



## ข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม

โดย

นางสาวจุฑามาศ ตั้งวงศ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

# ข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม

โดย

นางสาวจุฑามาศ ตั้งวงศ์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



# THE LIMITATIONS IN THE SCOPE OF AMNESTY LAW

BY

MISS JUTAMAS TANGWONG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2016

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวจุฑามาศ ตั้งวงศ์

เรื่อง

ข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 20 มกราคม พ.ศ. 2560

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรพจน์ วิสฤตพิชญ์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

  
(รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาศิริรัตน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
(รองศาสตราจารย์ ดร. ณรงค์เดช สรุโฆษิต)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
(อาจารย์ ดร. พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย)

คณบดี

  
(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

|                             |                                                    |
|-----------------------------|----------------------------------------------------|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์           | ข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม              |
| ชื่อผู้เขียน                | นางสาวจุฑามาศ ตั้งวงศ์                             |
| ชื่อปริญญา                  | นิติศาสตรมหาบัณฑิต                                 |
| สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย    | กฎหมายมหาชน<br>นิติศาสตร์<br>มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ | รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์               |
| ปีการศึกษา                  | 2559                                               |

### บทคัดย่อ

การนิรโทษกรรมเป็นเครื่องมือทางกฎหมายซึ่งมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด โดยถือว่าเป็นการลบล้างความผิดที่ผู้กระทำความผิดก่อนที่มีการนิรโทษกรรม ทำให้ไม่มีการดำเนินคดีและลงโทษแก่ผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรม ทั้งนี้ การนิรโทษกรรมได้ปรากฏมาตั้งแต่สมัยกรีกและคงมีอยู่ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม สภาพสังคมและการปกครองตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไปก็ได้มีผลต่อแนวความคิดเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องขอบเขตของการนิรโทษกรรม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการจำกัดขอบเขตในการนิรโทษกรรม เพื่อให้ทราบถึงข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า แต่เดิมการนิรโทษกรรมเป็นเรื่องที่ผู้ปกครองมีอำนาจที่จะไม่เอาผิดแก่ผู้กระทำความผิดด้วยการสั่งให้ลืมการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นมาแล้ว เพื่อรักษาความสงบและสร้างความปรองดองในสังคม การนิรโทษกรรมในสมัยก่อนจึงยังไม่มีข้อจำกัดใด ๆ แต่ผลจากสงครามโลกครั้งที่สองที่มีพลเมืองเสียชีวิตเป็นจำนวนมาก ก่อให้เกิดแนวคิดว่าจะไม่ยอมให้มีการปล่อยตัวผู้ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไปโดยไม่มีการลงโทษ เพราะเห็นว่าการดำเนินคดีอาญาและการลงโทษเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน และป้องกันไม่ให้มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอีกในอนาคต ด้วยเหตุนี้ สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน เป็นต้น ซึ่งเป็นบ่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่ง จึงได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาต้องดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไว้ ส่งผลให้เป็นการจำกัดขอบเขตการนิรโทษกรรม ว่า ไม่สามารถนิรโทษกรรมความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ ประกอบกับ

รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดก็ได้ประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ ทำให้การนิรโทษกรรมไม่ว่าจะทำอย่างไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด แต่จะต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน และสิทธิทางรัฐธรรมนูญด้วย

สำหรับประเทศไทยเป็นภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีต้องดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ส่งผลให้ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีต้องมีความผูกพันตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าว จึงไม่สามารถตรากฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ ดังนั้น หากจะมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมขึ้นบังคับใช้ในประเทศไทย องค์กรที่เกี่ยวข้องในการตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังมีบทบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิตร่างกายไว้ กฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหานิรโทษกรรมแก่เจ้าหน้าที่รัฐในความผิดที่ละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกายของปัจเจกชนจึงขัดกับรัฐธรรมนูญ การที่รัฐโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายนิรโทษกรรมมาไม่เอาผิดแก่เจ้าหน้าที่รัฐ ย่อมทำให้สิทธิในชีวิตร่างกายไม่มีผลบังคับอย่างแท้จริง อีกทั้งการนิรโทษกรรมตนเองก็ไม่เป็นที่ยอมรับเพราะขัดกับหลักที่ว่าผู้กระทำความผิดย่อมไม่อาจเป็นผู้ตัดสินความผิดที่ตนเองได้กระทำลงอีกด้วย วิทยานิพนธ์นี้จึงได้เสนอว่าหากมีการขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านเนื้อหาของกฎหมายนิรโทษกรรม ศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี มาช่วยในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมมีเนื้อหาสิทธิมนุษยชนในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงขัดรัฐธรรมนูญได้ด้วย ซึ่งเป็นการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญไปในทางมุ่งคุ้มครองสิทธิให้มีผลบังคับจริง และให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคี

**คำสำคัญ:** นิรโทษกรรม, ข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรม, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

|                                |                                                |
|--------------------------------|------------------------------------------------|
| Thesis Title                   | THE LIMITATIONS IN THE SCOPE OF AMNESTY<br>LAW |
| Author                         | Miss Jutamas Tangwong                          |
| Degree                         | Master of Laws                                 |
| Major Field/Faculty/University | Public Law<br>Law<br>Thammasat University      |
| Thesis Advisor                 | Associate Professor Worachet Pakeerut, Ph.D.   |
| Academic Years                 | 2016                                           |

### ABSTRACT

Amnesty is a legal mechanism that exempts an offender from any liabilities, inasmuch as it is the elimination of any crimes an offender previously committed. Neither the prosecution nor punishment of the crimes shall be continue or held. The institution of amnesty has established since the ancient Greece and remained in present-day societies. However, political and social dynamics have influenced and reshaped the concept and, particularly, scope of amnesty. This thesis aims to study the limitations of amnesty in order to define the probable scope of the amnesty law in Thailand.

This study found that in the past amnesty was a sovereign act, used by a ruler. The ruler commanded the society to forget and forgive the offenders in order to protect social stability and bring about reconciliation. Thus, there was no limitation on the exercise of granting amnesty. However, a large number of citizens died in the World War II gave rise to the concept of punishing the perpetrators who committed atrocities against the civilian population. By means of prosecution and punishment, it is believe that individual rights will be protected and the future violations of human rights will be suppressed. Therefore, many human rights treaties such as International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

(CAT) and American Convention on Human Rights, one of the sources of international law, impose obligations to the State parties to prosecute perpetrators of serious crimes. This leads to the development of the notion that gross violations of human rights shall not be amnestied and result in the protection of individual fundamental rights prescribed in the Constitution, the supreme law of a state. The value of human rights and constitutional rights henceforth have become the limitations of granting amnesty.

As a party of ICCPR and CAT, which creates an obligation to prosecute perpetrators of gross violations of human rights, Thailand cannot enact the amnesty law for the crimes that could be deemed as gross violations of human rights. Such amnesty law will prevent the perpetrators from being prosecuted and result in a breach of ICCPR and CAT. All legislative authorities, thus, must have regard to these international obligations when enacting amnesty laws. Moreover, since the Constitution guarantees that the right to life and bodily integrity shall be protected, the amnesty laws for state officials violating such rights infringes the Constitution. If the legislative authorities amnesty such actions, the right to life and bodily integrity are never respected. This self-amnesty can be deemed as the violation of the notion that 'no one should be a judge in his own cause'. As a result, this thesis proposes that when the constitutional court is asked to rule on the legality of amnesty laws under the constitution, especially regarding the substances of amnesty laws, the constitutional court should interpret the constitutional provisions in accordance with the provisions of international human rights treaties that Thailand is a state party, such as ICCPR and CAT. Such interpretation of constitutional provisions promotes the rights guaranteed by the constitution and harmonizes with the Thailand's obligation under international human rights treaties.

**Keywords:** amnesty, the limitations in the scope of amnesty, the review of the legality of amnesty laws under the Constitution

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาของบุคคลหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ อีกทั้งยังสละเวลาอันมีค่าของท่านให้คำปรึกษาและคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และพิจารณาตรวจร่างวิทยานิพนธ์ ตลอดจนชี้แนะและให้ข้อคิดเห็นเพิ่มเติมอันเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น และขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ณรงค์เดช สรุโฆสิต และท่านอาจารย์ ดร. พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย ที่ได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และพิจารณาตรวจร่างวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอกราบขอบพระคุณบิดาและมารดาของผู้เขียนที่ให้การสนับสนุนในด้านการศึกษแก่ผู้เขียนอย่างดียิ่งเสมอมา ทุก ๆ ความสำเร็จของผู้เขียนซึ่งรวมถึงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยล้วนเกิดขึ้นได้ด้วยการสนับสนุนและกำลังใจจากบิดาและมารดาของผู้เขียน

ขอบคุณพี่ออฟที่เป็นผู้จุดประกายให้ผู้เขียนเลือกทำวิทยานิพนธ์ในหัวข้อนี้ ตลอดจนให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างมากกับผู้เขียน ขอขอบคุณและแน่วแน่ที่ให้ความช่วยเหลือและให้กำลังใจผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ตลอดมา ขอขอบคุณน้องอาร์มที่ช่วยตอบข้อสงสัยของผู้เขียนเกี่ยวกับขั้นตอนการทำวิทยานิพนธ์ตั้งแต่จดหัวข้อวิทยานิพนธ์จนถึงส่งเล่มวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณน้องเน็กและน้องซซ์สำหรับความช่วยเหลือหลายอย่างตลอดเวลาที่ศึกษาในสาขากฎหมายมหาชนด้วยกัน ขอขอบคุณมัลลค์ที่สละเวลาช่วยแก้ไขบทความย่อภาษาอังกฤษให้ผู้เขียน และขอขอบคุณบุคคลทุกคนที่เป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี ซึ่งไม่อาจกล่าวถึงได้ทั้งหมดในที่นี้

หากวิทยานิพนธ์นี้จะมีคุณประโยชน์ประการใดอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบแต่บิดาและมารดาของผู้เขียน ครูบาอาจารย์ทั้งในอดีตและปัจจุบันที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ผู้เขียน และบุคคลที่ให้ความกรุณาและช่วยเหลือผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทุกท่าน สำหรับข้อผิดพลาดและความไม่สมบูรณ์ใด ๆ ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นางสาวจุฑามาศ ตั้งวงศ์

## สารบัญ

|                                                                | หน้า |
|----------------------------------------------------------------|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย                                                | (1)  |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ                                             | (3)  |
| กิตติกรรมประกาศ                                                | (5)  |
| บทนำ                                                           | 1    |
| บทที่ 1 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการนิรโทษกรรม                   | 4    |
| 1.1 ความหมายของการนิรโทษกรรม                                   | 5    |
| 1.2 ความแตกต่างระหว่างการนิรโทษกรรม การอภัยโทษ และการล้างมลทิน | 7    |
| 1.3 ประเภทของการนิรโทษกรรม                                     | 12   |
| 1.4 วัตถุประสงค์ของการนิรโทษกรรม                               | 14   |
| 1.5 รูปแบบของกฎหมายนิรโทษกรรม                                  | 20   |
| 1.6 เนื้อหาโดยทั่วไปของกฎหมายนิรโทษกรรม                        | 23   |
| 1.6.1 สถานการณ์ที่นำไปสู่การตรากฎหมายนิรโทษกรรม                | 23   |
| 1.6.2 ขอบเขตด้านเวลาในการบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรม             | 24   |
| 1.6.3 ความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรม                            | 24   |
| 1.6.3.1 ความผิดทางการเมือง                                     | 24   |
| 1.6.3.2 ความผิดธรรมดาสามัญ                                     | 27   |
| 1.6.3.3 ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง               | 28   |
| 1.6.4 ผู้ได้รับการนิรโทษกรรม                                   | 29   |
| 1.7 ผลของกฎหมายนิรโทษกรรม                                      | 30   |
| บทที่ 2 การจำกัดขอบเขตในการนิรโทษกรรม                          | 33   |

|         |                                                                |    |
|---------|----------------------------------------------------------------|----|
| 2.1     | ความเป็นมาในการจำกัดขอบเขตการนิรโทษกรรม                        | 34 |
| 2.2     | ข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรม                          |    |
|         | ตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ                          | 39 |
| 2.2.1   | สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ             |    |
|         | การตรากฎหมายนิรโทษกรรม                                         | 41 |
| 2.2.1.1 | อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่น         |    |
|         | ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี                  | 43 |
| 2.2.1.2 | กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง      | 45 |
| 2.2.1.3 | อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน                                   | 48 |
| 2.2.2   | ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง                       | 50 |
| 2.3     | ข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมตามรัฐธรรมนูญ             | 57 |
| 2.3.1   | ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง                       | 61 |
| 2.3.2   | ความผิดอื่น ๆ                                                  | 62 |
| 2.4     | การนิรโทษกรรมตนเอง                                             | 64 |
| 2.5     | ผลของการละเมิดข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม            | 67 |
| 2.5.1   | ศาลภายในประเทศวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญ         | 67 |
| 2.5.2   | ศาลระหว่างประเทศวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดสนธิสัญญา        |    |
|         | สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ                                      | 76 |
| บทที่ 3 | กฎหมายนิรโทษกรรมและผลของกฎหมายนิรโทษกรรมในระบบกฎหมายต่างประเทศ | 77 |
| 3.1     | ประเทศอาร์เจนตินา                                              | 77 |
| 3.1.1   | ที่มาของกฎหมายนิรโทษกรรม                                       | 77 |
| 3.1.2   | ผลของกฎหมายนิรโทษกรรม                                          | 79 |
| 3.2     | ประเทศเปรู                                                     | 83 |
| 3.2.1   | ที่มาของกฎหมายนิรโทษกรรม                                       | 83 |
| 3.2.2   | ผลของกฎหมายนิรโทษกรรม                                          | 84 |
| 3.3     | ประเทศชิลี                                                     | 88 |
| 3.3.1   | ที่มาของกฎหมายนิรโทษกรรม                                       | 88 |
| 3.3.2   | ผลของกฎหมายนิรโทษกรรม                                          | 89 |

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.4 ประเทศตุรกี                                                        | 96  |
| 3.4.1 ที่มาของกฎหมายนิรโทษกรรม                                         | 96  |
| 3.4.2 ผลของกฎหมายนิรโทษกรรม                                            | 96  |
| บทที่ 4 กฎหมายนิรโทษกรรมและผลของกฎหมายนิรโทษกรรมในระบบกฎหมายไทย        | 98  |
| 4.1 การใช้กฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทย                                  | 99  |
| 4.1.1 กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีที่มีการรัฐประหาร                          | 99  |
| 4.1.2 กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีที่มีการชุมนุมทางการเมือง                  | 104 |
| 4.1.3 กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีอื่น ๆ                                     | 105 |
| 4.2 วิเคราะห์เกี่ยวกับข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทย | 106 |
| 4.2.1 ปัญหาข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรม                       | 106 |
| 4.2.1.1 ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง                       | 108 |
| 4.2.1.2 ความผิดธรรมดาสามัญ                                             | 112 |
| 4.2.1.3 การนิรโทษกรรมตนเอง                                             | 113 |
| 4.2.2 ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรม          | 115 |
| 4.2.2.1 การเริ่มมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ                |     |
| กรณีกฎหมายนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญ                                      | 115 |
| 4.2.2.2 คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับพระราชกำหนด          |     |
| นิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่าง               |     |
| วันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535             |     |
| พ.ศ. 2535                                                              | 119 |
| 4.2.2.3 การปรับใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเพื่อตีความ        |     |
| รัฐธรรมนูญ                                                             | 130 |
| บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ                                            | 137 |
| รายการอ้างอิง                                                          | 141 |
| ภาคผนวก                                                                |     |

|                                                                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ภาคผนวก ก พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน<br>ซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวกับการเดินขบวนเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม<br>พ.ศ. 2516 พ.ศ. 2516 | 148 |
| ภาคผนวก ข พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุม<br>ในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในระหว่างวันที่ 4 ถึงวันที่ 6 ตุลาคม 2519<br>พ.ศ. 2521 | 152 |
| ภาคผนวก ค พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน<br>ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม<br>พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535   | 156 |
| ภาคผนวก ง คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2535                                                                                                     | 159 |
| ภาคผนวก จ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2/2535                                                                                                     | 165 |
| ภาคผนวก ฉ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3/2535                                                                                                     | 175 |
| ภาคผนวก ช คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2015 – 2016/2542                                                                                                            | 179 |
| ภาคผนวก ซ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555                                                                                                           | 182 |

## บทนำ

การนิรโทษกรรมซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่มีผลให้ผู้กระทำความผิดถือว่าไม่มี ความผิดและไม่ถูกดำเนินคดีในความผิดที่กำหนดไว้ ปรากฏมาตั้งแต่สมัยนครรัฐ คือ สมัยกรีก และ ยังคงปรากฏในสังคมตลอดมาจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ หากพิจารณาการมีชีวิตอยู่ร่วมกันของมนุษย์ ในประวัติศาสตร์แล้ว เดิมมนุษย์ไม่ได้อยู่ร่วมกันในรัฐในลักษณะที่เราอยู่ร่วมกันในปัจจุบันแต่อย่างใด แรกเริ่มมนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นชุมชนเล็ก ๆ จนพัฒนามาเป็นนครรัฐหรือรัฐสมัยโบราณ และค่อย ๆ พัฒนาเป็นรัฐสมัยใหม่ที่ผู้ปกครองมีอำนาจเด็ดขาดหรือรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนมาเป็นรัฐที่ ผู้ปกครองมีอำนาจจำกัด<sup>1</sup> ซึ่งรัฐแต่ละรัฐก็ย่อมมีการติดต่อปฏิสัมพันธ์กับรัฐอื่น ทำให้เกิดเป็น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐขึ้น โดยพัฒนาการของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมดังกล่าวก็ได้ส่งผลต่อ แนวความคิดเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมด้วย

แต่เดิมในสมัยที่ผู้ปกครองมีอำนาจเด็ดขาด การนิรโทษกรรมจะถูกใช้โดยกษัตริย์ ให้แก่ประชาชนผู้ละเมิดกฎหมายของกษัตริย์ (monarch's law) เพื่อแสดงถึงการให้อภัยหรือ การให้ความกรุณาของกษัตริย์ต่อประชาชนผู้กระทำความผิด<sup>2</sup> ดังนั้น ในสมัยที่มีการปกครองโดยผู้ปกครอง มีอำนาจเด็ดขาด การนิรโทษกรรมจึงเป็นเรื่องการแสดงออกในการใช้อำนาจของผู้ปกครองโดยไม่มี ข้อจำกัดทางกฎหมาย เพราะเป็นเรื่องทางการเมืองที่ผู้ปกครองจะตัดสินใจใช้เพื่อสร้างความมั่นคง และสนับสนุนอำนาจรัฐ เช่น อ้างว่าเป็นไปเพื่อความปรองดองหรือความสงบสุขของคนในสังคม จึงจำเป็นต้องมีการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ามีการนิรโทษกรรมให้แก่ ผู้กระทำความผิดที่กระทำโหดร้ายทารุณในการละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกายของบุคคลในช่วงสงครามโลก ครั้งที่หนึ่ง ซึ่งการนิรโทษกรรมครั้งนั้นได้รับการสนับสนุนว่ามีส่วนจูงใจให้ฮิตเลอร์กล้าดำเนินนโยบาย ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์<sup>3</sup> จนนำมาสู่ความสูญเสียชีวิตของพลเมืองเป็นจำนวนมากในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 27.

<sup>2</sup> Louise Malinder and Kieran McEvoy, “Rethinking amnesties : atrocity, accountability and impunity in post-conflict societies,” Contemporary Social Science, p. 112 (February 2011).

<sup>3</sup> Michael P. Scharf, “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court,” Cornell International Law Journal 32, p. 514 (1999).

นอกจากนี้ การนิโทษกรรมยังมักถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือสร้างความชอบธรรมให้คณะรัฐประหาร ในหลายประเทศอีกด้วย โดยเห็นได้จากเมื่อมีการรัฐประหารเกิดขึ้น คณะรัฐประหารก็จะมี การนิโทษกรรมตนเองตามมาภายหลังเสมอ เพื่อคุ้มกันไม่ให้ตนเองและพวกถูกดำเนินคดี ฉะนั้น ในสังคมที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย จึงจำเป็นที่จะต้องมีการจำกัดขอบเขตของ การนิโทษกรรม เพื่อไม่ให้มีการนิโทษกรรมอย่างใดก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด เพราะหากยอมให้มีการ นิโทษกรรมได้ในทุกกรณีและในทุกฐานความผิด อาจจะนำมาซึ่งการก่อความรุนแรงซ้ำในอนาคต อีกได้ เนื่องจากผู้กระทำผิดคิดว่าสามารถใช้การนิโทษกรรมเป็นเครื่องมือคุ้มกันให้ตนไม่มีความผิด และไม่ถูกดำเนินคดีได้ จึงไม่เกรงกลัวที่จะกระทำความผิดซ้ำอีก จึงอาจกล่าวได้ว่าการจำกัดขอบเขต ในการนิโทษกรรมจะช่วยป้องกันการกระทำความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงซ้ำอีกใน อนาคต และยังเป็นวิธีการช่วยคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนได้ทางหนึ่ง

ทั้งนี้ ในปัจจุบันมีสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาต่อต้าน การทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : CAT) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) อนุสัญญาสิทธิมนุษยชน อเมริกัน (American Convention on Human Rights) ได้มีข้อกำหนดอันถือเป็นข้อจำกัด ในการนิโทษกรรมไว้ คือ กำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีต้องดำเนินคดีกับผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชน อย่างร้ายแรง ซึ่งทำให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่อาจตรากฎหมายนิโทษกรรมในความผิด ที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ ดังนั้น การตรากฎหมายนิโทษกรรมขึ้นใช้บังคับ ภายในรัฐใดรัฐหนึ่งจะต้องคำนึงถึงข้อจำกัดตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเหล่านี้ด้วย เพราะรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญามีความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศในการปฏิบัติตามพันธกรณี ของสนธิสัญญา ประกอบกับรัฐธรรมนูญของบางประเทศก็ได้มีบทบัญญัติกำหนดไม่ให้ มีการนิโทษกรรมความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น การทรมาน การทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ ไว้ อันถือเป็นข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิโทษกรรม ตามรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งที่จะต้องคำนึงถึงเมื่อจะมีการตรากฎหมายนิโทษกรรมด้วยเช่นกัน

สำหรับประเทศไทย มีการใช้กฎหมายนิโทษกรรมมาหลายครั้ง ซึ่งก็มีกรณีที่เกี่ยวข้อง กับเหตุการณ์ที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงด้วย ทั้งนี้ มีผู้กล่าวว่าลักษณะหนึ่งของ ความยุติธรรมแบบไทย ๆ คือ การที่ฝ่ายรัฐนิโทษกรรมให้กับการใช้ความรุนแรงของตนเอง ทำให้ไม่มีการดำเนินกระบวนการยุติธรรมกับใคร ที่แล้วก็แล้วกันไป โดยรัฐและสังคมโดยรวมก็ไม่ทำอะไรเลย ไม่แสวงหาความจริง ไม่แสวงหาความยุติธรรม มีแต่เรียกร้องให้เหยื่อและครอบครัวให้อภัยกับ

ผู้กระทำผิด แต่ไม่ดำเนินกระบวนการยุติธรรมและนำตัวคนผิดมาลงโทษ<sup>4</sup> ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดคำถามว่า ในประเทศไทยจะมีข้อจำกัดใดบ้างในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม ที่จะไม่ทำให้การนิรโทษกรรม กลายเป็นเครื่องมือในการไม่เอาผิดแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ฝ่ายเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งตามหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แต่กลับเป็นผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชน เสียเอง

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจะศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิดทั่วไปของการนิรโทษกรรม และพัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรมตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพื่อให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงของแนวความคิดที่มีต่อกฎหมายนิรโทษกรรมในสมัยก่อนกับสมัยใหม่ และเพื่อให้มีความเข้าใจเกี่ยวกับข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม จึงศึกษาสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่กำหนดเกี่ยวกับข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมไว้ โดยนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษามาสรุปและวิเคราะห์เพื่อให้ทราบว่าการตรา กฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทยจะมีข้อจำกัดใดบ้าง ซึ่งฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการตรา กฎหมายนิรโทษกรรมจะต้องคำนึงถึงเมื่อจะมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรม รวมทั้งศึกษากรณีตัวอย่าง กฎหมายนิรโทษกรรมในต่างประเทศที่องค์กรตุลาการในต่างประเทศวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญและขัด สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ตลอดจนตัวอย่างการยกเลิกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ กำหนดเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมไว้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษา มาสรุปและวิเคราะห์เพื่อให้ทราบแนวทางการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรม ตลอดจน การปรับใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศในการวินิจฉัยคดีขององค์กรตุลาการในต่างประเทศ ซึ่งสามารถเป็นตัวอย่างสำหรับการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทยต่อไปได้

---

<sup>4</sup> ประจักษ์ ก้องกีรติ, ประชาธิปไตยในยุคเปลี่ยนผ่าน, (นนทบุรี : สำนักพิมพ์ ฟาเดียกัน, 2558), น. 335.

## บทที่ 1

### ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการนิรโทษกรรม

การนิรโทษกรรมได้ปรากฏมาตั้งแต่ในสมัยกรีก เมื่อ 404 ปีก่อนคริสตกาล ครั้นสิ้นสุด สงคราม Peloponnesian ปรากฏว่าสปาร์ตาเป็นฝ่ายชนะเอเธนส์ และได้จัดตั้งการปกครอง แบบคณะธิปไตยชั่วคราวขึ้นในเอเธนส์ ซึ่งมีการปกครองแบบกดขี่และโหดเหี้ยม โดยภายในแปดเดือน มีคนถูกประหารชีวิตถึง 1,500 คน และถูกเนรเทศอีก 5,000 คน ทำให้คณะผู้ปกครองดังกล่าวที่ มีด้วยกันทั้งหมดสามสิบคนได้ชื่อว่า Thirty Tyrants ต่อมา Thrasybulus ซึ่งเป็นทหารของเอเธนส์ได้ ทำการปฏิวัติและขับไล่คณะผู้ปกครองเหล่านั้นออกไป หลังจากการปฏิวัติ Thrasybulus ก็ได้เสนอ กฎหมายนิรโทษกรรมขึ้น โดยกฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวได้มีบทบัญญัติห้ามกล่าวหาหรือลงโทษ พลเมืองชาวเอเธนส์สำหรับความผิดที่ร่วมมือกับคณะผู้ปกครองนั้น หากความผิดนั้นได้ก่อขึ้นก่อนที่จะ มีการขับไล่คณะผู้ปกครองเหล่านั้นออกไป ทั้งนี้ พลเมืองชาวเอเธนส์ยังต้องสาบานว่าจะปฏิบัติตาม กฎหมายนิรโทษกรรมอย่างเคร่งครัด แต่อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าก็มีผู้ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย นิรโทษกรรมดังกล่าว ซึ่งในเวลาต่อมาก็ได้ถูกประหารชีวิต การบังคับให้พลเมืองปฏิบัติตามกฎหมาย นิรโทษกรรมอย่างเคร่งครัดนั้นเป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะลบล้างความขัดแย้งของพลเมือง จากความทรงจำด้วยการกำหนดกฎหมายที่ให้ลืมการกระทำผิดในอดีต<sup>1</sup> ในสมัยโรมันก็มี หลักกฎหมายโรมันที่รู้จักกันว่า *restitutio in integrum* ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจาก ทางปฏิบัติจนกลายเป็นจารีตประเพณีอันมีผลเป็นการนิรโทษกรรมภายหลังที่มีการพยายามล้มล้าง อำนาจทางการเมือง ในสมัยต่อมานั้น การนิรโทษกรรมมักจะถูกนำมาใช้ภายหลังการต่อสู้ ทางการเมือง อย่างเช่น ในประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสก็มีการนิรโทษกรรมภายหลัง การต่อสู้ทางการเมืองในอดีต จนกระทั่งสมัยช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง การนิรโทษกรรมก็ยัง ปรากฏอยู่ โดยมีการนิรโทษกรรมให้แก่นักโทษทางการเมืองในหลายประเทศ เช่น อาร์เจนตินา บราซิล แคนาดา และบางพื้นที่ในอเมริกา เช่นเดียวกับในบัลแกเรีย กรีซ อินเดีย อิตาลี สหภาพ โซเวียต ยูโกสลาเวีย และประเทศอื่น ๆ ในยุโรป<sup>2</sup> ทำให้เห็นได้ว่าการนิรโทษกรรมยังคงเป็นเครื่องมือ ทางกฎหมายที่ยังคงใช้ตลอดมาในทุกยุคทุกสมัยของสังคม ทั้งนี้ ความแตกต่างของช่วงเวลา

<sup>1</sup> Faustin Z. Ntoubandi, Amnesty for Crimes against Humanity under International Law, (Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007), pp. 15 - 16.

<sup>2</sup> See Harrop A. Freeman, "An Historical Justification and Legal Basis for Amnesty Today," Law and the Social Order, pp. 518 - 519 (1971).

สภาพสังคม และวัฒนธรรมนั้น ก็มีผลทำให้ลักษณะของกฎหมายนิรโทษกรรมในแต่ละช่วงเวลา แต่ละสภาพสังคม แต่ละวัฒนธรรมก็มีความแตกต่างกันไปด้วย<sup>3</sup>

### 1.1 ความหมายของการนิรโทษกรรม

การนิรโทษกรรม (amnesty) เป็นแนวความคิดทางกฎหมายมหาชน มีรากศัพท์มาจากภาษากรีกในคำว่า amnestia หรือ amnesia หมายถึง การลืม<sup>4</sup> ความหมายของนิรโทษกรรมนี้มีอธิบายไว้หลายแห่ง สำหรับในต่างประเทศมีการอธิบายความหมายของการนิรโทษกรรมไว้ เช่น

The Black's Law Dictionary ให้ความหมายของนิรโทษกรรม (amnesty) ว่าเป็นการอภัยโทษโดยรัฐบาลแก่กลุ่มบุคคลผู้กระทำความผิด ซึ่งโดยส่วนมากจะเป็นกรณีความผิดทางการเมือง หรือ เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในการให้อภัยกลุ่มบุคคลที่กำลังถูกดำเนินคดีแต่ยังไม่มี การตัดสินความผิด โดยจะนิรโทษกรรมผู้กระทำความผิดเป็นกลุ่มซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็นการอภัยโทษทั่วไป (general pardon)<sup>5</sup>

สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights) อธิบายความหมายของนิรโทษกรรมไว้ว่า เป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีผลดังนี้ ประการแรกคือห้ามฟ้องคดีอาญาในภายหลัง และบางกรณีรวมถึงคดีแพ่งด้วย ต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่กระทำความผิดอาญาตามที่ระบุไว้ก่อนมีการบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรม และประการต่อมาคือลบล้างความรับผิดชอบทางกฎหมายย้อนหลังสำหรับความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด โดยการนิรโทษกรรมจะไม่คุ้มครองความรับผิดชอบทางกฎหมายสำหรับการกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้น<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Ronald C. Slye, "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law : Is a Legitimate Amnesty Possible?," Virginia Journal of International Law 43, p. 174 (2002).

<sup>4</sup> Harrop A. Freeman, *supra* note 2, p. 517.

<sup>5</sup> Bryan A. Garner, ed., Black's Law Dictionary, 9th ed. (USA : Thomson Reuters, 2009), p. 99.

<sup>6</sup> United Nations, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States Amnesties," Accessed March 10, 2015, [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_en.pdf).

สำหรับประเทศไทยก็มีการอธิบายความหมายของการนิรโทษกรรมไว้ เช่น

พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมาย นิรโทษกรรม ว่า “ในทางแพ่ง หมายถึง การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นซึ่งกฎหมายบัญญัติว่า ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่น การกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 449) (ภาษาอังกฤษ justifiable act) ในทางอาญา ดูกฎหมายนิรโทษกรรม”<sup>7</sup> ซึ่ง คำว่า กฎหมายนิรโทษกรรม หมายถึง “กฎหมายที่บัญญัติให้ผู้กระทำการใดที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดพ้นจากความผิดและความรับผิดชอบ”<sup>8</sup> จากความหมายดังกล่าว ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งศึกษาเฉพาะแต่กรณีของกฎหมายนิรโทษกรรมเท่านั้น ส่วนการนิรโทษกรรมในทางแพ่ง (justifiable act) ไม่ได้อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย อธิบายว่า การนิรโทษกรรมเป็นการลืมน คือ ลืมว่าได้มีการกระทำความผิด ฉะนั้นจึงมีผลย้อนหลังโดยถือว่าไม่ได้กระทำความผิดเลย แต่การพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิดหมายความว่าเฉพาะตัวบุคคลผู้กระทำความผิดเป็นคน ๆ ไป และมีผลเฉพาะในเวลาเท่านั้น<sup>9</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ อธิบายว่า การนิรโทษกรรมเป็นมาตรการทั่วไปทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่มุ่งหมายให้ประชาชนลืมการกระทำผิดที่ผ่านมาแล้ว โดยมีวัตถุประสงค์ไม่เอาโทษการกระทำบางฐานที่เป็นความผิดตามกฎหมายเฉพาะในเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเป็นการยกโทษให้ทั้งหมด ถือเสมือนหนึ่งว่ามีได้เคยต้องโทษนั้นมาแล้ว และถือว่าไม่เป็นการผิดกฎหมาย<sup>10</sup>

<sup>7</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), น. 301.

<sup>8</sup> เพิ่งอ้าง, น. 5.

<sup>9</sup> หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (นครหลวงฯ : มงคลการพิมพ์, 2515) : น. 24, อ้างถึงใน สุรพล คงลาภ, “นิรโทษกรรม : ศึกษาเงื่อนไขและผลทางกฎหมาย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 13.

<sup>10</sup> กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมาย, “หลักนิติรัฐกับการตรากฎหมายนิรโทษกรรม,” บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการของ รศ. ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, จุลนิติ, น. 5 - 6 (พฤศจิกายน - ธันวาคม 2552).

## 1.2 ความแตกต่างระหว่างการนิโทษกรรม การอภัยโทษ และการล้างมลทิน

เนื่องด้วยการนิโทษกรรมมีที่มาจาก การให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิดโดยกษัตริย์ ในสมัยโบราณ ดังนั้นการศึกษาความหมายของการนิโทษกรรมจึงจำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบกับ การให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิดรูปแบบอื่นด้วย<sup>11</sup> สำหรับรูปแบบการให้ความกรุณาแก่ ผู้กระทำความผิดที่มีความสัมพันธ์และลักษณะใกล้เคียงกับการนิโทษกรรมคือการอภัยโทษ (pardon) และการล้างมลทิน ฉะนั้น การศึกษาความหมายของการนิโทษกรรมในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงจะศึกษาเปรียบเทียบกับ การอภัยโทษ และการล้างมลทิน เพื่อให้เข้าใจความหมายของ การนิโทษกรรม และสามารถแบ่งแยกได้ว่าการกระทำลักษณะใดเป็นการนิโทษกรรม

ในบางประเทศโดยเฉพาะประเทศอังกฤษนั้นการนิโทษกรรมกับการอภัยโทษไม่ได้ แบ่งแยกจากกันอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นการอภัยโทษ การลดโทษ หรือการนิโทษกรรม ล้วนออกมา ในนามกษัตริย์ทั้งสิ้น โดยจะไม่สนใจว่าการกระทำในนามกษัตริย์ในกรณีเหล่านี้เป็นการใช้อำนาจผ่าน ทางฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ซึ่งความไม่ชัดเจนในการแบ่งแยกการนิโทษกรรมกับการอภัยโทษนี้ก็มี อิทธิพลถึงการนิโทษกรรมในประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมายแองโกลอเมริกันด้วย<sup>12</sup> โดยถือว่า

---

<sup>11</sup> ในปัจจุบันการให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิดยังมีวิธีการอื่นอีกหลายวิธี เช่น การให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาในการลงโทษ (the discretion of the sentencing judge) การคุมประพฤติ (parole) และการออกกฎหมายเพื่อลดโทษสำหรับนักโทษที่ประพฤติดี (good time laws) การรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ในกรณีที่มีความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรม การขจัด รอยตราของความผิด (criminal stigma) โดยการเปิดเผยประวัติอาชญากรรมในกรณีจำกัด หรือ โดยการคัดออกจากประวัติอาชญากรรม ซึ่งเรียกว่า การล้างมลทิน (purging) (เพ็งอ้วง, น. 5 - 6.)

<sup>12</sup> Harrop A. Freeman, *supra* note 2, p. 519. สำหรับประเทศที่การนิโทษกรรม กับ การอภัยโทษแบ่งแยกกันไม่ชัดเจนนั้น ความแตกต่างของการนิโทษกรรมกับการอภัยโทษจะ พิจารณาในแง่การกระทำแก่ผู้กระทำความผิด คือ หากกระทำแก่ผู้กระทำความผิดเป็นกลุ่มจะเป็น การนิโทษกรรม แต่ถ้ากระทำแก่ผู้กระทำความผิดเป็นราย ๆ ไปจะเป็นการอภัยโทษ โดยจะไม่พิจารณาใน แ่งขององค์กรผู้มีอำนาจในการนิโทษกรรมหรืออภัยโทษ อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดีมีอำนาจทั้งอภัยโทษและนิโทษกรรม นอกจากนี้สภาครองเกรสก็มีความอำนาจนิโทษกรรม ได้ด้วย (ดูรายละเอียดใน สุรพล คงลาภ, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 25 - 26, 42 - 46.)

การอภัยโทษทั่วไปซึ่งเป็นการอภัยโทษแก่ผู้กระทำผิดเป็นกลุ่มคือการนิรโทษกรรม นอกจากนี้ยังมีผู้เห็นว่าการอภัยโทษแก่บุคคลเป็นกลุ่มหรือเป็นหมู่คณะเป็นต้นเค้าที่แท้จริงของการนิรโทษกรรมสมัยใหม่<sup>13</sup>

นอกจากนี้สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights) ยังได้อธิบายว่าการนิรโทษกรรมมีความแตกต่างจากการอภัยโทษ คือ การอภัยโทษเป็นการยกเว้นการลงโทษทั้งหมดหรือบางส่วนสำหรับความผิดอาญาที่ได้รับการตัดสินแล้ว โดยไม่มีการลบล้างคำตัดสินที่ตัดสินไปแล้วว่ามีความผิด แต่ในทางปฏิบัติก็อาจจะมีบางรัฐที่ใช้การอภัยโทษหรือการให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำผิดอื่น ๆ ในความหมายอย่างกว้างซึ่งหมายถึงกฎหมายนิรโทษกรรมด้วย<sup>14</sup> จากการอธิบายนี้ได้แสดงให้เห็นถึงข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างการนิรโทษกรรมและการอภัยโทษ คือ การนิรโทษกรรมจะมีผลลบล้างความผิด แต่การอภัยโทษไม่ได้ลบล้างความผิดที่มีการตัดสินแล้ว เพียงแต่ยกเว้นการลงโทษเท่านั้น

เนื่องจากการให้นิยามของคำว่านิรโทษกรรม และองค์กรผู้ใช้อำนาจนิรโทษกรรมในระบบกฎหมายแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน บางประเทศก็มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนว่าให้อำนาจในการนิรโทษกรรมและอำนาจในการอภัยโทษเป็นขององค์กรใด แต่กรณีของประเทศที่มีแนวความคิดในการแบ่งแยกการนิรโทษกรรมกับการอภัยโทษออกจากกัน แต่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เฉพาะอำนาจในการนิรโทษกรรม หรืออภัยโทษเพียงอย่างเดียวอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่อีกอย่างหนึ่งไม่ได้บัญญัติไว้ อาจทำให้เกิดข้อถกเถียงได้ว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจในการนิรโทษกรรม และองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจในการอภัยโทษ จึงต้องศึกษาจากทางปฏิบัติของประเทศเหล่านั้น เช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้เฉพาะเรื่องอำนาจในการอภัยโทษ คือ มาตรา 60 วรรคสอง กำหนดว่า การอภัยโทษเป็นอำนาจของประธานาธิบดี ซึ่งจะอภัยโทษเป็นรายกรณีเท่านั้น โดยประธานาธิบดีจะมีอำนาจอภัยโทษสำหรับความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (Bundesgerichtshof)<sup>15</sup> ส่วนอำนาจในการอภัยโทษในความผิดอื่นที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจ

<sup>13</sup> United Nations, “Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights,” p. 5, อ้างถึงใน สุรพล คงลาภ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 25.

<sup>14</sup> United Nations, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *supra* note 6.

<sup>15</sup> Martin Kellner, “Tax Amnesty 2004/2005 – An Appropriate Revenue Tool?,” *German Law Journal*, p. 340 (2004).

ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรี (Ministerpräsidenten)<sup>16</sup> โดยการอภัยโทษ จะเป็นการยกเลิกโทษทั้งหมดหรือบางส่วน หรือแก้ไขโทษ หรือชะลอการบังคับตามคำพิพากษาไว้ แต่รัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการนิรโทษกรรมไว้ แต่อย่างใด อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติอำนาจในการนิรโทษกรรมในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นั้นเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และจะต้องนิรโทษกรรมเป็นการทั่วไปโดยไม่สามารถคาดหมาย จำนวนผู้ได้รับการนิรโทษกรรมได้<sup>17</sup>

สำหรับประเทศไทย พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายคำว่า อภัยโทษ หมายถึง “การยกโทษ เปลี่ยนโทษหนักเป็นเบา หรือลดโทษให้”<sup>18</sup> เมื่อพิจารณาการอธิบายของราชบัณฑิตยสถานจะพบว่าในส่วนของความหมายของกฎหมาย นิรโทษกรรมจะอธิบายเน้นไปที่ความผิดเป็นสำคัญ แต่ในส่วนการอธิบายคำว่าอภัยโทษจะเน้นที่โทษ ซึ่งทำให้เห็นความแตกต่างของการนิรโทษกรรมกับการอภัยโทษ คือ การนิรโทษกรรมทำให้ ผู้กระทำผิดไม่มีความผิด ซึ่งเมื่อไม่มีความผิดก็มิส่งผลให้ไม่ต้องถูกลงโทษด้วย<sup>19</sup> แต่การอภัยโทษนั้น ผู้กระทำผิดยังคงมีความผิดอยู่ เพียงแต่ได้รับการยกเว้นโทษหรือลดโทษให้เท่านั้น นอกจากนี้ กรณีของการนิรโทษกรรม ราชบัณฑิตยสถานใช้คำว่า กฎหมายนิรโทษกรรม และอธิบายว่าหมายถึง “กฎหมายที่บัญญัติ...” ส่วนกรณีของอภัยโทษไม่ได้ใช้คำว่ากฎหมายในการอธิบาย ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่า การนิรโทษกรรมในประเทศไทยนั้นกระทำโดยการตราเป็นกฎหมาย

ทั้งนี้ ในสมัยที่ยังปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การให้ความกรุณา แก่ผู้กระทำผิดทุกรูปแบบล้วนเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ จึงยังไม่มีการแบ่งแยกระหว่างการ นิรโทษกรรมกับการอภัยโทษ แต่หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยก็ได้มีการประกาศใช้กฎหมายนิรโทษกรรมมาแล้วหลายครั้ง

<sup>16</sup> Roman Herzog, *In Grundgesetz*, Feb., 2003, Article 60 note 33 (Theodor Maunz & Günter Dürig eds.), quoted in *ibid*, p. 340 (2004).

<sup>17</sup> BVerfGE 2, 213 (219), Roman Herzog, *In Grundgesetz*, Feb., 2003, Article 60 note 32 (Theodor Maunz & Günter Dürig eds.), quoted in Martin Kellner, *supra* note 15, p. 341.

<sup>18</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, *อ่างแล้ว เจริญรทที่ 7*, น. 596.

<sup>19</sup> กฎหมายนิรโทษกรรมอาจมีลักษณะเป็นกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษก็ได้ แต่ต้องเป็นกฎหมายที่ออกมาภายหลังการกระทำความผิด และมีผลย้อนหลังถึงการกระทำผิด เพื่อให้ ลืมการกระทำผิดนั้น (ดู สุรพล คงลาภ, *อ่างแล้ว เจริญรทที่ 9*, น. 22 - 23.)

จึงแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยเริ่มมีการแบ่งแยกระหว่างการนิรโทษกรรมกับการอภัยโทษตั้งแต่มีรัฐธรรมนูญ<sup>20</sup> โดยอำนาจในการอภัยโทษเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตลอดมาว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ ประกอบกับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 259 บัญญัติว่า “ผู้ต้องคำพิพากษาให้รับโทษอย่างใด ๆ หรือผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง เมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ถ้าจะทูลเกล้าฯ ถวายเรื่องราวต่อพระมหากษัตริย์ขอรับพระราชทานอภัยโทษ จะยื่นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็ได้” และมาตรา 261 ทวิ บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นเป็นการสมควรจะถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ขอให้พระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ต้องโทษก็ได้ การพระราชทานอภัยโทษตามวรรคหนึ่งให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา” แสดงว่าการอภัยโทษจะกระทำได้อีกเมื่อมีคำพิพากษาและคดีถึงที่สุดแล้ว ซึ่งมีผลเป็นการลดโทษหรือยกเว้นโทษโดยไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิด แต่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยยังไม่เคยมีการบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจในการนิรโทษกรรมไว้โดยตรง อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันว่าอำนาจนิรโทษกรรมเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงต้องกระทำในรูปพระราชบัญญัติ<sup>21</sup> และในทางปฏิบัติ การนิรโทษกรรมที่ผ่านมาในประเทศไทยส่วนใหญ่ก็กระทำในรูปพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมตลอดมา<sup>22</sup> ซึ่งการนิรโทษกรรมจะมีผลให้ผู้กระทำผิดพ้นจากความผิด โดยไม่คำนึงว่า จะต้องมีความผิดแล้วหรือไม่ แม้จะยังไม่มีการฟ้องร้องเกิดขึ้นก็นิรโทษกรรมได้

---

<sup>20</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น. 214.

<sup>21</sup> เพิ่งอ้าง, น. 211.

<sup>22</sup> การตราพระราชกำหนดถือเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติเช่นกัน แต่เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในกรณียกเว้น เพราะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น อำนาจในการตรากฎหมายเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ แต่รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้องค์กรฝ่ายบริหารตรากฎหมายที่มีค่าบังคับเท่ากฎหมายที่ตราโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ สำหรับประเทศไทยเคยมีการนิรโทษกรรมโดยการตราเป็นพระราชกำหนด 4 ครั้ง ได้แก่

พระราชกำหนดนิรโทษกรรมในคราวเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2475

พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดฐานกบฏและจลาจล พุทธศักราช 2488

พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้ก่อความไม่สงบเพื่อยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน ระหว่างวันที่ 31 มีนาคม ถึงวันที่ 3 เมษายน พ.ศ. 2524 พ.ศ. 2524

ส่วนกรณีของการล้างมลทินนั้น พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมาย ล้างมลทิน ว่า “การล้างความมัวหมองให้แก่ผู้ถูกลงโทษทั้งในทางอาญาและทางวินัย ซึ่งได้พ้นโทษแล้ว โดยปกติการล้างมลทินจะล้างให้เฉพาะโทษที่ได้รับ โดยไม่ได้ล้างความผิดที่กระทำ การล้างมลทินต้องตราเป็นกฎหมาย”<sup>23</sup> กฎหมายล้างมลทินในประเทศไทยมักจะตราขึ้นในโอกาสสำคัญของประเทศ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า การล้างมลทินนั้นต้องตราเป็นกฎหมายซึ่งกระทำได้อเฉพาะคดีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ และมีการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นแล้ว โดยการล้างมลทินจะมีผลไปลบล้างโทษให้กับผู้ที่เคยได้รับโทษโดยถือว่าผู้นั้นไม่เคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษมาก่อน การล้างมลทินจึงเป็นการลบล้างเฉพาะโทษ ไม่ได้เป็นการลบล้างความผิดซึ่งจะแตกต่างกับการนิรโทษกรรมที่เป็นการลบล้างความผิด

จากที่กล่าวมาสามารถสรุปความแตกต่างระหว่างการนิรโทษกรรม การอภัยโทษ และการล้างมลทินได้ดังต่อไปนี้

1. ในด้านองค์กรใช้อำนาจ ต้องพิจารณาก่อนว่ารัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าให้องค์กรใดเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจในการนิรโทษกรรมหรืออภัยโทษหรือไม่ ถ้ากำหนดไว้ชัดเจนก็เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ แต่ถ้ารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนก็ต้องมาพิจารณาทางปฏิบัติของแต่ละประเทศว่าให้องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วประเทศที่มีการแบ่งแยกการนิรโทษกรรมกับการอภัยโทษออกจากกันชัดเจน การนิรโทษกรรมจะเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนการอภัยโทษจะเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารหรือประมุขของรัฐ สำหรับในกรณีของการล้างมลทินนั้นจะเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเช่นเดียวกับการนิรโทษกรรม

2. ในด้านเวลาการบังคับใช้ การนิรโทษกรรมจะกระทำได้ทั้งก่อนและหลังมีคำพิพากษา แต่การอภัยโทษกระทำได้อเฉพาะเมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษผู้กระทำผิดแล้ว ส่วนการล้างมลทินจะกระทำได้อเฉพาะเมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษผู้กระทำผิดโดยผู้นั้นได้รับโทษและพ้นโทษไปแล้ว

3. ในด้านผลทางกฎหมาย การนิรโทษกรรมมีผลให้ถือว่าผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน อาจเรียกได้ว่าเป็นการลบล้างความผิด แต่การอภัยโทษนั้น ผู้ที่ได้รับการอภัยโทษยังคงเป็นผู้กระทำความผิดตามคำพิพากษา เพียงแต่ไม่ต้องรับการลงโทษหรือรับโทษน้อยลง ส่วนการล้างมลทินถือว่าผู้ที่ได้รับการล้างมลทินนั้นไม่เคยถูกพิพากษาให้ลงโทษมาก่อน

---

พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535

<sup>23</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, *อ่างแล้ว เจริญรกรกที่ 7*, น. 485.

อันเป็นการลบล้างเฉพาะโทษของผู้กระทำความผิดเท่านั้น จึงเห็นได้ว่าการอภัยโทษ และการล้างมลทินไม่ใช่เป็นการลบล้างความผิดอย่างเช่นการนิรโทษกรรม

ฉะนั้น ตามที่ได้ศึกษาความหมายของการนิรโทษกรรมและความแตกต่างของการนิรโทษกรรมกับการให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิดรูปแบบอื่น คือ การอภัยโทษ และการล้างมลทิน จึงสรุปได้ว่า การนิรโทษกรรม คือ การให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิดรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด โดยถือว่าเป็นการลบล้างความผิดที่ผู้นั้นได้กระทำความผิดที่มีการนิรโทษกรรม ทำให้ไม่มีการดำเนินคดีและลงโทษแก่ผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรม โดยองค์กรผู้มีอำนาจในการนิรโทษกรรมส่วนใหญ่จะเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งจะนิรโทษกรรมในช่วงก่อนการฟ้องร้อง ระหว่างการดำเนินคดี หรือภายหลังศาลมีคำพิพากษาแล้วก็ได้

### 1.3 ประเภทของการนิรโทษกรรม

การจัดประเภทของการนิรโทษกรรมนั้นสามารถทำได้หลายวิธีขึ้นอยู่กับเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณา ทั้งนี้ ในปัจจุบันมีการใช้คำที่สื่อความหมายเกี่ยวกับเนื้อหาของการนิรโทษกรรมหลายคำ ซึ่งสามารถนำมาจัดประเภทและอธิบายได้ดังนี้

#### 1. พิจารณาจากขอบเขตของการนิรโทษกรรม แบ่งเป็น

1.1. การนิรโทษกรรมทั่วไปโดยไม่มีข้อยกเว้นหรือไม่มีเงื่อนไข ซึ่งการนิรโทษกรรมในประเภทนี้ในภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า blanket amnesty, general amnesty, unconditional amnesty ซึ่งเป็นการนิรโทษกรรมที่ครอบคลุมความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมอย่างกว้างโดยอาจรวมความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงด้วย เพราะการนิรโทษกรรมประเภทนี้จะไม่มีการแบ่งแยกประเภทความผิด เพื่อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรม และยังนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดทั้งหมดโดยไม่มีการแบ่งแยกประเภทผู้กระทำความผิดด้วย อีกทั้งยังอาจจะไม่มีการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ให้ผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติตามก่อนเพื่อจะได้รับการนิรโทษกรรม<sup>24</sup> ทั้งนี้ การนิรโทษกรรมทั่วไปซึ่งรวมความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงให้เป็นความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมด้วยจะไม่ใช่ที่ยอมรับโดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

<sup>24</sup> See Faustin Z. Ntoubandi, *supra* note 1, p. 12, Alberto T. Muyot, “Amnesty in the Philippines : the Legal Concept as a Political Tool,” *Philippine Law Journal* 69, pp. 60 - 61 (1994), United Nations, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *supra* note 6.

1.2. การนิรโทษกรรมแบบจำกัดหรือมีเงื่อนไข ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า limited amnesty , conditional amnesty คือ การนิรโทษกรรมที่ระบุประเภทความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมไว้ ซึ่งความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจะไม่ได้รับการนิรโทษกรรมด้วย และจะกำหนดประเภทผู้กระทำผิดที่จะได้รับการนิรโทษกรรมไว้ชัดเจน โดยอาจจะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้กระทำผิดต้องปฏิบัติตามซึ่งจะเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนการนิรโทษกรรม เช่น เปิดเผยความจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด เมื่อผู้กระทำผิดปฏิบัติตามก็จะได้รับการนิรโทษกรรม หรือจะเป็นเงื่อนไขบังคับหลังการนิรโทษกรรมก็ได้ เช่น ไม่กลับไปทำความผิดซ้ำอีก เพื่อให้ผู้ได้รับการนิรโทษกรรมยังคงได้รับการนิรโทษกรรมต่อไป<sup>25</sup>

## 2. พิจารณาจากความชัดเจนของการกำหนดเกี่ยวกับการนิรโทษกรรม แบ่งเป็น

2.1. การนิรโทษกรรมโดยชัดแจ้งหรือการนิรโทษกรรมตามกฎหมาย ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า express amnesty หรือ *de jure* amnesty คือ การนิรโทษกรรมที่กำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนว่าเป็นการนิรโทษกรรม อันมีผลให้ผู้กระทำผิดไม่มีความผิดและไม่มีการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิด

2.2. การนิรโทษกรรมโดยนัยหรือการนิรโทษกรรมตามข้อเท็จจริง ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า implied amnesty หรือ *de facto* amnesty คือกรณีที่ว่ากฎหมายจะไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าจะมีการนิรโทษกรรมโดยไม่เอาผิดแก่ผู้กระทำผิด แต่ผลที่เกิดขึ้นนั้นเหมือนกับผลของการนิรโทษกรรม คือผู้กระทำผิดพ้นจากความผิดและไม่ถูกดำเนินคดี เช่น The Punto Final (Full Stop) Law of December 1986<sup>26</sup> ของประเทศอาร์เจนตินา ซึ่งเป็นกฎหมายที่จำกัดว่าต้องมีการร้องทุกข์ทางอาญาแก่กรณีที่เกิดขึ้นในช่วง dirty war ภายใน 60 วัน<sup>27</sup> ทำให้เห็นว่าแม้กฎหมายดังกล่าวจะไม่ได้ระบุชัดเจนว่ามีการนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำผิดโดยให้ผู้กระทำไม่มีความผิดและไม่ถูกดำเนินคดี แต่ผลของกฎหมายนั้นก็ทำให้ไม่สามารถเอาผิดหรือดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดได้หากไม่ได้ร้องทุกข์ภายใน 60 วัน ซึ่งมีผลเหมือนกับการนิรโทษกรรมนั่นเอง

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา (the Inter-American Commission on Human Rights) ได้วินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับนี้ได้ละเมิดอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน (American Convention on Human Rights) (Alicia Consuelo Herrera et al. v. Argentina, quoted in United Nations, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *supra* note 6.)

<sup>27</sup> *Ibid.*

3. การนิรโทษกรรมตนเอง (self-amnesty) คือกฎหมายนิรโทษกรรมที่ออกมาโดยบุคคลที่กระทำความผิดนั้นเอง เพื่อให้ตนเองไม่มีความผิดและไม่ถูกดำเนินคดี ซึ่งมักจะเกิดในช่วงการปกครองระบอบเผด็จการที่ผู้นำเผด็จการใช้อำนาจออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้แก่ความผิดที่ตนหรือผู้ที่ร่วมมือกับฝ่ายตนได้กระทำลง ซึ่งการนิรโทษกรรมตัวเองนี้ถือว่าไม่มีความชอบธรรม และไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรมและหลักรัฐธรรมนูญ<sup>28</sup>

#### 1.4 วัตถุประสงค์ของการนิรโทษกรรม

วัตถุประสงค์ของการนำกฎหมายนิรโทษกรรมมาใช้นั้นมีหลายอย่าง แต่วัตถุประสงค์สำคัญสำหรับการตรากฎหมายนิรโทษกรรมที่พบเห็นได้โดยส่วนใหญ่จะมีดังต่อไปนี้

1. กฎหมายนิรโทษกรรมจะถูกนำมาใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายแก่นักโทษทางการเมืองที่ถูกกล่าวหาว่าทำการต่อต้านรัฐเพราะความเชื่อทางการเมืองหรือศาสนาของพวกเขา และได้ถูกลงโทษเนื่องจากกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมเพราะเป็นกฎหมายที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน หรือได้ถูกลงโทษสำหรับความผิดที่พวกเขาไม่ได้ก่อขึ้น แต่การนิรโทษกรรมให้แก่ นักโทษทางการเมืองในกรณีนี้จะแตกต่างจากการนิรโทษกรรมแก่บุคคลที่ต่อต้านรัฐโดยใช้กำลังและเกี่ยวข้องกับก่อความผิดทางอาญาที่รุนแรง เพราะนักโทษทางการเมืองในกรณีนี้จะไม่ใช่ นักโทษทางการเมืองที่ก่อความรุนแรง<sup>29</sup> แต่เป็นผู้ที่แสดงการต่อต้านรัฐตามสิทธิเสรีภาพที่มีอยู่เท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นการนิรโทษกรรมแก่ประชาชนที่มีความเห็นต่างทางการเมืองซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับ การใช้กำลังแต่ถูกลงโทษโดยไม่เป็นธรรม เพื่อเยียวยาความเสียหายจากการลงโทษนั้น กรณีเช่นนี้อาจจะมีการนิรโทษกรรมภายหลังการล่มสลายของระบอบเผด็จการ เพื่อมุ่งหมายที่จะฟื้นฟู นักโทษทางการเมืองให้กลับสู่สภาพเดิมพร้อมทั้งประกาศความบริสุทธิ์ของพวกเขาด้วยการลบล้าง คำตัดสินลงโทษ ซึ่งการนิรโทษกรรมตามนัยนี้เป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่าการดำเนินคดีอาญาแก่นักโทษ

<sup>28</sup> Phenyio Tshenolo Keiseng Rakate, “The Duty to Prosecute and the Status of Amnesties Granted for Gross and Systematic Human Rights Violations in International Law : Towards a Balanced Approach Model,” ( Ph.D. dissertation, University of South Africa, 2004), p. 47.

<sup>29</sup> See Louise Mallinder, Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide, (Oxford : Hart Publishing, 2008), pp. 64 - 65.

