

การตีความความเหมือนของคดีตามระบบอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศ Interpreting the Sameness of Cases under the System of the International Criminal Court Complementarity

กิตติ ชยางกุล*

Kitti Jayangakula *

บทคัดย่อ

ตามบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นไปตามกลไกหลักอำนาจเสริม (the principle of complementarity) ซึ่งกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเสริมการใช้อำนาจศาลในทางอาญาของศาลภายในของรัฐ ตามหลักนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะแทรกแซงเข้าใช้อำนาจศาลก็ต่อเมื่อกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐล้มเหลวในการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี ทั้งนี้ตามหลักอำนาจเสริม ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่รับคดีไว้พิจารณาหากคดีนั้นกำลังอยู่ในระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือการฟ้องร้องดำเนินคดี หรือได้รับการสืบสวนสอบสวนแล้วโดยรัฐที่มีอำนาจเหนือคดีนั้น แต่อย่างไรก็ดี ธรรมนูญกรุงโรมฯ ไม่ได้ให้คำนิยามหรืออธิบายถ้อยคำว่าอำนาจเสริมไว้แต่อย่างใด ส่งผลให้ในทางปฏิบัติเกิดปัญหาการตีความ “คดี” ที่ถูกดำเนินคดีโดยศาลภายในของรัฐภายใต้กลไกของระบบอำนาจเสริมนี้ บทความนี้จะพิจารณาเฉพาะในส่วนของการปรับใช้หลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศและการตีความความเหมือนกัน (sameness) ของ “คดี” ตามระบบอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศตามแนวคำวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนมากขึ้นเกี่ยวกับการปรับใช้หลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศในทางปฏิบัติ ต่อไป

คำหลัก: หลักอำนาจเสริม, ศาลอาญาระหว่างประเทศ, ความเหมือน, คดีเดียวกัน, การกระทำเดียวกัน, บุคคลเดียวกัน

* นิสิตหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (จุฬาฯ), LL.M. in International Human Rights Law (Lund), น.ม. (จุฬาฯ), น.บ. (ธรรมศาสตร์); อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอีสเทิร์นเอเชีย

* Lecturer, School of Law, Eastern Asia University.

Abstract

Under the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), the ICC jurisdiction is based on the principle of complementarity, which the Court shall complementary to national criminal jurisdiction. Regarding this, the ICC will step in to exercise its jurisdiction only when domestic courts fail to carry out the investigation or prosecution. According to this principle, the case is inadmissible when the case is being investigated or prosecuted or has been prosecuted. However, the Rome Statute does not provide explicit definitions of such phases. In practice, the ICC rules that the case before domestic court must be the same case as before the ICC. This article aims at analyzing the application of the principle of complementarity and the interpretation of the sameness of cases through the jurisprudence of the ICC for their better understanding.

Keywords: principle of complementarity, ICC, sameness, same case, same conduct, same person

1. บทนำ

เมื่อกล่าวถึงศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court หรือ ICC) เป็นที่เข้าใจกันว่าหมายถึง ศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะถาวร ศาลนี้ถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อยุติการที่ผู้กระทำความผิดไม่ถูกดำเนินคดี (impunity) โดยศาลมีเขตอำนาจในการดำเนินคดีปัจเจกชนที่ก่ออาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดที่อยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม¹ ศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยตราสารระหว่างประเทศที่เรียกว่า “ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ” (ธรรมนูญกรุงโรมฯ) เมื่อปี ค.ศ. 1998 และเปิดให้รัฐต่าง ๆ เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกธรรมนูญกรุงโรมฯ ดังกล่าว กระทั่งมีภาคีสมาชิกครบ 60 รัฐ ซึ่งส่งผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เริ่มดำเนินงานอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 หรือเมื่อกว่า 15 ปีที่ผ่านมา

¹ Rome Statute of the International Criminal Court (Rome Statute), Preamble, paragraph 4 provides: “**Affirming** that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation,”

ศาลอาญาระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นมานี้ หากพิจารณาถึงเขตอำนาจของศาลจะเห็นได้ว่าศาลมีเขตอำนาจในการดำเนินคดีปัจเจกชน (individual) ที่ก่ออาชญากรรมหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ (core crimes of international law) 4 ประเภท อันได้แก่ อาชญากรรมการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน² โดยในการดำเนินของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจะมีกลไกหลักสำคัญที่เรียกว่า “หลักอำนาจเสริม” (the principle of complementarity) ซึ่งตามหลักนี้หมายความว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีบทบาทหลักในการช่วยเสริมการใช้อำนาจของศาลภายในให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า โดยทั่วไปแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่เข้าแทรกแซงการดำเนินคดีของศาลภายในของรัฐ การที่คดีจะเข้าสู่การดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่ปรากฏว่าศาลภายในของรัฐที่มีอำนาจเหนือการกระทำความผิดนั้น ไม่ประสงค์ (unwilling) หรือไม่สามารถ (unable) ที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดนั้นได้อย่างแท้จริง (genuinely) เท่านั้น

ส่วนในบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ “หลักอำนาจเสริม” ปรากฏเป็นหลักการในบทบัญญัติข้อ 17 เรื่องประเด็นการรับคดีพิจารณา (Issues of admissibility)³ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้บัญญัติความหมายของ

² Rome Statute, article 5(1) provides:

“Article 5

Crimes within the jurisdiction of the Court

1. The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes:
 - (a) The crime of genocide;
 - (b) Crimes against humanity;
 - (c) War crimes;
 - (d) The crime of aggression.”

³ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 17 provides:

“Article 17

Issues of admissibility

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:
 - (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;

หลักอำนาจเสริมดังกล่าวไว้แต่อย่างใด บทบัญญัติดังกล่าวเพียงแต่กำหนดเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นในการรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศตามหลักอำนาจเสริมเท่านั้น อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวเองก็ไม่ได้ให้คำนิยามความหมายที่อย่างชัดเจนถึงเงื่อนไขหรือปัจจัยภายใต้ระบบอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศดังกล่าวไว้แต่อย่างใด ส่งผลให้ในทางปฏิบัติการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศในช่วงแรก มักจะเป็นไปในทิศทางเพื่อวางแผนคดีพื้นฐานของหลักอำนาจ และการตีความบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ อย่างเคร่งครัด⁴ ซึ่งผลมาจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัตินี้เอง ส่งผลให้เกิดประเด็นขัดแย้งในการปรับใช้และตีความหลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศอยู่เสมอ ๆ ต่อเนื่องเรื่อยมา โดยเฉพาะถ้อยคำที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรมฯ กรณีที่ศาลจะต้องสั่งไม่รับคดีไว้พิจารณา (inadmissibility) ไม่ว่าจะเป็นถ้อยคำว่า “คดี” ที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะดำเนินคดีนั้น เป็น “คดี” ที่กำลังอยู่ในระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี

-
- (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;
 - (c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3;
 - (d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.
2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:
 - (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;
 - (b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;
 - (c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.
 3. In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.”

⁴ Ondřej Sváček, "The Human Rights Dimension of the ICC's Complementarity Regime," in *Czech Yearbook of Public & Private International Law* ed. Pavel Šturma and Peter Mišur (2015), 276.

(case is being investigated or prosecuted) หรือ “คดี” ที่ได้รับการสืบสวนสอบสวนแล้ว (the case has been investigated) โดยรัฐที่มีอำนาจรัฐเหนือคดีไม่ประสงค์ (unwilling) หรือไม่สามาร (unable) ดำเนินการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องคดี เป็นต้น

บทความนี้จะได้นำเสนอปัญหาในการตีความถ้อยคำ “คดี” ทั้งในบริบทที่กำลังอยู่ในระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี และที่ได้รับการสืบสวนสอบสวนแล้ว โดยรัฐที่มีอำนาจรัฐเหนือคดี ว่ามีความหมายว่าอย่างไร เนื่องจากในบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็ไม่ได้นิยามความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้แต่อย่างใด และจากทางปฏิบัติของศาลอาญาระหว่างประเทศในช่วง 15 ปีที่ผ่านมา ศาลได้พิจารณาและตีความถ้อยคำดังกล่าวไว้ และได้วางบรรทัดฐานในการตีความถ้อยคำ “คดี” ดังกล่าวนั้นอย่างไร เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้หลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศที่ดียิ่งขึ้นต่อไป

ถัดจากบทนำนี้ (หัวข้อที่ 1) บทความนี้จะแบ่งส่วนการนำเสนอออกเป็น 4 ส่วนดังนี้ ส่วนแรกเป็นการนำเสนอหลักการของระบบอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศ (หัวข้อที่ 2) ถัดจากนั้นเป็นการนำเสนอปัญหาการตีความถ้อยคำ “คดี” ภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมฯ (หัวข้อที่ 3) ที่นำไปสู่การวิเคราะห์การตีความของศาลอาญาระหว่างประเทศ (หัวข้อที่ 4) และบทสรุป (หัวข้อที่ 5) ตามลำดับ

2. ระบบอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ระบบอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC Complementarity System) เป็นกลไกตามหลักการประการสำคัญของศาลที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับศาลภายในของรัฐ ว่าการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นแนวทางสุดท้ายในการดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น ๆ กล่าวคือตามหลักนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้อำนาจ ก็ต่อเมื่อศาลภายในของรัฐซึ่งเป็นกลไกในลำดับต้นนั้นล้มเหลวก่อนเท่านั้น ซึ่งการล้มเหลวของกลไกภายในของรัฐ คือ กรณีที่ศาลภายในของรัฐไม่ประสงค์ (unwilling) หรือไม่สามาร (unable) ที่จะดำเนินคดีอาชญากรรมนั้นได้อย่างแท้จริง (genuinely)

ระบบอำนาจเสริมนี้ เป็นกลไกในระดับระหว่างประเทศสำคัญประการหนึ่งที่ถูกจัดตั้งขึ้นมา ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างไปจากกลไกในระดับระหว่างประเทศอื่น ๆ ก่อนหน้านี้ ไม่ว่าจะเป็นกลไกของศาลทหารระหว่างประเทศ ณ นูเรมเบิร์ก (International Military Tribunal at Nuremberg หรือ IMT) หรือ ศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล (International Military Tribunal for the Far East หรือ IMTFE) ณ กรุงโตเกียว ที่ตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองยุติลง หรือศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมร้ายแรงในดินแดนของอดีตประเทศยูโกสลาเวียและ

ประเทศรวันดา ได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia หรือ ICTY) และศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda หรือ ICTR) ที่กำหนด กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับศาลภายในเป็นไปตามหลักอำนาจหลัก (primacy principle)⁵ กล่าวคือ ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวทั้งสองมีบทบาทในการพิจารณาคดีเหนือศาลภายในของรัฐ⁶

ทั้งนี้ ในการทำความเข้าใจระบบอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ จำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจทั้งในส่วนแนวความคิดพื้นฐานทั่วไปของหลักอำนาจเสริม (หัวข้อ 2.1) และหลักอำนาจเสริมตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (หัวข้อ 2.2)

⁵ Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, article 9 provides:

“Article 9

Concurrent jurisdiction

1. The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991.
2. The International Tribunal shall have *primacy* over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal.” (*emphasis added*)

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, article 8 provides:

“Article 8: Concurrent Jurisdiction

1. The International Tribunal for Rwanda and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens for such violations committed in the territory of the neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994.
2. The International Tribunal for Rwanda shall have the *primacy* over the national courts of all States. At any stage of the procedure, the International Tribunal for Rwanda may formally request national courts to defer to its competence in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for Rwanda.” (*emphasis added*)

⁶ รายละเอียด ดู Mohamed M. El Zeidy, "From Primacy to Complementarity and Backwards: (Re)-Visiting Rule 11 Bis of the Ad Hoc Tribunals," *International and Comparative Law Quarterly* 57, no. 2 (2008): 403-15.

