

## บทที่ 2

### แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

ในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น “หลักนิติรัฐ” (Rule of Law) เป็นหลักการที่สำคัญในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจจากองค์กรต่างๆ ของรัฐ โดยจำกัดอำนาจของรัฐให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายซึ่งรัฐยอมผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ โดยรัฐจะก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งหลักการที่สำคัญของ “หลักนิติรัฐ” นั้นมีอยู่หลายประการ แต่ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะ “หลักความอิสระของผู้พิพากษา” และ “หลักความเสมอภาค” ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญของหลักนิติรัฐ

#### 2.1 แนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับหลักความอิสระของผู้พิพากษา

อำนาจอธิปไตยถือเป็นอำนาจที่ใช้ในการปกครองประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยถือว่าเป็นอำนาจของประชาชนที่มอบให้รัฐเป็นผู้แทนในการใช้อำนาจดังกล่าว และเพื่อป้องกันการรวมอำนาจไว้ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง จึงมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยตามลักษณะขององค์กรที่ใช้อำนาจออกเป็น 3 ส่วน คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ และฝ่ายบริหาร ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่การจะปล่อยให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจโดยปราศจากการตรวจสอบย่อมไม่ส่งผลดีต่อประชาชน หลักการดุลและคานอำนาจจึงถูกนำมาใช้เพื่อให้องค์กรหนึ่งสามารถตรวจสอบการดำเนินการของอีกองค์กรหนึ่งได้ แต่อย่างไรก็ดี อำนาจตุลาการซึ่งเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษารรคดีควรมีความเป็นอิสระจากการตรวจสอบหรือแทรกแซงที่มากเกินไป อันจะส่งผลให้เกิดอุปสรรคในการอำนวยความยุติธรรม

การทำหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดให้ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและ

---

<sup>4</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 9. หน้า 433.

กฎหมาย<sup>5</sup> ซึ่งเป็นการรับรองถึงความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการหรือผู้พิพากษาในการใช้อำนาจตุลาการซึ่งหลักความอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้น เป็นหลักการที่สำคัญหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ

ความอิสระของผู้พิพากษา นักวิชาการ ได้ให้ความหมายไว้แตกต่างกันในหลายความหมาย เช่น

พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์<sup>6</sup> ได้แสดงความเห็นว่า ความอิสระของผู้พิพากษามีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติถึงความอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคดีอันเป็นความประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่จะให้เป็นหลักประกันเสรีภาพของบุคคล และเป็นหลักประกันที่แน่นอนว่าศาลใดๆ จะตั้งขึ้นก็แต่โดยพระราชบัญญัติเท่านั้น เมื่อคดีมาสู่ศาลแล้วผู้พิพากษาย่อมมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดีนั้นๆ ได้ และหากอำนาจการแต่งตั้งโยกย้ายและถอดถอนอยู่ในมือฝ่ายบริหารอย่างเด็ดขาดแล้วฝ่ายบริหารย่อมใช้อิทธิพลในการให้คุณให้โทษเหนือผู้พิพากษาได้และความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจะดำรงอยู่ได้ก็ต้องแบ่งแยกหน้าที่ตุลาการให้เสร็จเด็ดขาด มิให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาแทรกแซงก้าวก่ายใช้อำนาจเหนือฝ่ายตุลาการโดยตรงหรือโดยปริยายได้

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภักย์<sup>7</sup> ได้แสดงความเห็นในเรื่องความอิสระของผู้พิพากษาว่า หมายถึง การไม่มีความลำเอียง ปราศจากการแทรกแซง โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางการเมืองซึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญทุกฉบับได้วางหลักไว้ว่า ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งมีความสำคัญสองประการ คือ ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีใช้ความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามใจชอบโดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่ต้องพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งในเรื่องนี้ท่านได้อธิบายว่า การที่กล่าวว่าผู้พิพากษามีความเป็นอิสระนั้น มิใช่ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระไปหมดทุกเรื่อง แต่มีความเป็นอิสระโดยจำกัดเฉพาะในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น ซึ่งถ้ามิใช่เป็นการพิจารณาพิพากษาคดีก็ไม่อยู่ในความหมายนี้ประการหนึ่ง และข้อสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ แม้ผู้พิพากษาจะมีความอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตาม แต่ในการพิจารณาพิพากษาคดีจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมายจะพิจารณาคดีตามใจชอบไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีโดยรับฟังพยานหลักฐานนอกสำนวนไม่ได้ เป็นต้น

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคสอง.

<sup>6</sup> พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์. (2513). “ความอิสระของผู้พิพากษา.” *บทบัญญัติ*, 27, 1. หน้า 18-19.

<sup>7</sup> จิติ ดิงศภักย์. (2533). *หลักวิชาขึ้นนักกฎหมาย*. หน้า 129.

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>8</sup> ได้กล่าวว่า ตามรัฐธรรมนูญนั้น ผู้พิพากษามีสองฐานะ คือ ฐานะเป็นข้าราชการต้องอยู่ในระเบียบวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ส่วนอีกฐานะหนึ่งนั้นผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการตุลาการ จะมีคำสั่งไปยังผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น จะสั่งให้เลื่อนคดี สั่งให้สืบพยาน หรือ สั่งให้พิพากษายกฟ้อง หรือลงโทษจำเลย ไม่ได้ นอกจากนี้ บุคคลผู้หนึ่งผู้ใดจะฟ้องผู้พิพากษา เกี่ยวกับการพิจารณาคดีเพื่อลงโทษทางวินัยโดยอ้างว่าผู้พิพากษาไม่รู้กฎหมาย พิจารณาคดี ไม่เป็นธรรม ไม่ได้ การที่รัฐธรรมนูญให้ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษา ต้องพิจารณาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายจะพิจารณานอกเหนือกฎหมายไม่ได้

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร<sup>9</sup> ได้ให้ความเห็นว่า ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาแบ่ง ได้เป็น 2 ประการ คือ

(1) ความเป็นอิสระในเนื้อหา กล่าวคือ ในการทำหน้าที่ในทางอรรถคดีของผู้พิพากษานั้น ต้องไม่อยู่ในอาณาเขตของบุคคลหรือองค์กรใด คำสั่งและคำแนะนำต่างๆ เป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยสิ้นเชิง

(2) ความอิสระในทางส่วนตัว กล่าวคือ ในการทำหน้าที่ผู้พิพากษานั้นจะต้องกระทำ โดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายหรือถูกกลั่นแกล้งภายหลัง และความอิสระในทางส่วนตัวนี้ ย่อมเป็นข้อเสริมความสมบูรณ์ของความเป็นอิสระในเนื้อหาของผู้พิพากษาซึ่งหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย

ในทางอรรถคดีผู้พิพากษามีใช้ข้าราชการที่ต้องฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาผู้ใดทั้งสิ้น แม้ในระหว่างผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งเอง เพราะผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษา อรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ<sup>10</sup> ได้กล่าวถึงความอิสระของผู้พิพากษาว่า เป็นกรณี ที่ผู้พิพากษาสามารถทำหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ โดยผู้พิพากษา มีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและทำการพิจารณาภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้นหรือกล่าวอีก นัยหนึ่งคือ ผู้พิพากษาต้องมีอิสระในการใช้ดุลพินิจในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งดุลพินิจหมายถึง อำนาจที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการภายใต้เงื่อนไขหนึ่ง หรือภายใต้สถานการณ์

<sup>8</sup> หยุด แสงอุทัย. (2511). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2511) เรียงมาตราและคำอธิบาย รัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ. หน้า 1051-1052.

<sup>9</sup> คณิต ฒ นคร. (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 86.

<sup>10</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. หน้า 28.

ตามที่เจ้าหน้าที่หรือองค์กรของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการกิจนั้นจะพิจารณาตัดสินใจดำเนินการและการพิจารณานั้นได้ใช้วิจารณญาณอย่างมีจิตสำนึกในความถูกต้อง<sup>11</sup>

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. จิรนิติ หะวานนท์ ได้ให้ความหมายว่า ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา คือ เงื่อนไขของความยุติธรรม ความยุติธรรมจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีผู้พิพากษาที่มีอิสระอย่างแท้จริงในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อปกป้องคุ้มครองประชาชน โดยในชั้นต้นควรจะต้องสร้างจิตสำนึกที่ดีในเรื่องความยุติธรรมให้บังเกิดในสังคมก่อนเพื่อที่ต่อไปประชาชนจะได้เข้ามามีส่วนร่วมในการควบคุมกระบวนการยุติธรรม ซึ่งจะส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมมีระบบที่ดียิ่งขึ้น

จากความเห็นของนักวิชาการตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า หลักความอิสระของผู้พิพากษา แบ่งแยกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้

(1) ความอิสระในเนื้อหาหรือความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ เป็นการคุ้มครองการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจากอิทธิพลภายนอกทั้งหลาย หลักความอิสระในการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษามีได้คุ้มครองผู้พิพากษาเฉพาะต่อการแทรกแซงจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่นเท่านั้น หากแต่ยังคุ้มครองผู้พิพากษาจากการแทรกแซงโดยทางอ้อมด้วย เช่น ในเรื่องการแจกสำนวนแก่ผู้พิพากษา การกำหนดระยะเวลาให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีให้เสร็จทันภายในระยะเวลาที่จำกัด ตลอดจนการกำหนดให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่นเพิ่มเติมจนไม่มีเวลาเพียงพอสำหรับพิจารณาพิพากษาคดี เพราะคำสั่งดังกล่าวเท่ากับเป็นการถดถอยอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีนั่นเอง ซึ่งอาจมีผลต่อการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา ทั้งนี้ เพราะผู้พิพากษาย่อมผูกพันตนเองเฉพาะภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น

(2) ความอิสระในทางองค์กร หรือความเป็นอิสระในการจัดองค์กรศาล ความอิสระขององค์กรตุลาการมีผลมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ความอิสระในทางองค์กร หมายความว่า อำนาจตุลาการก็ดี ศาลก็ดี หรือผู้พิพากษาก็ดี จะต้องไม่อยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ที่อยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรอื่นไม่ว่าจะโดยในข้อเท็จจริงหรือในทางกฎหมายก็ตาม

(3) ความอิสระในทางส่วนบุคคล หมายความว่า โดยหลักแล้วการถดถอยและการโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทำได้หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น เป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างถูกดำเนินการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา เป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

<sup>11</sup> ประธาน วัฒนวานิชย์. (2546). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. หน้า 323-324.

ความอิสระในทางส่วนบุคคลมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการของผู้พิพากษา ซึ่งการก่อให้เกิดผลกระทบต่อความอิสระของผู้พิพากษานั้น มิใช่เกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่มีคำสั่งโดยตรงต่อผู้พิพากษาเท่านั้น หากแต่กรณีอาจเป็นการกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาด้วยเช่นกัน หากผู้พิพากษาที่วินิจฉัยตัดสินคดีนั้นกล่าวว่าหากวินิจฉัยไปในทางใดทางหนึ่งแล้วจะเกิดผลกระทบต่อสถานะในทางตำแหน่งของผู้พิพากษา ดังนั้น ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีหลักประกันแก่ผู้พิพากษาในการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาหรือตุลาการ

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

(1) ผู้พิพากษาที่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาตัดสินคดีต่างๆ ให้ไปตามกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>12</sup> ซึ่งเป็นหลักประกันที่รัฐธรรมนูญให้ไว้แก่ผู้พิพากษาอันเป็นการรับรองว่าอำนาจตุลาการจะไม่ถูกก้าวก่ายหรือแทรกแซงโดยอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาต้องมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นของตนเองได้โดยอิสระปราศจากการแนะนำ ตักเตือน หรือชักจูง บีบบังคับต่างๆ ในการออกคำสั่งใดๆ ย่อมเป็นการต้องห้ามโดยสิ้นเชิง หลักประกันอิสระข้อนี้ คือ หลักประกันความเป็นอิสระในทางเนื้อหา

(2) การแต่งตั้งให้ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมตามกฎหมายก่อนแล้วจึงนำความกราบบังคมทูล<sup>13</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมได้เข้ามาคุ้มครองความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาตั้งแต่เริ่มแรกเพื่อมิให้อำนาจใดๆ เข้ามาแทรกแซง

(3) เมื่อผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแล้ว การพิจารณาเพื่อการโยกย้าย โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาหรือตุลาการจะกระทำมิได้ หรือการเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน การลงโทษผู้พิพากษาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม<sup>14</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นถึงหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคลของผู้พิพากษาซึ่งได้รับหลักประกันโดยรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศเพื่อมิให้เกิดความกังวลหรือหวั่นไหวต่ออำนาจใดๆ และเป็นหลักประกันว่าจะไม่ถูกโยกย้ายหรือลงโทษโดยฝ่ายบริหารเป็นอันขาด

(4) ผู้พิพากษาต้องได้รับเงินเดือนที่เหมาะสมและเพียงพอตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย<sup>15</sup> เพื่อให้ผู้พิพากษาคงความเป็นอิสระในทางส่วนตัวอยู่ได้ มิให้ต้องกังวลกับการประกอบวิชาชีพและเพื่อให้มีเวลาปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาอย่างเต็มที่

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคแรก.

<sup>13</sup> แห่งเดิม. มาตรา 220 วรรคแรก.

