

ข้อต่อสู้ของผู้ใต้บังคับบัญชา กรณีกระทำทรมานตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา  
THE DEFENSE OF SUBORDINATES COMMITTED TORTURE  
DUE TO SUPERIOR ORDERS

อธิป ปิตกานจนกุล

Athip Pitakanjanakul

นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : pitakanjanakul.p@gmail.com

Graduate student of Master of Law Program in Criminal Law

Faculty of Law, Thammasat University : pitakanjanakul.p@gmail.com

Received : August 12, 2024

Revised : October 18, 2024

Accepted : October 30, 2024

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาปัญหาเรื่อง ข้อต่อสู้ของผู้ใต้บังคับบัญชา กรณีกระทำทรมานตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา โดยการกระทำทรมานที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้น ส่วนหนึ่งเป็นเพราะความเชื่อว่าการกระทำทรมานผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญานั้นสามารถกระทำได้ โดยถือว่าเป็นการทรมานด้วยวัตถุประสงค์ที่ดี (good torture) และถึงแม้ว่าปัจจุบันเจ้าหน้าที่รัฐจะทราบว่าการกระทำทรมานไม่สามารถกระทำได้อีกในกรณีใด ก็ยังมีการกระทำทรมานเกิดขึ้นเรื่อยมา เนื่องจากผู้ใต้บังคับบัญชา โดยเฉพาะในกรณีของข้าราชการตำรวจ จำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ทำให้เกิดการปะทะกันระหว่างความรับผิดชอบทางอาญากับความรับผิดชอบวินัยของข้าราชการตำรวจอันเปรียบเสมือนกับทางสองแพร่ง (dilemma) ซึ่งผู้ใต้บังคับบัญชามักกลัวที่จะมีความรับผิดชอบวินัยมากกว่าความรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้ผู้ใต้บังคับบัญชาสามารถยกข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อไม่ต้องรับโทษได้ แม้ว่าคำสั่งดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม จึงเกิดเป็นช่องว่างให้มีการกระทำทรมานเกิดขึ้น ทั้งที่คำสั่งให้กระทำทรมานไม่เพียงแต่เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง (manifestly illegal) ซึ่งผู้ใต้บังคับบัญชาจะอ้างว่าไม่รู้ว่าเป็นคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาหรือยกเว้นโทษตามกฎหมายฐานกระทำทรมานไม่ได้

ตามปัญหาดังกล่าว บทความนี้จะศึกษาความเป็นมาของข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา (defense of superior orders) ประกอบกับการศึกษาเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ โดยจะเปรียบเทียบบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับข้อต่อสู้ดังกล่าวว่าบัญญัติกรณีของคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งไว้อย่างไรบ้าง ตลอดจนการศึกษาโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาเปรียบเทียบ เพื่อวิเคราะห์ข้อบกพร่องของบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยที่เกี่ยวข้อง พร้อมเสนอทางออกให้กับปัญหาดังกล่าว อันจะเป็นส่วนสำคัญในการยุติการกระทำทรมานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย

ทั้งนี้ จากการศึกษาค้นคว้า กฎหมายอาญาไทยจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมใน 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนของความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งประกอบไปด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 ในส่วนของข้อยกเว้นสำหรับกรณีคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยอย่างชัดแจ้ง และการบัญญัติให้คำสั่งให้กระทำทรมานเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง และส่วนของความรับผิดชอบวินัยที่ยังมีความคลุมเครือและมีปัญหาในทางปฏิบัติ

**คำสำคัญ**

คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน, ความผิดอาญาร้ายแรง, สิทธิที่ไม่อาจถูกหักใช้ได้

**ABSTRACT**

This article examines the issue of ‘The Defense of Subordinates Committed Torture due to Superior Orders’. The act of torture frequently occurs within the criminal justice process. This phenomenon is partly attributed to the belief that torturing the accused or defendant in a criminal case is permissible, often framed as a good torture. Although government officials are now aware that torture cannot be justified under any circumstances, incidents of torture continue to persist. This is particularly evident among subordinates, especially police officers, who often feel compelled to follow orders from their superiors. This creates a conflict between criminal responsibility and disciplinary responsibility for police officers, resulting in a dilemma in which subordinates may fear disciplinary repercussions more than criminal consequences. The Criminal Code allows subordinates to assert the defense of superior orders to evade punishment, even when those orders are illegal. This provision creates a loophole in which acts of torture can occur, as subordinates may claim ignorance of the manifestly illegal orders to avoid criminal liability as well, even they may not claim that as a defense.

In light of the aforementioned issue, this article will examine the background of the defense of superior orders, alongside a comparative legal analysis. It will compare the provisions related to such defenses to assess how they address cases of manifestly unlawful orders, as well as investigate the comparative structure of criminal liability. The aim is to analyze the shortcomings of the relevant provisions within Thai criminal law and to propose solutions to these problems. This analysis will be a critical component in the effort to eliminate torture from the Thai criminal justice system.

The study revealed that Thai criminal law needs revisions in two key areas. First, the Criminal Code, Section 70, should be amended to address exclusion in cases of manifestly illegal orders and the provision of orders to commit torture as manifestly unlawful orders. Second, the aspects of disciplinary liability that remain unclear and problematic in practice.

**Keywords**

defense of superior orders, manifestly illegal orders, most serious crimes

## 1. บทนำ

สถานการณ์การกระทำทารุณอันเกิดจากฝ่ายรัฐ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยเจ้าพนักงานของรัฐ โดยเฉพาะตำรวจ หรือได้รับความยินยอมหรือการยอมรับโดยเจ้าพนักงานของรัฐหรือบุคคลที่กระทำหน้าที่ในฐานะเจ้าพนักงานของรัฐ เกิดขึ้นบ่อยครั้งในหลายประเทศทั่วโลก<sup>1</sup> โดยเฉพาะประเทศไทย<sup>2</sup> แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะรับรองสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกรับการกระทำทารุณไว้ในมาตรา 28 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้” ก็ตาม โดยการกระทำทารุณที่เป็นปัญหาในประเทศไทยในปัจจุบัน คือ “การกระทำทารุณ” ตามนิยามของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการลงโทษหรือการปฏิบัติที่โหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมหรือลดศักดิ์ศรีอื่น ๆ (The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 : CAT) ซึ่งการกระทำทารุณไม่ได้เกิดจากการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจคนใดคนหนึ่ง หลายครั้งเหล่าผู้ใต้บังคับบัญชาตำรวจมักจะต้องจำใจกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา เพราะไม่มีทางเลือก เปรียบเสมือนทางสองแพร่งที่ไม่ว่าพวกเขาจะเลือกทางใดก็ย่อมมีความรับผิดชอบไม่ว่าทางอาญา หรือทางวินัย แล้วแต่กรณี แต่ทั้งนี้ ผู้ใต้บังคับบัญชามักเลือกที่จะปฏิบัติตามคำสั่ง เพราะเชื่อว่าจะได้รับการยกเว้นโทษโดยอาศัยข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70

