย่างการกระทำต่าง ๆ ที่อาจ เป็นการทรมานเพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนซึ่งเป็นจุดด้อยของค่านิยมการทรมานตาม อนุสัญญาต่อต้านการทรมานแล้ว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าประเทศไทยควรกำหนดความหมายการ ทรมาน และความผิดฐานทรมานนี้โดยใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวของประเทศฟิลิปปินส์เป็นแบบอย่าง

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การทรมาน และการประตบัตติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยัคคีครึ้นนั้นเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ อันเป็นสิทธิติดตัวมากับความเป็นมนุษย์โดยที่ไม่สามารถแบ่งแยกหรือพรากไปจากมนุษย์ได้ ในทุกระบบกฎหมาย ในทุกสังคมประชาคมโลก การทรมานและการประตบัตติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยัคคีครึ้นนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถยอมรับได้ หลักการห้ามทรมานและการประตบัตติอันเลวร้ายถูกบรรจุอยู่ในสนธิสัญญาสำคัญหลายฉบับ จนทำให้หลักการดังกล่าวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) ซึ่งได้รับการรับรองสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogen) ที่อยู่เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ และมีผลผูกพันนานาประเทศโดยที่ประเทศดังกล่าวอาจไม่มีกฎหมายภายในรับรองหลักการดังกล่าวเลย สถานการณ์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นภาวะสงคราม หรือสภาพคุกคามที่จะเกิดสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ หรือสภาวะฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด รวมทั้งในสถานการณ์ที่เรียกว่า Ticking time bomb หรือเพื่อเหตุผลในการต่อสู้กับการก่อการร้าย ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างความชอบธรรมให้มีการทรมานหรือเพื่อเป็นเหตุยกเว้นให้มิต้องรับโทษ

แต่ถึงกระนั้นปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนกลับมิได้ลดน้อยลง โดยเฉพาะปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการใช้วิธีทรมาน และการประตบัตติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยัคคีครึ้น การกระทำเหล่านั้นโดยส่วนใหญ่แล้วมักเกิดขึ้นจากเจ้าพนักงานของรัฐ ทำให้มีความกระทบกระเทือนต่อสังคมและระบบการอำนวยความสะดวกในภาพรวมอย่างกว้างขวาง เมื่อผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายจากการถูกทรมาน และการประตบัตติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยัคคีครึ้นมักจะถูกควบคุมหรือคุมขังไว้ในสถานที่ลับ หรือถูกปิดตาขณะถูกซ้อม ทรมาน ไม่สามารถเห็นหรือจดจำใบหน้า ลักษณะของผู้กระทำ จึงทำให้มีโอกาสเข้าแจ้งความดำเนินคดีน้อย หรือแม้ว่าจะสามารถจดจำใบหน้าหรือรู้ตัวผู้กระทำความผิด แต่เมื่อผู้กระทำความผิดคือเจ้าพนักงานของรัฐทำให้ผู้เสียหายส่วนใหญ่ไม่กล้าเข้าแจ้งดำเนินคดีโดยหวาดเกรงต่ออำนาจและการแก้แค้นของเจ้าพนักงานของรัฐอยู่ดี การดังกล่าวทำให้กระบวนการยุติธรรมในระบบปกติไม่สามารถอำนวยความสะดวกเป็นธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ จากการตระหนักถึงสภาพปัญหาดังกล่าว

องค์การสหประชาชาติ (United Nations) จึงได้รับรองอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) โดยมีความมุ่งหมายหลักเป็นการเสริมแรงให้กับกฎหมายที่มีอยู่เพื่อต่อสู้และปราบปรามการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยถือเป็นอนุสัญญาฉบับแรกที่ทำให้ความหมายการทรมานไว้อย่างเป็นรูปธรรมที่สุด

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานตั้งแต่วันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2550 และปัจจุบันอนุสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับกับประเทศไทยแล้ว ส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ในการดำเนินการมาตรการต่าง ๆ ที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งพันธกรณีในการกำหนดให้การทรมานในทุกรูปแบบทั้งปวงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาภายในของตนโดยมีระวางโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำ โดยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาประเทศไทยได้มีการทำคำแถลงตีความ (Interpretive Declarations) ในข้อบทที่ 1, 4 และ 5 โดยเฉพาะข้อแถลงตีความคำนิยามคำว่า “การทรมาน” อันกำหนดให้การตีความคำดังกล่าวเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาอันเป็นกฎหมายทั่วไปในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของประเทศไทยจะทราบได้ว่าประมวลกฎหมายอาญานั้นมิได้มีการกำหนดคำนิยาม การทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีการบัญญัติคำว่าทรมานไว้ในมาตราต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญา และศาลเป็นผู้ตีความคำว่า “การทรมาน” เป็นกรณีไป ปัจจุบันหากมีการทรมานตามความหมายที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานเกิดขึ้นในประเทศไทย คงจะต้องนำความผิดฐานต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้โดยเทียบเคียง

แม้ว่าความหมายคำว่า “การทรมาน” อาจพอเปรียบเทียบกับคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งมีความหมายว่า “ทำการประทุษร้ายแก่กาย หรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้ หมายความว่ารวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช่ยาทำให้มีเมมา การสะกดจิตหรือ วิธีอื่นใด อันคล้ายคลึงกัน” โดยคำทั้งสองมีจุดร่วมกันตรงที่ต่างเป็นการทำให้เกิดความเสียหายแก่กายหรือจิตใจเหมือนกัน แต่ก็ยังมีสาระสำคัญที่แตกต่างกันหลายประการ อาทิเช่น ระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจของการทรมานนั้นจะต้องถึงขนาดร้ายแรง (Severe) ในขณะที่การ

ใช้กำลังประทุษร้ายนั้นความเสียหายไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็ได้ ความหมายการ “ทรมาน” ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นมุ่งจำกัดตัวผู้กระทำเฉพาะเจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ แต่การใช้กำลังประทุษร้ายนั้นไม่จำกัดสถานะของผู้กระทำความผิด กล่าวคือจะเป็นผู้ใดก็ได้ และการใช้กำลังประทุษร้ายนั้นไม่จำเป็นต้องมีมูลเหตุจูงใจแต่ประการใด เป็นเรื่องที่เนื้อหากฎหมายในแต่ละมาตราจะได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ส่วนการทรมานมูลเหตุจูงใจถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญยิ่งในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