2.1 แนวความคิดพื้นฐานทั่วไปของหลักอำนาจเสริม

หลักอำนาจเสริมเป็นหลักการที่กำหนดความสัมพันธ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศกับศาลภายในที่ได้รับ การรับรองในธรรมนูญศาลฯ โดยรากฐานความคิดนี้มีพัฒนาการต่อเนื่องเรื่อยมาควบคู่ไปกับแนวคิดในการจัดตั้ง ศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นมาเพื่อเป็นกลไกระดับระหว่างประเทศเพื่อดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรม ระหว่างประเทศ โดยจุดเริ่มต้นของแนวคิดนี้เกิดขึ้น ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง และมีพัฒนาการเรื่อยมา ผ่านทางปฏิบัติขององค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations) การดำเนินคดีโดยศาลทหารระหว่างประเทศ ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง การดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อดำเนินคดี อาชญากรรมที่เกิดขึ้นในดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวียและรวันดา ก่อนที่จะได้รับการรับรองอย่างชัดเจนครั้งแรกโดยบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ

รากฐานแนวคิดเรื่องอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศต่อศาลภายใน เป็นแนวความคิดเกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับศาลภายใน เกี่ยวกับบทบาทของศาลทั้งสองระดับในการ ดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศ รากฐานแนวคิดนี้เริ่มขึ้นตั้งแต่ในช่วงที่สงครามโลกครั้งที่หนึ่งสิ้นสุดลง มี ความต้องการนำตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการก่อสงครามโลกครั้งที่หนึ่งมาดำเนินคดีและลงโทษ ทั้งโดยการ ดำเนินคดีของศาลภายในซึ่งเป็นการใช้อำนาจของรัฐตามหลักอำนาจอธิปไตย และการดำเนินคดีของศาลระหว่าง ประเทศ ซึ่งเป็นความพยายามในการสร้างกลไกในทางระหว่างประเทศขึ้นมาเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่าง ประเทศเป็นการเฉพาะอีกกลไกหนึ่ง แนวคิดในการเสริมอำนาจศาลภายในของศาลอาญาระหว่างประเทศ ถูกกำหนดขึ้นเพื่อระงับข้อโต้แย้งในเรื่องเขตอำนาจที่ทับซ้อนกัน และการแข่งขันในการดำเนินคดีตามหลักเขต อำนาจศาลร่วม ซึ่งปรากฏในร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศฉบับของคณะกรรมการกฎหมายระหว่าง ประเทศ มองว่าหลักอำนาจเสริมเป็นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างศาลภายในซึ่งเป็นศาลอันดับแรกใน การดำเนินคดี และศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นศาลที่จะดำเนินคดีในลำดับต่อมา⁷ ซึ่งหลักการนี้ได้รับการ รับรองและบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมฯ ในเวลาต่อมา

⁷ John T. Holmes, "Complementarity: National Courts Versus the ICC," in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary Vol. I*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta, and John R.W.D. Jones (Oxford University Press, 2002), 670-71.

2.2 หลักอำนาจเสริมตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

กลไกภายใต้หลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นนั้น ได้รับการบัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมฯ โดยในบทบัญญัติวรรคที่ 10 ของอารัมภบท⁸ และ ข้อ 1⁹ ของธรรมนูญกรุงโรมฯ บัญญัติให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีบทบาทเสริมการใช้อำนาจรัฐทางอาญาภายในของรัฐ นอกจากนั้นบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ ยังได้กำหนดกลไกการใช้อำนาจศาลของศาลอาญาระหว่างประเทศตามหลักอำนาจเสริมไว้ว่าเป็นการใช้อำนาจเพื่อเสริมการใช้อำนาจของศาลภายใน และศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นเพียงที่พึ่งสุดท้าย (last resort) ในการดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศเท่านั้น

ตามกลไกของระบบอำนาจเสริมดังกล่าว เป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยการกำหนดให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาภายในเป็นช่องทางแรกในการดำเนินคดีผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น ซึ่งตามระบบนี้จะส่งผลให้การดำเนินคดีอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม รวมไปถึงอาชญากรรมอื่นเป็นการรุกรานจะถูกดำเนินคดีโดยกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐเป็นลำดับต้น

แม้ว่าโดยบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ จะไม่ได้บัญญัติหรือกำหนดกรอบที่ชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไขของการใช้อำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม แต่ธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็ปรากฏบทบัญญัติในเกี่ยวกับกลไกของระบบอำนาจเสริมดังกล่าวปรากฏในข้อ 17 ว่าด้วยประเด็นในการรับคดีไว้พิจารณา (Issues of admissibility)¹⁰

⁸ Rome Statute, Preamble, paragraph 10 provides:

“**Emphasizing** that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions,”

⁹ Rome Statute, article 1 provides:

“**Article 1**

The Court

An International Criminal Court (‘the Court’) is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and shall be complementary to national criminal jurisdictions. The jurisdiction and functioning of the Court shall be governed by the provisions of this Statute.”

¹⁰ Rome Statute, article 17.

สาระสำคัญที่ปรากฏในบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 17 เกี่ยวกับประเด็นการรับคดีไว้พิจารณา เป็นการเน้นย้ำบทบาทของศาลอาญาระหว่างประเทศในการเสริมอำนาจศาลภายใน โดยระบุว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่ใช้เขตอำนาจของศาลและจะไม่รับคดีไว้พิจารณา หากปรากฏว่า

- 1) “คดี” กำลังอยู่ระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี ตามข้อ 17(1)(a) ของธรรมนูญกรุงโรมฯ
- 2) “คดี” ได้รับการสืบสวนสอบสวนแล้ว และรัฐได้ตัดสินใจที่จะไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้น ตามข้อ 17(1)(b) ของธรรมนูญกรุงโรมฯ

ด้วยเหตุผลทั้งสองประการนี้เป็นเหตุที่ทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศต้องปฏิเสธไม่รับคดีเข้าสู่อำนาจพิจารณาของศาล ข้อยกเว้นในการรับคดีเข้าสู่อำนาจพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศมีเพียงประการเดียวคือการที่ศาลภายในไม่สนใจหรือไม่สามารถดำเนินการสอบสวนหรือพิจารณาหรือตัดสินคดีได้อย่างแท้จริง ซึ่งความไม่สนใจเกิดขึ้นเมื่อรัฐปกป้องบุคคลนั้นจากความรับผิดชอบทางอาญา หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม¹¹ ส่วนความไม่สามารถจะเกิดขึ้นในกรณีที่ระบบกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐล้มเหลวจนไม่สามารถเข้าถึงและรวบรวมพยานหลักฐาน หรือการดำเนินคดีบุคคลนั้น ๆ ได้¹²

ดังนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่าในอารัมภบท และวัตถุประสงค์ของข้อ 17 ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ว่ากระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศจะดำเนินการไปได้ก็ต่อเมื่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาภายในของรัฐล้มเหลว หลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือสำคัญในการส่งเสริมการใช้อำนาจรัฐภายในในการควบคุมการกระทำผิดทางอาญา และการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐ โดยมุ่งเน้นที่จะกระตุ้นให้กระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐมีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดระหว่างประเทศร้ายแรง ซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญของศาลอาญาระหว่างประเทศในการยุติการที่ผู้กระทำความผิดไม่ถูกดำเนินคดี¹³

¹¹ Rome Statute, article 17(2)(a)-(c).