<sup>14</sup> แห่งเดิม. มาตรา 197 วรรคสอง มาตรา 220 วรรคสอง.

<sup>15</sup> แห่งเดิม. มาตรา 202 วรรคหนึ่ง.

ในการประชุมองค์การสหประชาชาติ (International Commission of Jurists) ว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด ครั้งที่ 6 ณ เมืองมิลาน ประเทศอิตาลี เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1985 ถึงวันที่ 6 กันยายน ค.ศ. 1985 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและการเลือกสรร การฝึกปฏิบัติงาน โดยมีอาชีพและสถานะภาพของผู้พิพากษาเพื่อเป็นแนวทางให้ประเทศสมาชิกต่างๆ นำไปใช้อย่างเสมอภาคและอย่างเหมาะสมต่อไป<sup>16</sup>

หลักการพื้นฐานดังที่จะกล่าวต่อไป กำหนดขึ้นเพื่อสนับสนุนประเทศสมาชิกในภารกิจของการวางหลักประกันและส่งเสริมความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้น ควรได้รับความสำคัญและความเคารพจากรัฐบาลภายในกรอบของแนวปฏิบัติและบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศและควรได้รับความใส่ใจจากผู้พิพากษา นักกฎหมาย คณะผู้บริหารประเทศ และสมาชิกสภานิติบัญญัติ ตลอดจนสาธารณชนโดยทั่วไปโดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

#### ความเป็นอิสระของศาล

1. ความเป็นอิสระของศาลจะต้องได้รับการประกัน โดยรัฐและจะต้องมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของประเทศนั้นๆ เป็นหน้าที่ของรัฐบาลและองค์กรอื่นๆ ทุกองค์กรที่จะต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามหลักการว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล

2. ศาลพึงตัดสินใจคดีด้วยความยุติธรรม บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและเป็นไปตามกฎหมายโดยปราศจากการคัดทอน การใช้อิทธิพลโดยมิชอบ การชักนำ การกดดัน การข่มขู่หรือแทรกแซงไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจากบุคคลใดๆ หรือเพื่อวัตถุประสงค์ใด

3. ศาลพึงมีอำนาจพิจารณาคดีทั้งปวงที่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้น กับมีอำนาจพิจารณาว่าประเด็นปัญหานั้นๆ อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลหรือไม่ ตามที่กฎหมายกำหนด

4. การแทรกแซงกระบวนการศาลหรือการทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาของศาลโดยมิชอบหรือโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายจะกระทำมิได้ แต่หลักการในข้อนี้ไม่กระทบต่ออำนาจของฝ่ายตุลาการที่จะพิจารณาคำอุทธรณ์หรือฎีกา หรืออำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่นในการลดหย่อนผ่อนโทษตามคำพิพากษาซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย

5. บุคคลทุกคนพึงมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความพิจารณาคดีโดยองค์กรที่จัดตั้งเป็นพิเศษให้ทำหน้าที่อย่างศาลนั้น หากไม่มีวิธีพิจารณาความที่ชอบธรรมรองรับก็จะกำหนดให้ทำหน้าที่แทนศาลนั้นมีได้

6. หลักการเรื่องความเป็นอิสระของศาลนั้น ได้ให้อำนาจและหน้าที่แก่ศาลเพื่อให้เกิดหลักประกันว่าการพิจารณาคดีของศาลจะเป็นไปโดยยุติธรรมและสิทธิของคู่ความจะได้รับการเคารพ

<sup>16</sup> ก้นตพรรณ จีรวงศ์ฉัตรพร. (2550). ความเป็นอิสระของศาลทหาร. หน้า 18-22.

7. เป็นหน้าที่ของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศที่จะต้องจัดสรรทรัพยากรอย่างเพียงพอในการสนับสนุนให้ศาลสามารถดำเนินบทบาทหน้าที่ได้อย่างเหมาะสม

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเข้าร่วมสมาคม

8. เพื่อให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ผู้พิพากษาหรือตุลาการย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกันกับประชาชนทั่วไปในเรื่องเสรีภาพที่จะแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการคบหาสมาคม และการชุมนุม อย่างไรก็ตาม ในการใช้สิทธิดังกล่าวนี้ผู้พิพากษาจะต้องดำรงตนอยู่เสมอในทางที่จะรักษาเกียรติภูมิของศาล ความยุติธรรม และความเป็นอิสระของศาล

9. ผู้พิพากษาทุกคนมีอิสระที่จะจัดตั้งและเข้าร่วมสมาคมของผู้พิพากษาหรือองค์กรอื่นๆ ที่เป็นตัวแทนวิชาชีพ หรือที่สนับสนุนด้านการฝึกอบรมทางวิชาชีพ และการรักษาความเป็นอิสระของศาล

คุณสมบัติ การคัดเลือก และการฝึกอบรม

10. ผู้ที่จะได้รับคัดเลือกให้ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาพึงเป็นผู้ที่มีความซื่อสัตย์สุจริตและมีความสามารถพร้อมด้วยคุณวุฒิหรือการฝึกอบรมที่เหมาะสมทางกฎหมาย วิธีการคัดเลือกขององค์กรศาลจะต้องมีมาตรการที่ป้องกันการแต่งตั้งที่มีความมุ่งหมายในทางที่มิชอบ ในการคัดเลือกผู้พิพากษาจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นๆ แหล่งกำเนิดทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะภาพ อย่างไรก็ตาม กรณีข้อกำหนดว่าผู้ที่จะได้รับการคัดเลือกให้ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาจะต้องเป็นบุคคลสัญชาติของประเทศนั้น ไม่ให้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

เงื่อนไขของการปฏิบัติงานและวาระในการดำรงตำแหน่ง

11. วาระการดำรงตำแหน่ง ความเป็นอิสระ ความมั่นคง ค่าตอบแทนที่พอเพียง เงื่อนไขของการปฏิบัติงาน บำเหน็จบำนาญ และกำหนดเวลาเกษียณอายุของผู้พิพากษาจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย

12. ผู้พิพากษาไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งหรือเลือกตั้งจะต้องได้รับหลักประกันในเรื่องของวาระการดำรงตำแหน่งจนกระทั่งเกษียณอายุราชการหรือครบกำหนดเวลาตามตำแหน่งนั้นแล้วแต่กรณี

13. ในกรณีที่มิระบบการให้ความดีความชอบหรือเลื่อนตำแหน่งของผู้พิพากษานั้น การให้ความดีความชอบหรือเลื่อนตำแหน่งดังกล่าวต้องเป็นไปตามเหตุผล โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องคำนึงถึงเรื่องความสามารถ ความซื่อสัตย์สุจริต และประสบการณ์

14. การมอบหมายหรือถ่ายโอนงานคดีภายในศาล ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์การบริหารภายในของศาล

### ความลับและความคุ้มกันทางวิชาชีพ

15. ศาลพึงยึดถือหลักการเรื่องการรักษาความลับที่ได้มาโดยวิชาชีพ ซึ่งหมายถึงข้อมูลที่เป็นความลับที่ได้มาจากการปรึกษาหารือภายในและมีใช้ได้มาจากการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย นอกจากนี้ ศาลจะถูกบังคับให้ต้องให้การเกี่ยวกับความลับที่ได้มาโดยวิชาชีพดังกล่าวนั้นมิได้

16. ผู้พิพากษาพึงได้รับการคุ้มกันมิให้ถูกฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของศาลซึ่งถูกอ้างว่ามีการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติโดยไม่ถูกต้องสมควร แต่ทั้งนี้ไม่กระทบต่อหลักเกณฑ์เรื่องการดำเนินการทางวินัย หรือสิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกา หรือการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากรัฐตามที่กฎหมายกำหนด

17. กรณีที่มีการดำเนินคดีหรือร้องเรียนกล่าวหาผู้พิพากษาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในศาลหรือในวิชาชีพนั้นจะต้องได้รับการพิจารณาอย่างรวดเร็วและด้วยความเป็นธรรมภายใต้วิธีพิจารณาที่เหมาะสม ผู้พิพากษาที่ถูกดำเนินคดีหรือร้องเรียนดังกล่าวพึงมีสิทธิได้รับการไต่สวนอย่างเป็นธรรม การสอบสวนข้อเท็จจริงเบื้องต้นเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวพึงเป็นการลับ เว้นแต่ จะได้รับการร้องขอจากผู้พิพากษาผู้นั้นเป็นอย่างอื่น

18. ผู้พิพากษาจะถูกพักงานหรือถอดถอนได้เฉพาะกรณีที่ไร้ความสามารถ หรือมีความประพฤติไม่เหมาะสมกับการปฏิบัติงานในหน้าที่

19. การดำเนินการทางวินัย การพักงาน หรือการถอดถอนจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานของการปฏิบัติของศาล

20. คำวินิจฉัยชี้ขาดกรณีการดำเนินการทางวินัย การพักงาน หรือการถอดถอนพึงมีการอุทธรณ์ได้ อย่างไรก็ดี หลักการนี้มีให้นำมาใช้กับกรณีที่เป็นการพิพากษาของศาลสูงสุด ตลอดจนกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าด้วยกระบวนการถอดถอน

ดังนั้น หลักเกณฑ์พื้นฐานที่องค์การสหประชาชาติได้กำหนดมาตรฐานในเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้ นั้น ได้ให้ความสำคัญแก่ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอย่างเต็มที่ เพื่อให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง

## 2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค (Principle of Equality)

หลักความเสมอภาค ถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่นๆ อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น และขณะเดียวกันก็ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคนี้เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจ โดยการใช้อำนาจของรัฐแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งรัฐต้องสามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดรัฐจึงกระทำการอันก่อให้เกิด

ผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น โดยเฉพาะ หากการให้เหตุผลไม่อาจรับฟังได้แสดงว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้นเป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้น หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักการสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและสามารถนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐได้ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ

หลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพ เนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอกันทุกผู้ทุกคน แต่หากเสรีภาพใช้ได้เพียงบุคคลบางคนเท่านั้น ในขณะที่บางคนเข้าถึงไม่ได้ ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามีเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เกิดเสรีภาพขึ้นได้จริง ดังนั้น หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (Equality before the law) จึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้

หลักความเสมอภาค คือหลักการที่ว่า ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน<sup>17</sup> โดยเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคที่ดีที่สุดคือ ประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ซึ่งตราขึ้นภายหลังการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1789 โดยบัญญัติรับรองไว้ถึง 3 มาตรา ได้แก่

มาตรา 1 “มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมาย การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้ก็แต่เพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวม”

มาตรา 6 “กฎหมายคือการแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกัน...กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย และได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องศักดิ์ศรี สถานะและงานภาครัฐ ความสามารถโดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพรสวรรค์ของแต่ละคน”

มาตรา 13 “เพื่อทำนุบำรุงกองทัพและเพื่อรายจ่ายในการดำเนินงานของรัฐจำเป็นที่จะต้องเก็บภาษี ซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกันสำหรับพลเมืองทุกคน โดยคำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน”

จากสาระสำคัญอันเป็นข้อห้ามการเลือกปฏิบัติอันนำมาสู่หลักความเสมอภาคเบื้องต้น กฎหมายนั้น ประเทศต่างๆ ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาเป็นพื้นฐานอันนำไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยได้ระบุไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บทในการปกครอง

<sup>17</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2543, มิถุนายน). “หลักความเสมอภาค.” วารสารนิติศาสตร์, 30, 2. หน้า 165.

ประเทศ ซึ่งจากผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงทำให้หลักแห่งความเสมอภาค มีผลผูกพันองค์กรของรัฐให้ต้องปฏิบัติตาม และปัจจุบันรัฐธรรมนูญเกือบทุกประเทศทั่วโลก ได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างแข็งขัน<sup>18</sup>

นอกจากนี้ ยังมีเอกสารระหว่างประเทศหลายฉบับที่ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาค ไว้เช่นกัน เช่น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant of Civil and Political Rights) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development) โดยได้ระบุหลักเกณฑ์การไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลทุกคน ไว้ดังนี้

<sup>18</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับ ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958

มาตรา 11 “ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่แบ่งแยกมิได้เป็นของประชาชน เป็นประชาธิปไตยและเป็นของสังคม สาธารณรัฐรับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชนโดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิดเชื้อชาติ หรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย”

รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมนี ฉบับลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 มาตรา 3

“1. มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย  
2. ชายและหญิงมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย รัฐผู้คนที่จะต้องดำเนินการให้มีความเสมอภาคอย่างแท้จริงระหว่างหญิงและชาย และจะต้องดำเนินการให้ยกเลิกอุปสรรคที่ดำรงอยู่  
3. บุคคลย่อมไม่ถูกเลือกปฏิบัติหรือมีอภิสิทธิ์เพราะเหตุในเรื่องเพศ ชาติกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ชาติ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อ หรือความคิดเห็นในทางศาสนาหรือในทางการเมือง บุคคลย่อมไม่ถูกแบ่งแยกด้วยเหตุเพราะความพิการ”

รัฐธรรมนูญอิตาลี ฉบับลงวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 1947

มาตรา 3 “พลเมืองทุกคนมีศักดิ์ศรีทางสังคมอย่างเดียวกันและเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมายโดยปราศจากการแบ่งแยกเพราะเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สภาพร่างกายหรือสภาพทางสังคม เป็นหน้าที่ของสาธารณรัฐที่จะต้องขจัดอุปสรรคทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคมที่ขัดขวางต่อการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงของผู้ใช้แรงงานในองค์กรทางการเมือง เศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ ทั้งนี้ ภายใต้ข้อจำกัดที่ไม่กระทบต่อเสรีภาพและความเสมอภาคของพลเมือง”

รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐออสเตรีย ฉบับลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1920 มาตรา 7

“1. พลเมืองของสหพันธรัฐทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย อภิสิทธิ์จากการเกิด เพศ สภาพร่างกาย ชนชั้น ศาสนาไม่อาจมิได้ บุคคลย่อมไม่ถูกกีดกันเพราะความพิการ สาธารณรัฐผู้คนที่จะต้องคุ้มครองความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อคนพิการและบุคคลธรรมดาทั่วไปในทุกแง่มุมของชีวิตประจำวัน

2. สหพันธรัฐ มลรัฐและเทศบาลรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงมาตรการที่มุ่งส่งเสริมความเสมอภาคดังกล่าวย่อมได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามาตรการเหล่านั้นต้องการขจัดความไม่เสมอภาคที่ดำรงอยู่...”