การนำประมวลกฎหมายอาญาทั้งภาคทั่วไปและภาคความผิดมาปรับใช้กับการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นอาจมีปัญหาหลายประการ โดยที่การยินยอม (Consent) หรือการรู้เห็นเป็นใจ (Acquiescence) ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้นมีความหมายในขอบเขตที่กว้างขวางกว่าการสนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา โดยที่การนิ่งเฉยไม่เข้าช่วยหรือการละเว้นไม่เข้าห้ามปรามมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้นไม่จัดว่าเป็นการให้การสนับสนุน แต่การนิ่งเฉยหรือละเว้นดังกล่าวอยู่ในบริบทของการให้ความยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แล้ว และความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ความผิดเกี่ยวกับเพศ และความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงานที่นำมาปรับใช้นั้น เห็นได้ชัดว่าการกำหนดระวางโทษสำหรับความผิดเหล่านั้นเทียบกับการกระทำที่เป็นการทรมานนั้นยังไม่สามารถเรียกว่ามีความเหมาะสมได้ โดยเฉพาะความผิดบางฐานซึ่งเป็นเพียงความผิดลหุโทษ เมื่อนำมาปรับใช้กับการทรมานซึ่งเป็นอาชญากรรมร้ายแรงแล้วย่อมไม่เหมาะสม และอาจเป็นการละเมิดพันธกรณีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ซึ่งนอกจากจะเรียกร้องให้รัฐภาคีกำหนดให้การทรมานในทุกรูปแบบเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในแล้ว จะต้องมีการกำหนดระวางโทษที่เหมาะสมอีกด้วย

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ข้อบทที่ 1 ให้ความหมายเพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การทรมาน” หมายถึง การกระทำใดก็ตามโดยเจตนา ที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้น สำหรับการกระทำ ซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามหรือเพราะเหตุผลใดใด บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดยหรือด้วยการข่มขู่ หรือโดย ความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่น

ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรือ อันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจาก การลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาความหมาย “การทรมาน” และ “การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี” ของผู้เขียน สามารถแยกองค์ประกอบความผิดของการ ทรมานได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. การทรมานนั้นจะต้องมีการกระทำ (Act) หรือการงดเว้นการกระทำ (Omission)
2. การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำนั้นจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวด (Pain) หรือ ความทุกข์ทรมาน (Suffering) อย่างร้ายแรง (Severe) ไม่ว่าจะทางร่างกาย (Physical) หรือจิตใจ (Mental) ระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนี้เป็น องค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่ง ซึ่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้เรียกร้องว่า จะต้องเป็นระดับที่ร้ายแรงด้วย เพื่อแยกการทรมานซึ่งเป็นอาชญากรรมร้ายแรงและ มิตรบาปแห่งการกระทำที่เลวร้ายออกจากความผิดฐานอื่น ๆ ในการพิจารณา ระดับความรุนแรงหรือความร้ายแรงนี้นั้นจะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ ประกอบด้วย เช่น ระยะเวลาในการกระทำ ผลกระทบทางร่างกายหรือจิตใจที่ได้รับ และในบางกรณีจะต้องพิจารณาถึง อายุ เพศ สุขภาพ และวัฒนธรรมของเหยื่อ ประกอบด้วย คำว่าจิตใจตามความหมายของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ นั้น มิได้มีความหมายเฉพาะแค่จิตประสาทหรือผลกระทบต่อสมองเท่านั้น แต่ยังมีความหมาย รวมถึงอารมณ์และความรู้สึกอีกด้วย
3. การกระทำหรือการงดเว้นกระทำต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่ง ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ หรือด้วยการยุยง หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็น เป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ คำ ว่ายุยง มีความหมายถึง การยุยงส่งเสริมซึ่งเป็นวิธีหนึ่งในการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำ ความผิดทำนองเดียวกันกับหลักการเรื่องผู้ใช้ ส่วนเรื่องยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจนั้น เห็นว่ามีความหมายกว้างกว่าการสนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งต้องมีการกระทำอันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก ในขณะที่การนิ่งเฉย ละเว้นไม่ เข้าห้ามปรามซึ่งไม่ถือเป็นการสนับสนุนนั้นก็ยังถือว่าอยู่ในบริบทของการยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจแล้ว

องค์ประกอบภายใน

4. การทรมานนั้นต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาประสงค์หรือเล็งเห็นผลเท่านั้น การกระทำโดยประมาทแม้จะเกิดขึ้นจากเจ้าพนักงานของรัฐและก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงแล้ว ก็ไม่เป็นการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ
5. ต้องมีเจตนาพิเศษ (Specific intent) หรือมูลเหตุจูงใจ (Motive) อย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้ 1) เพื่อความประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้น หรือบุคคลที่สาม 2) เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะลงโทษบุคคลหรือบุคคลที่สามสำหรับการกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ 3) เพื่อความมุ่งประสงค์ข่มขู่ให้กลัว หรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม 4) เป็นการกระทำโดยเนื่องมาจากเหตุผลใด ๆ ก็ตามบนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจที่กำหนดในอนุสัญญานี้เป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ดังนั้นการกระทำทรมานโดยมูลเหตุจูงใจอย่างอื่นในทำนองเดียวกันกล่าวคือมีความเชื่อมโยงหรือเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์หรือนโยบายของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐก็อาจเป็นการทรมานตามอนุสัญญานี้ได้

เหตุยกเว้นความผิด

6. การทรมานไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษที่ขบถที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful sanctions) โดยที่คำว่า การลงโทษที่ขบถที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น หมายถึง เป็นการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐภาคีและชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมายภายใน เช่น โทษที่ลงต่อเนื้อตัวร่างกายโดยการปาก้อนหินจนตาย (Stoning to death) การเฆี่ยนตี (Flogging) การตัดแขนตัดขา (Amputation) แม้จะเป็นการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมายภายในของบางประเทศ โดยเฉพาะบรรดารัฐอิสลาม ก็ไม่ถือเป็นการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุยกเว้นความผิดตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เนื่องจากโทษดังกล่าวไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า คำว่า “การทรมาน” ควรหมายถึง การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำใดก็ตามโดยเจตนา ที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้น สำหรับการกระทำ ซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ ให้อภัยหรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามหรือเพราะเหตุผลใดใด บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือโดย ความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ”

ในส่วนการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีนั้น อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 16 โดยมีได้ให้ความหมายที่ชัดเจนไว้เป็นการเฉพาะ และกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่เพียงป้องกันมิให้การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นในเขตอำนาจของตนเท่านั้น

การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม นั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ให้ความหมายไว้ในคดี The Greek Case ว่า เป็นการกระทำโดยเจตนาที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง ซึ่งในบางสถานการณ์ไม่สามารถยกเว้นได้ ส่วนแนวบรรทัดฐานของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะอธิบายว่า การกระทำที่จะถือเป็นการประติบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมนั้นต้องเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน (Premeditation) ได้กระทำต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอันยาวนานและก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานต่อร่างกายหรือจิตใจ และผู้เสนอรายงานพิเศษเกี่ยวกับการทรมานของสหประชาชาติ(The UN Special Rapporteur on Torture) แมนเฟรด โนวัก (Manfred Nowak) ได้ให้ความหมายการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไว้ว่า การกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไม่ว่าทางกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง เมื่อการกระทำนั้นได้กระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือความยินยอมหรือโดยความรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐหรือบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท และไม่ว่าจะมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่ก็ตาม

จากการศึกษาของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่า การประตบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม นั้นหมายถึง “การกระทำหรือการงดเว้นกระทำ ไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือประมาทที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือโดย ความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจาก การลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ”

การประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยศักดิ์ศรี นั้นในคดีใน The Greek Case คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนยุโรปอธิบายการกระทำที่เป็นการย่ำยศักดิ์ศรีว่า เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความอับอายขายหน้า เสียเกียรติอย่างร้ายแรงของบุคคลนั้นต่อผู้อื่น หรือการบังคับให้บุคคลนั้นกระทำการใด ๆ ที่ฝืนความประสงค์ (Will) หรือมโนธรรม (Conscience) ของตนเอง ส่วนศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีคำพิพากษาส่วนใหญ่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการย่ำยศักดิ์ศรี หากเป็นการกระตุ้นให้เหยื่อเกิดความรู้สึกหวาดกลัว ทุกข์ทรมาน และทำให้เกิดปมด้อยจนถึงขนาดเป็นการทำให้ อับอายขายหน้า ลดคุณค่าและทำลายการต่อต้านทางร่างกายหรือจิตใจ ในขณะที่แมนเฟรด โนวัค ได้ให้ความหมายการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยศักดิ์ศรีว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกายหรือจิตใจซึ่งไม่ถึงขนาดต้องร้ายแรง โดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อทำให้ผู้อื่นอับอายขายหน้า

ในส่วนผู้เขียนเองเห็นว่า การประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยศักดิ์ศรีนั้นหมายถึง “การกระทำหรือการงดเว้นกระทำโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะทางร่างกายหรือจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อทำให้ผู้นั้นเกิดความอับอายขายหน้า หรือเพื่อลดคุณค่า และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือโดย ความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐหรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจาก การลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ”

ความแตกต่างระหว่าง “การทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยศักดิ์ศรี

การกระทำทั้งสองมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ 4 ประการ กล่าวคือ

1. เรื่ององค์ประกอบภายใน โดยการทรمانนั้นจะต้องมีการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจจากการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น และจะต้องเป็นการกระทำโดยมีมูลเหตุจงใจอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กล่าวไว้ข้างต้น การกระทำโดยประมาทแม้จะมีความร้ายแรงเพียงใดก็ไม่สามารถเป็นการทรمانตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้ ส่วนการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร่มนุษยธรรมนั้น อาจเกิดขึ้นจากการกระทำโดยเจตนาหรือโดยประมาทก็ได้
2. เรื่องระดับความรุนแรงในการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางกายหรือจิตใจ หากพิจารณาถึงข้อเรียกร้องเรื่องระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานแล้วจะพบว่า การทรมานนั้นจะอยู่ในจุดที่อนุสัญญาเรียกร้องระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานไว้สูงที่สุด กล่าวคือจะต้องถึงระดับร้ายแรง ในขณะที่การประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร่มนุษยธรรมนั้น สามารถสังเกตได้จากถ้อยคำตามข้อบทที่ 16 ของอนุสัญญา คำว่า“ที่ไม่ถึงกับเป็นการทรมานตามที่นิยามไว้ในข้อ 1” ย่อมแสดงให้เห็นว่ามีระดับที่รุนแรงน้อยกว่าจึงไม่เป็นการทรมาน ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องร้ายแรง ความเห็นดังกล่าวได้รับการยืนยันจากทั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน และการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยศักดิ์ศรีนั้นจะกำหนดระดับความรุนแรงไว้ต่ำที่สุด
3. เรื่องมูลเหตุจงใจหรือเจตนาพิเศษ เป็นประเด็นที่ทุกฝ่ายเห็นพ้องต้องกันมากที่สุดว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการแยกการทรมาน ออกจากการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร่มนุษยธรรม ได้อย่างชัดเจนมากที่สุด โดยทั้งนี้เนื่องจากการกระทำที่จะเป็นการทรมานได้นั้นจะต้องมีมูลเหตุจงใจอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แต่การประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร่มนุษยธรรม นั้นผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษแต่อย่างใด ส่วนการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่ย่ำยศักดิ์ศรีนั้นจะต้องมีมูลเหตุจงใจเพื่อให้ผู้อื่นอับอายขายหน้า หรือลดคุณค่าหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
4. การอ้างหลักความได้สัดส่วน แม้ว่าการอ้างหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้ ไม่สามารถหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างให้มีเหตุผลสำหรับการทรมาน หรือยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษสำหรับการทรมานได้เลย แต่หลักการดังกล่าวนี้สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างกับกรณีการประตบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร่มนุษยธรรม หรือย่ำยศักดิ์ศรีได้ ด้วยเหตุผลที่ว่า การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานรัฐเพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยและคงไว้ซึ่งสันติสุขภายในประเทศ และ

ในบางสถานการณ์การปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐอาจมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ ดังนั้นหลักความได้สัดส่วนจึงถูกนำมาพิจารณาเพื่อดูว่าการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐในการปฏิบัติหน้าที่นั้นได้สัดส่วนหรือพอสมควรแก่เหตุกับผลแห่งการกระทำหรือไม่ แต่หากว่าผู้ถูกระทำอยู่ในความควบคุมหรือคุมขังของเจ้าพนักงานของรัฐแล้วจะไม่สามารถกล่าวอ้างหลักความได้สัดส่วนได้