¹² Rome Statute, article 17(3).

¹³ Linda E. Carter, "The Future of the International Criminal Court: Complementarity as a Strength or a Weakness?," *Washington University Global Studies Law Review* 12, no. 3 (2013): 454.

3. ปัญหาการตีความถ้อยคำว่า “คดี” ตามกลไกของระบบอำนาจเสริม

จากบทบัญญัติข้อ 17 ของธรรมนูญกรุงโรมฯ ดังกล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ว่า บทบัญญัตินี้ได้กำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาเพื่อรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยหากพิจารณาตามบทบัญญัติดังกล่าว การทดสอบว่าศาลจะรับคดีไว้พิจารณา (admissibility test) หรือไม่นั้นประกอบไปด้วยสองส่วน คือการพิจารณาองค์ประกอบของการรับคดีไว้พิจารณาว่า “คดี” นั้นกำลังอยู่ระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี หรือได้รับการสืบสวนสอบสวนแล้วหรือไม่ และการวิเคราะห์ว่าคดีไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะเป็นเหตุผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณา (gravity threshold) หรือไม่¹⁴

ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำเสนอปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความถ้อยคำว่า “คดี” ซึ่งเป็นเงื่อนไขประการแรกในการพิจารณาเพื่อรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏตามถ้อยคำในบทบัญญัติข้อ 17 ของธรรมนูญกรุงโรมฯ แต่ทว่าบทบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติรายละเอียด ความหมาย หรือให้คำอธิบายเกี่ยวกับถ้อยคำ “คดี” ที่บัญญัติไว้แต่อย่างใด ส่งผลให้ในทางปฏิบัติเกิดปัญหาการปรับใช้และการตีความบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ ว่า “คดี” กำลังอยู่ในระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี” (is being investigated) และ “คดี” ได้รับการสืบสวนสอบสวน” (has been investigated) ว่ามีความหมายครอบคลุมพฤติการณ์ต่าง ๆ เพียงใด

ประเด็นการตีความถ้อยคำ “คดี” ในระบบอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ถูกหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างและพิจารณาในการดำเนินคดีต่าง ๆ ของศาลอาญาระหว่างประเทศ ส่งผลให้เกิดข้อโต้แย้งในประเด็นดังกล่าวสืบต่อเนื่องเรื่อยมา ในการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ จากบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ เกี่ยวกับเงื่อนไขของกลไกของระบบอำนาจเสริมคำว่า “คดี” เป็นเงื่อนไขเบื้องต้นในการเข้าสู่กลไกอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ทว่าในบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ ไม่ปรากฏบทนิยามความหมาย หรืออธิบายเพิ่มเติมในรายละเอียดในบทบัญญัติธรรมนูญกรุงโรมฯ ใน ข้อ 17 หรือ ข้ออื่น ๆ แต่อย่างใดเกี่ยวกับถ้อยคำว่า “คดี” ส่งผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการตัดสินเรื่องความเหมือน (the same test) ทั้งเรื่องบุคคลเดียวกัน (same person) และการกระทำเดียวกัน (same conduct) ของศาลอาญาระหว่างประเทศตามกลไกอำนาจเสริมในหลายกรณี ดังนี้

¹⁴ Mohamed Abdou, "Article 17 Issues of Admissibility " in *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, ed. Mark Klamburg (Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017), 206.

3.1 Lubanga Case

คดี Lubanga ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดี Thomas Lubanga Dyilo เป็นหนึ่งในผู้ก่อตั้ง The Union des Patriotes Congolais (“UPC”) และกองกำลังทหาร the Force Patriotique pour la Libération du Congo (“FPLC”) สำหรับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก หรือ คองโก (Democratic Republic of the Congo: DRC) ในคดีนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศได้ดำเนินคดี Lubanga ในข้อหาอาชญากรรมสงคราม เพราะได้มีการเกณฑ์เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีมาเป็นทหารร่วมในการสู้รบ ในการพิจารณาคดีนี้ได้มีการวินิจฉัยถ้อยคำว่า “คดี” ในประเด็นว่าคองโกได้ดำเนินคดี Lubanga และควบคุมตัว Lubanga ไว้ในบ้าน (house arrest) ในช่วงระหว่าง ค.ศ. 2003-2006 ซึ่งจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวคองโกได้โต้แย้งในคดีว่าการดำเนินคดี Lubanga โดยกระบวนการของคองโกนั้น เป็นการดำเนินคดีการกระทำเดียวกันกับการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งก็เป็นการดำเนินคดีการกระทำในฐานะหัวหน้าของ UPC/FPLC ในช่วง ค.ศ. 2002-2003 เช่นกัน¹⁵ กรณีนี้จึงถือว่าได้มีการดำเนินคดี Lubanga สำหรับการกระทำเดียวกันกับที่ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดีแล้วโดยศาลภายในของคองโก ส่งผลให้ การดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศตามกลไกอำนาจเสริมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากเป็นการดำเนินคดีการกระทำเดียวกันกับศาลภายในของคองโก ศาลอาญาระหว่างประเทศต้องไม่รับคดีนี้ไว้พิจารณา

ในการวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับถ้อยคำว่าว่า “คดี” ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณานั้น ศาลได้วางหลักการเบื้องต้นในการประเมินไว้ว่า “คดี” ที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่รับไว้พิจารณานั้น จะต้องเป็นคดีที่กระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐได้ดำเนินการสืบสวนสอบสวน หรือฟ้องร้องคดีบุคคลและการกระทำเดียวกันกับการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ¹⁶ ส่งผลให้ในการวินิจฉัยคดี Lubanga เมื่อปรากฏว่าข้อหาที่จับกุม Lubanga ของคองโก เป็นคนละข้อหากับหมายจับของศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้น องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ของศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงพิจารณาว่าคองโกไม่ได้ดำเนินการ (inaction) ตามข้อหาในหมายจับของศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงรับคดีนี้ไว้พิจารณา

¹⁵ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 10 July 2010, paras. 101-102.

