



อาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์: ศึกษากรณีความรับผิดชอบ
กฎหมายอาญาของไทย

โดย

นางสาววิสรดา ชื่นศรีสว่าง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อาชญากรรมการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์: ศึกษากรณีความรับผิดชอบ
กฎหมายอาญาของไทย

โดย

นางสาววิสรรา ชื่นศรีสว่าง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



CRIME OF GENOCIDE:
THE CASE STUDY OF CRIMINAL LIABILITY IN THAILAND

BY

Miss WARISSARA CHUENSRIWANG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

CRIMINAL LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาววิสร่า ชื่นศรีสว่าง

เรื่อง

อาชญากรรมกลางเผ่าพันธุ์มนุษย์: ศึกษากรณีความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาของไทย

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ เอกบุตร)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(อาจารย์ประธาน จุฬาโรจน์มนตรี)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(อาจารย์ ดร. กรรภิรมย์ โกมลารชุน)

คณบดี

(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	อาชญากรรมการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์: ศึกษากรณีความ รับผิดชอบตามกฎหมายอาญาของไทย
ชื่อผู้เขียน	นางสาววิสรดา ชื่นศรีสว่าง
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายอาญา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

การล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นการกระทำที่มนุษย์กระทำต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างโหดร้ายและไร้มนุษยธรรม ทั้งยังกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของประชาชนในวงกว้าง จึงดูล้า่งเป็นเรื่องราวธรรมดาที่มนุษย์ทุกคนจะตระหนักถึงความโหดร้ายดังกล่าว และร่วมมือเพื่อป้องกันหรือหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ขึ้น หากแต่เหตุการณ์การล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์กลับยังเกิดขึ้นบ่อยครั้ง แม้ว่าแนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนจะแพร่หลายไปมากแล้ว โดยเฉพาะภายหลังการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างสันติภาพ เพื่อป้องกันเหตุการณ์รุนแรงเช่นที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกทั้งสองครั้ง ก็ยังคงเกิดการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ขึ้นในหลายภูมิภาคทั่วโลก ทั้งในรวันดา สหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวียเดิม และกัมพูชา ดังนั้น ปัญหาการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์จึงไม่ใช่ปัญหาที่ทั่วโลกและประเทศไทยจะเพิกเฉยได้

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และยังเป็นเพียงแค่รัฐลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้เป็นความผิดแค่ตามสนธิสัญญาทั้งสองฉบับเท่านั้น ยังเป็นความผิดตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด ซึ่งผูกพันทุกรัฐโดยรวมในการป้องกันและปราบปรามอีกด้วย

ดังนั้น หากการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์เกิดขึ้นในประเทศไทย หรือผู้กระทำความผิดฐานล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ในประเทศอื่นปรากฏตัวในประเทศไทย ประเทศไทยย่อมมีหน้าที่ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ได้บัญญัติให้การล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิด ดังนั้น การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ในประเทศไทย

คงทำได้เพียงการดำเนินคดีตามบทบัญญัติความผิดอาญาธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ เท่านั้น ซึ่งการลงโทษความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ตามกฎหมายอาญาธรรมดา ย่อมทำให้เกิดปัญหาการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดไม่เหมาะสมตามเจตนารมณ์ที่ต้องการให้ทุกัรัฐปราบปรามการล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ด้วยมาตรการที่รุนแรงที่สุด แต่เนื่องจากความผิดอาญาธรรมดาบางฐานความผิดเป็นความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกไม่สูง รวมทั้งบางฐานความผิดยังเป็นความผิดอันยอมความได้ เช่น ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ หรือความผิดฐานข่มขืน

นอกจากนี้ การลงโทษตามกฎหมายไทยยังมีปัญหาไม่สอดคล้องกับธรรมเนียมศาลอาญา ระหว่างประเทศอีกหลายประการ เช่น หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา หรือหลักการไม่บังคับใช้อายุความ ซึ่งต่างจากประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดอายุความสำหรับความผิดตามกฎหมายไทยทุกฐานความผิด และกำหนดอายุความสูงสุดเพียง 20 ปี หรืออัตราโทษขั้นสูงสุดตามกฎหมายไทยที่สามารถลงแก่จำเลยได้ คือ โทษประหารชีวิต ในขณะที่ธรรมเนียมศาลอาญา ระหว่างประเทศกลับกำหนดอัตราโทษขั้นสูงสุดเพียงแค่โทษจำคุกตลอดชีวิต เนื่องจากโทษประหารชีวิตไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ดังนั้น โดยสภาพของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนอย่างเช่นธรรมเนียมศาลอาญา ระหว่างประเทศ จึงไม่อาจมีบทบัญญัติที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเองได้ ทั้งนี้ หากประเทศไทยยังคงบังคับใช้โทษประหารชีวิต การกำหนดโทษประหารชีวิตในความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ ย่อมสามารถกระทำได้ เพราะเจตนารมณ์ของการลงโทษในความผิดฐานนี้ คือ การลงโทษบุคคลด้วยมาตรการที่รุนแรงที่สุดเท่าที่รัฐจะสามารถกระทำได้ตามกฎหมาย แม้ว่าจะเป็นโทษประหารชีวิตก็ตาม อีกทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองยังเปิดช่องให้รัฐสามารถลงโทษประหารชีวิตในคดีอุกฉกรรจ์ได้ ซึ่งบรรดารัฐต่าง ๆ ยอมรับว่าความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ถือเป็นการผิดที่ควรลงโทษตามความหมายนี้แล้ว

เมื่อการล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ไม่เป็นการผิดตามกฎหมายไทย นอกจากประเทศไทยไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ด้วยตนเองได้แล้ว หากมีการร้องขอให้ส่งตัวผู้กระทำความผิดเพื่อไปดำเนินคดีในประเทศอื่นที่มีเขตอำนาจ ประเทศไทยยังไม่สามารถส่งตัวผู้กระทำความผิดตามหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เพราะขัดหลักความผิดสองรัฐ ซึ่งเป็นหลักสำคัญของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือหากร้องขอให้ประเทศไทยส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดฐานอื่น รัฐที่ร้องขอก็ไม่สามารถดำเนินคดีในความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ ซึ่งไม่ใช่ความผิดที่ร้องขอได้ เพราะขัดหลักการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง ด้วยเหตุผลดังกล่าวย่อมทำให้ประเทศไทยกลายเป็นจุดหมายในการหลบซ่อนตัวของผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์จากรัฐอื่น เป็นเหตุให้เกิดภาพลักษณ์ของประเทศไทยในสายตาประชาคมระหว่างประเทศเป็นไปในด้านลบ และอาจเป็นเหตุให้เกิดการรวมตัวกันระหว่างบรรดารัฐที่ได้รับความเสียหายจากการไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำ

ความผิดที่เข้ามาหลบซ่อนตัวในประเทศไทย รวมถึงบรรดารัฐมหาอำนาจที่ให้ความสนใจกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และสิทธิมนุษยชน เพื่อกดดันและตอบโต้ประเทศไทยทางด้านการเมืองระหว่างประเทศหรือทางด้านเศรษฐกิจ เป็นต้น ซึ่งหากเกิดเหตุการณ์เช่นนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศไทยและประชาชนชาวไทยอย่างแน่นอน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงความจำเป็นและผลกระทบของการบัญญัติให้ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายไทย โดยศึกษาจากเอกสารทางวิชาการ ประกอบกับศึกษาจากบทบัญญัติธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ได้แก่ เยอรมนี ฝรั่งเศส ฟิลิปปินส์ สหรัฐอเมริกา และเอธิโอเปีย ซึ่งมีทั้งประเทศที่เป็นภาคีสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ประเทศที่เป็นภาคีเพียงฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือแม้แต่ไม่เป็นภาคีเลย พบว่า บทบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ จะบัญญัติค่านิยมตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นหลัก เพียงแต่อาจมีความแตกต่างเล็กน้อย เช่น การขยายขอบเขตของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง หรือการเพิ่มลักษณะการกระทำที่เป็นการต้องห้าม เป็นต้น อีกทั้งยังมีการนำหลักการเฉพาะที่กำหนดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น หลักการไม่บังคับใช้อายุความ หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา และหลักความไม่เกี่ยวข้องของสถานะทางการ สำหรับรูปแบบในการบัญญัติกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีหลายรูปแบบ ทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญา และการบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะ โดยแนวทางที่เหมาะสมที่ประเทศไทยควรนำมาใช้ คือ การบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะ เนื่องจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ยังรวมถึงบทบัญญัติวิธีสบัญญัติ และบทบัญญัติสารบัญญัติอื่น ๆ ที่ไม่ใช่บทบัญญัติกำหนดความผิดด้วย เช่น หลักการไม่บังคับใช้อายุความ หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา และหลักการเยียวยาผู้เสียหาย ซึ่งหากแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญา อาจกระทบต่อบทบัญญัติอื่น ๆ ที่มีอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาได้

จากการศึกษาพบว่า แนวทางที่ดีที่สุดของการบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ การกำหนดนิยามและลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่เนื่องจากกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองและการกระทำที่เป็นการต้องห้ามบางลักษณะเป็นการกระทำที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายไทยฉบับใด ดังนั้น จึงควรกำหนดนิยามและลักษณะของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองและการกระทำที่เป็นการต้องห้ามให้ชัดเจน โดยเฉพาะการกระทำที่ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย เช่น การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม รวมทั้งนิยามคำว่า “เด็ก” ในกรณีการ

บังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่นให้ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาอันเกิดจากการตีความ นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าทบทวนมติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของไทยควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า ผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ “ผู้ใด” กล่าวคือ จะเป็นบุคคลใดก็ได้ โดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นบุคคลที่ไม่ใช่สมาชิกของกลุ่มผู้ถูกกระทำเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้บทบัญญัติมีความชัดเจนและตัดประเด็นข้อโต้แย้งเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์ตนเอง (Auto-Genocide) และควรขยายความคุ้มครองรวมกลุ่มทางเพศ (Gender Group) ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับกลุ่มอื่น ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพื่อให้บทบัญญัติดังกล่าวมีความครอบคลุมและมีประสิทธิภาพมากที่สุด

คำสำคัญ: การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

Thesis Title	CRIME OF GENOCIDE: THE CASE STUDY OF CRIMINAL LIABILITY IN THAILAND
Author	Miss Warissara Chuensriswang
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Matalak Orungrote, Ph.D
Academic Year	2015

ABSTRACT

Genocide is a cruel and inhumane act, committed by humans against other humans, which also affect people's feelings in a wide range. It may seem that every human being would naturally realize the said brutality, and together avoid and prevent genocide. However, it still happens often. Although the idea of human rights has bloomed after the foundation of the United Nations, which was the beginning of the process of creating peace and prevent violence as happened during both World Wars, genocides still happened in Rwanda, the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, and Cambodia. Therefore, genocide is a recurring problem that Thailand and the world cannot ignore.

This thesis aims to study the the need and the effect of making genocide a crime according to Thai laws, even though Thailand is not a state party to Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and only a signatory state in Rome Statute of the International Criminal Court. Genocide is not only a crime according to these two treaties, but also a crime according to international customary law, which is a peremptory norm (*jus cogens*) binding on all states to prevent and stop genocide.

Therefore, if genocide occurs in Thailand, or if people who committed the crime of genocide in another country appear in Thailand, it will be Thailand's

duty to prosecute these individuals. However, because genocide is not yet a crime according to Thai laws, the offenders can only be prosecuted according to the provision of the general criminal laws or other criminal acts. Using the general criminal laws to punish genocide criminals could cause problems with the prosecution because the punishment would not be appropriate, as the intention is for all states to suppress genocide with the most severe punishment. Some general crimes do not require a long-term imprisonment sentence, and some are compoundable offenses, such as the abduction of children or rape.

Furthermore, the punishments according to Thai laws are sometimes not consistent with Rome Statute of the International Criminal Court. For example, the principle of the responsibility of commanders and other superiors and the principle of non-applicability of statute of limitations are different from the Criminal Code of Thailand, which sets the statute of limitations for all offenses according to Thai laws. The maximum time prescribed is 20 years, and the maximum penalty in Thailand is death penalty, while the maximum penalty for Rome Statute of the International Criminal Court is only life imprisonment, as death sentence does not conform to the rules of human rights. Thus, laws regarding human rights, such as Rome Statute of the International Criminal Court, cannot have the provision that is a violation of human rights. Even so, if death penalty is still enforced in Thailand, it is still possible to implement death penalty for genocide as the intention for the punishment of this crime is to punish the individuals with the most severe measure, even if that is death penalty. International Covenant on Civil and Political Rights still opens up a way for a state to apply death penalty for the most serious crimes, which already include genocide.

Thailand not only cannot punish the crime of genocide by itself, it also cannot surrender a fugitive according to the extradition law – because it is against the principle of double criminality, which is an important part of the extradition law. If a state requests a criminal to be extradited for different crimes, the state cannot prosecute the criminal for genocide as it is not the requested crime, and doing so would be against the rule of specialty. For these reasons, Thailand has become

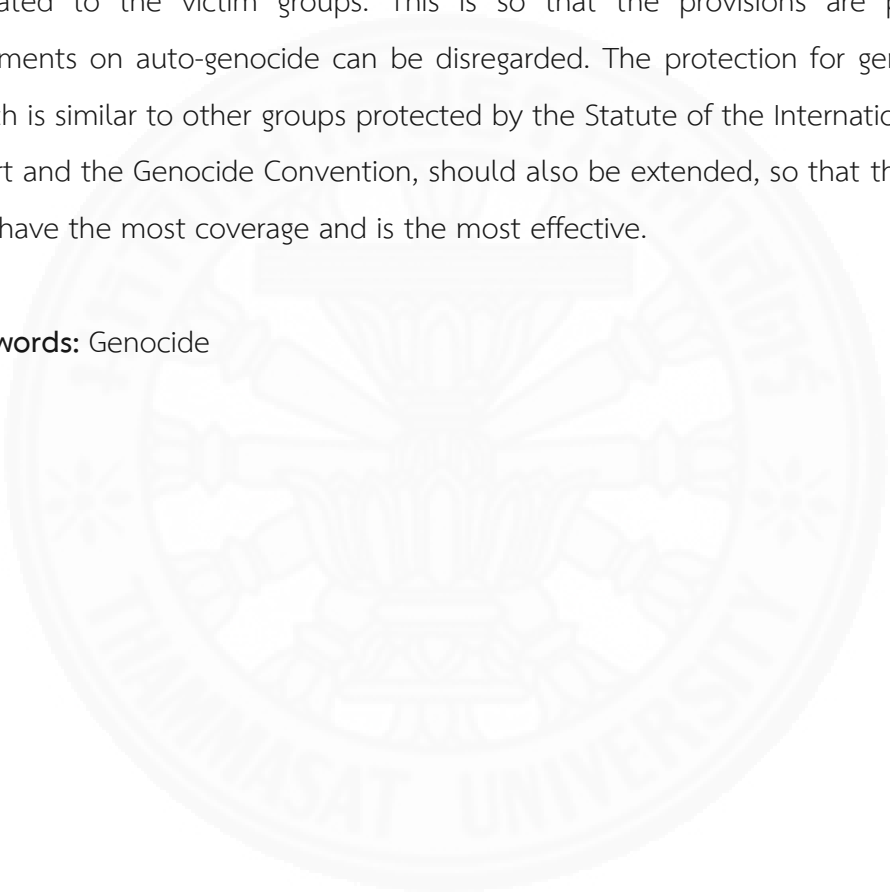
a safe haven for criminals of genocide from other states, creating a negative image for Thailand among the international community. This may be the reason for the unification of the states suffering from being unable to prosecute the criminals that are hidden in Thailand, along with powerful states that are interested in genocide and human rights issues, to pressure and retort in terms of international politics and economic. If this happens, it would certainly affect Thailand and Thai people.

According to a study comparing with the Statute of the International Criminal Court and the genocide law of Germany, France, Philippines, United States of America, and Ethiopia; which are either a combination of party to the Genocide Convention and the Statute of the International Criminal Court, or to one of them, or to none of them. Each country's provisions for genocide are mainly defined according to the Genocide Convention and the Statute of the International Criminal Court. There may be some differences, such as the extension of the protected groups and the addition of the prohibited acts. Particular principles from Rome Statute of the International Criminal Court, such as the non-applicability of statute of limitations, responsibility of commanders and other superiors, and irrelevance of official capacity, are also enacted. There are many different methods of legislation, both amending the criminal code, and enacting specific provisions. The suitable way for Thailand is enacting specific act, as the provisions regarding genocide also includes substantive and procedural provisions, which are not sentencing provisions like the non-applicability of statute of limitations, responsibility of commanders and other superiors, and legal remedies for victims. If the Criminal Code is amended, other existing provisions in the Criminal Code may be affected as well.

The study found that the best way to enact a law regarding the crime of genocide is to define genocide corresponding to the Statute of the International Criminal Court and the Genocide Convention. However, because the protected groups and some prohibited acts have special features, which cannot be found in the Thai Criminal Code or any Thai laws, there should be clear definitions of the Protected Groups and the Prohibited Acts. The acts that cannot be found in the Thai laws such as deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring

about its physical destruction in whole or in part, and imposing measures intended to prevent births within the group, should specifically be defined. The word “children” in the term forcibly transferring children of the group to another group should also be clearly defined to avoid problems from misinterpretation. Moreover, the author thinks that Thailand’s provisions regarding genocide should clearly say that the criminal of genocide can be any person, not limited to only a person not affiliated to the victim groups. This is so that the provisions are precise, and arguments on auto-genocide can be disregarded. The protection for gender groups, which is similar to other groups protected by the Statute of the International Criminal Court and the Genocide Convention, should also be extended, so that the provisions can have the most coverage and is the most effective.

Keywords: Genocide



กิตติกรรมประกาศ

ในทุกความสำเร็จย่อมมีบุคคลที่อยู่เบื้องหลัง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็คงไม่อาจประสบความสำเร็จได้ หากขาดการสนับสนุนจากบุคคลดังต่อไปนี้

บุคคลที่มีส่วนสำคัญที่สุดที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง คือ บิดามารดา น้องชาย และคุณป้าสาตี ใจบุตร ผู้เขียนขอขอบพระคุณสำหรับความรัก ความเข้าใจ และกำลังใจที่บุคคลทั้งสี่มีให้ผู้เขียนเสมอมา

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ เอกบุตร ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอบพระคุณ อาจารย์ ประธาน จุฬารोजनाมนตรี และอาจารย์ ดร. กรรภิรมย์ โกมลารชุน ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ และรองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนให้คำแนะนำในการทำงานและการดำเนินชีวิตแก่ผู้เขียน

นอกจากนี้ การศึกษาต่อระดับปริญญาโทคงไม่อาจประสบความสำเร็จได้ หากขาดพื้นฐานทางกฎหมายจากการศึกษาในระดับปริญญาตรี ผู้เขียนจึงขอขอบพระคุณอาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทุกท่าน สำหรับความรู้และพื้นฐานทางกฎหมายที่ผู้เขียนนำมาใช้ในการศึกษาต่อและการทำงานจนถึงปัจจุบัน และขอขอบคุณอาจารย์กนกนัย ถาวรพานิช กัลยาณมิตรของผู้เขียนตั้งแต่ศึกษาระดับปริญญาตรี สำหรับความช่วยเหลือด้านกฎหมายเยอรมันและภาษาเยอรมัน ตลอดจนให้คำแนะนำและความคิดเห็นทางวิชาการที่ดีเยี่ยมแก่ผู้เขียนมาตั้งแต่ชั้นปริญญาตรีจนถึงปัจจุบัน

ผู้เขียนขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่สำนักหอสมุด มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทุกท่าน โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ห้องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ สำหรับความช่วยเหลือเรื่องหนังสือและบทความ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ที่เป็นพื้นฐานทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง และขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่ห้องสมุดแพทย แมนสุวรรณ สถาบันสุขภาพเด็กแห่งชาติมหาราชินี ที่เอื้อเฟื้อสถานที่ในการทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียน

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณนักศึกษาปริญญาโทสาขากฎหมายอาญา รหัส 55 ทุกคน สำหรับความช่วยเหลือที่มีให้กันตลอดมา โดยเฉพาะคุณเพียรรัตน์ สีสภาพศร ผู้เป็นกัลยาณมิตรของผู้เขียน และคุณณภาพร ฉายตระกูล ขอขอบคุณเพื่อนเสื้อแขนยาว 50 คุณศศิธร มุสิกะศิริ คุณจุฬารัตน์ เทพวรชัย คุณนัตตา เลียงจรรยารัตน์ คุณรัตนารมณ์ ไคววิกภัย คุณสุนตรา วณิชกุล และคุณวิสุทธิ ฉันทแดนสุวรรณ สำหรับมิตรภาพและความช่วยเหลือที่มีให้แก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา

ในขณะที่เดียวกันวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่อาจสำเร็จได้ หากไม่ได้รับความช่วยเหลือจากเพื่อนร่วมงานทุกท่าน ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณอมรินทร์ ไชยสอาด ผู้เป็นอาจารย์ในวิชาชีพ ทัศนายน และเป็นบุคคลที่ผู้เขียนเคารพนับถือยิ่ง ตลอดจนคุณสุมาลี ไชยสอาด และทัศนายนในสำนักงานกฎหมายประจำรัฐทุกคน โดยเฉพาะคุณเชษฐวิทย์ มุสิกะศิริ คุณธัญพิชชา แก้วทอง และคุณณัฐ์ แก้วทอง สำหรับความช่วยเหลือเรื่องงาน รวมทั้งคำแนะนำและกำลังใจตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนศึกษาระดับปริญญาโทและจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สุดท้าย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์แก่ผู้อ่านและสาธารณชนอยู่บ้าง ผู้เขียนขอยกความดีดังกล่าวให้แก่บุคคลดังกล่าวข้างต้น แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นางสาววิสร่า ชื่นศรีสว่าง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(9)
รายการสัญลักษณ์และคำย่อ	(16)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมติฐานการศึกษา	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	5
1.5 วิธีการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์	7
2.1 อาชญากรรมระหว่างประเทศ (International Crimes)	8
2.2 การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Genocide)	12
2.2.1 ความหมายและลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์	13
2.2.2 องค์ประกอบภายนอกของความผิด (Material Element or <i>actus reus</i>)	21
2.2.2.1 ผู้กระทำความผิด	21
2.2.2.2 การกระทำที่เป็นการต้องห้าม (Prohibited Acts)	36
(1) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม	36
(2) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อ	39

สมาชิกของกลุ่ม	
(3) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิต ที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม	43
(4) การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม	50
(5) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น	53
2.2.3 องค์ประกอบภายในของความผิด (Mental Element or <i>mens rea</i>)	57
2.2.3.1 เจตนา (Intent or <i>dolus generis</i>)	59
2.2.3.2 เจตนาพิเศษ (Special Intent or <i>dolus specialis</i>)	61
2.2.4 องค์ประกอบเชิงบริบท (Contextual Element)	67
2.2.5 กลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง (The Protected Groups)	71
2.2.5.1 ขอบเขตของกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง	72
2.2.5.2 การนิยามกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง	75
(1) กลุ่มคนชาติ (National Group)	79
(2) กลุ่มทางเชื้อชาติ (Racial Group)	81
(3) กลุ่มทางชาติพันธุ์ (Ethnic Group)	84
(4) กลุ่มทางศาสนา (Religious Group)	88
2.2.5.3 ปัญหาการตีความเรื่องกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง	92
(1) ปัญหาความทับซ้อนของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง	92
(2) ปัญหาการตีความรวมถึงกลุ่มอื่น ๆ	92
ก. กลุ่มทางการเมือง (Political Group)	94
ข. กลุ่มทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Group)	102
ค. กลุ่มทางเพศ (Gender Group)	103
2.2.5.4 กรณีศึกษาของกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง	107
2.3 การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์กับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ	118
2.4 บทกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Peremptory Norm or <i>jus cogens</i>)	120
2.5 เขตอำนาจรัฐ (State Jurisdiction)	125
2.5.1 หลักดินแดน (Territorial Principle) หรือหลักพื้นที่ (Spatiality Principle)	129
2.5.2 หลักป้องกันตนเอง (Protection Principle)	131
2.5.3 หลักสัญชาติ (Nationality Principle)	132

2.5.4	หลักอำนาจลงโทษสากล (Universal Jurisdiction)	133
2.6	การส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition)	135
2.6.1	หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน	138
2.6.1.1	หลักต่างตอบแทน (Principle of Reciprocity)	138
2.6.1.2	หลักร้องขอ (Principle of Request)	139
2.6.1.3	หลักไต่สวน (Principle of Investigation)	139
2.6.1.4	หลักคดีเล็กน้อย (Principle of Bagatelle or <i>minima non curat praetor</i>)	139
2.6.1.5	หลักความผิดสองรัฐ (Principle of Double Criminality)	140
2.6.1.6	หลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำ (Principle of Double Jeopardy)	141
2.6.1.7	หลักการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง (Rule of Specialty)	142
2.6.1.8	หลักการไม่ส่งคนชาติของตน	142
2.6.1.9	หลักไม่ส่งความผิดทางการเมือง	144
2.6.2	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์	148
บทที่ 3	การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามกฎหมายต่างประเทศ	151
3.1	บทบัญญัติกำหนดความผิด	159
3.1.1	ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ	159
3.1.2	เยอรมนี	169
3.1.3	ฝรั่งเศส	179
3.1.4	ฟิลิปปินส์	191
3.1.5	สหรัฐอเมริกา	199
3.1.6	เอธิโอเปีย	203
3.2	บทบัญญัติกำหนดโทษ	211
3.2.1	ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ	211
3.2.2	เยอรมนี	217
3.2.3	ฝรั่งเศส	218
3.2.4	ฟิลิปปินส์	220

3.2.5 สหรัฐอเมริกา	223
3.2.6 เอธิโอเปีย	224
3.3 บทบัญญัติกำหนดอายุความ	227
3.3.1 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ	227
3.3.2 เยอรมนี	228
3.3.3 ฝรั่งเศส	228
3.3.4 ฟิลิปปินส์	229
3.3.5 สหรัฐอเมริกา	230
3.3.6 เอธิโอเปีย	230
บทที่ 4 ปัญหาการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามกฎหมายอาญาของไทย	232
4.1 ปัญหาเรื่องความเหมาะสมในการกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิด	232
4.2 ปัญหาเรื่องการขาดบทบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์	241
4.2.1 ปัญหาเรื่องการขัดหลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญา	242
4.2.2 ปัญหาเรื่องการไม่สอดคล้องกับหน้าที่ในฐานะสมาชิกประชาคมระหว่างประเทศ	247
4.2.3 ปัญหาเรื่องการขาดบทบัญญัติสำหรับการลงโทษในบางกรณี	248
4.2.4 ปัญหาเรื่องการดำเนินคดีและลงโทษความผิดที่ใกล้เคียงที่ไม่เหมาะสมตามเจตนารมณ์ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ	249
4.2.5 ปัญหาเรื่องการทำให้เกิดที่หลบภัยของผู้กระทำความผิด	250
4.3 ปัญหาเรื่องการไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่รัฐที่ร้องขอได้	251
4.4 ปัญหาเรื่องโทษประหารชีวิตกับความผิดที่คุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชน	253
4.5 ปัญหาเรื่องอายุความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ	255
4.6 ปัญหาเรื่องหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในอาชญากรรมระหว่างประเทศ	263
4.7 ปัญหาเรื่องการลงโทษกับหลักความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ	273
4.7.1 ความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity)	273
4.7.2 ความคุ้มกันของประมุขของรัฐ (Head of State Immunity)	274
4.7.3 ความคุ้มกันทางการทูตและกงสุล (Diplomatic Immunity and Consul Immunity)	278

4.7.4 ความคุ้มกันของสมาชิกรัฐสภา	278
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	280
5.1 บทสรุป	280
5.2 ข้อเสนอแนะ	284
บรรณานุกรม	290
ภาคผนวก	301
ภาคผนวก ก United Nations General Assembly Resolution 96 (I)	302
ภาคผนวก ข Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide	303
ภาคผนวก ค Rome Statute of the International Criminal Court	308
ภาคผนวก ง Elements of Crimes	312
ประวัติผู้เขียน	316

รายการสัญลักษณ์และคำย่อ

สัญลักษณ์/คำย่อ	คำเต็ม/คำจำกัดความ
อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (The Genocide Convention)	อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษ อาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)
ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Statute of the International Criminal Court)	ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court)
ECCC	ศาลพิเศษในศาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา (The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia)
ECOSOC	คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council)
ICC	ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court)
ICCPR	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ สิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil, and Political Rights)
ICERD	อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทาง เชื้อชาติในทุกรูปแบบ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)
ICESCR	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)
ICTR	ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา (International Tribunal for Rwanda)

ICTY	ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศ ยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)
MICT	กลไกสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ (Mechanism for International Criminal Tribunal)
NGO	องค์การนอกภาครัฐ (Non-Governmental Organization)
PCIJ	ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (The Permanent Court of International Justice)
StGB	ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี (Strafgesetzbuch)
VStGB	ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิด กฎหมายระหว่างประเทศ (Völkerstrafgesetzbuch)

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวโดยกองทัพนาซีในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง (Holocaust)¹ เป็นเหตุการณ์ที่สร้างความสะเทือนใจแก่ประชาคมระหว่างประเทศ และทำให้ประชาคมระหว่างประเทศเริ่มรู้จักและให้ความสนใจกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Genocide) แม้ในขณะที่เกิดเหตุการณ์ดังกล่าว นั้น ยังไม่มีการบัญญัติคำว่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อย่างเป็นทางการ

Sir Winston Churchill นายกรัฐมนตรีของอังกฤษในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง เรียกการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวว่า “อาชญากรรมที่ไม่มีชื่อ” (Crime without Name) การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในช่วงแรกจึงถูกตีความว่า เป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity) หรืออาชญากรรมสงคราม (War Crime)

ถึงแม้ว่าเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวโดยกองทัพนาซีจะผ่านมาเป็นเวลานานแล้ว แต่ไม่ได้หมายความว่าแนวคิดเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จะเป็นเรื่องล้าสมัย เพราะภายหลังจากการล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวช่วงสงครามโลกครั้งที่สองแล้ว ก็ยังเกิดเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ขึ้นอีกหลายครั้งในหลายภูมิภาคทั่วโลก เช่น เหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ระหว่างชนเผ่าฮูตู (Hutu) กับทูตซี (Tutsi) ในรวันดา หรือเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในดินแดนคาบสมุทรบอลข่านหรือสหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวียเดิม ซึ่งนำไปสู่การจัดตั้งศาลเฉพาะกิจ (*ad hoc* Tribunal) เพื่อพิจารณาคดีกับผู้กระทำความผิดในเหตุการณ์ดังกล่าวโดยเฉพาะ หรือแม้กระทั่งปัจจุบันก็ยังคงมีเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เกิดขึ้น เช่น เหตุการณ์ในดินแดนดาร์ฟูร์ สาธารณรัฐซูดานเมื่อปี ค.ศ. 2003² จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่า เหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้ประชาคมระหว่างประเทศหันมาสนใจการกระทำที่เป็น “อาชญากรรมระหว่างประเทศ” (International Crimes) โดยเฉพาะการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มากขึ้น ดังจะเห็นได้จากการประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้าง

¹ คำว่า Holocaust ซึ่งหมายถึงการบูชายัญ (Sacrifice) มักถูกใช้เพื่ออธิบายการกระทำล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต่อชาวยิวโดยกองทัพนาซีระหว่าง ค.ศ. 1933 ถึง ค.ศ. 1945

² Samuel Totten, “The Dafur Genocide,” in Century of Genocide: Critical Essays and Eyewitness Accounts, edited by Samuel Totten and William S. Parsons (New York: Routledge, 2009), p.555.

เฝ้าพันธุมนุษย์ ค.ศ. 1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) ซึ่งถือเป็นเอกสารฉบับแรกที่ให้นิยามของการล้างเผ่าพันธุมนุษย์ที่ได้รับการรับรองจากประชาคมระหว่างประเทศ รวมทั้งการจัดตั้งศาลเพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ หรือการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court) และปัจจุบันยังยอมรับกันว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นการกระทำที่รุนแรงและส่งผลกระทบต่อในวงกว้าง ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายเฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น ทุกรัฐจึงควรมีอำนาจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่ปรากฏตัว ณ ดินแดนของรัฐตน และการดำเนินคดีของรัฐหนึ่งรัฐใดย่อมถือว่าเป็นการดำเนินคดีแทนทุกรัฐ ตามแนวคิดเรื่องหลักอำนาจลงโทษสากล (Universal Jurisdiction) นอกจากนี้ อาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้ยังมีสถานะเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ที่ผูกพันทุกรัฐโดยรวม (*erga omnes*) ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเหล่านี้ ซึ่งมีลักษณะเป็นความผิดต่อมวลมนุษยชาติ (*hostis humani generis*) อีกด้วย

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุมนุษย์ ค.ศ. 1948 และยังเป็นเพียงแค่รัฐลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) โดยไม่ได้เข้าเป็นภาคี แต่เนื่องจากความผิดฐานล้างเผ่าพันธุมนุษย์ไม่ได้เป็นความผิดแค่ตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุมนุษย์และตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังเป็นความผิดตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) ที่อยู่ในรูปแบบของบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่ผูกพันทุกรัฐโดยรวม

ดังนั้น หากเกิดความผิดฐานล้างเผ่าพันธุมนุษย์ขึ้นในประเทศไทย หรือผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุมนุษย์ในรัฐอื่นปรากฏตัวในประเทศไทย ประเทศไทยย่อมมีหน้าที่ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดดังกล่าว แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุมนุษย์เป็นความผิด ดังนั้น การจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุมนุษย์คงทำได้เพียงการดำเนินคดีตามบทบัญญัติความผิดอาญาธรรมดา (Common Crimes) ตามประมวลกฎหมายอาญา หรือพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ เท่านั้น เนื่องจากขัดหลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ “หลักการไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ซึ่งหมายความว่า บุคคลมีความรับผิดชอบอาญาต่อเมื่อในขณะที่กระทำความผิดมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

ด้วยข้อจำกัดดังกล่าวย่อมทำให้การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุมนุษย์ในประเทศไทยไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งต้องการกำหนดความผิดฐานล้าง

เฝ้าพันธุมนุษย์ไว้เป็นความผิดเฉพาะแยกจากความผิดอาญาธรรมดา เนื่องจากองค์ประกอบความผิดฐานล้างเฝ้าพันธุมนุษย์แตกต่างจากความผิดอาญาธรรมดา อีกทั้งผู้กระทำความผิดมักเป็นผู้นำของรัฐหรือผู้ที่มีอำนาจในรัฐ ซึ่งยากต่อการนำตัวมาดำเนินคดี

นอกจากนี้ ในปัจจุบันการเดินทางระหว่างประเทศสะดวกรวดเร็วมากขึ้น จึงอาจเกิดกรณีผู้กระทำความผิดฐานล้างเฝ้าพันธุมนุษย์ในต่างประเทศหลบหนีเข้ามาในประเทศไทย ซึ่งหากประเทศไทยไม่ได้บัญญัติให้การล้างเฝ้าพันธุมนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายไทยแล้ว นอกจากประเทศไทยจะไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานล้างเฝ้าพันธุมนุษย์ได้เองแล้ว ประเทศไทยยังไม่สามารถส่งตัวผู้กระทำความผิดไปดำเนินคดีในประเทศอื่น ซึ่งร้องขอให้ประเทศไทยส่งตัวผู้กระทำความผิดในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้ เพราะหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่สำคัญประการหนึ่ง คือ หลักความผิดสองรัฐ (Principle of Double Criminality) ซึ่งหมายความว่า ความผิดที่ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องเป็นความผิดตามกฎหมายของทั้งรัฐที่ร้องขอและรัฐที่รับคำร้องขอ ดังนั้น เมื่อความผิดฐานล้างเฝ้าพันธุมนุษย์ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย ประเทศไทยซึ่งรับคำร้องขอจึงไม่อาจส่งผู้กระทำความผิดไปให้รัฐที่ร้องขอได้ ในทางตรงกันข้าม หากร้องขอให้ประเทศไทยส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดฐานอื่น ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายไทย และประเทศไทยส่งตัวผู้กระทำความผิดตามคำร้องขอแล้ว รัฐที่ร้องขอก็ไม่สามารถดำเนินคดีในความผิดฐานล้างเฝ้าพันธุมนุษย์ได้ เพราะขัดหลักการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง (Rule of Specialty)

นอกจากนี้ แม้ว่าประเทศไทยอาจลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้างเฝ้าพันธุมนุษย์ตามบทบัญญัติความผิดที่มีอยู่ได้ แต่ก็เป็นการลงโทษไม่เหมาะสมตามเจตนารมณ์ และความผิดตามกฎหมายอาญาของไทยยังเป็นความผิดที่มีอายุความ ซึ่งกำหนดไว้สูงสุดเพียง 20 ปีเท่านั้น ต่างจากธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ ที่กำหนดให้การล้างเฝ้าพันธุมนุษย์เป็นความผิด ซึ่งถือหลักการไม่บังคับใช้อายุความ (Non-Applicability of Statute of Limitations) กับความผิดฐานล้างเฝ้าพันธุมนุษย์ รวมทั้งอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรงอื่น ๆ

ดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยไม่บัญญัติให้การล้างเฝ้าพันธุมนุษย์เป็นความผิด นอกจากจะไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้เองแล้ว ยังไม่สามารถส่งตัวผู้กระทำความผิดไปดำเนินคดีในประเทศที่มีเขตอำนาจได้ด้วย ซึ่งขัดกับแนวความคิดที่ว่าอาชญากรรมเหล่านี้มีลักษณะเป็นความผิดต่อมนุษยชาติที่ทุกประเทศมีหน้าที่ต้องป้องกันและปราบปราม เพื่อรักษาความสงบและผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศ แต่การที่ประเทศไทยไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเหล่านี้ได้ อาจถือได้ว่าประเทศไทยไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ในฐานะสมาชิกประชาคมระหว่างประเทศได้อย่างเต็มที่ และอาจถูกตำหนิจากนานาอารยประเทศ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสถานะของประเทศไทยในสายตาประชาคมระหว่างประเทศอีกด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการศึกษา ดังนี้

- (1) เพื่อศึกษานิยามคำว่า การล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์และองค์ประกอบความผิดของการล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ และคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ เพื่อทราบข้อดีข้อเสียของการนิยามแต่ละรูปแบบ และค้นหาแนวทางที่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้กับประเทศไทย
- (2) เพื่อสร้างความตระหนักแก่นักกฎหมายไทย โดยเฉพาะนักกฎหมายอาญา เกี่ยวกับความร้ายแรงของอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะความผิดฐานล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์
- (3) เพื่อศึกษาผลกระทบของบทบัญญัติเรื่องความผิดฐานล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์ต่อกฎหมายอาญาของไทย หากต้องบัญญัติให้เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของประเทศไทย
- (4) เพื่อศึกษาแนวทางในการบัญญัติกฎหมายไทยให้ครอบคลุมความผิดฐานล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์ทุกรูปแบบ เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีของประเทศไทยในฐานะเป็นสมาชิกประชาคมระหว่างประเทศ และเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทย

1.3 สมมติฐานการศึกษา

ความผิดฐานล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีความร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อในวงกว้าง และมีองค์ประกอบความผิดที่แตกต่างจากอาชญากรรมที่เป็นความผิดอาญาธรรมดา หากเกิดเหตุการณ์การล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์ในประเทศไทยหรือมีผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์จากรัฐอื่นหลบหนีเข้ามาในประเทศไทยแล้ว แม้ว่าประเทศไทยมีพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการปราบปรามและลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าว แต่เนื่องจากประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์ไว้โดยเฉพาะ จึงไม่อาจพิจารณาและลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานดังกล่าวได้ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญาที่ถือว่า บุคคลจะมีความรับผิดทางอาญาต่อเมื่อ ในขณะที่กระทำมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้เท่านั้น เมื่อประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์ไว้โดยเฉพาะ ย่อมไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์ได้

นอกจากนี้ หากประเทศไทยแก้ปัญหาโดยการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่ฝ่าพ้นธุ์มนุษย์ โดยปรับใช้ความผิดอาญาธรรมดาที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบัน ย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการ

บัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่ต้องการป้องกันและปราบปรามการกระทำนี้เป็นพิเศษยิ่งกว่าความผิดอาญาธรรมดา และยังกำหนดองค์ประกอบความผิดเป็นพิเศษอีกด้วย ประเทศไทยจึงสมควรที่จะบัญญัติให้ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายไทย และแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ เช่น บทบัญญัติเรื่องอายุความ บทบัญญัติเรื่องอำนาจลงโทษสากล บทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา เป็นต้น เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และกฎหมายของนานาอารยประเทศ

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาจากตำราและบทความของนักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาที่เป็นที่ยอมรับทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ ประกอบกับการศึกษาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ เช่น ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา (Statute of the International Tribunal for Rwanda) และศึกษาจากคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศและศาลภายในของประเทศต่าง ๆ เพื่อหาแนวทางการปรับใช้หลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเหล่านั้นเข้ากับกฎหมายของประเทศไทย รวมทั้งศึกษาจากกฎหมายภายในและแนวปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ เช่น เยอรมนี ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และฟิลิปปินส์

1.5 วิธีการศึกษา

การศึกษาตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาในลักษณะการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากเอกสารทั้งตำราและบทความซึ่งเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศและการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของนักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป ตลอดจนศึกษาจากตำราและบทความกฎหมายอาญาและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศของนักกฎหมายไทย วิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ รวมถึงการศึกษาจากหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ทั้งจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute Law) หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง

ประเทศ (Customary International Law) และหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) ตลอดจนกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ เปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบัน เพื่อรวบรวม วิเคราะห์ หาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่หรือการบัญญัติกฎหมายใหม่ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินคดีกับการกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง ทั้งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตาม

นอกจากนี้ การศึกษาตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะยึดหลักการปรับใช้หลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศจากแนวความคิดของนักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และจากคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญ ทั้งคำพิพากษาของศาลภายในประเทศและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ เช่น คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) คำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย คำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา เป็นต้น เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมที่สุดสำหรับประเทศไทยต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

(1) ทราบนิยามคำว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และองค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ และคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ รวมถึงข้อดีข้อเสียของการนิยามแต่ละรูปแบบ และสามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

(2) สร้างความตระหนักแก่นักกฎหมายอาญาของประเทศไทยเกี่ยวกับความร้ายแรงของอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เนื่องจากอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้มีลักษณะเป็นบทความผิดทางอาญา ดังนั้น โดยเนื้อหาจึงอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญา แม้ว่าจะมีรูปแบบเป็นกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม

(3) สามารถแยกแยะผลดีผลเสียของการบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยได้ และเสนอแนวทางที่ดีที่สุดสำหรับประเทศไทย

(4) เสนอแนวทางการบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายไทย รวมทั้งหลักการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น บทบัญญัติกำหนดโทษ บทบัญญัติกำหนดอายุความ

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ถึงแม้ว่าเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองจะรุนแรงและสร้างความสะเทือนใจอย่างมากต่อประชาคมระหว่างประเทศ แต่กฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศ (Charter of the International Military Tribunal) และกฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศแห่งดินแดนตะวันออกไกล (Charter of the International Military Tribunal for the Far East)¹ ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง กลับไม่ได้บัญญัติการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดฐานหนึ่งแยกต่างหากจากอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น ๆ โดยกฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศทั้งสองฉบับบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดไว้เพียง 3 ประเภท ได้แก่ อาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crimes against Peace) อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity) เท่านั้น

ถึงแม้ว่าจะมีการฟ้องขอให้ลงโทษการกระทำที่เข้าลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต่อศาลทหารระหว่างประเทศทั้งสองแห่ง แต่เนื่องจากไม่ปรากฏคำว่า “การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์” ในกฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศทั้งสองฉบับ ศาลทหารระหว่างประเทศจึงพิจารณการกระทำในลักษณะที่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้โดยปรับเข้ากับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยไม่ปรากฏคำว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในคำพิพากษาฉบับใดของศาลทหารระหว่างประเทศทั้งสองศาลเลย แสดงให้เห็นมุมมองของนักกฎหมายขณะนั้นที่เห็นว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

อย่างไรก็ตาม แม้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จะไม่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศ แต่ศาลภายในของหลายประเทศกลับนำเอาหลักการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ไปปรับใช้

¹ กฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศ หรือกฎบัตรนูเรมเบิร์ก (The Nuremberg Charter) ซึ่งจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ ณ เมืองนูเรมเบิร์ก สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง สืบเนื่องมาจากเมื่อปี ค.ศ. 1945 ประเทศฝ่ายสัมพันธมิตร ได้แก่ สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และสหภาพโซเวียต ได้ร่วมกันทำความตกลงว่าด้วยการดำเนินคดีและการลงโทษฝ่ายอักษะในทวีปยุโรปเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม (The Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis) หรือความตกลงแห่งกรุงลอนดอน (London Agreement) ซึ่งเป็นที่มาของการพิจารณาคดี ณ ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งเมืองนูเรมเบิร์ก

ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำที่เกิดขึ้นช่วงสงครามโลกครั้งที่สองภายในดินแดนของตน เช่น ศาลสูงแห่งสาธารณรัฐโปแลนด์พิพากษาว่า การทำลายล้างโดยไม่เลือกต่อชาวยิวและชาวโปแลนด์นั้น มีลักษณะเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ทั้งในความหมายของการทำลายทางกายภาพ รวมไปถึงการทำลายทางวัฒนธรรมของชาติเหล่านั้นด้วย²

ต่อมา เมื่อปี ค.ศ. 1946 ที่ประชุมใหญ่แห่งสหประชาชาติมีมติตามข้อมติที่ 96 (I) ยอมรับให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ที่ประชุมใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ตามมติของสมัชชาใหญ่ที่ 260 (III) ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้ และเป็นที่มาของการนิยามคำว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในสนธิสัญญาและกฎหมายจัดตั้งศาลฉบับอื่น ๆ รวมทั้งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงอาจกล่าวได้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 เป็นดังประมวลกฎหมายพื้นฐานของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในปัจจุบันทีเดียว³

2.1 อาชญากรรมระหว่างประเทศ (International Crimes)

อาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไป ซึ่งหมายความว่า นอกจากรัฐที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วยังมีรัฐอื่นที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย ดังนั้น หากพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำและผลที่เกิดขึ้นของอาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นในประชาคมระหว่างประเทศแล้ว สามารถแบ่งแยกลักษณะของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นได้ออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

(1) อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่กระทำต่อความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ (Crimes and Criminals against the Domestic or Municipal Public Order) คือ อาชญากรรมและการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนหรือขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายอาญาภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง ซึ่งโดยลักษณะทั่วไปของการกระทำความผิดดังกล่าวจะเป็นการกระทำ

² Leo Kuper, "Genocide: Its Political Used in the Twentieth Century," in *Genocide: An Anthropological Reader*, ed. Alexander Laban Hinton (Massachusetts: Blackwell Publisher, 2002), p.55.

³ สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร และพรชัย ด่านวิวัฒน์, *กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น.25.

ความผิดที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น ไม่ว่าจะผู้กระทำความผิดจะมีสัญชาติใด และไม่ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวนั้นจะกระทำลงบนดินแดนของรัฐนั้นหรือไม่ก็ตาม ถึงแม้ว่าโดยทั่วไปแล้วการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาญาจะถือหลักดินแดน (Territorial Principle) เป็นสำคัญ กล่าวคือ รัฐจะมีอำนาจดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดได้ หากปรากฏว่าการกระทำดังกล่าวได้เกิดขึ้นบนดินแดนของรัฐเท่านั้น ดังที่ปรากฏตามมาตรา 4 วรรคแรก ประมวลกฎหมายอาญา⁴ อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่ได้เกิดขึ้นบนดินแดนของรัฐ แต่หากปรากฏว่าการกระทำความผิดนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐหรือคนชาติของรัฐแล้ว รัฐก็อาจดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดภายนอกดินแดนของรัฐได้เช่นกัน เช่นกรณีตามมาตรา 4 วรรคสอง⁵ และมาตรา 7⁶ ประมวลกฎหมายอาญา

(2) อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่กระทำต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (Crimes and Criminals against the International Public Order) คือ อาชญากรรมและการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนหรือขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายอาญาภายในของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปในเวลาเดียวกัน โดยลักษณะของการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็น อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาในลักษณะนี้เป็นความผิดที่ขัดต่อกฎหมายนานาประเทศและความสงบ

⁴ มาตรา 4 วรรคแรก ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักร ต้องรับโทษตามกฎหมาย”

⁵ มาตรา 4 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“การกระทำความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ให้ถือว่ากระทำความผิดในราชอาณาจักร”

⁶ มาตรา 7 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดดังระบุไว้ต่อไปนี้ นอกราชอาณาจักร จะต้องรับโทษในราชอาณาจักร คือ

(1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 107 ถึงมาตรา 129

(1/1) ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 135/1 มาตรา 135/2 มาตรา 135/3 และมาตรา 135/4

(2) ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 ถึงมาตรา 249 มาตรา 254 มาตรา 256 มาตรา 257 และมาตรา 266 (3) และ (4)

(2 ทวิ) ความผิดเกี่ยวกับเพศตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 282 และมาตรา 283

(3) ความผิดฐานชิงทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 339 และความผิดฐานปล้นทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 340 ซึ่งได้กระทำในทะเลหลวง”

เรียบร้อยที่เรียกว่า “*delicta juris gentium*” โดยผลของอาชญากรรมลักษณะนี้จะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและผลประโยชน์ภายในของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปในเวลาเดียวกัน หรืออาจส่งผลกระทบต่อรัฐทุกรัฐในประชาคมระหว่างประเทศก็ได้ เช่น การก่อการร้าย การค้าทาส การกระทำอันมีลักษณะเป็นโจรสลัดหรือสลัดอากาศ

(3) อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่กระทำต่อสากลหรือความสงบเรียบร้อยของโลก (Crimes and Criminals against the Universal or World Public Order) คือ อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่มุ่งทำลายความสงบเรียบร้อยของโลก ซึ่งหากพิจารณาถึงผลของการกระทำความผิดเช่นนี้จะพบว่า เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและผลประโยชน์ของรัฐทั้งหมดในประชาคมระหว่างประเทศ เช่น การรุกราน (Aggression) อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity) รวมถึงการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Genocide)⁷

จากการแบ่งแยกลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศดังกล่าว อาจสรุปได้ว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศ คือ อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่กระทำต่อความสงบเรียบร้อยภายในประเทศหรือความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ รวมถึงอาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่กระทำต่อสากลหรือความสงบเรียบร้อยของโลก อันส่งผลให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงและผลประโยชน์ภายในของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป กระทั่งส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและผลประโยชน์ภายในของรัฐทั้งหลายในประชาคมระหว่างประเทศนั่นเอง

สำหรับลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น Antonio Cassese ได้อธิบายว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศ คือ การกระทำที่มีลักษณะดังต่อไปนี้⁸

ประการแรก เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และบทบัญญัติในสนธิสัญญาที่ประมวลหรือสกัดมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณี หรือกฎหมายจารีตประเพณีมีส่วนในการก่อตัวของบทบัญญัติดังกล่าว และบทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังบังคับใช้อยู่

⁷ J.Y. Dautricourt, “The International Criminal Court: The Concept of International Criminal Jurisdiction – Definition and Limitation,” in A Treatise on International Criminal Law Volume II, eds. M. Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda, (Illinois: Charles C. Thomas, 1973), pp.637-648 อ้างถึงใน กิตติ โอสถเจริญผล, “เขตอำนาจรัฐสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น.11.

⁸ Antonio Cassese, International Criminal Law, (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp.23-24.

ประการที่สอง เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่มุ่งปกป้องคุณค่าสำคัญของประชาคมระหว่างประเทศ และมีผลผูกพันทุกรัฐและปัจเจกบุคคลทุกคน คุณค่าเหล่านี้ไม่ได้ถูกเสนอโดยนักวิชาการหรือถูกคิดค้นโดยนักปราชญ์ผู้รู้แจ้ง แต่เป็นกลไกระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏในเอกสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ (United Nations Charter) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Rights) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชน (African Charter for Human and Peoples Rights) และปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยความสัมพันธ์อันดี (United Nations Declaration on Friendly Relations) ถึงแม้ว่าเอกสารเหล่านี้จะไม่ได้บัญญัติถึงคุณค่าดังกล่าวโดยตรง แต่ได้กำหนดห้ามการกระทำอันเป็นการละเมิดคุณค่าดังกล่าว ดังเช่นอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ที่ต้องการปกป้องความสำคัญของการดำรงความเป็นกลุ่ม

ประการที่สาม ต้องมีผลประโยชน์สากล (Universal Interest) ที่จะป้องกันอาชญากรรมเหล่านี้ ซึ่งตามเงื่อนไขนี้ไม่ว่ารัฐโดยอ้อมมีอำนาจดำเนินคดีและลงโทษ โดยไม่คำนึงถึงหลักดินแดนและหลักสัญชาติของผู้กระทำความผิดหรือของผู้เสียหาย

ประการที่สี่ รัฐเจ้าของสัญชาติต้องไม่ให้ความคุ้มกันแก่บุคคลสัญชาติตนที่กระทำการอันเป็นการต้องห้ามในนามของรัฐนั้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะดำรงตำแหน่งใดทั้งตามกฎหมายและตามความเป็นจริง รัฐไม่อาจอ้างความคุ้มกันของรัฐจากการดำเนินคดีทั้งแพ่งและอาญากับบุคคลที่ทำการแทนรัฐตนต่อรัฐอื่นได้ ซึ่งตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี บุคคลที่มีสถานะทางการที่กระทำการตามหน้าที่จะมีความคุ้มกันส่วนบุคคลเด็ดขาด ได้แก่ บุคคลที่เป็นประมุขของรัฐ รัฐมนตรีต่างประเทศ ตัวแทนทางการทูต และบุคคลดังกล่าวยังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่

ดังนั้น ตามคำนิยามของ Cassese อาชญากรรมระหว่างประเทศจึงรวมถึงอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ การทรมาน (Torture) (นอกเหนือจากการทรมานซึ่งเป็นการกระทำลักษณะหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรืออาชญากรรมสงคราม) การรุกราน และการก่อการร้ายที่รุนแรงบางรูปแบบ

ในทางตรงกันข้ามคำนิยามนี้ไม่สามารถนำไปใช้กับความผิดดังต่อไปนี้

(1) ความผิดฐานโจรสลัด ซึ่งเป็นความผิดที่สำคัญในช่วงศตวรรษที่ 17 ถึง 19 ความผิดฐานโจรสลัดนี้ไม่เข้าตามคำนิยามของ Cassese เนื่องจากการลงโทษความผิดฐานนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุณค่าของสังคมโดยรวม (Community Value) แต่อย่างไรก็ตาม หากแต่การที่ทุก

รัฐมีอำนาจที่จะจับและนำตัวเข้าสู่การพิจารณาคดีก็เพื่อปกป้องผลประโยชน์ร่วมกัน (Joint Interest) ที่จะต่อสู้กับภัยอันตรายและความเสียหายที่จะตามมาจากการกระทำดังกล่าวเท่านั้น นอกจากนี้ ความผิดฐานโจรสลัดโดยทั่วไป คือ การโจรกรรมที่เกิดขึ้นในเขตทะเลหลวง (High Sea) ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจรัฐใดเลย

(2) ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบขนยาเสพติดและสารออกฤทธิ์ต่อจิตประสาทโดยผิดกฎหมาย การค้าอาวุธโดยผิดกฎหมาย การลักลอบขนนิวเคลียร์หรือวัตถุอันตรายต่อชีวิตอื่น ๆ หรือ การฟอกเงิน เหตุที่ความผิดเหล่านี้ไม่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศตามนิยามของ Cassese คือ ความผิดเหล่านี้ปรากฏในอนุสัญญาระหว่างประเทศหรือข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ แต่ไม่ปรากฏในกฎหมายจารีตประเพณี นอกจากนี้ กฎหมายภายในของรัฐมักถือว่าการกระทำความผิดเหล่านี้เป็นเพียงความผิดอาญาธรรมดาเท่านั้น

(3) การเหยียดผิว (Apartheid) ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปราม และการลงโทษอาชญากรรมที่เป็นการแบ่งแยกผิว (International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อปี ค.ศ. 1976 จึงดูเหมือนว่าความผิดฐานนี้ยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี เนื่องจากข้อจำกัดทางด้านเวลาและสถานที่ นอกจากนี้ ยังไม่มีประเทศพัฒนาแล้วในชาติตะวันตกใดเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวเลย อย่างไรก็ตาม ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 7 (1) (เจ) กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจเหนือการเหยียดผิว และมาตรา 7 (2) (เอช) กำหนดนิยามการกระทำดังกล่าว ซึ่งเป็นการช่วยในการก่อตัวของกฎเกณฑ์จารีตประเพณีอย่างค่อยเป็นค่อยไป⁹

2.2 การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Genocide)

การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ถือเป็นการกระทำที่โหดร้ายและไร้มนุษยธรรมที่สุดเท่าที่มนุษย์จะกระทำต่อมนุษย์ด้วยกันได้ ทั้งยังกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของประชาชนในวงกว้าง จึงดูคล้ายเป็นเรื่องธรรมดาที่มนุษย์ทุกคนจะตระหนักถึงความโหดร้ายดังกล่าว และร่วมมือกันเพื่อป้องกันหรือหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ขึ้น แต่เหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์กลับยังคงเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ไม่ว่าจะเป็นเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์ชาวอาร์เมเนียในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 หรือเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวโดยกองทัพนาซีในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2

⁹ *Ibid*, pp.24-25.

แม้ต่อมาแนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนจะแพร่หลายไปมากแล้ว โดยเฉพาะภายหลังการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ ซึ่งถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างสันติภาพและเพื่อป้องกันเหตุการณ์รุนแรงเช่นที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกทั้งสองครั้ง การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ก็ยังคงเกิดขึ้นอยู่ เช่น เหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์ชาวบอสเนียที่นับถือศาสนาอิสลามในดินแดนคาบสมุทรบอลข่านหรือสหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวียเดิม เหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์ชาวทูตซีในรวันดา หรือเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในกัมพูชา ซึ่งนำไปสู่การจัดตั้งศาลเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีเกี่ยวกับเหตุการณ์เหล่านี้ จึงเห็นได้ว่าปัญหาการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ใช่ปัญหาที่ทั่วโลกและประเทศไทยจะเพิกเฉยได้

ในอดีตการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มักเกิดขึ้นในระหว่างสงครามหรือมีการขัดกันทางอาวุธ แต่ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับแล้วว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในยามสันติและในยามสงคราม อีกทั้งการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ยังไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดที่มีลักษณะข้ามชาติ (Transnational Crime) อย่างเช่นอาชญากรรมสงคราม (War Crimes) หรืออาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (Crime of Aggression) นอกจากนี้ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อาจเกิดขึ้นได้ในทุกรัฐไม่ว่ารัฐนั้นจะมีระบอบการปกครองรูปแบบใด แม้ว่าเหตุการณ์ที่ผ่านมามักพบการกระทำ ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในรัฐที่มีการปกครองแบบเผด็จการมากกว่าประชาธิปไตยก็ตาม

นอกจากนี้ ผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้จะเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลก็ได้ โดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นบุคคลที่มีสถานะทางการ เช่น ผู้นำของรัฐ หรือผู้นำรัฐบาล อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มีองค์ประกอบความผิดที่สำคัญประการหนึ่ง คือ องค์ประกอบเชิงบริบท (Contextual Element) กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวต้องมีผลเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ด้วยตัวเอง บุคคลที่กระทำความผิดฐานนี้จึงมักเป็นผู้มีอำนาจรัฐหรือมีสถานะทางการที่อยู่เหนือกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายภายในของรัฐตน และเป็นบุคคลที่มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชากองกำลังและอาวุธร้ายแรงที่สามารถใช้ทำลายล้างกลุ่มเป้าหมายได้ เว้นแต่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่เกิดขึ้นในขณะที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ซึ่งผู้กระทำอาจไม่ใช่บุคคลที่เป็นผู้มีอำนาจรัฐ¹⁰

2.2.1 ความหมายและลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ถึงแม้แนวคิดเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จะเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานาน และเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เกิดขึ้นหลายครั้งก่อนที่คำว่า “ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์” หรือ Genocide จะถูกบัญญัติขึ้นมา ดังคำกล่าวของ Leo Kuper ที่ว่า “แม้ถ้อยคำเป็นเรื่องใหม่ แต่

¹⁰ William A. Schabas, Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Second Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p.18.

แนวคิดเป็นเรื่องดั้งเดิม” (The word is new, the concept is ancient) อันแสดงให้เห็นว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นแนวคิดที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ แม้คำว่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เพิ่งจะเกิดขึ้นมากก็ตาม โดยในช่วงแรกที่ยังไม่มีการบัญญัติคำว่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าเป็น “อาชญากรรมที่ไม่มีชื่อ” (Crime without Name)

บุคคลที่มีส่วนสำคัญในการบัญญัติคำว่า “Genocide” คือ Raphael Lemkin นักกฎหมายชาวโปแลนด์¹¹ โดยนำคำจากภาษากรีก คือ คำว่า “genos” ซึ่งแปลว่า ชาติ (Nation) เชื้อชาติ (Race) หรือเผ่า (Tribe) มาผสมกับคำภาษาละติน คำว่า “caedere” หรือ “cide” ซึ่งแปลว่า “การฆ่า” (to kill) ที่มักใช้ต่อท้ายคำอื่น เช่น การสังหารทรราช (Tyrannicide) การฆ่าผู้อื่น (Homicide) การฆ่าพี่หรือน้อง (Fratricide) หรือการฆ่าทารก (Infanticide)

Lemkin ให้ความหมายของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ว่า “แผนการร่วมกันของกัน การกระทำที่แตกต่างกัน โดยมีจุดประสงค์เพื่อทำลายพื้นฐานที่สำคัญของการดำรงชีวิตของกลุ่มคนชาติ เพื่อทำลายความเป็นกลุ่มดังกล่าว แผนการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้เกิดการล่มสลายของสถาบันทางการเมืองและสังคมของวัฒนธรรม ภาษา ความรู้สึกถึงความเป็นชาติ ศาสนา และเศรษฐกิจ ความมั่งคั่งของกลุ่มคนชาติ และการทำลายความปลอดภัยของบุคคล เสรีภาพ สุขอนามัย ศักดิ์ศรี และแม้แต่ความเป็นอยู่ของปัจเจกบุคคลที่อยู่ในกลุ่มเช่นว่านั้น การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องกระทำโดยตรงต่อกลุ่มคนชาติในฐานะที่เป็นกลุ่มเช่นนั้น และการกระทำที่เกี่ยวข้องเป็นการกระทำต่อปัจเจกบุคคล ซึ่งไม่ใช่เพราะสถานะส่วนตัวของเขา แต่เพราะเขาเป็นสมาชิกของกลุ่มคนชาติ”¹² โดย Lemkin ได้แยกการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ออกเป็นสองขั้นตอน ขั้นตอนแรก คือ การทำลายล้างรูปแบบชาติของกลุ่มที่ถูกข่มเหง (Destruction of National Pattern of the Oppressed Group) และขั้นตอนที่สอง คือ การบังคับให้ชาตินั้นมีรูปแบบตามสัญชาติของกลุ่มผู้ข่มเหง (Imposition of a National Pattern of the Oppressor) โดยการบังคับนั้นอาจจะกระทำต่อกลุ่มผู้ถูกข่มเหงซึ่งเหลืออยู่ในดินแดน หรือกระทำต่อดินแดนหลังจากที่ขับไล่ประชาชนของกลุ่มผู้ถูกข่มเหงออกไปจนหมด และดินแดนนั้นได้ตกเป็นอาณานิคมของผู้ข่มเหงแล้ว¹³

¹¹ Raphael Lemkin, “Genocide,” in *Genocide: An Anthropological Reader*, ed. Alexander Laban Hinton (Massachusetts: Blackwell Publisher, 2002), p.27.

¹² *Ibid*, p.27.

¹³ *Ibid*, p.27 และดู สุทรวดี เริ่มคิดการ, “กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับกรณีการล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.22.

จากขั้นตอนดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า Lemkin ยอมรับการล้างเผ่าพันธุ์โดยการทำลายวัฒนธรรมและรูปแบบการดำรงชีวิตของกลุ่ม นอกเหนือจากการล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพ กล่าวคือ ไม่ว่าจะกระทำด้วยทางใดก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อกำจัดความเป็นกลุ่มนั้นให้หมดจากดินแดน การกระทำนั้นถือเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในความหมายของ Lemkin แล้ว

อย่างไรก็ตาม มีผู้วิจารณ์ว่าคำนิยามของ Lemkin แคบเกินไป เนื่องจากจำกัดเฉพาะการกระทำต่อกลุ่มคนชาติ (National Group) แทนที่จะนิยามถึงกลุ่มโดยทั่วไป ทำให้อาชญากรรมบางอย่างไม่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามนิยามของ Lemkin เช่น เหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นในกัมพูชายุคเขมรแดง (Khmer Rouge) ระหว่างปี ค.ศ. 1975-1978 เป็นตัวอย่างของการกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้คำนิยามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของ Lemkin ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่พ้นจากความรับผิดชอบทางศีลธรรมและทางกฎหมาย เพราะอาจอยู่ภายใต้นิยามของอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็นต้น¹⁴

ในทางกลับกันนิยามดังกล่าวของ Lemkin ก็ถูกวิจารณ์ว่ากว้างเกินไป เพราะรวมการล้างเผ่าพันธุ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อทำลายวัฒนธรรมและรูปแบบการดำรงชีวิตของกลุ่ม โดยไม่จำกัดเฉพาะการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางกายภาพเท่านั้น

เมื่อปี ค.ศ. 1933 Lemkin เสนออาชญากรรมระหว่างประเทศใหม่ 2 ฐาน ความผิด ได้แก่ การทำลายทรัพย์สินอย่างไร้เหตุผล (Vandalism) ซึ่งหมายถึง การทำลายศิลปะและวัฒนธรรมเป็นการทั่วไป เนื่องจากวัตถุประสงค์ของอาชญากรรมนี้เป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ ดังนั้น ทุกคนจึงมีผลประโยชน์ร่วมกันที่จะต้องปกป้อง ส่วนอาชญากรรมอีกฐานหนึ่ง คือ การกระทำอันโหดร้ายหรืออนารยธรรม (Barbarity) ซึ่งหมายถึง การกระทำโดยตรงต่อกลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางศาสนา หรือกลุ่มทางสังคม ซึ่งเป็นกลุ่มไม่สามารถป้องกันตนเองได้ เช่น การสังหารหมู่ การกระทำที่ทารุณต่อผู้หญิงและเด็ก และการปฏิบัติต่อผู้ชายอย่างเหยียดหยามศักดิ์ศรีของพวกเขา¹⁵ โดยองค์ประกอบของความผิดดังกล่าวยังประกอบด้วย การกระทำความรุนแรงเนื่องมาจากเหตุจูงใจในการต่อต้านสังคมหรือเหตุจูงใจอันโหดร้าย รวมถึงบรรดาการกระทำอย่างเป็นระบบและมีรูปแบบ (Systematic and Organized Acts) และการกระทำโดยตรงต่อประชาชนโดยรวม ไม่ใช่ต่อปัจเจกบุคคล แต่ในขณะนั้น

¹⁴ Robert Cryer et al., An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Second Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p.203.

¹⁵ William A. Schabas, *supra note 10*, p.30.

นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าอาชญากรรมตามที่ Lemkin เสนอมานี้ เกิดขึ้นน้อยมากจนไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็นกฎหมายเลย¹⁶

ต่อมา เมื่อเกิดเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง แนวความคิดของ Lemkin จึงกลับมาเป็นที่สนใจอีกครั้ง โดย Lemkin ได้กล่าวถึงการล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองโดยกองทัพนาซีว่า ขัดแย้งกับหลักของกฎหมายสงคราม (Law of War) ที่บัญญัติในอนุสัญญากรุงเฮก ซึ่งวางหลักว่าสงครามนั้นต้องกระทำต่อรัฐและกองกำลังทางทหาร ไม่ใช่การกระทำต่อพลเรือน แต่การล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองนั้นไม่ใช่เพียงการกระทำต่อดินแดนและกองกำลังทหารของฝ่ายตรงข้ามเท่านั้น แต่กองทัพนาซียังได้กระทำต่อพลเรือนในดินแดนที่ตนยึดครองด้วย¹⁷

ความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับนิยามและลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์สิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1946 เมื่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติลงมติเป็นเอกฉันท์รับรองให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946 โดยมีใจความดังต่อไปนี้

“การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ การปฏิเสธสิทธิการดำรงอยู่ของกลุ่มมนุษย์ทั้งหมด เช่นที่การฆาตกรรม คือ การปฏิเสธสิทธิการมีชีวิตอยู่ของปัจเจกบุคคล ซึ่งการปฏิเสธสิทธิการดำรงอยู่ เช่นว่านั้นก่อให้เกิดความสั่นสะเทือนต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติ ส่งผลให้เกิดความสูญเสียทางมนุษยธรรมอันยิ่งใหญ่ ในรูปแบบทางวัฒนธรรมและเอกลักษณ์อื่น ๆ ของกลุ่มเหล่านี้ และยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ศีลธรรม และขัดต่อเจตนารมณ์และเป้าหมายขององค์การสหประชาชาติ

หลายกรณีของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ดังกล่าวได้เกิดขึ้นเมื่อกลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มศาสนา กลุ่มการเมือง และกลุ่มอื่น ๆ ถูกทำลายไปทั้งหมดหรือบางส่วน

การลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่ยานาอารยประเทศคำนึงถึง

เพราะฉะนั้น สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ

ยืนยันว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งนานาชาติอารยประเทศประณาม และในการก่อการกระทำในฐานะตัวการและผู้สมรู้ร่วมคิด ซึ่งไม่ว่าจะกระทำลงโดยปัจเจกบุคคล โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือนักการเมือง และไม่ว่าอาชญากรรมจะกระทำลงบนพื้นฐานของศาสนา เชื้อชาติ การเมือง หรือพื้นฐานอื่นใด ล้วนเป็นความผิดทั้งสิ้น

¹⁶ Ibid, p.30.

¹⁷ Raphael Lemkin, *supra* note 11, p.28.

เชื้อเชิญ รัฐสมาชิกตราบทบัญญัติในกฎหมายที่จำเป็นเพื่อป้องกันและลงโทษ
อาชญากรรมดังกล่าว

แนะนำ ให้มีความร่วมมือระหว่างประเทศซึ่งจัดตั้งขึ้นระหว่างรัฐ โดยมี
วัตถุประสงค์เพื่อทำให้เกิดความรวดเร็วในการป้องกันและลงโทษต่ออาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์
มนุษย์ และในท้ายที่สุด

ร้องขอ คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมให้รับผิดชอบในการศึกษาค้นคว้าที่
จำเป็น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำร่างสนธิสัญญาเกี่ยวกับอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์
เพื่อนำเสนอในการประชุมสมัยสามัญครั้งถัดไปของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ”¹⁸

โดยข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) นี้ ส่งผลให้การ
ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ยังเป็นการจัดความทับซ้อนระหว่าง
การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์กับการขัดกันทางอาวุธ ซึ่งเป็นผลมาจากการพิจารณาติของศาลทหารระหว่าง
ประเทศแห่งเมืองนูเรมเบิร์ก และยังบ่งชี้ให้เห็นอีกว่าผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ต้องถูก
ดำเนินคดี ถึงแม้ว่าในขณะที่กระทำจะไม่เป็นการละเมิดกฎหมายภายในก็ตาม

นอกจากนี้ ตามข้อมติดังกล่าวยังมีการเสนอแนะเกี่ยวกับองค์ประกอบของ
ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพื่อนำไปเป็นพื้นฐานของการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์
มนุษย์ต่อไป ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงหลักการตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่ง
สหประชาชาติที่ 96 (I) ที่ต้องการประณามและลงโทษการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ในฐานะอาชญากรรม
ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธสิทธิการดำรงอยู่ของกลุ่มมนุษย์ทั้งหมด
ซึ่งผลที่ตามมาจากแนวคิดดังกล่าว คือ หลักการสำคัญตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์
เป็นหลักการที่ได้รับการรับรองจากนานาอารยประเทศว่าผูกพันทุกรัฐ ถึงแม้ว่ารัฐนั้นจะไม่มี
ผูกพันตามอนุสัญญาก็ตาม¹⁹

การร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์
มนุษย์ ค.ศ. 1948 เริ่มดำเนินการโดยคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social
Council) ขอให้เลขาธิการสหประชาชาติจัดทำร่างอนุสัญญาโดยขอความช่วยเหลือจากผู้เชี่ยวชาญ
ด้านกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายอาญา ได้แก่ 1. Raphael Lemkin ผู้เขียนหนังสือเรื่อง
Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government,

¹⁸ โปรตตุรายละเอียดในภาคผนวก ก

¹⁹ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the
Crime of Genocide, Advisory Opinion, 20 November 1950, p.23.*

Proposals for Redress และผู้คิดค้นคำว่า “Genocide” 2. Henri Donnedieu de Vabres ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายของมหาวิทยาลัยปารีส และอดีตรัฐพิพากษาศาลทหารระหว่างประเทศแห่งเมืองนูเรมเบิร์ก และ 3. Vespasian V. Pella ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายโรมันและประธานสมาคมระหว่างประเทศด้านกฎหมายอาญา (The International Association for Penal Law)²⁰

ภายหลังได้รับร่างดังกล่าวพร้อมข้อวิจารณ์จากรัฐสมาชิกแล้ว สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจะพิจารณาร่างอนุสัญญาดังกล่าว และมีข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 180 (II) เพื่อยืนยันหลักการตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) ว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ และยังร้องขอให้คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมดำเนินการร่างต่อ ซึ่งคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมได้ออกข้อมติที่ 117 (VI) แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจเพื่อร่างอนุสัญญา โดยในระหว่างการร่างมีประเด็นถกเถียงที่สำคัญ ได้แก่ ประเด็นเรื่องการกำหนดให้กลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง²¹ และประเด็นเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรม (Cultural Genocide) ซึ่งเสียงส่วนใหญ่ของคณะกรรมการเฉพาะกิจนี้เห็นควรกำหนดให้กลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง และรวมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรมเข้าในอนุสัญญาด้วย แต่ในกรณีของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรมนั้น คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นควรบัญญัติแยกออกมาจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางกายภาพซึ่งเป็นความผิดหลัก เพื่อขจัดปัญหาการตั้งข้อสงวนของรัฐภาคีในบทบัญญัติเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรม

ภายหลังคณะกรรมการเฉพาะกิจให้ความเห็นชอบรับร่างอนุสัญญาและส่งร่างอนุสัญญาให้แก่คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมพิจารณา คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมจึงออกข้อมติที่ 153 (VII) โอนร่างอนุสัญญาและรายงานของคณะกรรมการเฉพาะกิจ รวมถึงบันทึกการดำเนินงานของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไปยังสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เนื่องจากคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมไม่สามารถพิจารณาในรายละเอียดของร่างที่คณะกรรมการเฉพาะกิจจัดทำขึ้นได้

เมื่อวันที่ 24 กันยายน ค.ศ. 1948 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้โอนเรื่องให้คณะกรรมการชุดที่หก (The Sixth Committee) โดยประเด็นที่ถกเถียงระหว่างการร่างอนุสัญญาของคณะกรรมการชุดที่หกนี้ ได้แก่ ประเด็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรม และการคุ้มครองกลุ่มทางการเมือง เช่นเดียวกับคณะกรรมการเฉพาะกิจที่แต่งตั้งโดยคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม

²⁰ William A. Schabas, *supra* note 10, p.60.

²¹ UN Doc. E/AC.25/SR.24, pp.4 and 6.

ในเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรมนั้น หลายฝ่ายเห็นว่าควรบัญญัติการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรมในลักษณะเคร่งครัด โดยกำหนดเฉพาะกรณีที่มีผลนำไปสู่การทำลายล้างกลุ่มได้เท่านั้น เนื่องจากเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) จะเห็นได้ว่า ข้อมติดังกล่าวได้นิยามคำว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นการปฏิเสธสิทธิการดำรงอยู่ของกลุ่มมนุษย์ทั้งหมด ซึ่งอาจเกิดจากการทำลายลักษณะเฉพาะของกลุ่มบุคคลนั้น โดยที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม เสียงส่วนใหญ่เห็นว่าการคุ้มครองทางวัฒนธรรมนั้นสมควรที่จะถูกบัญญัติแยกในอนุสัญญาฉบับอื่นมากกว่าในอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งควรมีขอบเขตเฉพาะการทำลายล้างกลุ่มทางกายภาพเท่านั้น ในขณะที่การคุ้มครองทางวัฒนธรรมนั้นเป็นแนวคิดที่กว้างเกินไปที่จะบัญญัติรวมอยู่ในอนุสัญญาล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ส่วนประเด็นเรื่องกลุ่มทางการเมืองนั้น คณะกรรมการชุดที่หกได้ตัดกลุ่มทางการเมืองออกจากกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากเห็นว่าคำว่า “กลุ่มคนชาติ” (National Group) ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาหมายความรวมถึงกลุ่มทางการเมืองอยู่แล้ว และยิ่งไปกว่านั้นยังเห็นว่ากลุ่มคนชาตินั้น ถ้าขาดลักษณะทางการเมืองจะไม่สามารถเป็นกลุ่มได้ จึงถือว่ากลุ่มคนชาติและกลุ่มทางการเมืองนั้นมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิด ถึงแม้ว่าตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) จะระบุชัดว่ารวมถึงกลุ่มทางการเมืองด้วย แต่ก็เป็นการกล่าวถึงพื้นฐานในทางการเมืองในฐานะที่เป็นแรงจูงใจของการกระทำเท่านั้น ไม่ได้เป็นการกำหนดถึงกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง และเมื่อพิจารณาธรรมชาติทางการเมืองแล้วเห็นว่ากลุ่มคนชาติเหมาะสมที่จะได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มากกว่ากลุ่มทางการเมือง

ภายหลังจากที่คณะกรรมการชุดที่หกรับรองร่างอนุสัญญาแล้ว ได้นำเสนอร่างดังกล่าวต่อที่ประชุมใหญ่แห่งสหประชาชาติ ซึ่งที่ประชุมใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองอนุสัญญาเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ตามมติของสมัชชาใหญ่ที่ 260 (III) ซึ่งในมาตรา 2 ของอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ได้กำหนดนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้ว่า

“การกระทำดังต่อไปนี้ ซึ่งได้กระทำโดยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เพียงเพราะเป็นกลุ่ม เช่นว่านั้น ดังต่อไปนี้

- (เอ) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (บี) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม
- (ซี) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม
- (ดี) การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม

(อี) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น”²²

ภายหลังอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 มีผลบังคับใช้ และมีการจัดตั้งศาลเพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นศาลอาญาเฉพาะกิจ (*ad hoc* Tribunals) ทั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา หรือศาลถาวร คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นการทั่วไป ตามธรรมนูญจัดตั้งศาลเหล่านี้ต่างบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยยึดถือนิยามตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948²³ จึงอาจกล่าวได้ว่านิยามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามอนุสัญญาฉบับดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 เปรียบเสมือนประมวลกฎหมายพื้นฐานของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไปเสียแล้ว

หากพิจารณาจากคำนิยามดังกล่าว อาจแยกองค์ประกอบของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ 4 ประการ ดังนี้

1. องค์ประกอบภายนอก (Material Element or *actus reus*) ได้แก่ ผู้กระทำความผิด และการกระทำที่เป็นการต้องห้าม ซึ่งได้แก่ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตาม

²² Article 2 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide

“In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group”.

²³ โปรดดู มาตรา 4 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และมาตรา 2 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา

อนุมาตรา (เอ) ถึง (อี) ของมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ หรือมาตรา 6 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

2. องค์ประกอบเชิงบริบท (Contextual Element) ได้แก่ การกระทำที่เกิดขึ้นในบริบทที่มีรูปแบบที่ชัดเจนที่กระทำต่อกลุ่มเป้าหมายโดยตรง หรือเป็นการกระทำที่มีผลเป็นการทำลายล้างได้ด้วยตัวเอง

3. ประเภทของกลุ่มที่สมาชิกจะได้รับความคุ้มครองจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ได้แก่ กลุ่มคนชาติ (National Group) กลุ่มทางชาติพันธุ์ (Ethnic Group) กลุ่มทางเชื้อชาติ (Racial Group) และกลุ่มทางศาสนา (Religious Group)

4. องค์ประกอบภายใน (Mental Element or *mens rea*) ได้แก่ เจตนา และเจตนาพิเศษที่มุ่งทำลายความเป็นกลุ่มเหล่านั้น (Intent to Destroy) ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ทั้งนี้ ไม่จำเป็นว่าจะต้องกระทำการทำลายล้างกลุ่มดังกล่าวอย่างถอนรากถอนโคนในทันทีทันใด

2.2.2 องค์ประกอบภายนอกของความผิด (Material Element or *actus reus*)

องค์ประกอบภายนอกของความผิด คือ สิ่งที่อยู่ภายนอกซึ่งสามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้²⁴ และเป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัย (Objective Element) กล่าวคือ เป็นการกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายหรือกฎหมายห้าม องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์สามารถแยกออกได้ ดังนี้

2.2.2.1 ผู้กระทำความผิด

คำนิยามตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้บัญญัติถึงลักษณะ คุณสมบัติ หรือจำนวนขั้นต่ำของผู้กระทำความผิดไว้ ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ควรพิจารณา 2 ประเด็น ได้แก่ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์สามารถกระทำการโดยลำพังได้หรือไม่ และการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นการกระทำต่อกลุ่มที่ผู้กระทำเป็นสมาชิกได้หรือไม่

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี *Jelisić* ได้วางหลักไว้ว่า การกระทำโดยผู้กระทำเพียงรายเดียวย่อมเพียงพอที่จะครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว และเป็นไปได้ที่ผู้กระทำความผิดจะปิดบังแผนการของตนใน

²⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินท์ติ้ง, 2551), น.128.

การทำลายล้างกลุ่มทั้งหมด โดยไม่มีเจตนาที่จะได้รับการสนับสนุนจากบุคคลอื่น²⁵ แสดงให้เห็นว่า ศาลไม่ได้ตัดความเป็นไปได้ที่ผู้กระทำคนเดียวจะกระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากศาลในคดีอื่นและ ในทางวิชาการ โดยศาลและนักวิชาการส่วนใหญ่ เช่น William A. Schabas²⁶ เห็นว่าข้อยกเว้นที่จะ เกิดกรณีผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยลำพังมีเพียงประการเดียว คือ กรณีผู้กระทำความผิดหลายคนกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งบัญญัติถึงรูปแบบของการกระทำ อันโหดร้ายเป็นวงกว้าง (Mass Atrocities) ไว้เช่นเดียวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยผู้กระทำ ส่วนใหญ่ไม่มีเจตนาทำลายความเป็นกลุ่ม แต่มีผู้กระทำเพียงคนเดียวในบรรดาผู้กระทำความผิด ทั้งหมดที่มีเจตนาทำลายล้างกลุ่ม

ประเด็นที่ต้องพิจารณาควบคู่กับประเด็นเรื่องการกระทำโดยลำพัง คือ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องเป็นการกระทำอย่างมีแผนการหรือนโยบายเสมอไปหรือไม่ ซึ่งนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทั้งในอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่าง ประเทศ ไม่ได้กล่าวถึงองค์ประกอบเรื่องการมีอยู่ของแผนการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้ โดยองค์คณะ อุตธรณ์ในศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียได้ยืนยันในคำพิพากษาคดี *Jelisić* ว่า แผนการหรือนโยบายในการล้างเผ่าพันธุ์ไม่ใช่องค์ประกอบความผิด อย่างไรก็ตาม ในหลายคดีแผนการหรือนโยบายอาจกลายเป็นปัจจัยสำคัญในการพิสูจน์เจตนาพิเศษได้²⁷

ถึงแม้ว่าแผนการในการล้างเผ่าพันธุ์จะไม่ได้เป็นองค์ประกอบของความผิด แต่ในคดี *Kayishema* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาให้ความเห็นว่า ถึงแม้แผนการในการ ล้างเผ่าพันธุ์จะไม่มีอยู่ในองค์ประกอบของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่ปรากฏว่าเป็นการยากที่จะกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์สำเร็จลงได้ โดยไม่มีแผนการหรือองค์การ (Organization) และศาลยัง อ้างถึง Virginia Morris และ Michael Scharf ซึ่งให้ความเห็นไว้ในหนังสือชื่อ “The International Criminal Tribunal for Rwanda” ว่า เป็นไปไม่ได้ที่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จะกระทำโดยไม่มีส่วนหนึ่ง ส่วนใดเกี่ยวข้องกับรัฐ อีกทั้ง ยังไม่สำคัญว่าปัจเจกบุคคลจะรู้ถึงรายละเอียดของแผนการล้างเผ่าพันธุ์

²⁵ *Prosecutor v. Jelisić* (Case No. IT-95-10-T), Judgment, 14 December 1999, para.100.

²⁶ Robert Cryer et al., *supra* note 14, p.207.

²⁷ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Third Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p.95.

มนุษย์หรือนโยบายในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทั้งหมดหรือไม่ ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับ
รวันดาในคดี *Kayishema* เห็นพ้องกับแนวคิดของบุคคลทั้งสอง²⁸

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดย
ลำพังอีกว่า การกระทำดังกล่าวมีผลเป็นการทำลายล้างได้ด้วยตัวเองหรือไม่ อันเป็นปัญหาเรื่อง
องค์ประกอบเชิงบริบท หากผู้กระทำคนเดียวนั้นเป็นผู้ที่มีความสามารถในการสั่งการและควบคุมกอง
กำลังหรืออาวุธที่มีประสิทธิภาพในการทำลายล้างสูง ซึ่งทรัพยากรที่เขามีอำนาจสั่งการและควบคุมนี้
สามารถทำให้กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองถูกทำลายได้ด้วยตัวเอง แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่มีรูปแบบที่
ชัดเจน ก็อาจนำไปสู่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ ต่างจากกรณีที่บุคคลซึ่งไม่มีอำนาจสั่งการและควบคุม
กองกำลังหรืออาวุธที่มีประสิทธิภาพในการทำลายล้างสูง หรือไม่มีความสามารถในการล้างเผ่าพันธุ์
มนุษย์ได้ในตัวเอง รวมทั้งไม่มีรูปแบบในการกระทำที่ชัดเจนและไม่มีแผนการที่แน่นอน เช่น การ
ลงมือฆ่าสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองโดยลำพังอย่างไม่มีแผนการที่แน่นอน และกระทำตาม
โอกาสอำนวย เช่นนี้ไม่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เนื่องจากขาดองค์ประกอบเชิงบริบทตาม
องค์ประกอบความผิดของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ²⁹ เพราะไม่มีรูปแบบการกระทำที่
ชัดเจนและไม่มีลักษณะอันตรายอย่างแท้จริงต่อกลุ่มคนที่เป็นเป้าหมายแต่อย่างใด³⁰

การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยทั่วไปมีลักษณะเป็นการกระทำเป็นกลุ่ม
(Collective Nature) และถูกจำกัดโดยสถานการณ์ที่ร้ายแรง ประเด็น คือ ลักษณะดังกล่าวจะ
ปรากฏในองค์ประกอบภายนอก (Material Element) หรือองค์ประกอบภายในของความผิด
(Mental Element) ประเด็นดังกล่าวมีสองแนวทาง กล่าวคือ

แนวทางแรก กำหนดในองค์ประกอบภายนอกของความผิด ดังเช่นที่
องค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ
(Elements of Crimes) เพิ่มองค์ประกอบเชิงบริบท (Contextual Element) ไว้ในส่วนของ
องค์ประกอบภายนอกของความผิด โดยกำหนดว่าการกระทำของจำเลยต้องเกิดขึ้นในบริบทที่มี
รูปแบบที่ชัดเจนของการกระทำที่เหมือนกัน (Manifest Pattern of Similar Conduct) หรือ
สามารถทำลายกลุ่มได้ทั้งหมดหรือบางส่วนด้วยตัวเอง องค์ประกอบเชิงบริบทนี้ไม่ยอมรับ

²⁸ *Prosecutor v. Kayishema et al.* (Case No. ICTR-95-1-T), Judgment, 21 May 1999, para.94.

²⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์
เดือนตุลา, 2556), น.59.

³⁰ เพ็งอ้าง, น.46.

อาชญากรรมที่แยกออกโดยการกำหนดรูปแบบของอาชญากรรมที่กว้าง (Broader Pattern of Crimes) หรือเป็นภัยคุกคามที่เป็นรูปธรรมต่อกลุ่ม (Concrete Threat to the Group)

แนวทางที่สอง กำหนดในองค์ประกอบภายในของความผิดส่วนของเจตนา กล่าวคือ ต้องมีแผนการกำจัดกลุ่มอย่างเป็นระบบและกว้างขวาง (Organized and Widespread Plan) และผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงว่าการกระทำนั้นเป็นหรือดูเหมือนว่าจะเป็นการกระทำตามแผนการดังกล่าว (Further Implementation of the Plan)

ประเด็นที่สอง คือ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นการกระทำต่อกลุ่มที่ผู้กระทำเป็นสมาชิกได้หรือไม่

ประเด็นเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์กลุ่มที่ผู้กระทำเป็นสมาชิกอยู่ หรือการล้างเผ่าพันธุ์ตนเอง (Auto-Genocide) มักเกี่ยวข้องกับกรณีกลุ่มคนชาติ ซึ่ง William A. Schabas ตั้งข้อสังเกตว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องมีได้เกิดจากการสังหารหมู่คนชาติเดียวกัน นอกจากนี้ ยังต้องเป็นการสังหารประชากรส่วนใหญ่ที่อยู่ในประเทศโดยชนกลุ่มน้อยอีกด้วย³¹

คณะผู้เชี่ยวชาญซึ่งจัดตั้งตามข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 52/135 ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์ตัวเองกับกรณีการสังหารหมู่ชาวเขมรในยุคเขมรแดง (Khmer Rouge) ไว้ในรายงาน โดยยอมรับว่าชาวเขมรที่ถูกกระทำเป็นกลุ่มคนชาติตามความหมายในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 อย่างแน่นอน แต่คณะผู้เชี่ยวชาญปฏิเสธที่จะแสดงจุดยืนว่า เขมรแดงกระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยคำนึงถึงการเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มคนชาติเขมร (Khmer National Group) หรือไม่ เนื่องจากประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นเรื่องความดีความที่ซับซ้อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาถึงเจตนาของเขมรแดง เพราะเหยื่อของเขมรแดงไม่ใช่ชนกลุ่มน้อย หากแต่เป็นประชาชนส่วนใหญ่ในกัมพูชา และการกระทำของเขมรแดงต่อชาวเขมรดูคล้ายจะมีวัตถุประสงค์ทางการเมืองมากกว่าเป็นการกระทำโดยมีเจตนาทำลายความเป็นกลุ่มคนชาติเขมร นอกจากนี้ คณะผู้เชี่ยวชาญเห็นควรให้ “ศาลพิเศษในศาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีกับอาชญากรรมที่กระทำระหว่างช่วงสาธารณรัฐประชาธิปไตยกัมพูชา” (The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea

³¹ David Lisson, “Defining “National Group” in the Genocide Convention: A Case Study of Timor-Leste,” *Stanford Law Review* 1459, No.5, Volume 60, p.1469 (March 2008).

Extraordinary Chambers: ECCC)³² เป็นผู้วินิจฉัยว่าการกระทำของเขมรแดงเป็นการล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์ต่อกลุ่มคนชาติหรือไม่ อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์กับอดีตผู้นำ เขมรแดงในศาลพิเศษภายในศาลยุติธรรมแห่งกัมพูชา กลับไม่ปรากฏว่ามีการดำเนินคดีกับเขมรแดง ในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต่อชาวเขมรแต่อย่างใด คงปรากฏเพียงการดำเนินคดีกับการล้าง เผ่าพันธุ์มนุษย์ต่อชาวจาม ซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยที่นับถือศาสนาอิสลาม และชาวเวียดนาม ซึ่งทั้งสอง กลุ่มล้วนเป็นกลุ่มที่อยู่ตรงข้ามกับเขมรแดงทั้งสิ้น แสดงให้เห็นโดยปริยายว่า ศาลไม่ยอมรับเรื่องการ ล้างเผ่าพันธุ์ตัวเอง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการที่ศาลไม่ตั้งข้อหากับผู้นำเขมรแดงในความผิดฐาน ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต่อชาวเขมร เป็นการหลีกเลี่ยงข้อโต้แย้งว่า การกระทำของเขมรแดงต่อชาวเขมร เป็นการกระทำเนื่องจากเหตุผลทางการเมืองมากกว่าความเป็นกลุ่มคนชาติเขมร ซึ่งกลุ่มทางการเมือง ไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง ทั้งตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และตามมาตรา 4 กฎหมายจัดตั้งศาลพิเศษในศาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีกับอาชญากรรมที่กระทำ ระหว่างช่วงสาธารณรัฐประชาธิปไตยกัมพูชา³³

³² ศาลพิเศษในศาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีกับอาชญากรรมที่กระทำ ระหว่างช่วงสาธารณรัฐประชาธิปไตยกัมพูชา จัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาคดีกับอดีตผู้นำระดับสูงของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยกัมพูชา (Democratic Kampuchea) ที่ต้องรับผิดชอบในอาชญากรรมและการ ละเมิดอย่างร้ายแรงต่อประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา กฎหมายและจารีตประเพณีมนุษยธรรม ระหว่างประเทศ และกฎหมายสนธิสัญญาที่ได้รับการยอมรับจากกัมพูชา ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงระหว่าง วันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1975 ถึงวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 1979 โดยมีลักษณะเป็นศาลอาญาเฉพาะกิจ ในรูปแบบศาลผสม (Hybrid Court) กล่าวคือ การพิจารณาเป็นการผสมระหว่างผู้พิพากษาท้องถิ่น (Local Judge) กับผู้พิพากษาต่างชาติ (Foreign Judge) ตัวอย่างประเทศที่เคยใช้รูปแบบศาลผสม เช่น เซียร์ราลีโอน กัมพูชา อิรัก และติมอร์ตะวันออก (ติมอร์-เลสเต) อย่างไรก็ตาม ศาลเฉพาะกิจ เหล่านี้มักมีอำนาจการพิจารณาจำกัดเมื่อเทียบกับศาลภายในทั่วไป อีกทั้งผู้ที่อยู่ในอำนาจการพิจารณา ของศาลเหล่านี้มักมีจำนวนจำกัด

³³ Article 4 Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea

“The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed the crimes of genocide as defined in the Convention on the Prevention

เช่นเดียวกับในคดี *Akayesu* มีประเด็นที่ศาลอาญาระหว่างประเทศ สำหรับวันดาต้องพิจารณาว่า หากการกระทำนั้นเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งของการล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์ แต่ผู้เสียหายไม่ใช่สมาชิกของกลุ่ม จะถือว่าเป็นการล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ ซึ่งศาลในคดีดังกล่าว เห็นพ้องตามข้อต่อสู้ของจำเลยว่า ผู้เสียหายไม่ได้เป็นสมาชิกกลุ่มที่ผู้กระทำมุ่งทำลาย แต่เป็นสมาชิกของกลุ่มเดียวกับผู้กระทำเอง ดังนั้น แม้การกระทำนั้นจะเข้าลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์ การกระทำดังกล่าวก็ไม่เป็นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์³⁴

ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 6 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ และ มาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ระบุเพียงว่าผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำต่อบุคคล ดังกล่าว เพราะบุคคลนั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งตามที่ระบุไว้ ก็เพียงพอที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว โดยไม่ได้จำกัดว่ากลุ่มดังกล่าวต้องเป็นกลุ่มที่ผู้กระทำไม่ได้เป็นสมาชิก ซึ่งความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติดังกล่าว นำไปสู่การตีความว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายโดยนัยถึงการกระทำต่อกลุ่มอื่นที่ผู้กระทำไม่ได้เป็นสมาชิกเท่านั้น อันเป็นการปฏิเสธเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์ตนเอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการตีความในทางที่เป็นการทำลายเจตนารมณ์ในการปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์

and Punishment of the Crime of Genocide of 1948, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.

The acts of genocide, which have no statute of limitations, mean any acts committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, such as

- killing members of the group;
- causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- imposing measures intended to prevent births within the group;
- forcibly transferring children from one group to another group.

The following acts shall be punishable under this Article

- attempts to commit acts of genocide;
- conspiracy to commit acts of genocide;
- participation in acts of genocide”.

³⁴ William A. Schabas, *supra note 10*, p.180.

มนุษย์ เพราะเป็นการเปิดช่องให้จำเลยยกขึ้นต่อสู้ว่าการกระทำของตนไม่ครบองค์ประกอบความผิด ส่งผลให้ไม่สามารถลงโทษจำเลยได้ด้วยเหตุผลเรื่องการบังคับใช้กฎหมาย ดังนั้น การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ จึงควรรวมถึงการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์กลุ่มที่ผู้กระทำเป็นสมาชิกอยู่ด้วย โดยมีเหตุผลดังนี้

ประการแรก นิยามลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำ ความผิดเป็นพิเศษว่าต้องไม่ใช่สมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองซึ่งถูกกระทำ ดังนั้น ไม่ว่าผู้กระทำจะเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ถูกกระทำหรือไม่ก็ตาม หากการกระทำของบุคคลนั้นเป็นการกระทำต้องห้ามตามที่กำหนดไว้ลักษณะใดลักษณะหนึ่ง และเป็นการกระทำโดยมีเจตนาทำลายความเป็นกลุ่มแล้ว การกระทำนั้นย่อมเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะการกระทำต่อกลุ่มที่ตนเป็นสมาชิกแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำต่อกลุ่มดังกล่าวอย่างเจาะจง และมักเป็นการกระทำเนื่องจากความรู้สึกว่าตนไม่ใช่สมาชิกของกลุ่มดังกล่าวอีกต่อไป หรือรู้สึกว่าตนแปลกแยกจากกลุ่มที่ตนเป็นสมาชิกนั้น ซึ่งลักษณะของการกระทำโดยมีเจตนากระทำต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนี้ สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และทำให้การกระทำดังกล่าวต่างจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งผู้กระทำไม่ได้กระทำต่อประชากรพลเรือนกลุ่มใดโดยเฉพาะเจาะจง

นอกจากนี้ หากบทบัญญัติเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องการคุ้มครองเฉพาะกลุ่มอื่นที่ไม่ใช่กลุ่มของผู้กระทำความผิดแล้ว ต้องบัญญัติอย่างชัดเจนว่า จำกัดเฉพาะการกระทำต่อกลุ่มอื่นที่ไม่ใช่กลุ่มที่ตนเป็นสมาชิก อย่างเช่นมาตรา 288 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่ระบุอย่างชัดเจนว่า ผู้ถูกกระทำ คือ “ผู้อื่น” เท่านั้น ไม่รวมรวมถึงการฆ่าตนเอง

ประการที่สอง คุณค่าที่บทบัญญัติเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องการคุ้มครอง คือ การดำรงอยู่ของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง ไม่ว่าจะ เป็นกลุ่มไหน หรือแม้แต่เป็นกลุ่มที่ผู้กระทำเป็นสมาชิกอยู่ ย่อมได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน หากผู้กระทำทำลายกลุ่มจนส่งผลให้กลุ่มดังกล่าวไม่อาจดำรงอยู่ต่อไปได้แล้ว เช่น สมาชิกของกลุ่มเหลือเพียงผู้กระทำเพียงคนเดียว หรือสมาชิกที่เหลืออยู่น้อยจนไม่อาจถือเป็นกลุ่มได้ แม้ว่าจะเป็นการกระทำต่อกลุ่มที่ผู้กระทำเป็นสมาชิกอยู่ การกระทำดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เช่นกัน ทั้งนี้ แม้ลักษณะของการกระทำต่อกลุ่มตนเองอาจมีโอกาสดำเนินได้บ้าง แต่การกระทำล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หลายครั้งเกิดจากความเกลียดชังส่วนบุคคล ซึ่งความรู้สึกเกลียดชังกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งนั้นอาจเกิดขึ้นได้ แม้กระทั่งเป็นความเกลียดชังในกลุ่มที่ตนเป็นสมาชิกอยู่ก็ตาม และการทำลายกลุ่มที่ตนเองเป็นสมาชิกอยู่ย่อมมีโอกาที่ผู้กระทำจะสามารถทำลายกลุ่มได้ง่ายยิ่งกว่าบุคคลอื่นกระทำ เพราะบุคคลผู้เป็นสมาชิกกลุ่มย่อมทราบจุดอ่อนของกลุ่ม และสามารถเข้าถึงจุดที่ต้องการโจมตีได้ง่ายกว่าบุคคลทั่วไป

ประการที่สาม การกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อาจเกิดจากการกระทำของบุคคลหลายคน ดังนั้น ผู้กระทำความผิดคนหนึ่งคนใดอาจเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ถูกกระทำได้ หากลงโทษผู้กระทำความผิดรายอื่นฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้แล้ว แต่ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นสมาชิกของกลุ่มนั้นในความผิดฐานเดียวกันได้ ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมและถือเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากความลักลั่นในการบังคับใช้กฎหมายได้

ประการสุดท้าย ผู้เขียนเห็นว่าในการบัญญัติกฎหมายไม่เพียงแต่ผู้ร่างจะต้องคำนึงถึงเหตุการณ์ที่เคยเกิดขึ้นในอดีต เพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวซ้ำแล้ว ผู้ร่างยังต้องคาดการณ์เหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตด้วย ดังนั้น หากการกระทำใดมีโอกาสที่จะเกิดขึ้นแล้ว ก็สมควรบัญญัติถึงการกระทำดังกล่าวให้ชัดเจน เพื่อป้องกันปัญหาการตีความที่อาจเกิดขึ้นสอดคล้องกับพันธกรณีเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ที่ไม่ได้มีเพียงการปราบปรามการกระทำที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น หากยังรวมถึงการป้องกันเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตด้วย แม้เหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์ที่เคยเกิดขึ้นในอดีต อาจไม่ปรากฏลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์ตนเองอย่างชัดเจน แต่ก็เคยเป็นประเด็นถกเถียง เพียงแต่ถูกหลีกเลี่ยงที่จะตีความให้เกิดความชัดเจน ดังนั้น หากในอนาคตเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ขึ้น อาจเป็นการเปิดช่องว่างทางกฎหมายให้ผู้กระทำความผิดกล่าวอ้างว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบได้

นอกจากการกระทำความผิดของปัจเจกบุคคลแล้ว อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศยังกำหนดความผิดของผู้ร่วมกระทำ ความผิด หรือกรณีผู้กระทำความผิดหลายคนไว้ด้วย ดังที่จะได้พิจารณาต่อไปนี้

กรณีที่ 1 การมีส่วนร่วมในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Complicity in Genocide)

การสมรู้ร่วมคิดถูกกำหนดไว้ตามมาตรา 3 (อี) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948³⁵ แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้ให้คำนิยามของการสมรู้ร่วมคิดในการกระทำความผิดไว้ แต่หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องแล้ว สามารถแบ่งประเภทของผู้ร่วมกระทำความผิดล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ ดังนี้

³⁵ Article 3 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide

“The following acts shall be punishable:

...

(e) Complicity in genocide”.

1. ผู้ร่วมกระทำความผิด (Co-Perpetrator or Participant)

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี *Tadić* มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักการร่วมกระทำความผิดโดยมีเจตนาร่วมกัน (Common Purpose Comlicity) ซึ่งแยกออกมาจากการช่วยเหลือและให้ความสะดวก (Aiding and Abetting) ซึ่งองค์คณะอุทธรณ์ในคดี *Tadić* ตั้งข้อสังเกตว่า กรณีที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปมีเจตนาร่วมกันในการกระทำความผิด แต่มีผู้ลงมือกระทำความผิดเพียงคนเดียว แม้ว่าผลจากการกระทำจะอยู่นอกเหนือเจตนา แต่ถ้าความผิดที่กระทำนั้นเป็นผลธรรมดาและสามารถคาดเห็นได้ว่าอาจเกิดขึ้นจากเจตนาร่วมกันดังกล่าว บุคคลที่มีเจตนาร่วมกันกระทำความผิดก็อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ ซึ่งรูปแบบความรับผิดชอบนี้มาจากกฎหมายจารีตประเพณี และสามารถอนุมานได้จากธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย³⁶

นอกจากนี้ องค์คณะอุทธรณ์ในคดี *Tadić* ยังกล่าวถึงผู้ซึ่งร่วมกระทำความผิดหรือตัดสินใจร่วมกันในการกระทำความผิดนี้ว่า โดยสภาพของอาชญากรรมระหว่างประเทศหลายฐานไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยลำพัง หากแต่เกิดจากการกระทำร่วมกันของกลุ่มบุคคลที่มีจุดมุ่งหมายในการกระทำความผิดอย่างเดียวกัน ถึงแม้ว่าจะมีเพียงสมาชิกของกลุ่มบางคนเท่านั้นที่เป็นผู้ลงมือกระทำความผิด แต่ถ้าการมีส่วนร่วมหรือสนับสนุนการกระทำความผิดดังกล่าวของสมาชิกคนอื่นมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการอำนวยความสะดวกแก่การกระทำความผิดนั้น ถือว่าผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดมีองค์ประกอบทางจิตใจไม่น้อยไปกว่าหรือไม่แตกต่างไปจากผู้ลงมือกระทำความผิดแต่อย่างใด³⁷

การร่วมกระทำความผิดนี้ปรากฏตามมาตรา 25 (3) (เอ) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ว่า

“3. ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศฉบับนี้ บุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญา และอาจต้องรับโทษสำหรับอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาล หากบุคคลนั้น

(เอ) ประกอบอาชญากรรมเช่นว่า ไม่ว่าจะกระทำคนเดียว ร่วมกระทำกับบุคคลอื่น หรือผ่านทางบุคคลอื่น ไม่ว่าจะบุคคลอื่นดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ก็ตาม”³⁸

³⁶ William A. Schabas, *supra note 10*, p.354.

³⁷ *Prosecutor v. Tadić* (Case No. IT-94-1-A), Judgment, 15 July 1999, para.191.