เมื่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานเรียกร้องให้รัฐภาคีกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในของตนโดยมีระวางโทษที่เหมาะสมโดยเทียบได้กับความผิดร้ายแรง ทำให้ความหมายการทรมานนั้นจะต้องชอบด้วยหลักความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญา ซึ่งเรียกร้องให้กฎหมายอาญานั้นจะต้องบัญญัติอย่างชัดเจนแน่นอน เนื่องจากความหมายการทรมานนั้นต้องการให้บังคับใช้อย่างกว้างขวางให้รวมถึงการทรมานในทุกรูปแบบ และนำเรื่องระดับความร้ายแรงซึ่งเป็นการยากที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ลงไปให้แน่นอนได้อย่างไรที่สามารถเรียกว่าร้ายแรงแล้ว แต่หากพิจารณาวัตถุประสงค์ของหลักความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญาแล้ว เห็นว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอาญาสามารถคาดเห็น (Foreseeable) ได้ล่วงหน้าว่าการกระทำหรือการละเว้นไม่กระทำการใดจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบอาญา และการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีบทลงโทษเพียงใด ผู้เขียนเห็นว่า สถานะของหลักการห้ามทรมานนั้นได้ถูกยอมรับในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นกฎหมายเด็ดขาด ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าการทรมานนั้นเป็นสิ่งเลวร้ายและไม่สามารถยอมรับได้ในทุกสถานการณ์ และการทรมานเป็นความผิดประเภทความผิดในตัวเอง (Mala in se) บุคคลทั่วไปสามารถคาดหมายได้ว่าการกระทำทรมานย่อมเป็นความผิดต่อศีลธรรมหรือกฎหมายอยู่แล้ว อีกทั้งความหมายการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ยังได้รับการรับรองจากรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา จึงถือได้ว่าเป็นความชัดเจนแน่นอนพอสมควร (reasonable definite) แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าความหมายดังกล่าวไม่น่าจะขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญา แต่ทั้งนี้ ความหมายการทรมานในอนุสัญญาฯ ต่อต้านการทรมานนั้นเพียงตัวอย่างหรือแนวทางแก่รัฐภาคีเท่านั้น จึงไม่ควรเป็นเป้าหมายสูงสุดของรัฐภาคีในการกำหนดความหมายการทรมานตามกฎหมายภายในของรัฐ หากความหมายการทรมานที่รัฐภาคีจะออกเป็นกฎหมายภายในนั้นมีสาระสำคัญครอบคลุมตามคำนิยามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และมีความชัดเจนกว่า ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรมีความหมายการทรมานเป็นการเฉพาะตามแนวทางที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้น และกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะ โดยสามารถทำให้ความหมายการทรมานนั้นมีความชัดเจนโดยการยกตัวอย่างการกระทำที่อาจเข้าข่ายเป็นการทรมานในฐานะความผิดทรมานนี้อันเป็นวิธีซึ่งประเทศฟิลิปปินส์ได้นำมาใช้ในการบัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดและให้ความหมายการทรมานไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009

(Anti-Torture Act of 2009) ด้วยวิธีดังกล่าวนี้จะทำให้ความหมายการทรมานมีความชัดเจนยิ่งขึ้น และเป็นการจำกัดหรือสร้างกรอบในการใช้ดุลพินิจของศาลในการตีความความหมาย ส่วนประเด็นเรื่องการพิจารณาระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจนั้น คงต้องให้เป็นหน้าที่ศาลซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายในการวางแนวทางหรือหลักเกณฑ์ซึ่งสามารถใช้เป็นบรรทัดฐานทางคดีเพื่อกำหนดความชัดเจนต่อไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ปัจจุบันประเทศไทยมิได้มีการให้ความหมาย คำว่า “การทรมาน” ไว้เป็นการเฉพาะ และมีได้บัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดโดยเฉพาะ และในการเข้าเป็นภาคอนุสัญญาต่อต้านการทรมานนั้น ประเทศไทยได้ทำคำแถลงตีความ (Interpretive Declaration) ในข้อบทที่ 1 เรื่องคำนิยามของคำว่า “การทรมาน” ว่าเนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้ในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติจำกัดความโดยเฉพาะ ประเทศไทยจึงตีความหมายของคำดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบัน และในข้อบทที่ 4 เรื่องการกำหนดให้การทรมานทั้งปวงเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมาย และนำหลักการนี้ไปใช้กับการพยายามการสมรู้ร่วมคิด และการมีส่วนร่วมในการทรมาน ประเทศไทยตีความในกรณีดังกล่าว ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

โดยที่ผู้เขียนเห็นว่าในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบันนั้นมิได้มีการให้ความหมายการทรมานไว้ ถ้อยคำว่า “การทรมาน” ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาได้ถูกศาลตีความว่าต้องเป็นการกระทำที่ทารุณ โหดร้ายซึ่งรุนแรงอย่างที่สุด จึงไม่สอดคล้องกับความหมายการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ที่เรียกร้องระดับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจไว้ต่ำกว่ามาก ดังนั้นคำว่า “การทรมาน” ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยจึงไม่สอดคล้องกับความหมายตามอนุสัญญา และหากจะนำคำว่า “การใช้กำลังประทุษร้าย” มาเทียบเคียงกับ “การทรมาน” นั้น ก็ยังคงมีข้อแตกต่างกันหลายประการ ทั้งในเรื่องระดับความรุนแรง เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำ สถานะของผู้กระทำ และคำว่าอันตรายแก่จิตใจ ปัจจัยเหล่านี้สามารถนำไปสู่ข้อสรุปว่า ถ้อยคำว่า “การใช้กำลังประทุษร้าย” ไม่เหมาะสมในการนำมาใช้แทน “การทรมาน” ตามความหมายที่ให้ไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ อีกทั้งในประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังไม่มีหลักการรองรับเรื่องการกระทำโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งมีความหมายกว้างกว่าการสนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นหากเจ้าพนักงานของไทยได้กระทำการทรมานโดยความยินยอมหรือโดยรู้เห็นเป็นใจแล้ว กฎหมายไทยใน

ปัจจุบันอาจไม่สามารถใช้ลงโทษเจ้าพนักงานนั้นได้ อันขัดกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ อย่างชัดเจน ประเทศไทยจึงไม่สามารถใช้วิธีเช่นเดียวกันประเทศฝรั่งเศสที่กำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะ โดยไม่มีการให้คำนิยามการทรมานไว้ แต่กฎหมายฝรั่งเศสสามารถลงโทษการทรมานในทุกรูปแบบได้ตามพันธกรณี