อย่างไรก็ดี ในทางระหว่างประเทศ คำสั่งให้กระทำทารุณเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งผู้ใต้บังคับบัญชาไม่สามารถอ้างข้อต่อสู้ดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นที่ยุติแล้ว แต่กฎหมายอาญาไทยยังมีปัญหาหลายประการที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลโดยคำนึงถึงบริบทของประเทศไทยด้วย บทความนี้จึงมุ่งศึกษาความเป็นมาของข้อต่อสู้ดังกล่าว โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งให้กระทำทารุณเพื่อนำมาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาไทย ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา โดยจะแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของการยกเว้นกรณีคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน แก้ไขเพิ่มพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 โดยบัญญัติให้คำสั่งให้กระทำทารุณ และคำสั่งให้กระทำบุคคลสูญหายเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน และพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2565 ในส่วนของความรับผิดชอบทางวินัยของข้าราชการตำรวจ ซึ่งยังคงมีความคลุมเครืออันก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ

## 2. ความเป็นมา และประเด็นปัญหาของข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

สำหรับกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำทารุณตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีการทรมานตาม CAT<sup>3</sup> และกรณีการทรมานที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติตามธรรมนูญกรุงโรม (Rome Statute)<sup>4</sup> ซึ่งถึงแม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เป็นภาคี แต่ธรรมนูญกรุงโรมก็ได้บัญญัติถึง

<sup>1</sup> Robert Cryer, Darryl Robinson, and Sergey Vasiliev, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (4th edn, Cambridge University Press 2019) 393.

<sup>2</sup> ‘Thailand: Law on Torture, ‘Disappearance’ Delayed’ (HUMAN RIGHTS WATCH, 15 February 2023) <<https://www.hrw.org/news/2023/02/15/thailand-law-torture-disappearance-delayed>> สืบค้นเมื่อ 4 ตุลาคม 2567.

<sup>3</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT) art. 2.3 “An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture.”.

<sup>4</sup> Rome Statute art. 33

“1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:

(a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question;

ความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ<sup>5</sup> และข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา<sup>6</sup> เอาไว้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะกรณีใด ผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่สามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวเพื่อที่จะไม่ต้องรับผิดชอบกระทำผิดฐานกระทำผิดได้ เพราะคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน ใดๆ ก็ดี จะต้องศึกษาความเป็นมาของข้อต่อสู้ดังกล่าว เพื่อให้เข้าใจพัฒนาการก่อนที่จะกลายมาเป็นข้อ 2.3 ของ CAT และธรรมนูญกรุงโรมข้อ 33 ในปัจจุบัน อันจะนำไปสู่การตีความว่าข้อต่อสู้ดังกล่าวสามารถนำมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษได้หรือไม่ เพียงใด

ข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาปรากฏขึ้นครั้งแรกตั้งแต่ช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 ในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจในคดีอาชญากรรมสงคราม (ad hoc war crimes trial)<sup>7</sup> โดยมีหลักการว่าผู้บังคับบัญชาที่ออกคำสั่งดังกล่าวนั้นเท่านั้นที่จะต้องรับผิดชอบ หรือ หลัก respondeat superior doctrine ซึ่งก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับบัญชาโดยเฉพาะในยามสงคราม<sup>8</sup> เพราะเพื่อช่วยชนะในศึกสงคราม การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยไม่ลั้งเลคือหนึ่งในปัจจัยสำคัญ และยังเป็นสิ่งที่ทหารทุกคนได้รับการฝึกมา ซึ่งในอดีตกฎหมายหรือคู่มือทหารของแต่ละประเทศมีการกำหนดหน้าที่ดังกล่าว และกำหนดโทษกรณีฝ่าฝืนคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไว้<sup>9</sup>

ต่อมาในช่วงกลางศตวรรษที่ 20 หลักการดังกล่าวก็ได้เสื่อมความนิยมลง และมีแนวความคิดที่ตรงกันข้ามเกิดขึ้น คือ หลัก absolute liability doctrine ซึ่งกลายมาเป็นบรรทัดฐานในช่วงนั้น ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ผู้คนเริ่มตระหนักว่าการปฏิบัติตามคำสั่งอย่างเคร่งครัดนั้นไม่ใช่ทางออกที่ดีที่สุด<sup>10</sup> โดยมีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศเป็นกรณีพิเศษที่นูเรมเบิร์ก (The International Military Tribunal Sitting at Nuremberg) ขึ้นเพื่อพิจารณาคดีผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อสงครามรุกราน คดีอาชญากรรมสงคราม และคดีความผิดต่อมวลมนุษยชาติที่เกิดขึ้นระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง<sup>11</sup> อันเป็นที่มาของหลักการนูเรมเบิร์ก (Nuremberg Principle) ซึ่งเป็นหลักการที่เกิดจากการดำเนินคดีที่ศาลนูเรมเบิร์ก และยังคงถูกนำมาใช้เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน<sup>12</sup> ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในหลักการข้อที่ 4 ว่า “ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลได้กระทำการภายใต้คำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชา ไม่สามารถยกเว้นความรับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หากเขามีโอกาสมีทางเลือกทางศีลธรรม”<sup>13</sup> หรือที่เรียกว่า ข้อต่อสู้นูเรมเบิร์ก (Nuremberg defence) ซึ่งถือได้ว่าเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญของข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา<sup>14</sup>

(b) The person did not know that the order was unlawful; and

(c) The order was not manifestly unlawful.

2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.”

<sup>5</sup> Rome Statute art. 5 Crimes within the jurisdiction of the Court.

<sup>6</sup> Rome Statute art. 33.

<sup>7</sup> Tessa McKeown, ‘The Defence of Superior Orders in International Criminal Law: The Eichmann Trial and Kant’s Philosophy’ (Victoria University of Wellington 2014) 3-5.

<sup>8</sup> ศราวุธ บุญรอด, ‘การกระทำตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 : ศึกษากรณีผู้กระทำหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม หรือไม่มีหน้าที่แต่เชื่อว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 35-36.

<sup>9</sup> Marcus Abrahamson, ‘The Defense of Superior Orders Article 33 of the ICC statute – a departure from customary international law?’ (Graduate Thesis Master of Law Program Lund University 2018) 17-18.

<sup>10</sup> เพิ่งอ้าง 20-21.

<sup>11</sup> ปกป้อง ศรีสันทิต, *คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) 193.

<sup>12</sup> เพิ่งอ้าง 195-196.