ทางการเมืองเหล่านั้นที่ผ่านมาไม่ยุติธรรม ดังที่ได้ใช้เป็นเหตุผลสำหรับการปล่อยตัวนักโทษทางการเมืองหลายคนตามกฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศเอลซัลวาดอร์ ในปี ค.ศ. 1987<sup>30</sup>

2. กฎหมายนิรโทษกรรมจะถูกนำมาใช้เพื่อยุติความขัดแย้งรุนแรง ไม่ว่าจะเป็นความขัดแย้งภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ โดยการนิรโทษกรรมเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการลดการละเมิดสิทธิมนุษยชนในระหว่างที่มีความขัดแย้งเพราะเป็นตัวสร้างเงื่อนไขให้เกิดการเจรจาสันติภาพขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่เจรจามีความเสี่ยงในการถูกดำเนินคดีอาญา ซึ่งการนิรโทษกรรมในกรณีนี้ถือเป็นราคาที่ต้องจ่ายเพื่อยุติสงครามหรือถอนถอนรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในอดีต ถ้าไม่มีการนิรโทษกรรมเช่นนี้การละเมิดสิทธิมนุษยชนก็อาจจะยังคงดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง<sup>31</sup> ในความเป็นจริงคู่ขัดแย้งมักจะไม่ค่อยยอมรับการสงบศึกหรือสละอำนาจถ้าต้องถูกฟ้องคดีอาญา การเจรจาสันติภาพจึงจำเป็นต้องใช้การนิรโทษกรรมเป็นเครื่องต่อรองเพื่อให้คู่ขัดแย้งยุติความรุนแรง<sup>32</sup> ตัวอย่างหนึ่งของการนิรโทษกรรมที่อ้างวัตถุประสงค์ตามกรณีนี้ คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมใน the Lomé Peace Accord ที่คณะกรรมการความจริงและความปรองดองของ Sierra Leone อธิบายว่า เป็นสิ่งจำเป็นในสถานการณ์ที่เป็นอยู่ ณ ตอนนั้น โดยอ้างว่า ผู้ที่โต้แย้งว่าความสงบไม่สามารถต่อรองแลกเปลี่ยนกับความยุติธรรมได้ในทุกสถานการณ์จะต้องหาข้อแก้ตัวสำหรับความขัดแย้งที่ยังคงดำเนินต่อไป การนิรโทษกรรมอาจจะไม่เป็นที่ปรารถนาในหลาย ๆ กรณี แต่อย่างไรก็ตาม การนิรโทษกรรมก็ไม่ควรถูกกำจัดไปทั้งหมดจากกลไกในการพยายามให้มีการเจรจาเพื่อยุติความเกลียดชังภายหลังจากช่วงเวลาแห่งความขัดแย้งที่รุนแรง การไม่อนุญาตให้มีการนิรโทษกรรมในทุกกรณีนั้นจะเท่ากับเป็นการปฏิเสธสภาพความเป็นจริงของความขัดแย้งรุนแรงและความต้องการเร่งด่วนที่จะยุติการต่อสู้และความทุกข์ทรมานจากความขัดแย้งรุนแรงนั้น<sup>33</sup>

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid*, p. 44.

<sup>32</sup> Charles P. Trumbull IV, "Giving Amnesties a Second Chance," Berkeley Journal of International Law 25, p. 315 (2007).

<sup>33</sup> Sierra Leonean TRC, "The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone," Accessed March 28, 2006, <http://www.trcsierraleone.org/drwebsite/publish/index.shtml>, quoted in Louise Mallinder, *supra* note 29, p. 44.

3. กฎหมายนิรโทษกรรมจะถูกนำมาใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการสร้างความปรองดอง แม้ว่าหนึ่งในข้อเรียกร้องพื้นฐานสำหรับความยุติธรรมคือผู้กระทำผิดต้องไม่ถูกปล่อยไปโดยไม่ได้รับการลงโทษ แต่อย่างไรก็ตาม ในช่วงที่มีกระบวนการสร้างความสงบและความปรองดองภายหลังจากเหตุการณ์ความขัดแย้ง ความยุติธรรมอาจจะไม่ใช่ทางเลือกที่เหมาะสมที่สุด แต่การเยียวยา การฟื้นฟู และสร้างความปรองดองให้แก่สังคมที่ถูกทำลายเพราะความเกลียดชังและความขัดแย้งมานาน อาจจะเป็นทางเลือกที่จะต้องให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก ดังนั้นการสร้างความปรองดองในชาติจึงเป็นวัตถุประสงค์หลักของการนำกฎหมายนิรโทษกรรมมาใช้<sup>34</sup> ดังจะเห็นได้จากกฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศแอฟริกาใต้ ในปี ค.ศ. 1995 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ตามที่ปรากฏในบันทึกการร่างกฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวว่า การแบ่งแยกและการต่อสู้ในอดีตก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง กฎหมายนิรโทษกรรมจึงเป็นวิธีการหนึ่งที่จะช่วยให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาวแอฟริกาใต้ที่มีความแตกแยกกันอย่างฝังรากลึกเนื่องมาจากการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้คือการเสริมสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวและความปรองดอง การนิรโทษกรรมตามกฎหมายนี้จึงมุ่งเพื่อความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว<sup>35</sup>

อย่างไรก็ดี มีหลายกรณีที่รัฐใช้คำว่า ความปรองดอง มาปิดบังเจตนาชั่วร้าย เช่น รัฐบาลอาจจะอ้างว่าเสนอให้มีการนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำผิดทั้งสองฝ่าย แต่เจตนาที่แท้จริงคือการนิรโทษกรรมให้เฉพาะฝ่ายที่สนับสนุนรัฐบาล กรณีที่กล่าวมานี้เกิดขึ้นในประเทศชิลี ซึ่งรัฐบาลทหารอ้างเหตุผลที่ให้มีการนิรโทษกรรมว่าเพื่อความสามัคคีในประเทศ โดยให้ละทิ้งความเกลียดชัง และส่งเสริมมาตรการทั้งหลายที่จะสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของประชาชนชาวชิลี แม้ว่าตามกฎหมายนิรโทษกรรมของชิลีดังกล่าวจะไม่ได้แบ่งว่าบุคคลใดกระทำการโดยใช้อำนาจรัฐ และบุคคลใดกระทำการอันเป็นการต่อต้านรัฐ แต่ในทางปฏิบัติฝ่ายต่อต้านรัฐส่วนใหญ่ไม่ได้รับประโยชน์จากกฎหมายนิรโทษกรรมนี้ เพราะฝ่ายที่ต่อต้านรัฐได้ถูกฆ่า สูญหาย หรือถูกเนรเทศไปแล้ว<sup>36</sup> จึงเท่ากับว่ามีเจตนาที่แท้จริงในการนิรโทษกรรมให้แก่ฝ่ายรัฐเป็นสำคัญ

นอกจากนี้ ในอีกมุมมองหนึ่งเรื่องความปรองดองมักจะมาพร้อมกับแนวคิดเกี่ยวกับการลืมอดีตและการให้อภัย การลืมความผิดในอดีตมักจะเป็นเหตุผลหนึ่งสำหรับการตรากฎหมายนิรโทษกรรม อย่างเช่น กรณีกฎหมายนิรโทษกรรมของสเปนในปี ค.ศ. 1977 ที่ระหว่างการอภิปรายในรัฐสภาเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าวก็มีนักการเมืองสเปนได้กล่าวชื่นชมกฎหมายนิรโทษกรรมฉบับนี้ว่า

<sup>34</sup> Faustin Z. Ntoubandi, *supra* note 1, p. 13.

<sup>35</sup> *Ibid*, p. 14.

<sup>36</sup> Louise Mallinder, *supra* note 29, pp. 46 - 47.

เป็นการจบเรื่องราวในอดีต ให้ลืมนและเริ่มต้นใหม่ และ Xavier Arzalluz หัวหน้าพรรค Basque Nationalist Party (PNV) ยังกล่าวด้วยว่า กฎหมายนี้ nirโทษกรรมให้ทุก ๆ คน โดยให้ลืมนทุก ๆ คน ในทุก ๆ ฝ่ายที่ก่ออาชญากรรมที่รุนแรง<sup>37</sup> แนวความคิดเกี่ยวกับการกวาดล้างอดีตด้วยกระบวนการปรองดองในชาติจึงเป็นที่นิยมของรัฐบาลเพราะเป็นทั้งวิธีการปกปิดความผิดของตนและยังเป็นสัญลักษณ์ถึงการจบลงของอดีตที่เลวร้าย สำหรับการให้อภัยนั้นก็เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่ใช้อ้างเมื่อจะตรากฎหมาย nirโทษกรรม เช่น การกล่าวอ้างถึงความต้องการที่จะให้อภัยเป็นเหตุผลในการตรากฎหมาย nirโทษกรรมปี ค.ศ. 1996 ของประเทศกัวเตมาลา ว่า พวกเราต้องการอยู่อย่างสงบ พวกเราต้องเรียนรู้ที่จะให้อภัย<sup>38</sup> แนวความคิดในการให้อภัยนั้น ถ้าเป็นการที่รัฐบาลเลือกที่จะให้อภัยแก่ความผิดที่ก่อขึ้นเพื่อต่อต้านรัฐเองก็จะมีปัญหาเพราะเป็นสิ่งที่รัฐสามารถทำได้ แต่ถ้าเป็นกรณีที่รัฐสนับสนุนให้ปัจเจกชนให้อภัยผู้อื่นที่เป็นผู้ทำให้ตนได้รับความเสียหายยังเป็นเรื่องที่มีการโต้เถียงกันว่าทำได้หรือไม่ ดังความเห็นของ Martha Minow ที่อธิบายว่า การให้อภัยเป็นอำนาจของผู้เสียหาย ไม่ใช่สิทธิที่จะมาเรียกร้องให้มีการอภัย ผู้เสียหายจะให้อภัยหรือไม่ให้อภัยก็ได้ การให้อภัยเป็นเกียรติและศักดิ์ศรีที่จะใช้โดยบุคคลที่รอดชีวิตจากการกระทำผิด แม้แต่บุคคลที่รอดชีวิตนั้นเลือกที่จะให้อภัยแล้วก็ยังไม่สามารถให้อภัยได้ในนามของผู้เสียหายคนอื่น การคาดหวังว่าผู้รอดชีวิตจะต้องให้อภัยผู้กระทำผิดเท่ากับเป็นการเพิ่มภาระให้กับพวกเขามากขึ้น<sup>39</sup> ดังนั้นการให้อภัยที่ใช้เป็นเหตุผลสำหรับการ nirโทษกรรมควรจำกัดเฉพาะการให้อภัยของรัฐต่อผู้กระทำผิดด้วยการระงับโทษตามกฎหมาย มากกว่าการบังคับให้ผู้เสียหายที่เป็นปัจเจกชนแสดงออกถึงการให้อภัยต่อผู้ที่ก่อความเสียหายให้ตน<sup>40</sup>

4. กฎหมาย nirโทษกรรมจะถูกนำมาใช้เพื่อเป็นเครื่องมือสนับสนุนความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน ความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านเป็นแนวคิดที่มุ่งจัดการกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นในอดีต โดยมีกระบวนการที่นำมาปรับใช้กับสังคมที่เปลี่ยนผ่านจากความขัดแย้งไปสู่ความสงบหรือจากการเปลี่ยนผ่านระบอบเผด็จการไปสู่ระบอบประชาธิปไตย บางกรณียังมาปรับใช้กับระบอบประชาธิปไตยที่มีความมั่นคงแล้วแต่ต้องจัดการกับความรุนแรงในอดีตที่ส่งผลมาถึง

<sup>37</sup> *Ibid*, pp. 50 - 51.

<sup>38</sup> *Ibid*, p. 56.

<sup>39</sup> Martha Minow, Between Vengeance and Forgiveness : Facing History after Genocide and Mass Violence, (Boston : Beacon Press, 1998), p. 17, quoted in *ibid*, p. 57.

<sup>40</sup> Louise Mallinder, *supra* note 29 p. 57.

ปัจจุบันด้วยเช่นกัน<sup>41</sup> ความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านกลายเป็นวาระสำคัญในระดับโลกมาตั้งแต่ช่วงคริสต์ทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมา เพราะหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนกลายเป็นหลักการที่ทั่วโลกให้ความสำคัญจนกลายเป็นคุณค่าสากล โดยมีจุดมุ่งหมายหลักของกระบวนการสร้างความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน คือ แก้ไขโศกนาฏกรรมความรุนแรงที่เกิดขึ้นในอดีต และป้องกันไม่ให้โศกนาฏกรรมอันเลวร้ายอย่างที่เคยเกิดขึ้นกลับมาซ้ำรอยอีก ซึ่งกระทำได้ผ่านการคืนความยุติธรรมและชดเชยให้กับเหยื่อของความรุนแรง สถาปนาความจริงให้สังคมได้รับทราบ พร้อมกับสถาปนาหลักนิติรัฐและหลักสิทธิมนุษยชนให้ลงหลักปักฐานในสังคม<sup>42</sup> ในการสร้างความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านไม่มีคำตอบสำเร็จรูปที่ง่ายตายที่ทุกประเทศสามารถดำเนินการได้เหมือนกันหมด เพราะเงื่อนไขทางกฎหมาย ทางการเมือง และลักษณะความรุนแรงต่างกัน แต่ละสังคมจึงต้องเสาะแสวงหาสมดุลในการสร้างความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน โดยคำนึงถึงมิติทางศีลธรรมหลักสิทธิมนุษยชน และสภาพความเป็นจริงทางการเมือง<sup>43</sup>

การนิรโทษกรรมกับความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านเป็นเรื่องที่มีการกล่าวถึงกันอย่างกว้างขวางในวงวิชาการ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การนิรโทษกรรมเป็นสิ่งขัดขวางกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะในประเด็นการนำตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องคดีอาญา แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การนิรโทษกรรมก็สามารถเป็นส่วนหนึ่งของกลไกในกระบวนการสร้างความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านได้ เช่น ใช้การนิรโทษกรรมเป็นเงื่อนไขไปสู่กระบวนการสร้างความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน ดังกรณีกฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศอุรุกวัยในปี ค.ศ. 1986 ที่ช่วยให้เกิดการเปลี่ยนผ่านอย่างค่อยเป็นค่อยไปจากสถานการณ์ที่มีความรุนแรงและไม่ได้รับการลงโทษไปสู่ภาวะที่เป็นธรรมาภิบาลและคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนมากขึ้น<sup>44</sup> หรือตั้งคณะกรรมการค้นหาความจริงและการปรองดองควบคู่กับการตรากฎหมายนิรโทษกรรม คณะกรรมการดังกล่าวจะช่วยนำข้อมูลที่จำเป็นมาเปิดเผยต่อสังคมให้มีความเข้าใจว่าเกิดอะไรขึ้นบ้างในอดีต ทำไมถึงเป็นเช่นนั้น และจะป้องกันอย่างไรไม่ให้เกิดเหตุการณ์รุนแรงดังกล่าวในอนาคตอีก<sup>45</sup> ในกรณีเช่นนี้การนิรโทษกรรมจึงช่วยสนับสนุนความยุติธรรม

---

<sup>41</sup> Mark Freeman, *Necessary Evils : Amnesties and the Search for Justice*, (New York : Cambridge University Press, 2011), p. 18.

<sup>42</sup> ประจักษ์ ก้องกีรติ, *ประชาธิปไตยในยุคเปลี่ยนผ่าน*, (นนทบุรี : สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2558), น. 318.

<sup>43</sup> *เพ็ญอ้าง*, น. 319.

<sup>44</sup> Mark Freeman, *supra* note 41, p. 19.

<sup>45</sup> Charles P. Trumbull IV, *supra* note 32, p. 313

ในระยะเปลี่ยนผ่านได้ สำหรับกรณีตัวอย่างของกฎหมายนิรโทษกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือสนับสนุนความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน เช่น กฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศเฮติในปี ค.ศ. 1991 ซึ่งรัฐบาลชั่วคราวประเทศเฮติ ได้กล่าวว่า การนิรโทษกรรมเป็นสิ่งจำเป็นต่อการสร้างบรรยากาศที่ดีให้นำไปสู่การสถาปนาประชาธิปไตยในเฮติ นอกจากนี้บางรัฐบาลยังใช้การนิรโทษกรรมเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิรูปประเทศ อย่างกรณีของประเทศเบนิน ในปี ค.ศ. 1990 หลังจากมีการประท้วงทางการเมืองภายในประเทศ ประธานาธิบดีก็ให้นิรโทษกรรมแก่ผู้ต่อต้านที่ถูกเนรเทศ และเรียกประชุมเพื่อหารือเกี่ยวกับการสถาปนาประชาธิปไตย<sup>46</sup>

5. กฎหมายนิรโทษกรรมจะถูกนำมาใช้คุ้มกันความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ กฎหมายนิรโทษกรรมในบางกรณีมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่รัฐในการที่ไม่ต้องมีความรับผิดชอบ เช่น กฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศกัวเตมาลาในปี ค.ศ. 1982 ที่กำหนดความคุ้มกันความรับผิดชอบให้แก่เจ้าหน้าที่กองกำลังความมั่นคงผู้ปฏิบัติหน้าที่ในการร่วมกันต่อสู้กับผู้ที่จะล้มล้างรัฐบาล<sup>47</sup> นอกจากนี้การนิรโทษกรรมยังถูกนำมาใช้ในสถานการณ์ที่รัฐมีความเกี่ยวพันกับความผิดและต้องการหลีกเลี่ยงการถูกสอบสวน เช่น การนิรโทษกรรมในประเทศคีร์กีซสถาน เมื่อปี ค.ศ. 2002 ที่มีขึ้นหลังจากการปะทะกันระหว่างผู้สนับสนุน Azimbek Beknazarov หัวหน้าฝ่ายค้าน กับเจ้าหน้าที่ตำรวจในเขต Aksy ระหว่างวันที่ 17 – 18 มีนาคม ค.ศ. 2002 ซึ่งการปะทะกันครั้งนี้มีผู้ถูกฆ่าตาย 5 คน และมีผู้บาดเจ็บอีก 90 คน ทำให้เกิดการประท้วงซึ่งกระทบต่อความมั่นคงและเศรษฐกิจของประเทศเป็นเวลาหลายเดือน การนิรโทษกรรมดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องเจ้าหน้าที่ตำรวจจากความรับผิดชอบในการฆ่าประชาชน ซึ่งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูงหรือนักการเมืองที่มีชื่อถูกสอบสวนในเหตุการณ์ปะทะครั้งนั้น<sup>48</sup> สำหรับกรณีการนิรโทษกรรมตนเอง หรือ self-amnesty โดยเผด็จการที่หมดอำนาจลง เพื่อปกป้องตนเองจากการไม่ต้องมีความรับผิดชอบในอนาคต ก็ถือเป็นการนิรโทษกรรมโดยมีวัตถุประสงค์นำมาใช้คุ้มกันความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่รัฐเช่นกัน

6. วัตถุประสงค์อื่น ๆ ของรัฐ บางครั้งการนิรโทษกรรมยังถูกใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายของรัฐในการดำเนินการตามภารกิจของรัฐ โดยให้ลี้ภัยและไม่ลงโทษการกระทำความผิดที่ทำมาก่อนหน้านั้น เพื่อเป็นการจูงใจให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำการที่ถูกต้องตามกฎหมาย

<sup>46</sup> Louise Mallinder, *supra* note 29, p. 58.

<sup>47</sup> *Ibid*, p. 66.

<sup>48</sup> *Ibid*, p. 67.

ซึ่งจะก่อให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมายในภายหน้าต่อไป กฎหมายนิรโทษกรรมตามวัตถุประสงค์ข้อนี้ที่พบบ่อยก็คือ การนิรโทษกรรมทางภาษีอากร<sup>49</sup>

วัตถุประสงค์ของการนิรโทษกรรมมีหลายอย่าง บางกรณีมีวัตถุประสงค์ที่อาจจะมีปัญหาต่อความชอบธรรมในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมและไม่ควรได้รับการสนับสนุน เช่น กรณีรัฐบาลเผด็จการนิรโทษกรรมตนเอง บางกรณีมีวัตถุประสงค์เพื่อความยุติธรรมหรือประโยชน์สาธารณะย่อมมีความชอบธรรมมากกว่าและควรได้รับการสนับสนุน เช่น เพื่อเยี่ยวยานักโทษทางการเมืองที่ไม่ได้ใช้ความรุนแรง เพื่อยุติความขัดแย้งรุนแรง เพื่อความปรองดองของคนในชาติ แต่อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ที่แสดงออกมาในกฎหมายอาจจะไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการนิรโทษกรรมก็ได้ ดังนั้นนอกจากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายนิรโทษกรรมแล้วยังต้องพิจารณาผลที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติด้วยว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือไม่

### 1.5 รูปแบบของกฎหมายนิรโทษกรรม

หากรัฐธรรมนูญมีการกำหนดอำนาจในการนิรโทษกรรมไว้ว่าเป็นอำนาจขององค์กรใด ก็ย่อมเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่ถ้าวรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ก็พิจารณาจากทางปฏิบัติของประเทศนั้น ๆ ซึ่งปรากฏว่าส่วนใหญ่แล้วอำนาจในการนิรโทษกรรมจะเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เมื่อเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติก็แสดงว่าต้องตราเป็นกฎหมายในรูปพระราชบัญญัติ โดยการตรากฎหมายนิรโทษกรรมนั้นก็ต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ รัฐธรรมนูญบางฉบับ

---

<sup>49</sup> การนิรโทษกรรมทางภาษีอากรเป็นมาตรการที่นำมาใช้เพื่อเรียกคืนภาษีที่รัฐต้องสูญเสียไปจากการหลีกเลี่ยงภาษีอากร และยังสามารถใช้เป็นมาตรการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีอากรได้อีกด้วย จึงได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย เนื่องจากถือเป็นเครื่องมือทางนโยบายที่มีประสิทธิภาพทั้งในระยะสั้นและระยะปานกลาง กล่าวคือ ในระยะสั้น การนิรโทษกรรมทางภาษีอากรสามารถสร้างรายได้ให้กับรัฐอย่างรวดเร็ว และยังทำให้ผู้ที่เคยหลีกเลี่ยงภาษีเข้ามาอยู่ในระบบภาษีมากยิ่งขึ้น สำหรับในระยะกลาง การนิรโทษกรรมทางภาษีอากรที่ประสบความสำเร็จจะถูกคาดหวังว่าจะช่วยให้ฐานภาษีและรายได้ของรัฐเพิ่มขึ้น (ดูรายละเอียดใน ศราวุธ ทอนโพธิ์, “การนิรโทษกรรมทางภาษีอากร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น. 1 – 3, 21 – 25.)

ก็กำหนดขั้นตอนกระบวนการในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมไว้โดยเฉพาะ เช่น มาตรา 79<sup>50</sup> ของรัฐธรรมนูญอิตาลี กำหนดว่าการอนุมัติกฎหมายนิรโทษกรรมจะต้องใช้คะแนนสองในสามของแต่ละสภา มาตรา 47<sup>51</sup> ของรัฐธรรมนูญกรีซ กำหนดว่า การนิรโทษกรรมจะมีได้เฉพาะสำหรับความผิดทางการเมืองและกฎหมายนิรโทษกรรมจะผ่านได้ต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากสามในห้าจากรัฐสภา ทั้งนี้ เมื่อเป็นกฎหมายแล้วก็อาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายนิรโทษกรรมได้ หรือกฎหมายนิรโทษกรรมนั้นอาจจะถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้

อย่างไรก็ตาม มีกรณีที่กำหนดเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมไว้เป็นบทบัญญัติหนึ่งในรัฐธรรมนูญ ซึ่งสาเหตุที่กำหนดการนิรโทษกรรมไว้เป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญก็เพื่อให้ยากต่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เนื่องจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายปกติ และโดยทั่วไปศาลก็ไม่มีอำนาจในการยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลมีอำนาจเพียงแต่ตีความรัฐธรรมนูญเท่านั้น ตัวอย่างของการนิรโทษกรรมที่กำหนดเป็นบทบัญญัติหนึ่งในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศกานา ปี ค.ศ. 1992 รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ ปี ค.ศ. 1993 รัฐธรรมนูญของประเทศเมียนมาร์ ปี ค.ศ. 2008<sup>52</sup> รวมถึงรัฐธรรมนูญ

---

<sup>50</sup> คำแปลภาษาอังกฤษของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ดูจาก <https://www.constituteproject.org/>

Article 79

“Amnesty and pardon may be granted by a law which has received a two-thirds majority in both Houses of Parliament, on each section and on the final vote.

Such law shall set the deadline for the implementation of amnesty or pardon.

Amnesty and pardon thus introduced may not be granted in the cases of a crime committed after the introduction of such bill.”

<sup>51</sup> Article 47

“3 Amnesty may be granted only for political crimes, by statute passed by the Plenum of the Parliament with a majority of three-fifths of the total number of members.”

<sup>52</sup> Mark Freeman, *supra* note 41, p. 139.

แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549<sup>53</sup> และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557<sup>54</sup>

นอกจากนี้ยังมีการนิรโทษกรรมจำนวนมากที่เกิดขึ้นในช่วงที่ไม่ได้มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อย่างกรณีกฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศอาร์เจนตินา เมื่อปี ค.ศ. 1983 ซึ่งออกโดยรัฐบาลทหารที่ยึดอำนาจในปี ค.ศ. 1976 เพื่อไม่ให้มีการเอาผิดแก่ฝ่ายรัฐบาล เพราะตลอดช่วงการปกครองของรัฐบาลทหารนั้นก็เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างมากมาย การนิรโทษกรรมกรณีเช่นนี้เป็นตัวอย่างของการใช้อำนาจเผด็จการออกกฎหมายซึ่งจะมีข้อจำกัดในเรื่อง

---

<sup>53</sup> มาตรา 37 “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ของหัวหน้าและคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมตลอดทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความดังกล่าว หรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันได้กระทำไป เพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำความดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันดังกล่าวหรือก่อนหรือหลังวันดังกล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมายก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

<sup>54</sup> มาตรา 48 “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของหัวหน้าและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ รวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความดังกล่าวหรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำความดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางรัฐธรรมนูญ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันดังกล่าวหรือก่อนหรือหลังวันดังกล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

ความชอบธรรมในการออกกฎหมาย เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ไม่ได้อนุมัติโดยผู้แทนของประชาชน<sup>55</sup> อันจะต่างจากกรณีในสังคมประชาธิปไตยที่กฎหมายนิติโทษกรรมจะถู้อนุมัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่มาจากการเลือกตั้ง ซึ่งจะทำให้กฎหมายนิติโทษกรรมในกรณีนี้มีความชอบธรรมเพราะได้รับการยอมรับจากผู้แทนของประชาชน<sup>56</sup>

## 1.6 เนื้อหาโดยทั่วไปของกฎหมายนิติโทษกรรม

กฎหมายนิติโทษกรรมเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะที่สำคัญคือให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากความผิด ดังนั้นกฎหมายนิติโทษกรรมทุกฉบับจึงมีสาระสำคัญเหมือนกัน ซึ่งอย่างน้อยที่สุดก็ต้องประกอบไปด้วยเนื้อหา ดังจะอธิบายต่อไปนี้

### 1.6.1 สถานการณ์ที่นำไปสู่การตรากฎหมายนิติโทษกรรม

ด้วยเหตุที่การนิติโทษกรรมเป็นการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายตามปกติ จึงต้องมีเหตุผลมาอธิบายสำหรับการไม่บังคับใช้กฎหมายตามปกติ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการนิติโทษกรรมจะเกิดขึ้นเมื่อมีสถานการณ์บางอย่างเกิดขึ้น และสถานการณ์นั้นเองจะเป็นเหตุผลอธิบายว่าทำไมถึงต้องมีการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายตามปกติ ทั้งนี้ อาจเป็นสถานการณ์ที่จำเป็นต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิของปัจเจกชน<sup>57</sup> อย่างเช่น กรณีเกิดสถานการณ์พิเศษที่เห็นได้ชัดว่าจะเป็นอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะและความปลอดภัยของประชาชนในวงกว้าง ในสถานการณ์พิเศษเช่นนี้ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของสาธารณะเป็นสำคัญ และเมื่อไม่มีวิธีอื่นสำหรับแก้ปัญหาที่เหมาะสมเท่ากับการนิติโทษกรรมแล้ว ก็จะนำการนิติโทษกรรมมาใช้<sup>58</sup> โดยสถานการณ์พิเศษอันเป็นมูลเหตุนำไปสู่การตรากฎหมายนิติโทษกรรมก็แตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ของการนิติโทษกรรมในแต่ละครั้ง แต่ทั้งนี้สามารถพิจารณาได้จากส่วนอารัมภบทของกฎหมายนิติโทษกรรม เพราะโดยส่วนใหญ่ในส่วนของอารัมภบทนอกจากจะระบุถึงวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายนิติโทษกรรมแล้ว ยังจะมีการอธิบายถึงประวัติศาสตร์ หรือบริบทต่าง ๆ เกี่ยวกับการตรากฎหมายนิติโทษกรรมด้วย

<sup>55</sup> Louise Mallinder, *supra* note 29, p. 31.

<sup>56</sup> *Ibid*, pp. 33 - 34.

<sup>57</sup> Martin Kellner, *supra* note 15 pp. 340 - 341.

<sup>58</sup> Mark Freeman, *supra* note 41, p. 112.

ซึ่งจะเป็นสิ่งสำคัญที่ศาลนำมาใช้ตีความเมื่อเกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรมเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ถึงแม้ส่วนของอาร์ัมภทจะไม่ใช้กฎหมายก็ตาม<sup>59</sup>

### 1.6.2 ขอบเขตด้านเวลาในการบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรม<sup>60</sup>

กฎหมายนิรโทษกรรมส่วนใหญ่จะระบุช่วงเวลาในการกระทำความผิดเพื่อเป็นขอบเขตด้านเวลาในการบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมไว้ ซึ่งการระบุช่วงเวลาดังกล่าวก็มีหลายลักษณะ โดยอาจจะกำหนดวันเริ่มต้นและวันสิ้นสุดในการกระทำความผิดไว้ชัดเจน บางกรณีก็ไม่ได้ระบุวันเริ่มต้นแต่ระบุวันสิ้นสุดไว้ หรือบางกรณีระบุวันเริ่มต้นแต่ไม่ระบุวันสิ้นสุด ตัวอย่างกฎหมายนิรโทษกรรมที่ระบุช่วงเวลาในการกระทำความผิดไว้ เช่น กฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศชิลี ปี ค.ศ. 1978 กำหนดว่า บุคคลทุกคนซึ่งได้กระทำความผิดกฎหมาย...ในช่วงที่มีการใช้กำลังโจมตีรัฐบาล ตั้งแต่วันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 1973 ถึง วันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1978 จะไม่ถูกดำเนินคดีหรือถูกลงโทษ<sup>61</sup>

### 1.6.3 ความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรม

เนื่องจากกฎหมายนิรโทษกรรมมีผลไปลบล้างความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อขึ้นมาแล้ว ในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมจึงจำเป็นต้องพิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนว่าความผิดใดจะได้รับการนิรโทษกรรมและความผิดใดจะไม่ได้ได้รับการนิรโทษกรรม การกำหนดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมในกฎหมายนิรโทษกรรมนั้น บางกรณีก็จะระบุความผิดที่จะได้รับการนิรโทษกรรมไว้ แต่บางกรณียังระบุไปถึงความผิดที่จะไม่ได้ได้รับการนิรโทษกรรมไว้ด้วย ในส่วนนี้จะอธิบายเกี่ยวกับความผิดต่าง ๆ ดังนี้

#### 1.6.3.1 ความผิดทางการเมือง (political crimes)

เมื่อมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรม ความผิดทางการเมืองจะเป็นความผิดที่มักจะได้รับนิรโทษกรรมเสมอ เพราะวัตถุประสงค์สำคัญข้อหนึ่งของการนิรโทษกรรมคือการแก้ไขปัญหาคาใจความขัดแย้งในประเทศหรือความขัดแย้งทางการเมือง เมื่อความผิดทางการเมืองเป็นความผิดที่มุ่งหมายกระทำต่อรัฐ รัฐก็ย่อมจะมีอำนาจที่จะให้อภัยหรือไม่เอาผิดกับผู้ที่ทำให้เกิดความผิดต่อรัฐนั้นได้ นอกจากนี้ยังมีผู้เห็นว่า ในบรรดาบุคคลที่กระทำความผิดในระยะเวลาที่เกิด

<sup>59</sup> *Ibid*, p. 143.

<sup>60</sup> *Ibid*, p. 163, see Louise Mallinder, *supra* note 29, pp. 149 – 150.

<sup>61</sup> Decree Law No. 2.191, art. 1 (18 April 1978) , quoted in United Nations, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *supra* note 6.

ความขัดแย้งทางการเมืองนั้น ปรากฏว่ามีจำนวนน้อยที่จะเป็นภัยต่อสังคมในช่วงที่สังคมสงบสุข เพราะว่าความผิดทางการเมืองที่พวกเขากระทำลงเป็นความผิดที่มีลักษณะบริบทเฉพาะ<sup>62</sup> ประกอบกับผู้กระทำความผิดทางการเมืองมีความกล้าในการเผชิญหน้ากับรัฐบาลที่พวกเขาเชื่อว่าไม่มีความชอบธรรม ทำให้ผู้กระทำความผิดเหล่านั้นไม่กลัวการถูกลงโทษ การป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดโดยการลงโทษจึงไม่มีประสิทธิภาพกับความผิดทางการเมือง อันจะต่างจากผู้กระทำความผิดที่ไม่มีเหตุจูงใจทางการเมือง<sup>63</sup> ดังนั้น ความผิดทางการเมืองจึงเป็นความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมได้

แต่แนวความคิดเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองเป็นเรื่องที่มีขอบเขตไม่ชัดเจน ทำให้ในบางกรณียากต่อการแบ่งแยกว่าความผิดใดเป็นความผิดทางการเมืองและความผิดใดไม่ใช่ความผิดทางการเมือง สำหรับความผิดทางการเมืองโดยแท้ (purely political crimes) หมายถึงความผิดที่กระทำโดยตรงต่อรัฐ หรือองค์กรทางการเมือง โดยไม่มีความเสียหายแก่ปัจเจกชน ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด<sup>64</sup> เช่น การก่อกบฏ การก่อการจลาจล ซึ่งเห็นได้ชัดเจนโดยสภาพว่าเป็นการก่อความเสียหายแก่รัฐหรือระบอบการปกครอง ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าความผิดทางการเมืองโดยแท้เป็นความผิดต่อรัฐ แต่เมื่อมีเหตุการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองและมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น การกระทำความผิดเหล่านั้นส่วนมากก็จะเกี่ยวข้องกับบริบททางการเมืองไม่โดยตรงก็โดยอ้อม ฉะนั้นจึงอาจมีกรณีที่ความผิดทางการเมืองมีความเกี่ยวพันกับกับความผิดธรรมดาสามัญ (common crimes) ด้วย อันจะเกิดปัญหาว่ากรณีดังกล่าวยังถือว่าเป็นความผิดทางการเมืองหรือไม่<sup>65</sup> ด้วยเหตุนี้จึงมีการพยายามสร้างหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างความผิดทางการเมืองกับ

---

<sup>62</sup> Jon Holbrook, "War crimes : Prosecute at any Cost?," Accessed November 7, 2005, <http://www.spiked-online.com/article/0000000053B1.htm>, quoted in Louise Mallinder, *supra* note 29, p. 95.

<sup>63</sup> Andreas O'Shea, Amnesty for Crime in International Law and Practice, (The Hague : Kluwer Law International, 2002), p. 77.

<sup>64</sup> Louise Mallinder, *supra* note 29, p. 135.

<sup>65</sup> ความผิดที่เกี่ยวข้องหรือเชื่อมโยงกับความผิดทางการเมือง ดู ไชยรัตน์ ปาวะกะนันท์, "ข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนิรโทษกรรม : ศึกษากรณีนิรโทษกรรมความผิดที่มีลักษณะทางการเมือง," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 55 - 57.

ความผิดธรรมดาสามัญซึ่งก็มีหลายเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณา<sup>66</sup> แต่ถึงแม้จะมีเกณฑ์แบ่งแยกระหว่างความผิดทางการเมืองกับความผิดธรรมดาสามัญ อย่างไรก็ตามยังคงต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนด้วย ว่าการกระทำผิดนั้นเป็นการกระทำความผิดที่เกินแก่ความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ทางการเมืองหรือไม่<sup>67</sup> เช่น การเผาสถานที่ราชการในระหว่างที่มีการจลาจล เป็นกรณีที่มีความผิดธรรมดาสามัญ คือ การวางเพลิงเผาทรัพย์ มาเกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง คือ การจลาจลโดยการวางเพลิงเผาสถานที่ราชการนั้นก่อความเสียหายแก่ทรัพย์สิน แต่เป็นทรัพย์สินของรัฐจึงถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย ซึ่งเท่ากับว่าความผิดนั้นมุ่งกระทำต่อรัฐเป็นสำคัญ และเมื่อนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาด้วยแล้ว หากไม่เกินแก่ความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ทางการเมือง ก็ยังคงถือเป็นความผิดทางการเมืองอยู่ ความผิดวางเพลิงเผาทรัพย์ดังกล่าวก็อาจได้รับการนิโทษกรรมได้ แต่หากเป็นการกระทำที่เกินแก่ความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ทางการเมืองก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดทางการเมือง

---

<sup>66</sup> หลักเกณฑ์แบ่งแยกระหว่างความผิดทางการเมืองกับความผิดธรรมดาสามัญที่นำมาใช้กันมากได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. The subjective approach ตามหลักนี้จะพิจารณาที่เจตนาของผู้กระทำผิดเป็นสำคัญว่าเจตนาในการกระทำความผิดนั้นมาจากมูลเหตุจูงใจทางการเมืองหรือไม่ ถ้ามีเจตนาโดยมีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองก็เป็นความผิดทางการเมือง โดยไม่คำนึงว่าการกระทำนั้นจะส่งผลเกี่ยวข้องกับการเมืองหรือไม่
2. The objective approach ตามหลักนี้เน้นพิจารณาที่บริบททางการเมืองของการกระทำผิดและผลของการกระทำผิดเป็นสำคัญ ถ้าผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดเกี่ยวข้องกับการเมืองก็เป็นความผิดทางการเมือง โดยไม่ต้องดูเจตนาของผู้กระทำผิดเลย
3. The mixed approach ตามหลักนี้เป็นการผสมระหว่างสองหลักที่กล่าวมา คือ พิจารณาทั้งเจตนาและผลของการกระทำ โดยผู้กระทำต้องเจตนากระทำผิดโดยมีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดต้องเกี่ยวข้องกับการเมืองด้วย จึงจะเป็นความผิดทางการเมือง (Christine Van den Wyngaert, *The Political Offence Exception to Extradition : The Delicate Problem of Balancing the Rights of the Individual and the International Public Order*, (Hague : Kluwer, 1980), p. 109, quoted in Louise Mallinder, *supra* note 29, p. 137.)

<sup>67</sup> Louise Mallinder, *supra* note 29, p. 142.

### 1.6.3.2 ความผิดธรรมดาสามัญ (common crimes)

โดยทั่วไปแล้วกฎหมายนิรโทษกรรมจะไม่นิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับความผิดทางการเมือง เนื่องจากความผิดธรรมดาสามัญ เช่น การฆ่า การข่มขืน การลักทรัพย์ เป็นการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลอื่น รัฐจึงมีหน้าที่ต่อผู้เสียหายและครอบครัวของผู้เสียหายที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมารับผิดชอบในการกระทำความผิดนั้น การฟ้องคดีอาญาและการลงโทษผู้กระทำความผิดจะช่วยเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายได้ทางหนึ่ง อีกทั้งการฟ้องคดีอาญายังช่วยกอบกู้ศักดิ์ศรีของผู้เสียหาย และป้องกันการแก้แค้นกันเองของผู้ที่ไม่ได้รับความยุติธรรมด้วย<sup>68</sup> ด้วยเหตุนี้ ความผิดธรรมดาสามัญจึงไม่ควรได้รับการนิรโทษกรรม เพราะการนิรโทษกรรมให้กับความผิดธรรมดาสามัญจะเป็นการทำลายหลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำความผิดได้<sup>69</sup> กล่าวคือเนื่องจากตามระบบกฎหมายแล้ว ผู้เสียหายยินยอมให้รัฐเป็นผู้พิจารณาตัดสินว่าจะเยียวยาความเสียหายอย่างไรจึงจะเหมาะสม แทนการที่ผู้เสียหายจะไปแสวงหาความยุติธรรมด้วยตนเอง ซึ่งอาจนำไปสู่การลงโทษโดยพลการและความไม่ยุติธรรมได้<sup>70</sup> ถ้ามีการนิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญก็เท่ากับว่ารัฐปฏิเสธที่จะแสวงหาความยุติธรรมให้กับผู้เสียหาย<sup>71</sup> ดังนั้น หากมีกรณีจำเป็นที่รัฐจะนิรโทษกรรมความผิดธรรมดาสามัญอันเป็นความผิดต่อปัจเจกชน รัฐก็ควรจัดให้มีกลไกสำหรับผู้เสียหายในการมีส่วนร่วมในกระบวนการนิรโทษกรรมนั้นด้วยเพื่อรับฟังความเห็นของผู้เสียหาย และจะต้องไม่ใช้การนิรโทษกรรมตนเองของฝ่ายรัฐเพื่อให้รัฐไม่มีความผิด<sup>72</sup>

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า ความผิดทางการเมืองที่รัฐเป็นผู้เสียหายย่อมได้รับการนิรโทษกรรมได้ เพราะเมื่อรัฐเป็นผู้เสียหายก็ย่อมมีอำนาจที่จะไม่เอาผิดแก่ผู้กระทำความผิดได้ แต่ความผิดธรรมดาสามัญ ปัจเจกชนเป็นผู้เสียหาย รัฐจึงมีหน้าที่ต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมารับผิดชอบในการกระทำความผิดนั้น จึงไม่ควรนิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญ

---

<sup>68</sup> Michael P. Scharf, “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court,” *Cornell International Law Journal* 32, p. 513 (1999).

<sup>69</sup> Mark Freeman, *supra* note 41, p. 145.

<sup>70</sup> Louise Mallinder, *supra* note 29, p. 144.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 145.

### 1.6.3.3 ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

ในปัจจุบันทั่วโลกได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิมนุษยชนมากขึ้น เนื่องจากประชาคมโลกได้รับบทเรียนจากประวัติศาสตร์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงอันเป็นเหตุให้พลเมืองเสียชีวิตเป็นจำนวนมาก ทำให้ประชาคมโลกได้ตระหนักว่า การดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนอีกในอนาคต จนในที่สุดก็เกิดเป็นพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดหน้าที่ให้รัฐดำเนินคดีกับผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ การกำหนดหน้าที่รัฐให้ดำเนินคดีกับผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนี้ ก็เท่ากับว่าไม่ยอมรับให้มีการนิรโทษกรรมผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ต่อมาจึงได้มีสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับที่มีหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นการจำกัดขอบเขตในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมไว้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ถ้าการนิรโทษกรรมมีผลทำให้ไม่สามารถฟ้องคดีอาญาแก่บุคคลที่ต้องรับผิดชอบในความผิดที่เป็นอาชญากรรมสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ การทรมาน และการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ได้ ก็จะขัดกับพันธกรณีของรัฐที่ให้สัตยาบันไว้ในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ และขัดกับนโยบายของสหประชาชาติด้วย ดังนั้น ในปัจจุบันการกำหนดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมจะไม่รวมถึงความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เพราะเป็นการแสดงถึงความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศที่จะดำเนินการเกี่ยวกับความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง อีกทั้งยังเป็นการประณามในเชิงสัญลักษณ์ต่อบุคคลที่ต้องรับผิดชอบสำหรับการละเมิดสิทธิมนุษยชนดังกล่าวด้วย<sup>73</sup> ซึ่งจะช่วยกำจัดวัฒนธรรมแห่งการลอยนวล (a culture of impunity) และป้องกันไม่ให้มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงซ้ำอีก

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ามีกฎหมายนิรโทษกรรมจำนวนมากที่ไม่นิรโทษกรรมในความผิดทุจริตคอร์รัปชัน แต่กลับนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงอันเป็นความผิดที่ไม่ยอมให้มีการนิรโทษกรรมได้ ถึงแม้ว่าตามหลักการความผิดทุจริตคอร์รัปชันถือเป็นความผิดธรรมดาสามัญ จึงเป็นความผิดที่ไม่ควรได้รับการนิรโทษกรรมอยู่แล้วตามที่กล่าวมาข้างต้น แต่การที่ไม่ยอมนิรโทษกรรมในความผิดทุจริตคอร์รัปชัน แต่กลับนิรโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนั้น เป็นสิ่งที่น่าคิดพิจารณาว่าเป็นเพราะเหตุใด ในกรณีนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า สำหรับความผิดทุจริตคอร์รัปชันนั้น ประชาชนมีความรู้สึกร่วมกันว่าทุกคนเป็นผู้เสียหายจากการคอร์รัปชัน แต่สำหรับความผิดละเมิดสิทธิมนุษยชน

<sup>73</sup> Mark Freeman, *supra* note 41, p. 148.

อย่างร้ายแรงแล้ว ประชาชนไม่มีความรู้สึกร่วมกันถึงการเป็นผู้เสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน เนื่องจากมีหลายกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไม่ได้กระทบสาธารณชนส่วนใหญ่<sup>74</sup> ในประเด็นนี้จึงสะท้อนให้เห็นว่า คนในสังคมจะวางเฉยต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนหากตนเองไม่ได้รับผลกระทบจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้น ฉะนั้น จึงต้องช่วยกันสร้างสำนึกร่วมกันในสังคม ให้เห็นคุณค่าของสิทธิมนุษยชน และไม่ยอมรับการละเมิดสิทธิมนุษยชน

#### 1.6.4 ผู้ได้รับการนิรโทษกรรม

เมื่อมีการตัดสินใจว่าจะตรากฎหมายนิรโทษกรรมแล้ว สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณา คือผู้กระทำความผิดซึ่งจะเป็นผู้ได้รับการนิรโทษกรรมได้แก่กลุ่มบุคคลประเภทใดบ้าง ทั้งนี้ หากพิจารณาตามกฎหมายนิรโทษกรรมจะพบว่าผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมตามกฎหมายส่วนใหญ่จะเป็นบุคคล 3 ประเภท ดังต่อไปนี้

1. เจ้าหน้าที่รัฐ ผู้ได้รับการนิรโทษกรรมประเภทเจ้าหน้าที่รัฐ คือ บุคคลในขณะที่ยกระทำความผิดได้ทำงานให้แก่รัฐโดยมีการแต่งตั้งตามกฎหมาย<sup>75</sup> เช่น ทหาร ตำรวจ เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ นักการเมือง ในกรณีกฎหมายนิรโทษกรรมบัญญัติให้ความคุ้มกันแก่ผู้ต่อสู้อย่างทุกคน หรือผู้ที่มีส่วนร่วมในสถานการณ์ความรุนแรงทุกคน มักจะหมายรวมถึงเจ้าหน้าที่รัฐให้เป็นผู้ได้รับการนิรโทษกรรมด้วย อย่างเช่น กฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศนิการากัว ปี ค.ศ. 1990 ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างสันติภาพและความมั่นคง และเพื่อให้มีการปลดอาวุธ ถือว่าเป็นกฎหมายนิรโทษกรรมทั่วไปและไม่มีเงื่อนไข โดยบัญญัติให้นิรโทษกรรมแก่ชาวนิการากัวทุกคน โดยไม่มีการแบ่งแยกประเภท<sup>76</sup> ซึ่งหมายความว่าเจ้าหน้าที่รัฐจะเป็นผู้ได้รับการนิรโทษกรรมตามกฎหมายดังกล่าวด้วย แต่ก็มีบางกรณีที่กฎหมายนิรโทษกรรมกำหนดชัดเจนให้นิรโทษกรรมเฉพาะแก่เจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น<sup>77</sup> นอกจากนี้ในกฎหมายนิรโทษกรรมยังอาจมีการระบุตำแหน่งของเจ้าหน้าที่รัฐไว้โดยชัดแจ้งเพื่อกำหนดว่าผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมนั้นไม่รวมถึงบุคคลผู้มีตำแหน่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น กฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศโปรตุเกส ค.ศ. 1976 กำหนดว่าผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมไม่รวมถึงผู้นำทางทหาร กฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศกัมพูชา ค.ศ. 1994 กำหนดว่าผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมนั้นจะไม่รวมถึงผู้นำทางการเมือง<sup>78</sup>

<sup>74</sup> *Ibid*, p. 150.

<sup>75</sup> Louise Mallinder, *supra* note 29, p. 85.

<sup>76</sup> *Ibid*.

<sup>77</sup> ดู หัวข้อวัตถุประสงค์ของการนิรโทษกรรมในข้อ 5

<sup>78</sup> Mark Freeman, *supra* note 41, pp. 154 - 155.

2. บุคคลที่เป็นฝ่ายต่อต้านรัฐบาล ผู้ได้รับการนิรโทษกรรมประเภทฝ่ายต่อต้านรัฐบาลคือบุคคลที่ในขณะก่อความผิดได้กระทำไปเพื่อต่อต้านรัฐบาล จึงหมายความว่าผู้ที่มีส่วนร่วมในการรัฐประหารด้วย ทำให้เห็นว่าคำว่าฝ่ายต่อต้านรัฐบาลไม่ได้แสดงถึงความชอบธรรม เพราะบุคคลที่เป็นฝ่ายต่อต้านรัฐบาลก็มีทั้งกรณีใช้ความรุนแรงและกรณีใช้เสรีภาพในการประท้วงอย่างสันติ ซึ่งกลุ่มคนทั้งสองกรณีนี้มีความแตกต่างกันมาก<sup>79</sup> โดยกฎหมายนิรโทษกรรมอาจจะกำหนดให้เฉพาะแต่ฝ่ายต่อต้านรัฐบาลเท่านั้นที่จะเป็นผู้ได้รับการนิรโทษกรรมก็ได้ หรือหากมีการนิรโทษกรรมแก่ทั้งสองฝ่ายคือทั้งฝ่ายสนับสนุนรัฐบาลและฝ่ายต่อต้านรัฐบาล กรณีนี้บุคคลที่เป็นฝ่ายต่อต้านรัฐบาลก็ย่อมเป็นผู้ได้รับการนิรโทษกรรมด้วย

3. นักโทษทางการเมือง ผู้ได้รับการนิรโทษกรรมประเภทนักโทษทางการเมืองก็คือบุคคลที่ถูกลงโทษเพราะแสดงออกตามความเชื่อทางการเมืองหรือศาสนาของตนด้วยวิธีการที่ไม่ได้ใช้ความรุนแรง แต่มักจะถูกลงโทษโดยกฎหมายที่กดขี่ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายไม่เป็นธรรมในสังคมเสรีประชาธิปไตย การนิรโทษกรรมให้กับนักโทษทางการเมืองเหล่านี้จึงเป็นการแก้ไขสิ่งที่ผิดพลาดคือการลงโทษโดยไม่เป็นธรรมให้กลับมาถูกต้องด้วยการประกาศว่านักโทษทางการเมืองเหล่านั้นไม่มีความผิด

## 1.7 ผลของกฎหมายนิรโทษกรรม

การนิรโทษกรรมมีผลทางกฎหมายได้หลายอย่างขึ้นอยู่กับเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนิรโทษกรรมว่ากำหนดผลของการนิรโทษกรรมไว้อย่างไรบ้าง อาจจะกำหนดผลให้ผู้ได้รับการนิรโทษกรรมไม่มีความผิดอาญาและไม่ต้องถูกดำเนินคดีอาญาเพียงอย่างเดียว หรืออาจจะกำหนดผลให้ผู้ได้รับการนิรโทษกรรมไม่ต้องมีความรับผิดอื่น ๆ ด้วยก็ได้ โดยจะพิจารณาได้ดังนี้

### 1. ผลต่อความผิดอาญา

เนื่องด้วยการนิรโทษกรรม คือ การที่รัฐต้องการลบล้างการกระทำอันเป็นความผิดอาญา โดยให้ถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป กฎหมายนิรโทษกรรมจึงต้องตราขึ้นภายหลังที่มีการกระทำความผิดอาญาแล้วเพื่อใช้บังคับแก่การกระทำความผิดอาญาซึ่งได้เกิดขึ้นแล้วนั้น โดยกฎหมายนิรโทษกรรมจะมีผลลบล้างองค์ประกอบทางกฎหมายของการกระทำนั้นเพื่อไม่ให้การ

<sup>79</sup> Louise Mallinder, *supra* note 29, pp. 87 - 88.

กระทำนั้นเป็นความผิดอาญาอีกต่อไป<sup>80</sup> จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายนิรโทษกรรมเป็นกฎหมายที่มีผลย้อนหลังเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด<sup>81</sup> เพราะย้อนหลังไปเพื่อไม่ให้มีการบังคับใช้กฎหมายตามปกติแก่ผู้กระทำความผิดตั้งแต่ได้กระทำความผิดนั้น ๆ ซึ่งจะส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิด ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติกฎหมายนิรโทษกรรมที่มักจะบัญญัติว่า “ให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากความผิด”

## 2. ผลต่อความรับผิดทางแพ่ง

โดยปกติวัตถุประสงค์หลักของการตรากฎหมายนิรโทษกรรมก็เพื่อจะกำหนดผลให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดอาญา ดังที่ Andreas O'Shea ให้ข้อสังเกตไว้ว่า “เกรงว่าจะไม่มีตัวอย่างของกฎหมายนิรโทษกรรมที่จะคุ้มกันเฉพาะความรับผิดทางแพ่งอย่างเดียวแต่ไม่คุ้มกันความผิดอาญา เพราะเป็นที่เข้าใจได้ว่าวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายนิรโทษกรรมคือเพื่อสนับสนุนการเปลี่ยนผ่านทางการเมืองและความปรองดองของประชาชนในชาติ ซึ่งประเด็นหลักที่คำนึงถึงเป็นเรื่องที่ไม่ต้องการให้มีความรับผิดในทางอาญา”<sup>82</sup> อย่างไรก็ตาม มีกฎหมายนิรโทษกรรมจำนวนมากที่บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องมีความรับผิดในทางแพ่งด้วยนอกเหนือจากที่ไม่ให้มีความผิดทางอาญาแล้ว

## 3. ผลต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรม

ตามที่กล่าวมาข้างต้นว่ากฎหมายนิรโทษกรรมมีผลให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดซึ่งอาจจะเฉพาะความผิดอาญาหรือรวมถึงความรับผิดทางแพ่งด้วยก็ได้ อย่างไรก็ตาม ถ้าหากยังไม่ได้มีการดำเนินคดีใด ๆ กับผู้กระทำความผิดก็จะมีผลกระทบต่อขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการยุติธรรม แต่หากผู้กระทำความผิดนั้นกำลังถูกสอบสวนในชั้นสอบสวนของเจ้าพนักงาน หรือกำลังอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาล หรือแม้กระทั่งศาลได้มีคำพิพากษาคัดสินเกี่ยวกับความผิดแล้ว และผู้กระทำความผิดอยู่ในระหว่างการรับโทษ ในกรณีเหล่านี้ย่อมส่งผลกระทบต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรมกับผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีก่อนมีคำพิพากษาของศาล การดำเนินกระบวนการพิจารณา

<sup>80</sup> การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ ๓ ประการ คือ องค์ประกอบทางกฎหมาย (element legal) องค์ประกอบทางการกระทำ (element materiel) และองค์ประกอบทางจิตใจ (element moral) ซึ่งการนิรโทษกรรมคงลบล้างได้เพียงองค์ประกอบทางกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่อาจลบล้างการกระทำอันเป็นข้อเท็จจริงซึ่งได้เกิดขึ้นแล้วได้ (บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หาหรือปัญหาการจ่ายเงินเดือนของ พ.ต.ท.มานะ จารักษ์ เรื่องเสร็จที่ 315/2524)

<sup>81</sup> ผนวฒน์ ศรีปัดดา, “ลักษณะบางประการเกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทย,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า, ฉบับที่ 1, ปีที่ 11, น. 58 (มกราคม - เมษายน 2556).

<sup>82</sup> Andreas O'Shea, *supra* note 63, p. 268.

ต่าง ๆ ต้องหยุดลงและยกเลิกไป ส่วนถ้าเป็นกรณีหลังจากที่มีการพิพากษาว่ามีความผิดแล้วก็ต้องถือว่าผู้กระทำความผิดไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น และถ้าหากผู้กระทำความผิดกำลังได้รับโทษอยู่ก็ต้องถูกปล่อยตัวไป<sup>83</sup> ทั้งนี้ มีความเห็นว่าการนิรโทษกรรมในกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่ามีความผิดอาจจะกระทบกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลัก *res judicata* ที่ถือว่าเรื่องที่เคยมีคำพิพากษาแล้ว ให้คำพิพากษานั้นเป็นที่สุด เนื่องจากโดยส่วนมากการนิรโทษกรรมในกรณีที่มีคำพิพากษาแล้วจะกำหนดให้คำพิพากษาถูกยกเลิกไปด้วย ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่าเพื่อไม่ให้กระทบกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลัก *res judicata* การนิรโทษกรรมจึงไม่ควรถึงกับมีผลไปยกเลิกคำพิพากษาด้วย เว้นแต่คำพิพากษานั้นมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่เป็นธรรม<sup>84</sup> เพียงมีผลให้ถือว่าผู้กระทำความผิดไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้นก็เพียงพอแล้ว ตามความเห็นที่กล่าวมาทำให้เห็นว่า การนิรโทษกรรมอาจจะกระทบกับหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาว่ามีความผิดแล้ว และต่อมา มีการนิรโทษกรรมให้ผู้กระทำผิดโดยไปยกเลิกคำพิพากษาของศาลด้วย เพราะเป็นการแทรกแซงอำนาจตุลาการคือไปยกเลิกคำพิพากษาที่ศาลตัดสินไปแล้ว แต่ถ้าคำพิพากษาของศาลนั้นสืบเนื่องมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่เป็นธรรม ก็จะไม่ถือว่ากระทบกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่ยังคงถือว่า การนิรโทษกรรมช่วยเยียวยาความไม่เป็นธรรมอีกด้วย ซึ่งกรณีนี้มักจะเกิดขึ้นกับนักโทษทางการเมืองที่ต่อต้านรัฐโดยแสดงออกตามสิทธิเสรีภาพที่มี โดยไม่ได้ใช้ความรุนแรง แต่กลับถูกนำตัวมาดำเนินคดีโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้น เมื่อมีการนิรโทษกรรมให้กับนักโทษทางการเมืองที่มีคำพิพากษาแล้วว่ามีความผิด จึงต้องยกเลิกคำพิพากษาด้วยเพราะจะเป็นการแสดงให้เห็นว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ผ่านมาไม่เป็นธรรม และนักโทษทางการเมืองเหล่านั้นก็ไม่สมควรมีความผิดหรือได้รับการลงโทษ

---

<sup>83</sup> Faustin Z. Ntoubandi, *supra* note 1, p. 32.

<sup>84</sup> Mark Freeman, *supra* note 41, p. 159.

## บทที่ 2

### การจำกัดขอบเขตในการนิรโทษกรรม

การนิรโทษกรรมเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ และยังคงใช้มาอย่างต่อเนื่องทุกยุคทุกสมัย ทั้งนี้ แนวความคิดของการนิรโทษกรรมก็มีการเปลี่ยนแปลงไปตามเวลา และสภาพสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับข้อจำกัดในการนิรโทษกรรม รากฐานของแนวความคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมนั้นมาจากเรื่องสิทธิ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญ<sup>1</sup> หรือสิทธิมนุษยชน<sup>2</sup> ก็ตาม ซึ่งสิทธิทางรัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชนนั้นล้วนแล้วแต่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกัน โดยเฉพาะในมิติของพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ กล่าวคือเริ่มต้นมาจากกฎหมายธรรมชาติที่มีแนวความคิดว่ามนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิ่งสากล ไม่อาจแบ่งแยก ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้ ในเวลาต่อมาแนวความคิดดังกล่าวก็ได้ส่งผลให้เกิดการเรียกร้องให้รัฐยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลในการที่จะป้องกันตนเองจากการล่วงละเมิดโดยอำนาจแห่งรัฐ<sup>3</sup> โดยการเริ่มต้นของการเรียกร้องสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนดังกล่าวนี้มาซึ่งการปฏิวัติในหลายประเทศ ดังตัวอย่างที่สำคัญในประวัติศาสตร์ ได้แก่ ในประเทศอังกฤษ ที่ทำให้เกิด

---

<sup>1</sup> สิทธิทางรัฐธรรมนูญ (constitutional rights) หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิขั้นมูลฐาน (Grundrecht ; basic right) หมายถึง สิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีต่ออำนาจมหาชนของรัฐในการที่จะป้องกันตนจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ ซึ่งสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปจะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่หากพิจารณาในทางเนื้อหาอาจมีบางกรณีที่มีสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายหรือได้รับการรับรองไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 199.)

<sup>2</sup> สิทธิมนุษยชน (human rights) เป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ ที่มีมาเองโดยความเป็นมนุษย์ ติดตัวมาแต่กำเนิด และไม่อาจถูกพรากโอนไปจากตัวเราได้ ซึ่งคำว่าสิทธิมนุษยชนเป็นคำที่เพิ่งใช้เรียกกันเมื่อศตวรรษที่ 20 นี้เอง แต่แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนมีมานานแล้วจากหลักกฎหมายธรรมชาติ โดยแต่ก่อนจะใช้คำว่า สิทธิธรรมชาติ (natural rights) (ดู จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), น. 57, กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), น. 5.)

<sup>3</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 200.

มหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta) ซึ่งได้กำหนดหลักการในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ ในประเทศอเมริกา ก็มี Virginia Bills of Rights ที่ยืนยันอำนาจของประชาชนและยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน ซึ่งมีอิทธิพลต่อคำประกาศอิสรภาพของอเมริกา (The Declaration of Independence) และรัฐธรรมนูญของอเมริกาในเวลาต่อมาด้วย ในประเทศฝรั่งเศส เมื่อเกิดการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 ก่อให้เกิดปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง (Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) ที่ให้การรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ การปฏิวัติของทั้งสามประเทศที่กล่าวมาล้วนแต่มีส่วนในการส่งเสริมให้แนวความคิดเรื่องสิทธิของปัจเจกชนได้รับการยอมรับและพัฒนาต่อเนื่องมา กล่าวคือ การเรียกร้องให้กษัตริย์หรือผู้ปกครองในแต่ละรัฐยอมรับสิทธิของปัจเจกชนภายในรัฐนั้น ๆ ก่อให้เกิดการจำกัดอำนาจผู้ปกครองด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิโดยรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐ และพัฒนาต่อมาจนกระทั่งในปัจจุบันนี้ ไม่ใช่เป็นเรื่องเฉพาะภายในของรัฐแต่ละรัฐแล้ว เพราะสังคมระหว่างประเทศตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิของปัจเจกชน และต้องการให้สิทธิต่าง ๆ นั้นได้รับการรับรองและคุ้มครองเป็นมาตรฐานเดียวกัน จึงได้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิโดยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนนี้ก็ได้อิทธิพลต่อแนวความคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมด้วย โดยจะอธิบายต่อไปนี้

## 2.1 ความเป็นมาในการจำกัดขอบเขตการนิรโทษกรรม

แต่เดิมการนิรโทษกรรมมีที่มาจากความเชื่อเกี่ยวกับการให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิดโดยพระผู้เป็นเจ้า โดยมีกษัตริย์ในฐานะเป็นสื่อกลางระหว่างพระผู้เป็นเจ้ากับมนุษย์เป็นผู้ใช้อำนาจในการให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิดดังกล่าว<sup>4</sup> ซึ่งการนิรโทษกรรมในระยะแรกมักจะใช้แสดงถึงการให้อภัยหรือความเมตตาากรุณาของกษัตริย์ที่มีต่อผู้ไม่เชื่อฟังและก่อกบฏต่อกษัตริย์<sup>5</sup> โดยนัยนี้จึงเห็นว่า แรกเริ่มความผิดที่จะได้รับการนิรโทษกรรมก็คือความผิดที่ก่อขึ้นต่อผู้ปกครองหรือกษัตริย์ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับในปัจจุบันก็คือความผิดทางการเมืองซึ่งก่อขึ้นเพื่อต่อต้านรัฐ เช่น

<sup>4</sup> Faustin Z. Ntoubandi, Amnesty for Crimes against Humanity under International Law, (Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007), p. 15.

<sup>5</sup> Louise Mallinder, "Peacebuilding, The Rule of Law and The Duty to Prosecute : What Role Remains for Amnesties?," Accessed March 10, 2015, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1916067](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1916067).

การกบฏ การก่อจลาจล การก่อความไม่สงบต่าง ๆ<sup>6</sup> ทั้งนี้ ก็สืบเนื่องมาจากแนวความคิดในเรื่องอำนาจสูงสุดเป็นของกษัตริย์ เพราะกษัตริย์เป็นผู้ได้รับมอบอำนาจในการตัดสินความผิดและให้อภัยความผิดมาจากพระผู้เป็นเจ้า และแม้ว่ากษัตริย์จะมอบอำนาจในการตัดสินความผิดนี้ให้แก่ผู้พิพากษาเป็นตัวแทนในการใช้อำนาจของกษัตริย์ก็ตาม แต่กษัตริย์ก็ยังใช้อำนาจนี้ได้โดยตรงและเด็ดขาดเพียงผู้เดียว<sup>7</sup> ฉะนั้น การให้ความกรุณาของกษัตริย์แก่ผู้กระทำความผิดด้วยการนิรโทษกรรมจึงมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับเรื่องอำนาจรัฐ ในแง่ที่ว่าเมื่อกษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจในการลงโทษก็ย่อมจะมีอำนาจที่จะไม่ลงโทษได้เช่นกัน<sup>8</sup> ด้วยเหตุนี้ในสมัยก่อนอำนาจในการนิรโทษกรรมจึงไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เพราะเป็นเรื่องอำนาจสูงสุดเด็ดขาดของผู้ปกครองที่มีอำนาจให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิด

แต่ต่อมาเมื่อมีพัฒนาการในเรื่องแนวคิดทางรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญก็เปรียบเสมือนเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน อำนาจในการให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิดจึงไม่ใช่เป็นอำนาจเด็ดขาดของผู้ปกครองอย่างแต่ก่อนแล้ว แต่เป็นอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นของประชาชน<sup>9</sup> โดยมีลักษณะการใช้อำนาจอธิปไตยในการให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิดแตกต่างกันไปตามองค์กรของรัฐที่เป็นผู้แทนในการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน กล่าวคือ โดยทั่วไปหากเป็นการอภัยโทษจะเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายบริหาร ส่วนการนิรโทษกรรมจะเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ โดยจะต้องมีกระบวนการและเนื้อหาของการนิรโทษกรรมไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดภายในรัฐด้วย

อย่างไรก็ดี ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง พลเมืองได้เสียชีวิตเป็นจำนวนมากจากการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ประชาคมโลกจึงมีความตระหนักในเรื่อง

---

<sup>6</sup> Phenyó Tshenolo Keiseng Rakate, “The Duty to Prosecute and the Status of Amnesties Granted for Gross and Systematic Human Rights Violations in International Law : Towards a Balanced Approach Model,” ( Ph.D. dissertation, University of South Africa, 2004), p. 23.

<sup>7</sup> René Lévy, “Pardons and Amnesties as Policy Instruments in Contemporary France,” *Crime and Justice* 36, p. 554 (2007).

<sup>8</sup> Kieran McEvoy and Louise Mallinder, “Amnesties in Transition : Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy.” *Journal of Law and Society* 39, p. 416. (September 2012).

<sup>9</sup> Faustin Z. Ntoubandi, *supra* note 4, p. 15.

สิทธิมนุษยชนมากขึ้น ซึ่งส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในการนิรโทษกรรมด้วย กล่าวคือ มีการสร้างกลไกเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ และมีการทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเพื่อสร้างบรรทัดฐานที่มีประสิทธิภาพในการจำกัดอำนาจเด็ดขาดของรัฐเหนือพลเมือง<sup>10</sup> โดยกลไกเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ ได้เรียกร้องให้มีการดำเนินการทางอาญากับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและจำกัดอำนาจในการนิรโทษกรรม<sup>11</sup> รัฐที่ลงนามในสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมีหน้าที่ในการประกันสิทธิและเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำหนดไว้ และยังต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการนิรโทษกรรมจะไม่ถูกนำมาใช้กับการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาเหล่านั้นด้วย<sup>12</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากมีหลักฐานทางประวัติศาสตร์ระบุว่าการนิรโทษกรรมให้กับเจ้าหน้าที่รัฐของตุรกีซึ่งต้องมีความรับผิดชอบในการสังหารหมู่ชาว Armenians กว่าหนึ่งล้านคนในช่วงสงครามโลกครั้งที่หนึ่งนั้น มีส่วนจูงใจให้อิตเลอร์ตัดสินใจดำเนินนโยบายฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยคิดว่าตนจะไม่ถูกเอาผิดเหมือนกับกรณีของเจ้าหน้าที่รัฐของตุรกีที่ผ่านมา<sup>13</sup> ทำให้นำไปสู่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งเป็นผลให้ประชาชนถูกฆ่าตายจำนวนมาก ด้วยเหตุนี้ ทำให้เริ่มมีการตระหนักถึงความล้มเหลวในการจัดการกับผู้กระทำความผิดในอดีตที่อาจเป็นสาเหตุหนึ่งให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคตได้ จึงส่งผลให้กลุ่มนักสิทธิมนุษยชนเรียกร้องให้มีการแสดงความรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนในอดีต<sup>14</sup> โดยจะไม่ยอมให้มีการปล่อยตัวผู้ที่ก่ออาชญากรรมร้ายแรงไปโดยไม่มีการลงโทษ เพราะเห็นว่าการดำเนินคดีและการลงโทษเป็นสิ่งจำเป็นที่จะช่วยกำจัดการไม่เอาผิดและป้องกันไม่ให้มีการก่ออาชญากรรมนั้นซ้ำอีก<sup>15</sup> นอกจากนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศก็มีความต้องการที่จะคุ้มครองประชาชนผู้บริสุทธิ์ให้รอดพ้นจากอันตราย และ

<sup>10</sup> Phenyio Tshenolo Keiseng Rakate, *supra* note 6, p. 48.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 58.

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 50.

<sup>13</sup> Michael P. Scharf, “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court,” Cornell International Law Journal 32, p. 514 (1999).

<sup>14</sup> Noami Roht-Arriaza and Lauren Gibson, “The Development Jurisprudence on Amnesty,” Human Rights Quarterly 20, p. 843 (1998).

<sup>15</sup> Charles P. Trumbull IV, “Giving Amnesties a Second Chance,” Berkeley Journal of International Law 25, p. 284 (2007).

ดำเนินคดีกับผู้นำประเทศหรือนายทหารระดับสูงที่ออกคำสั่งเช่นฆ่าประชาชนด้วย<sup>16</sup> เพราะเห็นว่าการนิรโทษกรรมเปรียบเสมือนสิ่งสนับสนุนว่าจะไม่ต้องมีการรับผิดชอบได้กระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง นัยนี้การนิรโทษกรรมจึงช่วยส่งเสริมให้มีความกล้าที่จะละเมิดสิทธิมนุษยชนซ้ำอีก ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจึงมีความจำเป็นในการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนในอนาคต<sup>17</sup> ซึ่งนับว่าเป็นแนวคิดที่มาในการจำกัดขอบเขตการนิรโทษกรรม จนในที่สุดก็เกิดเป็นพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดหน้าที่ให้รัฐดำเนินคดีกับผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจากการตัดสินคดีอาชญากรรมสงครามที่นูเรมเบิร์ก (Nuremburg) โดยมีการตั้งข้อกล่าวหาของพวกนาซีว่าเป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (crimes against humanity)<sup>18</sup> ซึ่งมาตรา 6 (C) ของกฎบัตรของศาลทหารระหว่างประเทศ (Charter of the

<sup>16</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 213.

<sup>17</sup> Charles P. Trumbull IV, *supra* note 15, p. 307.

<sup>18</sup> คำว่า อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (crimes against humanity) มีที่มาจากกฎบัตรของศาลทหารระหว่างประเทศ (Charter of the International Military Tribunal) ที่นูเรมเบิร์ก เพื่อลงโทษการกระทำที่รัฐบาลกระทำการโจมตีพลเรือนของตนเองว่าเป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ โดยในกฎบัตรดังกล่าวนิยามไว้ว่า “การฆ่าคนตายโดยเจตนา การกำจัดให้สิ้นซาก การเฝ้าคนลงเป็นทาส การเนรเทศหรือการกระทำที่ไร้มนุษยธรรมอื่นใดที่กระทำขึ้นต่อพลเรือน ก่อนหรือหลังสงคราม หรือก่อวินโดยเหตุผลทางการเมือง เผ่าพันธุ์ ศาสนาที่ได้กระทำโดยสัมพันธ์กับความผิดอาญาภายใต้เขตอำนาจศาล ไม่ว่าจะเป็นการละเมิดกฎหมายของประเทศที่ถูกรานหรือไม่” หลังจากนั้นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติก็มีพัฒนาการของฐานความผิดโดยปรากฏในธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่อดีดยุโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่ระวันดาอีก จนในที่สุดมีธรรมนูญกรุงโรม (Rome Statute) จึงได้มีการบัญญัติความหมายของอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติไว้อย่างชัดเจนในข้อ 7 วรรคแรก ว่า

“เพื่อประโยชน์แห่งธรรมนูญฉบับนี้ อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ หมายถึง การกระทำดังต่อไปนี้ ที่เป็นการโจมตีโดยตรง อย่างกว้างขวาง หรือเป็นระบบ ต่อพลเรือนโดยการใช้กำลังการโจมตีนั้น

(a) ฆ่าคนตายโดยเจตนา

(b) กำจัดให้สิ้นซาก

International Military Tribunal) ที่นูเรมเบิร์ก กำหนดว่า เจ้าหน้าที่ใด ๆ ของรัฐในอนาคตซึ่งอนุญาตยินยอมให้มีการข่มขู่ทรมาน หรือการล้างเผ่าพันธุ์ต่อประชาชนภายในประเทศตน จะต้องมีความรับผิดชอบอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ และอาจได้รับการลงโทษโดยศาลใด ๆ ที่สามารถจับตัวผู้กระทำผิดได้ จนอาจกล่าวได้ว่า นับเป็นครั้งแรกที่ปัจเจกบุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำแห่งความมีอารยะจากรัฐบาลในประเทศตน<sup>19</sup>

การกำหนดหน้าที่รัฐให้ดำเนินคดีกับผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนี้ ก็เท่ากับว่าไม่ยอมรับให้มีการนิรโทษกรรมผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และเมื่อมีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ เรื่องสิทธิมนุษยชนก็เป็นหลักการสำคัญหนึ่งที่ได้รับการรับรองไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ และต่อมาก็ได้มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นอีกหลายฉบับ ซึ่งสนธิสัญญาหลายฉบับได้มีพันธกรณีก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐภาคีในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ทำให้รัฐภาคีไม่สามารถนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ และในปัจจุบันรัฐธรรมนูญในหลายประเทศก็ได้มีบทบัญญัติ

- 
- (c) เอาคนลงเป็นทาส
  - (d) เนรเทศหรือบังคับให้ประชากรย้ายถิ่น
  - (e) จำคุก หรือการลิดรอนเสรีภาพในร่างกายโดยการละเมิดหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ
  - (f) ทรมาน
  - (g) ข่มขืน เอาคนลงเป็นทาสทางเพศ บังคับให้เป็นโสเภณี บังคับให้ตั้งครรภ์ บังคับให้ทำหมัน หรือรูปแบบอื่นที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีความรุนแรงเท่าเทียมกัน
  - (h) ก่อวินโดยกลุ่มคนโดยฐานแห่งความแตกต่างทางการเมือง เผ่าพันธุ์ สัญชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา เพศ ที่กำหนดไว้ในวรรคสาม หรือโดยฐานแห่งความแตกต่างอื่นที่ยอมรับไม่ได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ
  - (i) บังคับบุคคลให้สูญหาย
  - (j) อาชญากรรมเหยียดผิว
  - (k) การกระทำที่ไร้มนุษยธรรมรูปแบบอื่นที่มีลักษณะคล้ายกันโดยมีเจตนาที่สร้างความทุกข์ทรมานอย่างมาก หรือ เจตนาทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัส” (ดู ปกป้อง ศรีสนธิ, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 62 - 66.)

<sup>19</sup> จริญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 269.

ห้ามการนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไว้อย่างชัดเจนอีกด้วย นอกจากนี้ ถ้าพิจารณาในแง่ของสิทธิผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงแล้ว การนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง อาจจะกระทบสิทธิของผู้ถูกละเมิดที่ได้รับ การรับรองไว้ในสนธิสัญญาและรัฐธรรมนูญอีกด้วย จึงถือว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศและรัฐธรรมนูญเป็นข้อจำกัดในการนิรโทษกรรม ดังนั้น การตรากฎหมายนิรโทษกรรมในปัจจุบันจะต้องคำนึงถึงข้อจำกัดตามกฎหมายภายใน ซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญ และข้อจำกัดตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้ กฎหมายนิรโทษกรรมยังอาจถูกควบคุมตรวจสอบได้จากทั้งระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศ

## 2.2 ข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะมีบ่อเกิดหลายบ่อเกิด แต่สนธิสัญญาถือว่าเป็นบ่อเกิดหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ เนื่องจากเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาตรา 2 อนุมาตรา 1 (a) ได้ให้คำนิยามว่า “สนธิสัญญาหมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐที่เป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะกระทำขึ้นเป็นเอกสารฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือหลายฉบับและไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอะไรก็ตาม” สนธิสัญญาจึงมีค่าบังคับทางกฎหมายผูกพันรัฐภาคีให้ปฏิบัติตาม ดังหลักทั่วไปว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) ซึ่งก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 26 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ว่า “สนธิสัญญามีผลบังคับผูกพันรัฐภาคีในการที่จะต้องปฏิบัติตามด้วยความสุจริตใจ”<sup>20</sup> ดังนั้น เมื่อรัฐเข้าไปเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาโดยอ้อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงแห่งสนธิสัญญานั้น

ในประเด็นเกี่ยวกับเรื่องสิทธิมนุษยชนนั้น องค์การสหประชาชาติได้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาสิทธิมนุษยชนให้เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับทั่วไปอย่างเป็นระบบ โดยเริ่มตั้งแต่การมีกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน อันส่งผลให้รัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติต้องมีความผูกพันตามพันธกรณีของกฎบัตรสหประชาชาติ เนื่องจากกฎบัตรแห่งสหประชาชาติเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี จึงมีค่าบังคับทางกฎหมายผูกพันรัฐสมาชิกให้ปฏิบัติตาม ซึ่งก็ปรากฏตามความในมาตรา 55 และ มาตรา 56 ของกฎบัตรสหประชาชาติว่า รัฐสมาชิกต่างให้คำมั่นปฎิญาณ ในการดำเนินการร่วมมือกับสหประชาชาติเพื่อบรรลุจุดประสงค์ของ

<sup>20</sup> ดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 16*, น. 31, 59 - 61.

สหประชาชาติในการส่งเสริมการเคารพและปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชน<sup>21</sup> โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยหยิบยกประเด็นเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของมาตรา 55 และ มาตรา 56 ของกฎบัตรสหประชาชาติขึ้นพิจารณา และได้กล่าวรับรองว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีผลผูกมัดรัฐสมาชิกของสหประชาชาติให้ต้องปฏิบัติตามและเคารพต่อสิทธิมนุษยชน<sup>22</sup> ดังนั้นรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติจึงมีหน้าที่ต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้เขตอำนาจรัฐ การใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐก็ย่อมมีข้อจำกัดตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มุ่งหมายคุ้มครองสิทธิมนุษยชน นอกเหนือจากข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศที่มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

โดยหลังจากการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติแล้วก็มีการผลักดันให้มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนออกมาอีกหลายฉบับ ในตลอดช่วงศตวรรษที่ 20 สนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหลายฉบับมีแนวโน้มเรียกร้องให้รัฐภาคีดำเนินคดีอาญาในความผิดเฉพาะบางอย่างที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เพราะเห็นว่าการลงโทษเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชน<sup>23</sup> ซึ่งสนธิสัญญาเหล่านี้ถือเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของกฎหมายนิรโทษกรรมว่าไม่ให้มีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงดังที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา เพราะการนิรโทษกรรมที่มีผลให้บุคคลที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไม่ถูกดำเนินคดีอาญาจะขัดกับข้อตกลงในสนธิสัญญาเหล่านั้นที่กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินคดีอาญาแก่ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ดังนั้น ถ้ารัฐภาคีมีการนิรโทษกรรมให้ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงตามความผิดเฉพาะที่กำหนดในสนธิสัญญาก็จะเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาที่รัฐภาคีจะต้องมีความผูกพันในการปฏิบัติตาม

นอกจากนี้ สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมักจะกำหนดถึงสิทธิในการได้รับการเยียวยา (right to a remedy)<sup>24</sup> ไว้ด้วย ทั้งนี้ สิทธิในการได้รับการเยียวยาจะประกอบ

<sup>21</sup> จริญญา โฆษณานันท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 273.

<sup>22</sup> Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights*, (Oxford : Clarendonn Press, 1983), p. 52, อ้างใน เพิ่งอ้าว, น. 274.

<sup>23</sup> Anja Seibert-Fohr, “The Fight against Impunity under the International Covenant on Civil and Political Rights,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6, p. 303 (2002).

<sup>24</sup> สิทธิในการได้รับการเยียวยาถูกพัฒนาขึ้นมาแทนที่การแก้แค้นทดแทนกันเองของปัจเจกบุคคล เริ่มแรกนั้นการเยียวยา มีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความเสียหายในกรณีที่ปัจเจกบุคคล

ไปด้วยสิทธิของผู้เสียหายในการได้รับความยุติธรรม (right to justice) สิทธิของผู้เสียหายในการได้รับการชดเชยความเสียหาย (right to reparations) และสิทธิในการได้รับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและกระบวนการแก้ไขเยียวยาผู้เสียหาย (right to truth)<sup>25</sup> ฉะนั้น กฎหมายนิรโทษกรรมที่มีผลให้ผู้เสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนไม่ได้รับการเยียวยาใด ๆ จากรัฐเลย จึงขัดกับข้อตกลงตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่รับรองสิทธิในการได้รับการเยียวยาของผู้เสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนไว้ หากรัฐภาคีใดตรากฎหมายนิรโทษกรรมเช่นนั้นก็แสดงว่ารัฐภาคีได้ละเมิดพันธกรณีของสนธิสัญญา

### 2.2.1 สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายนิรโทษกรรม

ตัวอย่างของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เรียกร้องให้รัฐภาคีดำเนินคดีอาญาในความผิดเฉพาะบางอย่างที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดความผิดในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษต่ออาชญากรรมที่เป็นการทำลายเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Genocide Convention) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดและลงโทษอาชญากรรมในลักษณะการแบ่งแยกคนต่างผิว (the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid) อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : CAT) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันบุคคลจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance : CED) เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ไม่ได้กำหนดเจาะจงให้รัฐภาคีดำเนินคดีอาญาในความผิดเฉพาะ

---

เป็นผู้ก่อความเสียหาย แต่ต่อมาสิทธิในการได้รับการเยียวยาก็มีการพัฒนาโดยรวมไปถึงการเยียวยาในกรณีที่รัฐทำความเสียหายให้แก่ปัจเจกบุคคลด้วย (See Dinah Shelton, Remedies in International Human Rights Law, (New York : Oxford University Press, 2000), p. 58, 61.) ในด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เมื่อรัฐโดยเจ้าหน้าที่รัฐทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนแก่ปัจเจกบุคคล ปัจเจกบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากรัฐ โดยรัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้มีมาตรการในการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ

<sup>25</sup> Louise Mallinder, Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide, (Oxford : Hart Publishing, 2008), p. 263.

บางอย่างที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงโดยตรง แต่กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่เคารพสิทธิมนุษยชนและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกรณีทั่วไป รวมถึงกำหนดว่าผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนต้องได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม อันส่งผลเป็นข้อจำกัดความผิดในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมด้วยเช่นกัน เพราะการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเท่ากับรัฐภาคีนั้นไม่เคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามที่สนธิสัญญากำหนดหน้าที่ไว้ให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติ ซึ่งสนธิสัญญาที่กำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีเคารพสิทธิมนุษยชนและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกรณีทั่วไปดังกล่าวที่สำคัญคือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) และอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน (American Convention on Human Rights)

สำหรับในส่วนนี้จะอธิบายเกี่ยวกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายนิรโทษกรรม 3 ฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : CAT) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) และอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน (American Convention on Human Rights) เพื่อให้มีความเข้าใจเกี่ยวกับสนธิสัญญาดังกล่าวและนำมาเป็นแนวทางปรับใช้กับการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทยต่อไปได้ เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ส่วนกรณีอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันนั้น แม้ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าว แต่เนื่องจากประเทศในภูมิภาคอเมริกาได้มีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมจำนวนมาก ส่งผลให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกัน และศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาได้มีคำวินิจฉัยหลายคดีเกี่ยวกับการตรากฎหมายนิรโทษกรรมที่ขัดกับอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน อันจะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาและนำมาเป็นตัวอย่างปรับใช้กับประเทศไทยได้ เพราะอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันมีเนื้อหาสาระสำคัญคล้ายกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย

### 2.2.1.1 อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : CAT)

การทรมานเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปอยู่แล้วว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง<sup>26</sup> อย่างไรก็ตามการทรมานก็ยังคงเกิดขึ้นทั่วโลก จึงได้มีการรณรงค์ต่อต้านการทรมานเพื่อยุติการกระทำทรมานและป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำทรมานเกิดขึ้น ซึ่งในวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1975 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ตกลงรับรองปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทั้งปวงจากการตกอยู่ภายใต้การทรมาน การประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี แต่ปฏิญญาดังกล่าวไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย ต่อมาสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงได้มีมติรับรองอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1984 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1987 โดยอนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อยุติและป้องกันการกระทำทรมานและทารุณกรรมซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลอื่นที่กระทำในนามเจ้าหน้าที่รัฐ โดยมีคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (the Committee against Torture) ที่คอยตรวจสอบรัฐภาคีให้ปฏิบัติตามอนุสัญญาโดยไม่ให้มีการกระทำทรมาน และให้รัฐภาคีออกกฎหมายหรือมาตรการอื่นที่จำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทรมานเกิดขึ้นในรัฐภาคนั้น ๆ

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี มีข้อกำหนดซึ่งมีผลต่อการตรากฎหมายนิรโทษกรรม คือ

---

<sup>26</sup> การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เป็นคำที่ใช้กันมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่กฎหมายสิทธิมนุษยชนก็ไม่ได้ให้คำนิยามของการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไว้ อย่างไรก็ดี เป็นที่ยอมรับกันว่าการพิจารณาลักษณะของการกระทำที่จะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงมีองค์ประกอบอย่างน้อยที่สุดสองประการ คือ สิทธิที่ถูกละเมิดนั้นเป็นสิทธิที่เป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ และ ระดับความรุนแรงของการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ต้องเป็นระบบโดยเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางหรือเป็นนโยบายของรัฐ ความผิดซึ่งยอมรับกันว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การใช้ระบอบปกครองแบ่งแยกสีผิว การทรมาน การทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ การฆ่า การประหารนอกกฎหมาย การจับกุมคุมขังตามอำเภอใจ (วิชัย ศรีรัตน์ ลาวินัย ถนัดศิลปปะกุล และทศพล ทรศนกุลพันธ์, ศัพท์สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2555), น. 95.

ข้อ 4 (1) “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่าการกระทำทรมานทั้งปวงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของตน ให้ใช้หลักการเดียวกันนี้บังคับสำหรับการพยายามกระทำการทรมาน และสำหรับการกระทำโดยบุคคลใดที่เป็นการสมรู้ร่วมคิด หรือการมีส่วนร่วมในการทรมานด้วย

(2) ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐทำให้ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดที่มีโทษ ซึ่งมีระวางโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำเหล่านั้น”

ข้อ 12 “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่า เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของตน ดำเนินการสืบสวนโดยพลันและโดยปราศจากความลำเอียง เมื่อใดก็ตามที่มีมูลเหตุสมผลจะเชื่อได้ว่า ได้มีการกระทำการทรมานเกิดขึ้นในอาณาเขตใดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน”

ข้อ 13 “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่า ปัจเจบุคคลที่อ้างว่าตนถูกทรมาน ในอาณาเขตใดก็ตามที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐนั้น มีสิทธิที่จะร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของรัฐนั้น และที่จะทำให้กรณีของตนได้รับการพิจารณาตรวจสอบโดยพลัน และโดยปราศจากความลำเอียงโดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของรัฐนั้น ให้ดำเนินขั้นตอนทั้งปวงเพื่อประกันว่า ผู้ร้องทุกข์ และพยานได้รับความคุ้มครองให้พ้นจากการประทุษร้ายหรือการข่มขู่ให้หวาดกลัวทั้งปวงอันเป็นผลจากการร้องทุกข์หรือการให้พยานหลักฐานของบุคคลนั้น”

ข้อ 14 (1) “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันในระบบกฎหมายของตนว่า ผู้ถูกทำร้ายจากการกระทำการทรมานได้รับการชดเชยทดแทนและมีสิทธิซึ่งสามารถบังคับคดีได้ ที่จะได้รับสินไหมทดแทนที่เป็นธรรมและเพียงพอ รวมทั้งวิถีทางที่จะได้รับการบำบัดฟื้นฟูอย่างเต็มรูปแบบที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ในกรณีที่ผู้ถูกทำร้ายเสียชีวิต อันเป็นผลจากการกระทำการทรมาน ให้ผู้อยู่ในอุปการะของบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะได้รับสินไหมทดแทน”<sup>27</sup>

รัฐภาคีใดที่ตรากฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งมีผลทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีอาญาในความผิดที่มีลักษณะเป็นการทรมาน และทำให้ผู้ถูกกระทำการทรมานไม่ได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย ย่อมเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อพันธกรณีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประทุษร้ายหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีตามข้อกำหนดที่กล่าวมาข้างต้น ดังนั้นข้อกำหนดดังกล่าวถือเป็นข้อจำกัดในการตรากฎหมาย

---

<sup>27</sup> ดูคำแปลภาษาไทยของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประทุษร้ายหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยกระทรวงต่างประเทศ ได้จาก <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/catt.pdf> (สืบค้นเมื่อวันที่ 30 กันยายน 2558)

นิรโทษกรรมของรัฐภาคี ที่ไม่ให้รัฐภาคีตรากฎหมายนิรโทษกรรมสำหรับความผิดที่มีลักษณะเป็นการทรมานตามอนุสัญญานี้

### 2.2.1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)

เนื่องด้วยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย<sup>28</sup> จึงมีการดำเนินการให้หลักการที่รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีผลผูกพันทางกฎหมายด้วยการนำมารับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีจึงก่อให้เกิดผลผูกพันแก่รัฐภาคีตามกฎหมายโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 ทั้งนี้ ตามกติกาฉบับนี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (the Human Rights Committee) ซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบรัฐภาคีให้ปฏิบัติตามพันธกรณีในการเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกติกา โดยการตรวจรายงานของรัฐภาคี ตลอดจนให้ความเห็น ข้อเสนอแนะต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ถึงแม้ยอมรับกันทั่วไปว่าความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นสนธิสัญญาที่ก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายแก่รัฐภาคี ดังนั้นความเห็นที่ประกาศออกมาโดย

---

<sup>28</sup> แม้ว่ากฎบัตรสหประชาชาติจะรับรองสิทธิมนุษยชนแต่ไม่ได้บัญญัติถึงรายละเอียดของสิทธิมนุษยชนไว้ จึงขาดความชัดเจนว่าสิทธิมนุษยชนที่รับรองไว้คืออะไร ในเวลาต่อมาจึงได้ประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องสิทธิมนุษยชนที่กฎบัตรสหประชาชาติรับรองไว้ แต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ใช่สนธิสัญญา หากเป็นเพียงมติที่ได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเท่านั้น จึงไม่มีค่าบังคับทางกฎหมาย โดยมีจุดประสงค์มุ่งสร้างความเข้าใจและมาตรฐานร่วมกันต่อสิทธิมนุษยชนที่กล่าวถึงในกฎบัตรสหประชาชาติ อย่างไรก็ดี หลังจากประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของรัฐจำนวนมากที่ปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอต่อเนื่องเป็นเวลานานได้ส่งผลให้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอาจเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเฉพาะบางส่วน ที่ได้รับการยอมรับปฏิบัติตามจากประชาคมนานาชาติอย่างสม่ำเสมอต่อเนื่อง (ดู จรัญ โฆษณานันท์, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 2*, น. 271, 284, 296 – 299.)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจึงไม่อาจถูกปฏิเสธว่าไม่มีความสำคัญใด ๆ ได้เลย เพราะอย่างน้อย รัฐภาคีก็ต้องนำความเห็นนั้นไปพิจารณาไตร่ตรอง<sup>29</sup> ถ้าหากความเห็นหรือข้อเสนอแนะต่าง ๆ ของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนไม่มีความสำคัญเลย แล้วเหตุใดรัฐภาคีส่วนใหญ่จึงพยายามที่จะทำตาม ความเห็นหรือข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ อย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่นก็มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หลังจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้มีข้อวิจารณ์ว่าเด็กผู้ชายในญี่ปุ่น ได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากเด็กผู้หญิง<sup>30</sup> ดังนั้นแสดงว่าความเห็นและข้อเสนอแนะต่าง ๆ ของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็มีความสำคัญต่อรัฐภาคีในการใช้เป็นแนวทางเพื่อปฏิบัติตาม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้อย่างถูกต้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง นอกจากนี้ในกรณีที่บุคคลถูกละเมิดสิทธิตามที่กำหนดไว้ในกติกา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยังมี อำนาจรับเรื่องร้องเรียนจากบุคคล ตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารเลือกรับต่อท้ายกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วย แต่อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนต่อเรื่องร้องเรียนดังกล่าวไม่ได้มีผลผูกมัดทางกฎหมายโดยตรงต่อรัฐที่เกี่ยวข้อง แต่มีผล โน้มน้าวให้มีการแก้ไขปรับปรุงมากกว่า โดยในทางปฏิบัติ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะให้รัฐภาคีที่ ละเมิดสิทธิที่รับรองไว้ในกติกาฉบับนี้เยียวยาความเสียหายด้วยการจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ถูก ละเมิดสิทธิมนุษยชน และกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ เพื่อรับรองว่าจะไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน อีกในอนาคต<sup>31</sup>

ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองไม่มี ข้อบทใดที่กำหนดหน้าที่ให้ต้องมีการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนไว้อย่างชัดเจน แต่จากข้อ 2 (1) และ (2) ที่มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

ข้อ 2 (1) “รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ ปัจเจบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ ในกติกานี้โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็น ทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ

(2) ในกรณีที่ยังไม่มีมาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการอื่นใด รัฐภาคี แต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็น ตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญของตน

<sup>29</sup> Anja Seibert-Fohr, *supra* note 23, p. 310.

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 312.

<sup>31</sup> จริญ โฆษณานันท์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 2, น. 345.

และบทบัญญัติแห่งกติกานี้เพื่อให้มีมาตรการทางนิติบัญญัติ หรือมาตรการอื่นใดที่อาจจำเป็น เพื่อให้สิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้เป็นผล”<sup>32</sup>

แสดงให้เห็นว่าโดยวัตถุประสงค์ของเนื้อความตามข้อ 2 (1) และ (2) ได้กำหนดหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนไว้<sup>33</sup> กล่าวคือ พันธกรณีตามข้อ 2 (1) และ (2) นี้ นอกจากจะกำหนดให้เคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนี้แล้ว ยังมุ่งหมายไปถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกรณีทั่วไปที่ไม่เฉพาะแต่ปัจเจกบุคคล แต่รวมถึงทั้งสังคมโดยรวมด้วย สำหรับการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนก็เป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกรณีทั่วไปตามวัตถุประสงค์ของข้อ 2 (1) และ (2)<sup>34</sup> ประกอบกับแนวข้อวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าการไม่เอาผิดเป็นอุปสรรคต่อการเคารพสิทธิมนุษยชน การลงโทษจึงเป็นเครื่องมือที่ป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนในอนาคต<sup>35</sup> โดยการลงโทษผู้ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นมาตรการที่จำเป็น “ที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคล...ในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้” ตามข้อ 2 (1) และเป็นมาตรการที่จำเป็น “เพื่อให้สิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้เป็นผล” ตามข้อ 2 (2)<sup>36</sup>

นอกจากนี้ยังมีข้อบทอื่นในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่มีผลเกี่ยวกับการนิรโทษกรรม คือ

ข้อ 2 (3) “รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะ

(ก) ประกันว่า บุคคลใดที่สิทธิหรือเสรีภาพของตนซึ่งรับรองไว้ในกติกานี้ถูกละเมิดต้องได้รับการเยียวยาอย่างเป็นผลจริงจัง โดยไม่ต้องคำนึงว่าการละเมิดนั้นจะกระทำโดยบุคคลผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่

(ข) ประกันว่า บุคคลใดที่เรียกร้องการเยียवादังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายตุลาการ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจ หรือจากหน่วยงานอื่น

<sup>32</sup> ดูคำแปลภาษาไทยของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้จาก <http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/iccppt.pdf> (สืบค้นเมื่อวันที่ 30 กันยายน 2558)

<sup>33</sup> Anja Seibert-Fohr, *supra* note 23, p. 331.

<sup>34</sup> *Ibid*, pp. 323 - 324.

<sup>35</sup> *Ibid*, p. 332.

<sup>36</sup> *Ibid*, p. 322 (2002).

ที่มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ โดยระบบกฎหมายของรัฐ และจะพัฒนาหนทางการเยียวยาด้วยกระบวนการยุติธรรมทางศาล

(ค) ประกันว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องบังคับการให้การเยียวยานั้นเป็นผล”

ข้อ 2 (3) นี้เป็นเรื่องของสิทธิในการได้รับการเยียวยา (right to a remedy) การนิรโทษกรรมนั้น นอกจากจะทำให้รัฐไม่ได้ดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนตามที่กล่าวมาแล้ว ยังมีผลทำให้ไม่มีการสอบสวนผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการนิรโทษกรรมได้โดยเจ้าหน้าที่ และในขณะเดียวกันผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนก็อาจจะไม่ได้รับค่าสินไหมทดแทนจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งล้วนแต่เป็นเรื่องที่ได้รับการประกันไว้ตามข้อ 2 (3) นี้<sup>37</sup>

เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐภาคีได้เคารพและประกันสิทธิที่ได้รับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เพื่อให้สิทธิเหล่านั้นเป็นผลตามข้อ 2 (1) และ (2) ด้วยเหตุนี้ถ้าหากมีการนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงย่อมทำให้รัฐไม่อาจดำเนินคดีอาญาแก่ความผิดดังกล่าวได้ ดังนั้น การนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจึงละเมิดพันธกรณีตามข้อ 2 (1) และ (2) อีกทั้งการนิรโทษกรรมอาจจะมีผลทำให้ละเมิดพันธกรณีข้อ 2 (3) ด้วย เพราะการนิรโทษกรรมทำให้ไม่มีการสอบสวนความผิดและผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนยังอาจจะไม่ได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วย ซึ่งเป็นเรื่องข้อ 2 (3) ประกันไว้ว่าบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิได้รับรองไว้ในกติกานี้ต้องได้รับการเยียวยาอย่างเป็นผลจริงจึง ดังนั้น ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ความผิดที่ไม่อาจได้รับการนิรโทษกรรมได้ คือ ความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น การทรมาน การประหารนอกกฎหมาย การทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ เป็นต้น ถ้ามีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมในความผิดดังกล่าว ย่อมเป็นการละเมิดพันธกรณีตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

### 2.2.1.3 อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน (American Convention on Human Rights)

อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่มีผลผูกพันรัฐภาคีตามกฎหมาย ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอเมริกา

<sup>37</sup> *Ibid*, p. 335.

โดยมีสาระสำคัญคล้ายกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และกำหนดให้เมืองครีที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองและตรวจสอบเรื่องสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคนี้ 2 องค์กร คือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา (Inter-American Commission on Human rights) กับ ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกามีอำนาจในการรับเรื่องร้องเรียนตามอนุสัญญา มีส่วนร่วมในการดำเนินคดี และมีอำนาจในการยื่นฟ้องคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา ส่วนศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกามีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญา และให้คำปรึกษา ความเห็นทางกฎหมาย ตีความอนุสัญญา ถึงแม้ว่าตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันกำหนดให้รัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา แต่อย่างไรก็ตาม อนุสัญญากลับไม่ได้สร้างกลไกเฉพาะในการบังคับตามคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา จึงต้องใช้มาตรการทางการเมืองในการแก้ไขปัญหาหากมีการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา เช่น การลงมติประณามรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา ซึ่งเป็นการสร้างแรงกดดันต่อรัฐนั้น<sup>38</sup> สำหรับประเด็นที่เกี่ยวกับการนิรโทษกรรมนั้น ทั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา และศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาต่างก็ได้มีความเห็นและคำพิพากษาเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมหลายครั้ง ว่า ตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันนั้น รัฐไม่อาจตรากฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และการนิรโทษกรรมตนเองได้ เพราะจะขัดกับพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าว คือ ข้อ 1(1) ที่กำหนดให้กำหนดให้รัฐภาคีต้องเคารพและประกันสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในอนุสัญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ ข้อ 2 กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการเกี่ยวกับการกระทำทางนิติบัญญัติในรัฐเพื่อให้สิทธิที่ได้รับรองไว้ในอนุสัญญาเป็นผล ข้อ 8 ที่รับรองสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม และข้อ 25 ที่รับรองสิทธิในการได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยศาล<sup>39</sup>

ตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศซึ่งเป็นข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมนั้น ไม่ยอมรับการนิรโทษกรรมความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง รวมทั้งการนิรโทษกรรมตนเอง ดังจะอธิบายต่อไปนี้

<sup>38</sup> ดู จรัญ โฆษณานันท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 484 - 494.

<sup>39</sup> ดูข้อบทของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันที่เป็นภาษาอังกฤษได้จาก

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

(สืบค้นเมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 2559)

### 2.2.2 ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

สำหรับการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นไม่ใช่ทุกกรณีที่จะต้องมีการดำเนินคดีอาญา การลงโทษไม่ได้หมายความว่าถึงเฉพาะโทษทางอาญาเท่านั้น การลงโทษอย่างอื่นก็ป้องกันวัฒนธรรมแห่งการลอยนวล (a culture of impunity) ได้เช่นกัน เช่น อาจลงโทษโดยไล่ออกจากราชการ เพราะถ้ายังอยู่ในตำแหน่งก็มีความเสี่ยงที่จะใช้อำนาจในตำแหน่งทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ซ้ำอีก หรือยกเลิกบำนาญ หรือให้จ่ายค่าเสียหายเป็นค่าปรับทางปกครอง หรือดำเนินคดีทางแพ่ง<sup>40</sup> แต่สำหรับในกรณีของการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนั้น เช่น การฆ่า การทรมาน การทำให้บุคคลหายสาบสูญ การดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นหน้าที่ที่ต้องดำเนินการ ทั้งนี้ ตามข้อวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในคดี *Bautista de Arellana v. Colombia* ว่า การลงโทษในทางวินัยและทางปกครองไม่ใช่การเยียวยาที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในความหมายของข้อ 2 (3) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองสำหรับกรณีของการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของการถูกกล่าวหาว่าละเมิดสิทธิที่จะมีชีวิต<sup>41</sup> ทั้งนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้วินิจฉัยว่า รัฐภาคีมีหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญา และพยายามลงโทษแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในกรณีการทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ และการละเมิดสิทธิที่จะมีชีวิต<sup>42</sup> ซึ่งหมายความว่า การนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในกรณีดังกล่าวไม่อาจทำได้ เพราะถ้ามีการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ก็เท่ากับว่ารัฐภาคีไม่ได้ดำเนินคดีอาญาและพยายามลงโทษแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 2 (1) และ (2)

สำหรับความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ถือว่าเป็นกรณีร้ายแรงในอันที่จะทำให้รัฐภาคีต้องดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้น โดยไม่อาจนิรโทษกรรมในความผิดดังกล่าวได้นั้น มีความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่ระบุว่าความผิดดังกล่าวไม่สามารถนิรโทษกรรมได้ไว้หลายครั้ง เช่น

<sup>40</sup> Anja Seibert-Fohr, *supra* note 23, p. 326.

<sup>41</sup> *Bautista de Arellana v. Colombia*, Doc. CCPR/C/55/D/563/1993, para. 8.2 (1995).

<sup>42</sup> *Bautista de Arellana v. Colombia*, Doc. CCPR/C/55/D/563/1993, para. 8.6 (1995).

General Comment 20 เกี่ยวกับข้อ 7 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระบุว่า รัฐภาคีใดที่มีการนิรโทษกรรมให้ความผิดที่เป็นการทรมาน การนิรโทษกรรมนั้นไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐภาคีที่จะต้องดำเนินการสอบสวน และประกันเสรีภาพจากการกระทำดังกล่าวในอาณาเขตของรัฐ และรับรองว่าจะไม่เกิดกรณีเช่นนั้นอีกในอนาคต รัฐภาคีจะต้องไม่พรางสิทธิของปัจเจกบุคคลในการได้รับการเยียวยารวมถึงการได้รับค่าชดเชย และการฟื้นฟูเท่าที่จะสามารถทำได้<sup>43</sup>

ข้อวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนต่อประเทศเซเนกัล ระบุว่า การนิรโทษกรรมต้องไม่ใช่เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมการไม่เอาผิดแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับความผิดที่เป็นการทรมาน การประหารชีวิตนอกกฎหมาย การทารุณต่อผู้ต้องขัง ที่จะต้องมีการสอบสวน และนำตัวผู้ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนดังกล่าวมาลงโทษ<sup>44</sup>

ข้อวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนต่อประเทศไนจีเรียก็ระบุว่า ความผิดสำหรับการประหารชีวิตนอกกฎหมาย ไม่อาจได้รับความคุ้มกันจากกฎหมายนิรโทษกรรมได้<sup>45</sup>

Concluding Observations on Croatia ระบุว่า ไม่สามารถนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้<sup>46</sup>

Concluding Observations on Guatemala ระบุว่า หากรัฐภาคีจะตรากฎหมายเพื่อการปรองดองในประเทศ จะต้องไม่มีการนิรโทษกรรมให้แก่ความผิดที่เป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (crimes against humanity)<sup>47</sup>

นอกจากนี้ มีกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยว่าการนิรโทษกรรมเป็นการละเมิดพันธกรณีข้อ 2 (3) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วย เช่น ข้อวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในคดี Rodriguez v. Uruguay ว่า การนิรโทษกรรมให้แก่

<sup>43</sup> General Comment 20 on article 7, HRI/GEN/1/Rev. 1, 31, para 15 (1992).

<sup>44</sup> Comments on Senegal, Doc. CCPR/C/79/Add.10, para. 5 (1992).

<sup>45</sup> Comments on Nigeria, Doc. CCPR/C/79/Add.17, para. 7 (1993).

<sup>46</sup> Concluding Observations on Croatia, Doc. CCPR/CO/71/HRV, para. 11 (2001).

<sup>47</sup> Concluding Observations on Guatemala, Doc. CCPR/CO/72/GTM, para. 12 (2001).

ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ด้วยการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมาย Law no. 15,848, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado นั้น ไม่เป็นไปตามพันธกรณีที่รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และคณะกรรมการยังตั้งข้อสังเกตอีกว่า การบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าว เป็นการขัดขวางการสอบสวนคดีละเมิดสิทธิมนุษยชนในอดีต และมีผลทำให้รัฐภาคีไม่มีความความรับผิดชอบในการเยียวยาผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน<sup>48</sup> เช่นเดียวกับในกรณีของประเทศอาร์เจนตินา ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเคยแสดงความกังวลว่ากฎหมาย Law of Due Obedience และ Law of Punto Final ปฏิเสธการเยียวยาแก่ผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นการละเมิดพันธกรณีของกติกานี้ในข้อ 2 (3) เนื่องจากการนิรโทษกรรมมีผลเป็นการขัดขวางการสอบสวนการกระทำผิด<sup>49</sup>

ในส่วน of คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาก็ได้ยืนยันหลายครั้งเช่นกันว่ามีกฎหมายนิรโทษกรรมที่ละเมิดสิทธิซึ่งได้รับการรับรองไว้ตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน เช่น

Lucio Parada Cea et al v El Salvador คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกามีความเห็นว่ กฎหมายนิรโทษกรรมได้พรากสิทธิของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมที่จะกล่าวหาบุคคลผู้กระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงแก่พวกเขาไป และคณะกรรมการยังเห็นว่าการที่ El Salvador ยอมรับและบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมทั่วไป (general amnesty law) เป็นการละเมิดสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม<sup>50</sup> ซึ่งรับรอง

<sup>48</sup> Rodriguez v. Uruguay, HRC Communication No. 322, CCPR/C/51/D/322/1988, para. 12.4 (1988).

<sup>49</sup> Comments on Argentina, Doc. CCPR/C/79/Add.46, para. 10 (1995).

<sup>50</sup> สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม คือ สิทธิที่บุคคลจะได้รับการพิจารณา โดยองค์กรที่มีอำนาจ มีความเป็นอิสระ ปราศจากอคติ และใช้เวลาดำเนินการพิจารณาอย่างเหมาะสม ไม่ล่าช้า ซึ่งโดยทั่วไปสิทธินี้จะตีความให้เป็นสิทธิเฉพาะผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยเท่านั้น ไม่ได้เป็นสิทธิของผู้เสียหาย แต่ก็อาจนำมาใช้กับผู้เสียหายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในภูมิภาคละตินอเมริกาซึ่งผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเป็นคู่ความในคดีอาญาและนำคดีมาฟ้องได้เพราะระบบกฎหมายอาญาในหลายประเทศแถบละตินอเมริการับรองสิทธินี้ไว้ ผู้เสียหายจึงอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิในการได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมได้ แต่สำหรับประเทศที่ไม่ได้กำหนดให้ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเป็นคู่ความและฟ้องคดีอาญาได้นั้น ผู้เสียหายย่อมไม่สามารถอ้างว่าตนถูกละเมิดสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม เพราะผู้เสียหายไม่มีสิทธิเป็นคู่ความหรือฟ้องคดีอาญา แต่ในกรณีนี้ถือ

ไว้ในข้อ 8 (1) ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน ซึ่งทำให้ผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงด้วยการทรมานได้รับความเสียหาย<sup>51</sup>

Ignacio Ellacuría, SJ et al v El Salvador คณะกรรมการให้ความเห็นว่ารัฐภาคีล้มเหลวในการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันในการลงโทษผู้ที่ต้องมีส่วนรับผิดชอบในการประหารนอกกฎหมาย (extrajudicial execution)<sup>52</sup> แม้ว่าอนุสัญญาจะไม่ได้ระบุชัดเจนให้รัฐภาคีต้องลงโทษการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน แต่รัฐภาคีมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชน และสำหรับกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนั้น การดำเนินคดีและลงโทษผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงก็คือวิธีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาก็ได้มีคำพิพากษาในหลายคดีว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่มีผลไม่ให้มีการดำเนินคดีอาญาในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ขัดกับพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน เช่น

คดี Barrios Altos v. Peru<sup>53</sup> ซึ่งเกี่ยวกับเหตุการณ์รุนแรงในปี ค.ศ. 1991 ที่ทหารได้ฆ่าประชาชน ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาได้กล่าวว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่มีขึ้นเพื่อให้ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไม่ต้องรับผิดชอบ เป็นกฎหมายนิรโทษกรรมที่ไม่ได้รับการยอมรับ เพราะกฎหมายดังกล่าวทำให้ไม่ได้มีการสอบสวนและดำเนินคดีอาญากับผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น การทรมาน การประหารชีวิตนอกกฎหมาย การทำให้บุคคลสูญหาย โดยถูกบังคับ ดังนั้นการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจึงไม่สามารถทำได้

---

เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินคดีอาญา อันเป็นภารกิจหนึ่งของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายในรัฐ (See Anja Seibert-Fohr, *supra* note 23, p. 314, Louise Mallinder, *supra* note 25, p. 265.)

<sup>51</sup> Lucio Parada Cea et al v El Salvador, Case No. 10.408, Report No. 1/1999.

<sup>52</sup> Ignacio Ellacuría, SJ et al v El Salvador, Case No. 10.488, Report No. 136/1999.

<sup>53</sup> Barrios Altos v. Peru, Merits, 14 March 2001, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 75.

เนื่องจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ไม่อาจพรางหรือจำหน่ายจ่ายโอนได้ และสิทธิเหล่านั้นก็เป็นสิทธิที่ถูกรับรองไว้ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วย<sup>54</sup>

สำหรับคดีนี้ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาได้ตัดสินว่ากฎหมายนิรโทษกรรมให้ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนในเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นการขัดกับพันธกรณีตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน โดยอธิบายว่ากฎหมายนิรโทษกรรมได้ขัดขวางผู้เสียหายที่รอดชีวิต และญาติของผู้ตายไม่ได้รับการพิจารณาดีอย่างเป็นธรรม ซึ่งเป็นสิทธิที่ถูกรับรองไว้ใน ข้อ 8 (1) อีกทั้งยังเป็นการละเมิดสิทธิในการได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยศาลตามข้อ 25 นอกจากนี้การที่ไม่ได้มีการสอบสวนและดำเนินคดีอาญากับผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนในเหตุการณ์ครั้งนั้นยังเป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อ 1 (1) ที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องเคารพและประกันสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในอนุสัญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ และการบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าเปรูไม่ได้ปฏิบัติตามข้อ 2 ของอนุสัญญาที่กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการเกี่ยวกับการกระทำทางนิติบัญญัติในรัฐเพื่อให้สิทธิที่ถูกรับรองไว้ในอนุสัญญาเป็นผล<sup>55</sup> ศาลได้สรุปว่ากฎหมายนิรโทษกรรม (Amnesty Law No. 26479 and No. 26492) ขัดกับพันธกรณีตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน อันเป็นผลให้กฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมาย<sup>56</sup> ซึ่งต่อมามีการยื่นเรื่องให้ศาลตีความคำพิพากษา ซึ่งศาลก็ได้กล่าวว่า การตัดสินว่ากฎหมายนิรโทษกรรมไม่มีผลทางกฎหมายนั้นให้มีผลเป็นการทั่วไป<sup>57</sup> คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาในคดีนี้ส่งผลให้ศาลเปรูได้ยกเลิกการยุติการดำเนินคดีอาญาที่เป็นผลมาจากกฎหมายนิรโทษกรรม โดยเปิดให้มีการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเกี่ยวกับเหตุการณ์รุนแรงดังกล่าวใหม่ อัยการพิเศษได้ขอหมายจับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการฆ่าในเหตุการณ์ครั้งนั้นซึ่งมีเจ้าหน้าที่ทหารรวมอยู่ด้วย โดยผู้ถูกกล่าวหาดังกล่าวก็ได้

<sup>54</sup> Barrios Altos v. Peru, Merits, 14 March 2001, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 75, para. 35.

<sup>55</sup> Barrios Altos v. Peru, Merits, 14 March 2001, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 75, para. 42.

<sup>56</sup> Barrios Altos v. Peru, Merits, 14 March 2001, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 75, para. 44.

<sup>57</sup> Barrios Altos v. Peru, Interpretation of the Judgment of the Merits, Judgment, 3 September 2001, Inter-Am. Ct. H.R. Series C No. 83.

ถูกคุมขังและถูกดำเนินคดีอาญาในศาลยุติธรรม และหนึ่งในผู้ถูกกล่าวหาคืออดีตประธานาธิบดี Fujimori ต่อมาก็ถูกศาลสูงสุดของเปรูพิพากษาลงโทษจำคุก 25 ปี<sup>58</sup>

คดี *Almonacid-Arellano v. Chile*<sup>59</sup> เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการประหารนอกกฎหมาย<sup>60</sup> Luis Almonacid-Arellano ในปี ค.ศ. 1973 โดยไม่มีการสอบสวน เพราะมีกฎหมายนิรโทษกรรมของชิลีในปี ค.ศ. 1978 การฟ้องคดีนี้มุ่งเน้นเรื่องการถูกปฏิเสธในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมหลังปี ค.ศ. 1990 ซึ่งเป็นปีที่ประเทศชิลียอมรับเขตอำนาจศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา ศาลได้ตัดสินว่า รัฐไม่อาจละเลยหน้าที่ในการสอบสวน และลงโทษผู้ก่ออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ด้วยการบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรม ดังนั้นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติจึงเป็นความผิดที่ไม่ยอมให้มีการนิรโทษกรรมได้<sup>61</sup> ศาลยังกล่าวอีกว่าการที่ประเทศชิลียังคงบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมอยู่หลังจากที่ประเทศชิลีให้สัตยาบันอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน และยอมรับเขตอำนาจศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา เป็นการจงใจไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิที่ได้รับรองไว้ในอนุสัญญานี้ จึงเป็นการละเมิดหน้าที่ตามอนุสัญญาและก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ<sup>62</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าวศาลจึงตัดสินว่ากฎหมายนิรโทษกรรมของชิลีฉบับดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมาย และไม่อาจใช้เป็นเครื่องขัดขวางการสอบสวนข้อเท็จจริง หรือการ

---

<sup>58</sup> Diego García-Sayán, “The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America,” *Texas Law Review* 89, p. 1843 (2011).

<sup>59</sup> *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, 26 September 2006, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 154.

<sup>60</sup> การประหารนอกกฎหมาย คือ การฆ่าบุคคลอื่นโดยจงใจซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐตามคำสั่งรัฐบาลหรือโดยองค์กรที่อยู่ในความรับผิดชอบและการรู้เห็นเป็นใจของรัฐบาล โดยไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาดำเนินคดีเพื่อลงโทษบุคคลนั้น (วิชัย ศรีรัตน์ ลาวัณย์ ถนัดศิลปะกุล และ ทศพล วรรณกุลพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น. 83.)

<sup>61</sup> *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, 26 September 2006, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 154. para. 114.

<sup>62</sup> *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, 26 September 2006, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 154. para. 119.

หาตัวผู้กระทำผิด และการลงโทษผู้กระทำผิดในคดีดังกล่าวได้ อีกทั้งยังใช้ไม่ได้กับกรณีอื่นในประเทศชิลีที่เป็นการละเมิดสิทธิซึ่งรับรองไว้ในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันด้วย<sup>63</sup>

คดี Gomes Lund et al. v. Brazil ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาใต้ตัดสินว่าบทบัญญัติของกฎหมายนิรโทษกรรมประเทศบราซิล ปีค.ศ 1979 ที่ทำให้ไม่ได้มีการสอบสวนและลงโทษผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนั้น เป็นบทบัญญัติที่ละเมิดอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน จึงไม่มีผลทางกฎหมาย และไม่สามารถกีดกันการสอบสวนข้อเท็จจริง หรือการหาตัวผู้กระทำผิด และลงโทษผู้ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในคดีนี้ได้<sup>64</sup>

สำหรับกรณีตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน (the Committee against Torture) ก็ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับความกังวลต่อการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในความผิดที่มีลักษณะเป็นการทรมานในหลายประเทศ เช่น อาเซอร์ไบจาน บารห์เรน เบนิน ชิลี โครเอเชีย คีร์กีซสถาน เปรู เซเนกัล เวเนซุเอลา โดยคณะกรรมการต่อต้านการทรมานตั้งข้อสังเกตว่ากฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศเหล่านั้นที่นิรโทษกรรมให้แก่ความผิดที่มีลักษณะเป็นการทรมานไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐภาคีภายใต้อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี<sup>65</sup> อีกทั้งในรายงานของ The CAT's Concluding Observations ประเทศสเปน ในปี ค.ศ. 2009 ยังสรุปข้อแนะนำไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐภาคีต้องประกันว่าการทรมาน และการทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับจะไม่ใช่

<sup>63</sup> Almonacid-Arellano et al. v. Chile, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, 26 September 2006, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 154. para. 119, 145.

<sup>64</sup> Gomes Lund et al. v. Brazil, Merits Reparations and Costs, 24 November 2010, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 219.

<sup>65</sup> European Court of Human Rights, "Expert Opinion on International Standards Relating to the Duty to Investigate, and the Impermissibility of Amnesty of Prescription, in Relation to Crimes Against Humanity," Accessed September 30, 2015, [http://www.interights.org/userfiles/Annex\\_1\\_Impunity\\_filed.pdf](http://www.interights.org/userfiles/Annex_1_Impunity_filed.pdf).

ความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรม อีกทั้งตามข้อ 14 แห่งอนุสัญญานี้ มีผลให้รัฐภาคีต้องประกันว่า ผู้ถูกกระทำทรมานจะต้องได้รับการเยียวยาและมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายด้วย<sup>66</sup>

## 2.3 ข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญคือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับรูปของรัฐ รูปแบบการปกครอง โครงสร้างของรัฐ การใช้อำนาจของสถาบันทางการเมืองและสถาบันทางรัฐธรรมนูญ ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันเหล่านั้น นอกจากนี้ยังกำหนดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน ที่สร้างหลักประกันในสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเพื่อจำกัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญถือกำเนิดขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ของผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่มีลำดับขั้นสูงที่สุดและเป็นที่มาของอำนาจทั้งหลายทั้งปวงในรัฐ ส่งผลให้บทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดในรัฐจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้<sup>67</sup> ดังนั้น ในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมก็ต้องไม่ขัดรัฐธรรมนูญด้วย

สำหรับกรณีของการนิรโทษกรรมนั้น ในหลายประเทศได้มีการกำหนดไว้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญว่าการนิรโทษกรรมให้เป็นอำนาจนิติบัญญัติ จึงเท่ากับเป็นการกำหนดให้การนิรโทษกรรมต้องกระทำในรูปแบบของการตรากฎหมายเท่านั้น ซึ่งก็ต้องดำเนินการตามกระบวนการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญในบางประเทศยังกำหนดถึงกระบวนการตรากฎหมายนิรโทษกรรมไว้แตกต่างจากการตรากฎหมายทั่วไปอีกด้วย คือ กำหนดว่าการตรากฎหมายนิรโทษกรรมจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเสียงข้างมากพิเศษ (special majority)<sup>68</sup> การกำหนดเช่นนี้อาจเนื่องมาจากกฎหมายนิรโทษกรรมเป็นการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายปกติ ที่มีผลให้บุคคลที่ได้กระทำผิดไม่มีความผิด จึงจำเป็นต้องได้รับ

<sup>66</sup> The CAT's Concluding Observations on Spain (2009), CAT/C/ESP/CO/5, para. 21.