## 1. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ลงมติยอมรับและประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948<sup>19</sup> ซึ่งถือเป็นวันสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติตั้งแต่นั้นมา โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948<sup>20</sup> นี้ได้กำหนดเรื่องหลักความเสมอภาคไว้ในหลายข้อ เช่น

ข้อ 1 “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาอิสระและเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิทุกคนได้รับการปฏิบัติปราศจากเหตุผลและมโนธรรมและควรปฏิบัติเท่าเทียมกันอย่างจืดจางนี้”

ข้อ 2 “บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้ โดยไม่มี การจำแนกความแตกต่างในเรื่องใด เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด นอกจากนี้การจำแนกข้อแตกต่างโดยอาศัยฐานแห่งสถานะทางการเมือง ทางคุณาหรือทางเรื่องระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนซึ่งบุคคลสังกัดจะทำมิได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าดินแดนดังกล่าวจะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดแห่งอธิปไตยอื่นใด”

ข้อ 7 “ทุกๆ คนต่างเสมอกันในกฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ทุกคนชอบที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอหน้าจากการเลือกปฏิบัติใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และต่อการขู่งส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น”

ข้อ 10 “บุคคลชอบที่จะเท่าเทียมกันอย่างบริบูรณ์ในอันที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและเปิดเผย โดยศาลที่เป็นอิสระและไร้อคติในการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตลอดจนข้อที่ตนถูกกล่าวหาใดๆ ทางอาญา”

## 2. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant of Civil and Political Rights)

สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 โดยประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

<sup>19</sup> วีระ โลจายะ. (2532). *กฎหมายสิทธิมนุษยชน*. หน้า 66.

<sup>20</sup> กุลพล พลวัน. (2538). *พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน*. หน้า 209.

โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2540<sup>21</sup> ซึ่งได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคไว้ในหลายข้อ<sup>22</sup> เช่น

ข้อ 2 (1) “รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะเคารพและให้ความมั่นใจแก่บรรดาบุคคลทั้งปวงภายในอาณาเขตของตน และภายใต้เขตอำนาจของตน ในสิทธิทั้งหลายที่ยอมรับแล้ว ในกติกาฉบับนี้ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะชนิดใดๆ เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรืออื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่นๆ”

ข้อ 14 (1) “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคในการพิจารณาของศาลและคณะตุลาการในการพิจารณาคดีอาญาซึ่งตนต้องหาว่ากระทำผิด หรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีอำนาจ มีความเป็นอิสระ และเป็นกลาง

(3) ในการพิจารณาคดีอาญา บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำผิดย่อมมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันขั้นต่ำดังต่อไปนี้

(b) สิทธิที่จะมีเวลาและได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดี และติดต่อกับทนายความที่ตนเลือกได้

(d) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าบุคคลนั้น และสิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเอง หรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายที่ตนเลือก สิทธิที่บุคคลจะได้รับแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย หากบุคคลนั้นไม่มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย ในกรณีใดๆ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม บุคคลนั้นมีสิทธิที่จะมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งมีการแต่งตั้งให้โดยปราศจากค่าตอบแทน ในกรณีที่บุคคลนั้น ไม่สามารถรับภาระในการจ่ายค่าตอบแทน

(5) บุคคลทุกคนที่ต้องคำพิพากษาลงโทษในความผิดอาญา ย่อมมีสิทธิที่จะให้คณะตุลาการระดับเหนือขึ้นไปพิจารณาทบทวนการลงโทษและคำพิพากษาโดยเป็นไปตามกฎหมาย

ข้อ 26 “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ”

<sup>21</sup> อัจฉรา ฉายากุล ชมพูนุท เจลิมศิริกุล และปิยนุช รุติพัฒนะ. (2546). พันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนของไทย. หน้า 20-22.

<sup>22</sup> กุลพล พลวัน. เล่มเดิม. หน้า 219.

### 3. ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development)<sup>23</sup>

ข้อ 6 (1) “รัฐทั้งหมด ควรร่วมมือกัน ส่งเสริม สนับสนุน และเสริมพลังให้มีการเคารพ และปฏิบัติทั่วสากลต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหมดเพื่อทุกคน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา

(2) สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานทั้งหมด แบ่งแยกไม่ได้และพึ่งพากันและกัน นอกจากนี้เป็นการสมควรเช่นกันที่จะต้องพิจารณาอย่างตั้งใจและเร่งด่วนในเรื่องการปฏิบัติตาม ส่งเสริมและคุ้มครอง สิทธิทางแพ่ง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

(3) รัฐทั้งหมด ควรดำเนินมาตรการขจัดอุปสรรคการพัฒนาที่เป็นผลมาจากความล้มเหลว ที่จะปฏิบัติตามสิทธิทางแพ่งและการเมือง รวมทั้งตามสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ตามเอกสารทางประวัติศาสตร์จะเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคได้มีวิวัฒนาการมาเป็น เวลานานแล้ว และได้กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ไว้เพื่อเป็นแนวทางให้นานาประเทศได้ระลึกถึงและ นำมาปฏิบัติเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างยิ่งกับประชาชน

หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

หลักความเสมอภาคนั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเป็นหลักการที่รัฐหรือบุคคลจะต้องปฏิบัติ ต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เท่าเทียมกันหรืออย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญ ไม่เหมือนกันให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของเรื่องนั้น ทั้งนี้ การปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญ เหมือนกันให้แตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันก็ดี ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

รัฐธรรมนูญของประเทศไทยฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้อย่าง ชัดเจนในมาตรา 30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตาม กฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะ ทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัด ต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและ เสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

<sup>23</sup> แหล่งเดิม. หน้า 164.

ตามบทบัญญัติดังกล่าว หากพิจารณาในแง่มุมมองที่ประชาชนจะได้รับการปฏิบัติจากรัฐแล้ว หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ก็คือ “สิทธิของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน” นั่นเอง ซึ่งองค์กรต่างๆ ของรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันให้เหมือนกัน

การปฏิบัติที่แตกต่างกันซึ่งจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัตินั้น พิจารณาได้ดังนี้

1. ข้อเท็จจริงเป็นที่ประจักษ์ว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน
2. ความแตกต่างกันนั้นไม่มีเป้าหมายใดๆ เช่น ไม่มีวัตถุประสงค์ที่สามารถกล่าวอ้างถึงความชอบธรรมต่อการที่ต้องปฏิบัติให้แตกต่างกันได้

3. ความแตกต่างไม่มีสัดส่วนที่สมเหตุสมผลระหว่างเป้าหมายที่ต้องการกับวิธีการใช้

4. การปฏิบัติที่แตกต่างนั้นเป็นวิธีการชั่วคราวมิใช่จะดำรงตลอดไป

การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่ไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค<sup>24</sup>

หลักความเสมอภาคไม่ได้เรียกร้องให้รัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเดียวกันทุกคน ในทางตรงข้ามหลักความเสมอภาคกลับเรียกร้องให้รัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่รัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นอย่างเดียวกัน การปฏิบัติที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันจะต้องมีเหตุผลที่สามารถรับฟังได้จึงจะทำให้การเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการปฏิบัติที่เป็นธรรมและไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาค ซึ่งการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมอาจเกิดจากกรณีดังต่อไปนี้

1. การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่เกิดจากสถานะภาพของเรื่องที่แตกต่างกัน

สถานการณ์หรือสภาพของเรื่องที่แตกต่างกัน หมายความว่า ในเรื่องเดียวกันสถานการณ์เดียวกันหรือในสภาพเดียวกัน บุคคลทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน หากไม่ใช่สถานการณ์เดียวกันหรือสภาพอย่างเดียวกัน องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐอาจปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นให้แตกต่างกันได้ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายหรือการตีความกฎหมาย เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น กรณีตามมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กำหนดให้บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยอมให้รัฐออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมากกว่าเอกชนทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจรรยาบรรณ เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นมีสถานะทางกฎหมายสองสถานะในขณะเดียวกัน คือ ในฐานะที่เป็นบุคคลโดยทั่วไปที่สามารถมีสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

<sup>24</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์. เล่มเดิม. หน้า 167-171.

ทุกประการเหมือนกับบุคคลทั่วไป อีกสถานะหนึ่ง คือ เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐเมื่ออยู่ในสถานะนี้บุคคลเหล่านี้จึงอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมากกว่าบุคคลทั่วไป ในกรณีเช่นนี้จึงอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการ เช่น ถูกจำกัดสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือการจัดตั้งพรรคการเมือง เว้นแต่จะลาออกจากตำแหน่งดังกล่าว เป็นต้น

2. การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเกิดจากความจำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ

การปฏิบัติต่อบุคคลตามหลักความเสมอภาคนั้นย่อมต้องคำนึงถึงเรื่องประโยชน์สาธารณะเหนือประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์ของปัจเจกชน ดังนี้จะอ้างหลักความเสมอภาคในการใช้กฎหมายเพื่อมาคุ้มครองปัจเจกชนนั้นไม่ได้ เช่น ในกรณีที่มีความไม่สงบเกิดขึ้นในบ้านเมืองทางการจำเป็นต้องใช้มาตรการบางอย่างเพื่อก่อให้เกิดความสงบสุขกลับมาสู่บ้านเมืองโดยเร็วที่สุด และการใช้มาตรการดังกล่าวนั้นสะท้อนให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติและการเคารพต่อหลักความเสมอภาคผู้ที่ได้รับเดือดร้อนจากการกระทำดังกล่าวจะอ้างหลักความเสมอภาคต่อรัฐไม่ได้

3. การอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อไม่ต้องเคารพต่อหลักความเสมอภาคนั้น จะต้องไม่เป็นการก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้

การอ้างประโยชน์สาธารณะในการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นแม้จะถือว่าเป็นการกระทบต่อหลักความเสมอภาคและก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี การกระทำดังกล่าวนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ ถ้าเป็นเช่นนี้แล้วก็ไม่สามารถใช้กฎหมายดังกล่าวได้ การแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้นั้นที่เห็นได้ชัดก็คือการแบ่งแยกที่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เช่น การแบ่งแยกในเรื่องแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เป็นต้น

4. การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ในสังคม

การเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่หรือการปฏิบัติทางบวก คือ การดำเนินการตามกฎหมายที่แตกต่างกันในลักษณะชั่วคราวที่ผู้มีอำนาจกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและยกระดับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่น เพื่อส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น

ประเภทของหลักความเสมอภาค สามารถแบ่งได้ ดังนี้<sup>25</sup>

<sup>25</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 159-161.

1. ความเสมอภาคทั่วไปหรือความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality before the Law) หมายความว่า บุคคลไม่ว่าจะมีฐานะทางกฎหมายอย่างไรก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน สถานะทางกฎหมายไม่ก่อให้เกิดเอกสิทธิ์แก่บุคคลเหล่านั้นแต่อย่างใด เช่น ถ้าหากทนายทำสิ่งผิดกฎหมาย ทนายคนนั้นก็ต้องรับโทษเช่นเดียวกับกรณีที่บุคคลธรรมดาทั่วไปกระทำความผิด การเป็นทนายไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ทนายที่จะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่กรณีดังกล่าวจะเข้าเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุยกเว้นความผิดตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายจึงเป็นหลักการเสมอภาคทั่วไปที่บุคคลอาจเรียกร้องจากรัฐเพื่อให้ปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างเท่าเทียมกัน

ดังนั้น หลักความเสมอภาคทั่วไปหรือหลักการเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายจึงมีความหมายอยู่ 2 นัย คือ

(1) เมื่อมีการกระทำความผิดทุกคนจะต้องมีความรับผิดชอบเท่าเทียมกัน โดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งเป็นความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายในทางสาระบัญญัติ

(2) การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดจะต้องมีความเท่าเทียมกัน โดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งเป็นความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายในทางวิธีพิจารณาความ<sup>26</sup>

2. หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง หมายถึง กฎหมายได้บัญญัติถึงความเสมอภาคในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น

(1) ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม หมายความว่า เมื่อมีกรณีที่ต้องใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล บุคคลทุกคนที่ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถที่จะนำคดีเข้าสู่การพิจารณาในศาลที่มีเขตอำนาจได้อย่างเท่าเทียมกัน และได้รับการพิจารณาตามกระบวนการพิจารณาอย่างเดียวกัน ผู้ใดจะร้องขอให้จัดตั้งศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีของตน โดยเฉพาะไม่ได้ แต่กรณีก็มีข้อยกเว้นคือ กรณีการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ให้อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเพียงศาลเดียว และเมื่อศาลได้พิจารณาพิพากษาแล้วให้เป็นที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์ฎีกาไปยังหน่วยงานใดได้อีก

(2) ความเสมอภาคในการเข้าทำงานในภาครัฐ หมายความว่า บุคคลทุกคนที่เป็นคนไทยที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน หรือตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม หรือตามกฎหมายอื่นที่กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะเข้าทำหน้าที่ในภาครัฐ บุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะสมัครเข้ารับราชการได้ โดยทั่วไปแล้วกระบวนการคัดเลือกที่จะดำเนินการ โดยมีการสอบแข่งขันกันเพื่อพิจารณาความรู้ความสามารถของ

<sup>26</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2545). คำอธิบายการดำเนินคดีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง. หน้า 29.