<sup>13</sup> Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and the in the Judgement of the Tribunal *Principle IV* “The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him.”

<sup>14</sup> Tessa McKeown (เชิงอรรถ 5) 5-6.

กล่าวคือ การที่ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามคำสั่งอันมิชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชาไม่สามารถนำมาเป็นข้อต่อสู้ทางกฎหมายได้ แต่ศาลอาจพิจารณาจากพฤติการณ์หรือสถานการณ์แวดล้อมต่าง ๆ เพื่อบรรเทาโทษได้<sup>15</sup>

ท้ายที่สุด ได้เกิดหลักที่ประนีประนอมระหว่างหลัก respondeat superior doctrine และ หลัก absolute liability doctrine หรือที่เรียกว่าหลัก conditional liability doctrine หรือ หลัก limited responsibility doctrine ซึ่งหมายถึง การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเป็นข้อต่อสู้ที่สมบูรณ์โดยตัวของมันเอง<sup>16</sup> แม้คำสั่งนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม เว้นแต่ผู้ใต้บังคับบัญชารู้หรือควรจะรู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งปัจจุบันมีการบัญญัติอยู่ในธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 33<sup>17</sup> โดยมีการบัญญัติข้อยกเว้นเอาไว้ว่า ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่สามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวเพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้ หากเป็นกรณีคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งคำสั่งให้กระทำการทรมานที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมสงครามถูกบัญญัติให้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 ไม่มีข้อยกเว้นในส่วนนี้ โดยจะกล่าวถึงรายละเอียดต่อไป

ทั้งนี้ ข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตาม CAT ข้อ 2.2 และธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 33 บัญญัติไว้ดังนี้

CAT Article 2.3 “An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a **justification** of torture.”

Rome Statute Article 33 “. . . shall not **relieve** that person of **criminal responsibility** . . .”

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีการใช้คำว่า “justification” และ “criminal responsibility” ซึ่งหากตีความตามตัวอักษร สามารถสรุปได้ว่า CAT และธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้ข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งมีฐานะเป็นเหตุยกเว้นความผิด<sup>18</sup> ต่างจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 ของไทยที่เป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษเท่านั้น จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า ผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำการทรมานตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน สามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวมาเป็นเหตุยกเว้นโทษได้หรือไม่

อนึ่ง ผู้เขียนพบว่า CAT ข้อ 2.3 ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยโดยกระทรวงการต่างประเทศ<sup>19</sup> ใช้ข้อความว่า “คำสั่งจากผู้บังคับบัญชาหรือจากทางการ ไม่สามารถยกขึ้นเป็น **ข้ออ้าง** ที่มีเหตุผลสำหรับการทรมานได้”<sup>20</sup> ซึ่งผู้เขียนไม่ทราบเหตุผลที่แน่ชัดว่าเหตุใดกระทรวงการต่างประเทศจึงใช้คำว่า “**ข้ออ้าง**” ในขณะที่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ใช้กฎหมายใช้คำภาษาอังกฤษว่า “**justification**” ซึ่งหมายถึง “ความชอบด้วยกฎหมาย”<sup>21</sup> ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นเพราะความแตกต่างของโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของกฎหมายอาญาแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส และหลักกฎหมายอาญาในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law)

<sup>15</sup> Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, (Oxford University Press, 2012) 287-288.

<sup>16</sup> Marcus Abrahamson (เชิงอรรถ 9) 26-27.

<sup>17</sup> Rome Statute art. 33.

<sup>18</sup> ปกป้อง ศรีสนธิ, *คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ* (เชิงอรรถ 11) 176.

<sup>19</sup> อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ) <<https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/catt.pdf>> สืบค้นเมื่อ 29 กรกฎาคม 2567.

<sup>20</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment (CAT) art. 2.3 “An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture.”

<sup>21</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานฯ มาตรา 12 ตอนท้าย ใช้ถ้อยคำว่า “. . . ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย” เช่นกัน ซึ่งมาตรา 12 เป็นการอนุวัติการจาก CAT art. 2.2 ซึ่งในตอนท้ายใช้คำว่า “. . . as a justification of torture.” เช่นเดียวกันกับ art. 2.3 ตอนท้าย.

รวมเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย และเหตุยกเว้นโทษไว้ด้วยกัน<sup>22</sup> ในขณะที่โครงสร้างความรับผิดทางอาญาของกฎหมายอาญาเยอรมัน และกฎหมายอาญาไทยนั้นแตกต่างกันออกไป เพราะมีการแยกความชอบด้วยกฎหมาย (justification) กับเหตุยกเว้นโทษ (excuse) ออกจากกัน<sup>23</sup>

โดยโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของกฎหมายอาญาฝรั่งเศส แบ่งเป็น 3 ส่วนด้วยกัน ได้แก่ (1) องค์ประกอบภายนอก (2) องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา และประมาท (3) เหตุยกเว้นความรับผิด ซึ่งประกอบไปด้วยความชอบด้วยกฎหมาย (justification) และเหตุยกเว้นโทษ (excuse) เช่นเดียวกันกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของประเทศอังกฤษ หรือในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งแบ่งเป็น 3 ส่วน ได้แก่ (1) องค์ประกอบภายนอก (Actus Reus) (2) องค์ประกอบภายใน (3) ข้อต่อสู้ทั่วไปที่ไม่ต้องมีความรับผิด (general defences) ซึ่งรวมความชอบด้วยกฎหมาย (justification) และเหตุยกเว้นโทษ (excuse) เข้าไว้ด้วยกัน<sup>24</sup>

ในขณะที่โครงสร้างความรับผิดทางอาญาของกฎหมายอาญาเยอรมันแบ่งออกเป็น 3 ส่วน<sup>25</sup> ได้แก่ (1) องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน (2) ความผิด (Rechtswidrigkeit) ซึ่งประกอบไปด้วยองค์ประกอบทั่วไปของความผิดกฎหมาย และการไม่มีอยู่ของข้อต่อสู้เรื่องความชอบด้วยกฎหมาย (justificatory defences) และ (3) ความชั่ว (Schuld) ซึ่งประกอบไปด้วยองค์ประกอบทั่วไปของความน่าตำหนิ หรือความชั่ว และการไม่มีอยู่ของเหตุยกเว้นโทษ (excusatory defences)<sup>26</sup> ซึ่งโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของไทยก็แบ่งเป็น 3 ส่วนเช่นกัน ได้แก่ (1) การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (2) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด (justification) และ (3) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ (excuse)<sup>27</sup>

ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถสรุปได้ว่า แม้ CAT ข้อ 2.3 จะใช้คำว่า justification หรือความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาเทียบกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของกฎหมายอาญาฝรั่งเศส และระบบคอมมอนลอว์แล้ว คำว่า justification ย่อมต้องหมายถึงความรวมถึงเหตุยกเว้นโทษด้วย (excuse) ด้วย ดังนั้น ผู้ได้บังคับบัญชาจึงไม่สามารถที่จะยกข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อยกเว้นโทษได้ อีกทั้ง คณะกรรมการต่อต้านการทรมานของสหประชาชาติ (Committee against Torture) ก็ได้ให้ความเห็นในทำนองเดียวกันว่า การทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เป็นการกระทำที่ต้องห้ามโดยเด็ดขาด ถึงแม้ว่าจะไม่ได้อธิบายถึงกรณีของเหตุยกเว้นโทษเอาไว้โดยตรง แต่ก็ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่า การนิโทษกรรม หรือปัจจัยอื่น ๆ ที่จะทำลายหลักการหรือการกระทำที่แสดงให้เห็นว่ารัฐตั้งใจที่จะไม่ดำเนินคดี และลงโทษผู้ที่กระทำการทรมานนั้นไม่สามารถมีได้ เพราะจะเป็นการขัดต่อข้อ 2.2 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน (Absolute prohibition)<sup>28</sup>

<sup>22</sup> ดูประกอบ Rome Statute art. 31.1 Grounds for excluding criminal responsibility “In addition to other grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute, a person shall not be criminally responsible if, at the time of that person's conduct:”.

<sup>23</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน 2566) 155.

<sup>24</sup> เพิ่งอ้าง 154.

<sup>25</sup> คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2560) 128.

<sup>26</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (เจียงอรธ 23).

<sup>27</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10, พลสยามพริ้นตัง 2551) 86.

<sup>28</sup> Committee against Torture, ‘General Comment No 2’ (24 January 2008) CAT/C/GC/2 II. Absolute prohibition 5. “Article 2, paragraph 2, provides that the prohibition against torture is absolute and non-derogable. It emphasizes that no exceptional circumstances whatsoever may be invoked by a State Party to justify acts of torture in any territory under its jurisdiction. The Convention identifies as among such circumstances a state of war or threat thereof, internal political instability or any other public emergency. This includes any threat of terrorist acts or violent crime as well as armed conflict, international or non-international. The Committee is deeply concerned at and rejects absolutely any efforts by States to justify torture and ill-treatment as a means to protect public safety or avert emergencies in these and all other situations. Similarly, it rejects any religious or traditional justification that would violate this absolute prohibition. The Committee considers that amnesties or other impediments which preclude or indicate unwillingness to provide prompt and fair prosecution and punishment of perpetrators of torture or ill-treatment violate the principle of non-derogability.”

นอกจากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น การนำเหตุยกเว้นโทษมาใช้กับความผิดฐานกระทำความผิดนั้น เป็นการละเมิดต่อสิทธิที่ไม่อาจถูกפקใช้ได้ (non-derogable rights)<sup>29</sup> อย่างไรก็ดี หากเทียบกับสิทธิที่ไม่อาจถูกפקใช้ได้ บางสิทธิ เช่น สิทธิในการมีชีวิตอยู่<sup>30</sup> จะพบว่ามีการถูกפקใช้ และเป็นเรื่องที่ยอมรับได้ แม้จะเป็นที่ทราบโดยทั่วกันว่า การฆ่าผู้อื่นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาของทุกประเทศทั่วโลก แต่บางประเทศ โดยเฉพาะประเทศไทยก็ยังคงมีโทษประหารชีวิตอยู่<sup>31</sup> อย่างไรก็ดี กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมืองมีข้อยกเว้นที่อนุญาตให้รัฐภาคีสามารถให้โทษประหารชีวิตได้สำหรับความผิดที่ร้ายแรงสูงสุด (most serious crimes)<sup>32</sup> เช่น ความผิดที่เป็นการฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา<sup>33</sup> ในทางกลับกัน CAT ไม่มีข้อยกเว้นในลักษณะดังกล่าว แต่บัญญัติว่าการทรมานนั้นไม่สามารถทำได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ<sup>34</sup> และยังกำหนดให้ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีดำเนินการต่าง ๆ ในทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการหรือมาตรการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นในประเทศ<sup>35</sup> ซึ่งหนึ่งในมาตรการดังกล่าวคือการบัญญัติให้การกระทำความผิดเป็นความผิดและมีกระบวนการโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด<sup>36</sup>

นอกจากนี้ ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีของ CAT ยังมีหน้าที่ป้องกันมิให้เกิดการทรมานขึ้นในประเทศ หากกฎหมายอาญายังคงอนุญาตให้ผู้ได้บังคับบัญชาชกข้อต่อสูตามมาตรา 70 เพื่อยกเว้นโทษฐานกระทำความผิดได้ การทรมานก็จะยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง เพราะแม้ว่ากฎหมายจะเพียงยกเว้นโทษให้ แต่หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185<sup>37</sup> แล้ว ไม่ว่าผู้ได้บังคับบัญชาจะได้รับการยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ ผลก็คือศาลต้องยกฟ้องโจทก์ เมื่อสุดท้ายผู้ได้บังคับบัญชาได้รับการยกฟ้อง ก็อาจไม่กลัวที่จะถูกดำเนินคดีฐานกระทำความผิด ซึ่งทำให้ขัดต่อพันธกรณีตาม CAT ตามที่ได้กล่าวไป

ตามเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีที่ผู้ได้บังคับบัญชากระทำความผิดตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชา ไม่ควรนำมาเป็นเหตุยกเว้นโทษได้ อย่างไรก็ดี แม้ผู้ได้บังคับบัญชาจะไม่สามารถยกข้อต่อสู้ใด ๆ เพื่อไม่ต้องรับโทษได้ แต่การลดโทษนั้นยังเป็นไปได้ แต่จะต้องเหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด<sup>38</sup> ซึ่งความเหมาะสมของโทษนั้น สามารถพิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) คดี *GÄFGEN v. GERMANY*<sup>39</sup> โดย GÄFGEN ยื่นฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าการกระทำของตำรวจที่กระทำความผิดนั้นเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการที่ศาลแพ่งกึ่งเฟิร์ตพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ตำรวจที่กระทำความผิดฐานกระทำความผิดต้องจ่ายเพียงค่าปรับนั้นไม่ได้สัดส่วน<sup>40</sup> หรือ

<sup>29</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) art. 4.

<sup>30</sup> ICCPR art. 6.

<sup>31</sup> ดูประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 (1).

<sup>32</sup> ICCPR art. 6.2

<sup>33</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา* (วิญญูชน 2563) 239-240.

UN Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 2006 “‘most serious crimes’ are cases where it can be shown that there was an intention to kill which resulted in the loss of life.”