การนำความผิดฐานอื่น ๆ มาปรับใช้เพื่อลงโทษการทรมาน โดยมิได้กำหนดให้เป็นการทรมานเป็นความผิดเฉพาะ นั้นก็มีวิธีการที่เหมาะสม เนื่องจากระวางโทษของฐานความผิดบางฐานไม่อาจเรียกได้ว่าสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ที่เรียกร้องให้กำหนดโทษการทรมานให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำ และการนำความผิดฐานอื่น ๆ มาประกอบกันเพื่อใช้ลงโทษการทรมานก็ยังไม่ตอบโจทย์ในการกำหนดชื่อฐานความผิดที่สะท้อนความเลวร้ายและความรุนแรงของการกระทำ เป็นการตราหน้าและประณามผู้กระทำความผิด

ดังนั้น จากการศึกษาปัญหาดังกล่าวเห็นควรว่า ประเทศไทยควรถอนคำแถลงตีความที่ได้ให้ไว้ในขณะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ และควรให้ความหมายการทรมานไว้โดยเฉพาะ และบัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะตามกฎหมายภายใน โดยในการให้ความหมายการทรมานนั้นควรให้ครอบคลุมตามองค์ประกอบที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ

โดยการกำหนดความหมายดังกล่าวลงในกฎหมายภายในของไทย ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติความหมายการทรมานตามผู้เขียนเสนอ ลงในร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.... ของกรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพซึ่งคณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบร่างดังกล่าวแล้วในวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2559 แล้ว ดังนี้

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

- (1) “การทรมาน” หมายความว่า การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำใดก็ตามโดยเจตนา ที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำ ซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำหรือเป็นการข่มขู่ ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามหรือ

เพราะเหตุผลใดใด บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจาก การลงโทษทัณฑ์ขบถที่ชอบด้วยกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ”

โดยเห็นควรให้บัญญัติให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะ โดยอยู่ในมาตรา 5 หมวด 1 ว่าด้วยการปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย ตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้น โดยใช้วิธีการให้ตัวอย่างการกระทำที่อาจเป็นการทรมานในรูปแบบต่าง ๆ ตามอย่างของประเทศฟิลิปปินส์ที่ได้บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ค.ศ. 2009 (Anti-Torture Act of 2009) เพื่อให้สอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมายอาญา เรื่องกฎหมายอาญา จะต้องชัดเจนแน่นอน ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าควรบัญญัติความผิดฐานทรมานดังนี้

มาตรา 5 การกระทำที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงตามความในมาตรา 3 หมายความว่ารวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะ เช่น

(ก) การทรมานทางร่างกาย คือ รูปแบบการปฏิบัติหรือการลงโทษ อันเป็นเหตุให้เกิดความเจ็บปวดทรมาน ความเหนื่อยล้า ความทุพพลภาพ หรือทำให้อวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายทำงานผิดปกติอย่างร้ายแรง เช่น

- (1) การตีซ้ำ ๆ การตีหรือกระแทกที่ศีรษะ การชก การเตะ การฟาดด้วยกระบองหรือด้ามปืน หรือวัตถุอื่นอันคล้ายคลึงกัน และการกระโดดย่ำบนท้อง
- (2) การบังคับให้อดอาหาร หรือบังคับให้ทานของบูดเน่า สัตว์ ของเสียของมนุษย์ และสสาร หรือสิ่งอื่นซึ่งไม่ได้บริโภคกันตามปกติ
- (3) การช็อตด้วยไฟฟ้า
- (4) การจี้ด้วยบุหรี การจี้ด้วยแท่งโลหะไฟฟ้า น้ำมันร้อน กรด หรือโดยการชโลมพริกไทย หรือสารเคมีอื่น ๆ บนเยื่อผิวหนังในช่องจมูกและปาก หรือใช้กรดหรือเครื่องเทศเผ็ดร้อนต่อบาดแผลโดยตรง
- (5) การกดหัวจมน้ำ หรือในน้ำเน่าของเสีย น้ำปัสสาวะ อาเจียน และ/หรือเลือด กระทั่งอยู่ในภาวะขาดอากาศจนสำคัญ
- (6) การมัด หรือบังคับให้อยู่นิ่งไม่ไหวติง และการบังคับให้อยู่ในท่าทางที่ทำให้ร่างกายเกิดความตึงเครียด

- (7) การข่มขืน และการล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งรวมถึงการสอดใส่วัตถุแปลกปลอมไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก หรือการทรมานโดยใช้ไฟฟ้าต่ออวัยวะเพศ
- (8) การทำให้พิการ หรือการตัดอวัยวะสำคัญของร่างกาย เช่น อวัยวะสืบพันธุ์ หูลิ้น หรือส่วนอื่น ๆ
- (9) การทรมานทางฟัน หรือการบังคับถอนฟัน
- (10) การดิงเล็บนิ้วมือ
- (11) การให้ทนต่อสภาพอากาศที่เลวร้าย เช่น แดดร้อน และหนาวเยือก
- (12) การใช้ถุงพลาสติก และวัตถุอื่นใดคลุมศีรษะจนขาดอากาศหายใจ
- (13) การใช้ยาซึ่งกระทบต่อจิตประสาท เพื่อเปลี่ยนแปลงการรับรู้ ความทรงจำ ความรู้ตัว หรือเจตจำนงของบุคคล เช่น
 - (1) การใช้ยาเพื่อกระตุ้นให้สารภาพ และ/หรือ ลดขีดความสามารถทางจิตใจ
 - (2) การใช้ยาเพื่อกระตุ้นความเจ็บปวดทรมาน หรือกระตุ้นอาการของโรค
- (14) การทรมานทางร่างกายอื่นอันคล้ายคลึงกัน และ
 - (ข) การทรมานทางจิตใจ/ประสาท หมายถึง การกระทำซึ่งคาดหมายได้ว่าจะส่งผลกระทบ หรือทำให้เกิดความสับสนทางจิตใจ และ/หรือ เป็นการลดทอนศักดิ์ศรีและขวัญกำลังใจของบุคคล เช่น
 - (1) การปิดบังตา
 - (2) การข่มขู่บุคคล หรือญาติของบุคคล ที่จะทำให้เกิดอันตรายแก่กาย ทำให้ถึงแก่ชีวิต หรือทำลายละเมิดอื่น ๆ
 - (3) การกักขังเดี่ยว หรือในสถานที่ลับ
 - (4) การสอบสวนที่ยืดเยื้อยาวนาน
 - (5) การนำนักโทษไปแสดงในการพิจารณาคดีแบบเปิดเผย การแสดงสาธารณะ หรือการประจานผู้ถูกคุมขังหรือนักโทษต่อหน้าธารกำนัล
 - (6) การทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายอย่างกะทันหันของบุคคลซึ่งถูกจำกัดเสรีภาพจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลนั้นเชื่อว่าตนจะถูกพาไปประหารชีวิต
 - (7) การทารุณกรรมต่อสมาชิกในครอบครัวของบุคคล
 - (8) การจัดให้ครอบครัว เครือญาติของบุคคล หรือบุคคลที่สาม ประจักษ์รับรู้ต่อการทรมานนั้น
 - (9) การบังคับให้อดนอน/พักผ่อน