บุคคล การนำหลักเกณฑ์อื่นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานอกจากพิจารณาจากความรู้ความสามารถของบุคคล จึงเป็นกรณีที่อาจขัดกับหลักความเสมอภาค

(3) ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง พิจารณาทั้งกรณีของบุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้งและบุคคลผู้มีสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง หมายความว่า บุคคลทุกคนที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมมีสิทธิเลือกตั้งและสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งอย่างเท่าเทียมกัน

(4) ความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ ซึ่งเป็นความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ ได้แก่ ความเสมอภาคในการชำระภาษีให้แก่รัฐมากขึ้นน้อยตามความสามารถของแต่ละบุคคล

(5) ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ เช่น บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเสมอภาคกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐาน หรือบุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ หลักพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อผู้ใช้บริการของบริการสาธารณะทั้งหลาย

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุกๆ เรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งและบุคคลทุกๆ คนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก

ความผูกพันขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต่อหลักความเสมอภาค<sup>27</sup>

โดยหลักทั่วไปแล้ว หลักความเสมอภาคย่อมผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหมด หรือผูกพันทั้งทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ในการที่ต้องให้สิทธิแก่บุคคลที่จะได้รับผลการปฏิบัติอย่างเสมอภาค ดังนี้

#### 1. ความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติต่อหลักความเสมอภาค

ความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติต่อหลักความเสมอภาคนั้น เป็นไปตามหลักความเสมอภาคในการบัญญัติกฎหมายหรือที่เรียกว่า “ความเสมอภาคของกฎหมาย” ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายที่ต้องบัญญัติกฎหมายให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง อย่างไรก็ตาม แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติ

<sup>27</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 143-153.

กฎหมายในลักษณะที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปก็ตามแต่ก็อาจนำไปสู่การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้ เนื่องจากการที่จะต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันนั้นไม่อาจพิจารณาได้อย่างแน่นอนในหลายๆ กรณีที่เกิดขึ้น ดังนั้น จึงต้องมีการตรวจสอบว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้น โดยเคารพหลักความเสมอภาคและถูกนำไปปฏิบัติอย่างเสมอภาคกัน ทั้งนี้ ต้องให้ความอิสระแก่การใช้ดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดลักษณะสำคัญของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน โดยการเปรียบเทียบสาระสำคัญของแต่ละกรณีในการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญให้เหมือนกันและปฏิบัติต่างกัน ในสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกัน จึงเป็นผลให้การตรวจสอบจะทำได้เฉพาะกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจดุลพินิจเกินขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ตาม การละเมิดหลักความเสมอภาคอาจเกิดได้จากการประเมินสาระสำคัญของข้อเท็จจริงผิดพลาดจนนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างกันในข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน หรือปฏิบัติเหมือนกันในข้อเท็จจริงที่ต่างกัน กรณีนี้หากขาดเหตุผลที่อาจรับฟังได้ การกำหนดของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาค

นอกจากนี้ยังมีหลักสำคัญประการหนึ่งในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องตระหนักเป็นพิเศษคือ ระบบกฎหมาย กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานในเรื่องนั้นๆ โดยต้องพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ว่าต้องมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้แล้ว

## 2. ความผูกพันของฝ่ายบริหารต่อหลักความเสมอภาค

การกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

(1) การกระทำในลักษณะที่เป็นการออกกฎหมายลำดับรอง ซึ่งได้แก่การออกกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศต่างๆ

(2) การกระทำในลักษณะที่มีผลเป็นการเฉพาะรายหรือเฉพาะบุคคล

การกระทำของฝ่ายปกครองในลักษณะการออกกฎหมายลำดับรองต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจและอยู่ภายในกรอบของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ หากการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บทก็ย่อมถือว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค เว้นแต่กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจนั้นเองที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

ส่วนกรณีการกระทำของฝ่ายปกครองในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายนั้น โดยหลักการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่มีผลเป็นเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลเท่านั้น ดังนั้นการกระทำของฝ่ายปกครองจะละเมิดหลักความเสมอภาคได้ก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติต่อกรณีเฉพาะที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกันให้แตกต่างกัน โดยการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนี้อาจเกิดขึ้นได้สองกรณี คือ กรณีแรกเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง

ในการใช้ดุลพินิจในการเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่ง กรณีที่สองเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดอำนาจดุลพินิจให้เจ้าหน้าที่เลือกปฏิบัติ กล่าวคือ มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหรือไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติ หากไม่ได้มีการดำเนินการตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนก็จะเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาคในลักษณะที่เป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ได้

ขอบเขตดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักความเสมอภาคนั้น ถือเป็นข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยการใช้ดุลพินิจนั้นต้องผูกพันต่อการปฏิบัติที่ผ่านมาซึ่งเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกัน เว้นแต่จะมีเหตุผลที่สามารถแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจแตกต่างจากที่เคยปฏิบัติมา

หากเกิดกรณีละเมิดหลักความเสมอภาคของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองไม่ยึดถือหลักการปฏิบัติเช่นเดียวกันในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกัน โดยไม่มีเหตุผลอันอาจรับฟังได้ บุคคลผู้ได้รับการกระทบสิทธิอาจโต้แย้งการกำหนดภาระแก่บุคคลนั้นหรืออาจเรียกร้องประโยชน์จากฝ่ายปกครอง หากกรณีการให้ประโยชน์นั้นขัดหลักความเสมอภาค

### 3. ความผูกพันของผู้พิพากษาหรือตุลาการต่อหลักความเสมอภาค

ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อหลักความเสมอภาคนั้น อาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 3 ประการ คือ

(1) ความเสมอภาคของประชาชนต่อการเข้าถึงศาล โดยประชาชนมีสิทธิที่จะโต้แย้งและฟ้องร้องการกระทำของรัฐ อันเป็นสิทธิที่รับรองคุ้มครองให้ประชาชนสามารถฟ้องศาลได้ นอกจากนี้ยังรวมถึงการนำบรรดาข้อพิพาทระหว่างประชาชนด้วยกันขึ้นสู่ศาลได้โดยไม่มีข้อจำกัด ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายวิธีพิจารณาความของเรื่องนั้นๆ

(2) ความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาล โดยประชาชนมีความเท่าเทียมกันในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาลซึ่งเป็นไปตาม “หลักการรับฟังคู่ความ” โดยในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นต้องเปิดโอกาสให้แก่คู่กรณีข้อต่อสู้ของตนขึ้นกล่าวอ้างในคดีได้ และศาลต้องเปิดโอกาสอย่างเท่าเทียมกันในการรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่าย และต้องให้ความสำคัญแก่บุคคลผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยว่าเป็นประธานแห่งคดีหรือบุคคลสำคัญในคดี หากกระบวนการพิจารณาคดีดำเนินการโดยไม่คำนึงถึงหลักการดังกล่าวจะถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนการอันขัดกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และยังขัดกับความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาลด้วย

(3) ความเสมอภาคในการใช้กฎหมายโดยศาล เป็นความผูกพันของผู้พิพากษาต่อกฎหมายต่างๆ อย่างเท่าเทียมกันในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยหลักดังกล่าวเป็นข้อห้ามมิให้ศาลใช้อำนาจโดยอำเภอใจ

หลักความเสมอภาคในการใช้กฎหมายโดยศาลนั้น เป็นความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิ โดยพิจารณาในทางสารบัญญัติ รูปแบบของความเสมอภาคดังกล่าวแบ่งเป็น 3 รูปแบบ

1) บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันกับการไม่ทำให้กฎหมายให้แตกต่างกันไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างกันไปจากบทบัญญัติของกฎหมายอันเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ รัฐต้องดำเนินการให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ

2) บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันกับการใช้บทบัญญัติของกฎหมาย หมายความว่า บุคคลมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐใช้กฎหมายที่ตรงกับกรณีของตน กรณีนี้อาจเป็นกรณีเรียกร้องให้รัฐยอมรับการผูกพันตนเองอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงลักษณะพิเศษของกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

3) การมีสิทธิในการเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันกับการใช้ดุลพินิจอย่างไม่มีข้อบกพร่อง กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องว่ากรณีที่ต้องมีการใช้ดุลพินิจจากศาล ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจนั้นโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆ

(4) การตรวจสอบกฎหมายตามหลักความเสมอภาค

การพิจารณาว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งละเมิดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ จะต้องตรวจสอบในประเด็นต่อไปนี้

1) กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันสำหรับข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนกันหรือไม่

2) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นอาจให้เหตุผลตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ โดยมีข้อที่ต้องพิจารณาในการตรวจสอบดังนี้

1. การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นไปตามขั้นตอนกระบวนการของการบัญญัติกฎหมายหรือไม่

2. กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ สอดคล้องกับหลักเงื่อนไขการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาหรือไม่ กล่าวคือ กฎหมายฉบับนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดสิ่งอันเป็นสาระสำคัญเอง โดยมีได้มอบให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง

3. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

3.1 การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

3.2 ในกรณีของเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ หรือไม่

เช่น การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ หรือ การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ หรือตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

#### 4. การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค มีการตรวจสอบ ดังนี้

4.1 ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีความชัดเจนต่อความแตกต่างที่ปรากฏในทางข้อเท็จจริง อย่างสมบูรณ์และปราศจากความผิดพลาด และจะต้องประเมินพื้นฐานที่ถูกต้องเป็นจริงนั้นโดยเจตจำนง ของฝ่ายนิติบัญญัติเองในการกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันการกำหนดกลุ่มบุคคลที่จะ ใช้ในการเปรียบเทียบหรือการกำหนดลักษณะขององค์ประกอบ ย่อมขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายของ กฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ

4.2 ความเหมือนกันหรือความแตกต่างกันของเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่น่าไปสู่การบัญญัติ กฎหมายนั้นจะต้องมีการประเมินภายในขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไป และหากมีการกำหนดให้ แยกต่าง ความแตกต่างนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้แล้ว ซึ่งเป็นไปตาม “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป” โดยหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีความสำคัญต่อการประเมิน ตามความเสมอภาคคือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังรวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่ได้รับหลักการมาจากรัฐธรรมนูญ

4.3 นอกเหนือจาก “หลักความสอดคล้องกับกฎหมายทั่วไป” แล้วกฎเกณฑ์ของ กฎหมายในเรื่องนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เฉพาะของกฎหมายในเรื่องนั้นๆด้วย หรือที่ เรียกว่า “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายเฉพาะเรื่อง”

4.4 การตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายต้องอยู่บนพื้นฐานของ ความสอดคล้องกันของระบบกฎหมายและต้องสอดคล้องกับความคิดพื้นฐาน และทำให้แต่ละ องค์ประกอบของกฎหมายนั้นมีผลในทางปฏิบัติ

#### 5. องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือไม่

จากหลักเกณฑ์ของหลักความเสมอภาคที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นถือได้ว่าหลักความเสมอภาค เป็นหลักเกณฑ์อันสำคัญยิ่งประการหนึ่งที่จะทำให้การใช้สิทธิเสรีภาพบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ กฎหมายได้รับรองและคุ้มครอง โดยจะก่อให้เกิดการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันของประชาชน ทุกคน และเกิดความยุติธรรมแก่ทุกกรณีจากการที่รัฐมีความผูกพันที่ต้องออกกฎเกณฑ์มาใช้กับ ประชาชน การบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่ออกมานั้นกับประชาชน และการเยียวยาสิทธิให้แก่ประชาชน ทั้งนี้ การที่จะบรรลุผลตามหลักความเสมอภาคได้นั้นย่อมต้องอาศัยความเข้าใจและตระหนักในสิทธิ ของประชาชนในการกล่าวอ้างถึงหลักความเสมอภาคต่อรัฐ และขณะเดียวกันองค์กรของรัฐก็ต้อง

ปฏิบัติต่อประชาชนโดยเคารพหลักความเสมอภาคเป็นสำคัญ จึงจะทำให้หลักความเสมอภาคเกิดผลในทางปฏิบัติได้