¹⁶ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, Pre-Trial Chamber, ICC-01/04-01/06-8-Corr, 10 February 2006, para. 37.

3.2 Katanga and Chui Case

คดี Katanga and Chui ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดี Germain Katanga และ Mathieu Ngudjolo Chui สำหรับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในคองโก คดีนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศได้ดำเนินคดีทั้ง Katanga และ Chui ในข้อหาอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม ในการโจมตีหมู่บ้าน Bogoro ในเมือง Ituri ในคองโก ซึ่งศาลภายในของคองโกได้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนกรณีดังกล่าวแล้ว

ในคดี Katanga and Chui ศาลได้ปรับใช้หลัก ‘same person-test’ และ ‘same conduct-test’ ตามที่ได้ปรับใช้ในคดี Lubanga โดยศาลได้วินิจฉัยว่าการดำเนินคดีของคองโกนั้นเป็นการดำเนินคดีบุคคลเดียวกันกับการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ตามข้อหาที่กำลังดำเนินการสอบสวนของคองโกนั้น ต่างไปจากการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ¹⁷

นอกจากนั้น หลักการพื้นฐานของหลักอำนาจเสริมที่ว่าคดีนั้นกำลังอยู่ระหว่างการสืบสวนสอบสวนโดยกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐนั้น ได้ถูกวางไว้โดยคำวินิจฉัยขององค์คณะตุลาการอุทธรณ์ (Appeal Chamber) ของศาลอาญาระหว่างประเทศในคดี Katanga and Chui ไว้ว่า

“ในการพิจารณาว่าคดีนั้นจะรับไว้พิจารณาหรือไม่ตามข้อ 17(1)(a) และ (b) ของธรรมนูญกรุงโรมฯ นั้น มีคำถามที่ต้องตอบในเบื้องต้นว่า (1) กำลังมีการสืบสวนสอบสวนหรือการดำเนินคดีนั้นอยู่หรือไม่ หรือ (2) ได้มีการสืบสวนสอบสวนคดีนั้นแล้ว และรัฐซึ่งมีอำนาจรัฐเหนือคดีนั้นได้ตัดสินใจที่จะไม่ดำเนินคดีบุคคลดังกล่าว ซึ่งคำตอบของสองคำถามดังกล่าวเป็นการยืนยันว่ากรณีนั้นจะต้องดูไปถึงเงื่อนไขส่วนหลังของ (a) และ (b) และตรวจสอบถึงปัญหาของการไม่สมัครใจ และการไม่สามารถ”¹⁸

¹⁷ *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Motion Challenging the Admissibility of the Case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to Article 19 (2) (a) of the Statute, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-949, 11 March 2009, para 33.

¹⁸ *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, Appeal Chamber, ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009, para. 78, states: “Therefore, in considering whether a case is inadmissible under article 17 (1) (a) and (b) of the Statute, the initial questions to ask are (1) whether there are ongoing investigations or prosecutions, or (2) whether there have been investigations in the past, and the State having jurisdiction has decided not to prosecute the person concerned. It is only when the answers

หลักการที่วางตามแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นนี้ ถือเป็นหลักในการพิจารณาเรื่องความไม่ประสงค์ หรือความไม่สามารถในการดำเนินการสืบสวนสอบสวน หรือดำเนินคดีของศาลภายในของรัฐ ตามกลไกของระบอบอำนาจเสริมว่า ในขั้นตอนแรกก่อนที่จะพิจารณาเรื่องความไม่ประสงค์หรือความไม่สามารถจะต้องพิจารณาก่อนว่า “คดี” นั้น เป็นคดีกำลังอยู่ในระหว่างสืบสวนสอบสวน หรือฟ้องร้องดำเนินคดีโดยกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐหรือไม่¹⁹

3.3 Kony and others Case

ในคดี Kony and Others ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดี Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen สำหรับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในอุกันดา ในความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงครามที่ก่อขึ้นโดยกองกำลัง Lord’s Resistance Army (LRA) ซึ่งรวมตัวขึ้นเพื่อต่อต้านรัฐบาลอุกันดา LRA ได้สู้รบกับรัฐบาลและกองกำลังอุกันดาส่งผลให้มีพลเรือนเสียชีวิต และเกิดความเสียหายแก่บ้านเรือนทรัพย์สินของประชาชนจำนวนมาก

ในการพิจารณาคดีนี้ ประเด็นเรื่องการรับคดีไว้พิจารณาของคดีไม่ได้ถูกตรวจสอบในรายละเอียดแต่อย่างใด องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นในคดีนี้เพียงแต่ให้เหตุผลว่าตามข้อมูลและพยานหลักฐานที่พนักงานอัยการได้รับเห็นได้ว่าศาลรับคดีไว้พิจารณาได้²⁰ เท่านั้น

3.4 Kushayb Case

ในคดี Kushayb ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดีกับ Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”) สำหรับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในดาร์ฟูร์ ประเทศซูดาน ในคดีนี้ อัยการศาลอาญาระหว่างประเทศได้ร้องขอให้จับตัวผู้ต้องหาทั้งสองคน ซึ่งในการพิจารณาคดีนี้ไม่มีการวิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ว่าซูดานได้มีการสืบสวนสอบสวน Kushayb ในคดีอาชญากรรมภายใต้อำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศหรือไม่แต่อย่างใด ซึ่งถือเป็นการล้มเหลวในการตัดสินเรื่อง same conduct-test อีกทั้งในคดีนี้ศาลไม่ได้คำนึงถึงเฉพาะตัวบุคคลที่กระทำความผิดของบุคคลเดียวกัน การ

to these questions are in the affirmative that one has to look to the second halves of sub-paragraphs (a) and (b) and to examine the question of unwillingness and inability.”