- (10) การประจาน เช่น การเปลื้องผ้าบุคคลให้เปลือยกาย การพาตระเวนประจานในที่สาธารณะ การโกนศีรษะหรือการทำเครื่องหมายบนร่างกาย อันเป็นการขัดต่อความประสงค์ของบุคคลนั้น
- (11) การห้ามมิให้ติดต่อกับบุคคลในครอบครัว และ
- (12) การทรมาณทางจิตใจ/ประสาทอันอันคล้ายคลึงกัน

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสามแสนบาท ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี หญิงมีครรภ์ ผู้สูงอายุ ผู้พิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือผู้ซึ่งไม่อาจพึ่งตนเองได้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นเหตุให้ผู้ถูกละเมิดได้รับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบห้าปี และปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงห้าแสนบาท

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นเหตุให้ผู้ถูกละเมิดถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกสิบห้าปีถึงสามสิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท

มาตรา 5/1 การพยายามกระทำความผิด ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง

การที่ผู้เขียนสนับสนุนการบัญญัติความหมายการทรมาณ และบัญญัติให้การทรมาณเป็นความผิดเฉพาะ โดยการตรากฎหมายเป็นพระราชบัญญัติโดยเฉพาะนั้นมาจากเหตุผลหลายประการ ดังนี้

1. การตรากฎหมายแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา โดยการเพิ่มคำนิยามและฐานความผิดเรื่องการทรมาณ แม้มีข้อดีที่ว่าเป็นการใช้กลไกที่มีอยู่เดิม มีเจ้าพนักงานผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่มีอยู่แล้ว ไม่ต้องจัดตั้งองค์กรขึ้นมาใหม่และไม่ต้องจัดสรรงบประมาณไว้อีกเป็นการเฉพาะ อันเป็นการเพิ่มงบประมาณซึ่งจะต้องใช้ แต่ข้อเสียของวิธีการนี้ที่เห็นได้ชัดคือจากประสบการณ์ที่ผ่านมาเป็นสิ่งที่ยืนยันได้ว่าการทำงานของเจ้าหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนการทรมาณนั้นขาดความเป็นกลาง และขาดประสิทธิภาพ ด้วยการกำหนดให้ความรับผิดชอบนั้นอยู่ในมือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยที่ผู้กระทำความผิดก็มีฐานะเช่นเดียวกัน ย่อมสุ่มเสี่ยงต่อระบบอุปถัมภ์

2. การเพิ่มคำนิยามการทรมานในกฎหมายอาญา จะก่อให้เกิดความสับสนในการตีความของศาล เนื่องจากที่ประมวลกฎหมายอาญานั้นได้มีการบัญญัติคำว่า “การทรมาน” ไว้ในหลายมาตรา ซึ่งจากการตีความของศาลนั้นคำว่า “การทรมาน” ในประมวลกฎหมายอาญา มีความหมายไม่เหมือนกับความหมายตามที่ปรากฏในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ
3. การบัญญัติคำนิยามและฐานความผิดเฉพาะในพระราชบัญญัติ นั้นส่งเสริมพันธกรณีอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ที่มีเจตนารมณ์ในการป้องกันและปราบปรามการทรมานได้ดียิ่งกว่า เช่น เรื่องอายุความ ข้อห้ามมิให้ยกสถานการณณ์ฉุกเฉิน สงคราม เหตุผลด้านความมั่นคง มาอ้างความชอบธรรม เรื่องเขตอำนาจสากล อายุความ การจัดตั้งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทรมาน เป็นต้น

ในส่วนของการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี นั้น ประเทศไทยมีพันธกรณีเพียงแค่การป้องกันการกระทำความผิดเท่านั้น แลแม้ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.... มิได้บัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญา แต่ก็ยังกำหนดหน้าที่ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการบังคับบุคคลให้สูญหายกำหนดนโยบายแผนงานและมาตรการป้องกันและปราบปรามการกระทำหรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งน่าจะสอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ทั้งนี้ จนกว่าจะมีความชัดเจนเพียงพอในเรื่องการกำหนดความหมายและบัญญัติฐานความผิดของการกระทำความผิดดังกล่าวต่อไปในอนาคต

บรรณานุกรม

หนังสือ

- ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, ม.ล. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด มาตรา 288 ถึง 366. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2550.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. สาระสำคัญของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี. ห้างหุ้นส่วนจำกัด มิราเคิล ครีเอชั่นอินเตอร์ พรินท์, ม.ป.ป.
- จิตติ ติงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2553.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. หลักกฎหมายอาญา ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- ปกป้อง ศรีสนิท. คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.
- วิฑูรย์ อึ้งปรพันธ์ และคณะ. พิธีสารอิสตันบูล คู่มือการสืบสวนสอบสวนและบันทึกข้อมูลหลักฐานอย่างมีประสิทธิภาพ กรณีการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี. สำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ, 9 สิงหาคม 2542.
- สมบูรณ์ เสี่ยงมบุตร และพรชัย ต่านวิวัฒน์. กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

บทความวารสาร

- สุรชาติ บำรุงสุข. “ปกิณกะสงคราม Miscellaneous of War”. จุลสารความมั่นคงศึกษา. ฉบับที่ 85. สถาบันการข่าวกรอง สำนักข่าวกรองแห่งชาติ (พฤศจิกายน 2553).

เอกสารอื่นๆ

คณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล (ICJ) และ association for the prevention of torture. “การกำหนดความผิดทางอาญาของการทรมาน: พันธกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี”, ม.ป.ป.

ทศพล ทรรศนกุลพันธ์. “เอกสารประกอบการสอนกระบวนวิชากฎหมายสิทธิมนุษยชน (177465)”. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2557.

ไพโรจน์ พลเพชร และณัฐกร ศรีแก้ว. “รายงานการศึกษาสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกรอบรัฐธรรมนูญในบริบทของสังคมไทยและมาตรฐานสากลระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน”. กรุงเทพฯ: กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, พฤศจิกายน 2549.