ตามแนวคิดหลักความเสมอภาคนั้น จะเห็นได้ว่าความเสมอภาคมีความสำคัญอย่างยิ่งทั้งในมาตรฐานสากลที่ได้กล่าวไว้เพื่อปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเสมอภาคกันและไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ หรือหากมีความจำเป็นที่ต้องปฏิบัติแตกต่างกันออกไปนั้นก็ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน และกฎหมายนั้นจะต้องตราโดยชอบ ดังนั้นภายใต้กฎหมายเดียวกันหรือในสถานการณ์เดียวกันนั้นบุคคลจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคในขณะเดียวกันหากได้พิจารณาบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว ถือว่าเป็นหลักคุ้มครองความเสมอภาคทางกฎหมายที่ห้ามมิให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่มีสถานะเดียวกันโดยไม่มีเหตุสมควร

หลักความเสมอภาคนั้น แม้จะเป็นหลักการที่มักกล่าวกันในกฎหมายมหาชน แต่ก็นำมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำผิดไม่ว่าจะเป็นใครก็ต้องถูกดำเนินคดีและได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอภาคกัน เว้นแต่กรณีมีความคืบกัน เช่น ความคุ้มกันแห่งประมุขของรัฐ<sup>28</sup> ความคุ้มกันทางการทูต ความคุ้มกันของสมาชิกรัฐสภา<sup>29</sup> เป็นต้น

สรุปได้ว่า “หลักความเสมอภาค” เป็นหลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งของความยุติธรรมในรัฐเสรีประชาธิปไตยนอกจาก “หลักความอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการ” ที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยหลักความเสมอภาคนี้นี้เรียกร้องให้มีการปฏิบัติต่อสิ่งๆ ที่เหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันในขณะเดียวกันก็ไม่ปฏิเสธการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างกัน โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือเป็นการมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่แต่ต้องไม่ใช่ข้อแตกต่างที่เกินเลยขอบเขตของการยึดถือหลักความเสมอภาค ซึ่งในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะอย่างเดียวกันไม่ว่าจะเป็นทหารหรือประชาชนทั่วไป ก็จะต้องยึดหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยยึดถือ “หลักนิติรัฐ” เช่นเดียวกัน

### 2.3 หลักการกำหนดเขตอำนาจของศาล

การกำหนดเขตอำนาจศาลของแต่ละประเทศนั้นเป็นอำนาจอธิปไตยหรือนิติบัญญัติของของแต่ละประเทศ หมายความว่า รัฐจะตรากฎหมายภายในเรื่องหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการกำหนดว่าศาลภายในของตนมีเขตอำนาจในการรับฟ้องและพิจารณาพิพากษาคดีนั้นต้องตกอยู่

<sup>28</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 8.

<sup>29</sup> แห่งเดิม. มาตรา 131.

ภายใต้เกณฑ์อย่างไรบ้าง<sup>30</sup> กฎหมายของหลายประเทศอาจใช้แนวทางหรือทฤษฎีมากกว่าหนึ่งทฤษฎี ในการกำหนดเขตอำนาจศาล โดยอาจกำหนดเป็นหลักทั่วไปและข้อยกเว้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความ ยืดหยุ่นและขยายเขตอำนาจศาลให้กว้างขวางได้ โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวต่างๆ เป็นสิ่งกำหนดหรือ ตัวตัดสินในการปรับใช้กฎหมายโดยที่ศาลจะใช้จุดเกาะเกี่ยวตามอำเภอใจมิได้ จะต้องคำนึงถึงจุด เกาะเกี่ยวเสมอ โดยกฎหมายที่กำหนดเขตอำนาจศาลของแต่ละประเทศนั้นใช้หลักเกณฑ์หรือจุด เกาะเกี่ยวที่แตกต่างกันไปซึ่งการกำหนดเขตอำนาจศาลจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจรัฐเสมอ ดังนั้น การศึกษาเรื่องเขตอำนาจศาลจึงต้องศึกษาภายใต้เรื่องของเขตอำนาจรัฐ โดยหลักเกี่ยวกับเขต อำนาจรัฐที่รัฐต่างๆ ใช้ในการตรากฎหมายอาญาและลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดอาญา ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพียงบางส่วนหรือทั้งหมดนอกดินแดนของรัฐ มีดังนี้

1. หลักดินแดน (Territorial principle)
2. หลักสัญชาติ (Nationality principle)
3. หลักป้องกัน (Protective principle)
4. หลักคนชาติเป็นผู้ถูกกระทำ (Passive personality principle)
5. หลักความผิดสากล (Universal principle)

สำหรับหลักการที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดในการกำหนดเขตอำนาจรัฐ คือ หลักดินแดน และหลักสัญชาติ ส่วนหลักการป้องกันและหลักความผิดสากลนั้นก็ยังมีลักษณะในทางปฏิบัติของรัฐ จนกลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว ยกเว้นหลักคนชาติเป็นผู้ถูกกระทำความผิดเท่านั้น ที่ยังไม่ปรากฏให้เห็นถึงลักษณะจารีตประเพณีโดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

### 2.3.1 เขตอำนาจศาลตามหลักดินแดน (Territorial principle)

การใช้เขตอำนาจของรัฐเหนือดินแดนนั้น หมายถึง การใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน ของรัฐที่กฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับ ซึ่งดินแดนของรัฐนี้มีได้หมายความถึงเฉพาะพื้นดิน เพียงประการเดียว แต่รวมถึงพื้นน้ำ อากาศเหนือดินแดน และยังขยายไปในทะเลอาณาเขตซึ่งมี ความกว้าง 12 ไมล์ทะเล เมื่อวัดจากเส้นฐานด้วย ดังนั้น รัฐมีอำนาจหรือความสามารถในทางกฎหมาย ที่จะใช้อำนาจอธิปไตยของตนเหนือพื้นดิน ใต้ดิน และพื้นอากาศได้ด้วย โดยที่รัฐอื่นไม่สามารถ เข้ามาสอดแทรกได้เพราะถือเป็นกิจการที่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจภายในของรัฐ<sup>31</sup>

โดยสาระสำคัญของเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน คือ รัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ต่างๆ ภายในดินแดนของรัฐ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าบุคคลนั้นมีสัญชาติของ รัฐใดหรือทรัพย์สินนั้นเป็นของบุคคลผู้มีสัญชาติใด

<sup>30</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2553). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. หน้า 89.

<sup>31</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร. (2547). กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เล่ม 2 รัฐ. หน้า 38.

การใช้เขตอำนาจรัฐส่วนใหญ่แล้วมักจะใช้ภายในดินแดนของตนเป็นสำคัญ เพราะจุดเริ่มต้นของรัฐก็คือดินแดนภายในของรัฐ รัฐย่อมออกกฎหมายบังคับใช้ภายในดินแดนของตนเป็นหลัก แต่ก็อาจมีบางกรณีที่กฎหมายที่ใช้บังคับในดินแดนของตนเองมีผลต่อคนชาติของรัฐนั้นๆ ซึ่งโดยหลักการแล้วการออกกฎหมายบังคับใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติย่อมใช้บังคับในดินแดนของตนเสียเป็นส่วนมาก การบังคับใช้กฎหมายก็เช่นกัน เจ้าหน้าที่ทางฝ่ายบริหารโดยหลักแล้วย่อมจะบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในดินแดนของตนเท่านั้น เพราะถ้ามีการบังคับใช้กฎหมายนอกเหนือดินแดนของตนโดยฝ่ายบริหารของรัฐใดรัฐหนึ่งก็เท่ากับเป็นการละเมิดอธิปไตยของรัฐอื่น ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำผิดและจะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่เดียวกันการตัดสินใจพิพาทศาลย่อมมีอำนาจตัดสินเหนือคดีที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของตนเสียส่วนใหญ่ ดังนั้น จะเห็นได้ว่ารัฐจะใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนเสียเป็นส่วนใหญ่

การใช้เขตอำนาจของรัฐตามหลักดินแดนนั้น รัฐย่อมมีเขตอำนาจที่จะออกกฎหมายและใช้บังคับกฎหมายเหนือบุคคล ทรัพย์สินและเหตุการณ์ที่อยู่หรือเกิดขึ้นในบริเวณของตนได้โดยไม่จำกัดว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่ หรือโดยไม่จำกัดว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของคนชาติหรือไม่<sup>32</sup>

โดยเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนนี้ใช้ทั้งในกรณีของความผิดที่เริ่มขึ้นในดินแดนของรัฐนั้นแม้ว่าบางส่วนของความผิด หรือการบรรลุผลสำเร็จของการทำความผิดจะเกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐอื่นก็ตาม ซึ่งก็คือ “ทฤษฎีเขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นอัตตวิสัย” (subjective territoriality) และในกรณีที่การทำความผิดเริ่มขึ้นภายนอกดินแดนของรัฐ แต่ได้เสร็จสิ้นลงหรือบรรลุผลภายในดินแดนของรัฐนั้น ซึ่งก็คือ “ทฤษฎีเขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นภาวะวิสัย” (objective territoriality)<sup>33</sup> โดยที่ดินแดนนั้นเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญที่รัฐทุกรัฐมีอำนาจเหนือดินแดนของตนแต่เพียงผู้เดียวโดยเด็ดขาดและสมบูรณ์เต็มที่ซึ่งไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐอื่น

ดังนั้น รัฐทุกรัฐย่อมมีเขตอำนาจเหนือคดีอาญาที่มีการกระทำเกิดขึ้นในดินแดนของตนไม่ว่าผู้กระทำผิดหรือผู้เสียหายจะถือสัญชาติใดหรือแม้จะไม่มีสัญชาติใดเลย ก็ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจของรัฐนั้นเพราะการทำความผิดอาญานั้นเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐตนนั่นเอง<sup>34</sup>

<sup>32</sup> จุมพต สายสุนทร. (2552). กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. หน้า 256.

<sup>33</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช. (2551). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-8. หน้า 3-53.

<sup>34</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร. เล่มเดิม. หน้า 42.

### 2.3.2 เขตอำนาจศาลตามหลักสัญชาติ (Nationality principle)

การใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักสัญชาติ เป็นหลักการที่มีสัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวหรือเชื่อมโยง โดยสาระสำคัญของเขตอำนาจรัฐตามหลักสัญชาตินี้ ถือว่าสัญชาติเป็นสิ่งเชื่อมโยงที่ทำให้รัฐสามารถใช้เขตอำนาจของตนเหนือบุคคลซึ่งถือสัญชาติของรัฐ ตลอดจนทรัพย์สินที่มีสัญชาติรัฐ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ ณ ที่ใด ดังนั้น รัฐย่อมมีอำนาจในการตรากฎหมายที่จะบังคับกับคนชาติของตนไม่ว่าคนชาตินั้นจะอยู่ ณ ที่ใดในราชอาณาจักรหรือนอกราชอาณาจักร กฎหมายของรัฐนั้นย่อมมีผลบังคับได้กับคนชาติของรัฐนั้นได้

แต่ทั้งนี้จำเป็นต้องแยกระหว่างการใช้เขตอำนาจในการกำหนดกฎหมายและเขตอำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะเหตุว่ารัฐมีอำนาจออกกฎหมายเพื่อควบคุมการกระทำของบุคคลสัญชาติของรัฐได้ แม้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐใดก็ตาม แต่การที่จะบังคับใช้กฎหมายนั้นจะต้องปรากฏว่าผู้กระทำความผิดกฎหมายได้เข้ามาอยู่ภายในรัฐนั้นจึงจะลงโทษได้ รัฐไม่อาจส่งเจ้าหน้าที่ตำรวจไปจับกุมตัวผู้กระทำความผิดในดินแดนของรัฐอื่นได้เพราะรัฐย่อมมีอธิปไตยเหนือดินแดนของตน กรณีนี้จึงอาจต้องอาศัยความตกลงระหว่างรัฐในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและหากไม่มีความตกลงดังกล่าว รัฐซึ่งผู้กระทำความผิดอยู่ในดินแดนก็มีสิทธิที่จะตัดสินว่าจะส่งตัวผู้กระทำความผิดให้ตามคำขอของรัฐผู้ร้องขอหรือไม่

นอกจากบุคคลที่เป็นคนชาติ ซึ่งหมายถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เป็นคนชาติของรัฐแล้ว เขตอำนาจรัฐยังใช้กับอากาศยานหรือเรือด้วย เพราะอากาศยาน หรือเรือย่อมสังกัดอยู่ภายใต้รัฐใดรัฐหนึ่ง โดยถือเอาสัญชาติเป็นหลักและเป็นจุดเชื่อมโยงที่สำคัญ ดังจะเห็นได้ว่าขณะที่เรือหรืออากาศยานอยู่นอกดินแดนของรัฐเจ้าของสัญชาติ กฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาติเรือ หรืออากาศยาน ย่อมใช้บังคับเหนือเรือหรืออากาศยานนั้น การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เท่ากับเป็นการยอมรับการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลนั่นเอง

เขตอำนาจรัฐตามหลักสัญชาตินี้ได้รับการยอมรับกัน โดยทั่วไปเช่นเดียวกับเขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดน อย่างไรก็ตาม การใช้เขตอำนาจตามหลักสัญชาติก็ยิ่งกว้างขวางน้อยกว่าการใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนเล็กน้อยซึ่งเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า ในทางปฏิบัติการใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนและหลักสัญชาติมักจะซ้อนกัน ในกรณีเช่นนี้รัฐก็สามารถใช้เขตอำนาจโดยอ้างหลักดินแดนได้อยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องอ้างหลักสัญชาติในการใช้เขตอำนาจของตนอีก

อย่างไรก็ดี เนื่องจากการใช้หลักสัญชาติของผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดการขัดกันระหว่างเขตอำนาจรัฐอยู่บ่อยครั้งและอาจมีการลงโทษในความผิดเดียวกันสองครั้ง<sup>35</sup> โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีสองสัญชาติหรือเป็นกรณีที่รัฐมีเขตอำนาจขัดกันเนื่องจากรัฐหนึ่งใช้หลักดินแดน

<sup>35</sup> แหล่งเดิม. หน้า 43.