<sup>34</sup> CAT art. 2.

<sup>35</sup> CAT art. 2.1 “Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.”

<sup>36</sup> CAT art. 4.

<sup>37</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 “ถ้าศาลเห็นว่าจำเลยมิได้กระทำความผิดก็ติ การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดก็ติ คดีขาดอายุความแล้วก็ติ มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรต้องรับโทษก็ติ ให้ศาลยกฟ้องโจทก์ปล่อยจำเลยไป...”

<sup>38</sup> CAT art. 4.2 “Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature.”

<sup>39</sup> European Court of Human Rights (22978/05) - Court (Fifth Section) - Decision - *GÄFGEN v. GERMANY*.

<sup>40</sup> เฟิ่งอ้าง para 124. “The Court does not overlook the fact that the Frankfurt am Main Regional Court, in determining D.’s and E.’s sentences, took into consideration a number of mitigating circumstances (see paragraph 50 above). It accepts that the present application is not comparable to other cases concerning arbitrary and serious acts of brutality by State agents which the latter then attempted to conceal, and in which the Court considered that the

อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่ากรณีเช่นนี้ศาลควรระวางโทษถึงขั้นจำคุก และจะลดโทษจากโทษจำคุกเป็นโทษปรับอย่างเดียวไม่ได้

### 3. ประเด็นปัญหาของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ตามกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับข้อต่อสู้ของผู้ได้บังคับบัญชาที่กระทำทรามตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชานั้น มีหลายบทบัญญัติด้วยกัน ซึ่งกระจัดกระจายกันไป มิได้มีบัญญัติอยู่แต่ในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น ซึ่งมีประเด็นปัญหาต้องพิจารณาดังนี้

#### 3.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70<sup>41</sup>

เมื่อกล่าวถึงข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายอาญาไทย ย่อมต้องกล่าวถึงประมวลกฎหมายอาญา 70 ซึ่งการที่ตำรวจผู้ได้บังคับบัญชาที่กระทำผิดตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชาจะได้รับการยกเว้นโทษนั้น จะต้องปรากฏว่าตำรวจนายนั้นมีหน้าที่ หรือเชื่อโดยสุจริตว่าตนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง โดยจะต้องไม่รู้ว่าเป็นคำสั่งซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย มิฉะนั้น จะไม่สามารถยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 70 เพื่อยกเว้นโทษได้<sup>42</sup> อย่างไรก็ตาม มาตรา 70 ไม่ได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นกรณีคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งเอาไว้อย่างกรณีของธรรมนูญโรม ข้อ 33 อันเป็นช่องว่างให้เกิดกระทำทรามขึ้นได้ จึงสมควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมายดังกล่าว

การที่มาตรา 70 ไม่มีข้อยกเว้นกรณีคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง เช่น คำสั่งให้กระทำทรามนั้น เป็นปัญหาข้อเท็จจริงว่าผู้ได้บังคับบัญชารู้หรือไม่ว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>43</sup> ซึ่งผู้ได้บังคับบัญชา หรือผู้ที่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นมีหน้าที่เพียงแค่แสดงความเชื่อว่าตนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งก็เพียงพอแล้ว และโจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบพิสูจน์ในส่วนของข้อยกเว้นตอนท้ายของมาตรา 70 ให้ได้ความว่าจำเลยรู้อยู่แล้วว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประเด็นนี้เป็นการวินิจฉัยที่จิตใจของผู้กระทำ ซึ่งต้องมีการพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมว่ามีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องคิดว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มิใช่เพียงควรรู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงมีความเป็นไปได้ว่าโจทก์อาจพิสูจน์ในส่วนของข้อยกเว้นดังกล่าวไม่ได้<sup>44</sup> แม้ว่าจะจะเป็นคำสั่งคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง เช่น คำสั่งให้กระทำทราม ก็ตาม กล่าวอีกอย่างก็คือ มาตรา 70 ต้องสันนิษฐานว่าผู้ได้บังคับบัญชาไม่รู้ เพราะเชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างที่ Smeulers ได้อธิบายไว้ว่า ในสายตาของผู้ได้บังคับบัญชา แม้จะเป็นคำสั่งให้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ คำสั่งนั้นก็อาจจะมีใช่คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งเสมอไป<sup>45</sup> เนื่องจากผู้ได้บังคับบัญชาถูกฝึก

imposition of enforceable prison sentences would have been more appropriate (compare, for instance, *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 63, and *Ali and Ayse Duran*, cited above, §§ 67-72). Nevertheless, imposing almost token fines of 60 and 90 daily payments of EUR 60 and EUR 120 respectively, and, furthermore, opting to suspend them, cannot be considered an adequate response to a breach of Article 3, even seen in the context of the sentencing practice in the respondent State. Such punishment, which is manifestly disproportionate to a breach of one of the core rights of the Convention, does not have the necessary deterrent effect in order to prevent further violations of the prohibition of ill-treatment in future difficult situations.”

<sup>41</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 “ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย”.

<sup>42</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 27) 479.

<sup>43</sup> จิตติ ดิงศภัทัย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2536) 753-754.

<sup>44</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>45</sup> Alette Smeulers, ‘Why Serious International Crimes Might Not Seem ‘Manifestly Unlawful’ to Low-level Perpetrator’ (2019) 17 *Journal of International Criminal Justice* 105 <<https://academic.oup.com/jicj/article/17/1/105/5374741>> สืบค้นเมื่อ 7 มีนาคม 2565.

มาให้เชื่อฟังคำสั่ง เพื่อให้เกิดความเรียบร้อยในการปฏิบัติหน้าที่ และหลายครั้งการทรมานในชั้นสอบสวนก็เกิดขึ้นบ่อยจนอาจถูกมองว่าเป็นเรื่องปกติ ดังนั้น จึงไม่ควรคาดหวังให้ผู้ใต้บังคับบัญชาแยกแยะว่าคำสั่งลักษณะใดคือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน และหากผู้กระทำสามารถยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 70 เพื่อไม่ต้องรับโทษได้ ทั้งที่ตนเพียงจะกระทำความผิดอาญาร้ายแรงไป แม้ว่ามาตรา 70 จะไม่ใช่เหตุยกเว้นความรับผิดชอบ แต่ท้ายที่สุดแล้ว ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้องอยู่<sup>46</sup> ส่งผลให้ผู้ใต้บังคับบัญชา หรือผู้ที่กระทำทรมานไม่ถูกลงโทษตามกฎหมาย เสมือนไม่มีความผิด