³⁸ Article 25 Rome Statute of the International Criminal Court

การกระทำในลักษณะนี้ตามกฎหมายอาญาไทย เรียกว่า “ตัวการ” (Principal) ดังที่ปรากฏในมาตรา 83 ประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ การที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปร่วมกันกระทำความผิดโดยเจตนา โดยมีการกระทำร่วมกันในขณะที่กระทำความผิด เช่น การร่วมกระทำส่วนหนึ่งของการกระทำทั้งหมดที่รวมที่กันเป็นความผิดขึ้น การแบ่งหน้าที่กันทำ การอยู่ร่วมกันหรือใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุในลักษณะที่พร้อมจะช่วยเหลือกันได้ทันที การอยู่ร่วมในที่ที่เกิดเหตุ และก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด³⁹ เป็นต้น และมีเจตนาร่วมกันในขณะที่กระทำความผิด⁴⁰ ซึ่งหมายความว่า ผู้ที่กระทำการร่วมกันนั้น จะต้องรู้ถึงการกระทำของกันและกัน และต่างต้องประสงค์ถือเอาการกระทำของแต่ละคนเป็นการกระทำของตนด้วย กล่าวคือ มุ่งหมายให้ความผิดนั้นสำเร็จได้ด้วยตนเอง ถึงแม้จะมีได้ทำจริงด้วยมือของตนเองก็ตาม กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีเจตนาที่จะให้การกระทำความผิดของพวกเรามีทั้งหมดเป็นการกระทำของตน⁴¹

2. ผู้ให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก (Aider and Abettor)

แม้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 จะมีได้บัญญัติเกี่ยวกับผู้ให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวกไว้ และศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียเคยวินิจฉัยไว้ในคดี *Krstić* ว่า รูปแบบการกระทำตามมาตรา 3 (อี) ของอนุสัญญาดังกล่าวแตกต่างจากการให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาวินิจฉัยในเวลาต่อมาว่า บทบัญญัติในมาตรา 3 (อี) หมายความว่า รวมถึงการให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก โดยถือว่าเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการสมรู้ร่วมคิดด้วย

ต่อมา เมื่อมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ตามมาตรา 25 (3) (ซี) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ⁴² ได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบของบุคคลที่ให้การสนับสนุนหรือ

“3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible”.

³⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 24*, น.602.

⁴⁰ *เพ็งอ้าง*, น.600.

⁴¹ จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น.436.

⁴² Article 25 Rome Statute of the International Criminal Court

ช่วยเหลือในการกระทำความผิดหรือพยายามกระทำความผิด รวมทั้งการหาวิธีการสำหรับการกระทำความผิด โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้ความสะดวกในการกระทำความผิด แสดงให้เห็นว่าธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศยอมรับการกระทำความผิดโดยการให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวกในการกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน ต่างจากอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียได้วางหลักไว้ในคดี *Tadić* ว่า ผู้ให้การช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก คือ ผู้ดำเนินการใด ๆ โดยเฉพาะเจาะจง เพื่อให้การกระทำความผิดสำเร็จ มุ่งโดยตรงที่จะสนับสนุน กระตุ้น หรือให้ความช่วยเหลือในการกระทำความผิดอาญา และการสนับสนุนดังกล่าวมีผลบางประการต่อการกระทำความผิดเช่นว่านั้น โดยผู้สนับสนุนต้องรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก และรู้ถึงสาระสำคัญขององค์ประกอบความผิดซึ่งผู้กระทำได้ลงมือก็เพียงพอแล้ว

ถึงแม้ว่าลักษณะของการช่วยเหลือและให้ความสะดวกกับการร่วมกันกระทำความผิดจะมีส่วนที่ทับซ้อนกันอยู่ แต่องค์คณะอุทธรณ์ในคดี *Tadić* เคยอธิบายถึงความแตกต่างของการกระทำทั้งสองลักษณะว่า มีความแตกต่างที่สำคัญ กล่าวคือ ผู้ให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นไม่จำเป็นต้องรู้ถึงแผนการร่วมกันใด ๆ แต่การให้ความช่วยเหลือของบุคคลดังกล่าวต้องเป็นการช่วยเหลือในสาระสำคัญ ทั้งนี้ บุคคลดังกล่าวจะมีความรับผิดชอบในอาชญากรรมเท่าที่ตนรู้เท่านั้น ในขณะที่การร่วมกันกระทำความผิดหรือตัวการนั้น เป็นการกระทำที่จำเลยเพียงแต่เล็งเห็นถึงการร่วมกันกระทำความผิดนั้น ก็เพียงพอสำหรับความรับผิดชอบในอาชญากรรมซึ่งได้กระทำโดยผู้ลงมือกระทำความผิดแล้ว⁴³

สำหรับผู้ให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวกตามมาตรา 86 ประมวลกฎหมายอาญา⁴⁴ เรียกว่า “ผู้สนับสนุน” ซึ่งมีหลักว่า⁴⁵

Individual criminal responsibility

“3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

...

(c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission”.

⁴³ *Prosecutor v. Tadić, supra note 37, para.229.*

⁴⁴ มาตรา 86 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

(1) ต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น คือ ต้องมีการกระทำเข้าขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เช่น เข้าขั้นพยายามกระทำความผิด หรือเตรียมในบางกรณี

(2) กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่น (ผู้ลงมือ) กระทำความผิดที่ได้เกิดขึ้นนั้น ซึ่งการกระทำอันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นมีความหมายกว้าง ไม่จำกัดว่าจะต้องทำด้วยวิธีใดโดยเฉพาะ เช่น การใช้คำพูด และไม่จำเป็นว่าจะต้องช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่กันโดยตรง อาจช่วยกันเป็นทอด ๆ ก็ได้ อย่างไรก็ตาม การนิ่งเฉยเสียไม่ละเว้นห้ามปรามมิให้มีการกระทำความผิดนั้น ไม่ถือว่าเป็นการสนับสนุน⁴⁶

(3) โดยเจตนาช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่น (ผู้ลงมือ) กระทำความผิดที่ได้เกิดขึ้นนั้น

(4) ต้องเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก่อนหรือขณะกระทำความผิด

(5) ไม่ว่าผู้กระทำความผิดนั้น (ผู้ลงมือ) จะได้รู้หรือมิได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม

3. ผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด

ตามมาตรา 25 (3) (บี) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ บัญญัติว่า

“3. ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศฉบับนี้ บุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญา และอาจต้องรับโทษสำหรับอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาล หากบุคคลนั้น

(บี) สั่งการ ขอร้อง หรือชักจูง ให้มีการกระทำความผิดเช่นว่า ซึ่งเกิดขึ้นจริงหรือถึงขั้นพยายามแล้ว”⁴⁷

“ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

⁴⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 24*, น.678-679.

⁴⁶ *เพ็งอ้าง*, น.681-684.

⁴⁷ Article 25 Rome Statute of the International Criminal Court
Individual criminal responsibility

“3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

...

การก่อให้เกิดความผิดโดยการช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา ออกคำสั่ง หรือ จูงใจ ไม่ว่าจะเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดทางกายภาพหรือทางจิตใจก็ตาม ซึ่งหากพิจารณา ตามกฎหมายไทยแล้ว หมายถึง “ผู้ใช้” ตามมาตรา 84 ประมวลกฎหมายอาญา⁴⁸

หลักเกณฑ์ของการเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 ได้แก่⁴⁹

(1) ผู้ใช้ต้องมีเจตนากระทำความผิดนั้น

(2) ผู้ใช้ต้องมีเจตนา “ก่อ” ให้ผู้ถูกใช้กระทำความผิดนั้น ซึ่งการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด หมายความว่า การกระทำอันเป็นเหตุให้ผู้อื่นตกลงใจให้กระทำความผิด โดยสามารถทำได้หลายวิธี เช่น ใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วาน ยุยงส่งเสริม หรือแม้แต่การหลอก แต่หากผู้ถูก ใช้มีเจตนาอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดนั้น ๆ ต่อผู้เสียหายรายนั้นอยู่ก่อนแล้ว ก็ไม่ถือเป็นการก่อ⁵⁰

(3) ผู้ถูกใช้ต้องกระทำความผิดตามที่ก่อขึ้นโดยเจตนา

กรณีที่ 2 ผู้เริ่มต้นในการกระทำความผิดล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น (Inchoate Crime) มีรากฐานมาจากระบบ กฎหมายคอมมอนลอว์ที่ต้องการแทรกแซงการกระทำในขั้นก่อนที่ความผิดจะสำเร็จ เพื่อเป็นการ ยับยั้งการกระทำความผิดดังกล่าว ลักษณะของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นที่สำคัญ ได้แก่ การพยายาม กระทำความผิด การใช้ให้กระทำความผิด และการสมคบกระทำความผิด

(b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted”.

⁴⁸ มาตรา 84 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วานหรือยุยงส่งเสริม หรือ ด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด

ถ้าความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำ หรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ และถ้าผู้ถูกใช้เป็นบุคคล อายุไม่เกินสิบแปดปี ผู้พิการ ผู้ทุพพลภาพ ลูกจ้างหรือผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้ใช้ ผู้ที่มีฐานะยากจน หรือผู้ต้องพึ่งพาผู้ใช้เพราะเหตุป่วยเจ็บหรือไม่ว่าทางใด ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้ใช้กึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับผู้นั้น”

⁴⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 24*, น.654.

⁵⁰ *เพ็งอ้าง*, น.645.

สำหรับการกระทำความผิดที่เป็นการเริ่มต้นของการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่บัญญัติในมาตรา 3 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ได้แก่ การสมคบกระทำการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Conspiracy) การยุยงให้กระทำการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Incitement) และการพยายามกระทำความผิด (Attempt)

ส่วนธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศบัญญัติเรื่องการยุยงและการพยายามกระทำความผิดไว้ในมาตรา 25 (3) (อี) และ (เอฟ) ตามลำดับ โดยมาตรา 25 (3) (อี) กำหนดให้การล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ในส่วนที่ยุยงบุคคลอื่นโดยตรงและเปิดเผยต่อสาธารณชนให้กระทำการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องรับผิดและต้องรับโทษตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ส่วนมาตรา 25 (3) (เอฟ)⁵¹ บัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดไว้ว่า การพยายามกระทำความผิด คือ การเริ่มกระทำความผิดด้วยวิธีการอันเป็นขั้นตอนสำคัญ แต่การกระทำความผิดไม่บรรลุผลเพราะพฤติการณ์อันซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาของบุคคล

ประเทศไทยบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดไว้ในมาตรา 80 ประมวลกฎหมายอาญา ว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำความผิดตามมาตรา 80 ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น” ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรานี้ใช้บังคับกับความผิดอาญาทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาและตามกฎหมายอื่น เว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

⁵¹ Article 25 Rome Statute of the International Criminal Court

Individual criminal responsibility

“3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

...

(f) Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose”.

อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดยุติ (Abandon) ความพยายามที่จะกระทำความผิดหรือป้องกันด้วยประการอื่นใดไม่ให้เกิดการกระทำความผิดนั้นบรรลุผล ผู้พยายามกระทำความผิดนั้นไม่ต้องรับโทษตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับการพยายามกระทำความผิดดังกล่าว หากผู้นั้นยอมล้มเลิกความมุ่งประสงค์ในการกระทำความผิดนั้นอย่างสิ้นเชิงและโดยสมัครใจ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวคล้ายคลึงกับเรื่องการยับยั้งหรือกลับใจในการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเอง ไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ” โดยการยับยั้งและกลับใจดังกล่าวต้องเป็นไปโดยสมัครใจ คือผู้กระทำได้ยับยั้งหรือกลับใจ ทั้งที่เขาตระหนักดีว่าหากกระทำต่อไปก็จะบรรลุผล และการยับยั้งหรือกลับใจดังกล่าวต้องเป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่บรรลุผล⁵²

ในขณะที่เรื่องการสมคบกระทำความผิดไม่ปรากฏในบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญา คงมีเพียงบทบัญญัติความผิดฐานช่องโง่ตามมาตรา 210 ซึ่งบัญญัติให้การสมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิด เป็นความผิดฐานหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น⁵³ โดยมีข้อจำกัด คือ ต้องเป็นการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดในภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น ไม่รวมการกระทำความผิดลหุโทษในภาค 3 ของประมวลกฎหมายอาญา และความผิดตามพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ ดังนั้น หากประเทศไทยจะกำหนดให้ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติเฉพาะแล้ว ควรกำหนดให้การสมคบกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดเฉพาะตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวด้วย ส่วนการกระทำที่เป็นการยุยงให้กระทำความผิดนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาถือเป็นลักษณะหนึ่งของการใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 ประมวลกฎหมายอาญา เท่านั้น

⁵² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น.582.

⁵³ มาตรา 210 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นช่องโง่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าเป็นการสมคบเพื่อกระทำความผิด ที่มีระวางโทษถึงประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท”

2.2.2.2 การกระทำที่เป็นการต้องห้าม (Prohibited Acts)

แม้โดยหลักแล้วการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จะมุ่งลงโทษต่อการกระทำโดยมีเจตนาทำลายความเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองเป็นสำคัญ แต่ไม่ได้หมายความว่า การกระทำโดยมีเจตนาทำลายความเป็นกลุ่มทุกการกระทำถือเป็นการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เสมอไป⁵⁴ เพราะอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการต้องห้าม (Prohibited Acts) อันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้เพียง 5 ลักษณะเท่านั้น ได้แก่ 1. การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม 2. การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม 3. การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม 4. การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม และ 5. การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า การกระทำดังกล่าวต้องเป็นการกระทำตามที่กำหนดอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ไม่ได้หมายความว่า ผู้กระทำจะต้องกระทำการเพียงการกระทำใดการกระทำหนึ่งเท่านั้น เพราะในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ครั้งหนึ่ง อาจประกอบจากการกระทำหลาย ๆ การกระทำ แต่การกระทำใดที่จะเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้นั้น ต้องเป็นการกระทำใดการกระทำหนึ่งใน 5 การกระทำนี้เท่านั้น

(1) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม

การกระทำลักษณะแรกนี้เป็นการกระทำที่ถูกบัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 โดยปราศจากข้อโต้แย้งใด ๆ เนื่องจากเหตุการณ์การสังหารชาวยิวในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งเปรียบเสมือนจุดกำเนิดของแนวความคิดเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ นอกจากนี้ คำว่า Genocide ตามความเข้าใจของบุคคลโดยทั่วไปยังหมายความถึง “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ซึ่งมักใช้กับการฆ่าที่กระทำเป็นวงกว้าง

ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่จัดทำโดยเลขาธิการสหประชาชาติ กำหนดการกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้ 3 ลักษณะ โดยลักษณะแรกของการกระทำความผิด คือ การก่อให้เกิดความตายแก่สมาชิกของกลุ่มหรือการทำให้อันตรายต่อความสมบูรณ์ของสุขภาพหรือร่างกาย (Causing the Death of Members of a Group or Injuring their Health or Physical Integrity) โดยการกระทำลักษณะนี้ประกอบด้วยสี่ลักษณะย่อย รวมถึงการสังหารหมู่กลุ่มดังกล่าวและการประหารชีวิตบุคคล⁵⁵

⁵⁴ Robert Cryer et al., *supra* note 14, p.213.

⁵⁵ UN Doc. E/447.

ต่อมา ระหว่างการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดย คณะกรรมการเฉพาะกิจ มีการเสนอรูปแบบของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางกายภาพลักษณะแรก คือ การฆ่าสมาชิกดังกล่าว (Killing Members Thereof) แต่สุดท้ายแล้วได้เปลี่ยนถ้อยคำเป็นว่า “การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม” (Killing of Members of the Group) เช่นเดียวกับคณะกรรมการชุดที่หกที่เห็น พ้องให้การฆ่าเป็นรูปแบบแรกของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยไม่มีการถกเถียงหรือตีความเกี่ยวกับการกระทำรูปแบบนี้เท่าใด

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณานियามหรือลักษณะการกระทำความผิดต้อง พิจารณาจากอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตาม ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้ง แนวทางการตีความของศาลอาญาระหว่าง ประเทศและศาลอาญาเฉพาะกิจ

ตามองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาล อาญาระหว่างประเทศ กำหนดว่า “การฆ่า” อาจใช้คำว่า “การกระทำที่ก่อให้เกิดความตาย” (Caused Death) แทนได้

ในคดี *Akayesu* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา ระบุถึง องค์ประกอบภายนอกสองประการของการกระทำความผิดลักษณะนี้ คือ ผู้เสียหายต้องถึงแก่ความ ตาย และความตายดังกล่าวต้องเป็นผลมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำโดยละเมิด กฎหมายของจำเลยหรือผู้ได้บังคับบัญชา⁵⁶

มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า หากผู้กระทำกระทำการหรืองดเว้นกระทำ การเพื่อชักจูง (Induce) ให้ผู้เสียหายกระทำการอันก่อให้เกิดความตายแก่ตนเอง เช่น การจูงใจให้ ผู้เสียหายฆ่าตนเองจะถือว่าเป็นการฆ่าหรือไม่ ในคดี *Krnjelac* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับ อดีตประเทศยูโกสลาเวีย เห็นว่า จะถือว่าการฆ่าตนเองเกิดจากการกระทำของผู้กระทำต่อเมื่อ ผู้กระทำชักจูงให้ผู้เสียหายกระทำการซึ่งนำไปสู่ความตายด้วยตัวของผู้เสียหายเอง และการฆ่าตนเอง นั้นเกิดโดยเจตนาของผู้กระทำ หรือเกิดจากการกระทำที่วิญญูชนเล็งเห็นว่าจะเกิดผลเช่นนั้น⁵⁷

ตามมาตรา 288 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติให้การฆ่าผู้อื่นเป็น ความผิดทางอาญาตามกฎหมายไทย ซึ่งการกระทำที่เป็นการฆ่าตามมาตรา นี้ หมายความว่า

⁵⁶ William A. Schabas, *supra note 10*, p.179.

⁵⁷ *Ibid*, p.180.

การกระทำด้วยประการใด ๆ ใ้คนตาย โดยไม่จำกัดวิธีที่กระทำ สุดแต่จะทำให้เกิดผลคือตาย⁵⁸ โดยบทบัญญัติดังกล่าวไม่รวมถึงการฆ่าตนเอง เพราะฉะนั้น การฆ่าตนเองจึงไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย ซึ่งในประเทศที่ไม่ถือว่าการฆ่าตนเองเป็นความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา จะบัญญัติการยุหรือช่วยให้ผู้อื่นฆ่าตนเองเป็นความผิดโดยเอกเทศ⁵⁹

ประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้การกระทำเพื่อให้ผู้อื่นฆ่าตนเองเป็นความผิดตามมาตรา 292⁶⁰ และมาตรา 293⁶¹ โดยมาตรา 293 เป็นการยุทั่ว ๆ ไป ส่วนมาตรา 292 เป็นการยุด้วยวิธีร้ายแรง

การกระทำตามมาตรา 292 นี้ต้องเกิดผล คือ มีการฆ่าตนเองหรือพยายามฆ่าตนเอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบในลักษณะพฤติการณ์ประกอบกรกระทำ หากขาดไปผู้กระทำจะไม่มีผิดตามมาตรา 292 เลย ทั้งนี้ ตามมาตรา 292 การฆ่าตนเองต้องเป็นการกระทำโดยการตัดสินใจอันเป็นอิสระของผู้ฆ่าตนเอง ซึ่งทำให้ความสัมพันธ์ขาดตอนจากการกระทำของผู้ปฏิบัติการอันทารุณ แต่หากผู้ฆ่าตนเองตัดสินใจกระทำ เนื่องจากความจำเป็นที่ถูกบีบบังคับจากผู้ปฏิบัติการอันทารุณ ผู้ปฏิบัติการทารุณก็จะมีผิดฐานฆ่าผู้อื่น⁶²

ส่วนการช่วยให้ฆ่าตนเองตามมาตรา 293 หมายความว่า บุคคลกระทำการอันมีผลให้ตนเองตาย และผู้กระทำช่วยให้ความสะดวกในการฆ่าตนเองนั้นในเวลาก่อนหรือขณะ

⁵⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2553), น.6.

⁵⁹ เพิ่งอ้าง, น.166.

⁶⁰ มาตรา 292 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการปฏิบัติการอันทารุณ หรือด้วยปัจจัยคล้ายคลึงกันแก่บุคคลซึ่งต้องพึ่งตน ในการดำรงชีพหรือในการอื่นใด เพื่อให้บุคคลนั้นฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้นหรือได้มีการพยายามฆ่าตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท”

⁶¹ มาตรา 293 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดช่วยหรือยุยงเด็กอายุยังไม่เกินสิบหกปี หรือผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจว่าการกระทำของตนมีสภาพหรือสาระสำคัญอย่างไร หรือไม่สามารถบังคับการกระทำของตนได้ ให้ฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้นหรือได้มีการพยายามฆ่าตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶² จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 58, น.168.

กำลังฆ่าตนเองอยู่ก่อนตาย ทั้งนี้ การช่วยนั้นต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับการฆ่าตนเอง⁶³ ส่วนการยุยงให้ฆ่าตนเอง หมายความว่า ผู้กระทำการทำให้ผู้ฆ่าตนเองเกิดความคิดฆ่าตนเองหรือส่งเสริมให้ตัดสินใจฆ่าตนเอง การยุยงอาจทำโดยตรงหรือโดยอ้อมหลอกล่อยั่วเย้าอย่างไรก็ได้ เช่น พุดแนะนำหรือยั่วจนผู้ฆ่าตนเองตัดสินใจกระทำตามที่สนับสนุน⁶⁴ และการฆ่าตนเองต้องเกิดจากการยุ หากการฆ่าตนเองเกิดจากเหตุอื่นโดยอิสระ ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา⁶⁵ แต่ผู้กระทำความผิดต้องไม่ถึงกับบังคับให้ผู้ฆ่าตนเองต้องกระทำการฆ่าตนเอง โดยไม่มีอิสระที่จะเลือกกระทำอย่างอื่น เพราะหากเป็นเช่นนั้นจะกลายเป็นการที่ผู้กระทำฆ่าผู้อื่นเสียเอง โดยให้ผู้ถูกฆ่าเป็นเครื่องมือกระทำต่อตนเอง เพราะความผิดในการฆ่าตนเองและการกระทำในการฆ่าตนเองต้องเป็นของผู้ฆ่าตนเอง มิใช่ผลที่ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบเป็นผู้ฆ่าเอง เนื่องจากการฆ่าตนเองเกิดจากความสมัครใจของผู้ฆ่าตนเอง ด้วยเหตุนี้ ถ้าการยุยงนั้นทำให้บุคคลผู้ไม่รู้สภาพแห่งการกระทำกระทำการใดที่เป็นผลให้ตนเองตาย การยุยงนั้นย่อมเป็นการฆ่าผู้อื่นหาใช่เพียงแต่ผู้ฆ่าตนเองตามมาตรา⁶⁵ไม่

นอกจากนี้ ความผิดตามมาตรา 293 ต้องมีการพยายามฆ่าตนเองแล้ว ไม่ใช่เพียงแค่เตรียม ความผิดตามมาตรา⁶⁶นี้จึงจะสำเร็จ หากไม่มีการฆ่าหรือพยายามฆ่าตนเอง ความผิดตามมาตรา⁶⁶นี้ก็จะไม่เกิดขึ้น และถ้ายังไม่มีการฆ่าหรือพยายามฆ่าตนเองเกิดขึ้น ต้องถือว่าการพยายามกระทำการช่วยหรือยุ ไม่เป็นการพยายามกระทำความผิด เพราะกฎหมายบัญญัติองค์ประกอบความผิดข้อนี้ไว้ในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขอันเป็นพฤติการณ์ประกอบความผิด ต่างกับผลแห่งการกระทำในความผิดธรรมดาทั่วไป การพยายามยุหรือช่วยจึงไม่มีความผิดในชั้นพยายาม⁶⁶

(2) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม

ตามร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของเลขาธิการสหประชาชาติ การกระทำลักษณะนี้รวมถึง “การทำให้พิการ (Mutilations) และการทดลองทางชีวภาพ (Biological Experiments) โดยวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการรักษาโรค”⁶⁷ ส่วนบทบัญญัติที่ปรากฏในมาตรา 2 (บี) เริ่มปรากฏในชั้นคณะกรรมการเฉพาะกิจตามข้อเสนอของฝรั่งเศสว่า “การกระทำใด ๆ โดยตรงต่อความสมบูรณ์ทางกายภาพของสมาชิกกลุ่ม” (Any Act Directed against the Corporal Integrity of Members of the Group)

⁶³ เห่งอ้าง, น.173-174.

⁶⁴ เห่งอ้าง, น.171.

⁶⁵ เห่งอ้าง, น.172.

⁶⁶ เห่งอ้าง, น.174.

⁶⁷ UN Doc. E/623.

ต่อมา ในชั้นคณะกรรมการชุดที่หก เบลเยียมเสนอเรื่องการทำให้เกิดความเสียหายต่อความสมบูรณ์ทางกายภาพของสมาชิกกลุ่ม (Impairing Physical Integrity) และสหภาพโซเวียตเสนอให้ใช้คำว่า การสร้างความเสียหายจากการทำร้ายร่างกายหรือการแสวงหาผลประโยชน์จากการทดลองทางชีวภาพ (Infliction of Physical Injury or Pursuit of Biological Experiments)⁶⁸ ส่วนสหราชอาณาจักรเสนอให้ใช้คำว่า การก่อให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม (Causing Grievous Bodily Harm to Members of the Group)⁶⁹ อินเดียเห็นพ้องกับข้อเสนอของสหราชอาณาจักร แต่เสนอให้ใช้คำว่า Serious แทนคำว่า Grievous⁷⁰

ดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า แม้รัฐต่าง ๆ จะมีข้อโต้แย้งในเรื่องถ้อยคำบ้าง แต่โดยส่วนใหญ่แล้วยอมรับหลักการพื้นฐานของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่ต้องการลงโทษการกระทำอันเป็นการละเมิดทางกายภาพอย่างร้ายแรงซึ่งไม่ถึงกับเป็นการฆาตกรรมอย่างไม่มีข้อโต้แย้งใด ๆ

แนวคิดเรื่องการทำให้ได้รับอันตรายต่อร่างกายเป็นที่รู้จักและได้รับการยอมรับกันในระบบกฎหมายภายในของนานาประเทศ ซึ่งการทำให้ได้รับอันตรายต่อร่างกายนี้ต่างจากการทำร้ายร่างกาย (Assault) ซึ่งต้องพิสูจน์ว่าเกิดอันตรายขึ้นจริงจากการกระทำเท่านั้น ระบบกฎหมายภายในจึงแยกระดับของการทำร้ายร่างกายซึ่งนำไปสู่อันตรายแก่ร่างกาย โดยแยกระหว่างอันตรายในความหมายปกติ กับอันตรายอย่างสาหัสหรืออย่างถาวร แต่อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ใช้ถ้อยคำว่าสาหัส (Serious) โดยไม่ได้เจาะจงว่าอันตรายดังกล่าวต้องมีลักษณะถาวร (Permanent) แต่อย่างไร⁷¹

ศาลแขวงแห่งเยรูซาเล็ม (District Court of Jerusalem) ในคดี *Eichmann* กล่าวว่า “อันตรายต่อร่างกายและจิตใจอย่างสาหัสแก่สมาชิกของกลุ่มอาจเกิดจากการเอาคนลงเป็นทาส (Enslavement) การทำให้อดอยาก (Starvation) การเนรเทศ (Deportation) และการรังควาน (Persecution)... และโดยการกักขังในย่านชาวยิว (Ghetto) ค่ายขนส่ง (Transit Camp) และค่ายกักกัน (Concentration) ซึ่งออกแบบโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำลายศักดิ์ศรีและสิทธิในความเป็นมนุษย์ของพวกเขา เป็นเหตุให้พวกเขาได้รับความทุกข์และทรมานอย่างโหดร้าย”⁷²

⁶⁸ UN Doc. A/C.6/223.

⁶⁹ UN Doc. A/C.6/222.

⁷⁰ UN Doc. A/C.6/SR.81.

⁷¹ William A. Schabas, *supra* note 10, p.182.

⁷² *Ibid*, p.182.

ในคดี *Akayesu* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาอ้างหลักการตีความคำว่า “การทำร้ายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัส” ตามมาตรา 2 (บี) ว่า ไม่ได้จำกัดเฉพาะการกระทำการทรมาน การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมและย่ำยีศักดิ์ศรี และการรังควานเท่านั้น⁷³ นอกจากนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดายังได้นิยามการกระทำลักษณะนี้ในหลายคดีว่า หมายถึง การทำอันตรายอย่างสาหัสต่อสภาพร่างกาย เป็นเหตุให้เสียโฉมหรือเป็นเหตุให้เกิดอาการบาดเจ็บอย่างสาหัสต่ออวัยวะทั้งภายนอกและภายใน หรือต่อสติสัมปชัญญะ⁷⁴

อย่างไรก็ตาม การทำอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสนี้ไม่ต้องถึงขนาดถาวร (Permanent) หรือรักษาไม่ได้ (Irremediable) ทั้งนี้ การพิจารณาว่าเป็นอันตรายสาหัสหรือไม่จะพิจารณาเป็นรายคดีไป⁷⁵

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ในคดี *Krstić* พิจารณาว่า ความลำบากแสนสาหัสที่สร้างความเจ็บปวดแก่ผู้รอดชีวิตจากการสังหารหมู่ใน Srebrenica เป็นการทำร้ายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ ถึงแม้ว่าผู้กระทำจะมีเจตนาฆ่ามากกว่าเจตนาทำร้ายร่างกายโดยตรงก็ตาม เพราะการทำร้ายร่างกายเป็นความผิดที่เล็กกว่า และเป็นความผิดที่รวมอยู่ในความผิดฐานฆ่า เมื่อความตายไม่เกิดขึ้นตามเจตนา ก็สามารถลงโทษผู้กระทำตามมาตรา 2 (บี) ได้ อย่างไรก็ตาม อันตรายที่ทำให้ความสามารถของบุคคลบกพร่องอย่างรุนแรงและเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นลักษณะตามนิยามในมาตรา 2 (บี)⁷⁶

สำหรับแนวความคิดเรื่อง “อันตรายต่อจิตใจ” (Mental Harm) เป็นที่ถกเถียงระหว่างบรรดาผู้แทนของประเทศต่าง ๆ มากกว่าการทำอันตรายต่อร่างกาย โดยแนวความคิดเรื่องอันตรายต่อจิตใจนี้เกิดจากการริเริ่มของจีนที่เสนอเรื่อง “การทำให้สุขภาพทางกายภาพหรือจิตใจของสมาชิกของกลุ่มอ่อนแอลง” (Impairing the Physical or Mental Health of Members of the Group) ซึ่งจีนยืนยันให้การใช้ยาเสพติดเป็นวิธีการหนึ่งในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์⁷⁷ โดยแนวความคิดของจีนมาจากอาชญากรรมที่ญี่ปุ่นกระทำต่อประชาชนชาวจีน โดยการสนับสนุนให้ชาวจีนใช้ยาเสพติด

⁷³ *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998, para.504.

⁷⁴ William A. Schabas, *supra note 10*, p.182.

⁷⁵ Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.215.

⁷⁶ William A. Schabas, *supra note 10*, p.183.

⁷⁷ UN Doc. A/C.6/SR.65.

ติด แต่ข้อเสนอนี้ของจีนตกไป โดยสหราชอาณาจักรเห็นว่ากรนำแนวคิดเรื่องการทำให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพจิต (Impairment Mental Health) มาบัญญัติในอนุสัญญา อาจทำให้เกิดการเข้าใจผิดได้ อย่างไรก็ตาม อินเดียนเสนอให้เพิ่มคำว่า “หรือทางจิตใจ” (or Mental) ต่อท้ายคำว่า “ทางร่างกาย” (Physical) ถึงแม้ว่าสหราชอาณาจักรจะโต้แย้งข้อเสนอดังกล่าว แต่อินเดียยืนยันที่จะคงไว้ และในที่สุดข้อเสนอนี้ได้รับการยอมรับ⁷⁸ อย่างไรก็ตาม การรวมเรื่องอันตรายต่อจิตใจอย่างสาหัสไว้ในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และการกำหนดขอบเขตของการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ยังคงมีปัญหา

ความผิดอีกลักษณะหนึ่งที่เป็นที่ถกเถียงกันว่า ควรถือว่าเป็นลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้หรือไม่ คือ ความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่น การข่มขืน การกระทำความรุนแรงทางเพศ (Sexual Violence) ซึ่งในระบบกฎหมายภายใน ความผิดเกี่ยวกับเพศนี้มักเกี่ยวข้องกับเรื่องทางศีลธรรมมากกว่าเป็นเรื่องการทำร้ายร่างกายผู้เสียหาย ต่างจากศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาในคดี *Akayesu* ซึ่งสร้างบรรทัดฐานเกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงทางเพศและการข่มขืนว่าเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามมาตรา 2 (บี) เนื่องจากการกระทำความรุนแรงทางเพศและการข่มขืนเป็นการทำลายทั้งในระดับร่างกายและจิตใจของหญิงชาวทุตซี รวมถึงครอบครัวและชุมชนของพวกเขา โดยศาลถือว่าการกระทำความรุนแรงทางเพศดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในรวันดา โดยมีเจตนาทำลายกลุ่มชาวทุตซีโดยรวม⁷⁹ ศาลพบว่าในหลายกรณี การข่มขืนชาวทุตซีเป็นการกระทำโดยมีเจตนาฆ่าหญิงเหล่านั้น และการข่มขืนหลายครั้งเกิดขึ้นใกล้กับสุสานที่หญิงเหล่านั้นถูกฆ่า

ร่างธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศของคณะกรรมาการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Preparatory Committee of International Criminal Court) อ้างถึงอันตรายต่อจิตใจว่า ต้องมีความหมายมากกว่าการบกพร่องของความสามารถทางจิตใจเพียงเล็กน้อย (Minor) หรือเพียงชั่วคราว (Temporary)⁸⁰ ซึ่งสมเหตุสมผลเพราะความบกพร่องของความสามารถทางจิตใจบางอย่างไม่เข้าลักษณะ “สาหัส” (Seriousness) ตามที่บัญญัติในมาตรา 2 (บี) อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังนั้น ตามคำอธิบายในเชิงอรรถขององค์ประกอบความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 6 (บี) ที่อธิบายเพิ่มเติมว่า “การกระทำนี้รวมถึง แต่ไม่จำกัดเฉพาะ การกระทำทรมาน การข่มขืน การกระทำความรุนแรงทางเพศ หรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมและย่ำยีศักดิ์ศรี” แสดงให้เห็นว่า

⁷⁸ UN Doc. A/C.6/SR.81.

⁷⁹ Robert Cryer et al., *supra* note 14, p.214.

⁸⁰ *Ibid*, p.215.

การข่มขืนและการกระทำความรุนแรงทางเพศนั้นเป็นที่ยอมรับว่า เป็นการกระทำลักษณะหนึ่งของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

(3) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม

การกระทำลักษณะนี้เป็นการกระทำหรือการงดเว้นกระทำการที่มุ่งทำลายเงื่อนไขการดำรงชีวิต โดยคาดว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มทางกายภาพ โดยการบัญญัติถึงการกระทำลักษณะนี้มีที่มาจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สอง

ความผิดลักษณะนี้เป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล แตกต่างจากความผิดสองลักษณะก่อน โดยความผิดลักษณะนี้เรียกร้องเพียงแค่ว่าต้องมีเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่อาจนำไปสู่การทำลายกลุ่มเท่านั้น ไม่สำคัญว่าจะเกิดผลนั้นขึ้นจริงหรือไม่ แต่หากเกิดผลขึ้นจริงการกระทำนั้นอาจเข้าลักษณะของการฆ่าตามอนุมาตรา (เอ) หรือการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่มตามอนุมาตรา (บี) นั่นเอง ซึ่งศาลแขวงแห่งเยรูซาเล็มได้แยกความแตกต่างที่สำคัญระหว่างการฆ่าและการก่อให้เกิดอันตรายอย่างสาหัสกับการกระทำลักษณะนี้ว่า การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มนี้จะนำมาปรับใช้กับกรณีผู้รอดชีวิตเท่านั้น โดยแยกการกระทำออกเป็นสองลักษณะ ประการแรก คือ การตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มทางกายภาพ (Subjection to Living Conditions Calculated to Bring about Their Physical Destruction) ประการต่อมา คือ การทำลายทางกายภาพด้วยตัวเอง (Physical Destruction itself)⁸¹

ตามร่างของเลขาธิการสหประชาชาติภายใต้หัวข้อการล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพ (Physical Genocide) มีสองบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำลักษณะนี้ บทบัญญัติแรก คือ การตกอยู่ภายใต้การควบคุมเงื่อนไขในการดำรงชีวิต ซึ่งอาจนำไปสู่ความทรุดโทรมของร่างกายหรือความตายของปัจเจกบุคคล โดยการทำให้ขาดที่อยู่อาศัย เสื้อผ้า อาหาร สุขลักษณะ และการบริการทางการแพทย์ที่เหมาะสม รวมถึงการใช้แรงงานอย่างหนักหรือให้ออกแรงกายภาพเกินกำลัง บทบัญญัติที่สอง คือ การกีดกันการดำรงชีวิตทุกวิถีทาง โดยการยึดทรัพย์สิน การปล้นสะดม การลดการทำงาน การปฏิเสธการให้ที่อยู่อาศัยและปัจจัยอื่นที่สามารถจัดให้แก่ประชาชนรายอื่นที่อาศัยอยู่ดินแดนดังกล่าวได้⁸²

ในขณะที่คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นพ้องในหลักการตามข้อเสนอของจีนที่ว่า องค์ประกอบภายนอกของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ควรจำกัดเฉพาะการทำลายการดำรงอยู่ของ

⁸¹ William A. Schabas, *supra* note 10, p.192.

⁸² *Ibid*, pp.188-189.

กลุ่มทางกายภาพเท่านั้น แต่ควรรวมถึงการทำให้กลุ่มดังกล่าวตกอยู่ในเงื่อนไขหรือมาตรการที่จะเป็นเหตุให้เกิดการทำลายการดำรงอยู่ทางกายภาพของกลุ่มดังกล่าวไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนด้วย⁸³ โดยคณะกรรมการเฉพาะกิจมองว่า การกระทำดังกล่าวควรเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลักษณะหนึ่งสืบเนื่องจากเหตุการณ์การนำชาวยิวไปอยู่รวมกันในบ้านชาวยิว (Ghetto) โดยปล่อยให้หอดอยากและเจ็บป่วยโดยขาดบริการทางการแพทย์ และเมื่อกระทำการดังกล่าวต่อกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองภายในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งแล้ว อาจส่งผลให้เกิดการทำลายกลุ่มดังกล่าวทั้งหมดอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

สหรัฐอเมริกาและสหภาพโซเวียตในขณะนั้นก็เห็นพ้องกับหลักการของจีนถึงแม้ว่าจะไม่เห็นด้วยกับบางถ้อยคำที่จีนเสนอก็ตาม โดยสหภาพโซเวียตเสนอให้ใช้คำว่า “การสร้าง ความเสียหายต่อเงื่อนไขการดำรงชีวิตของกลุ่มโดยไตร่ตรองไว้ก่อน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการทำลายการดำรงอยู่ทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน” (The premeditated infliction on those groups of such conditions of life which will be aimed at destroying totally or partially their physical existence) แต่ต่อมาสหภาพโซเวียตเห็นด้วยกับความเห็นของผู้แทนจากจีนและโปแลนด์ที่ให้ตัดคำว่า “ไตร่ตรองล่วงหน้า” (Premeditated) ออก และเพิ่มคำว่า “มาตรการหรือ” (Measures or) ไว้หน้าคำว่า “เงื่อนไขการดำรงชีวิต” (Conditions of Life) แทน สุดท้ายตามร่างคณะกรรมการเฉพาะกิจบัญญัติว่า การกำหนดมาตรการหรือเงื่อนไขการดำรงชีวิตของสมาชิกกลุ่มนั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความตายของพวกเขา” (Inflicting on the members of the group such measures or conditions of life which would be aimed to cause their deaths)

ต่อมา ในชั้นคณะกรรมการชุดที่หกแก้ไขจากร่างของสหภาพโซเวียตเล็กน้อยว่า “การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มดังกล่าวทางกายภาพไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน” (The deliberately infliction of conditions of life for such groups as are calculated to bring about their physical destruction in whole or in part)⁸⁴

สุดท้ายตามมาตรา 2 (ซี) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 บัญญัติถึงการกระทำลักษณะนี้ว่า “Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part” หรือการจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม เช่นเดียวกับที่บัญญัติในมาตรา 6 (ซี) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ นอกจากนี้ องค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁸³ *Ibid*, p.189.

⁸⁴ *Ibid*, p.291.

ยังให้นิยามของคำว่า “เงื่อนไขต่อการดำรงชีวิต” ว่า รวมถึงแต่ไม่ได้จำกัดเฉพาะการกระทำโดยเจตนา กีดกันบุคคลไม่ให้เข้าถึงสิ่งจำเป็นสำหรับการดำรงชีพ เช่น อาหาร บริการทางการแพทย์ หรือการขับไล่บุคคลออกจากที่อยู่อาศัยอย่างเป็นระบบ

การกระทำลักษณะนี้ไม่ได้เป็นการทำลายกลุ่มแบบทันทีทันใด แต่เป็นกระบวนการที่ทำให้กลุ่มคนเป้าหมายถูกทำลายลงอย่างต่อเนื่อง และนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มในที่สุด⁸⁵

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาเคยวินิจฉัยในคดี *Akayesu* ว่า การกระทำต่อเงื่อนไขการดำรงชีวิตของกลุ่มโดยไตร่ตรองไว้ก่อนที่จะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพทั้งหมดหรือบางส่วนนั้น ควรถูกอนุমানว่าเป็นวิธีการทำลายโดยผู้กระทำไม่ได้สมาชิกของกลุ่มในทันทีทันใด แต่จะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มในที่สุด โดยศาลเห็นว่าวิธีการตามมาตรา 2 (ซี) ควรรวมถึงการทำให้กลุ่มดังกล่าวขาดแคลนอาหารเพื่อการดำรงชีพ (Subsistence Diet) การขับไล่บุคคลออกจากที่อยู่อาศัยอย่างเป็นระบบ การลดการบริการทางการแพทย์ที่จำเป็นจนต่ำกว่าความต้องการขั้นต่ำ เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการตีความบทบัญญัติดังกล่าว⁸⁶

Cherif Bassiouni เห็นว่า การข่มขืนและการล่วงละเมิดทางเพศ (Sexual Assault) อาจถือเป็นการจงใจเพื่อสร้างเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มได้ ตัวอย่างเช่น กรณีข่มขืนและกระทำความรุนแรงต่อหญิงมุสลิมที่เป็นเป้าหมาย เพื่อให้เกิดการแยกหญิงมุสลิมออกจากชายมุสลิม เนื่องจากตามกฎหมายอิสลามกำหนดว่าหญิงที่มีความสัมพันธ์ทางเพศนอกการสมรสจะไม่สามารถแต่งงานได้ กรณีดังกล่าวอาจถือเป็นการสร้างเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม ซึ่งกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นในบอสเนีย⁸⁷

การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มนี้ไม่ค่อยพบในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในวันดาเท่าใดนัก เนื่องจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในวันดาเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาไม่นาน จึงเน้นไปที่การสังหารหมู่เพื่อให้เกิดการล้างเผ่าพันธุ์อย่างเป็นระบบในระยะเวลาอันสั้นเท่านั้น ต่างจากการกระทำลักษณะนี้ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการเกิดผลนานกว่า ดังเช่นเหตุการณ์ที่เกิดในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองที่เน้นการกำจัดอย่างค่อยเป็นค่อยไปโดยใช้เวลานาน และเน้นการกำจัดโดยใช้วิธีการที่หลากหลายเพื่อให้เกิดการทรมานมากที่สุด อย่างไรก็ตาม มีการตีความหลายเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นใน

⁸⁵ ปกป้อง ศรีสนธิ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.43.

⁸⁶ *Prosecutor v. Akayesu, supra note 73, para.505.*

⁸⁷ William A. Schabas, *supra note 10*, p.195.

รวนดาว่าเป็นการกระทำในลักษณะนี้ เช่น การบุกค้นบ้านผู้เสียหายส่งผลให้ผู้เสียหายต้องหลบหนีจากบ้านตนเองเพื่อให้รอดชีวิต ถือเป็นการทำลายที่อยู่อาศัยของผู้เสียหายและเป็นการทำลายเงื่อนไขการดำรงชีวิต เนื่องจากผู้เสียหายต้องหลบซ่อนตัวโดยขาดน้ำและอาหารเป็นเวลาหลายวัน และอาจนำไปสู่ความตายได้ หรือกรณีการทำให้อาหารบ้านเมืองตกอยู่ในภาวะที่เป็นอันตรายต่อชาวทุตซีส่งผลให้ชาวทุตซีต้องอพยพออกนอกประเทศเป็นจำนวนมาก และการอพยพนั้นก็อาจส่งผลต่อสภาพร่างกายที่ขาดน้ำ อาหาร และที่อยู่อาศัย หรือกรณีการไม่รักษาผู้ป่วยโดยการบุกโจมตีโรงพยาบาลไม่ให้มีการรักษาชาวทุตซี หรือแม้กระทั่งการฆ่าแพทย์และพยาบาลชาวทุตซี การยึดทรัพย์สินหรือการปล้นสะดมของชาวทุตซี หรือบางครั้งก็รวมถึงทรัพย์สินของชาวฮูตตูที่เป็นกลาง ซึ่งโดนริดทรัพย์สินเนื่องจากบุคคลเหล่านั้นต้องการปกป้องชีวิตของตนรวมถึงญาติพี่น้องของตน เป็นต้น

นอกจากนี้ ในคดี *Kayishema* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา ยังวินิจฉัยว่า เงื่อนไขการดำรงชีวิต รวมถึงการข่มขืน การทำให้ประชาชนอดอยาก การลดการบริการทางการแพทย์ที่จำเป็นจนต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำ และการไม่จัดที่อยู่อาศัยให้เพียงพอในช่วงระยะเวลาที่เหมาะสม เป็นต้น โดยการกระทำเหล่านั้นจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน⁸⁸ รวมถึงผลที่อาจนำไปสู่ความตายอย่างช้า ๆ เช่น ขาดที่อยู่อาศัย เสื้อผ้า และสุขลักษณะที่เหมาะสม รวมถึงการใช้แรงงานอย่างหนักหรือให้ออกแรงกายภาพเกินกำลัง โดยการล้างเผ่าพันธุ์ลักษณะนี้ต่างจากการฆ่าโดยตรง หรือการสร้างสถานการณ์ที่นำไปสู่ความตาย⁸⁹

คดีของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียหลายคดีตั้งข้อหาล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จากการกระทำลักษณะนี้ เนื่องมาจากกรณีคล้ายกัน ซึ่งผู้ถูกคุมขังถูกกีดกันไม่ให้ได้รับอาหารและบริการทางการแพทย์ที่เหมาะสม และตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มทางกายภาพของผู้ถูกคุมขัง โดยมีเจตนาที่จะทำลายบางส่วนของกลุ่มชาวบอสเนียมุสลิมและกลุ่มชาวบอสเนียโครแอต เช่น โจทก์ในคดี *Sikirica* อ้างเหตุผลว่า การคุมขังใน Keraterm เป็นการขับไล่บุคคลออกจากที่อยู่อาศัยอย่างเป็นระบบ และเป็นการบังคับให้ยอมทนต่อการขาดแคลนอาหารเพื่อการดำรงชีพ การบริการทางการแพทย์ที่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำเพื่อการมี

⁸⁸ *Prosecutor v. Kayishema et al.*, *supra* note 28, para.116.

⁸⁹ *Prosecutor v. Brdanin* (Case No. IT-99-36-T), Judgment, 1 September 2004, para.691.

สุขภาพที่ดี หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการทำให้เงื่อนไขการดำรงชีวิตไม่เพียงพออย่างสิ้นเชิง⁹⁰ อย่างไรก็ตาม ไม่มีจำเลยในคดีนี้ถูกลงโทษในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* กล่าวว่า แม้ว่าเงื่อนไขที่เลวร้ายเหล่านั้นเกิดขึ้นจากการกักกันในค่าย แต่ไม่ปรากฏว่ามีคำฟ้องคดีใดอ้างว่า ผู้สร้างค่ายกักกันเหล่านั้นมีเจตนาล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์⁹¹

ถึงแม้จะยอมรับว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทั้งห้าลักษณะอาจเกิดจากการกระทำโดยดเว้นได้ แต่การกระทำโดยจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มนี้ แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดเรื่องการกระทำโดยดเว้นอย่างชัดเจนที่สุด เพราะการกระทำลักษณะนี้ ไม่ได้กล่าวถึงเจตนาพิเศษตามมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่กล่าวถึง “เงื่อนไขที่เล็งเห็นได้” เท่านั้น⁹² ตัวอย่างที่ถูกยกขึ้นในศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับวันดา เช่น การทำให้กลุ่มของบุคคลอยู่ในภาวะขาดแคลนอาหาร การลดบริการทางการแพทย์ที่จำเป็นจนต่ำกว่าความต้องการขั้นพื้นฐาน การไม่จัดที่อยู่อาศัยให้เพียงพอ ซึ่งการกระทำทั้งหมดล้วนแต่เกิดจากการกระทำโดยดเว้นได้ทั้งสิ้น⁹³

กฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ มักกำหนดให้การกระทำโดยดเว้นโดยเจตนาเป็นความผิดทางอาญา ต่อเมื่อบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล (Positive Duty to Act) ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กำหนดหน้าที่ของบุคคลในการเข้าช่วยเหลือผู้อื่นเมื่อพบเห็นผู้อื่นนั้นตกอยู่ในอันตราย ในขณะที่หน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนี้ไม่ค่อยปรากฏในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และมีระดับไม่เข้มข้นเท่ากับในระบบกฎหมายซีวิลลอว์⁹⁴

หน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลในการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ ถูกบัญญัติในกรณีความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา อันเนื่องมาจากความล้มเหลวในการควบคุมไม่ให้

⁹⁰ *Prosecutor v. Sikirica et al.* (Case No. IT-95-8-T), Judgment on Defence Motions to Acquit on 3 September 2001, para.42.

⁹¹ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, para.354.

⁹² William A. Schabas, *supra note 10*, p.196.

⁹³ *Ibid*, p.196.

⁹⁴ *R v. Miller* (1983) 1 All ER 978; (1983) AC 161 (HL.).

ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานี้ปรากฏในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้งว่าหากกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ซึ่งกระทำโดยดเว้นขึ้นอยู่กับการมีหน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้น อาจเป็นการจำกัดขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อย่างไม่สมควร และเป็นการยากที่จะขยายขอบเขตหน้าที่ของรัฐในการรับรองว่าประชาชนจะมีอาหาร การบริการทางการแพทย์ และที่พักอาศัยที่เพียงพอ นอกจากนี้ การกระทำโดยดเว้นอาจไม่ปรากฏจากมาตรฐานขั้นต่ำที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม แต่จะปรากฏจากการเลือกปฏิบัติต่างจากกลุ่มอื่น⁹⁵

การกระทำหนึ่งที่มีมักเกิดความสับสนว่าเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามมาตรา 2 (ซี) อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ หรือไม่ คือ การชำระล้างชาติพันธุ์ (Ethnic Cleansing) เนื่องจากการกระทำทั้งสองต่างมีจุดมุ่งหมายเดียวกัน คือ การกำจัดกลุ่มคนที่เป็นเป้าหมายออกไปจากพื้นที่นั้น ๆ แต่มีความแตกต่างกันตรงเจตนาในการกระทำ กล่าวคือ ผู้กระทำการชำระล้างชาติพันธุ์มีเจตนาเพียงต้องการให้กลุ่มคนนั้นย้ายสถานที่ไป แต่ผู้กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นั้นมีเจตนาทำลายกลุ่มบุคคลนั้นให้หมดสิ้นไป

การชำระล้างชาติพันธุ์ หมายถึง การทำให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นพื้นที่ของกลุ่มทางชาติพันธุ์เดียวกัน (Ethnically Homogeneous) โดยการใช้กำลังหรือการคุกคาม เพื่อบังคับย้ายประชากรของกลุ่มทางชาติพันธุ์หนึ่งออกจากดินแดนที่กลุ่มดังกล่าวตั้งถิ่นฐานอยู่เดิม โดยมีมุ่งหมายที่จะกำจัดประชากรของกลุ่มดังกล่าวให้หมดไปจากพื้นที่นั้น เพื่อให้พื้นที่ดังกล่าวปราศจากสมาชิกของกลุ่มทางชาติพันธุ์นั้น โดยการกระทำที่เป็นการใช้กำลังหรือการคุกคามนั้นอาจรวมไปถึงวิธีการดังต่อไปนี้ ได้แก่ การฆาตกรรม การทรมาน การจับกุมและกักขังโดยไม่มีสาเหตุ การล่องละเมิดทางเพศ การกักบริเวณประชาชนให้อยู่ในบริเวณที่แออัด วางแผนโจมตีทางทหารหรือข่มขู่ว่าจะโจมตีต่อพลเมืองหรือพื้นที่ของพลเมือง และการทำลายทรัพย์สินอย่างไม่มีเหตุผล⁹⁶

เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 มิได้บัญญัติรวมการชำระล้างชาติพันธุ์นี้ไว้ การชำระล้างชาติพันธุ์จึงไม่นับสำคัญทางกฎหมายตามอนุสัญญาโดยตัวเอง เนื่องจากผู้ร่างอนุสัญญาปฏิเสธข้อเสนอของซีเรียที่ให้เพิ่มการกำหนดมาตรการโดยมีเจตนาบังคับสมาชิกของกลุ่มให้ละทิ้งถิ่นที่อยู่ของตน เพื่อหลบหนีจากการคุกคาม อันเป็นผลสืบเนื่องจากการกระทำที่ไม่เหมาะสม เป็นการกระทำอีกลักษณะหนึ่งของการ

⁹⁵ William A. Schabas, *supra* note 10, pp.196-197.

⁹⁶ สุทรวดี เริ่มคิดการ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น.44.

ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามอนุสัญญา⁹⁷ แต่การชำระล้างชาติพันธุ์อาจเกิดคู่ขนานกับการกระทำที่เป็นการต้องห้ามตามมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และอาจมีความสำคัญในฐานะเป็นตัวบ่งชี้เจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาในคดี *Brđanin* เห็นว่า การชำระล้างชาติพันธุ์ในบอสเนียเกิดขึ้นโดยมีจุดประสงค์ในการขับไล่บุคคลเพียงอย่างเดียว ข้อเท็จจริงเรื่องการบังคับย้ายถิ่น (Forced Migration) เพียงลำพัง ไม่เพียงพอที่ศาลจะสรุปว่าเป็นเจตนาพิเศษที่จะทำลายความเป็นกลุ่มแต่อย่างใด

การชำระล้างชาติพันธุ์จะเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือไม่ก็ได้ โดยการชำระล้างชาติพันธุ์จะเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต่อเมื่อเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และผู้กระทำมีเจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เท่านั้น หากผู้กระทำไม่มีเจตนาพิเศษดังกล่าวแล้ว ย่อมไม่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังเช่นที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* กล่าวว่า เพียงแค่เจตนาหรือนโยบายในการทำให้พื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งเป็นพื้นที่ของกลุ่มทางชาติพันธุ์เดียวกัน รวมถึงกระบวนการในการทำให้นโยบายดังกล่าวเป็นจริงนั้น ไม่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะเจตนาล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องเป็นเจตนาทำลายกลุ่มดังกล่าวไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน แต่กรณีการเนรเทศ (Deportation) หรือการบังคับสมาชิกของกลุ่มย้ายออกจากถิ่นที่อยู่ (Displacement) แม้ว่าจะเป็นการกระทำโดยใช้กำลังบังคับก็ไม่จำเป็นที่การกระทำนั้นต้องเป็นการทำลายกลุ่มดังกล่าว และไม่จำเป็นที่การทำลายกลุ่มดังกล่าวจะต้องเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการบังคับย้ายออกจากถิ่นที่อยู่โดยตัวของมันเอง⁹⁸

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศพิจารณาเรื่องเพิ่มการเนรเทศเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อีกลักษณะหนึ่ง แต่สุดท้ายคณะกรรมการก็เห็นว่าไม่จำเป็นต้องแก้ไข เพราะการเนรเทศที่เกิดโดยมีเจตนาทำลายกลุ่มไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนล้วนอยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติอนุมาตรา (ซี) อยู่แล้ว⁹⁹

ในคดี *Eichmann* ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งเมืองนูเรมเบิร์กกล่าวว่า การชำระล้างชาติพันธุ์เป็นการเนรเทศ ซึ่งสามารถลงโทษในความผิดฐานอาชญากรรมต่อ

⁹⁷ Antonio Cassese, *supra note 8*, pp.98-99.

⁹⁸ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *supra note 91*, para.190.

⁹⁹ William A. Schabas, *supra note 10*, p.193.

มนุษยชาติและอาชญากรรมสงครามได้ อย่างไรก็ตาม การชำระล้างชาติพันธุ์ก็อาจเป็นสัญญาณเริ่มแรกของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ และการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ก็อาจเป็นทางเลือกสุดท้ายเมื่อกระทำการชำระล้างชาติพันธุ์ไม่สำเร็จ¹⁰⁰ นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่าจุดประสงค์ของการบังคับย้ายถิ่น (Forced Migration) คือ การย้ายกลุ่มหรือส่วนหนึ่งของกลุ่มออกจากดินแดนเท่านั้น ต่างจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์¹⁰¹ โดยศาลเห็นว่าก่อนปี ค.ศ. 1941 การรังควานของนาซีต่อชาวยิวมีจุดมุ่งหมายที่จะโน้มน้าวให้ชาวยิวออกจากเยอรมนี เพียงแต่ว่านโยบายนั้นพัฒนาไปสู่อีกขั้นหนึ่งในการทำลาย ศาลจึงเกิดข้อสงสัยว่าก่อนปี ค.ศ. 1941 มีเจตนาพิเศษที่ทำลายล้าง (Eliminate) เกิดขึ้นหรือไม่ และพิพากษาว่า Eichmann ไม่มีความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์สำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนวันนั้น

(4) การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม

การกระทำลักษณะนี้ได้รับอิทธิพลจากการบังคับทำหมันโดยกองทัพนาซีในช่วงก่อนและระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง¹⁰² แต่โครงการคุมกำเนิดโดยสมัครใจ แม้จะได้รับการสนับสนุนโดยรัฐก็ไม่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์¹⁰³

ตามร่างอนุสัญญาของเลขาธิการสหประชาชาติ การล้างเผ่าพันธุ์ทางชีวภาพถูกบัญญัติในหัวข้อ “การป้องกันการเกิด” ซึ่งภายใต้หัวข้อดังกล่าวประกอบด้วยการกระทำสามลักษณะ ได้แก่ 1. การทำหมัน (Sterilization) และ/หรือการบังคับทำแท้ง (Compulsory Abortion) 2. การแบ่งแยกทางเพศ (Segregation of the Sexes) และ 3. การสร้างอุปสรรคต่อการแต่งงาน (Obstacle to Marriage) โดยระหว่างการรับฟังความเห็นต่อร่างดังกล่าว ประเทศไทยเสนอให้เพิ่มข้อความว่า “รวมถึงการห้ามระหว่างเชื้อชาติ” (Racial Prohibition) ในการกระทำลักษณะที่สามนี้ด้วย โดยตั้งข้อสังเกตว่า ในปัจจุบันมีกลุ่มทางเชื้อชาติบางกลุ่มที่มีผู้หญิงมากกว่าผู้ชาย และการห้ามแต่งงานระหว่างสมาชิกในกลุ่มที่มีเชื้อชาติต่างกัน อาจนำไปสู่การสูญพันธุ์ของกลุ่มดังกล่าวอย่างช้า ๆ

ในชั้นคณะกรรมการเฉพาะกิจ จีนตัด “การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางชีวภาพทุกรูปแบบเพื่อป้องกันการเกิด” ออกจากร่างของตน ในขณะที่สหภาพโซเวียตกล่าวว่าคณะกรรมการจำเป็นต้องตัดสินใจประการแรกว่า จะรวมการทำลายทางชีวภาพและทางวัฒนธรรมไว้เช่นเดียวกับการกระทำทางกายภาพหรือไม่ ซึ่งสุดท้ายคณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นด้วยที่จะเพิ่มเรื่อง

¹⁰⁰ สุทรวดี เริ่มคิดการ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.44.

¹⁰¹ Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.216.

¹⁰² *Ibid*, p.216.

¹⁰³ David L. Nersessian, *Genocide and Political Groups*, (Oxford: Oxford University Press, 2010), p.19.

การป้องกันการเกิดในร่างอนุสัญญาตามข้อเสนอของเลบานอนที่ว่า “การกระทำหรือมาตรการใด ๆ ที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม” และในชั้นคณะกรรมการชุดที่หกเองก็ยอมรับที่จะกำหนด “กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการเกิด” เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลักษณะหนึ่ง

ศาลสูงแห่งสาธารณรัฐโปแลนด์ (The Supreme National Tribunal of Poland) เห็นว่า ผู้บัญชาการค่ายกักกัน Auschwitz ต้องรับผิดชอบต่อการทำหมันและการตอน เนื่องจากถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เช่นเดียวกับที่ศาลทหารแห่งสหรัฐอเมริกา (United States Military Tribunal) ประณาม Ulrich Greifelt และพวก สำหรับการทำหมันและมาตรการอื่นอันมีจุดประสงค์เพื่อจำกัดการเกิด โดยศาลถือว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์¹⁰⁴

ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา การข่มขืนถูกให้ความสนใจในฐานะเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามหรือความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นอกจากนี้ ยังยอมรับว่าการข่มขืนและการกระทำความรุนแรงทางเพศเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามความหมายของการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่มตามมาตรา 2 (บี) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 แต่ก็ยังมีความเห็นที่ควรพิจารณาการข่มขืนและการกระทำความรุนแรงทางเพศนี้ตามมาตรา (ซี) มากกว่า นอกจากนี้ มีการโต้แย้งว่าการข่มขืนและการกระทำความรุนแรงทางเพศอาจถือว่าเป็นรูปแบบของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางชีวภาพ ซึ่งมีลักษณะเดียวกับวิธีการป้องกันการเกิดภายในกลุ่มประการอื่น ๆ ตามอนุมาตรา (ดี)

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นแย้งว่าเป็นการยากที่การข่มขืนหรือการกระทำความผิดในลักษณะเดียวกับการข่มขืนนั้น จะนำไปสู่การทำลายกลุ่มดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วนได้ แต่นั่นไม่ใช่สิ่งที่บทบัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มุ่งหมาย เพราะองค์ประกอบภายนอกตามมาตรา 2 (ดี) มีเพียง “การกำหนดมาตรการ” (Imposition of the Measures) เท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดเรื่อง “ผลของการกระทำ” ไว้ในองค์ประกอบภายนอกของความผิดด้วย ดังนั้นการกระทำลักษณะนี้จึงไม่ต้องพิสูจน์ว่าเกิดผลจากมาตรการดังกล่าวขึ้นจริง อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาเสนอเรื่ององค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศว่า โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าการกำหนดมาตรการนั้นมีผลเป็นการป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม การกระทำความผิดลักษณะนี้ตรงข้ามกับการจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มตามอนุมาตรา (ซี) เพราะการกระทำลักษณะนี้ไม่ได้กำหนดว่า มาตรการป้องกันการเกิดนี้ต้องเป็นการเล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มอย่างเช่นในอนุมาตรา (ซี) เพียงแต่ผู้กระทำมีเจตนาเพื่อป้องกันการเกิดภายในกลุ่มก็เพียงพอแล้ว แม้ว่ามาตรการนั้นจะเป็นเพียงการ

¹⁰⁴ William A. Schabas, *supra* note 10, p.198.

ช่วยเหลือในการดำเนินการตามแผนการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เช่นในคดี *Eichmann* ศาลแขวงแห่งเยรูซาเล็ม เห็นว่า การกระทำของ Adolf Eichmann ที่คิดค้นมาตรการโดยมีเจตนาเพื่อป้องกันการเกิดของชาวยิวนั้นไม่ชัดเจนว่า เป็นส่วนหนึ่งของปฏิบัติการแก้ปัญหาชาวยิวครั้งสุดท้าย (Final Solution) ซึ่งเป็นแผนการของกองทัพนาซีในการกำจัดชาวยิวทั่วยุโรประหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง รวมถึงไม่มีหลักฐานใดพิสูจน์ว่า Eichmann มีส่วนร่วมในการกำหนดมาตรการดังกล่าว ในคดี *Karadžić* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย เห็นว่า การข่มขืนหญิงอย่างเป็นระบบในหลายคดีเกิดขึ้นโดยมีเจตนาเพื่อถ่ายทอดเอกลักษณ์ของชาติพันธุ์ใหม่สู่เด็ก¹⁰⁵

ใน *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนากล่าวหาเฮอร์เซเบียและมอนเตเนโกรหลายประการ เช่น

ประการแรก คือ การบังคับแยกชายและหญิงมุสลิม จากปฏิบัติการของทหารชาวเซิร์บเมื่อเข้าครอบครองหลายเมืองของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา โดยเห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่การกระทำดังกล่าวจะส่งผลต่อการลดลงของอัตราการเกิดของประชากรในกลุ่มอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เนื่องจากการกระทำของทหารชาวเซิร์บดังกล่าวทำให้ชายและหญิงชาวมุสลิมขาดการมีปฏิสัมพันธ์ทางกายภาพระหว่างกันเป็นระยะเวลาหลายเดือน แต่ศาลเห็นว่าไม่มีหลักฐานใดสนับสนุนข้อกล่าวอ้างนี้ของโจทก์

ในขณะที่แนวคำพิพากษาของศาลช่วงหลังมีแนวโน้มที่จะยอมรับว่าการบังคับแยกชายหญิงนั้นเป็นมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี *Rutaganda*¹⁰⁶ และคดี *Akayesu* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา¹⁰⁷

ประการที่สอง คือ การข่มขืนและการกระทำความรุนแรงทางเพศต่อหญิงนำไปสู่ความบอบช้ำทางกายภาพ ซึ่งส่งผลกระทบต่อระบบการสืบพันธุ์ของผู้เสียหาย และในบางกรณีส่งผลให้เกิดการเป็นหมันได้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เห็นว่า เฉพาะคำฟ้องในคดี *Gagović* ต่อศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียที่บรรยายว่า มีผู้เสียหายอย่างน้อยหนึ่งรายไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้อีก เนื่องจากผลจากความทรมาณจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศนั้น

¹⁰⁵ *Prosecutor v. Karadžić* (Case No. IT-95-18-R61, IT-95-5-R61), Transcript of Hearing, 2 July 1996, p.19 cited in William A. Schabas, *ibid*, p.199.

¹⁰⁶ *Prosecutor v. Rutaganda* (Case No. ICTR-96-3-T), Judgment, 6 December 1999, para.53.

¹⁰⁷ *Prosecutor v. Akayesu*, *supra* note 73, para.507.

ไม่เพียงพอจะทำให้ศาลเชื่อตามข้อกล่าวอ้างของโจทก์ได้ แต่สุดท้ายในคดี *Gagović* เองก็ไม่ได้เข้าสู่การพิจารณาของศาล เนื่องจากจำเลยเสียชีวิต

ประการที่สาม คือ การกระทำความรุนแรงทางเพศต่อชาย เพื่อกีดกันพวกเขาจากการสืบพันธุ์เพื่อให้กำเนิดบุตร โดยบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาอ้างคดี *Tadić* ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียค้นพบข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้คุมเรือนจำบังคับให้ชายชาวบอสเนียกักตักอัมตะของชายบอสเนียคนอื่นจนขาด

ประการที่สี่ คือ การข่มขืนและการกระทำความรุนแรงทางเพศต่อชายหรือหญิง นำไปสู่ความบอบช้ำทางจิตใจที่ป้องกันผู้เสียหายจากการสร้างความสัมพันธ์หรือการสร้างครอบครัว และหญิงชาวมุสลิมที่ได้รับผลจากการกระทำความรุนแรงทางเพศ อาจถูกปฏิเสธจากสามีของพวกเธอหรือไม่อาจหาสามีได้ โดยบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาอ้างคำพิพากษาในคดี *Akayesu* ซึ่งเห็นว่าการข่มขืนสามารถถูกจัดอยู่ในลักษณะการกระทำตามอนุมาตรา (ดี) ของนิยามความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้¹⁰⁸ แต่ในประเด็นนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาไม่มีหลักฐานใดมาพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวเช่นกัน¹⁰⁹

(5) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น

การกระทำลักษณะนี้ คือ การบังคับเด็กจากกลุ่มหนึ่งไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง เพื่อมิให้เผ่าพันธุ์เดิมของเด็กที่ถูกย้ายถิ่นมีอยู่อีกต่อไป การบังคับให้เด็กย้ายถิ่นนี้ หมายถึง การใช้กำลังทางกายภาพ (Physical Force) และรวมถึงการขู่เชิญว่าจะใช้กำลังหรือการข่มขู่โดยการทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายด้วย

การปรากฏการกระทำลักษณะนี้ในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ค่อนข้างสร้างความประหลาดใจแก่บรรดานักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เนื่องจากผู้ร่างอนุสัญญาปฏิเสธแนวคิดเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรมอย่างชัดเจน แต่การกระทำลักษณะนี้ก็กลับมีลักษณะใกล้เคียงกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรมอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่าการกระทำลักษณะนี้เป็นการประนีประนอมของผู้ร่างที่ไม่ต้องการกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรมเป็นความผิดตามในอนุสัญญาอย่างชัดเจน แต่ก็ไม่อาจเพิกเฉยต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองได้ ขณะที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเห็นว่าบทบัญญัติตามมาตรา 2 (อี) นี้ เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางชีวภาพไม่ใช่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรมแต่อย่างใด

¹⁰⁸ *Ibid*, para.507.

¹⁰⁹ William A. Schabas, *supra* note 10, pp.199-200.

ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของเลขาธิการสหประชาชาติ พิจารณาการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่นในฐานะที่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรม แม้ผู้เชี่ยวชาญที่ให้คำปรึกษาในการร่างอนุสัญญาแก่เลขาธิการสหประชาชาติจะเห็นต่างกันในเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรม แต่กลับเห็นพ้องกันว่าควรกำหนดให้การบังคับโยกย้ายเด็กเป็นการกระทำลักษณะหนึ่งของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ อย่างไรก็ตาม กลับไม่ปรากฏการกระทำลักษณะนี้ในร่างของคณะกรรมการเฉพาะกิจแต่อย่างใด

ในชั้นคณะกรรมการชุดที่หกเองก็ปฏิเสธแนวความคิดเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรม โดยในขั้นนี้ กริชเสนอให้เพิ่ม “การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น” เป็นการกระทำต้องห้ามในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อีกประการหนึ่ง โดยกริชเห็นว่าแม้ประเทศต่าง ๆ จะไม่เห็นด้วยกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรม แต่ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องคัดค้านเรื่องการบังคับโยกย้ายนี้ด้วย ซึ่งสุดท้ายข้อเสนอของกริชก็ได้รับการยอมรับ แม้ว่าโปแลนด์จะเห็นแย้งกับถ้อยคำที่กริชเสนอก็ตาม โดยโปแลนด์เห็นว่าแม้เหตุการณ์การโยกย้ายโดยเยอรมนีที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองจะสมควรที่จะถูกประณามอย่างยิ่ง แต่คำว่า “โยกย้าย” อาจใช้กับกรณีการอพยพเด็กจากสมรภูมิมิรบได้เช่นกัน แต่คณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศให้ความเห็นว่า การบังคับโยกย้ายเด็กนี้ต้องก่อให้เกิดผลร้ายแรงต่อการเจริญเติบโตของกลุ่มดังกล่าวต่อไปในอนาคตด้วย

การกระทำลักษณะนี้เป็นความผิดที่ต้องการผล เช่นเดียวกับการฆ่าและการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม เพราะการบังคับโยกย้ายบุคคลจะต้องนำไปสู่การล่มสลายของกลุ่มได้ เพราะอาจทำให้สมาชิกของกลุ่มหมดไปจากกลุ่มทำให้กลุ่มนั้นไม่อาจคงอยู่ได้อีกต่อไป หรือทำให้มีสมาชิกของกลุ่มหรืออย่างน้อยกว่าที่กลุ่มนั้นควรมี¹¹⁰

ในคดี *Akayesu* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา เห็นว่าการกระทำลักษณะนี้ครอบคลุมถึงการคุกคามจากการโยกย้ายดังกล่าวด้วย เพราะจุดประสงค์ของการกระทำลักษณะนี้ไม่ได้มุ่งลงโทษต่อการกระทำบังคับโยกย้ายทางกายภาพเท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำอันเป็นการคุกคามหรือสร้างความบอบซ้ำทางจิตใจอันนำไปสู่การบังคับโยกย้ายเด็กจากกลุ่มหนึ่งไปยังอีกกลุ่มหนึ่งด้วย¹¹¹ เช่นเดียวกับคำอธิบายในเชิงอรรถขององค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดว่า “การบังคับ” (Forcibly) ไม่ได้จำกัดเฉพาะการใช้กำลังทางกายภาพบังคับ (Physical Force) เท่านั้น แต่รวมถึงการคุกคาม

¹¹⁰ Prosecutor v. *Blagojević & Jokić* (Case No. IT-02-60-T), Judgment, 17 January 2005, para.666.

¹¹¹ Prosecutor v. *Akayesu*, *supra* note 73, para.505.

(Threat of Force) การบังคับ (Coercion) เช่น การทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตราย การขู่เช็ญ (Duress) การคุมขัง (Detention) การทำให้อยู่ในภาวะที่ถูกบีบบังคับทางจิตใจ (Psychological Oppression) หรือการใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบ (Abuse of Power) หรือโดยการใช้ประโยชน์จากสภาพแวดล้อมที่บีบบังคับ

ส่วนประเด็นเรื่องคำนิยามของคำว่า “เด็ก” นั้น ตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1948 ไม่ได้กำหนดนิยามคำว่าเด็กไว้ โดยเฉพาะ จึงมีการนำเอานิยามของเด็กในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention of the Rights of Child) ที่ว่า “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี”¹¹² มาใช้ในการตีความ

ถึงแม้ว่าตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญจะไม่ได้มีการกำหนดอายุของเด็กอย่างชัดเจน แต่โดยเจตนารมณ์ของบทบัญญัติลักษณะนี้แล้ว บุคคลที่ถูกโยกย้ายควรเป็นเด็กที่มีอายุน้อย เพราะการโยกย้ายกลุ่มต้องทำให้ลักษณะเฉพาะทางวัฒนธรรมของกลุ่มที่ปรากฏในตัวเด็กนั้นหายไป เนื่องจากการเจริญเติบโตในกลุ่มอื่นย่อมทำให้เกิดการซึมซับ ทั้งวัฒนธรรม ภาษาที่พูด รวมถึงการนับถือศาสนาของกลุ่มใหม่นั้น จนอาจสูญเสียลักษณะทางวัฒนธรรมของกลุ่มเดิมไป แต่หากเป็นเด็กที่มีอายุมากพอที่จะไม่สูญเสียลักษณะทางวัฒนธรรมของกลุ่มเดิมไป เพราะการโยกย้ายแล้ว อาจไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1948 ดังนั้น จึงมีผู้เห็นว่ากำหนดอายุ 18 ปีนั้น อาจเป็นเกณฑ์ที่สูงเกินไป¹¹³

ในขณะที่ตามองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 6 (อี) (5) กำหนดชัดเจนว่า ผู้ถูกโยกย้ายคือ “บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี” เพราะฉะนั้น การกระทำตามมาตรานี้จะไม่ปรับกับกรณีการบังคับโยกย้ายผู้ใหญ่ เนื่องจากในมุมมองของกฎหมาย การปรับใช้การบังคับโยกย้ายกับผู้ที่มีอายุมาก (Older) มีความยากกว่า และต่างจากการโยกย้ายเด็ก ซึ่งถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของบิดามารดา อย่างไรก็ตาม มีบางประเทศที่บัญญัติความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญนี้รวมทั้งการบังคับโยกย้ายผู้ใหญ่และเด็ก เช่น ประมวลกฎหมายอาญาโบลิเวีย เช่นเดียวกับคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความเห็นในประเด็นนี้ว่า บทบัญญัติการล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญในปัจจุบันไม่ขยายไปปรับใช้กับกรณีการบังคับโยกย้ายผู้ใหญ่ ซึ่งหากมีการกระทำบังคับโยกย้ายผู้ใหญ่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบันแล้ว อาจเข้าองค์ประกอบความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรือความผิดฐานอาชญากรรมสงครามได้ นอกจากนี้ การบังคับโยกย้ายสมาชิกกลุ่ม โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการบังคับ

¹¹² Article 1 Convention of the Rights of Child.

¹¹³ William A. Schabas, *supra note 10*, p.203.

โยกย้ายเป็นการแยกสมาชิกครอบครัว สามารถปรับเข้ากับมาตรา 2 (ซี) ว่าด้วยการจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตได้เช่นกัน¹¹⁴

องค์กรนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International) วิเคราะห์ว่าการกระทำลักษณะนี้ไม่ควรรวมถึงกรณีย้ายเด็กที่เกิดในเรือนจำหรือค่ายกักกัน และเด็กที่บิดามารดาไม่ได้อยู่ในสถานที่ที่ถูกกฎหมาย เช่น กรณีผู้อพยพ (Immigrant) ที่ไม่มีเอกสารถูกต้อง หรือบุคคลที่ถูกขับไล่ออกจากที่พักอาศัย เนื่องจากไม่ได้ชำระค่าเช่า¹¹⁵

เมื่อปี ค.ศ. 1997 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและโอกาสที่เท่าเทียมกันแห่งออสเตรเลีย (The Australian Human Rights and Equal Opportunities Commission) สรุปลผลเหตุการณ์ที่รัฐบาลออสเตรเลียบังคับโยกย้ายเด็กชาวพื้นเมืองอะบอริจินส์ (Aborigines) ไปยังสถาบันและครอบครัวที่ไม่ใช่ชาวพื้นเมืองว่า เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามมาตรา 2 (อี) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 นี้¹¹⁶ อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวก็เป็นเพียงการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรม เพราะการโยกย้ายดังกล่าวเป็นการทำให้เด็กชาวอะบอริจินส์กลายเป็นส่วนหนึ่งของสังคมอื่นที่ไม่ใช่ชาวอะบอริจินส์¹¹⁷

ตามรายงานของคณะกรรมการแสดงให้เห็นว่าการทำให้เด็กชาวพื้นเมืองชิมซาบหรือผสมกลมกลืนกับวัฒนธรรมของกลุ่มคนที่ไม่ใช่ชาวพื้นเมือง เพื่อให้คุณค่าทางวัฒนธรรมกลายเป็นหนึ่งเดียว และเอกลักษณ์ทางชาติพันธุ์ของเด็กชาวพื้นเมืองหายไป รวมทั้งทำให้วัฒนธรรมตะวันตกเข้ามาแทนที่ จึงเป็นการโยกย้ายเด็กโดยมีจุดประสงค์เพื่อทำลายหน่วยทางวัฒนธรรมที่อนุสัญญามุ่งคุ้มครอง เช่นเดียวกับที่บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาฟ้องกล่าวหาเซอร์เบียและมอนเตเนโกต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ สืบเนื่องจากการที่เซอร์เบียและมอนเตเนโก “ข่มขืนเพื่อให้กำเนิด” (Procreative Rape) หรือการบังคับตั้งครรรค์ จากการทำให้ชายชาวเซิร์บข่มขืนหญิงชาวบอสเนียมุสลิม

¹¹⁴ Report on the International Law Commission in the Work of Its Forty-English Session, 6 May-26 July 1996

¹¹⁵ Amnesty International, The International Criminal Court: Fundamental Principles Concerning the Elements of Genocide, AI Index: IOR 40/01/99, February 1999.

¹¹⁶ William A. Schabas, *supra* note 10, p.205.

¹¹⁷ Robert Cryer et al., *supra* note 14, p.217.

ทำให้เด็กที่เกิดจากการบังคับตั้งครุภนั้นไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป บอสเนียฯ ได้แย้งว่า เซอร์เบียฯ กระทำโดยมีเจตนาเพื่อโยกย้ายทารกในครรภ์ไปยังกลุ่มชาวเซิร์บ¹¹⁸

นอกจากนี้ ตามคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียหลายคดียอมรับตามคำให้การของเซอร์เบียและมอนเตเนโกรว่า ผลกระทบของการข่มขืนหญิงชาวมุสลิมเพียงแต่นำไปสู่การให้กำเนิดบุตรในดินแดนมุสลิม และเด็กถูกลี้ภัยโดยชาวมุสลิมมาตั้งแต่แรก โดยเด็กไม่ได้รับวัฒนธรรมชาวเซิร์บมาเลยแม้แต่น้อย จึงไม่อาจอ้างว่าเด็กถูกโยกย้ายจากกลุ่มหนึ่งไปยังอีกกลุ่มได้ โดยสรุปคือ หลักฐานที่ปรากฏไม่อาจแสดงถึงการมีอยู่ของรูปแบบของการบังคับตั้งครุภ หรือจุดประสงค์เพื่อโยกย้ายเด็กจากกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองไปยังกลุ่มอื่นตามนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มาตรา 2 (อี) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948

2.2.3 องค์ประกอบภายในของความผิด (Mental Element or *mens rea*)

องค์ประกอบภายใน คือ ความมุ่งหมายที่จะกระทำความผิดของบุคคล (Guilty Mind or Criminal Intent) หรือความรู้สึกภายในจิตใจในขณะกระทำ ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ และเป็นองค์ประกอบทางอัตวิสัย (Subjective Element) อันเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดโดยตรง ดังนั้น จึงต้องอาศัยพฤติการณ์ต่าง ๆ ซึ่งผู้กระทำแสดงออกมาภายนอก เป็นหลักในการวินิจฉัยสภาพจิตใจของผู้กระทำในขณะกระทำ¹¹⁹ ดังคำกล่าวที่ว่า “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา”

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา เคยกล่าวในคำพิพากษาคดี *Akayesu* ว่า องค์ประกอบทางจิตใจย่อมถูกสะท้อนออกมาจากความปรารถนาของจำเลยว่าจะมีการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้นจริง¹²⁰

ในทางทฤษฎีสามารถแยกองค์ประกอบภายในในการกระทำความผิดอาญาได้ 4 ระดับ ได้แก่¹²¹

¹¹⁸ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, supra note 91, para.362.*

¹¹⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24*, น.148.

¹²⁰ *Prosecutor v. Akayesu, supra note 73, para.476.*

¹²¹ David L. Nersessian, *supra note 103*, p.33 และดู ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง โลกาวัดกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ,” (สถาบัน

1. เจตนาโดยตรง (Direct Intent) หรือเจตนาประสงค์ต่อผล กล่าวคือ ผู้กระทำต้องคาดหมายได้ก่อนว่า การกระทำของเขาจะเกิดผลอย่างไร และผู้กระทำปรารถนาจะให้เกิดผลเช่นนั้นขึ้น ซึ่งในระบบคอมมอนลอว์จำแนกเจตนาร้าย (*mens rea*) ไว้ในกลุ่มของเจตนาประสงค์ต่อผลนี้

2. เจตนาโดยอ้อม (Indirect Intent) หรือเจตนาเล็งเห็นผล กล่าวคือ ผู้กระทำคาดหมายได้ว่า จะเกิดผลขึ้นได้ในระดับเกือบจะแน่แท้ (Consciousness of Almost Certainty or Virtual Certainty) แต่ผู้กระทำกลับไม่ใส่ใจต่อผลแห่งภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของตน โดยที่ผู้กระทำไม่ได้ปรารถนาที่จะให้เกิดผลเช่นนั้นขึ้น

3. ประมาทโดยจงใจ (Recklessness) กล่าวคือ ผู้กระทำตระหนักว่าการกระทำของตนอาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ (Consciousness of Probability) แม้ว่ามันจะไม่เกิดขึ้นก็ตาม ซึ่งต่างจากเจตนาโดยอ้อมที่ผู้กระทำคาดหมายว่าผลจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน

4. ประมาทธรรมดาหรือประมาทโดยพลั้งเผลอ (Negligence) กล่าวคือ ผู้กระทำควรตระหนักถึงความเสี่ยงที่จะเกิดผลร้ายเช่นนั้นขึ้น แต่ผู้กระทำกลับเข้าเสี่ยงภัยดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลสมควร

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบภายในของความผิดไว้ในมาตรา 59 ว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาทในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้กระทำโดยไม่มีเจตนา นอกจากนี้ ยังได้ให้คำจำกัดความของคำว่า การกระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น แต่ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

ส่วนการกระทำความผิดโดยประมาทนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญากำหนดการกระทำความผิดโดยประมาทไว้เพียงระดับเดียว คือ การกระทำความผิดโดยประมาทธรรมดา ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ ดังปรากฏในมาตรา 59 วรรคสี่ ประมวลกฎหมายอาญา

ถึงแม้จะเป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายทุกระบบว่า องค์ประกอบภายในของการกระทำความผิดอาญาไม่ได้จำกัดเฉพาะการกระทำโดยเจตนา แต่รวมถึงการกระทำโดยประมาท ทั้งการกระทำโดยประมาทธรรมดา (Negligence) และการกระทำโดยประมาทโดยจงใจ (Recklessness) แต่สำหรับองค์ประกอบภายในของความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์ นอกจากผู้กระทำจะต้องมีเจตนาธรรมดาที่จะกระทำความผิดลักษณะใดลักษณะหนึ่งในห้าลักษณะที่กำหนดไว้แล้ว ผู้กระทำยังต้องมีเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจที่จะล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์ด้วย ดังนั้น การกระทำความผิดฐานนี้จึงต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น ไม่อาจเป็นการกระทำโดยประมาทได้ เพราะเจตนาพิเศษนี้จะมีได้เฉพาะความผิดที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น

2.2.3.1 เจตนา (Intent or *dolus generis*)

เจตนาธรรมดา คือ เจตนาที่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เช่น การล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์โดยการฆ่า ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงว่าเป็นการฆ่า และต้องประสงค์ต่อผลในการฆ่า คือ ความตายของผู้ถูกกระทำนั้น¹²²

แม้ว่าตามมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรม การล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์ ค.ศ. 1948 และมาตรา 6 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ จะมีได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่า ความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์ต้องกระทำโดยเจตนา แต่หากพิจารณาตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศพบว่า ในการพิจารณาความรับผิดชอบตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศคือหลักเรื่องเจตนา เช่นเดียวกับกฎหมายอาญาภายในของรัฐต่าง ๆ ดังปรากฏในมาตรา 30 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งบัญญัติไว้ในหัวข้อ “องค์ประกอบด้านจิตใจ” (Mental Element) ว่า

“1. เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น บุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญา และอาจต้องรับโทษสำหรับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาล เฉพาะในกรณีที่ได้กระทำการอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิด โดยมีเจตนาและรู้

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของมาตรานี้ บุคคลจะมีเจตนาเมื่อ

(เอ) ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำ บุคคลนั้นตั้งใจที่จะเข้าร่วมในการกระทำ

(บี) ในส่วนที่เกี่ยวกับผล บุคคลนั้นตั้งใจให้เกิดผลดังกล่าว หรือรู้สำนึกว่า

ผลนี้จะเกิดขึ้นเป็นเหตุการณ์ปกติ

(3) เพื่อความมุ่งประสงค์ของมาตรานี้ “การรู้” หมายถึง การรู้สำนึกว่า สภาวะการณ์มีอยู่หรือผลจะเกิดขึ้นเป็นเหตุการณ์ปกติ “รู้” และ “โดยรู้” ต้องตีความไปตามนั้น”¹²³

¹²² ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, น.47.

บทบัญญัติเรื่ององค์ประกอบด้านจิตใจตามมาตรา 30 บังคับใช้กับความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศทั้งสี่ฐานความผิด เช่นเดียวกับหลักเรื่องเจตนาตามมาตรา 59 วรรคแรก ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติในภาค 1 ลักษณะ 1 ที่บังคับใช้แก่ความผิดทั่วไป จึงนำไปปรับใช้กับบทบัญญัติความผิด ทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาและตามกฎหมายที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ ทุกฐานความผิด เว้นแต่บทบัญญัตินั้นจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เพราะฉะนั้นโดยหลักแล้วต้องถือว่าทุกฐานความผิดต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้บัญญัติว่าต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาไว้โดยตรง เว้นแต่บทบัญญัติความผิดนั้นจะบัญญัติอย่างชัดเจนว่า ผู้กระทำต้องรับผิดชอบเนื่องจากกระทำความผิดโดยประมาท หรือต้องรับผิดชอบแม้ผู้กระทำจะไม่มีเจตนาและไม่ได้กระทำการโดยประมาท

ในระหว่างการยกร่างธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 30 ใช้คำว่า “เจตนาหรือรู้” (Intent or Knowledge) เนื่องจากในการยกร่างครั้งแรกนั้นได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งแยกเรื่องเจตนาหรือรู้ออกจากความรู้ถึงผลของการกระทำ (Cognitive Element) แต่สุดท้ายธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกลับไปถือหลักเรื่องเจตนาตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งต้องพิจารณาว่าผู้กระทำกระทำโดยเจตนาและรู้ถึงผลของการกระทำนั้นหรือไม่แทน¹²⁴ อย่างไรก็ตาม มาตรา 30 ใช้คำว่า “เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ดังนั้นโดยหลักการตีความเรื่องเจตนาจะเป็นไปตามระบบซีวิลลอว์ แต่หากมีบทบัญญัติใดในธรรมนูญศาล

¹²³ Article 30 of Rome Statute of the International Criminal Court
“Mental Element”

“1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.

2. For the purposes of this article, a person has intent where:

(a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;

(b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.

3. For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly”.

¹²⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 121*, น.22.

อาญาระหว่างประเทศ กล่าวถึงเจตนาร้าย (*mens rea*) ตามระบบคอมมอนลอว์แล้ว ก็ต้องตีความไปอย่างระบบคอมมอนลอว์ด้วย ไม่อาจที่จะนำหลักเรื่องเจตนาและการรู้ถึงผลของการกระทำตามระบบซีวิลลอว์มาใช้ในกรณีนั้นได้¹²⁵

ตามมาตรา 30 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดว่า บุคคลจะมีเจตนาเมื่อมีองค์ประกอบครบถ้วน ทั้งส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำ (Conduct) และส่วนที่เกี่ยวกับผลของการกระทำ (Consequence) สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาทั่วไปที่ยอมรับกันทั่วไป กล่าวคือ จะถือว่าบุคคลมีเจตนา เมื่อประกอบด้วย “ส่วนรู้” (Knowledge) และ “ส่วนต้องการ” (Intent)¹²⁶

ในองค์ประกอบส่วนรู้ จะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาต่อเมื่อบุคคลนั้นตั้งใจที่จะเข้าร่วมในการกระทำ เทียบได้กับการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดหรือส่วนรู้ตามมาตรา 59 วรรคสาม ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดแล้ว ต้องถือว่าผู้กระทำขาดเจตนา เพราะขาดองค์ประกอบส่วนรู้

ในขณะที่องค์ประกอบส่วนต้องการ เทียบได้กับการที่ผู้กระทำต้องการให้เกิดผลขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลก็ตาม เช่นเดียวกับมาตรา 59 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น”

2.2.3.2 เจตนาพิเศษ (Special Intent or *dolus specialis*)

เจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Genocidal Intent) เป็นจุดที่แยกการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ออกจากอาชญากรรมระหว่างประเทศลักษณะอื่น เช่น อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ รวมทั้งแยกการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ออกจากการกระทำความผิดอาญาธรรมดา (Common Crime) อีกด้วย เพราะการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้มีลักษณะของการทำลายความเป็นสังคมของกลุ่ม (Social Death) จึงแตกต่างจากการฆ่าบุคคลจำนวนมาก (Mass Murder) โดยทั่วไป¹²⁷

เนื่องจากเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดที่รุนแรง จึงต้องมีการพิสูจน์เจตนาพิเศษอย่างเคร่งครัด แต่การพิสูจน์เจตนาพิเศษเป็นเรื่องยาก เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำลึกลงไปถึงกว่าเจตนาธรรมดา อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับ

¹²⁵ เฟ็งอ้วง, น.22.

¹²⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.169.

¹²⁷ Claudia Card, “Genocide and Social Death,” 1 *Hypatia*, 63, pp.63-79 (2003).

รวนดาเคียวางแนวทางการพิสูจน์เจตนาในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยการอนุมานจากพยานแวดล้อม (Circumstantial Evidence) รวมถึงการกระทำและคำพูดของผู้กระทำความผิด ดังเช่นในคดี *Seromba* จำเลยซึ่งเป็นนักบวชยอมรับการตัดสินใจทำลายโบสถ์เพื่อฆ่าบุคคลที่อยู่ข้างใน และชี้ด้านที่เปราะบางที่สุดของโบสถ์ให้คนขับรถแทรกเตอร์เห็นและนำทางไปทำลาย องค์คณะอุทธรณ์พบว่า *Seromba* รู้ว่ามีชาวพุทธซึ่งประมาณ 1,500 คน อยู่ในโบสถ์ และรู้ว่าการทำลายโบสถ์นั้นอาจทำให้ชาวพุทธซึ่งเหล่านั้นตายได้ ศาลพบว่าจำเลยมีเจตนาพิเศษ และมีส่วนร่วมโดยตรงในการกระทำล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ จากบริบทของการกระทำและคำพูดครั้งก่อน ๆ เกี่ยวกับชาวพุทธซึ่งของจำเลย¹²⁸

เจตนาพิเศษแตกต่างจากเจตนาธรรมดาตามมาตรา 30 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยเจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ การกระทำเพื่อทำลายกลุ่มที่ได้รับ ความคุ้มครองทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น

ในการพิสูจน์เจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้มีสี่ประเด็นที่จะต้องพิจารณา ซึ่งทั้งสี่ประเด็นนี้ไม่มีส่วนใดเกี่ยวข้องกัน¹²⁹

ประเด็นแรก คือ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาเพื่อทำลาย (Intent to Destroy) การทำลายนี้จะเป็นการทำลายทางกายภาพหรือทางชีวภาพก็ได้ ซึ่งหลักการนี้ได้รับการยอมรับทั้งในอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ส่วนการทำลายรูปแบบอื่น เช่น การผสมผสานทางสังคมระหว่างกลุ่มที่ได้รับ ความคุ้มครองกับกลุ่มอื่น หรือการโจมตีต่อลักษณะทางวัฒนธรรมหรือทางสังคมที่เป็นอัตลักษณ์เฉพาะของกลุ่ม เพื่อทำลายลักษณะเฉพาะของกลุ่ม ไม่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะรูปแบบของการกระทำเหล่านั้นไม่มีลักษณะเป็นการทำลายทางกายภาพหรือทางชีวภาพ¹³⁰

ในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ผู้ร่างต่างเห็นพ้องกันว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรมเป็นแนวคิดที่กว้างเกินไปที่จะบัญญัติรวมอยู่ในอนุสัญญา เนื่องจากอนุสัญญาควรมีขอบเขตจำกัดเฉพาะการทำลายล้างกลุ่มทางกายภาพเท่านั้น

¹²⁸ Robert Cryer et al., *supra* note 14, p.225 และดู ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, น.49.

¹²⁹ Robert Cryer et al., *ibid*, p.220.

¹³⁰ *Ibid*, p.220.

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* ยอมรับเช่นกันว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จำกัดเฉพาะการทำลายกลุ่มทางกายภาพหรือทางชีวภาพเท่านั้น

ประเด็นที่สอง คือ เป็นการทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่ม ซึ่งยอมรับว่าเจตนาพิเศษที่มุ่งทำลายความเป็นกลุ่มไม่จำเป็นจะต้องเป็นการทำลายล้างกลุ่มดังกล่าว อย่างถอนรากถอนโคนในทันทีทันใด ยกเว้นในกรณีการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยการสังหารหมู่สมาชิกของกลุ่มทั้งหมด¹³¹

การทำลายกลุ่มคนที่ได้รับความคุ้มครองทั้งหมด มีความหมายสองลักษณะ ได้แก่ การทำลายกลุ่มคนที่ได้รับความคุ้มครองทั้งหมดแบบสมบูรณ์ คือ การทำลายกลุ่มคนนั้นทั้งหมด และการทำลายกลุ่มคนที่ได้รับความคุ้มครองแบบสัมพัทธ์ตามเขตภูมิประเทศ เช่น การทำลายกลุ่มคนในประเทศใดประเทศหนึ่งลงทั้งหมด¹³²

การกำหนดขอบเขตของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทั้งหมดมีความสำคัญต่อระดับความรุนแรงของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะเหตุว่าหากตีกรอบของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทั้งหมดกว้างเกินไป โอกาสที่จะเกิดความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แบบทั้งหมดก็จะเกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากองค์ประกอบเชิงบริบทกำหนดบังคับว่า การกระทำใดจะเป็นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ จะต้องมิลักษณะเป็นการกระทำเกิดขึ้นบริบทที่เป็นรูปแบบที่ชัดเจน ซึ่งกระทำต่อกลุ่มเป้าหมายโดยตรง หรือเป็นการกระทำที่มีผลเป็นการทำลายล้างได้ด้วยตัวของมันเอง ดังนั้น การทำลายเชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่งทั้งหมดทั่วโลกคงเป็นเรื่องเป็นไปได้ยาก และการทำลายเชื้อชาติใดบางส่วนก็ต้องมีขนาดการทำลายล้างที่ใหญ่ขึ้นตามด้วย ในทางตรงกันข้ามหากกำหนดขอบเขตการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทั้งหมดแคบเกินไป ก็จะเป็นการละลายความรุนแรงและลดความสำคัญของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลง

ส่วนการทำลายกลุ่มคนที่ได้รับความคุ้มครองบางส่วน คือ การทำลายบุคคลที่เป็นส่วนสาระสำคัญของกลุ่ม และต้องเป็นส่วนที่สำคัญเพียงพอที่จะมีผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองทั้งหมด¹³³

ประเด็นเรื่องเจตนาภายในของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ นอกจากประเด็นเรื่องเจตนาในการกระทำความผิดทั้งเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษแล้ว ประเด็น

¹³¹ Raphael Lemkin, *supra note 11*, p.27.

¹³² ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.50.

¹³³ Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.221.

เรื่องจำนวนผู้เสียหายหรือผู้ถูกระทำก็เป็นประเด็นเกี่ยวข้องที่ต้องพิจารณาในส่วนองค์ประกอบ ภายในอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะการจะพิสูจน์ถึงเจตนาในการทำลายล้างกลุ่มนั้นต้องพิจารณาจาก จำนวนผู้เสียหายซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มว่า การกระทำต่อผู้เสียหายจำนวนเท่าใดจึงจะถือว่าเป็นการทำลายความเป็นกลุ่ม

ถึงแม้จะเป็นที่ยอมรับว่าประเด็นเรื่องผู้เสียหายเป็นเรื่ององค์ประกอบ ภายนอกของการกระทำความผิด เช่น คำว่า “ผู้อื่น” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เป็น ปัญหาเรื่ององค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ซึ่งเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาก่อนที่จะ พิจารณาเรื่องเจตนาฆ่า เพราะหากผู้ถูกระทำไม่ใช่ “ผู้อื่น” แล้ว การกระทำดังกล่าวก็จะเป็นเรื่อง ขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิด ไม่ใช่เรื่องขาดเจตนาอันเป็นองค์ประกอบภายในของความผิด แต่ในเรื่องของจำนวนผู้เสียหายในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์กลับชัดเจนว่า เป็นปัญหาเรื่อง องค์ประกอบภายในของความผิดเกี่ยวกับเจตนาในการทำลายกลุ่ม ไม่ใช่ประเด็นปัญหาเรื่อง องค์ประกอบภายนอกของความผิดอย่างเช่นในประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด เพราะการ พิจารณาเรื่องจำนวนผู้เสียหายว่ามีจำนวนเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงเจตนาดังกล่าวหรือไม่ ย่อมเป็น เรื่องสำคัญในการพิสูจน์ถึงเจตนาในการทำลายกลุ่ม โดยการอ้างถึง “สมาชิกของกลุ่ม” (Members of Group) ในฐานะผู้ถูกระทำในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ทั้งอนุสัญญาว่าด้วยการล้าง เผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศต่างใช้คำในความหมายของพหุพจน์ แสดงให้ เห็นว่าการกระทำลักษณะนี้เกี่ยวข้องกับการฆ่าสมาชิกของกลุ่มอย่างน้อยสองคน อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาในคดี *Mpambara* แสดงให้เห็นว่า ผู้เสียหาย เพียงคนเดียวก็เพียงพอสำหรับการกระทำที่เป็นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้แล้ว¹³⁴ เช่นเดียวกับ องค์คณะอุทธรณ์ในคดี *Ndindabahizi* ที่เห็นว่าผู้เสียหายจำนวนมากไม่ใช่เงื่อนไขจำเป็นในการ กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์¹³⁵

ในระหว่างการร่างองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุง โรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มีการถกเถียงอย่างไม่เป็นทางการเรื่องสมาชิกของกลุ่มว่า หมายถึงสมาชิกของกลุ่มดังกล่าวจำนวนหนึ่งคนหรือมากกว่านั้น ซึ่งตามองค์ประกอบของความผิด ทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศก็กำหนดไว้ชัดเจนว่า การกระทำ

¹³⁴ *Prosecutor v. Mpambara* (Case No. ICTR-01-65-T), Judgment, 11 September 2006, para.8

¹³⁵ *Prosecutor v. Ndindabahizi* (Case No. ICTR-01-71-A), Judgment, 15 July 2004, para.135.

ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ว่าเป็นการกระทำในลักษณะใด จำนวนผู้เสียหายเพียงแค่ว่าหนึ่งคนก็เพียงพอที่จะถือว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว

อย่างไรก็ตาม ประเด็นเกี่ยวเนื่องที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ จำนวนผู้เสียหายนั้นจะถือว่าการทำลาย “บางส่วน” ของกลุ่มได้แล้วหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาในประเด็นเรื่องบางส่วนของกลุ่มนี้ จำเป็นต้องพิจารณาหลายประเด็นประกอบกัน ได้แก่

1. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ ตัวอย่างที่ชัดเจนได้แก่ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต่อชาวทุตซีในรวันดา ซึ่งชาวฮูตูไม่ได้เจตนากระทำต่อชาวทุตซีทั้งหมดในทุกที่ทั่วโลก แต่จำกัดเฉพาะชาวทุตซีในรวันดาเท่านั้น¹³⁶ แสดงให้เห็นว่าชาวทุตซีในรวันดาเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มเท่านั้น

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* กล่าวว่าเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อาจพบได้จากการกระทำโดยมีเจตนาทำลายกลุ่มภายในเขตทางภูมิศาสตร์ที่จำกัด (Geographically Limited Area)¹³⁷

2. ส่วนหนึ่งของกลุ่มนั้นต้องถึงขนาดเป็นสาระสำคัญของกลุ่ม ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาในคดี *Kayishema* ยอมรับว่า การกระทำจะไม่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ถ้าเจตนากระทำต่อส่วนที่ไม่ถึงขนาดเป็นสาระสำคัญของกลุ่ม และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Case Concerning Application of The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* ยืนยันแนวความคิดดังกล่าวว่า เจตนาในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นั้นอย่างน้อยที่สุดต้องเป็นการทำลายส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกลุ่ม ซึ่งเป็นข้อเรียกร้องโดยหลักธรรมดาของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 คือ การป้องกันการทำลายกลุ่ม ดังนั้น กลุ่มเป้าหมายบางส่วนจะต้องมีความสำคัญเพียงพอที่จะส่งผลกระทบต่อกลุ่มโดยรวม¹³⁸

นอกจากนี้ ในคดี *Jelisić* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา วินิจฉัยว่า แม้ผู้กระทำมีเจตนาที่จะทำลายสมาชิกของกลุ่มที่ตนมุ่งหมายเพียงไม่กี่คน แต่บุคคลจำนวน

¹³⁶ *Prosecutor v. Krstić* (Case No. IT-98-33-A), Judgment, 19 April 2004, para.13.

¹³⁷ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *supra* note 91, para.199.

¹³⁸ *Ibid*, para.198.