ส่วนอีกรัฐหนึ่งใช้หลักสัญชาติของผู้กระทำความผิด ทางออกจึงนิยมจำกัดขอบเขตการใช้หลักสัญชาติของผู้กระทำความผิดไว้แต่เฉพาะในคดีที่ร้ายแรงเท่านั้น

ดังนั้น เขตอำนาจศาลตามหลักสัญชาติหรือเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล เป็นหลักการที่รัฐมีเขตอำนาจเหนือผู้กระทำความผิดอาญาที่ถือสัญชาติของรัฐนั้น ไม่ว่าผู้นั้นจะอยู่ ณ ที่ใด แม้ความผิดอาญาที่คนชาตินั้นก่อขึ้นจะได้กระทำนอกดินแดนของรัฐนั้นก็ตามก็เพราะว่าคนที่ถือสัญชาติของรัฐใด ก็ย่อมเป็นคนของรัฐนั้น

### 2.3.3 เขตอำนาจศาลตามหลักป้องกัน (Protective principle)

โดยหลักแล้ว รัฐจะใช้อำนาจเหนือดินแดนของตัวเองและอำนาจเหนือคนชาติหรือสัญชาติของตน แต่ในบางกรณีนั้นรัฐจะมีอำนาจในการป้องกันความมั่นคงของรัฐโดยอาจจะลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดที่อยู่นอกอาณาจักรหรือนอกดินแดนของตนและคนที่ไม่ใช่คนชาติของตน ถ้าการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดในทางอาญายืดแต่หลักการของอำนาจรัฐเหนือดินแดนเพียงอย่างเดียว หลักการในเรื่องของเขตอำนาจเหนือดินแดนนี้ก็จะเป็นอุปสรรคต่อการปราบปรามอาชญากรรมเพราะถ้าหากว่าอาชญากรรมหรือความผิดนั้นได้ทำนอกดินแดนของรัฐแล้ว ก็ไม่มีทางที่จะปรับเอามาเป็นความผิดต่อผู้กระทำได้ ผลร้ายก็ย่อมเกิดแก่รัฐนั่นเอง ด้วยเหตุนี้จึงเกิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐในการป้องกันต่อความผิดบางประการที่ถือว่าเป็นความผิดสำคัญและคุกคามต่อความมั่นคงของประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับในนานาอารยประเทศโดยเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ จะพบบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐในการป้องกันต่อความผิดร้ายแรงอันเป็นภัยต่อความมั่นคง หลักกฎหมายดังกล่าวที่จะพบในกฎหมายอาญาของทุกๆ ประเทศ เช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับการปลอมหรือแปลงเอกสาร ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดฐานชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ที่ได้กระทำในทะเลหลวง<sup>36</sup> เป็นต้น

สาระสำคัญของขอบเขตอำนาจรัฐตามหลักป้องกัน คือ รัฐสามารถใช้เขตอำนาจของตนเหนือบุคคลผู้กระทำการอันถือได้ว่าเป็นภัยหรือกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ แม้ว่าผู้กระทำจะมีใช้บุคคลสัญชาติของรัฐและการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นภายนอกดินแดนของรัฐก็ตาม การใช้เขตอำนาจตามหลักป้องกันจึงถือเป็นเขตอำนาจของรัฐภายนอกดินแดนอย่างหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการให้เขตอำนาจเหนือการกระทำซึ่งเกิดขึ้นทั้งหมดทุกส่วนภายนอกดินแดนของรัฐ

เหตุผลที่เป็นพื้นฐานสนับสนุนการใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักการนี้มีอยู่ 2 ประการ<sup>37</sup> คือ

1. รัฐมีสิทธิในการป้องกันผลประโยชน์อันสำคัญยิ่งของตน เนื่องจากรัฐไม่อาจหวังพึ่ง

<sup>36</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7.

<sup>37</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เล่มเดิม. หน้า 3-64.

ได้อย่างแท้จริงว่ารัฐอื่นจะให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ที่สำคัญของรัฐ หรือไม่อาจคาดหวังว่ารัฐอื่นจะปกป้องผลประโยชน์ของรัฐในขอบเขตที่รัฐต้องการหรือถือว่าจำเป็น

2. ในทางปฏิบัติอาจเป็นไปได้ว่า หากรัฐไม่ใช่หลักป้องกันผู้กระทำความผิดที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ ผู้กระทำความผิดอาจหลุดพ้นจากการลงโทษไปได้ด้วยเหตุผลที่ว่า การกระทำของบุคคลต่างด้าวนั้นอาจไม่เป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่ผู้กระทำความผิดอาศัยอยู่ขณะกระทำการนั้น หรือการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดที่มีลักษณะทางการเมือง

เขตอำนาจรัฐตามหลักป้องกันนี้แตกต่างกับเขตอำนาจรัฐตามหลักความผิดสากล กล่าวคือ หลักความผิดสากลนั้นจะใช้เมื่อพิจารณาถึงความผิดบางอย่างที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในขณะที่หลักป้องกันจะครอบคลุมการกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ โดยเฉพาะเจาะจง

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตว่าเขตอำนาจรัฐตามหลักป้องกันนี้ จะใช้กับคดีอาญาเท่านั้น เพราะโดยวัตถุประสงค์แล้วต้องการเพิ่มเขตอำนาจรัฐในการป้องกันตนเองต่อความผิดบางประการ ซึ่งเป็นความผิดร้ายแรงและเป็นภัยต่อความมั่นคงและเศรษฐกิจของประเทศ

ดังนั้น เขตอำนาจรัฐตามหลักป้องกันจึงเป็นหลักที่รัฐนำมาอ้างเพื่อขยายเขตอำนาจรัฐของตนเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐตน แม้ว่าการกระทำ ความผิดนั้นจะเกิดนอกดินแดนของรัฐนั้นก็ตาม<sup>38</sup> หรือไม่ว่าผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะมีสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่<sup>39</sup>

#### 2.3.4 เขตอำนาจศาลตามหลักคนชาติเป็นผู้ถูกกระทำ (Passive personality principle)

ตามหลักคนชาติเป็นผู้ถูกกระทำเป็นการใช้เขตอำนาจของรัฐที่มีมูลฐานมาจากสัญชาติของบุคคลเช่นเดียวกับการใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักสัญชาติ แต่ก็มีความแตกต่างกันที่หลักสัญชาติจะอาศัยสัญชาติของผู้กระทำความผิดเป็นมูลฐานของเขตอำนาจรัฐ ในขณะที่หลักคนชาติเป็นผู้ถูกกระทำใช้สัญชาติของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดเป็นมูลฐานของเขตอำนาจรัฐ

สาระสำคัญของหลักคนชาติเป็นผู้ถูกกระทำนี้ คือ รัฐมีเขตอำนาจเหนือคนต่างด้าวซึ่งกระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลสัญชาติของรัฐนั้น แม้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นภายนอกดินแดนของรัฐนั้นก็ตาม

เหตุผลสนับสนุนความถูกต้องของการใช้เขตอำนาจตามหลักคนชาติเป็นผู้ถูกกระทำนี้ คือการที่แต่ละรัฐมีสิทธิที่สมบูรณ์ที่จะคุ้มครองคนชาติของตนเองในต่างแดน และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง

<sup>38</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร. เล่มเดิม. หน้า 44.

<sup>39</sup> จุมพต สายสุนทร. เล่มเดิม. หน้า 295.

หากรัฐเจ้าของดินแดนซึ่งมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเพิกเฉยหรือไม่อาจลงโทษบุคคลซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายได้ รัฐซึ่งผู้เสียหายถือสัญชาติมีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองคนชาติของตนที่ได้รับความเสียหาย หากบุคคลที่ต้องรับผิดชอบได้เข้ามาอยู่ในอำนาจรัฐนั้น โดยประเทศไทยก็มีการรับรองหลักการลงโทษคนต่างด้าวที่กระทำความผิดบางประการต่อคนไทยนอกราชอาณาจักรเช่นกัน<sup>40</sup>

ดังนั้น เขตอำนาจรัฐตามหลักคนชาติเป็นผู้ถูกระทำนี้จึงเป็นการคุ้มครองคนชาติที่ตกเป็นเหยื่อของอาชญากรต่างด้าวที่ได้กระทำความผิดอาญานอกดินแดนของรัฐ รัฐนั้นย่อมมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดดังกล่าวได้

### 2.3.5 เขตอำนาจศาลตามหลักความผิดสากล (Universal principle)

อาชญากรรมบางอย่างอาจเกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียในระดับสากล กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมที่กระทบต่อความสงบสุขของประชาคมระหว่างประเทศโดยส่วนรวม และถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายของนานาชาติ ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศจึงให้รัฐใดๆ ก็ตามสามารถใช้เขตอำนาจของตนเหนือการกระทำความผิดดังกล่าวได้ แม้ว่ากระทำความผิดนั้นได้เกิดขึ้นนอกดินแดนของรัฐหรือผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายจากการกระทำความผิดนั้นมิใช่คนชาติของรัฐก็ตาม

การกระทำความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นความผิดสากลนี้มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดต่อมวลมนุษยชาติ ดังนั้น จึงต้องถือว่าการที่รัฐใดรัฐหนึ่งลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะนี้ย่อมเท่ากับเป็นการลงโทษแทนรัฐอื่นทุกรัฐ<sup>41</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากในอดีตยังไม่มีศาลอาญาระหว่างประเทศ (The International Criminal Court : ICC) รัฐต่างๆ จึงถือปฏิบัติกันว่า ศาลของรัฐย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่เป็นความผิดสากลได้เพื่อให้มีการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดสากลได้นั่นเอง

เขตอำนาจศาลตามหลักความผิดสากล จึงเป็นหลักการที่รัฐทุกรัฐใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นความผิดสากล ไม่ว่าจะผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายจะเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐใดและไม่ว่าการกระทำความผิดนั้นจะกระทำที่ใดก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นความผิดสากลนี้มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดต่อมวลมนุษยชาติ ดังนั้น จึงต้องถือว่าการที่รัฐใดรัฐหนึ่งลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะนี้ย่อมเป็นการลงโทษแทนรัฐอื่นทุกรัฐ

<sup>40</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8 (ข) (1) – (13).

<sup>41</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร. เล่มเดิม. หน้า 45.

สำหรับทฤษฎีที่ใช้กับหลักการนี้มีอยู่ด้วยกัน 2 ทฤษฎี<sup>42</sup> คือ

1. ทฤษฎีผู้กระทำผิดอยู่ในความควบคุมของรัฐที่ทำการจับกุม ซึ่งมีเงื่อนไขว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องอยู่ในความควบคุมของรัฐที่ทำการจับกุม จึงจะลงโทษได้
2. ทฤษฎีที่ไม่คำนึงว่าผู้กระทำความผิดจะอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐหรือไม่ รัฐก็สามารถมีเขตอำนาจสากลที่จะลงโทษผู้กระทำผิดได้

เขตอำนาจรัฐตามหลักความผิดสากล เป็นเขตอำนาจรัฐในทางอาญา ซึ่งรัฐสามารถบัญญัติให้การกระทำความผิดสากลเหล่านี้เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตน ให้อำนาจจับกุมบุคคลผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาเหนือความผิดสากลนี้ได้ แม้ว่าฐานความผิดจะเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรก็ตาม

สำหรับความผิดสากลนี้ กฎหมายอาญาของแต่ละประเทศอาจจะบัญญัติไว้ไม่เหมือนกันทั้งหมด แต่โดยหลักการแล้วเหมือนกัน กล่าวคือ ความผิดสากลจะเป็นความผิดอาญาประเภทที่เป็นอันตรายต่อประชาคมระหว่างประเทศ เช่น ความผิดฐานโจรสลัด การค้าทาส การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม เป็นต้น ดังนั้น รัฐทุกรัฐจึงมีเขตอำนาจเหนือความผิดเหล่านี้

ในปัจจุบันได้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The International Criminal Court : ICC) ซึ่งตั้งอยู่ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) ได้กำหนดให้มีศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ซึ่งมีเขตอำนาจเหนือปัจเจกชนที่กระทำความผิดอันเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรง ซึ่งกระทบต่อมวลมนุษยชาติ 4 ประเภท<sup>43</sup> คือ

1. อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์<sup>44</sup> (Crimes of Genocide) หมายถึง การกระทำที่กระทำโดยมุ่งหมายที่จะทำลายชนชาติ ก่อให้เกิดอันตรายต่อชาติพันธุ์ หรือกลุ่มศาสนาใดๆ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน เช่น การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม ก่อให้เกิดอันตรายความเจ็บปวดแก่ร่างกายหรือจิตใจของสมาชิกของกลุ่ม จงใจที่จะกระทำการใดต่อเงื่อนไขหรือสภาพแห่งการดำรงชีพ อันจะทำให้ลักษณะทางกายภาพถูกทำลายไปไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน กำหนดมาตรการใดๆ ที่จงใจที่จะระงับการแพร่พันธุ์หรือสืบเผ่าพันธุ์ของสมาชิกในกลุ่ม และโดยการบังคับ โอนเด็กในกลุ่มหนึ่งไปยังอีกกลุ่มหนึ่งโดยใช้กำลัง

<sup>42</sup> แหล่งเดิม.