### 3.2 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 (1)

แม้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาจะยกข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบหรือยกเว้นโทษไม่ได้ แต่การที่ผู้ใต้บังคับบัญชาจะยกข้อต่อสู้ว่ากระทำโดยจำเป็นตามมาตรา 67 เพื่อยกเว้นโทษได้หรือไม่เป็นอีกประเด็นหนึ่ง ซึ่งต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยจำเป็นตามมาตรา 67 (1) ได้แก่ 1) อยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจ 2) ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ 3) ผู้กระทำจะต้องมิได้ก่อเหตุการณั้ขึ้นด้วยความผิดของตน และ 4) กระทำไปไม่เกินขอบเขต<sup>47</sup>

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์เหล่านี้ยังไม่เพียงพอสำหรับการที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำทรมานตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา เพราะเหตุยกเว้นโทษตามมาตรา 67 (1) นี้มีมาตั้งแต่ก่อนที่จะมีการบัญญัติให้การกระทำทรมานเป็นฐานความผิดเฉพาะ จึงต้องพิจารณาประกอบกับหลักเกณฑ์เรื่องการกระทำโดยจำเป็น (Duress and Necessity) ตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 31 (d) ประกอบกับคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เพราะธรรมนูญกรุงโรมมีขึ้นเพื่อรองรับความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะ นอกจากนี้ ในบริบทของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เมื่อมีประเด็นเกี่ยวกับการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ผู้ใต้บังคับบัญชาก็มักจะอ้างว่ากระทำโดยจำเป็นเสมอ<sup>48</sup> ในทางระหว่างประเทศ การกระทำโดยจำเป็นได้รับการยอมรับโดยผลพวงของสงครามโลกครั้งที่ 2 แม้ว่ากฎบัตรนูเรมเบิร์กจะไม่ยอมรับข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาก็ตาม<sup>49</sup>

ธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 31 (1) (d)<sup>50</sup> บัญญัติว่า “...บุคคลไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาหากกระทำการที่เป็นความผิดอาญาตามเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเพราะอยู่ในที่บังคับจากการข่มขู่ว่าจะกระทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายสาหัสในทันทีทันใดต่อบุคคลนั้นหรือบุคคลอื่น และบุคคลนั้นได้กระทำด้วยความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายนั้น โดยไม่มีเจตนาที่จะสร้างภัยอันตรายมากกว่าภัยอันตรายที่เขาได้รับ โดยภัยอันตรายที่เกิดขึ้นนั้นอาจเกิดจากการกระทำของบุคคล หรือเกิดจากพฤติการณ์นอกเหนือจากการควบคุมของบุคคล”

<sup>46</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 “ถ้าศาลเห็นว่าจำเลยมิได้กระทำความผิดก็ดี การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดก็ดี คดีขาดอายุความแล้วก็ดี มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรถูกต้องรับโทษก็ดี ให้ศาลยกฟ้องโจทก์ปล่อยจำเลยไป...”

<sup>47</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรด 27) 439.

<sup>48</sup> Carsten Stahn, *A CRITICAL INTRODUCTION TO INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (Cambridge University Press, 2019) 152.

<sup>49</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>50</sup> Rome Statute art. 31 (1) (d) “The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. Such a threat may either be:

- (i) Made by other persons; or
- (ii) Constituted by other circumstances beyond that person’s control.”

แม้ว่าการกระทำด้วยความจำเป็นตามธรรมนูญกรุงโรมจะเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Grounds for excluding criminal responsibility) ก็ตาม<sup>51</sup> แต่ก็สามารถนำมาปรับใช้สำหรับการตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 (1) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษได้ เพราะเป็นเพียงความแตกต่างในเรื่องของโครงสร้างความรับผิดชอบที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 2 และเมื่อนำมาปรับใช้กับสถานการณ์อันจะกล่าวต่อไป จะได้ผลดังต่อไปนี้

กรณีถูกขู่ว่าจะดำเนินการทางวินัย การที่ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่กระทำตามคำสั่งนั้น แม้ว่าจะเป็นเพียงการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรง แต่ก็อาจจะต้องรับโทษถึงขั้นกักขัง ซึ่งมีผลใกล้เคียงกับโทษทางอาญา อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ใต้บังคับบัญชาอาจจะถูกดำเนินการทางวินัย เช่น ไม่ได้เลื่อนขั้น หรือแม้กระทั่งการถูกกักขัง ซึ่งเป็นเพียงการขู่<sup>52</sup> ไม่สามารถอ้างจำเป็นได้ เพราะสถานการณ์ที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้จะต้องเป็นภัยอันตรายถึงแก่ชีวิต หรือร่างกายเท่านั้น<sup>53</sup>

กรณีถูกขู่ว่าจะทำอันตรายต่อชีวิต หรือร่างกายของผู้ใต้บังคับบัญชา กรณีนี้ผู้ใต้บังคับบัญชาสามารถอ้างว่ากระทำตามโดยจำเป็นได้ เพราะตกอยู่ในที่บังคับจากการข่มขู่ว่าจะกระทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายสาหัสในทันทีทันใด เพราะฉะนั้นในกรณีนี้ย่อมต้องถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชาสามารถอ้างว่ากระทำความผิดอาญาโดยจำเป็นได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องกระทำด้วยความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผล กล่าวคือ ไม่ใช่ทุกการกระทำที่เป็นความผิดอาญาจะสามารถอ้างจำเป็นได้ทั้งหมด หากเทียบกับกฎหมายอาญาไทย คือ จะต้องเป็นการกระทำโดยจำเป็นที่พอสมควรแก่เหตุด้วย<sup>54</sup> ซึ่งจะต้องดูตามมาตรฐานวิญญูชน<sup>55</sup>

กรณีถูกขู่ว่าจะทำอันตรายแก่บุคคลที่สาม สำหรับกรณีนี้ธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 31 (1) (d) ใช้คำว่า “เพราะอยู่ในที่บังคับจากการข่มขู่ว่าจะกระทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายสาหัสในทันทีทันใดต่อบุคคลนั้นหรือบุคคลอื่น”<sup>56</sup> อย่างไรก็ตาม มาตรา 67 (1) ไม่ได้บัญญัติในลักษณะดังกล่าว แต่จะบัญญัติอยู่ในมาตรา 67 (2) ซึ่งไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ เพราะกรณีจำเป็นตามมาตรา 67 (2) จะต้องไม่มีการบังคับให้กระทำ ต่างกับกรณีของมาตรา 67 (1) ซึ่งจะต้องมีการบังคับให้กระทำความผิด โดยผู้ถูกบังคับมิได้คิดริเริ่มการกระทำนั้นด้วยตนเอง<sup>57</sup> ไม่ว่าจะเป็นการบังคับโดยจะก่อภัยแก่ผู้ถูกบังคับเอง หรือแก่ผู้อื่นก็ตาม<sup>58</sup> ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีนี้ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่สามารถอ้างว่ากระทำตามโดยจำเป็นตามมาตรา 67 ได้เลย

### 3.3 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565

กฎหมายฉบับนี้ในส่วนของการกระทำความทรมานนั้นเกิดจากการอนุวัติการอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ แต่เมื่อพิจารณาแล้วพบว่ากฎหมายนี้มีปัญหาอยู่ 2 ประการ

ประการแรก คือ ไม่มีการกำหนดให้คำสั่งให้การกระทำความทรมานเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งแม้ว่า CAT จะไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาข้อ 2.2 ของอนุสัญญา<sup>59</sup> จะพบว่ามีการยืนยัน

<sup>51</sup> Rome Statute art. 31.1 Grounds for excluding criminal responsibility “In addition to other grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute, a person shall not be criminally responsible if, at the time of that person's conduct:”.