<sup>67</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 122.

<sup>68</sup> Josepha Close, "Amnesty Provisions in Constitutions of the World : A Comparative Analysis," Accessed October 2, 2015, <https://aninternationallawblog.wordpress.com/2015/01/05/amnesty-provisions-in-the-constitutions-of-the-world-a-comparative-analysis/>

ความเห็นชอบด้วยเสียงข้างมากพิเศษ ตัวอย่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศที่กำหนดเฉพาะว่า กฎหมายนิรโทษกรรมต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเสียงข้างมากพิเศษ เช่น มาตรา 79<sup>69</sup> ของรัฐธรรมนูญอิตาลี ปี ค.ศ. 1947 กำหนดว่า การตรากฎหมายนิรโทษกรรมจะต้องใช้คะแนนเสียงสองในสามของทั้งสองสภา ทั้งในการพิจารณาของแต่ละสภา และในการลงมติ

มาตรา 121 (21)<sup>70</sup> ของรัฐธรรมนูญคอซตาริกา ปี ค.ศ. 1949 กำหนดว่า การตรา กฎหมายนิรโทษกรรมต้องใช้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกทั้งหมดของสภานิติบัญญัติ

มาตรา 47 (3)<sup>71</sup> ของรัฐธรรมนูญกรีซ ปี ค.ศ. 1975 กำหนดว่า กฎหมายนิรโทษกรรม จะผ่านได้ต้องได้รับคะแนนเสียงสามในห้าของสมาชิกทั้งหมดของรัฐสภา

---

<sup>69</sup> ดูบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ที่เป็นภาษาอังกฤษได้จาก <https://www.constituteproject.org/> (สืบค้นเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2558)

Article 79

“Amnesty and pardon may be granted by a law which has received a two-thirds majority in both Houses of Parliament, on each section and on the final vote.

Such law shall set the deadline for the implementation of amnesty or pardon.

Amnesty and pardon thus introduced may not be granted in the cases of a crime committed after the introduction of such bill.”

<sup>70</sup> Article 121

“In addition to the other attributions that this Constitution confers on it, it corresponds exclusively to the Legislative Assembly:

(21) To grant by [the] vote of no less than the two-thirds part of the totality of its members, general amnesty and pardons for political crimes, with the exception of the electoral ones, with regard to which there can be no pardon;”

<sup>71</sup> Article 47

“(3) Amnesty may be granted only for political crimes, by statute passed by the Plenum of the Parliament with a majority of three-fifths of the total number of members.”

มาตรา 63<sup>72</sup> ของรัฐธรรมนูญชิลี ปี ค.ศ. 1980 กำหนดว่า การตรากฎหมายนิรโทษกรรม ต้องมีองค์ประชุมเป็นไปตามกฎหมาย และต้องได้คะแนนเสียงจำนวนสองในสามของสมาชิกเท่าที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

มาตรา 87<sup>73</sup> ของรัฐธรรมนูญตุรกี ปี ค.ศ. 1982 กำหนดว่า การประกาศการนิรโทษกรรมต้องใช้คะแนนเสียงสามในห้าของสภาแห่งชาติตุรกี

มาตรา 150 (17)<sup>74</sup> ของรัฐธรรมนูญโคลัมเบีย ปี ค.ศ. 1991 กำหนดว่า การตรากฎหมายนิรโทษกรรมต้องใช้คะแนนเสียงสองในสามของทั้งสองสภา

---

<sup>72</sup> Article 63

“Matters of law only, are :

(16) The laws that concede general pardons and amnesties will always require a qualified quorum. Notwithstanding, this quorum will be [that] of two-thirds of the Deputies and Senators in office when concerning crimes contemplated in Article 9;”

<sup>73</sup> Article 87

“The duties and powers of the Grand National Assembly of Turkey are to enact, amend, and repeal laws; to scrutinize the Council of Ministers and the ministers; to authorize the Council of Ministers; to issue decrees having the force of law on certain matters; to debate and adopt the budget bills and final accounts bills; to decide to issue currency and declare war; to approve the ratification of international treaties, to decide with the majority of three-fifths of the Grand National Assembly of Turkey to proclaim amnesty and pardon; and to exercise the powers and carryout the duties envisaged in the other articles of the Constitution.”

<sup>74</sup> Article 150

“It is the responsibility of Congress to enact laws. Through them, it exercises the following functions:

(17) To grant, by a two-thirds majority of the members of both Houses or for grave reasons of public convenience, amnesties or general commutations for political crimes. In cases where the grantees are exempted from civil liability with

มาตรา 120 (13)<sup>75</sup> ของรัฐธรรมนูญเอควาดอร์ ปี ค.ศ. 2008 กำหนดว่า การตรากฎหมายนิรโทษกรรมต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบสองในสามของสมาชิกของสภาแห่งชาติ

ดังนั้น กระบวนการตรากฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศที่มีรัฐธรรมนูญกำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมไว้โดยเฉพาะก็ต้องมีการดำเนินการให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพื่อไม่ให้กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่สำหรับประเทศที่ไม่ได้มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญกำหนดเกี่ยวกับการตรากฎหมายนิรโทษกรรมไว้โดยเฉพาะ กระบวนการตรากฎหมายนิรโทษกรรมก็ย่อมเป็นไปตามกระบวนการตรากฎหมายทั่วไปที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกฎหมายนิรโทษกรรมก็เป็นกฎหมายเช่นเดียวกันกับกฎหมายอื่น ๆ ที่ต้องมีกระบวนการตราเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดขั้นตอนไว้

ทั้งนี้ บริบททางการเมืองและประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศย่อมมีผลต่อการกำหนดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศด้วย ดังเห็นได้จากในปัจจุบันมีหลายประเทศที่ได้กำหนดเกี่ยวกับข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมไว้โดยเฉพาะในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ<sup>76</sup> ซึ่งอาจกำหนดในลักษณะให้เฉพาะความผิดที่กำหนดไว้เท่านั้นที่สามารถนิรโทษกรรมได้ หรือกำหนดในลักษณะห้ามว่าความผิดใดบ้างที่จะไม่ให้มีการนิรโทษกรรม<sup>77</sup> โดยอาจแบ่งเป็นประเภทความผิดดังตัวอย่างต่อไปนี้

---

respect to private individuals, the State must be obligated to make the proper compensations.”

<sup>75</sup> Article 120

“The National Assembly shall have the following attributions and duties, in addition to those provided for by law:

(13) To grant amnesty for public crimes and pardons for humanitarian reasons, with the favorable vote of two thirds of its members. The above shall not be granted for crimes perpetrated against public administration or for genocide, torture, forced disappearance of persons, kidnapping, or homicide on political or moral grounds.”

<sup>76</sup> ประเทศไทยเคยมีรัฐธรรมนูญที่กำหนดข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของกฎหมายนิรโทษกรรมไว้ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 4 บัญญัติว่า “การนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการล้มล้างสถาบันพระมหากษัตริย์หรือรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้”

<sup>77</sup> Josepha Close, *supra* note 68.

### 2.3.1 ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

กรณีรัฐธรรมนูญกำหนดห้ามนิรโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น

มาตรา 5 (XLIII)<sup>78</sup> ของรัฐธรรมนูญบราซิล ปี ค.ศ. 1988 กำหนดว่า ห้ามมีการนิรโทษกรรมสำหรับความผิดที่เป็นการกระทำความผิด

มาตรา 28 (1)<sup>79</sup> ของรัฐธรรมนูญเอธิโอเปีย ปี ค.ศ. 1994 กำหนดว่า ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลที่ก่ออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติตามที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศที่เอธิโอเปียให้สัตยาบันแล้ว และตามกฎหมายอื่นของเอธิโอเปีย เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การประหารนอกกฎหมาย การทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ การทรมาน ความผิดดังกล่าวไม่สามารถนิรโทษกรรมได้

มาตรา 29<sup>80</sup> ของรัฐธรรมนูญเวเนซุเอลา ปี ค.ศ. 1999 กำหนดว่า รัฐมีหน้าที่ต้องสอบสวนและลงโทษเจ้าหน้าที่รัฐผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน

---

<sup>78</sup> Article 5

“Everyone is equal before the law, with no distinction whatsoever, guaranteeing to Brazilians and foreigners residing in the Country the inviolability of the rights to life, liberty, equality, security and property, on the following terms:

XLIII the law shall regard as crimes not subject to bail, clemency or amnesty, the practice of torture, illicit trafficking in narcotics and similar drugs, terrorism, and those crimes defined as heinous; liable for these crimes are those giving the commands, those executing these commands, and those who, although able to avoid the crimes, fail to do so;”

<sup>79</sup> Article 28 Crimes against humanity

“(1) Criminal liability of persons who commit crimes against humanity, so defined by international agreements ratified by Ethiopia and by other laws of Ethiopia, such as genocide, summary executions, forcible disappearances or torture shall not be barred by statute of limitation. Such offences may not be commuted by amnesty or pardon of the legislature or any other state organ.”

<sup>80</sup> Article 29

จะต้องได้รับการสอบสวนและพิจารณาคดีโดยศาล และความผิดดังกล่าวจะไม่สามารถได้รับการนิโทษกรรมได้

มาตรา 80<sup>81</sup> ของรัฐธรรมนูญเอกวาดอร์ ปี ค.ศ. 2008 กำหนดว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ การทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับของ การรุกรานรัฐ เป็นความผิดที่ไม่สามารถนิโทษกรรมได้ ผู้สั่งการให้กระทำความผิดดังกล่าว และผู้กระทำความผิดตามคำสั่งจะไม่ได้รับการยกเว้นจากความรับผิดชอบในทางอาญา

### 2.3.2 ความผิดอื่น ๆ

นอกเหนือจากการจำกัดความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงว่าเป็นความผิดที่ไม่ให้ได้รับการนิโทษกรรมแล้ว ในรัฐธรรมนูญของบางประเทศได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดอื่น ๆ ในเรื่องการนิโทษกรรมไว้ด้วย เช่น ความผิดทางการเมือง ซึ่งมักจะบัญญัติว่าเป็นความผิดที่ให้มีการนิโทษกรรมได้ นอกจากนี้ก็มีรัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นความผิดที่ไม่อาจนิโทษกรรมได้ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

---

“The State is obliged to investigate and legally punish offenses against human rights committed by its authorities.

Actions to punish the offense of violating humanity rights, serious violations of human rights and war crimes shall not be subject to statute of limitation. Human rights violations and the offense of violating humanity rights shall be investigated and adjudicated by the courts of ordinary competence. These offenses are excluded from any benefit that might render the offenders immune from punishment, including pardons and amnesty.”

<sup>81</sup> Article 80

“Proceedings and punishment for the crimes of genocide, crimes to humanity, war crimes, forced disappearance of persons or crimes of aggression to a State shall not be subject to statutes of limitations. None of the above-mentioned cases shall be liable to benefit from amnesty. The fact that one of these crimes might have been perpetrated by a subordinate shall not exempt the superior who ordered said crime or the subordinate who carried out the order from criminal liability.”

มาตรา 121 (21)<sup>82</sup> ของรัฐธรรมนูญคอสตาริกา ปี 1949 กำหนดว่า ให้มีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมสำหรับความผิดทางการเมืองได้

มาตรา 47 (3)<sup>83</sup> ของรัฐธรรมนูญกรีซ ปี ค.ศ. 1975 กำหนดว่า การนิรโทษกรรมกระทำได้เฉพาะสำหรับความผิดทางการเมืองเท่านั้น และต้องตราเป็นกฎหมาย และตามมาตรา 47 (4)<sup>84</sup> ยังกำหนดความผิดที่ไม่ให้มีการนิรโทษกรรมด้วย ว่า การนิรโทษกรรมสำหรับความผิดธรรมดาสามัญไม่สามารถกระทำได้เลยแม้จะตราเป็นกฎหมายก็ตาม

มาตรา 5 (XLIII)<sup>85</sup> ของรัฐธรรมนูญบราซิล ปี 1988 กำหนดว่า ห้ามมีการนิรโทษกรรมสำหรับความผิดที่เป็น... การค้ายาเสพติด การก่อการร้าย

ดังนั้น สำหรับประเทศที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมไว้โดยเฉพาะตามที่กล่าวมาย่อมถือได้ว่าการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศเหล่านั้นมีข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง ส่งผลให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมขึ้นใช้บังคับในรัฐว่าจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ กล่าวคือ ถ้ารัฐธรรมนูญกำหนดห้ามนิรโทษกรรมความผิดใดก็จะตรากฎหมายนิรโทษกรรมความผิดนั้นไม่ได้ โดยนัยนี้รัฐธรรมนูญจึงเป็นข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมของฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ดี แม้ว่าในบางประเทศไม่ได้มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในเรื่องข้อจำกัดเกี่ยวกับความผิดในการนิรโทษกรรมก็ตาม

---

<sup>82</sup> ดูเชิงอรรถที่ 70

<sup>83</sup> ดูเชิงอรรถที่ 71

<sup>84</sup> Article 47

“(4) Amnesty for common crimes may not be granted even by law.”

<sup>85</sup> Article 5

“Everyone is equal before the law, with no distinction whatsoever, guaranteeing to Brazilians and foreigners residing in the Country the inviolability of the rights to life, liberty, equality, security and property, on the following terms:

XLIII the law shall regard as crimes not subject to bail, clemency or amnesty, the practice of torture, illicit trafficking in narcotics and similar drugs, terrorism, and those crimes defined as heinous; liable for these crimes are those giving the commands, those executing these commands, and those who, although able to avoid the crimes, fail to do so;”

แต่รัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยย่อมมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำหนดเขตแดนแห่งสิทธิของปัจเจกชนไว้ ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ที่กระทำการที่จะก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล และยิ่งก่อให้เกิดหน้าที่ที่กระทำการปกป้องคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคลจากการถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลที่สามอีกด้วย<sup>86</sup> เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม ดังนั้น ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งเกี่ยวกับความผิดในการนิรโทษกรรม ก็ไม่ได้หมายความว่า การนิรโทษกรรมจะกระทำได้ในทุกฐานความผิดโดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เพราะยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในรัฐธรรมนูญที่จะเป็นข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมด้วย

## 2.4 การนิรโทษกรรมตนเอง

การนิรโทษกรรมตนเอง (self-amnesty) คือ กฎหมายนิรโทษกรรมที่ออกมาโดยบุคคลที่กระทำความผิดนั่นเอง ซึ่งมักจะเกิดขึ้นในช่วงการปกครองระบอบเผด็จการที่ผู้นำเผด็จการใช้อำนาจออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้แก่ความผิดที่ตนหรือผู้ที่ร่วมมือกับฝ่ายตนได้กระทำความผิด เพื่อกันตัวเองจากการถูกดำเนินคดี โดยการนิรโทษกรรมตนเองนี้มักจะนิรโทษกรรมอย่างกว้างในทุกฐานความผิดที่กระทำความผิด ซึ่งรวมถึงการนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงด้วย หรือที่เรียกว่า blanket amnesty กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองจึงเปรียบเสมือนโล่กำบังให้ผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงรอดพ้นจากกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเท่ากับเป็นการสนับสนุนการไม่เอาผิดแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง<sup>87</sup> นอกจากนี้ การนิรโทษกรรมตนเองยังขัดกับหลักทั่วไปที่ว่าผู้กระทำความผิดย่อมไม่อาจเป็นผู้ตัดสินในความผิดที่ตนได้กระทำความผิดอีกด้วย<sup>88</sup> (*nemo iudex in causa sua*) เพราะการที่ผู้กระทำความผิดได้นิรโทษกรรมให้กับความผิดที่ตนได้กระทำความผิดขึ้นก็เท่ากับเป็นการตัดสินโดยผู้กระทำความผิดเองว่าตนไม่มีความผิด ทั้งนี้ กฎหมายที่แท้จริงจะต้องไม่ได้เกิดจากการกระทำตามอำเภอใจ กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองจึงไม่ใช่กฎหมายที่แท้จริงเพราะขาดลักษณะเนื้อแท้ของกฎหมายไป กล่าวคือ กฎหมายนิรโทษกรรมตนเอง

<sup>86</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 73 – 74.

<sup>87</sup> Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado-Trindade, *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, 26 September 2006, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 154.

<sup>88</sup> Mark Freeman, *Necessary Evils : Amnesties and the Search for Justice*, (New York : Cambridge University Press, 2011), p. 152.

ไม่ได้วางระเบียบกฎเกณฑ์ทางสังคมเพื่อส่งเสริมประโยชน์ส่วนรวมของสังคม แต่มีขึ้นเพื่อให้บุคคลบางคนไม่มีความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเท่านั้น<sup>89</sup> ด้วยเหตุนี้ กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองจึงไม่เป็นที่ยอมรับตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองในลักษณะนี้มีจำนวนมากในแถบภูมิภาคอเมริกาใต้ ทำให้องค์กรสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคนี้ ได้แก่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา และศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา ได้มีโอกาสวินิจฉัยเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมตนเองของผู้นำเผด็จการในภูมิภาคนี้ไว้หลายครั้งว่า กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองขัดกับอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันข้อ 1 (1) ข้อ 2 ข้อ 8 และข้อ 25 เพราะกฎหมายนิรโทษกรรมตนเองขัดขวางสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและสิทธิในการได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยศาลของผู้เสียหายซึ่งรับรองไว้ในข้อ 8 และข้อ 25 โดยกฎหมายนิรโทษกรรมตนเองนี้แสดงให้เห็นว่ารัฐภาคีล้มเหลวในการเคารพและประกันสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 1 (1) เพราะรัฐไม่ดำเนินการเกี่ยวกับการกระทำทางนิติบัญญัติในรัฐเพื่อให้สิทธิที่รับรองไว้ในอนุสัญญาเป็นผลตามข้อ 2 ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำวินิจฉัยต่อไปนี้

Garay Hermosilla et al v Chile คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาเห็นว่ามีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของกฎหมายนิรโทษกรรมตนเองที่ออกมาในยุคเผด็จการ โดยให้เหตุผลว่าจะแปลกประหลาดถ้าหากยอมให้ผู้ยึดอำนาจและผู้สืบทอดสามารถอ้างรัฐธรรมนูญได้เพื่อที่จะได้รับความคุ้มกัน<sup>90</sup> ทั้ง ๆ ที่พวกเขาเป็นผู้ละเมิดรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญย่อมถูกนำมาให้ความยุติธรรมกับผู้ที่เคารพรัฐธรรมนูญเท่านั้น การกระทำของผู้ยึดอำนาจถือว่าไม่มีผลใด ๆ และไม่มีความชอบธรรม ถ้ายอมรับให้รัฐบาลในยุคเผด็จการสามารถออกกฎหมายนิรโทษกรรมแก่ตนเองได้ ก็จะไม่เกิดความแตกต่างระหว่างสิ่งใด

<sup>89</sup> Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado-Trindade, Almonacid-Arellano et al. v. Chile, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, 26 September 2006, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 154.

<sup>90</sup> รัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งพยายามแก้กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองที่ออกมาในระบอบเผด็จการ แต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้อยู่ตอนนั้นกำหนดไว้ว่าการเสนอเรื่องเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมต้องทำโดยวุฒิสภา ซึ่งกรณีดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นเพราะว่าสมาชิกรัฐสภาไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองจึงยังมีผลใช้บังคับต่อมาในรัฐบาลที่เป็นประชาธิปไตย (Chanfeau Orayce et al v. Chile, Case No. 11.505, Report no. 25/1998, para 13.)

ถูกกฎหมายและสิ่งใดผิดกฎหมาย ระหว่างสิ่งที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือระหว่างความเป็นประชาธิปไตยและความเป็นเผด็จการ<sup>91</sup>

คดี Barrios Altos v. Peru ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาได้วางหลักว่า กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองนำไปสู่การไม่เอาผิดแก่ผู้กระทำความผิดและทำให้ผู้เสียหายไม่อาจดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ ฉะนั้น กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองจึงขัดกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันอย่างชัดแจ้ง<sup>92</sup> คำวินิจฉัยคดี Barrios Altos v. Peru นี้ถือเป็นครั้งแรกที่ศาลระหว่างประเทศได้ตัดสินว่ากฎหมายนิรโทษกรรมตนเองไม่มีผลทางกฎหมาย<sup>93</sup>

คดี Almonacid-Arellano v. Chile ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกากระบุว่า Decree Law No. 2.191 เป็นกฎหมายนิรโทษกรรมตนเอง เพราะว่าออกมาในยุคเผด็จการทหาร เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกฟ้องร้องในความผิดที่ผู้นำเผด็จการและผู้เกี่ยวข้องได้กระทำความผิด กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองนี้แสดงให้เห็นว่าชิลีละเมิดอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันเพราะการออกกฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐบาลที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน<sup>94</sup> ทั้งนี้ มีความเห็นของผู้พิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาในคดีนี้คือ นาย Antônio Augusto Cançado Trindade ว่า “ผลที่เลวร้ายของกฎหมายนิรโทษกรรมตนเองได้แทรกซึมไปในสังคมโดยรวม ซึ่งต่อมาจะทำให้สูญเสียความเชื่อมั่นในความยุติธรรมและคุณค่าที่แท้จริงของมนุษย์ อีกทั้งยังเป็นการบิดเบือนวัตถุประสงค์ของรัฐให้ผิดไปจากเดิม”<sup>95</sup>

<sup>91</sup> Garay Hermosilla et al v Chile, Case No. 10.843, Report No. 36/1996, para. 30.

<sup>92</sup> Barrios Altos v. Peru, Merits, 14 March 2001, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 75, para. 43.

<sup>93</sup> Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado-Trindade, Almonacid-Arellano et al. v. Chile, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, 26 September 2006, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 154.

<sup>94</sup> Almonacid-Arellano et al. v. Chile, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, 26 September 2006, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 154. para. 120.

<sup>95</sup> Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado-Trindade, Almonacid-Arellano et al. v. Chile, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, 26 September 2006, Inter-Am. Ct. H.R. Series C. No. 154.

## 2.5 ผลของการละเมิดข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม

### 2.5.1 ศาลภายในประเทศวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมขึ้นใช้บังคับภายในรัฐอาจจะมีข้อจำกัดตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐนั้นเป็นภาคีและข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญที่ประเทศนั้น ๆ บัญญัติไว้ตามที่กล่าวมาข้างต้น แต่หากมีการละเมิดข้อจำกัดดังกล่าว คือ มีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมขัดกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐเป็นภาคีหรือขัดกับรัฐธรรมนูญ ก็อาจจะมีการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมได้ โดยองค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมก็คือศาลภายในประเทศนั้น ๆ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรมที่เป็นองค์กรในการทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยศาลภายในประเทศเหล่านั้นก็จะมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่ละเมิดข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมขัดกับรัฐธรรมนูญ อันจะทำให้กฎหมายนิรโทษกรรมนั้นไม่มีผลบังคับใช้

สำหรับกรณีที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติอันเป็นข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมไว้โดยชัดแจ้งดังที่กล่าวมาข้างต้น การวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่ละเมิดข้อจำกัดดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญนั้น ศาลย่อมอ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอันเป็นข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมนั้นประกอบคำวินิจฉัยได้โดยตรง

ส่วนกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้มีบทบัญญัติอันเป็นข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมไว้โดยชัดแจ้ง แต่ถ้าประเทศนั้นเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศซึ่งกำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไว้ อำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมภายในรัฐก็ถูกจำกัดโดยสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศดังกล่าวด้วย เพราะรัฐภาคีมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญา จึงทำให้รัฐภาคีไม่อาจมีการนิรโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ ฉะนั้น ในกรณีกฎหมายนิรโทษกรรมละเมิดข้อจำกัดตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่รัฐเป็นภาคี ศาลภายในก็สามารถอ้างอิงสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศประกอบคำวินิจฉัยของศาลได้ แต่อย่างไรก็ดี ศาลภายในประเทศจะนำสนธิสัญญาระหว่างประเทศมาปรับใช้แก้คดีโดยตรงเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมนั้นขัดสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้หรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศว่าเป็น

อย่างไร ซึ่งพิจารณาจากทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>96</sup> ดังนี้

ทฤษฎีเอกนิยม (monism) อธิบายว่า กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายระบบเดียวกัน ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในจึงมีความสัมพันธ์แบบลำดับชั้น โดยยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน คือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับสูงกว่ากฎหมายภายใน ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากฎหมายภายในมีลำดับสูงกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ แต่โดยทั่วไปประเทศที่ใช้ทฤษฎีเอกนิยม รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นจะกำหนดให้สนธิสัญญามีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ ประเทศที่ใช้ทฤษฎีเอกนิยม จะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในได้โดยตรง เสมือนกับการบังคับใช้กฎหมายภายใน

ทฤษฎีทวินิยม (dualism) อธิบายว่า กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นคนละระบบ มีความแตกต่างและแยกจากกัน เนื่องจากมีจุดกำเนิดที่ต่างกันคือกฎหมายระหว่างประเทศเกิดจากหลัก *pacta sunt servanda* ในขณะที่กฎหมายภายในขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญ โดยกฎหมายภายในจะขัดกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดไม่ได้ ดังนั้นหากต้องการให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมายภายในก็ต้องผ่านกระบวนการแปลงรูปเสียก่อน ดังนั้น ประเทศที่ใช้ทฤษฎีทวินิยม สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศก็ต่อเมื่อสนธิสัญญาดังกล่าวได้เปลี่ยนสถานะมาเป็นกฎหมายภายในในรูปพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการสนธิสัญญาเสียก่อน

แต่นอกจากการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ได้โดยตรงในระบบกฎหมายภายในตามทฤษฎีเอกนิยม และการตรากฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในก่อน จึงจะทำให้กฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในได้ตามทฤษฎีทวินิยมแล้ว Newman และ Weissbrodt ได้กล่าวว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอาจจะถูกนำมาใช้ในระบบกฎหมายภายในโดยผ่านการตีความและบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายภายในที่มีอยู่แล้วหรือรัฐธรรมนูญ<sup>97</sup> ได้ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศ

<sup>96</sup> ดู จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 66, ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 105.

<sup>97</sup> Frank C Newman and David Weissbrodt, International Human Rights : Law, Policy and Process, 2nd ed. (Ohio : Anderson, 1996), p. 23, quoted in Louise Mallinder, *supra* note 25, p. 218.

ที่ใช้ทฤษฎีวิภาษกรรมซึ่งไม่ได้ปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในได้โดยตรง ศาลภายในประเทศสามารถใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาเป็นเครื่องช่วยในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของประชาชนมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เนื่องจากในปัจจุบันระบบที่คุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนที่สำคัญ ก็คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ และ กฎหมายสิทธิมนุษยชน<sup>98</sup> อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่างก็มีความเชื่อมโยงกัน เพราะมุ่งคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนเหมือนกัน ทำให้กฎหมายทั้งสองระบบควรที่จะทำหน้าที่ส่งเสริมซึ่งกันและกัน อีกทั้งการใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศช่วยตีความรัฐธรรมนูญ ก็ยังเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐภาคีคำนึงถึงการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐได้แสดงตนเข้าผูกพันไว้

ทั้งนี้ การใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาช่วยตีความรัฐธรรมนูญ<sup>99</sup> อาจทำได้โดย

1. กรณีมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กำหนดแนวทางการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญไว้ว่าให้ตีความสอดคล้องกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น มาตรา 10 (2) ของรัฐธรรมนูญสเปน กำหนดว่า บทบัญญัติแห่งสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญนี้ต้องถูกตีความให้สอดคล้องตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศสเปนได้ให้สัตยาบันแล้ว<sup>100</sup> มาตรา 93 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญโคลัมเบีย กำหนดว่าสิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญให้ตีความตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่รัฐได้ให้สัตยาบันแล้ว<sup>101</sup> บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเช่นนี้ก็จะเป็แนวทางให้ศาลนำสนธิสัญญามาใช้ในการ

<sup>98</sup> Gerald L. Neuman, “Human Rights and Constitutional Rights : Harmony and Dissonance,” *Stanford Law Review* 55, p. 1863 (2003).

<sup>99</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, (New York : Cambridge University Press, 2009), pp. 54 - 60.

<sup>100</sup> Article 10 (2) “Provisions relating to the fundamental rights and liberties recognized by the Constitution shall be construed in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and international treaties and agreements thereon ratified by Spain.”

<sup>101</sup> Article 93 “...The rights and duties mentioned in this Charter shall be interpreted in accordance with international treaties on human rights ratified by Colombia. ...”

ตีความสิทธิที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสิทธิที่รับรองไว้ในสนธิสัญญาได้ ดังเช่นตัวอย่างคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญโคลัมเบียเคยมีคำตัดสินไว้ในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1996 ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเกี่ยวกับเครือข่ายโทรทัศน์ว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดกับสิทธิในการได้รับข้อมูลซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญระบุว่า การมีผลบังคับใช้ของกฎหมายภายในนั้นไม่เพียงแต่ต้องสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญ แต่ยังต้องสอดคล้องกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่สภาให้ความเห็นชอบและประธานาธิบดีให้สัตยาบันแล้วด้วย ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้อ้างถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่รับรองไว้ในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันข้อ 13 ซึ่งรวมถึงสิทธิในการได้รับข้อมูลด้วย เพื่อสนับสนุนการตัดสิน โดยศาลได้ตัดสินว่า การห้ามไม่ให้มีการติดตั้งสถานีภาคพื้นภายในประเทศเพื่อรับและส่งสัญญาณโทรทัศน์จากดาวเทียมสำหรับแพร่กระจายสัญญาณต่อไป ไม่ว่าจะในประเทศหรือระหว่างประเทศ เป็นการละเมิดสิทธิในการได้รับข้อมูลโดยชัดแจ้ง ตามที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 20 แห่งรัฐธรรมนูญโคลัมเบีย<sup>102</sup>

2. กรณีที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติซึ่งกำหนดในลักษณะทั่วไปถึงความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน โดยบทบัญญัติในลักษณะนี้มีเจตนารมณ์เพื่อแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพอย่างแท้จริง เนื่องจากสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศก็จะมีค่าเช่นเดียวกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยอาศัยการตีความผ่านบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญลักษณะนี้ เช่น มาตรา 5 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญชิลี กำหนดว่า การใช้อำนาจอธิปไตยจะถูกจำกัดโดยสิทธิที่เกิดมาจากการเป็นมนุษย์ และองค์กรของรัฐมีหน้าที่ต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิที่ประกันไว้ตามรัฐธรรมนูญและสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ชิลีให้สัตยาบันและมีผลบังคับใช้แล้ว<sup>103</sup> จากบทบัญญัตินี้จะเห็นว่าการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐก็ต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกับที่ต้องคำนึงถึงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้น สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจึงถูกนำมาช่วยในการตีความรัฐธรรมนูญได้

<sup>102</sup> Allan R. Brewer-Carías, *supra* note 99, p. 55.

<sup>103</sup> Article 5 “...The exercise of sovereignty recognizes as a limitation the respect for the essential rights which emanate from human nature. It is the duty of the organs of the State to respect and promote those rights, guaranteed by this Constitution, as well as by the international treaties ratified by Chile and which are in force.”

3. หลักความก้าวหน้าในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญ (the principle of progressive interpretation of constitutional rights) แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ตามหลักความก้าวหน้าในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้น ไม่อาจตีความสิทธิให้มีผลไปในทางที่ทำให้การคุ้มครองสิทธินั้นลดน้อยลงไป ต้องตีความไปในทางให้มีผลใช้บังคับได้ หลักนี้มีชื่อเรียกอีกชื่อว่า *pro homine* principle of interpretation ซึ่งศาลจะนำมาใช้ในการตีความเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิได้ดีกว่า เช่น ประเทศเปรู ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายว่า ในกรณีที่มีการอ้างถึงสิทธิมนุษยชน จะต้องตีความไปในทางที่เกิดประโยชน์แก่บุคคลมากที่สุด<sup>104</sup> หลักนี้จึงทำให้ศาลสามารถนำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาช่วยตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้

สำหรับประเทศที่ใช้ทฤษฎีเอกนิยมนั้น ศาลย่อมสามารถอ้างสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้ตัดสินได้โดยตรงว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือไม่ แต่สำหรับประเทศที่ใช้ทฤษฎีวินิยม ศาลไม่สามารถตัดสินโดยอ้างสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศโดยตรงได้ เพราะประเทศที่ใช้ทฤษฎีวินิยมเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นกฎหมายคนละระบบ และถึงแม้สนธิสัญญาระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศต่อเมื่อมีการอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าวมาเป็นกฎหมายภายในก็ตาม แต่โดยแท้จริงแล้วกฎหมายที่อนุวัติการตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นก็ไม่ใช่นสนธิสัญญาแต่มีสถานะเป็นกฎหมายภายใน จึงอาจกล่าวได้ว่า การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นมีผลบังคับใช้ในรูปแบบของกฎหมายภายใน และเมื่อศาลจะพิจารณาคดีก็ต้องนำกฎหมายภายในนั้นมาปรับใช้เท่านั้น ไม่ใช่นำสนธิสัญญาระหว่างประเทศมาปรับใช้โดยตรงในการพิจารณาคดี แต่อย่างไรก็ดี ศาลในประเทศที่ใช้ทฤษฎีวินิยมยังใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมาเป็นแนวทางในการตีความกฎหมายภายในซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญได้เมื่อกฎหมายภายในไม่ชัดเจน แต่ถ้ากฎหมายภายในมีความชัดเจน ก็ไม่อาจตีความเป็นอย่างอื่นได้<sup>105</sup> ดังนั้น การพิจารณาว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่ตราขึ้นใช้บังคับภายในรัฐสอดคล้องกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่รัฐเป็นภาคีหรือไม่ สำหรับประเทศที่ใช้ทฤษฎีวินิยมจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายนิรโทษกรรมนั้นขัด

<sup>104</sup> Allan R. Brewer-Carias, *supra* note 99, p. 60.

<sup>105</sup> Michael P. Van Alstine, “The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : Summary and Conclusions,” in The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : A Comparative Study, ed. David Sloss (New York : Cambridge University Press, 2009), p. 607.

รัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะตามทฤษฎีทวินามนั้น กฎหมายภายในจะขัดกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดไม่ได้ โดยการพิจารณาว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ในบางกรณีอาจจะต้องใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาช่วยในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญด้วย เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และยังเป็นส่งเสริมการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอีกด้วย แต่ถ้าหากได้ใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศช่วยในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญ และปรากฏว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดกับรัฐธรรมนูญ ย่อมแสดงว่ากฎหมายนิรโทษกรรมอาจไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วย

ตัวอย่างดังต่อไปนี้นี้จะแสดงให้เห็นว่า มีกรณีศาลภายในประเทศที่ใช้ทฤษฎีทวินามนำกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาเป็นเครื่องมือช่วยตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญ เช่น

ศาลสูงสุดของอินเดียเคยอ้างถึงอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women : CEDAW) เพื่อสนับสนุนการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องความเท่าเทียมทางเพศ ในคดี Apparel Export Promotion Council v. Chopra ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน คือ เสมียนหญิงคนหนึ่งกล่าวหาต่อผู้อำนวยการฝ่ายบุคคลของสภาส่งออกเครื่องแต่งกายว่า เธอถูกเลขานุการของสภาคุกคามทางเพศ เรื่องร้องเรียนดังกล่าวได้ส่งไปยังเจ้าหน้าที่สอบสวน ซึ่งเจ้าหน้าที่สอบสวนสรุปรายงานว่า เลขานุการได้ลวนลามเสมียนหญิงคนดังกล่าวจริง และพยายามที่จะสัมผัสร่างกายเธอด้วยเจตนาไม่ดี แต่เสมียนหญิงได้ขัดขึ้น ผู้อำนวยการฝ่ายบุคคลก็เห็นด้วยกับรายงานของเจ้าหน้าที่สอบสวน จึงมีคำสั่งไล่เลขานุการออกจากตำแหน่ง ปรากฏว่าเลขานุการได้ยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการอุทธรณ์ภายในของสภา ซึ่งคณะกรรมการอุทธรณ์ก็ได้ตัดสินว่าคำสั่งที่ให้การจ้างงานของเลขานุการสิ้นสุดลงชอบด้วยกฎหมายและมีความเหมาะสมแล้ว และคำสั่งนั้นมีผลบังคับได้ ต่อมาเลขานุการคนดังกล่าวได้นำเรื่องเข้าสู่กระบวนการทางศาล เพื่อให้ตรวจสอบคำตัดสินของคณะกรรมการอุทธรณ์ ผู้พิพากษาคนหนึ่งในคดีมีความเห็นว่า เลขานุการพยายามที่จะลวนลามเสมียนหญิงเท่านั้น โดยยังไม่ได้มีการลวนลามเกิดขึ้นจริง จึงสั่งให้เลขานุการกลับคืนสู่ตำแหน่ง และองค์คณะผู้พิพากษาที่เหลือก็มีความเห็นไปในทำนองเดียวกัน คือ จากพยานหลักฐานยังเป็นไปไม่ได้ที่จะสรุปว่าเป็นการพยายามลวนลาม เพราะไม่ได้มีการสัมผัสทางกายภาพใด ๆ แต่อย่างไรก็ดี ต่อมาศาลสูงสุดของอินเดียกลับคำตัดสินของศาลล่างที่ตัดสินว่าการไล่เลขานุการออกจากตำแหน่งไม่สมเหตุสมผล เพราะเพียงแค่ว่าพยายามลวนลามเท่านั้น ไม่ได้มีการลวนลามเกิดขึ้นจนสำเร็จแล้ว โดยผู้พิพากษาในศาลสูงสุดได้กล่าวว่า เหตุการณ์การคุกคามทางเพศในที่ทำงานถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคทางเพศ ซึ่งผู้พิพากษาได้อ้างถึงอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อ

สตรีในทุกรูปแบบด้วย ว่า สนธิสัญญาระหว่างประเทศนี้ได้กำหนดให้รัฐภาคีมีมาตรการที่เหมาะสมในการป้องกันการปฏิบัติไม่เป็นธรรมต่อสตรี นอกจากนี้ ผู้พิพากษาในศาลสูงสุดที่ตัดสินคดีนี้ยังเน้นย้ำว่าองค์กรตุลาการภายในรัฐมีหน้าที่ในการตรวจดูกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยศาลสูงสุดของอินเดียในหลายคดีที่พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้ล้มหลักการสำคัญที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ศาลมีหน้าที่โดยตรงในการคำนึงถึงสนธิสัญญาระหว่างประเทศเพื่อช่วยในการตีความกฎหมายภายใน ตราบเท่าที่สนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นไม่ได้ขัดแย้งกับกฎหมายภายในและไม่ได้มีผลทำให้กฎหมายภายในนั้นไม่มีผลบังคับใช้ สำหรับคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน ศาลก็จะยกสนธิสัญญาระหว่างประเทศขึ้นอ้าง ถ้าหากว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศไม่ได้ขัดแย้งกับกฎหมายภายในเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายภายใน<sup>106</sup>

ศาลสูงสุดของอินเดียยังเคยอ้างถึงข้อ 17 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งประกันสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ เพื่อสนับสนุนการตัดสินว่าเสรีภาพส่วนบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้หมายความว่ารวมถึงสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวด้วย ในคดี *People's Union for Civil Liberties v. Union of India* ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 5 (2) (b)<sup>107</sup> แห่ง the Indian Telegraph Act of 1885 ว่าขัดกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (right to privacy) ที่แม้ไม่ได้บัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญอินเดีย แต่สิทธิดังกล่าวก็เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เพราะมาตรา 5 (2) (b) ไม่ได้กำหนดขอบเขตแห่งการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 5 ในการดักตรวจข้อความโทรเลขไว้ เช่น ไม่มีการกำหนดว่าหากจะใช้อำนาจตามมาตรา 5 นี้จะต้องมีการทำบันทึกไว้ด้วย รวมทั้งไม่ได้กำหนดขอบเขตระยะเวลาที่ให้มีอำนาจ

---

<sup>106</sup> Nihal Jayawickrama, "India," in *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : A Comparative Study*, ed. David Sloss (New York : Cambridge University Press, 2009), pp. 259 - 260.

<sup>107</sup> Section 5 (2) provide that, in the event of the occurrence of a public emergency or in the interest of public safety, the central government or a state government or any officer specially authorized, could intercept telegraphed messages if satisfied that it was necessary or expedient to do so in the interest of (1) the sovereignty and integrity of India, (2) the security of the state, (3) friendly relations with foreign states, (4) public order, and (5) to prevent inciting the commission of crime., quoted in *ibid*, p. 260.

ในการตรวจสอบข้อความโทรเลขไว้ และมาตรานี้ก็ไม่ได้ระบุถึงการมีอำนาจในการดักฟังโทรศัพท์ได้ ฉะนั้น ถ้าไม่ต้องการให้มาตรา 5 (2) (b) ถูกประกาศว่าขัดกับรัฐธรรมนูญ ก็จำเป็นที่จะต้องตีความไปในแนวทางเพื่อให้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้ ศาลสูงสุดอินเดียก็ได้วินิจฉัยว่า ข้อ 17 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ได้ประกันสิทธิของบุคคลในการที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายจากการถูกรบกวนโดยผิดกฎหมายหรือโดยผลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ครอบครัว และจากการกระทำที่ผิดกฎหมายอันกระทบต่อเกียรติยศและชื่อเสียงนั้น ไม่ได้ขัดแย้งกับกฎหมายภายในของอินเดีย แม้ว่าสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจะไม่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่สิทธิดังกล่าวก็เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิตและเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งได้รับรองไว้ในมาตรา 21 แห่งรัฐธรรมนูญ และการจำกัดสิทธิดังกล่าวก็ไม่สามารถทำได้ ยกเว้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ผู้พิพากษาในคดีนี้เห็นว่า เนื้อหาของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้ค่อนข้างกว้างและขึ้นอยู่กับความนึกคิดของศาลในการจำกัดความ ส่งผลให้เมื่อมีการกล่าวอ้างเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจึงต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป ทั้งนี้ the Indian Telegraph Act of 1885 ก็ได้บังคับใช้มานานแล้ว โดยยังไม่มีรัฐบาลไหนริเริ่มที่จะกำหนดกฎหมายสำหรับขอบเขตการใช้อำนาจตามมาตรา 5 (2) (b) ไว้ ศาลจึงได้แนะนำว่า การใช้อำนาจตามมาตรา 5 (2) (b) นั้นจะต้องใช้โดยคำนึงถึงสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวซึ่งได้รับการคุ้มครองไว้ด้วย<sup>108</sup>

ศาลสูงสุดของแคนาดาเคยอ้างกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : ICESCR) และอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสหภาพแรงงาน และการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว (the International Labour Organization's (ILO's) Convention (No. 87) Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize : Convention No. 87) เพื่อสนับสนุนการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเรื่องเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม ในคดี Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia ปี ค.ศ. 2007 ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแรงงานที่มีเนื้อหาขัดขวางสิทธิในการเจรจาต่อรองร่วม (collective bargaining) ในบางพื้นที่ ทั้งนี้ ในคดีก่อนหน้าเคยมีคำพิพากษาว่า สิทธิในการเจรจาต่อรองร่วมไม่ได้รับการคุ้มครองโดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเรื่องเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม แต่ในคดีนี้ศาลสูงสุดได้ตัดสินว่า เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคมที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

<sup>108</sup> Nihal Jayawickrama, *supra* note 106, pp. 260 - 261.

หมายความว่ารวมถึงสิทธิในการเจรจาต่อรองร่วมด้วย โดยมีการอ้างถึงสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศแคนาดาเป็นภาคีไว้ในการวินิจฉัยคดีนี้ด้วย ดังที่ Chief Justice McLachlin and Justice Lebel ระบุไว้ในคำพิพากษาว่า<sup>109</sup>

“ตามระบบของประเทศแคนาดา การผนวกสนธิสัญญาระหว่างประเทศเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐสภา แต่อย่างไรก็ตาม พันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่แคนาดาพึงต้องปฏิบัติตามนั้น สามารถนำมาช่วยในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้...โดยการตีความเช่นนี้จะเป็นการส่งเสริมให้สิทธิในการเจรจาต่อรองร่วมเป็นส่วนหนึ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม

การที่แคนาดามีความผูกพันในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ทำให้ต้องคำนึงถึงสิทธิในการเจรจาต่อรองร่วม เพื่อนำมาอธิบายเสริมความมาตรา 2 (d) ของรัฐธรรมนูญแคนาดา<sup>110</sup> ดังที่ Chief Justice Dickson เคยกล่าวไว้ในคดี Alberta Reference ว่า บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิทางรัฐธรรมนูญควรได้รับการสนับสนุนเพื่อให้มีความคุ้มครองสิทธิในระดับเดียวกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่แคนาดาให้สัตยาบันไว้

แหล่งอ้างอิงที่สำคัญสำหรับการทำความเข้าใจมาตรา 2 (d) ของรัฐธรรมนูญแคนาดา ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสหภาพแรงงานและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว โดยการที่ประเทศแคนาดาได้เข้าร่วมเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งสามฉบับ ย่อมหมายความว่าสนธิสัญญานั้นไม่ได้มีผลเป็นเพียงความตกลงในทางระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังเป็นหลักการที่ประเทศแคนาดาได้ผูกพันตนเองว่าจะปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย...

<sup>109</sup> คำพิพากษาศาลสูงสุดของแคนาดาในคดี Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia ดูได้จาก <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2366/index.do> (สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2559)

<sup>110</sup> บทบัญญัติแห่งสิทธิทางรัฐธรรมนูญของแคนาดา เรียกว่า Canadian Charter of Rights and Freedom ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของแคนาดา คือ Constitution Act 1982 โดยมีมาตรา 2 (d) กำหนดว่า บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม (Everyone has the following fundamental freedoms: (d) freedom of association.)

จึงสรุปได้ว่า สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่แคนาดาเป็นภาคี ได้รับรองสิทธิของสมาชิกสหภาพแรงงานในการมีสิทธิในการเจรจาต่อรองร่วม ในฐานะส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม ดังนั้น จึงสมเหตุสมผลที่จะอนุมานว่า มาตรา 2 (d) ของรัฐธรรมนูญแคนาดาควรถูกตีความเพื่อให้สิทธิที่รับรองไว้นั้นได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับที่ได้รับการคุ้มครองในสนธิสัญญา”<sup>111</sup>

จากการอธิบายการปรับใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในข้างต้น อาจสรุปได้ว่าในกรณีกฎหมายนิรโทษกรรมละเมิดข้อจำกัดตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่รัฐเป็นภาคี ศาลภายในประเทศที่ใช้ระบบเอกนิยมก็จะนำสนธิสัญญามาปรับใช้โดยตรงเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ส่วนศาลภายในประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมก็จะวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลนั้นสามารถนำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศดังกล่าวมาช่วยตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญประกอบการวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญได้

## 2.5.2 ศาลระหว่างประเทศวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ในกรณีสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศใดได้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศให้มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญา และถ้าประเทศที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาได้ยอมรับเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศด้วย หากประเทศนั้นได้ตรากฎหมายนิรโทษกรรมละเมิดข้อจำกัดตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และมีการยื่นเรื่องตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาให้ศาลระหว่างประเทศตัดสิน ศาลระหว่างประเทศก็ย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวขัดกับข้อกำหนดของสนธิสัญญาและไม่มีผลทางกฎหมายได้ โดยประเทศภาคีก็ต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศนั้น แต่เนื่องจากโดยทั่วไปสนธิสัญญาระหว่างประเทศไม่ได้มีกลไกในการบังคับตามคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศอย่างเช่นคำพิพากษาในระบบกฎหมายภายใน จึงอาจมีกรณีที่ประเทศภาคีไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศเกิดขึ้นได้

---

<sup>111</sup> Gib van Ert, “Canada,” in *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : A Comparative Study*, ed. David Sloss (New York : Cambridge University Press, 2009), pp. 200 - 201.

### บทที่ 3

#### กฎหมายนิรโทษกรรมและผลของกฎหมายนิรโทษกรรม ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากประเทศอาร์เจนตินา ประเทศเปรู และประเทศชิลี เคยมีเหตุการณ์ที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และมีการบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมตนเองที่มีลักษณะเป็นการนิรโทษกรรมแบบ blanket amnesty ซึ่งคือการนิรโทษกรรมที่ครอบคลุมความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมอย่างกว้าง โดยรวมความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไว้ด้วย และองค์กรตุลาการทั้งสามประเทศนี้ก็ได้มีคำพิพากษาในประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรมไว้ ในบทนี้จึงจะศึกษากฎหมายนิรโทษกรรมและคำพิพากษาขององค์กรตุลาการทั้งสามประเทศในคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรม เพื่อให้เห็นตัวอย่างขององค์กรตุลาการที่ทำให้กฎหมายนิรโทษกรรมไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายนิรโทษกรรมไม่อาจใช้เป็นเครื่องมือขัดขวางการดำเนินคดีแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ เพราะเมื่อกฎหมายนิรโทษกรรมไม่มีผลบังคับใช้ก็สามารถดำเนินคดีและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกระบวนการยุติธรรมปกติได้ นอกจากนี้ยังมีกรณีของประเทศตุรกีที่ควรนำมาศึกษาด้วย กล่าวคือ มีการบัญญัติเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมให้แก่คณะรัฐประหารที่กระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในตุรกีไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้องค์กรตุลาการไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมดังกล่าวได้ แต่ประเทศตุรกีได้มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมนั้น ซึ่งในที่สุดก็สามารถยกเลิกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมนั้นได้ และได้ดำเนินการฟ้องคณะรัฐประหารในความผิดต่าง ๆ ภายในเวลาต่อมา ดังจะอธิบายในบทนี้

#### 3.1 ประเทศอาร์เจนตินา

##### 3.1.1 ที่มาของกฎหมายนิรโทษกรรม

หลังจากมีการรัฐประหารในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1976 กองกำลังทหาร และกลุ่มสนับสนุนทหารได้ลักพาตัวบุคคลหลายพันคนที่ถูกอ้างว่าเป็นกลุ่มต่อต้านรัฐบาล ซึ่งประกอบไปด้วยคนงาน นักเรียน นักเขียน นักกฎหมาย บาทหลวง ทั้งนี้ ในช่วงระยะเวลาที่อาร์เจนตินาถูกปกครองโดยรัฐบาลทหารนั้นปรากฏว่ามีคนกว่า 10,000 คน ถูกฆ่า ถูกกักขังโดยไม่ชอบ และถูกทำให้

สูญหายโดยการบังคับ ทำให้ช่วงระยะเวลาดังกล่าวถูกเรียกในชื่อว่า Dirty War<sup>1</sup> เมื่อมีการเลือกตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1983 Raul Alfonsin ได้รับเลือกเป็นประธานาธิบดี และได้ดำเนินการฟ้องคดีแก่กลุ่มทหารที่กระทำความผิดในช่วงเหตุการณ์ Dirty War แต่การดำเนินการดังกล่าวส่งผลให้ฝ่ายทหารไม่พอใจ จึงกดดันรัฐบาลให้มีการตรากฎหมาย Full Stop Law ในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 1986 ซึ่งมีเนื้อหาให้จำกัดระยะเวลาที่จะกล่าวหาการกระทำความผิดอาญาในช่วงเดือนมีนาคม ค.ศ. 1976 ถึงเดือนกันยายน ค.ศ. 1983 ไว้เพียงหกสิบวัน แต่ปรากฏว่ามีจำนวนการฟ้องร้องมากมายในช่วงหกสิบวัน จึงมีการต่อต้านโดยกลุ่มทหารเพื่อให้ยุติการดำเนินคดีกระบวนการยุติธรรมทางอาญาดังกล่าว แม้กลุ่มต่อต้านจะบอกว่าไม่ต้องการล้มรัฐบาล แต่การต่อต้านครั้งนี้ทำให้รัฐบาลรับรู้ว่าจะมีการรัฐประหาร ทำให้เป็นแรงกดดันต่อรัฐบาลจนนำมาสู่การออกกฎหมาย Due Obedience Law ในวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 1987 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้เกิดการฟ้องผู้กระทำความผิดที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐและทหารซึ่งในขณะที่ยังกระทำความผิดมีตำแหน่งไม่สูง กฎหมายนี้ให้สันนิษฐานว่าเจ้าหน้าที่เหล่านั้นกระทำไปเพราะถูกบังคับจากผู้มีอำนาจสูงกว่าจึงต้องทำตามคำสั่ง โดยไม่สามารถขัดขืนได้ และข้อสันนิษฐานนี้ก็ไม่สามารถโต้แย้งได้ด้วย กล่าวคือศาลไม่สามารถรับฟังพยานหลักฐานเพื่อพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่นั้นรู้หรือควรรู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นหรือไม่ นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังบังคับใช้กับเจ้าหน้าที่ระดับสูงด้วย เว้นแต่ศาลจะตัดสินภายในสามสิบวันว่าเจ้าหน้าที่ระดับสูงได้กระทำความผิดเองหรือมีส่วนในการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งต่ำกว่าไปกระทำความผิด<sup>2</sup> ด้วยผลของกฎหมายดังกล่าวที่ไม่เอาผิดแก่ผู้กระทำความผิดจึงนับว่าเป็นกฎหมายนิรโทษกรรมและเป็นการนิรโทษกรรมแบบ blanket amnesty ที่ไม่จำกัดประเภทความผิดที่จะได้รับการนิรโทษกรรมไว้ โดยรวมไปถึงความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงด้วย นอกจากนี้ แม้กฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวจะออกโดยสภา ไม่ใช่เป็นการนิรโทษกรรมตนเองของฝ่ายทหาร แต่การที่สภาออกกฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวเพราะได้รับแรงกดดันจากฝ่ายทหาร มากกว่าเป็นเจตจำนงอิสระของผู้แทนประชาชนในสภา อีกทั้งเนื้อหาของกฎหมายนิรโทษกรรมก็กำหนดให้เฉพาะ

---

<sup>1</sup> Naomi Roht-Arriaza and Lauren Gibson, “The Development Jurisprudence on Amnesty,” Human Rights Quarterly 20, pp. 857 - 858 (1998).

<sup>2</sup> See Par Engstrom and Gabriel Pereira, “From Amnesty to Accountability : The Ebb and Flow in the Search for Justice in Argentina,” in Amnesty in the age of Human Rights Accountability : Comparative and International Perspectives, ed. Francesca Lessa and Leigh A. Payne (New York : Cambridge University Press, 2012), pp. 104 - 105.

เจ้าหน้าที่ทหารผู้กระทำความผิดเป็นผู้ได้รับการนิรโทษกรรม โดยนัยนี้จึงเป็นการนิรโทษกรรมตนเอง หรือ self-amnesty ด้วย

### 3.1.2 ผลของกฎหมายนิรโทษกรรม

หนึ่งเดือนหลังจากตรากฎหมาย Due Obedience Law ศาลสูงสุดอาร์เจนตินา ก็ตัดสินคดี General Ramón J Camps ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการกล่าวหาว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ได้ทรมานนักโทษทางการเมืองตามคำสั่งของ General Ramón Juan Alberto Camps ซึ่งเป็นผู้บัญชาการตำรวจในกรุง Buenos Aires ในขณะนั้น ศาลสูงสุดอาร์เจนตินา ได้ยอมรับการมีผลบังคับใช้ของกฎหมาย Due Obedience Law ที่นิรโทษกรรมความผิดที่เป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เพราะเห็นว่าไม่ได้ขัดรัฐธรรมนูญ<sup>3</sup> แต่มีความเห็นแย้งของผู้พิพากษา JA Bacqué ว่า Due Obedience Law ซึ่งเป็นกฎหมายนิรโทษกรรมนั้นไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญ เพราะความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมตามกฎหมายดังกล่าวครอบคลุมไปถึงความผิดที่ ร้ายแรง ซึ่งไม่ใช่ความผิดทางการเมืองหรือความผิดธรรมดาสามัญที่มีวัตถุประสงค์ทางการเมือง

---

<sup>3</sup> การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญในประเทศอาร์เจนตินาเป็นแบบ กระจายอำนาจ คือ ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีคดีในศาลแล้ว โดยศาลทุกศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ศาลจะบังคับใช้แก่คดีที่พิจารณาอยู่ขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะปรับใช้กฎหมายนั้น แก่คดีต่อไป แต่ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะไม่ปรับใช้กฎหมายนั้นแก่คดี โดยคำพิพากษาจะผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี เมื่อคู่ความไม่พอใจคำพิพากษาของศาลย่อมอุทธรณ์ไป ยังศาลสูงได้ โดยอาจมีกรณีที่ศาลล่างแต่ละศาลมีคำพิพากษาในประเด็นว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ หรือไม่ แตกต่างกันได้ ทั้งนี้ เมื่อคดีไปสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแล้ว แม้ว่าโดยหลักแล้ว คำพิพากษาของศาลจะผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี ศาลอื่นไม่จำเป็นต้องตัดสินตามศาลสูงสุด เนื่องจาก ศาลของประเทศอาร์เจนตินาไม่ได้มีหน้าที่ผูกพันตามกฎหมายต่อหลัก *stare decisis* ซึ่งเป็นหลักที่ว่า คำพิพากษาสูงสุดที่ตัดสินไปแล้วจะผูกพันศาลอื่นให้ตัดสินตาม แต่ศาลสูงสุดอาร์เจนตินาได้วางหลัก *de facto stare decisis* สำหรับกรณีการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิด ความแน่นอนในการตีความกฎหมาย โดยศาลล่างต้องตัดสินตามศาลสูงสุดในคดีที่มีข้อเท็จจริง เหมือนกัน อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดอาร์เจนตินาไม่ผูกพันตัวเองกับหลักนี้ โดยศาลสูงสุดอาจกลับ คำพิพากษาของศาลสูงสุดที่เคยตัดสินในคดีก่อนมาแล้วได้ (Allan R. Brewer-Carías, Constitutional Courts as Positive Legislators : A Comparative Law Study, (New York : Cambridge University Press, 2013), p. 197.)

จึงเห็นว่าความผิดที่ร้ายแรงจึงไม่สามารถได้รับการนิรโทษกรรมได้ตามรัฐธรรมนูญ<sup>4</sup> แต่อย่างไรก็ดี มีผู้พิพากษา Carlos S Fayt ได้ให้เหตุผลไปในทางตรงกันข้ามว่า แม้ว่าประเทศอาร์เจนตินาได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ในปี ค.ศ. 1986<sup>5</sup> แต่อนุสัญญาดังกล่าวก็ยังไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในประเทศ ตามเหตุผลของ Fayt แสดงว่ายอมรับให้มีการนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็น การทรมานได้ อย่างไรก็ตาม Fayt ไม่ได้กล่าวถึงว่าประเทศอาร์เจนตินาต้องผูกพันตามอนุสัญญา กรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งในประเด็นนี้มีความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Petracchi ระบุว่า มาตรา 18<sup>6</sup> ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มีผลให้ประเทศอาร์เจนตินาไม่อาจจะเมิดอนสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือ การลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีได้<sup>7</sup> จากการตัดสินของศาลสูงสุด อาร์เจนตินาในคดีนี้แสดงให้เห็นว่าศาลไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ อาร์เจนตินาได้ให้สัตยาบันไว้แล้ว ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมตามสนธิสัญญา ระหว่างประเทศ และยิ่งไปกว่านั้นศาลไม่ได้คำนึงถึงสิทธิที่ประกันไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ศาลจึงยอมรับ ให้กฎหมายนิรโทษกรรมที่มีการนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงมี ผลบังคับใช้ได้ โดยบอกว่ากฎหมายนิรโทษกรรมนั้นไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

ต่อมาเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 2001 กฎหมาย Due Obedience Law ถูกโต้แย้ง ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดย Federal Judge Cavallo ในคดี Simón ที่มีการกล่าวหาว่า Julio Héctor Simón ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทรมานและทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ ในคำพิพากษา Cavallo ได้ประกาศว่ากฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวเป็นครั้งแรก Cavallo ระบุว่ากฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวขัดกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ประเทศอาร์เจนตินา

<sup>4</sup> Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide*, (Oxford : Hart Publishing, 2008), p. 210.