<sup>43</sup> อุทัย อาทิวา. (2554). คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 107.

<sup>44</sup> Rome Statute of the International Criminal Court Article 6.

2. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ<sup>45</sup> (Crimes against humanity) หมายถึง การกระทำบางลักษณะ เช่น ฆาตกรรม ทำลายล้าง การข่มขืน การใช้คนเป็นทาสทางเพศ การบังคับให้มีครรภ์ การจับเป็นทาส การทรมาน การทำให้บุคคลสูญหายโดยบีบบังคับ อาชญากรรมที่เป็นการเหยียดผิว ฯลฯ ทั้งนี้ หากได้กระทำไปโดยเป็นส่วนของการ โจมตีอย่างกว้างขวางและเป็นระบบต่อพลเรือนโดยตั้งใจ เพื่อสนองนโยบายของรัฐหรือขององค์กรอาชญากรรม ไม่จำกัดว่าจะต้องเกิดขึ้นในเวลาสงคราม เท่านั้น แต่ธรรมนูญนี้ยังขยายไปครอบคลุมถึงในเวลาสันติด้วย

3. อาชญากรรมสงคราม<sup>46</sup> (War crimes) หมายถึง

(1) การละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 กล่าวคือ เป็นการกระทำใดๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ บทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวาที่เกี่ยวข้อง การทรมาน การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม รวมทั้งการใช้ เป็นตัวทดลองทางชีววิทยา การบีบบังคับให้เชลยศึกหรือบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองเข้าร่วม ในกองกำลังของศัตรู ฯลฯ

(2) การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมาย และจารีตประเพณีที่ใช้กับความขัดแย้ง ทางกำลังทหารระหว่างประเทศ ภายในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การโจมตีหรือ การทิ้งระเบิดเมือง หมู่บ้าน ที่พักอาศัย หรือสิ่งก่อสร้างที่มีได้มีการป้องกันและมีจุดมุ่งหมาย ในทางทหาร การใช้แก๊สพิษ ยาพิษหรืออาวุธที่เป็นพิษ ฯลฯ

(3) การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ตามพิธีสารต่อท้าย ค.ศ. 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ที่ใช้กับความขัดแย้งทางกำลังทหารที่มีใช้ทางระหว่างประเทศ เช่น สงครามกลางเมือง ซึ่งขณะนี้ยังไม่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

4. อาชญากรรมรุกราน (Crimes of aggression) ด้วยเหตุที่อาชญากรรมรุกรานมีความ เกี่ยวข้องกับการเมืองระหว่างประเทศจึงยังมีปัญหาได้แย้งกันอย่างมากในการกำหนดนิยามศัพท์ของ “อาชญากรรมรุกราน” ที่ประชุมทางการทูตจึงได้ตกลงที่จะพิจารณากำหนดคำนิยามและเงื่อนไขที่ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้อำนาจศาลเหนืออาชญากรรมดังกล่าวภายหลังในการประชุมเพื่อ ทบทวนเขตอำนาจศาล

สำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่นๆ เช่น การก่อการร้าย (Terrorism) และการลักลอบ ค้ายาเสพติด (Drug trafficking) ยังมีได้ระบุไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างไรก็ตาม ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ให้โอกาสรัฐภาคีที่จะพิจารณาแก้ไข หรือเพิ่มเติม อาชญากรรม

<sup>45</sup> Ibid. Article 7.

<sup>46</sup> Ibid. Article 8.

ระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศได้อีกครั้งภายหลังจากที่  
ธรรมนูญศาลนี้มีผลใช้บังคับแล้ว 7 ปี<sup>47</sup>

เมื่อพิจารณาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว การใช้เขตอำนาจ  
ของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเพียงการช่วยเสริมให้เขตอำนาจของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญา  
สมบูรณ์ยิ่งขึ้น กล่าวคือ โดยหลักการแล้วรัฐยังคงมีเขตอำนาจเป็นอันดับแรกในการสืบสวนและ  
พิจารณาพิพากษาคดีอันเกี่ยวกับอาชญากรรมร้ายแรงที่กระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศ ทั้งนี้  
ศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจของตนเหนืออาชญากรรมตามที่ระบุไว้ในธรรมนูญกรุงโรม  
ได้ก็ต่อเมื่อ รัฐไม่เต็มใจหรือไม่สามารถดำเนินคดีแก่ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดดังกล่าว

## 2.4 แนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับศาลทหาร

การที่จะควบคุมทหารให้ปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบวินัยที่ดี มีประสิทธิภาพเชื่อฟังคำสั่ง  
ผู้บังคับบัญชาอย่างเคร่งครัด มีจิตสำนึกรักชาติ เสียสละชีวิตเพื่อชาติ และปกป้องประเทศชาติให้  
รอดพ้นจากศัตรูจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีกฎหมายของฝ่ายทหารเพื่อใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร  
ให้ปฏิบัติตามกฎหมาย ข้อบังคับ และระเบียบแบบแผนของฝ่ายทหาร การปฏิบัติต่อฝ่ายทหารที่  
กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการจับกุม สอบสวน ฟ้องร้องต่อศาล มีศาลทหารสำหรับพิจารณาพิพากษา  
ลงโทษทหารที่กระทำผิดโดยเฉพาะ ซึ่งทั้งหมดนี้ถือเป็นกระบวนการยุติธรรมทหาร โดยในกระบวนการ  
ยุติธรรมทหารนั้นมีแนวความคิดหรือมีหลักการที่สำคัญดังนี้

### 2.4.1 แนวความคิดในการปกครองบังคับบัญชาทหาร

การจัดให้มีกำลังทหารเป็นหน้าที่ของรัฐ การที่จะปกครองบังคับบัญชากำลังทหาร  
ซึ่งเป็นบุคลากรที่ใช้อาวุธร้ายแรงในการปฏิบัติราชการให้ปฏิบัติราชการไปได้โดยลุล่วงนั้น จะต้อง  
มีวิธีการปกครองโดยสายการบังคับบัญชาทางทหารและจะมีการแบ่งชั้นยศ เพื่อประโยชน์ในการ  
ปกครองบังคับบัญชา เมื่อมีการจัดการปกครองตามสายการบังคับบัญชาและมีการแบ่งชั้นยศเพื่อ  
ปกครองบังคับบัญชาแล้ว ก็จะก่อให้เกิดผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา โดยผู้บังคับบัญชามีหน้าที่  
ที่จะปกครองบังคับบัญชาผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติราชการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของทางราชการ  
ซึ่งเป็นพื้นฐานเบื้องต้นที่กองทัพของประเทศยึดถือเป็นแนวทางเพื่อบรรลุภารกิจทางทหาร ถือว่าเป็น  
“หลักเอกภาพในการบังคับบัญชา (Unity of Command)”<sup>48</sup> ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญหลักการหนึ่ง  
หลักการนี้มีฐานความคิดว่า เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทหารสามารถใช้หลักการรวมอำนาจกำลังรบอัน

<sup>47</sup> Ibid. Article 123.

<sup>48</sup> สมัยรบ สุทธิวาทนฤพุดิ. (ม.ป.ป.). “อำนาจศาลทหารในประเทศไทย.” วารสารยุติธรรม. ฉบับพิเศษ.  
หน้า 3.

ได้แก่การใช้ทรัพยากรทางทหารที่มีอยู่อย่างกระจุกกระจายได้อย่างรวดเร็ว ณ ตำบลและเวลาที่แตกหัก เพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายทางทหาร นั่นก็คือชัยชนะในการสงคราม ซึ่งแต่ละส่วนต้องมีผู้สั่งการเพียงคนเดียว ซึ่งหลักเกณฑ์ในการบังคับบัญชานี้เป็นแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งอำนาจในการกำกับดูแลวินัยของทหารผู้ใต้บังคับบัญชาโดยวางหลักเกณฑ์ไว้ว่าผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจโดยชอบที่จะดำเนินการลงทัณฑ์ได้ แต่ถ้าการกระทำความคิดนั้นมึระดับร้ายแรงเกินกว่าอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายที่จะลงทัณฑ์ได้ ก็ต้องเสนอเรื่องให้ศาลทหารเป็นผู้พิจารณาพิพากษา โดยศาลทหารนี้จะเป็นหลักประกันการบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรมให้กับผู้ใต้บังคับบัญชาที่จะทำให้การปกครองบังคับบัญชาทหารเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่ขัดกับหลักเอกภาพในการบังคับบัญชา

#### 2.4.2 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับระบบศาลทหาร

ในระบบวิธีพิจารณาความอาญาโดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นในศาลพลเรือนหรือศาลทหาร สิ่งที่เป็นหลักพื้นฐานอันจะขาดไม่ได้ประการหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาก็คือความยุติธรรมในการดำเนินคดีอาญา บุคคลที่ถูกฟ้องและลงโทษโดยศาลจะต้องได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักพื้นฐานของความยุติธรรมทางอาญา หลักการดังกล่าวถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานซึ่งได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ถ้าหลักการเหล่านี้ไม่ได้รับการปฏิบัติตาม ก็จะถือว่าการพิจารณาคดีนั้นเสียไปและมีผลเท่ากับเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม<sup>49</sup>

ศาลทหารเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารเท่านั้น ซึ่งประเทศทั่วโลกที่มีศาลทหารก็ยึดถือหลักเกณฑ์เช่นนี้เหมือนกัน โดยจะยึดถือเขตอำนาจศาลเหนือตัวบุคคลผู้กระทำความผิดมิใช่เขตอำนาจเหนือท้องที่ที่ความผิดเกิดขึ้นหรือประเภทของลักษณะความผิดที่ได้กระทำความผิด ดังนั้น ในเวลาปกติศาลทหารจึงไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พลเมืองทั่วไปกระทำความผิด ดังนั้น ในเวลาปกติศาลทหารจึงไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พลเมืองทั่วไปกระทำความผิด ส่วนในเวลาไม่ปกติ เช่น มีการรบหรืออยู่ในสภาวะที่มีศึกสงครามหรือได้ประกาศใช้กฎอัยการศึก พลเมืองทั่วไปที่กระทำความผิดทางอาญาอาจตกอยู่ในอำนาจของศาลทหารได้ ทั้งนี้ ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายของแต่ละประเทศได้บัญญัติไว้

#### 2.4.3 รูปแบบการจัดโครงสร้างในระบบศาลทหาร

รูปแบบการจัดโครงสร้างในระบบของศาลทหารมี 2 รูปแบบ คือ

(1) กระบวนการยุติธรรมทหารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมพลเรือน (Relative Military Justice)

<sup>49</sup> อุทัย อาทิวา. เล่มเดิม. หน้า 82.