<sup>52</sup> Robert Cryer, Darryl Robinson, and Sergey Vasiliev (เชิงอรรถ 1) 390.

<sup>53</sup> ดู Rome Statute art 31 (1) (c).

<sup>54</sup> ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 วรรคท้าย.

<sup>55</sup> Robert Cryer, Darryl Robinson, and Sergey Vasiliev (เชิงอรรถ 1) 390-391.

<sup>56</sup> Rome Statute art. 31 (1) (d) “The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, . . .”

<sup>57</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 27) 438.

<sup>58</sup> จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 43) 735-736.

<sup>59</sup> CAT art. 2.2 “No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.”.

หลักการใน ICCPR ว่าสิทธิที่จะไม่ถูกรุขานเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้<sup>60</sup> กล่าวคือ ไม่ว่าจะด้วยสถานะสงคราม ความไม่สงบทางการเมือง ความไม่สงบของบ้านเมือง รัฐก็ไม่สามารถกระทำรุกรานได้ และเมื่อคำสั่งใดเป็นคำสั่งที่จะเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะไม่ถูกรุขาน ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ คำสั่งนั้นก็ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน

ประการที่สอง คือ ไม่มีการกำหนดเรื่องการกระทำรุกรานตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ในขณะที่ CAT ข้อ 2.3 ได้กล่าวถึงข้อต่อสู้ดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ว่าผู้บังคับบัญชาไม่สามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติให้เข้าซ้อนกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 อีก

### 3.4 พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2565

พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นหนึ่งในกฎหมายที่ทำให้ผู้บังคับบัญชาตำรวจต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนของผู้บังคับบัญชาโดยไม่มีทางเลือก เพราะแม้ว่าโดยหลักแล้วตำรวจจะต้องปฏิบัติตามเฉพาะคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>61</sup> แต่ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการหรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการ เช่น คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนอย่างกรณีของคำสั่งให้กระทำรุกรานผู้ต้องหา ตำรวจผู้บังคับบัญชามีสิทธิที่จะเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งดังกล่าวได้ก็ตาม แต่เมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้บังคับบัญชาก็ยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม<sup>62</sup> มิฉะนั้นก็จะเป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชานั้นกระทำผิดวินัย ซึ่งถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรง ตำรวจผู้บังคับบัญชาก็อาจได้รับโทษถึงขั้นกักขัง<sup>63</sup> ไม่ต่างกับโทษทางอาญา กล่าวคือ นอกจากการเสนอความเห็นเป็นหนังสือนั้นจะทำได้ยากในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถานการณ์เร่งด่วนที่ตำรวจต้องการข้อมูลหรือคำรับสารภาพ กฎหมายดังกล่าวยังสร้างความไม่แน่นอนให้กับผู้บังคับบัญชาที่ปฏิบัติตามคำสั่ง ซึ่งหากไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 ซึ่งจะกล่าวต่อไป จะทำให้ผู้บังคับบัญชาตัดสินใจปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน แล้วยกข้อต่อสู้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 แทน

## 4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัญหาของการกระทำรุกรานผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเพื่อขยายผลของการสอบสวนคดีอาญา หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้น เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องตั้งแต่อดีตจนปัจจุบัน ซึ่งเป็นผลมาจากช่องว่างบางประการของกฎหมายอาญา และการปะทะกันระหว่างความรับผิดชอบทางอาญาและความรับผิดชอบทางวินัยของตำรวจผู้บังคับบัญชา เพราะถึงแม้ว่าภายหลังตำรวจจะมีความเข้าใจมากขึ้นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และไม่สามารถกระทำได้ไม่ว่าจะในสถานการณ์ใด ๆ อย่างไรก็ดี หลายครั้งตำรวจที่ลงมือกระทำรุกรานก็ไม่มีทางเลือก เพราะเป็นเพียงผู้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาของตนอย่างเลี่ยงไม่ได้ หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามก็อาจจะมีผลความรับผิดชอบทางวินัยได้

<sup>60</sup> ICCPR art. 7 “No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.”

<sup>61</sup> พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2565 มาตรา 110 วรรคหนึ่ง “ข้าราชการตำรวจต้องถือและปฏิบัติตามกฎหมาย... และต้องรักษาวินัยตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้โดยเคร่งครัด”.

<sup>62</sup> พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2565 มาตรา 111 (2) “ข้าราชการตำรวจต้องกระทำการอันเป็นข้อปฏิบัติหรือต้องไม่กระทำการอันเป็นข้อห้ามดังต่อไปนี้

(2) ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการโดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับการมีความเห็นทางคดีหรือการตรวจพิสูจน์ โดยไม่ขัดขืนหรือหลีกเลี่ยง แต่ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการ หรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการ จะเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้นก็ได้ และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม”.

<sup>63</sup> พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2565 มาตรา 118.

ในทางกลับกัน แม้จะไม่มีควมรับผิดชอบทางวินัยเพราะเลือกที่จะกระทำตามตามคำสั่ง ก็จะมีควมรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 มาตรา 5 อย่างเลี่ยงไม่ได้

อย่างไรก็ดี ผู้ใต้บังคับบัญชาเหล่านี้มักเลือกที่จะเลี่ยงควมรับผิดชอบทางวินัย และอาศัยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 เพื่อเป็นเหตุยกเว้นโทษ ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถแก้ปัญหาการกระทำทรมานได้ ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ดังนี้