รณกรณ์ บุญมี. “ปัญหาในการกำหนดนิยามของการทรมาน และบัญญัติให้เป็นความผิดเฉพาะตามกฎหมายไทย”, เอกสารประกอบการสัมมนางานวิชาการในชุด “เชิดชูครุกฎหมาย” เนื่องในงานรำลึกศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย หัวข้อ “พันธกรณีของประเทศไทยในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย”, 25 เมษายน 2558.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. “ร่างรายงานประเทศตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment - CAT)”, ฉบับที่ 1 (ระยะที่1) ฉบับ คู่มือผู้ชี้แจง”. กรุงเทพฯ: กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, ม.ป.ป.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

คณะกรรมการชุดที่ 3 แห่งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเป็นคณะกรรมการที่มีความเชี่ยวชาญและรับผิดชอบดูแลในเรื่องสังคม มนุษยธรรม วัฒนธรรม รวมถึงสิทธิมนุษยชน. <http://www.un.org/en/ga/third/>, 29 กันยายน 2557.

“หลักการว่าด้วย สถานะและหน้าที่ของสถาบันแห่งชาติ เพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Paris Principles)”. http://www.nhrc.or.th/webdoc/ParisPrinciples_th.pdf, 9 ธันวาคม 2558.

อานันท์ รัตนเจียเจริญ. “รู้จักมัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป”. <https://www.l3nr.org/posts/465646>, 10 ธันวาคม 2558.

-----, <http://dwkcommentaries.com/2011/12/01/u-s-ratification-of-the-multilateral-treaty-against-torture/>, 5 ธันวาคม 2558.

BOOKS

Bantekas, Ilias and Lutz Oette. International human Rights: Law and Practice. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Beigbeder, Yves. Judging War Crimes and Torture: French Justice and International Criminal Tribunals and Commissions (1940-2005). The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Boulesbaa, Ahcene. The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

Burgers, J. Herman and Hans Danelius. The United Nations Convention against Torture: Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

Elliot, Catherine. French Criminal Law. New York: Routledge, 2001.

Evans, M. and R. Morgan. Preventing Torture. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Ingelse, Chris. The UN Committee against Torture: An Assessment, Kluwer Law International, 2001.

Joseph, Sarah et al. Seeking Remedies for Torture Victims: A Handbook on the Individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies. World Organisation Against Torture(OMCT), November 2006.

Lea, Henry Charles. Torture. University of Pennsylvania Press, 1973.

- Martin, Claudia and Diego Rodriguez Pinzon. The Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Inter-American Human Rights System: A Handbook for Victims and Their Advocates. 2nd edition, World Organisation Against Torture (OMCT), 2014.
- Nowak, Manfred and Elizabeth McArthur. The United Nations Convention against Torture: A Commentary. Oxford University Press, 2008.
- Rodley, Nigel S. and Matt Pollard. The Treatment of Prisoners under International Law. 3rd edition, Oxford University press, 2009.
- Wendland, Lene. A Handbook on State Obligations under the UN Convention against Torture. Association for prevention of torture, Geneva, 2002.
- Wisniewski, J. Jeremy. Understanding Torture, Edinburgh University Press, 2010.

JOURNAL ARTICLE

- American Society of International Law. "EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: OULD DAH V. FRANCE". International Legal Materials, 2009.
- Apostolova, Ekaterina. "The Relationship between the Alien Tort Statute and the Torture Victim Protection Act". 28 Berkeley J. Int'l Law, 2010.
- B. Shaw, Christopher. "The International Proscription against Torture and the United States' Categorical and Qualified Response". Boston College International & Comparative Law Review, Vol.32:289, 2009.
- Branche, Raphaëlle. "Torture of terrorists? Use of torture in a "war against terrorism": justification, methods and effects: the case of France in Algeria", 1954-1962. International Review of the Red Cross, Volume 89 Number 867, September, 2007.
- Cullen, Anthony. "Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights". California Western International Law Journal, Vol. 34, 2008.
- Erickson, Jeff. "Torture: Henri Alleg and the Algerian War". Iowa Historical Review: Vol. 4: Iss. 1, 2013.

- Faure, Michael, Morah Goodwin and Franziska Weber. "The Regulator's Dilemma: Caught between the Need for Flexibility & the Demands of Foreseeability. Reassessing the Lex Certa Principle". Albany Journal of Science & Technology, Vol. 24, No.2, 2014.
- Harper, Julianne. "Defining Torture: Bridging the Gap Between Rhetoric and Reality". 49 Santa Clara Law Review, 2009.
- Human Rights Watch. "Getting Away with Torture?: Command Responsibility for the U.S. Abuse of Detainees". vol.17, No. 1(G), April 2005.
- Lewis, Michael W. "A Dark Descent into Reality: Making the case for an Objective Definition of Torture", Washington & Lee Law Review, 2010.
- Meskele, Kidus. "Interpretation of Article One of the Convention against Torture in Light of the Practice and Jurisprudence of International Bodies". Beijing Law Review, 2014.
- Miller, Gail H. "Defining torture". Benjamin N. Cardozo School of Law, NY, 2005.
- Nelson, Ronald L. "Torture in the Law of the Fifty American States: Searching for Definition, 4 War Crimes", Genocide & Crimes against Humanity, Volume 4, 2010.
- Nowak, Manfred. "What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards". Human Rights Quarterly, Vol. 28, No.4, November, 2006.
- Rodley, Nigel. "The Definition(s) of Torture in International Law". Current Legal Problems, 2002.
- Shaw, Christopher B., "The International Proscription against Torture and the United States' Categorical and Qualified Response", Boston College International & Comparative Law Review, Vol.32:289, 2009.
- Weissbrodt, David. "Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment". Law and INEQ 343, 2011.
- Wright, Fan. "Certainty and Ascertainability of Criminal Law after the Pitcairn Trials". Victoria University of Wellington Law Review, 2008.

ELECTRONIC MEDIA

A. Cassese, International Criminal Law, Principle of Legality, 3rd edition. http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/international_law/users/vessier9/public/Cassese%20-%20Principle%20of%20legality.pdf, 8 May 2016.

Allen&Overy, The Alien Tort Claim Act, available at <http://www.a4id.org/sites/default/files/user/alien-tort.pdf>, 14 December 2015.

Amnesty International, Annual Report 1973-1974, 13, <<https://www.google.co.th/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0CCUQFjACahUKEwjF2P6K0ILIAhXXc44KHfWjAIQ&url=https%3A%2F%2Fwww.amnesty.org%2Fdownload%2FDocuments%2F204000%2Fpol100011974eng.pdf&usq=AFQjCNEirbth2woM2ovbdcJD0knb98LhfA&bvm=bv.103073922,d.c2E>>, 19 September 2015.

Amnesty International, <https://www.amnesty.org/en/who-we-are/>, 10 December 2015.