<sup>5</sup> อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี มีผลบังคับใช้ในวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1987 แต่คดี General Ramón J Camps ตัดสินในวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 1987

<sup>6</sup> มาตรา 18 กำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐก่อนที่สัญญาจะมีผลบังคับใช้ว่าในกรณีที่รัฐได้ ให้สัตยาบันสนธิสัญญาแล้วจะต้องงดเว้นกระทำการอันขัดกับวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา

<sup>7</sup> Louise Mallinder, *supra note 4*, pp. 219 - 220.

เป็นภาคี เพราะพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้นกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่สอบสวน ฟ้องคดี และลงโทษผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง<sup>8</sup> และตามระบบกฎหมายของประเทศอาร์เจนตินาขณะตัดสินคดีนี้ สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในซึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญอาร์เจนตินา<sup>9</sup> จึงทำให้กฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมให้เจ้าหน้าที่รัฐผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงขัดกับรัฐธรรมนูญ การกำหนดสถานะของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศไว้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญนี้ก็เป็นผลมาจากการปฏิรูปรัฐธรรมนูญอาร์เจนตินาในปี ค.ศ. 1994<sup>10</sup> และไม่กี่วันหลังจากที่ Cavallo ตัดสินคดีดังกล่าว ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาก็ได้มีคำพิพากษาในคดี Barrios Altos v. Peru ซึ่งเหตุผลในคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาดังกล่าวก็ได้ถูกอ้างถึงใน Argentina Chamber of Appeals ที่ประกาศว่ากฎหมาย Due Obedience Law ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน โดยศาลให้เหตุผลว่า

---

<sup>8</sup> Par Engstrom and Gabriel Pereira, *supra* note 2, p. 112.

<sup>9</sup> Article 75 (22)

“...Treaties and concordats have higher standing than laws.

The following [international instruments], under the conditions under which they are in force, stand on the same level as the Constitution, [but] do not repeal any article in the First Part of this Constitution, and must be understood as complementary of the rights and guarantees recognized therein: The American Declaration of the Rights and Duties of Man; the Universal Declaration of Human Rights; the American Convention on Human Rights; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; the International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol; the [International] Convention on the Prevention and Punishment of Genocide; the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination; the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women; the Convention Against Torture and other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment; and the Convention on the Rights of the Child. They may only be denounced, if such is to be the case, by the National Executive Power, after prior approval by two thirds of the totality of the members of each Chamber. ...”

<sup>10</sup> Louise Mallinder, *supra* note 4, p. 223.

ประเทศอาร์เจนตินามีความผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะฟ้องร้องและลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ<sup>11</sup> อันเป็นการยืนยันว่าเห็นด้วยกับคำตัดสินของ Cavallo ที่ว่ากฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ภายหลังต่อมาในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2003 ก็ได้มีการประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมาย Full Stop Law และ Due Obedience Law โดยสภา ซึ่งผลทางกฎหมายของการประกาศความเป็นโมฆะนี้ทำให้มีการรื้อฟื้นการดำเนินการฟ้องร้องคดีที่เกิดขึ้นในช่วง ค.ศ. 1976 - 1983 ขึ้นใหม่ เพราะเท่ากับว่ากฎหมายนิรโทษกรรมไม่เคยมีมาก่อน จึงไม่ได้ปกป้องผู้กระทำความผิดจากการถูกฟ้องร้อง แต่การประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมายโดยสภาส่งผลให้มีการถกเถียงกันในทางกฎหมายถึงอำนาจของสภาในการประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมาย<sup>12</sup> จนในที่สุดการถกเถียงดังกล่าวก็หมดไป เพราะในเดือนมิถุนายน ปี ค.ศ. 2005 ศาลสูงสุดอาร์เจนตินาก็ได้มีคำพิพากษาว่ากฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>13</sup> โดยศาลให้เหตุผลว่าตามมาตรา 75 (22) แห่งรัฐธรรมนูญอาร์เจนตินากำหนดให้อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี มีค่าบังคับเท่ารัฐธรรมนูญ อันทำให้มีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในด้วย<sup>14</sup> เมื่อกฎหมายนิรโทษกรรมขัดต่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศเหล่านั้น เพราะได้นิรโทษกรรมความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง กฎหมายนิรโทษกรรมจึงขัดรัฐธรรมนูญด้วย

อาจสรุปได้ว่า ในกรณีของประเทศอาร์เจนตินานั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศอาร์เจนตินาไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมไว้โดยเฉพาะ แต่ก็มีข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศอาร์เจนตินาเป็นภาคี ได้แก่ อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยภายหลังเมื่อมีการปฏิรูประบบรัฐธรรมนูญอาร์เจนตินาในปี ค.ศ. 1994 ได้มีการกำหนดสถานะของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศดังกล่าวไว้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญว่าสนธิสัญญา

<sup>11</sup> Par Engstrom and Gabriel Pereira, *supra* note 2, p. 113.

<sup>12</sup> *Ibid*, pp. 115 - 116.

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 117.

<sup>14</sup> Christine A.E. Bakker, "A Full Stop to Amnesty in Argentina : The Simón Case," *Journal of International Criminal Justice*, pp. 1111 - 1112 (2005).

สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้นมีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญและมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายใน<sup>15</sup> ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ทำให้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนที่เป็นข้อจำกัดในการนิรโทษกรรม มีสภาพบังคับในระบบกฎหมายภายในของอาร์เจนตินาด้วย โดยศาลสามารถอ้างได้ว่ากฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งเป็นกฎหมายภายใน ที่มีเนื้อหานิรโทษกรรมให้เจ้าหน้าที่รัฐผู้กระทำความผิดที่เป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนั้นขัดกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และ ขัดรัฐธรรมนูญ เป็นผลให้กฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้

## 3.2 ประเทศเปรู

### 3.2.1 ที่มาของกฎหมายนิรโทษกรรม

ประเทศเปรูมีการต่อสู้ระหว่างรัฐบาลกับกลุ่มต่อต้านมาเป็นเวลานานแล้ว และ ยังคงดำเนินมาถึงปี ค.ศ.1992 ที่ Alberto Fujimori ได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศเปรูโดยการ ทำรัฐประหาร หลังจากนั้นไม่นาน กลุ่มต่อต้านก็ยังดำเนินการใช้กำลังต่อต้านมากขึ้นอย่างไม่เคย มีมาก่อน รัฐบาลจึงตอบโต้ด้วยการใช้นโยบายให้ใช้กำลังในการกักขัง การทำให้บุคคลสูญหายโดย การถูกบังคับ การประหารนอกกฎหมาย กับกลุ่มผู้สนับสนุนกลุ่มต่อต้านรัฐบาล จากการดำเนิน นโยบายนี้ทำให้ผู้นำของกลุ่มต่อต้านถูกจับ ความรุนแรงจึงเริ่มลดลง แต่อย่างไรก็ตาม การต่อสู้ ระหว่างรัฐบาลกับกลุ่มต่อต้านทำให้มีคนตายถึง 30,000 คน และในจำนวนนั้นมากกว่า 11,000 คน เป็นพลเมืองที่ไม่เกี่ยวข้องในการต่อสู้ ในปี ค.ศ. 1995 ก็ได้มีการผ่านกฎหมายนิรโทษกรรม<sup>16</sup> ที่ให้ มีการนิรโทษกรรมเฉพาะแก่ฝ่ายรัฐ คือ ตำรวจ ทหาร หรือบุคคลใด ๆ ที่กระทำความผิดซึ่งเกี่ยวข้อง ในการต่อสู้กับกลุ่มต่อต้านเท่านั้น ซึ่งกระทำไปในช่วงปี ค.ศ. 1980 - 1995 โดยที่ไม่มีมาตรการ เยียวยาความเสียหายใด ๆ ให้แก่ผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน<sup>17</sup> แม้กฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าว จะตราโดยสภา แต่ในช่วงเวลาที่มีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าว นั้น ประธานาธิบดี Alberto Fujimori ก็เป็นผู้มีอำนาจเด็ดขาดในทางการเมืองตามความเป็นจริง โดยสมาชิกสภาไม่ได้ มีการร่วมอภิปรายและตัดสินใจในการตรากฎหมายอย่างแท้จริง สภาเป็นเพียงตรายางให้กับกฎหมาย

<sup>15</sup> Par Engstrom and Gabriel Pereira, *supra* note 2, p. 109.

<sup>16</sup> Law No. 26479

<sup>17</sup> Noami Roht-Arriaza and Lauren Gibson, *supra* note 1, p. 855.

ที่เสนอมาจากฝ่ายบริหารเท่านั้น<sup>18</sup> ด้วยเหตุนี้ การที่กฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวนิรโทษกรรมให้เฉพาะแก่ฝ่ายรัฐบาลจึงเป็นการนิรโทษกรรมตนเอง หรือ self-amnesty และยังเป็น การนิรโทษกรรมอย่างกว้างที่ไม่จำกัดประเภทความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรม โดยรวมความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงด้วย จึงจัดว่าเป็นการนิรโทษกรรมแบบ blanket amnesty

### 3.2.2 ผลของกฎหมายนิรโทษกรรม

ในปี ค.ศ. 1995 นั้นเองก็ได้มีคำตัดสินในคดีเกี่ยวกับการกล่าวหาว่า มีการสังหารหมู่โดยเจ้าหน้าที่ทหารในเดือนพฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1991 ที่เขต Barrios Altos<sup>19</sup> คือ คดี Salazar Monroe<sup>20</sup> ซึ่งเริ่มต้นในศาล Sixteenth Criminal Court of Lima และผู้พิพากษาได้ตัดสินว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่ได้นิรโทษกรรมให้แก่ความผิดที่เป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ละเมิดหลักประกันสิทธิตามรัฐธรรมนูญ<sup>21</sup> กฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่นำมาใช้บังคับแก่คดี<sup>22</sup> อย่างไรก็ตาม ต่อมาสภาเปรูได้มีการผ่านกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง (the Interpretative Rule)<sup>23</sup> ที่ระบุว่า กฎหมายนิรโทษกรรมฉบับก่อนที่ผ่านสภานั้นไม่ได้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศหรือสิทธิมนุษยชน และไม่เป็นการจำกัดอำนาจตุลาการในการพิจารณา

<sup>18</sup> William W. Burke-White, “Reframing Impunity : Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation,” Harvard International Law Journal 42, p. 487 (2001).

<sup>19</sup> Louise Mallinder, *supra* note 4, p. 211.

<sup>20</sup> คดีนี้เมื่อฟ้องไปยังศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริการู้จักกันในอีกชื่อว่าคดี Barrios Altos

<sup>21</sup> Louise Mallinder, *supra* note 4, p. 211.

<sup>22</sup> ในขณะนั้นประเทศเปรูไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญจึงยังเป็นระบบกระจายอำนาจ โดยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีคดีในศาลแล้ว ศาลทุกศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ศาลจะบังคับใช้แก่คดีที่พิจารณาอยู่ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะปรับใช้กฎหมายนั้นแก่คดีต่อไป แต่ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะไม่ปรับใช้กฎหมายนั้นแก่คดี โดยคำพิพากษาจะผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี เมื่อคู่ความไม่พอใจคำพิพากษาของศาลย่อมอุทธรณ์ไปยังศาลสูงได้ โดยอาจมีกรณีศาลล่างแต่ละศาลมีคำพิพากษาในประเด็นว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ แตกต่างกันได้

<sup>23</sup> Law No. 26492

พิพากษาความผิด<sup>24</sup> ซึ่งเท่ากับกำหนดให้ศาลไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมได้ ศาลเพียงมีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมแก่คดีเท่านั้น

the Interpretative Rule ได้มีอิทธิพลถึงการตัดสินใจของศาลสูงเปรูในคดีนี้ด้วย กล่าวคือ เมื่อคดีนี้ไปสู่ศาล Lima Superior Court ศาลได้ยอมรับการบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรม โดยศาลให้เหตุผลว่าศาลต้องเคารพหลักการแบ่งแยกอำนาจ และไม่ไปแทรกแซงอำนาจอธิปไตยที่ใช้โดยสภาในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมนี้ และศาลยังห้ามผู้พิพากษาศาลล่างในการสอบสวนถึงวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายนิรโทษกรรม รวมถึงห้ามพิจารณาว่ากฎหมายนิรโทษกรรมนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ตามนั้นหรือไม่<sup>25</sup> จะเห็นได้ว่าศาล Lima Superior Court เห็นว่าการนิรโทษกรรมเป็นการตัดสินใจทางการเมืองซึ่งอยู่ในขอบอำนาจของสภา ศาลจึงต้องสละอำนาจในการรับฟังการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายนิรโทษกรรม<sup>26</sup>

นอกจากนี้ในคำพิพากษาศาล Lima Superior Court ยังกล่าวอีกว่า แม้ตามมาตรา 55<sup>27</sup> ของรัฐธรรมนูญเปรูกำหนดว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน แต่กฎหมายระหว่างประเทศก็มีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายภายใน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลตีความมาตรา 55 อย่างเคร่งครัดมาก<sup>28</sup> เนื่องจากยังมีมาตรา 57<sup>29</sup> ของรัฐธรรมนูญเปรูที่กำหนดว่าสนธิสัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบด้วยวิธีการเดียวกันกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวดูเหมือนว่าจะกำหนดให้สนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ได้ให้สัตยาบันแล้ว เช่น อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน กติการะหว่างประเทศ

<sup>24</sup> Noami Roht-Arriaza and Lauren Gibson, *supra* note 1, p. 856.

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 879.

<sup>26</sup> *Ibid*.

<sup>27</sup> Article 55

“Treaties formalized by the State and in force are part of national law.”

<sup>28</sup> Louise Mallinder, *supra* note 4, p. 221.

<sup>29</sup> Article 57

“...When a treaty affects constitutional provisions, it must be approved by the same procedure established to reform the Constitution prior to its ratification by the President of the Republic. ...”

ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมีสถานะเทียบเท่ากับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายของเปรู คำพิพากษาของศาลในกรณีนี้อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติดังกล่าว<sup>30</sup>

จากคำตัดสินของศาลสูงเปรูคดีนี้แสดงให้เห็นว่าศาลได้จำกัดการใช้อำนาจตุลาการโดยไม่ตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งสะท้อนว่าศาลไม่ได้คำนึงถึงสิทธิของประชาชนที่ได้รับการประกันไว้ในรัฐธรรมนูญเลย เพราะกฎหมายนิรโทษกรรมที่ออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติอาจจะไปละเมิดสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามที่ศาลล่างได้อ้างไว้ อันเป็นผลให้กฎหมายนิรโทษกรรมขัดกับรัฐธรรมนูญได้ และศาลก็ยังไม่ได้คำนึงถึงข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศเปรูเป็นภาคีอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ดี ต่อมาในปี ค.ศ. 2001 เมื่อศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาใต้ตัดสินในคดี *Barrios Altos v. Peru*<sup>31</sup> ว่ากฎหมายนิรโทษกรรมของเปรูขัดกับพันธกรณีตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน ซึ่งคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อคำตัดสินคดีของศาลเปรู กล่าวคือ หลังจากมีคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาในคดี *Barrios Altos v. Peru* ศาลในเปรูกียกเลิกการยุติการดำเนินคดีที่เป็นผลมาจากกฎหมายนิรโทษกรรม โดยรัฐบาลเปรูในขณะนั้นได้ส่งคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาให้แก่ศาลสูงสุดของเปรู และศาลสูงสุดในวันเดียวกันนั้นก็ส่งต่อคำพิพากษาไปยังศาลล่างด้วย โดยระบุว่า การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเหตุการณ์ที่ *Barrios Altos* จะต้องมีการรื้อฟื้นใหม่ ซึ่งศาลล่างก็ปฏิบัติตาม<sup>32</sup> จากนั้นมาศาลเปรูได้ปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมความผิดที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น การทรมาน การทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ การประหารนอกกฎหมาย<sup>33</sup>

จนกระทั่งปี ค.ศ. 2005 มีการประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมในคดี *Santiago Martin Rivas* โดยศาลรัฐธรรมนูญเปรู<sup>34</sup> ที่ได้กล่าวถึงประเด็น

<sup>30</sup> Noami Roht-Arriaza and Lauren Gibson, *supra* note 1, p. 872.

<sup>31</sup> ดูรายละเอียดในบทที่ 2 หัวข้อ อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน

<sup>32</sup> Diego García-Sayán, “The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America,” *Texas Law Review* 89, pp. 1842 - 1843 (2011).

<sup>33</sup> Louise Mallinder, *supra* note 4 p. 221.

<sup>34</sup> ศาลรัฐธรรมนูญเปรูก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1996 เมื่อมีศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ประเทศเปรูจึงมีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแบบรวมอำนาจ คือ ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กร

เกี่ยวกับการนิรโทษกรรม Santiago Martin Rivas ซึ่งเป็นผู้นำของ Colina Group หน่วยลับที่ทำงานให้รัฐบาลเผด็จการของ Alberto Fujimori ว่า ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถตรากฎหมายนิรโทษกรรมขัดกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งรัฐเปรูได้ให้สัตยาบันแล้วได้ ดังนั้นกฎหมายนิรโทษกรรมในคดีนี้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะพิสูจน์ได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายนิรโทษกรรมเพื่อปกปิดการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ หรือใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อไม่เอาผิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง<sup>35</sup> โดยจากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญของเปรูดังกล่าวนี้ว่าทำให้มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อกฎหมายนิรโทษกรรมของเปรู เพราะถึงแม้ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาได้ตัดสินในคดี Barrios Altos v. Peru ว่ากฎหมายนิรโทษกรรมเปรูไม่มีผลบังคับใช้ทั่วไป และส่งผลให้ศาลเปรูไม่บังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมแก่คดีก็ตาม แต่ในระบบกฎหมายภายในของเปรูยังไม่มี การดำเนินการใด ๆ กับกฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าว จนในที่สุดก็มีการประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญ จึงนับเป็นการยืนยันการไม่มีผลบังคับใช้ของกฎหมายนิรโทษกรรมโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดความชัดเจนของสถานะกฎหมายนิรโทษกรรมในระบบกฎหมายภายในว่าไม่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป โดยผลของคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของประเทศเปรู จะเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้มีบทบัญญัติเฉพาะเป็นข้อจำกัดในการนิรโทษกรรม แต่เปรูเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันซึ่งเป็นข้อจำกัดในการนิรโทษกรรม อีกทั้งรัฐธรรมนูญเปรูก็ได้กำหนดสถานะของสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่ามีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับประเทศอาร์เจนตินา แต่เมื่อมีคดีไปสู่ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา และศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาได้ตัดสินว่ากฎหมายนิรโทษกรรมละเมิดสิทธิมนุษยชนที่รับรองไว้ในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน ประเทศเปรูก็ได้ยอมรับคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาดังกล่าว โดยหลังจากมีคำพิพากษา

---

เดียวที่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญจะมีผลบังคับทั่วไป ไม่ใช่ผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี

<sup>35</sup> Santiago Martin Rivas, 29 November 2005, Constitutional Court of Perú, Exp. 4587-2004, quoted in European Court of Human Rights, “Expert Opinion on International Standards Relating to the Duty to Investigate, and the Impermissibility of Amnesty of Prescription, in Relation to Crimes Against Humanity,” Accessed September 30, 2015, [http://www.interights.org/userfiles/Annex\\_1\\_Impunity\\_filed.pdf](http://www.interights.org/userfiles/Annex_1_Impunity_filed.pdf).

ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกัน ศาลเปรูก็ไม่นำกฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมในความผิด ที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงมาปรับใช้แก่คดี จนในที่สุดก็ได้มีการประกาศความ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวโดยศาลรัฐธรรมนูญเปรู ส่งผลให้กฎหมาย นิรโทษกรรมที่มีเนื้อหาให้นิรโทษกรรมความผิดซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไม่มีผล บังคับใช้

### 3.3 ประเทศชิลี

#### 3.3.1 ที่มาของกฎหมายนิรโทษกรรม

เมื่อเดือนกันยายน ปี ค.ศ.1973 Augusto Pinochet ได้เข้ายึดอำนาจการปกครอง ประเทศชิลีด้วยการรัฐประหาร นับแต่นั้นมาชิลีจึงถูกปกครองโดยรัฐบาลทหารที่ดำเนินนโยบาย ทำลายล้างกลุ่มที่ต้องสงสัยว่าเป็นฝ่ายซ้ายและกลุ่มผู้สนับสนุนฝ่ายซ้าย ด้วยวิธีการทรมาน การทำให้ บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ และการฆ่า ทั้งนี้ ปรากฏว่าก่อนเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 1973 มีพลเมือง ถูกฆ่า 1,500 คน และในช่วงระหว่างเดือนมกราคม ค.ศ. 1974 ถึง เดือนสิงหาคม ค.ศ. 1977 มีพลเมืองถูกฆ่าอีกอย่างน้อย 599 คน<sup>36</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 1978 Pinochet ก็ได้นิรโทษกรรมตนเอง และฝ่ายทหารโดยการออกประกาศ Decreto Ley 2191 ซึ่งต่อมารัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบ ประกาศดังกล่าวในวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1978 และผนวกเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญชิลี ในขณะนั้น<sup>37</sup> โดยมาตรา 1 ของกฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวกำหนดให้ใช้บังคับกับผู้กระทำความผิด ทุกคน หรือผู้สมรู้ร่วมคิดในการกระทำความผิด ที่กระทำขึ้นระหว่างวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 1973 ถึง วันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1978<sup>38</sup> จึงเป็นการนิรโทษกรรมที่ครอบคลุมความผิดอย่างกว้าง โดยรวมถึง ความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงด้วย ซึ่งเรียกการนิรโทษกรรมแบบนี้ว่า blanket amnesty อีกทั้ง ยังเป็นการนิรโทษกรรมให้แก่ตนเอง หรือ self-amnesty อีกด้วย เพราะถึงแม้ ถ้อยคำในกฎหมายนิรโทษกรรมจะให้บังคับใช้กับผู้กระทำความผิดทุกฝ่าย แต่ในทางปฏิบัติผู้ได้รับ

<sup>36</sup> Noami Roht-Arriaza and Lauren Gibson, *supra* note 1, p. 847.

<sup>37</sup> Fannie Lafontaine, “No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances : The Sandoval Case before the Supreme Court of Chile,” Journal of International Criminal Justice, p. 470 (2005).

<sup>38</sup> *Ibid*, p. 471.

ประโยชน์จากกฎหมายนิรโทษกรรมส่วนใหญ่ก็คือฝ่ายรัฐบาลซึ่งได้กระทำความผิด ส่วนฝ่ายต่อต้านนั้นส่วนมากเป็นผู้ถูกฆ่า หรือถูกทำให้สูญหาย หรือถูกเนรเทศไปแล้ว<sup>39</sup>

### 3.3.2 ผลของกฎหมายนิรโทษกรรม

ในปี ค.ศ. 1994 มีคดี Bárbara Uribe Tamblay and Edwin Van Yurick Altamirano<sup>40</sup> ที่เกี่ยวกับการทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับเมื่อปี ค.ศ. 1974 โดย The Santiago Court of Appeals ตัดสินว่า ตามมาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญชิลีกำหนดให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ สำหรับคดีนี้สนธิสัญญาเจนีวา<sup>41</sup> ถูกนำมาใช้บังคับได้เพราะชิลีได้ให้สัตยาบันแล้วในปี ค.ศ. 1951 และได้ผนวกเป็นกฎหมายภายในก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมายนิรโทษกรรม ปี ค.ศ. 1978 ศาลจึงนำสนธิสัญญาเจนีวาตั้งกล่าวมาปรับใช้แก้คดีเพราะเห็นว่าชิลีอยู่ในสถานะที่มีสงครามกลางเมือง โดยตามสนธิสัญญาเจนีวา ไม่อาจใช้กฎหมายนิรโทษกรรมเป็นเครื่องขัดขวางการดำเนินคดีในความผิดที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรม

<sup>39</sup> Noami Roht-Arriaza and Lauren Gibson, *supra* note 1, p. 847.

<sup>40</sup> See Louise Mallinder, *supra* note 4, pp. 221 - 222, 225 - 226.

<sup>41</sup> สนธิสัญญาเจนีวา เป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับหลักมนุษยธรรมยามเกิดการขัดกันด้วยอาวุธ โดยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีความเหมือนกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล เช่น สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม สิทธิที่จะได้รับอาหาร เสรีภาพในการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา กฎหมายทั้งสองจึงสามารถใช้บังคับพร้อม ๆ กันได้ แต่กฎหมายทั้งสองก็มีความแตกต่างกันคือ

1. ขอบเขตการบังคับใช้ กรณีของความขัดแย้งภายในประเทศต้องพิจารณาในแง่ของระดับความรุนแรง หากเป็นการขัดกันด้วยอาวุธภายในประเทศ ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่ถ้าความขัดแย้งภายในประเทศยังอยู่ในระดับที่เป็นความปั่นป่วน โกลาหล และเกิดเป็นครั้งคราว เช่น การประท้วงเดินขบวน จลาจล กฎหมายที่ใช้คือกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

2. กลไกการบังคับใช้ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศใช้บังคับระหว่างรัฐที่เป็นคู่สงคราม และฝ่ายกบฏที่ได้รับการรับรอง รวมถึงพลรบ พลเรือน และเชลยศึกด้วย แต่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศใช้บังคับระหว่างรัฐกับปัจเจกชน (ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.315 - 318.)

ต่อมวลมนุษยชาติได้ นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ก็นำมาปรับใช้แก่คดีได้เช่นกัน ฉะนั้น ตามคำพิพากษาของ The Santiago Court of Appeals จะเห็นได้ว่าศาลได้ตัดสินโดยคำนึงถึงข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมตามสนธิสัญญา ระหว่างประเทศที่ชิลีเป็นภาคี

ต่อมาคดีนี้มีการอุทธรณ์ไปยังศาลสูงสุด ซึ่งศาลสูงสุดก็เห็นด้วยว่าอนุสัญญา เจนีวนำมาใช้ได้เลยในระบบกฎหมายภายในของชิลี แต่ศาลกลับเห็นว่าในกรณีนี้ชิลีไม่ได้อยู่ในสถานะที่มีสงครามกลางเมือง จึงไม่นำอนุสัญญาเจนีวนำมาใช้บังคับ และศาลสูงสุดยังเห็นต่างอีกว่า กรณีของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ เพราะยังไม่ได้มีการให้สัตยาบันในขณะที่การกระทำผิดเกิดขึ้น ซึ่งศาลอ้างมาตรา 28<sup>42</sup> ของอนุสัญญา

---

<sup>42</sup> มาตรา 28 กำหนดว่าสนธิสัญญาไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง ซึ่งในกรณีของมาตรา 28 นี้มีการตีความหมายโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาว่า ให้แยกการกระทำที่เป็น การละเมิดสนธิสัญญาก่อนวันที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ ออกจากการไม่บังคับใช้สนธิสัญญาหลังจาก วันที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาก็นำไปอ้างในคดี Genie Lacayo v Nicaragua โดยประเทศนิการากัว ได้คัดค้านเขตอำนาจศาลด้วยเหตุผลว่า ข้อเท็จจริงที่พิพาทเกิดขึ้นก่อนที่นิการากัวให้สัตยาบันอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน แต่ศาล ไม่เห็นด้วยกับคำคัดค้านดังกล่าว โดยระบุว่า วัตถุประสงค์ของคำร้องในคดีนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะการ ละเมิดสิทธิในชีวิตที่เกิดขึ้นก่อนการยอมรับอำนาจศาลของนิการากัว แต่เหตุการณ์ที่สืบเนื่องต่อมา ได้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐต่อการละเมิดสิทธิในการได้รับความคุ้มครอง โดยศาล ความเสมอภาค และหน้าที่ของรัฐในการปรับกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่ต้อง เคารพตามมาตรา 2, 8, 24 และ 25 แห่งอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน ดังนั้นการที่รัฐไม่สามารถ รับผิดชอบต่อการฆาตกรรม Genie Lacayo ได้ รัฐก็ต้องรับผิดชอบการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่เป็ ผล ต่อเนื่องหลังจากที่ให้สัตยาบันอนุสัญญาที่กำหนดไว้ว่าต้องมีการคุ้มครองสิทธิโดยศาล และดำเนิน กระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ศาลเห็นว่าหน้าที่ในการลงโทษของรัฐต่อความผิดแยกจาก การกระทำผิดอันเป็นเหตุมาสู่การลงโทษ จากเหตุผลของศาลสรุปได้ว่า การกระทำผิดที่เกิดขึ้น ในอดีตแยกจากการกระทำที่ก่อให้เกิดกฎหมายนิรโทษกรรมในปัจจุบัน ดังนั้นกฎหมายนิรโทษกรรม

กรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาสนับสนุนคำตัดสินดังกล่าว แสดงว่าศาลสูงสุดชิลียอมรับว่าสนธิสัญญามีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ศาลตีความไม่ให้นำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดี ซึ่งเท่ากับยอมรับให้กฎหมายนิรโทษกรรมมีผลใช้บังคับได้ในคดีนี้

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาศาลสูงสุดชิลีก็ได้เปลี่ยนแปลงการตัดสินเกี่ยวกับพันกรณีพิพาทที่ต้องผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศไปจากเดิม กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1998 คดี Pedro Enrique Poblete Córdova ที่มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดด้วยการทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ ซึ่งศาลสูงสุดชิลีมีคำตัดสินในคดีโดยปรับใช้อनुสัญญาเจนีวา มาตรา 3<sup>43</sup> ว่าชิลีอยู่ในสถานะมีสงครามกลางเมืองในช่วงเดือนกันยายน ค.ศ. 1973 เนื่องจาก

---

ที่ตราขึ้นหลังจากที่ให้สัตยาบันสนธิสัญญาแล้วจึงเป็นการละเมิดสนธิสัญญาในเรื่องสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองโดยศาล และสิทธิในการได้รับการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการต่อต้านการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ตีความว่าหน้าที่ในการลงโทษการกระทำผิดที่เป็นการทรมานใช้กับการกระทำผิดที่เกิดขึ้นหลังจากอนุสัญญามีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น โดยคณะกรรมการต่อต้านการทรมานไม่ได้แยกการกระทำทรมานจากการได้รับการคุ้มครองทางศาลอย่างคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา (Noami Roht-Arriaza and Lauren Gibson, *supra* note 1, pp. 869 - 870.)

<sup>43</sup> Article 3

“In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

(1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed 'hors de combat' by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

ศาลตีความมาตรา 5<sup>44</sup> แห่งรัฐธรรมนูญชี้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่ชิลีเป็นภาคีและมีผลบังคับใช้แล้วสามารถนำมาใช้ได้โดยตรง ศาลจึงนำอนุสัญญาเจนีวามาใช้บังคับ โดยให้เหตุผลว่าตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาเจนีวาก็มุ่งประกันสิทธิขั้นพื้นฐานที่มาจากความเป็นมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ อนุสัญญาจึงมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายใน อันเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของชิลีด้วยสิทธิที่มาจากความเป็นมนุษย์ อันเป็นคุณค่าที่อยู่เหนือกฎหมายใด ๆ ที่รัฐใช้อำนาจตราขึ้น และรัฐก็ไม่อาจละเลยคุณค่านี้ได้ และศาลยังได้อ้างถึงความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐที่จะต้องดำเนินคดีแก่ผู้ก่ออาชญากรรมร้ายแรง สำหรับคดีนี้กฎหมายนิรโทษกรรมทำให้รัฐไม่ต้องดำเนินการสอบสวนการกระทำความผิดจึงถือว่ารัฐบาลล้มเหลวต่อหน้าที่ในการสอบสวนความผิดเกี่ยวกับ

---

(a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

(b) taking of hostages;

(c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;

(d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

(2) The wounded and sick shall be collected and cared for.

An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.

The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.

The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.”

<sup>44</sup> Article 5

“...The exercise of sovereignty recognizes as a limitation the respect for the essential rights which emanate from human nature. It is the duty of the organs of the State to respect and promote those rights, guaranteed by this Constitution, as well as by the international treaties ratified by Chile and which are in force.”

การทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ ศาลเห็นว่ากฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวจะต้องนำมาใช้ให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ สนธิสัญญาระหว่างประเทศต้องถูกตีความและบังคับใช้โดยรัฐด้วยความสุจริต กฎหมายภายในของรัฐต้องสอดคล้องกับสนธิสัญญาเหล่านั้น และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องประกันว่าการตรากฎหมายใหม่จะต้องสอดคล้องกับสนธิสัญญาด้วย เพื่อที่จะไม่ให้มีการละเมิดพันธกรณี ในคดีนี้ศาลจึงตัดสินว่าต้องมีการสอบสวนการกระทำผิดที่ทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ<sup>45</sup> จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลไม่ได้กล่าวชัดเจนว่าไม่นำกฎหมายนิรโทษกรรมมาใช้บังคับ แต่ศาลเห็นว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่นำมาใช้ต้องตีความให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยกฎหมายนิรโทษกรรมจะมาขัดขวางไม่ให้เกิดการสอบสวนการกระทำผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไม่ได้ ซึ่งในคดีนี้ก็คือการทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ ศาลจึงตัดสินว่าต้องมีการสอบสวนในความผิดดังกล่าวก่อน

ต่อมาในปี ค.ศ. 2004 มีคดี Miguel Ángel Sandoval Rodríguez ซึ่งเกี่ยวกับความผิดที่ทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับเช่นกันขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดชิลี และถือเป็นคดีแรกที่ศาลสูงสุดชิลีไม่บังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมในการตัดสินและกำหนดโทษในคดี<sup>46</sup> โดยเหตุผลที่ศาลสูงสุดของชิลีไม่ปรับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมแก่คดีนี้ คือ ประการแรก ศาลเห็นว่า การทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับเป็นความผิดต่อเนื่องจนกระทั่งจะพิสูจน์ได้ว่าผู้เสียชีวิต เมื่อยังพิสูจน์ไม่ได้ว่าผู้เสียชีวิตในช่วงเวลาของการกระทำความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมายนิรโทษกรรม จึงไม่นำกฎหมายนิรโทษกรรมมาใช้บังคับแก่ความผิดดังกล่าว<sup>47</sup> เหตุผลประการต่อมา คือ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศไว้ว่ามีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายใน ดังนั้นอนุสัญญาเจนีวาจึงมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายนิรโทษกรรม และทำให้ชิลีมีพันธกรณีที่จะต้องประกันสิทธิตามอนุสัญญา โดยศาลกล่าวว่า ชิลีอยู่ในสถานะที่มีสงครามกลางเมืองตามมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวาจึงต้องตระหนักถึงพันธกรณีตามอนุสัญญาในการคุ้มครองบุคคลระหว่างมีสงครามกลางเมือง และศาลก็อ้างถึงบทบัญญัติที่รัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินคดีแก่ผู้ก่ออาชญากรรมร้ายแรง (มาตรา 146–147 the Fourth Geneva Convention) ด้วยเหตุนี้มาตรการใดก็ตามที่ตั้งใจปกป้องบุคคลจากความรับผิดชอบทางอาญาในการละเมิดความคุ้มครองตามอนุสัญญาประกันไว้จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลตัดสินว่าการไม่เอาผิดแก่ผู้ละเมิดมาตรา 3 ของอนุสัญญา เป็นการที่รัฐไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาเจนีวา กฎหมายนิรโทษกรรมที่มีผลให้ไม่เอาผิดจึงเป็นการขัดขวางชิลีในการ

<sup>45</sup> Louise Mallinder, *supra* note 4, pp. 222, 229.

<sup>46</sup> Fannie Lafontaine, *supra* note 37, p. 469.

<sup>47</sup> *Ibid*, p. 471.

ประกันให้มีการคุ้มครองแก่บุคคลตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา<sup>48</sup> โดยคดีนี้ในศาลอุทธรณ์ก็ได้มีการอ้างถึงคดีในศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาที่ได้ตัดสินไปแล้วเพื่อมาสนับสนุนคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ว่ากฎหมายนิรโทษกรรมไม่อาจขัดขวางการพิจารณาตัดสินคดีและลงโทษในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้<sup>49</sup> ด้วย อีกทั้งศาลอุทธรณ์ยังได้อ้างมาตรา 1<sup>50</sup> ของอนุสัญญาเจนีวาที่กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องเคารพและประกันการเคารพสิทธิตามอนุสัญญาเจนีวา เพื่อสรุปว่า มาตรา 1 สร้างพันธกรณีในการสอบสวนและลงโทษผู้ละเมิดอนุสัญญาเจนีวา จึงแสดงให้เห็นว่าศาลอุทธรณ์และศาลสูงสุดได้คำนึงถึงข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อันมีผลให้มีคำพิพากษาไม่บังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหาเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

ในกรณีของประเทศชิลี รัฐธรรมนูญไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมโดยเฉพาะ แต่ชิลีเป็นภาคีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มีข้อจำกัดในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม โดยจากตัวอย่างคดีที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่า ในบริบทของประเทศชิลียังไม่มีการขอให้องค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าว กฎหมายนิรโทษกรรมจึงมีผลบังคับใช้ในชิลีอยู่ องค์กรตุลาการของชิลีจึงมีบทบาทเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินว่าจะปรับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมแก่คดีหรือไม่ ซึ่งการที่ศาลจะปรับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมแก่คดีหรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับว่าศาลได้คำนึงถึงข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมหรือไม่ หากศาลคำนึงถึงสิทธิของประชาชนที่ได้รับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนที่รับรองไว้ตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ศาลก็จะไม่ปรับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมให้เจ้าหน้าที่รัฐผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง โดยอาศัยการตีความว่ากฎหมายนิรโทษกรรมไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ชิลีได้ให้สัตยาบันแล้ว เพราะการไม่เอาผิดแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเป็นการละเลยคุณค่าสิทธิของความเป็นมนุษย์ ซึ่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศมุ่งหมายให้คุ้มครอง อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2006 ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาได้ตัดสินในคดี *Almonacid-Arellano v Chile* ว่าอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติเป็นความผิดที่ไม่ยอมให้มีการนิรโทษกรรมได้ กฎหมายนิรโทษกรรม

<sup>48</sup> *Ibid*, pp. 473 - 475.

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 482.

<sup>50</sup> Article 1

“The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances.”

ของชิลีที่มีเนื้อหาให้นิรโทษกรรมความผิดที่เป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติจึงไม่มีผลทางกฎหมาย และไม่อาจใช้เป็นเครื่องขัดขวางการสอบสวนข้อเท็จจริง หรือการหาตัวผู้กระทำความผิด และการลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีดังกล่าวได้ อีกทั้งยังใช้ไม่ได้กับกรณีอื่นในประเทศชิลีที่เป็นการละเมิดสิทธิซึ่งรับรองไว้ในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันด้วย ดังนั้น เมื่อประเทศชิลีได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน และยอมรับเขตอำนาจศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกา ประเทศชิลีจึงย่อมมีความผูกพันตามคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาในการที่จะไม่บังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าว

โดยสรุป แม้ว่าประเทศอาร์เจนตินา เปรู และชิลี ต่างก็ไม่ได้มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดเกี่ยวกับข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมไว้โดยเฉพาะ แต่ประเทศอาร์เจนตินา เปรู และชิลี ยังได้เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน เช่น อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้น การตรากฎหมายนิรโทษกรรมของทั้งสามประเทศจึงต้องสอดคล้องกับพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวที่กำหนดหน้าที่ให้รัฐดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง โดยในระยะแรกองค์กรตุลาการของประเทศอาร์เจนตินา เปรู และชิลี ได้มีคำพิพากษาว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหานิรโทษกรรมความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงมีผลใช้บังคับได้ แต่ต่อมาศาลทั้งสามประเทศก็ได้มีคำพิพากษาว่ากฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งมีเนื้อหาดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ สำหรับกรณีของประเทศอาร์เจนตินา และเปรู เป็นการประกาศว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงขัดรัฐธรรมนูญ ส่วนประเทศชิลีนั้น ถึงแม้ยังไม่มี การประกาศว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาที่ตัดสินว่ากฎหมายนิรโทษกรรมของชิลีไม่มีผลทางกฎหมาย ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวย่อมผูกพันประเทศชิลีซึ่งได้ยอมรับเขตอำนาจศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างทวีปอเมริกาในอันที่จะไม่บังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรม

### 3.4 ประเทศตุรกี<sup>51</sup>

#### 3.4.1 ที่มาของกฎหมายนิรโทษกรรม

ในวันที่ 12 กันยายน 1980 ได้มีการรัฐประหารซึ่งนำโดยนายพล Kenan Evren ทำให้ตุรกีถูกปกครองโดยคณะรัฐประหารในชื่อ “คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ” และรัฐบาลที่แต่งตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ตั้งแต่วันที่ 12 กันยายน 1980 จนถึง 1983 ซึ่งมีนายพล Evren หัวหน้าคณะรัฐประหารดำรงตำแหน่งเป็นประธานาธิบดี คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติได้ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ มีผลใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญ 1982 ซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบัน จากนั้นก็จัดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปตามรัฐธรรมนูญ 1982 และมีรัฐบาลใหม่และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่มาจากการเลือกตั้งในปี 1983 แต่นายพล Evren ยังดำรงตำแหน่งเป็นประธานาธิบดีต่อไปจนถึงปี 1989

ทั้งนี้ ภายใต้การปกครองของคณะรัฐประหารเกิดการนองเลือด ทำให้ประชาชนเสียชีวิต 5,000 คน ถูกจำคุก 6,000 คน ถูกดำเนินคดี 200,000 คน และอีกนับหมื่นได้รับการทรมาน โดยรัฐธรรมนูญ 1982 ได้มีบทบัญญัติมาตรา 15 ซึ่งบัญญัติว่า “การฟ้องร้องหรือการดำเนินคดีให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติหรือรัฐบาลที่แต่งตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติต้องรับผิดทางอาญา ทางแพ่ง หรือทางกฎหมายใด เนื่องจากการกระทำใด ๆ ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติและรัฐบาล ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างวันที่ 12 กันยายน 1980 จนถึงวันที่สภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่เริ่มปฏิบัติหน้าที่ ไม่อาจทำได้” อันเป็นการสร้างเอกสิทธิ์และความคุ้มกันให้แก่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติและรัฐบาล ในการไม่ถูกดำเนินคดีหรือถูกฟ้อง ซึ่งก็คือการนิรโทษกรรมให้คณะรัฐประหารนั่นเอง การบัญญัติเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นนี้ ส่งผลให้องค์กรตุลาการไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติว่าด้วยการนิรโทษกรรมดังกล่าวได้อย่างในกรณีของประเทศอาร์เจนตินา และเปรู ตามที่กล่าวมาข้างต้น

#### 3.4.2 ผลของกฎหมายนิรโทษกรรม

อย่างไรก็ดี ในเวลาต่อมาบรรดานักการเมืองทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้านต่างเห็นตรงกันว่า เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ 1982 ไม่ได้มาตรฐานประชาธิปไตย นายกรัฐมนตรี Recep Tayyip Erdogan จึงมีดำริว่าสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นประชาธิปไตยมากขึ้น

<sup>51</sup> ดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ และ ปิยบุตร แสงกนกกุล “การทำลายกฎหมายและคำพิพากษาในระบอบเผด็จการ และการไม่ยอมรับรัฐประหารในนานาอารยประเทศ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2559, <https://prachatai.org/journal/2012/04/39967>

ในกรณีของประเทศตูกินีนี้เป็นตัวอย่างแสดงให้เห็นว่า ถึงแม้จะมีการบัญญัติเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ก็ยังสามารถยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมนั้นได้ ด้วยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการนิรโทษกรรมนั้น มีผลทำให้ผู้นำผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีตามกฎหมายต่อไปได้

ในบทนี้จึงแสดงให้เห็นว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่ข้าราชการกระทำผิดและสนธิสัญญาระหว่างประเทศอาจไม่มีผลบังคับใช้ได้ โดยการวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ และถ้าการนิรโทษกรรมนั้นเป็นบทบัญญัติหนึ่งในรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติว่าด้วยการนิรโทษกรรมนั้นก็อาจถูกยกเลิกได้ด้วยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ยกเลิกบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ เมื่อกฎหมายนิรโทษกรรมไม่มีผลบังคับใช้ก็จะสามารถดำเนินคดีแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดไปตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมตามปกติได้ เพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย

## บทที่ 4

### การตรากฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทย

ในสมัยที่ประเทศไทยปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อำนาจในการปกครองเป็นอำนาจเด็ดขาดของพระมหากษัตริย์แต่เพียงพระองค์เดียว ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการให้คุณหรือให้โทษแก่บุคคลใด ดังนั้นแต่เดิมการนิรโทษกรรมซึ่งเป็นการลบล้างความผิดของผู้กระทำผิดจึงเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่พระองค์ทรงมีความกรุณาให้แก่ผู้กระทำความผิด ต่อมาเมื่อคณะราษฎรได้ทำการปฏิวัติ<sup>1</sup> เพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองจากรบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ก็ได้มีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมคือ พระราชกำหนดนิรโทษกรรมในคราวเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2475 ขึ้นเพื่อลบล้างความผิดให้แก่ผู้ร่วมก่อการปฏิวัติในครั้งนั้น<sup>2</sup> เนื่องจากการปฏิวัติเป็นการมุ่งหมายเปลี่ยนแปลงการปกครองจึงถือว่ามีความผิดตามกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น<sup>3</sup> โดยพระราชกำหนด

---

<sup>1</sup> การปฏิวัติ (revolution) หมายถึง การเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของระบบรัฐธรรมนูญโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น การรัฐประหาร (coup d'état) หมายถึง การดำเนินการอย่างฉับพลันโดยใช้กำลังของกลุ่มบุคคลซึ่งมีจำนวนไม่มากนัก มีวัตถุประสงค์เพื่อล้มล้างรัฐบาล และเข้าถือครองอำนาจรัฐแทน ข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างการปฏิวัติกับการรัฐประหาร คือ การรัฐประหารมุ่งแย่งชิงอำนาจรัฐจากรัฐบาลมาเป็นของผู้ก่อการรัฐประหาร โดยไม่ได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ แต่การปฏิวัติมุ่งเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ อย่างไรก็ตามในทางนิติศาสตร์ใช้คำว่า ปฏิวัติ และ รัฐประหาร ปะปนกัน เนื่องจากทั้งสองกรณีล้วนแต่เป็นการเปลี่ยนแปลงผู้ถืออำนาจทางการเมืองโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ และกฎหมายนั้นได้กำหนดให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมาย (ดูวรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 77 - 78.)

<sup>2</sup> มาตรา 3 “บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นเหล่านั้นไม่ว่าของบุคคลใด ๆ ในคณะราษฎรนี้ หากว่าจะเป็นการละเมิดบทกฎหมายใด ๆ ก็ดี ห้ามมิให้ถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายเลย”

<sup>3</sup> กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 101 “ผู้ใดทะนองอาจทำการประทุษร้ายอย่างใด ๆ เพื่อจะทำลายรัฐบาลเสียก็ดี เพื่อจะเปลี่ยนแปลงราชประเพณีการปกครองพระราชาณาจักรก็ดี เพื่อจะแย่งชิงพระราชาณาจักรแม้แต่ส่วนใดส่วนหนึ่งก็ดี ท่านว่ามั่นคงเป็นกบฏ ให้เอาตัวมันไปประหาร

นิรโทษกรรมดังกล่าวถือว่าเป็นกฎหมายนิรโทษกรรมฉบับแรกของประเทศไทยในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย และเป็นกรณีของการนิรโทษกรรมที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง แต่อย่างไรก็ตาม พระราชกำหนดนิรโทษกรรมในคราวเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2475 นี้ ยังคงเป็นการนิรโทษกรรมโดยใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์คือพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวอยู่ เนื่องจากพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเป็นผู้ลงพระปรมาภิไธยเอง โดยเป็นเวลาหนึ่งวันก่อนวันพระราชทานรัฐธรรมนูญ บุคคลใดในคณะราษฎรจึงไม่มีอำนาจและฐานะที่จะรับสนองพระบรมราชโองการได้<sup>4</sup> ทั้งนี้ ในเวลาต่อมาหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว การนิรโทษกรรมก็ยังคงเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่นำมาใช้อีกหลายครั้งในประเทศไทย

#### 4.1 การใช้กฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทย

ที่ผ่านมาประเทศไทยเคยมีการใช้กฎหมายนิรโทษกรรมมาแล้วหลายครั้ง ในบริบทที่แตกต่างกันไป ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 3 กรณี ได้แก่ 1. กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีที่มีการรัฐประหาร 2. กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีที่มีการชุมนุมทางการเมือง 3. กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีอื่น ๆ

##### 4.1.1 กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีที่มีการรัฐประหาร

กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีนี้เกิดขึ้นทั้งกรณีที่ทำการรัฐประหารสำเร็จและทำการรัฐประหารไม่สำเร็จ แต่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การรัฐประหารเป็นการกระทำผิดกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ขณะนั้น<sup>5</sup> ถ้าหากทำสำเร็จ ก็จะมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมเพื่อป้องกันการเอาผิด

---

ชีวิตเสีย หรือมิฉะนั้น ให้จำคุกมันไว้จนตลอดชีวิต” (หลวงอรรถปริชาชนูปการ, คำบรรยายกฎหมายลักษณะอาญา ภาคสอง, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2493) น. 10.)

<sup>4</sup> อุดล วิเชียรเจริญ, “รอยต่างในทฤษฎีรัฐธรรมนูญของไทย,” รัฐสภาสาร, ฉบับที่ 6, ปีที่ 3, น. 64-65, อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 258

<sup>5</sup> การรัฐประหารมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในปัจจุบัน มาตรา 113 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อ

(1) ล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

แก่ผู้ก่อการรัฐประหารไว้เสมอ โดยมักจะอ้างมูลเหตุจูงใจของผู้ก่อการรัฐประหารว่าเป็นการกระทำเพื่อขจัดความเสื่อมโทรมที่เกิดขึ้นในประเทศชาติ และกระทำไปด้วยความปรารถนาดีต่อชาติบ้านเมือง มิได้ปรารถนาประโยชน์ส่วนตนหรือบำเหน็จตอบแทนแต่อย่างใด จึงควรนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ก่อการรัฐประหาร<sup>6</sup> สำหรับประเทศไทยการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ทำรัฐประหารสำเร็จ แต่เดิมจะออกเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติตลอดมาโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ได้รับการแต่งตั้งมาจากผู้ก่อการรัฐประหาร โดยไม่เคยมีประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติที่นิรโทษกรรมตนเองเลย ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้เห็นว่าไม่ใช่การนิรโทษกรรมตนเอง โดยให้เหตุผลดังนี้ การไม่นิรโทษกรรมตนเองทำให้คณะรัฐประหารยังสามารถดำรงสถานะและอำนาจของตนไว้ได้ เพราะมิได้เป็นผู้ทำการยกโทษให้ตนเอง หากแต่เป็นรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรอื่นมิใช่คณะรัฐประหารเป็นผู้ดำเนินการตรากฎหมายนิรโทษกรรม ซึ่งมีการดำเนินงานแยกออกจากคณะรัฐประหาร นอกจากนี้ กระบวนการตราพระราชบัญญัตินั้นมีขั้นตอนที่ต้องได้รับการลงพระปรมาภิไธยจากพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ที่จะทรงมีพระราชวินิจฉัยยินยอมทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมนั้นหรือไม่ พระมหากษัตริย์องค์ที่จะทรงมีต่อผู้ที่จะได้รับผลการนิรโทษกรรมโดยการทรงลงพระปรมาภิไธยนั้น ก็เป็นการสะท้อนว่าคณะรัฐประหารให้ความสำคัญแก่สถาบันประมุขเดิมและพระราชอำนาจว่าไม่มีการแตะต้องหรือเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใดและยอมตนอยู่ภายใต้พระราชอำนาจทางนิติบัญญัติโดยไม่มุ่งปกป้องตนเอง<sup>7</sup> แต่ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้เป็นการนิรโทษกรรมตนเอง (self-amnesty) เพราะขณะที่มีการตรากฎหมายนิรโทษกรรม ในความเป็นจริง คณะรัฐประหารก็ยังคงเป็นผู้ควบคุมอำนาจการปกครองประเทศแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาดไว้อยู่ จึงมีอิทธิพลต่อการตรากฎหมายนิรโทษกรรมเพื่อไม่ให้มีการเอาผิดตนเอง สภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้ก่อการรัฐประหารอาจจะไม่ได้มีเจตจำนงอิสระในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม

(2) ล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการแห่งรัฐธรรมนูญ หรือให้ใช้อำนาจดังกล่าวแล้วไม่ได้ หรือ

(3) แบ่งแยกราชอาณาจักรหรือยึดอำนาจปกครองในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักร ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นกบฏ ต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต”

<sup>6</sup> สุรพล คงลาภ, “นิรโทษกรรม : ศึกษาเงื่อนไขและผลทางกฎหมาย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 59.

<sup>7</sup> ณวัฒน์ ศรีปัดดา, “ลักษณะบางประการเกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทย,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า, ฉบับที่ 1, ปีที่ 11, น. 65 - 66 (มกราคม-เมษายน 2556).

อย่างไรก็ตาม การรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ก่อการรัฐประหารไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549<sup>8</sup> และการรัฐประหารครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 ก็ยังคงบัญญัติเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ก่อการรัฐประหารไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557<sup>9</sup> อีกเช่นเดียวกัน แสดงว่าในระยะหลังการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ทำการรัฐประหารสำเร็จจะกำหนดเป็นบทบัญญัติหนึ่งในรัฐธรรมนูญ โดยไม่ทำเป็นพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมดังเช่นแต่ก่อนที่แล้มา ซึ่งก็อาจเป็นเพราะเพื่อให้มีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด ทำให้มี

---

<sup>8</sup> มาตรา 37 “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำการเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ของหัวหน้าและคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมตลอดทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว หรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ที่ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันได้กระทำให้ไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้นหรือก่อนหรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมายก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

<sup>9</sup> มาตรา 48 “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำการเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของหัวหน้าและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ รวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าวหรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ อันได้กระทำให้ไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางรัฐธรรมนูญ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้นหรือก่อนหรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ยากกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ อีกทั้งเพื่อไม่ให้เกิดการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดในการนิรโทษกรรมแก่ผู้ที่กระทำรัฐประหารสำเร็จได้รับการพัฒนาขึ้นต่างไปจากเดิม อย่างเช่นที่กล่าวมาในบทก่อนในกรณีของประเทศตุรกี นายพล Kenan Evren ได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศโดยรัฐประหารในวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 1980 และอ้างเหตุผลในการยึดอำนาจว่าเป็นไปเพื่อความเป็นเอกภาพของรัฐ รักษาไว้และความสมานฉันท์ของคนในชาติ โดยคณะรัฐประหารได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญบางมาตรา และต่อมาก็จัดให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และรัฐธรรมนูญนั้นก็ผ่านการลงประชามติจึงประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1982 แต่เนื้อหาของรัฐธรรมนูญเป็นปฏิปักษ์กับหลักประชาธิปไตย ภายหลังที่คณะทหารหมดอำนาจก็มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายครั้ง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2010 มีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญครั้งใหญ่ โดยหนึ่งในประเด็นสำคัญคือการยกเลิกบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่นิรโทษกรรมให้ผู้ก่อการรัฐประหารสำเร็จซึ่งบัญญัติเพื่อคุ้มกันไม่ให้ผู้ก่อการรัฐประหารถูกดำเนินคดีอาญา จากนั้นนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ และประชาชนส่วนใหญ่ก็เห็นชอบกับการปฏิรูปรัฐธรรมนูญครั้งนี้ มีผลทำให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่นิรโทษกรรมผู้ก่อการรัฐประหารดังกล่าวถูกยกเลิกไป และต่อมาก็ได้มีการดำเนินคดีแก่นายพล Kenan Evren ตัวอย่างของประเทศตุรกีทำให้เห็นว่า ระบบกฎหมายสามารถเอาผิดกับผู้ก่อการรัฐประหารได้โดยอ้างอิงแหล่งอำนาจสูงสุดในระบอบประชาธิปไตย คือ ประชาชน ด้วยการออกเสียงประชามติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่<sup>10</sup>

กฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศไทยในกรณีที่รัฐประหารสำเร็จ มีดังต่อไปนี้  
พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมในการจัดการให้คณะรัฐมนตรีลาออก เพื่อให้มีการเปิดสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2476

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำรัฐประหาร พ.ศ. 2490

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ที่ได้นำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 กลับมาใช้ พ.ศ. 2494

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดอำนาจการบริหารราชการแผ่นดิน เมื่อวันที่ 16 กันยายน พ.ศ. 2500 พ.ศ. 2500

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการปฏิวัติ เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 พ.ศ. 2502

<sup>10</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 81 - 82.

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการปฏิวัติ เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 พ.ศ. 2515

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศ เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2519

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520 พ.ศ. 2520

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 พ.ศ. 2534

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 37 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 48

ส่วนการรัฐประหารไม่สำเร็จ แม้ว่าการทำรัฐประหารจะเป็นการกระทำผิดกฎหมาย แต่ก็อาจมีการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ก่อการรัฐประหารได้ เพราะการรัฐประหารเป็นการกระทำผิดที่เป็นการต่อต้านรัฐ หรือที่เรียกว่าความผิดทางการเมือง รัฐย่อมมีอำนาจที่จะให้อภัยหรือไม่เอาผิดแก่ผู้ทำความผิดทางการเมืองได้ ซึ่งในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีนี้มักจะอ้างวัตถุประสงค์เพื่อบรรเทาความแตกแยกในสังคมโดยไม่ดำเนินคดีหรือไม่ลงโทษแก่ผู้ทำการรัฐประหารต่อไป เพราะเป็นการแสดงความเมตตากรุณาของรัฐบาลต่อผู้กระทำความผิดซึ่งจะช่วยลดความเคืองแค้นที่มีต่อรัฐบาลและก่อให้เกิดความสามัคคีขึ้นได้ อีกทั้งยังเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข<sup>11</sup>

กฎหมายนิรโทษกรรมของประเทศไทยในกรณีที่รัฐประหารไม่สำเร็จ มีดังต่อไปนี้ พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดฐานกบฏและจลาจล พุทธศักราช 2488

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมในโอกาสครบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ. 2499

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการอันเป็นความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ระหว่างวันที่ 25 และวันที่ 26 มีนาคม 2520 พ.ศ. 2520

พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้ก่อความไม่สงบเพื่อยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินระหว่างวันที่ 31 มีนาคม ถึงวันที่ 3 เมษายน พ.ศ. 2524 พ.ศ. 2524

<sup>11</sup> สุรพล คงลาภ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 6, น. 60.