4.1 แก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้นของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 ไม่ให้ผู้ใต้บังคับบัญชาข้อยกเว้นตาม มาตรา 70 ได้หากคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งกรณีนี้คือคำสั่งให้กระทำทรมาน อันจะเป็นการลดภาระการพิสูจน์ของโจทก์ กล่าวคือ โจทก์จะมีหน้าที่แต่เพียงพิสูจน์ให้เห็นว่าคำสั่งดังกล่าว เช่น คำสั่งให้กระทำทรมาน เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนหรือไม่ อย่างไร โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยรู้ว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน และไม่ต้องพิจารณาเลยว่จำเลยเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหรือไม่ ซึ่งจะช่วยลดควมเสี่ยงที่จำเลยอาจจะสามารถยกข้อต่อสู้ตาม มาตรา 70 ปัจจุบันได้ และถึงแม้ว่าข้อต่อสู้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 จะเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งต่างจากข้อต่อสู้ว่าปฏิบัติ ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามข้อ 33 ของธรรมนูญกรุงโรม กฎหมายอาญาต่างประเทศ และหลักการดั้งเดิม แต่ผู้เขียนก็เห็นว่าหากต้องการจะยุติการทรมานโดยเจ้าหน้าที่รัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จะต้องไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้เลย ไม่ว่าจะในฐานะของเหตุยกเว้นควมผิด หรือเหตุยกเว้นโทษก็ตาม โดยเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนดังกล่าว ตามที่ได้กล่าวไปแล้วดังนี้

“ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งมีชอบด้วยกฎหมาย หรือคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน”

4.2 กำหนดให้คำสั่งให้กระทำทรมานเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน โดยแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 เนื่องจากเป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับควมผิดฐานกระทำทรมานไว้โดยเฉพาะ ซึ่งจะเป็นการถ่ายต่อเจ้าหน้าที่รัฐที่จะนำมาบังคับใช้ในทางปฏิบัติ โดยสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ทั้งใน มาตรา 5<sup>64</sup> ซึ่งเป็นบทบัญญัติควมผิดฐานกระทำทรมาน และ มาตรา 12<sup>65</sup> หรือ มาตรา 42<sup>66</sup> ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดควมรับผิดของผู้บังคับบัญชาเอาไว้ อันเป็นบทกำหนดโทษ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมที่ มาตรา 12 เนื่องจาก มาตรา 12 เป็นบทบัญญัติที่อนุวัติการมาจาก CAT ข้อ 2.2<sup>67</sup> และข้อ 2.3<sup>68</sup> ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ให้กระทำทรมานเอาไว้ด้วย โดยแก้ไขเพิ่มเติมในวรรคสองของ มาตรา 12 ให้มีใจควมครอบคลุมควมผิดฐานอื่น ๆ ในพระราชบัญญัติด้วย เช่น ควมผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย เป็นต้น ซึ่งจะได้ใจควมดังนี้

“มาตรา 12 พฤติการณ์พิเศษใด ๆ ไม่ว่าจะเป็ภาวะสงครามหรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ควมไม่มั่นคงทางการเมืองภายในประเทศ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำควมผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย”

<sup>64</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 (พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานฯ) มาตรา 5

<sup>65</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานฯ มาตรา 12 “พฤติการณ์พิเศษใด ๆ ไม่ว่าจะเป็ภาวะสงครามหรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ควมไม่มั่นคงทางการเมืองภายในประเทศ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำควมผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย”

<sup>66</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานฯ มาตรา 42.

<sup>67</sup> CAT art. 2.2 “No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.”

<sup>68</sup> CAT art. 2.3 “An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture.”

### คำสั่งให้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง

4.3 กำหนดความคุ้มกันจากการถูกดำเนินคดีวินัย ในกรณีปฏิเสธไม่ทำตามคำสั่งให้ทรมาณของผู้บังคับบัญชา โดยแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของการกระทำผิดวินัยของข้าราชการตำรวจ และการดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2565 เพื่อยืนยันหลักการว่าผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งเฉพาะคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง เพื่อให้ผู้บังคับบัญชากล้าที่จะปฏิเสธไม่ทำตามคำสั่งในลักษณะดังกล่าว และแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของการทำความเห็นแย้งให้สามารถกระทำด้วยวาจาได้ โดยเห็นว่าควรแก้ไขดังนี้

“มาตรา 111 ข้าราชการตำรวจต้องกระทำการอันเป็นข้อปฏิบัติหรือต้องไม่กระทำการอันเป็นข้อห้ามดังต่อไปนี้ . . .

(2) ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการโดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับการมีความเห็นทางคดีหรือการตรวจพิสูจน์ โดยไม่ขัดขืนหรือหลีกเลี่ยง แต่ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการ หรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการ จะเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้นก็ได้ เว้นแต่ตามพฤติการณ์ไม่สามารถเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีได้ จะเสนอความเห็นด้วยวาจาก็ได้ ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม และไม่เป็นผู้กระทำผิดวินัย

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

#### ภาษาไทย

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10, พลสยามพรีนติ้ง 2551).
- คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2560).
- จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 9, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2536).
- ปกป้อง ศรีสนิท, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).
- กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน 2566).
- สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (วิญญูชน 2563).

#### ภาษาต่างประเทศ

- Carsten Stahn, *A CRITICAL INTRODUCTION TO INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (Cambridge University Press, 2019).
- Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, (Oxford University Press, 2012).
- Robert Cryer, Darryl Robinson, and Sergey Vasiliev, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (4th edn, Cambridge University Press 2019).

### บทความ

#### ภาษาต่างประเทศ

- Alette Smeulers, 'Why Serious International Crimes Might Not Seem 'Manifestly Unlawful' to Law-level Perpetrators' (2019) 17 *Journal of International Criminal Justice* <<https://academic.oup.com/jicj/article/17/1/105/5374741>> สืบค้นเมื่อ 7 มีนาคม 2565.

### วิทยานิพนธ์

#### ภาษาไทย

- ศราวุธ บุญรอด, 'การกระทำตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 : ศึกษากรณี ผู้กระทำมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหรือไม่มีหน้าที่แต่เชื่อว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).

**ภาษาต่างประเทศ**

Marcus Abrahamson, 'The Defense of Superior Orders Article 33 of the ICC statute – a departure from customary international law?' (Graduate Thesis Master of Law Program Lund University 2018).

Tessa McKeown, 'The Defence of Superior Orders in International Criminal Law: The Eichmann Trial and Kant's Philosophy' (Victoria University of Wellington 2014).

**อื่น ๆ****ภาษาต่างประเทศ**

Committee against Torture, 'General Comment No 2' (24 January 2008) CAT/C/GC/2 II.

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)

European Court of Human Rights (22978/05) - Court (Fifth Section) - Decision - GÄFGEN v. GERMANY.

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and the in the Judgement of the Tribunal *Principle IV* Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and the in the Judgement of the Tribunal *Principle IV* Rome Statute

Thailand: Law on Torture, 'Disappearance' Delayed' (HUMAN RIGHTS WATCH, 15 February 2023)

<<https://www.hrw.org/news/2023/02/15/thailand-law-torture-disappearance-delayed>>

สืบค้นเมื่อ 4 ตุลาคม 2567.