ดังกล่าวมีความสำคัญ และผลจากการฆ่าบุคคลดังกล่าวย่อมส่งผลต่อสมาชิกของกลุ่มทั้งหมด เช่น การกระทำต่อผู้นำกลุ่ม ซึ่งเป็นการทำลายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ย่อมเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์¹³⁹

ในคดี *Krštić* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ชี้ให้เห็นถึงความยากในการกำหนดถึงลักษณะทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่ม โดยศาลชี้ให้เห็นว่ากลุ่มชาวบอสเนียมุสลิม (Bosnian Muslims) เป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง และกลุ่มบอสเนียมุสลิมใน Srebrenica หรือกลุ่มชาวบอสเนียมุสลิมในตะวันออกของบอสเนีย เป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง¹⁴⁰ ซึ่งองค์คณะอุทธรณ์ในคดีเดียวกันก็ได้ยืนยันถึงหลักเรื่องส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยคำนึงเกี่ยวข้องกับความเด่นชัด (Prominence) ของบุคคลที่เป็นเป้าหมาย และจำนวนของเป้าหมาย ทั้งโดยเด็ดขาดและโดยสัมพัทธ์ กล่าวคือ พิจารณาทั้งเกณฑ์เชิงคุณภาพ (Qualitative) และปริมาณ (Quantitative) ถ้าบางส่วนของกลุ่มที่ถูกทำลายเป็นสิ่งที่แสดงถึงกลุ่มโดยรวมทั้งหมด หรือเป็นสาระสำคัญของการมีอยู่ของกลุ่มทั้งหมด ถือได้ว่าการทำลายบางส่วนของกลุ่มนั้นเป็นการทำลายส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกลุ่ม และเป็นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังเช่นในกรณีชาวบอสเนียมุสลิมใน Srebrenica ที่แสดงให้เห็นถึงกลุ่มของชาวบอสเนียมุสลิมทั้งหมด¹⁴¹

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาคดีนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่า กำหนดเกณฑ์ของขนาดในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต่ำเกินไป เพราะกรณีดังกล่าวเป็นการฆ่าบุคคลเพียง 7,000-8,000 คน เท่านั้น แต่ศาลกลับถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มแล้ว นอกจากนี้ อัยการในคดีดังกล่าวพยายามชี้ให้ศาลเห็นว่าชาวบอสเนียมุสลิมใน Srebrenica เกี่ยวข้องกับกลุ่มโดยรวม ซึ่งหากศาลยอมรับตามนี้จะทำให้ชายฉกรรจ์ชาวบอสเนียมุสลิมกลายเป็นส่วนสาระสำคัญของกลุ่มชาวบอสเนียมุสลิมเช่นกัน อันจะส่งผลให้เป็นการลดความสำคัญของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลง¹⁴²

ดังที่กล่าวมาในข้างต้นจะเห็นได้ว่า เป็นเรื่องยากที่จะหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนมากำหนดว่า ผู้เสียหายต้องมีจำนวนเท่าใดจึงจะถือเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ การพิจารณาเรื่องจำนวนผู้เสียหายมีส่วนช่วยในการพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษของผู้กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพื่อให้เหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีไป

¹³⁹ *Prosecutor v. Jelisić, supra note 25, para.82.*

¹⁴⁰ *Prosecutor v. Krštić (Case No. IT-98-33-T), Judgment, 2 August 2001, para.560.*

¹⁴¹ *Prosecutor v. Krštić, supra note 136, para.12.*

¹⁴² Robert Cryer et al., *supra note 14, p.222.*

ประเด็นที่สาม คือ เป็นการกระทำเพียงเพราะเป็นกลุ่มเท่านั้น (As Such) แม้ว่าโดยทั่วไปมูลเหตุจูงใจ (Motive) ในการกระทำความผิดจะไม่มีความสัมพันธ์กับความรับผิดชอบทางอาญา อย่างไรก็ตาม การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มีลักษณะพิเศษ คือ ต้องมีมูลเหตุจูงใจเพื่อแยกแยะผู้เสียหายหรือผู้ตกเป็นเหยื่อว่า บุคคลดังกล่าวต้องถูกทำลายเพราะว่าบุคคลนั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา มิใช่เพราะลักษณะเฉพาะตัวของผู้เสียหายเอง หรือมิใช่เพราะบุคคลนั้นเป็นประชาชนทั่วไป

การที่ผู้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 เพิ่มคำว่า “เพียงเพราะเป็นกลุ่มเท่านั้น” เข้าไปในนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ก็เพื่อประนีประนอมกับการไม่บัญญัติให้มูลเหตุจูงใจเป็นองค์ประกอบของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อย่างชัดเจน กล่าวคือ ไม่ว่าผู้กระทำจะได้กระทำด้วยมูลเหตุจูงใจใด ๆ แต่การกระทำดังกล่าวอาจเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เห็นว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษเพื่อทำลายกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น การพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจอาจมีความสำคัญในการพิสูจน์ถึงเจตนาของผู้กระทำ แม้ว่าโดยตัวของมูลเหตุจูงใจเองจะไม่ใช่เจตนาของผู้กระทำก็ตาม ดังจะเห็นได้จากบางครั้งศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งในรวันดาและอดีตประเทศยูโกสลาเวียใช้คำว่ามูลเหตุจูงใจ เพื่ออ้างถึงเจตนาพิเศษของผู้กระทำความผิด

ในคดี *Krstić* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย แยกความแตกต่างระหว่างมูลเหตุจูงใจกับเจตนาในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ออกจากกัน โดยศาลเห็นว่ามูลเหตุจูงใจของผู้ร่วมกระทำผิดแต่ละคน เช่น ความต้องการผลประโยชน์ทางการเงินจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่สิ่งสำคัญสำหรับการพิจารณาความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ เจตนาพิเศษในการกระทำผิด

2.2.4 องค์ประกอบเชิงบริบท (Contextual Element)

องค์ประกอบนี้เพิ่มเติมจากองค์ประกอบภายนอก เพื่อแยกอาชญากรรมอันเกิดจากความเกลียดชัง (Hate Crime) ออกจากนิยามตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ซึ่งหากไม่กำหนดเช่นนี้แล้วอาจเป็นการละลายความรุนแรงของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลง

องค์ประกอบเชิงบริบทนี้กำหนดว่า การกระทำผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แต่ละลักษณะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในบริบทที่เป็นรูปแบบที่ชัดเจน (Manifest Pattern) และกระทำต่อกลุ่มเป้าหมายโดยตรง กล่าวคือ เป็นการกระทำในลักษณะสถานการณ์การทำลายล้างอย่างเป็นรูปแบบที่ชัดเจน ซึ่งมีผู้กระทำผิดหลายคนร่วมกันทำลายล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ หรือเป็นการกระทำที่มีผลเป็นการทำลายล้างได้ด้วยตัวของมันเอง (Effect such Destruction) ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

องค์ประกอบเชิงบริบทลักษณะแรก คือ การกระทำที่เกิดขึ้นในรูปแบบที่ชัดเจน องค์กรประกอบข้อนี้แสดงให้เห็นว่ามีโอกาสที่ผู้กระทำความผิดจะกระทำการในบริบทอย่างกว้าง ในขณะที่บุคคลอื่นกระทำความผิดฐานล้าแก่พหุบุณย์ต่อกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง หรือถ้าผู้กระทำความผิดอื่นไม่มีเจตนาล้าแก่พหุบุณย์ แม้จะเป็นการกระทำที่มีรูปแบบที่ชัดเจนของการกระทำที่คล้ายคลึงกัน ก็อาจถูกลงโทษในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติแทนความผิดฐานล้าแก่พหุบุณย์¹⁴³

องค์ประกอบเชิงบริบทลักษณะที่สอง คือ การกระทำมีผลเป็นการทำลายล้างได้ด้วยตัวของมันเอง ซึ่งอาจเกิดขึ้นในกรณีกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองมีขนาดเล็ก หรือเมื่อผู้กระทำสามารถเข้าถึงอาวุธที่มีความร้ายแรงในการทำลายล้าง เช่น นิวเคลียร์ อาวุธชีวภาพ ในกรณีเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องมีรูปแบบของการกระทำที่เหมือนกัน บทบัญญัตินี้จะใช้สำหรับกรณีผู้นำก่อความวุ่นวาย (Ringleader) และผู้ยุยง (Instigator) รวมถึงผู้ที่มีเป้าหมายในการทำลายกลุ่ม แต่การกระทำดังกล่าวกลับทำให้มีผู้เสียชีวิตจำนวนไม่มากนัก¹⁴⁴

องค์ประกอบเชิงบริบทไม่ได้มีที่มาโดยตรงจากคำพิพากษาของศาลอาญาเฉพาะกิจ แต่มีที่มาจากอย่างหลวม ๆ จากสองย่อหน้าในคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาคดี *Akayesu*¹⁴⁵ ต่อมา ในคำพิพากษาคดี *Krštić* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียก็ยอมรับองค์ประกอบดังกล่าว โดยศาลเห็นว่าการล้าแก่พหุบุณย์ต้องเกิดในบริบทที่มีรูปแบบที่ชัดเจนในการกระทำที่มีลักษณะเดียวกัน หรือเกิดจากการกระทำที่สามารถมีผลเป็นการทำลายกลุ่มไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนได้ด้วยตัวเอง¹⁴⁶ แต่องค์คณะอุทธรณ์ในคดีเดียวกันกลับมองว่าข้อเรียกร้องที่ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่กว้างขวางหรือเป็นระบบนั้น ไม่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้าแก่พหุบุณย์ ค.ศ. 1948 และไม่ได้รับการยอมรับจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะนิยามตามที่ปรากฏในองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ไม่แสดงให้เห็นถึงกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ในขณะที่เกิดเหตุในคดี *Krštić* การที่ถือองค์ประกอบตาม

¹⁴³ *Ibid*, p.218.

¹⁴⁴ *Ibid*, p.218.

¹⁴⁵ *Prosecutor v. Akayesu*, *supra note 73*, para.520 and 523.

¹⁴⁶ *Prosecutor v. Krštić*, *supra note 140*, para.682.

องค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Elements of Crimes) จึงเป็นเรื่องนอกประเด็น¹⁴⁷

ในขณะที่องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ของศาลอาญาระหว่างประเทศในการพิจารณาคำร้องขอออกหมายจับนาย Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir) เห็นต่างออกไปว่า องค์ประกอบเชิงบริบทในองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ไม่ขัดกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์ ค.ศ. 1948 นอกจากนี้ ศาลยังให้ความเห็นว่าองค์ประกอบเชิงบริบทนี้ยังสอดคล้องกับข้อพิจารณาดั้งเดิมของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในฐานะเป็นอาชญากรรมของอาชญากรรม (Crime of Crimes) อีกด้วย¹⁴⁸

ประเด็นเรื่ององค์ประกอบเชิงบริบทนี้เทียบเคียงได้กับเรื่อง “พฤติการณ์ประกอบกรกระทำ” ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา เช่น ข้อความว่า “ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย” ตามมาตรา 137¹⁴⁹ ข้อความว่า “ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” ตามมาตรา 188¹⁵⁰ และมาตรา 268 วรรคแรก¹⁵¹ ข้อความว่า “โดยประการที่น่าจะเกิด

¹⁴⁷ *Prosecutor v. Krstić, supra note 136, para.224.*

¹⁴⁸ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir") (Case No. ICC-02/05-01/09), Decision, 4 March 2009, para.117-133.*

¹⁴⁹ มาตรา 137 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงาน ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁵⁰ มาตรา 188 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือทำให้สูญหายหรือไร้ประโยชน์ ซึ่ง พินัยกรรมหรือเอกสารใดของผู้อื่น ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

¹⁵¹ มาตรา 268 วรรคแรก ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดใช้หรืออ้างเอกสารอันเกิดจากการกระทำความผิดตามมาตรา 264 มาตรา 265 มาตรา 266 หรือมาตรา 267 ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ”

ความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” ตามมาตรา 264 วรรคแรก¹⁵² มาตรา 269 วรรคแรก¹⁵³ มาตรา 269/1 วรรคแรก¹⁵⁴ และมาตรา 269/8¹⁵⁵ ซึ่งพฤติการณ์ประกอบการกระทำเหล่านี้ไม่ใช่ผลของการกระทำ จึงไม่จำเป็นต้องเกิดความเสียหายขึ้นจริง เพียงแต่อาจเกิดผลขึ้นเช่นนั้นได้ก็ครบองค์ประกอบ และเนื่องจากเป็นพฤติการณ์ที่น่าจะเกิดขึ้น มิใช่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว จึงไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่ผู้กระทำต้องรู้แต่อย่างใด¹⁵⁶ หรือข้อความว่า “อันเป็นการเหยียดหยามศาสนา”

¹⁵² มาตรา 264 วรรคแรก ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดทำเอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เดิมหรือตัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในเอกสารที่แท้จริง หรือประทับตราปลอม หรือลงลายมือชื่อปลอมในเอกสาร โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าได้กระทำเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมเอกสาร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁵³ มาตรา 269 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดในการประกอบการงานในวิชาแพทย์ กฎหมาย บัญชีหรือวิชาชีพอื่นใด ทำคำรับรองเป็นเอกสารอันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁵⁴ มาตรา 269/1 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดทำบัตรอิเล็กทรอนิกส์ปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เดิมหรือตัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริง โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าได้กระทำเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริงหรือเพื่อใช้ประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท”

¹⁵⁵ มาตรา 269/8 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดทำหนังสือเดินทางปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใดเดิมหรือตัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในหนังสือเดินทางที่แท้จริง หรือประทับตราปลอมหรือลงลายมือชื่อปลอมในหนังสือเดินทาง โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าได้กระทำเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นหนังสือเดินทางที่แท้จริง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมหนังสือเดินทาง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

¹⁵⁶ จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 8

ตามมาตรา 206¹⁵⁷ ซึ่งพิจารณาตามความรู้สึกของคนทั่วไป ก็ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันมีอยู่ในขณะกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม แต่เป็นลักษณะของการกระทำที่มีขึ้นโดยการกระทำนั่นเอง จึงไม่ถือตามความรู้ของผู้กระทำโดยเฉพาะ¹⁵⁸

ดังนั้น เมื่อองค์ประกอบเชิงบริบทนี้เทียบได้กับพฤติการณ์ประกอบการกระทำแล้ว ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ถึงองค์ประกอบเชิงบริบทดังกล่าว กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่จำเป็นต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในบริบทที่เป็นรูปแบบที่ชัดเจน หรือเป็นการกระทำที่มีผลเป็นการทำลายล้างได้ด้วยตัวเองแต่อย่างใด เพราะไม่ใช่องค์ประกอบที่เป็นข้อเท็จจริงอย่างการกระทำที่เป็นการต้องห้ามทั้งห้าลักษณะ ซึ่งผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวว่า การกระทำของตนเป็นการฆ่า การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัส การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิด หรือการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น

2.2.5 กลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง (The Protected Groups)

การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นการกระทำที่มุ่งหมายโดยตรงต่อสมาชิกของกลุ่มและมุ่งต่อความเป็นกลุ่มเป็นสำคัญ ดังนั้น การกระทำต่อบุคคลใดที่จะเรียกว่าเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้นั้น ต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลนั้นในฐานะเป็นสมาชิกของกลุ่ม ไม่ใช่ในฐานะส่วนตัวของบุคคล แต่ไม่ใช่ว่าทุกกลุ่มจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และมาตรา 6 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดขอบเขตของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองเพียง 4 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มคนชาติ (National Group) กลุ่มทางชาติพันธุ์ (Ethnic Group) กลุ่มทางเชื้อชาติ (Racial Group) และกลุ่มทางศาสนา (Religious Group) เท่านั้น

ขอบเขตของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองคำนิยามตามกฎหมายทั้งสองฉบับมีขอบเขตที่แคบกว่านิยามตามความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่ แม้ในระหว่างการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จะมีความพยายามเพิ่มกลุ่มอื่น เช่น กลุ่มทางสังคม (Social Group) และกลุ่มทางการเมือง (Political Group) แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ ส่งผลให้อนุสัญญาถูกวิจารณ์ว่า

¹⁵⁷ มาตรา 296 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ แก่วัตถุหรือสถานอันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใดอันเป็นการเหยียดหยามศาสนานั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁵⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 156*, น.454.

มีขอบเขตที่คับแคบ เหตุผลหนึ่งที่อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดนิยามของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองไว้แคบและจำกัดเช่นนี้ เนื่องจากบทนิยามที่มีขอบเขตที่กว้างเกินไปอาจเป็นอุปสรรคต่อการเข้าเป็นภาคีของรัฐต่าง ๆ แม้มีความพยายามที่จะขยายการคุ้มครองถึงกลุ่มอื่นในภายหลังที่อนุสัญญามีผลบังคับใช้แล้ว แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จเช่นกัน ดังนั้น กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามที่บัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จึงยังมีเพียงสี่กลุ่ม และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็คงถือตามที่อนุสัญญาบัญญัติดังปรากฏในมาตรา 6

นอกจากนี้ มีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าประเภทของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองไม่ครอบคลุมกลุ่มอื่น ๆ เช่น กลุ่มทางวัฒนธรรม (Cultural Group) หรือกลุ่มทางการเมือง (Political Group) จึงมีข้อเสนอว่ากลุ่มเหล่านี้ได้รับความคุ้มครองเช่นกันในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือตีความถ้อยคำตามคำนิยามที่มีอยู่อย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงกลุ่มอื่น¹⁵⁹

2.2.5.1 ขอบเขตของกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง

ลักษณะเฉพาะของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองทั้งสี่กลุ่มนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ในคดี *Akayesu* ตั้งข้อสังเกตว่า ผู้ร่างมีเจตนาที่ว่าจะคุ้มครองกลุ่มใด ๆ ก็ได้ที่มีลักษณะมั่นคง (Stable) และถาวร (Permanent) ยิ่งกว่าเฉพาะกลุ่มที่กำหนดในอนุสัญญาเท่านั้น¹⁶⁰ ดังนั้น กลุ่มที่ไม่เข้าลักษณะทั้งสองประการนี้ จึงไม่อยู่ในขอบเขตของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง เช่น กลุ่มทางการเมือง

อย่างไรก็ตาม มีผู้วิจารณ์ว่าการกำหนดลักษณะของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าต้องเป็นกลุ่มที่มีลักษณะมั่นคงและถาวรนั้นค่อนข้างจำกัดเกินไป และการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ในคดี *Akayesu* สรุปว่า เจตนาของผู้ร่างอนุสัญญาที่ต้องการคุ้มครองกลุ่มที่มีลักษณะมั่นคงและถาวรทุกกลุ่ม ยิ่งกว่าการคุ้มครองเฉพาะกลุ่มที่ระบุไว้นั้น เป็นความผิดพลาดในการตีความรายงานการจัดเตรียมร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Preparatory Works or *travaux préparatoires*) เพราะเป็นการตีความโดยไม่ได้พิจารณาตามข้อเสนอของบรรดาผู้แทนของรัฐต่าง ๆ ที่ร่วมเจรจาในการร่างอนุสัญญา¹⁶¹

ในขณะที่ผู้แทนในคณะกรรมการชุดที่หกคัดค้านการรวมกลุ่มที่เฉพาะเจาะจงบางกลุ่ม โดยอ้างเหตุที่กลุ่มเหล่านั้นไม่มีลักษณะมั่นคงและถาวร แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามี

¹⁵⁹ Robert Cryer et al., *supra* note 14, p.208.

¹⁶⁰ *Prosecutor v. Akayesu*, *supra* note 73, para.516.

¹⁶¹ William A. Schabas, *supra* note 10, p.152.

หลักฐานใดที่ยอมรับว่า ลักษณะมั่นคงและถาวรดังกล่าวเป็นคำอธิบายลักษณะของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญา เพราะอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 แจกแจงประเภทของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองไว้โดยละเอียดในอนุสัญญาแล้ว¹⁶²

แนวคิดเรื่องกลุ่มที่มีลักษณะมั่นคงและถาวรนี้ นอกจากคำพิพากษาคดี *Akayesu* แล้ว ไม่ได้รับการสนับสนุนจากคำพิพากษาของศาลใดเลย ทั้งในคำพิพากษาอุทธรณ์ในคดี *Akayesu* เอง หรือแม้แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาในคดีอื่น เช่น องค์คณะอุทธรณ์ในคดี *Krstić* เห็นว่า กลุ่มคนสี่กลุ่มที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 เป็นกลุ่มบุคคลเฉพาะในมุมมองของอนุสัญญาเท่านั้น¹⁶³ รวมถึงคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ก็ไม่เคยมีการตอบสนองต่อแนวคิดดังกล่าวแต่อย่างใด¹⁶⁴

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียแสดงความเห็นเกี่ยวกับกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มีที่มาจากประวัติศาสตร์เพื่อคุ้มครองบรรดาชนกลุ่มน้อยในรัฐ (National Minorities) ดังนั้น กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองทั้งกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางศาสนา จะต้องตีความโดยคำนึงถึงบริบททางประวัติศาสตร์ดังกล่าว¹⁶⁵

แนวคิดดังกล่าวดูเหมือนจะถูกสืมไป จนกระทั่งปรากฏในรายงานของคณะกรรมการไต่สวนข้อเท็จจริงกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและสิทธิมนุษยชนในดาร์ฟูร์ (Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur) ซึ่งเห็นว่ากลุ่มตามอนุสัญญานั้นเป็นการกำหนดไว้อย่างแน่นอนไม่สามารถเพิ่มเติมได้ (Exhaustive) และเห็นว่าแนวคิดเรื่องกลุ่มที่มีลักษณะมั่นคงและถาวร เป็นการตีความและขยายความที่ไม่มีการโต้แย้งจากรัฐใดเลย ส่งผลให้แนวคิดเรื่องกลุ่มที่มั่นคงและถาวรกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁶⁶ แต่มีข้อโต้แย้งรายงานฉบับดังกล่าวว่า การที่ไม่มีรัฐใดแสดงท่าทีโต้แย้งแนวคิดดังกล่าวเนื่องจากรัฐต่าง ๆ เห็นว่าแนวคิดดังกล่าวเป็นเพียงแนวคิดตามคำพิพากษาส่วนน้อยที่ไม่มีคำพิพากษา

¹⁶² Robert Cryer et al., *supra note 14*, pp.208-209.

¹⁶³ *Prosecutor v. Krstić*, *supra note 136*, para.6-8.

¹⁶⁴ William A. Schabas, *supra note 10*, p.153.

¹⁶⁵ *Prosecutor v. Krstić*, *supra note 140*, para.555-556.

¹⁶⁶ UN Doc. S/2005/60, para.501.

ฉบับอื่นมาสนับสนุน¹⁶⁷ ดังนั้น การนิ่งเฉยของรัฐจึงไม่ได้ทำให้แนวคิดดังกล่าวกลายเป็นกฎเกณฑ์จารีตประเพณีไปได้ และไม่ปรากฏว่ามีแนวปฏิบัติของรัฐรวมถึงความเชื่อร่วมกันของรัฐว่า แนวคิดเรื่องกลุ่มที่มั่นคงและถาวรนั้นเป็นกฎหมาย (*opinio iuris*) อันเป็นองค์ประกอบสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเป็นกลุ่มทางโครงสร้างสังคม (Social Construction) มากกว่าเป็นข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Fact)¹⁶⁸ นอกจากนี้ ความเป็นสมาชิกของกลุ่มต้องได้มาแต่กำเนิด ในลักษณะที่ต่อเนื่องและไม่สามารถแก้ไขได้โดยง่าย (Continuous and Irremediable Manner) กล่าวคือ ต้องมิใช่กลุ่มที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงได้ (Mobile Group) และมีใช่กลุ่มซึ่งบุคคลสามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกได้โดยความสมัครใจ (Individual Voluntary Commitment) เช่น กลุ่มทางการเมือง หรือกลุ่มทางเศรษฐกิจ (Economic Group)¹⁶⁹

ดังนั้น เมื่ออนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศบัญญัติอย่างชัดแจ้งว่ากลุ่มคนที่ได้รับความคุ้มครองมีเพียงสี่กลุ่ม และไม่เปิดช่องให้ขยายขอบเขตความคุ้มครองถึงกลุ่มคนอื่น ๆ จึงควรตีความกลุ่มคนที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่ามีเพียงแค่นี้ดังกล่าวนั้น โดยมีเหตุผลสนับสนุนหลายประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด (Strict Interpretation) ซึ่งสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญา

ประการที่สอง การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดที่มีความรุนแรงที่สุด การขยายขอบเขตความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ให้กว้างขวางเกินไปอาจเป็นการลดความรุนแรงของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งจะส่งผลเสียถึงสถานะของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ประการที่สาม การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์น่าจะคุ้มครองบุคคล เพราะสถานะของบุคคลที่ติดตัวมาแต่กำเนิด โดยบุคคลเหล่านี้ไม่อาจเลือกสถานะที่ติดตัวมาได้ ถึงแม้ว่าการเปลี่ยนแปลงสัญชาติหรือศาสนาอาจทำได้บ้าง แต่ก็มิใช่การซับซ้อนและต้องใช้ระยะเวลา ในขณะที่การเปลี่ยนแปลงเชื้อชาติและชาติพันธุ์ไม่อาจทำได้ แต่ความคิดเห็นทางการเมืองหรือลักษณะการรวมตัวทางสังคมไม่ใช่สิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิด และเป็นสิ่งที่บุคคลมีสิทธิเสรีภาพที่จะกำหนดเลือกได้

¹⁶⁷ William A. Schabas, *supra note 10*, p.153.

¹⁶⁸ Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.212.

¹⁶⁹ Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, and James L. Bischoff, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Third Edition (Oxford: Oxford University Press, 2009), p.36.

ประการที่สี่ ในกรณีที่ต้องการตีความการคุ้มครองถึงกลุ่มทางการเมืองนั้น เห็นว่า แม้การฆ่ากลุ่มบุคคลที่มีความเห็นทางการเมืองต่างจากผู้กระทำความผิดจะไม่เข้านิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่การกระทำดังกล่าวอาจเข้าลักษณะความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้อยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตีความกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองให้กว้างกว่าที่อนุสัญญาและธรรมนูญศาลกำหนดไว้

อย่างไรก็ตาม รัฐมีเขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนที่จะบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐ เพื่อยอมรับรูปแบบของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองให้กว้างกว่าตามที่กำหนดในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 หรือธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเพียงใดก็ได้ รัฐจึงอาจบัญญัติกฎหมายภายในให้มีขอบเขตและค่านิยมของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองกว้างกว่าที่บัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งหากไม่เป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของบทบัญญัติเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และไม่ส่งผลเป็นการลดความสำคัญของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลงแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ารัฐย่อมมีอำนาจกระทำได้ เช่น ในกรณีของกลุ่มทางเพศ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่ารัฐอื่นจะต้องยอมรับตามนิยามที่กฎหมายภายในของรัฐบัญญัติ นอกจากนี้ หากรัฐกำหนดขอบเขตและค่านิยมของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองกว้างเกินขอบเขตที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปแล้ว อาจมีปัญหาในกรณีที่ต้องร้องขอหรือถูกร้องขอให้ส่งตัวผู้กระทำความผิดในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้ เพราะการพิจารณาเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามหลักความผิดสองรัฐ จำเป็นต้องพิจารณาขอบเขตของการกระทำที่ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย หากเป็นการกระทำต่อกลุ่มบุคคลที่รัฐที่ร้องขอคุ้มครองแต่ไม่ใช่กลุ่มบุคคลที่รัฐที่รับคำร้องขอคุ้มครองแล้ว รัฐที่รับคำร้องขอไม่สามารถส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปลงโทษในรัฐที่ร้องขอได้ ซึ่งประเด็นเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนี้จะกล่าวโดยละเอียดต่อไป

2.2.5.2 การนิยามกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง

อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ไม่ได้นิยามความหมายของแต่ละกลุ่มไว้อย่างชัดเจน รวมทั้งไม่ปรากฏนิยามของทั้งสี่กลุ่มนี้อย่างชัดเจนในที่ใดเลย อีกทั้งในรายงานการจัดเตรียมร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และในคำอธิบาย (Commentary) ของอนุสัญญา ก็ไม่ได้ทำให้เกิดความกระจ่างมากขึ้นแต่อย่างใด และจากการที่องค์การระหว่างประเทศ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองชนกลุ่มน้อย (Minorities) เป็นผู้มีบทบาทสำคัญอย่างมากต่อการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948

แสดงให้เห็นว่า แนวคิดเรื่องกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองกับชนกลุ่มน้อยมีบางส่วนที่ทับซ้อนกันอยู่ และในบางครั้งอาจถึงขนาดมีความหมายเดียวกัน¹⁷⁰

กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองทั้งสี่กลุ่มอาจมีความชัดเจนในเรื่องตัวอักษร แต่มีความสับสนในทางปฏิบัติ เพราะข้อบ่งเฉพาะทั้งสี่ลักษณะมีบางส่วนที่ทับซ้อนกัน¹⁷¹ ถึงแม้จะถือว่าทั้งสี่กลุ่มเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 แต่นิยามของแต่ละกลุ่มกลับยังไม่มีกรยอมรับเป็นการทั่วไปในทางระหว่างประเทศ เหตุเพราะว่าความหมายของแต่ละกลุ่มทับซ้อนกันค่อนข้างมาก จึงยากที่จะแยกแยะความหมายของแต่ละกลุ่มได้อย่างชัดเจน¹⁷² นอกจากนี้ คำนิยามแต่ละกลุ่มไม่เพียงแต่ทับซ้อนกัน แต่ยังต่างช่วยในการนิยามกลุ่มอื่น ๆ อีกด้วย¹⁷³ และการนิยามกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองนี้ไม่อาจถูกนิยามในเชิงปฏิเสธได้ เช่น การนิยามบุคคลที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มเดียวกับผู้กระทำความผิด¹⁷⁴

ในคดี *Akayesu* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับวันดา พยายามนิยามความหมายของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองแต่ละกลุ่ม ได้แก่ 1. กลุ่มคนชาติ (National Group) คือ กลุ่มของบุคคลซึ่งเป็นที่รับรู้ว่ามีจุดเกาะเกี่ยวทางกฎหมายร่วมกันภายใต้ความเป็นพลเมืองของรัฐเดียวกัน ประกอบกับรัฐและพลเมืองดังกล่าวมีความผูกพันแบบต่างตอบแทนระหว่างกันในลักษณะของสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย 2. กลุ่มทางเชื้อชาติ (Racial Group) คือ กลุ่มที่มีพื้นฐานการถ่ายทอดทางพันธุกรรมที่ปรากฏออกมาทางลักษณะทางกายภาพภายนอก (Hereditary Physical Traits) ซึ่งมักถูกแยกโดยเขตภูมิศาสตร์ โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยทางภาษา วัฒนธรรม สัญชาติ หรือศาสนา 3. กลุ่มทางชาติพันธุ์ (Ethnic Group) คือ กลุ่มที่สมาชิกมีภาษาหรือวัฒนธรรมร่วมกัน และ 4. กลุ่มทางศาสนา (Religious Group) ซึ่งรวมถึงนิกายหรือรูปแบบของการเคารพบูชา และกลุ่มที่มีความเชื่อร่วมกัน”¹⁷⁵ ซึ่งข้อพิจารณานิยามของแต่ละกลุ่มตามที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับ

¹⁷⁰ Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.210.

¹⁷¹ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29*, น.57.

¹⁷² Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.210.

¹⁷³ William A. Schabas, *supra note 10*, p.129.

¹⁷⁴ Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.213.

¹⁷⁵ *Prosecutor v. Akayesu*, *supra note 73*, para.511-515.

รวันดาใช้ เป็นการพิจารณาทางภาวะวิสัย (Objective Approach) คือ การพิจารณาความเป็นสมาชิกของกลุ่มจากลักษณะทั่วไปที่มีร่วมกันของกลุ่ม¹⁷⁶

ในขณะที่ในคดี *Kayishema* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา ยอมรับการใช้ข้อพิจารณาทางอัตวิสัย (Subjective Approach) หรือพิจารณาความเป็นกลุ่มจากความรับรู้ของบุคคลอื่น รวมทั้งตัวผู้กระทำความผิดเอง¹⁷⁷

กรณีการนิยามกลุ่มทางชาติพันธุ์โดยยึดเรื่องการเมืองหรือวัฒนธรรมร่วมกันเป็นเกณฑ์นั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา เห็นว่า ในกรณีของชาวทุตซีและชาวฮูตูแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าไม่สามารถใช้นิยามดังกล่าวเพื่อแบ่งแยกกลุ่มได้ แต่ศาลใช้ข้อพิจารณาทางอัตวิสัยจากการรับรู้ที่ชาวทุตซีเป็นชาติพันธุ์อื่นที่แยกออกจากกลุ่มอื่น นอกจากนี้ ชาวรวันดาต้องถือบัตรประจำตัวเพื่อแสดงว่าตนเป็นชาวฮูตู ทุตซี หรือทวา (Twa) ซึ่งการเป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์ได้นั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาจะถือการแบ่ง “ชาติพันธุ์” (Ethnic) ตามการแบ่งของทางการที่ปรากฏในบัตรประจำตัวนั้น และถือว่าเป็นกลุ่มที่มั่นคงและถาวร ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948¹⁷⁸

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ามีความจำเป็นต้องแบ่งแยกกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองมากน้อยเพียงใด เพราะตามนิยามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์กำหนดเพียงว่าเป็นการกระทำต่อกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดก็เพียงพอ กล่าวคือ ผู้กระทำกระทำต่อบุคคลดังกล่าวเพียงเพราะเขาเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง โดยที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องสามารถแยกความแตกต่างระหว่างกลุ่มดังกล่าว เช่นกรณีของชาวทุตซีและชาวฮูตู ซึ่งทั้งสองกลุ่มต่างเป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์ และผู้กระทำกระทำต่อกลุ่มชาวทุตซีเพราะกลุ่มดังกล่าวเป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์เพียงเท่านี้ก็เพียงพอที่จะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว โดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องแยกแยะความแตกต่างระหว่างกลุ่มชาวทุตซีหรือชาวฮูตูได้

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาในคดี *Krstić* รับรองว่า กลุ่มที่อนุสัญญากำหนดนั้นละเอียดแล้ว แต่ยอมรับว่าในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ไม่ได้แยกความแตกต่างหรือให้นิยามที่ชัดเจนของ

¹⁷⁶ Guclielmo Verdirame, "The Genocide Definition in the Jurisprudence of the *Ad Hoc* Tribunals," *International and Comparative Law Quarterly* 578, Volume 49, p.591 (2000).

¹⁷⁷ *Prosecutor v. Kayishema et al.*, *supra* note 28, para.98.

¹⁷⁸ Robert Cryer et al., *supra* note 14, p.210.

ทั้งสี่กลุ่มไว้ โดยศาลให้ความเห็นว่าอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) ใช้คำว่า “National Minorities” ในขณะที่เอกสารสากลอื่นใช้ถ้อยคำที่เหมือนกันว่า “Ethnic, Religious, or Linguistic Minorities” ซึ่งทั้งสองต่างมีจุดมุ่งหมายเดียวกัน โดยศาลอ้างอิงคำแนะนำของคณะกรรมการการยุโรปเพื่อประชาธิปไตยโดยกฎหมาย (The European Commission for Democracy through Law) หรือคณะกรรมการเวนิส (The Venice Commission) ที่ให้นิยามคำว่า “National Minority” ว่า หมายถึงกลุ่มที่มีประชากรเป็นส่วนน้อยกว่าประชากรที่เหลือของรัฐนั้น ซึ่งกลุ่มคนเหล่านั้นเป็นคนชาติของรัฐ แต่มีชาติพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาต่างจากประชากรที่เหลือ และกำหนดทิศทางของกลุ่มโดยเจตจำนงในการร่วมกันปกป้องวัฒนธรรม ประเพณี หรือศาสนาของพวกเขา¹⁷⁹

คณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อย (The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities) ใช้คำว่า “Ethnic” แทน “Racial” ทุกครั้งที่อ้างอิงถึงกลุ่มชนกลุ่มน้อย ซึ่งถูกอธิบายโดยชาติพันธุ์โดยกำเนิด (Ethnic Origin)

ในการจัดเตรียมร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรม การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 แสดงให้เห็นถึง คำว่า “Ethnicity” ถูกเพิ่มเพื่อให้นิยามประเภทของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองโดยอนุสัญญาดียิ่งขึ้น และเพื่อให้แน่ใจว่าคำว่า “National” ไม่ได้หมายความถึง กลุ่มทางการเมืองโดยแท้¹⁸⁰

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาในคดี *Bagilishema* เห็นว่าการที่ไม่มีนิยามขอบเขตของกลุ่มที่แน่นอน อาจทำให้เกิดความยุ่งยากในการตอบว่า ผู้เสียหายนั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่ นอกจากนี้ ผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อาจให้นิยามลักษณะของกลุ่มเป้าหมายที่ไม่สอดคล้องกับรูปแบบที่ใช้กันโดยทั่วไป และในกรณีเช่นนี้ ถ้าตามหลักฐานปรากฏว่าผู้กระทำความผิดรับรู้ว่าผู้เสียหายนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มที่ได้รับความ

¹⁷⁹ European Commission for Democracy through Law, The Protection of Minorities, (Strasbourg: Council of Europe Press, 1994), p.12 cited in *Prosecutor v. Krstić*, supra note 140, para.555.

¹⁸⁰ *Prosecutor v. Krstić*, ibid, para.555.

คุ้มครอง ผู้เสียหายนั้นก็ควรถูกถือว่าเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามวัตถุประสงค์ของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์¹⁸¹

(1) กลุ่มคนชาติ (National Group)

ร่างแรกของข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) รวมกลุ่มคนชาติไว้ในร่างดังกล่าว แต่ต่อมาก็มีการนำเอากลุ่มคนชาติดังกล่าวออกจากร่างสุดท้ายของข้อมติที่ 96 (I) โดยไม่ปรากฏเหตุผล แต่กลุ่มคนชาตินี้กลับเข้ามาอยู่ในร่างอนุสัญญาของเลขาธิการสหประชาชาติ พร้อมเพิ่มกลุ่มทางภาษา (Linguistic Group) เข้ามาด้วย¹⁸² โดยทั้งสองกลุ่มเข้ามาแทนการอ้างถึง “กลุ่มอื่น ๆ” (Other Groups)¹⁸³

ในชั้นคณะกรรมการชุดที่หก สหราชอาณาจักรตั้งข้อสังเกตว่ากลุ่มคนชาติไม่ควรรวมอยู่ในกลุ่มคนที่ได้รับความคุ้มครอง เพราะบุคคลมีอิสระที่จะเข้าหรือออกจากกลุ่มคนชาตินี้ได้ แต่ผู้แทนจากอียิปต์ยกตัวอย่างกรณีปัญหาชนกลุ่มน้อยชาวเยอรมันในโปแลนด์ และชนกลุ่มน้อยชาวโปแลนด์ในเยอรมนี รวมถึงกรณีของชาว Sudeten ในเยอรมนี แสดงให้เห็นถึงแนวคิดเรื่องกลุ่มคนชาตินี้ได้ชัดเจน แต่เนื่องจากมีความกังวลว่าอาจเกิดความสับสนระหว่างกลุ่มคนชาติกับกลุ่มทางการเมือง สวีเดนจึงเสนอให้เพิ่มกลุ่มทางเชื้อชาติเข้าไป

การพิจารณากลุ่มคนชาติในมุมมองทางกฎหมาย พิจารณาจากสิทธิและหน้าที่ และความผูกพันทางกฎหมายร่วมกัน ทั้งนี้ เพื่อให้แน่ใจว่ากลุ่มทางการเมืองจะไม่ถูกปฏิบัติในฐานะของกลุ่มคนชาติ

ตามพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1987 (Genocide Convention Implementation Act 1987) ของสหรัฐอเมริกา ให้นิยามกลุ่มคนชาติ โดยยึดเอาสัญชาติ (Nationality) หรือสัญชาติโดยกำเนิด (National Origin)¹⁸⁴ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ยอมรับกลุ่มบุคคลที่ถือหลายสัญชาติในเวลาเดียวกัน

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาในคดี *Akayesu* นิยามกลุ่มคนชาติว่า หมายความว่า กลุ่มของบุคคลซึ่งเป็นที่รับรู้ว่ามิใช่เฉพาะเกี่ยวข้องกับกฎหมายร่วมกัน ภายใต้ความเป็นพลเมืองของรัฐเดียวกัน ประกอบกับรัฐและพลเมืองดังกล่าวมีความผูกพันแบบต่างตอบแทน

¹⁸¹ *Prosecutor v. Bagilishema* (Case No. ICTR-95-1A-T), Judgment, 7 June 2001, para.65.

¹⁸² UN Doc. E/447, pp.17 and 22.

¹⁸³ William A. Schabas, *supra note 10*, p.134.

¹⁸⁴ Genocide Convention Implementation Act 1987 (Proxmire Act), S.1093 (7).

ระหว่างกันในลักษณะของสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการนิยามโดยมีพื้นฐานจากคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Nottebohm* ที่เห็นว่า สัญชาติ คือ ความผูกพันทางกฎหมายที่มีพื้นฐานความผูกพันทางสังคม ความเกี่ยวโยงอันแท้จริงของผลประโยชน์และความรู้สึก รวมไปถึงสิทธิหน้าที่ต่อกัน

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Nottebohm* มุ่งความสนใจไปในประเด็นการกำหนดสัญชาติของบุคคลมากกว่าการกำหนดความเป็นสมาชิกของกลุ่มคนชาติ ซึ่งมีความแตกต่างกันอย่างมาก กล่าวคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมุ่งพิจารณาที่จุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงระหว่างรัฐผู้ให้สัญชาติกับบุคคลดังกล่าว อย่างไรก็ตาม วิธีการเช่นว่านั้นไม่เหมาะสมกับบริบทของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เนื่องจากในคดี *Nottebohm* มิได้กล่าวถึงกรณีของชนกลุ่มน้อย ไม่ว่าจะถือสัญชาติของรัฐหรือจะเป็นคนไร้รัฐ (Stateless) ซึ่งมีวัฒนธรรมและความผูกพันอื่น ๆ ร่วมกันกับรัฐที่ตนอาศัยอยู่ อีกทั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมิได้ให้คำนิยามของกลุ่มคนชาติหรือการทำลายล้างกลุ่มคนชาติแต่อย่างใด

Stéfan Glaser ตั้งข้อสังเกตว่า ความเป็นชาติ (Nation) มิได้เป็นเพียงสังคมที่อยู่ร่วมกันโดยความมุ่งหมายทางการเมืองเท่านั้น แต่เหนือสิ่งอื่นใดสังคมดังกล่าวยังมีจุดเกาะเกี่ยวหรือลักษณะเฉพาะทางประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมร่วมกัน ในทางกลับกันจุดเกาะเกี่ยวทางดินแดนหรือรัฐไม่ใช่สิ่งสำคัญ¹⁸⁵ ในขณะที่ Nicodème Rughashyankiko อ้างถึงร่างอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกประติบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (ICERD) ในการหานิยามของกลุ่มคนชาติ โดยแยกความแตกต่างระหว่างคำว่า พลเมือง (Citizenship) ซึ่งเป็นการพิจารณาในแง่มุ่งทางการเมืองและกฎหมาย กับต้นกำเนิด (Origin) ซึ่งเป็นการพิจารณาในแง่มุ่งทางชาติพันธุ์วิทยาและสังคมวิทยา

Doudou Thiam ผู้เสนอรายงานพิเศษต่อคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ตั้งข้อสังเกตระหว่างการหารือเกี่ยวกับการนิยามความหมายของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ว่า กลุ่มคนชาติมักประกอบด้วยกลุ่มทางชาติพันธุ์ที่ต่างกันจำนวนมาก ดังจะเห็นได้จากในทวีปแอฟริกาที่รัฐต่าง ๆ มักมีประชากรจากหลายชาติพันธุ์ประกอบกัน¹⁸⁶

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสัญชาติอาจไม่ใช่จุดแบ่งแยกกลุ่มคนชาติที่ครอบคลุม แต่ก็ยังเป็นจุดที่ใช้แบ่งแยกความเป็นกลุ่มคนชาติที่ชัดเจนที่สุด ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่ากลุ่มคนชาติหมายถึง กลุ่มบุคคลที่รับรู้ที่จะมีข้อผูกพันทางกฎหมายร่วมกันภายใต้ความเป็นพลเมืองเดียวกันและ

¹⁸⁵ William A. Schabas, *supra note 10*, p.135, see also Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, and James L. Bischoff, *supra note 169*, p.34.

¹⁸⁶ William A. Schabas, *ibid*, p.137.

ผู้พันแบบต่างตอบแทนกันด้วยสิทธิและหน้าที่ เพราะสัญชาติของบุคคลย่อมแสดงอย่างชัดเจนผ่านทางเอกสารที่เป็นพยานหลักฐานต่าง ๆ รวมทั้งแสดงออกผ่านทางความคึกคักกันของรัฐที่บุคคลมีสัญชาติ

(2) กลุ่มทางเชื้อชาติ (Racial Group)

ในขณะที่ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมกรรมกรล้างเผ่าพันธุ์มนุษย ค.ศ. 1948 กลุ่มทางเชื้อชาติไม่ได้เป็นปัญหาสำหรับผู้ร่าง และไม่มีการถกเถียงกันเกี่ยวกับกลุ่มทางเชื้อชาตินี้มากนัก เนื่องจากเห็นว่ากลุ่มทางเชื้อชาตินี้เป็นสิ่งที่ใกล้เคียงอย่างมากกับหลักการที่ผู้ร่างมีเจตนาคุ้มครอง กลุ่มทางเชื้อชาตินี้ปรากฏอยู่ทั้งในข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) และในกระบวนการร่างอนุสัญญา ทั้งร่างของเลขาธิการสหประชาชาติและร่างที่เสนอโดยสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และจีน¹⁸⁷

Stéfan Glaser ให้นิยามคำว่า “เชื้อชาติ” ว่า หมายถึงประเภทของบุคคลซึ่งจำแนกจากลักษณะจากการถ่ายทอดทางพันธุกรรมที่มีร่วมกันและสม่ำเสมอ¹⁸⁸

ในคดี *Akayesu* ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา พิจารณานิยามในอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษยแล้วเห็นว่า กลุ่มทางเชื้อชาติ คือ กลุ่มที่มีพื้นฐานการถ่ายทอดทางพันธุกรรมที่ปรากฏออกมาทางลักษณะทางกายภาพภายนอก (Hereditary Physical Traits) ซึ่งมักถูกแยกโดยเขตภูมิศาสตร์ โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยทางภาษา วัฒนธรรม สัญชาติ หรือศาสนา แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาไม่ได้จัดให้ชาวทุตซีเป็นกลุ่มทางเชื้อชาติ แม้ชาวทุตซีในรวันดาจะเป็นกลุ่มที่มีการถ่ายทอดทางพันธุกรรมที่ปรากฏออกมาทางลักษณะทางกายภาพภายนอกก็ตาม

ตามพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย ค.ศ. 1987 ของสหรัฐอเมริกา ถ้อยคำแนวคิดของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาในคดี *Akayesu* โดยนิยามกลุ่มทางเชื้อชาติว่า กลุ่มของบุคคลที่มีลักษณะบ่งเฉพาะของกลุ่มเช่นว่านั้น ซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะของกลุ่มเช่นว่านั้น สามารถจำแนกได้โดยลักษณะที่แสดงออกมาภายนอก (Physical Characteristic) และลักษณะการถ่ายทอดทางชีวภาพ (Biological Descent)¹⁸⁹ ต่างจากโบลิเวียและปารากวัยที่ปฏิเสธการใส่คำว่ากลุ่มทางเชื้อชาติในบทบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษยตามกฎหมายภายในของตน เนื่องจากเห็นว่าเป็นการฟุ่มเฟือยและไม่จำเป็น¹⁹⁰

¹⁸⁷ *Ibid*, p.139.

¹⁸⁸ *Ibid*, p.140.

¹⁸⁹ Genocide Convention Implementation Act 1987 (Proxmire Act), S.1093.

¹⁹⁰ William A. Schabas, *supra note 10*, pp.139-140.

พจนานุกรมของมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด (The Oxford English Dictionary) ให้นิยามคำว่าเชื้อชาติ (Race) ไว้หลายความหมาย แต่ความหมายที่เหมาะสมที่สุด คือ กลุ่มของบุคคล สัตว์ หรือพืช ซึ่งมีบรรพบุรุษหรือต้นกำเนิดร่วมกัน (A group of persons, animals, or plants, connected by common descent or origin) และกลุ่มหรือประเภทของบุคคล สัตว์ หรือสิ่งของ ซึ่งมีลักษณะหนึ่งลักษณะใดร่วมกัน (A group or class of persons, animals, or things, having some common feature or features)¹⁹¹ โดยคำนิยามนี้สามารถขยายความรวมถึงชนกลุ่มน้อย ทั้งคนชาติ ชาติพันธุ์ และศาสนา (National, Ethnic and Religious Minorities) ซึ่งเป็นคำนิยามที่เข้าใจกันในช่วงปี ค.ศ. 1948 อย่างไรก็ตาม ความหมายนี้ไม่สอดคล้องกับการใช้ในปัจจุบันอีกต่อไป

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (ICERD) อ้างถึงกลุ่มทางเชื้อชาติใน 2 มาตรา คือ มาตรา 2 (2) และมาตรา 7 และให้นิยามคำว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” (Racial Discrimination) ว่า การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือกโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย สัญชาติโดยกำเนิด หรือชาติพันธุ์โดยกำเนิด¹⁹² ตามที่ Michael Banton อดีตประธานคณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ กล่าวว่า แนวคิดเรื่องเชื้อชาติมีความอ่อนไหวทางวัฒนธรรมในตัวเองด้วยความหมายที่ต่างกันในแต่ละทวีป และในหลายกรณีไม่ได้มีพื้นฐานเกี่ยวกับพันธุกรรมเลย¹⁹³ นอกจากนี้ คำว่าเชื้อชาติยังถูกใช้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามและการลงโทษอาชญากรรมที่เป็นการแบ่งแยกผิว ซึ่งได้รับการรับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ. 1973 เช่นกัน

¹⁹¹ *Ibid*, p.140.

¹⁹² Article 1 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

“1. In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life”.

¹⁹³ Michael Banton, International Action against Racial Discrimination, (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp.76-82 cited in William A. Schabas, *supra note 10*, pp.141-142.

เมื่อปี ค.ศ. 1993 ปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเวียนนา (Vienna Declaration and Programme of Action) อ้างถึง “กลุ่มทางเชื้อชาติและกลุ่มทางศาสนา”¹⁹⁴ ซึ่งมีความหมายสอดคล้องกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมาตรา 7 (1) (เอช) เกี่ยวกับการรังควาน และมาตรา 7 (2) (เอช) เกี่ยวกับนิยามของอาชญากรรมอันเป็นการเหยียดผิว (The Crime of Apartheid)

ในมุมมองทางวิทยาศาสตร์เห็นว่าคุณค่าของคำว่าเชื้อชาติในปัจจุบันเป็นเรื่องที่นักวิทยาศาสตร์สมัยใหม่ยังมีความเห็นขัดแย้งกันอยู่ แต่จากวิธีการจำแนกมนุษย์ออกเป็นประเภทย่อยจากลักษณะที่แสดงออกมา (Phenotypical Trait) และลักษณะทางพันธุกรรม (Genotypical Trait) เช่น นิกรอยด์ (Negroid) มองโกลอยด์ (Mongoloid) คอเคซอยด์ (Caucasoid) จะเห็นได้ว่าเรื่องเชื้อชาติอาจกลายเป็นเรื่องล้าสมัยไปเสียแล้ว

ความพยายามในการนิยามคำว่าเชื้อชาติ อาจมีความหมายแฝงเรื่องการเหยียดเชื้อชาติ แต่โดยทั่วไปมีจุดประสงค์ในการพิสูจน์ให้เห็นลักษณะร่วมทางกายภาพ เช่น สีผิว รวมถึงการให้เหตุผลทางวิทยาศาสตร์สำหรับการค้าทาสและการล่าอาณานิคม¹⁹⁵ นักมานุษยวิทยาเห็นว่านอกจากการอ้างถึงเชื้อชาติของมนุษย์อย่างเป็นทางการแล้ว นักสังคมวิทยาส่วนใหญ่ยังใช้คำว่าเชื้อชาติในความหมายของกลุ่มทางสังคมที่ถูกนิยามโดยลักษณะภายนอกทางร่างกายอีกด้วย¹⁹⁶

การอ้างถึงชีวภาพและการถ่ายทอดทางพันธุกรรมแสดงให้เห็นว่าลักษณะทางกายภาพที่ปรากฏออกมาภายนอกต้องพิจารณาจากลักษณะโดยรวมของกลุ่มที่ปรากฏออกมาภายนอก และบุคคลไม่ถูกตัดออกจากกลุ่มเพียงเพราะระดับของลักษณะทางเชื้อชาติที่ปรากฏออกมาไม่เทียบเท่ากับบุคคลอื่น เช่น บุคคลผิวดำที่มีผิวที่ขาวกว่าบุคคลอื่นไม่ถูกตัดออกจากกลุ่มเพียงเพราะสีผิวที่แตกต่าง¹⁹⁷

อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กลุ่มทางเชื้อชาติ คือ กลุ่มที่แบ่งแยกตามลักษณะของการถ่ายทอดทางพันธุกรรมที่แสดงออกมาภายนอก ซึ่งโดยปกติแล้วจะบ่งบอกจากพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ โดยไม่คำนึงถึงองค์ประกอบทางภาษา วัฒนธรรม คนชาติ หรือศาสนา

¹⁹⁴ UN Doc. A/CONF.157/24, para.33.

¹⁹⁵ William A. Schabas, *supra note 10*, p.142.

¹⁹⁶ Pierre L. van den Berghe, “Race – As Synonym,” in Dictionary of Race and Ethnic Relations, ed. Ellis Cashmore (London and New York: Routledge, 1996), p.297 cited in William A. Schabas, *ibid*, p.143.

¹⁹⁷ David L. Nersessian, *supra note 103*, p.22.

(3) กลุ่มทางชาติพันธุ์ (Ethnical Group)

คำว่า Ethnic ได้รับคำมาจากภาษากรีกโบราณว่า *ethnos* หมายถึงประชาชน (People)¹⁹⁸ ซึ่งใช้แสดงถึงคนนอกศาสนาหรือนอกกรีต (Heathen or Pagan)¹⁹⁹

คำว่า “กลุ่มทางชาติพันธุ์” ปรากฏในร่างแรกของข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) ก่อนที่จะถูกตัดออกไปในขั้นคณะกรรมการชุดที่หก และไม่ปรากฏในร่างสุดท้ายของข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติดังกล่าว

ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย ค.ศ. 1948 ของเลขานุการสหประชาชาติก็ยังไม่ปรากฏถึงกลุ่มทางชาติพันธุ์นี้ จนกระทั่งคณะกรรมการชุดที่หกได้เพิ่มตามข้อเสนอของสวีเดนที่เห็นว่าคำว่า “คนชาติ” (National) อาจสับสนกับเรื่องทางการเมืองได้ โดยผู้แทนของสวีเดนเห็นว่าความเป็นชนกลุ่มน้อยอาจเกิดจากภาษาที่กลุ่มใช้ก็ได้ ถ้าภาษาที่กลุ่มใช้ไม่ใช่ภาษาของรัฐ กลุ่มทางภาษานั้นย่อมได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์มากกว่าเป็นกลุ่มคนชาติ²⁰⁰ สหภาพโซเวียตเห็นพ้องกับข้อเสนอของสวีเดน โดยผู้แทนของสหภาพโซเวียตให้ความเห็นว่ากลุ่มทางชาติพันธุ์เป็นกลุ่มย่อยของกลุ่มคนชาติ เพราะเป็นการร่วมกลุ่มที่มีขนาดเล็กกว่าชาติ แต่อย่างไรก็ตามการคงอยู่ของมันย่อมเป็นประโยชน์แก่มนุษยชาติ²⁰¹

คำนิยามกลุ่มทางชาติพันธุ์มีปัญหาเรื่องความไม่แน่นอนตั้งแต่การร่างอนุสัญญาแล้ว ทั้งนี้ ในรายงานการจัดเตรียมร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษยกล่าวถึงความแตกต่างระหว่างการให้คำนิยามของรัฐต่าง ๆ กล่าวคือ การใช้และตีความกลุ่มทางชาติพันธุ์มักครอบคลุมกลุ่มต่าง ๆ ไม่ใช่เฉพาะภายในบริบทของกลุ่มคนชาติ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นกลุ่มทางชาติพันธุ์จะเป็นเพียงกลุ่มย่อยกลุ่มหนึ่งของกลุ่มคนชาติและกลุ่มทางศาสนาเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการกำหนดให้คำนิยามกลุ่มทางชาติพันธุ์กับกลุ่มทางเชื้อชาติมีความหมายเหมือนกันอีกด้วย²⁰²

สุดท้ายความพยายามเพิ่มกลุ่มทางชาติพันธุ์เข้าไปในกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาก็ประสบความสำเร็จในคณะกรรมการชุดที่หกนี้ แม้ว่าเสียงส่วนใหญ่ที่เห็นด้วยจะชนะเพียงเสียงเดียวก็ตาม²⁰³ แต่ความไม่สอดคล้องในการแยกลักษณะที่แตกต่างระหว่างกลุ่มทาง

¹⁹⁸ Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, and James L. Bischoff, *supra note 169*, p.34.

¹⁹⁹ William A. Schabas, *supra note 10*, p.145.

²⁰⁰ UN Doc. A/C.6/SR.75 (Petren, Sweden).

²⁰¹ UN Doc. A/C.6/SR.74 (Morozov, Soviet Union).

²⁰² Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, and James L. Bischoff, *supra note 169*, p.34.

²⁰³ มีผู้เห็นด้วย 18 เสียง ไม่เห็นด้วย 17 เสียง และงดออกเสียง 11 เสียง

ชาติพันธุ์และกลุ่มทางเชื้อชาติยังคงมีอยู่ต่อไป แม้แต่ภายหลังจากอนุสัญญาที่มีผลใช้บังคับแล้วก็ตาม²⁰⁴ ในขณะที่หลายรัฐเห็นว่าไม่มีความแตกต่างระหว่างกลุ่มทางเชื้อชาติ (Racial Group) และกลุ่มทางชาติพันธุ์ (Ethnic Group) โดยเหตุนี้เห็นว่าอาจนำคำว่า “ชาติพันธุ์” มาใช้ในกรณีที่ใช้คำว่า “เชื้อชาติ” แล้วมีปัญหา

ระหว่างการร่างประมวลกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติ ค.ศ. 1996 (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1996) คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาว่าจำเป็นหรือไม่ที่ต้องคงทั้งกลุ่มทางชาติพันธุ์และกลุ่มทางเชื้อชาติไว้ Doudou Thiam ผู้เสนอรายงานพิเศษต่อคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ เห็นว่าต้องคงทั้งสองกลุ่มไว้ในนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพื่อให้มีขอบเขตที่กว้างและครอบคลุมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทั้งทางกายภาพและทางวัฒนธรรม ในขณะที่เดียวกัน Doudou Thiam เองก็เห็นว่า การแยกความแตกต่างของทั้งสองกลุ่มเป็นเรื่องยากที่จะเข้าใจได้อย่างถ่องแท้ เพราะดูเหมือนว่าชาติพันธุ์ผูกพันมากกว่าวัฒนธรรม เนื่องจากมีพื้นฐานบนคุณค่าทางวัฒนธรรม และถูกกำหนดลักษณะจากวิถีการดำเนินชีวิต วิธีการคิด และมีมุมมองต่อชีวิตและสิ่งต่าง ๆ ที่เหมือนกัน หากมองในแง่ที่ลึกลงไป กลุ่มทางชาติพันธุ์มีพื้นฐานของการกำเนิด (Cosmogony) ในขณะที่องค์ประกอบทางเชื้อชาติจะอ้างถึงมากกว่าลักษณะทางกายภาพร่วมกันที่พบโดยทั่วไป²⁰⁵

ต่อมา คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเปลี่ยนถ้อยคำในประมวลกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติ ค.ศ. 1996 จาก Ethnic เป็น Ethnic เพื่อให้ถ้อยคำมีความทันสมัยมากขึ้น โดยไม่กระทบต่อความหมายในบทบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด²⁰⁶

ในขณะที่มาตรา 6 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ใช้คำว่า Ethnic แม้ว่าจะมีคำว่า Ethnic ปรากฏในส่วนอื่นของธรรมนูญ เช่น มาตรา 7 (1) (เอช) มาตรา 7 (2) (เอฟ) และมาตรา 21 เช่นเดียวกับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Application of the Convention on*

²⁰⁴ Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, and James L. Bischoff, *supra note 169*, p.34.

²⁰⁵ UN Doc. A/CN.4/398, para.58.

²⁰⁶ Article 17 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1996

the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide ที่ใช้คำว่า Ethnical²⁰⁷ และ ถ้อยคำดังกล่าวยังปรากฏในมาตรา 7 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก รูปแบบ (ICERD)

สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR) เห็นว่า เชื้อชาติควรรวมถึงกลุ่มทางชาติพันธุ์ทุกประเภทที่ โดยทั่วไปเรียกว่า “เชื้อชาติ” และมักถ่ายทอดความเป็นสมาชิกกลุ่มที่เป็นชนกลุ่มน้อยจากการสืบเชื้อสายเดียวกัน²⁰⁸

ประเด็นเรื่องต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์ (Ethnic Origin) ไม่ได้เป็นฐานของการห้ามเลือกปฏิบัติตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) หรือกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ซึ่งครอบคลุมโดยถ้อยคำอื่น เช่น เชื้อชาติ (Race) สีผิว (Colour) และสัญชาติ (Nationality) อย่างไรก็ตาม มาตรา 27 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) บัญญัติถึงสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางชาติพันธุ์ในการมีวัฒนธรรมเป็นของตนเอง

ในขณะที่มาตรา 13 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) บัญญัติถึงกลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ และกลุ่มทางศาสนา และตามมาตรา 1 (1) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (ICERD) กล่าวถึง เชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย ชาติกำเนิด หรือชาติพันธุ์โดยกำเนิด

Sir Julian Huxley และ A. C. Hadon เห็นว่า กลุ่มในยุโรปน่าจะถูกจัดเป็นกลุ่มทางเชื้อชาติมากกว่าจะกำหนดให้เป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์ จึงเสนอว่าความเป็นชาติพันธุ์ (Ethnicity) เป็นการใช้อ้อยคำทางสังคมวิทยาที่สละสลวยของคำว่าเชื้อชาติ (Race)²⁰⁹

²⁰⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures*, 13 September 1993, pp.342-343.

²⁰⁸ United Nations High Commissioner for Refugees, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, (Geneva: UNHCR, 2011), p.16.

²⁰⁹ J. Milton Younger, Ethnicity: Source of Strength? Source of Conflict?, (Albany: State University of New York Press, 1994), pp.16-18 cited in William A. Schabas, *supra note 10*, p.145.

Max Weber เห็นว่า กลุ่มทางชาติพันธุ์ คือ กลุ่มที่สมาชิกมีความเชื่อในการสืบสายโลหิตร่วมกัน เนื่องมาจากความคล้ายคลึงกันของลักษณะทางกายภาพ หรือขนบธรรมเนียมอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างร่วมกัน หรืออาจเกิดขึ้นจากความทรงจำในช่วงเวลาที่เป็นอาณานิคม ซึ่งไม่สำคัญว่าความสัมพันธ์ทางสายโลหิตจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่²¹⁰

Stéfan Glaser เห็นว่า “ชาติพันธุ์” ตามมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 กว้างกว่า “เชื้อชาติ” (Racial) และถูกใช้สำหรับกลุ่มบุคคลที่ผูกพันกันโดยขนบธรรมเนียมประเพณี ภาษา และเชื้อชาติเดียวกัน²¹¹

Professor Malcolm Shaw เห็นว่าเป็นเรื่องที่ยากในการแยกกลุ่มทางชาติพันธุ์กับกลุ่มทางเชื้อชาติออกจากกัน เขาจึงพยายามมองทั้งสองกลุ่มแบบรวมกันเพื่อให้ครอบคลุมกรณีที่เกี่ยวข้อง มากกว่าที่จะพยายามแยกความแตกต่างระหว่างสองกลุ่ม ซึ่งอาจจะปรากฏช่องว่างขึ้นได้²¹²

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตคำว่าชาติพันธุ์มีแนวโน้มที่จะถูกจำกัดตามนิยามที่ปรากฏเป็นการทั่วไปในช่วงปี ค.ศ. 1948 ซึ่งเป็นผลมาจากความพยายามที่จะให้กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองที่ถูกแจกแจงนั้นต่างมีความหมายอย่างเป็นอิสระ ในขณะที่เดียวกันก็คำนึงถึงการใช้ถ้อยคำดังกล่าวในภาษาต่าง ๆ ซึ่งนิยมใช้ในปัจจุบัน และในทางสังคมศาสตร์ โดยใช้ปัจจัยทางวัฒนธรรมและภาษาเป็นตัวแบ่ง ดังเช่นในคดี *Akayesu* ที่พิจารณาว่า กลุ่มทางชาติพันธุ์ (Ethnic Group) คือ กลุ่มที่สมาชิกใช้ภาษาหรือวัฒนธรรมร่วมกัน²¹³ และในคดี *Kayishema* ได้วินิจฉัยว่า การกำหนดว่าบุคคลใดเป็นสมาชิกของกลุ่มทางชาติพันธุ์ไม่ได้หมายถึงเพียงบุคคลนั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มที่มีภาษาหรือวัฒนธรรมร่วมกัน ซึ่งเป็นข้อพิจารณาทางภาวะวิสัยเท่านั้น แต่ยังคงต้องเป็นกลุ่มที่แยกแยะความเป็นสมาชิกของกลุ่มโดยตัวเอง

คณะกรรมการไต่สวนข้อเท็จจริงกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและสิทธิมนุษยชนในดาร์ฟูร์ พบว่า กลุ่มชาว Fur ชาว Massalit และชาว Zaghawa

²¹⁰ William A. Schabas, *ibid*, pp.145-146.

²¹¹ *ibid*, p.146.

²¹² Malcolm N. Shaw, “Genocide and International Law,” in ed. Yoram Dinstein, *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989), p.807 cited in William A. Schabas, *ibid*, p.146.

²¹³ *Prosecutor v. Akayesu*, *supra note 73*, para.513, see also *Prosecutor v. Kayishema et al.*, *supra note 28*, para.98.

ไม่ปรากฏลักษณะของกลุ่มทางชาติพันธุ์ (Ethnic Group) ที่แตกต่างจากกลุ่มของผู้กระทำ พวกเขา มีศาสนา (มุสลิม) และภาษาเดียวกัน (อาหรับ) แม้ว่า “ชาวแอฟริกัน” จะพูดทั้งภาษาถิ่นและภาษา อาราบิก ในขณะที่ “ชาวอาหรับ” พูดเพียงภาษาอาราบิกเท่านั้น และความแตกต่างยิ่งเลือนรางเมื่อมี การแต่งงานและการอยู่ร่วมกันระหว่างกลุ่ม ทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดต่างรับรู้ว่าเป็น ชาวแอฟริกันหรือไม่ก็เป็นชาวอาหรับ และองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นของศาลอาญาระหว่าง ประเทศในการพิจารณาคำร้องขอออกหมายจับนาย Omar Hassan Ahmad Al Bashir เห็นว่า ทั้งสามกลุ่มต่างมีภาษาของตนเอง มีวัฒนธรรมของกลุ่ม (Tribal Customs) และมีการเชื่อมโยงทาง ประเพณีกับดินแดนของกลุ่ม ซึ่งสิ่งเหล่านี้แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างกลุ่มชาติพันธุ์ดังกล่าว²¹⁴

สหรัฐอเมริกาเคยนิยามกลุ่มทางชาติพันธุ์ไว้ในพระราชบัญญัติอนุวัติการ ตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ว่า กลุ่มของบุคคลที่สามารถจำแนก เอกลักษณ์ของกลุ่มจากการมีวัฒนธรรมประเพณีหรือมรดกทางวัฒนธรรมร่วมกัน²¹⁵

ในขณะที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดายอมรับว่า กลุ่มชาว ทูตซีในรวันดาเป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์ โดยใช้ลักษณะทางสังคม (Social Characteristic) ในการ แบ่งกลุ่มชาวทูตซีและชาวฮูตูออกจากกัน เนื่องจากแทบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะใช้เกณฑ์เรื่องลักษณะทาง กายภาพที่ปรากฏออกมา เพื่อแบ่งแยกบุคคลทั้งสองกลุ่มออกจากกัน

กล่าวโดยสรุป กลุ่มทางชาติพันธุ์ หมายถึง กลุ่มที่มีลักษณะทาง วัฒนธรรม ภาษา เชื้อชาติ หรือลักษณะทางสังคมอื่น ๆ อย่างเดียวกัน

(4) กลุ่มทางศาสนา (Religious Group)

กลุ่มทางศาสนาเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อมติ ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) และยังปรากฏในช่วงแรกของการร่างอนุสัญญา

อย่างไรก็ตาม ในขั้นร่างข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) โดยคณะกรรมการชุดที่หก สหราชอาณาจักรตั้งข้อสงสัยเรื่องการรวมกลุ่มทางศาสนาเข้าไว้ในกลุ่มที่ ได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากบุคคลมีอิสระที่จะเข้าร่วมหรือออกจากกลุ่มทางศาสนา เช่นเดียวกับ สหภาพโซเวียตที่ตั้งข้อสงสัยเรื่องการใช้คำว่า “ทางศาสนา” ซึ่งมีการเรียกร้องให้เพิ่มเข้าไปในวงเล็บ หลังคำว่ากลุ่มคนชาติ อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้งว่าภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่งกลุ่มทางศาสนา มัก อยู่ในขอบเขตของสนธิสัญญาเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อย²¹⁶

²¹⁴ Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.212.

²¹⁵ Genocide Convention Implementation Act 1948 (Proxmire Act), S.1093 (2).

²¹⁶ William A. Schabas, *supra note 10*, p.147.

ผู้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 พิจารณาว่ากลุ่มทางศาสนาเทียบเคียงกับกลุ่มทางชาติพันธุ์หรือกลุ่มคนชาติ ถึงแม้ในทางทฤษฎีกลุ่มทางศาสนานี้จะเป็นการรวมกันอย่างสมัครใจ แต่ในทางปฏิบัติกลุ่มทางศาสนาเป็นกลุ่มที่มีลักษณะที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ เช่นเดียวกับลักษณะทางเชื้อชาติหรือชาติพันธุ์ Wahid Fikry Raafat ผู้แทนจากอียิปต์ ยกตัวอย่างการสังหารหมู่ชาวฝรั่งเศสที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ในวันเซนต์ บาร์โธโลมิว (St. Bartholomew) ช่วงปลายศตวรรษที่ 16 โดย Raafat ตั้งข้อสังเกตว่า เหตุการณ์ในอินเดีย ปากีสถาน และปาเลสไตน์ ควรรวมเป็นตัวอย่างของเหตุการณ์การทำลายกลุ่มทางศาสนา ไม่ใช่กลุ่มทางเชื้อชาติหรือกลุ่มคนชาติ²¹⁷

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียแสดงความเห็นในคดี *Krštić* ว่า เดิมกลุ่มบอสเนียมุสลิมถูกจัดเป็นกลุ่มทางศาสนา แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย ค.ศ. 1963 จัดให้ชาวบอสเนียมุสลิมเป็นกลุ่มคนชาติ²¹⁸

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาวินิจฉัยในคดี *Kayishema* และคดี *Akayesu* ว่า กลุ่มทางศาสนารวมถึงนิกาย (Denomination) หรือรูปแบบของการเคารพบูชา (Mode of Worship) หรือกลุ่มที่มีความเชื่อร่วมกัน²¹⁹ ซึ่งการให้คำนิยามโดยพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติของสมาชิกกลุ่มแคบกว่าแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน แต่เป็นการให้คำนิยามที่สามารถนำไปปรับใช้ได้จริง²²⁰

สหรัฐอเมริกาเคยนิยามกลุ่มทางศาสนาไว้ในพระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1987 ว่า กลุ่มของบุคคลที่เอกลักษณ์ของกลุ่มสามารถจำแนกได้จากข้อบัญญัติทางศาสนา ความเชื่อ ลัทธิ การปฏิบัติ หรือพิธีกรรมตามหลักศาสนาที่มีร่วมกัน²²¹ ในขณะที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) เห็นว่า สิ่งที่เรียกว่านิกายอาจไม่เหมาะสมที่จะได้รับประโยชน์จากหลักเรื่องเสรีภาพในการนับถือศาสนา

การให้คำนิยามกลุ่มทางศาสนาเกี่ยวข้องกับการให้นิยามคำว่า “ศาสนา” (Religion) เพราะหากเป็นกลุ่มบุคคลที่ไม่เชื่อในพระเจ้าหรือกลุ่มที่ไม่นับถือศาสนาใด ๆ เลย จะถือว่า

²¹⁷ UN Doc. A/C.6/SR.75 (Raafat, Egypt).

²¹⁸ *Prosecutor v. Krštić, supra note 140, para.559.*

²¹⁹ *Prosecutor v. Kayishema et al., supra note 28, para.98, see also Prosecutor v. Akayesu, supra note 73, para.515.*

²²⁰ David L. Nersessian, *supra note 103, p.24.*

²²¹ Genocide Convention Implementation Act 1987 (Proxmire Act), S.1093 (7).

เป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่ เพราะกลุ่มทางศาสนาอาจประกอบด้วยบุคคลที่มีความศรัทธาที่หลากหลาย ซึ่งรวมถึงกลุ่มที่ไม่ยอมรับมรดกทางศาสนาของพวกเขาเลย โดยในแง่นี้ก็กลุ่มบุคคลเหล่านี้แทบจะไม่มีความเป็นเอกภาพ (Homogeneous Group) แต่อย่างไรก็ตาม พวกเขาก็แสดงออกถึงความเชื่อและการปฏิบัติในลักษณะเดียวกัน นอกจากนี้ แนวความคิดเรื่องกลุ่มทางศาสนาไม่ควรยึดหยุ่นเพียงพอที่จะรวมบุคคลที่ไม่เชื่อในพระเจ้า (Atheist) และกลุ่มที่ไม่นับถือศาสนาใด ๆ เป็นกลุ่มเป้าหมายในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยมีพื้นฐานจากความเชื่อที่อยู่ภายใน หรือรูปแบบของการเคารพบูชา ซึ่งสอดคล้องแนวความคิดของนานาชาติประเทศและตามแนวความคิดของ Matthew Lippman ที่ว่า กลุ่มทางศาสนา หมายความรวมถึง ศาสนาเทวนิยม (Theistic) ไม่ใช่เทวนิยม (Non-Theistic) และอเทวนิยม (Atheistic)²²² ซึ่งมีอุดมคติทางจิตวิญญาณเป็นหนึ่งเดียวกัน²²³

มาตรา 18 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) คุ้มครองเสรีภาพในการมีหรือนับถือศาสนาหรือมีความเชื่อตามคตินิยมของตน และเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของตนโดยการสักการบูชา การปฏิบัติ การประกอบพิธีกรรม และการสอน ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (The Human Rights Committee) ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อติดตามการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบรรดารัฐภาคี แสดงความเห็นว่ คำว่า “ความเชื่อและศาสนา” ตามมาตรา 18 ควรถูกตีความอย่างกว้าง ไม่ควรจำกัดเฉพาะศาสนาหรือความเชื่อแบบดั้งเดิมหรือมีลักษณะสถาบันคล้ายคลึงกับ

²²² อเทวนิยม คือ ความเชื่อว่าพระเจ้าไม่มีอยู่จริง หรือการที่พระเจ้ามีอยู่เป็นเท็จ นอกจากนี้ ผู้ที่เป็นพวกอเทวนิยมยังปฏิเสธความเชื่อในพระเจ้าด้วย อเทวนิยมตามความหมายที่เข้าใจโดยทั่วไปนี้ เรียกว่า "อเทวนิยมแบบยืนยัน" (Positive Atheism)

นอกจากนี้ ยังมี "อเทวนิยมแบบปฏิเสธ" (Negative Atheism) หรือปฏิฐานนิยมเชิงตรรกวิทยา (Logical Positivism) ซึ่งมีทัศนะว่า คำพูดใดๆ เกี่ยวกับพระเจ้า รวมถึงข้อความว่า พระเจ้ามีหรือไม่มีอยู่นั้น ไม่อาจตัดสินได้ว่าเป็นความจริงหรือความเท็จ อย่งไรก็ตาม เพื่อไม่ให้สับสนกับความเข้าใจทั่วไปที่การกล่าวถึงอเทวนิยมจะหมายความว่าอเทวนิยมแบบยืนยัน จึงอาจเรียกพวกอเทวนิยมแบบปฏิเสธว่า “ไม่ใช่เทวนิยม” (Non-Theist) แทนการใช้คำว่า "อเทวนิยม"

โปรดดู โครงการปรัชญาสู่สังคมไทย, “อเทวนิยม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2558, <http://www.philospedia.net>.

²²³ Matthew Lippman, “The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-Five Years Later,” Temple International and Comparative Law Journal 1, No.1, Volume 8, p.29 (1994).

ศาสนาแบบดั้งเดิม แต่มุ่งคุ้มครองความเชื่อทั้งแบบเทวนิยม ไม่ใช่เทวนิยม และอเทวนิยม เช่นเดียวกับสิทธิที่จะไม่นับถือศาสนาหรือความเชื่อใด ๆ คณะกรรมการจึงมีความกังวลต่อแนวโน้มที่จะเลือกปฏิบัติต่อศาสนาหรือความเชื่อใดด้วยเหตุผลต่าง ๆ รวมทั้งเหตุผลที่ว่ากลุ่มดังกล่าวเป็นกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นใหม่ หรือเป็นชนกลุ่มน้อยทางศาสนาซึ่งอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อชุมชนทางศาสนาที่มีอำนาจเหนือกว่า²²⁴ แต่คณะกรรมการปฏิเสธรณสถานะการเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองของกลุ่ม “Assembly of the Church of the Universe” เพราะความเชื่อที่เกี่ยวข้องกับการบูชาและการใช้ยาเสพติดของกลุ่มดังกล่าวไม่ได้อยู่ในขอบเขตของมาตรา 18 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)²²⁵

เมื่อปี ค.ศ. 1999 คณะผู้เชี่ยวชาญสำหรับเหตุการณ์ในกัมพูชาได้กล่าวในรายงานว่า การกระทำต่อพระภิกษุในช่วงยุคเขมรแดงสามารถตีความเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต่อกลุ่มทางศาสนาได้ โดยเจตนาในการทำลายกลุ่มปรากฏจากหลักฐาน ได้แก่ คำสั่งที่เป็นภัยต่อศาสนาอย่างรุนแรงโดยเฉพาะกับบรรดาพระภิกษุ นโยบายของเขมรแดงเพื่อทำลายศาสนาพุทธ ทั้งทางกายภาพและทางพิธีกรรมทางศาสนา การสึกพระภิกษุ และการสังหารผู้นำทางศาสนาพุทธและพระภิกษุที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเขมรแดง²²⁶

นอกจากนี้ ในประเด็นเรื่องการทำลายศาสนาสามารถตีความเป็นการทำลายกลุ่มทางศาสนาได้เสมอไปหรือไม่นั้น คณะผู้เชี่ยวชาญสำหรับเหตุการณ์ในกัมพูชาเห็นว่าการกำจัดผู้นำทางศาสนาและสถาบันทางศาสนาอาจนำไปสู่การทำลายศาสนาอย่างถอนรากถอนโคน หากแต่จุดประสงค์ของการกระทำดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อทำลายศาสนา ไม่ใช่ทำลายบรรดาสาวกของศาสนานั้น นอกจากนี้ คณะผู้เชี่ยวชาญยังจัดให้ชาวมุสลิม ซึ่งนับถือศาสนาอิสลามและเป็นเหยื่อในยุคเขมรแดง เป็นทั้งกลุ่มทางชาติพันธุ์และกลุ่มทางศาสนา โดยหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำของเขมรแดง คือ นโยบายในการทำให้เป็นหนึ่งเดียวกัน (Policy of Homogenization) โดยการทำลายลักษณะเฉพาะของกลุ่มเหล่านั้นโดยเด็ดขาด และการสังหารผู้นำของพวกเขา อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อโต้แย้งว่า การกระทำเหล่านี้เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรมมากกว่าการล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพ และอยู่นอกเหนือขอบเขตตามอนุสัญญา²²⁷

²²⁴ UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, para.2 (1993).

²²⁵ UN Doc. CCPR/C/50/D/570/1993 (1994).

²²⁶ UN Doc. A/53/850, para.64.

²²⁷ William A. Schabas, *supra* note 10, p.150.

2.2.5.3 ปัญหาการตีความเรื่องกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง

แม้ว่ารัฐมีเขตอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้ภายในรัฐของตน ดังนั้น ในการบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ รัฐจึงอาจบัญญัติขยายขอบเขตและนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ให้ครอบคลุมรูปแบบอื่นของการทำลายได้²²⁸ แต่ดังที่กล่าวไปแล้วว่าหากขยายขอบเขตและนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่กว้างเกินไปจนเกินขอบเขตที่ได้รับ การยอมรับโดยทั่วไป นอกจากจะส่งผลกระทบต่อ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว ยังเป็นการลดความสำคัญของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลงอีกด้วย อย่างไรก็ตาม หากการบัญญัติขยายขอบเขตของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และไม่ส่งผลเป็นการลดความสำคัญของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลงแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ารัฐย่อมมีอำนาจกระทำได้ ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

นอกจากนี้ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาประการหนึ่ง คือ กรณีลูกครึ่ง (Half-Caste) ถือเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาในคดี *Ndindabahizi* ยอมรับว่า ลูกครึ่งระหว่างเบลเยียมกับรวันดา อาจตกเป็นเป้าหมายในการกระทำความผิดล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เนื่องจากเป็นชาวทูตซีได้ถึงแม้ว่าวัฒนธรรมของรวันดาจะนับเชื้อสายทางบิดาเป็นสำคัญ แต่จากหลักฐานปรากฏว่าเด็กที่เกิดจากมารดาชาวทูตซีก็ถูกกระทำเช่นกัน²²⁹

(1) ปัญหาความทับซ้อนของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง

กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามที่บัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศทั้งสี่กลุ่ม โดยแท้แล้วไม่ได้แยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด ดังนั้น ในบางครั้งกลุ่มที่ถูกกระทำอาจไม่ได้เข้าลักษณะของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองเพียงกลุ่มเดียว เช่น กรณีชาวยิวที่ถูกกระทำในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง สามารถตีความว่ากลุ่มชาวยิวดังกล่าวเป็นทั้งกลุ่มทางชาติพันธุ์และกลุ่มทางศาสนา รวมทั้งอาจตีความได้ว่าเป็นกลุ่มคนชาติได้เช่นกัน²³⁰

(2) ปัญหาการตีความรวมถึงกลุ่มอื่น ๆ

ตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) ระบุกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง ได้แก่ กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางศาสนา กลุ่มทางการเมือง และกลุ่มอื่น ๆ ซึ่งหลักทั่วไปของการตีความคำว่า “กลุ่มอื่น ๆ” ที่ระบุในข้อมติดังกล่าวนั้น ควรใช้การตีความแบบ *eiusdem*

²²⁸ Robert Cryer et al., *supra* note 14, p.220.

²²⁹ *Prosecutor v. Ndindabahizi*, *supra* note 135, para.467.

²³⁰ David L. Nersessian, *supra* note 103, p.25.

generis ซึ่งแปลว่า ในลักษณะหรือประเภทเดียวกัน กล่าวคือ การตีความคำดังกล่าวต้องตีความโดยพิจารณาจากบริบทแวดล้อมใกล้เคียง และกำหนดความหมายของคำดังกล่าวให้มีความหมายไปในทางเดียวกันกับบริบทแวดล้อมนั้น ดังนั้น คำว่ากลุ่มอื่น ๆ ต้องมีความหมายที่เหมือนหรือใกล้เคียงกับกลุ่มอื่น ๆ ที่ระบุไว้²³¹

ถึงแม้ตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) จะไม่ได้ระบุมรวมกลุ่มคนชาติและกลุ่มทางชาติพันธุ์เป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง แต่ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของเลขาธิการสหประชาชาติได้เพิ่มกลุ่มคนชาติ และกลุ่มทางภาษา (Linguistic Group) แทนที่คำว่า “กลุ่มอื่น ๆ” ที่ข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) เคยกำหนดไว้²³² แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะโต้แย้งว่ากลุ่มทางภาษาเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น และเลขาธิการสหประชาชาติเห็นว่ากลุ่มวิชาชีพ (Professional Group) และกลุ่มทางกีฬา (Athletic Group) ไม่อยู่ในความคุ้มครอง²³³

บทบัญญัติอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 แจกแจงกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองไว้โดยละเอียด แม้ว่าในช่วงหลายปีที่ผ่านมา คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศพยายามแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวเป็นแบบไม่แจกแจงกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองอย่างละเอียด แต่ความพยายามดังกล่าวยังไม่ประสบความสำเร็จ จึงยังคงใช้รูปแบบเดิมจนถึงปัจจุบัน นอกจากนี้ ยังมีความพยายามที่จะเพิ่มกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองให้มากกว่าที่อนุสัญญากำหนดไว้ แต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม มีหลายประเทศที่บัญญัติกฎหมายภายในเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ให้รวมการคุ้มครองกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองรูปแบบกว้าง เช่น ฝรั่งเศสที่ให้ความคุ้มครองรวมถึง “กลุ่มอื่นใดที่มีการแยกแยะโดยอำเภอใจ” ด้วย

ถึงแม้ว่าความพยายามเพิ่มกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองให้มากกว่าที่กำหนดในอนุสัญญาจะยังไม่ประสบความสำเร็จ แต่แนวคิดเรื่องการขยายขอบเขตหรือการตีความบทบัญญัติดังกล่าวให้รวมถึงกลุ่มอื่น ๆ ด้วย ก็ยังคงมีการถกเถียงกันจนถึงปัจจุบัน โดยกลุ่มที่มีการถกเถียงให้เพิ่มเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญามีหลายกลุ่ม แต่ในที่นี้จะกล่าวถึงเพียง 3 กลุ่ม ดังนี้

²³¹ *Prosecutor v. Delalić et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, para.166.

²³² William A. Schabas, *supra note 10*, p.150.

²³³ UN Doc. E/447, p.22.

ก. กลุ่มทางการเมือง (Political Group)

แนวคิดเรื่องกลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองนี้ เป็นแนวคิดที่ถกเถียงกันมานาน เนื่องจากเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มีสาเหตุหลักจากความขัดแย้งทางการเมืองและทางการเมืองมากกว่าเหตุผลเรื่องความเกลียดชังหรืออคติต่อกลุ่มอื่นเพียงอย่างเดียว รวมทั้งกลุ่มเป้าหมายแรกของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มักเป็นกลุ่มและนักกิจกรรมทางการเมือง ตัวอย่างเช่น กองทัพนาซีที่ทำลายองค์กรทางการเมืองที่อยู่ฝ่ายตรงข้าม เช่น ฝ่ายคอมมิวนิสต์และสังคมนิยม รวมทั้งสหภาพแรงงานในเยอรมนี หรือก่อนการสังหารหมู่ในรวันดา ชาวฮูตูได้สังหารกลุ่มคนที่อยู่ฝ่ายตรงข้ามทางการเมืองกับตน เหตุเพราะบุคคลเหล่านั้นสนับสนุนชาวฮูตูซึ่งถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชาวฮูตูเช่นกันก็ตาม²³⁴ หรือเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์ในบอสเนีย ชาวเซิร์บกำจัดนักกิจกรรมทางการเมืองชาวโครเอเชียและชาวบอสเนียมุสลิม ซึ่งเป็นขั้นแรกของการกำจัดชาวโครเอเชียและชาวมุสลิม แต่อย่างไรก็ตาม ยังไม่อาจอธิบายเป็นการทั่วไปว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เหล่านี้เริ่มเป็นการฆ่ากลุ่มทางการเมือง²³⁵

แนวความคิดเรื่องการตัดกลุ่มทางการเมืองออกจากกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง เริ่มแรกได้รับการสนับสนุนจากองค์การนอกภาครัฐ (NGO) และสอดคล้องกับความเห็นของ Lemkin เกี่ยวกับธรรมชาติของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์²³⁶ แต่เหตุที่กลุ่มทางการเมืองไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่ากลุ่มทางการเมืองมีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงได้และไม่คงที่ และมีความแตกต่างจากกลุ่มซึ่งมีลักษณะติดตัวมาแต่กำเนิด กล่าวคือ กลุ่มทางการเมืองเป็นองค์กรที่รวมกลุ่มกันด้วยความสมัครใจของบุคคล อีกทั้งกลุ่มทางการเมืองยังได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ อย่างเพียงพอแล้ว

นิยามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่ปรากฏเมื่อปี ค.ศ. 1946 ตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) เป็นแนวความคิดที่กว้างกว่าที่ปรากฏในอนุสัญญา ซึ่งส่วนหนึ่งสะท้อนให้เห็นถึงกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ในขณะนั้น แต่ร่างแรกของข้อมติดังกล่าวกลับไม่ปรากฏกลุ่มทางการเมือง เพิ่งมาปรากฏในชั้นคณะกรรมการของคณะกรรมการชุดที่หก โดยไม่ปรากฏรายงานการพิจารณาที่อธิบายถึงการพัฒนาแนวความคิดนี้

²³⁴ *Prosecutor v. Nahimana et al.* (Case No. ICTR-99-52-T), Judgment and Sentence, 3 December 2003, para.948.

²³⁵ Martin Shaw, *What is Genocide?*, (Cambridge: Polity, 2007), pp.70-71.

²³⁶ William A. Schabas, *supra note 10*, p.160.

ในระหว่างการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ ผู้เชี่ยวชาญที่ให้คำปรึกษาแก่เลขาธิการสหประชาชาติต่างให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องการคุ้มครองกลุ่มทางการเมือง โดย Lemkin เห็นว่า กลุ่มทางการเมืองขาดความถาวร (Permanency) และลักษณะเฉพาะอย่างเช่นกลุ่มอื่น ๆ นอกจากนี้ อนุสัญญาไม่ควรเผชิญกับความเสี่ยงในการปรับใช้แนวความคิดที่ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันเช่นนี้ และในประวัติศาสตร์ กลุ่มที่ตกเป็นผู้เสียหายจากการล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ มักเป็นกลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มคนชาติ และกลุ่มทางศาสนาทั้งสิ้น แต่ Henri Donnedieu de Vabres เห็นต่างออกไป เขาโต้แย้งว่าการล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงโดยไม่คำนึงถึงกลุ่มที่ตกเป็นเหยื่อ และการยกเว้นกลุ่มทางการเมืองอาจกลายเป็นการแสดงให้เห็นว่าการกระทำต่อกลุ่มทางการเมืองเป็นเรื่องที่ชอบธรรมไปได้²³⁷

ในขณะที่บรรดารัฐภาคีที่เกี่ยวข้องกับการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์เริ่มยอมรับการรวมกลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง เช่น สหรัฐอเมริกาเสนอให้กำหนดการกระทำผิดต่อกลุ่มบุคคล ทั้งกลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มคนชาติ กลุ่มทางศาสนา หรือกลุ่มทางการเมือง หรือฝรั่งเศสที่เสนอร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งกำหนดให้การโจมตีต่อชีวิตของกลุ่มบุคคล หรือปัจเจกบุคคลที่เป็นสมาชิกของกลุ่มดังกล่าว เนื่องมาจากเหตุเกี่ยวกับสัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หรือความคิดเห็นของเขา ในขณะที่องค์การสภาชาวยิว (Council of Jewish Organizations) เรียกร้องให้ตัดกลุ่มทางการเมืองออก ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดความล่าช้าในการยอมรับตามอนุสัญญา

ในชั้นคณะกรรมการร่างอนุสัญญาเฉพาะกิจที่ได้รับการแต่งตั้งตามข้อมติคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมที่ 117 (VI) เกิดข้อถกเถียงในประเด็นการรวมกลุ่มทางการเมืองเข้าไปในกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ โดยมีแนวความคิดที่ต่างกันสองแนวคิด ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการรวมกลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองซึ่งเป็นเสียงส่วนใหญ่ เห็นว่า ในอดีตกลุ่มทางการเมืองมักตกเป็นผู้ถูกกระทำการล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ ดังนั้น กลุ่มที่รวมกันโดยพื้นฐานของความคิดเห็นเดียวกันสมควรได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ ส่วนฝ่ายเสียงข้างน้อยที่ไม่เห็นด้วย เห็นว่า กลุ่มทางการเมืองขาดลักษณะถาวร และยังไม่มิลักษณะที่เหมือนกับกลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มคนชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ยิ่งไปกว่านั้น ความเป็นกลุ่มทางการเมืองยังมีความคลุมเครือเกินไปสำหรับการนำไปใช้ในศาล ประกอบกับอนุสัญญาว่าด้วยการล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ควรคุ้มครองกลุ่มที่มีลักษณะทางมนุษยธรรม มากกว่าลักษณะทางการเมือง เนื่องจากวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาต้องการป้องกันเหตุการณ์ร้ายแรงที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่

²³⁷ UN Doc. E/447, p.22.

ที่สอง ตัวอย่างเช่น เวเนซุเอลาเห็นว่าการรวมกลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองอาจเป็นอุปสรรคต่อการให้สัตยาบันอนุสัญญา เพราะการคุ้มครองกลุ่มดังกล่าวอาจเกิดการตีความที่ขัดขวางรัฐบาลในการดำเนินการกับกิจกรรมที่เป็นการบ่อนทำลายรัฐบาล ส่วนเลบานอนเห็นว่ากลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มคนชาติ และกลุ่มทางศาสนา ล้วนแต่มีลักษณะที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ ต่างจากกลุ่มทางการเมืองที่มีความมั่นคงน้อยกว่า จีนเองก็แสดงความเห็นว่ากลุ่มทางการเมืองไม่มั่นคงและไม่ได้มีลักษณะอย่างเดียวกันกับกลุ่มทางชาติพันธุ์ ทั้งยังเสี่ยงที่จะเกิดความสับสนระหว่างแนวความคิดเรื่องความผิดทางการเมือง (Political Crime) กับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้²³⁸

ในชั้นคณะกรรมการเฉพาะกิจ อูรุกวัยและอิหร่านเสนอให้ตัดคำว่า “ทางการเมือง” และ “ความคิดเห็นทางการเมือง” ออก ในขณะที่หลายรัฐโต้แย้งว่าความไม่สอดคล้องของกลุ่มทางการเมืองกับกลุ่มอื่นที่บัญญัติรับรองในอนุสัญญา และอาจเป็นอุปสรรคต่อการเข้าให้สัตยาบันของรัฐต่าง ๆ ได้

นอกจากนี้ สหภาพโซเวียตเห็นว่าอาชญากรรมที่กระทำโดยมีเหตุจูงใจในทางการเมือง ควรจัดเป็นอาชญากรรมประเภทพิเศษ เพราะไม่มีสิ่งใดที่เหมือนกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งเป็นการกระทำเนื่องจากเหตุผลเรื่องเชื้อชาติหรือสัญชาติ ไม่ใช่ความคิดเห็นทางการเมืองของกลุ่มนั้น²³⁹ โดย Platon D. Morozov ผู้แทนของสหภาพโซเวียต อธิบายว่า จากความเห็นทางวิทยาศาสตร์และทางนิรุกติศาสตร์ การล้างเผ่าพันธุ์ คือ การรังควานอย่างสำคัญต่อกลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มคนชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา²⁴⁰ เช่นเดียวกับโปแลนด์ที่คัดค้านการรวมกลุ่มทางการเมืองให้เป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง โดยตั้งข้อสังเกตว่า กลุ่มคนชาติ กลุ่มทางเชื้อชาติ และกลุ่มทางศาสนา จัดตั้งโดยมีเบื้องหลังทางประวัติศาสตร์ ในขณะที่กลุ่มทางการเมืองไม่มีลักษณะที่มั่นคง (Stable) ดังกล่าว²⁴¹

ในขณะที่ฝรั่งเศสโต้แย้งว่าเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องปกป้องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ไม่ใช่เพียงแค่อารมณ์ทางการเมือง แต่รวมถึงความคิดเห็นในด้านอื่น ๆ ด้วย ฝรั่งเศสจึงสนับสนุนการอ้างถึงความคิดเห็นทางการเมืองและความคิดเห็นอื่น ๆ ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ถูกใช้ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)²⁴² เช่นเดียวกับจีนที่สนับสนุนข้อเสนอของฝรั่งเศสในการขยายการคุ้มครองให้รวมถึงกลุ่มที่

²³⁸ William A. Schabas, *supra note 10*, p.155.

²³⁹ UN Doc. E/AC.25/SR.24, p.4.

²⁴⁰ UN Doc. E/AC.25/SR.13, p.3.

²⁴¹ William A. Schabas, *supra note 10*, p.155.

²⁴² UN Doc. E/AC.25/SR.4, p.10.

มีความคิดเห็นด้านอื่นนอกเหนือจากกลุ่มทางการเมือง แต่ในขณะเดียวกันจีนเตือนเรื่องการขยายค่านิยมกว้างเกินความจำเป็น และตั้งข้อสังเกตว่าไม่มีเหตุผลที่ดีเพียงพอว่า เหตุใดจึงไม่ควรรวมกลุ่มทางสังคม กลุ่มทางเศรษฐกิจ และกลุ่มอื่น ๆ ให้เป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองด้วย²⁴³

สหรัฐอเมริกาเห็นพ้องที่จะรวมกลุ่มทางการเมืองให้เป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองดังเช่นในข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) และเห็นว่าควรอ้างถึงความเชื่อทางการเมืองในมูลเหตุจูงใจของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่ไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอของฝรั่งเศสที่จะคุ้มครองกลุ่มที่มีความคิดเห็นด้านอื่นนอกจากความคิดเห็นทางการเมือง โดยสหรัฐอเมริกาเห็นว่ากลุ่มทางการเมืองได้รับการยอมรับง่ายกว่ากลุ่มที่ยึดถือความคิดเห็นที่แน่นอน (Certain Opinion) กลุ่มอื่น²⁴⁴

ในชั้นคณะกรรมการชุดที่หกก็เกิดข้อโต้แย้งจากหลายรัฐที่เห็นว่ากลุ่มทางการเมืองไม่สอดคล้องกับกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองกลุ่มอื่น และอาจขัดขวางการให้สัตยาบันอนุสัญญา เช่น เวเนซุเอลาที่เห็นว่าการรวมกลุ่มทางการเมืองเข้าไปในอนุสัญญาอาจเป็นอันตรายต่ออนาคตของอนุสัญญา เพราะรัฐอาจไม่ต้องการให้สัตยาบัน หากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์รวมถึงกลุ่มทางการเมือง

บรรดาประเทศในทวีปอเมริกาใต้ต่างให้ความสนใจเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์กลุ่มทางการเมือง เพราะการล้างเผ่าพันธุ์รูปแบบอื่นไม่เป็นที่รู้จักในภูมิภาคนี้มากนัก²⁴⁵ เช่น เอกวาดอร์เห็นว่าถ้าอนุสัญญาไม่ขยายการคุ้มครองถึงกลุ่มทางการเมืองแล้ว ผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อาจใช้ข้ออ้างเรื่องความคิดเห็นทางการเมือง เพื่อให้ตนเองหลุดพ้นความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับการรังควาน หรือการทำลายกลุ่มทางเชื้อชาติหรือกลุ่มทางศาสนา

ในขณะที่ช่วงแรกสวีเดนเห็นว่าประเด็นเรื่องการคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองและกลุ่มอื่น โดยหลักการควรอยู่ในอำนาจของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ต่อมา สวีเดนกลับเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องไม่ปล่อยให้กลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง แต่ทั้งนี้ทุกรัฐควรรับประกันว่ามาตรการในการคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองควรเป็นไปอย่างจำกัด ดังนั้น สวีเดนจึงลงคะแนนเสียงให้รวมกลุ่มทางการเมืองด้วย แต่ตั้งข้อสงวนเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทางวัฒนธรรม และคัดค้านการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ

อิหร่านเห็นว่ามีความแตกต่างระหว่างกลุ่มที่การเข้าเป็นสมาชิกเป็นเรื่องที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ เช่น กลุ่มที่มีพื้นฐานจากเชื้อชาติ ศาสนา หรือสัญชาติ กับกลุ่มที่การเข้าเป็นสมาชิกเป็นเรื่องของความสมัครใจ ซึ่งในสามัญสำนึกของมนุษยชาติเห็นว่าการทำลายกลุ่มประเภท

²⁴³ UN Doc. E/AC.25/SR.4, pp.11-12.

²⁴⁴ *Ibid*, p.11.

²⁴⁵ UN Doc. A/C.6/SR.75.

แรกเลวร้ายกว่า เพราะเป็นการกระทำโดยตรงต่อมนุษย์ซึ่งมีโอกาสเดียวที่จะรวมกลุ่มกัน ถึงแม้ว่าบุคคลสามารถเปลี่ยนสัญชาติหรือศาสนาได้ แต่การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่ค่อยเกิดขึ้นบ่อยนัก²⁴⁶ เช่นเดียวกับเบลเยียมที่อ้างถึงหลักการทางนิติรัฐศาสตร์ว่า การล้าแก่เผ่าพันธุ์ย่อมไม่รวมถึงกลุ่มทางการเมืองและกลุ่มทางเศรษฐกิจ

ประเทศมหาอำนาจในขณะนั้นอย่างสหภาพโซเวียต เห็นว่า การกระทำต่อกลุ่มทางการเมืองควรจัดเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ส่วนการล้าแก่เผ่าพันธุ์มนุษย์ควรใช้กับกลุ่มทางเชื้อชาติหรือกลุ่มคนชาติ อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกดังกล่าวก็ไม่ทำให้อาชญากรรมที่กระทำต่อกลุ่มอื่นนั้นมีความน่ารังเกียจน้อยลง โดยผู้แทนของสหภาพโซเวียตตั้งข้อสังเกตว่า สาระสำคัญของการล้าแก่เผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ เกณฑ์ในการเป็นสมาชิกของกลุ่มเป็นเกณฑ์ทางภาวะวิสัย ไม่ใช่ทางอัตวิสัย ดังนั้นจึงไม่ควรรวมกลุ่มทางศาสนาด้วย เพราะบุคคลสามารถเปลี่ยนศาสนาได้ตลอด และบรรดาคดีต่อกลุ่มทางศาสนาที่เป็นที่รู้จักทั้งหมด ก็มีเหตุผลเรื่องสัญชาติและเชื้อชาติมาเกี่ยวข้อง ดังนั้น สหภาพโซเวียตจึงเห็นว่ากลุ่มทางศาสนาควรถูกระบุในวงเล็บหลังกลุ่มทางเชื้อชาติและกลุ่มคนชาติ

ประเทศที่ถือว่าเป็นตัวแปรสำคัญในประเด็นนี้ คือ สหรัฐอเมริกา ซึ่งเดิมเป็นแกนนำหลักที่พยายามรวมกลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง แต่ต่อมากลับเปลี่ยนท่าทีไปอย่างรวดเร็ว โดย Ernest Gross ผู้แทนสหรัฐอเมริกา เห็นว่า แนวความคิดเรื่องกลุ่มทางการเมืองเป็นเรื่องที่ถูกต้อง แต่การปรับใช้นุสญญากับกลุ่มทางการเมืองอาจขัดขวางการให้สัตยาบันของประเทศต่าง ๆ ซึ่งผู้แทนของสหรัฐอเมริกาสันับสนุนการตัดกลุ่มทางการเมืองออก เพื่อให้มีรัฐเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาจำนวนมากที่สุด และคาดหวังว่าในอนาคตอนุสัญญาจะมีการแก้ไขเพื่อรวมกลุ่มทางการเมืองให้เป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง²⁴⁷

สุดท้าย ในชั้นคณะกรรมการชุดที่หกมีมติเสียงข้างมาก 22 ต่อ 6 เห็นควรให้ตัดกลุ่มทางการเมืองออก²⁴⁸ ประเทศที่ดูไม่พอใจกับผลดังกล่าว คือ จีน ซึ่งต้องการรักษากลุ่มทางการเมืองเอาไว้ โดยเห็นว่ากลุ่มทางการเมืองต้องการความคุ้มครองจากการล้าแก่เผ่าพันธุ์มนุษย์ยิ่งกว่ากลุ่มคนชาติหรือกลุ่มทางศาสนา²⁴⁹

ข้อถกเถียงเรื่องกลุ่มทางการเมืองนี้เป็นข้อถกเถียงจนถึงร่างสุดท้ายของอนุสัญญาโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ แต่หลังจากผ่านการไตร่ตรองเป็นอย่างดีแล้ว สุดท้าย

²⁴⁶ UN Doc. A/C.6/SR.74.

²⁴⁷ William A. Schabas, *supra note 10*, p.159.

²⁴⁸ UN Doc. A/C.6/SR.128, p.664.

²⁴⁹ *Ibid*, p.664.

กลุ่มทางการเมืองได้ถูกนำออกจากอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ถึงแม้จะมีข้ออ้างว่ากลุ่มทางการเมืองถือเป็นกลุ่มคนชาติซึ่งได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาอยู่แล้วก็ตาม

ตามที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การที่ผู้ร่างอนุสัญญาตัดกลุ่มทางการเมืองออกไปจากกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองค่อนข้างแน่ชัดว่าเป็นเรื่องเหตุผลทางการเมืองมากกว่าเหตุผลทางหลักการ (Reason of Principle) เนื่องจากผู้ร่างมีความประสงค์ที่จะประนีประนอมทางการเมืองระหว่างประเทศ กล่าวคือ หากรับรองกลุ่มทางการเมืองไว้ในอนุสัญญาแล้ว อาจทำให้รัฐต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาน้อยลง เนื่องจากรัฐย่อมไม่ต้องการให้มีการแทรกแซงทางการเมืองภายในประเทศของตน และอาจกระทบต่อความมั่นคงภายในประเทศอีกด้วย นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลเรื่องแรงกดดันจากสหรัฐอเมริกาและสหภาพโซเวียต ซึ่งเป็นประเทศมหาอำนาจในขณะนั้น

ส่วนเหตุผลทางหลักการ ตามรายงานการจัดเตรียมร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ปรากฏว่า กลุ่มทางการเมืองถูกตัดออกจากกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง เพราะเป็นกลุ่มที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงได้ ในขณะที่กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องเป็นกลุ่มที่มีลักษณะมั่นคง (Stable) และถาวร (Permanent)²⁵⁰ นอกจากนี้ กลุ่มทางการเมืองมีความแตกต่างจากกลุ่มอื่นซึ่งมีลักษณะติดตัวมาแต่กำเนิด ในขณะที่กลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่รวมตัวกันด้วยความสมัครใจของบุคคลที่เข้าเป็นสมาชิก²⁵¹ อีกทั้งมีกฎหมายระหว่างประเทศอื่นให้ความคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองเพียงพอแล้ว เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ซึ่งเหตุผลทั้งสองประการเป็นข้ออ้างที่มีการโต้แย้งกันอย่างกว้างขวางในการร่างอนุสัญญา และนำมาสู่ข้อสรุปของการไม่บัญญัติกลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948

อย่างไรก็ตาม การตัดกลุ่มทางการเมืองออกถือเป็นจุดบอดของอนุสัญญาที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์มาอย่างต่อเนื่องนับตั้งแต่อนุสัญญามีผลบังคับใช้ ดังนั้น ในระหว่างการร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงมีผู้แทนของบางรัฐเสนอว่ากลุ่มทางการเมืองควรถูกรวมเข้ามาเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยหวังว่าจะเป็นการปรับปรุงแก้ไขมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่สุดท้ายธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ไม่ได้ให้ความคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองแต่อย่างใด จนเกิดข้อโต้แย้งว่าการที่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้คุ้มครองกลุ่มทางการเมืองนั้น

²⁵⁰ *Prosecutor v. Rutaganda, supra note 106, para.57.*

²⁵¹ *Martin Shaw, supra note 235, p.70.*

เป็นการคุ้มกันมิให้ผู้นำของประเทศซึ่งเป็นมหาอำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศต้องรับผิดชอบในความผิดฐานล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์ เนื่องจากเป็นการกระทำต่อกลุ่มที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง ทั้งที่การล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์มักเป็นการกระทำต่อกลุ่มทางการเมือง

เมื่อปี ค.ศ. 1994 คณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อย (Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities) ออกข้อมติเพื่อแนะนำว่าควรปรับปรุงแก้ไขอนุสัญญาว่าด้วยการล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์ และเห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่จะขยายการบังคับใช้ให้รวมถึงการล้าหลังเผ่าพันธุ์ทางการเมืองด้วย²⁵²

Beth Van Schaack มองว่าแม้กลุ่มทางการเมืองและกลุ่มทางสังคมจะไม่ใช่ในนิยามที่จำกัดของการล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่กลุ่มดังกล่าวก็ได้รับความคุ้มครองจากการล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดฐานความผิดล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์ ทั้งอนุสัญญาว่าด้วยการล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ จะไม่ได้คุ้มครองกลุ่มทางการเมืองหรือกลุ่มทางสังคม แต่การล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์ยังมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่ ซึ่ง Beth Van Schaack ตีความว่าการล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองกลุ่มอื่น ๆ ด้วยเช่นกัน²⁵³

นอกจากนี้ ยังมีความเห็นว่าในปัจจุบันการล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์กลุ่มทางการเมืองถือเป็นความผิดแล้ว โดยเป็นอาชญากรรมเพียงลักษณะเดียวที่ถูกพัฒนาโดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศภายหลังที่อนุสัญญาว่าด้วยการล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์มีผลใช้บังคับ²⁵⁴ ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประเภทหนึ่งตามมาตรา 38 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) เช่นเดียวกับสนธิสัญญา โดยทุกบ่อเกิดมีลำดับศักดิ์เท่าเทียมกัน ดังนั้น แม้การล้าหลังเผ่าพันธุ์มนุษย์กลุ่มทางการเมืองจะมีบ่อเกิดจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ก็มีผลผูกพันเหมือนสนธิสัญญา²⁵⁵

อย่างไรก็ตาม การขาดความเป็นเอกภาพ (Uniformity) และขาดฉันทามติ (Consensus) ของรัฐต่าง ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองชี้ให้เห็นว่า ทางปฏิบัติ

²⁵² SCHR Resolution 1994/11, para.4.

²⁵³ ปกป้อง ศรีสนธิ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, น.55.

²⁵⁴ David L. Nersessian, *supra note 103*, p.91.

²⁵⁵ *Ibid*, p.91.

ของรัฐยังไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงปทัสสถานทางกฎหมาย (Legal Norm) ต่อการล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์กลุ่มทางการเมือง แต่ก็ยังมีกลุ่มประเทศส่วนน้อยที่เห็นว่ากลุ่มทางการเมืองควรอยู่ในคำนิยาม และควรได้รับความคุ้มครอง²⁵⁶

บรรดาประเทศที่กำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายภายใน มีประเทศที่กำหนดคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองไว้อย่างชัดเจนจำนวน 11 ประเทศ²⁵⁷ ได้แก่ บังกลาเทศ กัมพูชา โคลอมเบีย คอสตาริกา โกตดิวัวร์ (ไอวอรีโคสต์) เอกวาดอร์ เอธิโอเปีย ลิทัวเนีย ปานามา โปแลนด์ และสโลวีเนีย ในขณะที่อีก 9 ประเทศยอมรับกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง รูปแบบกว้าง โดยกำหนดกลุ่มจากกฎเกณฑ์ใด ๆ ตามอำเภอใจ (Any Arbitrary Criterion)²⁵⁸ ได้แก่ ฝรั่งเศส สาธารณรัฐคองโกหรือคองโก-บราซซาวิล เบลารุส บูร์กินาฟาโซ เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ลัตเวีย แคนาดา และโรมาเนีย ส่วนประเทศอื่น ๆ คงบัญญัติกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองเพียง 4 กลุ่มตามที่กำหนดในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

เมื่อคิดสัดส่วนระหว่างประเทศที่รวมกลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายภายใน กับประเทศที่ไม่ได้รวมการคุ้มครองถึงกลุ่มทางการเมืองแล้ว ปรากฏว่ากลุ่มแรกมีสัดส่วนน้อยกว่า โดยกลุ่มประเทศที่ให้คุ้มครองกลุ่มทางการเมืองคิดเป็นประมาณร้อยละ 24 ในขณะที่อีกร้อยละ 76 ไม่ได้รวมการคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองไว้ ซึ่งบรรดาประเทศมหาอำนาจล้วนแต่ไม่คุ้มครองกลุ่มทางการเมือง ยกเว้นแคนาดาและฝรั่งเศส²⁵⁹ ที่รวมการคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองไว้ในกฎหมายภายในของตน²⁶⁰ ในขณะที่ประเทศที่เหลือซึ่งคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองจะเป็นประเทศขนาดเล็กในทวีปอเมริกาใต้ ทวีปยุโรปตะวันออก และทวีปเอเชีย

อย่างไรก็ตาม ประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องคำนึงถึงความสำคัญของบทบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น การลดระดับความรุนแรงและ

²⁵⁶ *Ibid*, p.113.

²⁵⁷ *Ibid*, p.112.

²⁵⁸ *Ibid*, pp.112-113.

²⁵⁹ ฝรั่งเศสเป็นประเทศสมาชิกถาวรคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเพียงประเทศเดียวที่รวมการคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองในกฎหมายภายในเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ถึงแม้ฝรั่งเศสจะไม่ได้กำหนดการคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองไว้อย่างชัดเจนก็ตาม โปรดดู มาตรา 211-1 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

²⁶⁰ David L. Nersessian, *supra note 103*, pp.112-113.

ความสำคัญของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลง ย่อมทำให้ประสิทธิภาพของการป้องกันและปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลดลง แต่เนื่องจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ส่วนใหญ่มักเป็นการกระทำต่อกลุ่มทางการเมือง จึงมีความพยายามที่จะตีความขยายความจากกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองให้ครอบคลุมกลุ่มทางการเมืองด้วย

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นว่าแม้การกระทำต่อกลุ่มทางการเมืองจะไม่ใช่เป็นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่ก็อาจเป็นความผิดฐานอื่นได้ เช่น การกระทำที่เป็นการรังควาน ซึ่งเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ให้ความคุ้มครองการกระทำด้วยความรุนแรงต่อปัจเจกบุคคลด้วยเหตุผลทางการเมืองอย่างเพียงพอแล้ว ทั้งนี้ มีประเด็นที่สำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับการลงโทษการกระทำต่อกลุ่มทางการเมือง คือ การลงโทษต้องไม่เกิดจากการกลั่นแกล้งทางการเมือง โดยใช้ข้ออ้างเรื่องความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรืออาชญากรรมระหว่างประเทศฐานอื่นเพื่อกำจัดศัตรูทางการเมือง เพราะการกระทำเช่นนั้นไม่ใช่วัตถุประสงค์ของการลงโทษการกระทำที่ความผิดเหล่านี้แน่นอน

ข. กลุ่มทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Group)

ในระหว่างการร่างอนุสัญญา สหรัฐอเมริกาเป็นผู้เสนอให้รวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ แต่ต่อมาข้อเสนอก็ตกไป โดยเนเธอร์แลนด์เห็นว่าเป็นเรื่องที่ไกลเกินไป และมาตรการทางเศรษฐกิจเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐ หากรวมเรื่องกลุ่มทางเศรษฐกิจในอนุสัญญาก็อาจเกิดการอ้างอนุสัญญาเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน

Lemkin กล่าวถึงการล้างเผ่าพันธุ์ทางเศรษฐกิจในหนังสือของเขา แต่ไม่ใช่ในความหมายของการทำลายกลุ่มทางเศรษฐกิจ หากแต่หมายความว่าทำลายรากฐานของวิถีชีวิตทางเศรษฐกิจของรัฐหรือชนกลุ่มน้อยในรัฐ ชาอูตีอาระเบียจึงได้หยิบยกแนวความคิดของ Lemkin มาไว้ในร่างของตนว่า “การสลายกลุ่มโครงสร้างทางการเมือง ทางสังคม หรือทางเศรษฐกิจอย่างมีแผนการ”²⁶¹

ถึงแม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้บัญญัติรวมความคุ้มครองกลุ่มทางเศรษฐกิจและสังคมไว้ และในการร่างธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีข้อเสนอให้รวมการคุ้มครองกลุ่มทางเศรษฐกิจและสังคมด้วย แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ อย่างไรก็ตาม การกระทำต่อกลุ่มดังกล่าวอาจตีความว่าเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้

อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของหลายรัฐรวมการคุ้มครองกลุ่มทางสังคมไว้ด้วย เช่น เปรู ปารากวัย และลิทัวเนีย ในขณะที่สเปนและโปรตุเกสเคย

²⁶¹ UN Doc. A/C.6/86.

รวมการคุ้มครองกลุ่มทางสังคมไว้ในกฎหมายภายในเช่นกัน แต่ต่อมามีการแก้ไขไปใช้คำนิยามตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948

ค. กลุ่มทางเพศ (Gender Group)

มิติทางเพศในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นประเด็นที่นักสตรีนิยม (Feminist) เป็นผู้ริเริ่มขึ้น²⁶² โดยมีนักวิชาการหลายคนสนับสนุนให้เพิ่มกลุ่มทางเพศเข้าเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากเห็นว่า การล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองเกิดขึ้นกับทั้งผู้ชายและผู้หญิงไม่แตกต่างกัน

เมื่อปี ค.ศ. 1998 Dalia Ofer และ Lenore Weitzman ตั้งข้อสงสัยต่อประเด็นดังกล่าว โดยบทหนึ่งในหนังสือ Women in the Holocaust ของทั้งสองพิสูจน์ว่า ผู้หญิงและผู้ชายถูกปฏิบัติจากกองทัพนาซีและประสบกับเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์แตกต่างกัน โดยตามข้อสันนิษฐานของ Ofer และ Weitzman เห็นว่า ประสบการณ์ของผู้ชายแสดงถึงประสบการณ์เกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่รับรู้กันโดยทั่วไป (The Universal Experience of Holocaust)²⁶³ ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า สาเหตุที่ประสบการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของกองทัพนาซีถูกถ่ายทอดผ่านทางผู้ชายมากกว่าผู้หญิงนั้น เพราะลักษณะทางกายภาพของผู้หญิงที่อ่อนแอกว่าผู้ชาย จึงมักเสียชีวิตหรือถูกฆ่าเป็นกลุ่มแรก ๆ และไม่รอดชีวิตจากค่ายกักกันเพื่อมาบอกเล่าประสบการณ์ในค่ายกักกันของตน

ผู้เสนอเรื่องแนวความคิดเรื่อง “การล้างเผ่าพันธุ์ด้วยอคติทางเพศ” (Gendercide) เช่น Mary Anne Warren ซึ่งเป็นผู้บัญญัติคำว่า “Gendercide”²⁶⁴ กล่าวเกี่ยวกับรูปแบบของความรุนแรงที่แตกต่างจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยทั่วไป โดยในหนังสือ Gendercide: The Implications of Sex Selection ของ Warren อธิบายความหมายของคำว่า การล้างเผ่าพันธุ์ด้วยอคติทางเพศว่า เป็นการฆาตกรรมมนุษย์เพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง หรือเป็นการฆาตกรรมแบบเลือกเพศ โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเพศใด เพราะการฆ่าเพียงเพราะเพศ ไม่ว่าจะเกิดกับเพศหญิงหรือเพศชาย ก็นับว่าเป็นการกระทำที่โหดร้ายรุนแรงแล้ว

²⁶² Adam Jones, *Genocide: A Comprehensive Introduction*, (London: Routledge, 2006), p.325.

²⁶³ Nicole Rafter and Kristin A. Bell, "Gender and Genocide," Accessed February 12, 2015, <https://asc41.com>.

²⁶⁴ สวรัย บุญยमानนท์, "เพศฆาต : ฆาตกรรมอันน่ากลัว," สืบค้นเมื่อวันที่ 14 เมษายน 2558, <http://www.popterms.mahidol.ac.th>.

ตามพจนานุกรมของมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ดให้คำนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ว่า การจงใจกำจัดเชื้อชาติของประชาชน ในขณะที่การล้างเผ่าพันธุ์ด้วยอคติทางเพศเป็นการกำจัดประชาชนเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การล้างเผ่าพันธุ์เพศหญิง จะใช้คำว่า Gynocide หรือ Femicide²⁶⁵ อย่างไรก็ตาม การล้างเผ่าพันธุ์ด้วยอคติทางเพศเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นได้กับทั้งสองเพศ²⁶⁶

Warren ให้ความสนใจต่อความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิงอย่างกว้างขวาง แต่ความรุนแรงดังกล่าวไม่อาจเปรียบเทียบได้กับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ในขณะที่ Adam Jones ให้ความสนใจเรื่องเพศของเหยื่อ (Gendering of Victimhood) โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวโน้มของการใช้กำลังทางทหารต่อเป้าหมายที่เป็นพลเรือนผู้ชาย ซึ่งไม่ถือเป็นมิติของกระบวนการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดย Jones เห็นว่า Warren มุ่งไปที่ประเด็นการฆ่าเด็กผู้หญิง (Female Infanticide) ซึ่งเกิดขึ้นในยุโรปช่วงยุคกลาง การฆ่าแม่ม่ายในอินเดีย การทำให้ระบบการสืบพันธุ์ของหญิงเสียหาย (Female Genital Mutilation) การปฏิเสธเสรีภาพในการสืบพันธุ์ของผู้หญิง (Denial of Reproductive Freedom to Women) อุดมการณ์เกลียดชังผู้หญิง (Misogynist Ideologies) และการเลือกเพศเด็ก ในขณะที่การกระทำเหล่านี้ทั้งหมดเป็นรูปแบบของความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง และเด็กผู้หญิงที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง แต่รูปแบบเหล่านี้ไม่มีการกระทำใดที่อยู่ในนิยามของการทำลายผู้หญิงและเด็กหญิงในฐานะเป็นประเภทของบุคคล ในทางตรงกันข้ามรูปแบบของการกดขี่เหล่านี้ล้วนถูกออกแบบมาเพื่อเสริมสถานะที่เป็นรองหรือด้อยกว่าของผู้หญิงในบางวัฒนธรรม

นอกจากนี้ Jones ยังเห็นว่า การล้างเผ่าพันธุ์ด้วยอคติทางเพศมักถูกจำกัดเฉพาะการกระทำต่อผู้หญิงตามการวิเคราะห์ของ Warren ดังนั้น Jones จึงเห็นว่าควรใช้คำว่า “การสังหารหมู่แบบเลือกเพศ” (Gender-Selective Mass Killing) มากกว่า²⁶⁷ กล่าวคือ การฆ่าเฉพาะผู้ชายหรือผู้หญิงเพศใดเพศหนึ่ง อย่างไรก็ตาม Jones มุ่งไปที่การฆ่าผู้ชาย โดยเฉพาะผู้ชายในวัยฉกรรจ์ ซึ่งเขาเห็นว่าเป็นรูปแบบการล้างเผ่าพันธุ์ด้วยอคติทางเพศที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง แต่กลับไม่ค่อยได้รับความสนใจ ตัวอย่างเช่น การกักกันแบบเลือกเพศ (Gender-Selective Detention) และการสังหารหมู่ชายชาวแอลเบเนียในโคโซโว ซึ่งล้วนเป็นการล้างเผ่าพันธุ์ด้วยอคติทางเพศทั้งสิ้น²⁶⁸

²⁶⁵ Gynocide เป็นกรณีการฆาตกรรมเด็กผู้หญิง ในขณะที่ Femicide เป็นการกระทำต่อผู้หญิงโดยทั่วไป

²⁶⁶ Martin Shaw, *supra note 235*, p.68.

²⁶⁷ *Ibid*, p.68.

²⁶⁸ Nicole Rafter and Kristin A. Bell, *supra note 263*.

การข่มขืนโดยมีเจตนาล้างเผ่าพันธุ์ (Genocidal Rape) ตามที่ Elisa von Joeden-Forgey กล่าวไว้ว่า มีการข่มขืนจำนวนมากที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์ รวมถึงการข่มขืนหมู่อย่างมีระบบ การบังคับให้ตั้งครรภ์ การข่มขืนในลักษณะเป็นวิธีการฆ่า และการทรมานทางเพศ การทรมานหญิง การบังคับข่มขืนระหว่างสมาชิกในครอบครัว การทำให้พิการทางเพศ การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ การข่มขืนในค่ายข่มขืน การบังคับผู้หญิงแต่งงานโดยมีเจตนาล้างเผ่าพันธุ์ เป็นต้น²⁶⁹

มีข้อโต้แย้งว่าเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดมักมีเจตนาที่จะทำลายบุคคลเหล่านั้นไม่ว่าผู้ชายหรือผู้หญิง ด้วยเหตุผลความเป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มคนชาติ หรือกลุ่มอื่น ๆ ที่เห็นว่าเป็นศัตรู มากกว่าเพราะเป็นกลุ่มทางเพศ²⁷⁰ เช่น เหตุการณ์ที่เมือง Srebrenica ชายชาวบอสเนียถูกฆ่า เพราะพวกเขาเป็นชายชาวมุสลิมและเป็นนักรบที่มีศักยภาพสำหรับชาวบอสเนีย หรือเหตุการณ์ในวันดา การที่ชาวฮูตู่ข่มขืนผู้หญิงและทำให้ผู้หญิงตกเป็นทาส ไม่ใช่เพราะเป็นผู้หญิง แต่เพราะเป็นชาวฮูตู่²⁷¹ นอกจากนี้ บรรดาคดีที่เคยเกิดขึ้น เจตนาของผู้กระทำความผิดในการทำลายกลุ่มที่ผู้หญิงเป็นสมาชิกอยู่นั้น มักไม่ใช่เจตนาทำลายผู้หญิงในฐานะเป็นกลุ่ม ผลประโยชน์ที่แท้จริงของการขยายขอบเขตของอนุสัญญาให้รวมถึงกลุ่มทางเพศ จึงเป็นการเสริมประสิทธิภาพในการดำเนินคดีกับอาชญากรรมที่กระทำต่อผู้หญิง²⁷²

อย่างไรก็ตาม กรณีใดจะเป็นการล้างเผ่าพันธุ์ด้วยอคติทางเพศจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าบุคคลใดถูกฆ่า แต่ขึ้นอยู่กับว่าบุคคลดังกล่าวถูกรับรู้ว่าเป็นปัจเจกบุคคลทางเพศ (Gendered Individuals) เพื่อทำลายการคงอยู่ของพวกเขาในสังคมหรือไม่²⁷³

นอกจากนี้ นิยามคำว่า “เพศสภาพ” (Gender) เป็นเรื่องหนึ่งที่มีการถกเถียงอย่างมากในสายสังคมศาสตร์ เมื่อไม่นานมานี้มีการยอมรับว่าคำว่าเพศสภาพสามารถแยกได้อย่างชัดเจนจากเพศทางชีวภาพ/ทางกายภาพ (Biological/Physical Sex) แต่ต่อมามีความเห็นที่ว่า คำว่า “เพศ” หมายถึง วิธีที่สังคมและวัฒนธรรมจัดให้เป็นบทบาท ความคาดหวัง และคุณค่าความเป็นผู้หญิง

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Martin Shaw, *supra note 235*, p.69.

²⁷¹ *Ibid.*, p.69.

²⁷² Kelly Dawn Askin, *War Crimes against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*, (The Hague: Martinus Nijhoff, 1997), pp.342-344 cited in William A. Schabas, *supra note 10*, p.168.

²⁷³ Martin Shaw, *supra note 235*, p.69.

และผู้ชาย (Feminine and Masculine Roles, Expectations, and Values) ของเพศชาย (Males) และเพศหญิง (Female)²⁷⁴ ซึ่งความหมายประการหลังนี้ได้รับการสนับสนุนอย่างมาก จนกระทั่งในช่วงทศวรรษก่อน ความแตกต่างระหว่างเพศทางชีวภาพหรือทางกายภาพ กับเพศทางวัฒนธรรมเริ่มยุติลง นอกจากนี้ นักวิชาการและนักเคลื่อนไหวโต้แย้งว่า Sex และ Gender มีทั้งส่วนที่ทับซ้อนและร่วมกันอยู่

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดนิยามคำว่า “เพศสภาพ” (Gender) ไว้ในบทบัญญัติเรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามมาตรา 7 (3) ว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของธรรมนูญนี้ เป็นที่เข้าใจว่าคำว่า “เพศสภาพ” หมายถึง สองเพศ (Sex) คือ เพศชาย (Male) และเพศหญิง (Female) ภายในบริบทของสังคม คำว่า “เพศสภาพ” มิได้ระบุถึงความหมายอื่นนอกจากที่กล่าวมาแล้ว”²⁷⁵ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ดำเนินคดีอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกับการกระทำที่มีพื้นฐานในเรื่องเพศ

ตามรายงานของคณะอนุกรรมการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและปกป้องชนกลุ่มน้อยเมื่อปี ค.ศ. 1985 Benjamin Whitaker เห็นว่า กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองขยายให้ครอบคลุมกลุ่มทางเพศ ทั้งผู้ชาย ผู้หญิง และพวกกรักร่วมเพศ²⁷⁶ ซึ่งสอดคล้องกับปัจจุบันที่เพศวิถีของประชาชนมีความหลากหลายมากขึ้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น แต่ยังมีกลุ่มคนเพศทางเลือกอื่น ๆ ที่ควรพิจารณาว่าควรได้รับความคุ้มครองในฐานะกลุ่มทางเพศหรือไม่

ในประเด็นเรื่องกลุ่มทางเพศนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหากต้องการคุ้มครองกลุ่มทางเพศอย่างครอบคลุม การกำหนดลักษณะกลุ่มทางเพศควรรวมทั้งกลุ่มทางเพศสรีระหรือกลุ่มทางเพศสภาพ (Gender Group) คือ กลุ่มเพศชายหรือเพศหญิงโดยกำเนิด หรือกลุ่มที่มีลักษณะความเป็นชายหรือหญิงตามบทบาทที่สังคมกำหนด และกลุ่มทางเพศวิถี (Sexuality Group) ซึ่งในทางมานุษยวิทยา หมายความว่า พฤติกรรมหรือรสนิยมทางเพศ เป็นต้น²⁷⁷

²⁷⁴ Adam Jones, *supra* note 262, p.325.

²⁷⁵ Article 7 Rome Statute of the International Criminal Court
Crimes against Humanity

“3. For the purpose of this Statute, it is understood that the term "gender" refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term "gender" does not indicate any meaning different from the above”.

²⁷⁶ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, para.30.

²⁷⁷ สุชาดา ทวีสิทธิ์, "ผู้หญิง ผู้ชาย และเพศวิถี: เพศภาวะศึกษาในงานมานุษยวิทยา," 1 วารสารสังคมศาสตร์ 311, น.316 (มกราคม-มิถุนายน 2550).

นอกจากนี้ แม้ว่ากลุ่มทางเพศจะไม่ใช่กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ หรือ *genos* โดยตรง แต่ก็ยังเป็นกลุ่มที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้โดยง่ายในลักษณะเช่นเดียวกับกลุ่มอื่น ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ นอกจากนี้ ลักษณะของกลุ่มทางเพศยังแสดงออกมาให้เห็นได้ค่อนข้างชัดเจนกว่ากลุ่มอื่น ๆ แม้ปัจจุบันความหลากหลายทางเพศวิถีจะมีมากขึ้น แต่การแสดงออกถึงเพศวิถีที่จะทำให้บุคคลดังกล่าวกลายเป็นเหยื่อของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค่อนข้างชัดเจนเพียงพอที่จะกำหนดได้ เฉพาะเจาะจงว่าเป็นการกระทำต่อกลุ่มดังกล่าวเพราะเหตุเรื่องเพศของเขา เช่น การกระทำต่อกลุ่มที่รักร่วมเพศ ซึ่งต้องปรากฏลักษณะบางประการที่ทำให้เขาต้องกลายเป็นเหยื่อของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังนั้น กลุ่มทางเพศจึงควรเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง

2.2.5.4 กรณีศึกษาบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง

ในสถานการณ์ปัจจุบัน ประเทศไทยประสบปัญหาเรื่องกลุ่มผู้อพยพชาวโรฮิงจา²⁷⁸ หรือโรฮิงญา (Rohingya) ที่หลบหนีมาจากรัฐยะไข่ (Rakhine) สาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาหรือเมียนมา เดินทางเข้ามายังประเทศไทย ไม่ว่าจะเพื่อเข้ามาใช้แรงงานในประเทศไทยหรือเพื่อเดินทางต่อไปยังประเทศที่สามก็ตาม การศึกษาถึงการกระทำของรัฐบาลเมียนมาต่อชาวโรฮิงจาว่าเข้าลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือไม่ จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และเป็นกรณีที่ควรหยิบยกมาศึกษาเป็นอย่างยิ่ง

เมียนมาเป็นประเทศหนึ่งที่มีโครงสร้างพหุสังคม ซึ่งเต็มไปด้วยประชาคมต่างชาติต่างภาษา เช่น พม่า ยะไข่ ไทยใหญ่ กะเหรี่ยง กะฉิ่น กะยาห์ ฉิ่น มอญ รวมทั้งพหุชาติแยกย่อยอื่น ๆ เช่น ว้า ปะโอ ปะหล่อง ธนุ โกก้าง ทำให้เมียนมากลายเป็นรัฐพหุชนชาติที่เต็มไปด้วยความหลากหลายของกลุ่มชนชาติ รวมทั้งชาวโรฮิงจา อย่างไรก็ตาม สถานะของชาวโรฮิงจาในปัจจุบันเป็นชาติพันธุ์ที่ไม่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1982 ของเมียนมา ซึ่งกำหนดสิทธิของ 135 กลุ่มทางชาติพันธุ์ที่อยู่มาก่อนปี ค.ศ. 1823 แต่ไม่รวมถึงชาวโรฮิงจา ดังนั้นชาวโรฮิงจาจึงกลายเป็นผู้มีสิทธิอาศัยชั่วคราวในเมียนมาเท่านั้น

ความเป็นมาของชาวโรฮิงจาในเมียนมาเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ สำหรับชาวโรฮิงจาเองเชื่อว่ากลุ่มของตนตั้งรกรากในดินแดนอาระกัน (Arakan) หรือรัฐยะไข่ในปัจจุบันมาเป็นเวลานาน เป็นคนกลุ่มทางชาติพันธุ์พื้นเมืองบนดินแดนอาระกันที่นับถือศาสนาอิสลาม แต่สำหรับ

²⁷⁸ สำนักราชบัณฑิตยสภาชี้แจงการเขียนคำ Rohingya ด้วยภาษาไทย ตามหลักเกณฑ์การทับศัพท์ภาพมา โดยกำหนดให้เขียนว่า “โรฮิงจา” ตามหนังสือตอบข้อหารือสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ ที่ รด 0004/1333 ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 2556

รัฐบาลเมียนมา ชาวโรฮีนจา คือ ผู้อพยพเข้ามาจากบังกลาเทศอย่างผิดกฎหมายในช่วงที่พม่าอยู่ภายใต้อาณานิคมของอังกฤษ²⁷⁹

เหตุที่รัฐบาลเมียนมาไม่ยอมรับสถานะของชาวโรฮีนจาว่าเป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์หนึ่งของเมียนมาอย่างเช่นชนกลุ่มน้อยอื่น ๆ เชื่อว่าเกิดจากความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลเมียนมาและชาวโรฮีนจา ซึ่งปรากฏชัดเจนในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง โดยในช่วงต้นสงคราม กองกำลังกู่ชาติพม่าในขณะนั้นสนับสนุนกองทัพญี่ปุ่นในการสู้รบกับกองทัพอังกฤษ ซึ่งได้กองทุนจากอินเดียและชาวโรฮีนจา ส่งผลให้ชาวพม่าเผชิญกับความรุนแรงจากกองกำลังอังกฤษและพันธมิตร แต่เมื่อกองทัพอังกฤษแพ้ในช่วงต้นสงคราม กองทัพอังกฤษได้ลอยทัพโดยทิ้งชาวอินเดียและชาวโรฮีนจาเผชิญหน้ากับความรุนแรงจากกองทัพญี่ปุ่นและกองกำลังกู่ชาติของพม่าเพียงลำพัง แต่เมื่อจบสงครามโลกครั้งที่สอง กองกำลังกู่ชาติของพม่าเปลี่ยนมาสนับสนุนและเป็นพันธมิตรกับกองทัพอังกฤษ ชาวอินเดียและชาวโรฮีนจาที่เป็นอดีตพันธมิตรของอังกฤษจึงถูกละเลย และถูกทิ้งให้เผชิญชะตากรรมในเมียนมาตามลำพัง จนกระทั่งเมียนมาได้รับเอกราชบนเงื่อนไขของการยอมรับบรรดากลุ่มทางชาติพันธุ์ต่าง ๆ ตามข้อตกลงปางหลง (Panglong Agreement)

แม้ว่าในสมัยรัฐบาล อู นู มีการรับรองชาวโรฮีนจาเป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์หนึ่ง แต่ในสมัยรัฐบาลนายพล เน วิน มีการนำสังคมนิยมแบบพม่ามาใช้ และดำเนินนโยบายการทำให้เป็นพม่าแท้ (Burmanization) โดยสร้างความรู้สึกชาตินิยมแบบพม่าพุทธขึ้นมา และสร้างความเกลียดชังกลุ่มทางชาติพันธุ์ที่แตกต่างไปจากพม่า ซึ่งกลุ่มทางชาติพันธุ์ที่แตกต่างจากพม่ามากที่สุด คือชาวโรฮีนจาที่มีลักษณะภายนอก ภาษา และการแต่งกายใกล้เคียงชาวบังกลาเทศมากกว่าชาวพม่า

นโยบายการทำให้เป็นพม่าแท้เป็นนโยบายดูดกลืนทางวัฒนธรรม และมีความพยายามที่จะยึดเยียดเผยแพร่วัฒนธรรมพม่าส่วนกลาง ทั้งในทางภาษา คติความเชื่อ และขนบธรรมเนียมประเพณีต่าง ๆ เข้าไปยังชนกลุ่มน้อยทางชาติพันธุ์กลุ่มต่าง ๆ เพื่อกลืนวัฒนธรรม จนทำให้ชนกลุ่มน้อยขาดจุดยืนทางอัตลักษณ์ของชาติพันธุ์ตนเอง และยอมศิโรราบต่อชาติพันธุ์พม่าแท้ โดยเฉพาะกับกลุ่มที่มีท่าทีเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐบาล ซึ่งนโยบายดังกล่าวมักนำมาปรับใช้กับชนกลุ่มน้อยหลายเผ่า เช่น กะเหรี่ยงและกะฉิ่นที่นับถือศาสนาคริสต์ หรือมอญและไทยใหญ่ที่มีเป้าหมายในการฟื้นฟูอนุรักษวัฒนธรรมประจำเผ่า รวมทั้งกลุ่มชาติพันธุ์มุสลิม ซึ่งรัฐบาลเมียนมามองว่าเป็นชนเผ่าที่แปลกแยกจากพม่าในทางวัฒนธรรม หรือแม้กระทั่งมีความเชื่อมโยงกับกลุ่มก่อการร้ายระหว่างประเทศ

²⁷⁹ ศิววงศ์ สุขทวี, “โรฮิงยา ชีวิตภายใต้อำนาจ จากชายแดนพม่าถึงไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2559, <http://www.prachatai.com>.

นโยบายการทำให้เป็นพม่าแท้สะท้อนถึงความเข้มข้นของลัทธิชาตินิยมพม่าที่แสวงสถาปนาโครงสร้างรัฐชาติพันธุ์เดียว เพื่อกดทับความหลากหลายของชาติพันธุ์และสลายความเข้มแข็งของกลุ่มทางชาติพันธุ์ที่เป็นชนกลุ่มน้อย ซึ่งถือเป็นการจัดช่วงชั้นเชิงอำนาจที่ดันให้ชาติพันธุ์พม่าแท้กลายเป็นชาติพันธุ์ที่อยู่เหนือกลุ่มอื่น ๆ ขณะที่ชาวโรฮีนจาซึ่งมีรูปลักษณ์ ศาสนา ภาษา และวัฒนธรรมประเพณีหลายอย่างแตกต่างจากทั้งพม่าและยะไข่ อาจกลายเป็นชนชาติที่อยู่ในช่วงชั้นที่ต่ำสุดของโครงสร้างรัฐและสังคมเมียนมา ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือการออกกฎหมายสัญชาติของเมียนมาเมื่อปี ค.ศ. 1982 ที่กีดกันสถานะและปฏิเสศตัวตนของชาวโรฮีนจา จนทำให้ชาวโรฮีนจากลายเป็นคนนอกกฎหมายที่ถูกเบียดตกขอบไปจากสังคม แตกต่างจากชาวคามาจัน ซึ่งเป็นชาวมุสลิมในรัฐยะไข่เช่นเดียวกับชาวโรฮีนจา กลับได้รับการรับรองสถานภาพตามกฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แม้ชาวคามาจันจะเป็นมุสลิมเช่นเดียวกับชาวโรฮีนจา แต่ก็พูดภาษาพม่า มีผิวพรรณหน้าตา และวัฒนธรรมการใช้ชีวิตคล้ายชาวพม่าและชาวยะไข่มากกว่าชาวโรฮีนจา นอกจากนี้ ทั้งชาวพม่าและชาวยะไข่ยังปฏิเสธการใช้ชื่อยุคสมัยเรียกชื่อโรฮีนจา เพื่อสลายชาตินิยมชาติพันธุ์โรฮีนจา²⁸⁰ โดยเชื่อว่าหากรับรองการมีอยู่ของชาติพันธุ์โรฮีนจาแล้ว ในอนาคตชาวโรฮีนจาอาจจะได้สิทธิอื่น ๆ จนทำให้ชาวโรฮีนจามีความเข้มแข็งและกลับมาทำทลายชาวพม่าและชาวยะไข่ได้²⁸¹

ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา เหตุการณ์ความรุนแรงต่อชาวโรฮีนจาในเมียนมายิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้น จนทำให้ชาวโรฮีนจาจำนวนมากต้องอพยพออกนอกดินแดนเมียนมา แม้การกระทำต่อชาวโรฮีนจาหลายครั้งจะไม่ได้เกิดจากการกระทำของรัฐบาลเมียนมาโดยตรง เช่น การปะทะกันระหว่างชาวพุทธในรัฐยะไข่กับชาวโรฮีนจาเมื่อปี ค.ศ. 2012²⁸² แต่เนื่องจากรัฐบาลเมียนมาไม่ดำเนินการใดเพื่อระงับเหตุการณ์ความรุนแรงดังกล่าว รวมถึงไม่มีการดำเนินการสอบสวนและลงโทษผู้ที่ก่อความรุนแรงต่อชาวโรฮีนจา และมีหลักฐานว่าเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดต่อชาวโรฮีนจาหลายครั้งได้รับการสนับสนุนและความร่วมมือจากรัฐบาลเมียนมา นอกจากนี้ รัฐบาลเมียนมายังรู้หรือควรรู้ว่าการกระทำดังกล่าวมีผลเป็นการบังคับโยกย้ายชาวโรฮีนจาไปสู่สถานการณ์อันเลวร้ายในค่าย

²⁸⁰ ปีซีซีไทย, “ซูจีเรียกร้องสหรัฐฯ เลิกใช้คำว่า “โรฮิงญา” เรียกมุสลิมในรัฐยะไข่ หลังโดนกลุ่มชาวพุทธกดดัน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2559, <http://www.facebook.com/BBCThai>.

²⁸¹ ดุลยภาค ปรีชารัชช, โรฮิงญา รัฐชาติพันธุ์ ประวัติศาสตร์ และความขัดแย้ง, (กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2558), น.74-76.

²⁸² Human Rights Watch, “The Government Could Have Stopped This: Sectarian Violence and Ensuing Abuses in Burma’s Arakan State”, Accessed June 3, 2016, <https://www.hrw.org>.

ผู้พลัดถิ่นภายในประเทศ (Internally Displaced People Camps) หรือพลัดถิ่นชาวโรฮิงจาให้ออกสู่ทะเล ทำให้ชาวโรฮิงจาต้องเผชิญอันตรายจากการเดินทางที่อาจทำให้ถึงแก่ความตายได้ ซึ่งถือว่าการกระทำของรัฐบาลเมียนมาเป็น การนำไปสู่การทำลายกลุ่มชาวโรฮิงจาใน ส่วนที่เป็นสาระสำคัญแล้ว²⁸³

ในการพิจารณาว่าการกระทำต่อชาวโรฮิงจาเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือไม่ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

ประเด็นแรก คือ การกระทำต่อชาวโรฮิงจาเข้าลักษณะการกระทำต้องห้ามตามที่กำหนดในนิยามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือไม่

การกระทำต่อชาวโรฮิงจาหลายประการเข้าลักษณะการกระทำที่เป็น การต้องห้ามในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ทั้งการใช้กำลังต่อชาวโรฮิงจา ซึ่งเข้าลักษณะการฆ่าและการ ก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัส หรือการจำกัดสิทธิการถือครองที่ดินและการขับไล่ ชาวโรฮิงจาออกจากที่อยู่อาศัยไปยังค่ายผู้พลัดถิ่นภายในประเทศ ซึ่งเข้าลักษณะการจงใจก่อให้เกิด สภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม เนื่องจากตามนิยามคำว่า “เงื่อนไขต่อการดำรงชีวิต” ในองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาล อาญาระหว่างประเทศ กำหนดนิยามรวมถึงการขับไล่บุคคลออกจากที่อยู่อาศัยด้วย หรือการออก กฎหมายจำกัดสิทธิการแต่งงานและจำกัดจำนวนบุตรของชาวโรฮิงจาเมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2015 ซึ่งอาจเข้าลักษณะการกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม

ประเด็นต่อมา คือ ชาวโรฮิงจาจัดเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองใน ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือไม่ ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้

ประการแรก คือ ชาวโรฮิงจาจัดเป็นกลุ่มคนชาติหรือไม่ เห็นว่า ชาว โรฮิงจาที่อาศัยอยู่ในเมียนมาปัจจุบันเป็นชนรุ่นที่สองถึงสามที่เข้ามาอาศัยในดินแดนเมียนมา และ ล้วนเป็นบุคคลที่เกิดในดินแดนเมียนมา แต่กลับเป็นบุคคลที่รัฐบาลเมียนมาไม่ยอมรับให้มีสัญชาติ เมียนมาตามกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1982²⁸⁴

²⁸³ Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic, Persecution of the Rohingya Muslims: Is Genocide Occurring in Myanmar's Rakhine State?, (New Haven: Yale Law School, 2015), p.59.

²⁸⁴ Burma Citizenship Law

“3. Nationals such as the Kachin, Kayah, Karen, Chin, Burman, Mon, Rakhine or Shan and ethnic groups as have settled in any of the territories included within the

ดังนั้น หากพิจารณาตามนิยามกลุ่มคนชาติว่า หมายถึง กลุ่มบุคคลที่รับรู้ที่จะมีข้อผูกพันทางกฎหมายร่วมกัน และผูกพันแบบต่างตอบแทนกันด้วยสิทธิและหน้าที่ กลุ่มชาวโรฮีนจาย่อมไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มคนชาติได้ เพราะรัฐบาลเมียนมาไม่รับรองให้ชาวโรฮีนจามีสัญชาติเมียนมา ตามกฎหมายสัญชาติที่บังคับใช้อยู่ปัจจุบัน และไม่ได้ให้สิทธิใด ๆ อย่างชาวพม่าหรือชนกลุ่มน้อยอื่นที่ได้รับรองให้มีสัญชาติพม่าตามกฎหมายสัญชาติ คงให้สิทธิเป็นเพียงผู้อาศัยในดินแดนเมียนมาเท่านั้น ดังนั้น หากชาวโรฮีนจาคนใดเดินทางออกจากเมียนมาแล้ว จะไม่สามารถเดินทางกลับมาได้อีก นอกจากนี้ ชาวโรฮีนจายังถูกบังคับย้ายถิ่นฐาน ยึดที่ดิน ขัดขวางการเข้าถึงการบริการทางการแพทย์ บังคับใช้แรงงาน รวมทั้งถูกจำกัดการสมรส

นอกจากนี้ เหตุผลอีกประการที่ไม่สามารถจัดกลุ่มชาวโรฮีนจาว่าเป็นกลุ่มคนชาติได้ คือ รัฐบาลเมียนมาไม่ได้กระทำต่อชาวโรฮีนจาเพราะเหตุที่ชาวโรฮีนจาเป็นคนชาติเมียนมา หรือเป็นคนชาติใดคนชาติหนึ่ง เพราะรัฐบาลเมียนมาไม่ได้รับรองว่าชาวโรฮีนจามีสัญชาติเมียนมา อีกทั้งชาวโรฮีนจาในเมียนมาก็ไม่ได้รับการรับรองให้มีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่งโดยเฉพาะอีกด้วย

ประการต่อมา คือ รัฐบาลเมียนมากระทำต่อชาวโรฮีนจาในฐานะเป็นกลุ่มทางศาสนาหรือไม่ เนื่องจากชาวโรฮีนจาดูเหมือนจะเป็นชนกลุ่มน้อยที่นับถือศาสนาอิสลาม ในขณะที่ชนกลุ่มใหญ่ในเมียนมานับถือศาสนาพุทธ แต่หากพิจารณาจากการกระทำของรัฐบาลเมียนมาต่อชาวโรฮีนจาที่เกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ได้เกิดจากเจตนาที่จะกระทำต่อกลุ่มชาวโรฮีนจาในฐานะเป็นกลุ่มทางศาสนาเป็นสำคัญ เนื่องจากกลุ่มมุสลิมในเมียนมายังมีกลุ่มอื่น ๆ อีกหลายกลุ่ม ได้แก่

1. ชาวมุสลิมเชื้อสายอินเดียที่อพยพมาจากบังกลาเทศ อินเดีย และ ปากีสถาน ซึ่งถือเป็นกลุ่มชุมชนมุสลิมขนาดใหญ่ในเมียนมา
 2. ชาวปันทายหรือชาวหุย ซึ่งเป็นชาวจีนมุสลิมที่สืบเชื้อสายมาจากพวกอาหรับ เปอร์เซีย และเอเชียกลาง หากแต่ได้อพยพเข้ามาตั้งรกรากตามเมืองการค้าสำคัญของเมียนมา
 3. ชาวพม่ามุสลิม หรือที่เรียกกันว่า เซอบาดิ (Zerbadee) ซึ่งปรากฏเด่นชัดเป็นครั้งแรกในรายงานสำมะโนประชากรอาณานิคมเมียนมาที่อังกฤษจัดทำขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1891
- ในขณะที่ฐานข้อมูลประชากรของทางการเมียนมา ซึ่งจัดทำขึ้นในสมัยรัฐบาล นายพลเน วิน เมื่อ ค.ศ. 1973 ได้จัดประเภทมุสลิมในเมียนมาออกเป็น 6 กลุ่ม ได้แก่ 1. ชาว

State as their permanent home from a period anterior to 1185 B.E., 1823 A.D. are Burma citizens”.

มุสลิมเชื้อสายพม่า 2. ชาวมุสลิมอาระกันที่อพยพมาจากจิตตะกอง (Chittagong) 3. ชาวมุสลิมมยุหรือเมยู 4. ชาวมุสลิมเชื้อสายคามาน 5. ชาวมุสลิมเชื้อสายจีน และ 6. ชาวมุสลิมลูกครึ่งพม่า-อินเดีย²⁸⁵

จากข้อมูลดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า ยังมีกลุ่มชาวมุสลิมอื่น ๆ ในเมียนมาอีก ถึงแม้กลุ่มชาวมุสลิมเหล่านี้จะเป็นชนกลุ่มน้อย แต่ก็ยังเป็นกลุ่มที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายสัญชาติพม่า อีกทั้งยังไม่ได้ถูกกระทำเฉกเช่นชาวโรฮีนจา ซึ่งหากรัฐบาลเมียนมาต้องการกำจัดชาวโรฮีนจาเพราะเหตุที่นับถือศาสนาอิสลามแล้ว น่าจะกระทำต่อกลุ่มชาวมุสลิมอื่น ๆ เช่นกัน ถึงแม้ว่าชาวมุสลิมเหล่านี้จะไม่ได้มีสถานะเทียบเท่าชาวพม่าที่นับถือศาสนาพุทธ แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีการกระทำต่อชาวมุสลิมอื่น ๆ อย่างเช่นชาวโรฮีนจา

ประการสุดท้าย คือ ชาวโรฮีนจาถูกกระทำในฐานะเป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์หรือไม่ เห็นว่า กลุ่มทางชาติพันธุ์เป็นกลุ่มที่พิจารณาจากลักษณะทางวัฒนธรรม ภาษา เชื้อชาติ และลักษณะทางสังคม ชาวโรฮีนจามีลักษณะทางกายภาพคล้ายคลึงกับชาวเอเชียใต้มากกว่าชาวพม่า และมีภาษาพูดเป็นของตนเอง ซึ่งเป็นภาษาที่จัดอยู่ในตระกูลภาษาอินโด-ยูโรเปียน (Indo-European) ใกล้เคียงกับภาษาเบงกาลีและจิตตะกองในบังกลาเทศมากกว่าภาษาพม่า ซึ่งเป็นภาษาในตระกูลภาษาจีน-ทิเบต แม้ว่าชาวโรฮีนจาบางกลุ่มหันมาใช้ภาษาพม่ากันมากขึ้น หากแต่ความคล่องแคล่วในการใช้ภาษายังมีไม่เท่ากับชาวยะไข่หรือชาวคามาน²⁸⁶ จึงอาจกล่าวได้ว่ากลุ่มชาวโรฮีนจาเป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์ที่มีวัฒนธรรมและภาษาเป็นของตนเอง แตกต่างจากชาวเมียนมาที่เป็นชนกลุ่มใหญ่ และการกระทำของรัฐบาลเมียนมาต่อกลุ่มชาวโรฮีนจา น่าจะมีสาเหตุจากความ เป็นกลุ่มทางชาติพันธุ์ที่แตกต่างจากชาวพม่าหรือแม้แต่ชนกลุ่มน้อยอื่นในเมียนมานี้ มากกว่าเพราะความแตกต่างทางศาสนาเพียงประการเดียว

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาการดำเนินนโยบายและดำเนินการโดยใช้ความรุนแรงต่อชาวโรฮีนจาของรัฐบาลเมียนมาที่ผ่านมา ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่เข้าลักษณะการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะรัฐบาลเมียนมาไม่ได้ดำเนินการโดยมีเจตนาเพื่อทำลายกลุ่มชาวโรฮีนจา หากแต่มีลักษณะใกล้เคียงกับการชำระล้างชาติพันธุ์ (Ethnic Cleansing) เนื่องจากรัฐบาลเมียนมามีเจตนากดดันให้ชาวโรฮีนจาออกไปจากพื้นที่ในดินแดนของเมียนมา เพื่อให้ดินแดนในรัฐยะไข่เป็นพื้นที่ของชาวพม่าหรือชนกลุ่มน้อยที่รัฐบาลเมียนมาให้การรับรองสถานะ เช่น ชาวยะไข่ ชาวคามาน เท่านั้น ส่วนชาวโรฮีนจาเป็นเพียงผู้อาศัยในดินแดนเมียนมาที่รัฐบาลต้องการผลักดันออกไปนอกราชอาณาจักร ดังจะเห็นได้จากปฏิบัติการทางทหารซึ่งดำเนินการต่อชาวโรฮีนจาในสมัยของนายพล เน วิน

²⁸⁵ ดุสยภาค ปรีชารัชช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 281*, น.21.

²⁸⁶ *เพ็งอ้าง*, น.77.

และนายพล ตาน ฉ่วย เช่น ปฏิบัติการทำความสะอาดและสร้างความสวยงามแก่ชาติ (Clean and Beautiful Nation Operation) ซึ่งส่งผลให้ชาวโรฮีนจาจำนวนกว่า 250,000 คน อพยพไปยังบังกลาเทศ ในขณะที่ชาวโรฮีนจาอื่นที่ยังอยู่ในรัฐยะไข่ก็ต้องอยู่ภายใต้นโยบายการควบคุมของรัฐบาลเมียนมา เช่น การกำหนดให้ชาวโรฮีนจามีบุตรไม่เกิน 2 คน ไม่มีสิทธิครอบครองที่ดิน และการปฏิบัติที่รุนแรงของเจ้าหน้าที่รัฐต่อชาวโรฮีนจา เป็นต้น ซึ่งนโยบายดังกล่าวยังไม่มี ความชัดเจนว่า รัฐบาลเมียนมาต้องการทำลายความเป็นกลุ่มของชาวโรฮีนจา ยิ่งกว่ากดดันเพื่อขับไล่ให้ชาวโรฮีนจาอพยพออกจากเมียนมา เนื่องจากข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นเจตนาพิเศษของรัฐบาลเมียนมาที่จะทำลายความเป็นกลุ่มแต่อย่างใด เพราะหากรัฐบาลเมียนมามีเจตนาทำลายความเป็นกลุ่มของชาวโรฮีนจาแล้ว คงไม่ปล่อยให้กลุ่มชาวโรฮีนจายังคงดำรงอยู่จนถึงปัจจุบัน อีกทั้งไม่ปรากฏว่า มีการกระทำที่ถึงขนาดเป็นการกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดของเด็กชาวโรฮีนจาเพื่อทำลายกลุ่มชาวโรฮีนจาแต่อย่างใด คงมีเพียงมาตรการจำกัดจำนวนของเด็กชาวโรฮีนจาเท่านั้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำของรัฐบาลเมียนมาต่อชาวโรฮีนจา ยังเข้าลักษณะของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการโจมตีอย่างกว้างขวางต่อชาวโรฮีนจาโดยตรง โดยการเนรเทศหรือการบังคับโยกย้ายประชากร (Deportation or Forcible Transfer of Population) และการรังควาน (Persecution) ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 7 (1) (ดี) และ (เอช) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศตามลำดับ โดยมาตรา 7 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดนิยามของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติว่า หมายถึง การกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวาง (Widespread Attack) หรืออย่างเป็นระบบ (Systematic Attack) โดยมีเป้าหมายต่อประชากรพลเรือนใด โดยรู้ถึงการโจมตีนั้น²⁸⁷ ซึ่งลักษณะการกระทำมี 11 ลักษณะ รวมถึงการเนรเทศหรือการบังคับโยกย้ายประชากร และการรังควาน

“การโจมตีที่มีเป้าหมายต่อประชากรพลเรือนใด ๆ” ตามมาตรา 7 (2) (เอ) กำหนดนิยามไว้ว่า หมายถึง การกระทำตามมาตรา 7 (1) ซึ่งดำเนินไปครั้งแล้วครั้งเล่าต่อประชากรพลเรือนใด ๆ อันเป็นการดำเนินการตามหรือส่งเสริมนโยบายของรัฐหรือขององค์การที่จะ

²⁸⁷ Article 7 Rome Statute of the International Criminal Court

Crimes against humanity

“1. For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack ...”

กระทำการโจมตีเช่นว่า²⁸⁸ ซึ่งการโจมตีดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นการโจมตีทางทหาร (Military Attack) หรือต้องเกี่ยวข้องกับการใช้กำลังทางทหารแต่อย่างใด²⁸⁹ แต่เป็นที่เข้าใจว่านโยบายในการโจมตีตามคำนิยามนั้นแสดงให้เห็นว่า รัฐหรือองค์กรต้องมีการดำเนินการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้มีการโจมตีดังกล่าวต่อประชากรพลเรือนใด ๆ²⁹⁰

ส่วนการโจมตีอย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบตามคำนิยามในมาตรา 7 (1) ถือเป็นองค์ประกอบเชิงบริบทของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งการกระทำจะเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติต่อเมื่อมีองค์ประกอบเชิงบริบทนี้แค่เพียงประการใดประการหนึ่งก็เพียงพอ โดยการโจมตีอย่างกว้างขวาง (Widespread Attack) สามารถนิยามได้หลายความหมาย แต่โดยทั่วไปหมายถึง การโจมตีที่มีขนาดใหญ่และมีผู้เสียหายจำนวนมาก (large-scale nature of the attack and the number of victims) ซึ่งจำนวนผู้เสียหายนี้ไม่มีการกำหนดไว้แน่นอน ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี²⁹¹ ส่วนการโจมตีอย่างเป็นระบบ (Systematic Attack) หมายถึง

²⁸⁸ Article 7 Rome Statute of the International Criminal Court
Crimes against humanity

“2. For the purpose of paragraph 1:

(a) "Attack directed against any civilian population" means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack”.

²⁸⁹ Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.237.

²⁹⁰ Article 7 Element of Crimes

Introduction

“3. “Attack directed against a civilian population” in these context elements is understood to mean a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack. The acts need not constitute a military attack. It is understood that “policy to commit such attack” requires that the State or organization actively promote or encourage such an attack against a civilian population”.

²⁹¹ Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.236.

การโจมตีที่มีการเตรียมการวางแผน²⁹² การโจมตีอย่างเป็นระบบจึงพิจารณาถึงวิธีการกระทำ (Method) โดยไม่ได้เน้นในเรื่องปริมาณของความเสียหาย ดังนั้น การโจมตีที่ไม่มีแผนการ หรือการโจมตีแบบสุ่มเลือก (Random Attack) จึงไม่ถือว่าเป็นการโจมตีอย่างเป็นระบบ การโจมตีที่เป็นระบบจึงจำเป็นต้องมีแผนการที่มาจากผู้มีอำนาจสั่งการ และได้มีการดำเนินการตามแผนการอย่างเป็นขั้นตอนอย่างมีแบบแผน²⁹³

ตามมาตรา 7 (2) (ดี) ให้นิยามคำว่า “การเนรเทศ หรือการบังคับโยกย้ายประชากร” ว่า หมายถึง การบังคับให้บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องต้องพลัดถิ่นจากพื้นที่ ซึ่งบุคคลนั้นอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการขับไล่หรือวิธีการบีบบังคับอื่น ๆ โดยปราศจากมูลเหตุที่อนุญาตให้ทำได้ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ²⁹⁴ นอกจากนี้ ยังมีการแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำ

²⁹² ถึงแม้จะมีความเห็นว่า การโจมตีที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่จำเป็นต้องมีนโยบายจากรัฐหรือองค์กรใด ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี *Kunarac* ซึ่งวินิจฉัยว่า ไม่ปรากฏว่าธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ในขณะที่เกิดการกระทำ ความผิด กำหนดให้ต้องมีการพิสูจน์การมีอยู่ของแผนการหรือนโยบายในการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 7 (2) (1) กำหนดนิยามคำว่า “การโจมตีโดยตรงต่อประชากรพลเรือน” ว่า “การกระทำตามวรรค 1 ซึ่งดำเนินไปครั้งแล้วครั้งเล่าต่อประชากรพลเรือนใด ๆ อันเป็นการดำเนินการตามหรือส่งเสริมนโยบายของรัฐหรือขององค์การที่จะกระทำการโจมตีเช่นว่า” สอดคล้องกับความเห็นของศาลภายในของหลายประเทศที่เห็นว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติต้องมียุทธศาสตร์ ตัวอย่างเช่น ศาลทหารแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี *Brandt* ศาลฝรั่งเศสในคดี *Barbie* ศาลเนเธอร์แลนด์ในคดี *Menten* ศาลแคนาดาในคดี *R v. Finta* หรือศาลสหราชอาณาจักรในคดี *Pinochet* เป็นต้น แสดงให้เห็นว่า การกำหนดให้ต้องมียุทธศาสตร์ในการโจมตีเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นอาชญากรรมที่มีความสำคัญ ไม่ใช่เป็นเพียงอาชญากรรมรายย่อยหลายรายที่ทำพร้อม ๆ กันอย่างกว้างขวาง see Robert Cryer et al., *ibid*, p.238, see also *Prosecutor v Kunarac et al.* (Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Judgment, 12 June 2002, para.98.

²⁹³ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, น.70.

²⁹⁴ Article 7 Rome Statute of the International Criminal Court
Crimes against humanity

“2. For the purpose of paragraph 1:

ทั้งสองลักษณะว่า การเนรเทศ (Deportation) หมายถึง การบังคับให้ออกนอกประเทศ ในลักษณะ บังคับให้ออกข้ามพรมแดนทางภูมิศาสตร์ ส่วนการบังคับโยกย้ายประชากร (Forcible Transfer) หมายถึง การบังคับให้ย้ายที่อยู่ที่ไม่มีลักษณะข้ามพรมแดนออกนอกประเทศ โดยพรมแดนที่เป็น จุดตัดระหว่างการเนรเทศและการบังคับโยกย้ายประชากร อาจหมายถึงพรมแดนตามกฎหมาย หรือ บางกรณีอาจหมายถึงพรมแดนตามความเป็นจริง เช่น ในกรณีที่พรมแดนตามกฎหมายยังไม่ถูกขีด เพราะมีปัญหาเรื่องการแบ่งเขตแดนประเทศ²⁹⁵

นอกจากนี้ การกระทำที่เป็นการเนรเทศหรือการบังคับโยกย้ายประชากร ต้องมีลักษณะ “ถูกบังคับ” ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้หลายวิธี เช่น การถูกบังคับทางกายภาพ คือ การใช้กำลัง ฆังไล่ การข่มขู่ให้ย้ายถิ่น หรือการข่มขืนใจให้ประชากรจำยอมย้ายถิ่นหรือจำยอมออกนอกประเทศ รวมถึงการก่อวินาศกรรมหรือขู่เข็ญด้วยวิธีอื่นใด จนทำให้ประชากรต้องยอมย้ายถิ่นออกไปเอง ก็อาจเป็น ความผิดฐานนี้ได้ อย่างไรก็ตาม หากประชากรสมัครใจย้ายที่อยู่ออกไปเอง เช่น หนีจากเขตที่มีการ สู้รบหรือเขตที่มีข้อพิพาทกัน เช่นนี้ไม่อาจถือว่าเป็นการเนรเทศหรือการบังคับโยกย้ายประชากร ซึ่งกรณีการกระทำของเมียนมาต่อชาวโรฮีนจา มีลักษณะของการบังคับโดยวิธีการต่าง ๆ เช่น การใช้ กำลัง หรือการกำหนดนโยบายจำกัดสิทธิต่างๆ เพื่อเนรเทศชาวโรฮีนจาออกจากดินแดนเมียนมาแล้ว

ส่วนการกระทำอีกลักษณะ คือ “การรังควาน” ซึ่งจนถึงปัจจุบันยังไม่มี คำนิยามที่ดีเพียงพอ²⁹⁶ อย่างไรก็ตาม การรังควานตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้มี ความหมายเพียงแต่การก่อความรำคาญหรือการก่อวินาศกรรมตามธรรมดา เพราะตามมาตรา 7 (2) (จ) ให้ นิยามของการรังควานว่า หมายถึง การลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเจตนาและรุนแรง โดยขัดกับ กฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุผลของความเป็นเอกลักษณ์ของกลุ่มหรือของหมู่คณะ²⁹⁷

...

(d) "Deportation or forcible transfer of population" means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law".

²⁹⁵ ปกป้อง ศรีสันทิต, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.76.

²⁹⁶ Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.259.

²⁹⁷ Article 7 Rome Statute of the International Criminal Court

Crimes against humanity

"2. For the purpose of paragraph 1:

...

ตามองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Elements of Crimes) กำหนดองค์ประกอบของการรังควาน ดังนี้²⁹⁸

1. ผู้กระทำความผิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลคนหนึ่งหรือมากกว่านั้นโดยขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

2. ผู้กระทำกำหนดเป้าหมายต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้นด้วยเหตุผลเรื่องเอกลักษณ์ของกลุ่มหรือของหมู่คณะ หรือกำหนดเป้าหมายเพราะความเป็นกลุ่มหรือหมู่คณะดังกล่าว

3. การกำหนดเป้าหมายดังกล่าวมีพื้นฐานทางการเมือง เชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา เพศดังที่นิยามในมาตรา 7 วรรค 3 หรือพื้นฐานอื่นที่รับรู้โดยทั่วไปว่าไม่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายระหว่างประเทศ

4. การกระทำมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำอื่นตามที่กำหนดในมาตรา 7 (1) หรืออาชญากรรมระหว่างประเทศอื่นที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

(g) "Persecution" means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity".

²⁹⁸ Article 7 (1) (h) Element of Crimes

Crime against humanity of persecution

"1. The perpetrator severely deprived, contrary to international law, one or more persons of fundamental rights.

2. The perpetrator targeted such person or persons by reason of the identity of a group or collectivity or targeted the group or collectivity as such.

3. Such targeting was based on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in article 7, paragraph 3, of the Statute, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law.

4. The conduct was committed in connection with any act referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute or any crime within the jurisdiction of the Court.

5. The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.

6. The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population".

5. การกระทำเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบต่อประชากรพลเรือน

6. ผู้กระทำรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่ง หรือมีเจตนาให้การกระทำดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบต่อประชากรพลเรือน

หากพิจารณาจากนโยบายที่รัฐบาลเมียนมากระทำต่อชาวโรฮีนจา ทั้งการกำหนดให้ชาวโรฮีนจามีบุตรไม่เกิน 2 คน การไม่อนุญาตให้ชาวโรฮีนจามีสิทธิครอบครองที่ดิน และการปฏิบัติที่รุนแรงของเจ้าหน้าที่รัฐต่อชาวโรฮีนจา ซึ่งการดำเนินนโยบายดังกล่าวของรัฐบาลเมียนมาเป็น การกระทำอย่างกว้างขวางต่อชาวโรฮีนจา โดยมีเจตนาเพื่อขับไล่ชาวโรฮีนจาออกจากเมียนมา และนโยบายดังกล่าวของรัฐบาลเมียนมาส่งผลให้ชาวโรฮีนจาจำนวนมากต้องอพยพออกนอกเมียนมา เพื่อ หลีกหนีจากการกดขี่และความรุนแรงอันเกิดจากการกระทำของรัฐบาลเมียนมา นอกจากนี้ นโยบายดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นการรังควาน เนื่องจากนโยบายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐาน จากการกำหนดห้ามการมีบุตรหรือการไม่อนุญาตให้ชาวโรฮีนจามีสิทธิครอบครองที่ดิน

2.3 การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์กับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

ในอดีตการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เคยถูกตีความให้อยู่ในขอบเขตของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และในปัจจุบันการกระทำบางอย่างที่ไม่อาจตีความว่าเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ก็อาจเข้าลักษณะของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เช่น การกระทำต่อกลุ่มอื่นที่ไม่ใช่กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ²⁹⁹

การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์คล้ายคลึงกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากจำเลยในศาลทหารระหว่างประเทศแห่งเมืองนูเรมเบิร์ก ซึ่งถูกฟ้องในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามและความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ สำหรับการกระทำที่เป็นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในปัจจุบัน³⁰⁰ โดยในระยะแรกการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ถือกำเนิดเพื่อมาอุดช่องว่างของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่บางครั้งอาจตีความไปไม่ถึง เพราะอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในระยะแรกใช้เฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นในระหว่างการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศเท่านั้น จึงไม่อาจปรับใช้กับการฆาตกรรมอย่างกว้างขวางในระยะเวลานั้น หรือกรณีที่เป็นการสังหารคนชาติตัวเอง

²⁹⁹ Robert Cryer et al., *supra* note 14, p.171.

³⁰⁰ *Ibid*, p.206.

อย่างกว้างขวาง ซึ่งไม่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เพราะขาดองค์ประกอบเรื่องการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ³⁰¹ ในขณะที่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อาจเกิดได้ทั้งในยามสงครามและยามสันติ

ในปัจจุบันอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่ต้องเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ (Armed Conflict) อีกต่อไป ความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมทั้งสองจึงน้อยลงทุกที และค่อนข้างชัดเจนว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ³⁰²

อย่างไรก็ตาม อาชญากรรมทั้งสองประเภทก็ยังคงมีความแตกต่างที่สำคัญ³⁰³ คือ

ประการแรก ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แคบกว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ กล่าวคือ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มุ่งคุ้มครองสิทธิการอยู่รอดของกลุ่มและความหลากหลายของมนุษย์ (Human Diversity) แต่อาชญากรรมต่อมนุษยชาติต้องการปกป้องกลุ่มจากการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) มากกว่าการทำลายล้างกลุ่มให้สิ้นซาก (Elimination) อย่างเช่นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ประการที่สอง การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่รวมข้อเรียกร้องเรื่องขนาดความเสียหายในทางภาวะวิสัย (Objective Requirement of Scale) แต่มาจากเจตนาร้ายทางอัตวิสัย (Subjective *mens rea*) คือ เจตนาทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ และกลุ่มทางศาสนา กล่าวคือ ถ้ามีการกระทำโดยมีเจตนาล้างเผ่าพันธุ์กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งแล้ว แม้ความเสียหายจะไม่มากก็เป็น การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ อย่างไรก็ตาม เจตนาของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อาจแสดงให้เห็นถึงจิตใจที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างกว้างขวางของผู้กระทำในระดับอัตวิสัย (Subjective) ได้ หมายความว่าผู้กระทำคิดจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างกว้างขวาง แต่สิ่งที่แสดงออกมาในความเป็นจริงไม่ทำให้เกิดความเสียหายอย่างกว้างขวางก็อาจเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้

ในขณะที่อาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะยึดโยงกับการโจมตีอย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชากรพลเรือนใด ส่วนอาชญากรรมสงครามก็จะเป็นการกระทำระหว่างมีการขัดกันทางอาวุธ ซึ่งทั้งอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงครามนี้ กำหนดถึงขนาดและความร้ายแรงต่อพลเรือนที่ตกอยู่ในความเสี่ยงในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย

³⁰¹ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.59.

³⁰² Robert Cryer et al., *supra note 14*, p.206.

³⁰³ *Ibid*, p.206 และดู ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.60.

2.4 บทกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Peremptory Norm or *jus cogens*)

หลักเกณฑ์เรื่องบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดนี้เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีที่มาจากหลักกฎหมายโรมันซึ่งปรากฏใน Digest of Justinian ที่ว่า “*jus publicum privatorum pactis mutari nonpotest*” ซึ่งคำว่า “*jus publicum*” มิได้จำกัดเฉพาะกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองเท่านั้น แต่หมายรวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่ปัจเจกบุคคลมิอาจทำสัญญายกเว้นได้ ในทำนองเดียวกับคำว่า “ความสงบเรียบร้อย” (Public Order) หรือ “ศีลธรรมอันดี” (Good Morals) ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น ตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือแม้แต่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เองก็มีหลักในทำนองเดียวกันนี้ ถึงแม้จะเรียกว่า “นโยบายสาธารณะ” (Public Policy) ก็ตาม³⁰⁴

ในอดีตกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าความประสงค์ของรัฐอยู่เหนือสิ่งใดทั้งหมด ดังนั้นหลักเรื่องบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดจึงยังไม่เป็นที่ยอมรับ³⁰⁵ แต่ต่อมาเป็นที่ยอมรับกันว่ารัฐสามารถตกลงทำสนธิสัญญาตามที่ตนต้องการได้ แม้ว่าสนธิสัญญานั้นจะขัดต่อบทกฎหมายไม่บังคับเด็ดขาด (*jus dispositivum*) ก็ตาม ในทางกลับกันหากสนธิสัญญาที่รัฐตกลงทำนั้นขัดต่อบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด สนธิสัญญานั้นจะมีผลเป็นโมฆะ หรืออย่างน้อยที่สุดคือมีผลไม่สมบูรณ์ ดังจะเห็นได้จากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งกำหนดผลของสนธิสัญญาที่ขัดกับบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด โดยแยกออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีสนธิสัญญาที่ขัดต่อบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่มีอยู่แล้วขณะทำสนธิสัญญาตามมาตรา 53 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งทำให้สนธิสัญญาเป็นโมฆะทันทีที่ทำสนธิสัญญา (Void *ab initio*) อีกกรณีหนึ่ง คือ กรณีสนธิสัญญาที่ขัดต่อบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่เกิดขึ้นในภายหลัง ซึ่งในขณะที่ทำสนธิสัญญานั้น สนธิสัญญาจะมีผลสมบูรณ์และมีผลใช้บังคับแก่รัฐภาคีเช่นเดียวกับสนธิสัญญาทั่วไป จนกระทั่งเกิดบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่ขัดกับสนธิสัญญาดังกล่าวขึ้น สนธิสัญญาที่เคยมีผลบังคับโดยสมบูรณ์ก็จะตกเป็นโมฆะ และสิ้นสุดลงนับแต่เวลาที่สนธิสัญญานั้นขัดต่อบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด³⁰⁶

³⁰⁴ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), น.171-172.

³⁰⁵ Jochen A Frowein, “*Ius cogens*,” Accessed February 10, 2015, <http://opil.ouplaw.com>.

³⁰⁶ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 304, น.198-199.

ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดนิยามของบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดว่า หมายถึง กฎเกณฑ์แบบแผนที่เป็นบรรทัดฐานทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ อันเป็นที่ยอมรับและรับรองโดยประชาคมระหว่างประเทศโดยรวมว่า เป็นกฎเกณฑ์ซึ่งไม่อาจยกเว้นหรือเบี่ยงเบนเป็นอย่างอื่นได้ และจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่เฉพาะกฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งเกิดขึ้นในภายหลังอันมีลักษณะอย่างเดียวกันเท่านั้น³⁰⁷ และในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างรัฐเกี่ยวกับการมีอยู่ของบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด มาตรา 66 (เอ) อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว³⁰⁸

แม้ว่าตามระบบกฎหมายภายในจะมีลำดับศักดิ์ของบ่อเกิดของกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติรับรองบ่อเกิดของกฎหมายภายในของประเทศไทยว่ามี 3 บ่อเกิด ได้แก่ กฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป รวมถึงกำหนดถึงลำดับการใช้กฎหมายในแต่ละบ่อเกิดไว้ด้วย กล่าวคือ จะต้อง

³⁰⁷ Article 53 Vienna Convention on the Law of Treaties

Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens)

“A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”.

³⁰⁸ Article 66 Vienna Convention on the Law of Treaties

Procedures for judicial settlement, arbitration and conciliation

“If, under paragraph 3 of article 65, no solution has been reached within a period of 12 months following the date on which the objection was raised, the following procedures shall be followed:

(a) any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of articles 53 or 64 may, by a written application, submit it to the International Court of Justice for a decision unless the parties by common consent agree to submit the dispute to arbitration...”

ปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเสียก่อน หากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะปรับเข้ากับกรณีดังกล่าวได้แล้ว จึงจะปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไปตามลำดับ แต่ในกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีการกำหนดลำดับศักดิ์ของบ่อเกิดของกฎหมาย ดังปรากฏในมาตรา 38 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งบัญญัติถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะสามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีได้ โดยไม่ได้บัญญัติถึงลำดับการใช้กฎหมายแต่ละบ่อเกิดอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด

ถึงแม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะไม่มีลำดับศักดิ์ระหว่างบ่อเกิดของกฎหมาย แต่ก็มีลำดับศักดิ์ระหว่างกฎเกณฑ์ และยอมรับว่าบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (General Principle of International Law) ที่มีความสำคัญ และมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎเกณฑ์อื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป เพราะในขณะที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยทั่วไปมีผลผูกพันทุกรัฐ ไม่ว่ารัฐนั้นจะยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยตรง คือ กระทำตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น หรือยอมรับโดยปริยาย (Acquiescence) ด้วยการไม่ได้แย้งคัดค้านกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม แต่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะไม่ผูกพันรัฐที่ได้แย้งคัดค้านจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นว่านั้นอย่างชัดเจนและต่อเนื่อง (Persistent Objector)

ในขณะที่บทกฎหมายบังคับเด็ดขาดมีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุดที่ไม่อาจมีกฎเกณฑ์ใด ยกเว้นได้ และผูกพันทุกรัฐให้ต้องปฏิบัติตาม แม้ว่ารรัฐนั้นอยู่ในฐานะรัฐที่ได้แย้งคัดค้านการผูกพันตามหลักการนั้นอย่างชัดเจนและต่อเนื่องมาโดยตลอดก็ตาม³⁰⁹ เนื่องจากเป็นหลักการพื้นฐานที่ผูกพันทุกรัฐโดยรวม ฉะนั้น รัฐหรือบุคคลใดจะปฏิเสธไม่ยอมรับรู้มิได้ และรัฐไม่อาจทำสนธิสัญญาหรือออกกฎหมายของตนขัดหรือแย้งกับบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดได้ กฎหมายหรือสนธิสัญญาใดขัดต่อกฎหมายบังคับเด็ดขาดย่อมไม่มีผลบังคับหรือเป็นโมฆะ เว้นแต่มีกฎหมายบังคับเด็ดขาดเกิดขึ้นมาใหม่แก้ไขหรือยกเลิกบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดเดิม

แม้ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศจะเป็นความผิดร้ายแรง แต่มิได้หมายความว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศทุกฐานความผิดจะมีสถานะเท่าเทียมกัน เพราะบางฐานความผิดมีลักษณะเป็นความผิดที่ประชาคมระหว่างประเทศต่างยอมรับและรับรู้ว่าเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด

³⁰⁹ Jon B. Jordan, "Universal Jurisdiction in a Dangerous World: A Weapon for All Nations against International Crime," *Michigan State University-DCL Journal of International Law* 1, Volume 9, Issue 1, pp.3-4 (2000).

จึงมีความสำคัญและมีสถานะสูงกว่าความผิดฐานอื่น และมีผลผูกพันทุกรัฐและทุกคนโดยไม่คำนึงถึงการยอมรับ (Consent) หลักการดังกล่าว³¹⁰

เหตุที่บทกฎหมายบังคับเด็ดขาดมีผลผูกพันทุกรัฐโดยรวมนี้ เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันว่าบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะของประชาคมระหว่างประเทศ และรัฐไม่สามารถทำความตกลงระหว่างกันเพื่อยกเว้นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นประการอื่นได้³¹¹ นอกจากนี้ รัฐยังมีพันธกรณีในการลงโทษหรือการส่งตัวผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐอื่นที่มีเขตอำนาจลงโทษในกรณีที่ไม่สามารถลงโทษเองได้ (*aut dedere aut punire*)

แม้ว่าทุกรัฐมีเขตอำนาจในการดำเนินคดีกับบรรดาอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้ตามหลักอำนาจลงโทษสากล (Universal Jurisdiction) ก็ตาม แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักการไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดซ้ำสอง (*ne bis in idem*) หมายความว่า หากศาลภายในดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำความผิดใดแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่อาจดำเนินคดีในการกระทำเดียวกันนั้นได้อีก แต่หลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำนี้ก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่ศาลภายในดำเนินคดีอย่างไม่เป็นอิสระและไม่เป็นกลาง หรือศาลภายในไม่ดำเนินคดีอย่างอาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่น การดำเนินคดีในฐานความผิดที่รุนแรงน้อยกว่า (Minor Offence) หรือการดำเนินคดีแรกเป็นไปเพื่อปกป้องผู้กระทำความผิดจากการดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ³¹²

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ บทกฎหมายบังคับเด็ดขาดมีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องใดบ้าง เนื่องจากเกณฑ์ที่ใช้กำหนดว่ากฎเกณฑ์ใดเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดบ้างนั้นยังไม่เป็นที่ยุติ อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศทั้ง 4 ฐานความผิด รวมถึงการทรมาน (Torture) การเอาคนลงเป็นทาส (Enslavement) การกระทำอันเป็นโจรสลัด (Piracy) ล้วนเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสถานะเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดทั้งสิ้น³¹³

³¹⁰ Claire de Than and Edwin Shorts, International Criminal Law and Human Rights, (London: Sweet & Maxwell, 2003), pp.9-10.

³¹¹ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 304, น.173-174.

³¹² Claire de Than and Edwin Shorts, *supra note 310*, p.6.

³¹³ *Ibid*, p.10.

คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้ยกตัวอย่างกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่สามารถทำสนธิสัญญาถาวรหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ ดังต่อไปนี้

(1) กฎเกณฑ์ซึ่งห้ามการใช้กำลังโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ

(2) กฎเกณฑ์ซึ่งห้ามการกระทำของรัฐอันมีลักษณะเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การสังหารเชลยสงคราม

(3) กฎเกณฑ์ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องร่วมมือกันปราบปรามการกระทำความผิดบางประเภท เช่น การเอาคนลงเป็นทาส การกระทำอันเป็นโจรสลัด รวมถึงการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์³¹⁴

นอกจากนี้ คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเคยอ้างอิงถึงหลักเกณฑ์ที่สำคัญของบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดไว้ในมาตรา 19 ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดระหว่างประเทศ ค.ศ. 2001 (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001) ได้แก่

(1) การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ ซึ่งจำเป็นต่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ เช่น การห้ามรุกราน

(2) การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ ซึ่งจำเป็นต่อการปกป้องสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองของประชาชน (Right of Self-Determination)

(3) การละเมิดอย่างร้ายแรงและกว้างขวางต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ ซึ่งจำเป็นต่อการปกป้องความเป็นมนุษย์ เช่น การเอาคนลงเป็นทาส การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และการเหยียดผิว (Apartheid)

(4) การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ ซึ่งจำเป็นต่อการปกป้องและการสงวนรักษาสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ เช่น การห้ามก่อมลพิษขนาดใหญ่ในชั้นบรรยากาศและในทะเล

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Barcelona Traction* ได้กล่าวถึงบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด แม้จะไม่ได้กล่าวถึงบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดโดยตรง แต่อ้างถึง “พันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไป” (Obligations *erga omnes*) ในคำพิพากษาว่า “พันธกรณีที่เกิดจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งการรุกรานและการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ รวมทั้งพันธกรณีที่เกิดจากหลักการและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน รวมถึงการป้องกันจากการเป็นทาส (Slavery) และ

³¹⁴ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 304*, น.175.

การเลือกปฏิบัติโดยเหตุของเชื้อชาติ (Racial Discrimination)”³¹⁵ ถือว่าศาลกล่าวถึงบทกฎหมาย บังคับเด็ดขาดโดยนัยแล้ว นอกจากนี้ ศาลภายในของรัฐเองก็ยอมรับหลักเรื่องบทกฎหมายบังคับ เด็ดขาดเช่นกัน เช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งอ้างถึงบทกฎหมายบังคับ เด็ดขาดอย่างชัดเจนว่ามีความสำคัญต่อการคงอยู่ของกฎหมายระหว่างประเทศ และถูกคุ้มครองโดย การยอมรับของรัฐว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมาย (*opinio iuris*)³¹⁶

ประเด็นสุดท้ายที่ต้องพิจารณา คือ บทกฎหมายบังคับเด็ดขาดนั้นต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่ ทุกรัฐยอมรับหรือไม่ ในประเด็นนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวไว้ว่า “ไม่มีความ จำเป็นที่จะต้องให้ทุกรัฐยอมรับหรือรับรองว่ากฎเกณฑ์ระหว่างประเทศกฎเกณฑ์ใดเป็นบทกฎหมาย บังคับเด็ดขาด เพียงแต่กฎเกณฑ์เช่นนั้นเป็นที่ยอมรับและรับรองของรัฐส่วนใหญ่ก็เป็นการเพียงพอที่จะถือว่ากฎเกณฑ์นั้นเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดแล้ว ดังนั้น หากมีรัฐใดรัฐหนึ่งไม่ยอมรับ ไม่รับรอง หรือไม่คัดค้านกฎเกณฑ์ดังกล่าว ก็ไม่กระทบกระเทือนต่อสถานะการเป็นบทกฎหมายบังคับ เด็ดขาดของกฎเกณฑ์ดังกล่าว”³¹⁷

2.5 เขตอำนาจรัฐ (State Jurisdiction)

กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่า รัฐอธิปไตยทุกรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐที่มีขนาดเท่าใด และไม่ว่าจะเป็นรัฐที่มีความเจริญทางเศรษฐกิจหรือมีอำนาจมากน้อยเท่าใด หากรัฐนั้นที่มีอำนาจ อธิปไตยเหนือดินแดนและประชากรที่อาศัยอยู่ในดินแดนของตนแล้ว รัฐเหล่านั้นย่อมมีความเท่าเทียม กันในสายตาของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่นที่ Vattel นักกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าว

³¹⁵ *Advisory Opinions and Orders Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium V. Spain) Second Phase*, para.34.

³¹⁶ Jochen A Frowein, *supra* note 305.

³¹⁷ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 304*, น.175-176.

ในหนังสือ The Law of Nations³¹⁸ ว่า “คนแคระย่อมเป็นคนเช่นเดียวกับคนตัวใหญ่ราวกับยักษ์ รัฐเล็กก็มีได้หมายความว่ามีความอำนาจอธิปไตยน้อยกว่ารัฐใหญ่ที่มีอำนาจมากมายแต่อย่างใด”³¹⁹

แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยปรากฏครั้งแรกในงานเขียนของ Jean Bodin ซึ่งให้นิยามคำว่า “อำนาจอธิปไตย” ว่า เป็นอำนาจสูงสุดเหนือประชาชนในรัฐ อันไม่ถูกจำกัดหรือยับยั้งโดยกฎหมายใด ๆ และเป็นอำนาจเหนือพลเมืองของรัฐ เป็นอำนาจเด็ดขาดและเป็นนิรันดร³²⁰ กล่าวคือ รัฐย่อมมีอำนาจอันบริบูรณ์และเป็นนิรันดร ไม่จำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยอำนาจอื่นใดนอกจากอำนาจของรัฐนั่นเอง โดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติ เนื่องจากตามแนวความคิดของ Bodin นั้น อำนาจอธิปไตยย่อมไม่ถูกยับยั้งหรือจำกัดโดยกฎหมายใด ๆ (Legibus Soluta) เท่ากับเป็นการประกาศว่าภายใต้เขตแดนของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย รัฐย่อมมีอำนาจบัญญัติกฎหมาย โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับใครหรือกฎเกณฑ์ของบุคคลใด³²¹ อย่างไรก็ตาม Bodin ไม่ได้ยืนยันว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจที่สมบูรณ์ล้นพ้นปราศจากเงื่อนไขหรือไรขอบเขต ดังที่มีผู้เข้าใจในปัจจุบัน เพราะถึงแม้ว่า Bodin จะยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดและไม่จำกัด แต่องค์อธิปัตย์ตามทัศนะของ Bodin ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายธรรมชาติ (*jus naturale*) กฎหมายนานาชาติ (*jus gentium*) และหลักว่าด้วยสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*)³²²

โดยสาระสำคัญของอำนาจอธิปไตย มีสาระสำคัญทางกฎหมาย 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก ผู้ปกครองของรัฐใดรัฐหนึ่งมีอำนาจโดยเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว และถือเป็นเอกราชภายในดินแดนของตน ประการที่สอง ทุกรัฐจะต้องได้รับการปฏิบัติในเรื่องของสิทธิ พันธกรณี และเอกราชของรัฐอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกัน และประการสุดท้ายเป็นผลมาจากสองประการแรก ทำให้รัฐเป็นองคภาวะหรือผู้ทรงสิทธิ ดังนั้น จึงไม่มีกฎหมายใดมีลำดับสูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมโดยผ่านสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณี หรือหลักการ

³¹⁸ แปลมาจากหนังสือฉบับภาษาฝรั่งเศสชื่อ “Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle”

³¹⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 รัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น.33.

³²⁰ บริติ เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.168.

³²¹ เฟ็งอ้าง, น.169.

³²² เฟ็งอ้าง, น.171.

ทั่วไปที่ได้รับการยอมรับในสิ่งเหล่านี้ และส่งผลให้ไม่มีรัฐใดที่สามารถถูกล้ำเข้าไปในดินแดนของรัฐอื่น หรือที่เรียกว่า *jus excludendi alios*³²³

เมื่อปี ค.ศ. 1927 ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) กล่าวในคดี *Lotus* ว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอธิปไตย กฎเกณฑ์ของกฎหมายที่ผูกพันบรรดารัฐจึงแสดงออกมาทางเจตจำนงอันเป็นอิสระของรัฐ ซึ่งแสดงออกผ่านสนธิสัญญาหรือโดยการใช้หลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นการก่อตั้งระเบียบที่เป็นกฎเกณฑ์ในการอยู่ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศ ข้อจำกัดที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศนี้ ทำให้รัฐไม่สามารถใช้อำนาจเหนือดินแดนของรัฐอื่นไม่ว่าในรูปแบบใด ในกรณีเช่นนี้จึงเป็นที่ชัดเจนว่ารัฐไม่สามารถใช้ตุลาณาของรัฐในเรื่องดินแดนภายนอกรัฐ ยกเว้นแต่ว่าเป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรืออนุสัญญา อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะห้ามมิให้รัฐบังคับใช้กฎหมายหรือเขตอำนาจศาลของตนต่อบุคคล ทรัพย์สิน หรือการกระทำใด ๆ ที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรโดยเด็ดขาด³²⁴

ถึงแม้ว่ากฎบัตรสหประชาชาติจะไม่ได้ให้นิยามคำว่าอำนาจอธิปไตยไว้ แต่โดยภาพรวมของกฎบัตรสหประชาชาติยังคงให้ความสำคัญกับแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย แสดงให้เห็นว่าองค์การสหประชาชาติยอมรับหลักการเรื่องความเสมอภาคทางอำนาจอธิปไตยของรัฐเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องหลักความเสมอภาคในอำนาจอธิปไตยของรัฐที่เป็นสมาชิกตามมาตรา 2 วรรคแรก กฎบัตรสหประชาชาติ ที่บัญญัติว่า “องค์การสหประชาชาติยืนอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคทางอำนาจอธิปไตยของสมาชิกทั้งหมด” แสดงให้เห็นว่ากฎบัตรสหประชาชาติถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นความร่วมมือกันระหว่างรัฐเอกราชทั้งหลายอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ใช่ความร่วมมือกันในรูปแบบของอำนาจอธิปไตยเหนือรัฐ

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่ารัฐอธิปไตยจะมีอำนาจเด็ดขาดเหนือดินแดนและประชากรของตน แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐอธิปไตยนั้นจะสามารถใช้อำนาจของตนไปแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นได้ เพราะการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตามหลักการเรื่องการห้ามแทรกแซง (Principle of Non-Intervention) ดังเช่นมาตรา 2 (7) กฎบัตรสหประชาชาติ ที่บัญญัติห้ามองค์การสหประชาชาติเข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิก เว้นแต่เข้าช้อยกเว้นตามหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ เกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ และการกระทำการรุกราน

³²³ Antonio Cassese, *International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2005), p.51.

³²⁴ *Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, Judgment, 7 September 1927, pp.18-19.

สืบเนื่องจากหลักความเท่าเทียมกันของรัฐ ส่งผลให้รัฐไม่อาจใช้เขตอำนาจรัฐของตนในเขตแดนของรัฐอื่นไม่ว่าในรูปแบบใด โดยปราศจากความยินยอมโดยชัดแจ้งจากรัฐอื่นได้อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่ารัฐอธิปไตยไม่อาจใช้เขตอำนาจรัฐของตนต่อการกระทำใด ๆ ที่เกิดนอกเขตแดนของตนได้เลย เพราะกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีข้อห้ามเรื่องการขยายเขตอำนาจรัฐในการออกกฎหมาย (Legislative Jurisdiction) ให้มีผลต่อบุคคล ทรัพย์สิน และเหตุการณ์ใด ๆ ที่เกิดนอกเขตแดนของรัฐ ดังนั้น รัฐทุกรัฐย่อมมีสิทธิที่จะกำหนดความผิดซึ่งได้กระทำนอกเขตแดนของรัฐไว้ในกฎหมายภายในของตนได้ แต่กฎหมายเช่นว่านั้นจะสามารถใช้บังคับได้ต่อเมื่อบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นเข้ามาอยู่ภายในเขตแดนของรัฐแล้ว รัฐนั้นจึงจะสามารถใช้อำนาจรัฐของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ³²⁵

ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ เขตอำนาจของรัฐ (Jurisdiction of State) มีความหมายครอบคลุมเพียงใด ถึงแม้กฎหมายระหว่างประเทศจะมีได้ให้คำจำกัดความของคำว่าเขตอำนาจของรัฐไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปโดยรัฐและนักกฎหมายระหว่างประเทศว่าเขตอำนาจของรัฐ หมายถึง การใช้อำนาจของรัฐเหนือบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง เช่น การที่บุคคลหรือทรัพย์สินมีสัญชาติของรัฐ หรือการที่บุคคล ทรัพย์สิน และเหตุการณ์นั้นอยู่หรือเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติใดหรือทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของผู้ใด ทั้งนี้ การใช้เขตอำนาจรัฐแบ่งออกเป็น

1. เขตอำนาจรัฐในการออกกฎหมาย (Prescriptive Power) โดยรัฐใช้อำนาจดังกล่าวผ่านฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ รัฐอาจตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อบุคคลและทรัพย์สินใด ๆ ที่อยู่ในเขตแดนของรัฐ หรือมีผลกระทบต่อเหตุการณ์ใด ๆ ที่เกิดขึ้นในเขตแดนของรัฐก็ได้

2. เขตอำนาจรัฐในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (Enforcement Power) โดยรัฐจะใช้อำนาจดังกล่าวผ่านฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ ฝ่ายบริหารอาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายของรัฐ เช่น การจับกุมบุคคล ยึดทรัพย์สิน หรือการกระทำบางอย่างเกี่ยวกับเหตุการณ์ ในขณะที่ฝ่ายตุลาการจะพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์นั้น³²⁶ นอกจากนี้ กฎหมายระหว่างประเทศยังยอมรับว่ารัฐอาจใช้เขตอำนาจของตนเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งมีสัญชาติของรัฐนั้นได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ที่ใดหรือจะอยู่ในสถานะใด หรือรัฐอาจใช้เขตอำนาจเหนือบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ได้ หากการใช้เขตอำนาจรัฐดังกล่าวเป็น

³²⁵ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), น.261, see also Martin Dixon, Textbook on International Law, Sixth Edition (New York: Oxford University Press, 2007), p.142.

³²⁶ จุมพต สายสุนทร, เพ็ญอังก, น.250.

การใช้เพื่อปกป้องความมั่นคงของรัฐ หรือเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปตามกฎหมายระหว่างประเทศว่า ทุกรัฐมีเขตอำนาจเช่นว่านั้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิดจะมีสัญชาติใด หรือรัฐอาจใช้เขตอำนาจเหนือบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ได้ หากมีความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ระหว่างประเทศระบุไว้เป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะ หรือมีกฎหมายระหว่างประเทศห้ามไว้ เช่น กรณีบุคคล ซึ่งเป็นตัวแทนการทูตหรือเจ้าพนักงานกงสุล ซึ่งส่งผลให้บุคคลดังกล่าวและทรัพย์สินของบุคคล เหล่านั้นที่อยู่ในรัฐนั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเขตอำนาจทางบริหารและ ตุลาการ³²⁷ หรือกรณีความตกลงระหว่างสหราชอาณาจักรและเนเธอร์แลนด์ที่ยอมให้มีการดำเนินคดี *Lockerbie* โดยศาลสกอตแลนด์ตามกฎหมายของสกอตแลนด์ ภายในเขตแดนของเนเธอร์แลนด์³²⁸

หลักการใช้อำนาจรัฐตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง โดยเฉพาะการใช้อำนาจรัฐ เนื่องการกระทำความผิดอาญา มี 4 ประการ ดังนี้

2.5.1 หลักดินแดน (Territorial Principle) หรือหลักพื้นที่ (Spatiality Principle)

หลักดินแดนหรือหลักพื้นที่เป็นหลักพื้นฐานที่สุด ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญา เกี่ยวกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศฉบับแรกที่ลงนาม ณ เมืองมอนเตวิเดโอ เมื่อวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1889 ที่บัญญัติว่า “อาชญากรรมต้องถูกพิจารณาโดยศาลและลงโทษโดยกฎหมายของรัฐที่เป็น ดินแดนที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น ไม่ว่าผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายจะมีสัญชาติใด”³²⁹ กล่าวคือ กฎหมายอาญาของรัฐใดปรับใช้ได้เฉพาะความผิดที่เกิดขึ้นบนดินแดนของรัฐนั้น ๆ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายมีสัญชาติใด หลักการนี้อธิบายได้ว่าความผิดเกิดขึ้น ณ ที่ใด รัฐนั้นย่อมได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดนั้น และพยานหลักฐานส่วนใหญ่มักจะ ปรากฏ ณ ดินแดนของรัฐนั้น

ดินแดนที่เป็นอาณาเขตของรัฐที่อาจใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนนั้นได้ ประกอบด้วย ส่วนที่เป็นพื้นดิน (Land) และส่วนที่เป็นทะเลที่เรียกว่า “ทะเลอาณาเขต” (Territorial Sea) ตลอดทั้งพื้นดินท้องทะเล (Seabed) และดินใต้ผิวดิน (Subsoil) ของทะเลอาณาเขตไม่ว่าจะมีความลึกเท่าใด รวมทั้งห้วงอากาศเหนือแผ่นดินและทะเลอาณาเขต สำหรับอาณาเขตทางทะเลส่วน อื่นที่อยู่ถัดจากทะเลอาณาเขตออกไป เช่น เขตต่อเนื่อง (Contiguous Zone) เขตเศรษฐกิจจำเพาะ (Exclusive Economic Zone) และไหล่ทวีป (Continental Shelf) ไม่ถือเป็นดินแดนที่รัฐชายฝั่งจะ

³²⁷ เฝิงอ้าง, น.251.

³²⁸ Martin Dixon, *supra* note 325, p.143.

³²⁹ William A. Schabas, *supra* note 27, p.75.

มีอำนาจใด ๆเหนือบริเวณดังกล่าว แต่ถือเป็นเขตทางทะเลที่รัฐชายฝั่งสามารถใช้เขตอำนาจ บางประการในเขตดังกล่าวได้ตามที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศรับรองเท่านั้น โดยตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ถือเป็นดินแดนของรัฐชายฝั่ง หากแต่เป็นพื้นที่ทางทะเลที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยอมรับให้รัฐชายฝั่งมีสิทธิ เช่น สิทธิอธิปไตย (Sovereign Rights)เหนือทรัพยากรทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิต หรือมีเขตอำนาจเหนือกิจกรรมบางอย่าง เช่น การสำรวจวิจัยวิทยาศาสตร์ทางทะเลและสิ่งแวดลอมทางทะเล ตลอดจนสิทธิเหนือการกระทำความผิด บางประเภท เช่น การกระทำความผิดเป็นโจรสลัด และการขนส่งทาส เป็นต้น³³⁰ ซึ่งพื้นที่ทางทะเลที่อยู่เลยออกไปจากทะเลอาณาเขตนั้น เรียกว่า ทะเลหลวง (High Seas) ที่ทุกรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐชายฝั่งหรือรัฐไร้ชายฝั่งใช้ร่วมกัน และถึงแม้รัฐชายฝั่งจะประกาศเขตต่อเนื่อง เขตต่อเนื่องดังกล่าวก็เป็นส่วนหนึ่งของทะเลหลวง หากเป็นเขตทางทะเลที่แตกต่างหากจากทะเลหลวงไม่ ดังนั้น พื้นที่ทางทะเลที่เลยไปจากทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่งออกไปจะมีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศเป็นทะเลหลวงซึ่งมิใช่ดินแดนของรัฐชายฝั่ง³³¹

นอกจากนี้ ยังมีความเห็นเห็นว่าเขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนอาจถูกขยายออกไปนอกดินแดนของรัฐได้ เช่น ความผิดที่กระทำบนเรือหรืออากาศยานที่ซักธงหรือจดทะเบียนในรัฐ เพราะเรือหรืออากาศยานนั้นเปรียบเสมือนดินแดนเคลื่อนที่ ดังในกรณีตามมาตรา 4 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา หรือการกระทำความผิดในลักษณะคาบเกี่ยวสองดินแดน ได้แก่ กรณีที่การกระทำความผิดที่เริ่มต้นในรัฐอื่น แต่ผลของการกระทำเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐนั้น ซึ่งเรียกเขตอำนาจในลักษณะดังกล่าวว่า “เขตอำนาจทางดินแดนทางอัตวิสัย” (Objective Territorial Jurisdiction) หรือกรณีที่การกระทำความผิดเริ่มต้นในส่วนที่เป็นสาระสำคัญในดินแดนของรัฐนั้น แต่องค์ประกอบบางประการหรือผลของการกระทำเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐอื่น ซึ่งเรียกเขตอำนาจในลักษณะดังกล่าวว่า “เขตอำนาจทางดินแดนทางภาวะวิสัย” (Subjective Territorial Jurisdiction)³³²

³³⁰ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 325*, น.253.

³³¹ *เพ็ญอ้าง*, น.254-255.

³³² ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดี *Lotus* วินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจทางดินแดนทางภาวะวิสัยของรัฐว่า เป็นหลักที่ยอมรับโดยกฎหมายระหว่างประเทศในการขยายเขตอำนาจรัฐเหนือความผิดซึ่งกระทำในดินแดนของรัฐอื่นและผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลสัญชาติอื่น แต่ผลของการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม การใช้เขตอำนาจลักษณะนี้ไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น เพราะรัฐนั้นมิได้ใช้อำนาจอธิปไตยในดินแดนของรัฐอื่น รัฐเพียงแต่ใช้เขตอำนาจในดินแดนของตนโดยคำนึงถึงความผิดซึ่งได้กระทำนอกดินแดนของรัฐเท่านั้น

ดังเช่นในมาตรา 5 ประมวลกฎหมายอาญา หรือกรณีที่การกระทำเกิดขึ้นในรัฐหนึ่งแต่ผู้ร่วมกระทำ ความผิดอยู่ในรัฐอื่น ดังเช่นในมาตรา 6 ประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้ รัฐยังอาจตรากฎหมาย ขยายเขตอำนาจออกไปนอกดินแดนของรัฐในลักษณะของการใช้เขตอำนาจนอกรัฐ (Extraterritorial Jurisdiction) ซึ่งเขตอำนาจรัฐในลักษณะนี้ไม่ใช่เขตอำนาจตามปกติ เพราะเป็นการใช้เขตอำนาจรัฐ สำหรับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนอกดินแดนของรัฐ เพียงแต่การกระทำดังกล่าวอาจเป็นความผิด ตามกฎหมายภายในของรัฐ และผู้กระทำความผิดอาจถูกพิจารณาความผิดเกี่ยวกับการกระทำ ดังกล่าวโดยศาลภายในของรัฐได้ แต่การขยายเขตอำนาจรัฐในลักษณะนี้มักก่อให้เกิดการขัดแย้งกัน ของรัฐในเรื่องการใช้เขตอำนาจของตน³³³

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ทำให้รัฐไม่อาจใช้เขตอำนาจของตนตามหลักดินแดน คือ กรณีที่บุคคลหรือทรัพย์สินบางจำพวกได้รับความคุ้มกัน (Immunity) จากเขตอำนาจรัฐ และยังมีข้อจำกัดที่นำไปสู่สภาวะการณ์ที่ไม่อาจลงโทษได้ เช่น กรณีผู้กระทำความผิดในรัฐอื่นหลบหนีเข้ามา ยังรัฐที่ผู้กระทำความผิดมีสัญชาติ เช่นนี้รัฐที่การกระทำความผิดเกิดและรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้กระทำความผิดไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดรายนี้ได้ นอกจากนี้ รัฐเจ้าของสัญชาติของผู้กระทำความผิดก็ไม่อาจส่งตัวผู้กระทำความผิดไปให้รัฐที่การกระทำความผิดเกิดได้ เพราะขัดกับหลักการส่ง ผู้ร้ายข้ามแดนที่ห้ามมิให้ส่งคนชาติของตนไปให้รัฐอื่นลงโทษ

2.5.2 หลักป้องกันตนเอง (Protection Principle)

หลักการนี้อาจเรียกว่า หลักอำนาจที่แท้จริง (Reality Principle) หรือหลัก ความสามารถที่แท้จริง หมายถึง ความสามารถของรัฐที่แท้จริงในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อ ผลประโยชน์ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ทางความมั่นคงหรือทางเศรษฐกิจ โดยไม่คำนึงว่า ผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะมีสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่ หลักการนี้จะพิจารณาจากลักษณะความผิด นั้นเอง (Nature of Crime) ที่มุ่งลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดที่เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือน ผลประโยชน์ขั้นสูงของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ขั้นสูงทางความมั่นคงหรือทางเศรษฐกิจ และไม่ว่า ผู้กระทำจะกระทำความผิดที่ใดก็ตาม หลักป้องกันตนเองนี้ใกล้ชิดกับหลักอำนาจลงโทษสากล (Universal Jurisdiction) อย่างมาก³³⁴ หลักการนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 7 (1) และ (2) ประมวล กฎหมายอาญา ที่บัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและความผิด เกี่ยวการปลอมและแปลง ซึ่งกระทำนอกราชอาณาจักร ต้องรับโทษในราชอาณาจักร

³³³ Martin Dixon, *supra* note 325, p.147 และดู ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 319, น.41-42.

³³⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 121, น.45.

2.5.3 หลักสัญชาติ (Nationality Principle)

หลักนี้เป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจนในทางกฎหมายระหว่างประเทศว่ารัฐสามารถใช้เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินที่มีสัญชาติของรัฐนั้นได้ ไม่ว่าบุคคลหรือทรัพย์สินดังกล่าวนั้นอยู่ที่ใด และไม่ว่าความผิดหรือการกระทำละเมิดดังกล่าวเกิดขึ้นที่ใด เนื่องจากบุคคลสัญชาติของรัฐโดยย่อมได้รับความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) จากรัฐนั้น ซึ่งส่งผลให้บุคคลสัญชาติโดยย่อมตกอยู่ใต้เขตอำนาจของรัฐเจ้าของสัญชาติทั้งทางแพ่งและทางอาญา อย่างไรก็ตามรัฐจะใช้เขตอำนาจตามหลักสัญชาตินี้ได้ต่อเมื่อบุคคลสัญชาติดังกล่าวเข้ามาภายในดินแดนของรัฐเจ้าของสัญชาติเท่านั้น³³⁵

สำหรับเรื่องการให้สัญชาตินั้นเป็นอำนาจของรัฐที่จะวางหลักเกณฑ์เพื่อกำหนดการให้สัญชาติแก่บุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล รวมถึงการให้สัญชาติแก่ทรัพย์สินบางประเภท เช่น เรือ อากาศยาน เป็นต้น แต่เขตอำนาจของรัฐดังกล่าวต้องไม่เป็นการขัดแย้งหรือก้าวล่วงเขตอำนาจของรัฐอื่นในเรื่องเดียวกัน ดังนั้น การกำหนดสัญชาติของบุคคลโดยรัฐนั้นจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศด้วย³³⁶ ซึ่งหลักการให้สัญชาติบุคคลธรรมดาที่เป็นที่ยอมรับตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะต้องคำนึงถึงความเกี่ยวโยงอันแท้จริง (Genuine Link) ของบุคคลกับรัฐที่ให้สัญชาติ เช่น หลักการสืบสายโลหิตจากบุพการีที่มีสัญชาติของรัฐนั้น (*jus sanguinis*) หรือหลักดินแดนที่บุคคลนั้นเกิด (*jus soli*) หรือทั้งสองหลัก ซึ่งตามพระราชบัญญัติสัญชาติของประเทศไทยทุกฉบับกำหนดกฎหมายในการให้สัญชาติโดยหลักสืบสายโลหิตจากบิดาหรือมารดาที่มีสัญชาติไทย และหลักดินแดน³³⁷

เขตอำนาจตามหลักสัญชาตินี้แบ่งออกเป็น หลักสัญชาติของผู้กระทำความผิด (Nationality of Offender or Active Personality Principle) และหลักสัญชาติของผู้เสียหาย (Nationality of Victim or Passive Personality Principle) ซึ่งหลักการประการหลังนี้มีที่มาจาก การคุ้มครองคนชาติ ส่วนหลักสัญชาติของผู้กระทำความผิดนี้มาจากแนวความคิดที่ว่า การลงโทษบุคคลที่เหมาะสม คือ การลงโทษตามกฎหมายของรัฐที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ เนื่องจากกฎหมายของรัฐมักบัญญัติมาให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของรัฐนั้น ๆ หลักการนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 8 ประมวลกฎหมายอาญา

³³⁵ Martin Dixon, *supra* note 325, p.147.

³³⁶ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 325*, น.268.

³³⁷ *เพ็ญอ้าง*, น.273.

2.5.4 หลักอำนาจลงโทษสากล (Universal Jurisdiction)

หลักนี้ให้สิทธิแก่ทุกรัฐในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นสากลได้ ไม่ว่าจะการกระทำความผิดนั้นจะเกิดขึ้นที่ใดและผู้เสียหายจะมีสัญชาติใดก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า หลักการลงโทษสากลนี้ไม่จำเป็นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวใดระหว่างรัฐที่ใช้อำนาจลงโทษกับการกระทำความผิด จึงจำกัดการใช้หลักอำนาจลงโทษสากลนี้เฉพาะกับความผิดบางประเภทเท่านั้น เช่น ความผิดฐานโจรสลัด ซึ่งตามนิยามแสดงให้เห็นถึงหลักอำนาจลงโทษสากลอย่างชัดเจน กล่าวคือ เป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในเขตทะเลหลวง (High Seas) ซึ่งเป็นเขตนานน้ำสากลที่ไม่มีรัฐใดมีเขตอำนาจรัฐในบริเวณดังกล่าว³³⁸

แม้ว่าในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการลี้ภัยผ่านพรมแดนมนุษย์ ค.ศ. 1948 จะไม่ได้กำหนดเรื่องหลักอำนาจลงโทษสากลไว้ แต่ข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 1973 ยอมรับว่า อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ไม่ว่าจะกระทำที่ไหนและเมื่อไหร่ ต้องถูกค้นหา จับกุม นำมาสู่ศาล และถ้าพบว่าบุคคลนั้นมีความผิดต้องถูกลงโทษ³³⁹

จึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำความผิดฐานลี้ภัยผ่านพรมแดนมนุษย์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ต่างเป็นการกระทำความผิดที่ทุกรัฐมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีและลงโทษตามหลักอำนาจลงโทษสากล เนื่องจากตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเห็นว่าความผิดเหล่านี้มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดร้ายแรงที่อยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม และเป็นความโหดร้ายต่อมนุษยชาติที่สร้างความตระหนกยากเกินกว่าจะจินตนาการได้ ผู้กระทำความผิดเหล่านี้จึงถือว่าเป็นศัตรูของมวลมนุษยชาติ (*hostis humani generis*) และเกิดแนวความคิดที่ว่าทุกรัฐต้องสามารถใช้เขตอำนาจรัฐเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้ได้ โดยถือว่าเป็นการใช้เขตอำนาจแทนรัฐอื่นทุกรัฐ แม้รัฐนั้นจะไม่มี ความเกี่ยวข้องโดยตรงกับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นเลยก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความร่วมมือในการปราบปรามความผิดเหล่านี้ให้หมดไป

ทฤษฎีที่ใช้กับหลักนี้มี 2 ทฤษฎี³⁴⁰ ได้แก่ ทฤษฎีผู้กระทำความผิดอยู่ในความควบคุมของรัฐที่ทำการจับกุม (*forum deprehensionis*) และทฤษฎีไม่คำนึงว่าผู้กระทำความผิดจะอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐหรือไม่ รัฐก็สามารถมีเขตอำนาจสากลที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วการจะดำเนินคดีหรือลงโทษบุคคลใดได้ สิ่งสำคัญคือบุคคลนั้นจะต้องเข้ามาอยู่ใน

³³⁸ Robert Cryer et al., *supra* note 14, pp.50-51.

³³⁹ Catherine Elliott, *French Criminal Law*, (Devon: Willan Publishing, 2001), p.143.

³⁴⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 319*, น.48.

เขตอำนาจศาลเสียก่อน เพราะโดยหลักแล้วการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อหน้า
 จำเลย ดังนั้น รัฐที่พบตัวผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นการจับหรือเพียงแต่ผู้กระทำความผิดผ่านไปยัง
 รัฐนั้น รัฐที่พบตัวผู้กระทำความผิดมีทางเลือก 2 ทาง คือ ไม่ส่งตัวผู้กระทำความผิดไปลงโทษ ณ รัฐที่
 การกระทำความผิดเกิด ก็ต้องพิจารณาลงโทษเอง ตามหลัก “*aut dedere aut punire*” ซึ่งแปลว่า
 “ส่งตัวหรือลงโทษ”³⁴¹ ทั้งนี้ การที่รัฐใช้กฎหมายภายในของตนลงโทษบุคคลสัญชาติอื่นตามหลัก
 อำนาจลงโทษสากล ไม่ได้หมายความว่า เป็นการใช้อำนาจรัฐของตนเหนือรัฐอื่น ซึ่งเกิดการกระทำ
 ความผิดแต่อย่างใด แต่เป็นการใช้อำนาจรัฐของตนเหนือบุคคลสัญชาติอื่นเท่านั้น³⁴²

อย่างไรก็ตาม เมื่อหลักอำนาจลงโทษสากลถือว่าทุกรัฐต่างมีเขตอำนาจเช่นนี้ จึง
 อาจเกิดปัญหาเรื่องการขัดกันของเขตอำนาจได้ ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงถือว่ารัฐที่ควบคุมตัวผู้กระทำ
 ความผิดไว้เป็นรัฐที่มีสิทธิเหนือกว่ารัฐอื่นในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด³⁴³

แม้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการลี้ภัยข้ามพรมแดน
 มนุษย์ ค.ศ. 1948 จะไม่มีบทบัญญัติที่รับรองหลักเรื่องอำนาจลงโทษสากลไว้ แต่ไม่ได้หมายความว่า
 รัฐต่าง ๆ จะใช้หลักเรื่องอำนาจลงโทษสากลในความผิดเกี่ยวกับการลี้ภัยข้ามพรมแดนมนุษย์ไม่ได้ เพราะ
 ถึงแม้ว่าจะไม่มีบ่อเกิดเรื่องหลักอำนาจลงโทษสากลในความผิดฐานลี้ภัยข้ามพรมแดนมนุษย์ตามสนธิสัญญา
 แต่ไม่ได้หมายความว่า จะใช้หลักอำนาจลงโทษสากลในความผิดฐานดังกล่าวตามบ่อเกิดอื่นไม่ได้เลย
 ดังจะเห็นได้จากศาลทหารระหว่างประเทศแห่งเมืองนูเรมเบิร์กได้รับรองหลักอำนาจลงโทษสากลใน
 ความผิดฐานลี้ภัยข้ามพรมแดนมนุษย์ว่า มีบ่อเกิดจากกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law)³⁴⁴ ซึ่ง
 ศาลดังกล่าวได้พิพากษาในคดี *Eichmann* และ คดี *Demjanjuk* ว่า การที่อนุสัญญาว่าด้วยการ
 ป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการลี้ภัยข้ามพรมแดนมนุษย์ ค.ศ. 1948 รับรองให้รัฐสามารถดำเนินคดีตาม
 หลักดินแดนได้นั้น ไม่ได้หมายความว่า รัฐจะใช้หลักอำนาจลงโทษสากลเหนือความผิดฐานลี้ภัยข้ามพรมแดน
 มนุษย์ไม่ได้อย่างสิ้นเชิง เนื่องจากรัฐยังสามารถใช้สิทธิในการดำเนินคดีตามหลักอำนาจลงโทษสากล

³⁴¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 121*, น.46.