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ก่อความไม่สงบเพื่อยึดอำนาจการปกครอง  
แผ่นดินระหว่างวันที่ 8 และวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2528 พ.ศ. 2531

#### 4.1.2 กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีที่มีการชุมนุมทางการเมือง

ในสังคมประชาธิปไตยบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ประชาชนที่ไม่เห็นด้วยหรือไม่พอใจการทำหน้าที่ของรัฐบาลย่อมใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เพื่อแสดงออกถึงการต่อต้านรัฐบาลที่บริหารประเทศในขณะนั้นได้ แต่การชุมนุมทางการเมืองก็อาจเป็นความผิดตามกฎหมายได้ ถ้าได้มีการกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด โดยกฎหมายนั้นอาจจะเป็นกฎหมายความมั่นคง หรือกฎหมายการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินที่รัฐบังคับใช้ในขณะที่มีการชุมนุม โดยในระหว่างการชุมนุมทางการเมือง อาจเกิดกรณีที่ประชาชนกระทำความผิดทางการเมือง หรือความผิดธรรมดาสามัญได้ ถ้าหากรัฐไม่ต้องการเอาผิดกับประชาชนผู้ชุมนุมทางการเมือง รัฐก็จะตรากฎหมายนิรโทษกรรมขึ้นมาบังคับใช้แก่ประชาชน และโดยหลักการก็จะนิรโทษกรรมเฉพาะในความผิดทางการเมือง<sup>12</sup> เพราะเป็นความผิดที่มุ่งหมายกระทำต่อรัฐ ไม่ใช่ปัจเจกชน รัฐจึงมีอำนาจที่จะไม่เอาผิดแก่การกระทำความผิดดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในการชุมนุมทางการเมืองของประชาชนนั้น ก็อาจจะเกิดกรณีที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้กำลังต่อสู้ปราบปรามประชาชนผู้ร่วมชุมนุมได้ ถ้าการกระทำของฝ่ายรัฐที่ใช้กำลังต่อประชาชนเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐย่อมไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ ดังนั้น การนิรโทษกรรมให้กับเจ้าหน้าที่รัฐที่เป็นผู้ละเมิดสิทธิของประชาชนย่อมทำไม่ได้เช่นกัน เพราะไม่เช่นนั้นจะกลายเป็นว่ารัฐซึ่งมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กลับเป็นผู้ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสียเอง โดยไม่ต้องมีความรับผิดชอบใด ๆ

กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีที่มีการชุมนุมทางการเมืองในประเทศไทย  
มีดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชนซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวกับการเดินขบวนเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2516 พ.ศ. 2516

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในระหว่างวันที่ 4 ถึงวันที่ 6 ตุลาคม 2519 พ.ศ. 2521

พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535

<sup>12</sup> ดูบทที่ 1 หัวข้อ ความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรม

นอกจากกฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีที่มีการชุมนุมทางการเมืองดังกล่าวแล้ว ยังมีกฎหมายนิรโทษกรรมที่แม้จะไม่ได้เกี่ยวกับการชุมนุมทางการเมืองโดยตรง แต่ก็ยังเป็นกฎหมายนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ที่มีความเห็นต่างจากรัฐบาล และได้กระทำการบางอย่างเพื่อต่อต้านรัฐบาลตามความเชื่อของตน เช่นเดียวกับการชุมนุมทางการเมือง ได้แก่ พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการต่อต้านการดำเนินการสงครามของญี่ปุ่น พุทธศักราช 2489 และพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการอันเป็นความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายอาญาและความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2532

#### 4.1.3 กฎหมายนิรโทษกรรมในกรณีอื่น ๆ

ในกรณีนี้ กฎหมายนิรโทษกรรมจะใช้เป็นเครื่องมือของรัฐในการจัดระเบียบซึ่งจะก่อให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมายในภายหน้า ด้วยการลืมการกระทำผิดและไม่เอาโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำมาก่อนนั้น เพื่อชักจูงใจให้ผู้กระทำผิดได้เริ่มการกระทำโดยถูกต้องตามกฎหมายต่อไป กฎหมายในลักษณะนี้ไม่ได้ใช้ชื่อว่าพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมโดยตรง แต่มีผลให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องถูกดำเนินคดีหากปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติยกเว้นความผิดให้แก่ผู้ขาดหนีราชการทหารและตำรวจ พ.ศ. 2476 พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2529 พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืนวัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 พระราชบัญญัติยกเว้นความผิดทางอาญาให้แก่ผู้นำอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน หรือวัตถุระเบิดที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือที่กฎหมายห้ามออกใบอนุญาต มามอบให้แก่ทางราชการ พ.ศ. 2546 เป็นต้น<sup>13</sup>

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่ามีการใช้กฎหมายนิรโทษกรรมเป็นจำนวนมากในประเทศไทย แต่การใช้อำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมเพื่อใช้บังคับในประเทศไทยนั้นจะมีข้อจำกัดเช่นเดียวกับที่ศึกษามาในบทก่อน ๆ หรือไม่ อย่างไร ในหัวข้อถัดไปจึงจะวิเคราะห์เกี่ยวกับข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทย เพื่อตอบคำถามดังกล่าว

<sup>13</sup> ดู สุรพล คงลาภ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 67 - 76, ณวัฒน์ ศรีปัดดา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 64 - 65.

## 4.2 วิเคราะห์เกี่ยวกับข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทย

ดังที่ได้ศึกษามาพบว่า อำนาจในการนิรโทษกรรมในปัจจุบันนั้น ไม่ใช่เป็นอำนาจเด็ดขาดของผู้ปกครองโดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ อีกต่อไป และแม้ว่ารัฐสมัยใหม่จะมีอำนาจอธิปไตยในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ภายในรัฐก็ตาม แต่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ มีสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่กำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไว้ ทำให้เป็นข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานอกจากนี้ รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดภายในรัฐก็ได้ประกันและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนไว้ด้วย เพื่อจำกัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ ฉะนั้น การตรากฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทยจึงต้องคำนึงถึงข้อจำกัดตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคีและสิทธิทางรัฐธรรมนูญด้วย

### 4.2.1 ปัญหาข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรม

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่สองว่า มีรัฐธรรมนูญในบางประเทศที่กำหนดเกี่ยวกับความผิดเฉพาะที่ห้ามนิรโทษกรรมไว้หรือกำหนดเกี่ยวกับความผิดเฉพาะที่ให้นิรโทษกรรมได้ไว้ ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมตามรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง อันส่งผลให้การตรากฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศนั้น ๆ ไม่อาจนิรโทษกรรมในความผิดที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามไว้ได้ แต่สำหรับประเทศไทยที่ผ่านมา มีรัฐธรรมนูญไทยเพียงฉบับเดียวที่เคยบัญญัติเกี่ยวกับความผิดที่ไม่ให้มีการนิรโทษกรรมไว้อย่างชัดแจ้ง คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “การนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการล้มล้างสถาบันพระมหากษัตริย์หรือรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้” ส่วนรัฐธรรมนูญไทยฉบับอื่น ๆ ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับความผิดที่จะไม่ให้หรือให้นิรโทษกรรมได้ไว้ จึงมีปัญหาว່การณที่รัฐธรรมนูญไทยไม่ได้มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งเกี่ยวกับความผิดที่ไม่ให้นิรโทษกรรมหรือให้นิรโทษกรรมไว้โดยเฉพาะ การนิรโทษกรรมในประเทศไทยจะทำได้ทุกฐานความผิดโดยไม่มีข้อจำกัดหรือไม่

ทั้งนี้ มีความเห็นนักวิชาการเกี่ยวกับปัญหาว่าการนิรโทษกรรมจะทำได้ทุกฐานความผิด โดยไม่มีข้อจำกัดหรือไม่<sup>14</sup> ดังนี้

รศ. สมยศ เชื้อไทย เคยให้ความเห็นสรุปได้ว่า

<sup>14</sup> ดูรายละเอียดใน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “ถอดความการประชุมเรื่องคำวินิจฉัยคดีนิรโทษกรรม,” รพีสาร, ฉบับพิเศษ, น. 133 - 164 (สิงหาคม 2536).

“การนิรโทษกรรมในฐานะความผิดที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างฮิตเลอร์ ฆ่ายวคงทำไม่ได้ รวมทั้งการฆ่าหมู่ประชาชนกรณีเขมร ถ้าเกิดขึ้นจริง ๆ ผมคิดว่าอันนี้เป็นการทำลาย สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน รัฐในระบบประชาธิปไตยมีขึ้นเพื่อให้หลักประกันตามสิทธิธรรมชาติหรือ สิทธิมนุษยชนมีหลักประกัน เพราะฉะนั้นผมคิดว่าอันนี้ทำไม่ได้”

ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ เคยให้ความเห็นสรุปได้ว่า

“การนิรโทษกรรมประชาชนผู้ร่วมดำเนินการประทุง ประทุงมีความผิดที่ อาจจะเป็นไปได้คือความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ แล้วรัฐออกกฎหมายมานิรโทษกรรมบุคคลที่กระทำ ความผิดต่อรัฐ ในกรณีที่มีการกระทำความผิดต่อรัฐและรัฐออกกฎหมายนิรโทษกรรมการกระทำ ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐเป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดว่ารัฐยอมทำได้ ที่นี้จะอะไรจะเป็นขอบเขต กำหนดการนิรโทษกรรม ในเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้

ในแง่กฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น แกนกลางของมันอยู่ที่ว่ารัฐธรรมนูญมีไว้เพื่ออะไร มีขึ้นเพื่อจะปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนว่ารัฐจะใช้อำนาจโดยอำเภอใจล่วงเข้าไปใน สิทธิขั้นพื้นฐาน คือ ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพไม่ได้ ทำได้ในกรณียกเว้นแต่จะทำลายเสียซึ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้ รัฐในฐานะที่เป็นผู้ผูกขาดในการรักษาความสงบเรียบร้อย ไม่อาจใช้อำนาจนั้นมา ทำลายชีวิตทรัพย์สินของประชาชนได้ ในทางกลับกันแทนที่รัฐจะกระทำ ปฏิบัติ จดเว้นไม่ปฏิบัติ คือจดเว้นไม่คุ้มครองเสรีภาพของราษฎรด้วยการลดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองซึ่งมีอยู่ว่า มาตรฐานตามธรรมชาติที่ใครมาทำลายผม ผมก็ทำลายตอบแทน ผมก็ป้องกันต่อสู้ได้ รัฐรับมาบอกว่า อันนี้รัฐขอเป็นเจ้าการเอง รัฐขอผูกขาดเป็นผู้รักษาความสงบเรียบร้อยเอง มาตรฐานขั้นต่ำนี้มีอยู่ใน กฎหมายอาญา กฎหมายอาญาไม่ได้หมายความว่ารัฐบัญญัติให้มันเป็นอย่างนั้น แต่รัฐยอมรับว่า เมื่อกระทำความผิดแล้วต้องมีการโต้แย้ง แก่กัน ทดแทนกันอยู่ รัฐจึงบอกว่าเพื่อความสงบรัฐ ขอรับมา ที่นี้รัฐจะลดมาตรฐานอันนี้ด้วยการออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ที่กระทำความผิดต่อ ชีวิตร่างกายของประชาชน อย่างนี้จะถือว่ารัฐใช้อำนาจโดยชอบได้หรือไม่ อย่างไร

คำตอบก็คือว่าทำไม่ได้ เพราะว่าในประการแรกรัฐธรรมนูญบัญญัติขึ้นมา เพื่อที่จะคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สิน เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อย ความสงบเรียบร้อยมีขึ้นเพื่อ รักษาเสรีภาพให้ประชาชน รักษาเสรีภาพขั้นต้นในทรัพย์สินของตัวไว้ได้ ถ้าหากว่ารัฐจดเว้น ไม่คุ้มครองมาตรฐานขั้นต้นของประชาชนด้วยการออกกฎหมายนิรโทษกรรม ว่าถ้าเกิดใครกระทำ การทำลายชีวิตทรัพย์สินรัฐไม่เอาเรื่อง ดังนั้นทำไม่ได้ ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยตรง ถ้าถามว่าขัดต่อมาตรา ไหนก็ตอบว่ามาตรา 30<sup>15</sup> ในมาตรา 30 บอกว่าการจำกัดเสรีภาพในชีวิตร่างกายทำไม่ได้ เว้นแต่จะ

<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

เป็นการตรวจค้นตามกฎหมาย คำตอบก็คือว่าแม้จะไปจำกัดเสรีภาพในร่างกายของเขาด้วยการไปตรวจค้นยังทำไม่ได้เลย ถ้าเป็นผู้ถืออำนาจรัฐจะทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจกระทำ แล้วที่เลยไปกว่านั้นเอากระบองไปไล่ตี เอาปืนไปไล่ยิงจะกระทำได้อย่างไรการทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นการกระทำที่ขัดต่อมาตรา 30 โดยตรง”

สำหรับประเทศไทยจะมีข้อจำกัดความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมอย่างไรบ้าง ผู้เขียนจะวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

#### 4.2.1.1 ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

ตามที่ได้ศึกษามาผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยเป็นภาคีสถิติสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ<sup>16</sup> ที่ถือเป็นข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม ได้แก่

มาตรา 30 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในร่างกาย

การจับกุม คุมขัง หรือตรวจค้นตัวบุคคล ไม่ว่าในกรณีใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

<sup>16</sup> เหตุการณ์การชุมนุมทางการเมืองในประวัติศาสตร์ไทยที่สำคัญ ได้แก่ เหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 เหตุการณ์ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 และเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ พ.ศ. 2535 นับว่าเป็นเหตุการณ์ที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยครั้งใหญ่ ความรุนแรงโหดร้ายในกรณีเหตุการณ์ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ได้ก่อให้เกิดกระแสความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขึ้นอย่างจริงจัง และต่อเนื่องหลังจากนั้นในฐานะเป็นหลักคุณค่าที่ใช้วิพากษ์ตรวจสอบการใช้ความรุนแรงจากรัฐต่อประชาชน แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาก็ยังเกิดกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนครั้งใหญ่อีกครั้งในสังคมไทยจากเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ พ.ศ. 2535 ในสมัยรัฐบาลพลเอกสุจินดา คราประยูร ซึ่งรัฐบาลได้ใช้กำลังปราบปรามประชาชนเป็นจำนวนมากที่ชุมนุมประท้วงคัดค้านการสืบทอดอำนาจเผด็จการที่เป็นผลสืบเนื่องจากการปฏิวัติยึดอำนาจรัฐในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 จากกรณีเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ อาจกล่าวได้ว่าเป็นจุดสูงสุดของการตระหนักต่อคุณค่าของสิทธิมนุษยชนครั้งสำคัญหนึ่งในประวัติศาสตร์ไทยที่ผ่านการสะสมแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาเป็นระยะเวลานานก่อนหน้า หลังเหตุการณ์พฤษภาทมิฬยุติลง รัฐบาลใหม่ภายใต้การนำของรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน จึงมีนโยบายให้ความสำคัญต่อสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจังมากขึ้น จนเมื่อวันที่ 10 กันยายน พ.ศ. 2535 รัฐบาลของนายอานันท์ ปันยารชุน ก็มีมติคณะรัฐมนตรีให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) โดยมีการดำเนินการสืบเนื่องกันถึงขั้นสุดท้ายที่มีการลงนามในภาคยานุวัติสารพร้อมคำแถลงตีความในพ.ศ. 2539 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี เมื่อประเทศไทยได้เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศดังกล่าวแล้วย่อมมีความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาเพื่อไม่ให้ละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น ซึ่งส่งผลให้ในกรณีที่ประเทศไทยจะมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมขึ้นใช้บังคับ กฎหมายนิรโทษกรรมนั้นก็ต้องสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย กล่าวคือ

สำหรับกรณีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ถ้าประเทศไทยมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงย่อมทำให้รัฐไม่อาจดำเนินคดีอาญาแก่ความผิดดังกล่าวได้ ก็จะถือเป็นการละเมิดพันธกรณีตามข้อ 2 (1) และ (2) เพราะการไม่ดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเป็นการแสดงถึงการที่รัฐภาคีไม่ได้เคารพและไม่ประกันสิทธิที่ได้รับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เพื่อให้สิทธิเหล่านั้นเป็นผลตามข้อ 2 (1) และ (2) และหากการนิรโทษกรรมทำให้ไม่มีการสอบสวนความผิด หรือทำให้ผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนไม่ได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนก็จะละเมิดพันธกรณีข้อ 2 (3) ด้วย เพราะข้อ 2 (3) ประกันไว้ว่าบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิได้รับรองไว้ในกติกานี้ต้องได้รับการเยียวยาอย่างเป็นผลจริงจัง

ส่วนในกรณีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ถ้าประเทศไทยมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งมีเนื้อหาทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีอาญาในความผิดที่มีลักษณะเป็นการทรมาน และทำให้ผู้ถูกระทำทรมานไม่ได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายย่อมเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อพันธกรณีของอนุสัญญาดังกล่าวเช่นกัน

ดังนั้นจะเห็นว่า ตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีนั้น ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ การทรมาน การทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ เป็นความผิดที่ไม่อาจมีการนิรโทษกรรมให้ได้ การตรากฎหมายนิรโทษกรรมขึ้น

---

เมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2540 ภายหลังต่อมาประเทศไทยก็ให้สัตยาบันเป็นภาคีในสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนอีกหลายฉบับ อันก่อให้เกิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาเหล่านั้นในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (ดู จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), น. 350 - 351.)

ใช้บังคับในประเทศไทยจึงไม่สามารถนิรโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ เนื่องจากประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมามีประเทศไทยเคยมีกฎหมายนิรโทษกรรมที่เกี่ยวข้อง เหตุการณ์ที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งอาจจะทำให้รัฐไทยละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ คือ พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในระหว่างวันที่ 4 ถึงวันที่ 6 ตุลาคม 2519 พ.ศ. 2521 และพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 เนื่องจากปรากฏว่าไม่มีการดำเนินคดีแก่ผู้ทำละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงแก่ประชาชนในเหตุการณ์ดังกล่าว อันจะทำให้ขัดกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่กล่าวมา แต่ในขณะตรากฎหมายนิรโทษกรรมทั้งสองฉบับ ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันแก่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง<sup>17</sup> และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี<sup>18</sup> สนธิสัญญาทั้งสองฉบับจึงยังไม่มีผลบังคับใช้ในขณะตรากฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติตั้งแต่วันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2489 ประเทศไทยจึงต้องผูกพันตามพันธกรณีของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ในอันที่จะต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้เขตอำนาจรัฐ โดยในประเด็นนี้นายปรีดี พนมยงค์ เห็นว่า การที่รัฐบาลไทยได้รับรองกฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งสถานีวิทยุกระจ่ายเสียงกรมประชาสัมพันธ์ก็เคยประกาศซ้ำแล้วซ้ำเล่าทุกวัน (เกี่ยวกับกฎบัตรสหประชาชาติ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน) ติดต่อกันมาหลายปี โดยเหตุนี้ ปรีดีจึงเชื่อว่ากฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงมีสภาพเป็นส่วนสำคัญของกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยด้วย ดังนั้น ในทัศนะของเขา พระราชบัญญัติและกฎหมายใดที่ขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงถือเป็นโมฆะ จนแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญที่เขียนขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติและ

<sup>17</sup> มีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2540

<sup>18</sup> มีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ย่อมถือเป็นโมฆะด้วย<sup>19</sup> ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ในขณะที่ตรากฎหมายนิรโทษกรรมทั้งสองฉบับดังกล่าวนี้ กฎบัตรสหประชาชาติมีผลผูกพันประเทศไทย เพราะเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคี อันทำให้ประเทศไทยมีหน้าที่ต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังนั้น การที่ประเทศไทยตรากฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งมีผลทำให้ไม่มีการดำเนินคดีแก่ผู้ทำละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง จึงเป็นการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ

จึงสรุปได้ว่า ในปัจจุบันหากปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ การทรมาน การทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ เป็นต้น และต่อมาประเทศไทยได้ตรากฎหมายนิรโทษกรรมให้แก่ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเหล่านั้น ย่อมเป็นการขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายบัตรสหประชาชาติ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรืออนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ที่มีความมุ่งหมายให้รัฐต้องมีหน้าที่เคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้ การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนถือเป็นหลักการสำคัญในรัฐเสรีประชาธิปไตย รัฐจึงมีหน้าที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ประชาชน ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงมีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ เรียกว่า สิทธิทางรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดของรัฐได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ สิทธิและเสรีภาพจึงมีสถานะเป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพย่อมมีคุณค่าในฐานะของความเป็นกฎหมายสูงสุดไปด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ<sup>20</sup> โดยการใช้อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจรัฐอย่างหนึ่งก็ต้องมีความผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้เพื่อให้สิทธิทางรัฐธรรมนูญได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าแม้ประเทศไทยจะไม่มีข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมตามรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดแจ้ง แต่การตรากฎหมายนิรโทษกรรมเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐอย่างหนึ่งโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ จึงจะต้องคำนึงถึง

<sup>19</sup> ปรีดี พนมยงค์, ปรีดี พนมยงค์ กับสังคมไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 376, 392, อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 301.

<sup>20</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2555), น. 11.

สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่มีค่าบังคับทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ ทำให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายโดยกำหนดเนื้อหาอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ ทั้งนี้ การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังนั้น การตรากฎหมายนิรโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงย่อมขัดกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้

#### 4.2.1.2 ความผิดธรรมดาสามัญ

ทั้งนี้ นอกจากความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเป็นความผิดที่ไม่อาจได้รับการนิรโทษกรรมแล้ว ตามที่ผู้เขียนได้ศึกษามาพบว่า ความผิดธรรมดาสามัญอื่น ๆ อันเป็นความผิดที่ละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลอื่น เช่น การฆ่า การลักทรัพย์ การข่มขืน เป็นต้น ก็เป็นความผิดที่ไม่ควรได้รับการนิรโทษกรรมด้วย เพราะตามระบบกฎหมายแล้ว ผู้เสียหายจากการกระทำผิดในฐานต่าง ๆ ไม่อาจไปดำเนินการแก้แค้นลงโทษผู้กระทำผิดได้เองโดยพลการ แต่ผู้เสียหายได้มอบอำนาจให้รัฐไปจัดการแทนผู้เสียหาย คือ รัฐจะเป็นผู้พิจารณาให้ความยุติธรรมและตัดสินว่าจะมีการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหายอย่างไรจึงจะเหมาะสม ซึ่งการฟ้องคดีอาญาและการลงโทษผู้กระทำผิดก็เป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายทางหนึ่ง ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ต่อผู้เสียหายที่จะนำตัวผู้กระทำผิดมารับผิดชอบในการกระทำนั้น ด้วยเหตุที่รัฐมีหน้าที่ให้ความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายตามที่กล่าวมา ฉะนั้น ตามหลักการรัฐจึงไม่ควรตรากฎหมายนิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากความผิดธรรมดาสามัญมีความร้ายแรงน้อยกว่าความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ถ้ารัฐในฐานะผู้มีหน้าที่ในการให้ความยุติธรรม พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐมีเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องนิรโทษกรรมให้แก่ผู้กระทำความผิดธรรมดาสามัญ และรัฐมีวิธีการเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายที่เหมาะสมกว่าการดำเนินคดีอาญาและลงโทษผู้กระทำผิดนั้น รัฐก็อาจจะมีนิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญได้ แต่ในกรณีที่รัฐจะนิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญ รัฐจะต้องมีกระบวนการให้ผู้เสียหายจากการกระทำผิดนั้นมาเข้าร่วมในการแสดงความคิดเห็น เพื่อให้การนิรโทษกรรมนั้นเป็นที่ยอมรับของผู้เสียหายด้วย นอกจากนี้ หากรัฐจะตรากฎหมายนิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญต้องไม่ใช่กรณีที่รัฐตรากฎหมายนิรโทษกรรมตนเอง กล่าวคือ ต้องไม่ใช่เป็นกรณีที่นิรโทษกรรมให้ฝ่ายรัฐ เช่น เจ้าหน้าที่รัฐไปกระทำความผิดต่อปัจเจกบุคคล แล้วต่อมารัฐก็ตรากฎหมายนิรโทษกรรมให้กับเจ้าหน้าที่รัฐผู้กระทำความผิดนั้น ย่อมเท่ากับว่ารัฐไม่ได้เคารพและคุ้มครองสิทธิของประชาชน ทั้ง ๆ ที่รัฐมีหน้าที่ต้องให้การเคารพและคุ้มครองสิทธิของประชาชน ดังนั้น ถ้ารัฐจะนิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญจึงต้องเป็นกรณีปัจเจกชนกระทำความผิดต่อปัจเจกชนด้วยตนเองเท่านั้น

#### 4.2.1.3 การนิรโทษกรรมตนเอง

การนิรโทษกรรมตนเอง คือ กฎหมายนิรโทษกรรมที่ออกมาโดยบุคคลที่กระทำความผิดนั่นเอง ซึ่งมักจะมีขึ้นในช่วงการปกครองระบอบเผด็จการที่ผู้นำเผด็จการใช้อำนาจออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้แก่ความผิดที่ตนหรือผู้ที่ร่วมมือกับฝ่ายตนได้กระทำลง เพื่อคุ้มกันตัวเองจากการถูกดำเนินคดี หรือแม้ในกรณีที่ผู้นำเผด็จการนั้นไม่ได้เป็นผู้ออกกฎหมายนิรโทษกรรมเอง แต่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมาจากการแต่งตั้งของผู้นำเผด็จการเป็นฝ่ายที่ตรากฎหมายนิรโทษกรรมเพื่อให้นิรโทษกรรมให้แก่ผู้นำเผด็จการและคณะก็ยังคงถือว่าเป็นการนิรโทษกรรมตนเองเพราะฝ่ายนิติบัญญัตินั้นอาจตกอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้นำเผด็จการที่แต่งตั้งตนเข้ามาทำหน้าที่ ทำให้ไม่มีเจตจำนงอิสระในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม จึงเท่ากับว่ากฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวก็ออกมาด้วยความประสงค์ของผู้นำเผด็จการเพื่อคุ้มกันตัวเองจากการถูกดำเนินคดี นอกจากนี้การนิรโทษกรรมตนเองยังรวมถึงกรณีที่รัฐตรากฎหมายนิรโทษกรรมเพื่อจะนิรโทษกรรมให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้กระทำความผิดต่อปัจเจกชนด้วย ทั้งนี้ ตามที่ศึกษามา โดยหลักทั่วไปแล้วผู้กระทำความผิดย่อมไม่อาจเป็นผู้ตัดสินในความผิดที่ตนได้กระทำลงได้ ฉะนั้น การนิรโทษกรรมตนเองจึงไม่สามารถกระทำได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ประเทศไทยมีกฎหมายนิรโทษกรรมตนเองเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะเมื่อมีการรัฐประหารเกิดขึ้น คณะรัฐประหารก็จะออกกฎหมายนิรโทษกรรมตนเองทุกครั้ง คือ ให้นิรโทษกรรมในความผิดที่คณะรัฐประหารได้กระทำลง เพื่อให้คณะรัฐประหารไม่มีความผิดและคุ้มกันคณะรัฐประหารจากการถูกดำเนินคดี ถ้าพิจารณาตามหลักการแล้ว คณะรัฐประหารย่อมไม่สามารถออกกฎหมายนิรโทษกรรมตนเองได้ เพราะผู้กระทำความผิดย่อมไม่มีความชอบธรรมในการตัดสินความผิดที่ตนเองได้กระทำลง อีกทั้งการนิรโทษกรรมตนเองของคณะรัฐประหารยังเป็นการมุ่งให้บุคคลเฉพาะกลุ่มคือคณะรัฐประหารไม่มีความผิด จึงอาจขัดหลักความเสมอภาคได้ เพราะตามหลักความเสมอภาค ในการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันหรือไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องมีเหตุผลที่สมเหตุสมผล หรือเป็นเหตุผลอันมาจากธรรมชาติของเรื่องนั้น ๆ เพื่อมิให้ดำเนินการไปตามอำเภอใจ ฉะนั้น ตามหลักความเสมอภาคจึงอาจมีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้ แต่การปฏิบัติไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในทางที่ชอบธรรมและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนด้วย<sup>21</sup> แต่การนิรโทษกรรมตนเองของคณะรัฐประหารไม่มีเหตุผลที่สมเหตุสมผลมาอธิบายได้ เพราะเป็นการตัดสินความผิดโดยผู้กระทำความผิดเอง ว่าการกระทำความผิดที่ตนเอง

<sup>21</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 134 - 135.

กระทำลงไปนั้นให้ถือว่าไม่มีความผิด และไม่ต้องถูกดำเนินคดี ผู้เขียนจึงเห็นว่า การนิรโทษกรรมตนเองของคณะรัฐประหารไม่อาจกระทำได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า มีประเด็นที่น่าพิจารณา คือ ถ้าคณะรัฐประหารไม่ได้นิรโทษกรรมตนเอง แต่ภายหลังต่อมาเมื่อมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ไม่ได้ถูกรอบงำโดยคณะรัฐประหาร และฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนเป็นผู้เสนอให้มีการนิรโทษกรรมความผิดของคณะรัฐประหารจะกระทำได้หรือไม่ เพียงใด ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ในการทำรัฐประหารนั้น ความผิดของคณะรัฐประหารอาจมีทั้งกรณีความผิดทางการเมือง ความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรง และความผิดธรรมดาสามัญที่คณะรัฐประหารกระทำต่อปัจเจกชน โดยถ้าเป็นความผิดทางการเมืองตามที่ได้ศึกษามานั้น คือ ความผิดที่มุ่งหมายกระทำโดยตรงต่อรัฐหรือองค์กรทางการเมือง โดยไม่ได้มุ่งหมายก่อความเสียหายแก่ปัจเจกชน เช่น การก่อกบฏ การก่อการจลาจล รัฐก็ย่อมจะมีอำนาจที่จะให้อภัยหรือไม่เอาผิดกับผู้ที่กระทำความผิดต่อรัฐนั้นได้ ฉะนั้น กรณีการทำรัฐประหารในประเทศไทยอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 113<sup>22</sup> ก็ถือว่าเป็นความผิดทางการเมือง เพราะเป็นกรณีมุ่งก่อความเสียหายแก่รัฐหรือระบอบการปกครอง ผู้เขียนจึงเห็นว่า ความผิดตามมาตรา 113 เป็นความผิดที่อาจได้รับการนิรโทษกรรมได้ เพราะเป็นความผิดทางการเมือง แต่ต้องไม่ใช่เป็นการนิรโทษกรรมตนเองโดยคณะรัฐประหาร กล่าวคือ ถ้าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องการตรากฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมในความผิดตามมาตรา 113 ย่อมมีอำนาจทำได้ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรของรัฐจึงมีอำนาจให้อภัยหรือไม่เอาผิดกับผู้กระทำความผิดต่อรัฐได้ แต่ถ้าปรากฏว่าในการทำรัฐประหารมีการกระทำความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงด้วย อันเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิในความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิที่อยู่ในมนุษย์ทุกคนและไม่อาจทำลายได้ ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่อาจตรากฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ เพราะจะขัดต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีและสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามที่อธิบายมาข้างต้น ส่วนถ้าในการทำรัฐประหาร มีการกระทำความผิดธรรมดาสามัญต่อปัจเจกชนด้วย โดยหลักฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่ควรนิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญที่คณะรัฐประหารก่อขึ้น เพราะตามระบบ

---

<sup>22</sup> มาตรา 113 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อ (1) ล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (2) ล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการแห่งรัฐธรรมนูญ หรือให้ใช้อำนาจดังกล่าวแล้วไม่ได้ หรือ (3) แบ่งแยกราชอาณาจักรหรือยึดอำนาจปกครองในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักร ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นกบฏ ต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต”

กฎหมาย รัฐมีหน้าที่ต่อผู้เสียหายในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีและลงโทษ แต่เนื่องจากความผิดธรรมดาสามัญมีความรุนแรงน้อยกว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง หากรัฐมีเหตุผลความจำเป็นที่สมควร และรัฐมีวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมแก่ผู้เสียหาย ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐก็อาจมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญได้ แต่เนื่องด้วยความผิดธรรมดาสามัญเป็นความผิดที่ละเมิดสิทธิของปัจเจกชนเช่นกัน หากฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายนิรโทษกรรมในความผิดธรรมดาสามัญ ก็จำเป็นต้องได้รับการยอมรับจากผู้เสียหายด้วย กล่าวคือ ต้องให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในการปรึกษาหารือและแสดงความคิดเห็นในกระบวนการที่จะนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดต่อผู้เสียหายนั้นด้วย ซึ่งการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายนี้จะทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม และนำไปสู่การที่ผู้เสียหายยอมให้อภัยต่อผู้กระทำผิดอย่างเต็มใจ ไม่ใช่เป็นการบังคับจากรัฐ จึงจะเป็นการนิรโทษกรรมที่ชอบธรรมและไม่ละเลยสิทธิของผู้เสียหาย

#### 4.2.2 ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรม

##### 4.2.2.1 การเริ่มมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมาย

##### นิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้จะมีข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมทั้งตามรัฐธรรมนูญและสนธิสัญญาระหว่างประเทศดังที่ศึกษามาในบทก่อน ๆ แต่ก็อาจจะมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมที่ไม่เป็นไปตามข้อจำกัดดังกล่าว ซึ่งทำให้กฎหมายนิรโทษกรรมนั้นอาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ จากการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรมและผลของกฎหมายนิรโทษกรรมในระบบกฎหมายต่างประเทศ ก็พบว่ามีความอย่างกรณีศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งมีเนื้อหาให้นิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงขัดกับรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้กฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ และทำให้สามารถกลับไปดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดได้

สำหรับประเทศไทย กฎหมายนิรโทษกรรมย่อมถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน กล่าวคือ หากมีการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรม ศาลควรวินิจฉัยโดยคำนึงถึงบทบัญญัติแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ และสิทธิมนุษยชนที่รับรองไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหาให้นิรโทษกรรมความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงขัดรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อศาลมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดกับรัฐธรรมนูญแล้ว จะถือว่าผลผูกพันของคำวินิจฉัยดังกล่าวเริ่มมีผลผูกพันเมื่อใด ในประเด็นนี้นับเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะจะส่งผลว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่ขัดรัฐธรรมนูญนั้นจะใช้บังคับไม่ได้นับแต่วันใด จะนับแต่วันที่กฎหมายนิรโทษกรรมนั้นมีผลใช้บังคับ หรือนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย เพราะหากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเริ่มมีผลผูกพันนับแต่วันที่กฎหมายนิรโทษกรรมนั้นมีผลใช้บังคับ ก็เท่ากับ

ว่า กฎหมายนิรโทษกรรมเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ความผิดของผู้กระทำความผิดตามกฎหมายนิรโทษกรรมย่อมถือว่าไม่เคยเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดจึงยังคงมีความผิดตามกฎหมาย ทำให้สามารถกลับมาฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ แต่ถ้าถือว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเริ่มมีผลผูกพันนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ก็เท่ากับว่า กฎหมายนิรโทษกรรมมีผลใช้บังคับไม่ได้ตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ไม่ได้ย้อนหลังไปนับแต่วันที่กฎหมายนิรโทษกรรมนั้นมีผลใช้บังคับ ดังนั้น ก่อนหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย กฎหมายนิรโทษกรรมยังมีผลบังคับใช้ได้ กรณีนี้จะส่งผลให้ความผิดของผู้กระทำความผิดตามกฎหมายนิรโทษกรรมไม่ถูกระงับกระเทือน เพราะความผิดดังกล่าวได้มีผลเกิดขึ้นแล้วก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจกลับไปฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้กล่าวอ้างว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญก็ย่อมไม่ได้ประโยชน์อันใดจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการพิจารณาว่า ผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดกับรัฐธรรมนูญในประเทศไทย จะเริ่มมีผลผูกพันเมื่อใด หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พบว่า ถ้าเป็นกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด มาตรา 185 วรรคสาม<sup>23</sup> กำหนดว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาแต่ต้น” คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้จึงมีผลผูกพันย้อนหลังกลับไปในอดีต คือในวันที่ได้มีการตราพระราชกำหนดนั้นขึ้น ซึ่งมีผลให้พระราชกำหนดนั้นใช้บังคับไม่ได้มาตั้งแต่เริ่มแรก คือ ตั้งแต่วันที่มีการตราพระราชกำหนดนั้น<sup>24</sup>

แต่สำหรับกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ได้กำหนดการเริ่มมีผล

---

<sup>23</sup> ตรงกับร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 173 วรรคสามที่กำหนดว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น”

<sup>24</sup> กฤษฎีกา ทองเพชร, “การเริ่มมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 39 น. 832 (ธันวาคม 2553).

ผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะ มีเพียงมาตรา 211 วรรคสาม<sup>25</sup> กำหนดว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว” ซึ่งไม่ชัดเจนว่ากำหนดการเริ่มมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะเริ่มมีผลผูกพันนับแต่เมื่อใด ในกรณีนี้มีหลักอธิบายการเริ่มมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ 2 หลักการ<sup>26</sup> คือ

1. หลักการประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมาย หลักการนี้เป็นหลักการที่ใช้ในประเทศเยอรมัน ตามหลักการนี้เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นย่อมเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น (ex tunc) คือ ตั้งแต่วันที่ประกาศใช้บังคับกฎหมายนั้น และมีผลทำให้การกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำไปโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นอันเสียไปด้วย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักการนี้จึงไม่ใช่คำวินิจฉัยที่เป็นการลบล้างผลบังคับของกฎหมายแต่อย่างใด แต่เป็นการประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ไม่มีผลบังคับมาแล้วตั้งแต่วันที่

2. หลักการประกาศความใช้ไม่ได้ของกฎหมายหรือหลักความลบล้างได้ หลักการนี้เป็นหลักการที่ใช้ในประเทศออสเตรีย ตามหลักการนี้เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับไม่ได้นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย (ex nunc) และศาลรัฐธรรมนูญยังมีดุลพินิจในการกำหนดคำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลผูกพันย้อนหลัง (ex tunc) หรือมีผลผูกพันนับแต่วันมีคำวินิจฉัย (ex nunc) หรือมีผลผูกพันไปในอนาคต (pro futuro) ก็ได้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักการนี้จึงเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลเป็นการประกาศความใช้บังคับไม่ได้ของกฎหมายหรือลบล้างผลบังคับของกฎหมายนั่นเอง

<sup>25</sup> ตรงกับร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 212 วรรคสามที่กำหนดว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่ในคดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา 5 นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใด ๆ”

<sup>26</sup> กฤษฎีกา ทองเพชร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24, น. 834 - 835.

แต่สำหรับประเทศไทยมีความเห็นเกี่ยวกับการเริ่มมีผลผูกพันของ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ 2 แนวทาง<sup>27</sup> คือ

1. แนวทางแรกซึ่งเป็นความเห็นส่วนใหญ่ เห็นว่า คำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เริ่มมี ผลผูกพันนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย โดยให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้บทบัญญัติ กฎหมายใดที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นใช้บังคับมิได้ ดังมาตรา 6<sup>28</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>29</sup> ที่ใช้ถ้อยคำว่า “เป็นอันใช้บังคับมิได้” ไม่ได้ใช้คำว่า “โมฆะ” ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือ แยกต่อรัฐธรรมนูญจึงไม่มีผลผูกพันย้อนหลังกลับไปในอดีต กฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญยังคงอยู่ ไม่ตกเป็นโมฆะ เพียงแต่ใช้บังคับมิได้เท่านั้น

2. แนวทางที่สอง เห็นว่า จากบทบัญญัติมาตรา 211 วรรคสาม ที่บัญญัติ ว่า “...แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว” แสดงให้เห็นว่า ในกรณีที่ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมเริ่มมีผลผูกพันย้อนหลังกลับไปในวันที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติรับรองข้อความดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 211 วรรคสาม เพื่อไม่ให้ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันคำพิพากษาที่ถึงที่สุดไป แล้ว โดยรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมมีผลทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ ได้มาตั้งแต่วันประกาศใช้กฎหมาย และการรับรองว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไม่กระทบกระเทือน

<sup>27</sup> เฟื่องอ้าง, น. 837 – 838.

<sup>28</sup> ตรงกับร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 5 วรรคหนึ่งที่กำหนดว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้ บังคับมิได้”

<sup>29</sup> มาตรา 6 “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

คำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้วก็เพื่อเป็นการประกันหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (legal security) ซึ่งอาจจะไม่สอดคล้องหรือตรงกันข้ามกับหลักความยุติธรรม (principle of justice)<sup>30</sup>

ฉะนั้น หากเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาแต่ต้น ก็หมายความว่า พระราชกำหนดนิรโทษกรรมนั้นไม่มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่มีการตราพระราชกำหนดนั้น ส่งผลให้บทบัญญัติของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากความผิดใช้บังคับไม่ได้มาตั้งแต่แรก ผู้กระทำความผิดก็ยังคงมีความผิดตามเดิม จึงสามารถดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดนั้นได้ ส่วนกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเริ่มมีผลผูกพันย้อนหลังกลับไปในวันที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ ซึ่งจะทำให้พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมที่ขัดกับรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับไม่ได้ตั้งแต่แรก คือ ตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมมีผลใช้บังคับ อันมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้พ้นจากความผิดและความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินิรโทษกรรม ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดตามกระบวนการยุติธรรมปกติได้

**4.2.2.2 คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535**

นับตั้งแต่ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นต้นมาก็ได้มีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมขึ้นบังคับใช้หลายฉบับ แต่ปรากฏว่ามีกฎหมายนิรโทษกรรมเพียงฉบับเดียวที่เคยถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คือ พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 ซึ่งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในขณะนั้น คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับพระราชกำหนดนิรโทษกรรมดังกล่าว 3 ครั้ง ได้แก่

<sup>30</sup> การบรรยายในรายวิชา น.731 ปัญหากฎหมายมหาชน ระดับปริญญาโท สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 30 มกราคม 2549 , อ้างถึงใน กฤษฎีกา ทองเพชร, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 24*, น. 839.

ครั้งที่หนึ่ง มีการขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่มีกรณีฉุกเฉินหรือความจำเป็นเร่งด่วนในการที่จะต้องตราพระราชกำหนดตามเงื่อนไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ตามมาตรา 172 วรรคสอง แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย ที่ 1/2535 ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหานี้ เพราะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะกรณีที่พระราชกำหนดไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 172 วรรคหนึ่ง เท่านั้น

ครั้งที่สอง มีการขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ใน 2 ประเด็น คือ ประเด็นแรก พระราชกำหนดนิรโทษกรรมไม่เป็นประโยชน์ต่อการรักษาความปลอดภัยสาธารณะ และประเด็นที่สอง คือ คณะรัฐมนตรีมิได้มีการประชุมปรึกษาหารือเพื่อมีมติคณะรัฐมนตรีขอความเห็นชอบจากรัฐมนตรีในการออกพระราชกำหนด ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้มีคำวินิจฉัย ที่ 2/2535 ว่า พระราชกำหนดนิรโทษกรรมนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อการรักษาความปลอดภัยสาธารณะ แต่ในประเด็นที่ว่าคณะรัฐมนตรีมิได้มีการประชุมปรึกษาหารือเพื่อมีมติคณะรัฐมนตรีขอความเห็นชอบจากรัฐมนตรีในการออกพระราชกำหนด คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่มีอำนาจวินิจฉัย

ครั้งที่สาม มีการขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตีความว่า เมื่อสภาผู้แทนราษฎรมีมติไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแล้ว มาตรา 3 ของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติว่า “...ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง” เป็นกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างใช้พระราชกำหนดที่ไม่ถูกกระทบกระเทือนตามมาตรา 172 วรรคสามของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 3/2535 ว่า การพ้นผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงตามพระราชกำหนดนิรโทษกรรมย่อมมีอยู่ตลอดไปไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการที่พระราชกำหนดนี้ตกไปเนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ

จากคำวินิจฉัยทั้งสามครั้งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น มีเพียงคำวินิจฉัยที่ 2/2535 ที่เป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรม ซึ่งเป็นการวินิจฉัยในเรื่องเงื่อนไขในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม อันเป็นประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายนิรโทษกรรม โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าการตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนดนิรโทษกรรมจึงมีผลบังคับใช้ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ในการตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 นั้น

ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งมีบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดไว้ คือ มาตรา 172<sup>31</sup> พลเอกชวลิต ยงใจยุทธ และคณะ ได้ยื่นคำร้องขอเสนอความเห็นที่ว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 172 วรรคหนึ่ง ตามคำร้องดังกล่าวมีสาระสำคัญแบ่งได้เป็น 2 ประเด็น ดังต่อไปนี้

---

<sup>31</sup> มาตรา 172 “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้

ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้าอยู่นอกสมัยประชุมและการรอการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้า คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสมัยวิสามัญเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดโดยเร็ว ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ หรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแต่วุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

หากพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และพระราชกำหนดนั้นต้องตกไปตามวรรคสาม ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกมีผลใช้บังคับต่อไปนับแต่วันที่การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นมีผล

ถ้าวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การพิจารณาพระราชกำหนดของวุฒิสภาและของสภาผู้แทนราษฎรในกรณียืนยันการอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้น ๆ”

1. พระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้ ไม่เป็นประโยชน์แก่การรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ทั้งนี้เพราะประเทศมิได้ตกอยู่ในภาวะสงคราม มีศัตรูของประเทศชาติและประชาชนจากภายในและภายนอก ไม่มีภัยอันตรายต่อความปลอดภัยสาธารณะ หรือเกิดภัยพิบัติสาธารณะ การที่ประชาชนยังมีความเคียดแค้นอันจะนำไปสู่ความไม่พอใจ และชุมนุมต่อต้านขึ้นอีกจนเป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองนั้น มิได้เกิดจากการที่บุคคลจำนวนมากถูกจับกุมและถูกควบคุมตัวอยู่ หากแต่เกิดจากการที่ญาติมิตรถูกเจ้าหน้าที่ทำร้ายด้วยอาวุธสงคราม จนได้รับอันตรายแก่กายหรือถึงแก่ชีวิต การออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมการกระทำความผิดที่ครอบคลุมไปถึงเจ้าหน้าที่ที่ได้กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และฆ่าประชาชนด้วยนั้น นอกจากจะไม่เป็นมาตรการที่สามารถระงับเหตุแห่งความไม่สงบเรียบร้อยได้แล้ว ยังเป็นที่เห็นได้อย่างชัดแจ้งว่ากลับจะเป็นเหตุให้ประชาชนเกิดความเคียดแค้นชิงชังรัฐบาล และเจ้าหน้าที่รุนแรงขึ้นไปอีก

2. ในการถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศพระราชกำหนดนี้ออกใช้บังคับนั้น คณะรัฐมนตรีมิได้มีการประชุมปรึกษาหารือเพื่อมีมติ คณะรัฐมนตรีขอความเห็นชอบจากรัฐมนตรีในการออกพระราชกำหนดนี้ โดยการออกหนังสือเวียนแทนการเรียกประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติ (ทั้ง ๆ ที่คณะรัฐมนตรีได้เคยประชุมและมีมติไว้แล้วว่าให้มีการนิรโทษกรรมโดยออกเป็นพระราชบัญญัติ) คณะรัฐมนตรีจึงมิได้ประชุมปรึกษาหารือกันว่าการออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมเป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 172 วรรคหนึ่งหรือไม่ จึงถือไม่ได้ว่าการออกพระราชกำหนดนี้ได้ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีโดยชอบ

โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2/2535 ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

จากเหตุการณ์ที่เกิดความรุนแรงขึ้นจนถึงกับมีผู้เสียชีวิต ได้รับบาดเจ็บเป็นจำนวนมากมีผู้ถูกจับและถูกควบคุมตัวว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการชุมนุมครั้งนี้มากมาย จำนวนกว่า 1,000 คน จนถึงขั้นต้องมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ห้ามมิให้มีการชุมนุม หรือมั่วสุมกันตั้งแต่ 10 คนขึ้นไป และความรุนแรงไม่มีท่าทีที่จะสงบลงได้ จนพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวต้องพระราชทานกระแสพระราชดำริแก่พลเอก สุจินดา คราประยูร และพลตรี จำลอง ศรีเมือง ให้หันหน้าเข้าหากันเพื่อแก้ปัญหา คือความปลอดภัยและขวัญของประชาชน ซึ่งประชาชนทั่วไปมีความหวาดระแวงว่าจะเกิดอันตราย หวาดระแวงว่าประเทศชาติจะล่มจม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า เหตุการณ์และความรุนแรงเช่นนี้หากไม่ได้รับการแก้ไข ย่อมจะนำไปสู่ความไม่ปลอดภัยของประเทศ ความไม่ปลอดภัยของประชาชนชาวไทยโดยทั่วกัน กล่าวคือ ความไม่ปลอดภัยสาธารณะได้ และการแก้ไขให้เกิดความสงบในกรณีนี้ได้ ก็จะเป็นการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะซึ่งอาจจะ

เกิดขึ้นต่อไปได้ ทั้งนี้หาจำเป็นว่าประเทศจะต้องตกอยู่ในสภาวะสงครามดังความเห็นของ พลเอก ขวลิต ยงใจยุทธ และคณะไม่

การตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 ก็เป็นวิธีแก้ไขเหตุการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นนั้นให้เรียบร้อยลงได้ และให้เกิดความสามัคคีในประชาชนชาวไทย และเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติต่อไป ดังนั้นการตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้ จึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ส่วนที่พลเอก ขวลิต ยงใจยุทธ และคณะ เห็นว่า การออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้ คณะรัฐมนตรีมิได้ประชุมปรึกษาหารือกัน เพียงแต่ออกหนังสือเวียนแทนการเรียกประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมตินั้น เป็นปัญหาตามมาตรา 172 วรรคสอง ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่สามารถวินิจฉัยให้ได้ เพราะมาตรา 173 ให้สิทธิสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอความเห็นเพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เฉพาะความเห็นที่ว่า พระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่งเท่านั้น

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิชาวุฒิชัย เคยแสดงความเห็นเกี่ยวกับการตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้ไว้ว่า พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขและแบบพิธีที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 172 วรรคแรก โดยมีเหตุผลดังต่อไปนี้<sup>32</sup>

1. ในกรณีที่องค์กรของรัฐองค์กรใดก็ตามใช้อำนาจตามกฎหมายออกมาตรการใดมาเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง หากเป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งตั้งแต่แรกเริ่มแล้วว่ามาตรการนั้นไม่อยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายที่ตั้งไว้ได้เลย

---

<sup>32</sup> ดู วรพจน์ วิชาวุฒิชัย, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับ “พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535”, ”. รพีสาร, ฉบับพิเศษ, น. 96 - 105 (สิงหาคม 2536).

ต้องถือว่าองค์กรรัฐนั้นใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยข้อความตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ที่ระบุว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะ...” แสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่ามาตรการในพระราชกำหนดนั้นต้องเป็น มาตรการที่ประจักษ์แก่วิญญูชนว่าสามารถดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายที่ตั้งไว้ได้ แม้การตรา พระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้มีความมุ่งหมายเพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ หรืออีกนัย หนึ่งให้เกิดความสงบในประเทศ แต่มาตรการที่พระราชกำหนดดังกล่าวกำหนดไม่ได้เป็นไปตาม ความมุ่งหมายเลย กล่าวคือ สาเหตุที่ประชาชนโกรธแค้นมาจากเจ้าหน้าที่รัฐได้ทำร้ายประชาชน แต่การตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมนี้มีผลให้เจ้าหน้าที่รัฐไม่มีความผิด ความโกรธแค้นของ ประชาชนก็ยังคงอยู่ และน่าจะทำให้ความรู้สึกของประชาชนทวีความรุนแรงขึ้นด้วย จึงไม่ได้เป็นไป ตามความมุ่งหมายที่ต้องการให้เกิดความสงบ

2. เนื่องจากคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรของรัฐ ในทางตำราเรียกว่า องค์กรกลุ่ม ในการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมายใด ๆ คณะรัฐมนตรีจึงต้องปฏิบัติ ตามหลักการดำเนินงานขององค์กรกลุ่ม ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่งหลักหนึ่งในกฎหมาย ซึ่งหลักหนึ่งของหลักการดำเนินงานขององค์กรกลุ่ม คือ องค์กรกลุ่มซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นผู้ใช้ อำนาจจะต้องประชุมกันใช้อำนาจนั้น เป็นหลักที่ต้องการให้คณะบุคคลที่เป็นองค์กรกลุ่มได้ร่วมกัน ปรีกษาและแสดงความคิดเห็นในเรื่องที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการใช้อำนาจนั้น เพื่อนำมาสู่การตัดสินใจ ใช้อำนาจนั้นภายหลังจากที่ได้อภิปรายแสดงเหตุผลสนับสนุนและหักล้างซึ่งกันและกันแล้ว การตัดสินใจอาจจะออกมาในรูปแบบของมติ คำสั่ง หรือคำวินิจฉัยก็เป็นผลมาจากเจตจำนงร่วมกัน ของสมาชิกองค์กรกลุ่ม สำหรับกรณีการตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมนี้ เมื่อไม่ได้มีการประชุมกัน ของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนดก็ต้องถือว่าพระราชกำหนดไม่ได้ ตราขึ้นโดยองค์กรผู้มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งแสดงว่ากระบวนการตราพระราชกำหนดไม่เป็นไป ตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 จึงขัดกับ รัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิชาพิชญ์ ว่า พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะไม่เป็นไปตามเงื่อนไขและแบบพิธีที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 172 วรรคแรก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นคณะรัฐมนตรีมิได้มีการประชุม ปรีกษาหาหรือเพื่อมีมติคณะรัฐมนตรีขอความเห็นชอบจากรัฐมนตรีในการออกพระราชกำหนดนั้นที่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นปัญหาตามมาตรา 172 วรรคสอง ทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ไม่สามารถวินิจฉัยให้ได้ เพราะมาตรา 173 ให้สิทธิสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอความเห็นเพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เฉพาะความเห็นที่ว่า พระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง แต่ผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นปัญหาตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง เพราะข้อความตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ที่ว่า “...พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ” หมายความว่า พระมหากษัตริย์จะใช้อำนาจนี้ก็ต่อเมื่อคณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำและยินยอม เนื่องจากพระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้โดยทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล เท่านั้น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3<sup>33</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ดังนั้น อำนาจในการตราพระราชกำหนดจึงเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจโดยทางคณะรัฐมนตรี ประเด็นคณะรัฐมนตรีมิได้มีการประชุมปรึกษาหารือเพื่อมีมติคณะรัฐมนตรีขอความเห็นชอบจากรัฐมนตรีในการออกพระราชกำหนดจึงเป็นกรณีตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยได้

กรณีของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2/2535 ที่กล่าวมานี้เป็นกรณีของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมในทางกระบวนการตรา อย่างไรก็ตาม ศาลไทยยังไม่เคยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมในทางเนื้อหา แต่มีกรณีที่อาจจะเทียบเคียงได้ว่าศาลเห็นด้วยกับการบังคับใช้กฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหาในนิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐ คือ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3/2535 ที่ตีความว่าการพันผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงตามพระราชกำหนดนิรโทษกรรมย่อมมีอยู่ตลอดไปไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการที่พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 นี้ตกไปเนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 3/2535<sup>34</sup> เพราะ เห็นว่า การตีความเช่นนั้นจะทำให้การอนุมัติหรือไม่อนุมัติ

<sup>33</sup> มาตรา 3 “อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

<sup>34</sup> มีผู้ที่เคยแสดงความเห็นเกี่ยวกับการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 3/2535 นี้ไว้เช่นกัน โปรตดู อมร จันทรมบูรณ์, “บทวิจารณ์คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (กรณีพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฯ ในเหตุการณ์เดือนพฤษภาคม (ทมิฬ) พ.ศ. 2535),”

พระราชกำหนดนิรโทษกรรมมีผลไม่แตกต่างกัน ซึ่งผิดวัตถุประสงค์ของการตราพระราชกำหนดโดยองค์กรฝ่ายบริหารที่จะต้องได้รับการพิจารณาตรวจสอบจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติอีกครั้ง ด้วยการให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ถ้าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเห็นด้วยกับเนื้อหาของพระราชกำหนด องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติก็จะอนุมัติพระราชกำหนดนั้น และทำให้พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป แต่หากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติไม่เห็นด้วยกับเนื้อหาของพระราชกำหนดก็จะไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น ซึ่งมีผลให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ไม่กระทบกิจการที่เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนด

ทั้งนี้ การที่สภาจะอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรมนั้น ย่อมหมายถึง การที่สภาเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยว่าจะให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากความผิดและความรับผิดหรือไม่ อันเป็นเนื้อหาสาระสำคัญของพระราชกำหนดนิรโทษกรรม กล่าวคือ หากรัฐสภาไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรม ก็เท่ากับรัฐสภาไม่เห็นด้วยที่ให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากความผิด ผู้กระทำความผิดจึงยังคงมีความผิดตามเดิม ซึ่งทำให้กลับมาดำเนินการสอบสวน ฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดได้อีกครั้ง ดังนั้น การพ้นผิดและความรับผิดตามกฎหมายนิรโทษกรรมจึงไม่ใช่กิจการที่เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดดังที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตีความ เพราะการพ้นผิดและความรับผิดเป็นเนื้อหาสาระสำคัญของพระราชกำหนดนิรโทษกรรม จึงไม่อาจเป็นกิจการที่เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดได้ ส่วนกิจการที่เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนิรโทษกรรมนั้น ผู้เขียนเห็นว่า คือการใช้อำนาจตามกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นการไม่ดำเนินการสอบสวนแก่ผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือการไม่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมของพนักงานอัยการ อันเป็นผลมาจากการบังคับใช้พระราชกำหนดนิรโทษกรรม ด้วยเหตุนี้ การใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ตำรวจและพนักงานอัยการย่อมไม่ถูกกระทบกระเทือนเมื่อพระราชกำหนดนิรโทษกรรมตกไป

ดังนั้น การที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรม แสดงว่าไม่เห็นด้วยกับการนิรโทษกรรมโดยองค์กรฝ่ายบริหาร จึงทำให้ผู้กระทำความผิดยังคงมีความผิดตามเดิมก่อนที่จะมีการนิรโทษกรรม อันทำให้สามารถกลับมาทำการสอบสวน และฟ้องร้องดำเนินคดีใหม่ได้ ด้วยเหตุนี้ การตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าการพ้นผิดและความรับผิดตามกฎหมายนิรโทษกรรมมีอยู่ตลอดไป จึงเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรม

นอกจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2/2535 และ 3/2535 ที่มีประเด็นปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีกรณีของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2015 - 2016/2542<sup>35</sup> ซึ่งได้พิพากษาโดยอ้างคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2/2535 และ 3/2535 ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย กล่าวคือ

คดีนี้โจทก์ฟ้องจำเลยว่าร่วมกันสั่งกองกำลังทหารและตำรวจติดอาวุธร้ายแรงเข้าปราบปรามเช่นฆ่าประชาชน โดยไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกระทำอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย เมื่อระหว่างวันที่ 17 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม 2535 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ประชาชนจำนวนมากชุมนุมกันด้วยความสงบโดยปราศจากอาวุธ ณ บริเวณท้องสนามหลวง ถนนราชดำเนินกลางหน้ารัฐสภาและบริเวณใกล้เคียงในเขตกรุงเทพมหานคร เพื่อเรียกร้องรัฐบาลให้ใช้การปกครองตามระบอบประชาธิปไตย ซึ่งประชาชนมีสิทธิกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญ เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายจึงขอให้จำเลยร่วมกันหรือแทนกันใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ โดยจำเลยให้การต่อสู้ว่า ฟ้องโจทก์เคลือบคลุม และการกระทำของทหารและตำรวจเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ภายหลังเกิดเหตุมีพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 แล้ว ดังนั้นแม้การกระทำของจำเลยจะเป็นละเมิดต่อผู้อื่น กฎหมายก็บัญญัติให้พ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง โดยผลของกฎหมายดังกล่าวโจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง ขอให้ยกฟ้อง

การดำเนินคดีนี้ได้ดำเนินมาถึงในชั้นศาลฎีกา โดยมีประเด็นที่ศาลฎีกาวินิจฉัย ดังนี้

1. โจทก์ฎีกาว่า การออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 ซึ่งออกใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2535 ไม่ชอบ เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญ

แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 2/2535 ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 2535 ว่า การออกพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2534 แล้ว คำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมเป็นเด็ดขาดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

<sup>35</sup> สืบค้นจาก <http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp> ,

มาตรา 209<sup>36</sup> และมีผลผูกพันศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 268<sup>37</sup>

2. โจทก์ฎีกาว่า ข้อความที่ว่า “ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น” ตามมาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2534 ไม่หมายความว่ารวมถึงความรับผิดของจำเลยในคดีนี้

แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3/2535 ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2535 ว่า ข้อความที่ว่ากิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้นมีผลว่า นับตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม 2535 ซึ่งเป็นวันที่พระราชกำหนดฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับ การกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม 2535 และได้กระทำในระหว่างวันดังกล่าว ถ้าการกระทำนั้นผิดกฎหมายผู้กระทำความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงไปทันที และการพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงนี้ย่อมมีอยู่ตลอดไปโดยไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการที่พระราชกำหนดฉบับนี้ตกไปเนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ เพราะพระราชกำหนดก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2534 การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนี้ไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงผู้ซึ่งพระราชกำหนดบัญญัติให้พ้นจากความผิดและความรับผิดไปแล้ว ไม่ว่าบุคคลนั้นจะถูกร้องทุกข์ถูกกล่าวโทษ หรือถูกดำเนินคดีตามกฎหมายแล้วหรือไม่ก็ตาม คำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมเป็นเด็ดขาดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 209 และมีผลผูกพันศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 268 เช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุนี้โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง ศาลฎีกาจึงพิพากษายืนตามศาลล่างที่พิพากษายกฟ้องโจทก์

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2015 - 2016/2542 นี้จะเห็นว่า ศาลฎีกาได้อ้างคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2/2535 และ 3/2535 ว่ามีผลผูกพันศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2/2535 เป็นการวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดนิรโทษกรรมดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นไป

<sup>36</sup> มาตรา 209 “คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาด และให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

<sup>37</sup> มาตรา 268 “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ”

ตามเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราพระราชกำหนดเท่านั้น ฉะนั้น จึงอาจมีกรณีโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมด้วยเหตุอื่นได้อีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางด้านเนื้อหาของพระราชกำหนดนิรโทษกรรม ซึ่งในประเด็นนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังไม่มีคำวินิจฉัย ผู้เขียนจึงเห็นว่า โจทก์คดีนี้สามารถอ้างว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเหตุอื่นที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังไม่มีคำวินิจฉัยได้ ซึ่งศาลยุติธรรมก็ไม่มี ความผูกพันตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นเรื่องที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

แต่อย่างไรก็ดี ภายหลังสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรมดังกล่าว เป็นผลให้ให้พระราชกำหนดนี้ตกไป จึงไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดดังกล่าวได้อีก เพราะไม่มีวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ แต่การที่สภาไม่อนุมัติพระราชกำหนด ก็หมายความว่า สภาไม่เห็นด้วยที่จะให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากความผิดและความรับผิด ดังนั้น ความผิดและความรับผิดของผู้กระทำความผิดจึงยังคงมีอยู่ อันจะทำให้สามารถกลับมาฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ โดยหลักโจทก์ในคดีนี้ก็ควรที่จะมีอำนาจฟ้อง เพราะพระราชกำหนดนิรโทษกรรมดังกล่าวตกไปแล้ว

แต่ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3/2535 ตีความว่าการพ้นผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงตามพระราชกำหนดนิรโทษกรรมย่อมมีอยู่ตลอดไปไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการที่พระราชกำหนดนิรโทษกรรมตกไปเนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า การตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเช่นนี้ทำให้พระราชกำหนดนิรโทษกรรมยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ ทั้ง ๆ ที่พระราชกำหนดนิรโทษกรรมนั้นตกไปแล้ว ซึ่งจะทำให้เกิดผลประหลาด กล่าวคือ ผลของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมยังคงมีอยู่ตลอดไป แต่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมได้ เพราะพระราชกำหนดนิรโทษกรรมตกไปแล้ว จึงไม่มีพระราชกำหนดที่จะถูกแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิก อีกทั้งการที่ผลของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมยังคงมีอยู่นี้ แต่พระราชกำหนดนิรโทษกรรมตกไปแล้วจึงทำให้ไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะมาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ส่งผลให้ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดที่ได้รับการนิรโทษกรรมไม่มีโอกาสโต้แย้งโดยอ้างว่ากฎหมายนิรโทษกรรมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้โดยเฉพาะในประเด็นด้านเนื้อหาของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมซึ่งยังไม่ได้มีการวินิจฉัย นอกจากนี้ยังทำให้ผู้เสียหายไม่อาจฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ แม้ว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมจะตกไปแล้วก็ตาม การตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเป็นการทำให้พระราชกำหนดนิรโทษกรรมมีผลบังคับใช้ถาวรตลอดไป อันขัดกับเจตนารมณ์ของสภา

ผู้แทนราษฎรที่ไม่อนุวัติพระราชกำหนด ซึ่งแสดงว่าสภาไม่เห็นด้วยกับการนิรโทษกรรมตามพระราชกำหนด และไม่ต้องการให้ใช้กฎหมายนิรโทษกรรมมาเป็นเครื่องมือขัดขวางในการดำเนินการกระบวนการยุติธรรมตามปกติที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้

#### 4.2.2.3 การปรับใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเพื่อตีความรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้ที่ผ่านมาในประเทศไทยยังไม่เคยมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมในด้านเนื้อหา แต่ตามที่ได้ศึกษามา พบว่า มีกรณีของศาลในต่างประเทศที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมในด้านเนื้อหาว่า กฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งมีเนื้อหาให้นิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยศาลต่างประเทศได้อ้างถึงสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศนั้น ๆ เป็นภาคีในการวินิจฉัยด้วย ดังนั้น สำหรับประเทศไทย หากมีการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านเนื้อหาของกฎหมายนิรโทษกรรม ผู้เขียนเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมมีอำนาจวินิจฉัยได้ และศาลรัฐธรรมนูญอาจนำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาช่วยในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยได้ด้วย กล่าวคือ

การที่รัฐธรรมนูญไทยไม่ได้มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งเป็นข้อจำกัดไม่ให้มีการนิรโทษกรรมในความผิดฐานใดบ้างอย่างเช่นในรัฐธรรมนูญบางประเทศ ก็ไม่ได้หมายความว่าในประเทศไทยจะมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมได้ในทุกฐานความผิดโดยไม่มีข้อจำกัด เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งกำหนดเขตแดนแห่งสิทธิของปัจเจกชนไว้ ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการงดเว้นก้าล่วงสิทธิของปัจเจกชน โดยเฉพาะสิทธิในชีวิตร่างกาย ซึ่งเป็นสิทธิที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการงดเว้นกระทำการ<sup>38</sup> เพราะบุคคลสามารถใช้สิทธิในชีวิตร่างกายได้เองโดยที่รัฐ

<sup>38</sup> เมื่อปัจเจกบุคคลในรัฐมีสิทธิในการกระทำการใด ปัจเจกบุคคลนั้นย่อมกระทำการนั้นได้โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงของรัฐ หรือกล่าวได้ว่ารัฐต้องเป็นฝ่ายงดเว้นกระทำการ เพราะปัจเจกบุคคลสามารถดำเนินการไปได้เองโดยที่รัฐไม่จำเป็นต้องกระทำการใด ๆ สิทธิประเภทนี้จะแสดงออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน (Abwehrrecht) อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐหรือการละเมิดของรัฐ เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความเห็น เสรีภาพในทางวิชาการ เสรีภาพในเคหสถาน หากมีการแทรกแซงหรือละเมิดสิทธิจากรัฐ ปัจเจกบุคคลอาจเรียกร้องให้มีการเยียวยาจากรัฐได้ หรือเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำความผิดดังกล่าวได้ (บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 21, น. 54.)