ประเทศที่มีกระบวนการยุติธรรมทหารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมพลเรือน เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา เป็นต้น ประเทศต่างๆ เหล่านี้การพิจารณาพิพากษาคดีในศาลชั้นต้นจะดำเนินการกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลทหาร แต่การดำเนินการกระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาจะดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลพลเรือน ศาลสูงของศาลพลเรือนจะมีอำนาจในการตรวจสอบ และเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาของศาลทหารชั้นต้น โดยศาลทหารกลุ่มประเทศเหล่านี้จะไม่มีโครงสร้าง กำหนดเขตอำนาจ หรือระบบการวิธีพิจารณาพิพากษาคดีสำหรับเวลาสงครามหรือสถานการณ์ไม่ปกติให้แตกต่างไปจากในเวลาปกติ เนื่องจากการจัดตั้งศาลทหารของประเทศในกลุ่มนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินคดีกับทหารที่กระทำผิดในขณะที่มีการจัดกำลังทหารออกไปทำศึกสงคราม การกำหนดเขตอำนาจของศาลทหารจึงเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อใช้ในเวลาสงคราม ภายหลังจากที่มีการตั้งศาลทหารขึ้นในเวลาปกติจึงได้นำหลักเกณฑ์ของศาลทหารที่ใช้ในเวลาสงคราม มาใช้กับศาลทหารในเวลาปกติด้วย ดังนั้น การจัดโครงสร้างในเรื่องเขตอำนาจ หรือวิธีพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหารในระบบนี้ จึงมีความเสมอเหมือนกันทั้งในเวลาปกติ และในเวลาสงคราม หรือในสถานการณ์ไม่ปกติ ยังผลให้สิทธิของกลุ่มความในศาลทหารได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันทั้งในเวลาปกติ และเวลาสงคราม จะเห็นได้ว่ากลุ่มประเทศที่มีกระบวนการยุติธรรมทหารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมพลเรือน ได้ให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลที่เป็นทหารกับบุคคลพลเรือนด้วยความเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยบุคคลทั้งสองสถานะนั้นเมื่อตกเป็นจำเลยแม้ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลชั้นต้นจะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีต่างศาลกัน หากแต่เมื่อมีการใช้สิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกาแล้วจะได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลอุทธรณ์หรือศาลสูงสุดของรัฐนั้นซึ่งเป็นศาลพลเรือนเช่นเดียวกัน และยังมีการรับรองสิทธิของจำเลยในศาลทหารไว้อย่างเท่าเทียมเสมอภาคกัน ไม่ว่าจะเป็นในเวลาปกติ หรือในเวลาสงครามหรือในสถานการณ์ที่ไม่ปกติโดยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันแต่ประการใด

## (2) กระบวนการยุติธรรมทหารแบบสมบูรณ์ (Absolute Military Justice)

ประเทศที่มีกระบวนการยุติธรรมทหารแบบสมบูรณ์ เช่น ประเทศไทย ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น กระบวนการยุติธรรมในรูปแบบนี้จะมีศาลสูงในระบบของศาลทหารซึ่งเป็นศาลในสังกัดกระทรวงกลาโหม โดยศาลทหารในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกามีอำนาจตรวจสอบเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารชั้นต้นตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการอุทธรณ์หรือฎีกา นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดเขตอำนาจและวิธีพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหารในสถานการณ์ที่เป็นเวลาไม่ปกติ ในเวลาสงคราม ในเวลาที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือในเวลาประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้เป็นพิเศษ ซึ่งถ้าหากในเวลาสงครามได้มีการตั้งศาลอาญาขึ้นในยุทธบริเวณ

ศาลอาญาที่จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่เกิดขึ้นในยุทธรบริเวณได้ทุกประเภทคดี นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกอาจกำหนดให้คดีบางประเภทอยู่ในอำนาจของศาลทหารได้ ดังนั้น ในเวลาไม่ปกติ ศาลทหารอาจมีอำนาจเหนือบุคคลพลเรือนด้วย โดยที่ผู้บังคับบัญชาทหารไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงโทษ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารได้ เหมือนกับประเทศที่มีกระบวนการยุติธรรมทหารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมพลเรือน โดยประเทศที่มีรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทหารแบบสมบูรณนั้น ผู้บังคับบัญชามีแต่เพียงอำนาจในการใช้สิทธิอุทธรณ์หรือฎีกาคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารชั้นต้น หรือศาลทหารชั้นอุทธรณ์เท่านั้น อันเป็นการไม่ขัดต่อหลักของการใช้อำนาจตุลาการแต่อย่างใด ซึ่งจะต่างจากกระบวนการยุติธรรมทหารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมพลเรือนที่ผู้บังคับบัญชาทหารมีอำนาจที่จะแก้ไขคำพิพากษาของศาลทหารได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงโครงสร้างขององค์กรแล้ว ศาลทหารในประเทศที่มีกระบวนการยุติธรรมทหารแบบสมบูรณนี้อาจจะขาดความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ เนื่องจากศาลทหารนั้นยังเป็นหน่วยงานที่สังกัดอยู่ใกระทรวงกลาโหม และตุลาการของศาลทหารนั้นยังมีฐานะเป็นข้าราชการทหารภายใต้การบังคับบัญชาเหมือนกับข้าราชการทหารทั่วไป

#### 2.4.4 เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องมีศาลทหาร

ศาลทหารนั้นถือเป็นหลักสากลซึ่งนานาอารยะประเทศต่างก็มีศาลทหารโดยศาลทหารมีวิธีพิจารณาคดีที่สามารถปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ได้ ซึ่งต่างจากศาลพลเรือนที่ไม่สามารถปรับเปลี่ยนได้ ดังนั้น ในเวลาไม่ปกติ เช่น เวลาสงคราม ก็จำเป็นต้องใช้ระบบของศาลทหาร เพื่อแก้ไขสถานการณ์ของประเทศให้กระบวนการยุติธรรมของประเทศสามารถดำเนินต่อไปได้และเหมาะสมต่อสถานการณ์ในขณะนั้น ประกอบกับในเรื่องเขตอำนาจของศาลพลเรือนจะมีเขตอำนาจจำกัดอยู่แต่ในพื้นที่ตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น ในกรณีที่กองทัพต้องไปปฏิบัติการกิจหรือเข้ายึดดินแดนเข้าศึกในต่างประเทศ ศาลพลเรือนก็จะไม่สามารถติดตามกองกำลังของกองทัพไปทำหน้าที่ในการให้ความยุติธรรมได้ นอกจากนี้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศบางเรื่องได้กำหนดห้ามไม่ให้ฟ้องคดีบุคคลบางประเภทต่อศาลในระบบปกติ เช่น กรณีของเชลยศึก<sup>50</sup> เป็นต้น

อย่างไรก็ดี เห็นว่าเหตุผลและความจำเป็นอย่างหนึ่งในการมีศาลทหาร เนื่องจากการรักษาความมั่นคงของประเทศถือได้ว่าเป็นประโยชน์สูงสุด ซึ่งการรักษาความมั่นคงนั้นจำเป็นต้องพึ่งพากองกำลังทหารที่เข้มแข็ง ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าหลักการที่ถือว่าเป็นหลักการสากลอย่างหนึ่งคือหลักเอกภาพในการบังคับบัญชา หมายถึง การให้ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในการบังคับบัญชาได้ การมีศาลทหารเป็นการแสดงถึงอำนาจของผู้บังคับบัญชาทหารในการปกครองแบบรวม

<sup>50</sup> อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ข้อ 184.

อำนาจและเป็นเอกภาพ หากไม่มีศาลทหารแล้วการปกครองบังคับบัญชาจะระส่ำระสายได้ เช่น หากทหารไม่ยอมออกสนามรบเพราะออกไปก็อาจจะต้องตายในสนามรบก็ถือโอกาสกระทำความผิดอาญาเสียจะได้อาจไม่ต้องออกรบ ภาระของผู้บังคับบัญชาก็จะต้องควบคุมตัวไปส่งให้เจ้าหน้าที่บ้านเมืองเพื่อสอบสวนดำเนินคดีต่อไป ซึ่งกระบวนการยุติธรรมของฝ่ายพลเรือนก็คงจะไม่ต้องการที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องในสนามรบขณะที่มีศึกสงคราม เช่น พนักงานสอบสวนคงไม่ต้องการที่จะไปรวบรวมพยานหลักฐานในพื้นที่ที่มีการรบ ศาลพลเรือนหรือพนักงานอัยการพลเรือนก็ไม่ต้องการที่จะต้องแปรสภาพเป็นศาลทหารหรืออัยการทหารเพื่อปฏิบัติหน้าที่ในสนามรบ เป็นต้น และการที่ผู้บังคับบัญชาทหารได้มีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมทหาร เช่น การเป็นตุลาการร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีอำนาจอุทธรณ์ฎีกา เป็นต้น ซึ่งอำนาจต่างๆ เหล่านี้ไม่มีในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลพลเรือน ซึ่งการที่ผู้บังคับบัญชาทหารได้เข้าร่วมเป็นตุลาการก็จะทำให้ได้ทราบถึงสาเหตุที่ทำให้กำลังพลดังกล่าวไปกระทำความผิดเพื่อที่จะได้หาแนวทางในการป้องกันและแก้ไขไม่ให้มีกำลังพลไปกระทำผิดเช่นนั้นอีก ด้วยเหตุนี้ ศาลทหารจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจการปกครองบังคับบัญชาทหารโดยตรง

อีกทั้ง ในการจับกุม ตรวจค้น นั้นกฎหมายฝ่ายทหารได้ให้อำนาจแก่ผู้บังคับบัญชาของทหารและสารวัตรทหารเป็นเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจจับกุมหรือตรวจค้นทหารผู้กระทำความผิดได้ ซึ่งเป็นผลดีต่อการบังคับบัญชาทหารเพราะหากกำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจจับกุมตรวจค้นจะก่อให้เกิดความไม่สะดวก ซึ่งหากเป็นกรณีที่อยู่ภายในอำนาจศาลทหารได้กระทำความผิดอาญาแล้วหลบหนีไปซ่อนในเขตหน่วยงานทหารที่มีชั้นความลับที่ไม่สามารถให้บุคคลภายนอกหน่วยทหารเข้าไปได้ กรณีเช่นนี้ หากผู้บังคับบัญชาหรือสารวัตรทหารไม่มีอำนาจจับกุม หรือตรวจค้น ผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารได้ ก็จะส่งผลให้ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้ ดังนั้น การให้อำนาจผู้บังคับบัญชาและสารวัตรทหารในการจับกุมตรวจค้น ผู้กระทำความผิดได้จึงเป็นการแก้ไขปัญหาในกรณีเช่นนี้ได้

นอกจากนี้ยังมีแนวคิดที่เป็นหลักสากลอยู่ว่าการปกครองทหารจะใช้วิธีการเช่นเดียวกับการปกครองพลเรือนไม่ได้ เนื่องจากทหารเป็นผู้ถืออาวุธร้ายแรง จึงจำเป็นต้องอยู่ในระเบียบวินัยที่เข้มงวดยิ่งกว่าพลเรือน หากทหารไร้ซึ่งระเบียบวินัยก็อาจนำอาวุธร้ายแรงดังกล่าวมาสร้างความวุ่นวายในสังคมให้เป็นที่เดือนร้อนแก่ประชาชนได้ ดังนั้น วินัยของทหารจึงเป็นหัวใจสำคัญและมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อกระบวนการและกิจการของศาลทหาร การกระทำความผิดอาญาบางประเภท ฝ่ายพลเรือนอาจเห็นว่าไม่เป็นความผิด แต่ฝ่ายทหารอาจถือเป็นความผิดร้ายแรงได้ เช่น ทหารยามมีหน้าที่จะต้องสอดส่องดูแลความเรียบร้อยภายในพื้นที่และบริเวณที่กำหนด หากปฏิบัติหน้าที่บกพร่องไม่ดูแลปล่อยปละละเลยทำให้มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อทางราชการหรือเสพสุราในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่

เช่นนี้ถือว่าเป็นความผิดที่ร้ายแรงสำหรับทหารอย่างยิ่ง เพราะเป็นการฝ่าฝืนวินัยทหารและมีความผิดฐานขัดขืนหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาสมควรที่จะต้องได้รับโทษหนัก แต่ในกรณีเดียวกันถ้าเป็นบุคคลพลเรือนกระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่ต้องรับโทษหนักดังเช่นทหาร ดังนั้นการที่จะให้ทหารมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลสามารถพร้อมรบต่อผู้ราชศัตรูของประเทศชาติในยามปกติและไม่ปกตินั้น ทหารต้องมีระเบียบวินัยที่ดี เชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาอย่างเคร่งครัดซึ่งเปรียบเสมือนประเทศชาติมีเกราะคุ้มครองที่มีความมั่นคงแข็งแรงและปลอดภัย<sup>51</sup>

เหตุผลอีกประการหนึ่งคือ แม้จะมีกฎหมายว่าด้วยวินัยทหารให้อำนาจผู้บังคับบัญชาลงโทษทหารที่กระทำผิดวินัยได้ แต่เนื่องจากกองทัพประกอบด้วยกำลังพลจำนวนมาก และบางครั้งการกระทำผิดวินัยของกำลังพลดังกล่าวเป็นการผิดต่อกฎหมายของบ้านเมืองด้วย ในบางเรื่องมีผลกระทบต่อประชาชนการจะให้ผู้บังคับบัญชาลงโทษลงทัณฑ์ตามวินัยทหารย่อมเป็นการไม่ถูกต้องต่อหลักกฎหมายบ้านเมืองและอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทั้งต่อประชาชนผู้เสียหายและทหารที่กระทำผิดเอง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องให้มีศาลทหารเพื่อใช้จัดการกับทหารที่กระทำผิดดังกล่าวให้ เป็นไปตามครรลองของบ้านเมือง จึงถือได้ว่าศาลทหารเป็นการรองรับอำนาจของผู้บังคับบัญชา เพื่อให้เกิดดุลยภาพในทางปกครองและการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายบ้านเมือง

ดังนั้น การที่ภารกิจหลักของทหารเป็นการใช้กำลังและอาวุธในการป้องกันและรักษาความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยของประเทศ จึงต้องมีกฎหมาย ข้อบังคับ และระเบียบแบบแผน โดยเฉพาะของทหารเพื่อที่จะควบคุมทหารให้ปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบวินัยที่ดี มีประสิทธิภาพ เชื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชาอย่างเคร่งครัด การปฏิบัติต่อฝ่ายทหารที่กระทำผิดไม่ว่าจะเป็นการจับกุมสอบสวน ฟ้องร้องต่อศาล จึงต้องมีศาลทหารสำหรับพิจารณาพิพากษาวางโทษทหารที่กระทำผิดไว้โดยเฉพาะ

<sup>51</sup> วรศักดิ์ อารีเปี่ยม. (2543). การบริหารกระบวนการยุติธรรมทางทหาร. หน้า 1.