³⁴² *Sampson v. Federal Republic of Germany* cited in Jon B. Jordan, *supra*
note 309, p.2.

³⁴³ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 319*, น.51.

³⁴⁴ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าหลักอำนาจลงโทษสากลมีบ่อเกิด 3 ประเภท คือ
 บ่อเกิดตามกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) บ่อเกิดจากความตกลงระหว่างประเทศ
 (International Agreements) และบ่อเกิดจากกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) see Jon B.
 Jordan, *supra note 309*, pp.3-5.

ในฐานะของกฎหมายจารีตประเพณีได้อยู่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หลักดินแดนตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้เป็นหลักที่เด็ดขาด ทุกรัฐยังสามารถใช้อำนาจของตนที่มีอยู่ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเหนือความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้³⁴⁵

หากพิจารณาตามหลักเรื่องเขตอำนาจรัฐแล้ว เห็นได้ว่ารัฐย่อมมีอิสระในการตรากฎหมายภายในของตน ครอบคลุมทั่วทั้งเขตกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายบังคับเด็ดขาด และสามารถกำหนดเขตอำนาจรัฐเหนือความผิดอาญาระหว่างประเทศได้อย่างกว้างขวาง แม้การกระทำนั้นจะมีได้กระทำให้ขึ้นในดินแดนของรัฐก็ตาม³⁴⁶ ดังนั้น หากประเทศไทยจะบัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดแล้ว ประเทศไทยย่อมมีอำนาจในการบัญญัติขอบเขตความคุ้มครองได้อย่างอิสระตามหลักเรื่องเขตอำนาจรัฐ แม้ว่าอาจจะไม่ได้บัญญัติตามนิยามในมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 หรือมาตรา 6 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะประเทศไทยไม่ได้มีพันธกรณีตามกฎหมายทั้งสองฉบับ แต่ต้องคำนึงเสมอว่าการบัญญัติขอบเขตของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่กว้างจนเกินไป ย่อมเป็นการทำลายความสำคัญของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลง เนื่องจากหลักสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องไม่ทำลายความสำคัญของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลงเสียเอง ดังนั้น แม้ประเทศไทยจะมีอิสระในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่การบัญญัติขอบเขตความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ทั้งขอบเขตเรื่องการกระทำอันเป็นการต้องห้าม และขอบเขตของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง จะต้องคำนึงถึงความสำคัญของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ด้วย ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เกิดขึ้นง่ายและกว้างขวางจนเกินไป

2.6 การส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition)

โดยปกติรัฐมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีและลงโทษการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในดินแดนของตน ไม่ว่าผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายจะมีสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้เป็นไปตามหลักดินแดน แต่บางครั้งการใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักการดังกล่าวอาจมีอุปสรรคที่ทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ โดยเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิดหลบหนีออกไปจากดินแดนของรัฐ ทำให้ไม่สามารถใช้อำนาจรัฐของตนจับกุมผู้กระทำความผิดในรัฐอื่นด้วยตนเองได้ เนื่องมาจากแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐที่มองว่าทุกรัฐต่างเท่าเทียมกัน รัฐจึงเข้าไปใช้เขต

³⁴⁵ Jon B. Jordan, *ibid*, pp.8-9.

³⁴⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 121*, น.6-7.

อำนาจรัฐของตนในดินแดนของรัฐอื่นไม่ได้ จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือจากรัฐที่ผู้กระทำความผิดหลบหนีเข้าไปนั้นจับกุมผู้กระทำความผิดแทน ดังนั้น หลักเรื่องความร่วมมือทางอาญาระหว่างรัฐ โดยเฉพาะการส่งผู้ร้ายข้ามแดน จึงเข้ามามีบทบาทสำคัญเพื่อให้การปราบปรามอาชญากรรมมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ดังคำกล่าวของ Grotius ที่ว่า ทุกรัฐมีผลประโยชน์ร่วมกันในการปราบปรามอาชญากรรมทุกรูปแบบ ดังนั้น รัฐจึงผูกพันที่จะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน³⁴⁷

การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นเรื่องที่ปฏิบัติกันมาตั้งแต่สมัยโบราณ ดังปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรบันทึกไว้ที่ผนังของวิหารอัมมอนแห่งคานันว่าอียิปต์โบราณทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับฮิตทิตัส ในรัชสมัยฟาโรห์ รามเลสที่ 2³⁴⁸ สาเหตุที่ต้องมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็เพราะมีหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่า ผู้กระทำความผิดต้องได้รับการลงโทษโดยรัฐที่ตนหลบภัยหรือต้องถูกส่งตัวไปให้รัฐที่สามารถจะลงโทษบุคคลนั้นได้ เพราะทุกรัฐมีผลประโยชน์ร่วมกันในการปราบปรามอาชญากรรมทุกรูปแบบ³⁴⁹ ซึ่งเป็นหลักที่ Hugo von Grotius บิดากฎหมายระหว่างประเทศวางไว้ เนื่องจากไม่ควรมีการยอมรับให้บุคคลหลบเลี่ยงความรับผิดชอบในการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (*mala in se*) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งคุณค่าของกระบวนการยุติธรรม และเพื่อรับรองประโยชน์ของรัฐที่ร้องขอในการใช้เขตอำนาจของตน³⁵⁰ โดยประเทศที่รับรองหลักการดังกล่าวเป็นกฎหมายภายในเป็นประเทศแรก คือ เบลเยียม ซึ่งบัญญัติกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนเมื่อปี ค.ศ. 1833 โดยกฎหมายฉบับนี้วางหลักต่อไปอีกว่า จะไม่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนทางการเมือง ในขณะที่ก่อนศตวรรษที่ 18 ประเทศต่าง ๆ นิยมส่งผู้ต้องหาในคดีการเมืองให้แก่กันตลอดมา ทั้งในรูปแบบของธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างประเทศ และในรูปแบบของสนธิสัญญาโดยระบุข้อตกลงให้ส่งผู้ต้องหาในคดีการเมืองให้แก่กันไว้ เนื่องจากในสมัยนั้นกษัตริย์ประเทศต่าง ๆ เห็นว่าประโยชน์แห่งความยุติธรรมมีน้อยกว่า

³⁴⁷ M. Cherif Bassiouni and Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, (Dordrecht: M. Nijhoff, 1995), p.26.

³⁴⁸ ชัชวาลย์ สุขสมจิตร, “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ,” (งานวิจัยหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง รุ่นที่ 4 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2542), น.5.

³⁴⁹ M. Cherif Bassiouni and Edward M. Wise, *supra note 347*, p.26.

³⁵⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1979), p.558.

ความมั่นคงของพระองค์และราชบัลลังก์³⁵¹ แต่ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1854 เบลเยียมเกิดกรณีพิพาทกับฝรั่งเศส เนื่องจากเบลเยียมไม่ยอมส่งตัวผู้ลักลอบฆ่าจักรพรรดินโปเลียนให้แก่ฝรั่งเศส และสืบเนื่องจากกรณีพิพาทดังกล่าวทำให้เบลเยียมต้องออกกฎหมายใหม่ว่า ถ้าเป็นคดีฆาตกรรมแม้เป็นคดีทางการเมืองก็สามารถส่งตัวผู้กระทำความผิดได้

การส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition) หมายถึง การส่งมอบตัวบุคคลอย่างเป็นทางการ โดยรัฐหนึ่งให้แก่อีกรัฐหนึ่ง เพื่อการฟ้องคดีหรือเพื่อลงโทษ³⁵² การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงเป็นเรื่องของการขอความช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างประเทศ ต่างกับการเนรเทศซึ่งเป็นการป้องกันตัว³⁵³

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐไม่มีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดน เว้นแต่มีสนธิสัญญาระหว่างกัน³⁵⁴ แต่ถึงแม้จะไม่มีสนธิสัญญาระหว่างกัน การส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็อาจกระทำได้โดยอาศัยหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติหรือหลักต่างตอบแทน (Reciprocity)³⁵⁵

ประเทศไทยมีการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับต่างประเทศมาตั้งแต่ พ.ศ. 2455 คือ สัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกรุงสยามกับอังกฤษ วันที่ 9 สิงหาคม ร.ศ. 130 ต่อมาจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศไทยหรือสยามในขณะนั้นไปยังรัฐอื่น ซึ่งเป็นครั้งแรกของประเทศไทยที่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การส่งผู้ร้ายข้ามแดนในลักษณะเป็นหลักการทั่วไป แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีเฉพาะกรณีประเทศไทยส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐอื่นเท่านั้น โดยไม่ได้บัญญัติถึงกรณีประเทศไทยร้องขอให้รัฐอื่นส่งผู้ร้ายข้ามแดนมายังประเทศไทย ดังนั้น หากประเทศไทยต้องการร้อง

³⁵¹ ภาสกร ชุณหะวัณ, “ปัญหาเรื่องความรับผิดชอบทางการเมืองในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” วารสารนิติศาสตร์ 42, ฉบับที่ 4, ปีที่ 16, น.43 (ธันวาคม 2529).

³⁵² Max Sorensen, Manual of Public International Law, (London: Macmillan, 1968), p.519 อ้างถึงใน พรชัย ต่านวิวัฒน์, “การส่งคนชาติข้ามแดนตามกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” ตุลพาท 52, เล่ม 4, ปีที่ 42, น.53 (ตุลาคม-ธันวาคม 2538).

³⁵³ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น.409.

³⁵⁴ Ian Brownlie, *supra note 350*, p.558, see also B. Sen, A Diplomat's Handbook of International Law and Practice, (Dordrecht: M. Nijhoff, 1988), p.415 อ้างถึงใน พรชัย ต่านวิวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 352, น.53.

³⁵⁵ B. Sen, A Diplomat's Handbook of International Law and Practice, (Dordrecht: M. Nijhoff, 1988), p.419-420 อ้างถึงใน พรชัย ต่านวิวัฒน์, เพ็ງอ้าง, น.53.

ขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว จะต้องปรับใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 141 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติให้อำนาจพนักงานอัยการในการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในกรณี ที่พนักงานอัยการเห็นว่าควรส่งฟ้องบุคคลนั้น แต่บุคคลนั้นอยู่ต่างประเทศ

ถึงแม้ว่าจะมีพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 เป็นกฎหมายแม่บทใน เรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว ประเทศไทยยังมีการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศ ต่าง ๆ อีกหลายประเทศ เช่น เบลเยียม อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น โดยถือหลักว่าหากมี สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกำหนดหลักเกณฑ์การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้เป็นอย่างใดให้เป็นไปตามนั้น

ต่อมา เมื่อพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 ไม่เหมาะสมกับ สภาวะการณ์ปัจจุบัน และไม่สามารถแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการเป็นเหตุให้การส่งผู้ร้ายข้าม แदनไม่อาจดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ³⁵⁶ จึงได้ยกเลิกพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 และประกาศใช้พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 แทน ซึ่ง พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 ได้แก้ไขโดยนำหลักการในสนธิสัญญาต้นแบบของ สหประชาชาติมากำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น การส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบย่อ การกำหนดตัวผู้ประสานงาน กลาง การให้คำรับรองแก่รัฐที่รับคำร้องว่าจะเปลี่ยนแปลงโทษประหารชีวิตเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิต และกำหนดความหมายของประเทศผู้ร้องขอให้กว้างขึ้น โดยให้หมายรวมถึงดินแดน เขตปกครองพิเศษ หรือองค์การระหว่างประเทศได้ด้วย³⁵⁷ แต่ยังคงถือหลักว่าหากมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกำหนด หลักเกณฑ์การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้เป็นอย่างใดให้เป็นไปตามสนธิสัญญานั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่ได้คำนึงถึงเฉพาะพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 อันเป็น กฎหมายภายในเท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึงสนธิสัญญาด้วย ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลไทยกับ รัฐบาลต่างประเทศ หรือระหว่างรัฐบาลไทยกับองค์การระหว่างประเทศ

2.6.1 หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

2.6.1.1 หลักต่างตอบแทน (Principle of Reciprocity)

หมายความว่า รัฐที่เกี่ยวข้องทั้งสองจะต้องปฏิบัติต่างตอบแทนกัน กล่าวคือ หากมีกรณีร้องขอตอบแทนกัน รัฐคู่กรณีแต่ละรัฐมีหน้าที่จะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่กัน

³⁵⁶ โปรดดูหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551

³⁵⁷ ณรงค์ ใจหาญ, “การส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” หนังสืออรรถนิทัศน์ คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

หลักต่างตอบแทนนี้เปรียบเสมือนหลักทั่วไปของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพราะหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอื่น เช่น หลักความผิดสองรัฐ และหลักเรื่องความผิดที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ต่างอยู่บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทนนี้เช่นกัน

กฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทยอยู่บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทนเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 กล่าวคือ รัฐบาลไทยอาจพิจารณาส่งบุคคลข้ามแดน เพื่อการฟ้องคดีหรือลงโทษ ตามคำพิพากษาของศาลประเทศผู้ร้องขอให้แก่ประเทศผู้ร้องขอได้ แม้ว่าประเทศไทยกับประเทศผู้ร้องขอนั้นจะไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน หากประเทศผู้ร้องขอแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่ประเทศไทยในทำนองเดียวกันเมื่อประเทศไทยร้องขอ

2.6.1.2 หลักร้องขอ (Principle of Request)

โดยปกติแล้วการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะมีได้เกิดจากการริเริ่มของรัฐที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนเอง แต่จะเกิดจากการร้องขอของรัฐที่ต้องการให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 บัญญัติถึงหลักร้องขอไว้ในมาตรา 8 ซึ่งการร้องขอตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 สามารถกระทำได้ 2 ทาง ได้แก่ การร้องขอผ่านผู้ประสานงานกลาง ได้แก่ อัยการสูงสุด สำหรับคำร้องขอของประเทศที่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน และผ่านวิถีทางการทูตสำหรับประเทศที่ไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน

2.6.1.3 หลักไต่สวน (Principle of Investigation)

กล่าวคือ ก่อนที่จะมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะมีการไต่สวนก่อน ซึ่งการไต่สวนโดยทั่วไปเป็นการไต่สวนโดยศาลว่า เป็นกรณีที่จะส่งตัวผู้นั้นข้ามแดนได้หรือไม่ และในการไต่สวนจะมีการพินิจหลักฐานเพียงว่ากรณีมีมูลเพียงพอที่จะส่งข้ามแดนได้หรือไม่เท่านั้น โดยไม่พิจารณาไปถึงขั้นว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดจริงหรือไม่³⁵⁸

ประเทศไทยใช้หลักไต่สวนเพื่อส่งบุคคลข้ามแดนเช่นกัน โดยการไต่สวนของประเทศไทยจะกระทำโดยศาล

2.6.1.4 หลักคดีเล็กน้อย (Principle of Bagatelle or *minima non curat praetor*)

หมายความว่า ในคดีเล็กน้อยจะไม่มี การส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่กัน³⁵⁹ หรืออาจกล่าวได้ว่าความผิดที่จะขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องเป็นความผิดอาญาที่มีความร้ายแรง

³⁵⁸ คณิต ญ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 353*, น.410.

³⁵⁹ *เพ็งอ้าง*, น.411.

พอสสมควร และมักเป็นความผิดที่มีโทษหนักหรือมีโทษอุกฉกรรจ์ ซึ่งเรียกความผิดเช่นนี้ว่า “ความผิดที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้” (Extraditable Offences)

โดยปกติในสนธิสัญญาจะมีการกำหนดความผิดที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ไว้ ซึ่งการกำหนดอาจทำได้โดยการระบุฐานความผิดไว้โดยเฉพาะเจาะจง หรือการกำหนดโทษขั้นต่ำของความผิดที่จะให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ซึ่งวิธีการที่สองนี้เป็นที่นิยมใช้ เพราะจะทำให้สนธิสัญญามีความทันสมัยอยู่เสมอ และไม่ต้องมีการแก้ไขสนธิสัญญาหากมีการกำหนดฐานความผิดขึ้นใหม่ในภายหลัง

พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 มาตรา 7 กำหนดความผิดที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ไว้ว่า ต้องเป็นความผิดที่กำหนดโทษประหารชีวิตหรือโทษจำคุกหรือโทษจำกักเสรีภาพในรูปแบบอื่นตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป อาจกล่าวได้ว่าหลักคดีเล็กน้อยของประเทศไทยถือเอาโทษจำคุกหรือโทษจำกักเสรีภาพแบบอื่นตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปเป็นเกณฑ์

2.6.1.5 หลักความผิดสองรัฐ (Principle of Double Criminality)

หลักการนี้เรียกอีกอย่างว่า หลักบทบัญญัติตรงกัน (Principle of Identical Norm) กล่าวคือ ความผิดดังกล่าวต้องเป็นความผิดที่สามารถลงโทษได้ตามกฎหมายของทั้งรัฐที่ร้องขอและรัฐที่รับคำร้องขอ ซึ่งหลักการนี้นอกจากจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทนแล้ว ยังมีที่มาจากหลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญในกฎหมายอาญาอีกด้วย แต่เนื่องจากคงเป็นไปได้ที่ทุกประเทศจะเรียกชื่อฐานความผิดหรือกำหนดองค์ประกอบความผิดทางอาญาเหมือนกันทั้งหมด ดังนั้น ตามหลักการนี้จึงไม่จำเป็นว่าทั้งสองรัฐเรียกชื่อฐานความผิดที่ขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนเหมือนกันหรือไม่ แต่รัฐที่รับคำร้องขอจะพิจารณาลักษณะการกระทำ ความผิดว่ามีลักษณะอย่างเดียวกันหรือไม่ และจะดูข้อเท็จจริงโดยรวมของการกระทำ ความผิดว่าเข้าข่ายเป็นความผิดของรัฐที่รับคำร้องขอหรือไม่ เป็นสำคัญ กล่าวคือ พิจารณาว่าความผิดดังกล่าวสามารถลงโทษในรัฐที่รับคำร้องขอได้หรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าเป็นความผิดของรัฐที่ร้องขอหรือไม่ เพราะหากไม่เป็นความผิดในรัฐที่ร้องขอแล้ว รัฐที่ร้องขอคงไม่ส่งคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อกลับไปดำเนินคดีหรือลงโทษในประเทศตนอย่างแน่นอน แต่สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่ศาลของรัฐที่รับคำร้องขอที่ทำหน้าที่ไต่สวนต้องคำนึง คือ การไต่สวนคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ศาลของรัฐที่รับคำร้องขอจะพิจารณาเพียงว่าคดีมีมูลพอที่จะดำเนินคดีกับบุคคลที่ถูกขอให้ส่งตัวข้ามแดนหรือไม่ เท่านั้น คือ ใช้มาตรฐานการพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลคดี (*prima facie*) เท่านั้น³⁶⁰ ส่วนที่ว่าเมื่อมีการส่ง

³⁶⁰ มาตรฐานการพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลคดี (*prima facie*) เป็นการพิสูจน์ให้เห็นว่าคดีที่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่น่าเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นตามที่ได้มีการฟ้องร้อง ซึ่งมาตรฐานการพิสูจน์ระดับนี้จะสูงกว่ามาตรฐานการพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุอันมีพยานหลักฐานเพียงพอ แต่ต่ำกว่า

ผู้ร้ายข้ามแดนไปแล้วบุคคลที่ถูกขอให้ส่งตัวจะกระทำความผิดจริงตามฟ้องหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องที่ศาลของรัฐที่ร้องขอต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป³⁶¹

อย่างไรก็ตาม บางประเทศก็ไม่ได้ถือหลักความผิดสองรัฐอย่างเคร่งครัด เช่น ในคดี *Factor v. Laubenheimer* ศาลสหรัฐอเมริกาพิจารณาว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่รับคำร้องขอ หากความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่ระบุในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐที่ร้องขอกับรัฐที่รับคำร้องขอ ก็เพียงพอแล้ว ซึ่งแสดงว่ารัฐทั้งสองยอมรับว่าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามกฎหมายของตนแล้วนั่นเอง³⁶²

หลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทยเองยึดหลักความผิดสองรัฐนี้เช่นกัน ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 มาตรา 7 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “ความผิดที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องเป็นความผิดอาญาซึ่งกฎหมายประเทศผู้ร้องขอและกฎหมายประเทศไทยกำหนดให้เป็นความผิดอาญา...” แต่หลักความผิดสองรัฐตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 ไม่ครอบคลุมไปถึงเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี เช่น อายุความ ซึ่งไม่ใช่ปัญหาที่จะนำมาพิจารณาในชั้นไต่สวนเพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดน แต่เป็นปัญหาที่จำเลยต้องยกขึ้นต่อสู้ในชั้นพิจารณาความผิดจริง ๆ³⁶³

2.6.1.6 หลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำ (Principle of Double Jeopardy)

หมายความว่า เมื่อได้มีการดำเนินคดีกับบุคคลในรัฐที่รับคำร้องขอจนมีการยื่นฟ้องหรือมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้ว รัฐที่รับคำร้องขอนั้นชอบที่จะปฏิเสธไม่ส่งตัวบุคคลนั้นข้ามแดนให้ตามคำร้องขอของรัฐอื่น³⁶⁴ ซึ่งสอดคล้องกับภาษิตกฎหมายว่า *ne bis in idem* นอกจากนี้ สนธิสัญญาบางฉบับยังขยายไปถึงการที่บุคคลดังกล่าวกำลังถูกดำเนินคดีในความผิดที่

มาตรฐานการพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควรหรือปราศจากเหตุอันควรสงสัย โดยมาตรฐานการพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลคดีนี้ตามกฎหมายไทยจะพบในชั้นไต่สวนมูลฟ้องของศาลในคดีอาญาที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดีต่อศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 167 ซึ่งศาลไม่ต้องฟังพยานหลักฐานจนแจ้งชัดว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ดังเช่นในชั้นพิจารณาที่โจทก์มีภาระการพิสูจน์จนปราศจากความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำความผิด

³⁶¹ พรชัย ด่านวิวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 352*, น.55.

³⁶² *เพ็งอ้าง*, น.55 (ตุลาคม-ธันวาคม 2538).

³⁶³ คณิต ฅ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 353*, น.414.

³⁶⁴ *เพ็งอ้าง*, น.411.

ขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยรัฐที่รับคำร้องขอด้วย โดยให้ถือเป็นข้อห้ามของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรืออาจให้เป็นดุลพินิจของรัฐที่รับคำร้องขอ³⁶⁵

พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 รับรองหลักไม่ดำเนินคดีซ้ำไว้ในมาตรา 10

2.6.1.7 หลักการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง (Rule of Specialty)

หมายความว่า รัฐที่ร้องขอต้องไม่ดำเนินคดีกับบุคคลที่ถูกขอให้ส่งข้ามแดนสำหรับความผิดอื่นนอกเหนือจากความผิดที่อนุญาตให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน เว้นแต่บุคคลนั้นได้ออกจากรัฐที่ร้องขอภายหลังการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และได้กลับเข้าไปในรัฐที่ร้องขอใหม่โดยสมัครใจ หรือมีโอกาที่จะออกจากดินแดนของรัฐที่ร้องขอแล้ว แต่ก็มีได้เดินทางออกไปภายในเวลาอันควร³⁶⁶

2.6.1.8 หลักการไม่ส่งคนชาติของตน

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐเจ้าของสัญชาติย่อมมีหน้าที่ปกป้องคนชาติของตนตามหลักการคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) และถือว่าบุคคลที่ถือสัญชาติของตนจะได้รับการปกป้องคุ้มครองภายใต้กฎหมายของประเทศตนได้มากกว่าประเทศที่ใช้กฎหมายที่แตกต่างกันออกไป จึงเกิดหลักการไม่ส่งคนชาติของตนเพื่อไปดำเนินคดีในรัฐอื่น เพราะรัฐเจ้าของสัญชาติอาจไม่มั่นใจว่า ศาลของรัฐที่ร้องขอจะให้ความยุติธรรมแก่คนชาติของตนได้อย่างเต็มที่ อีกทั้งการพิจารณาคดีในศาลต่างประเทศย่อมทำให้ผู้กระทำความผิดเสียเปรียบในเรื่องของภาษาและการนำพยานมาสืบ รวมทั้งผู้กระทำความผิดอาจถูกเกลียดชังจากบุคคลในรัฐที่เกิดการกระทำความผิด เพราะเหตุที่เป็นบุคคลสัญชาติอื่น แต่กลับเข้ามากระทำความผิดในรัฐและหลบหนีไป นอกจากนี้ ถ้ายอมให้มีการส่งตัวบุคคลที่กระทำความผิดนั้นไปรับการพิจารณาและลงโทษในประเทศอื่น เท่ากับเป็นการสละอำนาจอธิปไตยของประเทศตนไป และเป็น การขัดหลักการอันเป็นที่รับรองกันโดยทั่วไปว่า พลเมืองของประเทศใดย่อมมีสิทธิที่จะอยู่ในประเทศของตนได้เสมอ และจะถูกเนรเทศไม่ได้ ดังนั้น หากยอมส่งตัวให้ไปก็มีผลเสมือนเป็นการเนรเทศพลเมืองของตนโดยอ้อมหรือโดยปริยาย แต่การไม่ส่งคนชาติของตนอาจเกิดปัญหาตามมา คือ ศาลของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้กระทำความผิดอาจไม่สามารถพิจารณาคดีได้ดีเท่ากับศาลของรัฐที่การกระทำความผิดเกิดในดินแดน เพราะพยานหลักฐานต่าง ๆ อาจไม่ครบถ้วน

ในขณะที่ตามหลักเรื่องอำนาจรัฐเหนือดินแดน ศาลของรัฐมีอำนาจพิจารณาและพิพากษาคดีอาญาทุกประเภทที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐ โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของ

³⁶⁵ พรชัย ด่านวิวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 352*, น.56.

³⁶⁶ *เพ็งอ้าง*, น.56.

จำเลย และศาลจะไม่รับฟังข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นนอกประเทศ หลักการนี้ส่งผลให้การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมมีประสิทธิภาพมากกว่าหลักการไม่ส่งคนชาติของตน เพราะข้ออ้างที่ว่าคนต่างชาตินั้นจะได้รับความยุติธรรมจากศาลของรัฐอื่นอย่างเท่าเทียมกับคนชาติรัฐนั้น ไม่ได้เป็นความจริงเสมอไป ถ้าหากรัฐสามารถใช้อำนาจตามวิถีทางการทูตและความร่วมมือของนานาประเทศเพื่อตรวจสอบการดำเนินการเหล่านั้นได้ การสละอำนาจอธิปไตยบางส่วนของรัฐเพื่อปกป้องประชาชนจากอาชญากรรมจึงเป็นเรื่องที่คุ้มค่า โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรงเช่นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

หากรัฐกำหนดให้การส่งคนชาติข้ามแดนเป็นข้อยกเว้นของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว รัฐนั้นย่อมมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเสียเอง เว้นแต่รัฐที่รับคำร้องขอนั้นจะไม่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำผิดที่กระทำขึ้น ซึ่งเท่ากับผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน หรือถึงแม้รัฐที่รับคำร้องขอจะมีเขตอำนาจเหนือความผิดดังกล่าวก็ตาม แต่รัฐที่รับคำร้องขออาจไม่สนใจที่จะดำเนินคดีเอง หรือเนื่องจากมีพยานหลักฐานน้อยเกินไป จึงทำให้มีผู้เห็นว่าข้อยกเว้นเรื่องการไม่ส่งคนชาติที่น่าจะถูกยกเลิก³⁶⁷

สำหรับแนวปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับเรื่องการส่งคนชาติ ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะยินยอมส่งคนชาติข้ามแดน โดยถือหลักว่ารัฐย่อมมีหน้าที่แต่ผู้เดียวในการปกครองรักษาดินแดนของตนให้เป็นปกติสุข หากมีการกระทำใด ๆ อันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายของรัฐ รัฐแต่ผู้เดียวเท่านั้นที่จะดำเนินการเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ หมายความว่า ความผิดเกิดขึ้นในรัฐใด รัฐนั้นย่อมมีอำนาจลงโทษ รัฐอื่นจะเข้ามาเกี่ยวข้องมิได้ ผู้กระทำความผิด ฆ ที่ใด จะต้องถูกพิจารณาคดี ฆ ที่ที่กระทำความผิด เพราะรัฐที่การกระทำ ความผิดเกิดขึ้น ย่อมเหมาะสมที่จะดำเนินคดีมากที่สุด

ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จะถือหลักว่า ความผิดที่กระทำโดยคนชาติของตนนั้น ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด เป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายของเจ้าของสัญชาติของบุคคลดังกล่าวด้วย จึงไม่จำเป็นต้องส่งคนชาติของตนไปขึ้นศาลประเทศอื่น³⁶⁸

พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 มาตรา 12 กำหนดให้ประเทศไทยสามารถส่งบุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้ หากมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศผู้ร้องขอกำหนดไว้ หรือบุคคลนั้นยินยอมให้ส่งข้ามแดน หรือเป็นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนภายใต้เงื่อนไขต่างตอบแทนระหว่างประเทศไทยกับประเทศผู้ร้องขอ

³⁶⁷ เฟ็งอ้าง, น.61.

³⁶⁸ เฟ็งอ้าง, น.59-60.

2.6.1.9 หลักไม่ส่งความผิดทางการเมือง

ถึงแม้ว่าจุดเริ่มต้นของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะเกิดขึ้นจากการส่งบุคคลในความผิดทางการเมือง แต่เมื่อแนวคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการยอมรับมากขึ้น โดยเฉพาะเรื่องการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง รวมถึงการยอมรับเรื่องความแตกต่างของระบอบการปกครองของแต่ละรัฐ รัฐต่าง ๆ จึงถือเป็นหลักทั่วไปว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมืองจะกระทำมิได้

เหตุผลที่รัฐต่าง ๆ ถือว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมืองจะกระทำมิได้มีหลายประการ ได้แก่

1. ความผิดทางการเมืองเป็นความผิดอาญาเพียงเล็กน้อยอันเกิดขึ้นเพียงชั่วขณะ การไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมืองจึงเป็นการปกป้องสิทธิในการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่อาจเปลี่ยนแปลงได้อยู่เสมอ เพราะรัฐหนึ่ง ๆ ไม่จำเป็นที่จะต้องใช้ระบอบการปกครองแบบเดียวตลอดไป เมื่อเวลาเปลี่ยนไประบอบการปกครองในประเทศก็อาจเปลี่ยนแปลงไปได้เช่นกัน การกระทำที่เคยเข้าลักษณะของความผิดทางการเมือง ก็อาจไม่มีความผิดอีกต่อไป

2. ความผิดทางการเมืองไม่ใช่ความผิดที่ทุกรัฐมีผลประโยชน์ร่วมกันที่จะต้องป้องกันและปราบปราม แต่เป็นความผิดที่กระทบกระเทือนต่ออำนาจภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียว โดยไม่จำเป็นที่จะต้องกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของรัฐอื่นด้วย เพราะแต่ละรัฐอาจมีความคิดเห็นเรื่องระบอบการปกครองที่แตกต่างกัน ดังนั้น การกระทำที่เป็นความผิดทางการเมืองในรัฐหนึ่ง อาจไม่มีความผิดทางการเมืองในรัฐอื่นก็ได้ และเมื่อแต่ละรัฐอาจกำหนดการกระทำ ความผิดทางการเมืองที่ต่างกันก็ได้ หากยอมให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมืองแล้ว อาจขัดหลักต่างตอบแทนและหลักความผิดสองรัฐ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

3. ความผิดทางการเมืองมักเกิดจากความขัดแย้งกับผู้มีอำนาจรัฐ ดังนั้น ผู้กระทำความผิดทางการเมืองมักไม่ได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการและเป็นไปด้วยอคติ เพราะผู้มีอำนาจรัฐมักต้องการกำจัดบุคคลที่มีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่างจากตน เพื่อรักษาอำนาจของตนไว้ ซึ่งขัดแย้งกับหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีและปราบปรามการกระทำที่กล่าวหาว่าเป็นความผิดด้วยความเที่ยงธรรม³⁶⁹ นอกจากนี้ เมื่อความผิดทางการเมืองมักเกิดจากความขัดแย้งกับผู้มีอำนาจรัฐ ผู้มีอำนาจรัฐย่อมต้องการนำตัวผู้กระทำความผิดทางการเมืองไปดำเนินคดีภายในรัฐ หากรัฐที่รับคำร้องขอไม่ส่งให้ก็อาจเกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศได้ ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าว รัฐต่าง ๆ จึงถือหลักไม่ส่งคนร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมืองให้แก่กัน

³⁶⁹ ภาสกร ชุณหอุไร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 351*, น.46.

ประเด็นปัญหาของหลักการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมือง คือ นิยามคำว่า “ความผิดทางการเมือง” นั้นมีความหมายครอบคลุมเพียงใด เพราะการกำหนดความหมายที่กว้างเกินไป ย่อมทำให้วัตถุประสงค์ของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไร้ประโยชน์ ซึ่งมีนักวิชาการพยายามให้ความหมายของความผิดทางการเมืองไว้ เช่น Oppenheim เห็นว่า ความผิดทางการเมืองจะเกิดขึ้นเมื่อได้กระทำความผิดโดยมีแรงจูงใจทางการเมืองหรือเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมือง หรือได้กระทำความผิดโดยมุ่งวัตถุประสงค์ต่อรัฐเท่านั้น เช่น ความผิดฐานกบฏ³⁷⁰ หรือ Gerhard von Glahn ได้ให้ความหมายของความผิดทางการเมืองไว้ 2 ประการ คือ ความหมายอย่างกว้าง ได้แก่ การกระทำความผิดที่มีผลโดยตรงต่อรัฐหรือความมั่นคงของรัฐ และความหมายอย่างแคบ ได้แก่ การกระทำซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไข ได้แก่ ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนับสนุนผู้ที่มีบทบาทในทางการเมืองโดยเปิดเผย และเกิดการปะทะกันระหว่างพรรคการเมืองสองกลุ่มภายในรัฐ ซึ่งพรรคการเมืองกลุ่มหนึ่งจะต้องเป็นผู้ควบคุมอำนาจรัฐบาลอยู่ นอกจากนี้ หลายรัฐมีการวางหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดทางการเมืองไว้ ดังนี้

ก. หลักการพิจารณาทางภาวะวิสัย (Objective Test)

หลักการนี้เป็นหลักการพิจารณาของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งวางหลักว่าด้วยการกระทำที่กระทบกระเทือนต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศ โดยหลักสำคัญของการพิจารณาทางภาวะวิสัยจะพิจารณาสภาพของการกระทำ โดยไม่คำนึงถึงมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดของผู้กระทำ เมื่อปี ค.ศ. 1947 ในคดี *In re Giovanni Gatti* ซึ่งผู้กระทำความผิดฆ่าสมาชิกลัทธิคอมมิวนิสต์ ศาลฝรั่งเศสยินยอมที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดน แม้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวอาจมีเหตุจูงใจทางการเมือง แต่ศาลกลับเห็นว่าลักษณะทางการเมืองดังกล่าวไม่ได้มาจากมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำ แต่มาจากลักษณะของความเสียหายของสิทธิ จึงอาจกล่าวได้ว่าตามหลักการนี้ รัฐจะไม่ทำตามคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน เว้นแต่โดยลักษณะของความเสียหายต่อสิทธินั้นเป็นเรื่องทางการเมือง³⁷¹

ข. หลักการพิจารณาจากมูลเหตุจูงใจ (The Motives Test)

หลักการนี้มุ่งเน้นพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำเพียงอย่างเดียว ต่างจากหลักการพิจารณาทางภาวะวิสัย ดังนั้น ถ้าผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองแล้ว จะไม่มีการ

³⁷⁰ วิชญา ลิม่วงศ์, “ความผิดทางการเมืองในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น.29.

³⁷¹ James J. Kinneally III, “The Political Offense Exception: Is the United States-United Kingdom Supplementary Extradition Treaty the Beginning of the End?,” *American University International Law Review* 203, Issue 1, Volume 2, p.209 (1987).

พิจารณาส่งผู้กระทำความผิดดังกล่าวตามหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเลย ตัวอย่างเช่น เมื่อปี ค.ศ. 1975 ศาลฝรั่งเศสปฏิเสธคำร้องของสหรัฐอเมริกาที่ขอส่งชาวอเมริกันสองคน ซึ่งถูกจับข้อหาเป็นสลัดอากาศ (Air Piracy) ลักพาตัว (Kidnapping) และกรรโชก (Extortion) ในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน เพราะระหว่างการจับเครื่องบิน หนึ่งในผู้กระทำความผิดบังคับให้นักบินบินไปยังเมืองฮานอย ประเทศเวียดนาม เนื่องจากฝรั่งเศสอยู่ฝ่ายตรงข้ามกับสหรัฐอเมริกาในสงครามเวียดนาม การอ้างถึงฮานอยดังกล่าว จึงเป็นการโน้มน้าวให้ศาลเชื่อว่า การจับเครื่องบินเกิดจากมูลเหตุจูงใจทางการเมือง และอยู่ภายในลักษณะของการยกเว้นเรื่องความผิดทางการเมือง³⁷²

ค. หลักการพิจารณาจากควมมีอำนาจเหนือและควมได้สัดส่วน (The Predominance or Proportionally Test)

หลักการนี้มาจากแนววินิจฉัยของศาลสวิตเซอร์แลนด์ จึงเรียกหลักการนี้ว่า “หลักการสวิส” (The Swiss Test) โดยหลักการนี้จะชั่งน้ำหนักระหว่างแรงจูงใจหรือวัตถุประสงค์ทางการเมืองของผู้กระทำความผิด กับองค์ประกอบความผิดอาญาทั่วไป ช้อยกเว้นเรื่องความผิดทางการเมืองจะถูกยกขึ้นมาเฉพาะกรณีที่แรงจูงใจทางการเมืองมีน้ำหนักมากกว่าองค์ประกอบความผิดอาญาทั่วไป ดังนั้น ภายใต้หลักการนี้การฆาตกรรมอาจถูกพิจารณาว่ามีแรงจูงใจทางการเมือง อันเข้าช้อยกเว้นไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ถ้าปรากฏว่าการฆาตกรรมนั้นเป็นทางเลือกสุดท้าย³⁷³

ง. หลักการพิจารณาจากเหตุการณ์ทางการเมือง (The Political Incident Test)

หลักการนี้ถูกใช้ในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร โดยถือว่าเป็นความผิดทางการเมืองต่อเมื่อในขณะนั้นมีเหตุการณ์การเคลื่อนไหวของคณะบุคคลอย่างน้อยสองฝ่ายพยายามแย่งชิงอำนาจรัฐกัน โดยต่างฝ่ายต่างพยายามบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งยอมรับการปกครองตามที่ฝ่ายตนต้องการ³⁷⁴ หลักการนี้ถูกนำมาใช้ครั้งแรกในคดี *In re Castioni* ซึ่งจำเลยถูกกล่าวหาว่าฆ่าเจ้าหน้าที่ในระหว่างที่มีการจลาจล หลังจากนั้นมีการนำหลักการนี้มาใช้อีกครั้งในคดี *In re Meunier* ซึ่งคดีนี้เกี่ยวข้องกับกรณีผู้นิยมลัทธิอนาธิปไตย (Anarchist) ก่อเหตุระเบิด เป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิตสองคน โดยศาลยินยอมให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามหลักการพิจารณาจากเหตุการณ์ทางการเมืองนี้ แต่ในกรณีผู้นิยมลัทธิอนาธิปไตยไม่ถือว่าเป็นความผิดทางการเมือง เพราะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงเรื่องการแย่งอำนาจรัฐระหว่างคณะบุคคลอย่างน้อยสองฝ่าย เนื่องจากลัทธิอนาธิปไตยไม่มี

³⁷² *Ibid*, p.210.

³⁷³ *Ibid*, pp.210-211.

³⁷⁴ ภาสกร ชุณหอุไร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 351*, น.48.

ความมุ่งหมายที่จะให้มีการปกครองไม่ว่าในรูปใดเลย และเป็นศัตรูต่อทุกรัฐบาล³⁷⁵ อย่างไรก็ตาม หลักการนี้อาจเกิดการตีความที่แตกต่างกันได้เช่นเดียวกับหลักการอื่น ๆ³⁷⁶

จากการพิจารณาตามแนวความคิดของนักวิชาการและแนวปฏิบัติของรัฐ อาจให้นิยามคำว่าความผิดทางการเมืองไว้ 2 ลักษณะ ได้แก่

1. ความผิดทางการเมืองโดยแท้ (Purely Political Offences) หมายถึง ความผิดที่ได้กระทำต่อองค์รัฐอธิปไตย ซึ่งเป็นตัวแทนประชาชนในการใช้อำนาจปกครอง โดยกระทำดังกล่าวถือเป็นการคุกคามต่ออุดมการณ์ทางการเมือง ศาสนา หรือเชื้อชาติ หรือต่อโครงสร้างที่สนับสนุนอุดมการณ์นั้น โดยไม่มีองค์ประกอบความผิดอาญาทั่วไปเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น ความผิดฐานกบฏ การปลุกระดม และการจารกรรม³⁷⁷ ที่เป็นเช่นนี้เพราะความผิดดังกล่าวมีผลกระทบต่อความมั่นคง เสถียรภาพ และความปลอดภัยของรัฐ³⁷⁸

2. ความผิดทางการเมืองแบบสัมพัทธ์หรือความผิดที่เกี่ยวข้องกับการเมือง (Relative Political Offences) หมายถึง ความผิดที่ได้กระทำลงโดยมีการกระทำ ความผิดอาญาธรรมดาเข้ามาเกี่ยวข้องกับการกระทำในทางการเมืองด้วย การกระทำในลักษณะนี้จึง ก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อรัฐและระบอบการปกครอง และในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของเอกชนด้วย ดังนั้น การจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้หรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากการกระทำว่าการกระทำใดร้ายแรงกว่ากัน ระหว่างการกระทำต่อรัฐกับการกระทำต่อเอกชน ถ้าความผิดต่อเอกชนร้ายแรงกว่า รัฐที่รับคำร้องขอย่อมส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้³⁷⁹

ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทยทั้ง พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 และพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 ต่างบัญญัติถึงหลักการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมืองไว้ โดยเรียก ความผิดลักษณะนี้ว่า “ความผิดที่มีลักษณะทางการเมือง”

อย่างไรก็ตาม แม้เป็นการกระทำที่มีมูลเหตุจูงใจหรือลักษณะทางการเมือง แต่ก็อาจมีข้อยกเว้นที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดทางการเมืองได้ เช่น

³⁷⁵ James J. Kinneally III, *supra* note 371, p.211.

³⁷⁶ *Ibid*, p.211.

³⁷⁷ *Ibid*, p.208.

³⁷⁸ วิชญา ลิ้มวงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 370*, น.37.

³⁷⁹ *เพิ่งอ้าง*, น.37.

(1) กรณีที่มีสนธิสัญญากำหนดเป็นข้อยกเว้นของความผิดทางการเมือง เช่น ตามพระราชบัญญัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2551 มาตรา 9 วรรคสอง (3)

(2) กรณีความผิดที่ร้ายแรงต่อมนุษยชาติ เช่น ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์ ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

(3) กรณีความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพต่อพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท ประมุขแห่งรัฐ ผู้นำรัฐบาล และสมาชิกครอบครัวโดยตรงของประมุขแห่งรัฐ หรือผู้นำรัฐบาล เป็นต้น

ถึงแม้จะไม่ใช่ความผิดทางการเมือง รัฐที่รับคำร้องก็อาจปฏิเสธไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ หากปรากฏว่าถ้าส่งบุคคลดังกล่าวไปแล้ว บุคคลดังกล่าวจะถูกดำเนินคดีอย่างไม่เป็นธรรม เนื่องจากเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ เพศ การแสดงออกทางเพศ หรือความคิดเห็นทางการเมือง เช่น ตาม Extradition Act 2003 ของสหราชอาณาจักร

2.6.2 การส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ถึงแม้จะยอมรับกันโดยทั่วไปว่า รัฐไม่อาจอ้างว่าความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดที่มีลักษณะทางการเมือง เพื่อปฏิเสธการส่งผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน รวมทั้งตามมาตรา 7 วรรคแรก อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ยังบัญญัติว่า “การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และการกระทำตามที่ระบุในมาตรา 3 ไม่อาจถูกพิจารณาในฐานะเป็นความผิดทางการเมืองสำหรับเหตุผลเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้” ทั้งนี้ เนื่องจากความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดที่ร้ายแรงต่อมนุษยชาติ แม้เป็นการกระทำที่มีมูลเหตุจูงใจหรือลักษณะทางการเมือง แต่ก็เข้าข้อยกเว้นที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดทางการเมือง ดังนั้น หากประเทศไทยบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แม้จะไม่ได้บัญญัตินิยามและลักษณะความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 หรือธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะประเทศไทยไม่มีพันธกรณีตามสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ ประเทศไทยย่อมสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของประเทศไทยได้ นอกจากนี้ หากไม่ประสงค์จะลงโทษบุคคลดังกล่าวด้วยตนเอง ประเทศไทยยังสามารถส่งตัวบุคคลดังกล่าวในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐอื่นที่ร้องขอได้ โดยไม่มีปัญหาเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดทางการเมืองแต่อย่างใด

แม้ว่าความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จะเป็นความผิดที่ทุกรัฐมีอำนาจพิจารณาและลงโทษได้ตามหลักอำนาจลงโทษสากล แต่การจะพิจารณาและลงโทษผู้กระทำความผิดรายใดหรือไม่ยอมเป็นอำนาจของรัฐนั้นเองตามหลักเรื่องเขตอำนาจรัฐ เพราะทุกรัฐต่างมีอำนาจอธิปไตย

แต่ไม่ได้หมายความว่ากรณีที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยแล้วจะเพิกเฉยต่อการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมร้ายแรงเช่นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ เพราะอาชญากรรมที่ร้ายแรงเช่นนี้ทุกรัฐย่อมมีพันธกรณีผูกพันเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปราม เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มีสถานะเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่ผูกพันทุกรัฐโดยรวม โดยที่รัฐไม่อาจปฏิเสธความผูกพันตามบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ นอกจากประเทศไทยจะไม่สามารถดำเนินคดีลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้แล้ว ประเทศไทยยังไม่อาจส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปยังรัฐที่ร้องขอตามหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เพราะขัดหลักความผิดสองรัฐที่กำหนดว่า ความผิดที่ร้องขอต้องเป็นความผิดที่สามารถลงโทษได้ตามกฎหมายของทั้งรัฐที่ร้องขอและรัฐที่รับคำร้องขอ ดังนั้น หากมีการร้องขอให้ประเทศไทยส่งผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไปลงโทษยังรัฐอื่น ประเทศไทยย่อมไม่สามารถส่งตัวผู้กระทำความผิดได้ เพราะความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ยังไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย

แม้หลักความผิดสองรัฐจะไม่คำนึงว่า ทั้งสองรัฐจะเรียกชื่อฐานความผิดที่ขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนเหมือนกันหรือไม่ แต่ลักษณะการกระทำความผิดที่ร้องขอมาต้องมีลักษณะเหมือนกันทั้งสองรัฐ ซึ่งการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์บางลักษณะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย เช่น การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม หรือลักษณะการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่เป็นลักษณะเฉพาะ เช่น ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา หรือการสมคบกระทำความผิด ซึ่งเป็นลักษณะที่ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย ดังนั้น หากการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในรัฐอื่นเกิดจากการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทยแล้ว ย่อมไม่อาจร้องขอให้ประเทศไทยส่งตัวผู้กระทำความผิดไปลงโทษในรัฐอื่นได้ เนื่องจากขัดหลักความผิดสองรัฐ

นอกจากนี้ หากรัฐอื่นที่เกิดการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หลีกเลี่ยงโดยการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดฐานอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เลย รัฐที่ร้องขอนั้นก็ไม่สามารถลงโทษในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ เนื่องจากความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ใช่ความผิดที่ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน จึงเป็นการขัดหลักการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง ซึ่งกำหนดว่ารัฐที่ร้องขอต้องไม่ดำเนินคดีกับบุคคลที่ถูกขอให้ส่งข้ามแดนในความผิดอื่น นอกเหนือจากความผิดที่ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือในกรณีที่การกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่เกิดขึ้นในรัฐที่ร้องขอ มีการกระทำลักษณะใดลักษณะหนึ่งที่ไม่เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายไทยรวมอยู่ด้วย เช่น การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม แต่คำร้องขออ้างเพียงการกระทำความผิดอาญาธรรมดาที่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย เช่น การฆ่าหรือการทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส รัฐที่ร้องขอก็ไม่อาจ

ลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์จากการกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่มได้ตามหลักความผิดเฉพาะเรื่องนี้เช่นกัน

แม้ความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์จะเป็นความผิดที่ทุกรัฐมีอำนาจลงโทษเองได้ตามหลักอำนาจลงโทษสากล อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการจะดำเนินคดีหรือลงโทษบุคคลใดได้สิ่งสำคัญคือบุคคลนั้นจะต้องเข้ามาอยู่ในเขตอำนาจศาลนั้นเสียก่อน แต่การที่บุคคลดังกล่าวเข้ามาอยู่ในเขตอำนาจศาลของรัฐที่ร้องขอ ไม่ได้เป็นการเข้ามาด้วยความสมัครใจของบุคคลนั้นเอง แต่เป็นการเข้ามาในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน จึงต้องยึดหลักการทั่วไปของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นสำคัญ รัฐที่ร้องขอจึงไม่อาจดำเนินคดีกับความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์ได้ตามหลักการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่านอกจากประเทศไทยจะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์ได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทยแล้ว ประเทศไทยยังไม่สามารถส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปยังรัฐอื่นที่มีอำนาจลงโทษในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้อีกด้วย กล่าวคือ ไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์ โดยเฉพาะจากการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทยได้ เพราะขัดกับหลักความผิดสองรัฐ และหากส่งตัวบุคคลดังกล่าวในความผิดฐานอื่นแล้ว รัฐที่ร้องขอก็ไม่อาจลงโทษในความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์ได้ เพราะขัดหลักการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง ด้วยเหตุผลเรื่องช่องว่างทางกฎหมายเช่นนี้ ย่อมส่งผลให้ประเทศไทยกลายเป็นแหล่งพักพิง และเป็นทีหลบซ่อนตัวที่สำคัญของผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์ โดยเฉพาะในปัจจุบันที่มีความเจริญทางเทคโนโลยีและการขนส่ง ทำให้การเดินทางระหว่างประเทศกระทำได้ง่าย และยังส่งผลต่อสถานะของประเทศไทยในประชาคมระหว่างประเทศอีกด้วย เนื่องจากการเพิกเฉยต่อการป้องกันและปราบปรามความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรั้งมนุษย์ย่อมทำให้เกิดภาพลบต่อประเทศไทยในสายตาานานาประเทศ

บทที่ 3

การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามกฎหมายต่างประเทศ

ภายหลังเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เริ่มเป็นที่สนใจของประชาคมระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากการออกข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) จนนำไปสู่การร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรม การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่สิ่งที่สะท้อนความตื่นตัวต่อเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่ชัดเจนที่สุด คือ บรรดารัฐต่าง ๆ ทั้งที่เป็นภาคีและไม่เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ต่างบัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตน

แม้ว่าธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีแก่รัฐในการบัญญัติกฎหมายภายในตามบทบัญญัติของธรรมนูญโดยตรง แต่โดยนัยแล้วธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศส่งเสริมให้รัฐบัญญัติให้ความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศตามธรรมนูญเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตน เพราะจุดประสงค์หลักของธรรมนูญไม่ใช่การกำหนดเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเหนือบรรดาอาชญากรรมระหว่างประเทศ หากแต่ต้องการให้มีข้อบังคับของกฎหมายและมาตรฐานทางกฎหมายเพื่อให้บรรดารัฐต่าง ๆ นำไปเป็นหลักในการสอบสวนและดำเนินคดีอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ร้ายแรงด้วยตนเอง โดยมีมาตรฐานเทียบเท่ากับการสอบสวนและดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ¹ ดังนั้น การที่รัฐต่าง ๆ จะบัญญัติให้อาชญากรรมระหว่างประเทศโดยเฉพาะการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายภายใน จึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยอาจกระทำได้ 4 วิธีการ ได้แก่²

1. การรวมเข้าไว้โดยสมบูรณ์ (Complete Incorporation) ซึ่งอาจกระทำได้หลายวิธี ได้แก่

(ก) วิธีการปรับใช้โดยตรง (Direct Application) การปรับใช้ในลักษณะนี้พบในระบบ

กฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งสามารถรับเอาค่านิยมตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในของตนได้โดยตรง และเนื่องจากการกระทำที่เป็นความผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศล้วนเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น รัฐที่ใช้วิธีการนี้จึงสามารถลงโทษการกระทำที่เป็นความผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹ Gerhard Werle et al., Principles of International Criminal Law, (The Hague: TMC Asser Press, 2005), p.75.

² *Ibid*, pp.75-78.

ตามกฎหมายภายในที่มีอยู่ได้ แม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ได้ให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตาม เช่นเดียวกับที่สามารถปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศภายในรัฐได้ แม้ว่าไม่มีกฎหมายเพื่ออนุวัติการ เช่น ตามมาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งกำหนดว่าหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์รัฐอยู่เหนือบรรดากฎหมายและก่อตั้งสิทธิหน้าที่ของผู้ที่พำนักในดินแดนของสหพันธ์ได้โดยตรง³

(ข) วิธีการอ้างอิง (Reference) คือ การบัญญัติกฎหมายโดยอ้างอิงบทบัญญัติหรือหลักการที่เกี่ยวข้อง เช่น การอ้างอิงบทบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศภายในบทบัญญัติกฎหมายภายในของตน นอกจากนี้ วิธีการนี้ยังสามารถขยายขอบเขตออกไปได้อีก เช่น การอ้างรวมอาชญากรรมทั้งหมดที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม (Crimes Against Humanity and War Crimes Act) ของแคนาดา ซึ่งกำหนดนิยามของอาชญากรรมสงครามตามกฎหมายจารีตประเพณีหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการขัดกันทางอาวุธ ไม่ว่าจะส่งผลใช้บังคับในเวลาและสถานที่ที่กระทำความผิดหรือไม่⁴ นอกจากนี้ ตามมาตรา 4 (4) ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังบัญญัติเกี่ยวกับการตีความกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ความผิดตามมาตรา 6 มาตรา 7 และมาตรา 8 วรรคสอง ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และความผิดตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่า ไม่ได้จำกัดหรือกระทบต่อการปรับใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่หรืออยู่ในระหว่างกำลังพัฒนา⁵

³ Article 25 Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz)

“The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory”.

⁴ Article 4 (3) Crimes Against Humanity and War Crimes Act

““war crime” means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission”.

⁵ Article 4 (4) Crimes Against Humanity and War Crimes Act

อย่างไรก็ตาม วิธีการนี้ไม่อาจนำไปใช้ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลต้องบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

(ค) วิธีการคัดลอก (Copying) วิธีการนี้จะนำมาใช้ในกรณีที่อาจใช้วิธีการอ้างถึงกฎหมายจารีตประเพณีทางอาญาระหว่างประเทศหรือธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้ โดยวิธีการคัดลอก คือ การบัญญัติกฎหมายอนุวัติโดยการคัดลอกข้อความแบบคำต่อคำ (Verbatim) เว้นแต่รัฐธรรมนูญของรัฐนั้นไม่เปิดช่องให้มีการรับเอากฎหมายระหว่างประเทศมาใช้โดยไม่มี การเปลี่ยนแปลง

2. การปรับใช้กฎหมายอาญาที่มีอยู่เดิม (Applying Ordinary Criminal Law)

ทางเลือกที่สองนี้ไม่ใช่การรวมกฎหมายระหว่างประเทศเข้าไว้ในกฎหมายภายใน หากแต่ปรับใช้กฎหมายอาญาภายในที่มีอยู่เดิมให้ครอบคลุมอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างเหมาะสม

เนื่องจากธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีพันธกรณีอย่างสนธิสัญญาอื่น ตาม มาตรา 17 (1) (เอ)⁶ และ (3)⁷ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงไม่ห้ามรัฐภาคีใช้รูปแบบการปรับใช้กฎหมายอาญาที่มีอยู่เดิม และไม่มีบทลงโทษสำหรับการไม่ปรับใช้กฎหมายอาญาภายในให้

“For greater certainty, crimes described in Articles 6 and 7 and paragraph 2 of Article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law”.

⁶ Article 17 Rome Statute of the International Criminal Court

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...”

⁷ Article 17 Rome Statute of the International Criminal Court

Issues of admissibility

“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”.

เทียบเท่ามาตรฐานของธรรมเนียม อย่างไรก็ตาม รัฐที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งสามารถปรับใช้เพื่อลงโทษอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างเหมาะสม รัฐจะต้องเริ่มดำเนินคดีกับการกระทำดังกล่าว หรือต้องดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศในกรณีจำเป็น กรณีเช่นนี้จะเกิดขึ้นเมื่อระหว่างกฎหมายภายในกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมีช่องว่างที่กว้าง ซึ่งส่งผลให้รัฐไม่มีความสามารถอย่างแท้จริงในการดำเนินคดี

วิธีการนี้เปรียบเสมือนการจูงใจให้บรรดารัฐต่าง ๆ ให้สัตยาบัน เพราะไม่กดดันให้รัฐซึ่งให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีต้องเปลี่ยนกฎหมายอาญาภายในของพวกเขา เพียงแต่จัดการกฎหมายที่มีอยู่ไม่ให้ละเมิดสนธิสัญญาที่เพียงพอ อย่างไรก็ตาม วิธีการนี้ไม่ใช่วิธีการแก้ปัญหาระยะยาว เพราะตามเจตนารมณ์ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ คือ การที่รัฐต้องรับเอาบทบัญญัติในธรรมนูญเข้ามาเป็นกฎหมายภายในของตน ไม่ใช่เพียงแค่การปรับใช้กฎหมายภายในที่มีอยู่ของตนกับบรรดาอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งอาจไม่เพียงพอและไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของธรรมนูญ

3. การปรับปรุง (Modified Incorporation)

วิธีการนี้ คือ การผสมผสานสาระของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเข้ากับระบบกฎหมายอาญาภายในของรัฐ โดยในกรณีนี้จะมีการนำเอาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม คุณลักษณะเด่นของวัฒนธรรมกฎหมายภายในสามารถถูกนำไปพิจารณาในขั้นตอนของการปรับปรุงนี้ได้

นอกจากนี้ วิธีการนี้ยังเปิดโอกาสให้นำแนวคิดเรื่องขอบเขตและการตีความกฎหมายอาญาระหว่างประเทศของบางรัฐมาใช้ ตัวอย่างเช่น การรวมอาชญากรรมตามกฎหมายจารีตประเพณีบางฐาน ซึ่งไม่เป็นความผิดตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ไว้ในกฎหมายภายใน เนื่องจากการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ไม่ถูกจำกัดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ⁸

4. การผนวกรวม (Combinations)

การบัญญัติกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเข้าเป็นกฎหมายภายในนั้น อาจเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบพร้อมกัน เช่น รัฐอาจปรับใช้กฎหมายอาญาดั้งเดิมกับหลักกฎหมายอาญาทั่วไปและอาชญากรรมสงคราม (การปรับใช้กฎหมายอาญาที่มีอยู่เดิม) รับเอาการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มาแบบคัดลอกข้อความแบบคำต่อคำ (การรวมเข้าไว้โดยสมบูรณ์) และการรวมอาชญากรรมต่อมนุษยชาติโดยการเปลี่ยนแปลงบางประการ (การปรับปรุง)

⁸ Article 10 Rome Statute of the International Criminal Court

“Nothing in this Part shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute”.

นอกจากวิธีการบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รูปแบบการรับเอากฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายใน อาจกระทำโดยการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่แล้ว หรือการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่⁹ โดยวิธีการที่ง่ายที่สุดในทางปฏิบัติของการรับเอากฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในโดยการบัญญัติกฎหมาย คือ การเพิ่มบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายอาญา

การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีอยู่จะถูกพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของรัฐระวางเกี่ยวกับการรับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเข้ามาใช้ แต่พบการเปลี่ยนแปลงพื้นฐานของกฎหมายภายในประเทศที่จำเป็น นอกจากนี้ เพื่อลดช่องว่างระหว่างกฎหมายอาญาระหว่างประเทศกับกฎหมายอาญาภายใน มันอาจจำเป็นที่จะต้องผสมผสานความผิดหรือส่วนหนึ่งของความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศเข้ากับกฎหมายที่มีอยู่ ตัวอย่างเช่น เยอรมนีเคยใช้วิธีการนี้โดยการเพิ่มความผิดฐานล้าแก่พันธุมนุษย์ในประมวลกฎหมายอาญา

ส่วนอีกวิธีการหนึ่ง คือ การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ ซึ่งเป็นการประมวลสาระของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ พระราชบัญญัติหรือประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศดังกล่าว ประกอบด้วยอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และในขณะเดียวกันก็ทำให้เป็นไปได้ที่จะรองรับบทบัญญัติพิเศษที่จำเป็นที่เกี่ยวข้องกับหลักการทั่วไป กระบวนการนี้มักจะถูกพิจารณาในกรณีของการรับเอาสาระสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศเข้าเป็นกฎหมายภายในโดยสมบูรณ์แบบคัดลอกคำต่อคำ

ข้อดีของการประมวลบทบัญญัติกฎหมาย คือ เป็นรวมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องเข้าด้วยกัน อย่างเป็นระบบอย่างเชื่อมโยงกัน บทบัญญัติจะมีลักษณะกระชับและครอบคลุม

ในขณะที่ข้อเสีย คือ การใช้ประมวลบทบัญญัติกฎหมายอื่นนอกเหนือจากประมวลกฎหมายอาญาปกติ อาจก่อให้เกิดความรู้สึกว่าประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศไม่ใช่แกนหลักของกฎหมายอาญา และเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญน้อยหรือรู้สึกว่าเป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยมีมูลเหตุจูงใจทางการเมือง

บรรดากฎหมายระหว่างประเทศที่บัญญัติให้การล้าแก่พันธุมนุษย์เป็นการกระทำต้องห้าม เช่น ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ ล้วนบัญญัตินิยามของการล้าแก่พันธุลักษณะเดียวกับมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้าแก่พันธุมนุษย์ ค.ศ. 1948 ซึ่งถือเป็นต้นแบบของบทบัญญัติความผิดฐานล้าแก่พันธุมนุษย์ในกฎหมายระหว่างประเทศ

⁹ Gerhard Werle et al., *supra* note 1, pp.78-79.

บรรดาที่บัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตน ทั้งรัฐที่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกัน และลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 รวมถึงรัฐที่ไม่ใช่ภาคีกฎหมายฉบับใดเลย มักบัญญัตินิยามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลักษณะเดียวกันกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าจะมีบางประเทศที่บัญญัติขยายขอบเขตของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองให้กว้างกว่าที่บัญญัติใน ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่โดยหลักการแล้วเป็นไปในลักษณะเดียวกับที่บัญญัติใน ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศทั้งสิ้น ทั้งเรื่องลักษณะการกระทำที่เป็นการต้องห้ามและเจตนา พิเศษที่ต้องการทำลายกลุ่มดังกล่าวไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

บรรดารัฐที่บัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นกฎหมายภายใน สามารถแบ่งออกเป็น 5 ประเภท ได้แก่

1. รัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์ ค.ศ. 1948 เพียงอย่างเดียว เช่น อาเซอร์ไบจาน เบลารุส จีน (ฮ่องกงและมาเก๊า) คิวบา เอลซัลวาดอร์ เอธิโอเปีย อิรัก นิการา กัว รัสเซีย ตองกา เวียดนาม
2. รัฐที่เป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเพียงอย่างเดียว เช่น สาธารณรัฐคองโก ทาจิกิสถาน ซูรินาม
3. รัฐที่เป็นภาคีทั้งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้าง เผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น แอลเบเนีย แอนติกาและบาร์บูดา ออสเตรเลีย ออสเตรีย บังกลาเทศ บาร์เบโดส เบลารุส เบลเยียม โบลิเวีย บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา บราซิล บัลแกเรีย บุร์กินาฟาโซ กัมพูชา แคนาดา คอสตาริกา โครเอเชีย โครเอเชีย ไชปรัส สาธารณรัฐเช็ก เดนมาร์ก เอสโตเนีย ฟิจิ ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส จอร์เจีย เยอรมนี กานา กัวเตมาลา ฮังการี ไอร์แลนด์ อิตาลี ลัตเวีย ลิกเตนสไตน์ ลิทัวเนีย ลักเซมเบิร์ก มาลี เม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ ปานามา ปารากวัย เปรู โปแลนด์ โปตุเกส โรมาเนีย เซเชลส์ สโลวาเกีย สโลวีเนีย แอฟริกาใต้ สเปน เซนต์วินเซนต์และเกรนาดีนส์ สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร
4. รัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์ ค.ศ. 1948 แต่เป็นเพียงรัฐลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น อาร์เมเนีย บาห์เรน อิสราเอล จาเมกา รัสเซีย
5. รัฐที่ไม่เป็นภาคีทั้งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้าง เผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น อินโดนีเซีย คิริบาตี (คิริบาส)

ลักษณะการบัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ มีทั้งการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิมและบัญญัติขึ้นใหม่ ทั้งการบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศ บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา และการออกเป็นกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติ (Act) พระราชกฤษฎีกา (Decree) และกฎหมายจัดตั้งศาล

ในอดีตเคยมีการพิจารณาความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงภายในรูปแบบศาลอาญาเฉพาะกิจภายในรัฐ ได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา¹⁰

¹⁰ เหตุการณ์ความรุนแรงระหว่างชาวฮูตู (Hutu) กับชาวตุตซี (Tutsi) เมื่อปี ค.ศ. 1994 ซึ่งนำไปสู่การจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจตามหมวด 7 กฎบัตรสหประชาชาติ โดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ เพื่อทำหน้าที่พิจารณาคดีความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และความผิดที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ทั้งที่เกิดขึ้นในดินแดนของรวันดา และที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นซึ่งพลเมืองของรวันดาต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดดังกล่าว ในช่วงระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1994 ศาลอาญาระหว่างประเทศเริ่มพิจารณาคดีเมื่อเดือนมกราคม ค.ศ. 1997 และสิ้นสุดการทำงานเมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 2012 จำเลยจำนวน 92 คนถูกฟ้องในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม

คดีแรกที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาพิจารณาเกี่ยวกับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ คดีที่ฟ้องนาย Jean-Paul Akayesu อดีตนายกเทศมนตรีเมือง Taba ใน 9 ข้อหา รวมถึงการกระทำความรุนแรงทางเพศ ซึ่งเป็นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ส่วนคดีที่ฟ้องนาย Jean Kambanda ซึ่งเป็นนายกรัฐมนตรีในช่วงที่เกิดเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ถือเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารคนแรกที่ถูกดำเนินคดีฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ นอกจากนี้ เมื่อปี ค.ศ. 2003 มีการดำเนินคดีตรวจสอบบทบาทของสื่อในบริบทของความยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศคดีแรกนับตั้งแต่คดีฟ้องร้องนาย Julius Streicher ที่ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งเมืองนูเรมเบิร์ก

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา (Statute of the International Tribunal for Rwanda) บัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้ในมาตรา 2 โดยกำหนดนิยามและลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เหมือนกับอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และยังคงกำหนดความรับผิดในการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เช่นเดียวกับในมาตรา 3 อนุสัญญาฉบับดังกล่าว ได้แก่ การสมคบกระทำความผิด (Conspiracy) การยุยงให้กระทำความผิดโดยตรงและโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (Direct and Public Incitement) การพยายามกระทำความผิด (Attempt) และการสมรู้ร่วมคิดกระทำความผิด (Complicity) ภายหลังจากศาลอาญาระหว่าง

ลักษณะพิเศษของกฎหมายจัดตั้งศาล คือ นอกจากจะกำหนดบทบัญญัติความผิดซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติแล้ว ยังกำหนดเรื่องโครงสร้างศาลและวิธีพิจารณาของศาล เช่น การกำหนดองค์คณะผู้พิพากษา วิธีการได้มาซึ่งผู้พิพากษา การกำหนดวิธีการพิจารณาคดีและการพิพากษาของศาล ไว้ในกฎหมายด้วย ศาลที่จัดตั้งเพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศมักเป็นศาลอาญาเฉพาะกิจในรูปแบบศาลผสม (Hybrid Court) กล่าวคือ การพิจารณาเป็นการผสมระหว่างผู้พิพากษาท้องถิ่น (Local Judge) กับผู้พิพากษาต่างชาติ (Foreign Judge) ตัวอย่างของประเทศที่เคยใช้รูปแบบศาลผสม เช่น ศาลพิเศษในศาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา (Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia)¹¹ ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน (Special Court for Sierra Leone) ศาลพิเศษแห่งอิรักสำหรับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Iraqi Special Tribunal for Crimes Against Humanity) และศาลเฉพาะกิจสำหรับติมอร์ตะวันออกหรือติมอร์-เลสเต (Ad Hoc Court for East

ประเทศสำหรับวันดาสิ้นสุดการทำงานเมื่อปี ค.ศ. 2014 กลไกสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ (Mechanism for International Criminal Tribunal) ซึ่งตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 2010 เข้าดำเนินคดีแทนและยุติภารกิจที่ค้างค้ำของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับวันดาและศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย กลไกสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศเริ่มทำงานเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2012

เมื่อปี ค.ศ. 2007 มีการออกกฎหมายโอนคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับวันดาและรัฐอื่นไปยังวันดา หรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญลำดับที่ 11/2007 ลงวันที่ 16 มีนาคม ค.ศ. 2007 โดยผู้กระทำความผิดในคดีที่โอนมาจากศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับวันดาไปยังวันดาจะมีความรับผิดชอบเฉพาะความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับวันดา แม้ว่าจะมีบทบัญญัติในกฎหมายอื่นของวันดาที่อาจปรับใช้ได้ก็ตาม รวมทั้งกำหนดวิธีการรับฟังพยานหลักฐานที่รวบรวมโดยศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับวันดาที่ดำเนินการมาก่อนศาลใหม่นี้จะมีอำนาจอีกด้วย

¹¹ มาตรา 1 กฎหมายจัดตั้งศาลพิเศษในศาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีกับอาชญากรรมที่กระทำการระหว่างช่วงสาธารณรัฐประชาธิปไตยกัมพูชา (Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea) กำหนดว่า ศาลพิเศษที่จัดตั้งขึ้นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินคดีที่เกิดขึ้นเฉพาะช่วงระยะเวลา และจำกัดตัวผู้กระทำความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาล ต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์ฉบับอื่น ๆ ที่บัญญัติความผิดในลักษณะเป็นการทั่วไปที่ไม่จำกัดตัวบุคคลผู้กระทำและช่วงเวลาที่เกิดการกระทำความผิด

Timor) อย่างไรก็ตาม ศาลเฉพาะกิจเหล่านี้มักมีอำนาจการพิจารณาจำกัดเมื่อเทียบกับศาลภายในทั่วไป อีกทั้งผู้ที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลเหล่านี้มักมีจำนวนจำกัด

3.1 บทบัญญัติกำหนดความผิด

อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 เป็นสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนฉบับแรกภายหลังการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติ และเปรียบเสมือนกฎหมายต้นแบบของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในปัจจุบัน เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้งธรรมนูญศาลอาญาเฉพาะกิจที่บัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อยู่ในเขตอำนาจศาล เช่น ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา ต่างบัญญัตินิยามและลักษณะการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 แทบจะเป็นการลอกมาแบบคำต่อคำ นอกจากนี้ คำนิยามตามมาตรา 2 ยังเป็นต้นแบบของรัฐต่าง ๆ ในการบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังนั้น การพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จึงควรเริ่มต้นจากการพิจารณาตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปและผูกพันรัฐจำนวนมากในปัจจุบัน

3.1.1 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

นับตั้งแต่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ลงมติยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์รับรองให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946 อันนำไปสู่การร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าอนุสัญญาฉบับนี้เปรียบเสมือนกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่กำหนดนิยามและลักษณะการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อื่น ๆ เช่น การสมคบกระทำความผิด การยั่วยุให้กระทำความผิด การพยายามกระทำความผิด และการเป็นตัวการกระทำความผิด เป็นต้น นำไปสู่การที่รัฐต่าง ๆ รับเอาบทบัญญัติในอนุสัญญาไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตน ถึงแม้ว่าบรรดารัฐต่าง ๆ จะยอมรับว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่มีผลผูกพันทุกรัฐอย่างไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้ แต่โดยเนื้อหาแล้วการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งประสงค์ลงโทษปัจเจกบุคคลเป็นสำคัญ จึงต้องบัญญัติการกระทำที่

เป็นความผิดไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้บุคคลทราบล่วงหน้าว่าการกระทำใดเป็นความผิดเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงไม่กระทำการดังกล่าว อันเป็นหลักประกันสิทธิของบุคคล แต่หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ กลับไม่มีความชัดเจนว่าการกระทำใดที่จะเข้าลักษณะการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์บ้าง เพราะตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไปนั้น คำว่า Genocide มีความหมายว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ซึ่งมีความหมายแคบกว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามที่บัญญัติในอนุสัญญา เพราะตามอนุสัญญายังมีการกระทำลักษณะอื่นอีก 4 การกระทำ ได้แก่ การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม และการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าหากไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ย่อมเกิดข้อโต้แย้งของรัฐต่าง ๆ ว่า การกระทำที่เกิดขึ้นไม่ใช่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะไม่ได้อยู่ในนิยามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น บรรดารัฐส่วนใหญ่ที่บัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตน จึงมักบัญญัติค่านิยมตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมายจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรแห่งแรกที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีเหนือการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และเป็นศาลที่มีเขตอำนาจลงโทษการกระทำของบุคคลธรรมดา ต่างจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจเหนือรัฐและองค์การระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เนื่องจากการกระทำความผิดที่ละเมิดต่อกฎหมายอาญาระหว่างประเทศต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดา ไม่รวมถึงการกระทำของบุคคลสมมติ (Abstract Entities) แต่อย่างใด

การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจึงเป็นการส่งเสริมการป้องกันและปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ให้เข้มแข็งยิ่งขึ้น เพราะนอกจากจะเป็นการจัดตั้งศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีความผิดอาญาระหว่างประเทศโดยตรง อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายแล้ว จำนวนรัฐภาคีและรัฐลงนามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศยังมีจำนวนมาก¹² รวมทั้งมีบางรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีหรือรัฐลงนามตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและ

¹² อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 มีรัฐที่ลงนามจำนวน 41 รัฐ และมีรัฐภาคีจำนวน 146 รัฐ ส่วนธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญา

ลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 แต่เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น ทาจิกิสถาน ซูรินาม

แม้ว่าธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่ได้กำหนดพันธกรณีของรัฐภาคีในการบัญญัติความผิดตามธรรมนูญให้เป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตน ซึ่งแตกต่างจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญาส่วนใหญ่ เช่น อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)¹³ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นของหลักการนี้สำหรับความผิดต่อการบริหารงานยุติธรรมตามมาตรา 70 (4) (เอ) ซึ่งกำหนดว่ารัฐภาคีแต่ละรัฐต้องขยายกฎหมายอาญาของตน ซึ่งลงโทษความผิดที่ได้กระทำขึ้นในดินแดนของตนต่อบุรณภาพกระบวนการด้านการสืบสวนสอบสวนหรือกระบวนการยุติธรรมของรัฐนั้นให้ครอบคลุมถึงความผิดต่อการบริหารงานยุติธรรมที่อ้างถึงในมาตรานี้ นอกเหนือจากมาตรานี้ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศยังกำหนดพันธกรณีเฉพาะเรื่องความร่วมมือและการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายต่อศาลตามภาค 9 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย

ในขณะที่มาตรา 5 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 กำหนดพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้ภายในรัฐและสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามที่บัญญัติในอนุสัญญาได้ ทั้งนี้ การบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐภาคีต้องคำนึงถึงรัฐธรรมนูญของรัฐตนด้วย

ดังนั้น แม้ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่ได้กำหนดพันธกรณีในการบัญญัติความผิดตามธรรมนูญก็ตาม แต่รัฐที่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้าง

ระหว่างประเทศ มีรัฐที่ลงนามจำนวน 139 รัฐ และมีรัฐภาคีจำนวน 123 รัฐ ข้อมูล ณ วันที่ 20 มีนาคม 2558 จาก <https://treaties.un.org>.

¹³ มาตรา 4 อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี บัญญัติว่า

“1. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่าการกระทำทรมานทั้งปวงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของตน ให้ใช้หลักการเดียวกันนี้บังคับสำหรับการพยายามกระทำการทรมาน และสำหรับการกระทำโดยบุคคลใดที่เป็นการสมรู้ร่วมคิด หรือการมีส่วนร่วมในการทรมานด้วย

2. ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐทำให้ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดที่มีโทษ ซึ่งมีระวางโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำเหล่านั้น”

เผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ส่วนรัฐที่ไม่เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมักมีสาเหตุมาจากความไม่เห็นพ้องกับบทบัญญัติอื่นของธรรมนูญที่ไม่ใช่ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ตามหลักเรื่องเขตอำนาจรัฐ รัฐย่อมมีอิสระในการบัญญัติกฎหมายของตน โดยเฉพาะการบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญา ดังนั้น แม้ว่ารัฐนั้นจะเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่รัฐก็ยังคงมีอิสระในการบัญญัติให้การกระทำความผิดใดตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของตน โดยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดให้การดำเนินคดีกับอาชญากรรมระหว่างประเทศภายในรัฐขึ้นอยู่กับความสมัครใจและความสามารถในการดำเนินคดีของแต่ละรัฐ

นอกจากนี้ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศยังยินยอมให้รัฐสามารถบัญญัติขอบเขตฐานความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศให้กว้างกว่าที่กำหนดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ แสดงให้เห็นถึงความยืดหยุ่นของธรรมนูญฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ หากรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำ ความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยไม่มีเจตนาหรือไม่มีความสามารถที่จะดำเนินคดีอย่างแท้จริงแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจเข้ารับคดีไว้พิจารณาได้ตามมาตรา 17 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่หากไม่เข้าข้อยกเว้นดังกล่าวแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศยอมรับหลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำในการกระทำเดียวกัน (*ne bis in idem*) ซึ่งหมายความว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีอำนาจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด หากบุคคลดังกล่าวถูกดำเนินคดีในการกระทำความผิดดังกล่าวแล้ว ดังปรากฏในมาตรา 20 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ¹⁴ ตรงกันข้ามกับกฎหมายและทางปฏิบัติ

¹⁴ Article 20 Rome Statute of the International Criminal Court

Ne bis in idem

“1. Except as provided in this Statute, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court.

2. No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court.

3. No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7, 8 or 8bis shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court:

ของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับ
รวันดา ตามมาตรา 10 (2) (เอ) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย
และมาตรา 9 (2) (เอ) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา บัญญัติว่า หลักการไม่
ดำเนินคดีซ้ำในการกระทำเดียวกัน (*ne bis in idem*) ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ ถึงแม้ว่าบุคคลถูก
พิจารณาคดีโดยศาลภายในแล้ว ถ้าการกระทำที่ถูกพิจารณานั้นมีลักษณะเป็นความผิดอาญาธรรมดา
ในกรณีเช่นนี้บุคคลอาจถูกพิจารณาคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจได้อีกครั้ง

ตามมาตรา 6 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ บัญญัตินิยาม
และลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ว่า

“การกระทำดังต่อไปนี้ซึ่งได้กระทำโดยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทาง
ชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เพียงเพราะเป็นกลุ่ม
เช่นว่านั้น ดังต่อไปนี้

- (เอ) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (บี) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม
- (ซี) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะ
นำไปสู่การทำลายกลุ่ม
- (ดี) การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม
- (อี) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น”¹⁵

(a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal
responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or

(b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance
with the norms of due process recognized by international law and were conducted
in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the
person concerned to justice”.

¹⁵ Article 6 Rome Statute of the International Criminal Court

Genocide

“For the purpose of this Statute, "genocide" means any of the following acts
committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or
religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;

บทบัญญัติตามมาตรานี้มีข้อความเช่นเดียวกับตามมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นต้นแบบของบทบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่เนื่องจากถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำกลาง ๆ เพราะผู้ร่างมีความประสงค์ที่จะประนีประนอมทางการเมืองระหว่างประเทศ เพื่อจูงใจให้บรรดารัฐต่าง ๆ แสดงเจตนาเข้าเป็นภาคีและทำให้อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มีผลใช้บังคับโดยเร็ว เป็นเหตุให้ภายหลังอนุสัญญามีผลบังคับใช้แล้ว จึงเกิดปัญหาเรื่องการตีความและขาดองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญในการทำหน้าที่ตีความอนุสัญญา ถึงแม้ว่าตามมาตรา 9 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 จะบัญญัติให้อำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคี เกี่ยวกับประเด็นการตีความ การบังคับใช้ และการทำให้อนุสัญญามีผลสมบูรณ์ รวมถึงความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และการกระทำอื่น ๆ ตามที่ระบุในมาตรา 3 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948¹⁶

ดังนั้น เมื่อมีการร่างธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศจึงมีการออก “องค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ” (Elements of Crimes) เพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้บทบัญญัติความผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

(b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;

(c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;

(d) Imposing measures intended to prevent births within the group;

(e) Forcibly transferring children of the group to another group”.

¹⁶ Article 9 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide

“Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article 3, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute”.

ตามองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดองค์ประกอบความผิดแต่ละลักษณะ ดังนี้

มาตรา 6 (เอ) การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยการฆ่า (Genocide by Killing) มีองค์ประกอบ 4 ประการ ดังนี้

1. ผู้กระทำความผิดได้ฆ่าบุคคลอื่นไม่ว่าคนเดียวหรือหลายคน
2. บุคคลนั้นหรือบุคคลเหล่านั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา
3. ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
4. การกระทำได้เกิดขึ้นในบริบทของรูปแบบที่แจ้งชัดในลักษณะของการกระทำที่คล้ายคลึงกันซึ่งมุ่งกระทำต่อกลุ่มหรือเป็นการกระทำที่โดยตัวของการกระทำนั้นเองมีผลเป็นการทำลายดังกล่าว¹⁷

ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า “killing” ตามองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดว่าอาจใช้คำว่า “เหตุที่ทำให้ถึงแก่ความตาย” (Caused Death) แทนได้

เนื่องจากคำว่า “การฆ่า” (Killing) ในฉบับภาษาอังกฤษเป็นคำกลาง ๆ ที่อาจเป็นได้ทั้งการฆ่าโดยเจตนาหรือโดยประมาทโดยจงใจ (Recklessness) หรืออาจเป็นการกระทำโดยประมาท (Negligence) ก็ได้ เพียงแต่ต้องให้เกิดผลคือความตาย จึงเกิดปัญหาในการตีความการกระทำลักษณะนี้ว่า ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือไม่ ขณะที่ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศฉบับภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “meurtre” ซึ่งหมายถึงการฆ่าคนตายโดยเจตนา ดูจะเหมาะสม

¹⁷ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง โลกาวัดกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ,” (สถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม และสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.25.

มากกว่า¹⁸ แต่องค์คณะอุทธรณ์ในคดี *Kayishema* เห็นว่าไม่มีความแตกต่างอย่างแท้จริงระหว่างคำในภาษาอังกฤษกับภาษาฝรั่งเศส¹⁹

อย่างไรก็ตาม เมื่อความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดที่ต้องการเจตนาพิเศษที่มุ่งทำลายความเป็นกลุ่มไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ดังนั้น การฆ่าจึงต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่ไม่ต้องถึงกับเป็นเจตนาโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ในกรณีมีเหตุสงสัยว่า ผู้กระทำความผิดฆ่ามากกว่าเจตนาทำร้ายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ศาลอาจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำที่นำไปสู่ความตายตามมาตรา 2 (บี) เกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม แทนมาตรา 2 (เอ) เกี่ยวกับการฆ่าสมาชิกของกลุ่มได้²⁰

มาตรา 6 (บี) การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม (Genocide by Causing Serious Bodily or Mental Harm) มีองค์ประกอบ 4 ประการ ดังนี้

1. ผู้กระทำความผิดได้กระทำการอันก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจของบุคคลอื่นไม่ว่าจะเพียงคนเดียวหรือหลายคน
2. บุคคลนั้นหรือบุคคลเหล่านั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา
3. ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
4. การกระทำได้เกิดขึ้นในบริบทของรูปแบบที่แจ้งชัดในลักษณะของการกระทำที่คล้ายคลึงกันซึ่งมุ่งกระทำต่อกลุ่มหรือเป็นการกระทำที่โดยตัวของการกระทำนั้นเองมีผลเป็นการทำลายดังกล่าว

¹⁸ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Second Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p.214 และดู ปกป้อง ศรีสนิท, *คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), น.42.

¹⁹ *Prosecutor v. Kayishema et al.* (Case No. ICTR-95-1-A), Judgment, 1 June 2001, para.151 cited in Robert Cryer et al., *ibid*, p.214.

²⁰ Robert Cryer et al., *ibid*, p.214.

ถึงแม้ว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มักถูกเข้าใจว่าหมายถึงเฉพาะการฆ่าเท่านั้น แต่ผู้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 กลับไม่จำกัดการกระทำเพียงเฉพาะการฆ่าเท่านั้น ยังรวมการกระทำลักษณะอื่นอีก รวมถึงการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัส

การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสตามมาตรา 2 (บี) นี้ มี 2 ลักษณะ คือ การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส (Serious Bodily Harm) และการก่อให้เกิดอันตรายต่อจิตใจอย่างสาหัส (Serious Mental Harm)

ตามเชิงอรรถที่ 3 ขององค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดว่าการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสนี้อาจรวมถึงการทรมาน การข่มขืนกระทำชำเรา การทารุณกรรมทางเพศ หรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมผิดมนุษย์ (Inhuman Treatment) หรือการกระทำที่เป็นการลดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ได้ด้วย เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่โหดร้ายทารุณอยู่ในตัว ย่อมจะมีผลเป็นการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจผู้อื่นอย่างร้ายแรงได้ การพิจารณาความผิดฐานนี้จึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป และอาจขยายขอบเขตของการกระทำที่นอกเหนือไปจากตัวอย่างที่ยกมาได้ หากการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจผู้อื่นอย่างร้ายแรง²¹

ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา ในคดี *Akayesu* สร้างบรรทัดฐานใหม่ในเรื่องการกระทำความรุนแรงทางเพศและการข่มขืนว่าเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยการกระทำความรุนแรงทางเพศถูกพบว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในรวันดา²²

มาตรา 6 (ซี) การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยการจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม (Genocide by Deliberately Inflicting Conditions of Life Calculated to Bring about Physical Destruction) มีองค์ประกอบ 5 ประการ ดังนี้

1. ผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อเงื่อนไขบางประการในการดำรงชีวิตของบุคคลหนึ่งหรือหลายบุคคล
2. บุคคลนั้นหรือบุคคลเหล่านั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา

²¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น.26.

²² *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998, para.731.

3. ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

4. เจื่อนไขในการดำรงชีวิตได้ถูกนำมาไตร่ตรองเพื่อค้นหาวิธีในการทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

5. การกระทำได้เกิดขึ้นในบริบทของรูปแบบที่แจ้งชัดในลักษณะของการกระทำที่คล้ายคลึงกันซึ่งมุ่งกระทำต่อกลุ่มหรือเป็นการกระทำที่โดยตัวของการกระทำนั้นเองเป็นการทำลายดังกล่าว

การกระทำความผิดฐานนี้ นอกจากจะต้องเข้าองค์ประกอบภายนอกที่เป็นการกระทำต่อเจื่อนไขบางประการของการดำรงชีวิตของบุคคลในกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา เช่น การวางยาพิษหรือสารพิษลงในแม่น้ำ หรือการใช้สารเคมีหรืออาวุธเคมี ฯลฯ เพื่อให้การดำรงชีพของบุคคลในกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่สามารถอยู่รอดปลอดภัยได้แล้ว ผู้กระทำยังต้องมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน โดยมีการไตร่ตรองไว้ก่อนเพื่อค้นหาวิธีในการทำลายกลุ่มให้หมดไปหรือให้จำนวนคนในกลุ่มลดน้อยลงอันมีลักษณะเป็นการทำลายกลุ่มในทางกายภาพ (Physical Destruction of Group)²³

มาตรา 6 (ติ) การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยการกำหนดมาตรการโดยเจตนา ป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม (Genocide by Imposing Measures Intended to Prevent Birth) มีองค์ประกอบ 5 ประการ ดังนี้

1. ผู้กระทำความผิดได้กำหนดมาตรการบังคับบางประการต่อบุคคลหนึ่งหรือหลายคน

2. บุคคลนั้นหรือบุคคลเหล่านั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา

3. ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

4. มาตรการบังคับที่กำหนดขึ้นมีเพื่อมิให้มีการเกิดสมาชิกใหม่ขึ้นมาในกลุ่ม

²³ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.26-27.

5. การกระทำที่เกิดขึ้นในรูปแบบที่แจ้งชัดในลักษณะของการกระทำที่คล้ายคลึงกันซึ่งมุ่งกระทำต่อบุคคลหรือเป็นการกระทำที่โดยตัวของการกระทำนั้นเองมีผลเป็นการทำลายดังกล่าว²⁴

มาตรา 6 (อี) การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น (Genocide by Forcibly Transferring Children) มีองค์ประกอบ 7 ประการ ดังนี้

1. ผู้กระทำความผิดได้กระทำการบังคับย้ายบุคคลหนึ่งหรือหลายคน
2. บุคคลนั้นหรือบุคคลเหล่านั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา
3. ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
4. เป็นการย้ายสมาชิกของกลุ่มจากกลุ่มหนึ่งไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง
5. บุคคลผู้ถูกย้ายมีอายุต่ำกว่า 18 ปี
6. ผู้กระทำความผิดรู้หรือควรจะรู้ว่าบุคคลนั้นหรือบุคคลเหล่านั้นมีอายุต่ำกว่า 18 ปี
7. การกระทำที่เกิดขึ้นในบริบทของรูปแบบที่แจ้งชัดในลักษณะของการกระทำที่คล้ายคลึงกันซึ่งมุ่งกระทำต่อกลุ่มหรือเป็นการกระทำที่โดยตัวของการกระทำนั้นเองมีผลเป็นการทำลายดังกล่าว²⁵

ในการตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นอกจากจะการตีความตามทีองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดแล้ว ยังปรากฏแนวทางในการตีความตามคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดีตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และศาลอาญาเฉพาะกิจต่าง ๆ

3.1.2 เยอรมนี

จุดเริ่มต้นและการพัฒนาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเชื่อมโยงใกล้ชิดกับเยอรมนี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินคดีของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งเมืองนูเรมเบิร์กกับอาชญากรรมที่กองทัพนาซีที่กระทำในนามของเยอรมนี ซึ่งทัศนคติเกี่ยวกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศของเยอรมนีตะวันตกหรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในเวลาต่อมา เป็นไปในลักษณะกึ่งขา

²⁴ เฟ็งอ้าง, น.27.

²⁵ เฟ็งอ้าง, น.28.

เนื่องจากการดำเนินคดีที่เมืองนูเรมเบิร์กเป็นการดำเนินคดีโดยผู้ชนะเพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น การดำเนินคดีอาชญากรรมนาซีโดยศาลเยอรมนีตะวันตกจึงไม่ได้ยึดถือตามหลักการของนูเรมเบิร์ก (The Nuremberg Principle)

เยอรมนีเข้าเป็นภาคีที่อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรม การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948²⁶ และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ²⁷ นอกจากนี้ ทศนคติของเยอรมนีต่อกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในปัจจุบันยังเป็นไปในทางบวก โดยเยอรมนีสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศอย่างแข็งขัน

ในระหว่างการเจรจาธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เยอรมนีอยู่ในฝ่ายเสียงข้างมาก และข้อเสนอหลายประการของเยอรมนียังปรากฏในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ระหว่างการลงนามรับรองธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เยอรมนีได้แสดงเจตนาในการปรับบทบัญญัติกฎหมายอาญาของตนให้เข้ากับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ และกระทรวงยุติธรรมของเยอรมนียังได้จัดตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญเพื่อจัดทำ “ร่างกฎหมายให้ใช้ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ” จนกระทั่งเมื่อปี ค.ศ. 2002 เยอรมนียังประกาศใช้ “ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ” (Code of Crimes against International Law or Völkerstrafgesetzbuch) ตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ (Act to Introduce the Code of Crimes against International Law) โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2002 ก่อนที่เยอรมนีจะเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเพียงหนึ่งวัน

²⁶ เยอรมนีเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 1954 โดยวิธีการภาคยานุวัติ

²⁷ เยอรมนีลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1998 และเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2000 โดยวิธีการให้สัตยาบัน ซึ่งเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 2000 เยอรมนีออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อกำหนดแนวทางและเงื่อนไขเบื้องต้นในการให้สัตยาบันเข้าผูกพันตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และได้แก้ไขมาตรา 16 (2) รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อยกเว้นหลักการไม่ส่งคนชาติของตน และรับรองว่าเยอรมนีจะส่งตัวพลเมืองเยอรมันไปสู่การพิจารณาของศาลระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงศาลอาญาระหว่างประเทศ

ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศมี
วัตถุประสงค์ 4 ประการ ได้แก่

1. เป็นวิธีการที่สำคัญเพื่อสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดช่องว่างระหว่างกฎหมายอาญาของเยอรมนีกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ
2. เป็นการรวมกฎหมายอาญาระหว่างประเทศไว้ในประมวลกฎหมายเพียงฉบับเดียวเพื่อทำให้เกิดความชัดเจน ทั้งในแง่ของบทบัญญัติกฎหมายและการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ
3. เป็นไปตามหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ (Principle of Complementarity) เพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าเยอรมนีจะดำเนินคดีกับบรรดาอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเสมอ
4. มีเจตนาส่งเสริมกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และทำให้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแพร่ขยายออกไปในวงกว้าง²⁸

โครงสร้างของประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ประกอบด้วย ภาคแรกว่าด้วยหลักทั่วไป ซึ่งปรับใช้กับบรรดาอาชญากรรมตามประมวลกฎหมายฉบับนี้ และภาค 2 ว่าด้วยอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ การล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม แต่ประมวลกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน

ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศบัญญัติหลักทั่วไปเฉพาะในเรื่องที่สำคัญ ส่วนเรื่องใดที่ประมวลกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะตามมาตรา 2 บัญญัติให้ใช้กฎหมายอาญาธรรมดา โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี (StGB) เช่น หลักเรื่องเจตนาธรรมดา การสำคัญผิด การป้องกัน รูปแบบของการมีส่วนร่วมกระทำความผิด และการกระทำโดยงดเว้น เป็นต้น²⁹ ในขณะที่เดียวกันหากบทบัญญัติใดที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศบัญญัติไว้เป็นพิเศษก็ต้องเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายฉบับนี้บัญญัติไว้ เช่น หลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา และหลักการไม่บังคับใช้อายุความ

สำหรับบทบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เดิมบัญญัติในมาตรา 220 (เอ) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี แต่ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมาย

²⁸ Gerhard Werle et al., *supra note 1*, pp.83-84.

²⁹ *Ibid*, p.84.

ระหว่างประเทศ บทบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ปรากฏอยู่ในมาตรา 6 ซึ่งสอดคล้องกับ บทบัญญัติตามมาตรา 220 (เอ) เดิม โดยบัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการโดยมีเจตนาทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางศาสนา หรือกลุ่มชาติพันธุ์ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน เพียงเพราะว่าเป็นสมาชิกของกลุ่มเช่นนั้น

(1) ฆ่าสมาชิกคนหนึ่งคนใดของกลุ่ม

(2) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม

โดยเฉพาะการกระทำตามมาตรา 226 ประมวลกฎหมายอาญา

(3) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม

(4) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตรภายในกลุ่ม

(5) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง

ต้องระวางโทษ...”³⁰

บทบัญญัติมาตรา 6 นี้มีลักษณะเดียวกันกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพียงแต่มีการขยายความให้มีความชัดเจนขึ้น กล่าวคือ ตามกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองฉบับกำหนดผู้ถูกระทำซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มในรูปพหูพจน์ว่า “members” แต่ตามประมวลกฎหมายว่าด้วย

³⁰ Section 6 Code of Crimes against International Law
Genocide

“Whoever with the intent of destroying as such, in whole or in part, a national, racial, religious or ethnic group

1. kills a member of the group,

2. causes serious bodily or mental harm to a member of the group, especially of the kind referred to in section 226 of the Penal Code,

3. inflicts on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part,

4. imposes measures intended to prevent births within the group,

5. forcibly transfers a child of the group to another group

shall be punished...”

การกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดผู้ถูกระทำในรูปเอกพจน์ว่า “a member” ซึ่งสอดคล้องกับหลักการตีความที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ

ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ มาตรา 1 ว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้ บัญญัติให้เยอรมนีมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมร้ายแรงทุกฐานตามประมวลกฎหมายนี้³¹ แม้ว่าความผิดดังกล่าวจะไม่ได้กระทำในดินแดนของเยอรมนี หรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใด ๆ กับเยอรมนีก็ตาม เงื่อนไขที่จำเป็นในการบังคับใช้กฎหมายของเยอรมนีกับอาชญากรรมดังกล่าวมีเพียงประการเดียว คือ อาชญากรรมเหล่านี้ส่งผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม บทบัญญัติมาตรานี้แสดงให้เห็นว่าเยอรมนียอมรับหลักอำนาจลงโทษสากล³²

ในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของผู้บัญชาการทหารและผู้บังคับบัญชาอื่น ๆ ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ในมาตรา 4 มาตรา 13 และมาตรา 14 ซึ่งทั้งสามมาตราเป็นการบัญญัติเพื่อบังคับบัญชาการตามหลักเรื่องความรับผิดชอบของผู้บัญชาการและผู้บังคับบัญชาอื่น ๆ ตามมาตรา 28 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

มาตรา 4 ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดความรับผิดชอบไว้สองกรณี กรณีแรก คือ ความรับผิดชอบของผู้บัญชาการทหารและผู้บังคับบัญชาพลเรือนที่งดเว้นการป้องกันผู้ใต้บังคับบัญชาจากการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายนี้ ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับเป็นผู้กระทำความผิด โดยไม่บังคับใช้มาตรา 13 (2) ประมวลกฎหมายอาญากับกรณีนี้ กรณีที่สอง คือ บุคคลใดที่มีอำนาจออกคำสั่งหรือดำเนินการสั่งการและควบคุมในหน่วย ถือว่าเป็นผู้บัญชาการทหาร บุคคลใดที่มีอำนาจดำเนินการสั่งการและควบคุมองค์การพลเรือนหรือวิสาหกิจ ถือเป็นผู้บังคับบัญชาพลเรือน³³

³¹ มาตรา 1 ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่บังคับใช้กับความรับผิดชอบของผู้บัญชาการทหารและผู้บังคับบัญชาพลเรือนตามมาตรา 13 และมาตรา 14 see Gerhard Werle et al., *supra note 1*, p.88.

³² Section 1 Code of Crimes against International Law

Scope of Application

“This Act shall apply to all criminal offences against international law designated under this Act, to serious criminal offences designated therein even when the offences was committed abroad and bears no relation to Germany”.

³³ Section 4 Code of Crimes against International Law

Responsibility of Military Commanders and Other Superiors

ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดหน้าที่ในการควบคุมดูแล (Violation of the Duty of Supervision) ไว้ในมาตรา 13 ว่า

“(1) ผู้บัญชาการทหารที่เจตนาหรือดเว้นโดยประมาทในการควบคุมดูแล ผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างเหมาะสมภายใต้คำสั่ง หรือภายใต้อำนาจการควบคุมของเขา ต้องระวางโทษสำหรับการละเมิดหน้าที่ในการควบคุมดูแล ถ้าผู้ใต้บังคับบัญชาของเขากระทำความผิดตามประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวที่ใกล้จะถึงนั้นเป็นสิ่งที่ผู้บัญชาการนั้นคาดเห็น และสามารถป้องกันได้

(2) ผู้บังคับบัญชาพลเรือนที่เจตนาหรือดเว้นโดยประมาทในการควบคุมดูแล ผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างเหมาะสมภายใต้อำนาจหน้าที่ หรือภายใต้อำนาจการควบคุมของเขา ต้องระวางโทษสำหรับการละเมิดหน้าที่ในการควบคุมดูแล ถ้าผู้ใต้บังคับบัญชาของเขากระทำความผิดตามประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวที่ใกล้จะถึงนั้นเป็นสิ่งที่ผู้บังคับบัญชานั้น คาดเห็น และสามารถป้องกันได้

(3) มาตรา 4 อนุมาตรา 2 สามารถปรับใช้ได้โดยอนุโลม

(4) การละเมิดหน้าที่ในการควบคุมดูแลโดยเจตนา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และในกรณีกระทำโดยประมาทต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปี”³⁴

“(1) A military commander or civil superior who omits to prevent his or her subordinate from committing an offence pursuant to this Act shall be punished in the same way as a perpetrator of the offence committed by that subordinate. Section 13 subsection (2) of the Criminal Code shall not apply in this case.

(2) Any person effectively giving orders or exercising command and control in a unit shall be deemed equivalent to a military commander. Any person effectively exercising command and control in a civil organization or in an enterprise shall be deemed equivalent to a civilian superior”.

³⁴ Section 13 Code of Crimes against International Law

Violation of the Duty of Supervision

“(1) A military commander who intentionally or negligently omits properly to supervise a subordinate under his or her command or under his or her effective control shall be punished for violation of the duty of supervision if the subordinate

บทบัญญัติมาตรานี้เป็นหน้าที่ป้องกัน (Prevention) ของผู้บังคับบัญชา ทั้งผู้บัญชาการทหารและผู้บังคับบัญชาพลเรือน หากรู้ถึงการที่ผู้ใต้บังคับบัญชาจะกระทำความผิด ก่อนเกิดการกระทำความผิดขึ้นจริง

ในขณะที่ตามมาตรา 14 บัญญัติเกี่ยวกับการงดเว้นในการรายงานอาชญากรรม ซึ่งเป็นหน้าที่ในการลงโทษ (Punishment) หากรู้ถึงการที่ผู้ใต้บังคับบัญชาจะกระทำความผิดภาย หลังจากที่เกิดการกระทำความผิดขึ้นแล้ว โดยมาตรา 14 บัญญัติว่า

“(1) ผู้บัญชาการทหารหรือผู้บังคับบัญชาพลเรือน ซึ่งงดเว้นไม่ให้ความสนใจต่อ การปฏิบัติหน้าที่รับผิดชอบในการสอบสวนหรือดำเนินคดีกับการกระทำความผิดใด ๆ ตามประมวล กฎหมายนี้ที่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าห้าปี

(2) มาตรา 4 อนุมาตรา 2 สามารถปรับใช้ได้โดยอนุโลม”³⁵

commits an offence pursuant to this Act, where the imminent commission of such an offence was discernible to the commander and he or she could have prevented it.

(2) A civilian superior who intentionally or negligently omits properly to supervise a subordinate under his or her authority or under his or her effective control shall be punished for violation of the duty of supervision if the subordinate commits an offence pursuant to this Act, where the imminent commission of such an offence was discernible to the superior without more and he or she could have prevented it.

(3) Section 4 subsection (2) shall apply mutatis mutandis.

(4) Intentional violation of the duty of supervision shall be punished with imprisonment for not more than five years, and negligent violation of the duty of supervision shall be punished with imprisonment for not more than three years”.

³⁵ Section 14 Code of Crimes against International Law

Omission to Report a Crime

“(1) A military commander or a civilian superior who omits immediately to draw attention of the agency responsible for the investigation or prosecution of any offence pursuant to this Act, to such an offence committed by a subordinate, shall be punished with imprisonment for not more than five years.

(2) Section 4 subsection (2) shall apply mutatis mutandis”.

ส่วนความรับผิดของผู้โต้แย้งข้อบัญญัติที่กระทำตามคำสั่งตามมาตรา 3 ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ บัญญัติในลักษณะเดียวกับมาตรา 33 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยบัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 8 ถึงมาตรา 14 โดยเป็นการกระทำตามคำสั่งทางทหารหรือคำสั่งอื่นใดในลักษณะเดียวกัน ซึ่งมีผลผูกพันต่อผู้กระทำอย่างแท้จริง จะไม่มีความผิด ถ้าผู้กระทำไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคำสั่งนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

นอกจากนี้ การกระทำเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ประการหนึ่งที่เคยเกิดขึ้นในเยอรมนี คือ การปฏิเสธเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Holocaust Denial) หรือ Auschwitz Lie ซึ่งเป็นการปฏิเสธว่าไม่เคยเกิดการล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในยุคอาณาจักรไรช์ที่สาม (The Third Reich) หรือยูกนาซี รวมทั้งปฏิเสธว่าในค่าย Auschwitz ไม่มีห้องรมแก๊สพิษ (Gas Chamber) โดยการกระทำดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech) ที่ได้รับการรับรองในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เมื่อปี ค.ศ. 1994 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยถึงกรณีดังกล่าวว่า³⁶ ตามมาตรา 5 (1) รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงออก ศิลปะ และวิทยาศาสตร์³⁷ รับรองว่าทุกคนมีสิทธิแสดงและเผยแพร่ความคิดเห็นของตนอย่างเป็นอิสระ ซึ่งเสรีภาพในการแสดงออกนี้เป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง และเป็นสิ่งสำคัญในสังคมประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม เสรีภาพดังกล่าวไม่ได้คุ้มครองอย่างไร้ขอบเขต หากแต่บุคคลสามารถใช้เสรีภาพดังกล่าวได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่น หรือไม่ขัดต่อผลประโยชน์ของส่วนรวมเท่านั้น ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวขึ้นอยู่กับประเภทของข้อความที่กล่าวว่าเป็น

³⁶ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss v. 13.04.1994, 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241-254.