¹⁹ Id.

²⁰ *Situation in Uganda*, “Decision on the Prosecutor’s Application for warrants of arrest under Article 58, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-01/05-1-US-Exp, 12 July 2005, p. 2.

กระทำเดียวกัน เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงเหตุการณ์การกระทำความผิดเหตุการณ์เดียวกัน (same incident) ด้วยจึงจะถือว่ามี การสืบสวนสอบสวนคดีเดียวกันตามเงื่อนไขของการปรับใช้อำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศ²¹

3.5 Al-Senussi Case

ในคดี Al-Senussi ศาลอาญาระหว่างประเทศได้พิจารณาการปรับใช้หลักอำนาจเสริมเพื่อดำเนินคดี Abdullah Al-Senussi สำหรับสถานการณ์ในลิเบีย ในคดีนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศได้พิจารณาถึงกรณีว่าลิเบียมีความประสงค์ และ/หรือ ความสามารถในการดำเนินคดี Al-Senussi ตามกลไกกระบวนการยุติธรรมภายในของลิเบียหรือไม่ โดยหลักการพิจารณาเรื่อง same case-test ได้ถูกหยิบขึ้นมาพิจารณาในคดีนี้อีกครั้ง โดยในคดีนี้ องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นได้พิจารณาว่าการที่ลิเบียดำเนินคดีการสืบสวนสอบสวนคดีกับ Al-Senussi นั้นเป็นคดีเดียวกันกับที่ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดี โดยในการพิจารณาขององค์คณะตุลาการเบื้องต้นในคดีนี้ ยังได้กำหนดและวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณา “คดีเดียวกัน” (same case) ไว้อีกด้วย ดังนี้²²

- (ก) การตัดสินใจในการรับคดีไว้พิจารณานั้นเป็นลักษณะเฉพาะของคดีแต่ละคดี ปัจจัยประกอบของแต่ละคดีในศาลคือ ตัวบุคคล และการกระทำที่ถูกกล่าวหา โดยจะต้องที่มีการพิจารณาจนเป็นที่พอใจแก่องค์คณะตุลาการพิจารณาว่าการสืบสวนสอบสวนภายในของรัฐเป็นคดีเดียวกัน กับที่อยู่ในศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยจะต้องแสดงให้เห็นว่า บุคคลที่อยู่ในกระบวนการดำเนินคดีของศาลภายในนั้นเป็นบุคคลเดียวกันกับซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศกำลังดำเนินคดี (same person) และ การกระทำที่กำลังถูกสืบสวนสอบสวนนั้นเป็นการกระทำเดียวกันกับการกระทำที่ศาลอาญาระหว่างประเทศกำลังดำเนินคดี (same conduct)
- (ข) เป็นที่เข้าใจว่าการแสดงให้เห็นว่า “คดีนั้นกำลังอยู่ในระหว่างการสืบสวนสอบสวน” (the case is being investigated) ต้องมีความก้าวหน้าอย่างชัดเจนของขั้นตอนการสืบสวนสอบสวน เพื่อยืนยันว่าบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ถูกกล่าวหาต่อศาลอาญาระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่ง

²¹ รายละเอียดโปรดดู *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ('Ahmad Harun') and Ali Muhammad Al-Abd-Al Rahman ('Ali Jushayb')*, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, ICC Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007, paras 19-24.

²² *The Prosecutor v. Saifal Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 October 2013, para. 32-34.

- ขั้นตอนการสืบสวนสอบสวนเหล่านี้อาจรวมไปถึงการสืบพยาน หรือผู้ต้องสงสัย เอกสารหลักฐานที่รวบรวมได้ หรือผลการวิเคราะห์ทางนิติเวชวิทยา
- (ค) การตัดสินใจว่าอะไรคือ การกระทำเดียวกัน (same conduct) ตามที่ถูกล่ามไว้ในกระบวนการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นไปตามข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ และพฤติการณ์แวดล้อมของคดี ซึ่งเป็นไปตามหลักการของแต่ละคดี (case-by-case basis)
- (ง) การประเมินกระบวนการดำเนินคดีของศาลภายในต้องให้ความสำคัญกับการกระทำที่ถูกล่ามไว้ไม่ใช่ลักษณะทางกฎหมายของการกระทำ และคำถามที่ว่า การสืบสวนสอบสวนของรัฐนั้นดำเนินไปเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น ต้องพิจารณาว่าไม่ใช่การตัดสินเรื่องของการโต้แย้งเรื่องการรับคดีไว้พิจารณา (admissibility challenge) และการสืบสวนสอบสวน หรือดำเนินคดีอาชญากรรมธรรมดา (ordinary crimes) แล้วขยายความให้ไปครอบคลุมการกระทำเดียวกันนั้น

4. บทวิเคราะห์การตีความ “ความเหมือนของคดี” ของศาลอาญาระหว่างประเทศ

จากการแนวทางการตีความถ้อยคำว่า “คดี” ของศาลอาญาระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่าศาลได้นำหลักเกณฑ์การพิจารณากรณีคดีเดียวกัน (same case-test) มาปรับใช้ในการพิจารณาเงื่อนไขประการแรกในการที่ศาลจะตัดสินใจเข้าแทรกแซงเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น ในทางปฏิบัติจะเห็นได้ว่าการพิจารณา ศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณา “คดี” ไปถึงการพิจารณาตัวบุคคลผู้ซึ่งถูกดำเนินคดีภายในรัฐ จะต้องเป็นบุคคลคนเดียวกันกับจำเลยที่ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดี (same person-test) การกระทำที่กำลังสืบสวนสอบสวน หรือฟ้องร้องดำเนินคดีในรัฐจะต้องเป็นการกระทำเดียวกันกับการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ (same conduct-test) แต่จากทางปฏิบัติของศาลอาญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นดังกล่าวมานั้น กลับถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก อาทิ ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ same case-test ที่เห็นได้จากข้อเสนอในการปฏิเสธการปรับใช้ same conduct-test ของศาลอาญาระหว่างประเทศตามที่ Jann K. Kleffner รองศาสตราจารย์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ เสนอว่าภาพรวมของหลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศ คือ การกระตุ้นให้กระบวนการดำเนินคดีภายในของรัฐมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นมากกว่าที่จะกีดกันการใช้อำนาจของศาลภายในของรัฐ โดยตามกลไกนี้การของศาลอาญาระหว่างประเทศอาจต้องช่วยให้คำปรึกษาแก่รัฐในการกำหนดของเขตแห่งความพอใจ (margin of appreciation) ในการเลือกความผิดอาญา มาปรับใช้ และหากเห็นว่าฐานความผิดที่นำมาปรับใช้ตั้งข้อหาในกระบวนการยุติธรรมภายในนั้นไม่เหมาะสม อัยการก็ต้องให้คำปรึกษาเพื่อแก้ไขข้อหาตามกฎหมายภายใน มากกว่าการที่อัยการจะกล่าวอ้างว่าความพยายามในการดำเนินคดีของศาลภายใน หรือกล่าวอ้างถึงความน่าผิดหวังในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐที่ไม่มีประสิทธิภาพในการดำเนินคดี

อาชญากรรมระหว่างประเทศ²³ ซึ่งจากข้อโต้แย้งนี้จะสอดคล้องตามวัตถุประสงค์ของหลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศที่ต้องการยกระดับมาตรฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญาภายในของรัฐได้ได้มาตรฐานสากล ซึ่งจากความเห็นของ Kleffner เห็นว่าบทบาทของอัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นปัจจัยสำคัญที่เอื้อต่อการพิจารณาความเหมือนของคดีในระบบอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศได้เป็นอย่างดี

นอกจากข้อโต้แย้งของ Kleffner แล้ว William A. Schabas ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ได้ให้ความเห็นโต้แย้งการปรับใช้หลักอำนาจเสริมในคดี Lubanga เกี่ยวกับการใช้ทหารเด็กในการสู้รบ โดยในคดีนี้อัยการ Luis Moreno Ocampo หัวหน้าอัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศได้กล่าวเกี่ยวกับการใช้ทหารเด็กของ Lubanga ว่า เป็นการบังคับเด็กไปสู่การเป็นฆาตรกรเป็นอันตรายต่ออนาคตของมนุษยชาติ โดยในประเด็นนี้ Schabas ได้โต้แย้งคำกล่าวของอัยการว่า กระบวนการยุติธรรมภายในของคองโกดำเนินได้ดำเนินคดี Lubanga ในความผิดอาชญากรรมที่เป็นอันตรายต่ออนาคตของมนุษยชาติ (crimes against the future of mankind) ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่ก้าวหน้าและเป็นอาชญากรรมที่มีความรุนแรงกว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดี และไม่ว่าจะเป็นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติเองต่างก็เป็นอาชญากรรมที่เป็นอันตรายต่ออนาคตของมนุษยชาติ²⁴ ซึ่งจากข้อโต้แย้งของ Schabas นี้จะเห็นได้ว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศจะพิจารณาความเหมือนของคดีที่ลักษณะของอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจของศาลอย่างเคร่งครัด โดยต้องเป็นฐานความผิดเดียวกัน แต่ในทางปฏิบัติความผิดที่ศาลภายในดำเนินคดีอยู่อาจไม่ได้ใช้ฐานความผิดเดียวกัน แต่โดยนัยของความผิดนั้นอาจมีความก้าวหน้า หรือครอบคลุมความผิดภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศไปด้วย ส่งผลให้การดำเนินคดีโดยศาลภายในที่โดยถ้อยคำเป็นคนละฐานความผิด แต่ศาลตีความเคร่งครัดตามตัวอักษรในบทบัญญัติ การดำเนินคดีฐานความผิดตามกฎหมายภายในจึงไม่เข้าเงื่อนไข ส่งผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจรับคดีไว้พิจารณาได้

นอกเหนือไปจากข้อโต้แย้งที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ในเรื่องการตีความความเหมือนของคดี (same case-test) แล้วนั้น Sarah M.H. Nouwen อาจารย์ด้านกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้นำเสนอแนวคิดเกี่ยวกับการปรับใช้หลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศไว้ว่า ในการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่าง

²³ Jann K. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (New York: Oxford University Press, 2008), 201.

²⁴ William A. Schabas, "Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts," *Criminal Law Forum* 19 (2008): 25.

ประเทศ โดยเฉพาะในชั้นองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นควรพิจารณาว่าการดำเนินคดีของศาลภายในจะไม่ได้มีการพิจารณาในเรื่องความเหมือนของคดี ดังเช่นที่อัยการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในการดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ควรพิจารณาว่ากระบวนการดำเนินคดีของศาลภายในนั้น เป็นความประสงค์และความสามารถในการดำเนินคดีอย่างแท้จริงหรือไม่มากกว่า²⁵ ซึ่งในกรณีนี้ หากอัยการของรัฐต้องการที่จะหลีกเลี่ยงการเข้ามาแทรกแซงของศาลอาญาระหว่างประเทศรัฐก็ต้องเลือกดำเนินคดีบุคคล การกระทำ และเหตุการณ์ที่ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจแทรกแซงเข้ามาดำเนินคดีได้มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา แต่ทั้งนี้หากการดำเนินคดีของรัฐครอบคลุมบุคคลที่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศที่รุนแรงมากกว่า แต่มีความแตกต่างในตัวบุคคล การกระทำ หรือเหตุการณ์แล้ว ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศก็อาจพิจารณารับคดีไว้ได้อยู่ดี ซึ่งจากข้อโต้แย้งดังกล่าว จะเห็นได้ว่าองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ดีความประเด็นการรับคดีไว้พิจารณาค่อนข้างกว้าง