ไม่ต้องกระทำการใด ๆ แต่รัฐมีหน้าที่งดเว้นกระทำการโดยไม่ไปแทรกแซงหรือละเมิดสิทธิในชีวิต ร่างกายของบุคคล ทั้งนี้ การงดเว้นกระทำการของรัฐนั้นก็เป็นการแสดงถึงการคุ้มครองสิทธิในชีวิต ร่างกายของปัจเจกบุคคลว่าจะไม่ถูกละเมิดจากรัฐ และถ้ารัฐได้ละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกาย บุคคลย่อมเรียกร้องให้มีการเยียวยาจากรัฐได้ หากเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งถือเป็นองค์กรของรัฐได้ละเมิดสิทธิในชีวิต ร่างกายของบุคคล ถ้ารัฐโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายนิรโทษกรรมมาไม่เอาผิดแก่ เจ้าหน้าที่รัฐนั้น ย่อมหมายความว่าบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกายจะไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐ เยียวยาการละเมิดสิทธิได้ อันทำให้สิทธิในชีวิตร่างกายไม่มีผลบังคับอย่างแท้จริง จึงเท่ากับว่ารัฐไม่ได้ คุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกายจากการละเมิดของรัฐ กฎหมายใดที่บัญญัติไปในทำนองว่าหากรัฐละเมิด บุคคลใดรัฐไม่ต้องรับผิดชอบชดเชยต่อหลักที่ว่ารัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายของบุคคล และย่อมชดเชยต่อรัฐธรรมนูญอย่างออกฉกรรจ์<sup>39</sup> ดังนั้น ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายนิรโทษกรรมในด้านเนื้อหา ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องอ้างถึงบทบัญญัติแห่งสิทธิทางรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยว่า กฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหานิรโทษกรรมแก่เจ้าหน้าที่รัฐในความผิดที่ละเมิดสิทธิ ในชีวิตร่างกายของปัจเจกชนขัดกับรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณากฎหมายนิรโทษกรรมที่ผ่านมาของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ใน ระหว่างวันที่ 4 ถึงวันที่ 6 ตุลาคม 2519 พ.ศ. 2521 และพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 พบว่าจากเหตุการณ์ชุมนุมทั้งสองเหตุการณ์ปรากฏพยานหลักฐานว่ามี เจ้าหน้าที่รัฐได้กระทำการละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกายของประชาชน และกฎหมายนิรโทษกรรมทั้งสอง ฉบับก็มีผลทำให้ไม่มีการดำเนินคดีแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้ละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกายของประชาชน กล่าวคือ

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมใน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในระหว่างวันที่ 4 ถึงวันที่ 6 ตุลาคม 2519 พ.ศ. 2521 มาตรา 3 บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลใด ๆ ที่เกิดขึ้นในหรือเกี่ยวเนื่องกับการชุมนุมใน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ... หากการกระทำนั้นผิดกฎหมาย ก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความ รับผิดชอบโดยสิ้นเชิง”

พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 มาตรา 3

---

<sup>39</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, “พระราชกำหนดนิรโทษกรรม ยกเว้นความผิดแก่ทหารตำรวจที่ฆ่า ประชาชนจริงหรือ?”, รพีสาร, ฉบับพิเศษ, น. 115 (สิงหาคม 2536).

บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการชุมนุม ... หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมายก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิด และความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

คำว่า “บุคคล” ตามกฎหมายนิรโทษกรรมทั้งสองฉบับหมายความว่ารวมไปถึงเจ้าหน้าที่รัฐที่ละเมิดสิทธิในชีวิตและร่างกายของผู้ชุมนุมด้วยหรือไม่<sup>40</sup> หากเปรียบเทียบกับถ้อยคำในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชนซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวนเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2516 พ.ศ. 2516 ที่บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน ที่เกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวน ... หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง” จะเห็นว่าระบุชัดเจนเฉพาะการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน ที่เกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวนเท่านั้น แต่พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในระหว่างวันที่ 4 ถึงวันที่ 6 ตุลาคม 2519 พ.ศ. 2521 และพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 ใช้ถ้อยคำที่กว้าง ไม่ได้เจาะจงว่าหมายถึงเฉพาะแต่การกระทำผิดของผู้ชุมนุมเท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า คำว่า บุคคล ตามพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในระหว่างวันที่ 4 ถึงวันที่ 6 ตุลาคม 2519 พ.ศ. 2521 และพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึง

---

<sup>40</sup> ในประเด็นเกี่ยวกับการตีความพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ เคยให้ความเห็นว่า เนื้อหาของพระราชกำหนดนี้เป็นบทกฎหมายที่มายกเว้นหลักกฎหมายทั่วไปที่ถือว่าบุคคลย่อมรับผิดชอบต่อการกระทำของตน ดังนั้นเมื่อมีการตราพระราชกำหนดยกเว้นความรับผิดชอบของบุคคลบางจำพวก การตีความกฎหมายนั้นต้องตีความอย่างเคร่งครัด คือตีความในความหมายอย่างแคบ จึงสันนิษฐานในขั้นต้นนี้ได้ว่า กฎหมายเอาเฉพาะผู้เข้าร่วมชุมนุมเท่านั้น และตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ ซึ่งปรากฏจากความเบื้องต้นและหมายเหตุต่อท้ายพระราชกำหนด ก็จะพบว่าพระราชกำหนดกล่าวถึงการนิรโทษกรรมผู้เข้าร่วมชุมนุมประท้วงเท่านั้น ไม่ได้พาดพิงหรือกล่าวถึงการนิรโทษกรรมเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าร่วมปราบปรามการชุมนุมแต่อย่างใด และต้องตีความให้กฎหมายเป็นผลบังคับได้ เพราะรัฐธรรมนูญได้วางหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ จึงไม่อาจออกกฎหมายมาเพิกถอนสิทธิในชีวิตได้ (ดู เฟิงอ้วง, น. 113 - 115.)

วันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 มุ่งหมายให้หมายรวมถึงเจ้าหน้าที่รัฐผู้กระทำการละเมิดสิทธิของประชาชนด้วย อีกทั้งในทางปฏิบัติก็ไม่มี การเอาผิดหรือดำเนินคดีอาญาแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้กระทำความผิดอันเป็นการละเมิดสิทธิของประชาชนในเหตุการณ์เหล่านั้นแต่อย่างใด ซึ่งการที่รัฐตรากฎหมายนิรโทษกรรมให้เจ้าหน้าที่รัฐผู้กระทำความผิดที่ละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกายประชาชนพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงนี้ ย่อมขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิในชีวิตร่างกายซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายของบุคคล

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ประเทศไทยเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่วางข้อจำกัดในการนิรโทษกรรมไว้ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำสนธิสัญญาดังกล่าวมาช่วยในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้ แม้ว่าประเทศไทยจะใช้ทฤษฎีวินัยในการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้ศาลไทยไม่สามารถปรับใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศในการพิจารณาคดีได้โดยตรง<sup>41</sup> แต่ประเทศไทยก็ยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ

---

<sup>41</sup> ในทางปฏิบัติองค์กรตุลาการไม่ได้เคร่งครัดกับหลักการตามทฤษฎีวินัยเสมอไป โดยเห็นได้จากการที่ศาลนำพันธกรณีระหว่างประเทศตามสนธิสัญญามาใช้ในการวินิจฉัยคดีโดยตรง แม้มิได้มีกฎหมายภายในอนุวัติการสนธิสัญญา เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 739/2498 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าสหประชาชาติมีสิทธิตามสนธิสัญญาที่ทำไว้กับประเทศไทยที่จะนำเอาโกดังของญี่ปุ่นออกขายทอดตลาดในฐานะทรัพย์สินได้ ดังนั้นโจทก์ซึ่งเป็นผู้ที่ประมูลซื้อโกดังได้จึงได้กรรมสิทธิ์ในโกดังที่พิพาท อันนับว่าเป็นการรับเอาสนธิสัญญามาใช้ในระบอบกฎหมายในประเทศโดยตรง ยิ่งกว่านั้นศาลยังใช้คำว่า มีอำนาจจัดการตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว นั้น ซึ่งหมายถึงสนธิสัญญาที่ทำกับสหประชาชาติด้วย และวินิจฉัยอีกด้วยว่า ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศอังกฤษมีสิทธิในฐานะตัวแทนขององค์การสหประชาชาติซึ่งเป็นผู้ชนะสงครามในอันที่จะใช้สิทธิของผู้ชนะสงคราม (*de bellatio*) ซึ่งเป็นหลักการอย่างหนึ่งในกฎหมายภาคสงครามในส่วนที่เรียกว่า *jus ad bellum* ที่จะริบและยึดทรัพย์สินของญี่ปุ่นในฐานะที่เป็นทรัพย์สินได้ ถึงแม้จะมีกฎหมายในประเทศให้อำนาจไว้เช่นนั้นก็ตาม ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ด้วยว่าในการใช้สิทธิของผู้ชนะสงคราม สหประชาชาติสามารถกระทำการเกินกว่าที่กฎหมาย (ในประเทศ) เปิดช่องให้กระทำได้ อันเป็นการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศโดยตรง โดยถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายในประเทศ (จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 87 – 88.)

ตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี ประกอบกับ มาตรา 4 แห่งร่างรัฐธรรมนูญ กำหนดว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับการคุ้มครอง” ผู้เขียนจึงเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไทยสามารถตีความบทบัญญัติแห่งสิทธิในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ ดังที่ได้ศึกษามากก็พบว่าองค์การตุลาการของประเทศที่ใช้ทฤษฎีทวินิยมได้มีการนำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนมาช่วยตีความรัฐธรรมนูญเช่นกัน และสำหรับประเทศไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยก็เคยมีการอ้างถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองประกอบคำวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย คือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555<sup>42</sup> ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากได้วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้บรรดากรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับนิติบุคคล โดยไม่ปรากฏว่ามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 39 วรรคสองที่บัญญัติว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” โดยระบุในคำวินิจฉัยตอนหนึ่งว่า “มาตรา 39 วรรคสองนี้เป็นข้อสันนิษฐานอันมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 11 ที่ว่า “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญามีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ในการพิจารณาโดยเปิดเผย และผู้นั้นได้รับหลักประกันทั้งหลายที่จำเป็นในการต่อสู้คดี” อันถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดอาญา

---

<sup>42</sup> คำวินิจฉัยนี้น่าจะเป็นคำวินิจฉัยแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยอ้างอิงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นเหตุผลประกอบข้อวินิจฉัย โดยการเขียนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิงเพียงข้อ 11 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไว้อย่างชัดเจน แต่สำหรับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญเพียงกล่าวอ้างอย่างลอย ๆ โดยไม่ได้อ้างอิง ข้อ 14 วรรคสองของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งรับรองข้อสันนิษฐานเบื้องต้นในคดีอาญาว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ไว้ (ณรงค์เดช สรุโฆษิต, “หมายเหตุท้ายคดีรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2560, <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1713>)

เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา จนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด และเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ และระดับระหว่างประเทศ อันได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกมีพันธกรณีอยู่ด้วย”

ฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยอาจนำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาช่วยตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยอาศัยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาตามมาตรา 4 แห่งร่างรัฐธรรมนูญที่กำลังร่างขึ้น เพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหาโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงขัดรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีผลบังคับใช้ หรือศาลรัฐธรรมนูญอาจจะใช้หลักความก้าวหน้าในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญ (the principle of progressive interpretation of constitutional rights)<sup>43</sup> ก็ได้ เพราะตามหลักความก้าวหน้าในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้น ไม่อาจตีความสิทธิให้มีผลไปในทางที่ทำให้การคุ้มครองสิทธินั้นลดน้อยลงไป ต้องตีความไปในทางให้มีผลใช้บังคับได้ ทั้งนี้ การนำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาช่วยในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญอาจทำได้โดยตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญ คือ สิทธิในชีวิต ร่างกายว่าเป็นสิทธิที่ได้รับการประกันและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ และยังเป็นสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการประกันและคุ้มครองโดยสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่รัฐไทยเป็นภาคีอีกด้วย ซึ่งได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยตามสนธิสัญญาเหล่านั้นได้กำหนดหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไว้ เพราะถือว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเพื่อให้สิทธิที่รับรองไว้ในสนธิสัญญาเป็นผล ฉะนั้น เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิในชีวิต ร่างกายที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นผล รัฐก็ต้องมีการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเช่นเดียวกัน โดยนัยนี้ย่อมหมายความว่า การนิรโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงย่อมไม่อาจทำได้ เพราะการนิรโทษกรรมดังกล่าวมีผลทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดที่ละเมิดสิทธิ

---

<sup>43</sup> ดูรายละเอียดในบทที่ 2 หัวข้อผลของการละเมิดข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม

มนุษย์ชนอย่างร้ายแรงได้ ดังนั้น กฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหาโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจึงขัดรัฐธรรมนูญ เพราะขัดกับบทบัญญัติแห่งสิทธิในชีวิตร่างกายที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ การตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญเช่นนี้เป็นการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญไปในทางมุ่งคุ้มครองสิทธิให้มีผลบังคับจริง และยังสอดคล้องกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศไทยเป็นภาคี อันทำให้ประเทศไทยไม่ละเมิดพันธกรณีของสนธิสัญญาด้วย



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าการนิรโทษกรรมจะปรากฏมาตั้งแต่สมัยกรีก และยังคงมีอยู่จนถึงปัจจุบัน แต่แนวความคิดของการนิรโทษกรรมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามเวลาและสภาพการปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับข้อจำกัดในการนิรโทษกรรม ซึ่งมีรากฐานมาจากแนวความคิดเรื่องสิทธิ ไม่ว่าจะเป็สิทธิทางรัฐธรรมนูญ หรือสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ ตามแนวคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับการนิรโทษกรรม เป็นเรื่องที่ผู้ปกครองมีอำนาจที่จะไม่เอาผิดแก่ผู้กระทำความผิดด้วยการสั่งให้ลืมการกระทำผิดที่เกิดขึ้นมาแล้ว เพื่อรักษาความสงบและสร้างความปรองดองในสังคม ฉะนั้น ตามประวัติศาสตร์กฎหมายนิรโทษกรรมจะถูกอธิบายว่าเป็นการลืมหดตามกฎหมาย และไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เพราะเป็นเรื่งอำนาจสูงสุดของผู้ปกครองที่มีอำนาจให้ความกรุณาแก่ผู้กระทำความผิดอย่างไรก็ได้ แต่หลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ประชาคมโลกได้รับบทเรียนจากการเสียชีวิตของพลเมืองจำนวนมาก จึงได้ก่อให้เกิดแนวคิดว่าจะไม่ยอมให้มีการปล่อยตัวผู้ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไปโดยไม่มีการลงโทษ โดยเห็นว่าการดำเนินคดีอาญาและการลงโทษเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน และป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนอีกในอนาคต ด้วยเหตุนี้ สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับซึ่งเป็นบ่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่ง จึงได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาต้องดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไว้ ส่งผลให้เป็นการจำกัดขอบเขตการนิรโทษกรรมของรัฐภาคี ว่า ไม่สามารถจะนิรโทษกรรมความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ ประกอบกับรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดก็ได้ประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ ทำให้การนิรโทษกรรมไม่อาจจะทำอย่างไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด แต่จะต้องคำนึงถึงสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่รัฐเป็นภาคี และสิทธิทางรัฐธรรมนูญด้วย

จากการศึกษาได้ข้อสรุปว่า ในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมขึ้นใช้บังคับภายในรัฐใดรัฐหนึ่งนั้น มีข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม คือ

1. ถ้ารัฐนั้นเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่กำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง รัฐนั้นก็ต้องมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา จึงถือว่าสนธิสัญญาเป็นข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมภายในรัฐ ว่า รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่อาจตรากฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งมีเนื้อหาหนีโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ เพราะจะเท่ากับว่ารัฐนั้นไม่มีการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง อันเป็นการขัดต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญา

2. ถ้ารัฐธรรมนูญของประเทศใดมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งว่า ห้ามไม่ให้มีการนิรโทษกรรมในความผิดฐานใดไว้ ก็ถือว่าประเทศนั้นมีข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมตามรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง ทำให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมในความผิดซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดห้ามไว้ได้

นอกจากนี้ ในด้านของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรม พบว่า ในต่างประเทศตามที่ศึกษามา มีกรณีให้องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหาหรือนิรโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงขัดกับรัฐธรรมนูญโดยมีการอ้างถึงสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศนั้น ๆ เป็นภาคีในการวินิจฉัยดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ จากที่ศึกษาเกี่ยวกับการปรับใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน สรุปได้ว่า สำหรับประเทศที่ใช้ทฤษฎีเอกนิยม องค์กรตุลาการสามารถนำเสนอสนธิสัญญาระหว่างประเทศมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีได้โดยตรง ส่วนประเทศที่ใช้ทฤษฎีทวินิยม แม้ว่าองค์กรตุลาการไม่สามารถนำเสนอสนธิสัญญาระหว่างประเทศมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีได้โดยตรงก็ตาม แต่องค์กรตุลาการสามารถนำเสนอสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาช่วยตีความรัฐธรรมนูญได้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของประชาชนเกิดผลบังคับอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม นอกจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรมโดยองค์กรตุลาการแล้ว ปรากฏว่าในบางประเทศได้บัญญัติเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้องค์กรตุลาการไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมนั้นได้ คือ ประเทศตุรกี แต่ประเทศตุรกีก็สามารถยกเลิกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่บัญญัตินิรโทษกรรมให้แก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเพื่อยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการนิรโทษกรรมดังกล่าว และนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ โดยผลประชามติปรากฏว่าประชาชนส่วนมากเห็นชอบในการยกเลิกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการนิรโทษกรรม ทำให้บทบัญญัติดังกล่าวถูกยกเลิกไปในที่สุด ฉะนั้น กฎหมายนิรโทษกรรมที่บังคับใช้ภายในรัฐอาจถูกวินิจฉัยโดยองค์กรตุลาการของรัฐนั้น ๆ ว่า ขัดรัฐธรรมนูญและสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้ หรือถ้าการนิรโทษกรรมได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยการนิรโทษกรรมนั้นก็อาจถูกยกเลิกได้ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณียกเลิกกฎหมายนิรโทษกรรมไม่ใช่กรณีกฎหมายมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิด เพราะกฎหมายนิรโทษกรรมเป็นกฎหมายที่มาลบล้างความผิดที่กฎหมายอื่นบัญญัติให้การกระทำใดบ้างเป็นความผิด โดยกฎหมายนิรโทษกรรมไม่ใช่กฎหมายที่กำหนดความผิด ฉะนั้น เมื่อมีการยกเลิกกฎหมายนิรโทษกรรมย่อมไม่ขัดกับหลักกฎหมายมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิด ดังนั้น เมื่อกฎหมายนิรโทษกรรมไม่มีผลบังคับใช้หรือถูกยกเลิกไป ก็จะสามารถ

กลับมาดำเนินคดีแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดไปตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมตามปกติได้ เพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย

### ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยเป็นภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีต้องดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ส่งผลให้ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีต้องมีความผูกพันตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าว จึงไม่สามารถตรากฎหมายนิรโทษกรรมที่นิรโทษกรรมในความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้ เพราะกฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหาโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจะมีผลทำให้ผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไม่ถูกดำเนินคดีอาญา อันเป็นการขัดต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญา ดังนั้น สำหรับประเทศไทย ถ้าจะมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมขึ้นบังคับใช้ องค์กรที่เกี่ยวข้องในการตรากฎหมายควรจะต้องคำนึงถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย

นอกจากนี้ หากมีการขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิรโทษกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านเนื้อหาของกฎหมายนิรโทษกรรม ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถอ้างบทบัญญัติแห่งสิทธิทางรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะสิทธิในชีวิตร่างกายเพื่อวินิจฉัยว่า กฎหมายนิรโทษกรรมที่มีเนื้อหาโทษกรรมแก่เจ้าหน้าที่รัฐในความผิดที่ละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกายของปัจเจกชนขัดกับรัฐธรรมนูญได้ เพราะรัฐมีหน้าที่งดเว้นกระทำการโดยไม่ไปแทรกแซงหรือละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกายของบุคคล ถ้ารัฐโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายนิรโทษกรรมมาไม่เอาผิดแก่เจ้าหน้าที่รัฐ ย่อมทำให้สิทธิในชีวิตร่างกายไม่มีผลบังคับอย่างแท้จริง กฎหมายนิรโทษกรรมนั้นก็ย่อมขัดกับบทบัญญัติแห่งสิทธิในชีวิตร่างกายที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญยังสามารถนำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี มาช่วยในการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนิรโทษกรรมมีเนื้อหาโทษกรรมในความผิดที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงขัดรัฐธรรมนูญได้ด้วย ซึ่งเป็นการตีความสิทธิทางรัฐธรรมนูญไปในทางมุ่งคุ้มครองสิทธิให้มีผลบังคับจริง และให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคี

อย่างไรก็ดี เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยยังไม่ได้มีข้อจำกัดกำหนดห้ามนิรโทษกรรม ความผิดใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น เพื่อไม่ให้การนิรโทษกรรมเป็นเครื่องมือในการไม่เอาผิดแก่ผู้ละเมิด สิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า ให้กำหนดในรัฐธรรมนูญว่า ความผิดที่เป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงไม่สามารถมีการนิรโทษกรรมได้ ซึ่งจะกลายเป็นข้อจำกัด อำนาจในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมตามรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง

นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในแนวทางการตีความของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ต้องตีความเกี่ยวกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะ ให้กำหนดแนวทางการตีความ สิทธิทางรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศไว้ในรัฐธรรมนูญ ว่า สิทธิทางรัฐธรรมนูญให้ตีความสอดคล้องตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่รัฐได้ให้ สัตยาบันแล้ว



## รายการอ้างอิง

### หนังสือ

- กุลพล พลวัน. สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.
- จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- จรัญ โฆษณานันท์. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 2 : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- ปกป้อง ศรีสนิท. คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ประจักษ์ ก้องกีรติ. ประชาธิปไตยในยุคเปลี่ยนผ่าน. นนทบุรี : สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2558.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- วิชัย ศรีรัตน์ ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล และทศพล ทรรศนกุลพันธ์. ศัพท์สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2555.
- หลวงอรรถปรีชาชนูปการ. คำบรรยายกฎหมายลักษณะอาญา ภาคสอง. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2493.

## วิทยานิพนธ์

ไชยรัตน์ ปาวะกะนันท์. “ข้อพิจารณาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนิรโทษกรรม : ศึกษากรณี นิรโทษกรรมความผิดที่มีลักษณะทางการเมือง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ศรายุทธ ทอนโพธิ์. “การนิรโทษกรรมทางภาษีอากร.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

สุรพล คงลาภ. “นิรโทษกรรม : ศึกษาเงื่อนไขและผลทางกฎหมาย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

## บทความวารสาร

กฤฏีกา ทองเพชร. “การเริ่มมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 39. (ธันวาคม 2553) : 822 – 844.

กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมาย. “หลักนิติรัฐกับการตรากฎหมายนิรโทษกรรม.” บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการของ รศ. ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. จุลนิติ. (พฤศจิกายน – ธันวาคม 2552) : 1 - 15.

กิตติศักดิ์ ปรกิตติ. “พระราชกำหนดนิรโทษกรรม ยกเว้นความผิดแก่ทหารตำรวจที่มาประชาชนจริงหรือ?” รพีสาร. ฉบับพิเศษ. (สิงหาคม 2536) : 106 - 116.

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. “ถอดความการประชุมเรื่องคำวินิจฉัยคดีนิรโทษกรรม.” รพีสาร. ฉบับพิเศษ. (สิงหาคม 2536) : 133 – 164.

ณวัฒน์ ศรีปัดดา. “ลักษณะบางประการเกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศไทย.” วารสารสถาบันพระปกเกล้า. ฉบับที่ 1. ปีที่ 11. (มกราคม-เมษายน 2556) : 57 – 90.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับ “พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535”.” รพีสาร. ฉบับพิเศษ. (สิงหาคม 2536) : 96 - 105.

## สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ณรงค์เดช สุรโฆษิต. “หมายเหตุท้ายคดีรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่.”

<http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1713>, 5 มกราคม 2560.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และ ปิยะบุตร แสงกนกกุล. “การทำลายกฎหมายและคำพิพากษา ในระบอบเผด็จการ และการไม่ยอมรับรัฐประหารในนานาอารยประเทศ.”

<https://prachatai.org/journal/2012/04/39967>, 23 กุมภาพันธ์ 2559.

<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

<http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/catt.pdf>

## เอกสารอื่น ๆ

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ทหหรือปัญหาการจ่ายเงินเดือนของ พ.ต.ท.มานะ จารักษ์ เรื่องเสร็จที่ 315/2524

## Books

Allan Brewer-Carias. Constitutional Courts as Positive Legislators : A Comparative Law Study. New York : Cambridge University Press, 2013.

\_\_\_\_\_. Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. New York : Cambridge University Press, 2009.

Andreas O'Shea. Amnesty for Crime in International Law and Practice. The Hague : Kluwer Law International, 2002.

Bryan A. Garner. ed. Black's Law Dictionary. 9 th ed. USA : Thomson Reuters, 2009.

Dinah Shelton. Remedies in International Human Rights Law. New York : Oxford University Press, 2000.

Faustin Z. Ntoubandi. Amnesty for Crimes against Humanity under International Law. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

- Gib van Ert. "Canada." in The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : A Comparative Study. ed. David Sloss. New York : Cambridge University Press, 2009.
- Louise Mallinder. Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide. Oxford : Hart Publishing, 2008.
- Mark Freeman. Necessary Evils : Amnesties and the Search for Justice. New York : Cambridge University Press, 2011.
- Michael P. Van Alstine. "The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : Summary and Conclusions." in The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : A Comparative Study. ed. David Sloss. New York : Cambridge University Press, 2009.
- Nihal Jayawickrama. "India." in The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : A Comparative Study. ed. David Sloss. New York : Cambridge University Press, 2009.
- Par Engstrom and Gabriel Pereira. "From Amnesty to Accountability : The Ebb and Flow in the Search for Justice in Argentina." in Amnesty in the age of Human Rights Accountability : Comparative and International Perspectives. ed. Francesca Lessa and Leigh A. Payne. New York : Cambridge University Press, 2012.

## Theses

- Phenyo Tshenolo Keiseng Rakate. "The Duty to Prosecute and the Status of Amnesties Granted for Gross and Systematic Human Rights Violations in International Law : Towards a Balanced Approach Model." Ph.D. dissertation, University of South Africa, 2004.

## Articles

- Alberto T. Muyot. "Amnesty in the Philippines : the Legal Concept as a Political Tool." Philippine Law Journal 69. (1994) : 51 - 95.
- Anja Seibert-Fohr. "The Fight against Impunity under the International Covenant on Civil and Political Rights." Max Planck Yearbook of United Nations Law 6. (2002) : 301 - 344.
- Charles P. Trumbull IV. "Giving Amnesties a Second Chance." Berkeley Journal of International Law 25. (2007) : 283 - 345.
- Christine A.E. Bakker. "A Full Stop to Amnesty in Argentina : The Simón Case." Journal of International Criminal Justice. (2005) : 1106 - 1120.
- Diego García-Sayán. "The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America." Texas Law Review 89. (2011) : 1835 - 1862.
- Fannie Lafontaine. "No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances : The Sandoval Case before the Supreme Court of Chile." Journal of International Criminal Justice. (2005) : 469 - 484.
- Gerald L. Neuman. "Human Rights and Constitutional Rights : Harmony and Dissonance." Stanford Law Review 55. (2003) : 1863 - 1900.
- Harrop A. Freeman. "An Historical Justification and Legal Basis for Amnesty Today." Law and the Social Order. (1971) : 515 - 534.
- Kieran McEvoy and Louise Mallinder. "Amnesties in Transition : Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy." Journal of Law and Society 39. (September 2012) : 410 - 440.
- Martin Kellner. "Tax Amnesty 2004/2005 – An Appropriate Revenue Tool?." German Law Journal. (2004) : 339 - 346.
- Michael P. Scharf. "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court." Cornell International Law Journal 32. (1999) : 507 - 527.
- Noami Roht-Arriaza and Lauren Gibson. "The Development Jurisprudence on Amnesty." Human Rights Quarterly Volume 20. (1998) : 843 - 885.

René Lévy. "Pardons and Amnesties as Policy Instruments in Contemporary France." Crime and Justice 36. (2007) : 551 - 590.

Ronald C. Slye. "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law : Is a Legitimate Amnesty Possible?." Virginia Journal of International Law 43. (2002) : 174 - 247.

William W. Burke-White. "Reframing Impunity : Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation." Harvard International Law Journal 42. (2001) : 467 - 533.

### Electronic Media

<https://www.constituteproject.org>

European Court of Human Rights. "Expert Opinion on International Standards Relating to the Duty to Investigate, and the Impermissibility of Amnesty of Prescription, in Relation to Crimes Against Humanity." [http://www.interights.org/userfiles/Annex\\_1\\_Impunity\\_filed.pdf](http://www.interights.org/userfiles/Annex_1_Impunity_filed.pdf), September 30, 2015.

Josepha Close. "Amnesty Provisions in Constitutions of the World : A Comparative Analysis." <https://aninternationallawblog.wordpress.com/2015/01/05/amnesty-provisions-in-the-constitutions-of-the-world-a-comparative-analysis/>, October 2, 2015.

Louise Mallinder. "Peacebuilding, The Rule of Law and The Duty to Prosecute : What Role Remains for Amnesties?." [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1916067](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1916067), March 10, 2015.

United Nations, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. "Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States Amnesties." [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_en.pdf), March 10, 2015.

ภาคผนวก



## ภาคผนวก ก

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นักเรียน นักศึกษาและประชาชน ซึ่งกระทำ  
ความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวน เมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2516 พ.ศ. 2516

## ฉบับพิเศษ หน้า ๑

เล่ม ๕๐ ตอนที่ ๑๔๕ ราชกิจจานุเบกษา ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๑๖



## พระราชบัญญัติ

นิรโทษกรรมแก่นักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน

ซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวน

เมื่อวันที่ ๑๓ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๖

พ.ศ. ๒๕๑๖

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๑๖ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๖

เป็นปีที่ ๒๘ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มี  
พระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่การเดินขบวนของนักเรียน นิสิต นักศึกษาและ  
ประชาชน เมื่อวันที่ ๑๓ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๖ ได้มีการกระทำ

## ฉบับพิเศษ หน้า ๒

เล่ม ๕๐ ตอนที่ ๑๔๕ ราชกิจจานุเบกษา ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๑๖

ที่เป็นความผิดและเป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคล และความเสียหายแก่ทรัพย์สินเกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวน และความไม่เข้าใจซึ่งกันและกันระหว่างนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน กับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล สำหรับการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลนั้น เมื่อได้กระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอยู่แล้ว ส่วนการกระทำของนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชนมิได้รับการคุ้มครองดังกล่าว แต่เมื่อได้คำนึงถึงว่าการกระทำนั้นได้กระทำไปโดยปรารถนาจะให้มีรัฐธรรมนูญและการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขให้รวดเร็วยิ่งขึ้น จึงสมควรให้มีนิรโทษกรรมแก่บรรดานักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการกระทำดังกล่าว

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน ซึ่ง

## ฉบับพิเศษ หน้า ๓

เล่ม ๕๐ ตอนที่ ๑๔๕ ราชกิจจานุเบกษา ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๑๖

กระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวนเมื่อวันที่ ๑๓ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๖ พ.ศ. ๒๕๑๖”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน ที่เกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวน เมื่อวันที่ ๑๓ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๖ และได้กระทำในระหว่าง วันที่ ๘ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๖ ถึงวันที่ ๑๕ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๖ ไม่ว่ากระทำในฐานะเป็นตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำหรือ ผู้ถูกใช้ หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง

มาตรา ๔ ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

สัญญา ธรรมศักดิ์

นายกรัฐมนตรี

## ฉบับพิเศษ หน้า ๔

เล่ม ๕๐ ตอนที่ ๑๔๕ ราชกิจจานุเบกษา ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๑๖

หมายเหตุ :— เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ การเดินขบวนของนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน เมื่อวันที่ ๑๓ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๖ ได้มีการกระทำที่เป็นความผิดและเป็นอันตรายต่อ ชีวิตและร่างกายของบุคคล และความเสียหายแก่ทรัพย์สินเกี่ยวเนื่องกับ การเดินขบวน และความไม่เข้าใจซึ่งกันและกันระหว่างนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน กับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล สำหรับการกระทำ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลนั้น เมื่อได้กระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอยู่แล้ว ส่วนการกระทำของนักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน มิได้รับการคุ้มครองดังกล่าว แต่เมื่อ ได้คำนึงถึงว่าการกระทำนั้นได้กระทำไปโดยปรารถนาจะให้มียุทธธรรมบุญ และการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขให้รวดเร็วยิ่งขึ้น สมควรให้มี นิรโทษกรรมแก่บรรดานักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชน ซึ่งเกี่ยว เนื่องกับการกระทำความผิดดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น

## ภาคผนวก ข

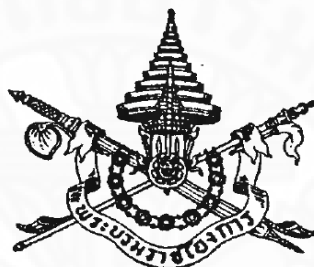
พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมใน  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ระหว่างวันที่ 4 ถึงวันที่ 6 ตุลาคม 2519 พ.ศ. 2521

ฉบับพิเศษ หน้า ๑

เล่ม ๕๕ ตอนที่ ๕๖

ราชกิจจานุเบกษา

๑๖ กันยายน ๒๕๒๑



พระราชบัญญัติ  
นิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุม  
ในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
ระหว่างวันที่ ๔ ถึงวันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๑๙  
พ.ศ. ๒๕๒๑

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๑๕ กันยายน พ.ศ. ๒๕๒๑

เป็นปีที่ ๓๓ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรม  
ราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่ได้พิจารณาเห็นว่าการพิจารณาคดีเนื่องในการชุมนุมในมหา  
วิทยาลัยธรรมศาสตร์ ระหว่างวันที่ ๔ ถึงวันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๑๙ นั้น  
ได้ล่วงเลยมานานพอสมควรแล้ว และมีท่าทีว่าจะยืดเยื้อต่อไปอีกนาน  
ถ้าจะดำเนินคดีต่อไปจนเสร็จสิ้นก็จะทำให้จำเลยต้องเสียอนาคตในทาง  
การศึกษาและการประกอบอาชีพยิ่งขึ้น และเมื่อคำนึงถึงว่าการชุมนุม

## ฉบับพิเศษ หน้า ๒

เล่ม ๕๕ ตอนที่ ๕๖ ราชกิจจานุเบกษา ๑๖ กันยายน ๒๕๒๑

ดังกล่าวก็ดี การกระทำอันเป็นความผิดทั้งหลายทั้งปวงก็ดี เกิดขึ้นเนื่องจากความไม่เข้าใจในสถานการณ์ที่แท้จริงเพราะเหตุแห่งความเขว้ว้ยและการขาดประสบการณ์ของผู้กระทำความผิด ประกอบกับรัฐบาลมีความประสงค์อย่างแน่วแน่ที่จะให้เกิดความสามัคคีในระหว่างชนในชาติ จึงเป็นการสมควรให้อภัยการกระทำดังกล่าวนั้น เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดทั้งหลายได้กลับใจและผู้ที่หลบหนีไปได้ประพฤติปฏิบัติตนในทางที่ถูกที่ควร และกลับมาร่วมกันทำคุณประโยชน์ และช่วยกันจรรโลงประเทศชาติให้เจริญรุ่งเรืองต่อไป

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ระหว่างวันที่ ๔ ถึงวันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๑๕ พ.ศ. ๒๕๒๑”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของบุคคลใด ๆ ที่เกิดขึ้นในหรือเกี่ยวเนื่องกับการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ระหว่างวันที่ ๔ ถึงวันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๑๕ และได้กระทำในระหว่างวันที่ ๔ ถึงวันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๑๕ ไม่ว่าจะได้กระทำในหรือนอกมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และไม่ว่ากระทำในฐานะเป็นตำรวจ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ หากการกระทำนั้นผิดกฎหมาย ก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง

## ฉบับพิเศษ หน้า ๓

เล่ม ๕๕ ตอนที่ ๕๑ ราชกิจจานุเบกษา ๑๖ กันยายน ๒๕๒๑

มาตรา ๔ ให้ศาลทหารกรุงเทพดำเนินการปล่อยตัวจำเลยทั้งหมด  
ซึ่งถูกฟ้องในคดีหมายเลขดำที่ ๒๕๓ ก/๒๕๒๐ ของศาลทหารกรุงเทพ  
(ใช้กฎ ๖ ต.ก. ๑๕) และให้ศาลอาญาดำเนินการปล่อยตัวจำเลยทั้งหมด  
ซึ่งถูกฟ้องในคดีหมายเลขดำที่ ๔๔๑๘/๒๕๒๐ ของศาลอาญา

บรรดาการกระทำที่เป็นเหตุให้จำเลยถูกฟ้องในคดีตามวรรคหนึ่ง  
ถ้ามิได้รับนิรโทษกรรมตามมาตรา ๓ และการกระทำนั้นผิดกฎหมาย ก็ให้  
จำเลยพ้นจากความผิดและความรับผิดด้วย

มาตรา ๕ การนิรโทษกรรมตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ก่อให้เกิด  
สิทธิแก่ผู้ได้รับนิรโทษกรรมในอันที่จะฟ้องเรียกสิทธิหรือประโยชน์  
ใด ๆ ทั้งสิ้น

มาตรา ๖ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการ  
กระทรวงมหาดไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตาม  
พระราชบัญญัตินี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ  
พลเอก เกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์  
นายกรัฐมนตรี

## ฉบับพิเศษ หน้า ๔

เล่ม ๕๕ ตอนที่ ๕๑ ราชกิจจานุเบกษา ๑๖ กันยายน ๒๕๒๑

หมายเหตุ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่รัฐบาลได้พิจารณาเห็นว่า การพิจารณาคดีเนื่องในการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ระหว่างวันที่ ๔ ถึงวันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๑๕ นั้น ได้ล่วงเลยมานานพอสมควรแล้วและมีท่าทีว่าจะยืดเยื้อต่อไปอีกนาน ถ้าจะดำเนินคดีต่อไปจนเสร็จสิ้นก็จะทำให้จำเลยต้องเสียอนาคตในทางการศึกษาและการประกอบอาชีพยิ่งขึ้น และเมื่อคำนึงถึงว่าการชุมนุมดังกล่าวก็เกิดจากการทำอันเป็นความผิดทั้งหลายทั้งปวงก็เกิดขึ้นเนื่องจากความไม่เข้าใจในสถานการณ์แท้จริงเพราะเหตุแห่งความเขว้ว้ย และการขาดประสบการณ์ของผู้กระทำความผิด ประกอบกับรัฐบาลมีความประสงค์อย่างแน่วแน่ที่จะให้เกิดความสามัคคีในระหว่างชนในชาติ จึงเป็นการสมควรให้อภัยการกระทำดังกล่าวนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดทั้งหลายที่กำลังถูกดำเนินคดีอยู่และผู้ทั้งหลายหนีไปได้ประพฤติปฏิบัติตนในทางที่ถูกที่ควร และกลับมาร่วมกันทำคุณประโยชน์และช่วยกันจรรโลงประเทศชาติให้เจริญรุ่งเรืองต่อไป จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

## ภาคผนวก ค

พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่าง  
วันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535

หน้า ๑

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๖๓

ราชกิจจานุเบกษา

๒๓ พฤษภาคม ๒๕๓๕



## พระราชกำหนด

นิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน

ระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕  
พ.ศ. ๒๕๓๕

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๒๓ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕

เป็นปีที่ ๔๗ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ  
ให้ประกาศว่า

โดยที่ได้มีประชาชนชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึง  
วันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ และเหตุการณ์ได้ลุกลามจนมีการกระทำที่เป็นความผิด  
และเป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลและเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน รวมตลอด  
ทั้งมีการปะทะกันระหว่างผู้ชุมนุมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เมื่อได้คำนึงถึงว่าการกระทำนั้นได้  
ริเริ่มจากความปรารถนาที่จะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญอันเป็นสิทธิที่ประชาชนพึงกระทำได้  
ประกอบกับเพื่อให้เหตุการณ์เกิดความสงบและเกิดความสามัคคีแก่คนในชาติขึ้นโดยเร็ว จึง  
สมควรให้มีนิรโทษกรรมแก่บุคคลที่ได้กระทำหรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำดังกล่าว

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๗๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึง  
ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกำหนดขึ้นไว้ ดังต่อไปนี้

## หน้า ๒

เล่ม ๑๐๘ ตอนที่ ๖๓

ราชกิจจานุเบกษา

๒๑ พฤษภาคม ๒๕๓๕

มาตรา ๑ พระราชกำหนดนี้เรียกว่า “พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ พ.ศ. ๒๕๓๕”

มาตรา ๒ พระราชกำหนดนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ และได้กระทำในระหว่างวันดังกล่าวไม่ว่าได้กระทำในฐานะเป็นตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมายก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิด และความรับผิดโดยสิ้นเชิง

มาตรา ๔ ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชกำหนดนี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

พลเอก สุจินดา คราประยูร

นายกรัฐมนตรี

## หน้า ๓

เล่ม ๑๐๘ ตอนที่ ๖๓

ราชกิจจานุเบกษา

๒๓ พฤษภาคม ๒๕๓๕

หมายเหตุ:- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ โดยที่ได้มีประชาชนชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ และเหตุการณ์ได้ลุกลามจนมีการกระทำที่เป็นความผิดและเกิดอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคล ทั้งยังเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินรวมตลอดทั้งการปะทะกันระหว่างผู้ชุมนุมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เมื่อได้คำนึงถึงว่า การกระทำนั้นได้ริเริ่มจากความปรารถนาที่จะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญอันเป็นสิทธิที่ประชาชนพึงกระทำได้ ประกอบกับเพื่อให้เหตุการณ์สงบโดยรวดเร็ว และเกิดความสามัคคีระหว่างคนในชาติ จึงสมควรให้มีนิรโทษกรรมแก่บุคคลที่ได้กระทำหรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำความผิดดังกล่าว และโดยที่ในขณะนี้ได้มีการจับกุมบุคคลเป็นจำนวนมากมาควบคุมตัวไว้แม้บางส่วนจะได้มีการปล่อยตัวชั่วคราวไปแล้ว แต่อีกส่วนหนึ่งต้องถูกควบคุมตัวอยู่ อันยังผลให้เกิดความเคียดแค้นขึ้นในหมู่ประชาชน และจะนำไปสู่ความไม่พอใจและชุมนุมต่อต้านขึ้นอีกได้ กรณีจึงเป็นการฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดฉบับนี้

## ภาคผนวก ง

## คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2535

หน้า ๒

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๖๘

ราชกิจจานุเบกษา

๑๐ มิถุนายน ๒๕๓๕

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ  
ที่ ๑/๒๕๓๕

พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ และคณะ รวม ๑๔๐ คน (ตามบัญชีรายชื่อท้ายคำวินิจฉัยนี้)

ผู้เสนอความเห็น

เรื่อง พระราชกำหนดที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ด้วยประธานรัฐสภาได้ส่งความเห็นของ พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ และคณะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม ๑๔๐ คน ตามบัญชีรายชื่อท้ายคำวินิจฉัยนี้ ซึ่งได้เข้าชื่อเสนอความเห็นในนามของสมาชิกสภาต่อประธานรัฐสภาว่า พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๑๗๒ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ตามที่อ้างแต่อย่างใด มายังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามมาตรา ๑๗๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาเรื่องนี้แล้วเห็นว่า การเสนอความเห็นดังกล่าวให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนี้ แม้จะมีปัญหาอยู่บ้างในเรื่องของวิธีการเสนอ แต่เมื่อประธานรัฐสภาได้ส่งความเห็นมายังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าความเห็นของผู้เสนอควรที่จะได้รับการพิจารณาต่อไป

สำหรับความเห็นของผู้เสนอที่ว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ พ.ศ. ๒๕๓๕ ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๗๒ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้นั้น โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา ๑๗๒ บัญญัติเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติโดยแยกความออกเป็นสองวรรค คือ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้” และวรรคสอง บัญญัติว่า “การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะ

## หน้า ๓

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๖๘

ราชกิจจานุเบกษา

๑๐ มิถุนายน ๒๕๓๕

เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้” คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า ตามความเห็นของผู้เสนอตั้งกล่าวมีความประสงค์จะให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การตราพระราชกำหนดนี้ไม่ใช่เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๗๒ วรรคสอง

ปัญหาที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยก็คือ ผู้เสนอความเห็นจะเสนอความเห็นให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การตราพระราชกำหนดดังกล่าวนี้ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๗๒ วรรคสองได้หรือไม่ ในปัญหานี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๗๓ บัญญัติว่า

“มาตรา ๑๗๓ ก่อนที่วุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรจะได้อนุมัติ พระราชกำหนดใดตาม มาตรา ๑๗๒ วรรคสาม สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภามีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่ง และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแจ้งคำวินิจฉัยนั้นไปยังประธานแห่งสภาที่ส่งความเห็นนั้นมา

เมื่อประธานวุฒิสภาหรือประธานสภาผู้แทนราษฎรได้รับความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รอการพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาแต่ต้น

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่ง ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งหมด”

ตามบทบัญญัติของมาตรา ๑๗๓ วรรคหนึ่ง จะเห็นได้ว่า กรณีที่สมาชิกวุฒิสภาก็ดี หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็ดี จะมีสิทธิเสนอความเห็นว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จะต้องเป็นกรณีที่พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของ มาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่ง เท่านั้น กล่าวคือ พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอความเห็นให้คณะ

## หน้า ๔

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๖๘

ราชกิจจานุเบกษา

๑๐ มิถุนายน ๒๕๓๕

ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนอกเหนือจากกรณีเงื่อนไขตามมาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่ง ไม่ได้

อาศัยเหตุผลดังได้พิจารณาма คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๗๓ มิได้ให้สิทธิผู้เสนอความเห็นที่จะเสนอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การตราพระราชกำหนดดังกล่าวไม่เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา ๑๗๒ วรรคสอง

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

วันที่ ๓ มิถุนายน ๒๕๓๕

นายอาทิตย์ อุไรรัตน์

ประธานสภาผู้แทนราษฎร

ทำหน้าที่ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

นายสวัสดิ์ โชติพานิช

ประธานศาลฎีกา

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

นายโกเมน ภัทรภิรมย์

อัยการสูงสุด

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

นายบุญชนะ อัคราการ

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

พลโท สมิง ไตลังคะ

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

นายโอวาท สุทธิวาทนฤพุฒิ

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

นายบัญญัติ สุชีวะ

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

นายมงคล เปาอินทร์

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

นายสุธี อากาศฤกษ์

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

## หน้า ๕

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๖๘

ราชกิจจานุเบกษา

๑๐ มิถุนายน ๒๕๓๕

บัญชีรายชื่อผู้เสนอความเห็น

- |                             |                               |
|-----------------------------|-------------------------------|
| ๑ พลเอก ขวาลิต ขงใจยุทธ     | ๒๗ นายศิริศักดิ์ อ่อนละมัย    |
| ๒ นายชวน หลีกภัย            | ๒๘ นายสุชาติ แก้วนาโพธิ์      |
| ๓ นายพิศาล มุลศาสตราสาร     | ๒๙ นายนิพนธ์ บุญญามณี         |
| ๔ นายบัญญัติ บรรทัดฐาน      | ๓๐ คุณหญิงสุพัตรา มาศดิตถ์    |
| ๕ พลตรี สนั่น ขจรประศาสน์   | ๓๑ นายนิพนธ์ พร้อมพันธุ์      |
| ๖ นายประจวบ ไชยสาส์น        | ๓๒ นายไฉรงค์ สุวรรณศิริ       |
| ๗ พลเรือเอก ศิริ ศิริรังษี  | ๓๓ นายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ     |
| ๘ นายเทอดพงษ์ ไชยนันทน์     | ๓๔ นายสัมพันธ์ ทองสมัคร       |
| ๙ นายสุรินทร์ พิศสุวรรณ     | ๓๕ นายวิเชียร กันฉ่อง         |
| ๑๐ นายจรินทร์ ลักษณวิศิษฎ์  | ๓๖ นายพิเชษฐ พันธุ์วิชาติกุล  |
| ๑๑ นายชินวรณ์ บุญยเกียรติ   | ๓๗ นายอาคม เองฉ้วน            |
| ๑๒ นายสุพัฒน์ ธรรมเพชร      | ๓๘ นายไชยศ จิระเมธากร         |
| ๑๓ นายนิพิฏฐ์ อินทรสมบัติ   | ๓๙ นายไสว พัฒโน               |
| ๑๔ นายณรงค์ มุ่นทอง         | ๔๐ นายณรงค์ นิยมไทย           |
| ๑๕ นายกฤษฎางค์ แก้วโสภณ     | ๔๑ นายสุทัศน์ ศรีรัตนพรรณ     |
| ๑๖ นายอภิชาติ ตีรสวัสดิ์ชัย | ๔๒ นายเฉลิมพล สนิทวงศ์ชัย     |
| ๑๗ นายวิฑูรย์ นามบุตร       | ๔๓ นายวีรเทพ สุวรรณสว่าง      |
| ๑๘ นายสุทัศน์ เงินหมื่น     | ๔๔ นายเฉลิมชัย เธิยสกุล       |
| ๑๙ นายไชยา พรหมา            | ๔๕ นายอรรถสิทธิ์ ทรัพย์สิทธิ์ |
| ๒๐ นายถาวร กาสมสัน          | ๔๖ นายสุชุม เล่าวันย์ศิริ     |
| ๒๑ นายประวิช นิธิวรรณ       | ๔๗ นายประสงค์ ศรีวัฒน์        |
| ๒๒ นายสุเทพ เทือกสุบรรณ     | ๔๘ นายเสริมศักดิ์ การัญญ      |
| ๒๓ นายปรีชา มุสิกกุล        | ๔๙ นายสุรศักดิ์ เทียมประเสริฐ |
| ๒๔ นายพรเทพ เดชะไพบลย์      | ๕๐ นายจรูญ กุวานนท์           |
| ๒๕ นายวิรัช ร่มเย็น         | ๕๑ นายสมศักดิ์ วรคามิน        |
| ๒๖ นายชุมพล กาญจนะ          | ๕๒ นาย मुख สุลิมาโน           |

## หน้า ๖

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๖๘

ราชกิจจานุเบกษา

๑๐ มิถุนายน ๒๕๓๕

- |                                 |                                  |
|---------------------------------|----------------------------------|
| ๕๓ นางกรรณกาญจน์ วิสมหมาย       | ๘๑ นายปัญญา จินตะเวช             |
| ๕๔ นายบุญขง วิสมหมาย            | ๘๒ นายวันมูหะมัดนอร์ มะทา        |
| ๕๕ นายสวัสดิ์ วงศ์กวี           | ๘๓ นายจิตร ชัยนิคม               |
| ๕๖ นายสังข์ทอง ศรีเรศ           | ๘๔ นายนัจมุดดีน อูมา             |
| ๕๗ นายฉัตรชัย เอียสกุล          | ๘๕ นายอารีเพ็ญ อุตรสินธุ์        |
| ๕๘ นายปริญญา เจตาคิวัฒน์        | ๘๖ นายยรรยง ร่วมพัฒนา            |
| ๕๙ นายเฉลิมชัย อุฬารกุล         | ๘๗ นายไพศาล ยิ่งสมาน             |
| ๖๐ นายเฉลิมยศ แสนวิเศษ          | ๘๘ นายไพจิต ศรีวรขาน             |
| ๖๑ นายบุญชู ศรีทอง              | ๘๙ พันตรี พูนศักดิ์ พสุนนท์      |
| ๖๒ พลเอก สนั่น เศวตเศรนี        | ๙๐ นายเสกสิทธิ์ ไวยนิยมพงศ์      |
| ๖๓ นายเด่น โต๊ะมีนา             | ๙๑ นายสุรวิทย์ คนสมบูรณ์         |
| ๖๔ นายเกียรติชัย ชัยเชาวรัตน์   | ๙๒ พันเอก สุชาติ จันทร์โชติกุล   |
| ๖๕ นายกริช กองเพชร              | ๙๓ นายพา อักษรเสือ               |
| ๖๖ นายบวร ภูจรีด                | ๙๔ นายอำนาจ ยศสุข                |
| ๖๗ นายสุรใจ ศิริบุพผ์           | ๙๕ นายคุ่น จินตะเวช              |
| ๖๘ พันตำรวจโท อุดลย์ บุญเสธรู   | ๙๖ นายวิชัย ชัยจิตวัฒนกุล        |
| ๖๙ นายธำรง พัฒนรัฐ              | ๙๗ นายสะเบต หลีหริ่ม             |
| ๗๐ นายสุธี ภูพานธุ์             | ๙๘ นายสุเทพ อัดถากร              |
| ๗๑ นายเทิดภูมิ ใจดี             | ๙๙ นายอุดมศิลป์ ศรีแสงนาม        |
| ๗๒ พลเอก พัฒน์ อัครนิบุตร       | ๑๐๐ พลเรือโท โรช วิถีภูมิประเทศ  |
| ๗๓ นายประสงค์ บุณย์พงศ์         | ๑๐๑ พลตรี ฤกษ์ดี ชาตอุทิศ        |
| ๗๔ นายสุพร ดนัยตั้งตระกูล       | ๑๐๒ นายถวิล จันทร์ประสงค์        |
| ๗๕ นายมนตรี คำนไพบูลย์          | ๑๐๓ นายสมพัฒน์ กัลยาวิชัย        |
| ๗๖ นายสมาน ชมภูเทพ              | ๑๐๔ นายเรืองวิทย์ คุณฤทธิสุรพจน์ |
| ๗๗ นายไพฑูรย์ แก้วทอง           | ๑๐๕ นายพีระพงศ์ ถนอมพงษ์พันธ์    |
| ๗๘ นายรัช สุรินทร์คำ            | ๑๐๖ นายไชยวัฒน์ ลินสูงวงศ์       |
| ๗๙ นายอิสสระ สมชัย              | ๑๐๗ นายปัญญา สดสวงศ์             |
| ๘๐ พันตำรวจโท สมชาย เพศประเสริฐ | ๑๐๘ นางเครือวัลย์ สมณะ           |