³⁷ Article 5 Basic Law for the Federal Republic of Germany

Freedom of expression, arts and sciences

“(1) Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing and pictures, and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship”.

ข้อความที่ต้องห้ามหรือไม่ หากเป็นการกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงที่ถูกพิสูจน์แล้วว่าไม่เป็นความจริง การกระทำดังกล่าวจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองว่าเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งข้อความว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่เคยเกิดขึ้นในยูคานาซีถูกพิสูจน์แล้วว่าไม่เป็นความจริง ทั้งจากบุคคลผู้รู้เห็น เหตุการณ์ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ดังกล่าวจำนวนมาก รวมทั้งคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาคดีอาญาเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว และข้อค้นพบทางประวัติศาสตร์ ล้วนบ่งชี้ว่าเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ชาวยิวในยูคานาซีเคยเกิดขึ้นจริง

นอกจากนี้ ยังมีความเห็นว่าการปฏิเสธเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มีลักษณะเป็น “ถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง” (Hate Speech)³⁸ ลักษณะหนึ่ง เพราะมีลักษณะเป็นการเหยียดหยามดูถูกชาวยิว โดยมีรูปแบบเป็นการแก้ไขข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ (Historical Revisionism) หรือปฏิเสธเหตุการณ์สำคัญทางประวัติศาสตร์ว่าไม่มีอยู่จริง³⁹

อย่างไรก็ตาม การกล่าวถ้อยคำดังกล่าวถึงขนาดเป็นการยุยง (Incitement) หรือไม่ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีบัญญัติเกี่ยวกับการยุยงให้กระทำความผิดไว้หลายลักษณะ เช่น การยุยงต่อสาธารณชนให้ก่ออาชญากรรม (Public Incitement to Crime) ตามมาตรา 111⁴⁰ ซึ่งบัญญัติให้ผู้ยุยงดังกล่าวต้องรับผิดชอบผู้ให้ความสะดวก (Abettor) การยุยงให้เกิดความ

³⁸ ถ้อยคำแห่งความเกลียดชัง คือ การแสดงออกด้วยคำพูดหรือวิธีการอื่นใด อันเป็นการเหยียดหยาม ดูถูก หรือลดทอนคุณค่าของความเป็นมนุษย์หรือเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยอาศัยเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ สีผิว ภาษา ชาติกำเนิด สถานะทางสังคม เพศ เป็นต้น ซึ่งการแสดงออกนั้นอาจนำไปสู่ความรุนแรงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือต่อเฉพาะกลุ่มเป้าหมายได้ ซึ่งถ้อยคำแห่งความเกลียดชังมีหลายรูปแบบ เช่น การดูถูก การเลือกปฏิบัติ การยั่วยุให้เกิดความรุนแรง รวมถึงการแก้ไขข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ (Historical Revisionism) หรือการปฏิเสธเหตุการณ์สำคัญทางประวัติศาสตร์ว่าไม่มีอยู่จริง

³⁹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, "ถ้อยคำแห่งความเกลียดชัง (Hate speech) กับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ," สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2559, <http://prachatai.com>.

⁴⁰ Section 111 German Criminal Code

Public incitement to crime

“(1) Whosoever publicly, in a meeting or through the dissemination of written materials (section 11(3)) incites the commission of an unlawful act, shall be held liable as an abettor (section 26)”.

เกลียดชัง (Incitement to Hatred) ตามมาตรา 130⁴¹ เป็นต้น ซึ่งการยุยงให้กระทำความผิดนี้ต้องมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด คล้ายกรณีผู้ใช้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่ง

⁴¹ Section 130 German Criminal Code

Incitement to hatred

“(1) Whosoever, in a manner capable of disturbing the public peace

1. incites hatred against segments of the population or calls for violent or arbitrary measures against them; or

2. assaults the human dignity of others by insulting, maliciously maligning, or defaming segments of the population, shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(2) Whosoever

1. with respect to written materials (section 11(3)) which incite hatred against segments of the population or a national, racial or religious group, or one characterised by its ethnic customs, which call for violent or arbitrary measures against them, or which assault the human dignity of others by insulting, maliciously maligning or defaming segments of the population or a previously indicated group

(a) disseminates such written materials;

(b) publicly displays, posts, presents, or otherwise makes them accessible;

(c) offers, supplies or makes them accessible to a person under eighteen years; or

(d) produces, obtains, supplies, stocks, offers, announces, commends, undertakes to import or export them, in order to use them or copies obtained from them within the meaning of numbers (a) to (c) or facilitate such use by another; or

2. disseminates a presentation of the content indicated in number 1 above by radio, media services, or telecommunication services shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(3) Whosoever publicly or in a meeting approves of, denies or downplays an act committed under the rule of National Socialism of the kind indicated in section 6 (1) of the Code of International Criminal Law, in a manner capable of disturbing the public peace shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine”.

ผู้เขียนเห็นว่า การปฏิเสธเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ถึงขนาดเป็นการยุยงให้กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เนื่องจาก การยุยงในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องเป็นการยุยงโดยตรงและโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน เพื่อให้บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และผู้ยุยงต้องมีเจตนาในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังนั้น การยุยงดังกล่าวจึงต้องมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ขึ้นมา โดยการก่อให้เกิดเจตนาล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากเนื้อหาของข้อความที่ผู้ยุยงกล่าว⁴² แต่ข้อความเชิงปฏิเสธเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ เห็นได้ชัดว่าไม่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดบุคคลใดเกิดเจตนาล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แต่อย่างใด เนื่องจากลักษณะของข้อความเชิงปฏิเสธเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นั้น ไม่อาจก่อให้เกิดผู้ที่ทราบข้อความดังกล่าวเกิดเจตนาในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้แต่อย่างใด

3.1.3 ฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสเป็นรัฐลงนามและรัฐภาคีที่อนุญาตว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948⁴³ และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ⁴⁴

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในลักษณะ 1 ว่าด้วยอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและต่อบุคคล (Title I Crimes against Humanity and against

(4) Whosoever publicly or in a meeting disturbs the public peace in a manner that violates the dignity of the victims by approving of, glorifying, or justifying National Socialist rule of arbitrary force shall be liable to

imprisonment not exceeding three years or a fine.

(5) Subsection (2) above shall also apply to written materials (section 11(3)) of a content such as is indicated in subsections (3) and (4) above”.

⁴² William A. Schabas, Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Second Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p.334.

⁴³ ฝรั่งเศสลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1948 และเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1950 โดยวิธีการให้สัตยาบัน

⁴⁴ ฝรั่งเศสลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 และเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 2000 โดยวิธีการให้สัตยาบัน

Persons) ลักษณะย่อย 1 ว่าด้วยอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Subtitle I Crimes against Humanity)
หมวด 1 ว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Chapter I Genocide)

ตามมาตรา 211-1 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติว่า

“การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เกิดขึ้นเมื่อกระทำตามแผนการเพื่อทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางศาสนา หรือกลุ่มอื่นใดที่มีการแยกแยะโดยอำเภอใจ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และโดยที่การกระทำลักษณะหนึ่งลักษณะใดดังต่อไปนี้เป็นการกระทำต่อสมาชิกของกลุ่ม หรือเป็นเหตุให้เกิดผลกระทบต่อสมาชิกของกลุ่มเหล่านั้น

- เจตนากระทำต่อชีวิต
- การทำอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง
- การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่

การทำลายกลุ่มนั้นบางส่วนหรือทั้งหมด

- การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม
- การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง”⁴⁵

⁴⁵ Article 211-1 French Penal Code

“Genocide occurs where, in the enforcement of a concerted plan aimed at the partial or total destruction of a national, ethnic, racial or religious group, or of a group determined by any other arbitrary criterion, one of the following actions are committed or caused to be committed against members of that group

- wilful attack on life;
- serious attack on psychological or physical integrity;
- subjection to living conditions likely to entail the partial or total destruction

of that group;

- measures aimed at preventing births;
- enforced child transfer

...

The first two paragraphs of article 132-23 governing the safety period apply to the felony provided for by the present article”.

ที่มาคำแปลภาษาอังกฤษจาก <http://www.legifrance.gouv.fr>.

ลักษณะการกระทำความผิดตามที่ระบุในมาตรา 211-1 ทั้งการฆ่า การกระทำต่อบุคคลอย่างสาหัสโดยไม่ถึงแก่ความตาย หรือการลักพา ล้วนเป็นความผิดอาญาธรรมดาด้วย แต่เหตุที่การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เนื่องจากผู้กระทำมีแผนการเพื่อทำลายกลุ่มที่ระบุทั้งหมดหรือบางส่วน

ในประเด็นเรื่อง “แผนการร่วมกัน” (Concerted Plan) ตามมาตรา 211-1 แตกต่างจากมาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งกำหนดให้ใช้เกณฑ์ทางอัตวิสัย (Subjective Criteria) ในการพิสูจน์เจตนาพิเศษเพื่อทำลายกลุ่มของบุคคล แต่รัฐสภาฝรั่งเศสเห็นชอบที่จะใช้เกณฑ์ทางภาวะวิสัย (Objective Criteria) ในการพิสูจน์ถึงแผนการร่วมกันแทนการใช้เกณฑ์ทางอัตวิสัย โดยแผนการนี้ต้องไม่ใช่แผนการในการรังควาน (Plan to Persecute) แต่ต้องเป็นแผนการในการทำลายกลุ่มของบุคคลอย่างถอนรากถอนโคน (Plan to Exterminate) ซึ่งศาลเคยพิพากษาว่ากฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งของฝรั่งเศสไม่เป็นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะขาดองค์ประกอบเรื่องแผนการร่วมกัน⁴⁶

สำหรับกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสอาจเป็นกลุ่มที่ถูกเลือกโดยผู้กระทำความผิด ดังที่บัญญัติในมาตรา 211-1 ว่า “กลุ่มอื่นใดที่มีการแยกแยะโดยอำเภอใจ” (Group Determined by any Other Arbitrary Criterion) ซึ่งเป็นการกำหนดที่กว้างกว่าตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่การกำหนดขอบเขตของกลุ่มลักษณะเดียวกับฝรั่งเศสนี้ อาจตีความรวมความคุ้มครองไปถึงกลุ่มทางสังคม กลุ่มทางการเมือง หรือกลุ่มบุคคลผู้มีอาการป่วยทางจิต (Mentally Ill) ได้ด้วย

ลักษณะของการกำหนด “กลุ่มอื่นใดที่มีการแยกแยะโดยอำเภอใจ” ให้เป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองอย่างเช่นในฝรั่งเศสนี้ ยังส่งอิทธิพลไปยังประเทศที่เคยเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศส เช่น สาธารณรัฐคองโกหรือคองโก-บราซซาวิล (Congo-Brazzaville)⁴⁷

⁴⁶ Catherine Elliott, *French Criminal Law*, (Devon: Willan Publishing, 2001), p.141.

⁴⁷ คองโก หรือสาธารณรัฐคองโก (Republic of Congo) หรือคองโก-บราซซาวิล (Congo-Brazzaville) เดิมเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศส จนกระทั่งเมื่อปี ค.ศ. 1960 จึงได้รับเอกราช

คองโกลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 และเข้าเป็นภาคีโดยวิธีการให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 แต่คองโกไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948

เมื่อวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 1998 คองโกประกาศใช้กฎหมายลำดับที่ 8-98 (Law No. 8-98) ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ อาชญากรรมสงคราม และ

ตามมาตรา 211-1 ไม่ได้กำหนดจำนวนขั้นต่ำของผู้ถูกระงับไว้ เช่นเดียวกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งศาลฝรั่งเศสเคยพิพากษาในคดี *Touvier* ว่า ผู้กระทำความผิดฐานฆ่าชาวยิวจำนวน 7 คน มีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ⁴⁸

ในประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลฝรั่งเศสนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส กำหนดเงื่อนไขในการฟ้องคดีไว้ 2 ประการ ได้แก่ จำเลยปรากฏตัวในฝรั่งเศส และโจทก์ต้องมีผลประโยชน์ส่วนบุคคลที่เพียงพอในกรณีของการเริ่มการพิจารณาคดี⁴⁹ ซึ่งองค์กรนักข่าวไร้พรมแดน (*Reporters without Borders or Reporters sans frontiers*) เห็นว่าเงื่อนไขประการที่สองเป็นสิ่งที่สำคัญ เพราะทำให้บรรดาคอร์คต่าง ๆ ไม่มีอำนาจฟ้อง (*locus standi*) และในกรณีเช่นนี้การควรเข้ามามีบทบาทในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทน เช่น ในคดี *Kalinda* ซึ่งศาลนำเอาเรื่องอำนาจฟ้องเป็นเหตุผลหนึ่งในการปฏิเสธการดำเนินคดี

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ถูกบัญญัติในมาตรา 1 ของหมวด 1 ว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

“การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ การกระทำหรือการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำการตามแผนการที่มีร่วมกัน โดยมีเจตนาเพื่อทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา หรือกลุ่มที่มีการแยกแยะโดยอำเภอใจ ด้วยการกระทำใดการกระทำหนึ่งดังต่อไปนี้

- (เอ) การฆ่าสมาชิกของกลุ่มโดยเจตนา
- (บี) ทำร้ายร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม
- (ซี) เจตนาก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่มบางส่วนหรือทั้งหมด
- (ดี) การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม
- (อี) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่ม”.

⁴⁸ Catherine Elliott, *supra note 46*, p.141.

⁴⁹ Article 2 Criminal Procedure Code of French Republic

“Civil action aimed at the reparation of the damage suffered because of a felony, a misdemeanour or a petty offence is open to all those who have personally suffered damage directly caused by the offence.

The waiver of a civil action will not interrupt or suspend the exercise of the public prosecution, subject to the cases set out under the third paragraph of article 6”.

เนื่องจากโจทก์ฟ้องในฐานะผู้แทนทางกฎหมายของบุตรสาวที่มีสัญชาติฝรั่งเศส ซึ่งสมาชิกส่วนใหญ่ของครอบครัวถูกสังหารระหว่างเหตุการณ์ในรวันดา แต่ศาลเห็นว่าบุตรสาวไม่ได้รับความทุกข์ทรมานจากอันตรายโดยตรง ดังนั้น โจทก์จึงไม่สามารถเริ่มการดำเนินคดีตามมาตรา 113-7 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้ มีเพียงเฉพาะคดีของนักบวช Wenceslas Munyeshyaka ที่มีเงื่อนไขทั้งสองประการครบถ้วน และสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ต้องสงสัยปรากฏตัวในดินแดนฝรั่งเศส⁵⁰

อย่างไรก็ตาม ฝรั่งเศสยอมรับหลักอำนาจลงโทษสากลในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับที่ 95-1 ลงวันที่ 2 มกราคม ค.ศ. 1995 เพื่ออนุวัติการให้ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติออกข้อมติที่ 827 และ 955 มีผลบังคับใช้ในฝรั่งเศส สืบเนื่องจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติออกข้อมติที่ 827 และ 955 เพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา แต่ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติไม่ได้ผูกพันฝรั่งเศสโดยอัตโนมัติ ต่างจากอนุสัญญาและสนธิสัญญาระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับที่ 95-1 ยังมีปัญหาบางประการ จึงมีการออกพระราชบัญญัติฉบับที่ 96-432 ลงวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 1996 เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นหลังจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับก่อน โดยเฉพาะการตัดการอ้างถึง “ความผิดร้ายแรงหรือความผิดหลักที่กำหนดตามกฎหมายฝรั่งเศส” (Serious or major offences defined by the French law) เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่เกิดจากการขาดบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่เป็นการเฉพาะในช่วงก่อนวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1994 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่เกิดความขัดแย้งในยูโกสลาเวีย

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้พระราชบัญญัติฉบับที่ 96-432 มีโอกาสที่ผู้พิพากษาฝรั่งเศสจะสับสนในเรื่องนิยามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งขึ้นอยู่กับช่วงเวลาที่เกิดการกระทำความผิด ดังนั้น เพื่อเป็นไปตามหลักเรื่องกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่จึงไม่บังคับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนเดือนมีนาคม ค.ศ. 1994 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่เกิดเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในยูโกสลาเวีย

ตามพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับกำหนดให้ศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจพิจารณาตีความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในอดีตประเทศยูโกสลาเวียและรวันดา โดยให้อำนาจศาลดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งสองศาลที่เข้ามาอยู่ในดินแดนฝรั่งเศส ไม่ว่าผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายจะมีสัญชาติใด จนนำไปสู่การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

⁵⁰ Catherine Elliott, *supra note 46*, p.144.

ฐานล่างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในวันดาโดยศาลฝรั่งเศสหลายคดี แสดงให้เห็นว่าฝรั่งเศสยอมรับหลักอำนาจลงโทษสากล ทั้งนี้ เพื่อตอบโต้ต่อเหตุการณ์รุนแรงดังกล่าว ถึงแม้ว่ายังไม่มีคดีไหนที่ประสบความสำเร็จ

ทั้งนี้ เจตนารมณ์ที่แท้จริงของการกำหนดให้อาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นความผิดนั้น ไม่ใช่เพียงการเพิ่มบทบัญญัติความผิดซึ่งมีคุณค่าเชิงสัญลักษณ์เท่านั้น แต่เป็นการเพิ่มหลักอำนาจลงโทษสากลลงในกฎหมาย เพื่อให้รัฐนั้นมีอำนาจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะการกระทำความผิดนั้นจะเกิดขึ้นที่ใด ซึ่งหลักอำนาจลงโทษสากลเป็นวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการบัญญัติให้อาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นความผิดตามกฎหมายภายใน เพื่อให้ทุกรัฐมีอำนาจดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งทำให้การปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นไปได้ อย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

ฝรั่งเศสเคยมีกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เช่นเดียวกับในเยอรมนี จนมีการยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และมีการฟ้องร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) โดยมีประเด็นว่า การห้ามบุคคลกล่าวถ้อยคำเชิงปฏิเสธการเกิดเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นการละเมิดเสรีภาพในการพูดและการแสดงความคิดเห็นของประชาชนหรือไม่

เมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1990 ฝรั่งเศสออกกฎหมายซึ่งกำหนดให้การปฏิเสธเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิด คือ The Gayssot Act ซึ่งเป็นการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพของสื่อฉบับปี ค.ศ. 1881 โดยเพิ่มมาตรา 24bis เพื่อกำหนดความผิดเกี่ยวกับการโต้แย้งต่อสาธารณชน เกี่ยวกับการมีอยู่จริงของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามที่กำหนดในกฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศหรือกฎบัตรนูเรมเบิร์ก โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกสูงสุด 1 ปี และโทษปรับสูงสุด 45,000 ยูโร

ต่อมา เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 1996 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีคำวินิจฉัยสืบเนื่องจากการที่นาย Robert Faurisson กล่าวในเชิงปฏิเสธห้องรมแก๊สพิษในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง⁵¹ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนวินิจฉัยว่า แม้ The Gayssot Act จะจำกัด

⁵¹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนพิจารณาจากคำกล่าวของนาย Faurisson ได้แก่ “No one will have me admit that two plus two makes five, that the earth is flat, or that the Nuremberg Tribunal was infallible. I have excellent reasons not to believe in this policy of extermination of Jews or in the magic gas chamber” และ “I would wish to see that 100 percent of all French citizens realize that the myth of the gas chambers is dishonest fabrication...endorsed by the victorious power of Nuremberg in 1945-

สิทธิในการแสดงออกของนาย Robert Faurisson แต่การจำกัดดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 19 (3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งบัญญัติว่าการใช้สิทธิดังกล่าวต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย และการใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือการรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน ซึ่งคำพูดของนาย Faurisson ทำให้ความรู้สึกต่อต้านชาวยิวรุนแรงมากขึ้น การจำกัดสิทธิดังกล่าวจึงเป็นการเคารพต่อบรรดาชาวยิวให้มีชีวิตอยู่โดยปราศจากความหวาดกลัวจากบรรยากาศของการต่อต้านชาวยิว ดังนั้น การจำกัดสิทธิดังกล่าวจึงเป็นไปตามมาตรา 19 (3) แล้ว และการที่ฝรั่งเศสดำเนินคดีอาญากับผู้ปฏิเสธเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองตามกฎหมายดังกล่าว ไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการแสดงออก⁵²

นอกจากนี้ เมื่อปี ค.ศ. 2008 นาย Dieudonné M'Bala M'Bala นักแสดงตลก และนักเคลื่อนไหวทางการเมือง เปิดการแสดงในกรุงปารีสในชื่อ “J’ai fait l’con” (“I’ve been a naughty boy”) ในการแสดงดังกล่าวเขาได้เชิญนาย Robert Faurisson มาร่วมแสดง และในการแสดงดังกล่าวมีการนำถ้วยรางวัลซึ่งมีลักษณะเป็นเชิงเทียนสามกึ่ง แต่ละกึ่งมีแอปเปิ้ลเสียบอยู่⁵³ มามอบให้แก่ นาย Faurisson โดยนักแสดงที่นำรางวัลมามอบสวมชุดที่เรียกว่า “ชุดแห่งแสงสว่าง” (Garment of Light) ซึ่งมีลักษณะเป็นชุดนอนลายทางและมีดาวสีเหลืองที่เขียนคำว่า Jew ติดบนเสื้อ ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับชุดที่ชาวยิวต้องสวมขณะที่อยู่ในค่ายกักกัน ต่อมา มีการดำเนินคดีกับ นาย M'Bala M'Bala โดยศาลแห่งกรุงปารีสพิพากษาว่า นาย M'Bala M'Bala มีความผิดตาม มาตรา 23 พระราชบัญญัติฉบับลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1881 ว่าด้วยเสรีภาพของสื่อ ซึ่งมาตราดังกล่าวกำหนดความผิดเนื่องจากการดูหมิ่นบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ด้วยเหตุชาติกำเนิด หรือลักษณะความเป็นหรือไม่เป็นกลุ่มชาติพันธุ์ คนชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา โดยเปิดเผยต่อสาธารณชน ซึ่งในกรณีนี้คือการกระทำต่อกลุ่มชาวยิว ไม่ว่าจะกลุ่มชาวยิวโดยกำเนิดหรือโดยความเชื่อ โดยศาลเห็นว่า นาย M'Bala M'Bala ไม่ยุติต่อข้อเท็จจริงที่ว่า นาย Faurisson เป็นผู้สนับสนุนแนวคิดปฏิเสธการเกิดเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์คนสำคัญ และคำพูดของเขานั้นเป็นทั้งการดูหมิ่นและเหยียดหยามต่อชาวยิว ซึ่งนาย M'Bala M'Bala ไม่อาจอ้างว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงการแสดงตลกเพื่อ

1946 and officialized on 14 July 1990 by the current French government, with the approval of the “court historians”

⁵² UN Doc. CCPR/C/58/D/550/1993.

⁵³ เชิงเทียน 7 กิ่ง หรือเมโนราห์ เป็นสัญลักษณ์ของยิว

ล้อเลียนหรือเสียดสี แม้ว่าในสังคมประชาธิปไตย การล้อเลียนหรือเสียดสีที่มีลักษณะเป็นการจงใจ ยั่วยุหรือหยาบคายจะได้รับความคุ้มครองตามหลักเสรีภาพในการแสดงออกและความคิดสร้างสรรค์ (Freedom of Expression and Creation) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการแสดงออกถึงแนวความคิด (Ideas) และความคิดเห็น (Opinions) อย่างไรก็ตาม หากใช้ว่าการแสดงตลกจะมีสิทธิกระทำได้โดยไม่มีขอบเขต หากแต่ต้องเคารพต่อศักดิ์ศรีของบุคคลอื่น ซึ่งในคดีนี้สิทธิในการแสดงตลกเพื่อล้อเลียนถูกใช้ อย่างเกินขอบเขต ต่อมา ศาลอุทธรณ์แห่งกรุงปารีสพิพากษาเห็นว่านาย M'Bala M'Bala มีความผิด เนื่องจากการที่นาย Faurisson ปรากฏตัวบนเวที ไม่ใช่การแสดงเพื่อความบันเทิง แต่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมือง โดยพิจารณาจากลักษณะการจัดการแสดงและพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ

ต่อมา มีการนำกรณีดังกล่าวขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งศาลมีคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015 ว่า⁵⁴ เนื้อหาของการแสดงมีลักษณะเป็นการต่อต้านชาวยิวอย่าง ชัดเจนดังที่ศาลแห่งกรุงปารีสวินิจฉัย เช่น การมอบรางวัลให้แก่บุคคลที่รู้จักโดยทั่วไปเป็นผู้ที่มี แนวความคิดปฏิเสธการเกิดเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ รวมทั้งการที่นาย M'Bala M'Bala กล่าวว่า เขาจะทำให้ดีกว่าการแสดงครั้งก่อน ซึ่งกล่าวกันว่า การแสดงครั้งดังกล่าวเป็นการชุมนุมต่อต้านชาวยิว ที่ยิ่งใหญ่ที่สุดนับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สอง นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการที่นาย M'Bala M'Bala นำนักแสดง ซึ่งสวมเสื้อผ้าคล้ายที่ชาวยิวต้องสวมขณะที่อยู่ในการกักกัน ขึ้นมาบน เวทีเพื่อมอบรางวัลให้แก่ นาย Faurisson เป็นการจัดการแสดงที่เลวร้ายเกินยอมรับได้ และการแสดง การสนับสนุนแนวความคิดปฏิเสธการเกิดเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยให้ความสำคัญต่อการ ปรากฏตัวของนาย Faurisson เป็นการย่ำยีเหยื่อของค่ายกักกันจากการให้เผชิญหน้ากับผู้ปฏิเสธถึง การทำลายล้างที่เกิดขึ้นกับพวกเขา ศาลเห็นว่าการแสดงออกถึงความเกลียดชัง การต่อต้านชาวยิว และการปฏิเสธเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ใช่การแสดงออก (Performance) ที่ได้รับความ คุ้มครองตามมาตรา 10 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)⁵⁵ แม้ว่า

⁵⁴ *M'Bala M'Bala v. France* (Application No. 25239/13), Judgment, 10 November 2015.

⁵⁵ Article 10 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Freedom of expression

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without

มาตรา 10 จะคุ้มครองการแสดงออกเชิงเสียดสีหรือยั่วด้วย แต่ในกรณีนี้เป็นการแสดงออกถึงอุดมการณ์ที่สวนทางกับคุณค่าของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งได้แก่ ความยุติธรรม และสันติภาพ

นอกจากนี้ ศาลยังตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมตามมาตรา 17 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ว่า นาย M'Bala M'Bala ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 10 เนื่องจากการแสดงออกซึ่งความเกลียดชังและการต่อต้านชาวยิวที่แฝงมาในรูปของงานศิลปะ เป็นอันตรายเทียบเท่ากับการต่อต้านซึ่งหน้าโดยตรง ศาลเห็นว่านาย M'Bala M'Bala พยายามที่จะเบี่ยงเบนมาตรา 10 ไปจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริง โดยการอ้างเสรีภาพในการแสดงออกของตน ซึ่งไม่สอดคล้องกับทั้งตัวอักษรและเจตนารมณ์ของอนุสัญญา และหากยอมรับข้ออ้างดังกล่าว ย่อมเป็นการทำลายสิทธิและเสรีภาพตามอนุสัญญา ดังนั้น ภายใต้มาตรา 17 นาย M'Bala M'Bala จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 10

นอกจากกรณีของฝรั่งเศสแล้ว ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังเคยวินิจฉัยกรณีที่ สวิตเซอร์แลนด์ลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่ปฏิเสธว่าไม่เคยเกิดเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ขึ้นในอาณาจักรออตโตมัน (Ottoman Empire) กล่าวคือ ในคดี *Perinçek v. Switzerland*⁵⁶ สืบเนื่องจากนาย Doğu Perinçek ซึ่งเป็นนักกฎหมายและประธานพรรคแรงงานตุรกี เข้าร่วมการประชุมใน สวิตเซอร์แลนด์ และในระหว่างการประชุมดังกล่าว นาย Perinçek ได้ปฏิเสธว่าการสังหารหมู่และการเนรเทศชาวอาร์เมเนียที่เกิดในอาณาจักรออตโตมันช่วงตั้งแต่ปี ค.ศ. 1915 เป็นต้นมา ไม่ใช่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยในการแถลงข่าวที่จัดขึ้นเมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2005 นาย Perinçek

interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary”.

⁵⁶ *Perinçek v. Switzerland* (Application No. 27510/08), Judgment, 17 December 2013.

กล่าวว่าการล้าแก่พ้นธุ์ชาวอาร์เมเนียเป็นเพียง “เรื่องโกหกระหว่างประเทศ” (International Lie) เมื่อมีการยื่นฟ้องนาย Perinçek ต่อศาลตำรวจแห่งเมืองโลซานน์ (The Lausanne District Police Court) และศาลพิพากษาลงโทษนาย Perinçek ตามมาตรา 261bis ประมวลกฎหมายอาญาสวิส⁵⁷ นาย Perinçek จึงยื่นเรื่องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เพื่อให้พิจารณาว่าการที่ศาลภายในของ สวิตเซอร์แลนด์ลงโทษทางอาญาแก่เขาในกรณีดังกล่าว เป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 10 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หรือไม่

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปสูงสุด (Grand Chamber) เห็นว่า ศาลจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองสิทธิในการเคารพต่อศักดิ์ศรีของชาวอาร์เมเนียผู้ที่เป็นเหยื่อในเหตุการณ์ดังกล่าว รวมถึงศักดิ์ศรีและอัตลักษณ์ของชาวอาร์เมเนียในปัจจุบัน ซึ่งเป็นสิทธิที่จะได้รับความเคารพในชีวิตส่วนบุคคล (Right to Respect for Private Life) ตามมาตรา 8 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน⁵⁸ กับความจำเป็นในการคุ้มครองเสรีภาพใน

⁵⁷ Article 261bis Swiss Criminal Code

“Any person who publicly incites hatred or discrimination against a person or a group of persons on the grounds of their race, ethnic origin or religion, any person who publicly disseminates ideologies that have as their object the systematic denigration or defamation of the members of a race, ethnic group or religion,

any person who with the same objective organises, encourages or participates in propaganda campaigns,

any person who publicly denigrates or discriminates against another or a group of persons on the grounds of their race, ethnic origin or religion in a manner that violates human dignity, whether verbally, in writing or pictorially, by using gestures, through acts of aggression or by other means, or any person who on any of these grounds denies, trivialises or seeks justification for genocide or other crimes against humanity,

any person who refuses to provide a service to another on the grounds of that person’s race, ethnic origin or religion when that service is intended to be provided to the general public, is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty”.

⁵⁸ Article 8 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

การแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 10 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปสูงสุดเห็นพ้องกับศาลชั้นต้นว่า การแทรกแซงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยบทบัญญัติของกฎหมายอยู่ในบังคับของมาตรา 10 ดังนั้น การที่ศาลภายในของสวีตเซอร์แลนด์ลงโทษทางอาญานาย Perinçek จากการแสดงความคิดเห็นดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นการแทรกแซงการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของนาย Perinçek

หากพิจารณาเจตนารมณ์ของมาตรา 261bis ประมวลกฎหมายอาญาสวิส พบว่า ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีความสำคัญต่อการป้องกันความวุ่นวาย (Prevention of Disorder) อย่างไรก็ตาม ศาลยอมรับว่าการแทรกแซงเสรีภาพของนาย Perinçek มีเจตนาเพื่อปกป้องสิทธิของบุคคลอื่น ซึ่งอยู่ในขอบเขตของมาตรา 10 กล่าวคือ การห้ามปฏิเสธว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่เคยเกิดขึ้นตามกฎหมายดังกล่าว มีขึ้นเพื่อปกป้องเกียรติของบรรดาผู้ที่สืบเชื้อสายจากเหยื่อจากเหตุการณ์ความรุนแรงต่อชาวอาร์เมเนียช่วงปี ค.ศ. 1915 เนื่องจากบรรดาผู้ที่สืบเชื้อสายจากเหยื่อในเหตุการณ์ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรดาชาวอาร์เมเนียผู้พลัดถิ่น ต่างสร้างตัวตนของพวกเขาในฐานะเหยื่อของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังนั้น การแทรกแซงเสรีภาพของนาย Perinçek จึงเป็นไปเพื่อปกป้องสิทธิและศักดิ์ศรีของชาวอาร์เมเนียในปัจจุบัน

ถ้อยคำที่นาย Perinçek ปฏิเสธว่าเหตุการณ์การสังหารหมู่และการเนรเทศที่เกิดขึ้นในอาณาจักรออตโตมันช่วงตั้งแต่ปี ค.ศ. 1915 ไม่ใช่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แม้มีลักษณะเป็นการยุยงปลุกปั่น แต่ในการกล่าวถ้อยคำตามกรณีพิพาทนั้น นาย Perinçek อ้างว่าเป็นเรื่องโกหกระหว่างประเทศ (International Lie) แม้แนวความคิดดังกล่าวจะเป็นความผิด ทำให้ตระหนกตกใจหรือก่อความวุ่นวาย ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 10 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้ การปฏิเสธเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ จะเป็นภัยเฉพาะในประเทศที่ประสบกับเหตุการณ์รุนแรงจากกองทัพนาซี หรือประเทศที่ต้องมีความรับผิดชอบ

Right to respect for private and family life

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

ทางศีลธรรมเป็นพิเศษจากเหตุการณ์ความรุนแรงดังกล่าวที่ตนเป็นผู้กระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำเท่านั้น แต่ในกรณีนี้เหตุการณ์เกิดขึ้นในอาณาจักรออตโตมัน ซึ่งไม่มีความหมายทางประวัติศาสตร์ต่อสวิตเซอร์แลนด์เป็นพิเศษ นอกจากนี้ ยังไม่ปรากฏหลักฐานว่าในขณะที่นาย Perinçek กล่าวถ้อยคำดังกล่าว ก่อให้เกิดความตึงเครียดในสวิตเซอร์แลนด์ หรือมีผลให้เกิดความขัดแย้งรุนแรงระหว่างชาวตุรกีกับชาวอาร์เมเนียในสวิตเซอร์แลนด์แต่อย่างใด

นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เห็นว่า ในสังคมประชาธิปไตยไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้นาย Perinçek มีความรับผิดชอบทางอาญา เพียงเพื่อคุ้มครองสิทธิของชาวอาร์เมเนียในกรณีนี้ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดมาตรา 10 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่านาย Perinçek ไม่เคยแสดงการดูถูกหรือเกลียดชังต่อเหยื่อในเหตุการณ์ความรุนแรงดังกล่าว หรือปฏิเสธว่าเหตุการณ์การสังหารหมู่หรือการเนรเทศในช่วงเวลาดังกล่าวไม่เคยเกิดขึ้น เพียงแต่ปฏิเสธลักษณะทางกฎหมายของเหตุการณ์ดังกล่าวว่าไม่ใช่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เท่านั้น ดังนั้น การที่นาย Perinçek ปฏิเสธว่าเหตุการณ์เมื่อปี ค.ศ. 1915 ไม่ใช่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นั้น จึงไม่เป็นการยุยงให้เกิดความเกลียดชังต่อชาวอาร์เมเนีย ศาลจึงไม่อาจปรับใช้มาตรา 17 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน⁵⁹ กับกรณีดังกล่าวได้

ข้อเท็จจริงในคดี *Perinçek v. Switzerland* จึงมีความแตกต่างจากคดีอื่นเนื่องจากนาย Perinçek ไม่ได้ปฏิเสธว่าเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ชาวอาร์เมเนียไม่เคยเกิดขึ้น เพียงแต่ปฏิเสธว่าเหตุการณ์ดังกล่าวไม่ถึงขนาดเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และการกล่าวถ้อยคำดังกล่าวไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสวิตเซอร์แลนด์ เพราะสวิตเซอร์แลนด์ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าองค์กระระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและศาลภายในของประเทศต่าง ๆ มีแนวโน้มที่จะปฏิเสธไม่ให้อ้างสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกในกรณีการปฏิเสธว่าเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่เคยเกิดขึ้น โดยเฉพาะการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมาก เพราะข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็น

⁵⁹ Article 17 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Prohibition of abuse of rights

“Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention”.

ข้อเท็จจริงที่มีบุคคลจำนวนมากรู้ว่าเกิดขึ้นจริง ทั้งการปฏิเสธดังกล่าวยังเป็นการเหยียดหยามชาวฮิวที่เสียชีวิตจากเหตุการณ์ดังกล่าว รวมทั้งชาวฮิวในปัจจุบันที่สืบเชื้อสายมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งเหตุผลเหล่านี้เป็นสิ่งที่ควรได้รับความคุ้มครองยิ่งกว่าสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกบุคคล

3.1.4 ฟิลิปปินส์

เมื่อปี ค.ศ. 2009 ฟิลิปปินส์ประกาศใช้ “พระราชบัญญัติว่าด้วยนิยามและการลงโทษอาชญากรรมอันละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอื่น การสร้างเขตอำนาจ การจัดตั้งศาลเฉพาะ และเพื่อความมุ่งหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง” (Act Defining and Penalizing Crimes against International Humanitarian Law, Genocide and Other Crimes against Humanity, Organizing Jurisdiction, Designation Special Court, and for Related Purposes) หรือพระราชบัญญัติแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ว่าด้วยอาชญากรรมอันละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอื่น (Philippines Act on Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide, and Other Crimes Against Humanity) หรือพระราชบัญญัติแห่งสาธารณรัฐ ลำดับที่ 9851 (Republic Act No. 9851)

ในขณะที่ฟิลิปปินส์ประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ฟิลิปปินส์มีสถานะเป็นเพียงรัฐลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ⁶⁰ แต่เป็นรัฐภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948⁶¹ ต่อมา เมื่อวันที่ 30 สิงหาคม ค.ศ. 2011 ฟิลิปปินส์จึงได้เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศโดยวิธีการให้สัตยาบัน

ตามมาตรา 5 พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว กำหนดนิยามและองค์ประกอบของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้กว้างกว่านิยามตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยรวมความคุ้มครองกลุ่มทางสังคมหรือกลุ่มอื่นใดที่มีลักษณะมั่นคงและถาวรเช่นเดียวกัน และกำหนดความรับผิดชอบของผู้ยุงให้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้ด้วย โดยมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า

⁶⁰ ฟิลิปปินส์ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม ค.ศ. 2000

⁶¹ ฟิลิปปินส์ลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1948 และเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1950 โดยวิธีการให้สัตยาบัน

“(เอ) เพื่อความมุ่งประสงค์ตามพระราชบัญญัตินี้ “การล้างเผ่าพันธุ์” หมายถึง การกระทำใด ๆ ดังต่อไปนี้ ซึ่งกระทำโดยมีเจตนาเพื่อทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางศาสนา กลุ่มทางสังคม หรือกลุ่มอื่นใดที่มีลักษณะมั่นคงและถาวรเช่นเดียวกัน ทั้งหมดหรือบางส่วนเพียงเพราะว่าเป็นกลุ่มเช่นนั้น

- (1) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (2) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม
- (3) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของสมาชิกกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน
- (4) การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม
- (5) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น
- (บี) ผู้ใดยุยงโดยตรงและโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนให้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ บุคคลดังกล่าวมีความผิด

ผู้ใดมีความผิดจากการกระทำใด ๆ ตามอนุมาตรา (เอ) และ (บี) ของมาตรานี้ ต้องระวางโทษตามมาตรา 7 ของพระราชบัญญัตินี้”⁶²

⁶² Section 5 Republic Act No. 9851

Genocide

“(a) For the purpose of this Act, "genocide" means any of the following acts with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial, religious, social or any other similar stable and permanent group as such

- (1) Killing members of the group;
- (2) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (3) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (4) Imposing measures intended to prevent births within the group; and
- (5) Forcibly transferring children of the group to another group.

(b) It shall be unlawful for any person to directly and publicly incite others to commit genocide.

Any person found guilty of committing any of the acts specified in paragraphs (a) and (b) of this section shall suffer the penalty provided under Section 7 of this Act”.

พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดหลักการบางประการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาไว้ในหมวด 5 ได้แก่ ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล ความไม่เกี่ยวข้องของสถานะทางการ ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา การไม่บังคับใช้บทบัญญัติเรื่องอายุความ และคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ตามมาตรา 12

ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล (Individual Criminal Responsibility) ตามมาตรา 8 มีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรา 25 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยบัญญัติว่า

“(เอ) นอกเหนือจากบทบัญญัติกฎหมายฟิลิปปินส์เกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบทางอาญาที่มีอยู่ บุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะเป็นตัวการในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ หาก

(1) กระทำความผิดดังกล่าว ไม่ว่าจะกระทำโดยลำพัง หรือร่วมกับบุคคลอื่น หรือผ่านทางบุคคลอื่น โดยไม่คำนึงว่าบุคคลอื่นนั้นมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่

(2) สั่งการ ขอร้อง หรือชักจูงให้กระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งได้เกิดขึ้นจริงหรือถึงขั้นพยายามแล้ว

(3) มีส่วนในการกระทำความผิด หรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าวโดยกลุ่มบุคคลที่กระทำด้วยความมุ่งหมายเดียวกัน การมีส่วนร่วมเช่นนั้นต้องมีเจตนาและต้องเป็นไปอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(ก) มุ่งหมายที่จะสนับสนุนกิจกรรมทางอาชญากรรม หรือให้บรรลुวัตถุประสงค์ทางอาชญากรรมของกลุ่ม ซึ่งกิจกรรมหรือวัตถุประสงค์เช่นนั้นเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ หรือ

(ข) รู้ถึงเจตนาของกลุ่มในการกระทำความผิด

(ปี) เป็นผู้มีส่วนร่วมโดยให้ความสะดวกในการกระทำความผิดซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ย่อมมีความรับผิดชอบทางอาญา หากช่วยเหลือ ให้ความสะดวก หรือช่วยเหลืออื่นใดในการกระทำความผิดหรือพยายามกระทำความผิด รวมถึงหาวิธีการในการกระทำความผิด

(ซี) พยายามกระทำความผิดที่มีโทษตามพระราชบัญญัติฉบับนี้โดยเริ่มกระทำในขั้นตอนสำคัญ แต่ความผิดดังกล่าวไม่บรรลุผล เพราะพฤติการณ์อันไม่เกี่ยวข้องกันกับเจตนาของบุคคล อย่างไรก็ตาม บุคคลที่ละทิ้งความพยายามที่จะกระทำความผิดหรือป้องกันด้วยประการอื่นไม่ให้การ

กระทำความผิดบรรลุผล ไม่ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติสำหรับการพยายามกระทำความผิด หากบุคคลนั้นยอมล้มเลิกความมุ่งประสงค์ในการกระทำความผิดอย่างสิ้นเชิงและโดยสมัครใจ”⁶³

⁶³ Section 8 Republic Act No. 9851

Individual Criminal Responsibilities

“(a) In addition to existing provisions in Philippine law on principles of criminal responsibility, a person shall be criminally liable as principal for a crime defined and penalized in this Act if he/she

(1) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;

(2) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;

(3) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of person acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either

(i) be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime defined in this Act; or

(ii) be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime.

(b) A person shall be criminally liable as accomplice for facilitating the commission of a crime defined and penalized in this Act if he/she aids, abets or otherwise assists in its commission or attempted commission, including providing the means for its commission.

(c) A person shall be criminally liable for a crime defined and penalized in this Act if he/she attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intention. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Act for the attempt to commit the same if he/she completely and voluntarily gave up the criminal purpose”.

ความไม่เกี่ยวข้องของสถานะทางการ (Irrelevance of Official Capacity) ตาม มาตรา 9 คล้ายคลึงกับมาตรา 27 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยบัญญัติว่า

“พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้กับบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ บนพื้นฐานของสถานะทางการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สถานะทางการในฐานะประมุขของรัฐ หรือผู้นำรัฐบาล สมาชิกของรัฐบาลหรือรัฐสภา ผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้ง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล ไม่ได้รับการยกเว้นจากความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และไม่เป็นมูลเหตุลดหย่อนโทษ อย่างไรก็ตาม

(เอ) ความคุ้มกันหรือระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความพิเศษที่อาจติดอยู่กับสถานะทางการของบุคคลตามกฎหมายฟิลิปปินส์ ไม่ขัดขวางต่อการใช้เขตอำนาจศาลเหนือบุคคลเช่นว่านั้น ยกเว้นความคุ้มกันของประธานาธิบดีจากการฟ้องร้องในระหว่างดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญ

(บี) ความคุ้มกันที่อาจติดอยู่กับสถานะทางการของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาจจำกัดการบังคับใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้เฉพาะภายในขอบเขตตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น”⁶⁴

ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา (Responsibility of Superiors) ตามมาตรา 10 บัญญัติว่า

⁶⁴ Section 9 Republic Act No. 9851

Irrelevance of Official Capacity

“This Act shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a head of state or government, a member of a government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Act, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence. However

(a) Immunities or special procedural rules that may be attached to the official capacity of a person under Philippine law other than the established constitutional immunity from suit of the Philippine President during his/her tenure, shall not bar the court from exercising jurisdiction over such a person; and

(b) Immunities that may be attached to the official capacity of a person under international law may limit the application of this Act, but only within the bounds established under international law”.

“นอกเหนือจากมูลเหตุความรับผิดชอบทางอาญาอื่นของความรับผิดชอบทางอาญาตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้บังคับบัญชาจะมีความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะเป็นต้นการสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว ที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาภายใต้การสั่งการและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของเขา หรือภายใต้อำนาจหน้าที่และการควบคุม ดังเช่นในกรณีนี้อาจเป็นผลมาจากความล้มเหลวในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างเหมาะสม เมื่อ

(เอ) ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวรู้ หรือควรจะรู้ถึงพฤติการณ์ในขณะนั้นว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังกระทำความผิด หรือกำลังจะกระทำความผิดดังกล่าว

(บี) ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและสมเหตุสมผลทั้งหมดภายในอำนาจของเขา เพื่อป้องกันหรือปราบปรามการกระทำความผิด หรือยื่นเรื่องต่อผู้มีอำนาจในการสอบสวนและดำเนินคดี”⁶⁵

ตามมาตรา 3 (เอฟ) บัญญัตินิยามของการสั่งการและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ หรือภายใต้อำนาจหน้าที่และการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพว่า หมายถึง การมีความสามารถที่แท้จริงในการป้องกัน และลดโทษการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา⁶⁶ และ

⁶⁵ Section 10 Republic Act No. 9851

Responsibility of Superiors

“In addition to other grounds of criminal responsibility for crimes defined and penalized under this Act, a superior shall be criminally responsible as a principal for such crimes committed by subordinates under his/her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his/her failure to properly exercise control over such subordinates, where

(a) That superior either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the subordinates were committing or about to commit such crimes;

(b) That superior failed to take all necessary and reasonable measures within his/her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution”.

⁶⁶ Section 3 Republic Act No. 9851

“For purposes of this Act, the term

...

มาตรา 3 (อาร์)⁶⁷ ให้คำนิยามของผู้บังคับบัญชาไว้ 2 ประเภท ได้แก่ 1. ผู้บัญชาการทหาร (Military Commander) หรือบุคคลที่ทำหน้าที่อย่างผู้บัญชาการทหาร และ 2. ผู้บังคับบัญชาอื่นใดที่การกระทำความผิดเกิดจากกิจกรรมภายใต้อำนาจหน้าที่ และการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของผู้บังคับบัญชานั้น

ในขณะที่การกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 12 คล้ายคลึงกับมาตรา 33 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยบัญญัติว่า

“ข้อเท็จจริงที่ว่า ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้กระทำโดยบุคคลที่ปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชา ไม่ว่าจะฝ่ายทหารหรือพลเรือน ไม่เป็นผลให้บุคคลนั้นพ้นจากความรับผิดชอบอาญา เว้นแต่ว่ามีองค์ประกอบดังต่อไปนี้เกิดขึ้น

(เอ) บุคคลนั้นมีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องเชื่อฟังคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาดังกล่าว

(บี) บุคคลนั้นไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ

(ซี) คำสั่งนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เพื่อความมุ่งประสงค์ของมาตรานี้ คำสั่งให้กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติอื่น ๆ เป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง”

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานในหมวดที่ 6 ได้แก่ การเยียวยาผู้เสียหายตามมาตรา 14 และการกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 13 เช่น การพิจารณาคดีแบบลับ

(f) "Effective command and control" or "effective authority and control" means having the material ability to prevent and punish the commission of offenses by subordinates”.

⁶⁷ Section 3 Republic Act No. 9851

“For purposes of this Act, the term

...

(r) " Superior" means

(1) a military commander or a person effectively acting as a military commander; or

(2) any other superior, in as much as the crimes arose from activities within the effective authority and control of that superior”.

หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาบางส่วนผ่านกล้อง หรือยินยอมให้เสนอพยานหลักฐานโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการพิเศษอื่นใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของผู้ถูกระทำความรุนแรงทางเพศ และผู้ถูกระทำที่เป็นเด็ก เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 13 นี้ คล้ายคลึงกับมาตรา 68 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ตามพระราชบัญญัตินี้ยังให้อำนาจศาลในการใช้กฎหมายระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารเลือกรับเกี่ยวกับเด็กในระหว่างการขัดกันทางอาวุธ กฎเกณฑ์และหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ เอกสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งเกี่ยวข้องและสามารถนำมาใช้ได้ สนธิสัญญาระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องและอนุสัญญาที่ฟิลิปปินส์เป็นภาคี คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง เป็นต้น เพื่อประโยชน์ในการใช้และการตีความพระราชบัญญัติในศาล

ในประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล มาตรา 17 ยอมรับหลักอำนาจลงโทษสากล โดยบัญญัติในอนุมาตรา (บี) ว่าให้รัฐมีเขตอำนาจเหนือผู้กระทำความผิดที่ปรากฏตัวในฟิลิปปินส์ ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีสัญชาติใดหรือมีถิ่นที่อยู่ใดก็ตาม นอกเหนือจากการยอมรับเรื่องเขตอำนาจตามหลักสัญชาติในกรณีผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายมีสัญชาติฟิลิปปินส์ แต่หากศาลหรือศาลระหว่างประเทศอื่นดำเนินการสอบสวนหรือดำเนินคดีกับความผิดดังกล่าวแล้ว ผู้มีอำนาจของฟิลิปปินส์ที่เกี่ยวข้องอาจงดเว้นการดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ แทนการมอบตัวหรือส่งตัวผู้ต้องสงสัยหรือผู้กระทำความผิดในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน ให้แก่ศาลระหว่างประเทศหรือแก่รัฐอื่น ตามกฎหมายหรือสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทั้งนี้ ฟิลิปปินส์เคารพหลักการไม่ดำเนินคดีซ้ำในการกระทำเดียวกัน (*ne bis in idem*) โดยมาตรา 17 วรรคท้าย กำหนดว่าจะไม่มีการดำเนินคดีทางอาญากับผู้ต้องสงสัยหรือผู้กระทำความผิด ซึ่งกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ในรัฐอื่น ถ้าหากเขาถูกพิจารณาตัดสินโดยศาลที่มีอำนาจนอกดินแดนฟิลิปปินส์ในการกระทำเดียวกัน และถูกพิพากษาว่าไม่มีความผิด หรือมีความผิดแต่ได้รับโทษตามคำพิพากษาแล้ว⁶⁸

⁶⁸ Section 17 Republic Act No. 9851

Jurisdiction

“The State shall exercise jurisdiction over persons, whether military or civilian, suspected or accused of a crime defined and penalized in this Act, regardless of where the crime is committed, provided, any one of the following conditions is met

- (a) The accused is a Filipino citizen;

3.1.5 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และมีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตั้งแต่การดำเนินคดีที่ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งเมืองนูเรมเบิร์กในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง การดำเนินคดีกับการล้างเผ่าพันธุ์ในวันดา รวมถึงการล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวียช่วงสงครามบอลข่าน แต่สหรัฐอเมริกาก็ใช้เวลาถึง 40 ปีในการตัดสินใจให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับดังกล่าว⁶⁹ ในขณะที่สถานะของสหรัฐอเมริกาในศาลอาญาระหว่างประเทศ ยังคงเป็นเพียงรัฐลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ⁷⁰

(b) The accused, regardless of citizenship or residence, is present in the Philippines; or

(c) The accused has committed the said crime against a Filipino citizen.

In the interest of justice, the relevant Philippine authorities may dispense with the investigation or prosecution of a crime punishable under this Act if another court or international tribunal is already conducting the investigation or undertaking the prosecution of such crime. Instead, the authorities may surrender or extradite suspected or accused persons in the Philippines to the appropriate international court, if any, or to another State pursuant to the applicable extradition laws and treaties.

No criminal proceedings shall be initiated against foreign nationals suspected or accused of having committed the crimes defined and penalized in this Act if they have been tried by a competent court outside the Philippines in respect of the same offense and acquitted, or having been convicted, already served their sentence”.

⁶⁹ สหรัฐอเมริกาลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1948 และเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1988 โดยวิธีการให้สัตยาบัน

⁷⁰ สหรัฐอเมริกาลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2000 แต่ต่อมาเมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 รัฐบาลสหรัฐอเมริกาแจ้งมายังเลขาธิการสหประชาชาติ ดังนี้ “นี่คือการแจ้งให้ทราบเกี่ยวกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญา

สหรัฐอเมริกาประกาศใช้ พระราชบัญญัติอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 (Genocide Convention Implementation Act of 1948) หรือที่เรียกว่า The Proxmire Act ซึ่งเป็นการบัญญัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 โดยบทบัญญัติเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของสหรัฐอเมริกาอยู่ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (United States Code) ลักษณะ 18 ว่าด้วยอาชญากรรมและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Title 18 Crimes and Criminal Procedure) ส่วนที่ 1 ว่าด้วยอาชญากรรม (Part I Crimes) หมวด 50เอ ว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Chapter 50A Genocide) มาตรา 1091 ว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ บัญญัติว่า

“(เอ) ความผิดพื้นฐาน – ผู้ใดกระทำการดังต่อไปนี้โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของกลุ่ม เพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น และไม่ว่าการกระทำนั้นจะกระทำในยามสันติหรือยามสงคราม

- (1) ฆ่าสมาชิกกลุ่มดังกล่าว
- (2) ก่อให้เกิดการบาดเจ็บต่อร่างกายอย่างสาหัสของสมาชิกของกลุ่ม
- (3) ก่อให้เกิดความบกพร่องต่อความสามารถทางจิตใจแก่สมาชิกของกลุ่มอย่างถาวรจากการใช้ยา การทรมาน หรือการใช้เทคนิคอย่างเดียวกัน
- (4) กำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม หรือ
- (5) บังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น

ระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการรับรองเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1988 ว่า สหรัฐอเมริกาไม่มีเจตนาที่จะเข้าเป็นภาคีธรรมนูญฉบับดังกล่าว ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงไม่มีพันธกรณีทางกฎหมายจากการลงนามวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2000 สหรัฐอเมริการ้องขอว่าเจตนาของสหรัฐอเมริกาที่จะไม่เข้าเป็นภาคีดังที่แสดงในจดหมายฉบับนี้ ถูกแสดงในรายการสถานะเกี่ยวกับธรรมนูญฉบับนี้ของผู้รักษาสันติสัญญา” (“This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary’s status lists relating to this treaty.”)

ต้องระวางโทษตามที่กำหนดในอนุมาตรา (ปี)”⁷¹

บทบัญญัติมาตรานี้ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการกำหนดความเข้าใจ (Understanding) ในขณะที่สหรัฐอเมริกาให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ว่า “(2) คำว่า “อันตรายเป็นจิตใจ” ตามมาตรา 2 (ปี) หมายถึง การทำให้ความสามารถทางจิตใจบกพร่องอย่างถาวรจากการใช้ยา การทรมาน หรือการใช้เทคนิคอย่างเดียวกันนั้น”

ดังนั้น เมื่อสหรัฐอเมริกาออกกฎหมายบัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายภายในแล้ว สหรัฐอเมริกาก็ยึดหลักตามที่กำหนดความเข้าใจในขณะให้สัตยาบัน และยังคงยึดหลักดังกล่าวเรื่อยมา⁷²

Jordan J. Paust ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายของสหรัฐอเมริกา วิจารณ์นิยามคำว่า “ความบกพร่องอย่างถาวร” โดยเขาชี้ให้เห็นว่า มีความเป็นไปได้ที่ผู้กระทำความผิดก่อการร้ายหรืออาชญากรรมสงครามนาซีจะยกข้อต่อสู้ว่า ความกลัวอย่างรุนแรงหรือความวิตกกังวลที่เกิดขึ้นกับผู้ถูกกระทำนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นชั่วคราว และไม่มีเจตนาที่จะให้เกิดขึ้นอย่างถาวร⁷³

⁷¹ Section 1091 United States Code

“(a) Basic Offense.— Whoever, whether in time of peace or in time of war and with the specific intent to destroy, in whole or in substantial part, a national, ethnic, racial, or religious group as such—

(1) kills members of that group;

(2) causes serious bodily injury to members of that group;

(3) causes the permanent impairment of the mental faculties of members of the group through drugs, torture, or similar techniques;

(4) subjects the group to conditions of life that are intended to cause the physical destruction of the group in whole or in part;

(5) imposes measures intended to prevent births within the group; or

(6) transfers by force children of the group to another group;

shall be punished as provided in subsection (b)”.

⁷² William A. Schabas, *supra note 42*, p.184.

⁷³ Jordan J. Paust, “Congress and Genocide: They're not going to get away with it,” *Michigan Journal of International Law* 90, Volume 11, p.97 (1989)

นอกจากนี้ ยังบัญญัติเกี่ยวกับการยุยงให้กระทำความผิดตามมาตรา 1091 (ซี) ว่า “(บี) การยุยงให้กระทำความผิด – ผู้ใดยุยงโดยตรงและโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนให้ผู้อื่นกระทำความผิดตามอนุมาตรา (เอ) ต้องระวางโทษ...”⁷⁴

สำหรับการพยายามกระทำความผิดและการสมคบกระทำความผิด ปรากฏในอนุมาตรา (ดี) ว่า “(ดี) การพยายามและสมคบกระทำความผิด – ผู้ใดพยายามหรือสมคบกระทำความผิดตามมาตรา 1091 ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับกรณีความผิดสำเร็จ”⁷⁵

ต่อมา เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2007 สหรัฐอเมริกาประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 2007 (Genocide Accountability Act 2007) เพื่อแก้ไข The Proxmire Act ซึ่งเดิมกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนของสหรัฐอเมริกา หรือผู้กระทำความผิดมีสัญชาติของสหรัฐอเมริกา แต่การแก้ไขตามพระราชบัญญัติปี ค.ศ. 2007 นี้ ขยายขอบเขตของการดำเนินคดีการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ให้ครอบคลุมการดำเนินคดีตามหลักอำนาจลงโทษสากล โดยมาตรา 2 พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 2007 บัญญัติให้เพิ่มอนุมาตราเข้าไปในมาตรา 1091 ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา ดังนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 1091 (อี) ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา จึงปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจ ดังนี้

“(อี) เขตอำนาจ – สหรัฐอเมริกามีเขตอำนาจเหนือความผิดตามอนุมาตรา (เอ) (ซี) และ (ดี) ถ้า

- (1) ความผิดได้กระทำลงในดินแดนสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ
- (2) ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลดังต่อไปนี้ ไม่ว่าจะความผิดจะกระทำลง ณ ที่ใด

(เอ) มีสัญชาติของสหรัฐอเมริกา (ตามนิยามในมาตรา 101 ของพระราชบัญญัติการเข้าเมืองและสัญชาติ (8 U.S.C. 1101))

⁷⁴ Section 1091 United States Code

“(c) Incitement Offense.— Whoever directly and publicly incites another to violate subsection (a) shall be...”

⁷⁵ Section 1091 United States Code

“(d) Attempt and Conspiracy.— Any person who attempts or conspires to commit an offense under this section shall be punished in the same manner as a person who completes the offense”.

(บี) คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมา เพื่ออาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกาอย่างถาวรโดยถูกกฎหมาย (ตามนิยามในมาตรา 101 ของพระราชบัญญัติการเข้าเมืองและสัญชาติ (8 U.S.C. 1101))

(ซี) คนไร้รัฐที่อาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกา หรือ

(ดี) ปราบกฏตัวในสหรัฐอเมริกา^{76,77}

3.1.6 เอธิโอเปีย

เอธิโอเปียมีส่วนร่วมในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการลี้ภัยผ่านผู้มนุษย์ ค.ศ. 1948 และเป็นประเทศแรกที่ทำให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับดังกล่าวเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1949 แต่กลับไม่ได้เป็นภาคีหรือแม้แต่รัฐลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้งไม่มีข้อบ่งชี้ใดที่แสดงให้เห็นว่าเอธิโอเปียจะเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแต่อย่างใด ทั้งที่ก่อนหน้านี้เอธิโอเปียเคยแสดงเจตนาที่จะรองจนกว่าองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Elements of Crimes) และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน (Rules of Procedure and Evidence) เสร็จสมบูรณ์ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2000 จึงจะพิจารณา

⁷⁶ เดิมตามมาตรา 2 (ดี) (5) พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับการลี้ภัยผ่านผู้มนุษย์ ค.ศ. 2007 บัญญัติว่า “ภายหลังการกระทำตามที่กำหนดว่าเป็นความผิดเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดถูกนำมายังสหรัฐอเมริกา หรือถูกพบในสหรัฐอเมริกา แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเกิดขึ้นนอกดินแดนสหรัฐอเมริกาก็ตาม”

⁷⁷ Section 1091 United States Code

“(e) Jurisdiction — There is jurisdiction over the offenses described in subsections (a), (c), and (d) if—

(1) the offense is committed in whole or in part within the United States; or

(2) regardless of where the offense is committed, the alleged offender is—

(A) a national of the United States (as that term is defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. 1101));

(B) an alien lawfully admitted for permanent residence in the United States (as that term is defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. 1101));

(C) a stateless person whose habitual residence is in the United States; or

(D) present in the United States”.

เพื่อลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ⁷⁸ แต่จนถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่า เอธิโอเปียได้เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

เดิมเอธิโอเปียบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในมาตรา 281 ประมวลกฎหมายอาญาแห่งอาณาจักรเอธิโอเปีย (Penal Code of the Empire of Ethiopia) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อ ค.ศ. 1957 เป็นผลจากการดำเนินคดีกับอดีตผู้นำยุค Derg สำหรับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต่อศัตรูทางการเมืองในช่วงทศวรรษที่ 1990⁷⁹

คำนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามมาตรา 281 ประมวลกฎหมายอาญาแห่งอาณาจักรเอธิโอเปีย สอดคล้องกับคำนิยามตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 แต่เพิ่มการคุ้มครองกลุ่มทางการเมืองเข้าเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองด้วย โดยบัญญัติว่า

“ผู้ใดดำเนินการ สั่งการ หรือมีส่วนร่วมในการกระทำการ โดยมีเจตนาที่จะทำลายกลุ่มคนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางศาสนา หรือกลุ่มทางการเมือง ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และไม่ว่าจะเกิดในช่วงสงครามหรือช่วงสันติ

(เอ) การฆ่า การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีการใดก็ตาม หรือ

(บี) มาตรการโดยเจตนาป้องกันการขยายเผ่าพันธุ์ หรือการอยู่รอดต่อไปของสมาชิกของกลุ่มหรือบรรดาบุตรหลานของกลุ่ม หรือ

⁷⁸ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้รับความเห็นชอบเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 โดยการประชุมการทูตแห่งสหประชาชาติผู้มีอำนาจเต็มในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court) สอดคล้องกับมาตรา 125 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่เปิดให้ทุกรัฐลงนาม ณ กรุงโรม ที่สำนักงานใหญ่ขององค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (The Food and Agriculture Organization of the United Nations) เมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 หลังจากนั้นธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศยังคงเปิดให้ลงนาม ณ กระทรวงการต่างประเทศอิตาลีที่กรุงโรมจนถึงวันที่ 17 ตุลาคม ค.ศ. 1998 และจะยังคงเปิดให้ลงนามหลังจากวันที่ดังกล่าว ณ สำนักงานใหญ่ขององค์การสหประชาชาติที่นครนิวยอร์กจนถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2000

⁷⁹ William A. Schabas, *supra note 42*, p.161.

(ซี) การบังคับเคลื่อนย้ายหรือการกระจายประชากรหรือเด็ก หรือการกำหนดให้พวกเขาอยู่ภายใต้เงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่ความตายหรือการสูญหายของพวกเขา

ต้องระวางโทษจำคุกแบบเข้มงวดตั้งแต่ห้าปีถึงตลอดชีวิต และในกรณีก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรงอย่างมาก ผู้กระทำได้ต้องระวางโทษประหารชีวิต”⁸⁰

นอกจากนี้ ตามมาตรา 286 ประมวลกฎหมายอาญาแห่งอาณาจักรเอธิโอเปียยังบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการยุยง และการตระเตรียมการกระทำความผิดตามที่บัญญัติในมาตรา 281 ถึงมาตรา 285 ซึ่งรวมความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ด้วย

มาตรา 286 บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยมีวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิด ยินยอมหรือสนับสนุนการกระทำใด ๆ ที่บัญญัติในมาตราก่อน ๆ

(เอ) ยุยงบุคคลโดยการโฆษณา ด้วยตัวอักษรหรือวาจา ด้วยรูปภาพหรือหนังสือ หรือ

(บี) สมคบหรือวางแผนกับบุคคลอื่น กระตุ้นให้มีการก่อตัว หรือโดยตัวเขาเอง ก่อให้เกิดการรวมเป็นคณะหรือกลุ่มบุคคล การร่วมกับคณะหรือกลุ่มบุคคล การปฏิบัติตามแผนการ หรือเชื่อฟังคำสั่งของคณะหรือกลุ่มบุคคลนั้น

ต้องระวางโทษจำคุกแบบเข้มงวดไม่เกิน 5 ปี”⁸¹

⁸⁰ Article 281 The Empire of Ethiopia Penal Code

“Whosoever, with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial, religious or political group, organizes, orders or engages in, be it in time of war or in time of peace

(a) killings, bodily harm or serious injury to the physical or mental health of members of the group, in any way whatsoever; or

(b) measures to prevent the propagation or continued survival of its members or their progeny; or

(c) the compulsory movement or dispersion of peoples or children, or their placing under living conditions calculated to result in their death or disappearance,

is punishable with rigorous imprisonment from five years to life, or, in cases of exceptional gravity, with death”.

⁸¹ Article 286 The Empire of Ethiopia Penal Code

เมื่อวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1994 สำนักงานอัยการพิเศษได้ยื่นฟ้องต่อศาลสูงกลาง ในกรุงแอดดิสอาบาบา (Central High Court in Addis Ababa) เพื่อดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ระดับสูง และผู้บัญชาการทหารระดับสูง รวมถึงผู้มีอำนาจตัดสินใจและผู้ออกนโยบายในยุคของ Mengistu⁸² จำนวน 73 คน ในข้อหาล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามมาตรา 281 และกฎหมายระหว่างประเทศ⁸³ แต่มีเพียง 45 คนเท่านั้นที่ถูกจำคุก ส่วนอีก 28 คนหลบหนีหรือถูกเนรเทศ⁸⁴

“Whosoever, with the object of committing, permitting or supporting any of the acts provided for in the preceding articles

(a) publicly encourages them, by word or mouth, images or writings; or

(b) conspires towards or plans with another, urges the formation of, or himself forms a band or group, joins such a band or group, adheres to its schemes or obeys its instructions,

is punishable with rigorous imprisonment not exceeding five years”.

⁸² เมื่อปี ค.ศ. 1974 กลุ่มกองกำลัง Derg ยึดอำนาจจากจักรพรรดิ Haile Selassie I และได้ทำการจัดตั้งรัฐบาลในระบอบสังคมนิยม ต่อมา Mengistu Haile Mariam ขึ้นดำรงตำแหน่งหัวหน้าคณะรัฐบาลและเป็นประธานกลุ่มกองกำลัง Derg ในสมัยการบริหารประเทศของ Mengistu เอธิโอเปียถูกปกครองในแบบเผด็จการและใช้อำนาจจากอัยการศึก ระหว่างปี ค.ศ. 1977 ถึง ค.ศ. 1978 ผู้ต้องสงสัยในการก่อกบฏต่อ Derg จะถูกทรมานและสังหารอย่างโหดเหี้ยม ซึ่งเหตุการณ์ครั้งนั้นถูกเรียกว่า “แดงสยอง” (Red Terror) จากนั้นระหว่างปลายทศวรรษ 1970 และต้นทศวรรษ 1980 เอธิโอเปียก็เข้าสู่ระบอบคอมมิวนิสต์อย่างเป็นทางการ การล่มสลายของ Derg ในปี ค.ศ. 1989 มีสาเหตุจากการเกิดจลาจลและความอดอยากของประชาชน จนนำไปสู่การปฏิวัติโดย Trigrayan People’s Liberation Front หรือ TPLF ได้รวมกับกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อต่อต้านรัฐบาลอื่น ๆ จัดตั้งกลุ่ม Ethiopian Peoples’ Revolution Democratic Front หรือ EPRDF ทำการเคลื่อนไหวจนสามารถขับไล่ Mengistu ออกนอกประเทศได้สำเร็จเมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1991 ถือเป็นจุดสิ้นสุดของยุค Mengistu

⁸³ Human Rights Watch, “Ethiopia: Reckoning under the Law,” 6 Report on Human Rights Watch/Africa 1, p.20 (December 1994).

⁸⁴ *Ibid*, p.24.

ต่อมา เอธิโอเปียประกาศยกเลิกประมวลกฎหมายอาญาฉบับปี ค.ศ. 1957 และ บังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย (Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code)⁸⁵ แทน

ประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย บัญญัติ ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้ในมาตรา 269 ว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Genocide) ซึ่งอยู่ใน ภาค 2 ว่าด้วยภาคเฉพาะ (Part II Special Part) บรรพ 3 ว่าด้วยความผิดต่อรัฐ หรือต่อผลประโยชน์ ของรัฐ หรือต่อผลประโยชน์ทางระหว่างประเทศ (Book III Offences against the State or against National or International Interests) ลักษณะ 2 ว่าด้วยอาชญากรรมในการละเมิด กฎหมายระหว่างประเทศ (Title II Crimes in Violation of International Law) หมวด 1 ว่าด้วย ความผิดพื้นฐาน (Chapter I Fundamental Offences)

มาตรา 269 ประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตย เอธิโอเปีย บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการจัดการ สั่งการ หรือมีส่วนร่วมในการกระทำการ โดยมีเจตนาที่จะ ทำลายกลุ่มชาติ กลุ่มสัญชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มคนชาติ กลุ่มสีผิว กลุ่มทาง ศาสนา หรือกลุ่มทางการเมือง ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และไม่ว่าจะเกิดในช่วงสงครามหรือช่วงสันติ

(เอ) การฆ่า การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิก ของกลุ่ม ไม่ว่าจะโดยวิธีใด ๆ ก็ตาม หรือเป็นเหตุให้พวกเขาสูญหาย หรือ

(บี) มาตรการโดยเจตนาป้องกันการขยายเผ่าพันธุ์ หรือการอยู่รอดต่อไปของ สมาชิกของกลุ่มหรือบรรดาบุตรหลานของกลุ่ม หรือ

(ซี) การบังคับประชากรหรือเด็กให้ย้ายถิ่นฐานหรือแยกกันอยู่ หรือการ กำหนดให้พวกเขาอยู่ภายใต้เงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่ความตายหรือการสูญหาย

ต้องระวางโทษ...”⁸⁶

⁸⁵ ประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปียมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 2005

⁸⁶ Article 269 Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code
Genocide

“Whoever, in time of war or in time of peace, with intent to destroy, in whole or in part, a nation, nationality, ethnical, racial, national, colour, religious or political group, organizes, orders or engages in

บทบัญญัติมาตรา 269 คล้ายคลึงกับมาตรา 281 ประมวลกฎหมายอาญาแห่งอาณาจักรเอธิโอเปีย แต่ต่างจากความผิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศอื่นตามประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย เนื่องจากค่านิยมของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้อ้างถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เพราะขอบเขตของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามมาตรา 269 กว้างกว่าที่กำหนดในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และตามประมวลกฎหมายอาญาระบบเดิม โดยมาตรา 269 รวมเรื่อง “การสูญหาย” (Disappearance) ในมาตรา 269 (เอ) และ (บี) และเพิ่มความคุ้มครองกลุ่มบุคคลเพิ่มขึ้น เช่น กลุ่มทางการเมือง (Political Group) กลุ่มสีผิว (Colour Group) และยังแจกแจงกลุ่มคนที่เกี่ยวข้องกับชาติ (Nation) อย่างละเอียด ได้แก่ กลุ่มชาติ (Nation) กลุ่มสัญชาติ (Nationality Group) และกลุ่มคนชาติ (National Group) ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาระบบเดิมระบุเพียงกลุ่มคนชาติเหมือนอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948

สำหรับความผิดเกี่ยวกับการยั่วยุและการเตรียมการกระทำความผิด (Provocation and Preparation) อย่างเช่นในมาตรา 286 ประมวลกฎหมายอาญาแห่งอาณาจักรเอธิโอเปียเดิมนั้น ประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปียบัญญัติไว้ในมาตรา 274 ซึ่งคล้ายคลึงกับบทบัญญัติเดิมมาก

“ผู้ใดโดยมีวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิด ยินยอมหรือสนับสนุนการกระทำความผิดใด ๆ ที่บัญญัติในมาตราก่อน ๆ

(เอ) ยั่วยุหรือยุยงบุคคลโดยการโฆษณา ด้วยตัวอักษรหรือวาจา ด้วยรูปภาพหรือหนังสือ หรือ

(บี) สมคบหรือวางแผนกับบุคคลอื่น กระตุ้นให้มีการก่อตัวหรือโดยตัวเขาเอง ก่อให้เกิดการรวมเป็นคณะหรือกลุ่มบุคคล การร่วมกับคณะหรือกลุ่มบุคคล การปฏิบัติตามแผนการหรือเชื่อฟังคำสั่งของคณะหรือกลุ่มบุคคลนั้น

(a) killing, bodily harm or serious injury to the physical or mental health of members of the group, in any way whatsoever or causing them to disappear; or

(b) measures to prevent the propagation or continued survival of its members or their progeny; or

(c) the compulsory movement or dispersion of peoples or children or their placing under living conditions calculated to result in their death or disappearance, is punishable...”

ต้องระวางโทษ...”⁸⁷

ในประเด็นเรื่องหลักอำนาจลงโทษสากล ประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์ สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปียกำหนดไว้ 2 กรณี ได้แก่ ความผิดที่กระทำต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือความสงบเรียบร้อยสากลนอกดินแดนเอธิโอเปีย (Crimes Committed Outside Ethiopia Against International Law or Universal Order) และความผิดอื่นที่กระทำนอกดินแดนเอธิโอเปีย (Other Crimes Committed Outside Ethiopia)

มาตรา 17 ว่าด้วยความผิดที่กระทำต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือความสงบเรียบร้อยสากลนอกดินแดนเอธิโอเปีย บัญญัติว่า

“(1) บุคคลใดที่กระทำนอกดินแดนเอธิโอเปีย

(เอ) ความผิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรืออาชญากรรมระหว่างประเทศที่ระบุในกฎหมายเอธิโอเปีย หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เอธิโอเปียเป็นภาคี หรือ

(บี) ความผิดต่อสาธารณสุขหรือศีลธรรมตามมาตรา 525, 599, 635, 636, 640 หรือ 641 ของประมวลกฎหมายฉบับนี้

ต้องรับโทษในเอธิโอเปียตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายฉบับนี้ และอยู่ภายใต้เงื่อนไขทั่วไปตามที่กำหนดในบทบัญญัติต่อไปนี้ (มาตรา 19 และมาตรา 20 (2)) เว้นแต่คำพิพากษาถึงที่สุดมีขึ้นภายหลังรัฐอื่นกำลังดำเนินคดี

(2) บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบต่อบทบัญญัติมาตรา 14 และมาตรา 15 (2)”⁸⁸

⁸⁷ Article 274 Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code
Provocation and Preparation

“Whoever, with the object of committing, permitting or supporting any of the crimes provided for in the preceding Articles

(a) publicly provokes or encourages, by word of mouth, images or writings; or

(b) conspires towards or plans with another, urges the formation of, or himself forms a band or group, joins such a band or group, adheres to its schemes or obeys its instructions,

is punishable...”

⁸⁸ Article 17 Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code

Crimes Committed Outside Ethiopia against International Law or Universal Order

“(1) Any person who has committed outside Ethiopia

มาตรา 18 ว่าด้วยความผิดอื่นที่กระทำนอกดินแดนเอธิโอเปีย บัญญัติว่า

“(1) ประมวลกฎหมายฉบับนี้อาจบังคับใช้กับบุคคลใดที่กระทำความผิดอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดในบรรดามาตราก่อนหน้าที่เป็นการกระทำนอกดินแดนเอธิโอเปีย และผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีสัญชาติเอธิโอเปีย ถ้าหากความผิดนั้นยังไม่ถูกดำเนินคดีในศาลต่างประเทศ ถ้าหาก

(เอ) การกระทำที่ถูกพิจารณานั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่เกิดการกระทำความผิดและตามกฎหมายเอธิโอเปีย และ

(บี) มีน้ำหนักเพียงพอตามกฎหมายที่ใช้บังคับภายหลังในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

(2) ในกรณีความผิดทั้งหมดกระทำนอกเอธิโอเปียโดยคนสัญชาติอื่น ซึ่งไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ บุคคลดังกล่าวจะถูกดำเนินคดีและถูกพิจารณาเฉพาะความผิดที่สามารถถูกลงโทษประหารชีวิตหรือระวางโทษจำคุกอย่างเข้มงวดไม่น้อยกว่าสิบปีตามกฎหมายเอธิโอเปีย”⁸⁹

(a) a crime against international law or an international crime specified in Ethiopian legislation, or an international treaty or a convention to which Ethiopia has adhered; or

(b) a crime against public health or, morals specified in Articles 525, 599, 635, 636, 640 or 641 of this Code;

shall be liable to trial, in Ethiopia in accordance with the provisions of this Code and subject to the general conditions mentioned hereinafter (Arts. 19 and 20(2)) unless a final judgment has been given after being prosecuted in the foreign country.

(2) Nothing in this Article shall affect the provisions of Articles 14 and 15(2)”.

⁸⁹ Article 18 Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code

“(1) This Code shall also apply to any person who has committed a crime outside Ethiopia against an Ethiopian national or to any Ethiopian national who has committed outside Ethiopia a crime of another kind than those specified in the foregoing Articles, if the criminal was not tried in the foreign country for the crime, provided that

(a) the act to be tried is prohibited by the law of the State where it was committed and by Ethiopian law; and

3.2 บทบัญญัติกำหนดโทษ

3.2.1 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 ไม่ได้กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ แต่ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดบทลงโทษที่สามารถใช้บังคับได้ ดังนี้⁹⁰

1. โทษจำคุก ซึ่งโทษสูงสุดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ คือ โทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อพิจารณาจากความร้ายแรงของอาชญากรรม และพฤติการณ์เฉพาะของผู้ต้องคำพิพากษาว่ามีความผิด หรือโทษจำคุกตามจำนวนปีที่ระบุ ซึ่งต้องไม่เกินกว่า 30 ปี ตามมาตรา 77 (1) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

2. โทษปรับ ตามมาตรา 77 (2) (เอ) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

(b) it is of sufficient gravity under the latter law to justify extradition.

(2) In the case of all other crimes committed outside Ethiopia by a foreign national, the criminal shall, save as otherwise expressly provided, failing extradition, be prosecuted and tried only if the crime is punishable under Ethiopian law with death or with rigorous imprisonment for not less than ten years”.

⁹⁰ Article 77 Rome Statute of the International Criminal Court

Applicable penalties

“1. Subject to article 110, the Court may impose one of the following penalties on a person convicted of a crime referred to in article 5 of this Statute:

(a) Imprisonment for a specified number of years, which may not exceed a maximum of 30 years; or

(b) A term of life imprisonment when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.

2. In addition to imprisonment, the Court may order

(a) A fine under the criteria provided for in the Rules of Procedure and Evidence;

(b) A forfeiture of proceeds, property and assets derived directly or indirectly from that crime, without prejudice to the rights of bona fide third parties”.

3. การริบรายได้ หรือทรัพย์สินและสินทรัพย์ที่ได้มาจากการกระทำความผิดนั้น ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ตามมาตรา 77 (2) (บี) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมากกว่าหนึ่งกระทง ศาลอาญาระหว่างประเทศต้องอ่านคำพิพากษาลงโทษเฉพาะสำหรับความผิดแต่ละกระทง และคำพิพากษาลงโทษรวม ซึ่งระบุถึงระยะเวลาจำคุกทั้งหมด ระยะเวลาไม่ต้องไม่น้อยกว่าคำพิพากษาลงโทษกระทงเดียวซึ่งสูงสุดที่ได้อ่าน และต้องไม่เกินกว่า 30 ปี หรือคำพิพากษาลงโทษจำคุกตลอดชีวิตตามมาตรา 77 (1) (บี) ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 78 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ⁹¹

มีข้อสังเกตว่าธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศไม่กำหนดให้ บังคับใช้โทษประหารชีวิต เนื่องจากตามหลักสิทธิมนุษยชนได้รับรองสิทธิการมีชีวิต (Right to Life) ของบุคคลไว้ โดยถือว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และบุคคลอื่นไม่สามารถพรากหรือล่วงละเมิดไปได้ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 6 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)⁹² ถึงแม้ว่าตามกติกาฉบับดังกล่าวจะมีได้

⁹¹ Article 78 Rome Statute of the International Criminal Court
Determination of the sentence

“3. When a person has been convicted of more than one crime, the Court shall pronounce a sentence for each crime and a joint sentence specifying the total period of imprisonment. This period shall be no less than the highest individual sentence pronounced and shall not exceed 30 years imprisonment or a sentence of life imprisonment in conformity with article 77, paragraph 1 (b)”.

⁹² มาตรา 6 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง บัญญัติว่า

“1. มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด สิทธินี้ต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย บุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภอใจ

2. ในประเทศที่ยังมิได้ยกเลิกโทษประหารชีวิต การลงโทษประหารชีวิตอาจกระทำได้เฉพาะคดีอุกฉกรรจ์ที่สุดตามกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะที่กระทำความผิด และไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกติกานี้ และต่ออนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ การลงโทษเช่นว่านี้จะกระทำได้ก็แต่โดยคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลที่มีอำนาจ

3. ในกรณีที่การทำให้เสียชีวิตมีลักษณะเป็นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ย่อมเป็นที่เข้าใจว่ามาตรานี้มิได้ให้อำนาจรัฐภาคีใดแห่งกติกานี้ในอันที่จะเลี่ยงจากพันธกรณีใดที่มีตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ห้ามรัฐภาคีประหารชีวิตโดยเด็ดขาด เพียงแต่จะกำหนดโทษประหารชีวิตได้เฉพาะในคดีอุกฉกรรจ์ที่สุดของกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะกระทำความผิด และลงโทษได้เฉพาะกรณีศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วเท่านั้น แต่เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมีที่มาจากเหตุผลเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ซึ่งโดยสภาพของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนไม่อาจมีบทบัญญัติที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเองได้ แต่ตามบันทึกการประชุมพิจารณาร่างธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กล่าวถึงกรณีที่กฎหมายภายในจะกำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ว่าคงไม่ก่อให้เกิดปัญหาแต่อย่างใด เนื่องจากเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นเพียงเขตอำนาจเสริมเขตอำนาจศาลภายในรัฐเท่านั้น หากคดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลภายในแล้ว โทษที่ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดไว้จะไม่ส่งผลกระทบต่อเรื่องโทษตามกฎหมายภายในซึ่งเป็นนโยบายของรัฐ และการบังคับใช้โทษประหารชีวิตคงไม่ถึงขนาดเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแต่อย่างใด⁹³ อย่างไรก็ตาม การประหารชีวิตนั้นจะต้องไม่ถึงขนาดเป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เสียเอง

4. บุคคลใดต้องคำพิพากษาประหารชีวิต ย่อมมีสิทธิขอภัยโทษหรือลดหย่อนผ่อนโทษตามคำพิพากษา การนิรโทษกรรม การอภัยโทษ หรือการลดหย่อนผ่อนโทษตามคำพิพากษาประหารชีวิต อาจให้ได้ในทุกกรณี

5. บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำความผิดจะถูกพิพากษาประหารชีวิตมิได้ และจะดำเนินการประหารชีวิตสตรีขณะมีครรภ์มิได้

6. รัฐภาคีใดแห่งกติกานี้จะยกมาตรฐานขึ้นอ้างเพื่อประวิง หรือขัดขวางการยกเลิกโทษประหารชีวิตมิได้”

โปรดดู สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ม.ป.ป.), น.31-32.

⁹³ ไพลิน อภิตักขกุล, “ผลกระทบของศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีต่อวิธีพิจารณาคดีอาญาของไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.270-271.

แนวโน้มของการกำหนดโทษสำหรับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มี 2 แนวทาง คือ

แนวทางแรก คือ การกำหนดโทษประหารชีวิต ซึ่งมีปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิในการมีชีวิตของจำเลย เหตุผลสนับสนุนให้มีโทษประหารชีวิต คือ โทษประหารชีวิตสามารถยับยั้งความคิดร้ายของผู้กระทำได้มาก และในบางกรณีแสดงให้เห็นว่าการลงโทษอย่างอื่นไม่เหมาะสม ในขณะที่เหตุผลคัดค้านโทษประหารชีวิต คือ โทษประหารชีวิตเป็นโทษที่ไม่สามารถแก้ไขได้หากเกิดความผิดพลาดในการลงโทษประหารชีวิต เพราะบุคคลดังกล่าวที่ต้องโทษได้เสียชีวิตลงแล้ว เช่น การประหารชีวิตบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนในการกระทำความผิด

แนวทางที่สอง คือ การกำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิต เพื่อไม่ให้ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนอย่างเช่นกรณีการประหารชีวิต ซึ่งก็มีปัญหาเรื่องความเป็นธรรมต่อผู้เสียหายจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ อย่างไรก็ตาม ประเทศส่วนใหญ่ที่กำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิด มักกำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษสูงสุดที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด

จากกรณีศึกษาประเทศต่าง ๆ พบว่าโทษในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในกฎหมายของทุกรัฐจะกำหนดโทษขั้นสูงสุดเท่าที่จะกระทำได้ และอาจลงโทษประหารชีวิตได้ หากเป็นโทษสูงสุดตามกฎหมายภายในของรัฐ แม้ว่าตามหลักสิทธิมนุษยชนได้รับรองสิทธิการมีชีวิตของบุคคลไว้ แต่ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ไม่ได้ห้ามการลงโทษประหารชีวิตไว้อย่างเด็ดขาด เพียงแต่ต้องใช้ในความผิดที่ร้ายแรง เช่น ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และหากรัฐใดยังบังคับใช้โทษประหารชีวิตอยู่ แต่กลับไม่กำหนดโทษประหารชีวิตกับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว อาจจะทำให้เกิดความสับสนในการกำหนดโทษได้ เพราะโดยปกติแล้วรัฐมักกำหนดโทษประหารชีวิตในความผิดต่อชีวิต อย่างเช่นประเทศไทยที่กำหนดโทษประหารชีวิตในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น หากรัฐกำหนดโทษประหารชีวิตในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อบุคคลเพียงคนเดียว แต่กลับไม่กำหนดโทษประหารชีวิตในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งเป็นการกระทำต่อบุคคลจำนวนมาก ประชาชนโดยเฉพาะผู้เสียหายย่อมรู้สึกว่าได้ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ อันนำไปสู่การเกิดความคับแค้นใจและนำไปสู่ความรุนแรงอื่น ๆ ในรัฐได้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าบรรดารัฐต่าง ๆ จึงกำหนดโทษในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ขั้นสูงสุดเท่าที่รัฐนั้นจะกำหนดได้ แม้ว่าจะเป็นโทษประหารชีวิตก็ตาม ตัวอย่างประเทศที่กำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เช่น อินโดนีเซีย⁹⁴ สาธารณรัฐคองโก⁹⁵ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม รัวันดาเป็นประเทศ

⁹⁴ กฎหมายแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซียลำดับที่ 26 กำหนดโทษสูงสุดสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามมาตรา 8 คือ โทษประหารชีวิต ถึงแม้ว่าอินโดนีเซียจะเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองก็ตาม

หนึ่งที่เคยบังคับใช้โทษประหารชีวิต แต่ประกาศยกเลิกโทษประหารชีวิตเมื่อปี ค.ศ. 2007 และบังคับใช้โทษจำคุกตลอดชีวิตโดยไม่มีการอภัยโทษแทน เพราะวันดาต้องการให้บรรดารัฐต่าง ๆ ส่งตัวผู้กระทำความผิดล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เมื่อปี ค.ศ. 1994 กลับมาดำเนินคดีในวันดา เนื่องจากหลายรัฐในทวีปยุโรป อเมริกาเหนือ และแอฟริกาตะวันตก ปฏิเสธการส่งตัวผู้กระทำความผิดในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนกลับมายังวันดา เพราะเหตุที่วันดายังคงบังคับใช้โทษประหารชีวิตและการทรมาน โดยผู้รอดชีวิตจากเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์พอใจกับการตัดสินใจดังกล่าว และตั้งข้อสังเกตว่าแม้จะมีโทษประหารชีวิตในกฎหมายของรัฐก่อนเหตุการณ์ความรุนแรงเมื่อปี ค.ศ. 1994 แต่เหตุการณ์ดังกล่าวก็ยังคงเกิดขึ้น

วิธีการประหารชีวิตที่อินโดนีเซีย คือ การยิงเป้า ซึ่งนักโทษสามารถเลือกที่จะยืนหรือนั่งในขณะที่ถูกยิงได้ และอาจปิดตาโดยใช้ผ้าปิดตาหรือคลุมศีรษะไว้ เพฆฆฆฆฆผู้ทำหน้าที่ประหารมีจำนวน 12 คน โดย 3 คนจะถือปืนที่บรรจุกระสุนจริง ในขณะที่อีก 9 คนจะถือปืนที่ไม่มีกระสุน โดยเพฆฆฆฆฆจะยืนอยู่ห่างจากนักโทษ 5-10 เมตร หากภายหลังที่ยิงแล้วนักโทษยังไม่เสียชีวิต จะยิงครั้งสุดท้ายที่ศีรษะ โดยนักโทษจะทราบถึงการประหารชีวิตล่วงหน้าเพียง 72 ชั่วโมงก่อนการประหาร see Cornell Law School, “Indonesia,” Accessed April 17, 2015, <http://www.deathpenaltyworldwide.org>.

⁹⁵ สาธารณรัฐคองโกเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งห้ามการประหารชีวิตผู้กระทำความผิดที่อายุต่ำกว่า 18 ปี โดยคองโกใช้โทษจำคุก 10 ถึง 20 ปีแทนการประหารชีวิตผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายทั้งสองฉบับ

มาตรา 2 กฎหมายลำดับที่ 8-98 บัญญัติให้การกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องระวางโทษประหารชีวิต (Genocide is punishable by death)

ตามประมวลกฎหมายอาญาของโกกำหนดวิธีการประหารชีวิตไว้ 2 วิธี ได้แก่ การตัดศีรษะโดยเครื่องกิโยติน (Beheading by Guillotine) และการยิงเป้า (Shooting) แต่ผู้กระทำความผิดบางประเภทจะถูกยกเว้นโทษประหารชีวิต ได้แก่ บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะที่กระทำความผิด หญิงมีครรภ์และหญิงที่มีบุตรเล็ก บุคคลที่มีอาการป่วยทางจิต

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคองโกยังกำหนดโทษประหารชีวิตในความผิดบางประเภทไว้ แต่ในทางปฏิบัติอาจถือว่าคองโกยกเลิกโทษประหารชีวิตแล้ว เนื่องจากสาธารณรัฐคองโกไม่มีการประหารชีวิตบุคคลมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1982

นอกจากนี้ บรรดารัฐต่าง ๆ ยังลงโทษผู้กระทำความผิดและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทุกคน โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางการของบุคคลนั้น และไม่คำนึงว่าเป็นการกระทำตามคำสั่งของบุคคลใด เพราะคำสั่งให้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยชัดแจ้ง ผู้ที่กระทำตามคำสั่งจึงไม่อาจอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของตนได้ นอกจากนี้ รัฐส่วนใหญ่ยังกำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาทั้งที่เป็นทหารและพลเรือนไว้เป็นพิเศษ และหลายรัฐยังมีการเพิ่มโทษกรณีผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของรัฐ เช่น บราซิล

อีกประเด็นที่สำคัญ คือ การกำหนดเรื่องการเยียวยาบรรดาผู้เสียหาย กฎหมายอาญาทั่วไปจะไม่ได้คำนึงถึงประเด็นนี้ เพราะเห็นว่าผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องทางแพ่งได้อยู่แล้ว ดังนั้น หลายประเทศที่กำหนดความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และความผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเป็นความผิดตามกฎหมายภายใน นอกจากจะกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำ รวมถึงการริบทรัพย์สินของผู้กระทำแล้ว ยังกำหนดให้มีการเยียวยาผู้เสียหาย ซึ่งเงินที่จะนำมาใช้เยียวยาอาจเป็นเงินที่ได้จากการริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดนั่นเอง รวมทั้งการเยียวยาในลักษณะอื่น เช่น การรับฟังข้อเท็จจริงจากผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ตัวอย่างเช่น ในกรณีของรวันดาที่นำเอาระบบศาลชุมชนที่รู้จักกันในชื่อ ศาล Gacaca⁹⁶ ที่เคยใช้ในรวันดาช่วงก่อนตกเป็นอาณานิคมกลับมาใช้ภายหลังจากที่การดำเนินคดีโดยศาลภายในของรวันดาไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากศาลภายในสามารถพิจารณาคดีได้เพียงประมาณ 6,000 คดี จากทั้งหมดประมาณ 120,000 คดี เท่านั้น หากดำเนินคดีในศาลภายในตามปกติต่อไป นอกจากจำเลยอาจต้องรอการพิจารณาในเรือนจำหรือที่คุมขังเป็นระยะเวลานานแล้ว เศรษฐกิจของรวันดาก็อาจเกิดความเสียหาย เนื่องจากต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีและดูแลบรรดานักโทษในเรือนจำที่รอการพิจารณาคดีจำนวนมาก แต่เมื่อนำเอาระบบ

⁹⁶ คำว่า Gacaca สามารถแปลในความหมายอย่างแคบได้ว่า “ความยุติธรรมบนผืนหญ้า” (Justice in the grass) รวันดานำเอาระบบศาล Gacaca มาใช้เพื่อจุดประสงค์ในการสร้าง ความยุติธรรมในชุมชนโดยบุคคลที่ได้รับความเชื่อถือ ซึ่งชุมชนเป็นผู้เลือกมาทำหน้าที่พิจารณาคดีความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ยกเว้นความผิดเกี่ยวกับการวางแผนการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งระบบศาลชุมชนเช่นนี้สอดคล้องกับกระบวนการยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน (Transitional Justice) ที่ไม่ได้คำนึงถึงเฉพาะการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในศาลเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการเยียวยาผู้เสียหาย การค้นหาความจริงโดยคณะกรรมการค้นหาความจริง (Truth Commission) และการนิรโทษกรรม เพราะระบบศาล Gacaca ส่งเสริมการปรองดอง โดยการเป็นตัวกลางให้ผู้เสียหายทราบความจริงเกี่ยวกับความตายของสมาชิกครอบครัวและญาติของพวกเขา นอกจากนี้ ยังเป็นการให้โอกาสผู้กระทำความผิดในการสารภาพความผิดเพื่อแสดงความสำนึกผิดและขอการให้อภัยต่อหน้าชุมชน

ศาล Gacaca มาใช้แล้ว รวันดาสามารถดำเนินคดีได้มากกว่า 1,200,000 คดี จากศาลชุมชนจำนวน 12,000 ศาลทั่วประเทศ ก่อนที่ศาล Gacaca จะสิ้นสุดการทำงานเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 2012 ถือเป็นกระบวนการสร้างความปรองดองที่สำคัญและมีประสิทธิภาพอย่างยิ่งของรวันดา

นอกจากนี้ ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ส่วนใหญ่จะนำไปสู่การเปลี่ยนผ่าน เช่น การเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง หรือการเปลี่ยนแปลงผู้ปกครอง ซึ่งภายหลังการเปลี่ยนผ่านเหล่านี้ มักเกิดการเรียกร้องให้มีการนิรโทษกรรมบรรดาการกระทำที่เกิดก่อนหรือระหว่างการเปลี่ยนผ่านนั้น รัฐต่าง ๆ ที่กำหนดความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เห็นว่าความผิดฐานนี้ร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อในวงกว้าง จึงไม่อาจปล่อยให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากความรับผิดชอบของตนได้ ดังนั้น จึงกำหนดห้ามไม่ให้มีการนิรโทษกรรม อภัยโทษ การปล่อยตัวชั่วคราว หรือการปล่อยตัวโดยการทำทัณฑ์บนหรือคุมประพฤติแทน (Parole) เช่น ตามกฎหมายกัมพูชา รวมทั้งรัฐอาจกำหนดความเข้มงวดของการจำคุก และโทษจำคุกขั้นต่ำที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับ โดยไม่มีการลดโทษหรือปล่อยตัวผู้กระทำความผิดก่อนที่จะครบกำหนดระยะเวลา

อย่างไรก็ตาม ในทางกลับกันสิ่งที่บรรดารัฐต่าง ๆ พึงระวัง คือ การกลั่นแกล้งทางการเมือง เพราะความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่รัฐมักกำหนดโทษไว้สูง จึงอาจเกิดการกล่าวหาบุคคลว่าเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ โดยมีจุดประสงค์เพื่อกลั่นแกล้งทางการเมืองได้

3.2.2 เยอรมนี

การกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ มาตรา 6 กำหนดระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตเช่นกัน⁹⁷ แต่ในกรณีที่มีการกระทำนั้นก่อความเสียหายไม่รุนแรงมาก ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี

นอกจากนี้ ในกรณีความรับผิดของผู้บัญชาการทหารและผู้บังคับบัญชาพลเรือนที่ละเมิดหน้าที่ในการควบคุมดูแลตามมาตรา 13 หากเป็นการกระทำโดยเจตนา ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปีในกรณีกระทำโดยประมาท

⁹⁷ Section 6 Code of Crimes against International Law

“Whoever with the intent of destroying as such, in whole or in part, a national, racial, religious or ethnic group

....

shall be punished with imprisonment for life”.

(2) In less serious cases referred to under subsection (1), numbers 2 to 5, the punishment shall be imprisonment for not less than five years”.

ส่วนความรับผิดของผู้บัญชาการทหารและผู้บังคับบัญชาพลเรือนที่ดเว้นการรายงานอาชญากรรม ซึ่งเป็นหน้าที่ในการลงโทษนั้น ตามมาตรา 14 กำหนดให้ผู้บัญชาการทหารและผู้บังคับบัญชาพลเรือนต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าห้าปี หากรู้ถึงการที่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำความผิดภายหลังจากที่เกิดการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายนี้แล้ว แต่ไม่ดำเนินการสอบสวนหรือดำเนินคดีกับผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดนั้น

3.2.3 ฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 211-1 วรรคสอง บัญญัติว่า “การกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”⁹⁸ นอกจากนี้ ยังกำหนดโทษและมาตรการอื่น ๆ ในมาตรา 213-1 ถึงมาตรา 213-4 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

มาตรา 213-1 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติว่า

“บุคคลธรรมดากระทำความผิดตามลักษณะย่อนี้ต้องได้รับโทษดังต่อไปนี้ด้วย

1. การเสียสิทธิพลเมือง สิทธิทางแพ่ง และสิทธิในครอบครัวตามเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 131-26
2. การห้ามดำรงตำแหน่งราชการตามเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 131-27
3. การขับไล่ออกจากพื้นที่ ตามเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 131-31
4. การริบทรัพย์สินใด ๆ หรือทั้งหมดของบุคคลดังกล่าว”⁹⁹

⁹⁸ Article 211-1 French Penal Code

“Genocide occurs where, in the enforcement of a concerted plan aimed at the partial or total destruction of a national, ethnic, racial or religious group, or of a group determined by any other arbitrary criterion, one of the following actions are committed or caused to be committed against members of that group

....

Genocide is punished by criminal imprisonment for life”.

⁹⁹ Article 213-1 French Penal Code

“Natural persons convicted of the offences set out under the present Subtitle also incur the following penalties

1. forfeiture of civic, civil and family rights, pursuant to the conditions set out under article 131-26;

หากผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว อาจถูกเนรเทศออกจากดินแดนฝรั่งเศสได้ตามมาตรา 213-2 ซึ่งอาจเป็นการเนรเทศแบบถาวร หรือมีกำหนดระยะเวลาสูงสุดสิบปี¹⁰⁰

นอกจากนี้ ผู้กระทำหรือผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอุกฤษฏ์โทษ (Felony) ในบทบัญญัติลักษณะนี้ไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ เพียงเพราะว่าบุคคลดังกล่าวกระทำการตามที่กำหนด หรือได้รับอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎระเบียบ หรือการกระทำได้รับคำสั่งจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลอาจคำนึงถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวในการพิจารณาถึงลักษณะและขอบเขตของคำพิพากษา ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 213-4¹⁰¹

ตามมาตรา 211-1 วรรคท้าย บัญญัติให้นำสองวรรคแรกของมาตรา 132-23 มาปรับใช้กับมาตรา 211-1 ด้วย ซึ่งตามมาตรา 132-23 บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาปลอดภัย (The Safety Period)¹⁰² ว่า ในกรณีศาลลงโทษจำกักเสรีภาพให้อยู่ในสถานที่ควบคุม (Custodial

2. prohibition to hold public office, pursuant to the conditions set out under article 131 -27;

3. area banishment, pursuant to the conditions set out under Article 131-31;

4. confiscation of any or all of their assets”.

¹⁰⁰ Article 213-2 French Penal Code

“Any alien convicted of any of the offences under the present title may be banished from French territory either permanently or for a maximum period of ten years, pursuant to the conditions set out under article 131-10”.

¹⁰¹ Article 213-4 French Penal Code

“The perpetrator or the accomplice to a felony under the present title is not exonerated from his responsibility on the sole basis that he performed an act prescribed or authorised by statutory or regulatory provisions, or an act ordered by legitimate authority. A court shall take this circumstance into account when deciding the nature and extent of the extent of the sentence”.

¹⁰² Article 132-23 French Penal Code

“In the case of an immediate custodial sentence for a term of ten years or more imposed for offences specifically set out by statute, the convicted person is not entitled to benefit from provisions governing the suspension or division of the

Sentence) เป็นระยะเวลาตั้งแต่สิบปีขึ้นไป สำหรับการกระทำความผิดโดยเฉพาะที่กำหนดไว้เป็นพิเศษในบทบัญญัตินี้ จำเลยไม่มีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับโทษหรือการแบ่งโทษ การกำหนดให้ไม่ต้องจำคุก การลาพักชั่วคราว การกึ่งควบคุม หรือการพักการลงโทษในระหว่างระยะเวลาปลอดภัย โดยระยะเวลาปลอดภัย คือ ครึ่งหนึ่งของโทษที่จำกัดเสรีภาพให้อยู่ในสถานที่ควบคุม หรือในกรณีของโทษจำคุกตลอดชีวิต คือ จำคุกสิบแปดปี แต่อย่างไรก็ตาม ศาลอาจขยายหรือย่นระยะเวลาเหล่านั้นได้ โดยศาลอาจขยายระยะเวลาดังกล่าวอีกสองในสามของโทษจำคุกตามคำพิพากษา หรืออีกยี่สิบสองปีในกรณีของการลงโทษจำคุกตลอดชีวิต

3.2.4 ฟิลิปินส์

ตามมาตรา 5 วรรคท้าย พระราชบัญญัติแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ว่าด้วยอาชญากรรมอันละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติประการอื่น กำหนดว่าผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ต้องระวางโทษตามมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว¹⁰³ ซึ่งกำหนดโทษของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แบบ

penalty, posting to a non-custodial assignment, temporary leave, semi-detention or parole, during the safety period.

The safety period is half that of the custodial sentence or, in case of criminal imprisonment for life, eighteen years. The Cour d'assises or trial court may nevertheless by a special decision either extend this period up to two-thirds of the prison sentence or up to twenty-two years in the case of imprisonment for life, or may decide to reduce these periods”.

¹⁰³ Section 7 Republic Act No. 9851

Penalties

“Any person found guilty of committing any of the acts provided under Sections 4, 5 and 6 of this Act shall suffer the penalty of *reclusion temporal* in its medium to maximum period and a fine ranging from One hundred thousand pesos (Php 100,000.00) to Five hundred thousand pesos (Php 500,000.00).

When justified by the extreme gravity of the crime, especially where the commission of any of the crimes specified herein results in death or serious physical injury, or constitutes rape, and considering the individual circumstances of the accused, the penalty of *reclusion perpetua* and a fine ranging from Five hundred

Reclusion Temporal และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนเปโซถึงห้าแสนเปโซ นอกจากนี้ หากเป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่ก่อให้เกิดความตายหรืออันตรายแก่ร่างกายอย่างสาหัส หรือการข่มขืนโดยใช้กำลังประทุษร้าย และเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์เฉพาะราย ผู้กระทำจะต้องรับโทษแบบ *Reclusion Temporal* โดยต้องกำหนดระยะเวลาตั้งแต่ระดับกลางถึงระดับสูงสุดของโทษเท่าที่กำหนดได้ และปรับตั้งแต่ห้าแสนเปโซถึงหนึ่งล้านเปโซ

โทษแบบ *Reclusion Temporal* คือ โทษตั้งแต่ 12 ปี 1 วัน ถึง 20 ปี¹⁰⁴ โดยระดับกลางของโทษ คือ โทษตั้งแต่ 14 ปี 8 เดือน 1 วัน ถึง 17 ปี 4 เดือน และโทษในระดับสูงสุด คือ โทษตั้งแต่ 17 ปี 4 เดือน 1 วัน ถึง 20 ปี¹⁰⁵

สำหรับความผิดฐานยุยงผู้อื่นให้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตาม มาตรา 5 (บี) ต้องระวางโทษแบบ *Prision Mayor* โดยต้องกำหนดระยะเวลาระดับต่ำสุด และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นเปโซถึงสองหมื่นเปโซ

โทษแบบ *Prision Mayor* คือ โทษตั้งแต่ 6 ปี 1 วัน ถึง 12 ปี¹⁰⁶ โดยระดับต่ำสุดของโทษ คือ โทษตั้งแต่ 6 ปี 1 วัน ถึง 8 ปี¹⁰⁷

thousand pesos (Php 500,000.00) to One million pesos (Php 1,000,000.00) shall be imposed.

Any person found guilty of inciting others to commit genocide referred to in Section 5(b) of this Act shall suffer the penalty of *prision mayor* in its minimum period and a fine ranging from Ten thousand pesos (Php 10,000.00) to Twenty thousand pesos (Php 20,000.00).

In addition, the court shall order the forfeiture of proceeds, property and assets derived, directly or indirectly, from that crime, without prejudice to the rights of bona fide third (3rd) parties. The court shall also impose the corresponding accessory penalties under the Revised Penal Code, especially where the offender is a public officer”.