ในประเด็นเดียวกันนี้ Rod Rastan นักกฎหมายของสำนักงานอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นว่าการตีความ ข้อ 17 ของธรรมนูญกรุงโรมฯ นั้น ควรตีความคำว่า “คดี” อย่างเคร่งครัด โดยกล่าวว่า การตีความบทบัญญัติเรื่องการรับคดีไว้พิจารณาของศาลอย่างแคบนั้นอาจส่งผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ของกลไกหลักอำนาจเสริมที่ได้รับการออกแบบมาตามธรรมนูญกรุงโรมฯ โดยการเรียนร้องให้หน่วยงานภาครัฐ มีการตรวจสอบอย่างเข้มงวดในการโต้แย้งการรับคดีไว้พิจารณาได้สำเร็จ ซึ่งจากมุมมองดังกล่าวต้องได้รับการสนับสนุนให้นโยบายขั้นต้นในการพิจารณามากกว่าการตีความบทบัญญัติกฎหมายอย่างเคร่งครัด²⁶

จากข้อโต้แย้งของนักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่ได้กล่าวถึงเบื้องต้น เป็นสิ่งที่ช่วยยืนยันว่า การตีความความเหมือนของคดี เป็นผลสืบเนื่องมาตั้งแต่บทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ มาสู่ทางปฏิบัติของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยในคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศที่ศาลได้ให้เหตุผลในการตีความความเหมือนของคดีในคดีต่าง ๆ นั้น ยิ่งส่งผลให้เกิดการโต้แย้งในเชิงวิชาการตามมาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งแนวบรรทัดฐานของศาลตลอดจนความคิดเห็น ข้อโต้แย้งดังกล่าวส่งผลให้เกิดความชัดเจนในการตีความความเหมือนของคดีในระบบอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศยิ่งขึ้นต่อไป

²⁵ Sarah M.H. Nouwen, "Fine-Tuning Complementarity," in *Research Handbook on International Criminal Law*, ed. Bartram S. Brown (Glos: Edward Elgar Publishing, 2011).

²⁶ Rod Rastan, "What Is a 'Case' for the Purpose of the Rome Statute " *Criminal Law Forum* 19 (2008): 440.

5. บทสรุป

แม้บทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ จะบัญญัติให้ศาลปรับใช้ “หลักอำนาจเสริม” แต่การปรับใช้ก็ต้องเป็นตามเงื่อนไขที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ บัญญัติเอาไว้ แต่เหตุจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติและแนวทางการตีความบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนเหล่านั้น ส่งผลให้การดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศถูกวิพากษ์วิจารณ์ตลอดระยะเวลากว่า 15 ปี โดยปัญหาการตีความสำคัญประการหนึ่งคือ การตีความถ้อยคำว่า “คดี” ที่กำลังอยู่ในระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี (case is being investigated or prosecuted) หรือ “คดี” ที่ได้รับการสืบสวนสอบสวนแล้ว (the case has been investigated) โดยรัฐที่มีอำนาจรัฐเหนือคดีไม่ประสงค์ (unwilling) หรือไม่สามาร (unable) ในการดำเนินการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องคดี ซึ่งเป็นเงื่อนไขลำดับต้นในการปรับใช้หลักอำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศ

จากการศึกษา พบว่า การตีความของศาลอาญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับถ้อยคำว่า “คดี” นี้ ศาลได้สร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ทั้งเรื่องการพิจารณาถึงตัวบุคคล การกระทำ รวมไปถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งต้องเหมือนกันทั้งในการดำเนินคดีภายในรัฐ และการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ ส่งผลทำให้ในทางปฏิบัติ ศาลจะเคร่งครัดในการปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าว และก่อให้เกิดภาระแก่รัฐที่ต้องนำสืบให้ได้ว่าการดำเนินคดีภายในของรัฐนั้น เหมือนกันกับคดีที่ดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ที่จริงแล้ววัตถุประสงค์ของหลักอำนาจเสริมนี้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อช่วยเหลือให้การดำเนินคดีภายในของรัฐสามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่จากทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นกลับยังผลเป็นไปในทางตรงกันข้ามเสียมากกว่า เพราะทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นดังกล่าวศาลอาญาระหว่างประเทศกลับตีความอย่างเคร่งครัดส่งผลให้การดำเนินคดีของศาลภายในของรัฐตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการแทรกแซงเพื่อดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ นอกจากนั้นจากข้อโต้แย้งจากนักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการปรับใช้อำนาจเสริมของศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่เกิดจากปัญหาการตีความถ้อยคำว่า “คดี” ที่ปรากฏเป็นเงื่อนไขขั้นต้นในการปรับใช้อำนาจเสริมตามธรรมนูญกรุงโรมฯ นั้น ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการตีความ ส่งผลให้ในการดำเนินคดีต่าง ๆ ของศาลอาญาระหว่างประเทศไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งส่งผลต่อความเชื่อมั่นในระบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศ และยังบั่นทอนความน่าเชื่อถือ และความชอบธรรมของศาลอาญาระหว่างประเทศอีกด้วย

รายการอ้างอิง

- Abdou, Mohamed. "Article 17 Issues of Admissibility ". In *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, edited by Mark Klamberg. Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017.
- Carter, Linda E. "The Future of the International Criminal Court: Complementarity as a Strength or a Weakness?". *Washington University Global Studies Law Review* 12, no. 3 (2013): 451-73.
- Holmes, John T. "Complementarity: National Courts Versus the ICC." In *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary Vol. I*, edited by Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones, 670-71: Oxford University Press, 2002.
- Kleffner, Jann K. *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Nouwen, Sarah M.H. "Fine-Tuning Complementarity." In *Research Handbook on International Criminal Law*, edited by Bartram S. Brown, 143-77. Glos: Edward Elgar Publishing, 2011.
- Rastan, Rod. "What Is a 'Case' for the Purpose of the Rome Statute ". *Criminal Law Forum* 19 (2008): 435-48.
- Schabas, William A. "Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts." *Criminal Law Forum* 19 (2008): 5-33.
- Svaček, Ondřej. "The Human Rights Demension of the ICC's Complementarity Regime." Chap. 273-288 In *Czech Yearbook of Public & Private International Law* edited by Pavel Šturma and Peter Mišúr, 2015.
- Zeidy, Mohamed M. El. "From Primacy to Complementarity and Backwards: (Re)-Visiting Rule 11 *Bis* of the Ad Hoc Tribunals." *International and Comparative Law Quarterly* 57, no. 2 (2008): 403-15.