

ความพร้อมของประเทศไทยต่อการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคล ถูกบังคับให้สูญหาย¹

ปกป้อง ศรีสนิท²
ณภัทร สรอรรถ³

บทคัดย่อ

การบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงรูปแบบหนึ่ง เป็นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลที่ได้รับความยินยอมหรือเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้บังคับให้บุคคลสูญหายไปโดยอาจนำไปซึ่งไว้ในที่ปกปิด สหประชาชาติตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวจึงได้กำหนดให้มี “อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย ค.ศ. 2006” ประเทศไทยได้เข้าลงนามแล้วแต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน จึงยังไม่เป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว บทความนี้พบว่าประเทศไทยมีความพร้อมระดับหนึ่งในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว แต่ยังคงต้องมีการออกกฎหมายกำหนดความผิดฐานบังคับบุคคลให้สูญหายและมาตรการป้องกันและเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหาย

¹บทความนี้สรุปจากงานวิจัยเรื่อง “โครงการศึกษาความพร้อมของประเทศไทยต่อการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย” โดย สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ปี พ.ศ. 2552

²อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

³อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

Enforced disappearance, one of the grave of human rights violations, is considered as an act of agents of the State or of persons or groups of persons acting with authority, support or acquiescence of the State in which the disappeared person is arrested, detained, abducted, or deprived of liberty in secret place. With the concern of the United Nations, “the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance” was adopted in 2006. Thailand has signed this Convention but has not yet ratified it. This article indicates that Thailand is ready to be a State Party of “the Convention”. However, Thailand needs the specific law to criminalize the act of enforced disappearances, to establish the measure of prevention of such act and to indemnify the victims.

การบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงรูปแบบหนึ่ง เป็นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลที่ได้รับความยินยอมหรือเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้บังคับให้บุคคลสูญหายไปโดยอาจนำไปขังไว้ในที่ปกปิดหรือนำไปฆ่าให้ตาย โดยส่วนมากเป็นการกระทำเพื่อเป้าหมายแห่งความสงบเรียบร้อยของรัฐ ซึ่งแม้เป้าหมายดังกล่าวจะดูเหมือนว่าเป็นสิ่งที่พึงประสงค์ แต่วิธีการที่จะนำไปสู่เป้าหมายจะต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย และการบังคับให้บุคคลสูญหายไปนอกกฎหมายเป็นวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและกระทบสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ในอดีตเจ้าหน้าที่ของรัฐมักจะใช้วิธีการทรมานบุคคลเพื่อให้บุคคลให้ถ้อยคำหรือให้ข้อมูลที่รัฐต้องการ แต่การกระทำทรมานมักปรากฏบาดแผลที่ตัวผู้เสียหาย และบาดแผลดังกล่าวมักจะถูกนำมาเป็นหลักฐานเพื่อฟ้องร้องดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำการทรมานเมื่อผู้เสียหายได้รับอิสรภาพแล้ว ซึ่งเปรียบเทียบกับ การบังคับบุคคลให้สูญหายแล้วจะพบว่าวิธีการที่เรียกว่า “อุ้มหาย” จะถูกนำมาใช้มากกว่า เพราะการบังคับบุคคลให้สูญหายมักจะไม่ปรากฏหลักฐานและไม่ปล่อยให้ผู้เสียหายปรากฏตัวมาร้องเรียนดำเนินคดีได้ในภายหลัง

สหประชาชาติได้ตระหนักถึงการละเมิดสิทธิมนุษยชนในลักษณะของการบังคับบุคคลให้สูญหาย จึงได้กำหนดให้มี “อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย ค.ศ. 2006” (The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance 2006)⁴ เพื่อเรียกร้องให้ประเทศต่าง ๆ เข้ามาเป็นภาคีเพื่อป้องกันและปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหาย พร้อมกับกำหนดวิธีการเยียวยาผู้เสียหาย ซึ่งในบทความนี้จะแยกพิจารณา ความหมายของการบังคับบุคคลให้สูญหาย พันธกรณีของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย และความพร้อมทางกฎหมายของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว

1. ความหมายของการบังคับบุคคลให้สูญหาย

อนุสัญญาข้อ 2 ได้ให้คำนิยามของการสูญหายโดยถูกบังคับว่า หมายถึง “การจับกุม การคุมขัง การลักพาตัว หรือ การลิดรอนเสรีภาพรูปแบบอื่น ที่กระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐหรือโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่กระทำการภายใต้อำนาจหรือการสนับสนุนหรือ

⁴ในบทความนี้จะใช้คำว่า “อนุสัญญา” หรือ “Convention” แทนคำว่า “อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย ค.ศ. 2006” หรือ “The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance 2006”

การยอมรับของรัฐ ตามด้วยการปฏิเสธไม่รับรู้การลิดรอนเสรีภาพดังกล่าวหรือโดยการปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของผู้สูญหาย ทำให้ผู้สูญหายอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย”⁵

บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาข้อ 2 นี้ได้แสดงให้เห็นก้าวหน้าอย่างสำคัญในทางกฎหมายระหว่างประเทศโดยการกำหนดให้สิทธิที่ไม่อาจถูกจำกัดได้ (non-derogable right)⁶ ว่าจะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับให้สูญหาย⁷

1.1 องค์ประกอบของความผิด

1.1.1 องค์ประกอบภายนอก

ก) ผู้กระทำ การบังคับบุคคลให้สูญหายที่จะเป็นความผิดตามอนุสัญญาฯ จำกัเฉพาะการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำของ (1) เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือ (2) บุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งดำเนินการภายใต้อำนาจ การสนับสนุนหรือการยอมรับจากรัฐ

ข) การกระทำ คือ (1) การจับกุม กักขัง ลักพาตัว หรือการกระทำในรูปแบบใด ๆ ก็ตามที่เป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพ และ (2) ปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการลิดรอนสิทธิเสรีภาพ หรือการปกปิดชะตากรรม หรือที่อยู่ของบุคคลที่สูญหาย

ค) วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ คือ บุคคลธรรมดา

1.1.2 องค์ประกอบภายใน

ต้องเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา

1.1.3 ผลแห่งการกระทำ

ทำให้ผู้ถูกลิดรอนเสรีภาพอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย

1.2 ลักษณะการกระทำที่เป็นความผิด

การบังคับบุคคลให้สูญหายตามนิยามในอนุสัญญาฯ คือการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลใดที่ได้รับการมอบหมายไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไปกระทำ

⁵ Article 2 of the “For the purposes of this Convention, ‘enforced disappearance’ is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.”

⁶ เช่น สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ สิทธิที่จะไม่ถูกทรมาน เป็นต้น

⁷ Office of The United Nations High Commissioner for Human Rights, Enforced or Involuntary Disappearances, Fact Sheet No. 6/Rev.3, 2009, p.7

การจับตัว ชังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และนำผู้ถูกจับไปขังไว้ในที่ที่ไม่เปิดเผย การกระทำถือว่าเป็นความผิดสำเร็จทันทีเมื่อได้มีการนำตัวผู้ถูกจับตัวไปขังไว้ในนอกกฎหมาย และหากต่อมามีการฆ่าผู้ถูกจับอีก ก็จะเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายอีกกรรมหนึ่ง

การจับ ควบคุม และขัง โดยเจ้าพนักงานของรัฐตามกฎหมายจึงไม่ใช่ความผิดฐานบังคับบุคคลให้สูญหาย เหตุเพราะการดำเนินการลิดรอนเสรีภาพประชาชนที่สามารถอ้างอิงกฎหมายได้ทุกกรณีไม่ถือว่าเป็นการบังคับบุคคลให้สูญหาย เพราะผู้ถูกจับตัวไปตามกฎหมายย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายตลอดระยะเวลาที่ถูกจับและควบคุมตัวอยู่

หากบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐไปจับตัวผู้อื่นไปขังไว้ในที่ที่ไม่เปิดเผย การกระทำได้กล่าวถึงไม่ใช่การบังคับบุคคลให้สูญหายตามความหมายของอนุสัญญาฯ เพราะเหตุว่า การบังคับบุคคลให้สูญหายต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือที่เกี่ยวข้องหรือโยงมาถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐ การที่บุคคลทั่วไปไปจับตัวผู้อื่นไปขังไว้ก็เป็นความผิดต่อเสรีภาพทั่วไปที่อยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 และมาตรา 310 อย่างไรก็ดีหากบุคคลทั่วไปไปจับตัวผู้อื่นไปขังไว้ในที่ที่ไม่เปิดเผย แต่เป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้อนุญาต ยอมรับ หรือรับรองการกระทำได้กล่าว การกระทำของบุคคลทั่วไปนั้นก็จะเป็นการบังคับบุคคลให้สูญหายได้

1.3 การกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการลิดรอนสิทธิเสรีภาพบุคคลเป็นเหตุให้บุคคลนั้นอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมายเนื่องจากเหตุไคร่เคืองส่วนตัวจะถือว่าเป็นการบังคับบุคคลให้สูญหายหรือไม่

คำตอบคือ การกระทำได้กล่าวเป็นการบังคับบุคคลให้สูญหาย และเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่อาจอ้างเหตุส่วนตัวมาปฏิเสธความรับผิดชอบในการบังคับบุคคลให้สูญหายได้ เพราะเมื่อการลิดรอนสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นอำนาจตามตำแหน่งหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจแล้ว แม้จะเป็นการกระทำเนื่องจากเหตุไคร่เคืองส่วนตัวก็ย่อมเป็นการกระทำตามนิยามของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประกอบกับเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมได้ใช้ความรู้ความสามารถที่ได้รับการฝึกฝนจากรัฐในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่นั้นไปกระทำการอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ตลอดจนในบางครั้งอาจจะได้ใช้เครื่องมือและอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่รัฐได้มอบให้เพื่อการปฏิบัติงานในหน้าที่ไปกระทำผิดดังกล่าวด้วย

1.4 การปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการลิดรอนสิทธิเสรีภาพ หรือมีการปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลที่สูญหาย

เหตุที่ต้องมีการกระทำที่เป็น “การปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการลิดรอนสิทธิเสรีภาพ” เพราะเหตุว่า หากเจ้าหน้าที่ของรัฐลิดรอนเสรีภาพแล้วยอมรับว่ามีการลิดรอน

เสรีภาพจริง ผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายย่อมสามารถดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 90 เพื่อขอให้มีการปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังได้ ซึ่งถือมิได้ว่าผู้นั้นอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย

การปฏิเสธข้างต้นต้องหมายถึงการปฏิเสธต่อผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมาย เช่น ญาติหรือตัวแทนของผู้เสียหาย เป็นต้น หรือ ปฏิเสธต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำความผิด

ทั้งนี้ การลิดรอนสิทธิเสรีภาพอันจะเป็นการทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับนั้น อาจเริ่มต้นจากการจับกุมโดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้⁸ หากต่อมามีการควบคุมตัวบุคคลผู้ถูกจับโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่มิได้เป็นการควบคุมที่มีความประสงค์เพื่อจะนำตัวผู้ต้องหาไปฟ้องคดีต่อศาลแล้ว การควบคุมนั้นย่อมเป็นการทำให้บุคคลสูญหายโดยถูกบังคับ⁹ นอกจากนี้ แม้การควบคุมจะเริ่มต้นโดยมีเหตุที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากในระหว่างที่มีการควบคุมนั้น ผู้ถูกควบคุมถูกกระทำให้ถึงแก่ความตายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมิใช่การประหารชีวิตตามคำพิพากษาของศาล การควบคุมก่อนการพิจารณาคดีดังกล่าวจะถือว่าเป็นการนำตัวผู้ถูกควบคุมมาอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมายทันที และหากมีการพบศพในสภาพไม่สมประกอบ ปรากฏชัดแจ้งว่ามีการทรมานหรือถูกมัดแขน ขา ย่อมแสดงให้เห็นว่าก่อนบุคคลดังกล่าวจะเสียชีวิตนั้นมีการทำให้เสียเสรีภาพเกิดขึ้นชั่วระยะเวลาหนึ่ง¹⁰ ซึ่งหากเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้วย่อมถือเป็นการกระทำความผิดฐานบังคับบุคคลให้สูญหาย

ในส่วนของ “การปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลที่สูญหาย” หมายถึง ภายหลังจากที่มีการกระทำลิดรอนเสรีภาพแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำความผิดกระทำการปกปิด คือ เพียงแต่นิ่งเฉยเสีย ไม่จำเป็นต้องมีการปฏิเสธ หรือกล่าวเท็จเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว อันส่งผลให้บุคคลที่สูญหายอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย

⁸ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on the definition of enforced disappearance หัวข้อ 7 หน้า 3

⁹ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on the definition of enforced disappearance หัวข้อ 8 หน้า 3

¹⁰ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on the definition of enforced disappearance หัวข้อ 9 หน้า 3

2. พันธกรณีตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย

ด้วยความที่การบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรง รัฐทุกรัฐต้องเร่งกันปราบปราม อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย ปี 2006 (The International Convention on the Protection of Persons from Enforced Disappearances 2006) จึงเกิดขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการสูญหายโดยถูกบังคับ และสร้างกฎเกณฑ์กลางในการให้รัฐภาคีมีความร่วมมือกันในการป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิดดังกล่าว ประเทศไทยลงนามแล้วแต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน จึงยังไม่เป็นภาคี

พันธกรณีที่รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ นั้นแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะ คือ การปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหาย การป้องกันการบังคับบุคคลให้สูญหาย และการเยียวยาผู้สูญหายโดยถูกบังคับ

2.1 การปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหาย

แบ่งได้เป็นหลายกรณี คือ

2.1.1 การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

ข้อ 1 อนุสัญญากำหนดหลักการสำคัญพื้นฐานว่า บุคคลจะถูกบังคับให้สูญหายมิได้

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย กำหนดให้สถานการณ์พิเศษทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นสภาวะสงคราม สภาวะคุกคามจากสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ รวมทั้งสถานการณ์ฉุกเฉินใด ๆ ไม่อาจถูกยกเป็นข้ออ้างของการกระทำที่บุคคลสูญหายได้

ข้อ 2 ได้ให้คำนิยามของ “การสูญหายโดยถูกบังคับ” (Enforced disappearance) ว่าหมายถึงการจับ การคุมขัง การลักพาตัว หรือรูปแบบใด ๆ ของการละเมิดเสรีภาพที่กระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ หรือโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดที่กระทำการภายใต้อำนาจของรัฐ หรือภายใต้การสนับสนุนหรือการยอมรับของรัฐ ตามด้วยการปฏิเสธที่จะยอมรับถึงการละเมิดเสรีภาพหรือการปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลผู้สูญหาย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอยู่นอกความคุ้มครองของกฎหมาย

จากนิยามจะพบว่า การสูญหายโดยถูกบังคับนั้น เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นที่มีใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับรัฐ เช่น การกระทำภายใต้คำสั่ง การสนับสนุนหรือการยอมรับของรัฐ

ข้อ 3 รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อสอบสวนการบังคับให้บุคคลสูญหายและนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดี ในกรณีการสูญหายโดยถูกบังคับที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐ

ข้อ 4 รัฐภาคีต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อกำหนดให้การบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นความผิดอาญาภายใต้กฎหมายอาญาภายในรัฐตน

ข้อ 5 การบังคับให้บุคคลสูญหายที่เป็นการกระทำแบบกว้างขวางและเป็นระบบย่อมเป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติและมีผลให้นำกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องมาบังคับใช้

อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติเป็นความผิดหนึ่งในสี่ฐานความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศซึ่งอาชญากรรมร้ายแรงที่เหลือ ประกอบด้วย การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมรุกราน ซึ่งกำหนดโดยธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ได้แยกผลของการกระทำการบังคับออกเป็นสองลักษณะ คือ การบังคับบุคคลให้สูญหายทั่วไป ถือว่าเป็นความผิดอาญา แต่หากการบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นการกระทำอย่างเป็นระบบหรืออย่างกว้างขวาง การกระทำดังกล่าวจะถูกยกระดับเป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ

ข้อ 6 อนุสัญญาได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาให้กับผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย ผู้มีส่วนร่วมอาจจะอยู่ในฐานะของ ผู้สั่งการ ผู้ชักจูง หรือผู้เฝ้าหน้า หรืออยู่ในฐานะของผู้บังคับบัญชาซึ่งผู้ได้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดฐานบังคับบุคคลให้สูญหาย อนุสัญญาได้กำหนดให้คำสั่งหรือคำแนะนำจากอำนาจสาธารณะไม่อาจยกเป็นข้ออ้างของการบังคับให้บุคคลสูญหายได้

นอกจากนี้อนุสัญญาข้อ 6 (b)¹¹ ยังกำหนดความผิดทางอาญากับผู้บังคับบัญชาที่รู้ว่าผู้ได้บังคับบัญชาจะไปกระทำการหรือได้กระทำการบังคับบุคคลให้สูญหายและ

¹¹Article 6 of the Convention “1. Each State Party shall take the necessary measures to hold criminally responsible at least:...

(b) A superior who:

(i) Knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that subordinates under his or her effective authority and control were committing or about to commit a crime of enforced disappearance;

(ii) Exercised effective responsibility for and control over activities which were concerned with the crime of enforced disappearance; and

(iii) Failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress the commission of an enforced disappearance or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution;

(c) Subparagraph (b) above is without prejudice to the higher standards of responsibility applicable under relevant international law to a military commander or to a person effectively acting as a military commander.”

เพิกเฉยไม่ดำเนินการป้องกันหรือลงโทษผู้ได้บังคับบัญชา (commander and superior responsibility) ลักษณะการกำหนดความรับผิดชอบให้กับผู้บังคับบัญชาดังกล่าวคล้ายกับที่กำหนดไว้ในธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court) ข้อ 28

2.1.2 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ

นอกจากจะได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว อนุสัญญาฯ ยังได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษ (Aggravating circumstances) และเหตุลดโทษ (Mitigating circumstances) บางประการ คือ

ข้อ 7 อนุสัญญาฯ ได้กำหนดเหตุบรรเทาโทษสำหรับผู้กระทำความผิดไว้ในกรณีที่มีส่วนช่วยให้อันพบบุคคลผู้สูญหายในสภาพที่มีชีวิตอยู่ หรือมีส่วนช่วยให้คดีคลี่คลาย หรือช่วยชีวิตผู้กระทำความผิด

ข้อ 8 อนุสัญญาฯ ได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษในกรณีของการบังคับให้บุคคลสูญหายนั้น เป็นผลให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย หรือเพิ่มโทษให้กับผู้กระทำความผิดในกรณีของผู้เสียหายที่เป็นสตรีมีครรภ์ ผู้เยาว์ ผู้พิการ หรือผู้อ่อนแออื่นๆ

2.1.3 การกำหนดอายุความ

ข้อ 8 อนุสัญญาฯ เรียกร้องให้รัฐภาคีต้องกำหนดอายุความในคดีอาญาที่มีระยะเวลายาวและเหมาะสมกับการบังคับบุคคลให้สูญหายซึ่งถือว่าเป็นความผิดที่รุนแรง และต้องกำหนดให้อายุความคดีอาญาในความผิดฐานบังคับบุคคลให้สูญหายเริ่มนับเมื่อการกระทำได้ยุติลง โดยคำนึงว่าการกระทำความผิดฐานบังคับคนให้สูญหายเป็นความผิดต่อเนื่อง นอกจากนี้ รัฐภาคียังต้องคำนึงถึงสิทธิของผู้เสียหายที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายภายใต้อายุความอีกด้วย

2.1.4 การกำหนดเขตอำนาจศาล

ข้อ 9 ของอนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดเขตอำนาจศาลของตนในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานบังคับให้บุคคลสูญหาย โดยกำหนดเขตอำนาจศาลไว้สามลักษณะคือ

กำหนดตามหลักดินแดน¹² ให้รัฐภาคีมีอำนาจดำเนินคดีกับการกระทำที่เกิดขึ้นบนดินแดนของรัฐภาคี รวมทั้งการกระทำที่เกิดบนเรือหรือเครื่องบินของรัฐภาคี

กำหนดตามหลักสัญชาติ¹³ ให้รัฐภาคีมีอำนาจดำเนินคดีกับการกระทำความผิดที่ผู้กระทำหรือผู้เสียหายมีสัญชาติของรัฐภาคี

¹² อนุสัญญาฯ ข้อ 9. 1 (a)

¹³ อนุสัญญาฯ ข้อ 9. 1 (b) (c)

กำหนดตามหลักลงโทษสากล¹⁴ ให้รัฐภาคีพบตัวผู้กระทำความผิดมีอำนาจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทันที

เมื่อทุกรัฐกำหนดความผิดฐานบังคับให้สูญหายตามหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาฯ ผู้กระทำความผิดก็ไม่อาจหลุดพ้นจากการถูกดำเนินคดี สถานะที่ไม่อาจดำเนินคดีได้ (Impunity) ก็จะไม่เกิดขึ้น

2.1.5 การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในกรณีที่พบผู้กระทำความผิดในรัฐภาคี

ข้อ 10 ได้กำหนดแนวทางปฏิบัติให้รัฐที่พบตัวผู้กระทำความผิดดังต่อไปนี้คือ

ประการที่หนึ่ง เมื่อรัฐมีพยานหลักฐานเพียงพอว่าผู้กระทำความผิดอาศัยอยู่ในดินแดนของตน ให้รัฐนำตัวบุคคลนั้นไปคุมขังไว้เท่าที่จำเป็นเพื่อดำเนินคดีอาญาหรือส่งมอบตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

ประการที่สอง รัฐภาคีสอบปากคำเบื้องต้นเพื่อหาข้อเท็จจริง

ประการที่สาม รัฐภาคีต้องแจ้งให้รัฐที่ความผิดเกิดขึ้นในเขตรัฐนั้นทราบถึงมาตรการที่ได้ดำเนินไปแล้ว การคุมขังหรือพฤติการณ์แล้วล้อมต่าง ๆ ตลอดจนผลของการสอบปากคำเบื้องต้น

ประการที่สี่ รัฐภาคีต้องแจ้งให้รัฐที่ความผิดเกิดขึ้นทราบถึงเจตนาของรัฐภาคีในการดำเนินคดีหรือส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

บุคคลที่ถูกควบคุมตัวเพื่อดำเนินคดีหรือเพื่อส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนตามข้อ 10 นี้ มีสิทธิที่จะติดต่อโดยทันทีกับตัวแทนที่ใกล้ชิดและเหมาะสมที่สุดของรัฐที่ตนมีสัญชาติ ในกรณีที่ตนเป็นคนที่ไร้สัญชาติอาจติดต่อกับตัวแทนของรัฐที่ตนพำนักอยู่เป็นปกติ

2.1.6 การกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องดำเนินคดีหรือส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน

หลักการ “ถ้าไม่ส่งตัว ก็ต้องลงโทษ” (aut dedere aut punire) เป็นหลักพื้นฐานของความผิดอาญาสากลที่มุ่งต้องการปราบปรามความผิดสากลให้หมดไป เพราะถ้าทุกรัฐปรับใช้หลักการดังกล่าวก็จะมีสภาพไร้การลงโทษ (Impunity) หรือที่หลบซ่อนตัว (safe haven) ของผู้กระทำความผิด

อนุสัญญาฯ ข้อ 11 ได้ยึดถือหลักการดังกล่าวโดยกำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีที่จะต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด หรือมิเช่นนั้นก็ต้องส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

¹⁴ อนุสัญญาฯ ข้อ 9.2

อย่างไรก็ดี รัฐภาคีอาจจะดำเนินคดีกับการกระทำความผิดฐานบังคับให้สูญหายที่เกิดขึ้นนอกรัฐภาคีด้วยมาตรฐานที่ต่ำกว่าการบังคับให้สูญหายที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคี ดังนั้น อนุสัญญาฯ ข้อ 11.2 จึงได้กำหนดเป็นเงื่อนไขไว้ว่าพยานหลักฐานทั้งหลายที่จะใช้ฟ้องและลงโทษผู้กระทำความผิดในทุกกรณีจะต้องได้มาตรฐานเดียวกัน กล่าวคือมาตรฐานพยานหลักฐานของการดำเนินคดีที่เกิดขึ้นนอกรัฐภาคีจะอ่อนกว่ามาตรฐานของการดำเนินคดีที่เกิดขึ้นในรัฐภาคีไม่ได้

ในทุกกรณี รัฐภาคีต้องดำเนินการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาและจำเลยในการดำเนินคดีฐานบังคับให้บุคคลสูญหาย โดยผู้ต้องหาและจำเลยจะต้องได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมต่อศาลที่อิสระและเป็นกลาง หรือต่อศาลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย

2.1.7 การดำเนินการสอบสวน

ข้อ 12 ได้กำหนดกระบวนการสอบสวนคดีบังคับบุคคลให้สูญหายไว้เป็นขั้นตอนดังนี้

ประการที่หนึ่ง รัฐภาคีต้องให้หลักประกันว่าบุคคลมีสิทธิร้องเรียนและแจ้งข้อเท็จจริงเรื่องบุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

ประการที่สอง รัฐภาคีต้องให้หลักประกันแก่ผู้ร้องทุกข์ พยาน ญาติผู้สูญหาย ทนายความ รวมทั้งบุคคลที่มีส่วนร่วมในการสอบสวน ในเรื่องความปลอดภัยต่อการข่มขู่ อันเนื่องมาจากการร้องทุกข์ หรือแจ้ง หรือให้ข้อมูลหรือพยานหลักฐาน

ประการที่สาม เมื่อมีผู้ร้องทุกข์ เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการสอบสวน แม้ว่าผู้ร้องทุกข์จะไม่ได้ทำคำร้องทุกข์อย่างเป็นทางการ

ประการที่สี่ รัฐภาคีต้องจัดให้มีเจ้าหน้าที่ที่ดำเนินคดีบังคับให้สูญหายที่มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

- มีอำนาจและทรัพยากรเพียงพอที่จะดำเนินการสอบสวนได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งเข้าถึงข้อมูลหรือเอกสารในการสอบสวน

- สามารถเข้าถึงสถานที่ใด ๆ ที่เชื่อว่าผู้ถูกบังคับให้สูญหายปรากฏตัวอยู่

ประการที่ห้า รัฐต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นการป้องกันการกระทำที่ขัดขวางการสอบสวน รวมทั้งการกระทำที่ข่มขู่กระบวนการสอบสวน

2.1.8 การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ข้อ 13 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีของการบังคับบุคคลให้สูญหาย ซึ่งอนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนสามารถกระทำได้ง่ายขึ้นหลายกรณี กล่าวคือ

อนุสัญญาฯ ได้กำหนดว่าการบังคับคนให้สูญหายไม่เป็นความผิดทางการเมืองที่ไม่อาจส่งผู้ร้ายข้ามแดนกันได้¹⁵

อนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้ความผิดฐานบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นความผิดที่อาจส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่รัฐภาคีมีอยู่แล้ว¹⁶ นอกจากนี้ในกรณีที่รัฐภาคีจะทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในอนาคตกับรัฐอื่น อนุสัญญาฯ ได้เรียกร้องให้รัฐกำหนดความผิดฐานบังคับให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดที่อาจส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในการจัดทำสนธิสัญญาในอนาคตนั้นด้วย¹⁷

2.1.9 ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา

อนุสัญญาฯ ข้อ 14 กำหนดหลักเกณฑ์ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาหลายลักษณะ คือ

ประการที่หนึ่ง อนุสัญญาฯ เรียกร้องให้รัฐภาคีร่วมมือกันในทางอาญาให้มากที่สุดเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด¹⁸

ประการที่สอง อนุสัญญาฯ เรียกร้องให้รัฐภาคีร่วมมือกันช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหายที่หายสาบสูญโดยถูกบังคับ รวมทั้งการค้นหา สืบทราบที่อยู่ และปล่อยผู้ที่หายสาบสูญ ตลอดจนการขูดศพ ระบุตัว และการคืนซากศพ¹⁹

2.1.10 ข้อยกเว้นเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

แม้อนุสัญญาฯ จะส่งเสริมให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อย่างไรก็ดี หากการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐผู้ร้องขอนั้นมีเหตุอันควรเชื่ออย่างเพียงพอว่าบุคคลที่ถูกส่งตัวไปนั้นจะตกอยู่ในอันตรายจากการสาบสูญโดยถูกบังคับ อนุสัญญาฯ ก็จะกำหนดเป็นข้อห้ามมิให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน²⁰

นอกจากนี้ในกรณีที่รัฐภาคีได้รับการร้องขอให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน แต่รัฐภาคีมีฐานที่เพียงพอที่จะเชื่อว่าคำขอให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นมีวัตถุประสงค์แบบเลือกปฏิบัติ (Discrimination) เช่น รัฐผู้ร้องขอดำเนินคดีนั้นได้ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพราะเหตุจากความแตกต่าง เรื่องเพศ ศาสนา ชาติพันธุ์ ความเห็นทางการเมือง หรือคำขอจากรัฐผู้ร้องขอนั้นอาจทำให้ผู้ถูกส่งตัวได้รับอันตราย²¹ รัฐภาคีอาจไม่ต้องส่งตัวก็ได้

¹⁵ อนุสัญญาฯ ข้อ 13.1

¹⁶ อนุสัญญาฯ ข้อ 13.2

¹⁷ อนุสัญญาฯ ข้อ 13.3

¹⁸ อนุสัญญาฯ ข้อ 14.1

¹⁹ อนุสัญญาฯ ข้อ 15

²⁰ อนุสัญญาฯ ข้อ 16.1

²¹ อนุสัญญาฯ ข้อ 13.7

2.2 การป้องกันการบังคับบุคคลให้สูญหาย

นอกจากการกำหนดให้การบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นความผิดอาญารวมทั้งมาตรการในการปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหายในกรณีอื่นๆ แล้ว อนุสัญญาฯ ได้กำหนดมาตรการป้องกันการถูกบังคับให้สูญหายหลายประการ โดยภาพรวมอาจแบ่งมาตรการในการป้องกันบุคคลมิให้ถูกบังคับให้สูญหายได้สี่ประการคือ

ประการที่หนึ่ง การห้ามมิให้มีการคุมขังลับ (secret detention) การคุมขังลับโดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นสถานที่สำคัญที่รองรับการบังคับให้สูญหาย ดังนั้น อนุสัญญาฯ จึงกำหนดให้รัฐภาคีต้องยืนยันว่าไม่มีการคุมขังลับในรัฐของตน

ประการที่สอง การสร้างความโปร่งใสในการคุมขังตามกฎหมาย แม้รัฐภาคีจะไม่มี การคุมขังลับ แต่การคุมขังตามกฎหมายของรัฐภาคีนั้นอาจจะยังไม่มีมีความโปร่งใสและขาด การตรวจสอบอย่างเพียงพอ แม้จะเป็นการคุมขังตามกฎหมายแต่อาจทำให้บุคคลผู้ถูกคุม ขังนั้นขาดการติดต่อจากญาติพี่น้องหรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียจนทำให้ญาติพี่น้องหรือผู้มีส่วนได้เสียคิดว่าบุคคลนั้นหายสาบสูญ ดังนั้นอนุสัญญาฯ จึงกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคี ต้องดำเนินการให้การคุมขังตามกฎหมายนั้นมีความโปร่งใสมากขึ้น และให้สาธารณชนหรือ ญาติพี่น้องหรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบการคุมขังได้

ประการที่สาม การเสริมสร้างมาตรการอื่นในการป้องกันเช่น การฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ ประการที่สี่ การป้องกันเด็กจากการสูญหายโดยถูกบังคับ

2.2.1 การห้ามมิให้มีการคุมขังลับ

อนุสัญญาฯ กำหนดห้ามมิให้มีการคุมขังบุคคลเป็นการลับ (secret detention)²² หากรัฐจะทำการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลใดโดยการคุมขังจะต้องดำเนินการแบบเปิดเผยและเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น

อนุสัญญาฯ ยังเรียกร้องให้รัฐภาคีต้องกำหนดเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ในกฎหมาย ภายใน คือเงื่อนไขของการออกคำสั่งลิดรอนสิทธิเสรีภาพ เจ้าหน้าที่งานที่ออกคำสั่งลิดรอน เสรีภาพ การรับประกันว่าบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพจะต้องถูกกักขังในสถานที่ที่เป็นทางการ และถูกตรวจสอบได้ การรับประกันสิทธิของผู้ถูกลิดรอนเสรีภาพในการได้รับการติดต่อ สื่อสารและการเยี่ยมจากบุคคลที่ตนต้องการ การรับประกันว่าเจ้าหน้าที่รัฐสามารถเข้าถึง สถานที่ที่ทำการคุมขังได้ รับประกันว่าบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพหรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถ ที่จะร้องขอให้พิจารณาว่าการคุมขังชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

²² อนุสัญญาฯ ข้อ 17.1

²³ อนุสัญญาฯ ข้อ 17

²⁴ อนุสัญญาฯ ข้อ 18

2.2.2 การสร้างความโปร่งใสให้กับการคุมขังตามกฎหมาย

อนุสัญญาฯ ได้กำหนดมาตรการหลายประการเพื่อเป็นหลักประกันว่าการคุมขัง แม้เกิดขึ้นตามกฎหมายก็ต้องมีความโปร่งใส ถูกตรวจสอบได้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการถูกคุมขังโดยขาดการติดต่อจากญาติหรือผู้มีส่วนได้เสียซึ่งอาจถือว่าเป็นการหายสาบสูญอย่างหนึ่งเช่นเดียวกัน

ก) การทำข้อมูลคนถูกคุมขัง

อนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐภาคีต้องรวบรวมและจัดทำทะเบียนประวัติของบุคคลที่ถูกคุมขัง ซึ่งจะต้องเปิดเผยได้หากมีคำร้องขอจากเจ้าหน้าที่²³ ตัวอย่างข้อมูลที่ต้องจัดทำ เช่น ข้อมูลบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ วันเวลาสถานที่ของการคุมขัง เป็นต้น

ข) สิทธิการได้รับข้อมูลบุคคลผู้ถูกคุมขัง (Right to information)

อนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐภาคีต้องให้สิทธิญาติของผู้ถูกคุมขังหรือผู้มีส่วนได้เสียที่จะเข้าถึงข้อมูลของผู้ที่ถูกคุมขัง²⁴ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับเจ้าพนักงานที่ออกคำสั่ง วันเวลาสถานที่ของการออกคำสั่งคุมขัง เป็นต้น

อย่างไรก็ดีสิทธิในการได้รับข้อมูลของผู้ถูกคุมขังมีข้อจำกัดสองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง การใช้ข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งข้อมูลทางการแพทย์และพันธุกรรมจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการติดตามเสาะหาบุคคลผู้สูญหายเท่านั้น²⁵

ประการที่สอง สิทธิในการได้รับข้อมูลอาจถูกจำกัดได้ในกรณีที่ใช้สิทธิดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวหรือความปลอดภัยของบุคคล หรือเป็นการขัดขวางการสอบสวนคดีอาญา หรือเหตุผลอื่นใดที่เท่าเทียมกันที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิที่จะได้รับข้อมูลนั้นไม่อาจทำได้โดยอ้างเหตุที่มีการกระทำความผิดฐานบังคับให้บุคคลสูญหายหรือเหตุที่มีการคุมขังลับ²⁶

ค) การยืนยันการปล่อยตัวผู้ถูกคุมขัง

เพื่อทำให้การคุมขังตามกฎหมายมีความโปร่งใส อนุสัญญาฯ จึงกำหนดให้รัฐต้องดำเนินมาตรการที่จะยืนยันการปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังว่าบุคคลนั้นได้รับการปล่อยตัวอย่างแท้จริง²⁷ โดยรัฐจะต้องยืนยันว่าผู้ที่ถูกปล่อยตัวอยู่ในสภาพสมบูรณ์ทางร่างกายและสามารถใช้สิทธิต่าง ๆ ได้อย่างเต็มที่ในเวลาที่ถูกปล่อยตัว

²⁵ อนุสัญญาฯ ข้อ 19.1

²⁶ อนุสัญญาฯ ข้อ 20.1

²⁷ อนุสัญญาฯ ข้อ 21

2.2.3 การฝึกอบรมเจ้าหน้าที่

อนุสัญญาฯ ยังกำหนดให้รัฐภาคีต้องฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ให้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหน้าที่ตามอนุสัญญาฯ เพื่อการป้องกันการมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการบังคับบุคคลให้สูญหาย เพื่อเน้นถึงความสำคัญของการป้องกันและการสอบสวนกรณีคนสูญหายโดยถูกบังคับ เพื่อแก้ไขปัญหากรณีมีการสูญหายโดยถูกบังคับ²⁸ และเจ้าหน้าที่จะต้องรายงานต่อผู้บังคับบัญชาหากทราบว่าการสูญหายโดยถูกบังคับเกิดขึ้น²⁹

นอกจากนี้ รัฐภาคีจะต้องให้การยืนยันว่าเจ้าพนักงานของรัฐไม่อาจออกคำสั่ง คำแนะนำ หรือสั่งการให้มีการบังคับคนให้สูญหาย และต้องให้หลักประกันต่อเจ้าหน้าที่ที่ปฏิเสธที่จะเชื่อฟังคำสั่งนั้นว่าจะไม่ได้รับโทษ³⁰

2.2.4 การป้องกันเด็กที่ถูกบังคับให้สูญหาย

เด็กที่ถูกบังคับให้สูญหายจะได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ ในระดับที่สูงขึ้น โดยอนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดเป็นความผิดอาญาสำหรับการบังคับเด็กให้สูญหายในกรณีดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง การเคลื่อนย้ายเด็กซึ่งเป็นผู้ถูกบังคับให้สูญหาย การเคลื่อนย้ายเด็กซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองเป็นผู้ถูกบังคับให้สูญหาย หรือการเคลื่อนย้ายเด็กที่เกิดขึ้นในระหว่างที่มารดาเป็นผู้ถูกบังคับให้สูญหาย³¹

ประการที่สอง การปลอม ปกปิด ทำลาย เอกสารที่ยืนยันลักษณะของเด็กที่สูญหายหรือบิดามารดาเป็นบุคคลผู้ถูกบังคับให้สูญหาย³²

นอกจากนี้รัฐภาคียังมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการตามหาและระบุตัวเด็กที่หายสาบสูญหรือเด็กที่บิดามารดาเป็นผู้หายสาบสูญ³³

ส่วนในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมที่เด็กมีที่มาจากการถูกบังคับให้สูญหาย อนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดทำกรตรวจสอบกระบวนการรับบุตรบุญธรรม และยกเลิกการรับบุตรบุญธรรมที่เด็กมีที่มาจากการถูกบังคับให้สูญหาย

²⁸ อนุสัญญาฯ ข้อ 23.1

²⁹ อนุสัญญาฯ ข้อ 23.3

³⁰ อนุสัญญาฯ ข้อ 23.2

³¹ อนุสัญญาฯ ข้อ 25.1 (a)

³² อนุสัญญาฯ ข้อ 25.1 (b)

³³ อนุสัญญาฯ ข้อ 25.2

2.3 การเยียวยาผู้เสียหาย

อนุสัญญาฯ มุ่งคุ้มครองผู้เสียหาย ดังนั้น ในข้อ 24 ของอนุสัญญาจึงให้คำนิยามว่า “ผู้เสียหาย” หมายถึง ผู้ถูกบังคับให้สูญหายและหมายรวมถึงบุคคลอื่นที่ได้รับความทุกข์ทรมานโดยตรงจากการถูกบังคับให้บุคคลสูญหายด้วย

ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับความจริงที่เกี่ยวกับพฤติการณ์การถูกบังคับให้สูญหาย ความคืบหน้าและผลของการสอบสวน และชะตากรรมของคนสูญหายโดยถูกบังคับ โดยรัฐจะต้องจัดให้มีมาตรการที่เพียงพออย่างเหมาะสม

รัฐต้องดำเนินการมาตรการที่เหมาะสมในการค้นหา และปล่อยตัวผู้ถูกบังคับให้สูญหาย และในกรณีที่ผู้ถูกบังคับให้สูญหายถึงแก่ความตาย รัฐจะต้องจัดหาที่เก็บและคืนศพผู้เสียชีวิต

รัฐจะต้องดำเนินการเยียวยาผู้เสียหายจากการถูกบังคับให้สูญหาย

รัฐจะต้องดำเนินการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้สูญหายที่ชะตากรรมของผู้สูญหายยังไม่แน่ชัด

รัฐจะต้องรับรองสิทธิของการเข้ามีส่วนร่วมในองค์กรหรือสมาคมที่ติดตามหาผู้สูญหายรวมทั้งช่วยเหลือผู้เสียหายจากการสูญหายโดยถูกบังคับ

3. ความพร้อมของกฎหมายไทยกับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย

หากพิจารณาพันธกรณีในหัวข้อที่แล้วจะพบว่ากฎหมายไทยส่วนใหญ่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ แต่มีบางเรื่องที่ยังต้องการการบัญญัติกฎหมายหรือการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็น พันธกรณีที่เกี่ยวกับมาตรการปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหาย พันธกรณีที่เกี่ยวกับมาตรการป้องกันการบังคับบุคคลให้สูญหาย และพันธกรณีที่เกี่ยวกับมาตรการเยียวยาผู้เสียหาย

3.1 พันธกรณีที่เกี่ยวกับมาตรการปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหาย

ในส่วนของมาตรการปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหาย กฎหมายไทยมีความสอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญาฯ ในระดับหนึ่ง กล่าวคือ ไม่มีกฎหมายไทยฉบับใดให้อำนาจรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบังคับบุคคลให้สูญหาย

อย่างไรก็ดี กฎหมายไทยก็ยังมีรายละเอียดที่ยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ บางประการ เช่น กฎหมายไทยยังไม่มีการบัญญัติความผิดฐานบังคับบุคคลให้สูญหายให้เป็นความผิดอาญาต่างหาก ในปัจจุบันหากมีการบังคับบุคคลให้สูญหายในประเทศไทย บทบัญญัติทางอาญาที่กำหนดความผิดกับผู้กระทำความผิดได้กับความผิดต่อเสรีภาพ

ตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น ซึ่งความผิดต่อเสรีภาพตามประมวลกฎหมายก็ยัง ไม่สอดคล้องกับหลักการของพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ กฎหมายไทยยังไม่มีกำหนด ความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาในกรณีรัฐหรือเจตนาละเลยให้ผู้บังคับบัญชา กระทำการบังคับบุคคลให้สูญหาย กฎหมายไทยยังไม่มีกำหนดให้ความผิดฐานนี้เป็น ความผิดสากล

นอกจากนี้ในกรณีสถานการณ์ไม่ปกติ กฎหมายพิเศษยังให้อำนาจอย่างกว้างขวาง กับเจ้าพนักงานในการรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งอาจเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจไป ในทางบังคับบุคคลให้สูญหายได้ ดังนั้นจึงควรมีการแก้ไขกฎหมายในส่วนดังกล่าวเมื่อ เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ

3.2 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องมาตรการป้องกันการบังคับบุคคลให้สูญหาย

ในส่วนของมาตรการป้องกันการบังคับบุคคลให้สูญหาย กฎหมายไทยมีความ สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ บางส่วน กล่าวคือ กฎหมายไทยไม่อนุญาตให้มีการคุมขังในที่ลับ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ การคุมขังที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องเข้าสู่ กระบวนการทำให้การคุมขังมีความโปร่งใสและถูกตรวจสอบได้ ซึ่งกฎหมายไทยบางส่วน ก็มีความสอดคล้องกับเรื่องกระบวนการทำให้การคุมขังมีความโปร่งใส เช่นประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา แต่กฎหมายบางฉบับก็ยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ ในเรื่อง การตรวจสอบที่คุมขัง การจัดทำข้อมูลผู้ถูกคุมขัง การเปิดเผยข้อมูลผู้ถูกคุมขัง การอนุญาต ให้ญาติเข้าเยี่ยม ฯลฯ ซึ่งควรจะมีการแก้ไขกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการคุมขัง ตามกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาฯ

3.3 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องมาตรการเยียวยาผู้เสียหาย

ในส่วนของมาตรการเยียวยาผู้เสียหาย กฎหมายไทยมีความสอดคล้องกับ อนุสัญญาฯ บางส่วน เพราะกฎหมายไทยอนุญาตให้ผู้เสียหายและผู้มีอำนาจจัดการแทน ผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิแทนผู้เสียหายได้

อย่างไรก็ดี กฎหมายไทยบางส่วนก็ยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ เช่น การเยียวยา บางลักษณะที่อนุสัญญาฯ กำหนดก็ไม่ปรากฏตามกฎหมายไทย เช่น การรับประกันว่า จะมีให้เกิดเหตุการณ์ขึ้นอีก ซึ่งเห็นว่าจะควรมีการแก้ไขกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับ การคุมขังตามกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาฯ

หากพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายไทยแล้วจะพบว่าโดยหลักการแล้ว กฎหมายไทยมีความสอดคล้องกับอนุสัญญาฯ แต่ยังคงต้องมีการแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติม ในรายละเอียดอีกมาก ดังนั้น จึงมีการเสนอแนวทางที่เป็นไปได้ ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยเพิ่มฐานความผิดการบังคับบุคคลให้สูญหายลงหมวดความผิดต่อเสรีภาพ หรือ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ แนวทางนี้มีข้อดีคือสร้างเอกภาพกฎหมายอาญาให้รวมอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา แต่มีข้อเสียในเรื่องข้อจำกัดของการบัญญัติกฎหมาย กล่าวคือ พันธกรณีตามอนุสัญญาฯ มีมากมายที่มีใช้ฐานความผิดอาญา เช่นมาตรการป้องกันการบังคับบุคคลให้สูญหาย มาตรการการเยียวยา มาตรการการสอบสวนดำเนินคดี รวมทั้งเขตอำนาจศาลที่ยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ เรื่องต่างๆ เหล่านี้จำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายเช่นกัน แต่ไม่สามารถถูกบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะมีใช้ฐานความผิดอาญา

แนวทางที่สอง ร่างพระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามบังคับบุคคลให้สูญหาย การแก้ไขกฎหมายโดยการออกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจะเป็นการแก้ไขกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาอย่างครบถ้วนและเบ็ดเสร็จในกฎหมายฉบับเดียวซึ่งจะมีผลดีหลายประการ คือ ผลดีในเรื่องของการรวบรวมเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบังคับบุคคลให้สูญหายในฉบับเดียวกัน ผลดีอีกประการหนึ่งคือ รัฐบาลไม่ต้องตามแก้ไขพระราชบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครอง เช่น พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นต้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดจนที่สุดคือ หากประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญาฯ และจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาฯ คือ ต้องแก้ไขกฎหมายในเรื่องของการเปิดเผยข้อมูลของผู้ถูกคุ้มครองให้ญาติพี่น้องเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ รัฐบาลไม่จำเป็นต้องไปตามแก้ไขพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ฯลฯ เพราะในร่างกฎหมายพิเศษนี้จะกำหนดไว้เป็นกฎหมายกลางว่าการคุ้มครองทุกกรณีตามกฎหมายจะต้องให้สิทธิญาติหรือผู้มีส่วนได้เสียเข้าถึงข้อมูลของผู้ถูกคุ้มครองได้ โดยอาจมีการกำหนดข้อยกเว้นต่างๆ ไปได้เช่นกัน ตัวอย่างการออกกฎหมายโดยใช้วิธีการออกเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องเช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 เป็นต้น

แนวทางที่ 2 คือการออกร่างพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง คือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการบังคับบุคคลให้สูญหาย พ.ศ.... มีความเหมาะสมกับประเทศไทยด้วยข้อดีดังที่ได้กล่าวมา และเมื่อเปรียบเทียบการออกพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องดังกล่าวกับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะเห็นว่ากระบวนการและระยะเวลาทั้งสองแนวทางนั้นใช้ระยะเวลาเท่ากัน เพราะเพราะเหตุว่าการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาก็ต้องกระทำในรูปแบบของ “ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ....” เช่นเดียวกัน

4. บทสรุป

ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยเป็นปัญหาสำคัญและทุกหน่วยงาน และทุกภาคส่วนต่างเข้ามาช่วยกันแก้ไขปัญหา การบังคับบุคคลให้สูญหายก็เป็นปัญหา การละเมิดสิทธิมนุษยชนของไทยมาเป็นเวลานานและนับวันยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้น

แม้เราปฏิเสธไม่ได้ว่าเสถียรภาพของรัฐและการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเข้มแข็งเป็น สิ่งจำเป็นและเป็นวิถีทางในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความสงบสุขของประเทศ แต่การใช้อำนาจอธิปไตยก็ต้องอยู่ภายใต้กรอบและกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับ หลักนิติรัฐที่ยอมรับกันทั่วไปในสังคมโลก

เราคงปฏิเสธไม่ได้เช่นกันว่า การใช้อำนาจอธิปไตยอย่างไม่มีขอบเขต หรือการใช้อำนาจอธิปไตยปราศจากอำนาจที่กฎหมายรับรอง ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่มากนัก

ดังนั้นความสำคัญในการรักษาความสงบเรียบร้อยในรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนคงอยู่ที่การสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจอธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลจากการสูญหายโดยถูกบังคับ เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่สร้างกฎเกณฑ์ในระดับระหว่างประเทศเพื่อชักจูงให้รัฐต่าง ๆ กำหนดกฎหมายภายในรัฐให้เป็นไปในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือการสร้างสมดุล ในระดับระหว่างประเทศในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการใช้อำนาจอธิปไตย หากรัฐต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาย่อมทำให้มาตรฐานของสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการใช้อำนาจอธิปไตยมีความสอดคล้องกันทั่วโลก

ประเทศไทยเป็นหนึ่งในสังคมโลกที่คำนึงความสำคัญของสิทธิมนุษยชนจึงมีความพยายามที่จะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาเพื่อสร้างมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ให้เทียบเท่ากับมาตรฐานโลก โดยไม่ทำลายความสงบเรียบร้อยและลดทอนการใช้อำนาจอธิปไตยมากเกินไป