¹⁰⁴ Article 27 Paragraph 2 The Revised Penal Code

“Reclusion temporal. — The penalty of reclusion temporal shall be from twelve years and one day to twenty years”.

¹⁰⁵ See Article 76 The Revised Penal Code

¹⁰⁶ Article 27 Paragraph 3 The Revised Penal Code

นอกจากนี้ มาตรา 7 วรรคท้าย ยังกำหนดให้ศาลสามารถสั่งริบทรัพย์สินและ
 สินทรัพย์ที่ได้มาจากการกระทำความผิดทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ทั้งนี้ ไม่กระทบต่อบุคคลที่สามที่
 สุจริต และศาลยังสามารถกำหนดโทษเสริม (Accessory Penalties) ตามประมวลกฎหมายอาญา
 ฉบับแก้ไขที่สอดคล้องกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

โทษเสริมของโทษแบบ *Reclusion Temporal* ได้แก่ คำสั่งห้ามทางแพ่ง (Civil
 Interdiction)¹⁰⁸ ซึ่งบังคับใช้ตลอดชีวิตหรือระหว่างที่รับโทษ และการตัดสิทธิเด็ดขาดอย่างถาวรซึ่ง
 ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดยังคงต้องได้รับผลร้ายนั้น ถึงแม้ว่าจะมีการอภัยโทษโทษหลักแล้ว เว้นแต่สิ่ง
 นั้นถูกอภัยโทษไว้อย่างชัดเจน¹⁰⁹

โทษเสริมของโทษแบบ *Prision Mayor* ได้แก่ การตัดสิทธิเด็ดขาดเป็นการ
 ชั่วคราว และการตัดสิทธิพิเศษอย่างถาวร ซึ่งส่งผลให้ผู้กระทำความผิดยังคงต้องได้รับผลร้ายนั้น
 ถึงแม้ว่าจะมีการอภัยโทษโทษหลักแล้ว เว้นแต่สิ่งนั้นถูกอภัยโทษไว้อย่างชัดเจน¹¹⁰

“Prision mayor and temporary disqualification. — The duration of the penalties
 of prision mayor and temporary disqualification shall be from six years and one day to
 twelve years, except when the penalty of disqualification is imposed as an accessory
 penalty, in which case its duration shall be that of the principal penalty”.

¹⁰⁷ See Article 76 The Revised Penal Code

¹⁰⁸ คำสั่งทางแพ่ง คือ การลงโทษเสริมที่มีผลเป็นการพรากสิทธิของอำนาจปกครองหรือ
 ผู้ปกครอง ทั้งต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อยู่ในปกครอง หรือของอำนาจคู่สมรส ของสิทธิในการจัดการ
 ทรัพย์สินของตน และของสิทธิในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวโดยการกระทำใด ๆ หรือการ
 โอนกรรมสิทธิ์ในระหว่างมีชีวิตอยู่ see Article 34 The Revised Penal Code

¹⁰⁹ Article 41 The Revised Penal Code

“Reclusion perpetua and reclusion temporal; Their accessory penalties. —
 The penalties of reclusion perpetua and reclusion temporal shall carry with them
 that of civil interdiction for life or during the period of the sentence as the case may
 be, and that of perpetual absolute disqualification which the offender shall suffer
 even though pardoned as to the principal penalty, unless the same shall have been
 expressly remitted in the pardon”.

¹¹⁰ Article 42 The Revised Penal Code

3.2.5 สหรัฐอเมริกา

มาตรา 1091 (บี) ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา¹¹¹ กำหนดโทษของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในกรณีความผิดพื้นฐาน โดยแบ่งโทษออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีที่หนึ่ง ในกรณีความผิดตามอนุมาตรา (เอ) (1) ที่ก่อให้เกิดความตาย ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต ปรับไม่เกินหนึ่งล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา หรือทั้งจำและปรับ

กรณีที่สอง ในกรณีอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา หรือจำคุกไม่เกินสี่สิบปี หรือทั้งจำและปรับ

ในกรณีการพยายามและการสมคบกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามมาตรา 1091 (ดี) ซึ่งต้องระวางโทษเช่นเดียวกับกรณีความผิดสำเร็จ

ส่วนการยุยงให้ผู้อื่นกระทำความผิด ตามมาตรา 1091 (ซี) กำหนดว่าต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนดอลลาร์สหรัฐอเมริกา หรือจำคุกไม่เกินห้าปี หรือทั้งจำทั้งปรับ¹¹²

“Prision mayor; Its accessory penalties. — The penalty of prision mayor, shall carry with it that of temporary absolute disqualification and that of perpetual special disqualification from the right of suffrage which the offender shall suffer although pardoned as to the principal penalty, unless the same shall have been expressly remitted in the pardon”.

¹¹¹ Section 1091 United States Code

Genocide

“(b) Punishment for Basic Offense.— The punishment for an offense under subsection (a) is—

(1) in the case of an offense under subsection (a) (1), where death results, by death or imprisonment for life and a fine of not more than \$1,000,000, or both; and

(2) a fine of not more than \$1,000,000 or imprisonment for not more than twenty years, or both, in any other case”.

¹¹² Section 1091 United States Code

“(c) Incitement Offense.— Whoever directly and publicly incites another to violate subsection (a) shall be fined not more than \$500,000 or imprisoned not more than five years, or both”.

3.2.6 เอธิโอเปีย

ประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย มาตรา 269 กำหนดโทษในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ จำคุกแบบเข้มงวดตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบห้าปี และหากเกิดความเสียหายที่รุนแรงยิ่งขึ้น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต ซึ่งต่างจากมาตรา 281 ประมวลกฎหมายอาญาแห่งอาณาจักรเอธิโอเปีย ที่กำหนดโทษขั้นสูงในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ จำคุกตลอดชีวิต และในกรณีก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรงอย่างมาก ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต¹¹³

สำหรับความผิดเกี่ยวกับการยุยงและการเตรียมกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามมาตรา 274 ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกแบบเข้มงวดไม่น้อยกว่าห้าปี¹¹⁴

ตามมาตรา 107 ประมวลกฎหมายอาญาแห่งอาณาจักรเอธิโอเปีย และมาตรา 108 ประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย¹¹⁵ ต่างกำหนดไว้เหมือนกัน

¹¹³ Article 269 Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code
Genocide

“Whoever, in time of war or in time of peace, with intent to destroy, in whole or in part, a nation, nationality, ethnical, racial, national, colour, religious or political group, organizes, orders or engages in

...

is punishable with rigorous imprisonment from five years to twenty-five years, or, in more serious cases, with life imprisonment or death”.

¹¹⁴ Article 274 Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code
Provocation and Preparation

“Whoever, with the object of committing, permitting or supporting any of the crimes provided for in the preceding Articles

...

is punishable with rigorous imprisonment not exceeding five years”.

¹¹⁵ Article 108 Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code
Rigorous Imprisonment

“(1) Rigorous imprisonment is a sentence applicable only to crimes of a very grave nature committed by criminals who are particularly dangerous to society.

ว่าการลงโทษจำคุกแบบเข้มงวด (Rigorous Imprisonment) ใช้เฉพาะกรณีความผิดที่มีความร้ายแรงในตัวเอง ซึ่งผู้กระทำความผิดมีลักษณะเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อสังคม นอกจากนี้ โทษจำคุกแบบเข้มงวดนี้ใช้สำหรับการลงโทษและการฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยมีจุดประสงค์เพื่อคุมขังผู้กระทำความผิด และเพื่อคุ้มครองแก่สังคมเป็นพิเศษ

การลงโทษจำคุกแบบเข้มงวดนี้จะคุมขังในเรือนจำกลาง ซึ่งได้รับการมอบหมายให้ดำเนินการจำคุกแบบเข้มงวดนั้น และเงื่อนไขในการบังคับโทษจำคุกแบบเข้มงวดนี้มีความรุนแรงมากกว่าการลงโทษจำคุกทั่วไป (Simple Imprisonment)

โดยปกติระยะเวลาจำคุกแบบเข้มงวดจะมีระยะเวลาหนึ่งปีถึงยี่สิบปี แต่อาจมีบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติชัดเจนว่าบังคับใช้กับการจำคุกตลอดชีวิต

เดิมตามมาตรา 116 ประมวลกฎหมายอาญาแห่งอาณาจักรเอธิโอเปีย กำหนดวิธีการประหารชีวิตไว้ 2 วิธี ได้แก่ การแขวนคอ (Hanging) และในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกของกองทัพจะถูกประหารชีวิตด้วยการยิงเป้า (Shooting) แต่ต่อมาประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปียได้แก้ไขวิธีการประหารชีวิต โดยกำหนดว่าการประหารชีวิตจะไม่กระทำในที่สาธารณะโดยการแขวนคอหรือวิธีการอันไร้มนุษยธรรมอื่นใด ส่วนวิธีการประหารชีวิตจะเป็นเช่นไรนั้น เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจรับผิดชอบการบริหารงานเรือนจำส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคที่จะมีการประหารชีวิตนั้นเป็นผู้กำหนด อย่างไรก็ตาม การประหารชีวิตนั้นต้องกระทำการโดยปราศจากความโหดร้าย การทำให้พิการ หรือได้รับความทุกข์ทรมานทางร่างกายอื่นใด¹¹⁶

Besides providing for the punishment and for the rehabilitation of the criminal, this sentence is intended also to provide for a strict confinement of the criminal and for special protection to society.

Without prejudice to conditional release, the sentence of rigorous imprisonment is normally for a period of one to twenty-five years but where it is expressly so laid down by law it may be for life.

(2) The sentence of rigorous imprisonment shall be served in such prisons as are appointed for the purpose.

The conditions of enforcement of rigorous imprisonment are more severe than those of simple imprisonment”.

¹¹⁶ *Punishment of Death*

นอกจากนี้ โทษประหารชีวิตอาจถูกลดหรือยกเลิก โดยวิธีการอภัยโทษหรือการนิรโทษกรรม ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย มาตรา 229 และมาตรา 230¹¹⁷

ผู้กระทำความผิดบางประเภทจะถูกยกเว้นโทษประหารชีวิต ได้แก่ บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะที่กระทำความผิด¹¹⁸ หญิงมีครรภ์และหญิงที่มีบุตรเล็ก ซึ่งโทษประหารชีวิตจะถูกระงับในขณะที่ตั้งครรภ์ และภายหลังที่คลอดบุตรแล้ว หากบุตรอยู่รอดและมารดาต้องเลี้ยงดูบุตรนั้น ให้เปลี่ยนโทษประหารชีวิตเป็นโทษจำคุกแบบเข้มงวดตลอดชีวิตแทน¹¹⁹ และบุคคลที่มีอาการป่วย

General Principles

“(3) The sentence of death shall not be carried out in public by hanging or by any other inhuman means. The penalty shall be executed by a humane means within the precincts of the prison. The means of execution shall be determined by the executive body having authority over the Federal or Regional prison administration concerned

The execution of the sentence shall be carried out without any cruelties, mutilations or other physical suffering”.

¹¹⁷ Article 120 Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code

Commutation of Sentence of Death

“(2) A sentence of death may be commuted or remitted by way of pardon or amnesty in accordance with the provisions of this Code”.

¹¹⁸ เอธิโอเปียเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และกฎบัตรว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพของเด็กเช่นเดียวกับคองโก จึงห้ามการประหารชีวิตผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กเช่นกัน

¹¹⁹ Article 119 Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code

Cases Where Death Penalty May be Suspended

“Death sentence shall not be carried out on fully or partially irresponsible or seriously ill person or on a pregnant woman, while they continue to be in that State”.

Article 120 Federal Democratic Republic of Ethiopia Criminal Code

Commutation of Sentence of Death

ทางจิตหรือบุคคลปัญญาอ่อน (Mentally Retarded) ซึ่งได้รับยกเว้นโทษประหารชีวิต トラบเท่าที่เขายังคงอยู่ในสภาพดังกล่าว

3.3 บทบัญญัติกำหนดอายุความ

ถึงแม้ตามกฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศ กฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศแห่งดินแดนตะวันออกไกล และธรรมนูญศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งในอดีตประเทศยูโกสลาเวียและรวันดา จะไม่ได้กำหนดเรื่องอายุความเอาไว้ แต่ก็เป็นที่ยอมรับอย่างไม่มีข้อสงสัยว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่ตกอยู่ภายใต้อายุความ เพราะไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่กำหนดเกี่ยวกับอายุความไว้ ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่ธรรมนูญศาลเหล่านั้นจะต้องแสดงอย่างชัดแจ้งว่าการดำเนินคดีกับความผิดตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ถูกจำกัดโดยระยะเวลา

ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกลับกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงหลักการไม่บังคับใช้อายุความไว้อย่างชัดเจน แต่ถึงแม้จะไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว การดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศก็ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอายุความ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ห้ามรัฐบังคับใช้อายุความกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น หากรัฐใดเห็นสมควรที่จะกำหนดอายุความดำเนินคดีและอายุความลงโทษกับความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศแล้ว รัฐย่อมมีอำนาจบัญญัติเช่นนั้นได้

3.3.1 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ในระหว่างการร่างธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มีข้อถกเถียงว่าควรมีการจำกัดอายุความหรือไม่ โดยคำนึงเรื่องความสำคัญในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กับสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมแม้เวลาจะผ่านพ้นไปเนื่องจากพยานหลักฐานต่าง ๆ ย่อมลบลื่อนหายไปตามกาลเวลา อันส่งผลถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมด้วย ซึ่งสุดท้ายแล้ว ผู้ร่างเห็นว่าความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นความผิดตามบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้อายุความทั้งสิ้น

“(1) In the case of a woman with child and such child is born alive and the mother has to nurse such child, the death sentence may be commuted to rigorous imprisonment for life”.

ดังนั้น ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดหลักการไม่บังคับใช้บทบัญญัติเรื่องอายุความ (Non-Applicability of Statute of Limitations) ไว้ในมาตรา 29 ซึ่งหลักการนี้ถือว่า ความผิดในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอายุความ (Statute of Limitations) กล่าวคือ ไม่ให้ใช้บังคับเรื่องอายุความกับความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาล ได้แก่ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องกับกฎหมายของหลายประเทศที่มองว่าการไม่บังคับใช้อายุความกับอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นกฎหมายจารีตประเพณี เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศสในคดี *Barbie* ที่พิพากษาว่า ปัจจุบันการไม่บังคับใช้อายุความสำหรับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีไปแล้ว¹²⁰

3.3.2 เยอรมนี

มาตรา 5 ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไม่บังคับใช้อายุความกับการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงตามกฎหมายฉบับนี้¹²¹

นอกจากนี้ ตามมาตรา 79 (2) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี กำหนดให้การบังคับโทษจำคุกตลอดชีวิต ไม่มีอายุความล่วงเลยการลงโทษ¹²² ดังนั้น ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ซึ่งมีอัตราโทษประหารชีวิต จึงไม่มีอายุความล่วงเลยการลงโทษเช่นกัน

3.3.3 ฝรั่งเศส

ความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศสส่วนใหญ่อยู่ภายใต้อายุความ จึงไม่มีความผิดใดที่สามารถดำเนินคดีได้ภายหลังขาดอายุความ ต่างจากประเทศในระบบคอมมอนลอว์ที่โดยหลักแล้ว

¹²⁰ William A. Schabas, *An introduction to the International Criminal Court*, Third Edition, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p.234.

¹²¹ Section 5 Code of Crimes against International Law

Non-Applicability of Statute of Limitations

“The prosecution of serious criminal offences pursuant to this Act and the execution of sentences imposed on their account shall not be subject to any statute of limitations”.

¹²² Section 79 German Criminal Code

Limitation period

“(2) The enforcement of sentences of imprisonment for life is not subject to a statute of limitations”.

ไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เกี่ยวกับกำหนดเวลาฟ้องคดี เว้นแต่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับกำหนดระยะเวลา¹²³

ช้อยกเว้นเรื่องอายุความในฝรั่งเศสเพิ่งเป็นที่รู้จักกันในพระราชบัญญัติลำดับที่ 64-1326 ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1964 ซึ่งกำหนดไม่ให้บังคับใช้อายุความกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ดังนั้น ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจึงมีความสำคัญอย่างมากในฝรั่งเศส เพราะความผิดฐานอื่น เช่น อาชญากรรมสงคราม ล้วนมีข้อจำกัดเรื่องอายุความ

พระราชบัญญัติลำดับที่ 64-1326 ให้คำนิยามของ “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” ตามข้อมติสหประชาชาติ ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1946 ซึ่งอ้างคำนิยามของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่บัญญัติในกฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศ ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1945 และกำหนดว่า ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นไม่มีอายุความในการฟ้องคดี

นอกจากนี้ ตามมาตรา 213-5 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กำหนดให้ความผิดอุกฤษฏ์โทษที่บัญญัติอยู่ในลักษณะ 1 ทั้งหมด คือ ความผิดมาตรา 211-1 ถึงมาตรา 215-4 ซึ่งรวมถึงความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับอายุความ¹²⁴

3.3.4 ฟิลิปปินส์

มาตรา 11 พระราชบัญญัติแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ว่าด้วยอาชญากรรมอันละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ประการอื่น กำหนดหลักการไม่บังคับใช้อายุความกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติทั้งอายุความสำหรับการดำเนินคดี และอายุความสำหรับการบังคับโทษตามคำพิพากษา¹²⁵

¹²³ Catherine Elliott, *supra note 46*, p.130.

¹²⁴ Article 213-5 French Penal Code

“Criminal liability for the felonies set out under the present title is imprescriptible, as are the sentences imposed”.

¹²⁵ Section 11 Republic Act No. 9851

Non-prescription

“The crimes defined and penalized under this Act, their prosecution, and the execution of sentences imposed on their account, shall not be subject to any prescription”.

3.3.5 สหรัฐอเมริกา

ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา บัญญัติหลักเรื่องการไม่บังคับใช้เรื่องอายุความกับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้ในมาตรา 1091 (เอฟ)¹²⁶ โดยบทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติพิเศษนอกเหนือจากมาตรา 3281 ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา ซึ่งบัญญัติว่าการฟ้องคดีสำหรับทุกความผิดที่มีโทษประหารชีวิต สามารถฟ้องได้ตลอดเวลาโดยไม่มีอายุความ¹²⁷ เนื่องจากความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์บางลักษณะมีเพียงโทษจำคุกหรือปรับ ซึ่งไม่อยู่ในบังคับมาตรา 3281 บทบัญญัติมาตรา 1091 (เอฟ) จึงต้องบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

3.3.6 เอธิโอเปีย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย ภาค 1 ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights and Freedoms) มาตรา 28 ว่าด้วยอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity) บัญญัติเรื่องการไม่ใช้บทบัญญัติเรื่องอายุความกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งรวมถึงการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยบัญญัติว่า

“(1) ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล ซึ่งกระทำความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ถูกกำหนดโดยความตกลงทางระหว่างประเทศ ซึ่งเอธิโอเปียให้สัตยาบัน และโดยกฎหมายอื่นของเอธิโอเปีย เช่น การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ การสังหารอย่างรวบรัด การบังคับสูญหายหรือทรมาน ไม่ถูกจำกัดโดยบทบัญญัติว่าด้วยอายุความ ความผิดดังกล่าวไม่อาจถูกลดโทษจากการนิรโทษกรรมหรือการอภัยโทษโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรอื่นของรัฐ

¹²⁶ Section 1091 United States Code

“(f) Non applicability of Certain Limitations.— Notwithstanding section 3282, in the case of an offense under this section, an indictment may be found, or information instituted, at any time without limitation”.

¹²⁷ Section 3281 United States Code

Capital offenses

“An indictment for any offense punishable by death may be found at any time without limitation”.

(2) ในกรณีที่บุคคลถูกพิพากษาว่า มีความผิดตามอนุมาตรา (1) ของมาตรานี้ และถูกพิพากษาลงโทษประหารชีวิต ประมุขของรัฐอาจลดโทษเป็นจำคุกตลอดชีวิตได้ ทั้งนี้ ต้องไม่กระทบต่อบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ข้างต้น”¹²⁸

¹²⁸ Article 28 Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia
Crimes against Humanity

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

2. In the case of persons convicted of any crime stated in sub-Article 1 of this Article and sentenced with the death penalty, the Head of State may, without prejudice to the provisions here in above, commute the punishment to life imprisonment”.

บทที่ 4

ปัญหาการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามกฎหมายอาญาของไทย

4.1 ปัญหาเรื่องความเหมาะสมในการกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิด

ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เป็นภาคีทั้งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงไม่มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ แต่พันธกรณีในการป้องกันและลงโทษการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้เป็นเพียงพันธกรณีตามอนุสัญญาและตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังเป็นพันธกรณีที่ผูกพันทุกรัฐเป็นการทั่วไปในฐานะเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดอีกด้วย ดังนั้น พันธกรณีดังกล่าวจึงผูกพันประเทศไทยในฐานะรัฐหนึ่งเช่นกัน นอกจากนี้ พันธกรณีดังกล่าวไม่ได้มุ่งเพียงแค่การปราบปรามและลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เท่านั้น แต่ยังมีมุ่งถึงการป้องกันมิให้เกิดการล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นในอนาคตด้วย ดังนั้น แม้ว่าประเทศไทยจะไม่เคยเกิดเหตุการณ์ล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่ไม่ได้หมายความว่าเหตุการณ์เช่นนี้จะไม่มีโอกาสเกิดขึ้นกับประเทศไทยในอนาคต ดังเช่นประเทศอื่น ๆ ที่อยู่ในภูมิภาคเดียวกับประเทศไทย อย่างกัมพูชา อินโดนีเซีย และฟิลิปปินส์ ต่างก็เคยเกิดเหตุการณ์รุนแรงเช่นนี้ ซึ่งเป็นตัวอย่างที่ดีแก่ประเทศไทยในการหาทางป้องกันมิให้เกิดการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ขึ้นในประเทศ

นอกจากนี้ การกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายไทย ยังเป็นการปิดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในต่างประเทศ หลบหนีเข้ามาซ่อนตัวในประเทศไทย โดยอาศัยช่องว่างและข้อจำกัดของประเทศไทยที่ไม่มีกฎหมายภายในกำหนดความผิดไว้ ซึ่งส่งผลให้ประเทศไทยไม่สามารถลงโทษ หรือส่งตัวผู้กระทำความผิดไปลงโทษยังรัฐอื่นในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้

ถึงแม้ว่าในทางกฎหมายระหว่างประเทศ การที่ประเทศไทยเพียงแต่ลงนามรับรองธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศจะยังไม่มีพันธกรณีใด ๆ ตามธรรมนูญที่ผูกพันให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม จนกว่าประเทศไทยจะแสดงเจตจำนงเข้าเป็นภาคี นอกจากพันธกรณีอันเกิดจากความประพฤติของตน (Obligation of Conduct)¹ หรือพันธกรณีทางด้านศีลธรรมที่แสดงว่า

¹ ในช่วงเวลาก่อนที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ สนธิสัญญานั้นย่อมไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายแต่อย่างใดก็ตาม เนื่องจากการทำสนธิสัญญานั้นเป็นการกระทำของรัฐอย่างหนึ่ง ที่มุ่งประสงค์ต่อผลในทางกฎหมายให้สนธิสัญญามีผลผูกพัน แม้ว่าสนธิสัญญาจะยังไม่มีผลใช้บังคับก็ตาม แต่รัฐผู้ลงนาม

ประเทศไทยเห็นชอบและสนับสนุนหลักการของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และจะไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดขวางต่อการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าประเทศไทยนับเป็นประเทศแรก ๆ ที่ลงนามรับรองธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่จนถึงปัจจุบันไทยยังไม่มีท่าทีที่จะดำเนินการให้สัตยาบันอย่างจริงจัง นอกจากนี้ นับตั้งแต่ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยก็ยังประสบปัญหาอันเป็นอุปสรรคในการเข้าเป็นภาคีในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศหลายประการ ไม่ว่าจะป็นกรณีของพระราชอำนาจในการทำสงครามของพระมหากษัตริย์² กรณีความคุ้มกันของ

ในสนธิสัญญา ย่อมถูกผูกพันตามพันธกรณีอันเกิดจากความประพฤติดังตนได้ ดังเช่นที่มาตรา 18 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า

“รัฐจะต้องงดเว้นการกระทำใด ๆ ที่อาจมีผลทำให้วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาตกเป็นอันไร้ผล

(เอ) เมื่อรัฐนั้นได้ลงนามในสนธิสัญญาหรือได้แลกเปลี่ยนตราสารก่อตั้งสนธิสัญญาภายใต้เงื่อนไขแห่งการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบ ตราบเท่าที่รัฐนั้นยังมิได้แสดงเจตจำนงที่จะไม่เข้าเป็นภาคีสนธิสัญญา หรือ

(บี) เมื่อรัฐนั้นได้แสดงเจตจำนงเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาในระยะเวลาที่เป็นช่วงก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับ และภายใต้เงื่อนไขที่ว่าระยะเวลาก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับนั้นมิได้เลื่อนขยายให้ล่าช้าออกไป”

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า พันธกรณีที่เกิดจากความประพฤติดังเกิดขึ้นเมื่อรัฐได้ลงนามในสนธิสัญญา เนื่องจากการลงนามแสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของรัฐบางประการ ที่อย่างน้อยต้องเห็นชอบด้วยวัตถุประสงค์อันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้น มิเช่นนั้นคงไม่ลงนาม ดังนั้น รัฐจึงต้องไม่กระทำการใด อันเป็นการทำลายหรือขัดขวางวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา เพราะถึงแม้ว่าสนธิสัญญาจะยังไม่มีผลผูกพันรัฐ แต่พันธกรณีจากความประพฤติดังกล่าว อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐผู้ฝ่าฝืนได้ อย่างไรก็ตาม การกำหนดเนื้อหาของพันธกรณีที่เกิดจากความประพฤติดังกล่าว เนื่องจากพันธกรณีดังกล่าวเกิดจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งมีที่มาจากหลักสุจริต (*bona fide*) อันเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี ทำให้หาความแน่นอนเป็นรูปธรรมได้ยาก แต่ถึงกระนั้นพันธกรณีอันเกิดจากความประพฤติดังกล่าวของรัฐก็ยังคงมีอยู่

โปรดดู ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น.128-131.

² ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมา เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 223 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 189

พระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย³ ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดต่อไป และการทำ ความตกลงทวิภาคีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา ในการไม่ส่งมอบตัวคนชาติให้แก่ศาลอาญาระหว่าง ประเทศตามมาตรา 98 (2) เมื่อวันที่ 3 มิถุนายน พ.ศ. 2546⁴ เป็นต้น

ต่างกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศสงคราม เมื่อได้รับความเห็นชอบ ของรัฐสภา กรณีดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าพระมหากษัตริย์มิได้เป็นผู้บัญชาการในการทำสงครามอย่างแท้จริง หรือมิได้ลงมาปฏิบัติกรด้วยตนเองทางกายภาพในการสงคราม ซึ่งต่างจากกรณีของประธานาธิบดี สหรัฐอเมริกา ดังนั้น หากพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วจะพบว่า กรณีนี้ไม่มีความเกี่ยวข้องกับมาตรา 27 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่กำหนดให้มีการบังคับใช้ธรรมนูญนี้อย่างเท่าเทียม กัน ไม่ว่าจะดำรงตำแหน่งในฐานะประมุขของรัฐหรือไม่ก็ตาม ด้วยเหตุผลดังกล่าว พระมหากษัตริย์ของ ไทยจึงไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดฐาน อาชญากรรมสงครามด้วยพระองค์เอง เนื่องจากพระมหากษัตริย์มิได้เป็นผู้ใช้อำนาจในการทำสงคราม อย่างแท้จริง ซึ่งแตกต่างจากพระมหากษัตริย์ไทยในยุคโบราณที่ เป็นผู้บังคับบัญชากองทัพ และทรง บัญชาการรบด้วยพระองค์เอง

³ มาตรา 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งประกาศใช้ เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2557 บัญญัติว่า

“ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ให้บทบัญญัติของหมวด 2 พระมหากษัตริย์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติฉบับที่ 11/2557 ลงวันที่ 22 พฤษภาคม พุทธศักราช 2557 ยังคงใช้บังคับต่อไปเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญนี้และ ภายใต้บังคับมาตรา 43 วรรคหนึ่ง ที่ใดในบทบัญญัติดังกล่าวอ้างถึงรัฐสภาหรือประธานรัฐสภาให้ หมายถึงสภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญนี้แล้วแต่กรณี”

ซึ่งบทบัญญัติของหมวด 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติ เรื่องความคุ้มกันของพระมหากษัตริย์ไว้ในมาตรา 8 ว่า

“องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้

ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้”

⁴ การทำความตกลงทวิภาคีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน พ.ศ. 2546 ใน การไม่ส่งมอบตัวคนชาติของสหรัฐอเมริกาไม่ว่ากรณีใดให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ ตามมาตรา 98 (2) ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ พิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำของไทย นั้นขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญา เนื่องจากมาตรา 18 อนุสัญญากรุง

อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยจะบัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดแล้ว มีประเด็นสำคัญที่ต้องคำนึงถึง คือ การที่รัฐจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิด ต้องมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาที่ชัดเจน เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาของ “กฎหมายอาญาเพื่อ” (Overcriminalization) ตามมา เพราะถ้ารัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะบังคับใช้กฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายจะขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายประพฤตินิยมชอบ และแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการบังคับใช้กฎหมายที่มีได้มีการบังคับใช้มาเป็นเวลานานแล้ว ผู้ที่ถูกใช้บังคับกฎหมายนั้นก็รู้สึกต่อต้าน เพราะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บังคับกฎหมายกับชุมชนเสื่อมเสียไป⁵

ดังนั้น การจะพิจารณาว่าควรบัญญัติให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิดอาญาหรือไม่ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า ภารกิจของกฎหมายอาญาได้แก่เรื่องใดบ้าง ซึ่งในเรื่องนี้มีนักกฎหมายได้จำแนกภารกิจของกฎหมายอาญาออกเป็น 3 เรื่อง⁶ ได้แก่

1. ภารกิจในการคุ้มครองสังคม กล่าวคือ กฎหมายอาญามีภารกิจในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม เพื่อรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม
2. ภารกิจในการปราบปรามและป้องกันการกระทำความผิด กล่าวคือ เมื่อการกระทำความผิดใดเกิดขึ้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้กฎหมายอาญาเพื่อการปราบปรามการกระทำความผิดที่

เวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติอย่างชัดเจนว่า ห้ามมิให้รัฐใดที่ลงนามเพื่อยอมรับข้อตกลงใดก่อนให้สัตยาบัน กระทำการใดอันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา และเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของความตกลงระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา ที่มีเจตนารมณ์มิให้มีการส่งตัวคนชาติของสหรัฐไปสู่การพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วนั้น ก็เห็นได้ว่าขัดต่อเจตนารมณ์ของการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างชัดเจน โปรตดู เกรียงศักดิ์ แจ้สว่าง, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court) กับปัญหาในการเข้าเป็นภาคีของไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2558, <http://www.pub-law.net>.

⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินท์ติ้ง, 2551), น.7.

⁶ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น.58-63.

เกิดขึ้น และในการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดนั้นยังเป็นการกระทำเพื่อป้องกันมิให้การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นอีกในอนาคตด้วย

3. ภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและในการคุ้มครองคุณภาพของการกระทำ กล่าวคือ กฎหมายอาญาควรจำกัดตนเองอยู่กับการคุ้มครอง “คุณค่าพื้นฐาน” ของระเบียบสังคมเท่านั้น ไม่ควรขยายขอบเขตออกไปมากกว่านี้ แต่กฎหมายอาญาก็มิได้เกี่ยวข้องเฉพาะการคุ้มครองคุณค่าที่จำเป็น ซึ่งเป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์หรือที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เท่านั้น แต่เกี่ยวข้องกับคุณค่าและคุณภาพของการกระทำด้วย กล่าวคือ การกระทำที่เป็นความผิดอาญานั้น นอกจากจะเป็นกระทำที่ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ยังเป็นการกระทำของมนุษย์ที่เป็นการทำผิดหน้าที่ในขณะเดียวกันด้วย และอาจกล่าวได้ว่าการทำผิดหน้าที่นั้นเป็นผลงานที่ไม่มีคุณภาพและเป็นผลงานที่ไม่พึงเกิดขึ้น จึงเป็นภารกิจของกฎหมายอาญาที่ต้องคุ้มครองคุณภาพของการกระทำด้วย

นักทฤษฎีกฎหมายอีกท่านหนึ่งที่อธิบายเรื่องการกำหนดความผิดอาญาไว้อย่างน่าสนใจคือ Herbert L. Packer ซึ่งอธิบายว่า บุคคลควรถูกลงโทษทางอาญาด้วยเหตุผลเพียง 2 ประการ คือ เพื่อให้สมควรแก่ผู้ที่กระทำความผิดอย่างชั่วร้ายและเพื่อป้องกันอาชญากรรม เนื่องจากโทษทางอาญาเป็นโทษที่มีต้นทุนในการบังคับใช้ค่อนข้างสูง ไม่ว่าจะเป็นด้านงบประมาณ บุคลากร และระยะเวลาในการบังคับใช้ ดังนั้น โทษอาญาจึงควรใช้กับความผิดอาญาที่ร้ายแรงเท่านั้น นอกจากนี้ รัฐยังควรมีอำนาจบังคับประชาชนเท่าที่เขากระทำเท่านั้น ไม่ใช่บังคับตามที่รัฐต้องการ และการที่รัฐคำนึงถึงสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิดนั้น เป็นการป้องกันมิให้กฎหมายอาญาตกเป็นเครื่องมือของแนวคิดเรื่องการป้องกัน ซึ่งเป็นแนวคิดในเชิงอรรถประโยชน์นิยมอย่างไม่มีจำกัด ดังนั้น Packer เห็นว่าเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสม ได้แก่⁷

1. ในมุมมองของประชาชนส่วนใหญ่ การกระทำดังกล่าวดูเห็นได้อย่างชัดเจนว่ากระทบกระเทือนต่อสังคม และการกระทำดังกล่าวไม่ได้รับการให้อภัยจากภาคส่วนที่สำคัญของสังคม
2. หากกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ
3. การปราบปรามการกระทำดังกล่าว ไม่มีผลเป็นการยับยั้งการกระทำที่สังคมพึงปรารถนา

⁷ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, (California: Stanford University Press, 1968), p. 296.

4. หากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาค และเท่าเทียมกัน

5. การควบคุมการกระทำดังกล่าว ไม่ก่อให้เกิดการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญา อย่างเกินขีดความสามารถ ทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

6. ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสมสำหรับการกระทำผิดนั้น นอกจากการใช้ มาตรการทางอาญา

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวของ Packer สามารถนำมาใช้อธิบายการกระทำ ความผิดอาญาร้ายแรง เช่น ฆ่าผู้อื่น ชิงทรัพย์ เพราะความผิดเหล่านี้ผ่านหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ประการ แต่ หากความผิดที่เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมโดยแท้ (Moral Offenses) เช่น การมีชู้ รักร่วมเพศ ยังมี ประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ความผิดเหล่านี้ผ่านหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ประการของ Packer หรือไม่⁸

สำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นั้น หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในการกำหนด ความผิดอาญาที่เหมาะสมของ Packer อาจพิจารณาได้ดังนี้

1. การพิจารณาว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม หรือไม่นั้น เห็นว่า ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นความผิดร้ายแรงที่ ส่งผลกระทบต่อมนุษยชาติทุกคน (*hostis humani generis*) จึงเห็นได้ชัดว่าการกระทำดังกล่าวเป็น การกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมอย่างแน่นอน

นอกจากนี้ ยังสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ประการที่สามว่า การกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์เป็นการกระทำอาญา ย่อมไม่มีผลเป็นการยับยั้งการกระทำที่สังคมพึงปรารถนาอย่าง แน่นนอน เนื่องจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นสิ่งที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นเรื่องที่ไม่สมควรเกิดขึ้น ไม่ว่าในสังคมใด และการปราบปรามลงโทษการกระทำดังกล่าวยังไม่เป็นการลดการกระทำที่สังคม เห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงหรือยับยั้งการกระทำที่สังคมพึงปรารถนา แต่กลับเป็นการลดการกระทำที่ ไม่ถูกต้องและไม่สมควรให้น้อยลงเสียมากกว่า

2. การพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของ Packer ที่ว่า การกำหนดให้การกระทำใดเป็น ความผิดอาญาจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีหลาย ประการ เช่น การลงโทษเพื่อแก้แค้น (Retribution) การลงโทษเพื่อยับยั้ง (Deterrence) และการ ลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไข (Rehabilitation) แต่โดยหลักแล้ว การลงโทษการกระทำผิดใดต้อง เป็นไปเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำผิดเช่นนั้นขึ้นอีก หากการลงโทษในความผิดใดไม่ทำให้เกิดการ กระทำผิดดังกล่าวน้อยลง และไม่ทำให้บุคคลเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดนั้น หรือแม้แต่เป็นการ

⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น.5.

ส่งเสริมให้บุคคลกระทำความผิดดังกล่าวเพิ่มขึ้น การกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดย่อมไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ตัวอย่างเช่น การกำหนดความผิดเพื่อลงโทษบุคคลด้วยวัตถุประสงค์ทางการเมือง หรือการลงโทษผู้กระทำความผิดทางการเมือง ซึ่งบุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นการใช้อำนาจของผู้ปกครองอย่างเกินขอบเขต ย่อมทำให้เกิดการต่อต้านการลงโทษดังกล่าว และเป็นเหตุให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวเพิ่มขึ้น เพื่อแสดงให้เห็นถึงการต่อต้านการลงโทษเช่นนั้น เป็นต้น

ดังนั้น การพิจารณาว่าการกำหนดให้การล้าแก่พ้นรุ่มนุษย์เป็นความผิดอาญาชัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาว่าหากกำหนดให้การล้าแก่พ้นรุ่มนุษย์เป็นความผิดแล้วจะลดการเกิดการล้าแก่พ้นรุ่มนุษย์ลงหรือไม่ ซึ่งความผิดฐานล้าแก่พ้นรุ่มนุษย์ได้รับการยอมรับว่าเป็นการกระทำที่สมควรถูกลงโทษ ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรุ่มนุษย์จึงไม่เป็นการส่งเสริมให้เกิดการกระทำความผิดเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด และยังเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรุ่มนุษย์ไม่ให้เกิดขึ้นอีกด้วย เพราะฉะนั้นการลงโทษความผิดดังกล่าวจึงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษแล้ว

3. การพิจารณาว่าหากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันหรือไม่ ในประเด็นนี้ หากพิจารณาว่าหากไม่มีการกำหนดให้การล้าแก่พ้นรุ่มนุษย์เป็นความผิดแล้ว ย่อมเกิดการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เสมอภาคและเท่าเทียมกันหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าการล้าแก่พ้นรุ่มนุษย์อาจไม่ได้เกิดจากการฆ่าหรือทำร้ายร่างกาย เป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งเป็นความผิดร้ายแรงที่มีอัตราโทษสูง แต่อาจเป็นการกระทำความผิดลักษณะอื่นที่มีอัตราโทษเบากว่า เช่น การข่มขืน การพราก เป็นต้น เมื่อการกระทำที่เป็นการกระทำโดยมีเจตนาล้าแก่พ้นรุ่มนุษย์เหมือนกัน แต่เป็นการกระทำคนละลักษณะ หากประเทศไทยไม่มีการบัญญัติความผิดฐานล้าแก่พ้นรุ่มนุษย์ไว้โดยเฉพาะแล้ว ย่อมลงโทษได้เท่าที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ซึ่งโทษที่ผู้กระทำความผิดแต่ละคนจะได้รับย่อมแตกต่างกันไปตามที่กฎหมายบัญญัติ แม้จะเป็นการกระทำที่มีเจตนาร้ายแรงอย่างเดียวกันก็ตาม เนื่องจากกฎหมายไทยไม่ได้คำนึงถึงมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด⁹ จึงส่งผลให้เกิดความไม่เสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมายอย่างแน่นอน

⁹ แม้โดยปกติมูลเหตุจูงใจไม่มีความสำคัญในการวินิจฉัยความผิด แต่ก็อาจมีผลเกี่ยวกับความผิดอาญาในกรณีต่อไปนี้

1. เป็นองค์ประกอบความผิดในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ เป็นเจตนาพิเศษในการกระทำความผิด ซึ่งตามปกติกฎหมายอาญาคำนี้ถึงแต่เฉพาะเจตนาธรรมดา ดังที่ปรากฏในมาตรา 59 วรรคแรกและวรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา เท่านั้น ส่วนผู้กระทำจะได้กระทำ

4. การพิจารณาว่าหากกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดแล้ว จะทำให้เกิดการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณหรือไม่เกี่ยวกับประเด็นนี้ผู้เชี่ยวชาญเห็นว่า หากประเทศไทยกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิด และเกิดการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้นในประเทศไทย ถ้าประเทศไทยเกรงว่ากระบวนการยุติธรรมของไทยอาจไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะพิจารณาความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว ประเทศไทยอาจใช้ช่องทางการประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลตามมาตรา 12 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ¹⁰ แต่ทั้งนี้ปัญหาเรื่องความสามารถในการใช้กระบวนการยุติธรรมเป็นสิ่งที่สามารถพัฒนาได้ และไม่ควรรนำมาเป็นอุปสรรคต่อการป้องกันและปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

เพราะเหตุจูงใจหรือข้ออ้างอย่างไรไม่สำคัญในการพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ แต่มีความผิดบางฐานที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจให้กระทำตามที่บัญญัติไว้ด้วย จึงจะเป็นความผิด

2. เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น
3. เป็นข้อแก้ตัวยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ
4. เป็นเหตุลดโทษ
5. เห็นเหตุที่ควรพิจารณาในการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ

โปรดดู จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น.245-250.

¹⁰ Article 12 Rome Statute of the International Criminal Court

Preconditions to the exercise of jurisdiction

“1. A State which becomes a Party to this Statute thereby accepts the jurisdiction of the Court with respect to the crimes referred to in article 5.

2. In the case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction if one or more of the following States are Parties to this Statute or have accepted the jurisdiction of the Court in accordance with paragraph 3:

(a) The State on the territory of which the conduct in question occurred or, if the crime was committed on board a vessel or aircraft, the State of registration of that vessel or aircraft;

(b) The State of which the person accused of the crime is a national.

5. การพิจารณาว่ามีมาตรการอื่นที่เหมาะสมสำหรับการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นอกจากการใช้กฎหมายอาญาหรือไม่ เห็นว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นสิ่งที่ทุกคนต่างเห็นพ้องกันว่า เป็นความผิดและผู้กระทำสมควรถูกลงโทษ ถึงขนาดที่ประชาคมระหว่างประเทศเห็นสมควรให้มีการกำหนดให้เป็นความผิดตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ทั้งที่โดยปกติแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจะมุ่งเน้นที่ความรับผิดชอบของรัฐเป็นสำคัญ และบทลงโทษที่ใช้ก็เป็นเพียงมาตรการตอบโต้ระหว่างรัฐเท่านั้น แต่ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกลับกำหนดให้การกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล เพราะเห็นว่าไม่มีทางอื่นใดที่จะป้องกันและปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ดียิ่งกว่าการใช้มาตรการทางอาญา

นอกจากนี้ อาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรงเช่นความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ยังต่างจากความผิดอาญาธรรมดาโดยทั่วไป เพราะอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้เป็นความผิดที่เห็นพ้องกันว่าเป็นการกระทำที่โหดร้ายและสมควรที่จะถูกกำหนดให้เป็นความผิด ซึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศถือว่า ความผิดลักษณะนี้เป็นความผิดตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดซึ่งผูกพันทุกรัฐโดยรวม แม้ว่ารัฐนั้นจะอยู่ในฐานะรัฐที่ปฏิเสธการผูกพันตามหลักการนั้นมาโดยตลอดก็ตาม อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดนั้น จะส่งผลให้ความผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศกลายเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐโดยอัตโนมัติ เพราะหลักเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐส่งผลให้ทุกรัฐต่างมีเขตอำนาจในการบัญญัติกฎหมายภายในเขตแดนรัฐของตน ตามแต่ที่รัฐนั้นเห็นว่าเหมาะสมกับรัฐของตน ถึงแม้บางครั้งรัฐนั้นจะมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศนั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าพันธกรณีดังกล่าวจะเป็นบทบังคับให้รัฐต้องบัญญัติกฎหมายภายในของตนตามพันธกรณีนั้นเสมอไป เพราะกฎหมายระหว่างประเทศต่างจากกฎหมายภายในตรงที่กฎหมายระหว่างประเทศขาดสภาพบังคับต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี ดังนั้น แม้ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้จะมีสถานะเป็นบทกฎหมายบังคับ

3. If the acceptance of a State which is not a Party to this Statute is required under paragraph 2, that State may, by declaration lodged with the Registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question. The accepting State shall cooperate with the Court without any delay or exception in accordance with Part 9”.

เด็ดขาดที่ผู้กพันทุกรัฐ แต่การที่รัฐไม่บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด ถือเป็นอำนาจของรัฐ โดยแท้ จึงไม่อาจมีรัฐใดหรือองค์การระหว่างประเทศใดที่จะมีอำนาจลงโทษรัฐที่ไม่กระทำกรณัั้นได้

4.2 ปัญหาเรื่องการขาดบทบัญญัติความผิดฐานล้าแก่พันธุ่มนุษย์

การบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในรัฐเป็นอำนาจของรัฐนั้น ๆ ตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น เมื่อรัฐใดไม่บัญญัติให้อาชญากรรมระหว่างประเทศฐานใดเป็นความผิด รัฐนั้นย่อมไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดฐานนั้นภายในเขตแดนรัฐของตนได้ เพราะขัดกับหลักการสำคัญประการหนึ่ง อันถือเป็นเอกลักษณ์และเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญา (The Principle of Legality) หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า “หลักการไม่มี ความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)¹¹

แม้ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศหลายฐาน รวมทั้งความผิดฐานล้าแก่พันธุ่มนุษย์จะเป็นความผิดตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดก็ตาม แต่การลงโทษบุคคลโดยอ้างกฎหมายจารีตประเพณีขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญาดังที่จะได้กล่าวต่อไป

นอกจากนี้ การที่รัฐไม่มีบทบัญญัติความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยเฉพาะ ยังส่งผลให้รัฐไม่สามารถส่งผู้กระทำความผิดดังกล่าวให้แก่รัฐอื่นที่ร้องขอ เพื่อดำเนินคดีและลงโทษในความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้ เนื่องจากขัดต่อหลักความผิดสองรัฐ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ในส่วนบทบัญญัติความผิดฐานล้าแก่พันธุ่มนุษย์ก็เช่นกัน หากประเทศไทยไม่บัญญัติให้การล้าแก่พันธุ่มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายไทยโดยชัดแจ้งแล้ว ประเทศไทยย่อมไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานล้าแก่พันธุ่มนุษย์ สำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนประเทศไทย

¹¹ ผู้ที่ได้วางหลักดังกล่าวไว้เป็นคนแรก คือ Anselm von Feuerbach โดยวางหลักไว้ 3 ประการ คือ

1. การลงโทษต้องมีกฎหมาย (*nulla poena sine lege*)
 2. การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับกรณัของการกระทำ (*nulla poena sine crimine*)
 3. โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (*nullum crimen sine poena legali*)
- โปรดดู คณิต ธิ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.79.

และไม่สามารถส่งตัวผู้กระทำความผิดไปยังรัฐอื่นที่มีเขตอำนาจ เพื่อดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้อีกด้วย

สาเหตุที่ประเทศไทยเพิกเฉยต่อการบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าส่วนหนึ่งเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่เคยเกิดเหตุการณ์ทำลายกลุ่มบุคคลในลักษณะเดียวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ จึงเห็นว่าเป็นเรื่องห่างไกลและไม่จำเป็นที่จะต้องบัญญัติความผิดดังกล่าว โดยลี้มพิจารณาว่าพันธกรณีเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้มีเพียงการปราบปรามเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ในการป้องกันไม่ให้เกิดการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ขึ้นด้วย นอกจากนี้ แม้จะไม่เคยเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวในประเทศไทย และประเทศที่เกิดเหตุการณ์ในลักษณะการทำลายกลุ่มบุคคลในปัจจุบันมักเป็นประเทศที่อยู่ห่างไกลจากประเทศไทย แต่ประเทศไทยควรตระหนักว่าเหตุการณ์ร้ายแรงเช่นนี้เคยเกิดขึ้นในกัมพูชา ซึ่งเป็นประเทศเพื่อนบ้านที่มีชายแดนติดกับประเทศไทย

นอกจากนี้ ตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไปเห็นว่าบทบัญญัติความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ ของไทยที่มีอยู่ เพียงพอที่จะลงโทษการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว เพราะตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไป คำว่า Genocide หมายถึง “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ซึ่งศาลไทยสามารถลงโทษในความผิดฐานฆ่าตามมาตรา 288 หรือมาตรา 289 ประมวลกฎหมายอาญา ได้อยู่แล้ว แต่ลักษณะการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศประกอบด้วยกรกระทำ 5 ลักษณะ โดยการฆ่าเป็นเพียงการกระทำลักษณะเดียวของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เท่านั้น ซึ่งหากการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่เกิดขึ้นไม่ใช่การฆ่า แต่เป็นการกระทำอื่น เช่น การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม หรือการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น ซึ่งไม่มีบทกฎหมายไทยที่สามารถปรับใช้ได้โดยตรง หรือหากปรับใช้ได้ก็ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของการลงโทษความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดปัญหา ดังที่จะได้กล่าวโดยละเอียดในข้อนี้

4.2.1 ปัญหาเรื่องการขัดหลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญา

ถึงแม้จะยอมรับว่ากฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่กฎหมายอาญาระหว่างประเทศกลับกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดาอย่างเช่นกฎหมายอาญา ไม่ได้กำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของรัฐอย่างกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป จนมีผู้กล่าวว่ากฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมายลักษณะผสมระหว่างกฎหมายอาญาและกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ แม้รูปแบบของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศจะมีลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ จากการกำหนดความผิดผ่านทางบ่อเกิดของ

กฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปตามที่บัญญัติในมาตรา 38 (1) ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่โดยเนื้อหาแล้วมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาที่มุ่งลงโทษบุคคลซึ่งกระทำความผิดอาญา ระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้การกระทำซึ่งรวมถึงการไม่กระทำการใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ เมื่อเนื้อหาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาทั่วไป ดังนั้น หลักการต่าง ๆ ที่ใช้ในกฎหมายอาญาจึงถูกนำมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเช่นกัน

ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญากำหนดว่า บุคคลจะมีความรับผิดทางอาญาต่อเมื่อในขณะที่กระทำมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าประชาชนจะไม่ถูกลงโทษตามอำเภอใจ และสืบเนื่องจากหลักการดังกล่าว จึงเกิดการเรียกร้องให้การบัญญัติกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน ปราศจากความคลุมเครือ เพื่อที่ประชาชนจะสามารถทราบล่วงหน้าได้ว่า การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและจะได้รับโทษเพียงใด อันเป็นการเตือนล่วงหน้าอย่างเป็นธรรม (Fair Warning)¹²

หลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญาตามกฎหมายไทยปรากฏในมาตรา 2 วรรคแรก ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งบทบัญญัตินี้แยกพิจารณาได้ดังนี้

1. การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล กล่าวคือ เฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดว่า การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา และกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ ซึ่งกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัตินี้ รวมถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่มีอำนาจออกด้วย¹³ ในทางตรงกันข้ามกฎหมายจารีตประเพณี แม้จะเป็นที่ยอมรับว่าเป็นบ่อเกิดหนึ่งของกฎหมาย แต่เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติไม่ใช่การบัญญัติ จึงต้องห้ามมิให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีในการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษ¹⁴

2. ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในทางอาญา หากการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ หมายความว่า บทบัญญัติที่กำหนดความผิดและ

¹² Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, *Criminal Law*, Second Edition (St.Paul: West Publishing, 1986), p.95.

¹³ คณิต ญ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.81.

¹⁴ *เพ็ญอ้าง*, น.82.

กำหนดโทษนั้น ต้องมีอยู่แล้วก่อนการกระทำนั้น แต่หากเป็นกรณียกเว้นความผิดแล้ว แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติยกเว้นความผิดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในขณะกระทำ ก็นำมาใช้ได้โดยไม่ขัดหลัก มาตรา 2 เพราะเป็นการนำมาใช้เพื่อเป็นผลดีแก่ผู้กระทำ

3. กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด หมายความว่า เมื่อรัฐได้ออก บทบัญญัติที่ชัดเจนระบุว่าการกระทำหรือการไม่กระทำอย่างไรเป็นความผิดอาญาแล้ว ก็ถือว่าเฉพาะ กรณีนั้น ๆ เท่านั้นที่เป็นความผิด จะไปรวมถึงกรณีอื่น ๆ ด้วยไม่ได้ โดยเฉพาะการใช้กฎหมายที่ ไกล่เคียงอย่างยิ่งเพื่อกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว และการห้ามใช้บทกฎหมาย ไกล่เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษ จึงเป็นเรื่องที่ต้องห้ามในการใช้กฎหมายอาญาเช่นเดียวกับการห้าม ใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา¹⁵

การห้ามใช้กฎหมายที่ไกล่เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา หมายความว่าถึง การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากความตีความกฎหมาย¹⁶ อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาญามีช่องว่างได้ หากเป็นกรณีของคดีอาญา ถ้าการกระทำของจำเลยไม่เป็น ความผิดตามกฎหมาย เพราะเป็นกรณีที่กฎหมายมีช่องว่างแล้ว ศาลต้องพิพากษายกฟ้องตามมาตรา 185 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ถ้าเป็นคดีแพ่งแล้ว ศาลจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมาย ปรับใช้ได้ เนื่องจากตามมาตรา 134 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “ไม่ว่า กรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่า ไม่มี บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์” ทั้งนี้เพราะตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นอกจากจะบัญญัติ ถึงบ่อเกิดของกฎหมายภายในของประเทศไทยว่ามี 3 บ่อเกิด ได้แก่ กฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป และยังกำหนดถึงลำดับการใช้กฎหมายในแต่ละบ่อ เกิดไว้ด้วย กล่าวคือ จะต้องปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเสียก่อน หากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์ อักษรที่จะปรับเข้ากับกรณีดังกล่าวได้แล้ว จึงจะปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมาย ทั่วไปตามลำดับต่อไป อนึ่ง ตามบทบัญญัติมาตรา 4 ได้บัญญัติถึง “บทกฎหมายไกล่เคียงอย่างยิ่ง” ไว้ด้วย แต่เนื่องจากบทกฎหมายไกล่เคียงอย่างยิ่งดังกล่าว ไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมายที่เป็นเอกเทศ หากแต่เป็นการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่แล้ว เพียงแต่ไม่ใช่บทบัญญัติที่ปรับเข้ากับกรณี นั้น ๆ ได้โดยตรง หากแต่เป็นบทบัญญัติในเรื่องอื่นที่สามารถปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันหรือ คล้ายคลึงกันได้ ทั้งนี้ เป็นตามหลักที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน” หรือหลัก

¹⁵ เพ็งอ้าง, น.83.

¹⁶ เพ็งอ้าง, น.84.

ที่ว่า “เมื่อมีเหตุผลอย่างเดียวกัน ก็ต้องใช้กฎหมายอย่างเดียวกัน” (*ubi eadem ratio, ibi eadem lex; et de similibus idem est*)¹⁷

4. กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน หมายความว่า การบัญญัติความผิดอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (*nullum crimen sine lege certa*) เนื่องจากการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดที่รัฐใช้กับประชาชน ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้ กล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้น จะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้อำนาจตามอำเภอใจ¹⁸

แม้ว่าความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์จะมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (*mala in se*) และเป็นความผิดตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด แต่ความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวยังไม่มี ความชัดเจนแน่นอนว่าความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์มีความหมายครอบคลุมเพียงใด เช่น ลักษณะการกระทำว่ารวมการกระทำอันเป็นการล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ทางวัฒนธรรมหรือไม่ หรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองรวมถึงกลุ่มทางการเมือง (Political Group) หรือกลุ่มทางเพศ (Gender Group) หรือไม่ เป็นต้น เมื่อกฎหมายจารีตประเพณีขาดความชัดเจนแน่นอน กฎหมายอาญาจึงปฏิเสธการใช้กฎหมายจารีตประเพณีเพื่อลงโทษบุคคล ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์โดยอ้างกฎหมายจารีตประเพณีได้เช่นกัน

5. กฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้ผลร้ายมิได้ หมายความว่า หากในขณะกระทำ ไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ต่อมาจะมีการออกกฎหมายย้อนหลัง โดยถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดไม่ได้ หรือหากในขณะกระทำมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ต่อมาจะมีการออกกฎหมายย้อนหลังเพิ่มโทษการกระทำดังกล่าวให้หนักขึ้นมิได้ แต่หากย้อนหลังเป็นผลดีแล้วสามารถใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นผลดีนั้นได้ แม้ว่าจะเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังก็ตาม หรือหากไม่ใช่โทษทางอาญาแล้วก็สามารถย้อนหลังได้ แม้จะย้อนหลังเป็นผลร้ายก็ตาม¹⁹ ซึ่งหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังนี้ นำมาใช้กับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศด้วย

¹⁷ กำธร กำประเสริฐ และมัลลิกา พิณีจันทร์, หลักกฎหมายเอกชน, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554), น.58.

¹⁸ คณิต ญ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.87.

¹⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.22.

ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งเมืองนูเรมเบิร์กและศาลทหารระหว่างประเทศแห่งดินแดนตะวันออกไกลพิพากษาลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม โดยให้เหตุผลทางกฎหมายว่า การกระทำความผิดดังกล่าวขัดต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ไม่อาจยอมรับว่าการสังหารหมู่ การทรมาน การปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างไร้มนุษยธรรม เป็นสิ่งที่ไม่ผิดกฎหมาย ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายภายในไม่ได้บัญญัติโทษและความผิดไว้ ย่อมไม่เป็นเหตุที่จะนำมาอ้างเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศไปได้

มาตรา 22 ถึงมาตรา 24 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้ยืนยันหลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด (*nullum crimen sine lege*) กับหลักไม่มีโทษโดยปราศจากกฎหมายบัญญัติกำหนดโทษ (*nulla poena sine lege*) และยังปฏิเสธการใช้กฎหมายย้อนหลังกับการกระทำของบุคคลก่อนวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นวันที่ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับอีกด้วย ถือเป็นพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในยุคปัจจุบัน ที่มีแนวโน้มไปในทางห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังไปลงโทษกับบุคคล แม้ว่าบุคคลนั้นจะกระทำการที่เข้าข่ายผิดร้ายแรงต่อกฎหมายอาญาระหว่างประเทศก็ตาม²⁰

ในอดีตประเทศไทยเคยมีกรณีของการออกกฎหมายย้อนหลังเพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคล กล่าวคือ ภายหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศไทยออกพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งกำหนดว่าไม่ว่าการกระทำอันบัญญัติว่าเป็นอาชญากรรมสงครามนั้น จะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ดี ผู้กระทำได้ชื่อว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม และจะต้องได้รับโทษดังที่บัญญัติไว้ทั้งสิ้น ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ว่า บทบัญญัติที่ว่าการกระทำก่อนพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ด้วยเป็นกฎหมายย้อนหลัง และศาลฎีกายังวินิจฉัยต่อไปอีกว่าหากกฎหมายใดบัญญัติย้อนหลังลงโทษการกระทำที่แล้มา ย่อมขัดกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามเฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังจึงเป็นโมฆะ ไม่มีทางลงโทษจำเลยได้

จากคำพิพากษาดังกล่าวเห็นได้ว่าศาลไทยไม่ยอมรับการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคล แม้ในความผิดที่ร้ายแรงอย่างอาชญากรรมสงคราม ดังนั้น ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งเป็นความผิดที่ร้ายแรงลักษณะเดียวกับอาชญากรรมสงคราม จึงอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญาเช่นกัน กล่าวคือ หากในขณะที่เกิดการล้างเผ่าพันธุ์

²⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง โลกาวัดกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ,” (สถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม และสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.13-14.

มนุษย์ ไม่มีการกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายไทย และกำหนดโทษไว้ โดยชัดแจ้ง ศาลไทยย่อมพิพากษาลงโทษการกระทำดังกล่าวในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้ แม้ว่าอาจจะลงโทษในความผิดฐานอื่นที่ใกล้เคียงได้ แต่การลงโทษเช่นนั้นย่อมไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ที่ต้องการให้ลงโทษการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะเป็นการกระทำที่ร้ายแรง และเป็นการกระทำที่มีเจตนาเพื่อทำลายความเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองเป็นสำคัญ การลงโทษในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ จึงควรเป็นการลงโทษโดยบังคับโทษที่รุนแรงที่สุดเท่าที่กฎหมายภายในเปิดช่องไว้ แต่การลงโทษการกระทำความผิดล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยการปรับใช้บทบัญญัติความผิดเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบัน ย่อมไม่เหมาะสมดังที่จะกล่าวต่อไป ดังนั้น ประเทศไทยควรกำหนดความผิดและบทลงโทษของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อย่างชัดแจ้ง และควรกำหนดนิยามการกระทำผิด รวมถึงลักษณะของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจน เพื่อป้องกันการตีความที่อาจทำให้เกิดการลดความสำคัญของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลง

4.2.2 ปัญหาเรื่องการไม่สอดคล้องกับหน้าที่ในฐานะสมาชิกประชาคมระหว่างประเทศ

อาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อมนุษยชาติทุกคน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันของรัฐต่าง ๆ โดยทั่วไปว่าเป็นอาชญากรรมของอาชญากรรม (Crime of Crimes) และเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ที่ทุกรัฐมีพันธกรณีในการร่วมกันป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดดังกล่าว ถึงแม้ว่าจะไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตาม เนื่องจากอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้เป็นความผิด เพียงเพราะอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดไว้ หากแต่เป็นความผิดตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น แม้รัฐนั้นจะไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็ยังต้องผูกพันตามพันธกรณีในการป้องกันและปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

โดยหลักแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะไม่ผูกพันรัฐที่แสดงเจตนาปฏิเสธการผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีนั้นอย่างสม่ำเสมอ (Persistent Objector) แต่เนื่องจากอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่มีผลผูกพันทุกรัฐเป็นการทั่วไปด้วย ดังนั้น แม้ว่าจะเป็นรัฐที่ปฏิเสธการผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีนั้นอย่างสม่ำเสมอมาโดยตลอดก็ตาม รัฐนั้นยังคงต้องผูกพันตามพันธกรณีในการป้องกันและปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในฐานะบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดอยู่นั่นเอง

ถึงแม้ว่าไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศฉบับใดกำหนดบทลงโทษที่เป็นรูปธรรมแก่รัฐที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวไว้ นอกจากมาตรการตอบโต้จากรัฐอื่น เช่นเดียวกับในอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่ไม่ได้บังคับให้ทุกรัฐต้องเข้าเป็นภาคีหรือยอมรับตามสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ รวมทั้งไม่มีบทลงโทษกรณีที่รัฐภาคีฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญา แต่ประเทศไทยในฐานะสมาชิกประชาคมระหว่างประเทศ ควรตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการป้องกันและปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่ร้ายแรง และเคยเกิดขึ้นหลายครั้งทั่วโลก รวมทั้งในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เช่น กัมพูชา การที่ประเทศไทยเพิกเฉยต่อพันธกรณีดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าประเทศไทยไม่เป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนั้น ส่งผลให้ประเทศไทยไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิด หรือให้ความร่วมมือกับรัฐอื่นในการส่งตัวผู้กระทำความผิดไปลงโทษในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้ จึงเป็นการขัดต่อหน้าที่ของประเทศไทยในฐานะสมาชิกประชาคมระหว่างประเทศที่มีหน้าที่ในการร่วมมือป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดร้ายแรงเช่นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ไม่ว่าจะการกระทำดังกล่าวจะเกิดขึ้นที่ใด หรือเป็นการกระทำของบุคคลใด แต่ทุกรัฐมีหน้าที่ในการดำเนินคดีและลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าว หากผู้กระทำความผิดปรากฏตัวในรัฐของตน หรือหากไม่สามารถดำเนินคดีและลงโทษเองได้แล้ว ย่อมมีหน้าที่ในการส่งตัวไปยังรัฐอื่นที่มีอำนาจและร้องขอให้ส่งตัวผู้กระทำความผิดในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน แต่การที่ประเทศไทยไม่กำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดโดยเฉพาะ จึงไม่อาจดำเนินคดีหรือส่งตัวผู้กระทำความผิดไปยังรัฐอื่นได้ และทำให้ประเทศไทยกลายเป็นที่หลบซ่อนตัวของบรรดาผู้กระทำความผิดเหล่านี้อีกด้วย ซึ่งส่งผลต่อภาพลักษณ์ด้านลบของประเทศไทยในสายตาประชาคมระหว่างประเทศ และอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ ในกรณีรัฐที่ประสงค์จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่หลบหนีเข้ามาในประเทศไทย เป็นประเทศคู่ค้าที่สำคัญของประเทศไทยหรือเป็นประเทศมหาอำนาจ และรัฐนั้นเห็นควรใช้มาตรการตอบโต้ประเทศไทยจากการไม่ให้ความร่วมมือดังกล่าว โดยการห้ามนำเข้าสินค้าของประเทศไทย หรือการห้ามคนชาติของตนเข้ามาท่องเที่ยวในประเทศไทย ย่อมส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยซึ่งอิงกับการส่งออกและการท่องเที่ยวเป็นหลักอย่างแน่นอน

4.2.3 ปัญหาเรื่องการขาดบทบัญญัติสำหรับการลงโทษในบางกรณี

การขาดความเข้าใจเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่ถูกต้อง ทำให้หลายคนหรือแม้แต่ในบรรดานักกฎหมายเองเข้าใจว่า Genocide หมายความว่าเฉพาะการฆ่าเท่านั้น หลายครั้งจึงเกิดความเข้าใจว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ประเทศไทยมีอยู่ในปัจจุบันนั้น เพียงพอที่จะลงโทษการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว แต่ความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะการฆ่าเป็นเพียงการกระทำลักษณะหนึ่งของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เท่านั้น โดยยังมีการกระทำลักษณะอื่นอีก ได้แก่

การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัส การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เสี่ยงที่จะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม และการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น ดังนั้น หากการล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเกิดจากการกระทำคามผิดลักษณะอื่น ซึ่งไม่มีบทบัญญัติใดในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่มีโทษทางอาญาอื่นที่สามารถปรับใช้ได้ เช่น การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม จะเห็นได้ชัดเจนว่าประเทศไทยไม่อาจดำเนินคดีการกระทำคามผิดฐานล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ลักษณะดังกล่าวได้อย่างแน่นอน หรือกรณีที่เป็นการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มภายหลังจากที่สังหารบิดามารดาของเด็กแล้ว ซึ่งถือว่าขณะนั้นไม่มีผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กอีกต่อไป การกระทำดังกล่าวก็จะไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ และถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวอาจเป็นความผิดต่อเสรีภาพได้ แต่หากเด็กเป็นเพียงทารกที่ไม่รู้ถึงการข่มขืนใจหรือการขู่ดังกล่าว จึงไม่อาจเกิดความกลัวตามที่ผู้กระทำขู่ได้ การกระทำดังกล่าวก็ไม่เป็นการขู่ให้กลัวและไม่เป็นความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 เป็นต้น

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการเริ่มต้นกระทำคามผิดบางลักษณะอย่างชัดเจน เช่น การสมคบหรือยุยงให้กระทำคามผิดฐานล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ เว้นแต่เป็นการกระทำคามผิดฐานช่องโหว่ ในกรณีที่เป็นการสมคบกันเพื่อกระทำคามผิดตามประมวลกฎหมายอาญา รวมทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ซึ่งตามกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติความผิดและบทกำหนดโทษในกรณีนี้ไว้อย่างชัดเจน เว้นแต่จะเข้าลักษณะความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติเฉพาะอื่น ๆ เป็นต้น

4.2.4 ปัญหาเรื่องการดำเนินคดีและลงโทษความผิดที่ใกล้เคียงที่ไม่เหมาะสมตามเจตนารมณ์ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

แม้ว่าประเทศไทยจะมีบทบัญญัติความผิดในประมวลกฎหมายอาญาหลายมาตราที่คล้ายคลึงกับลักษณะการกระทำคามผิดฐานล้าแก่ฝ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่มีลักษณะการกระทำที่เหมือนกันอย่างชัดเจน เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 รวมถึงมาตรา 289 ซึ่งเป็นความผิดในลักษณะเดียวกับการฆ่าสมาชิกของกลุ่ม ความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 ซึ่งเป็นความผิดลักษณะเดียวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม เป็นต้น หรือในกรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 277 ซึ่งมีการตีความว่าอาจเป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เสี่ยงที่จะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม หรือการกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่มก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะการข่มขืนดังกล่าว รวมถึงกรณีที่มีลักษณะการกระทำใกล้เคียงกับความผิดบางฐานที่มีอยู่ เช่น

ความผิดฐานปลอมปนอาหาร ยา หรือเครื่องอุปโภคอื่นตามมาตรา 236 ถึงมาตรา 237 เช่น การผสมสารพิษลงในแหล่งน้ำที่สมาชิกของกลุ่มต้องใช้เพื่อการอุปโภคบริโภค ซึ่งเข้าลักษณะของการกระทำโดยจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม เป็นต้น หรือการการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น ซึ่งอาจตีความว่าเป็นความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 หรือความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 ถึงมาตรา 320 อย่างไรก็ตาม การบัญญัติความผิดเหล่านี้ในประมวลกฎหมายอาญา ผู้ร่างไม่ได้มีเจตนารมณ์ที่จะใช้บทบัญญัติเหล่านี้เพื่อลงโทษการกระทำผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ถึงแม้ว่าเจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือเจตนาทำลายกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองนั้น อาจถือว่าเป็นเพียงมูลเหตุจูงใจที่ไม่ใช่องค์ประกอบความผิดซึ่งทำให้ศาลสามารถลงโทษการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามบรรดาบทบัญญัติเหล่านี้ได้ก็ตาม

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าการกระทำผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หลายลักษณะสามารถปรับใช้บทบัญญัติความผิดที่มีอยู่ได้ แต่การลงโทษตามบทบัญญัติที่มีอยู่นั้นไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิด ทั้งตามธรรมเนียมศาลอาญาระหว่างประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ รวมทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นว่าการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นการกระทำที่โหดร้ายและรุนแรง และสมควรที่จะถูกลงโทษด้วยมาตรการที่รุนแรงที่สุดเท่าที่รัฐนั้น ๆ สามารถลงโทษได้ แต่การลงโทษตามบทบัญญัติที่มีอยู่ในปัจจุบันบางฐานความผิดเป็นความผิดที่มีอัตราโทษไม่สูงมากนัก ตัวอย่างเช่น การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มหนึ่งไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง ซึ่งอาจตีความว่าเป็นการกระทำผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาได้ แต่ความผิดฐานดังกล่าวก็มีอัตราโทษจำคุกเพียงสถานเดียวและเป็นอัตราโทษจำคุกที่ไม่สูงมากนัก เมื่อเทียบกับความร้ายแรงของเจตนาเพื่อทำลายความเป็นกลุ่มของผู้กระทำหรืออัตราโทษขั้นสูงของการกระทำลักษณะอื่นที่มีเจตนาทำลายความเป็นกลุ่มเช่นเดียวกันนี้ เช่น การฆ่าที่มีอัตราโทษสูงสุด คือ ประหารชีวิต ซึ่งหมายความว่ากระทำโดยมีเจตนาเดียวกัน กลับปรับโทษไม่เท่ากัน ย่อมทำให้เกิดความลักลั่นในการบังคับใช้กฎหมายกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และก่อให้เกิดความรู้สึกว่าเป็นการเลือกปฏิบัติได้

4.2.5 ปัญหาเรื่องการทำให้เกิดที่หลบภัยของผู้กระทำผิด

การที่ประเทศไทยไม่บัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิด ไม่เพียงแต่ขัดกับพันธกรณีในฐานะรัฐที่ต้องผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีที่มีสถานะเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาดเท่านั้น แต่ปัญหาสำคัญที่เป็นรูปธรรมที่สุดของการไม่บัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คือ การเป็นที่หลบซ่อนตัวของผู้กระทำผิด ซึ่งผู้กระทำผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ส่วนใหญ่เป็นผู้มีอำนาจและมีทรัพย์สินจำนวนมาก และการขนส่งในปัจจุบันมีความสะดวกรวดเร็ว ทำให้การหลบหนีย่อมกระทำได้ง่าย ดังนั้น โดยปกติจึงต้องอาศัยความร่วมมือของบรรดารัฐในการ

ปราบปรามการกระทำดังกล่าว ทั้งการลงโทษโดยรัฐนั่นเองหรือการส่งตัวไปลงโทษในรัฐอื่นตามหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน แต่เนื่องจากประเทศไทยไม่สามารถดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดในความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เกิดการกระทำผิดขึ้นในประเทศไทยหรือกรณีพบตัวผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์จากรัฐอื่นที่ประเทศไทยก็ตาม รวมถึงการที่ประเทศไทยไม่สามารถส่งตัวผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ไปลงโทษในรัฐอื่นที่ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เนื่องจากขัดหลักความผิดสองรัฐ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ด้วยเหตุดังกล่าว ย่อมส่งผลให้ประเทศไทยกลายเป็นจุดหมายสำคัญของผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ที่ต้องการหลีกเลี่ยงจากการถูกลงโทษโดยรัฐที่มีเขตอำนาจ ด้วยการหลบหนีเข้ามายังประเทศไทย เพราะผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ในรัฐอื่นอาจคิดว่าภายหลังกระทำความผิด เพียงแค่เข้ามาซ่อนตัวในรัฐที่ไม่มีกำหนดให้การล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์เป็ความผิดอย่างเช่นประเทศไทย ตนเองก็อาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ทำให้ผู้กระทำความผิดขาดความเกรงกลัวในการกระทำความผิด เพราะคาดเห็นว่าตนเองไม่ถูกลงโทษจากการกระทำผิดดังกล่าว เมื่อเป็นเช่นนี้เจตนาธรรมณ์ในการป้องกันและปราบปรามการล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ ย่อมไม่อาจบรรลุผลได้แท้จริง

4.3 ปัญหาเรื่องการไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่รัฐที่ร้องขอได้

แม้ว่าความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์จะเป็นความผิดที่ทุกรัฐมีอำนาจพิจารณาและลงโทษได้ตามหลักอำนาจลงโทษสากล แต่การพิจารณาคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดรายใดหรือไม่ย่อมเป็นอำนาจของรัฐนั่นเองตามหลักเขตอำนาจรัฐ เพราะทุกรัฐต่างมีอำนาจอธิปไตยเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่ากรณีที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยแล้ว รัฐจะเพิกเฉยต่อการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมร้ายแรงเช่นการล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ได้ เพราะทุกรัฐย่อมมีพันธกรณีผูกพันเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ ในฐานะที่บัพญญัติดังกล่าวเป็กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็บทกฎหมายบังคับเด็ดขาดซึ่งผูกพันทุกรัฐโดยรวม โดยที่รัฐไม่อาจปฏิเสธความผูกพันได้

ดังนั้น หากประเทศไทยมีบัพญญัติความผิดเกี่ยวกับการล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ แม้จะไม่ได้บัญญัตินิยามและลักษณะความผิดตามธรรมเนียมศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ เพราะประเทศไทยไม่มีพันธกรณีตามสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ ประเทศไทยก็สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรั้งมนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของประเทศไทยได้ หรือหากประเทศไทยไม่ประสงค์จะลงโทษบุคคลดังกล่าวด้วยตนเองก็สามารถส่งตัวบุคคลดังกล่าวในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐอื่นที่ร้องขอได้ ตามหลัก *aut dedere aut punier*

ถึงแม้จะยอมรับกันโดยทั่วไปว่ารัฐไม่อาจปฏิเสธการส่งผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน โดยอ้างว่าความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดที่มีลักษณะทางการเมืองได้ เพราะความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดที่ร้ายแรงต่อมนุษยชาติ แม้เป็นการกระทำที่มีมูลเหตุจูงใจหรือลักษณะทางการเมือง แต่ก็เข้าข่ายยกเว้นที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดทางการเมือง

อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้อย่างชัดเจน ประเทศไทยจึงไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และไม่อาจส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปยังรัฐที่ร้องขอเพื่อลงโทษในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ เนื่องจากความผิดดังกล่าวต้องเป็นความผิดที่สามารถลงโทษได้ตามกฎหมายของทั้งรัฐที่ร้องขอและรัฐที่รับคำร้องขอตามหลักความผิดสองรัฐ ถึงแม้ว่าหลักความผิดสองรัฐจะไม่คำนึงว่าทั้งสองรัฐจะเรียกชื่อฐานความผิดที่ขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนเหมือนกันหรือไม่ เพราะตามหลักการดังกล่าวกำหนดเพียงแต่ลักษณะการกระทำความผิดที่ร้องขอมาต้องมีลักษณะเหมือนกันทั้งสองรัฐเท่านั้น ซึ่งลักษณะการกระทำที่เป็นการต้องห้ามในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หลายประการเป็นความผิดตามกฎหมายไทย เช่น ความผิดฐานฆ่า ความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ความผิดฐานข่มขืน ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ หรือความผิดต่อเสรีภาพ แต่ก็ยังมีการกระทำอีกหลายลักษณะที่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทยเลย เช่น การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม โดยการบังคับแยกชายและหญิงของกลุ่มออกจากกัน หรือการคุมกำเนิดสมาชิกของกลุ่ม เป็นต้น รวมถึงลักษณะการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์บางประการที่เป็นลักษณะเฉพาะ เช่น ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา หรือการสมคบกระทำความผิด ซึ่งเป็นลักษณะที่ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย ดังนั้น หากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในรัฐอื่นเกิดจากการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย เช่นนี้ประเทศไทยย่อมไม่อาจส่งตัวผู้กระทำความผิดไปยังรัฐที่ร้องขอได้ เนื่องจากขัดหลักความผิดสองรัฐดังกล่าว

นอกจากนี้ หากรัฐอื่นหลีกเลี่ยงหลักความผิดสองรัฐ โดยการร้องขอให้ประเทศไทยส่งผู้ร้ายข้ามแดนในการกระทำความผิดฐานอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับ การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เลย แต่เป็นความผิดของทั้งประเทศไทยและรัฐที่ร้องขอ เมื่อประเทศไทยส่งตัวให้ตามคำร้องขอแล้ว รัฐที่ร้องขอจะลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ด้วยไม่ได้ เพราะหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ หลักการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง ซึ่งกำหนดว่ารัฐที่ร้องขอต้องไม่ดำเนินคดีกับบุคคลที่ถูกขอให้ส่งข้ามแดนสำหรับความผิดอื่นนอกเหนือจากความผิดที่อนุญาตให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ดังนั้น หากรัฐที่ร้องขอให้ประเทศไทยส่งตัวผู้กระทำความผิดส่งคำร้องขอ โดยอ้างความผิดฐาน

อื่นที่ไม่ใช่ความผิดเกี่ยวกับล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว รัฐนั้นย่อมต้องลงโทษบุคคลดังกล่าวเฉพาะความผิดที่ร้องขอ ซึ่งไม่รวมถึงความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่รัฐนั้นไม่อาจร้องขอได้

แม้ว่าความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จะเป็นความผิดที่ทุกรัฐมีอำนาจลงโทษเองได้ตามหลักอำนาจลงโทษสากล แต่ในทางปฏิบัติแล้วการจะดำเนินคดีหรือลงโทษบุคคลใดได้ สิ่งสำคัญคือบุคคลนั้นจะต้องเข้ามาอยู่ในเขตอำนาจศาลนั้นเสียก่อน ซึ่งการที่บุคคลดังกล่าวเข้ามาอยู่ในเขตอำนาจศาลของรัฐที่ร้องขอไม่ได้เป็นการเข้ามาด้วยความสมัครใจของบุคคลนั้นเอง แต่เป็นการเข้ามาในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน จึงต้องยึดหลักการทั่วไปของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นสำคัญ

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่านอกจากประเทศไทยจะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้เอง เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทยแล้ว ประเทศไทยยังไม่สามารถส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปยังรัฐอื่นที่มีอำนาจลงโทษในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้อีกด้วย เพราะขัดกับหลักความผิดสองรัฐ และหากส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปในความผิดฐานอื่น รัฐที่ร้องขอก็ไม่อาจลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ เพราะขัดหลักการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่องเมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมส่งผลให้ประเทศไทยกลายเป็นแหล่งพักพิงและเป็นที่ยลบซ่อนตัวที่สำคัญของผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะในปัจจุบันที่การเดินทางระหว่างประเทศเป็นเรื่องง่าย เพราะความเจริญทางเทคโนโลยีและการขนส่ง และยังส่งผลทำให้ประเทศไทยเสียภาพลักษณ์ในสายตาประชาคมระหว่างประเทศจากการที่ประเทศไทยเพิกเฉยต่อการป้องกันและปราบปรามความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งส่งผลต่อสถานะของประเทศไทยในประชาคมระหว่างประเทศอีกด้วย

4.4 ปัญหาเรื่องโทษประหารชีวิตกับความผิดที่คุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชน

ถึงแม้ว่าการประหารชีวิตจะขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนที่คุ้มครองสิทธิในการมีชีวิต และบทบัญญัติเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ทั้งในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ล้วนเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งโดยสภาพของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนย่อมไม่อาจมีบทบัญญัติที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในตัวเองได้ แต่ตามบันทึกการประชุมพิจารณาร่างธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กล่าวถึงกรณีที่ยกกฎหมายภายในจะกำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้ว่าคงไม่ก่อให้เกิดปัญหาแต่อย่างใด อีกทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองก็ไม่ได้ห้ามการประหารชีวิตโดยเด็ดขาด เพียงแต่จะกำหนดโทษประหารชีวิตได้เฉพาะในคดีอุกฉกรรจ์ที่สุดของกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะกระทำความผิด และลงโทษประหารชีวิตได้เฉพาะกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วเท่านั้น ดังปรากฏใน

มาตรา 6 (2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ถึงแม้ว่าการตีความว่าการกระทำใดเป็นความผิดอุกฉกรรจ์จะต้องตีความอย่างเคร่งครัด โดยถือว่าเป็นมาตรการที่เป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่ง²¹ แต่ผู้เขียนเห็นว่าความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ควรถือเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ตามที่กำหนดในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองแล้ว เนื่องจากเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดที่ร้ายแรงและจำเป็นต้องถูกปราบปราม นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่ของนิติเศรษฐศาสตร์ โทษประหารชีวิตถือเป็นโทษที่น่าเกรงกลัวและถือว่าเป็นขนาดสูงสุดของบทลงโทษ อีกทั้งยังเป็นบทลงโทษที่เป็นต้นทุนสูงสุดของอาชญากร²² ดังนั้น หากรัฐต้องการปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และกฎหมายของรัฐเปิดช่องให้บังคับใช้โทษประหารชีวิตได้แล้ว รัฐควรกำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ด้วย

แม้ว่าโทษประหารชีวิตจะมีปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิในการมีชีวิตของจำเลย และโทษประหารชีวิตยังเป็นโทษที่ไม่สามารถแก้ไขได้ หากเกิดความผิดพลาดในการลงโทษ แต่ในขณะเดียวกันโทษประหารชีวิตเป็นโทษที่รุนแรง จึงสามารถยับยั้งความคิดร้ายของผู้กระทำได้มาก และในบางกรณีการลงโทษอย่างอื่นอาจไม่เหมาะสมกับการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่มีความร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้าง ซึ่งจากการศึกษาบทลงโทษที่กำหนดในกฎหมายเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของประเทศต่าง ๆ พบว่า ทุกรัฐจะกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยใช้อัตราโทษสูงสุดตามกฎหมาย และอาจลงโทษประหารชีวิตได้หากเป็นอัตราโทษสูงสุดตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น ตัวอย่างเช่น กฎหมายของอินโดนีเซีย สหรัฐอเมริกา และเอธิโอเปีย เป็นต้น

ดังนั้น ในกรณีของประเทศไทยที่ยังคงบังคับใช้โทษประหารชีวิตอยู่ หากมีการบัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายภายในแล้ว ประเทศไทยควรกำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เช่นกัน เพราะหากประเทศไทยกำหนดอัตราโทษอื่นที่ต่ำกว่าโทษประหารชีวิตแล้ว อาจเกิดความล้ากั้นในการบังคับใช้กฎหมายได้ ตัวอย่างเช่น หากกำหนดอัตราโทษสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เพียงจำคุกตลอดชีวิต และเกิดการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยการฆ่าสมาชิกของกลุ่ม ศาลยอมลงโทษได้เพียงจำคุกตลอดชีวิตเพราะกฎหมายกำหนดโทษไว้เช่นนั้น ซึ่งจะเกิดความล้ากั้นกับการฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามมาตรา 288 และมาตรา 289 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งศาลสามารถลงโทษสูงสุดถึงประหารชีวิตได้ ทั้งที่การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยการฆ่ามักเป็นการกระทำต่อบุคคลจำนวนมากและเกิดผลกระทบร้ายแรงเป็นวงกว้างยิ่งกว่าการฆ่าธรรมดา นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ผู้เขียนยังเห็นว่าประเทศ

²¹ ปกป้อง ศรีสนธิ, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น.181.

²² เพ็งอ้วง, น.80.

ไทยควรกำหนดอัตราโทษสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เพียงโทษประหารชีวิตสถานเดียว ดังเช่นที่กำหนดในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยมิเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 289 ประมวลกฎหมายอาญา

ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง แต่การที่ประเทศไทยจะบังคับใช้โทษประหารชีวิตสำหรับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ขัดต่อพันธกรณีตามกติการะหว่างประเทศดังกล่าวแต่อย่างใด เพราะความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดฉกรรจ์ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของการกำหนดโทษประหารชีวิตตามกติการะหว่างประเทศฉบับดังกล่าวแล้ว

4.5 ปัญหาเรื่องอายุความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

อายุความ คือ ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้กระทำการใด ๆ ภายในระยะเวลาดังกล่าว โดยจุดประสงค์ในการฟ้องคดีอาญาก็เพื่อที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาเข้าสู่กระบวนการพิจารณาและลงโทษของศาล หากคดีขาดอายุความก็ไม่สามารถที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ โดยเหตุผลของการกำหนดอายุความอาญามีพื้นฐานมาจากแนวคิด 3 ประการ ได้แก่

1. กฎแห่งการลืม หมายความว่า ยิ่งเวลาล่วงเลยไปนานเท่าใด ความทรงจำและความแม่นยำในเหตุการณ์ของพยานบุคคลยิ่งลดน้อยลง ความยากในการพิสูจน์ทั้งทางฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลยก็ยิ่งเพิ่มขึ้น โอกาสผิดพลาดก็มากขึ้น อีกทั้งความคงอยู่ของพยานเอกสารและพยานวัตถุย่อมเสื่อมสลายไปตามธรรมชาติ ยากต่อการนำสืบเพื่อให้ศาลปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง นอกจากนี้ เมื่อเวลาล่วงเลยไปจนไม่มีใครสนใจจำเหตุการณ์ที่เป็นความผิดนั้นแล้ว ย่อมไม่มีประโยชน์อย่างใดที่จะรื้อฟื้นฟ้องร้องพิพากษาลงโทษกันอีก

2. กฎแห่งการลงโทษ หมายความว่า การที่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องโทษหลบหนีอยู่จนพ้นเวลาที่กำหนดไว้ ย่อมเป็นการทรมานผู้นั้นพอสมควร ถือเป็นการลงโทษทางหนึ่งแล้ว ไม่ควรลงโทษซ้ำอีก

3. กฎแห่งกรรม หมายความว่า ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องโทษที่หลบหนีย่อมทรมานจากการถูกกระตุนให้คิดถึงความผิดที่ตนกระทำอยู่ตลอด แม้จะพ้นจากเงื้อมมือของกฎหมายไปแล้ว อีกทั้งการที่ผู้กระทำความผิดต้องหลบหนีอยู่ตลอดเวลา โดยไม่ทำความผิดให้เป็นที่สนใจแก่ประชาชนจนถูกจับกุมอีก แสดงว่าเขาระมัดระวังความประพฤติของตนจนไม่ควรถูกลงโทษอีก และเป็นนโยบายที่มีผลในการป้องกันความผิดอาญาอย่างหนึ่ง²³

²³ จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว* เชียงธรรมที่ 9, น.1271-1272.

ในประเด็นเรื่องอายุความนี้ แนวความคิดในระบบกฎหมายซีวิลลอว์กับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ถือว่าอายุความเป็นสาระสำคัญในการใช้กฎหมายอาญา และจะบัญญัติอายุความไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ โดยจะกำหนดอายุความไว้สำหรับความผิดอาญาทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดระยะเวลาจำกัด หรือเป็นการกำหนดให้ไม่มีอายุความก็ตาม ส่วนจะมีการบัญญัติเรื่องอายุความไว้ในกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายแต่ละประเทศ ในขณะที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยหลักแล้วไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เกี่ยวกับกำหนดเวลาฟ้องคดีอาญา กล่าวคือ สามารถฟ้องผู้กระทำความผิดในคดีอาญาได้เสมอไม่ว่าจะเป็นเวลาใด ทั้งนี้เป็นไปตามหลักที่ว่า *nullum tempus occurit rege* ซึ่งสามารถแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “Time does not run against the king” หรืออายุความจะไม่ใช้กับกษัตริย์²⁴ กล่าวคือ กษัตริย์ (หรือรัฐ) ย่อมสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้เสมอ ไม่ว่าเวลาจะผ่านไปเนิ่นนานเท่าใด ดังนั้น ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ข้อจำกัดเกี่ยวกับการกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีจึงต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Statute) กำหนดไว้ชัดเจนเท่านั้น²⁵ เนื่องจากในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องปกป้องให้พ้นจากผลกระทบของการฟ้องคดีที่ขาดอายุความ ซึ่งอายุความนั้นแท้จริงแล้วเป็นเพียงการแสดงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติต่อโจทก์ว่า หากโจทก์สมัคใจที่จะละเลยสิทธิของตน โดยไม่ได้ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อระยะเวลาเช่นนั้นได้ผ่านไปแล้ว โจทก์จึงมีควรวางสิทธิของตนได้อีก

กฎหมายอาญาของประเทศที่บัญญัติเรื่องอายุความ จะบัญญัติอายุความไว้สองประเภท ได้แก่ อายุความฟ้องร้องและอายุความล่วงเลยการลงโทษ โดยกำหนดว่าการไม่ได้ตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องภายในกำหนดเวลาที่ดี หรือการไม่ได้ตัวผู้ที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดมารับโทษภายในกำหนดเวลาที่ดี ย่อมทำให้รัฐหมดอำนาจที่จะดำเนินคดี หรือหมดอำนาจที่จะบังคับโทษแก่ผู้ที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุด

บทบัญญัติเรื่องอายุความตามกฎหมายอาญาของประเทศไทยบัญญัติเป็นการทั่วไปไปตามมาตรา 95 ประมวลกฎหมายอาญา²⁶ ซึ่งเป็นทั้งบทบัญญัติอายุความฟ้องร้องและบทบัญญัติอายุความ

²⁴ วินัย หิมสุหรี, “การกำหนดอายุความอาญากับการดำเนินคดีอาญาบางประเภท,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.52.

²⁵ ประเทือง ธนียผล และคณะ, “การสืบค้นแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดอายุความทางอาญาในบริบทสังคมไทย,” ฉบับพิเศษ 2 วารสารวิจัยรวมคำแห่ง 93, น.102 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2551).

²⁶ มาตรา 95 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

ล่วงเลยการลงโทษ และบังคับใช้กับทุกฐานความผิดทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาและตามกฎหมายอื่น เว้นแต่กฎหมายนั้นจะบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ โดยบทบัญญัติเรื่องอายุความฟ้องร้องเป็นไปตามมาตรา 95 วรรคแรก ส่วนอายุความล่วงเลยการลงโทษเป็นไปตามมาตรา 95 วรรคสอง นอกจากนี้บทบัญญัติมาตรา 95 ยังแสดงให้เห็นว่าตามกฎหมายไทยกำหนดระยะเวลาขาดอายุความทั้งอายุความฟ้องร้องและอายุความล่วงเลยการลงโทษสูงสุดไว้เท่ากัน คือ 20 ปี ในขณะที่บางประเทศกำหนดอายุความฟ้องร้องและอายุความล่วงเลยการลงโทษสูงสุดไว้ต่างกัน เช่น ออสเตรเลียกำหนดอายุความฟ้องร้องสูงสุด คือ 20 ปี และกำหนดอายุความล่วงเลยการลงโทษสูงสุด คือ 15 ปี เยอรมนีกำหนดอายุความฟ้องร้องสูงสุด คือ 30 ปี และกำหนดอายุความล่วงเลยการลงโทษสูงสุด คือ 25 ปี²⁷

บทบัญญัติกำหนดอายุความอาญาตามกฎหมายไทยอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) ลักษณะเดียวกับประเทศอื่น ๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ไม่ว่าจะเป็นเยอรมนีหรือฝรั่งเศส โดยถือว่าการกำหนดอายุความ (Prescription) เป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของการใช้กฎหมายอาญา และจะมีการกำหนดอายุความไว้สำหรับความผิดอาญาทุกประเภทเสมอ ยกเว้นแต่ในบางกรณีที่กฎหมายเห็นว่ามีความจำเป็นและสมควรเท่านั้น จึงจะกำหนดให้ไม่มีอายุความ หรือกำหนดให้หยุดนับอายุความหรือที่เรียกว่าให้อายุความสะดุดหยุดอยู่หรือสะดุดหยุดลง หรือกำหนดให้อายุความขยายออกไป

แม้ว่าอายุความในระบบซีวิลลอว์จะเป็นส่วนหนึ่งของการใช้กฎหมายอาญาที่ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายสารบัญญัติก็ตาม แต่ก็อาจมีการบัญญัติเกี่ยวกับอายุความไว้ในประมวลกฎหมาย

“ในคดีอาญา ถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลภายในกำหนดดังต่อไปนี้ นับแต่วันกระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ

- (1) ยี่สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกยี่สิบปี
- (2) สิบห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่ถึงยี่สิบปี
- (3) สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งปีถึงเจ็ดปี
- (4) ห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งเดือนถึงหนึ่งปี
- (5) หนึ่งปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนลงมา หรือต้องระวางโทษ

อย่างอื่น

ถ้าได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลแล้ว ผู้กระทำความผิดหลบหนีหรือวิกลจริต และศาลสั่งงดการพิจารณาไว้จนเกินกำหนดดังกล่าวแล้วนับแต่วันที่หลบหนีหรือวันที่ศาลสั่งงดการพิจารณา ก็ให้ถือว่าเป็นอันขาดอายุความเช่นเดียวกัน”

²⁷ คณิต ญ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.505.

วิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural Law) ได้เช่นเดียวกัน เช่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งกำหนดให้สิทธินำคดีมาฟ้องระงับไปเมื่อคดีขาดอายุความ²⁸ หรือกำหนดให้ศาลต้องยกฟ้องหากคดีขาดอายุความ²⁹ อย่างไรก็ดี ในบางประเทศ เช่น เยอรมนี ไม่มีการบัญญัติเรื่องอายุความในกฎหมายวิธีสบัญญัติอย่างกฎหมายไทย แต่กำหนดให้พนักงานอัยการเป็นผู้ตรวจสอบอายุความ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายไทยที่เป็นข้อกฎหมายที่ผู้พิพากษาสามารถยกขึ้นมาพิจารณาได้เอง³⁰

นอกจากนี้ หากพิจารณาเรื่องฐานที่ใช้เป็นหลักในการกำหนดอายุความของประเทศไทย กับต่างประเทศ พบว่าประเทศไทยคล้ายกับเยอรมนีและฝรั่งเศส คือ ใช้อัตราโทษเป็นเกณฑ์ในการกำหนดอายุความ³¹ ในขณะที่สหรัฐอเมริกาใช้ลักษณะหรือประเภทความผิดแล้วแต่กรณีเป็นเกณฑ์³² กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาคำหนดอายุความสำหรับความผิดคดีอาญาทั่วไป คือ 5 ปี³³ แต่ในบางกรณีที่

²⁸ มาตรา 39 (6) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า

“สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไป ดังต่อไปนี้

...

(6) เมื่อคดีขาดอายุความ”

²⁹ มาตรา 185 วรรคแรก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า

“ถ้าศาลเห็นว่าจำเลยมิได้กระทำความผิดก็ดี การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดก็ดี คดีขาดอายุความแล้วก็ดี มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรต้องรับโทษก็ดี ให้ศาลยกฟ้องโจทก์ปล่อยจำเลยไป แต่ศาลจะสั่งชั่งจำเลยไว้หรือปล่อยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดก็ได้”

³⁰ ประเทือง ธนียผล และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น.102.

³¹ เยอรมนีกำหนดอายุความ 30 ปี สำหรับโทษจำคุกตลอดชีวิต อายุความ 20 ปี สำหรับความผิดที่อัตราโทษจำคุกเกิน 10 ปี อายุความ 10 ปี สำหรับโทษจำคุก 5-10 ปี อายุความ 5 ปี สำหรับโทษจำคุก 1-5 ปี และอายุความ 3 ปี สำหรับคดีอื่น ๆ

ส่วนฝรั่งเศสกำหนดอายุความ 10 ปี สำหรับความผิดที่มีโทษคดีอุกฉกรรจ์จำคุกตั้งแต่ 5 ปี กำหนดอายุความทางอาญา 3 ปี สำหรับคดีอาญาอื่น ๆ กำหนดอายุความทางอาญา 2 ปี สำหรับความผิดลหุโทษ

³² ประเทือง ธนียผล และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.97.

³³ Section 3282 United States Code

“(a) In General.—

กฎหมายบัญญัติอายุความไว้เป็นพิเศษก็ต้องถือตามนั้น เช่น ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงธนาคารตาม มาตรา 3293 ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา กำหนดอายุความ 10 ปี หรือความผิดฐานลักทรัพย์ ผลงานศิลปะที่สำคัญตามมาตรา 3294 ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา กำหนดอายุความ 20 ปี

ปัญหาเกี่ยวกับอายุความที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การนับอายุความและการหยุดนับอายุ ความ สำหรับประเทศไทยใช้ระบบการนับอายุความคดีอาญาเป็นช่วง ๆ ตามแต่ละขั้นตอนของการ ดำเนินคดีอาญา กล่าวคือ อายุความร้องทุกข์ อายุความฟ้องร้อง อายุความภายหลังฟ้องคดี (ระหว่าง พิจารณาคดี) และอายุความในการลงโทษ โดยอายุความร้องทุกข์เริ่มนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัว ผู้กระทำความผิด อายุความฟ้องร้องเริ่มนับแต่วันกระทำความผิด ส่วนอายุความภายหลังฟ้องคดีหรือ อายุความล่วงเลยการลงโทษเริ่มนับแต่วันที่หลบหนีหรือวันที่ศาลสั่งงดการพิจารณา โดยประเทศไทยไม่มีระบบอายุความในคดีอาญาหยุดนับหรืออายุความสะดุดหยุดอยู่และหยุดลง

ในขณะที่เยอรมนีเริ่มนับอายุความเมื่อการกระทำความผิดสำเร็จ แต่ให้อายุความสะดุด หยุดอยู่ในกรณีที่ไม่สามารถลงโทษได้ อันเนื่องมาจากผลของกฎหมาย และผู้ต้องโทษได้รับการชะลอ การรับโทษ หรืออยู่ในความควบคุมของสถาบัน หน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานของต่างประเทศ นอกจากนี้ เยอรมนียังกำหนดให้อายุความหยุดนับในกรณีผู้ต้องหาเป็นผู้ได้รับความคุ้มกัน เมื่อมีการ เริ่มต้นสอบสวน มีการจับหรือค้นโดยชอบ หรือเมื่อผู้ต้องโทษอยู่ระหว่างการควบคุมของผู้อื่น ขณะที่ ในสหรัฐอเมริกา อายุความจะเริ่มนับทันทีเมื่อมีการกระทำครบองค์ประกอบความผิด แต่หากเป็น กรณีความผิดที่ก่อให้เกิดผลของการกระทำความผิดอย่างต่อเนื่องหรือเป็นความผิดต่อเนื่องที่เกิด เจตนาใหม่ขึ้นทุกวันนั้น อายุความก็จะไม่เริ่มนับจนกว่าจะหยุดการกระทำความผิด นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังกำหนดให้มีการหยุดนับอายุความได้ในบางกรณี เช่น กรณีผู้กระทำความผิดหลบหนี จากกระบวนการยุติธรรมตามมาตรา 3290 ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา³⁴

แม้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะกำหนดอายุความไว้สูงสุดเพียง 20 ปี แต่ก็มี การเสนอแนวความคิดเรื่องการขยายอายุความออกไปหรือการไม่บังคับใช้อายุความกับบางฐาน ความผิด เช่น ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เป็นต้น แต่แนวความคิดดังกล่าวก็ยังไม่ได้รับการ

Except as otherwise expressly provided by law, no person shall be prosecuted, tried, or punished for any offense, not capital, unless the indictment is found or the information is instituted within five years next after such offense shall have been committed”.

³⁴ Section 3290 United States Code

“No statute of limitations shall extend to any person fleeing from justice”.

ยอมรับให้เป็นกฎหมายแต่อย่างใด หรือในกรณีของหลายประเทศที่ไม่บังคับใช้อายุความกับความผิดที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง เช่น ความผิดก่อการร้ายที่ทำให้ตายหรือได้รับอันตรายสาหัส ความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับผู้เยาว์ ความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับเพศ รวมถึงความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์

ดังนั้น หากกำหนดให้ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายภายในแล้ว การพิจารณาหลักการไม่บังคับใช้อายุความกับความผิดดังกล่าวย่อมเป็นประเด็นสำคัญที่ผู้มีอำนาจออกกฎหมายต้องพิจารณา ซึ่งการไม่กำหนดอายุความอาจมีผลดีในแง่ของการปราบปรามอาชญากรรมร้ายแรง เป็นการข่มขู่ผู้กระทำความผิด และป้องกันมิให้บุคคลอื่นกระทำความผิด นอกจากนี้ เหตุผลที่ประเทศต่าง ๆ นำหลักการไม่บังคับใช้อายุความมาใช้ ได้แก่

1. การกำหนดอายุความมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ต้องการให้เกิดความถูกต้องชัดเจนในการนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงในการพิจารณาคดี แต่ปัจจุบันมีเทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่สามารถนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในการเก็บพยานหลักฐานแม้เวลาจะผ่านไปเนิ่นนาน

2. การกำหนดอายุความเป็นการตัดสิทธิพื้นฐานประการหนึ่ง คือ สิทธิในการชี้แจงหรือเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของจำเลย ในขณะที่การกำหนดอายุความเป็นไปเพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ให้อายุความฟ้องร้องคดีที่ผ่านมานั้นนาน ซึ่งรัฐจำต้องชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิทั้งสองประการนี้

3. การกระทำของจำเลยซึ่งหลบหนีหรือขัดขวางกระบวนการยุติธรรมเท่ากับเป็นการสละสิทธิพื้นฐานของตนเองที่มีในประโยชน์ของการล่วงเลยแห่งการเวลา ในขณะที่วัตถุประสงค์ของการกำหนดอายุความเห็นว่า การที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีถือเป็นการทรมานผู้นั้นพอสมควรแล้ว และการที่หลบหนีได้พ้นระยะเวลาอายุความแสดงว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ควบคุมตนเองให้อยู่ในประพฤติดีด้วยแล้ว

4. เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและความศักดิ์สิทธิ์ในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากความผิดที่กำหนดให้ไม่บังคับใช้อายุความมักเป็นความผิดที่ร้ายแรงและมีอัตราโทษสูง โดยเฉพาะกรณีความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มักเกิดจากการกระทำของผู้ที่ถืออำนาจรัฐอยู่ ซึ่งหากการดำเนินคดีและการลงโทษต้องกระทำภายในกำหนดอายุความแล้ว ย่อมเป็นการยากที่จะกระทำได้ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวอาจยึดอำนาจรัฐไว้จนคิดขาดอายุความ เพื่อให้ตนหลุดพ้นความรับผิดชอบ

ในประเด็นเรื่องการกำหนดอายุความในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ ผู้เขียนเห็นว่าความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดที่ร้ายแรงเสียยิ่งกว่าความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการที่ประเทศไทยมีแนวความคิดจะขยายอายุความออกไปเป็น 30 ปี นอกจากนี้ หลักการไม่บังคับใช้อายุความกับความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ยังเป็นแนวความคิดที่ได้รับการยอมรับกันเป็นการทั่วไป

ทั้งในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและในกฎหมายเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์ มนุษย์ของประเทศต่าง ๆ ดังนั้น หากประเทศไทยจะบัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดแล้ว จึงสมควรบัญญัติหลักการไม่บังคับใช้อายุความกับความผิดฐานดังกล่าวด้วย

หากพิจารณาข้อโต้แย้งของหลักการไม่บังคับใช้อายุความที่ว่า เมื่อปล่อยให้เวลาผ่านไปเนิ่นนานไปพยานหลักฐานอาจสูญหายนั้น ผู้เขียนเห็นว่าความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นเหตุการณ์ร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนเป็นวงกว้าง ย่อมมีผู้เสียหายและผู้ได้รับผลกระทบจำนวนมาก จึงมีผู้ที่รู้เห็นเหตุการณ์เป็นจำนวนมาก และมักเป็นข้อเท็จจริงที่รับรู้กันเป็นการทั่วไปในวงกว้าง โอกาสที่พยานหลักฐานจะสูญหายหรือไม่มีพยานบุคคลมาเบิกความย่อมเกิดขึ้นได้ยาก นอกจากนี้ ผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ส่วนใหญ่เป็นผู้ที่มีอำนาจรัฐ トラบิตที่บุคคลดังกล่าวยังดำรงตำแหน่งดังกล่าวอยู่ โอกาสที่จะนำตัวบุคคลดังกล่าวมาดำเนินคดีย่อมเป็นไปได้ยาก และการดำรงตำแหน่งของบุคคลดังกล่าวอาจเป็นการดำรงตำแหน่งต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน หากการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดที่มีอายุความแล้ว ผู้กระทำเพียงแค่อึดอำนาจรัฐไว้จนกว่าคดีจะขาดอายุความ เพียงเท่านั้นก็จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ซึ่งไม่เป็นธรรมแก่บรรดาผู้เสียหาย และการที่ผู้กระทำความผิดถืออำนาจรัฐจนคดีขาดอายุความก็ไม่ได้ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรู้สึกทุกข์อย่างเช่นผู้กระทำความผิดที่ต้องหลบหนีจนคดีขาดอายุความกรณีอื่น

นอกจากนี้ ข้อโต้แย้งว่าการไม่กำหนดอายุความยอมทำให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ลงโทษและปราบปรามการกระทำความผิดเพิกเฉยต่อการปฏิบัติหน้าที่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากกำหนดอายุความเพื่อเป็นการบังคับให้เจ้าหน้าที่ลงโทษและปราบปรามการกระทำความผิดแล้ว แต่เป็นการดำเนินการภายใต้การครอบงำของผู้มีอำนาจรัฐที่เป็นผู้กระทำความผิดแล้ว การลงโทษและปราบปรามดังกล่าวย่อมไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งส่งผลร้ายเทียบเท่ากับการไม่ลงโทษหรือปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าวเลยทีเดียว แต่หากไม่กำหนดอายุความแล้ว ถึงแม้ว่าจะมีเจ้าหน้าที่บางรายเพิกเฉยไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่ความผิดดังกล่าวส่งผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมาก ย่อมเป็นไปได้ที่จะเกิดแรงกดดันจากบรรดาผู้เสียหายและประชาชนทั่วไปให้เกิดการดำเนินคดีในที่สุด ดังนั้น ข้อโต้แย้งดังกล่าวนี้ย่อมรับฟังไม่ได้เช่นกัน

ดังนั้น หากประเทศไทยบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์หรืออาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น ๆ ให้เป็นความผิดตามกฎหมายไทยแล้ว ควรนำหลักเรื่องการไม่บังคับใช้อายุความมาใช้กับความผิดเหล่านี้ด้วย ดังเช่นที่ปรากฏในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายของประเทศต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม หากการไม่บังคับใช้อายุความไม่ได้รับการยอมรับจากผู้มีอำนาจรัฐ ประเทศไทยอาจเลือกแนวทางใดแนวทางหนึ่ง ดังนี้

1. การเพิ่มระยะเวลาอายุความให้ยาวนานขึ้น ซึ่งควรทำเฉพาะคดีที่มีปัญหาและเห็นว่าอายุความที่มีอยู่มีเวลาสั้นเกินไป โดยมีข้อดี คือ ชัดเจนและง่ายต่อการเข้าใจ ส่วนข้อด้อยของรูปแบบนี้ คือ อาจประสบปัญหาการขาดอายุความเช่นเดียวกับปัญหาที่พบอยู่ในปัจจุบัน

2. การขยายเพิ่มอายุความก่อนคดีขาดอายุความ กล่าวคือ ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้หยุดนับอายุความหรือต่ออายุความได้ ข้อดี คือ แก้ปัญหาอายุความตายตัวได้ ยืดหยุ่นมากขึ้น แต่ข้อเสียคือ ให้ดุลพินิจแก่ศาลมากเกินไป³⁵

3. การกำหนดให้อายุความหยุดนับ คือ การกำหนดให้อายุความสะดุดหยุดลงหรือสะดุดหยุดอยู่จนกว่าเหตุที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงหรือสะดุดหยุดอยู่นั้นหมดไป ซึ่งกรณีนี้อาจนำมาใช้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีอำนาจรัฐหรือผู้ที่ยากแก่การนำตัวมาดำเนินคดีหรือลงโทษ รวมทั้งผู้ที่อยู่ระหว่างการหลบหนี โดยกฎหมายอาจกำหนดให้อายุความหยุดนับจนกว่าบุคคลนั้นจะพ้นจากอำนาจ หรือสามารถจับตัวบุคคลดังกล่าวได้แล้ว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าวิธีการนี้เป็นทางออกที่ดีหากประเทศไทยไม่อาจนำหลักเรื่องการไม่บังคับใช้อายุความมาใช้ได้ อย่างไรก็ตาม วิธีการนี้มีข้อเสียคือ ความยากที่จะกำหนดว่าเมื่อใดที่อายุความควรหยุดนับ เช่น กรณีของผู้ที่หลบหนี ซึ่งอาจไม่แน่ชัดว่าหลบหนีไปเมื่อใด จึงอาจเกิดความไม่แน่นอนในการหยุดนับอายุความได้ ตัวอย่างกฎหมายไทยที่นำหลักเรื่องอายุความหยุดนับมาใช้ คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ซึ่งตามมาตรา 74/1³⁶ ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558 โดยบัญญัติเรื่องการหยุดนับอายุความในกรณีที่ผู้กระทำความผิดหลบหนี สำหรับการดำเนินคดีกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กรณีร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น

³⁵ ประเทือง ธนียผล และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น.98.

³⁶ มาตรา 74/1 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“ในการดำเนินคดีอาญาตามหมวดนี้ ถ้าผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยหลบหนีไปในระหว่างถูกดำเนินคดีหรือระหว่างการพิจารณาของศาล มิให้นำระยะเวลาที่ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยหลบหนีรวมเป็นส่วนหนึ่งของอายุความ และเมื่อได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำเลย ถ้าจำเลยหลบหนีไปในระหว่างต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ มิให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 98 มาใช้บังคับ”

4.6 ปัญหาเรื่องหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในอาชญากรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายอาญาระหว่างประเทศมีหลักการสำคัญประการหนึ่งที่เป็นหลักการเฉพาะ และไม่ปรากฏในระบบกฎหมายภายในของรัฐใด³⁷ รวมทั้งกฎหมายไทย คือ หลักความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชา (Responsibility of Commanders and Superiors) เพราะหลักความรับผิดทางอาญาที่เป็นการยอมรับโดยทั่วไปเป็นความรับผิดในการกระทำของตนเอง (Individual Criminal Responsibility) กล่าวคือ บุคคลไม่อาจรับผิดในสิ่งที่ตนไม่ได้แสดงออกมา ในการกระทำที่ตนไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำนั้น หรือในการงดเว้นที่ไม่ได้เป็นความรับผิดชอบของเขา หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้ที่ต้องรับผิดทางอาญานั้นต้องมีส่วนในการกระทำความผิดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และยังรวมถึงการเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดของบุคคลอื่นด้วย ซึ่งหลักการนี้ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป รวมทั้งในกฎหมายไทย ในขณะที่ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) หรือความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ในทางอาญานั้น ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่มาก³⁸

ตามมาตรา 25 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดเขตอำนาจศาลเฉพาะกรณีบุคคลธรรมดา (Natural Person) เป็นจำเลยในคดีอาญา หากบุคคลธรรมดานั้นกระทำความผิดอาญาที่อยู่ภายในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดเอง เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว รวมถึงกรณีเป็นผู้ยุยงบุคคลอื่นให้ปฏิบัติกรล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 25 (3) (อี) บุคคลธรรมดาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเหล่านี้ จะมีความรับผิดทางอาญาและถูกลงโทษตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

สำหรับหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเป็นความรับผิดทางอาญาในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศของผู้บังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องตอบโต้ได้อย่างหนึ่งต่อการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา ไม่ว่าจะเป็นการป้องกันหรือลงโทษผู้กระทำความผิด เนื่องจากผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชานั้น หากผู้บังคับบัญชาไม่กระทำการตามหน้าที่ดังกล่าวแล้วต้องมีความรับผิด ซึ่งหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชานี้ไม่ใช่ความรับผิดในการ

³⁷ Gerhard Werle et al., *Principles of International Criminal Law*, (The Hague: TMC Asser Press, 2005), p.128.

³⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, *คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), น.160.

กระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น แต่เป็นความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยการงดเว้นกระทำการเพื่อป้องกันหรือลงโทษผู้ได้บังคับบัญชาตนเอง จึงไม่ขัดต่อหลักการในกฎหมายอาญาแต่อย่างใด นอกจากนี้ ยังเป็นที่ยอมรับว่าหลักความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาในปัจจุบันมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว

นอกจากนี้ จากการพิจารณาของศาลที่เกิดขึ้นภายหลังจากศาลทหารระหว่างประเทศ แห่งเมืองนูเรมเบิร์ก เช่น ศาลทหารแห่งสหรัฐอเมริกา หรือตามธรรมนูญศาลอาญาเฉพาะกิจ ทั้งมาตรา 7 (3) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และมาตรา 6 (3) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา ยังปรากฏหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา สำหรับการกระทำโดยประมาท ซึ่งธรรมนูญศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งสองศาลใช้คำว่า “มีเหตุผลควรรู้”³⁹ อย่างไรก็ตาม ศาลมักใช้เกณฑ์การกำหนดเงื่อนไขที่ผู้กระทำควรรู้ว่าผู้ได้บังคับบัญชากระทำความผิดอาญาที่แตกต่างกัน เช่น ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย เห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในปัจจุบัน ยินยอมให้มีการสันนิษฐานเรื่องกระทำโดยประมาทเพราะการไม่รู้ หากผู้บังคับบัญชามีข้อมูลที่ควรทำให้เขาสังเกตเห็นถึงการกระทำความผิดของผู้ได้บังคับบัญชาแล้ว ซึ่งต่อมาหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการกระทำโดยประมาทนี้ ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเช่นกัน

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศบัญญัติหลักเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 28 โดยแยกความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา 2 ประเภท ได้แก่ ผู้บัญชาการทหารและผู้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ทหาร⁴⁰ โดยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ บัญญัติความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาทั้งสองประเภทแตกต่างกันในส่วนขององค์ประกอบภายใน กล่าวคือ ผู้บัญชาการทหารจะมีความรับผิดชอบตามมาตรา 28 (เอ) ต่อเมื่อผู้บัญชาการทหารนั้น “รู้” (know) คือ เจตนา หรือ “ควรรู้” (should have known) คือ ประมาท ในขณะที่ผู้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ทหารจะมีความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 28 (บี) ต่อเมื่อผู้บังคับบัญชานั้น “รู้” คือ เจตนา หรือ “จงใจเพิกเฉยต่อข้อมูลที่ยืนยันว่าการกระทำความผิด” (consciously disregarded information

³⁹ Gerhard Werle et al., *supra note 37*, p.133.

⁴⁰ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น.160.

which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes) คือ ประมาทโดยจงใจ ซึ่งเป็นระดับที่สูงกว่าประมาทธรรมดา⁴¹

โดยหลักแล้วการกระทำความผิดฐานล้าंगเผ่าพันธุ่มนุษย์ต้องกระทำโดยเจตนา เนื่องจากความผิดฐานล้าंगเผ่าพันธุ่มนุษย์มีองค์ประกอบความผิดที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษในการทำลายกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง แต่ในส่วนของความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานั้นแตกต่างออกไป เพราะเป็นความรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชา หากผู้บังคับบัญชารู้หรือควรรู้เกี่ยวกับการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน หรือจงใจเพิกเฉยต่อข้อมูลที่ชี้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำความผิด ผู้บังคับบัญชาก็อาจมีความรับผิดชอบได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบทางจิตใจของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 นี้ เป็นมาตรฐานที่ต่ำกว่าองค์ประกอบทางจิตใจตามที่กำหนดในมาตรา 30 อย่างเห็นได้ชัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ทหารตามมาตรา 28 (บี) (1)⁴²

ในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชานี้มีประเด็นที่น่าสนใจ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก คือ ขอบเขตของผู้บัญชาการที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา เพราะในสายบังคับบัญชานั้นอาจมีผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปหลายคนและหลายระดับ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า หากผู้ใต้บังคับบัญชาไปลงมือกระทำความผิด ผู้บังคับบัญชาระดับใดที่จะต้องรับผิดชอบทางอาญา โดยแนวทางในการตีความ คือ ผู้บังคับบัญชาที่อาจมีความรับผิดชอบจะต้องเป็นผู้มีอำนาจควบคุมอย่างแท้จริงเหนือผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ผู้บังคับบัญชาจะต้องมีความสามารถที่เป็นรูปธรรมในการป้องกันหรือลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ดังนั้น ลำพังแต่ผู้บังคับบัญชาที่มีอิทธิพลเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา โดยไม่มีอำนาจบังคับบัญชาและควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชานั้นอย่างแท้จริง ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวก็ไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ นอกจากนี้ สายการบังคับบัญชาตามกฎหมายก็ไม่ใช่ว่าที่บ่งบอกถึงความสัมพันธ์แบบการควบคุมที่มีประสิทธิภาพเสมอไป เพราะหลักการคือต้องดูความสามารถของผู้บังคับบัญชาตามความเป็นจริง⁴³

ประการที่สอง คือ ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเกิดขึ้นเนื่องจากผู้บังคับบัญชารู้หรือควรรู้ (กรณีผู้บัญชาการทหาร) หรือเพิกเฉยต่อข้อมูล (กรณีผู้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ทหาร) ว่า

⁴¹ มีผู้เห็นว่าลักษณะขององค์ประกอบภายในส่วนของ “การจงใจเพิกเฉยต่อข้อมูล” เป็นการขยายจากประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ไปสู่ “การจงใจปิดหูปิดตา” (Willful Blindness) see Gerhard Werle et al., *supra* note 37, p.134.

⁴² Gerhard Werle et al., *ibid*, pp.133-134.

⁴³ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 38*, น.164-165.

ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ ผู้บังคับบัญชาที่หนึ่งเลยจะมีความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 28 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยเป็นความรับผิดเพราะเป็นการงดเว้นจากการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล (Omission)

การรู้ของผู้บังคับบัญชาอาจเกิดขึ้นก่อนที่ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิดก็ได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น (Prevent) ถ้าไม่ป้องกันผู้บังคับบัญชาก็จะมีความรับผิดตามมาตรา 28 แต่หากผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิดก่อนที่ผู้บังคับบัญชาจะรู้ ผู้บังคับบัญชาก็มีหน้าที่ต้องลงโทษการกระทำดังกล่าว (Punish) ถ้าไม่ลงโทษหรือไม่ส่งตัวผู้กระทำความผิดให้หน่วยงานที่มีอำนาจลงโทษ ผู้บังคับบัญชาก็จะมีความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 28 เช่นกัน

การกระทำที่จะถือว่าผู้บังคับบัญชาได้กระทำเพื่อป้องกันแล้ว คือ เมื่อผู้บัญชาการรู้ถึงเหตุการณ์ว่าผู้ใต้บังคับบัญชากำลังจะกระทำความผิด ผู้บังคับบัญชาสืบสวนความเป็นไปได้ในการกระทำความผิด โต้แย้งและวิพากษ์วิจารณ์การกระทำ เริ่มดำเนินคดีทางวินัย และรายงานพร้อมทั้งยืนยันไปยังผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่า⁴⁴ ส่วนการกระทำที่ถือว่าผู้บังคับบัญชาได้กระทำเพื่อลงโทษแล้ว คือ ผู้บังคับบัญชาได้ดำเนินการหรือสั่งการให้มีการลงโทษทางอาญา หรือถ้าผู้บังคับบัญชาไม่อยู่ในวิสัยที่จะลงโทษได้เอง ผู้บังคับบัญชาต้องเริ่มดำเนินการสอบสวนหรือสอบข้อเท็จจริงเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม หรือส่งเรื่องให้หน่วยงานที่มีอำนาจดำเนินการสอบสวนและฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม การดำเนินการทางวินัยเพียงอย่างเดียวไม่ทำให้ผู้บังคับบัญชาหลุดพ้นความผิดได้⁴⁵

ประการที่สาม การที่ผู้บังคับบัญชารู้ถึงการกระทำความผิดก่อนความผิดเกิดขึ้นและเพิกเฉยไม่ขัดขวาง จนผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิดแล้ว จึงมาสอบสวนในภายหลัง จะทำให้ผู้บังคับบัญชาพ้นความรับผิดหรือไม่

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดของผู้บังคับบัญชามีสองส่วน คือ ส่วนที่ไม่ป้องกัน และส่วนที่ไม่ลงโทษ หากผู้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดสำเร็จส่วนใดส่วนหนึ่งถือว่าผู้บังคับบัญชากระทำความผิดสำเร็จแล้ว ซึ่งในกรณีนี้ผู้บังคับบัญชากระทำความผิดส่วนไม่ป้องกันแล้ว แม้ต่อมาผู้บังคับบัญชาจะลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาหรือส่งเรื่องให้หน่วยงานที่มีอำนาจลงโทษทางอาญา การกระทำภายหลังดังกล่าวก็ไม่ทำให้การกระทำที่เป็นความผิดสำเร็จแล้ว กลับกลายเป็นไม่มี ความผิดอีก⁴⁶

⁴⁴ เเพ็งอ้าง, น.165.

⁴⁵ เเพ็งอ้าง, น.166.

⁴⁶ เเพ็งอ้าง, น.166.

ในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แม้จะไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดไว้เป็นพิเศษ แต่ผู้กระทำความผิดในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยมากแล้ว มักเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะเป็นบุคคลที่มีสถานะทางการ (Official Status) หรือเป็นระดับผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจควบคุมหรือสั่งการกองกำลังและอาวุธทำลายล้างสูง เช่น อาวุธชีวภาพ หรือนิวเคลียร์ เพราะการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้มีองค์ประกอบความผิดที่สำคัญประการหนึ่ง คือ องค์ประกอบเชิงบริบท ซึ่งกำหนดว่า การกระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ต้องเกิดขึ้นในบริบทที่เป็นรูปแบบที่ชัดเจน (Manifest Pattern) ที่กระทำต่อกลุ่มเป้าหมายโดยตรง หรือเป็นการกระทำที่มีผลเป็นการทำลายล้างโดยตัวเอง ดังนั้น การกระทำความผิดโดยลำพัง แม้มีเจตนาเพื่อทำลายกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง แต่การกระทำดังกล่าว ก็ไม่อาจเป็นการกระทำที่มีผลเป็นการทำลายล้างกลุ่มได้ แต่อาจเป็นเพียงการสังหารหมู่ (Mass Killings) หรือการฆาตกรรมต่อเนื่อง (Serial Murders) เท่านั้น

ในประเด็นความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของผู้ใต้บังคับบัญชานี้ ผู้เขียนเห็นว่าความรับผิดของผู้บังคับบัญชานี้เป็นความรับผิดเฉพาะอีกลักษณะหนึ่ง เพราะไม่ได้มุ่งลงโทษในการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของบุคคลนั้นโดยตรง แต่เป็นความรับผิดเนื่องจากการงดเว้นจากการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ไม่ว่าจะการงดเว้นกระทำการนั้นจะเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือโดยประมาทก็ตาม เนื่องจากผู้บังคับบัญชาที่จะมีความรับผิดตามมาตรา 28 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาและควบคุมอย่างแท้จริงเหนือผู้กระทำความผิดนั้น และต้องมีหน้าที่ต้องป้องกันหากรู้ถึงการที่ผู้ใต้บังคับบัญชาจะกระทำความผิดก่อนเกิดการกระทำความผิดขึ้นจริง หรือมีหน้าที่ลงโทษการกระทำดังกล่าวหากผู้บังคับบัญชารู้ถึงการกระทำความผิดภายหลังที่เกิดการกระทำความผิดขึ้นแล้ว

ดังนั้น แม้เจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จะเป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญ แต่ต้องถือว่าหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชานี้เป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งประสงค์ที่จะให้เกิดประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ เพราะหากไม่มีการบัญญัติหลักเรื่องความรับผิดของผู้บังคับบัญชาไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ย่อมทำให้ผู้บังคับบัญชาที่มีสถานะทางการอ้างเรื่องการขาดเจตนาพิเศษในการกระทำความผิด เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด อันเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่ไม่ต้องการให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้ ไม่ว่าจะบุคคลที่มีสถานะทางการหรือไม่ หลุดพ้นจากความรับผิดเพียงเพราะตนไม่ได้เป็นผู้ลงมือกระทำความผิดด้วยตนเอง

อย่างไรก็ตาม หากความรับผิดของผู้บังคับบัญชานั้นเกิดจากการสั่งการ (Order) ให้ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว ผู้บังคับบัญชานั้นจะต้องรับผิด

ต่อเมื่อเป็นการสั่งการโดยมีเจตนาพิเศษในการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์ เพราะการสั่งการถือเป็นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเองโดยตรงตามมาตรา 25 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ต่างจากความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 28 ที่ไม่ใช่ความรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำผิดของตนโดยตรง

ในทางกลับกัน ประเด็นที่ต้องพิจารณาควบคู่ไป คือ ความรับผิดชอบของผู้ใต้บังคับบัญชาที่เป็นผู้ปฏิบัติตามแผนหรือคำสั่ง ซึ่งมาตรา 33 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศบัญญัติว่า

“1. ข้อเท็จจริงที่ว่าอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลได้ถูกกระทำขึ้นตามคำสั่งของรัฐบาลหรือตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่ว่าฝ่ายทหารหรือพลเรือน ไม่สามารถยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา เว้นแต่

(เอ) บุคคลนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเชื่อฟังคำสั่งของรัฐบาลหรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

(บี) บุคคลนั้นไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ

(ซี) คำสั่งนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2. เพื่อประโยชน์ตามมาตรานี้ คำสั่งให้กระทำการล้า่งเผ่าพันธุ์มนุษย์หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยชัดแจ้ง”

หากเปรียบเทียบกับมาตรา 70 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ในกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นมิชอบด้วยกฎหมายและผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่าตนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น⁴⁷ โดยประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นเรื่องคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งอย่างมาตรา 33 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ในขณะที่มาตรา 122-4 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติว่า “บุคคลที่กระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา เว้นแต่การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง” กรณีตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนี้ เป็นเรื่องของคำสั่งของเจ้าพนักงานมิชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงกระทำตาม เช่นนี้เป็นลักษณะของการสำคัญผิดอีกรูปแบบหนึ่งที่ผู้กระทำไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา อย่างไรก็ดี หากคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง เช่น การสั่งให้ไปฆ่าผู้อื่น ผู้ทำตามคำสั่งจะอ้างว่าไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้ไม่ได้⁴⁸

⁴⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินท์ติ้ง, 2551), น.479.

⁴⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38, น.182.

จึงเห็นได้ว่าธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการรวมเอาหลักการที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของไทยและฝรั่งเศสเข้าด้วยกัน กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มีขอบ เช่นเดียวกับตามมาตรา 70 ประมวลกฎหมายอาญา และคำสั่งนั้นจะต้องไม่ใช่คำสั่งที่มีขอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ดังที่บัญญัติในมาตรา 122-4 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ซึ่งข้อยกเว้นเรื่องคำสั่งที่มีขอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งนี้ รวมถึงคำสั่งให้กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษยตามมาตรา 33 วรรคสอง ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อเป็นคำสั่งที่มีขอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งแล้ว ผู้ปฏิบัติตามคำสั่งที่ให้ไปล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จะอ้างว่าตนไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นมีขอบด้วยกฎหมายเพื่อยกเว้นความรับผิดไม่ได้

ถึงแม้ว่าธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศจะบัญญัติข้อช่องว่าง ไม่ให้ผู้ปฏิบัติตามคำสั่งให้กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ปฏิเสธความรับผิด โดยอ้างเรื่องการกระทำตามคำสั่งดังกล่าว แต่ก็มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ หากเป็นกรณีของผู้บังคับบัญชาวางแผนหรือสั่งการให้กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งผู้บังคับบัญชานั้นย่อมต้องมีเจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อย่างแน่นอน แต่ผู้ใต้บังคับบัญชาที่เป็นผู้ปฏิบัติการตามแผนหรือคำสั่งในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ดังกล่าว ต้องมีเจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ด้วยหรือไม่ หรือลำพังเพียงเจตนาธรรมดาในการกระทำอันเป็นการต้องห้ามลักษณะใดลักษณะหนึ่งก็เพียงพอที่จะถือว่าเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว ซึ่งลักษณะของเจตนาพิเศษของผู้ปฏิบัติตามคำสั่งมีความเห็นเป็นสองทาง

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า ความรับผิดของผู้ปฏิบัติการตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นให้พิจารณาจากหลักรู้ข้อเท็จจริง (Knowledge-Based Approach) กล่าวคือ หากผู้ลงมือฆ่าคนตายตามแผนการนั้นมีเจตนาฆ่า และรู้ว่าเป็นการทำตามแผนการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ก็เพียงพอที่จะถือว่าผู้ลงมือฆ่ามีความผิดฐานเป็นตัวการและมีเจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว⁴⁹ แต่มีผู้เห็นแย้งว่าความเห็นนี้เป็นการตีความขยายความเกินสมควร ซึ่งอาจทำลายความสำคัญของความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ลงได้⁵⁰

ความเห็นที่สอง เห็นว่า ความรับผิดของทหารหรือตำรวจผู้ปฏิบัติการตามแผนนั้นให้พิจารณาจากหลักการคำนึงถึงวัตถุประสงค์ (Propose-Based Approach) กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดแต่ละคน ไม่ว่าจะเป็นผู้บัญชาการทหารหรือทหารราบ ต่างต้องมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายกลุ่มหรือส่วน

⁴⁹ *Prosecutor v. Kayishema et al.* (Case No. ICTR-95-1-T), Judgment, 21 May 1999, para.533 and 535 อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนธิ, *เพ็งอ้าง*, น.48.

⁵⁰ *เพ็งอ้าง*, น.48.

หนึ่งของกลุ่มในขณะที่กระทำความผิด⁵¹ สำหรับผู้เขียนเห็นพ้องกับความเห็นที่สองนี้ เนื่องจากความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษของผู้กระทำความผิด เพื่อแยกการกระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงเช่นนี้ออกจากการกระทำความผิดอาชญากรรมตา หากผู้กระทำร้ายใดกระทำความผิดโดยขาดเจตนาพิเศษเพื่อล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว ย่อมไม่อาจลงโทษบุคคลนั้นในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้

อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้ความเห็นว่าปกติทหารรบต้องทำตามคำสั่ง โดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนาทำลายกลุ่มทั้งหมด และดูขัดต่อหลักการค้นหาเจตนาพิเศษของปัจเจกบุคคลผ่านการกระทำของเขา⁵² ซึ่งประเด็นเรื่องการมีส่วนร่วมในแผนการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ ศาลอาจต้องเผชิญกับทางเลือกที่ยากระหว่าง การยกฟ้องเพราะขาดหลักฐานที่แสดงถึงเจตนาพิเศษดังที่นิยามโดยทั่วไป กับการสกัดรูปแบบข้อเท็จจริงที่ไม่ชัดเจนนั้นให้กลายเป็นกระบวนทัศน์ของเจตนาพิเศษ ศาลจึงมักถูกโน้มน้าวให้พิจารณาหลักฐานโดยวิธีการอนุมานข้อเท็จจริงอย่างกว้าง เพื่อค้นหาสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาพิเศษ เช่น การแสดงให้เห็นเจตนาพิเศษ โดยการหาหลักฐานโดยวิธีผิดกฎหมาย (Evidentiary Backdoor)

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในการกระทำอื่นของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ศาลควรจะรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับเจตนาล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ให้ได้ข้อเท็จจริงเพียงพอว่า ผู้กระทำสนับสนุนการกำหนดเป้าหมายต่อสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง และรู้ว่าเป้าหมายดังกล่าวหรือผลที่จะเกิดจากการดำเนินการนั้นเป็นการทำลายกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน⁵³ วิธีการเช่นนี้เรียกว่า “หลักการรู้ข้อเท็จจริง” (Knowledge-Based Approach) ซึ่งใกล้เคียงกับหลักที่บัญญัติในมาตรา 30 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ตรงกันข้ามกับ “หลักการคำนึงวัตถุประสงค์” (Purpose-Based Approach) แต่มีผู้ให้ความเห็นโต้แย้งว่า หลักการคำนึงวัตถุประสงค์เกินกว่าสิ่งที่คาดเห็นในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948

องค์คณะอุทธรณ์ในคดี *Tadić* วางหลักในเรื่องนี้ไว้ 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ไม่ควรมีบุคคลใดต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งสืบเนื่องมาจากหลักความรับผิดชอบเป็นกลุ่ม (Collective Responsibility) ไม่เป็นที่ยอมรับอีก

⁵¹ Robert Cryer et al., An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Second Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p.223.

⁵² *Ibid*, p.226.

⁵³ Alexander K.A. Greenawalt, “Rethinking Genocidal Intent: the Case for A Knowledge-Based Interpretation,” Columbia Law Review 2259, Volume 99, p.2288 (1999).

ต่อไป หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ไม่ว่ากลุ่มใด ๆ ไม่ว่าจะกลุ่มชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มศาสนา ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของสมาชิกของกลุ่มซึ่งกระทำขึ้นโดยส่วนตัว และสมาชิกของกลุ่มก็ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำความผิดของผู้นำกลุ่มหรือสมาชิกอื่นของกลุ่ม หรือในการกระทำอื่นที่ตนไม่ได้มีส่วนร่วม กฎหมายอาญาสมัยใหม่ รวมถึงกฎหมายอาญาระหว่างประเทศรับรองหลักเรื่องความเป็นอิสระของบุคคล (Individual Autonomy) ซึ่งยอมรับว่าบุคคลมีอิสระในการแสดงเจตนาและมีความสามารถที่เป็นอิสระในการเลือกกระทำการ

ประการที่สอง บุคคลจะมีความรับผิดชอบทางอาญาต่อเมื่อบุคคลนั้นอาจถูกตำหนิได้สำหรับการละเมิดใด ๆ ต่อกฎหมายทางอาญา กล่าวคือ บุคคลจะมีความรับผิดชอบต่อเมื่อเขามีเจตนาร่วมกระทำ ความผิด หรือมีการละเว้นโดยจงใจหรือประมาทในการป้องกันหรือลงโทษในการกระทำ⁵⁴

หลักกฎหมายอาญาในปัจจุบันยกเลิกหลักความรับผิดชอบร่วมกันของของบุคคลที่เป็นสมาชิกของกลุ่มแล้ว และห้ามมิให้มีการลงโทษแบบเหมาเข่ง กล่าวคือ ห้ามมิให้อาโทษกับสมาชิกของกลุ่มบุคคลที่มีได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดนั้น หากการกระทำความผิดอาญานั้นเกิดขึ้นจากสมาชิกคนอื่นของกลุ่ม⁵⁵

ในคดี *Kayishema* ผู้ข่ามีเจตนาาร่วมกันที่จะทำลายล้างกลุ่มชาติพันธุ์ และนาย Kayishema เป็นผู้มิบทบาทสำคัญในการทำให้แผนการดังกล่าวนี้เป็นจริง อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี *Krstić* ให้ความเห็นว่า ในการร่วมกันก่ออาชญากรรมเช่นนั้นต้องแสดงให้เห็นเจตนาในการทำลาย ในขณะที่เดียวกันผู้กระทำความผิดแต่ละคนต้องมีเจตนาในการกระทำการนั้น⁵⁶

ตัวอย่างอีกหนึ่งกรณีหนึ่ง คือ คณะกรรมการไต่สวนข้อเท็จจริงกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและสิทธิมนุษยชนในดาร์ฟูร์ เห็นว่า นโยบายในการโจมตี (Attacking) การฆ่า และการบังคับโยกย้ายสมาชิกของชนเผ่า (Tribe) ในดาร์ฟูร์ ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงเจตนาพิเศษในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่เป็นเจตนาที่จะผลักดันเหยื่อออกจากที่อยู่อาศัยของพวกเขาโดยมีจุดประสงค์ในการทำสงครามต่อต้านความไม่สงบมากกว่า ถึงแม้จะมีองค์ประกอบภายนอกในการกระทำ ทั้งการกระทำที่ต้องห้ามและการมีอยู่ของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง แต่ไม่ปรากฏเจตนาพิเศษ

⁵⁴ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp.136-137.

⁵⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20*, น.12-13.

⁵⁶ *Prosecutor v. Krstić* (Case No. IT-98-33-T), Judgment, 2 August 2001, para.549.

ดังนั้น คณะกรรมการจึงเห็นว่ารัฐบาลชูดานไม่ได้ดำเนินการตามนโยบายในการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์⁵⁷ แต่ข้อค้นพบของคณะกรรมการไต่สวนนี้ไม่ผูกพันศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะอัยการได้ยื่นฟ้องต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นเมื่อปี 2009 ในการออกหมายจับประธานาธิบดี *Al Bashir* โดยกล่าวหาว่าเขากระทำความผิดหลายฐาน รวมถึงการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่องค์คณะพิจารณาเบื้องต้นปฏิเสธการออกหมายจับในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ คงอนุญาตเฉพาะความผิดฐานอาชญากรรมสงครามและความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

กล่าวโดยสรุป คือ ในเรื่องความรับผิดของผู้บังคับบัญชา นั้น หากเป็นความรับผิดเนื่องจากการกระทำของตนโดยตรง คือ การสั่งการให้ไปกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว ผู้บังคับบัญชานั้นต้องกระทำโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่ถ้าเป็นกรณีความรับผิดของผู้บังคับบัญชา เนื่องมาจากการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาแล้ว ผู้บังคับบัญชาไม่จำเป็นต้องกระทำโดยมีเจตนาพิเศษ เพราะเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติเป็นพิเศษ เพียงแต่ต้องเข้าตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเท่านั้น

หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติความรับผิดของผู้บังคับบัญชาต่อการกระทำความผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาไว้โดยตรง ดังนั้น หากจะพิจารณาความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายอาญาของไทยแล้ว คงมีเพียงความรับผิดฐานละเว้นหรือปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริตตามมาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา⁵⁸ เท่านั้น ซึ่งการกระทำความผิดตามมาตรา 157 ต้องเป็นการกระทำโดยมีเจตนาพิเศษ คือ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือโดยทุจริต ซึ่งหากพิจารณาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่ไม่ได้กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาต้องมีเจตนาพิเศษแต่อย่างใด เพียงแค่ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ป้องกันหรือลงโทษ แต่กลับไม่ดำเนินการตามหน้าที่ ผู้บังคับบัญชาก็มีความรับผิดตามหลักการดังกล่าวแล้ว

⁵⁷ Robert Cryer et al., *supra* note 51, p.225.

⁵⁸ มาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

4.7 ปัญหาเรื่องการลงโทษกับหลักความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ

กฎหมายอาญาระหว่างประเทศมีหลักสำคัญอีกประการหนึ่งนอกจากหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา คือ หลักความไม่เกี่ยวข้องของสถานะทางการ (Irrelevance of Official Capacity) หมายความว่า บุคคลที่มีสถานะทางการ เช่น ประมุขของรัฐ หรือหัวหน้าคณะรัฐบาล ไม่อาจอ้างสถานะทางการดังกล่าวเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบหรือลดหย่อนโทษได้ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศบังคับใช้กับทุกคนอย่างเสมอภาคโดยไม่เลือกปฏิบัติ หากผู้ใดกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศแล้วย่อมต้องรับผิดชอบ โดยไม่อาจยกสถานะทางการขึ้นมาอ้างเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบหรือลดหย่อนโทษได้ หลักการนี้ปรากฏในมาตรา 27 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ประเด็นเรื่องสถานะทางการนี้เกี่ยวพันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้กับหลักเรื่อง “ความคุ้มกัน” (Immunity) ซึ่งหมายถึง สถานะพิเศษที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจหรือรับเคราะห์กรรมบางอย่างตามกฎหมาย ความคุ้มกันถือเป็นสิทธิพิเศษอย่างหนึ่ง ซึ่งมีใช้สิทธิมูลฐานหรือสิทธิที่บุคคลพึงมีตามธรรมชาติ แต่เป็นสิทธิของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลบางประเภทที่ได้รับการยกเว้นจากการใช้อำนาจของรัฐเจ้าของดินแดนภายใต้ขอบเขตความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับหน้าที่ของคู่กรณีอีกฝ่าย ในที่นี้จะขอกล่าวถึงความคุ้มกันใน 4 ลักษณะ ได้แก่

4.7.1 ความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity)

หมายถึง การที่รัฐจะไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐอื่น รวมถึงอำนาจศาลของรัฐอื่นด้วย ดังนั้น รัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจศาลตนเหนือรัฐอื่นได้ กล่าวคือ รัฐจะพิจารณาพิพากษา รัฐอื่นโดยที่รัฐนั้นไม่ยินยอมไม่ได้ หรือรัฐหนึ่งไม่สามารถได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยอีกรัฐหนึ่งได้ (*par in parem non habet jurisdictionem*)⁵⁹ เพราะฉะนั้น รัฐจึงไม่อาจฟ้องรัฐอื่นต่อศาลภายในของรัฐตนได้ ซึ่งหลักเรื่องความคุ้มกันของรัฐนี้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ทุกประเทศยอมรับ

หลักเรื่องความคุ้มกันของรัฐนี้มีที่มาจากหลักเรื่องอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) และความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันระหว่างรัฐ มีผู้อธิบายว่า อำนาจอธิปไตยหมายถึง ความสามารถที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง และเป็นเอกราชจากอำนาจใดที่

⁵⁹ ปรีชา เอี่ยมสุทธา, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ภาคสันติ*, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), น.125.

เหนือกว่า แต่มิใช่เป็นเอกราชตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁶⁰ โดยอำนาจอธิปไตยเป็นสิทธิที่เป็นรากฐานของรัฐ ซึ่งรัฐมีสิทธิที่จะเป็นเอกราช กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยหนึ่งจะไม่ตกอยู่ในการพิจารณาของอีกอำนาจอธิปไตยหนึ่ง เพราะอำนาจอธิปไตยมีฐานะเท่ากัน ซึ่งตามทฤษฎีความเท่าเทียมกันแห่งรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐหนึ่งจึงไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยของตนเหนือรัฐอื่นได้ เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดเด็ดขาดในตัวเอง และไม่มีอำนาจอื่นใดจะมาจำกัดหรือลดทอนลงไปได้

กล่าวโดยสรุป คือ รัฐมีอำนาจอธิปไตย จึงมีความเป็นอิสระ (Freedom) มีความเท่าเทียมกัน (Equality) และไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐอื่น (Independence) ดังจะเห็นได้ว่าแม้แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศหรือศาลระหว่างประเทศอื่น ๆ ก็ไม่อาจมีเขตอำนาจเหนือรัฐได้ ถ้ารัฐเหล่านั้นไม่แสดงการยอมรับเขตอำนาจศาล ไม่ว่าโดยการเข้าเป็นภาคีในธรรมนูญศาลหรือการประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลฝ่ายเดียวก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาปัญหาเรื่องความคุ้มกันกับการลงโทษความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นี้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องหลักความคุ้มกันของรัฐ เพราะโดยสภาพแล้วรัฐไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ แต่จะเป็นการพิจารณาถึงผู้ที่มีความคุ้มกันโดยเด็ดขาดกรณีอื่น เช่น กรณีประมุขของรัฐ หรือหัวหน้าคณะรัฐบาลไม่ว่าของรัฐใด

4.7.2 ความคุ้มกันของประมุขของรัฐ (Head of State Immunity)

ความคุ้มกันลักษณะนี้สืบเนื่องมาจากความคุ้มกันของรัฐ เนื่องจากประมุขของรัฐเปรียบเสมือนเป็นผู้แทนของรัฐ ประมุขของรัฐจึงมีหรือได้มาซึ่งความคุ้มกันอย่างสมบูรณ์ แม้สำหรับการกระทำที่เข้าไปในฐานะเอกชน (Private Capacity) ความคุ้มกันนี้ได้มาจากสถานะความเป็นประมุขของรัฐที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐหรือความเป็นองค์รัฐอธิปไตย มิใช่ได้มาโดยสภาพบุคคลของตัวประมุขของรัฐเอง

อย่างไรก็ตาม ความคุ้มกันของประมุขของรัฐมีข้อยกเว้น โดยแนวความคิดและทางปฏิบัติของประเทศในระบบซีวิลลอว์ถือหลักว่า ความคุ้มกันต้องเป็นกรณีที่ประมุขของรัฐปฏิบัติหน้าที่ในฐานะรัฐอธิปไตยเท่านั้น จึงจะได้รับความคุ้มกัน ถ้าปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเอกชนจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกัน ส่วนในเรื่องทรัพย์สิน เฉพาะทรัพย์สินที่ใช้ในกิจการของรัฐเท่านั้น จึงจะได้รับความ

⁶⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และจตุรนต์ ธีระวัฒน์, “อำนาจอธิปไตยกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดย Luzius WILDHABER,” วารสารนิติศาสตร์ 170, ฉบับที่ 4, ปีที่ 16, น.194 (ธันวาคม 2529).

คุ้มกัน แต่ในประเทศกลุ่มคอมมอนลอร์ยังไม่มีแนวทางปฏิบัติที่แน่นอน เพราะในบางกรณีประมุขของรัฐปฏิบัติหน้าที่ในฐานะส่วนตัวก็ยังคงได้รับความคุ้มกัน⁶¹

ดังที่กล่าวไปในข้างต้นว่า ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาหากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ คือ มาตรา 27 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีความว่า

“1. ให้ใช้ธรรมนูญฉบับนี้บังคับต่อบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ บนพื้นฐานของสถานะทางการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สถานะทางการในฐานะประมุขของรัฐ ผู้นำรัฐบาล สมาชิกของรัฐบาลหรือรัฐสภา ผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้ง หรือเจ้าหน้าที่รัฐบาล ไม่ได้รับการยกเว้นจากความรับผิดชอบอาญาตามธรรมนูญฉบับนี้ไม่ว่ากรณีใด และจะไม่เป็นมูลเหตุลดหย่อนโทษ

2. ความคุ้มกันหรือระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความพิเศษซึ่งอาจติดอยู่กับสถานะทางการของบุคคล ไม่ว่าจะตามกฎหมายภายในของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ต้องไม่ขัดขวางการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเหนือบุคคลเช่นว่า”

หากพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้วพบว่าบทบัญญัตินี้ไม่มีผลกระทบกับความคุ้มกันของรัฐ เพราะศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจเหนือรัฐ และไม่มีผลกระทบกับกรณีของสมาชิกรัฐสภา หรือผู้แทนทางการทูตและกงสุล เพราะความคุ้มกันทั้งสองประเภทเป็นความคุ้มกันที่ไม่เด็ดขาด ซึ่งสามารถเพิกถอนหรือจำกัดได้ จึงไม่เป็นกรณีปัญหาหากประเทศไทยต้องการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ประเด็นเรื่องความคุ้มกันที่น่าจะเป็นปัญหาต่อการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ คือ ความคุ้มกันของประมุขของรัฐ เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับบัญญัติให้องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ และผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้⁶² หรือ “หลัก The King Can Do No Wrong” หมายความว่า

⁶¹ ภาสกร ชุณหะวัณ, “เอกสิทธิ์และความคุ้มครองกันประมุขของรัฐ,” ใน อาจารย์ชูชาติ: หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, บรรณาธิการโดยพนม เอี่ยมประยูร (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538) น.364.

⁶² หากพิจารณาลักษณะบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เกี่ยวกับสถานะของพระมหากษัตริย์ที่ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ และผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้ อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ยุค กล่าวคือ

หากพระมหากษัตริย์ทรงกระทำในฐานะเป็นประมุขของรัฐ จะต้องเป็นผู้ที่รับผิดชอบการกระทำนั้นแทนพระองค์ คือ ต้องมี “ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ” แต่หากการกระทำดังกล่าวไม่ใช่การกระทำในฐานะประมุขของรัฐ ย่อมอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ ซึ่งหากพิจารณาเช่นนี้แล้ว จะเห็นว่าโดยหลักแล้วพระมหากษัตริย์จะต้องไม่กระทำการใด ๆ โดยพระองค์เอง ผู้ที่กระทำการ คือ ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการที่ตนลงนามรับสนองพระบรมราชโองการนั้น พระมหากษัตริย์จึงไม่อาจมีความรับผิดชอบใด ๆ เพราะพระมหากษัตริย์ไม่ได้ทรงกระทำการใด ดังนั้น หากเกิดกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงกระทำการในฐานะประมุขของรัฐ และการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือต้องขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น การประกาศสงคราม บุคคลที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าว คือ ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ โดยพระมหากษัตริย์ไม่มีความเกี่ยวข้องใดที่ต้องรับผิดชอบหรือเข้าสู่การพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้น บทบัญญัติว่าด้วยการห้ามกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงไม่ได้ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 27 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแต่อย่างใด

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Case Concerning the Arrest Warrant* วินิจฉัยว่า ความคุ้มกันมิใช่การห้ามการลงโทษ (Impunity) ความคุ้มกันจากเขตอำนาจในการดำเนินคดีอาญากับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลนั้นเป็นเรื่องที่แยกออกจากกัน เพราะในขณะที่เรื่องความคุ้มกันมีลักษณะเป็นเรื่องทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ แต่ความรับผิดชอบทางอาญาเป็นเรื่องทางกฎหมายสารบัญญัติ ความคุ้มกันของบุคคลส่งผลให้ไม่อาจนำบุคคลที่มีความคุ้มกันนั้นไป

ยุคแรก คือ ระหว่างการบังคับใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งตามมาตรา 6 ปรากฏข้อความว่า “กษัตริย์จะถูกฟ้องร้องคดีอาชญาในศาลไม่ได้ เป็นหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรจะวินิจฉัย”

ยุคที่สอง คือ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ซึ่งบัญญัติเพียงว่า “องค์พระมหากษัตริย์ดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้”

ยุคที่สาม คือ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมา จนถึงปัจจุบัน ซึ่งปรากฏบทบัญญัติทั้ง “องค์พระมหากษัตริย์ดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้” และ “ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดๆ มิได้”

โปรดดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, “องค์กษัตริย์ไม่อาจถูกละเมิดได้ คืออะไร?” 1 ฟ้าเดียวกัน 44, น.60-64 (มกราคม-มิถุนายน 2555).

ดำเนินคดีได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าความรับผิดของบุคคลนั้นหมดไปด้วย เพราะเมื่อใดก็ตามที่บุคคลดังกล่าวไม่ได้รับความคุ้มกันแล้ว บุคคลนั้นก็จะต้องมีความรับผิดทางอาญา อยู่นั่นเอง⁶³ ซึ่งอาจเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

1. บุคคลนั้นถูกนำตัวขึ้นศาลอาญาในรัฐของตนเองตามหลักเกณฑ์ภายในของรัฐ
นั้นเอง
2. เมื่อรัฐที่บุคคลนั้นถือสัญชาติได้สละความคุ้มกัน และยอมให้รัฐอื่นดำเนินคดีกับ
บุคคลนั้นได้
3. เมื่อบุคคลนั้นได้พ้นจากตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรีต่างประเทศแล้ว ย่อมไม่อาจมี
ความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศในรัฐอื่นได้อีกต่อไป บุคคลนั้นจึงอาจถูกนำตัวขึ้นศาลของรัฐที่
มีเขตอำนาจภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ สำหรับการกระทำความผิดของบุคคลนั้นในช่วงก่อน
หรือหลังการดำรงตำแหน่งนั้น รวมถึงการกระทำส่วนตัวในขณะดำรงตำแหน่ง
4. รัฐมนตรีหรืออดีตรัฐมนตรีระหว่างประเทศอาจถูกนำตัวขึ้นศาลอาญาระหว่าง
ประเทศที่มีเขตอำนาจได้

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวบางส่วนมีความเห็นแย้งว่า การที่ผู้
พิพากษาเสียงข้างมากไม่แยกประเด็นระหว่างการกระทำในหน้าที่กับการกระทำส่วนตัวไม่สะท้อนถึง
ทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ และไม่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาเดิมที่ยึดถือหลักการแบ่งแยกความคุ้ม
กันในหน้าที่ (Functional Immunity) กับความคุ้มกันส่วนตัวบุคคล (Personal Immunity) อีกทั้ง
ยังไม่สอดคล้องกับธรรมเนียมศาลอาญาระหว่างประเทศอีกหลายฉบับ รวมถึงธรรมเนียมกรุงโรมว่าด้วย
ศาลอาญาระหว่างประเทศ นอกจากนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านเองก็ไม่เห็นด้วยกับคำ
พิพากษานี้ เนื่องจากคำพิพากษานี้แทนที่จะลงโทษผู้นำหรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของประเทศ
ที่ละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน กลับไปคุ้มครองบุคคลดังกล่าวโดยการใช้หลักความคุ้มกันอย่าง
เคร่งครัดแก่ประมุขของรัฐและรัฐมนตรีต่างประเทศ ทั้งที่บุคคลนั้นถูกกล่าวหาในข้อหาร้ายแรงอย่าง
การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แนวคำพิพากษาเช่นนี้จึงทำให้เกิดผลเสียต่อ
พัฒนาการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอย่างมาก⁶⁴

⁶³ *Case Concerning the Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, 11 April 2000, para.60-61.

⁶⁴ Antonio Cassese, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case," European

4.7.3 ความคุ้มกันทางการทูตและกงสุล (Diplomatic Immunity and Consular Immunity)

ความคุ้มกันทางการทูตและกงสุลเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้รับรองหลักนี้เช่นกันตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 และพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูตและอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลตามลำดับ โดยพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับต่างกำหนดว่า เอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตและกงสุล อาจถูกเพิกถอนหรือถูกจำกัดเสียทั้งหมดหรือบางส่วนได้ตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ ตามประเพณีปฏิบัติทางการทูตหรือทางกงสุล หรือตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับ แสดงให้เห็นว่าความคุ้มกันทางการทูตและกงสุลมีลักษณะไม่เด็ดขาด เพราะอาจถูกเพิกถอนและจำกัดได้ จึงไม่น่าส่งผลกระทบต่อการดำเนินคดีในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ หากประเทศไทยมีบทบัญญัติความผิดดังกล่าวแล้ว

4.7.4 ความคุ้มกันของสมาชิกรัฐสภา

ความคุ้มกันของสมาชิกรัฐสภาของประเทศไทยเริ่มมีตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย⁶⁵ โดยที่มาของหลักการเรื่องความคุ้มกันและเอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐสภา คือ เพื่อป้องกันการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภาว่าจะไม่ถูกก้าวร้าวโดยผู้ใดทั้งสิ้น ส่วนเหตุผลที่ยอมรับเรื่องความคุ้มกันนั้น ก็เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารแก้งับกุมคุมขังสมาชิกรัฐสภาในระหว่างสมัยประชุม และเพื่อให้สมาชิกรัฐสภาได้มาปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ตามปกติ⁶⁶

Journal of International Law 13, p.853 (2002) และดู ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 รัฐ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น.49.

⁶⁵ มาตรา 17 พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 บัญญัติว่า

“การฟ้องร้องสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรเป็นคดีอาชญากรรมจะต้องได้รับอนุญาตจากสภาก่อนศาลจึงจะรับฟ้องได้”

⁶⁶ วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2523), น.248.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งบังคับใช้ในปัจจุบันก็บัญญัติเรื่องความคุ้มกันของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งทำหน้าที่แทนสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา โดยบัญญัติในมาตรา 18 วรรคท้าย ว่า

“ในกรณีที่สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติถูกควบคุมหรือขัง ให้ส่งปล่อยเมื่อประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติร้องขอ หรือในกรณีถูกฟ้องในคดีอาญา ให้ศาลพิจารณาคดีต่อไปได้ เว้นแต่ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติร้องขอให้งดการพิจารณาคดี”

เดิมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติเรื่องความคุ้มกันของสมาชิกรัฐสภาไว้ในมาตรา 131 วรรคแรก ว่า

“ในระหว่างสมัยประชุม ห้ามมิให้จับ คุมขัง หรือหมายเรียกตัว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ไปทำการสอบสวนในฐานะที่สมาชิกผู้นั้นเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา เว้นแต่ในกรณีที่ได้รับอนุญาตจากสภาที่ผู้นั้นเป็นสมาชิก หรือในกรณีที่จับในขณะที่กระทำความผิด”

อย่างไรก็ตาม เช่นเดียวกันกับความคุ้มกันทางการทูตและกงสุล ความคุ้มกันของสมาชิกรัฐสภานี้ไม่ใช่ความคุ้มกันที่เด็ดขาด เพราะความคุ้มกันนี้อาจถูกเพิกถอนได้ ถ้าได้รับอนุญาตจากสภาที่ผู้นั้นเป็นสมาชิก หรือเป็นการจับในความผิดซึ่งหน้า

ดังที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า หากประเทศไทยบัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดแล้ว เมื่อพบผู้กระทำความผิดในประเทศไทย หรือเกิดการกระทำความผิดขึ้นในประเทศไทย ประเทศไทยย่อมมีอำนาจลงโทษหรือส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปลงโทษในรัฐอื่นตามหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ โดยบุคคลดังกล่าวไม่อาจอ้างสถานะทางการหรือความคุ้มกัน เพื่อไม่ให้ตนต้องถูกพิจารณาคดีและลงโทษได้ นอกจากนี้ ความคุ้มกันยังเป็นสิ่งที่ยึดโยงกับตำแหน่ง มิใช่ตัวบุคคล ดังนั้น เมื่อผู้กระทำความผิดที่ดำรงตำแหน่งเหล่านั้นพ้นจากตำแหน่งแล้ว ย่อมถูกนำตัวมาลงโทษได้เช่นบุคคลทั่วไป

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรง และเป็นสิ่งที่ไม่ควรเกิดขึ้น ไม่ว่า ณ ที่ใดในโลก อีกทั้งยังเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมากเป็นวงกว้าง จึงเป็นหน้าที่ของทุกรัฐในการปราบปรามและลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าว และไม่ควรเกิดกรณีที่รัฐใช้ข้ออ้างเรื่องการไม่มีทบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามกฎหมายภายใน เพื่อไม่ลงโทษเมื่อพบการกระทำความผิดหรือพบตัวผู้กระทำความผิดภายในรัฐ หรือไม่ส่งตัวผู้กระทำความผิดไปลงโทษในรัฐอื่นตามหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เนื่องจากขัดหลักความผิดสองรัฐ

ดังนั้น การที่ประเทศไทยไม่อาจลงโทษหรือส่งตัวผู้กระทำความผิดไปลงโทษในรัฐอื่น เนื่องจากไม่มีทบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ นอกจากจะเป็นการไม่ให้ความร่วมมือกับประชาคมระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว ยังเป็นการสนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวโดยอ้อมด้วย กล่าวคือ การที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายภายในกำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิด ย่อมทำให้ประเทศไทยกลายเป็นจุดหมายในการเข้ามาหลบซ่อนตัวของผู้กระทำความผิด เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกลงโทษโดยรัฐที่มีเขตอำนาจ เมื่อเป็นเช่นนี้เจตนาธรรมณ์ในการป้องกันและปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ย่อมไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแท้จริง เพราะเพียงผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในรัฐอื่นเข้ามาซ่อนตัวในรัฐที่ไม่ได้กำหนดให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิด เช่น ประเทศไทย ก็อาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ทำให้ผู้กระทำความผิดขาดความเกรงกลัวในการกระทำความผิด เพราะคาดเห็นว่าตนอาจไม่ถูกลงโทษจากการกระทำความผิดดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม หรือลักษณะการกระทำอื่น ๆ ซึ่งเป็นหลักการเฉพาะของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย เช่น การสมคบกระทำความผิด ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ซึ่งเห็นได้ชัดว่าประเทศไทยไม่อาจลงโทษการกระทำความผิดเหล่านี้ด้วยตนเอง และไม่อาจส่งตัวผู้กระทำความผิดไปลงโทษในรัฐอื่นที่ร้องขอได้อย่างแน่นอน

ถึงแม้ว่าหากพิจารณาอย่างผิวเผินอาจเกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนได้ว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามกฎหมายไทยอยู่แล้ว ดังที่เคยพบคำแปลของคำว่า Genocide ว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ซึ่งทำให้เกิดการตีความว่า การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวล

กฎหมายอาญา แต่หากพิจารณาให้ดีแล้วพบว่านิยามการล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์ ค.ศ. 1948 มีความหมายที่กว้างกว่าการฆ่าโดยทั่วไป เพราะยังรวมถึงการกระทำอื่น ๆ คือ การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม การกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม และการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น ซึ่งการกระทำบางลักษณะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญา นอกจากนี้ การล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์ยังต้องการเจตนาพิเศษยิ่งกว่าเจตนาธรรมดา นั่นคือ เจตนาทำลายความเป็นกลุ่ม ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของการล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์ และเป็นข้อแตกต่างระหว่างการล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์กับความผิดอาญาธรรมดาอื่น ๆ ที่แม้ว่าจะมีลักษณะการกระทำใกล้เคียงกับการล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์ เช่น การฆ่าบุคคลจำนวนมาก แต่เนื่องจากการฆ่าบุคคลจำนวนมากโดยทั่วไปแล้ว ผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาที่จะทำลายความเป็นกลุ่มของบุคคลเหล่านั้น การกระทำดังกล่าวจึงไม่เป็นการล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์แต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากประเทศไทยจะลงโทษการกระทำความผิดฐานล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์ โดยปรับใช้บทบัญญัติความผิดที่มีอยู่ เนื่องจากมีบทบัญญัติความผิดในประมวลกฎหมายอาญาหลายมาตราที่คล้ายคลึงกับลักษณะการกระทำความผิดฐานล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่มีลักษณะการกระทำที่เหมือนกันอย่างชัดเจน เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 และมาตรา 289 ซึ่งเป็นความผิดในลักษณะเดียวกับการฆ่าสมาชิกของกลุ่ม ความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 ซึ่งเป็นความผิดลักษณะเดียวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม รวมทั้งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 277 ซึ่งมีการตีความว่าอาจเป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม การจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม หรือการกำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่มก็ได้ ขึ้นอยู่กับลักษณะการข่มขืนดังกล่าว หรือกรณีที่มีลักษณะการกระทำใกล้เคียงกับความผิดบางฐานที่มีอยู่ เช่น ความผิดฐานปลอมปนอาหาร ยา หรือเครื่องอุปโภคอื่นตามมาตรา 236 ถึงมาตรา 237 ซึ่งเข้าลักษณะของการกระทำโดยจงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายกลุ่ม หรือการการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น ซึ่งอาจตีความว่าเป็นความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 หรือความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 ถึงมาตรา 320 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าเจตนาพิเศษในการทำลายกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง อาจถือว่าเป็นเพียงมูลเหตุจูงใจที่ไม่ใช่องค์ประกอบความผิด ทำให้ศาลสามารถลงโทษการล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามบทบัญญัติเหล่านี้ได้ก็ตาม แต่การปรับใช้บทบัญญัติเหล่านี้กับความผิดฐานล้าส่วงเผ่าพันธุ์มนุษย์อาจไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์

ของกฎหมาย เนื่องจากผู้ร่างไม่ได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ใช้บทบัญญัติเหล่านี้เพื่อลงโทษการกระทำ ความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศยังกำหนดบทบัญญัติพิเศษอื่น ๆ เช่น หลักการไม่บังคับใช้อายุความ ซึ่งบทบัญญัติเรื่องอายุความตามกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่ สอดคล้องกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญากำหนดอายุความ สำหรับความผิดทุกฐานโดยใช้อัตราโทษเป็นเกณฑ์ และกำหนดอายุความสูงสุดเพียง 20 ปี หรือหลัก ความรับผิดของผู้บังคับบัญชา ซึ่งประเทศไทยยังไม่ปรากฏความรับผิดในลักษณะนี้ จึงลงโทษผู้กระทำ ได้เพียงความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เช่น มาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา แต่บทบัญญัติ ดังกล่าวกำหนดเจตนาพิเศษของผู้กระทำ คือ ต้องมีเจตนาให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือต้อง มีเจตนาทุจริต ซึ่งต่างจากความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่ไม่ได้กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาต้องมีเจตนาในการล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญเลย เนื่องจากความรับผิด ดังกล่าวเป็นความรับผิดเฉพาะ ซึ่งไม่ได้ลงโทษเพราะบุคคลนั้นกระทำความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ โดยตรง แต่ลงโทษเนื่องจากบุคคลดังกล่าวมีอำนาจบังคับบัญชาผู้ที่กระทำความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืน รัฐธรรมนูญ แต่กลับเพิกเฉยไม่ป้องกันหรือลงโทษผู้กระทำความผิด

ปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ อัตราโทษสูงสุดที่บังคับใช้ในประเทศไทยในปัจจุบัน คือ โทษ ประหารชีวิต ต่างจากธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่กำหนดอัตราโทษสูงสุดเพียงโทษจำคุก ตลอดชีวิต เนื่องจากการประหารชีวิตขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิ่งที่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่าง ประเทศมุ่งคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยยังคงบังคับใช้โทษประหารชีวิตอยู่ ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยต้องกำหนดโทษประหารชีวิตในความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญด้วย เพราะหากกำหนด อัตราโทษเพียงจำคุกตลอดชีวิตอย่างเช่นในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ อาจเกิดความลักลั่นใน การบังคับใช้กฎหมายได้ เนื่องจากความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ซึ่งเป็นเพียงการกระทำต่อบุคคลคนเดียว กฎหมายยังกำหนดอัตราโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต แต่การกระทำความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญที่อาจ เป็นการฆ่าบุคคลจำนวนมาก กฎหมายกลับกำหนดอัตราโทษสูงสุดเพียงจำคุกตลอดชีวิต ย่อมทำให้ ผู้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นรู้สึกถูกเลือกปฏิบัติ และผู้เสียหายอาจเกิดความรู้สึกที่ว่าตนไม่ได้รับความ เป็นธรรม นอกจากนี้ เจตนารมณ์ของการลงโทษในความผิดฐานนี้ คือ การลงโทษบุคคลด้วยมาตรการที่ รุนแรงที่สุดเท่าที่รัฐจะสามารถกระทำได้ตามกฎหมาย แม้ว่าจะเป็นโทษประหารชีวิตก็ตาม เพราะ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเปิดช่องให้รัฐสามารถลงโทษประหาร ชีวิตในคดีอุกฉกรรจ์ได้ ซึ่งความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญถือเป็นคดีอุกฉกรรจ์ตามความหมายนี้แล้ว

จึงเห็นได้ว่าการที่ประเทศไทยไม่บัญญัติให้การล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญเป็นความผิดตาม กฎหมายไทย ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล้าแก่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ รวมทั้งไม่

สามารถส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปลงโทษในรัฐอื่นในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้ อีกทั้งหากจะลงโทษตามบทบัญญัติกฎหมายเท่าที่มีอยู่ ย่อมเป็นการลงโทษที่ไม่เหมาะสมกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกจากนี้ ยังทำให้ประเทศไทยอาจกลายเป็นที่หลบซ่อนหรือเป็นแหล่งพักพิงของบรรดาผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์จากรัฐอื่น ซึ่งส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ของประเทศไทยในสายตาประชาคมระหว่างประเทศ เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมเป็นการไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่ต้องผูกพันตามบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งเป็นบทกฎหมายบังคับเด็ดขาด และยังไม่สอดคล้องกับหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของประเทศไทยในฐานะสมาชิกประชาคมระหว่างประเทศอีกด้วย ดังนั้น ประเทศไทยไม่ควรเพิกเฉยต่อปัญหาดังกล่าว และควรบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดดังเช่นในหลายประเทศ

จากการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศ ทั้งเยอรมนี ฝรั่งเศส ฟิลิปปินส์ สหรัฐอเมริกา และเอธิโอเปีย ต่างบัญญัตินิยามและลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากประเทศไทยจะบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ก็ควรยึดนิยามตามที่กำหนดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเช่นกัน เพราะนิยามดังกล่าวเป็นที่ยอมรับของรัฐต่าง ๆ โดยทั่วไป ซึ่งหากมีการร้องขอให้ส่งตัวผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน จะได้ไม่เกิดข้อขัดแย้งเรื่องการตีความลักษณะความผิดว่าสอดคล้องกับหลักความผิดสองรัฐหรือไม่ นอกจากนี้ หากประเทศไทยกำหนดนิยามลักษณะอื่นที่ไม่ได้รับการยอมรับแล้ว อาจเกิดการไม่ยอมรับบทบัญญัติดังกล่าวทั้งจากรัฐอื่นหรือจากประชาชนชาวไทยเอง และหากมีการลงโทษบุคคลตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็อาจเกิดการวิพากษ์วิจารณ์ได้

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติอย่างชัดเจนว่าการกระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อาจเกิดจากการกระทำของบุคคลใดก็ได้ รวมทั้งผู้ที่เป็สมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองเอง เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการตีความว่าการล้างเผ่าพันธุ์ตนเอง (Auto-Genocide) ไม่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ เนื่องจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำของบุคคลใด ย่อมมีความร้ายแรงและส่งผลเสียหายไม่ต่างกัน และผู้เขียนยังเห็นว่าประเทศไทยควรคุ้มครองกลุ่มทางเพศเพิ่มเติมจากกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองเดิม เนื่องจากกลุ่มทางเพศมีลักษณะคล้ายคลึงกับกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองกลุ่มอื่น ๆ และมีปัญหาเรื่องการกระทำต่อกลุ่มทางเพศที่เคยเกิดขึ้นในอดีต แต่กลับยังไม่มีข้อกำหนดให้ความคุ้มครองกลุ่มดังกล่าวอย่างชัดเจน

สำหรับรูปแบบกฎหมายที่ประเทศไทยควรนำมาใช้ หากประเทศไทยจะบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติเฉพาะ มากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญา เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญาจะมีความยุ่งยากซับซ้อนกว่าการบัญญัติในพระราชบัญญัติเฉพาะ เนื่องจาก

ประมวลกฎหมายเป็นการรวบรวมบทกฎหมายต่าง ๆ ในเรื่องเดียวกันเข้าไว้ด้วยกัน และมีการเท่าความถึงกัน ดังนั้น หากจะแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา นอกจากต้องพิจารณาว่าจะบัญญัติให้ความผิดฐานล้าแก่พินธุ์มนุษย์อยู่ในลักษณะหรือหมวดใดของประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังต้องพิจารณาบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เป็นหลักการทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาว่า สอดคล้องกับหลักการล้าแก่พินธุ์มนุษย์ที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศหรือไม่ หากมีส่วนใดไม่สอดคล้องก็มีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขให้สอดคล้อง แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังต้องใช้บังคับกับความผิดฐานอื่นอีกด้วย การแก้ไขจึงต้องไม่กระทบกับบทบัญญัติความผิดเดิมที่มีอยู่แล้ว จึงมีความยุ่งยากซับซ้อนกว่าการบัญญัติการบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะ

นอกจากนี้ การบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะยังทำให้ผู้ร่างสามารถกำหนดวิธีพิจารณาคดีในความผิดฐานล้าแก่พินธุ์มนุษย์ไว้เป็นพิเศษ เพื่อให้กระบวนการในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณามีความละเอียด รอบคอบ และรัดกุม ยิ่งกว่าการพิจารณาคดีอาญาทั่วไป รวมทั้งยังสามารถกำหนดหลักเรื่องความไม่เกี่ยวข้องของสถานะทางการหรือการห้ามอ้างเรื่องความคุ้มกันในการดำเนินคดีความผิดฐานล้าแก่พินธุ์มนุษย์ และกำหนดมาตรการในการเยียวยาผู้เสียหายจากการกระทำผิดไว้ในกฎหมายดังกล่าวได้ด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากองค์ประกอบความผิดระหว่างความผิดอาญาธรรมดากับความผิดฐานล้าแก่พินธุ์มนุษย์แตกต่างกัน และยังมีบทบัญญัติในเรื่องอื่น ๆ ตามกฎหมายไทยที่ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายของนานาอารยประเทศ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางการแก้ปัญหา ดังนี้

1. ประเทศไทยควรออกกฎหมายกำหนดให้การล้าแก่พินธุ์มนุษย์เป็นความผิด โดยนำคำนิยามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมาเป็นแนวทางในการบัญญัติตั้งที่หลายประเทศปฏิบัติ เนื่องจากคำนิยามและลักษณะของการล้าแก่พินธุ์มนุษย์ดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป รวมถึงการนำเอาองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Elements of Crimes) และหลักการที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ และศาลอาญาเฉพาะกิจ มาเป็นแนวทางในการบัญญัติและตีความความผิดฐานล้าแก่พินธุ์มนุษย์

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติความผิดฐานล้าแก่พินธุ์มนุษย์ควรบัญญัติอย่างชัดเจนว่า ผู้กระทำอาจเป็นบุคคลใดก็ได้ หรือแม้แต่เป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองที่เป็นกลุ่ม

ซึ่งถูกกระทำก็ตาม โดยไม่มีการจำกัดสถานะของผู้กระทำความผิด เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาเรื่องการตีความเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์ตัวเอง (Auto-Genocide) ว่า การกระทำลักษณะดังกล่าวไม่เข้าลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และผู้เขียนเห็นว่าทบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ควรให้ความคุ้มครองรวมถึงกลุ่มทางเพศด้วย เนื่องจากกลุ่มทางเพศเป็นกลุ่มที่มีลักษณะเดียวกับกลุ่มอื่นที่ได้รับความคุ้มครองตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ คือ มีลักษณะเปลี่ยนแปลงได้ยาก ซึ่งการขยายขอบเขตกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองเพิ่มเติมจากที่กำหนดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ปรากฏในกฎหมายฝรั่งเศสที่ให้ความคุ้มครองรวมถึงกลุ่มอื่นใดที่มีการแยกแยะโดยอำเภอใจ และกฎหมายฟิลิปปินส์ที่ให้ความคุ้มครองรวมถึงกลุ่มอื่นใดที่มีลักษณะมั่นคงและถาวร แต่ผู้เขียนยังไม่เห็นพ้องกับการรวมกลุ่มทางการเมืองเข้าเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากกลุ่มทางการเมืองมีลักษณะการรวมกลุ่มที่ไม่แน่นอน ต่างจากกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองอื่น ๆ เพราะความเห็นทางการเมืองเป็นสิ่งที่อาจเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา

สำหรับอัตราโทษในความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ประเทศไทยควรกำหนดอัตราโทษสูงสุดตามกฎหมายในปัจจุบัน คือ โทษประหารชีวิต และควรกำหนดอัตราโทษประหารชีวิตเพียงสถานเดียว เช่นเดียวกับที่กำหนดในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 289 ประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น หากประเทศไทยจะบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ อาจบัญญัติได้ดังนี้

“ผู้ใดกระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ต้องระวางโทษประหารชีวิต

การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามวรรคแรก หมายถึง การกระทำดังต่อไปนี้ ซึ่งได้กระทำต่อสมาชิกคนหนึ่งคนใดของกลุ่มคนชาติ กลุ่มทางชาติพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางศาสนา หรือกลุ่มทางเพศ เพื่อทำลายกลุ่มดังกล่าวไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น และไม่ว่าผู้กระทำจะเป็นสมาชิกของกลุ่มดังกล่าวหรือไม่

(1) ฆ่า

(2) ทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส

(3) จงใจก่อให้เกิดสภาวะเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลาย

กลุ่ม

(4) กำหนดมาตรการโดยเจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม

(5) บังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น”

2. เนื่องจากกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดความรับผิดของผู้บังคับบัญชาไว้โดยเฉพาะ และไม่มีบทบัญญัติใดในประมวลกฎหมายอาญาที่สามารถปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้โดยตรง ดังนั้น หากประเทศไทยจะกำหนดความผิดเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์แล้ว จึงควรกำหนดความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาขาดวันไม่ตอบโต้ต่อการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของ

ผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งตนมีอำนาจควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาดังกล่าวอย่างแท้จริง ไม่ว่าจะเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ หรือการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ก็ตาม โดยนำบทบัญญัติในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมาเป็นต้นแบบในการบัญญัติ ซึ่งอาจบัญญัติแยกเป็นความรับผิดชอบของผู้บัญชาการทหารกับความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาอื่น โดยในกรณีผู้บัญชาการทหารอาจบัญญัติได้ ดังนี้

“ผู้บัญชาการทหารหรือบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่โดยพฤตินัยเสมือนผู้บัญชาการทหาร ต้องรับผิดชอบอาญาต่ออาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่กระทำโดยกองกำลังภายใต้การบังคับบัญชา และการควบคุมอย่างแท้จริง หรือภายใต้อำนาจหน้าที่และการควบคุมอย่างแท้จริงตามแต่กรณี อันเป็นผลมาจากการที่บุคคลนั้นมีได้ควบคุมกองกำลังดังกล่าวอย่างเหมาะสม เมื่อผู้บัญชาการทหารหรือบุคคลนั้น

(1) รู้หรือควรจะได้รู้ถึงพฤติการณ์ในขณะนั้นว่า กองกำลังได้กระทำหรือจะกระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และ

(2) ไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและสมเหตุสมผลทั้งหมดภายในอำนาจของตน เพื่อป้องกันหรือปราบปรามการกระทำความผิด หรือเสนอเรื่องต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี”

สำหรับบทบัญญัติความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาอื่น อาจบัญญัติได้ดังนี้

“ผู้บังคับบัญชาอื่นนอกจากผู้บัญชาการทหารต้องรับผิดชอบอาญาต่ออาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งอยู่ภายใต้การอำนาจและการควบคุมอย่างแท้จริงของตน อันเป็นผลมาจากการที่บุคคลนั้นมีได้ควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาดังกล่าวอย่างเหมาะสม เมื่อผู้บังคับบัญชานั้น

(1) รู้หรือจงใจละเลยข้อมูลที่ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิดหรือจะกระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ และ

(2) อาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์นั้นเกี่ยวข้องกับกิจกรรมซึ่งอยู่ภายในความรับผิดชอบและการควบคุมอย่างแท้จริงของตน

(3) ไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นและสมเหตุสมผลทั้งหมดภายในอำนาจของตน เพื่อป้องกันหรือปราบปรามการกระทำความผิด หรือเสนอเรื่องต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี”

นอกจากนี้ ควรกำหนดให้ชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ใต้บังคับบัญชาหรือบุคคลที่กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ตามคำสั่ง ไม่ให้อำนาจการกระทำตามคำสั่งดังกล่าวเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบหรือยกเว้นโทษ เนื่องจากคำสั่งให้กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่าง

ชัดแจ้ง โดยบทบัญญัติดังกล่าวอาจนำบทบัญญัติมาตรา 70 ประมวลกฎหมายอาญา มาปรับเข้ากับบทบัญญัติมาตรา 33 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งอาญบัญญัติดังนี้

“ผู้ใดกระทำตามคำสั่งให้กระทำการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ของรัฐบาลหรือเจ้าพนักงาน ไม่สามารถอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญา เว้นแต่บุคคลนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเชื่อฟังคำสั่งของรัฐบาลหรือเจ้าพนักงาน”

3. เนื่องจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดร้ายแรงที่อยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม และถือว่าผู้กระทำความผิดเป็นศัตรูของมวลมนุษยชาติ (*hostis humani generis*) ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ แม้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวจะไม่ได้เกิดขึ้นในดินแดนประเทศไทยตามหลักดินแดน และผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายไม่ได้เป็นคนไทยตามหลักสัญชาติ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักอำนาจลงโทษสากล ซึ่งต้องการให้รัฐที่พบตัวผู้กระทำความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์มีเขตอำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิด แม้ว่ารัฐนั้นจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดดังกล่าวเลยก็ตาม

4. รูปแบบของกฎหมายเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่ประเทศไทยควรนำมาใช้ คือ การบัญญัติให้การล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติเฉพาะ เพราะการบัญญัติโดยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาจะมีความยุ่งยากซับซ้อนมากกว่า เนื่องจากประมวลกฎหมายเป็นการรวบรวมบทกฎหมายต่าง ๆ ในเรื่องเดียวกันเข้าไว้ด้วยกัน และได้จัดให้มีการบัญญัติอย่างเป็นระบบ มีการจัดสรรให้เป็นหมวดหมู่ และมีการเท้าความถึงกัน ดังนั้น หากจะแก้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว นอกจากต้องพิจารณาว่าควรบัญญัติให้ความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อยู่ในลักษณะหรือหมวดใดในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังต้องพิจารณาบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เป็นหลักการทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาว่าสอดคล้องกับหลักการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศหรือไม่ หากมีส่วนใดไม่สอดคล้องก็มีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้อง แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังต้องใช้บังคับกับความผิดฐานอื่นอีกด้วย ดังนั้น การแก้ไขจึงต้องไม่กระทบกับบทบัญญัติความผิดเดิมที่มีอยู่แล้ว เช่น บทบัญญัติเรื่องอายุความ ซึ่งหลักการตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศจะไม่บังคับใช้อายุความสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศ รวมถึงการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญายังกำหนดอายุความสำหรับทุกฐานความผิดและคงกำหนดอายุความไว้สูงสุดเพียง 20 ปี

นอกจากนี้ การบัญญัติโดยแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาอาจมีความไม่เหมาะสม เพราะบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ได้มีเพียงแค่บทบัญญัติสารบัญญัติที่กำหนดความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์และกำหนดโทษเท่านั้น หากแต่รวมถึงบทบัญญัติวิธีสบัญญัติ และบทบัญญัติสารบัญญัติอื่น ๆ เช่น บทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา บทบัญญัติเรื่อง

ลักษณะการกระทำความผิดที่เป็นการเริ่มต้น ได้แก่ การสมคบ การยุยง และการพยายามกระทำความผิด และบทบัญญัติเกี่ยวกับการเยียวยาผู้เสียหาย ซึ่งหากแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว อาจกระทบต่อบทบัญญัติอื่น ๆ ที่มีอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาได้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามีความยุ่งยากยิ่งกว่าการบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะ

5. บทบัญญัติความผิดฐานล้าแก่พ้นรัฐมนตรีควรบัญญัติให้การกระทำความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเป็นความผิด ทั้งการสมคบกระทำการล้าแก่พ้นรัฐมนตรี การยุยงให้กระทำการล้าแก่พ้นรัฐมนตรี การใช้หรือสั่งการให้กระทำการล้าแก่พ้นรัฐมนตรี และผู้กระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษเสมือนผู้ลงมือกระทำความผิดด้วยตนเอง

6. กฎหมายเกี่ยวกับการล้าแก่พ้นรัฐมนตรีควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า ไม่บังคับใช้บทบัญญัติเรื่องอายุความกับการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการล้าแก่พ้นรัฐมนตรีทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดฐานล้าแก่พ้นรัฐมนตรีโดยตรง หรือการกระทำที่เกี่ยวข้อง เช่น การพยายามกระทำความผิด การสมคบกระทำการล้าแก่พ้นรัฐมนตรี การยุยงให้กระทำการล้าแก่พ้นรัฐมนตรี และการใช้หรือสั่งการให้กระทำการล้าแก่พ้นรัฐมนตรี รวมถึงความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาในกรณีเพิกเฉยไม่ป้องกันหรือลงโทษการกระทำการล้าแก่พ้นรัฐมนตรีของผู้ใต้บังคับบัญชา

7. จากประสบการณ์ของหลายประเทศพบว่านอกจากการบัญญัติความผิดแล้ว การบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพและความรวดเร็วในการดำเนินคดีย่อมมีความสำคัญไม่น้อยกว่ากัน ตามภาษิตกฎหมายที่ว่า ความยุติธรรมที่ล่าช้าคือความไม่ยุติธรรม (Justice delayed is justice denied) ตัวอย่างการพิจารณาคดีที่ล่าช้า เช่น กัมพูชา ซึ่งมีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดภายหลังเหตุการณ์เกิดขึ้นเกือบ 30 ปี จนผู้กระทำความผิดเสียชีวิตเกือบทั้งหมด และบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ก็ไม่ใช่ว่าผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าวโดยตรง การลงโทษบุคคลดังกล่าวจึงไม่บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้น หากเกิดเหตุการณ์ล้าแก่พ้นรัฐมนตรีเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องในการดำเนินคดีจึงควรรีบดำเนินการสอบสวนการกระทำความผิดดังกล่าว และนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษโดยไม่ชักช้า เพื่อให้การดำเนินคดีและการลงโทษเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดมากที่สุด นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับการล้าแก่พ้นรัฐมนตรีควรกำหนดวิธีพิจารณาความผิดล้าแก่พ้นรัฐมนตรีไว้เป็นพิเศษ เช่น กำหนดให้การสอบสวนเป็นการร่วมกันสอบสวนระหว่างพนักงานอัยการและพนักงานสอบสวน เพื่อให้การสอบสวนเป็นไปอย่างรอบคอบและรัดกุม และกำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ หรืออาจกำหนดให้มีการไต่สวนมูลฟ้องโดยศาลในทุกคดี นอกจากนี้ ในการพิจารณาของศาลควรใช้ระบบไต่สวน ดังเช่นการพิจารณาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เพื่อให้การพิจารณาเป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายมากที่สุด

8. เพื่อให้การบังคับใช้บทบัญญัติความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ควรกำหนดหลักเรื่องความไม่เกี่ยวข้องของสถานะทางการ หรือการห้ามอ้างความคุ้มกันในการดำเนินคดีความผิดฐานล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ รวมทั้งการห้ามนิรโทษกรรมหรือการอภัยโทษความผิดดังกล่าวโดยเด็ดขาด

9. การบัญญัติกฎหมายนอกจากจะมุ่งถึงการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดแล้ว การคุ้มครองและการเยียวยาผู้เสียหายย่อมมีความสำคัญไม่ต่างกัน ดังนั้น จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการเยียวยาผู้เสียหายในกรณีของการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ไว้โดยเฉพาะ ไม่ควรปล่อยให้ เป็นหน้าที่ของผู้เสียหายที่ต้องไปฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายทางแพ่งอย่างคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา ทั่วไป ซึ่งจากกรณีของหลายประเทศ นอกจากการลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกผู้กระทำความผิดแล้ว ยังมี การกำหนดโทษริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดและนำทรัพย์สินที่ได้จากการริบดังกล่าว ไปตั้งกองทุนในการเยียวยาผู้เสียหาย นอกจากนี้ การเยียวยาในลักษณะอื่น เช่น การรับฟังข้อเท็จจริง จากผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ก็มีความสำคัญไม่ต่างกัน ตัวอย่างเช่น ในกรณีของรวันดาที่นำเอาระบบศาล ชุมชนมาใช้ เพื่อเป็นตัวกลางให้ผู้เสียหายทราบความจริงเกี่ยวกับการตายของสมาชิกครอบครัวและ ญาติของพวกเขา นอกจากนี้ยังเป็นการให้โอกาสผู้กระทำความผิดในการสารภาพความผิด เพื่อแสดง ความสำนึกผิดและขอการให้อภัยต่อหน้าชุมชน ซึ่งสอดคล้องกับกระบวนการยุติธรรมในระยะเปลี่ยน ผ่าน (Transitional Justice) ที่ไม่ได้คำนึงถึงเฉพาะการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในศาลเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการเยียวยาผู้เสียหาย และการค้นหาความจริงโดยคณะกรรมการค้นหาความจริง (Truth Commission) ด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือ

- กำธร กำประเสริฐ และมัลลิกา พินิจจันทร์. หลักกฎหมายเอกชน. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นท์ติ้ง, 2551.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- _____. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.
- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2553.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- _____. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- ดุยกภาค ปรีชารัชช. โรอิงญา รัฐชาติพันธุ์ ประวัติศาสตร์ และความขัดแย้ง. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2558.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- นพนธิ สุริยะ. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- _____. คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.

- กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 รัฐ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.
- ปรีชา เอี่ยมสุทธา. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ภาคสันติ. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. ราชบัลลังก์ บัลลังก์ ปฏิรูป. กรุงเทพมหานคร: ไชน่า พัชลิซซิ่ง เฮ้าส์, 2557.
- วิชญ์ เครื่องงาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2523.
- สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร และพรชัย ด่านวิวัฒน์. กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. ม.ป.ป..
- หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 และธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 ว่าด้วยพระมหากษัตริย์. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.

บทความ

- ณรงค์ ใจหาญ. “การส่งผู้ร้ายข้ามแดน.” หนังสือรพี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 9. (2553): 20.
- ประเทือง ธนิยผล และคณะ. “การสืบค้นแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดอายุความทางอาญาในบริบทสังคมไทย.” ฉบับพิเศษ 2 วารสารวิจัยรวมคำแห่ง 93. (กรกฎาคม - ธันวาคม 2551): 102.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. “องค์กษัตริย์ไม่อาจถูกละเมิดได้ คืออะไร?” 1 ฟ้าเดียวกัน 44. (มกราคม-มิถุนายน 2555): 60-64.
- พรชัย ด่านวิวัฒน์. “การส่งคนชาติข้ามแดนตามกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน.” จุลพาห 52. เล่ม 4. ปีที่ 42. (ตุลาคม-ธันวาคม 2538).
- ภาสกร ชุนหุโระ. “ปัญหาเรื่องความรับผิดชอบทางการเมืองในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน.” วารสารนิติศาสตร์ 42. ฉบับที่ 4. ปีที่ 16. (ธันวาคม 2529).

..... “เอกสิทธิ์และความคุ้มครองกันประมุขของรัฐ.” ใน อาจารย์บุชา: หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. บรรณาธิการโดยพนม เอี่ยมประยูร. น.364. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และจตุรนต์ ธีระวัฒน์. “อำนาจอธิปไตยกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดย Luzius WILDHABER.” วารสารนิติศาสตร์ 170. ฉบับที่ 4. ปีที่ 16. (ธันวาคม 2529).

สุชาดา ทวีสิทธิ์. “ผู้หญิง ผู้ชาย และเพศวิถี: เพศภาวะศึกษาในงานมานุษยวิทยา.” 1 วารสารสังคมศาสตร์ 311. (มกราคม-มิถุนายน 2550): 316.

วิทยานิพนธ์

กิตติ ไอสถเจริณผล. “เขตอำนาจรัฐสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

จรุงจิต บุญเขย. “มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญา”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

จิตรา ลีเมจริญ. “ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536.

ดวงเด่น นาคสีหราช, “อาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับการเข้าภาคยานุวัติของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ทวยวรรณ เทพพิทักษ์ศักดิ์. “มาตรา 27 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกับผลทางกฎหมาย”. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

ไพลิน อภิตักขกุล. “ผลกระทบของศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีต่อวิธีพิจารณาคดีอาญาของไทย”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

รณกรณ์ บุญมี. “ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษาแนวความคิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

วิชญา ลีม่วงศ์. “ความผิดทางการเมืองในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

วินัย ทิมสุหรี. “การกำหนดอายุความอาญากับการดำเนินคดีอาญาบางประเภท”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

สกล นิตารัตน์. “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวความคิดทางด้านปรัชญาและคุณธรรมทางสังคม”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

สุทธวดี เริ่มคิดการ. “กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับกรณีการล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

องค์อาสน์ เจริญสุข. “เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดอาญาและความรับผิดชอบทางปกครอง”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

เอกสารงานวิจัย

ชัชวาลย์ สุขสมจิตร. “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ”. งานวิจัยหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง รุ่นที่ 4 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2542.

ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ. “รายงานวิจัยเรื่อง โลกาภิวัตน์กับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ”. สถาบันวิจัยและพัฒนาสังคม สำนักงานศาลยุติธรรม และสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

เกรียงศักดิ์ แจ้งสว่าง. “ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court) กับปัญหาในการเข้าเป็นภาคีของไทย.” <http://www.pub-law.net>, 25 เมษายน 2558.

โครงการปรัชญาสู่สังคมไทย. “อเทวนิยม.” <http://www.philospedia.net>, 9 เมษายน 2558.

บีบีซีไทย. “ซูจีเรียกร้องสหรัฐฯ เลิกใช้คำว่า “โรฮิงญา” เรียกมุสลิมในรัฐยะไข่ หลังโดนกลุ่มชาวพุทธกดดัน.” <https://www.facebook.com/BBCThai>, 5 พฤษภาคม 2559.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. “ถ้อยคำแห่งความเกลียดชัง (Hate speech) กับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ.” <http://prachatai.com>, 30 พฤษภาคม 2559.

ศิววงศ์ สุขทวี. “โรฮิงญา ชีวิตภายใต้อำนาจ จากชายแดนพม่าถึงไทย.” <http://www.prachatai.com>, 4 มกราคม 2559.

สวรัย บุญยमानนท์. “เพศฆาต: ฆาตกรรมอันน่ากลัว.” <http://www.popterms.mahidol.ac.th>, 14 เมษายน 2558.

Books

- Adam Jones. Genocide: A Comprehensive Introduction. London: Routledge, 2006.
- Alexander Laban Hinton. ed. Genocide: An Anthropological Reader. Malden: Blackwell, 2002.
- Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic. Persecution of the Rohingya Muslims: Is Genocide Occurring in Myanmar's Rakhine State?. New Haven: Yale Law School, 2015.
- Antonio Cassese. ed. The Oxford Companion to International Criminal Justice. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- _____. International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- _____. International Law. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Bruce Broomhall. International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Catherine Elliott. French Criminal Law. Devon: Willan Publishing, 2001.
- Claire de Than and Edwin Shorts. International Criminal Law and Human Rights. London: Sweet & Maxwell, 2003.
- Claudia Card and Armen T. Marsoobian. eds. Genocide's Aftermath: Responsibility and Repair. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.
- Dan Stone. ed. The Historiography of Genocide. New York: Palgrave Macmillan, 2010.
- David L. Nersessian. Genocide and Political Groups. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Elies van Sliedregt. Individual Criminal Responsibility in International Law. New York: Oxford University Press, 2012.
- European Commission for Democracy through Law. The Protection of Minorities. Strasbourg: Council of Europe Press, 1994.
- Gerhard Werle et al.. Principles of International Criminal Law, The Hague: TMC Asser Press, 2005.
- Herbert L. Packer. The Limits of the Criminal Sanction. California: Stanford University Press, 1968.

- Ian Brownlie. Principles of Public International Law. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Larry May. Genocide: A Normative Account. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Leo Kuper. Genocide. Middlesex: Penguin Book, 1981.
- M. Cherif Bassiouni and Edward M. Wise. Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law. Dordrecht: M. Nijhoff, 1995.
- Martin Dixon. Textbook on International Law. Sixth Edition. New York: Oxford University Press, 2007.
- Martin Shaw. What is Genocide?. Cambridge: Polity, 2007.
- Michael Bohlander. Principles of German Criminal Law. Portland: Hart Publishing, 2009.
- Olympia Bekou and Robert Cryer. The International Criminal Court. Aldershot: Ashgate Dartmouth Publishing, 2004.
- Raphael Lemkin. Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress. Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944.
- Robert A. Kahn. Holocaust Denial and the Law: A Comparative Study. New York: Palgrave Macmillan, 2004.
- Robert Cryer et al.. An Introduction to International Criminal Law and Procedure. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Salvatore Zappala. Human Rights in International Criminal Proceedings. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Samuel Totten and William S. Parsons. eds. Century of Genocide: Critical Essays and Eyewitness Accounts. Third Edition. New York: Routledge, 2009.
- Stephen Macedo. ed. Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004.
- Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, and James L. Bischoff. Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.

- United Nations High Commissioner for Refugees. Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status. Geneva: UNHCR, 2011.
- Vincent Chetail. ed. Post-Conflict Peacebuilding: A Lexicon. New York: Oxford University Press, 2009.
- Wayne R. LaFave and Austin W. Scott. Criminal Law. Second Edition. St.Paul: West Publishing, 1986.
- William A. Schabas. An Introduction to the International Criminal Court. Third Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- _____. Genocide in International Law: The Crime of Crimes. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Yoram Dinstein. International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989.
- Yusuf Aksar. Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court. London: Routledge, 2004.

Articles

- Alexander K.A. Greenawalt. "Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation." Columbia Law Review 2259. Volume 99. (1999): 2288.
- Antonio Cassese. "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case." European Journal of International Law 13. (2002): 853.
- Claudia Card. "Genocide and Social Death." 1 Hypatia 63. (2003): 63-79.
- David Lisson. "Defining National Group in the Genocide Convention: A Case Study of Timor-Leste." Stanford Law Review 1459. No.5. Volume 60. (March 2008): 1469.
- Guclielmo Verdirame. "The Genocide Definition in the Jurisprudence of the *Ad Hoc* Tribunals." International and Comparative Law Quarterly 578. Volume 49. (2000): 591.

- Human Rights Watch. "Ethiopia: Reckoning under the Law." 6 Report on Human Rights Watch/Africa 1. (December 1994): 24.
- James J. Kinneally III. "The Political Offense Exception: Is the United States-United Kingdom Supplementary Extradition Treaty the Beginning of the End?." American University International Law Review 203. Issue 1. Volume 2. (1987): 208-211.
- Jon B. Jordan. "Universal Jurisdiction in a Dangerous World: A Weapon for All Nations against International Crime." Michigan State University-DCL Journal of International Law 1. Issue 1. Volume 9. (2000): 2-9.
- Leo Kuper. "Genocide: Its Political Used in the Twentieth Century." in Genocide: An Anthropological Reader." ed. Alexander Laban Hinton. p.48. Massachusetts: Blackwell Publisher, 2002.
- Matthew Lippman. "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-Five Years Later." Temple International and Comparative Law Journal 1. No.1. Volume 8. (1994): 29.
- Raphael Lemkin. "Genocide." in Genocide: An Anthropological Reader." ed. Alexander Laban Hinton. p.27. Massachusetts: Blackwell Publisher, 2002.

Other Materials

- Amnesty International. "The International Criminal Court: Fundamental Principles Concerning the Elements of Genocide". AI Index: IOR 40/01/99, February 1999.
- Report on the International Law Commission in the Work of Its Forty-English Session, 6 May-26 July 1996.
- SCHR Resolution 1994/11
- UN Doc. A/53/850.
- UN Doc. A/C.6/222.
- UN Doc. A/C.6/223.
- UN Doc. A/C.6/86.

UN Doc. A/C.6/SR.65.
 UN Doc. A/C.6/SR.74.
 UN Doc. A/C.6/SR.75
 UN Doc. A/C.6/SR.81.
 UN Doc. A/C.6/SR.128.
 UN Doc. A/CN.4/398.
 UN Doc. A/CONF.157/24.
 UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, (1993).
 UN Doc. CCPR/C/50/D/570/1993 (1994).
 UN Doc. CCPR/C/58/D/550/1993.
 UN Doc. E/447.
 UN Doc. E/623.
 UN Doc. E/AC.25/SR.4.
 UN Doc. E/AC.25/SR.24.
 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6.
 UN Doc. S/2005/60.

Cases

Advisory Opinions and Orders Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium V. Spain) Second Phase.

Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss v. 13.04.1994, 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241-254.

Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro).

Case Concerning the Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, 11 April 2000.

Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey), Judgment, 7 September 1927.

M'Bala M'Bala v. France (Application No. 25239/13), Judgment, 10 November 2015.

- Perinçek v. Switzerland (Application No. 27510/08), Judgment, 17 December 2013.
- Prosecutor v. Kunarac et al. (Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Judgment, 12 June 2002.
- Prosecutor v. Akayesu (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998.
- Prosecutor v. Bagilishema (Case No. ICTR-95-1A-T), Judgment, 7 June 2001.
- Prosecutor v. Blagojević & Jokić (Case No. IT-02-60-T), Judgment, 17 January 2005.
- Prosecutor v. Brdanin (Case No. IT-99-36-T), Judgment, 1 September 2004.
- Prosecutor v. Delalić et al. (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998.
- Prosecutor v. Jelisić (Case No. IT-95-10-T), Judgment, 14 December 1999.
- Prosecutor v. Karadžić (Case No. IT-95-18-R61, IT-95-5-R61), Transcript of Hearing, 2 July 1996.
- Prosecutor v. Kayishema et al. (Case No. ICTR-95-1-A), Judgment, 1 June 2001.
- Prosecutor v. Kayishema et al. (Case No. ICTR-95-1-T), Judgment, 21 May 1999.
- Prosecutor v. Krštić (Case No. IT-98-33-A), Judgment, 19 April 2004.
- Prosecutor v. Kupreškić et al. (Case No. IT-95-16-T), Judgment, 14 January 2000.
- Prosecutor v. Mpambara (Case No. ICTR-01-65-T), Judgment, 11 September 2006.
- Prosecutor v. Nahimana et al. (Case No. ICTR-99-52-T), Judgment and Sentence, 3 December 2003.
- Prosecutor v. Ndindabahizi (Case No. ICTR-01-71-A), Judgment, 15 July 2004.
- Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir") (Case No. ICC-02/05-01/09), Decision, 4 March 2009.
- Prosecutor v. Rutaganda (Case No. ICTR-96-3-T), Judgment, 6 December 1999.
- Prosecutor v. Sikirica et al. (Case No. IT-95-8-T), Judgment on Defence Motions to Acquit on 3 September 2001.
- Prosecutor v. Tadić (Case No. IT-94-1-A), Judgment, 15 July 1999.

Electronic Media

- Cornell Law School. "Indonesia." <http://www.deathpenaltyworldwide.org>, April 17, 2015.

Human Rights Watch. "The Government Could Have Stopped This: Sectarian Violence and Ensuing Abuses in Burma's Arakan State". <https://www.hrw.org>, June 3, 2016.

Jochen A Frowein. "Ius cogens." <http://opil.ouplaw.com>, February 10, 2015.

Nicole Rafter and Kristin A. Bell. "Gender and Genocide." <https://asc41.com>, February 12, 2015.



ภาคผนวก



ภาคผนวก ก**United Nations General Assembly Resolution 96 (I)**

The Crime of Genocide

Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations.

Many instances of such crimes of genocide have occurred when racial, religious, political, and other groups have been destroyed, entirely or in part. The punishment of the crime of genocide is a matter of international concern.

The General Assembly, therefore,

Affirms that genocide is a crime under international law which the civilized world condemns, and for the commission of which principals and accomplices whether private individuals, public officials or statesmen, and whether the crime is committed on religious, racial, political or any other grounds are punishable;

Invites the Member States to enact the necessary legislation for the prevention and punishment of this crime;

Recommends that international cooperation be organized between States with a view to facilitating the speedy prevention and punishment of the crime of genocide, and, to this end,

Requests the Economic and Social Council to undertake the necessary studies, with a view to drawing up a draft convention on the crime of genocide to be submitted to the next regular session of the General Assembly.

Fiftyfifth plenary meeting,

11 December 1946

ภาคผนวก ข**Convention on the Prevention and Punishment of
the Crime of Genocide**

Adopted by Resolution 260 (III) A of the United Nations General Assembly on 9 December 1948.

Article 1

The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.

Article 2

In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

Article 3

The following acts shall be punishable:

- (a) Genocide;
- (b) Conspiracy to commit genocide;
- (c) Direct and public incitement to commit genocide;
- (d) Attempt to commit genocide;
- (e) Complicity in genocide.

Article 4

Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in Article 3 shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals.

Article 5

The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in Article 3.

Article 6

Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in Article 3 shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.

Article 7

Genocide and the other acts enumerated in Article 3 shall not be considered as political crimes for the purpose of extradition.

The Contracting Parties pledge themselves in such cases to grant extradition in accordance with their laws and treaties in force.

Article 8

Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in Article 3.

Article 9

Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article 3, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.

Article 10

The present Convention, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall bear the date of 9 December 1948.

Article 11

The present Convention shall be open until 31 December 1949 for signature on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State to which an invitation to sign has been addressed by the General Assembly.

The present Convention shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

After 1 January 1950, the present Convention may be acceded to on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State which has received an invitation as aforesaid.

Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 12

Any Contracting Party may at any time, by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, extend the application of the present Convention to all or any of the territories for the conduct of whose foreign relations that Contracting Party is responsible.

Article 13

On the day when the first twenty instruments of ratification or accession have been deposited, the Secretary-General shall draw up a proces-verbal and transmit a copy of it to each Member of the United Nations and to each of the non-member States contemplated in Article 11.

The present Convention shall come into force on the ninetieth day following the date of deposit of the twentieth instrument of ratification or accession.

Any ratification or accession effected subsequent to the latter date shall become effective on the ninetieth day following the deposit of the instrument of ratification or accession.

Article 14

The present Convention shall remain in effect for a period of ten years as from the date of its coming into force.

It shall thereafter remain in force for successive periods of five years for such Contracting Parties as have not denounced it at least six months before the expiration of the current period.

Denunciation shall be effected by a written notification addressed to the Secretary-General of the United Nations.

Article 15

If, as a result of denunciations, the number of Parties to the present Convention should become less than sixteen, the Convention shall cease to be in force as from the date on which the last of these denunciations shall become effective.

Article 16

A request for the revision of the present Convention may be made at any time by any Contracting Party by means of a notification in writing addressed to the Secretary-General.

The General Assembly shall decide upon the steps, if any, to be taken in respect of such request.

Article 17

The Secretary-General of the United Nations shall notify all Members of the United Nations and the non-member States contemplated in Article 11 of the following:

- (a) Signatures, ratifications and accessions received in accordance with Article 11;
- (b) Notifications received in accordance with Article 12;
- (c) The date upon which the present Convention comes into force in accordance with Article 13;
- (d) Denunciations received in accordance with Article 14;
- (e) The abrogation of the Convention in accordance with Article 15;
- (f) Notifications received in accordance with Article 16.

Article 18

The original of the present Convention shall be deposited in the archives of the United Nations.

A certified copy of the Convention shall be transmitted to all Members of the United Nations and to the non-member States contemplated in Article 11.

Article 19

The present Convention shall be registered by the Secretary-General of the United Nations on the date of its coming into force.

ภาคผนวก ค**Rome Statute of the International Criminal Court****Article 5*****Crimes within the jurisdiction of the Court***

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.

Article 6***Genocide***

For the purpose of this Statute, "genocide" means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

Article 25***Individual criminal responsibility***

1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.
2. A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute.

3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;

(b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;

(c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;

(d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:

(i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or

(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;

(e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide;

(f) Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose.

3bis. In respect of the crime of aggression, the provisions of this article shall apply only to persons in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State.

4. No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.

Article 28

Responsibility of commanders and other superiors

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

(i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and

(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

(b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where:

(i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;

(ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and

(iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

Article 29

Non-applicability of statute of limitations

The crimes within the jurisdiction of the Court shall not be subject to any statute of limitations.

Article 30

Mental element

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.

2. For the purposes of this article, a person has intent where:

(a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;

(b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.

3. For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.

ภาคผนวก ง

Elements of Crimes

Article 6

Genocide

Introduction

With respect to the last element listed for each crime:

(a) The term “in the context of” would include the initial acts in an emerging pattern;

(b) The term “manifest” is an objective qualification;

(c) Notwithstanding the normal requirement for a mental element provided for in article 30, and recognizing that knowledge of the circumstances will usually be addressed in proving genocidal intent, the appropriate requirement, if any, for a mental element regarding this circumstance will need to be decided by the Court on a case-by-case basis.

Article 6 (a)

Genocide by killing

Elements

1. The perpetrator killed¹ one or more persons.
2. Such person or persons belonged to a particular national, ethnical, racial or religious group.
3. The perpetrator intended to destroy, in whole or in part, that national, ethnical, racial or religious group, as such.
4. The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.

¹ The term “killed” is interchangeable with the term “caused death”.

Article 6 (b)**Genocide by causing serious bodily or mental harm****Elements**

1. The perpetrator caused serious bodily or mental harm to one or more persons.²
2. Such person or persons belonged to a particular national, ethnical, racial or religious group.
3. The perpetrator intended to destroy, in whole or in part, that national, ethnical, racial or religious group, as such.
4. The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.

Article 6 (c)**Genocide by deliberately inflicting conditions of life calculated to bring about physical destruction****Elements**

1. The perpetrator inflicted certain conditions of life upon one or more persons.
2. Such person or persons belonged to a particular national, ethnical, racial or religious group.
3. The perpetrator intended to destroy, in whole or in part, that national, ethnical, racial or religious group, as such.
4. The conditions of life were calculated to bring about the physical destruction of that group, in whole or in part.³

² This conduct may include, but is not necessarily restricted to, acts of torture, rape, sexual violence or inhuman or degrading treatment.

5. The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.

Article 6 (d)

Genocide by imposing measures intended to prevent births

Elements

1. The perpetrator imposed certain measures upon one or more persons.
2. Such person or persons belonged to a particular national, ethnical, racial or religious group.
3. The perpetrator intended to destroy, in whole or in part, that national, ethnical, racial or religious group, as such.
4. The measures imposed were intended to prevent births within that group.
5. The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.

Article 6 (e)

Genocide by forcibly transferring children

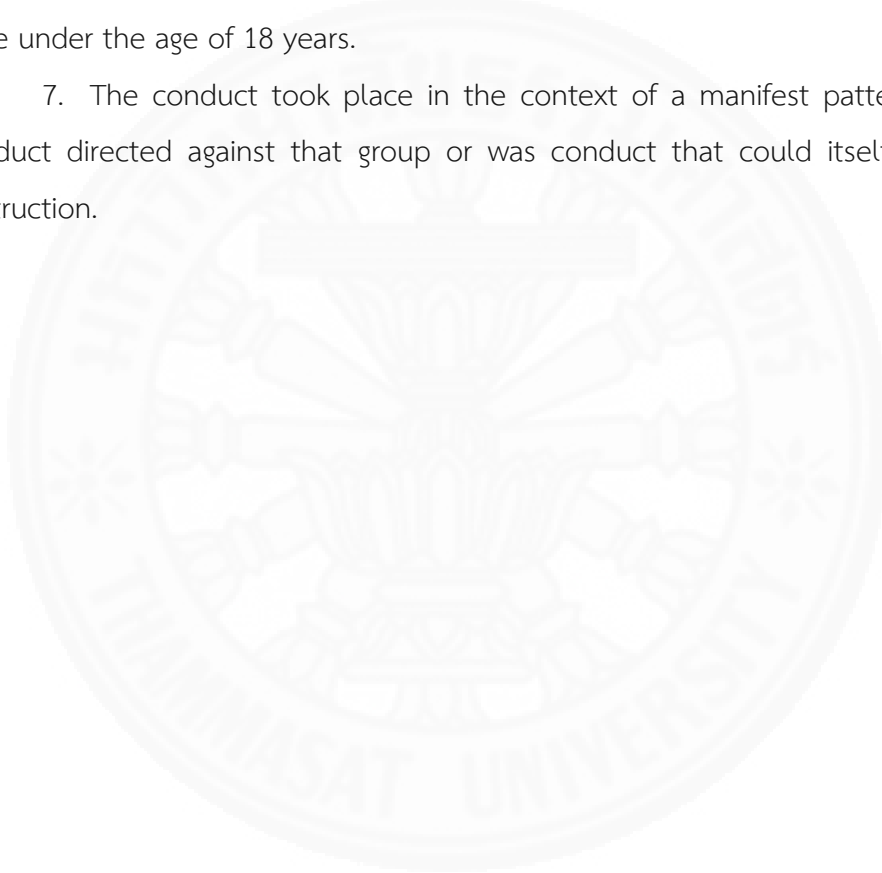
Elements

1. The perpetrator forcibly transferred one or more persons.⁴

³ The term “conditions of life” may include, but is not necessarily restricted to, deliberate deprivation of resources indispensable for survival, such as food or medical services, or systematic expulsion from homes.

⁴ The term “forcibly” is not restricted to physical force, but may include threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment.

2. Such person or persons belonged to a particular national, ethnical, racial or religious group.
3. The perpetrator intended to destroy, in whole or in part, that national, ethnical, racial or religious group, as such.
4. The transfer was from that group to another group.
5. The person or persons were under the age of 18 years.
6. The perpetrator knew, or should have known, that the person or persons were under the age of 18 years.
7. The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาววิสรุา ชื่นศรีสว่าง
วันเดือนปีเกิด	28 ตุลาคม พ.ศ. 2531
การศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (เกียรตินิยมอันดับ 2) เนติบัณฑิตไทย
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ. 2554 ถึง พ.ศ. 2555: นิติกร สำนักงานคณะกรรมการ อิสระตรวจสอบและค้นหาความจริงเพื่อการปรองดอง แห่งชาติ (คอป.) พ.ศ. 2555 ถึง พ.ศ. 2559: ทนายความ