Amnesty International, Torture in 2014 30 years of broken promises, http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/act4_0_0_0_4_2_0_1_4_en.pdf, 19 September 2015.

Council of Europe. http://www.coe.int/t/democracy/migration/bodies/echr_en.asp, 10 December 2015.

General Assembly of the United Nations Social, Humanitarian & Cultural – Third Committee. <http://www.un.org/en/ga/third/>, 29 September 2015.

Israeli Supreme Court, Judgment Concerning the Legality of the GSS' Interrogation Methods, (September 6, 1999): 3. <http://www.derechos.org/human-rights/mena/doc/torture.html>, 8 May 2016.

Organization of America States. http://www.oas.org/en/about/who_we_are.asp, 21 September 2015.

Philippine. <http://www.redress.org/downloads/country-reports/Philippines.pdf>, 8 May 2016.

Raquel Martí de Mejía v. Perú, Case 10.970, Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), 1 March 1996, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b71c6.html>, 13 December 2015.

The center for victims of torture. Torture Victims Relief Act. <http://www.cvt.org/what-you-can-do/advocate/torture-victims-relief-act>, 14 December 2015.

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/CATIntro.aspx>, 10 December 2015.

United Nations, Treaty Collection. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en, 14 December 2015.

UN Committee Against Torture (CAT), *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, 24 January 2008, CAT/C/GC/2. <http://www.refworld.org/docid/47ac78ce2.html>, 30 September 2015.

UN 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) . <http://www.refworld.org/docid/3b00f1c030.html>, 8 May 2016.

UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10 March 1992, <http://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>, 20 September 2015.

U.S. Ratification of the Multilateral Treaty Against Torture, <http://dwkcommentaries.com/2011/12/01/u-s-ratification-of-the-multilateral-treaty-against-torture/>, 5 December 2015.

-----, <http://www.redress.org/downloads/country-reports/Philippines.pdf>.

OTHER MATERIALS

Anti-Torture Act of 2009

Concluding Observations on Yemen, (2004), UN doc. CAT/C/CR/31/4

Concluding Observations on Latvia, (2004), UN doc. CAT/C/CR/31/3

Concluding Observations on Bosnia and Herzegovina, (2005), UN doc. CAT/C/BIH/CO/1

Concluding Observations on Spain, (1997), UN doc. A/58/44

Concluding Observations on Argentina, (2004), UN doc. CAT/C/CR/31/1

Concluding Observations on Tunisia, (1999), UN doc. A/54/44

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Criminal Code of Canada

Crime of Torture Act 1989 of New Zealand

Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

Dewulf, Steven. "Torture – In Search of a Definition". International Crimes Database, January 2015.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

French Code of Criminal Procedure

French Code of Criminal Law

Garcia, Michael John. U.N. Convention Against Torture (CAT): Overview and Application to Interrogation Techniques. CRS Report for Congress, January 25, 2008

Human Security Act of 2007

ICTY, Prosecutor v Limaj et al.

Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture

International Covenant on Civil and Political Rights

Interpretation of Torture in the Light of the Practice and Jurisprudence of International Bodies

Rome Statute of the International, Criminal Court Crimes within the jurisdiction of the Court

The American Convention of Human Rights

The Constitution of the Republic of the Philippines, Article III, Bill of Rights

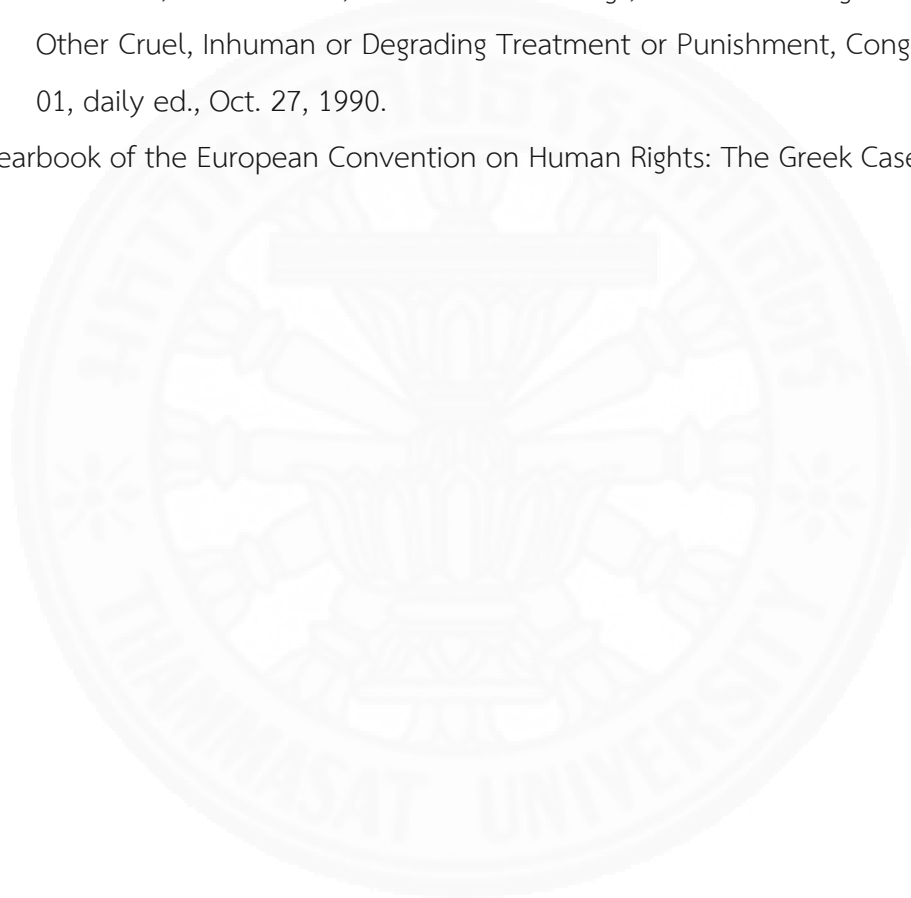
The International Covenant on Civil and Political Rights

The Universal Declaration of Human Rights

UN Doc E/CN.4/2006/6, 23 December 2005

U.S. reservations, declarations, and understandings, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Cong. Rec. S17486-01, daily ed., Oct. 27, 1990.

12 Yearbook of the European Convention on Human Rights: The Greek Case (1969)



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายคนธ์ธร เลิศนภางค์
วันเดือนปีเกิด	16 กันยายน พ.ศ. 2531
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2553

ผลงานทางวิชาการ

คนธ์ธร เลิศนภางค์. “ความหมาย “การทรมาน และการประตบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี”.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