## หน้า ๗

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๖๘

ราชกิจจานุเบกษา

๑๐ มิถุนายน ๒๕๓๕

- |                              |                                  |
|------------------------------|----------------------------------|
| ๑๐๕ นายทินวัฒน์ มฤคพิทักษ์   | ๑๒๕ นายวิลาศ จันทรพิทักษ์        |
| ๑๑๐ นายประพันธ์ หุตะสิงห์    | ๑๒๖ นายเชียร มโนหรรทัด           |
| ๑๑๑ นายธำรงค์ แสงสุริยจันทร์ | ๑๒๗ นางสาวกุสุมา ศรสวรรณ         |
| ๑๑๒ นายแสวง ฤกษ์จรัล         | ๑๒๘ นายกระแส ชนะวงศ์             |
| ๑๑๓ นายสุทิน นพเกตุ          | ๑๒๙ นายสุรน ชื่นสมจิตต์          |
| ๑๑๔ นายอุดมเดช รัตนเสถียร    | ๑๓๐ นายจรศักดิ์ จินตานนท์        |
| ๑๑๕ นายธเนศร์ พรพิพัฒน์พงศ์  | ๑๓๑ นายเคชา สามารถ               |
| ๑๑๖ พลเรือเอก ดิลก ภัทรโกศล  | ๑๓๒ นายวิทยา วิเศษรัตน์          |
| ๑๑๗ นายสุธา ชันแสง           | ๑๓๓ นายสมุทร มงคลกิติ            |
| ๑๑๘ นางพิมพ์า จันทรประสงค์   | ๑๓๔ นายบุญชู ไรจนเสถียร          |
| ๑๑๙ พันเอก วินัย สมพงษ์      | ๑๓๕ นายอุทัย พิมพ์ใจชน           |
| ๑๒๐ พันเอก ชินวุธ สุนทรสีมะ  | ๑๓๖ นายประสิทธิ์ พิฑูรกิจจา      |
| ๑๒๑ นายถวิล ไพโรจน์          | ๑๓๗ นายเอกพร รักความสุข          |
| ๑๒๒ นายเสริม หล้าสุวรรณ      | ๑๓๘ นายธานี ศักดิ์เศรษฐ์         |
| ๑๒๓ นางสาวรัตน์ เกษราพันธุ์  | ๑๓๙ นางสาวเสาวลักษณ์ สุริยาทิพย์ |
| ๑๒๔ นายอาจอง ชุมสาย ณ อยุธยา | ๑๔๐ นายวัชรินทร์ เกตะวันดี       |

ภาคผนวก จ  
คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2/2535

หน้า ๒๒  
เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๘๑      ราชกิจจานุเบกษา      ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๓๕

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ  
ที่ ๒/๒๕๓๕

พลเอก พลเรือเอก พลอากาศเอก และคณะ รวม ๑๕๔ คน (ตามบัญชีรายชื่อท้ายคำวินิจฉัยนี้) ผู้เสนอความเห็นเรื่อง พระราชกำหนดไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ด้วย พลเอก พลเรือเอก พลอากาศเอก และคณะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม ๑๕๔ คน ได้เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ตามความเห็นลงวันที่ ๘ มิถุนายน ๒๕๓๕ ว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ พ.ศ. ๒๕๓๕ ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ มาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่ง กล่าวคือไม่เป็นประโยชน์แก่การรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ทั้งคณะรัฐมนตรีก็ได้ประชุมปรึกษาหารือกันว่า การออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมนี้เป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่งหรือไม่ เพียงแต่ออกหนังสือเวียนแทนการเรียกประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติ ประธานสภาผู้แทนราษฎรได้ส่งความเห็นดังกล่าวมายังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

ในระหว่างการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความเห็นดังกล่าว ปรากฏว่าได้มีพระราชกฤษฎีกาให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ จึงมีปัญหาว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจวินิจฉัยความเห็นนั้นต่อไปได้หรือไม่ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีความอำนาจวินิจฉัยต่อไปได้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาความเห็นของพลเอก พลเรือเอก พลอากาศเอก และคณะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ประกอบกับเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้แล้วปัญหาว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ พ.ศ. ๒๕๓๕ ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ มาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่งหรือไม่นั้น ข้อเท็จจริงได้ความว่า ได้มีประชาชนชุมนุมกันตั้งแต่วันที่ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๓๕ เพื่อเรียกร้องให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และเหตุการณ์ได้ลุกลามรุนแรงขึ้นจนเกิดการปะทะกันระหว่างผู้ชุมนุมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและชีวิตของบุคคลเป็นจำนวนมาก และเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินทั้งของรัฐและเอกชนอีกไม่น้อย นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเขตกรุงเทพมหานคร จังหวัดสมุทรปราการ จังหวัดนนทบุรี จังหวัดปทุมธานี และจังหวัดสมุทรสาคร ตั้งแต่วันที่ ๑๘ พฤษภาคม

## หน้า ๒๓

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๘๑

ราชกิจจานุเบกษา

๒๘ กรกฎาคม ๒๕๓๕

๒๕๓๕ เวลา ๐๐.๓๐ นาฬิกา ในวันเดียวกันนั้นได้มีประกาศห้ามมิให้ชุมนุมหรือมั่วสุมกันอันมิใช่ปกติ  
 ธุระ ณ ที่ใด ๆ ตั้งแต่ ๑๐ คนขึ้นไปในท้องที่ดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่  
 มีประกาศห้ามมิให้หนังสือพิมพ์หรือสิ่งตีพิมพ์ตามกฎหมายว่าด้วยการพิมพ์ กระทำการโฆษณาหรือ  
 พิมพ์เอกสารใด ๆ ซึ่งมีข้อความกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยแห่งราชอาณาจักร  
 หรือเป็นการก่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ต่อมาวันที่ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๓๕ มีประกาศ  
 ห้ามมิให้ประชาชนในเขตท้องที่กรุงเทพมหานครออกนอกเคสสถานระหว่างเวลา ๒๑.๐๐ - ๐๔.๐๐  
 นาฬิกาของวันรุ่งขึ้น เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ มีการจับกุมประชาชนเป็นจำนวน  
 มากรวมทั้งพลตรี จำลอง ศรีเมือง ด้วย ในคืนวันที่ ๒๐ พฤษภาคมนั้นเอง เวลา ๒๑.๓๐ นาฬิกา  
 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้พลเอก สุจินดา คราประยูร นายกรัฐมนตรี  
 และพลตรี จำลอง ศรีเมือง เข้าเฝ้า และพระราชทานกระแสพระราชดำริให้บุคคลทั้งสองไม่เผชิญหน้า  
 แต่หันหน้าเข้าหากัน ให้ช่วยกันแก้ปัญหาความรุนแรงที่เกิดขึ้น หลังจากเข้าเฝ้าแล้ว พลเอก สุจินดา  
 คราประยูร และพลตรี จำลอง ศรีเมือง ได้แถลงทางสถานีโทรทัศน์รวมการเฉพาะกิจฯ โดยพลเอก สุจินดา  
 คราประยูร แถลงว่าทางรัฐบาลตลอดทั้งเจ้าหน้าที่บ้านเมืองพร้อมที่จะให้ความร่วมมือร่วมใจในการ  
 แก้ปัญหาเพื่อให้เกิดความสงบสุขแก่ประชาชนชาวไทย จะอนุญาตให้พลตรี จำลอง ศรีเมือง กลับบ้าน  
 ทันที ส่วนผู้ที่ร่วมชุมนุมกันด้วยความบริสุทธิ์ใจ ทางรัฐบาลจะได้พิจารณาออกกฎหมายนิรโทษกรรม  
 ให้ต่อไป และยินดีสนับสนุนให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยเร็ว ส่วนพลตรี จำลอง ศรีเมือง แถลงขอให้  
 ประชาชนอย่าให้การสนับสนุนหรือรู้เห็นเป็นใจกับผู้ที่ยังก่อความวุ่นวายอยู่ในขณะนั้น เพื่อให้สถานการณ์  
 ต่าง ๆ เข้าสู่ภาวะปกติโดยเร็วที่สุด ในวันที่ ๒๑ พฤษภาคม ๒๕๓๕ ได้มีประกาศยกเลิกประกาศห้าม  
 มิให้บุคคลใดในเขตกรุงเทพมหานครออกนอกเคสสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยให้เหตุผลว่า  
 เนื่องจากสถานการณ์ได้คลี่คลายลงแล้ว

ในวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๓๕ นายกรัฐมนตรีเห็นว่าการนิรโทษกรรมควรออกเป็นพระราช  
 กำหนดแทนพระราชบัญญัติ และให้นิรโทษกรรมแก่ทุกฝ่ายโดยไม่มีข้อยกเว้น โดยให้ดำเนินการเป็น  
 การด่วน อันจะเป็นการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะได้ส่วนหนึ่ง และการเรียกประชุมคณะรัฐมนตรีช่วง  
 นั้นคงกระทำไม่ได้ยาก จึงให้ขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี โดยมีหนังสือแจ้งเวียนคณะรัฐมนตรี  
 เป็นวาระทักท้วง เลขที่การคณะรัฐมนตรีจึงได้ออกหนังสือในเย็นวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๓๕ ถึง  
 รองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีทุกท่าน ให้พิจารณาร่างพระราชกำหนดดังกล่าว หากไม่ทักท้วงภายใน  
 เวลา ๑๒.๐๐ นาฬิกาของวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๓๕ ถือว่าคณะรัฐมนตรีเห็นชอบมีเพียงรองนาย  
 กรัฐมนตรี ๑ นาย และรัฐมนตรีบางนายเท่านั้นที่ไม่เห็นด้วยกับการออกพระราชกำหนดนี้ จึงมีการ

ดำเนินการออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้เมื่อวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๓๕ และประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันเดียวกัน

วันที่ ๒๖ พฤษภาคม ๒๕๓๕ นายมีชัย ฤชุพันธุ์ รองนายกรัฐมนตรี รักษาการแทนนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ได้ประกาศยกเลิกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่ได้ประกาศเมื่อวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๓๕

พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ และคณะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มีความเห็นว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ พ.ศ. ๒๕๓๕ ไม่เป็นประโยชน์แก่การรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณะเพราะประเทศมิได้ตกอยู่ในสภาวะสงครามไม่มีภัยอันตรายต่อความปลอดภัยสาธารณะหรือเกิดภัยพิบัติสาธารณะ การที่ประชาชนยังมีความเกลียดแค้นอันจะนำไปสู่ความไม่พอใจและชุมนุมต่อต้านขึ้นอีกจนเป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองนั้น มิได้เกิดจากการที่บุคคลจำนวนมากถูกจับกุมและถูกควบคุมตัว หากเกิดจากการที่ญาติมิตรถูกเจ้าหน้าที่ทำร้ายด้วยอาวุธสงคราม การออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมการกระทำผิดให้ครอบคลุมไปถึงเจ้าหน้าที่ที่ทำร้ายและนำประชาชนด้วยนั้น นอกจากจะไม่เป็นมาตรการที่จะระงับความไม่สงบเรียบร้อยได้แล้ว ยังจะเป็นเหตุให้ประชาชนเกลียดแค้นและชิงชังรัฐบาลและเจ้าหน้าที่รุนแรงขึ้นไปอีก

สำหรับความเห็นดังกล่าว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ มาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้” ปัญหาว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมดังกล่าวได้ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ หรือไม่นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม ๒๕๓๕ ซึ่งมีการชุมนุมของประชาชนเป็นจำนวนมากเพื่อเรียกร้องให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว ปรากฏว่ามีการปะทะกันขึ้นระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับผู้ชุมนุมจนมีผู้ได้รับอันตรายแก่กายและเสียชีวิตเป็นจำนวนมาก ทั้งทรัพย์สินของทางราชการและประชาชนก็เสียหายเป็นจำนวนไม่น้อย และความรุนแรง

หน้า ๒๕

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๘๑      ราชกิจจานุเบกษา      ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๓๕

ของการปะทะกันดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล จนต้องมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเขตกรุงเทพมหานคร จังหวัดสมุทรปราการ จังหวัดนนทบุรี จังหวัดปทุมธานี และจังหวัดสมุทรสาคร มีประกาศห้ามมิให้ชุมนุมหรือมั่วสุมกันอันมิใช่ปกติธุระ หน้าที่ใด ๆ ตั้งแต่ ๑๐ คนขึ้นไปในท้องที่ดังกล่าว มีประกาศห้ามหนังสือพิมพ์หรือสิ่งตีพิมพ์มิให้โฆษณา หรือพิมพ์เอกสารใด ๆ ซึ่งมีข้อความกระแทกกระเทือนต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยแห่งราชอาณาจักร หรือเป็นการก่อความวุ่นวายของประชาชน และมีประกาศห้ามประชาชนใน กรุงเทพมหานครมิให้ออกนอกเคสสถานระหว่างเวลา ๒๑.๐๐ - ๐๔.๐๐ นาฬิกาของวันรุ่งขึ้น มีการจับกุมบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการก่อความไม่สงบ ปรากฏตามหลักฐานของกรมตำรวจว่ามี จำนวนถึง ๓,๕๒๗ คน ในข้อหาต่าง ๆ กัน เช่นร่วมกันกระทำการเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใน กฎหมายหรือรัฐบาลเพื่อให้เกิดการปั่นป่วนในหมู่ประชาชน มั่วสุมกันตั้งแต่ ๑๐ คนขึ้นไปโดยใช้กำลัง ประทุษร้าย ก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมือง ร่วมกันวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นทำให้เสียหาย ทำลาย หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินที่ใช้หรือมิใช่เพื่อสาธารณประโยชน์ ลักทรัพย์หรือรับของโจร แต่เมื่อสอบสวนแล้วปรากฏว่ามีผู้มิได้กระทำความผิดและได้ปล่อยตัวไปเป็นจำนวน ๒,๑๘๘ คน นอกนั้น ได้ควบคุมตัวไว้ สถานการณ์ความไม่สงบเรียบร้อยนี้ได้เกิดต่อเนื่องกันมาตั้งแต่วันที่ ๑๗ พฤษภาคม ๒๕๓๕ และยังไม่มียุติว่าจะสงบลงได้โดยง่าย พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงห่วงใยในเหตุการณ์นี้ เป็นอย่างมาก จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้พลเอก สุจินดา คราประยูร นายกรัฐมนตรี และพลตรี จำลอง ศรีเมือง เข้าเฝ้าในคืนวันที่ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๓๕ และพระราชทานกระแสพระราชดำริแก่ บุคคลทั้งสองมีข้อความบางตอนซึ่งขออัญเชิญมาดังนี้ “คงไม่เป็นที่แปลกใจทำไมถึงเชิญให้ท่าน มาพบกันอย่างนี้ เพราะว่าทุกคนก็ทราบว่าการณ์มีความยุ่งเหยิงอย่างไร และก็จะทำให้ประเทศชาติ ล่มจมไปได้” “การเผชิญหน้าตอนแรกก็จะเห็นจุดประสงค์ของทั้งสองฝ่ายได้ชัดเจนพอสมควร แต่ต่อมาภายหลัง ๑๐ กว่าวัน ก็เห็นแล้วว่าการเผชิญหน้านั้นเปลี่ยนโฉมหน้าไปอย่างมาก จนกระทั่ง ผลจะออกมาอย่างไรก็ตามก็จะเสียทั้งนั้น เพราะว่าทำให้มีความเสียหายในทางชีวิตเลือดเนื้อของชน จำนวนมากพอสมควร แล้วก็มี ความเสียหายทางวัตถุซึ่งเป็นของส่วนราชการและส่วนบุคคลเป็นมูลค่า มากมาย นอกจากนั้นก็มีความเสียหายในทางจิตใจและในทางเศรษฐกิจของประเทศชาติอย่างที่จะ นับถือนั้นไม่ได้” “ปัญหาทุกวันนี้คือความปลอดภัยและขวัญของประชาชน ซึ่งเดี๋ยวนี้ประชาชน ทั่วไปทุกแห่งทุกหนมีความหวาดระแวงว่าจะเกิดอันตราย มีความหวาดระแวงว่าประเทศชาติจะล่มจม โดยที่ก็จะแก้ไขลำบาก ฯลฯ ฉะนั้นก็ขอให้ท่าน โดยเฉพาะสองท่าน พลเอก สุจินดา และพลตรี จำลอง ช่วยกันคิด กู้หันหน้าเข้าหากัน ไม่ใช่เผชิญหน้ากัน เพราะว่าประเทศของเรา ไม่ใช่ประเทศของ

หนึ่งคนสองคน เป็นประเทศของทุกคนต้องเข้าหากัน ไม่เผชิญหน้ากัน แก้ปัญหา เพราะว่าอันตราย มีอยู่ เวลาคนเราเกิดความบาดหมางปฏิบัติการณ์รุนแรงต่อกัน มันลืมหืมตัว ลงท้ายก็ไม่รู้วาทันเพราะอะไร แล้วก็แก้ปัญหาวะไร เพียงแต่จะต้องเอาชนะ แล้วก็ใครจะชนะ ไม่มีทางชนะ อันตรายทั้งนั้น มีแต่แพ้ คือต่างคนต่างแพ้ ผู้ที่เผชิญหน้าก็แพ้ แล้วก็แพ้ที่สุดก็คือประเทศชาติ ประชาชนจะเป็นประชาชนทั้งประเทศ ไม่ใช่ประชาชนเฉพาะในกรุงเทพมหานคร ถ้าสมมุติว่ากรุงเทพมหานครเสียหาย ประเทศก็เสียหายไปทั้งหมด แล้วก็จะมีประโยชน์อะไรที่จะทนงตัวว่าชนะ เวลาอยู่บนกองสิ่งปรักหักพัง” หลังจากเข้าเฝ้าฯ แล้ว พลเอก สุจินดา คราประยูร ก็ได้แถลงให้ประชาชนทราบทางสถานีโทรทัศน์รวมการเฉพาะกิจฯ ว่าจะให้ความร่วมมือร่วมใจในการแก้ปัญหา เพื่อให้เกิดความสงบสุขแก่ประชาชนชาวไทย และจะได้พิจารณาออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมกันด้วยความบริสุทธิ์ใจ และพลตรี จำลอง ศรีเมือง ก็แถลงขอให้ประชาชนอย่าให้การสนับสนุนหรือเห็นเป็นใจกับผู้ที่ยังก่อความวุ่นวายอยู่ในขณะนั้น เพื่อให้สถานการณ์ต่าง ๆ นั้นเข้าสู่ภาวะปกติโดยเร็วที่สุด

จากเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดความรุนแรงขึ้นจนถึงกับมีผู้เสียชีวิต ได้รับบาดเจ็บเป็นจำนวนมาก ทรัพย์สินของรัฐและของเอกชนต้องเสียหายเพราะถูกเผาทำลายไปเป็นจำนวนไม่น้อย มีผู้ถูกจับและถูกควบคุมตัวว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการชุมนุมครั้งนี้มากมาย จำนวนกว่า ๑,๐๐๐ คน จนถึงขั้นต้องมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกันตั้งแต่ ๑๐ คนขึ้นไป ประกาศห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการโฆษณาหรือพิมพ์เอกสารอันกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยแห่งราชอาณาจักร ประกาศห้ามมิให้บุคคลใดในเขตกรุงเทพมหานครออกนอกเขตสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด และความรุนแรงนี้ยังไม่มีท่าทีที่จะสงบลงได้ จนพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวต้องพระราชทานกระแสพระราชดำริแก่พลเอก สุจินดา คราประยูร และพลตรี จำลอง ศรีเมือง ให้หันหน้าเข้าหากันเพื่อแก้ปัญหา คือความปลอดภัยและขวัญของประชาชน ซึ่งประชาชนทั่วไปมีความหวาดระแวงว่าจะเกิดอันตราย หวาดระแวงว่าประเทศชาติจะล่มจม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า เหตุการณ์และความรุนแรงเช่นนี้หากไม่ได้รับการแก้ไข ย่อมจะนำไปสู่ความไม่ปลอดภัยของประเทศ ความไม่ปลอดภัยของประชาชนชาวไทยโดยทั่วกัน กล่าวคือความไม่ปลอดภัยสาธารณะได้ และการแก้ไขให้เกิดความสงบเรียบร้อยในกรณีนี้ได้ ก็จะเป็นการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะซึ่งอาจจะเกิดขึ้นต่อไปได้ ทั้งนี้โดยหาจำเป็นว่าประเทศจะต้องตกอยู่ในสภาวะสงครามดังความเห็นของพลเอก ขวาลิต ยงใจยุทธ และคณะไม่

การตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ พ.ศ. ๒๕๓๕ ก็เป็นวิธีที่แก้ไข

เหตุการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นนั้นให้เรียบร้อยลงได้ และให้เกิดความสามัคคีในประชาชนชาวไทย และเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติต่อไป ดังนั้นการตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้ จึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และ เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ ส่วนที่พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ และคณะเห็นว่า การออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมนี้ คณะรัฐมนตรีได้ประชุมปรึกษารื้อกัน เพียงแต่ออกหนังสือเวียนแทนการเรียกประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมตินั้น เป็นปัญหาตามมาตรา ๑๗๒ วรรคสอง ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่สามารถวินิจฉัยให้ได้ เพราะมาตรา ๑๗๓ ให้สิทธิสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอความเห็นเพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เฉพาะความเห็นที่ว่า พระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่งเท่านั้น

อาศัยเหตุผลดังได้วินิจฉัยมา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นไปตามมาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

๒๒ กรกฎาคม ๒๕๓๕

### บัญญัติ สุชีวะ

ทำหน้าที่ประธานของที่ประชุมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

สวัสดิ์ โชติพานิช  
ประธานศาลฎีกา  
ตุลาการรัฐธรรมนูญ

บุญชนะ อัดถาการ  
ตุลาการรัฐธรรมนูญ

โกเมน ภทริกริมย์  
อัยการสูงสุด  
ตุลาการรัฐธรรมนูญ

พลโท สมิง ไตลังคะ  
ตุลาการรัฐธรรมนูญ

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๘๑                      หน้า ๒๘                      ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๓๕  
ราชกิจจานุเบกษา

---

โอวาท สุธัชวาทนฤพุมิ  
ตุลาการรัฐธรรมนูญ

มงคล เปาอินทร์  
ตุลาการรัฐธรรมนูญ

สุธี อากาศฤกษ์  
ตุลาการรัฐธรรมนูญ



บัญชีรายชื่อผู้เสนอความเห็น

- |                                  |                                 |
|----------------------------------|---------------------------------|
| ๑. พลเอก ขวาลิต ขงใจยุทธ         | ๒. นายสัมพันธ์ ทองสมัคร         |
| ๓. พันเอก ชินวุธ สุนทรสัมะ       | ๔. นายชำนาญ ศักดิเศรษฐ์         |
| ๕. นายพิศาล มุลศาสตราสาร         | ๖. นายอำนาจ ยศสุข               |
| ๗. นายสะเบต หลี่เหรัมย์          | ๘. นายบุญชู ตริทอง              |
| ๙. นายพา อักษรเสื่อ              | ๑๐. นายประสงค์ ศรีวัฒน์         |
| ๑๑. นายจรรุญ กุวานนท์            | ๑๒. นายจตุรนต์ ฉายแสง           |
| ๑๓. นายฉัตรชัย เอียสกุล          | ๑๔. นายสุพร ดนัยตั้งตระกูล      |
| ๑๕. นายบุญชง วิสมหมาย            | ๑๖. นายเด่น โต๊ะมีนา            |
| ๑๗. นายวันมูหะมัดนอร์ มะทา       | ๑๘. นายจำนงค์ ดอนนา             |
| ๑๙. นายไพจิตร ศรีวรขาน           | ๒๐. นายอรรถสิทธิ์ ทรัพย์สิทธิ์  |
| ๒๑. นายสุชุม เลาวัลย์ศิริ        | ๒๒. นายต๋น จินตะเวช             |
| ๒๓. พันตำรวจโท สมชาย เพศประเสริฐ | ๒๔. พันตรี พูนศักดิ์ พสุนนท์    |
| ๒๕. นางกรรณิกาญจน์ วิสมหมาย      | ๒๖. นายเสกสิทธิ์ ไวยนิยมนพงศ์   |
| ๒๗. นายบวร ภูจิต                 | ๒๘. นายเฉลิมชัย เอียสกุล        |
| ๒๙. นายเฉลิมยศ แสนวิเศษ          | ๓๐. นายสมศักดิ์ เกียรติสุรนนท์  |
| ๓๑. นายเฉลิมพล สนิทวงศ์ชัย       | ๓๒. นายมนตรี ด่านไพบูลย์        |
| ๓๓. นายจิตร ชัยนิคม              | ๓๔. นายสุธี ภูพานธุ์            |
| ๓๕. นายสราวุธ นิยมทรัพย์         | ๓๖. นายอารีเพญ อุตรสินธุ์       |
| ๓๗. นายมณฑล ไกรวัตนุสสรณ์        | ๓๘. พันเอก สุชาติ จันทร์โชติกุล |
| ๓๙. นายเทิดภูมิ ใจดี             | ๔๐. นายสวัสดิ์ วงศ์กี           |
| ๔๑. นายพูนสวัสดิ์ มุลศาสตราสาร   | ๔๒. นายสุทัศน์ ศรีรัตนพรรณ      |
| ๔๓. นายประสงค์ บุณย์พงศ์         | ๔๔. นายอิสสระ สมชัย             |
| ๔๕. พันตำรวจโท อุดลย์ บุญเสฐ     | ๔๖. นายธีรพงษ์ พัฒนรัฐ          |
| ๔๗. นายไพฑูรย์ แก้วทอง           | ๔๘. นายวิโรเทพ สุวรรณสว่าง      |
| ๔๙. นายสุวิทย์ กนสมบุรณ์         | ๕๐. นายมุข สุไลมาน              |
| ๕๑. นายวิชัย ชัยจิตวานิชกุล      | ๕๒. พลเอก พัฒน์ อักนิบุตร       |
| ๕๓. นายสำนันทน์ สุพรรณชนะบุรี    | ๕๔. นายยรรยง ร่วมพัฒนา          |

๕๕. นายเกียรติชัย ชัยเขาวรัตน์

๕๖. นายสุรศักดิ์ เทียมประเสริฐ

๕๗. นายวิช สุรินทร์คำ

๖๑. นายไพศาล ยิ่งสมาน

๖๓. นายเฉลิมชัย อุฬารกุล

๖๕. นายสังข์ทอง ศรีธเรศ

๖๗. นายเสริมศักดิ์ การุญ

๖๘. พลตรี สนั่น ขจรประศาสน์

๗๑. นายจรินทร์ ลักษณะวิศิษฎ์

๗๓. นายไสว พัฒโน

๗๕. นายบัญญัติ บรรทัดฐาน

๗๗. นายวัชรินทร์ เกตวันดี

๗๘. นายพรเทพ เตชะไพบูลย์

๘๑. นายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ

๘๓. นายนิพนธ์ อินทรสมบัติ

๘๕. นายสุพัฒน์ ธรรมเพชร

๘๗. นายศิริศักดิ์ อ่อนละมัย

๘๘. นายสุทัศน์ เงินหมื่น

๘๑. คุณหญิงสุพัตรา มาศดิตถ์

๘๓. นายวิเชียร กันเมือง

๘๕. นายชัยพร ทองประเสริฐ

๘๗. นายนิพนธ์ พร้อมพันธุ์

๘๘. นายชุมพล กาญจนะ

๑๐๑. นายนิพนธ์ บุญญามณี

๑๐๓. นายอภิชาติ ตีรสวัสดิ์ชัย

๑๐๕. นายไตรรงค์ สุวรรณคีรี

๑๐๗. นายประจวบ ไชยสาส์น

๑๐๘. นายสุชาติ แก้วนาโพธิ์

๕๖. นายปัญญา จินตะเวช

๕๘. ร้อยตรี นุกูล ธนิกุล

๖๐. นายขจรศักดิ์ ศรีสวัสดิ์

๖๒. พลเอก สนั่น เศวตเศรนี

๖๔. นายสวัสดิ์ สืบสายพรหม

๖๖. นายสมาน ชมภูเทพ

๖๘. นายเทอดพงษ์ ไชยนันทน์

๗๐. นายตรีพล เจาะจิตต์

๗๒. นายปรีชา มุสิกกุล

๗๔. นายอาคม เองฉ้วน

๗๖. นายวิฑูรย์ นามบุตร

๗๘. นางนิภา พริ้งสุลกะ

๘๐. นายไชยยศ จิรเมธากร

๘๒. นายถาวร กาสมสัน

๘๔. นายอู่กัน สุทวิชช์

๘๖. นายณรงค์ นุ่นทอง

๘๘. นายประวิช นิลวัชรเมธี

๙๐. นายสุเทพ เทือกสุบรรณ

๙๒. นายณรงค์ นิยมไทย

๙๔. นายอภิชาติ การิกาญจน์

๙๖. นายชินวรณ์ บุญยเกียรติ

๙๘. นายพิเชษฐ พันธุ์วิชาติกุล

๑๐๐. นายวิรัช ร่มเย็น

๑๐๒. นายไชยา พรหมา

๑๐๔. นายกฤษฏา แก้วโสภะ

๑๐๖. นายทวี สุระบาล

๑๐๘. นายสุรินทร์ พิศสุวรรณ

๑๑๐. พลเรือเอก ดิลก ภักดีโกศล

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๘๑

หน้า ๓๑  
ราชกิจจานุเบกษา

๒๘ กรกฎาคม ๒๕๓๕

- |                                |                                   |
|--------------------------------|-----------------------------------|
| ๑๑๑. นายประพันธ์ หุตะสิงห์     | ๑๑๒. นายสุเทพ อัครถาวร            |
| ๑๑๓. นายพีระพงศ์ ถนอมพงษ์พันธ์ | ๑๑๔. นายธำรงค์ แสงสุริยจันทร์     |
| ๑๑๕. นายธเนศ พรพิพัฒน์พงศ์     | ๑๑๖. พันเอก วินัย สมพงษ์          |
| ๑๑๗. นายสุรน ชื่นสมจิตต์       | ๑๑๘. นายเรืองวิทย์ ดุษฎีสุรพจน์   |
| ๑๑๙. นายอาจอง ชุมสาย ณ อยุธยา  | ๑๒๐. นางเกรือวัลย์ สมณะ           |
| ๑๒๑. นายกระแส ชนวงค์           | ๑๒๒. นายสุทิน นพเกตุ              |
| ๑๒๓. นายจรัส พัวช่วย           | ๑๒๔. นายปัญญา สุดสงวค์            |
| ๑๒๕. นายไชยวัฒน์ สิ้นสุวงศ์    | ๑๒๖. นายพินิจ จันทรสมบัติ         |
| ๑๒๗. นายแสง ฤกษ์จรัส           | ๑๒๘. พลเรือโท โรช วัฑฒินุประเทศ   |
| ๑๒๙. นายขจรศักดิ์ จินตานนท์    | ๑๓๐. นายวิทยา วิเศษรัตน์          |
| ๑๓๑. นายเกษม บุตรขุนทอง        | ๑๓๒. นางสาวกุสุมา ศรสุวรรณ        |
| ๑๓๓. นายเชียร มโนหรรต          | ๑๓๔. พลตรี ฤกษ์ดี ชาตฤทธิศ        |
| ๑๓๕. นายสมพัฒน์ กัลยาวิชัย     | ๑๓๖. นางพิมพ์า จันทรประสงค์       |
| ๑๓๗. นายถวิล ไพรสณฑ์           | ๑๓๘. นายถวิล จันทรประสงค์         |
| ๑๓๙. นายอุดมเดช รัตนเสถียร     | ๑๔๐. พลตรี จำลอง ศรีเมือง         |
| ๑๔๑. พลเรือเอก ศิริ ศิริวัณ    | ๑๔๒. นายอุดมศิลป์ ศรีแสงนาม       |
| ๑๔๓. นายทินวัฒน์ มฤคพิทักษ์    | ๑๔๔. นางสุดารัตน์ เกยุราพันธุ์    |
| ๑๔๕. นายวิลาศ จันทรพิทักษ์     | ๑๔๖. นายสุธา ชันแสง               |
| ๑๔๗. นายสมุทร มงคลกิติ         | ๑๔๘. นายเสริม หลีกสุวรรณ          |
| ๑๔๙. นายเดชา สามารถ            | ๑๕๐. นางสาวเสาวลักษณ์ สุริยาพิชัย |
| ๑๕๑. นายประสิทธิ์ พิทุรกิจจา   | ๑๕๒. นายเอกพร รักความสุข          |
| ๑๕๓. นายบุญชู ไรจนเสถียร       | ๑๕๔. นายอุทัย พิมพ์ใจชน           |

## ภาคผนวก ฉ

## คำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่ 3 /2535

หน้า ๓

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๑๑๓

ราชกิจจานุเบกษา

๑๒ พฤศจิกายน ๒๕๓๕

## คำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ

ที่ ๓/๒๕๓๕

เรื่อง การตีความมาตรา ๑๑๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๕

ด้วยนายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือที่ นร ๐๒๐๓/๒๒๔๔๐ ลงวันที่ ๒๘ ตุลาคม ๒๕๓๕ แจ้งว่า คณะรัฐมนตรีมีมติว่ามีปัญหาที่จะต้องตีความมาตรา ๑๑๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อาศัยความในมาตรา ๒๐๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คณะรัฐมนตรีจึงส่งเรื่องให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า

ข้อ ๑ ตามมาตรา ๑๑๒ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เมื่อสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดใด ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น คำว่า “กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น” มีความหมายอย่างไร และมีผลเกี่ยวกับพระราชกำหนดนิรโทษกรรม มาตรา ๓ ที่มีสาระสำคัญว่า “ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง” เพียงใด

ข้อ ๒ การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งมีผลตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา จะไม่มีผลกระทบถึงผู้ซึ่งพระราชกำหนดดังกล่าวกำหนดให้พ้นจากความผิดและความรับผิดไปแล้วหรือไม่ ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะเป็นผู้ที่ยังไม่ถูกร้องทุกข์หรือกล่าวโทษหรือยังไม่ถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย หรือเป็นผู้ที่ถูกร้องทุกข์หรือกล่าวโทษหรือถูกดำเนินคดีตามกฎหมายไว้แล้วก็ตาม

ข้อ ๓ การที่พระราชกำหนดนิรโทษกรรมกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมดังกล่าวพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงไปแล้วนั้น ต่อมาพระราชกำหนดนั้นไม่ได้รับการอนุมัติ จะถือว่าการพ้นจากความผิดและความรับผิดดังกล่าวเป็นกิจการที่ไม่ถูกกระทบกระเทือนในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดตามมาตรา ๑๑๒ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ใช่หรือไม่

ข้อ ๔ การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาหรือให้ยุติการดำเนินคดีเพราะเหตุที่มีพระราชกำหนดมายกเลิกความผิดนั้น จะถือว่าคดีเป็นอันยุติและรื้อฟื้นขึ้นมามีไม่ได้ เพราะเป็นกิจการที่ไม่ถูกกระทบกระเทือนตามมาตรา ๑๑๒ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยใช่หรือไม่

ข้อ ๕ หากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญเห็นว่า การที่สภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว ทำให้สามารถดำเนินคดีต่อผู้ที่เคยถูกดำเนินคดีตามกฎหมายเรียก หมายถึง และเคยมีการ

สอบสวนไว้ก่อนแล้วได้ ดังนี้ ผลของการออกหมายเรียก หมายจับ และการสอบสวน ที่ได้ดำเนินการไปแล้วในระหว่างที่ยังไม่มีการไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น จะถือว่าสมบูรณ์ และไม่ถูกกระทบกระเทือน เพราะเป็นกิจการที่ได้เป็นไปแล้วตามมาตรา ๑๑๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ใช่หรือไม่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้ว จะได้วินิจฉัยปัญหาที่คณะรัฐมนตรีขอให้ตีความตามลำดับ ดังต่อไปนี้

ปัญหาข้อ ๑ ที่ว่า มาตรา ๑๑๒ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ บัญญัติว่า ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น ข้อความที่ว่า “ กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างใช้พระราชกำหนดนั้น ” มีความหมายอย่างไรและมีผลเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา ๓ ของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมที่ว่า “ ให้ผู้กระทำความผิดและความรับผิดชอบโดยสิ้นเชิง ” เพียงใดนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าข้อความที่ว่า “ กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น ” มีความหมายว่ากิจการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นผลอันเกิดขึ้นจากบทบัญญัติของพระราชกำหนด หรือการกระทำผลของการกระทำ ประโยชน์หรือสิ่งอื่นใดที่เกิดขึ้น ได้มีขึ้น หรือได้รับไปแล้ว อันเนื่องจากการปฏิบัติการตามบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดนั้นนับตั้งแต่วันที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับจนถึงวันที่การไม่อนุมัติพระราชกำหนดมีผล กิจการดังกล่าวนั้นย่อมเป็นกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น และโดยที่มาตรา ๑๑๒ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ บัญญัติว่า การที่พระราชกำหนดตกไปไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น ดังนั้น กิจการนั้นจึงไม่ถูกกระทบกระเทือน แม้ว่าพระราชกำหนดนั้นจะตกไป ส่วนปัญหาที่ว่าข้อความดังกล่าวมีผลเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา ๓ ของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ พ.ศ. ๒๕๓๕ เพียงใดนั้น มาตรา ๓ ของพระราชกำหนดดังกล่าว บัญญัติว่า “ บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ และได้กระทำในระหว่างวันดังกล่าว ไม่ว่าได้กระทำในฐานะเป็นตำรวจ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมายก็ให้ผู้กระทำความผิด และความรับผิดชอบโดยสิ้นเชิง ” ฉะนั้นข้อความที่ว่ากิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น จึงมีผลว่า นับตั้งแต่วันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งเป็นวันที่พระราชกำหนดฉบับนี้มีผลใช้บังคับ การกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการชุมนุมกันระหว่างวันที่ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ ถึงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ และ

## หน้า ๕

เล่ม ๑๐๕ ตอนที่ ๑๑๓

ราชกิจจานุเบกษา

๑๒ พฤศจิกายน ๒๕๓๕

ได้กระทำในระหว่างวันดังกล่าว ถ้าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย ผู้กระทำย่อมพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงไปทันที และการพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงนี้ย่อมมีผู้ตลอดไปโดยไม่ถูกกระทบกระเทือน จากการที่พระราชกำหนดฉบับนี้ตกไปเนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ เพราะพระราชกำหนดก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๑๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ ว่า “- ฯลฯ - พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ ” และการที่พระราชกำหนดฉบับนั้นมาตรา ๑๑๒ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ กับบัญญัติว่าไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดก็คือการพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงนั่นเอง หากรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้พระราชกำหนดไม่มีผลบังคับมาแต่ต้นก็จะต้องบัญญัติไว้โดยชัดเจน ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๑๓ วรรคสามว่า “ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา ๑๑๒ วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น ”

ปัญหาข้อ ๒ ที่ว่า การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้ จะไม่มีผลกระทบต่อผู้ซึ่งพระราชกำหนดดังกล่าว กำหนดให้พ้นจากความผิดและความรับผิดไปแล้ว ใช่หรือไม่ ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะเป็นผู้ที่ยังไม่ถูกร้องทุกข์หรือกล่าวโทษ หรือยังไม่ถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย หรือเป็นผู้ที่ถูกร้องทุกข์ หรือกล่าวโทษ หรือถูกดำเนินคดีตามกฎหมายไว้แล้วก็ตามนั้น เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยปัญหาข้อ ๑ แล้ว สำหรับปัญหาข้อ ๒ นี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็มีความเห็นเช่นเดียวกันว่า การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้ ย่อมไม่มีผลกระทบต่อผู้ซึ่งพระราชกำหนดบัญญัติให้พ้นจากความผิดและความรับผิดไปแล้ว ไม่ว่าบุคคลนั้นจะถูกร้องทุกข์ ถูกกล่าวโทษ หรือถูกดำเนินคดีตามกฎหมายแล้วหรือไม่ก็ตาม

ปัญหาข้อ ๓ ที่ว่า การที่พระราชกำหนดนิรโทษกรรมกำหนดให้ผู้กระทำผิดเนื่องในการชุมนุมดังกล่าว พ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงไปแล้วนั้น ต่อมาพระราชกำหนดนั้นไม่ได้รับการอนุมัติ จะถือว่า การพ้นจากความผิดและความรับผิดดังกล่าวเป็นกิจการที่ไม่ถูกกระทบกระเทือนในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดตามมาตรา ๑๑๒ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ ใช่หรือไม่นั้น ปัญหาที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้แล้วในปัญหาข้อ ๑

ปัญหาข้อ ๔ ที่ว่า การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาหรือสั่งให้ยุติการดำเนินคดี เพราะเหตุที่มีพระราชกำหนดออกมายกเลิกความผิด จะถือว่าคดีเป็นอันยุติและรื้อฟื้นขึ้นมาอีกไม่ได้ เพราะเป็นกิจการที่ไม่ถูกกระทบกระเทือนตามมาตรา ๑๑๒ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

๒๕๓๕ ไซ้หรือไม้นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า เมื่อได้วินิจฉัยว่าการที่พระราชกำหนดดังกล่าว ตกไปนั้นไม่กระทบกระเทือนต่อผลที่ให้ผู้ถูกลงโทษพ้นจากความผิดและความรับผิด ดังเหตุผลที่ได้ระบุไว้ในปัญหาข้อ ๒ แล้ว การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาก็ดี การสั่งให้ยุติการดำเนินคดีก็ดี ย่อมไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อคำวินิจฉัยดังกล่าว

ปัญหาข้อ ๕ ที่ว่า หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่ากรณีที่สภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว ทำให้สามารถดำเนินคดีต่อผู้ที่ถูกดำเนินคดีตามหมายเรียกหมายจับ และเคยมีการสอบสวนไว้ก่อนแล้วได้ จะถือว่าการดำเนินคดีนั้นไม่ถูกกระทบกระเทือน เพราะเป็นกิจการที่ได้เป็นไปแล้ว ไซ้หรือไม้นั้น เนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้ตีความดังเช่นที่ตั้งปัญหาข้อนี้มา ฉะนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่วินิจฉัยปัญหาข้อ ๕ นี้

#### คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

๘ พฤศจิกายน ๒๕๓๕

มารุต บุณนาท

มีชัย ฤชุพันธุ์

โกเมน ภัทรภิรมย์

บุญชนะ อัคราการ

พลโท สมิง ไตลังกะ

โอวาท สุทธิวิวัฒน์ฤทธิ

บัญญัติ สุชีวะ

มงคล เปาอินทร์

สุธี อากาศฤกษ์

ประธานรัฐสภา

ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

ประธานวุฒิสภา

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

อัยการสูงสุด

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตุลาการรัฐธรรมนูญ

## ภาคผนวก ข

### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2015 – 2016/2542

โจทก์ทั้งห้าสำนวนฟ้องและแก้ไขคำฟ้องว่า จำเลยที่ 1 เป็นหน่วยงานสังกัดกระทรวงกลาโหม จำเลยที่ 2 เป็นกรมสังกัดกระทรวงมหาดไทย ขณะเกิดเหตุจำเลยที่ 3 มีตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี จำเลยที่ 4 เป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุด และจำเลยที่ 5 เป็นผู้บัญชาการทหารบก เมื่อระหว่างวันที่ 17 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม 2535 เวลากลางวันและกลางคืนติดต่อกันมีประชาชนจำนวนมากได้ร่วมชุมนุมกันด้วยความสงบโดยปราศจากอาวุธ ณ บริเวณท้องสนามหลวง ถนนราชดำเนินกลางหน้ารัฐสภาและบริเวณใกล้เคียงในเขตกรุงเทพมหานคร เพื่อเรียกร้องรัฐบาลให้ใช้การปกครองตามระบอบประชาธิปไตย ซึ่งประชาชนมีสิทธิกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จำเลยทั้งห้าร่วมกันสั่งกองกำลังทหารและตำรวจติดอาวุธร้ายแรงเข้าปราบปรามเช่น ฆ่าประชาชน และหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการกำกับดูแลให้กองกำลังทหารและตำรวจอยู่ในระเบียบวินัย เป็นเหตุให้กองกำลังทหารและตำรวจใช้อาวุธปืนยิงและทุบตีประชาชนโดยไม่มีควมจำเป็นที่จะต้องกระทำอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย เป็นเหตุให้บุตรของโจทก์ที่ 1, 2, 3, 7 ถึง 12, 14 ถึง 19, 26, 32 ถึง 36, 38 สามของโจทก์ที่ 4, 20 บิดาของโจทก์ที่ 5, 6, 21, 23 น้องชายของโจทก์ที่ 13 และพี่ชายของโจทก์ที่ 24, 25 ถึงแก่ความตายและเป็นเหตุให้โจทก์ที่ 27 ถึง 31, 39 ได้รับความเจ็บสาหัส ขอให้จำเลยทั้งห้าร่วมกันหรือแทนกันใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ทั้งสามสิบเก้าเป็นเงิน 17,652,390 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จ

ระหว่างไต่สวนคำร้องขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถา โจทก์ที่ 33 ถึงแก่กรรมนางสาวจิราพร ธงทอง ยื่นคำร้องขอเข้าเป็นคู่ความแทนศาลชั้นต้นอนุญาต

จำเลยทั้งห้าสำนวนให้การว่า ฟ้องโจทก์มิได้แสดงให้เห็นว่าจำเลยคนใดหรือจำเลยทั้งหมดได้สั่งการหรือดำเนินการอย่างไรให้ทหารและตำรวจผู้ใดเข้าปราบปรามเช่น ฆ่าประชาชน และหรือจำเลยคนใดหรือจำเลยทั้งหมดละเว้นการปฏิบัติหน้าที่อย่างใดในการกำกับดูแลให้กองกำลังทหารและตำรวจอยู่ในระเบียบวินัยอันเป็นเหตุให้กองกำลังทหารและตำรวจใช้อาวุธปืนยิงและทุบตีประชาชน และไม่ได้บรรยายให้จำเลยเข้าใจได้ว่าผู้ตายถึงแก่ความตายจากการกระทำของผู้ใด ณ ที่ใดเมื่อใด และอย่างไรฟ้องโจทก์จึงเป็นฟ้องเคลือบคลุม เหตุการณ์ครั้งนี้ประชาชนมาชุมนุมกันตั้งแต่วันที่ 4 พฤษภาคม 2535 เป็นต้นมา วันที่ 17 พฤษภาคม 2535 เวลากลางคืน ผู้ร่วมชุมนุมบางกลุ่มได้ร่วมกันก่อการจลาจล เผาสถานีตำรวจดับเพลิงภูเขาทอง และทำร้ายร่างกายเจ้าหน้าที่ตำรวจจนได้รับบาดเจ็บสาหัส และยังเข้ารีดค้นทำลายและเอาไปชิงทรัพย์สินของทางราชการ สถานการณ์ดังกล่าวมี

แนวโน้มจะทวีความรุนแรงขึ้น รัฐบาลโดยจำเลยที่ 3 ในฐานะนายกรัฐมนตรีจึงได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและขอให้ประชาชนให้ความร่วมมือกับรัฐบาลเพื่อให้เหตุการณ์เข้าสู่สภาวะปกติโดยเร็ว และได้ประกาศแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 มีจำเลยที่ 4 และที่ 5 เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ร่วมด้วยและมีประกาศอีกหลายฉบับเพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจที่เหมาะสมและตามความจำเป็นเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง แต่การชุมนุมและการจลาจล ได้ทวีความรุนแรงเพิ่มขึ้น มีการเผาสถานีตำรวจนครบาลนางเลิ้ง กรมสรรพากร กรมประชาสัมพันธ์ ทำลายไฟสัญญาณจราจร ป้อมตำรวจและรถโดยสารประจำทางพนักงานเจ้าหน้าที่จึงจำเป็นต้องใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อระงับยับยั้งความรุนแรงต่าง ๆ ให้เหตุการณ์สงบลง การกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หลังเกิดเหตุมีพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 แล้ว ดังนั้นแม้การกระทำของจำเลยจะเป็นละเมิดต่อผู้อื่น กฎหมายก็บัญญัติให้พ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง โดยผลของกฎหมายดังกล่าวโจทก์ทั้งสามสืบแก้จึงไม่มีอำนาจฟ้อง ขอให้ยกฟ้อง

จำเลยทั้งห้ายื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดในปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นว่าเมื่อมีกฎหมายนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดแล้วโจทก์ทั้งสามสืบแก้จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

ศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่า คดีพอวินิจฉัยได้จึงให้ตั้งสองสถานและงดสืบพยานโจทก์จำเลยแล้วพิพากษายกฟ้อง

โจทก์ทั้งสามสืบแก้อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

โจทก์ทั้งสามสืบแก้ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า เมื่อระหว่างวันที่ 17 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม 2535 ได้มีประชาชนจำนวนมากชุมนุมกันในเขตกรุงเทพมหานคร บริเวณท้องสนามหลวงและถนนราชดำเนินกลาง เพื่อเรียกร้องให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเหตุการณ์ได้ลุกลามจนมีการเผาสถานีราชการหลายแห่ง และมีการปะทะกันระหว่างผู้ชุมนุมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายและชีวิตของบุคคลจำนวนมาก ต่อมาหลังเหตุการณ์ดังกล่าวได้มีการออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 แต่สภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าวในภายหลัง มีปัญหาต้องวินิจฉัยว่าโจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่โจทก์ทั้งสามสืบแก้ฎีกาข้อแรกว่า การออกพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ซึ่งออกใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2535 ไม่ชอบเพราะขัดต่อ

รัฐธรรมนูญ ข้อนี้ ปรากฏว่าตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 2/2535 ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 2535 ว่า การออกพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นไปตาม มาตรา 172 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แล้ว คำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมเป็นเด็ดขาดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 209 และมีผลผูกพันศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 268 โจทก์ ทั้งสามสืบแก้ฎีกาข้อสุดท้ายว่า ข้อความที่ว่า "ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้ พระราชกำหนดนั้น" ตามมาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ไม่หมายความว่ารวมถึงความรับผิดของจำเลยในคดีนี้ ข้อนี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำ วินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3/2535 ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2535 ว่า ข้อความที่ว่า กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้นมีผลว่า นับตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม 2535 ซึ่งเป็นวันที่พระราชกำหนดฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลที่เกี่ยวข้อง กับการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม 2535 และได้กระทำใน ระหว่างวันดังกล่าว ถ้าการกระทำนั้นผิดกฎหมายผู้กระทำความผิดพ้นจากความผิดและความรับผิดโดย สิ้นเชิงไปทันที และการพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงนี้ย่อมมีอยู่ตลอดไปโดยไม่ถูก กระทบกระเทือนจากการที่พระราชกำหนดฉบับนี้ตกไปเนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ เพราะ พระราชกำหนดก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรม ฉบับนี้ไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงผู้ซึ่งพระราชกำหนดบัญญัติให้พ้นจากความผิดและความรับผิดไป แล้ว ไม่ว่าบุคคลนั้นจะถูกร้องทุกข์ถูกกล่าวโทษ หรือถูกดำเนินคดีตามกฎหมายแล้วหรือไม่ก็ตาม คำ วินิจฉัยดังกล่าวย่อมเป็นเด็ดขาดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 209 และมีผลผูกพันศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 268 เช่นเดียวกัน ฉะนั้น โจทก์ทั้งสามสืบแก้จึงไม่มีอำนาจฟ้อง ที่ศาลล่างทั้งสองพิพากษามานั้น ชอบ แล้ว ฎีกาโจทก์ทั้งสามสืบแก้ทุกข้อฟังไม่ขึ้น"

พิพากษายืน

ภาคผนวก ข  
คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555

เล่ม ๑๒๙ ตอนที่ ๙๗ ก      หน้า ๙๙      ราชกิจจานุเบกษา      ๑๐ ตุลาคม ๒๕๕๕



คำวินิจฉัยที่ ๑๒/๒๕๕๕

เรื่องพิจารณาที่ ๓๓/๒๕๕๓

ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์  
ศาลรัฐธรรมนูญ

วันที่ ๒๘ มีนาคม พุทธศักราช ๒๕๕๕

เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๕๔ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ  
มาตรา ๓๙ วรรคสอง มาตรา ๔๐ (๕) ประกอบมาตรา ๓๐ หรือไม่

ศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ (นายพิธาน เชี่ยวหัตถ์พงษ์) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ  
พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๑๑ ข้อเท็จจริง  
ตามคำร้องและเอกสารประกอบ สรุปได้ว่า

พนักงานอัยการจังหวัดบุรีรัมย์ ได้ยื่นฟ้องบริษัทเอเซียเน เจมส์ จำกัด จำเลยที่ ๑  
และนายพิธาน เชี่ยวหัตถ์พงษ์ จำเลยที่ ๒ ต่อศาลจังหวัดบุรีรัมย์ ในฐานะความผิดต่อพระราชบัญญัติ  
ขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ โดยจำเลยที่ ๒ ซึ่งเป็นผู้ประกอบการรายขายตรง  
ได้ดำเนินการในลักษณะที่เป็นการชักชวนให้บุคคลเข้าร่วมเป็นเครือข่ายโดยสมัครเป็นสมาชิกผู้จำหน่ายอิสระ  
และซื้อสินค้าของจำเลยที่ ๑ และตกลงว่าจะให้ผลประโยชน์ตอบแทนเป็นจำนวนเงินหากสมาชิกดังกล่าว  
หาสมาชิกผู้จำหน่ายอิสระมาเพิ่มเพื่อซื้อสินค้า ซึ่งจำนวนเงินดังกล่าวจะเพิ่มขึ้นไปเรื่อย ๆ เมื่อสมาชิก  
ผู้จำหน่ายอิสระสามารถหาสมาชิกเพิ่มขึ้นเป็นชั้น ๆ ไป อันเป็นการตกลงให้ผลประโยชน์ตอบแทน  
จากการหาผู้เป็นสมาชิกเข้าร่วมเครือข่ายซึ่งคำนวณจากจำนวนผู้เข้าร่วมเครือข่ายที่เพิ่มขึ้น อันเป็นการฝ่าฝืน  
ต่อกฎหมาย ขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕  
มาตรา ๓ มาตรา ๑๙ มาตรา ๔๖ และมาตรา ๕๔

ศาลจังหวัดบุรีรัมย์พิพากษาว่า จำเลยทั้งสองมีความผิดตามพระราชบัญญัติขายตรง และตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๙ มาตรา ๔๖ และมาตรา ๕๔ จำเลยที่ ๑ ลงโทษปรับ ๕๐๐,๐๐๐ บาท จำเลยที่ ๒ ลงโทษจำคุก ๕ ปี จำเลยทั้งสองอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาค ๓ พิพากษายืน จำเลยทั้งสองฎีกาคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค ๓ คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา

ต่อมาจำเลยที่ ๒ ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๕๔ ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง มาตรา ๔๐ (๕) ประกอบมาตรา ๓๐ กล่าวคือ ในกรณีที่โจทก์นำสืบได้ความว่านิติบุคคลซึ่งเป็นจำเลยที่ ๑ กระทำความผิดตามกฎหมายดังกล่าว และศาลพิพากษาให้นิติบุคคลนั้นรับโทษแล้วกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย โดยโจทก์ไม่ต้องนำสืบว่าจำเลยที่ ๒ ซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการได้ร่วมกระทำความผิดด้วยหรือไม่ กฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติให้กรรมการผู้จัดการหรือผู้จัดการต้องรับผิดชอบโดยทันทีและผลภาระให้จำเลยที่ ๒ นำสืบต่อผู้ว่ามิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลซึ่งเป็นการปฏิเสธหรือตัดอำนาจของศาลในการรับฟังพยานหลักฐานของโจทก์ที่นำสืบมาในทางที่เป็นคุณประโยชน์ต่อกรรมการผู้จัดการ และผู้จัดการ นอกจากนี้ นิติบุคคลยังได้รับสิทธิจากบทบัญญัติดังกล่าวในการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ แต่กรรมการผู้จัดการ หรือผู้จัดการ ซึ่งเป็นจำเลยที่ ๒ ไม่ได้รับสิทธินี้ แต่กลับถูกกฎหมายให้ต้องรับผิดชอบตามนิติบุคคล เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าไม่มีส่วนในการกระทำความผิดนั้นด้วย บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้คุ้มครองจำเลยที่ ๒ ซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการภายใต้หลักที่ว่า “ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์”

ศาลฎีกามีคำสั่งให้ส่งความเห็นและข้อโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ ตามทางเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๑ วรรคหนึ่ง หรือไม่ เห็นว่า ประเด็นตามคำร้องมีข้อโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๕๔ ชัดหรือแย้ง

ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง มาตรา ๔๐ (๕) ประกอบมาตรา ๓๐ หรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาจะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับแก่คดีและยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินี้มาก่อน กรณีจึงต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๑ วรรคหนึ่ง ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. ๒๕๕๐ ข้อ ๑๗ (๑๓) ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยมีว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๕๕ มาตรา ๕๔ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง มาตรา ๔๐ (๕) ประกอบมาตรา ๓๐ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง และมาตรา ๔๐ (๕) เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ ๔ สิทธิในกระบวนการยุติธรรม โดยมาตรา ๓๙ วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหา หรือจำเลย ไม่มีความผิด เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาโดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสองนี้ เป็นข้อสันนิษฐานอันมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ ๑๑ ที่ว่า “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผย และผู้นั้นได้รับหลักประกันทั้งหลายที่จำเป็นในการต่อสู้คดี” อันถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา จนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด และเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับในนานอารยประเทศ และระดับระหว่างประเทศ อันได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกมีพันธกรณีอยู่ด้วย

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ (๕) เป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิของผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญา ให้ได้รับความคุ้มครอง และความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ โดยค่าตอบแทน ค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายที่จำเป็น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ ๒ ความเสมอภาค โดยรับรองให้บุคคลมีความเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ จะกระทำมิได้

สำหรับพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้น โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการเสนอขายสินค้าหรือบริการแก่ผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัย หรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภคหรือของบุคคลอื่น หรือสถานที่อื่นที่ไม่ใช่สถานที่ประกอบการค้า เป็นปกติธุระ โดยผ่านผู้จำหน่ายอิสระหรือตัวแทนขายตรง ทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในสภาวะการณ์ที่ไม่อาจตัดสินใจตกลงซื้อสินค้าหรือรับบริการได้อย่างอิสระและรอบคอบ นอกจากนี้ ยังมีการประกอบธุรกิจ จำหน่ายสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อผู้บริโภค ซึ่งสินค้าหรือบริการดังกล่าวอาจไม่ตรงกับคำกล่าวอ้างตามที่ได้โฆษณาไว้ อีกทั้งการทำตลาดขายตรง และตลาดแบบตรงในปัจจุบันได้มีการใช้วิธีการชักชวนและจัดให้ประชาชนทั่วไปเข้าร่วมเป็นเครือข่าย ในธุรกิจดังกล่าว โดยตกลงจะให้ผลประโยชน์ตอบแทนจากการหาผู้เข้าร่วมเครือข่ายดังกล่าว ซึ่งคำนวณจากจำนวนผู้เข้าร่วมเครือข่ายที่เพิ่มขึ้น อันมีลักษณะเป็นการหลอกลวงประชาชน ทำให้ประชาชนโดยทั่วไปในฐานะผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม และไม่สงบสุขในสังคม จึงมีบทกำหนดโทษในมาตรา ๕๔ ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด ซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบ ในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น

เห็นว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๕๔ เป็นข้อสันนิษฐาน ตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำ หรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อน เป็นการนำการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไข ของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากการสันนิษฐานว่า

ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ก็ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และจำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเท่านั้น กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้ตั้งแต่แรกแล้วว่า กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดด้วย อันมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ และบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมข้อที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาและจำเลยซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา บทบัญญัติมาตราดังกล่าว ในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาและจำเลยโดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดเกี่ยวกับความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง

ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน ๕ คน คือ นายสันต์ สร้อยพิสุทธิ์ นายจรัสญ์ ภัคธีรนากุล นายเฉลิมพล เอกอรุณ นายชัช ชลวร และนายบุญส่ง กุลบุปผา วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๕๔ เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้บรรดากรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับนิติบุคคล โดยไม่ปรากฏว่ามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง

หน้า ๑๐๔

เล่ม ๑๒๙ ตอนที่ ๙๗ ก                      ราชกิจจานุเบกษา                      ๑๐ ตุลาคม ๒๕๕๕

ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน ๔ คน คือ นายจรูญ อินทจาร นายนุรักษ์ มาประณีต นายสุพจน์ ไข่มุกด์ และนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๕๕ มาตรา ๕๔ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง มาตรา ๔๐ (๕) และมาตรา ๓๐

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๕๕ มาตรา ๕๔ เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลโดยไม่ปรากฏว่า มีการกระทำหรือเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖ กรณีจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราอื่น ๆ หรือไม่ อีกต่อไป

|                         |                      |
|-------------------------|----------------------|
| นายวสันต์ สร้อยพิสุทธิ์ | ประธานศาลรัฐธรรมนูญ  |
| นายจรูญ ภัคดีชนากุล     | ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ |
| นายจรูญ อินทจาร         | ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ |
| นายเฉลิมพล เอกอรุณ      | ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ |
| นายชัช ชลวร             | ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ |
| นายนุรักษ์ มาประณีต     | ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ |
| นายบุญส่ง กุลบุปผา      | ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ |
| นายสุพจน์ ไข่มุกด์      | ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ |
| นายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี | ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ |

## ประวัติผู้เขียน

|                 |                                                                         |
|-----------------|-------------------------------------------------------------------------|
| ชื่อ            | นางสาวจุฑามาศ ตั้งวงศ์                                                  |
| วันเดือนปีเกิด  | 16 พฤศจิกายน 2532                                                       |
| ตำแหน่ง         | นิติกร กระทรวงการต่างประเทศ                                             |
| ประสบการณ์ทำงาน | 2555 - 2557 เจ้าหน้าที่โครงการกองกฎหมายไทย<br>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา |

