

ความรับผิดชอบของปัจเจกชนจากการละเมิดสิทธิเด็กในภาวะสงคราม

1. ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน

การละเมิดพันธกรณีตามหลักเกณฑ์ต่างๆในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ นอกจากจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้นกับรัฐผู้ละเมิดแล้วก็ตาม หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ยังทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งกระทำความผิดโดยการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาและถูกลงโทษด้วย

บุคคลต่างๆผู้ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา และถูกลงโทษ อย่างไรก็ดีตามก่อนที่จะศึกษาระบบการลงโทษปัจเจกชนผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งต้องอาศัยสถาบันทางการศาลเป็นแกนหลักในการดำเนินการ จำต้องพิจารณาฐานความผิดในลักษณะต่างๆอันเกิดจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศสำหรับทางปฏิบัติเกี่ยวกับการต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องร้องในการพิจารณาคดีเพื่อลงโทษปราบปรามบุคคลผู้ถูกกล่าวหาเหล่านั้นเสียก่อน กล่าวคือ

1.1 ฐานความผิดทางอาญาในธรรมนูญโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ<sup>1</sup>

ในระหว่างและหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ทหารเยอรมันได้ถูกควบคุมตัวในฐานะเป็นอาชญากรสงครามเพื่อดำเนินคดีในประเทศสัมพันธมิตร พัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องนี้ได้เกิดขึ้นอย่างมากหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 กฎบัตรของศาลทหารระหว่างประเทศได้บรรจุนิยามของอาชญากรรมสงครามและนิยามของแนวคิดใหม่เรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับได้กำหนดระบบของฐานความผิดร้ายแรงไว้ซึ่งประกอบเป็นอาชญากรรมสงครามโดยครอบคลุมถึงเรื่องการเจตนาฆาตกรรม การทรมาน การปฏิบัติอย่างผิดมนุษย์ การเคลื่อนย้ายประชากรอย่างผิดกฎหมาย การจับเป็นตัวประกัน การโจมตีประชากรพลเรือน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ความผิดเหล่านี้เป็นพื้นฐานของความผิดอาญาในกฎหมายภายในซึ่ง

---

<sup>1</sup> Rome State of the International Criminal Court . ICC

รัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการตรารัฐขึ้นเพื่อจัดการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดที่กำหนดขึ้นในอนุสัญญาเจนีวา โดยรัฐแต่ละรัฐอาจดำเนินการตามลำพังหรือโดยความร่วมมือกับรัฐอื่น ๆ ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด ส่วนการละเมิดกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาชญาอาจก่อให้เกิดข้อขัดแย้งระหว่างรัฐได้ซึ่งอาจชี้ขาดได้โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ สำหรับฐานความผิดทางอาญา มีดังนี้

(1) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity)

การใช้คำว่า “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” ได้มีมาหลายศตวรรษแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม คำว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในสมัยนี้ ในช่วงปี ค.ศ. 1915 การฆ่าคนจำนวนมากของตุรกีต่อชาวอาร์มีเนียได้รับคำตำหนิจากประชาคมโลกอย่างรุนแรงในฐานะที่เป็นการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และได้มีการเรียกร้องหาผู้มารับผิดชอบ<sup>2</sup> และต่อมาคำว่า “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” ได้ปรากฏอีกครั้งในการดำเนินคดีภายในศาลนูเรมเบิร์ก ซึ่งการก่อ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติถือเป็นหนึ่งในสามประเภทที่ศาลนูเรมเบิร์กมีเขตอำนาจในการดำเนินคดี

โดยทั่วไปความหมายของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ คือ การสังหาร การทำลายล้าง การทำให้ตกเป็นทาส การเคลื่อนย้ายหรือการกระทำในลักษณะอื่นใดที่ผิดเป็นการโจมตีต่อมนุษยต่อประชากรพลเรือนในขอบเขตที่กว้างขวางและอย่างเป็นระบบ ซึ่งเป็นการโจมตีที่รู้อยู่แล้วว่าเป็นการฆาตกรรม กำจัดฝ่ายตรงข้ามไม่ให้เหลือรอดชีวิต การทำให้บุคคลสูญหาย หรือการข่มเหงรังแกด้วยสาเหตุทางการเมือง เผ่าพันธุ์ ศาสนา เมื่อกระทำต่อเนื่องจากอาชญากรรมต่อสันติภาพหรืออาชญากรรมสงคราม

การนิยามอาชญากรรมดังกล่าวเป็นเรื่องที่ยุ่งยากเนื่องจากกรณีตัวอย่างจากบทบัญญัติของศาลอาญาเฉพาะกิจที่ผ่านมา แสดงให้เห็นคำนิยามที่แตกต่างกันออกไป ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดเงื่อนไขการกระทำผิดขึ้นในข้อ 7 กล่าวคือ ต้องเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่แพร่หลายหรือเป็นระบบ ต้องมุ่งโจมตีประชากรพลเรือน อีกทั้งต้องกระทำโดยลวงรู้ โดยการดำเนินการเกี่ยวพันกับการกระทำจำนวนมากต่อประชากรพลเรือนตามหรือเพื่อสนองนโยบายของรัฐหรือหน่วยงานที่เกี่ยวกับความผิดในเรื่องนี้ ธรรมนูญได้รวมความผิดต่างๆ ที่ได้บัญญัติไว้ในศาลทหารระหว่างประเทศต่างๆ โดยเฉพาะการฆาตกรรม ทรมาน และ

---

<sup>2</sup> See United Nations War Crime Commission, History of the United Nations War Crime Commission and the Development of Law of War, (London : His Majesty's stationary office, 1984), p.35.

เพิ่มเติมความผิดอื่นๆไว้อีกด้วยกล่าวคือการเคลื่อนย้ายประชากรโดยการบังคับ การตัดเสรีภาพทางกายภาพอย่างร้ายแรงอันเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์รากฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี หรือการใช้ความรุนแรงทางเพศที่มีลักษณะร้ายแรง การทำให้สูญหายไปและการเหยียดสีผิว โดยความผิดที่เกิดขึ้นเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธแต่อย่างใด

## (2) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)

การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ นั้นเป็นคำที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1944 โดยราฟาเอล เลมกิน (Raphael Lemkin)<sup>3</sup> ที่เขียนเกี่ยวกับอาชญากรรมนาซี (Nazi Crime) ที่เกิดขึ้นในยุโรป โดยเลมกินรู้สึกว่่าสนธิสัญญาที่เกิดขึ้นโดยมีจุดประสงค์ที่จะป้องกันชนกลุ่มน้อยภายในชาตินั้นไม่ได้ถูกนำมาใช้อย่างจริงจัง และเกิดความล้มเหลวในการดำเนินคดีกับผู้ก่ออาชญากรรมต่อชนกลุ่มน้อย และต่อมาคำว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ได้ถูกนำมาใช้ในคดีนูเรมเบิร์ก และต่อมาในปี ค.ศ. 1946 คำว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ได้ถูกประกาศว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ<sup>4</sup> เป็นอาชญากรรมที่ถูกนิยามไว้ในแนวทางที่อนุสัญญาว่าด้วยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ได้บัญญัติไว้ กล่าวคือ หมายถึงการกระทำโดยมีเจตนาที่จะข่นฆ่าทำลายล้างประชากรชาติหรือชนชาติ เผ่าพันธุ์ เชื้อสายหรือศาสนิกชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่ว่าจะทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนของกลุ่มชาติ กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มเผ่าพันธุ์ และกลุ่มศาสนา ด้วยวิธีการโหดร้ายต่างๆ แม้ว่าจะไม่มีการรวบรวมกลุ่มอื่นๆไว้ เช่นกลุ่มทางการเมืองและสังคม แต่ก็ถือว่าอยู่ในข่ายของความผิดต่อมนุษยชาติอยู่แล้ว โดยการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่น การทำร้ายร่างกาย จงใจกลั่นแกล้งทำลายเงื่อนไขการดำรงชีวิต เช่นการใช้มาตรการต่างๆเพื่อไม่ให้มีเด็กเกิดใหม่สำหรับสมาชิกของชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งข้างต้น

<sup>3</sup> โดยราฟาเอล เลมกิน (Raphael Lemkin) เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงในงานเรื่อง Genocide โดยเขาคิดค้นคำนี้เมื่อปี 1943 มาจากรากศัพท์คำว่า “genos” เป็นภาษากรีก ซึ่งแปลว่า ครอบครัวยุโรป เผ่าพันธุ์หรือเชื้อชาติ และคำว่า “cide” เป็นภาษาลาติน ซึ่งแปลว่า การฆ่า รายละเอียดเพิ่มเติม Samantha Power, A Problem from Hell, (New York:Basic Book,2002)Chapter 3 : The Crime with a Name, pp. 30-45.

<sup>4</sup> Anthony Aust, Handbook of International Law, (Cambridge : Cambridge University Press, 2005), p.270.

ความแตกต่างระหว่างการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กับอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นมีความแตกต่างกันอยู่เล็กน้อย ในปัจจุบันเราให้ความสำคัญกับความหมายของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในความหมายที่ชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่ชั่วร้ายในเวลาปกติหรือกรณีที่มีได้เกิดสงครามเช่นเดียวกันกับเวลาที่เกิดสงคราม ปัจจุบันนี้คำว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ จึงมีความหมายที่แยกออกจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในรวันดา(ICTR) เห็นว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้ เป็น “อาชญากรรมแห่งอาชญากรรมทั้งหลาย”<sup>5</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นอาชญากรรมที่ชั่วร้ายที่สุดในบรรดาอาชญากรรมทั้งปวง

### (3) อาชญากรรมสงคราม (War Crimes)

อาชญากรรมสงคราม ถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เก่าแก่ที่สุด<sup>6</sup> ได้มีการดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามเป็นครั้งแรกตามกฎหมายระหว่างประเทศในช่วงต้นศตวรรษที่ 1920 การดำเนินคดีที่ไลพ์ซิก (Leipzig) ตามบทบัญญัติในข้อ 220-230 แห่งอนุสัญญาสันติภาพแวร์ซายส์ ซึ่งเป็นการดำเนินคดีกับทหารเยอรมันที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม และต่อมาคำว่าอาชญากรรมสงครามได้ปรากฏอีกครั้งในบทบัญญัติของศาลนูเรมเบิร์ก และอีกสี่ปีต่อมาได้ปรากฏอีกครั้งในอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ในปี ค.ศ. 1949

ต่อมาธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศได้บัญญัติคำว่า “อาชญากรรมสงคราม” ไว้ในข้อ 8 ซึ่งมุ่งหมายที่จะลงโทษการกระทำในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของแผนหรือนโยบายหรือของการก่ออาชญากรรมดังกล่าวในระดับกว้างขวาง โดยอาจแบ่งออกได้เป็น

- การละเมิดอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1
- การละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศภายในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>5</sup> เท็ดสยาม บุญยะเสนา, “บทบาทของศาลอาญาเฉพาะกิจในการอำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบเฉพาะกรณีโคโซโว,ติมอร์ตะวันออก,เซียร์ร่าลีโอนและกัมพูชา”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 128-129.

<sup>6</sup> Leslie C. Green, “International Regulation of Armed Conflicted” in M. Cherif Bassiouni, ed., *International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> edn, Vol. I, pp.355-391.

- การละเมิดความผิดตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 ซึ่งมุ่งใช้สำหรับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งมิได้มีการยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดีข้อ 124 ในฐานะข้อบทเฉพาะกาลได้อนุญาตให้รัฐประกาศไม่รับเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำผิดในเรื่องนี้เป็นระยะเวลา 7 ปีนับจากธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้

จะเห็นได้ว่าอาชญากรรมสงครามนั้นหมายถึงการกระทำผิดเช่น การละเมิดต่ออนุสัญญาเจนีวาฉบับต่างๆ โดยการเจตนาฆ่า การกระทำทารุณกรรม การทำลายล้างอย่างรุนแรง การบีบบังคับเชลยศึก การจับตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินสาธารณะหรือของเอกชน การละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เช่นการมุ่งโจมตีพลเรือน การทิ้งระเบิด หรืออาวุธทำลายล้างร้ายแรงและการทำลายอื่นๆที่ไม่สามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลทางการทหาร การไม่ให้ความปราณีใดๆ โดยเฉพาะการเกณฑ์เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าเป็นทหารหรือมีส่วนร่วมสำคัญในการสู้รบถือเป็นอาชญากรรมสงครามตามข้อที่ 8 ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ กล่าวว่าการเกณฑ์เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าเป็นทหารหรือมีส่วนร่วมสำคัญในการสู้รบถือเป็นอาชญากรรมสงคราม<sup>7</sup>

#### (4) อาชญากรรมรุกรานทำลายล้าง (Aggressive War)

เนื่องจากความขัดแย้งอันยังไม่อาจหาข้อยุติได้ ทำให้การรุกรานเป็นอาชญากรรมที่ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบฐานอาชญากรรมการรุกรานไว้ สมัชชาแห่งรัฐภาคีได้รับมอบหมายให้ทำการนิยาม 7 ปีหลังจากที่ธรรมนูญเริ่มมีผลบังคับใช้

แต่อย่างไรก็ดีรัฐส่วนใหญ่ก็เห็นตรงกันว่าอาชญากรรมการรุกรานเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคมโลก ดังนั้นการกระทำผิดด้วยการรุกรานเช่นนี้ จักต้องถูกดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย<sup>8 9</sup>

<sup>7</sup> International Committee of the Red Cross, Discover the ICRC, (Bangkok, September 2005), p.25.

<sup>8</sup> กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, "ศาลอาญาระหว่างประเทศ", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 142-143, 218-219.

นอกจากนี้ธรรมนูญศาลทหารที่กรุงนูร์มเบิร์กและกรุงโตเกียว<sup>10</sup> ได้ระบุถึงฐานความผิดต่อสันติภาพซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงต่อปัญหาการห้ามทำสงครามรุกราน กล่าวคือเป็นความผิดเกี่ยวกับการกำกับดูแล การเตรียมการ การริเริ่มและติดตามการทำสงครามรุกรานหรือสงครามที่เป็นการละเมิดสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศหรือการเข้าร่วมในแผนการหรือสมรู้ร่วมคิดในการกระทำผิดดังกล่าว ฐานความผิดนี้ครอบคลุมมิใช่เฉพาะบรรดาพลรบที่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่ก่อขึ้นเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกลุ่มผู้ปกครองที่รับผิดชอบด้านการดูแล กำกับ การเตรียมการ การวางแผนเพื่อเริ่มและติดตามการทำสงครามอีกด้วย

#### (5) อาชญากรรมทรมาน

ตามธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบฐานอาชญากรรมทรมานไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม อาชญากรรมทรมาน หมายถึง การทรมานกรรม การกระทำอื่นใดที่โหดเหี้ยมทารุณผิดมนุษย มีเจตนาสร้างทรมานเจ็บปวด หรือทำให้บาดเจ็บอย่างรุนแรงทั้งทางร่างกาย จิตใจหรือสุขภาพอนามัย นับเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศเรื่องหนึ่งในอาชญากรรมระหว่างประเทศ 28 ประเภท ซึ่งปรากฏอยู่ในอนุสัญญาต่างๆ จำนวน 281 ฉบับ ในช่วงระหว่าง ค.ศ. 1815 ถึง ค.ศ. 1999<sup>11</sup>

อนึ่ง นิยามของอาชญากรรมสงครามในฐานความผิดต่างๆ ได้ถูกกำหนดขึ้นอย่างละเอียดในข้อ 8(2) ของธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 แต่ก็ได้ครอบคลุมความผิดทั้งปวงของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดีโดยสรุปแล้ว บทบัญญัตินี้ส่วนใหญ่เป็นการเรียบเรียงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้อยู่แล้วขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร

ในทางปฏิบัติ ผู้ก่ออาชญากรรมประเภทต่างๆ ที่เกิดจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะถูกดำเนินคดีในศาลระหว่างประเทศต่างๆ ดังจะกล่าวต่อไป

<sup>9</sup> วิชัย ศรีรัตน์, ศาลอาญาระหว่างประเทศกับสังคมไทย, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2546), น. 11,39

<sup>10</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, (คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ : กรุงเทพมหานคร, 2550), น. 267-268.

<sup>11</sup> อ่านเพิ่มเติมในเท็ดสยาม บุญยะเสนา, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 122-123.

## 1.2 ผลทางกฎหมายจากการละเมิดสิทธิเด็ก

การแก้ไขปัญหามาจากการละเมิดสิทธิเด็กในสภาวะการณ์ขัดกันทางอาวุธ แม้จะมีมาตรการทางกฎหมายเป็นจำนวนมากที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องดังกล่าว แต่การแก้ปัญหามาจากการละเมิดสิทธิเด็กยังขาดประสิทธิภาพ เด็กอีกเป็นจำนวนมากยังคงถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหารเด็กและหรือเข้าไปมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องในเรื่องการขัดกันทางอาวุธกว่า 25 ประเทศทั่วโลก<sup>12</sup> ทั้งในกองทัพของรัฐและกลุ่มต่อต้าน ทั้งเด็กชายและเด็กหญิงต่างถูกล่อลวง ถูกบังคับ หรือถูกชักนำเข้าไปร่วมกระทำสิ่งที่ไม่เหมาะสม บ่อยครั้งที่เด็กเหล่านี้ตกอยู่ในสถานการณ์ที่โหดเหี้ยม และเด็กจำนวนมากไปเป็นทหารเพียงเพื่อความอยู่รอดเท่านั้น พวกเขาถูกบังคับให้ทำหน้าที่ในการต่อสู้ นับตั้งแต่การแบกชนให้กับผู้ที่อาวุโสกว่าในการต่อสู้อย่างโหดร้าย เด็กส่วนใหญ่ได้รับผลร้ายจากการละเมิดทางกายและการขาดแคลนสิ่งจำเป็นในการดำรงชีพอื่นๆ เช่น เสื้อผ้า อาหาร ยารักษาโรค และการอาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมที่เอื้ออำนวยในกองกำลังหรือกลุ่มติดอาวุธ

การพัฒนาแนวความคิดที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้พัฒนาไปมากในศตวรรษที่ 20 แนวความคิดในการจัดตั้งกลไกระหว่างประเทศที่เป็นถาวรเพื่อให้ความยุติธรรมกับปัจเจกบุคคล โดยดำเนินคดีกับผู้นำของรัฐหรือปัจเจกชนผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศสามารถย้อนไปได้ตั้งแต่สมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ 1<sup>13</sup> โดยเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นอย่างช้าๆ และต้องใช้ความพยายามมาตลอด กระบวนการนี้มาถึงจุดสำคัญสูงสุดเมื่อมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศและมีการจัดทำธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ซึ่งตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นสำหรับการเกณฑ์เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าเป็นทหารหรือมีส่วนร่วมสำคัญในการสู้รบถือเป็นอาชญากรรมสงครามตามข้อที่ 8 ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งต่อไปจะได้ศึกษาผลทางกฎหมายในแง่การดำเนินคดีและบทลงโทษต่อผู้ที่กระทำละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

<sup>12</sup> Southeast Asia Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, เด็กคือเขตแห่งสันติภาพ. ความเป็องต้นเกี่ยวกับทหารเด็กในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้, (Bangkok : Thailand, 2005), p.1.

<sup>13</sup> Antonio Cassese, International Criminal Law, (Oxford : Oxford University Press, 2003), p.327

## (1) การดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดสิทธิเด็ก

การแก้ไขปัญหาไม่ใช่เพียงรัฐเท่านั้นที่สามารถดำเนินการต่อผู้กระทำความผิด กฎหมายอาญาระหว่างประเทศแต่รวมถึงกลุ่มคนหรือปัจเจกบุคคล<sup>14</sup> ก็สามารถดำเนินการต่อผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้ ในกรณีที่ประชาคมหรือสถาบันระหว่างประเทศไม่อาจดำเนินการได้ด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง มาตรการที่ใช้คือ การนำตัวผู้กระทำความผิดมาสู่กระบวนการยุติธรรม ซึ่งก่อให้เกิดผลดีหลายประการ กล่าวคือ

- ระบบการดำเนินคดีเป็นกระบวนการที่ผ่านสาธารณชนภายใต้หลักความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลมากกว่าการรับผิดชอบร่วมกัน
- เป็นการป้องกันการแก้แค้นตอบแทนเนื่องจากศาลเป็นตัวแทนสาธารณะในการลงโทษผู้กระทำความผิด และเยียวยาแก้ไขเหยื่อผู้ถูกกระทำ
- เป็นการสร้างความยุติธรรมที่เหยื่อจะได้รับจากผู้กระทำความผิด
- เป็นการบันทึกไว้ในเหตุการณ์ว่ามีการกระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศเกิดขึ้นเพื่อให้คนรุ่นต่อไปได้ตระหนักถึงเหตุการณ์และเหยื่อที่ได้รับความเสียหาย

อย่างไรก็ดี การดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดละเมิดสิทธิเด็กซึ่งเป็นปัญหาอาชญากรรมระหว่างประเทศ มีรูปแบบต่างๆ ดังนี้

## 1) การดำเนินคดีต่อศาลอาญาภายในรัฐ

การใช้ศาลภายในรัฐนั้นเป็นการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมร้ายแรงโดยทั่วไป เช่นในประเทศเยอรมัน มีประมวลกฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับอาชญากรรมที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งบัญญัติลงโทษอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นครั้งแรกในเยอรมันภายหลังจากเหตุการณ์ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว นับเป็นแบบอย่างให้กับระบบกฎหมายภายในของรัฐอื่น<sup>15</sup> เป็นการดำเนินการโดยนำตัวผู้กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงมาสู่ระบบยุติธรรมภายในรัฐที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือของรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติของผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นการมุ่งเอาผิดต่อผู้กระทำความผิดที่เป็นปัจเจกชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด

<sup>14</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546), น. 294.

<sup>15</sup> Gerhard Werle and Florian Jessberger, International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law, 13 Criminal Law Forum 191,(2002) pp. 191-193.

อาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ โดยทั่วไปแล้วรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายมักจะเป็นผู้เริ่มใช้ดุลอำนาจของรัฐ ภายใต้หลักสัญชาติของผู้เสียหาย<sup>16</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เป็นอาชญากรรมสงคราม แต่อย่างไรก็ตามปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือการโต้แย้งในเรื่องดุลอำนาจของรัฐ จึงไม่สามารถที่จะนำผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ เนื่องจากตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศรัฐมีอำนาจอธิปไตยและมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน รัฐจึงไม่อาจถูกบังคับให้ต้องยอมรับเขตอำนาจของรัฐอื่นได้ อีกทั้งในบางครั้งผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดยังเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่อาชญากรรมได้เกิดขึ้นในรัฐที่เป็นหลักสัญชาติหรือในทะเลหลวง

ดังตัวอย่าง ในคดีชิโมดา (shimoda)<sup>17</sup> ซึ่งมีใช้รัฐที่เป็นการใช้ดุลอำนาจของรัฐโดยใช้หลักสัญชาติ คือประเทศสหรัฐอเมริกา คดีชิโมดาเกิดขึ้น ในปี ค.ศ.1963 เมื่อกลุ่มผู้รอดชีวิตจากปรมาณูได้ยื่นฟ้องรัฐบาลญี่ปุ่นต่อศาลโตเกียว โดยใช้หลักดินแดนและสัญชาติผู้เสียหายเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน โดยไม่ได้ยกความผิดทางอาญาขึ้นมาฟ้องร้องด้วย โดยกลุ่มผู้ฟ้องร้องอ้างว่าพวกเขาไม่สามารถฟ้องร้อง”ประธานาธิบดีทรูแมน”หรือรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะว่าภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาองค์กรทั้งสองเป็นองค์กรสูงสุดของรัฐ รวมทั้งประธานาธิบดีและรัฐได้รับความคุ้มครองตามหลักคุ้มครองอำนาจอธิปไตย ผู้ร้องทุกข์จึงยื่นขอฟ้องร้องต่อศาลโตเกียวซึ่งเป็นศาลภายในรัฐ ซึ่งในที่สุดแล้วศาลได้พิพากษาว่าการใช้ระเบิดปรมาณูเป็นสิ่งผิดกฎหมาย แต่ในที่สุดแล้วผู้ร้องทุกข์ก็ได้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด

แม้ว่าในภายหลังจะมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นมา ทำให้หลายฝ่ายเชื่อว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นต้องดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่แท้จริงแล้วตามความในดุลอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น เป็นการให้หลักการแบบช่วยเหลือส่งเสริมมิใช่เข้ามาแทนที่ศาลอาญาภายในรัฐแบบที่คนส่วนใหญ่เข้าใจกัน ดังนั้น ศาลอาญา

<sup>16</sup> กิตติ ไอสถเจริญผล, “เขตอำนาจรัฐสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 44.

<sup>17</sup> Hilary K. Josephs, The Remedy of Apology in Comparative and International Law : Self-Healing and Reconciliation, 18 Emory International Law Review 53, 64-71 (spring 2004); Barry A. Fisher, Japan's Postwar Compensation Litigation, 22 Whittier Law Review 35, 38-41 (2000).

ภายในรัฐจึงถือว่ามีบทบาทสำคัญมากที่สุดในการดำเนินคดีกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ<sup>18</sup> เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นเน้นให้รัฐเป็นผู้ดำเนินคดีโดยยืนยันถึงหลักการประสิทธิผลในการดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยในระดับรัฐแล้วต้องร่วมมือกันเพื่อแก้ไขปัญหาอาชญากรรมระหว่างประเทศ และยิ่งกว่านั้นในธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ยังได้ "เรียกร้องให้เป็นหน้าที่ของทุกรัฐในการใช้ดุลอำนาจของรัฐในทางอาญาเพื่อแก้ไขปัญหาอาชญากรรมระหว่างประเทศ"<sup>19</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ธรรมนูญกรุงโรมก็ได้สร้างพันธกรณีให้รัฐต้องมีบทบัญญัติกฎหมายอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมแต่อย่างใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ โอกาสในการบังคับใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นดูเหมือนจะเกิดขึ้นในระดับศาลภายในรัฐมากกว่าในระดับระหว่างประเทศ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพจากศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศมาสู่ศาลภายในรัฐ ศาลอาญาภายในรัฐยังรับบทบาทที่สำคัญในระบบการบังคับใช้ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีบทบาทก็ต่อเมื่อศาลภายในรัฐไม่สามารถหรือไม่มีเจตนาในการดำเนินคดีเท่านั้น<sup>20</sup>

ในปัจจุบันศาลอาญาภายในรัฐได้ปฏิบัติหน้าที่ในแต่ละประเทศโดยใช้เขตอำนาจรัฐเหนือพลเรือนของประเทศนั้นๆ ที่กระทำความผิดอาชญากรรมในเขตอาณาเขตของประเทศนั้นๆ ซึ่งเป็นเรื่องที่เคยปฏิบัติกันมาอยู่แล้ว แต่ในหลายๆศาลภายในประเทศเหล่านี้ได้สร้างอำนาจในการดำเนินคดีกับอาชญากรรมร้ายแรงในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น ศาลอาญาภายในรัฐจึงถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของระบบศาลทั้งหมด และเป็นกลไกในการบังคับใช้ให้เกิดความยุติธรรม

---

<sup>18</sup> Gerhard Werle and Florian Jessberger, International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law, 13 Criminal Law Forum 191, 193 (2002).

<sup>19</sup> Rome Statute of the International Criminal Court , Preamble , para 6.

"...Recalling that it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes..."

<sup>20</sup> William W.Burke – White, A Community of Courts : Toward a System of International criminal Law Enforcement, 24 Michigan Journal of International Law,1,3 (Fall 2002)

ทางอาญาระหว่างประเทศด้วย จึงอาจสรุปได้ว่า ศาลอาญากายในรัฐปัจจุบันยังคงเป็น “แกนหลักในการดำรงอยู่ของระบบยุติธรรมโลก”<sup>21</sup>

อย่างไรก็ตามยังมีอันตรายอย่างยิ่งในการดำเนินคดีของศาลภายในรัฐเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่น

- ประการแรก ศาลอาญากายในรัฐมักจะมีอคติบางประการหรือมีแรงจูงใจในทางการเมืองมากกว่าศาลอาญาระหว่างประเทศ และความใกล้ชิดกันอย่างยิ่งของอาชญากรรม ความกดดันภายในท้องถิ่นทั่วไป และความเจ็บปวดอย่างมากในการรับรู้ของเหยื่อและผู้รอดชีวิต อาจจะเป็นสาเหตุทำให้ความถูกต้องและการดำเนินคดีถูกทำลายไป

- ประการที่สอง คุณภาพของความยุติธรรมของศาลภายในรัฐอาจมีความแตกต่างกันอย่างมาก ในบางรัฐมีการพัฒนาระบบกฎหมายของตนเองถึงขั้นดีที่สุด ในขณะที่รัฐอื่นๆ อาจมีองค์ประกอบทางด้านกฎหมายอยู่ในขั้นพื้นฐาน

- ประการที่สาม การดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ ในบางคดีอาจจะต้องรับฟังความน่าเชื่อถือทั้งในระดับภายในประเทศและในระดับระหว่างประเทศว่ามีความยุติธรรมของการดำเนินคดีและความชอบธรรมอันแสดงถึงความยุติธรรม ศาลอาญากายในรัฐอย่างน้อยที่สุดก็มีมุมมองของความถูกต้องและไม่ลำเอียงโดยผู้สังเกตการณ์ภายนอก

## 2) การดำเนินคดีต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ

จากความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินที่เกิดขึ้นกับกลุ่มคนจำนวนมากศาลและความโหดร้ายรุนแรงของอาชญากรรมที่มีผลกระทบทั้งต่อสังคมภายในรัฐและประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด แม้จะใช้เวลาและความพยายามมาช้านานในการที่จะนำผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีและลงโทษในสังคมระหว่างประเทศ แต่แนวโน้มได้ปรากฏเป็นรูปธรรมขึ้นจากกรณีการจัดตั้งศาลทหารที่กรุงนูแรมเบิร์กที่จัดขึ้นตามข้อตกลงกรุงลอนดอน ในวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1945 เป็นศาลทหารที่ฝ่ายสัมพันธมิตรผู้ชนะสงครามจัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาผู้ที่รับผิดชอบอาชญากรรมต่อสันติภาพและอาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 และศาลกรุงโตเกียวที่ถูกจัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1946 โดยผู้บัญชาการสูงสุดของกองกำลังที่ยึดครองญี่ปุ่น ซึ่งล้วนเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสงครามโลกครั้งที่ 2 และสองศาลนี้มีลักษณะเป็นเพียงศาลเฉพาะกิจเท่านั้น

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 5-16.

ธรรมนูญของศาลทั้งสองได้พิจารณาคดีตามฐานความผิดในเรื่องอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่หลังจากนั้นจนถึงศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ถูกจัดตั้งโดยองค์การสหประชาชาติก็ยังไม่มีการจัดตั้งขึ้นอีกกระหว่างนั้นแม้ว่าจะมีอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเกิดขึ้นอีก อย่างไรก็ตาม ความพยายามขององค์การสหประชาชาติในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่ปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะถาวรต้องประสบปัญหาความยุ่งยากตั้งแต่เมื่อสิ้นสงครามโลกครั้งที่ 2 และสามารถเห็นได้ชัดเจนเป็นรูปธรรมเมื่อหลังปี ค.ศ. 1989 โดยความริเริ่มของสมัชชาทั่วไปขององค์การสหประชาชาติ คณะกรรมการนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ (ILC) ได้จัดเตรียมทำร่างรัฐธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ จนกระทั่งในปีค.ศ.1994 ร่างธรรมนูญฯ ได้ผ่านการพิจารณาของสมัชชาทั่วไปขององค์การสหประชาชาติ ต่อมาในปลายปี ค.ศ. 1995 คณะกรรมการเตรียมการในเรื่องการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้ถูกกำหนดขึ้นและทำหน้าที่ตรวจสอบร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศโดยมีการประชุมกันจำนวน 6 ครั้งในช่วงปี ค.ศ. 1996-1998 เพื่อถกเถียงประเด็นต่างๆ ในร่างธรรมนูญดังกล่าวและส่งผลให้ต่อมาในวันที่ 17 กรกฎาคม 1998 ได้มีการจัดประชุมทางการทูตขององค์การสหประชาชาติที่กรุงโรม ประเทศอิตาลี จากการประชุมได้ข้อสรุปให้ใช้ธรรมนูญกรุงโรม (Rome Statute) แห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court ; ICC) และได้มีรัฐจำนวนทั้งสิ้น 160 รัฐให้การยอมรับต่อธรรมนูญกรุงโรมดังกล่าวแต่มีรัฐที่ไม่ให้ความเห็นชอบจำนวน 7 รัฐ เช่น สหรัฐอเมริกา ถือได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศเพิ่งจะประสบความสำเร็จเมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1998 โดยศาลนี้มีที่ตั้งอยู่ที่กรุงเฮก<sup>22</sup> และต่อมาได้ปรากฏว่ามีรัฐต่างๆ ให้สัตยาบันอย่างรวดเร็วและครบตามจำนวนที่กำหนดในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2002<sup>23</sup>

ศาลอาญาระหว่างประเทศประกอบด้วยตุลากร 18 คน และตุลาการแบ่งเป็นฝ่ายต่างๆ 3 ฝ่ายได้แก่ ฝ่ายอุทธรณ์ (Appeals Division) ฝ่ายพิจารณาคดี (Trial Division) และฝ่ายไต่สวน (Pre - Trial Division) โดยในการพิจารณาคดีของศาลนั้นเป็นไปตามหลักมาตรฐานของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ให้สิทธิจำเลยในการต่อสู้คดีอย่างกว้างขวาง พิจารณาคดีต่อหน้าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำ ความผิด และศาลจะลงโทษประหารชีวิตไม่ได้

<sup>22</sup> กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, "ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ", *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2549) : น. 71-73.

<sup>23</sup> Gerhard Werle and Florian Jessberger, *supra note 18*.

นับได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นศาลระหว่างประเทศศาลแรกที่ก่อตั้งขึ้นด้วยความร่วมมือของประชาคมโลก ซึ่งไม่เหมือนกับศาลอาญาระหว่างประเทศก่อนหน้านี้ เช่น ศาลเฉพาะกิจในยูโกสลาเวียและศาลอาญาเฉพาะกิจในรวันดา ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นด้วยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงขององค์การสหประชาชาติ ศาลอาญาระหว่างประเทศจัดตั้งขึ้นด้วยเหตุผลที่จะพิจารณาพิพากษาการกระทำอันทารุณโหดร้าย โดยศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจต่อรัฐที่เป็นภาคีของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยการที่รัฐได้ให้สัตยาบันก็ถือว่ารัฐได้เป็นภาคีและยอมรับเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วทันที แต่ศาลสามารถใช้เขตอำนาจต่อรัฐที่ไม่ใช่ภาคีได้หากมีการยอมรับเขตอำนาจศาลเฉพาะกรณีและเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติใช้อำนาจเสนอเรื่องต่อพนักงานอัยการของศาล

ศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้อำนาจได้ต่อเมื่อศาลภายในของรัฐไม่สามารถดำเนินคดีแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหรือรัฐภาคีไม่ยินยอมดำเนินคดีเอง โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหรือผู้เสียหาย รัฐเจ้าของดินแดนที่ความผิดเกิดขึ้นและรัฐที่ได้ควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้

ในส่วนของที่เกี่ยวกับขอบเขตของเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น สามารถแบ่งเขตอำนาจศาลฯ ได้เป็นกรณี ดังนี้

- ในด้านเวลา เขตอำนาจศาลฯ ถูกจำกัดไว้สำหรับอาชญากรรมที่กระทำหลังการเริ่มมีผลใช้บังคับของธรรมนูญศาลฯ

- ในด้านสถานที่ เขตอำนาจแตกต่างกันออกไปตามแต่วิธีการที่คดีถูกนำขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศ กล่าวคือ หากคณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้ดำเนินการส่งเรื่องเขตอำนาจศาลฯ จะครอบคลุมทั่วไปไม่ว่ารัฐที่เป็นปัญหาจะเป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมหรือไม่ ทั้งนี้ต้องกระทำในกรอบของหมวดที่ 7 ของกฎบัตรในเรื่องการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่ถ้าวินิจฉัยคดีเป็นฝ่ายร้องเรียนหรืออัยการเป็นผู้ดำเนินการเองนั้น เขตอำนาจศาลฯ จะจำกัดลงไปที่คือ ครอบคลุมไปถึงดินแดนของรัฐที่มีได้เป็นภาคีเฉพาะเมื่อรัฐนั้นให้ความยินยอมเท่านั้น โดยที่การกระทำต้องเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐดังกล่าว หรือผู้ถูกกล่าวหาเป็นคนชาติของรัฐดังกล่าว

- ในด้านตัวบุคคล เขตอำนาจศาลฯ ครอบคลุมเฉพาะสำหรับบุคคลธรรมดาซึ่งอายุเกินกว่า 18 ปี และไม่รวมองค์การหรือรัฐอื่นใด

- ในด้านสาระ เขตอำนาจศาลฯ ขยายไปถึงอาชญากรรมร้ายแรงต่อประชาคมระหว่างประเทศ อันได้แก่ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม

และอาชญากรรมรุกรานซึ่งไม่รวมอาชญากรรมอื่นๆที่สนธิสัญญาต่างๆ ได้กำหนดไว้ตามที่ คณะกรรมาธิการกำหนดระหว่างประเทศได้เสนอไว้ เช่น เรื่องยาเสพติด การก่อการร้าย เป็นต้น

การกำหนดเขตอำนาจศาล การที่ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดให้รัฐภาคีทั้งปวงยอมรับเขตอำนาจศาลฯ เห็นฐานความผิดต่างๆ ที่ระบุไว้ โดยไม่อนุญาต ให้รัฐภาคีทำข้อสงวนไว้ ซึ่งให้เห็นว่าศาลฯมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีสำหรับอาชญากรรมที่ อัยการหรือรัฐภาคีร้องขอให้ทำการพิจารณาคดี ซึ่งเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีหรือมีผู้ต้องหาเป็น คนชาติของรัฐภาคี

ยิ่งกว่านั้น ตามข้อ 12 (2) ของธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ยังมี เขตอำนาจเพื่อพิจารณาอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลฯ ในกรณีที่รัฐเจ้าของดินแดนที่ เกิดอาชญากรรมขึ้นหรือรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถูกกล่าวหาซึ่งมิใช่รัฐภาคีในธรรมนูญศาลฯ แต่ให้ การยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

นอกจากนี้หากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเป็นผู้ส่งเรื่องให้ศาลอาญา ระหว่างประเทศพิจารณา ศาลฯ จะมีเขตอำนาจครอบคลุมการกระทำผิดที่เกิดขึ้นทั่วไป โดยไม่ ต้องได้รับการยินยอมจากรัฐที่เกี่ยวข้องซึ่งมิได้เป็นภาคีในธรรมนูญกรุงโรมฯ อย่างไรก็ตามในด้าน ความสัมพันธ์กับคณะมนตรีความมั่นคง ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจถูกร้องขอให้ระงับการ สืบสวนหรือดำเนินคดีใดก็ตาม ตลอดจนเลื่อนกระบวนการที่เริ่มไว้ออกไปเมื่อคณะมนตรีความ มั่นคงออกข้อมติถึงศาลฯ ภายใต้กรอบของมาตรการตามหมวดที่ 7 ของกฎบัตรฯ ในเรื่องการธำรง รักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

ในเรื่องหลักการเสริมเขตอำนาจศาล ตามธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่าง ประเทศ กลไกการทำงานในความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับศาลภายในขึ้นอยู่กับ หลักแห่งการเสริมเขตอำนาจศาลภายใน กล่าวคือ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่รับคดีไว้ พิจารณาเมื่อศาลภายในกำลังสืบสวนหรือพิจารณาคดีผู้ถูกกล่าวหาสำหรับอาชญากรรมดังกล่าว อยู่ หรือเมื่อศาลภายในได้ตัดสินไม่ฟ้องคดีหรือได้ตัดสินดำเนินคดีกับบุคคลที่ถูกกล่าวหาแล้ว หรือ คดีที่ไม่มีความร้ายแรงเพียงพอ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะดำเนินการเฉพาะกรณีของ อาชญากรรมร้ายแรงซึ่งกระบวนการยุติธรรมของศาลอาญาภายในรัฐไม่อาจใช้การได้หรือไม่มี ประสิทธิภาพ แต่มิใช่เป็นเรื่องของการใช้เขตอำนาจซ้อนกันหรือเหนือกว่ากันแต่อย่างใด โดยศาล อาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจในกรณีที่การพิจารณาคดีของศาลภายในรัฐเป็นไปใน ลักษณะที่จะช่วยให้ผู้ถูกกล่าวหาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ เช่น มิได้ดำเนินการโดยชอบและอย่าง เต็มความสามารถ หรือมีความล่าช้าอย่างอย่างไม่สมเหตุสมผล หรือมิได้เป็นไปอย่างอิสระและ

เป็นกลาง เช่น มีการแทรกแซงโดยองค์กรอื่น ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงมีอำนาจที่จะปฏิเสธการไม่รับผิดชอบที่อยู่ในระหว่างการสืบสวนหรือพิจารณาหรือตัดสินแล้วโดยศาลภายในเพื่อนำมาพิจารณาเอง และในกรณีที่มีการโต้แย้งเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในการรับผิดชอบ ไม่ว่าจะจากผู้ถูกกล่าวหาหรือจากรัฐที่เกี่ยวข้อง เช่น รัฐที่เริ่มการสืบสวนหรือรัฐที่กำลังดำเนินการอยู่ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีอำนาจชี้ขาดขั้นสุดท้าย

อนึ่ง ในเรื่องความแตกต่างระหว่างการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศกับศาลระหว่างประเทศอื่น ได้แก่

ก) เป็นการถาวร ซึ่งแตกต่างจากศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำผิดในยูโกสลาเวียเดิมและในรวันดา ซึ่งทั้งสองศาลนี้ถูกจัดตั้งขึ้นเนื่องจากวัตถุประสงค์เป็นการเฉพาะเจาะจงในเรื่องการกระทำที่เป็นเรื่องชั่วร้ายต่อสิทธิมนุษยชน ซึ่งอาจทำให้รัฐต่างๆ ไม่ยอมรับหรือไม่เข้าร่วม จึงทำให้ทั้งสองศาลนี้เป็นเพียงศาลชั่วคราว (*ad hoc*)

ข) การดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นการดำเนินคดีกับปัจเจกชนเท่านั้น ซึ่งไม่เหมือนกับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ดำเนินคดีระหว่างรัฐกับรัฐด้วยกัน

ค) การดำเนินคดีต่อมนุษยชาติหรือสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นการดำเนินคดีกับอาชญากรรมทั่วโลก ไม่ได้เลือกพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งหรือตามสภาพภูมิศาสตร์ดังเช่นศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำผิดในยูโกสลาเวียเดิม

ง) ส่งเสริมให้มีการใช้เขตอำนาจรัฐในทางอาญาของรัฐชาติ ดังนั้นจึงเป็นความรับผิดชอบของรัฐที่เป็นภาคีที่จะต้องนำปัจเจกบุคคลมาดำเนินคดีอย่างเป็นทางการโดยผ่านศาลของประเทศนั้นๆ

จ) เมื่อเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมความขัดแย้งทางทหารภายในรัฐนั้น ถือว่าเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติระหว่างประเทศ ไม่สามารถอ้างว่าเป็นความขัดแย้งภายในรัฐได้เมื่อก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

ฉ) การให้สัตยาบันโดยรัฐที่เป็นภาคีจะก่อให้เกิดการยอมรับเขตอำนาจของศาล โดยไม่ได้ผ่านทางข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

ช) อนุญาตให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยการสอบสวนของตนเอง คือ ในการที่จะนำคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจกระทำได้โดยรัฐ หรืออัยการผู้

ดำเนินคดีเองของศาลอาญาระหว่างประเทศหรือแม้กระทั่งคณะมนตรีความมั่นคงขององค์การสหประชาชาติก็ได้ทั้งนี้<sup>24</sup>

ข) เขตอำนาจรัฐจะมีได้ก็ต่อเมื่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้นเป็นอาชญากรรมที่มีขึ้นภายหลังที่ศาลจัดตั้งขึ้นแล้ว ซึ่งต่างจากศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำผิดในยูโกสลาเวียเดิมและในรวันดา ซึ่งมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก่อนและจึงมาจัดตั้งศาลในภายหลัง

ฉ) ธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศมีรายละเอียดมากกว่าศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำผิดในยูโกสลาเวียเดิมและในรวันดา โดยมีการระบุถึง “องค์ประกอบของอาชญากรรม” ไว้ในบทบัญญัติซึ่งทำให้ศาลสามารถใช้ประโยชน์ในการช่วยตีความได้

ญ) รัฐภาคีมีพันธกรณีผูกพันตามบทบัญญัติในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยต้องนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของตนเอง

ในเรื่องของการแก้ปัญหาคกรณคดีเด็กเข้าเป็นทหารนั้น ศาลได้รับพิจารณาดีที่ นายโทมัส ลูบันกา (Thomas Lubanga) ชาวคองโก ที่ได้มีการเกณฑ์เด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กเข้าไว้พิจารณาเพื่อสอบสวนดำเนินคดีด้วย ซึ่งนับเป็นสัญญาณที่ดีในการแก้ปัญหายอย่างจริงจังจากหลายฝ่ายสำหรับเรื่องการเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหาร

## (2) การลงโทษผู้ละเมิดสิทธิเด็กและผู้ที่เป็นจำเลยในคดี

ปัญหาเรื่องการลงโทษปัจเจกชนผู้กระทำความผิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีความซับซ้อนเป็นอย่างมาก และต้องอาศัยสถาบันทางการศาลเป็นองค์กรหลักในการดำเนินการ โดยที่การลงโทษอาชญากรรมสงครามอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลภายในและศาลระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

### 1) ศาลภายในรัฐ

ผู้ที่กระทำความผิดและถูกพิพากษาให้รับโทษจำคุกต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายในประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจำแนกได้ดังนี้

ก) ในกรณีแรกเป็นศาลภายในของประเทศที่อาชญากรรมถือสัญชาติ แต่การตัดสินลงโทษของศาลภายในรัฐเช่นว่าเป็นเรื่องกรณียกเว้นในทางปฏิบัติโดยมีเพียงกรณีของศาลอเมริกัน

<sup>24</sup> Salvatore Zappala, Human Rights in International Criminal Proceedings, (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 10.

ที่ลงโทษหมู่ “แคลลี” ซึ่งต้องรับผิดชอบต่อการสังหารประชากรและทำลายหมู่บ้านชาวเวียดนาม ชื่อ “มายเล” โดยการลงโทษให้จำคุก 20 ปี<sup>25</sup>

ข) ศาลภายในของรัฐที่ประชากรตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมของบุคคลสัญชาติอื่น ซึ่งมีเขตอำนาจศาลที่จะดำเนินคดีเช่นกัน โดยเขตอำนาจศาลมีมูลฐานมาจากหลักเขตอำนาจศาลสากลของมนุษยชาติซึ่งอนุญาตให้ติดตามและลงโทษรัฐที่เป็นสมาชิกในประชาคมระหว่างประเทศ และยังมีพื้นฐานของหลักเขตอำนาจของรัฐเหนือบุคคลซึ่งตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมอีกด้วย โดยมีการรับรองหลักการปราศจากอายุความของอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ด้วย

ส่วนกฎหมายภายในของรัฐจำนวนมากก็มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวข้างต้นหลักในกฎหมายระหว่างประเทศไว้ เพียงแต่การนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษในทางปฏิบัติมักจะเป็นเรื่องที่ยุ่งยากเมื่อผู้กระทำผิดได้หลบหนีออกไปจากประเทศที่ได้กระทำผิดหรือประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ตกเป็นเหยื่อ ดังนั้นจึงต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาตลอดจนโดยอาศัยการยืนยันความผิดของศาลระหว่างประเทศเพื่อนำผู้กระทำผิดมาลงโทษให้ได้

ในบางประเทศ ศาลได้ดำเนินการเองแทนการใช้หลักสัญชาติหรือหลักดินแดน ในกรณี que ศาลไม่อาจอ้างหลักสัญชาติหรือหลักดินแดนในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรง ในคดีที่มีความสำคัญคือคดี “ไอค์แมน (Eichmann)”<sup>26</sup> หน่วยจู่โจมอิสราเอลได้เข้าไปจับตัวนายไอค์แมน มาดำเนินคดีจากประเทศอาร์เจนตินา ซึ่งศาลได้ตัดสินในวันที่ 29 เดือน พฤษภาคม ค.ศ. 1962 ศาลได้ปฏิเสธของผู้ถูกกล่าวหาคือ นายพลไอค์แมนที่อ้างว่าศาลอิสราเอลไม่มีดุลอำนาจของรัฐเหนือผู้ถูกกล่าวหาในคดีนี้ เนื่องจากไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทั้งไม่ว่าจะเป็นในเรื่องหลักดินแดนหรือหลักสัญชาติที่เกี่ยวข้องกับประเทศอิสราเอล และทั้งนี้ศาลสูงของประเทศอิสราเอลได้มีคำพิพากษาให้ไอค์แมน อดีตนายทหารระดับสูงคนสำคัญของนาซีเยอรมัน ผู้วางแผนและสังหารชาวยิวก่อนและระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 รับโทษประหารชีวิตด้วยการแขวนคอ ในข้อกล่าวหาที่ว่าเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งศาลอิสราเอลเห็นว่าเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายจารีตประเพณีและอิสราเอลใช้ดุลอำนาจของรัฐแบบสากล (Universal Jurisdiction) เพราะเป็นการใช้เขตอำนาจในฐานะที่เป็นตัวแทนของประชาคมโลก

<sup>25</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น.268-269.

<sup>26</sup> โอสถ โกศิน, ผู้แปล, *คดีอาชญากรรมสงคราม-ไอค์แมน*, (6,000,000 accusers, นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : สำนักพิมพ์ไทยเกษม, 2515)

แม้ว่าข้อต่อสู้ของไคค์แมนในเรื่องที่ว่าเป็นการกระทำของรัฐ แต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่มีผลต่อความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลด้วย

การลงโทษต่อผู้ที่จะละเมิดสิทธิเด็กในเรื่องการเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหารเด็กหรือใช้เด็กให้เข้าร่วมในการสู้รบ การลงโทษต้องใช้ทฤษฎีเขตอำนาจรัฐและหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐมาปรับใช้ในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษเช่นเดียวกัน

## 2) ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court - ICC)

การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศมีขึ้นเมื่อสิ้นศตวรรษที่ผ่านมา ถือเป็นความสำเร็จอันยิ่งใหญ่ของประชาคมระหว่างประเทศ สำหรับความพยายามในการปรับปรุงข้อบกพร่องในกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งก่อนหน้านี้โดยหลักการแล้วรัฐไม่อาจนำตัวผู้กระทำความผิดอย่างโหดร้ายและต่อกลุ่มชนผู้บริสุทธิ์จำนวนมากมาพิพากษาลงโทษได้ โดยเฉพาะในกรณีที่รัฐเจ้าของดินแดนที่อาชญากรดังกล่าวพำนักอยู่ไม่มีนโยบายและอยู่ภายใต้ข้อผูกพันใดๆทางกฎหมายที่จะต้องทำการส่งตัวผู้กระทำความผิดให้กับรัฐที่ร้องขอหรือมีหน้าที่ในการพิพากษาอาชญากรนั้นๆเอง ทั้งนี้เนื่องจากหลักอธิปไตยทำให้รัฐทั้งปวงต้องเคารพเอกราชและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐอื่น ตลอดจนต้องงดเว้นการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น ดังนั้นการใช้กำลังบุกเข้าไปจับตัวผู้กระทำความผิดในดินแดนของรัฐอื่นถือว่าผิดกฎหมายระหว่างประเทศและนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐที่เกี่ยวข้อง เช่นตัวอย่างที่สหรัฐอเมริกาเข้าไปจับตัว "นายพลนอริเอกา" จากประเทศปานามา<sup>27</sup> ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหากระทบความสัมพันธ์หรือความขัดแย้งระหว่างรัฐเหล่านั้น การพิจารณาเขตอำนาจศาลจึงเป็นสิ่งสำคัญตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

สำหรับการลงโทษปัจเจกชนที่ละเมิดสิทธิเด็กโดยการเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหารหรือการใช้เด็กให้เข้ามีส่วนร่วมในการสู้รบในศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น คดีที่สำคัญได้แก่ คดีนายโทมัส ลูบังกา (Thomas Lubanga) โดยผู้พิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศพิพากษาให้นายโทมัส ลูบังกา ผู้บัญชาการทหารคองโก (Union of Congolese Patriots) มีความผิดฐานเกณฑ์ทหารเด็ก<sup>28</sup> นายลูบังกา เป็นผู้บัญชาการทหารจากเขตอิตูรีทางตอนเหนือของสาธารณรัฐคองโกซึ่งเกิดปัญหาความรุนแรงระหว่างชนกลุ่มน้อย ตั้งแต่ปี ค.ศ.1999 ทำให้มีผู้เสียชีวิตกว่า 60,000 คน นาย

<sup>27</sup> จตุรนต์ ธิระวัฒน์ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10. น.271.

<sup>28</sup> ดูรายละเอียดใน [Online] Available from:

[http://www.prachatai.com/05web/th/home/page2.php?mod=mod\\_ptcms&ID=10536&Key=HilighNews](http://www.prachatai.com/05web/th/home/page2.php?mod=mod_ptcms&ID=10536&Key=HilighNews)

ลูบังกาเป็นนักโทษชาวคองโกคนแรกของศาลอาญาระหว่างประเทศ (ส่วนนายเจอร์เมน คาคังกา ผู้บัญชาการทหารอีกนายจากเซตอิตูรี ยังถูกคุมขังและอยู่ระหว่างดำเนินคดี) โดยในการพิจารณาคดีได้เริ่มสอบสวนความรุนแรงในภาคตะวันออกของคองโก ตั้งแต่เดือน มิ.ย. ค.ศ. 2004 และนายโรมัส ลูบังกา ได้ถูกจับเมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. 2005 ในข้อหาใช้ทหารเด็กและได้ถูกส่งตัวมาที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 16 เดือนมีนาคม ค.ศ. 2006 เพื่อสอบสวนดำเนินคดี และในที่สุดนายโรมัส ลูบังกา ได้ถูกตัดสินให้มีความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามบทบัญญัติข้อที่ 8 (2)(XXVI)<sup>29 30</sup> ของธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่กล่าวว่า “การเกณฑ์เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าเป็นทหารหรือมีส่วนร่วมสำคัญในการสู้รบถือเป็นอาชญากรรมสงคราม”<sup>31</sup>

### 3) ศาลเฉพาะกิจ (*ad hoc* International Tribunal)

ศาลเฉพาะกิจ มีขึ้นเพื่อจะพิพากษาลงโทษต่อคดีที่มีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นคดีเฉพาะคดีใดคดีหนึ่ง การใช้ศาลเฉพาะกิจระหว่างประเทศเป็นอีกรูปแบบหนึ่งในการหาผู้รับผิดชอบต่อการกระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรงและอาชญากรรมระหว่างประเทศ

“ศาลอาญาเฉพาะกิจ” นิยามของคำนี้มิได้มีการระบุถึงอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามจากลักษณะร่วมกันของศาลอาญาเฉพาะกิจ<sup>32</sup> อาจสรุปได้ว่า “ศาลอาญาเฉพาะกิจเป็นศาลซึ่งประกอบด้วยร่วมกันระหว่างผู้พิพากษา อัยการและพนักงานสอบสวนทั้งภายในรัฐและระดับระหว่างประเทศถูกสร้างขึ้นเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลอาญาเฉพาะกิจ มีการก่อตั้ง ณ สถานที่เกิดเหตุของอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยมีการปรับใช้ร่วมกันทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติทั้งระดับภายในรัฐและ

<sup>29</sup> Slomanson, William R, Fundamental perspectives on international law, (Belmont, Calif. : Thomson/ West, c2003), pp. 505 – 507.

<sup>30</sup> International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law Volume II Practice Part 2 (Cambridge:The Press Syndicate of the University of Cambridge), p.3110.

<sup>31</sup> International Committee of the Red Cross, Discover the ICRC, (Bangkok, September 2005), p.25.

<sup>32</sup> Laura A. Dickinson “The Promise of Hybrid Courts” 97 American Journal of International Law : 295, pp.295-310 (April,2003).

ระดับระหว่างประเทศ<sup>33</sup> ซึ่งจะได้ประโยชน์จากประสบการณ์ของผู้พิพากษาภายในรัฐและผู้พิพากษาระดับระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขจุดอ่อนต่างๆที่เกิดขึ้นของศาลภายในรัฐและศาลอาญาระหว่างประเทศ<sup>34</sup>”

สำหรับคำว่า “เฉพาะกิจ (*ad hoc*)” นั้นมีความหมายมากกว่าหลักการทั่วไปในการปรับตัวเพื่อสร้างความโปร่งใสในเชิงสถาบันภายใต้บริบทเฉพาะเท่านั้น แต่ยังหมายถึงการทำให้เราเลิกสนใจการหาทางปฏิบัติที่ดีที่สุดสำหรับศาลอาญาเฉพาะกิจสำหรับอาชญากรรมสงครามเป็นเวลาชั่วคราวอีกด้วย<sup>35</sup> โดยแท้จริงแล้วความท้าทายในการดำเนินคดีและการลงโทษผู้กระทำความผิดอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและผู้ที่เกี่ยวข้องการฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนั้นมิได้มีการขีดแบ่งเส้นแบ่งอย่างชัดเจนในเรื่องตุลาการภายในรัฐและเรื่องเขตแดนของรัฐ ซึ่งนำมาสู่การพิจารณาของกฎหมายระหว่างประเทศและการขยายไปสู่ทิศทางใหม่ๆ นำไปสู่การสร้างสถาบันระหว่างประเทศใหม่ๆ รวมทั้งศาลอาญาเฉพาะกิจ และเป็นยุคขององค์ภาวะหรือผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ที่มีใช้รัฐและรัฐบาลของรัฐได้เข้ามามีบทบาทสำคัญทั้งภายนอกและระบบคู่ขนานไปด้วยกันกับแนวความคิดหลักในรูปแบบของความร่วมมือจากนานาชาติ<sup>36</sup> ดังนั้นเมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้วศาลอาญาเฉพาะกิจจึงอยู่ในสถานภาพที่เป็นการอุดช่องว่างเพื่อสร้างทิศทางที่ถูกต้องในการก้าวต่อไปของประชาคมระหว่างประเทศเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมของมนุษยชาติ<sup>37</sup>

ศาลอาญาเฉพาะกิจนั้นถือได้ว่าดำเนินการมา 3 รุ่น นับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา กล่าวคือ

---

<sup>33</sup> Cesare P.R. Romano, “New Dimensions of Multilateralism The Case of International Criminal Justice,” [Online] Available from:<[www.cic.nyu.edu/pdf/NDM%20-%20Background%20Paper%20Internatinal%20Criminal%20Justice1.doc](http://www.cic.nyu.edu/pdf/NDM%20-%20Background%20Paper%20Internatinal%20Criminal%20Justice1.doc)>, January 31, 2006.

<sup>34</sup> Laura A. Dickinson, *supra note*. 32., pp.300-310.

<sup>35</sup> Varda Hussain, “Sustaining Judicial Rescues : The Role of Outreach and Capacity – Building Efforts in War Crimes Tribunals”, 45 Virginia Journal of International Law 547, 549 (Winter 2005).

<sup>36</sup> Cesare P.R. Romano, *supra note* 33.

<sup>37</sup> *Ibid.*

- รุ่นแรกคือศาลทหารชั่วคราวในกรุงนูเรมเบิร์กและศาลทหารชั่วคราวในกรุงโตเกียว
- รุ่นที่สอง<sup>38</sup> คือศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียเดิมและศาลอาญาเฉพาะกิจในรวันดา
- รุ่นที่สาม<sup>39</sup> คือศาลเฉพาะกิจขึ้นในเซียร์รา ลีโอน ศาลเฉพาะกิจในโคโซโว ศาลเฉพาะกิจในติมอร์ตะวันออก และศาลเฉพาะกิจในกัมพูชา

ศาลอาญาเฉพาะกิจจะใช้ในกรณีที่รัฐไม่สามารถใช้วิธีการของศาลอาญาภายในรัฐหรือศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงได้สร้างศาลที่มีส่วนประกอบเป็นลักษณะผสมกัน รวมทั้งช่วยลดการต่อต้านทั้งการดำเนินการของศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือการดำเนินการแต่เพียงศาลอาญาภายในรัฐแต่เพียงลำพัง โดยศาลอาญาเฉพาะกิจจะมีบทบัญญัติรวมทั้งกฎเกณฑ์ซึ่งประกอบกันทั้งในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในรัฐ ศาลเฉพาะกิจที่ได้จัดตั้งขึ้น มีดังนี้

ก) ศาลทหารชั่วคราวในกรุงนูเรมเบิร์ก

แรกเริ่มของศาลอาญาเฉพาะกิจนั้นได้มีการจัดตั้งศาลทหารที่กรุงนูเรมเบิร์กซึ่งเป็นศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศตามข้อตกลงกรุงลอนดอน(London Agreement)<sup>40</sup> ซึ่งเป็นข้อสรุปของผู้ชนะสงครามในสงครามโลกครั้งที่ 2 ในวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1945 โดยได้วางบทบัญญัติให้มีการสร้างศาลอาญาชั่วคราวระหว่างประเทศ “สำหรับการไต่สวนอาชญากรรมสงครามผู้ซึ่งกระทำความผิดโดยไม่คำนึงถึงพื้นที่ทางภูมิศาสตร์แต่ส่วนหนึ่งส่วนใด” อาชญากรรมสงครามที่สำคัญก็ได้ถูกดำเนินการโดยใช้หลักการพื้นฐานในบทบัญญัตินูเรมเบิร์ก รวมทั้งในภาคผนวกและข้อตกลง กฎบัตรนูเรมเบิร์กแสดงให้เห็นถึงการฝ่าฝืนกฎหมายจารีตประเพณีแห่งสงครามซึ่งสมควรที่จะถูกลงโทษในฐานะเป็นอาชญากรรมสงคราม นับได้ว่าเป็นศาลทหารที่ฝ่ายสัมพันธมิตร

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Etelle R.Higonnet, “Restructuring Hybrid Courts : Local Empowerment and National Criminal Justice Reform” 23 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 347, pp. 352-353. (Spring,2006).

<sup>40</sup> ดูรายละเอียดใน The Avalon Project at Yale Law School, “Nuremberg Trail Vol.1 : London Agreement of August 8<sup>th</sup> 1945” [Online] Available from: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtcost.html#art1>>, June 3,2006.

ผู้ชนะสงครามจัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาผู้ที่รับผิดชอบอาชญากรรมต่อสันติภาพและอาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2

#### ข) ศาลทหารชั่วคราวในกรุงโตเกียว

ในเวลาต่อมาศาลกรุงโตเกียวได้ถูกจัดตั้งขึ้น โดยใช้พิจารณาคดีทหารญี่ปุ่นคือผู้บัญชาการสูงสุดของกองกำลังที่ยึดครองญี่ปุ่นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นเรื่องของการไต่สวนในเรื่องนโยบายการรุกรานของประเทศญี่ปุ่นที่เกิดขึ้นก่อนปี ค.ศ. 1945 ผู้ต้องหาล้วนเป็นผู้นำทางทหารและผู้นำในทางการเมือง รวมจำนวน 28 คน อย่างไรก็ตามด้วยเหตุผลทางการเมืองเกี่ยวกับเรื่องนี้ไม่ได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อจักรพรรดิแห่งประเทศญี่ปุ่นแต่อย่างใด พื้นฐานในเรื่องการไต่สวนคดีอาชญากรรมสงครามโตเกียวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงของผู้ที่เป็นผู้นำในการสั่งการของกองกำลังสัมพันธมิตร นายพลดักลาส แม็คอาเธอร์ (Douglas MacArther) ได้เสนอให้มีการสร้างศาลอาญาชั่วคราวและบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องในวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1946 ชื่อว่า “บทบัญญัติว่าด้วยศาลทหารชั่วคราวระหว่างประเทศสำหรับดำเนินคดีในประเทศตะวันออกไกล” หรือ “กฎบัตรโตเกียว”<sup>41</sup> โดยรูปแบบในการดำเนินคดีในกรุงโตเกียวได้รับอิทธิพลจากรูปแบบในบทบัญญัตินูเรมเบิร์ก

จะเห็นได้ว่าหลักการของกฎบัตรนูเรมเบิร์กมิได้ถูกนำมาปรับใช้เฉพาะที่นูเรมเบิร์กเท่านั้น แต่ยังปรับใช้กับอาชญากรรมสงครามที่มีการไต่สวนในกรุงโตเกียวอีกด้วย เพราะในกฎบัตรโตเกียวได้ยืนยันถึงหลักการของกฎบัตรนูเรมเบิร์กเกี่ยวกับการไต่สวนผู้ที่กระทำผิดอาชญากรรมสงครามในสงครามโลกครั้งที่ 2 ปัจจุบันนี้หลักการนูเรมเบิร์กถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและถือเป็นสาระอันสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ

#### ค) ศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในยูโกสลาเวียเดิม

ต่อจากนั้นในปี ค.ศ. 1993 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติ 808 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1993 ได้กำหนดให้เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในยูโกสลาเวียเดิมที่มี “การลบล้างเผ่าพันธุ์ที่มีความเชื่อในทางศาสนาที่แตกต่างกัน” เป็นเหตุการณ์ที่กระทบกระเทือนและคุกคามต่อสันติภาพระหว่างประเทศ ผลที่ตามมาคือมีการแทรกแซงทางทหารซึ่งใช้กองกำลังขององค์การนาโต้ (NATO) โดยความเห็นชอบขององค์การสหประชาชาติ และเห็นว่าเหตุการณ์ที่

---

<sup>41</sup> The Avalon Project at Yale Law School. “Charter of the International Military Tribunal for the Far East” [Online] Available from: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfech.htm> > June 3, 2006.

เกิดขึ้นในยูโกสลาเวียเดิมเป็นการกระทำที่ชั่วร้าย จึงได้ตัดสินใจยุติปัญหาสงครามในยูโกสลาเวียเดิมและนำตัวผู้ที่กระทำผิดอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศมาลงโทษ (ในขณะที่หลายประเทศต่างๆ ยังไม่ต้องการเช่นนั้น ยังคงใช้การโจมตีทางอากาศต่อยูโกสลาเวียเดิม)

ในที่สุดตามข้อมติ 827 ขององค์การสหประชาชาติ ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 ได้มีการจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจในยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia : ICTY) ขึ้นและได้มีการปรับใช้ธรรมนูญของศาลอาญาเฉพาะกิจในยูโกสลาเวีย ซึ่งได้มีการนำข้อกำหนดในกฎบัตรนูเรมเบิร์กมาใช้เป็นส่วนใหญ่ และศาลอาญาเฉพาะกิจในยูโกสลาเวียได้มีส่วนสำคัญในการให้คำนิยามที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้นของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ง) ศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในรวันดา

และในปี ค.ศ. 1995 สภาความมั่นคงขององค์การสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 955 ให้มีการจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจในรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda : ICTR) ขึ้นซึ่งมีลักษณะเหมือนกับยูโกสลาเวีย และเพื่อที่จะนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษโดยเฉพาะอย่างยิ่งฐานอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งในรวันดานั้นได้เกิดเหตุการณ์ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ผู้บริสุทธิ์จำนวนมากถึง 800,000 คน ในช่วงระยะเวลาไม่กี่เดือน นับเป็นเหตุการณ์ที่ประชาคมโลกรู้สึกสะเทือนจิตใจเป็นอย่างมาก

จ) ศาลอาญาเฉพาะกิจในโคโซโว

ในปี ค.ศ. 1999 สงครามในโคโซโวได้ทวีความรุนแรง นายสโลโบดัน มิโลเชวิช (Slobodan Milosevic) ผู้นำชาวเซิร์บได้ใช้กำลังบีบบังคับให้โคโซโวกลายเป็นเมืองขึ้นของเซอร์เบีย ทำให้เกิดความขัดแย้งโดยใช้กำลังทางอาวุธในโคโซโว “กองทัพเสรีโคโซโว (KLA)”<sup>42</sup> ได้เพิ่มสมาชิกของกองกำลังเพื่อต่อสู้กับชาวเซอร์เบีย ทำให้กลุ่มเคแอลเอมีการเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหารเป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตามความขัดแย้งได้ลุกลามออกไปจนเกิดเป็นสงคราม และต่อมาคณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 1199 แสดงความห่วงใยอย่างลึกซึ้งเกี่ยวกับการใช้กำลังอย่างเกินขอบเขตของกองกำลังรักษาความมั่นคงของชาวเซอร์เบียและกองทัพยูโกสลาเวีย และเรียกร้องให้มีการหยุดยิงโดยทั้งสองฝ่าย ในปี ค.ศ. 2002 ได้มีข้อมติของคณะมนตรีความ

---

<sup>42</sup> Wendy S. Betts and Gregory Gisvold, “Conflict Mapping : Innovation in International Responses in Post – Conflict Societies” 10 Human Rights Brief 24,26 (Spring 2003).

มั่นคงแห่งองค์การสหประชาชาติที่ 1244<sup>43</sup> ได้กำหนดให้คณะทำงานบริหารช่วงการเปลี่ยนแปลงในโคโซโวมีอำนาจในการบริหารชั่วคราวที่จะจัดการบริหารในโคโซโว เพื่อให้ประชาชนโคโซโวได้รับเอกราชจากสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย และเป็นที่มาของการจัดตั้งศาลเฉพาะกิจในโคโซโวในเวลาต่อมา

ด) ศาลเฉพาะกิจในติมอร์ตะวันออก

เนื่องมาจากเหตุการณ์การรุกรานและการใช้ความรุนแรงของอินโดนีเซีย ที่มีต่อชาวติมอร์ตะวันออก และชาวติมอร์ตะวันออกได้ร่วมกันต่อสู้โดยการนำของ “นายโจเซ รามอส – โฮทรา (Jose Ramos – Horta)” ผู้ก่อตั้งกองกำลังของพริทาลินหรือกองกำลังปฏิวัติแนวหน้าสำหรับเสรีภาพในติมอร์ตะวันออก ที่รวมกลุ่มเพื่อต้องการเรียกร้องเอกราชให้กับตนเอง และจากความขัดแย้งทำให้ชาวติมอร์เสียชีวิตลงกว่า 200,000 คนจากการต่อสู้และจากความอดอยาก โดยอาชญากรรมที่เกิดขึ้นต่อชาวติมอร์ตะวันออกภายหลังวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1999 นั้นผู้กระทำความผิดอาจถูกดำเนินคดีในศาลเฉพาะกิจในติมอร์ตะวันออก

ข) ศาลเฉพาะกิจในเซียร์รา ลีโอน

ปัญหาความรุนแรงในการขัดกันทางอาวุธในประเทศเซียร์รา ลีโอน ซึ่งกลายเป็นสงครามกลางเมือง เริ่มต้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1991 โดยมีกลุ่ม “ขบวนการปฏิวัติร่วมแนวหน้า” ที่มีความคิดปฏิวัติในประเทศเซียร์รา ลีโอน สภาพปัญหาในเซียร์รา ลีโอนนั้นถือว่าเป็นการละเมิดในฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอย่างร้ายแรง มีเหยื่อเป็นจำนวนมากที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ ประชากรนับ 100,000 ถูกฆ่าระหว่างการขัดแย้ง รวมทั้งปัญหาการใช้ทหารเด็กของกลุ่มความขัดแย้งคือกลุ่มขบวนการปฏิวัติร่วมแนวหน้า และอีกหลายกลุ่ม ประมาณการว่ามีทหารเด็กเข้าร่วมในสงครามถึง 7,000 คน จนในที่สุดได้มีการจัดทำสนธิสัญญาก่อตั้งศาลเฉพาะกิจขึ้นในเซียร์รา ลีโอน เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศมาดำเนินคดีและลงโทษ

ช) ศาลเฉพาะกิจในกัมพูชา

ประเทศกัมพูชานับว่าเป็นประเทศที่มีประวัติศาสตร์ในเรื่องความรุนแรงและความยุ่งยากทางการเมืองมาตลอด ในปี ค.ศ. 1975 เขมรแดงได้เข้ายึดครองอำนาจของชาติโดยใช้การปฏิวัติ เขมรแดงเป็นตำนานแห่งความโหดร้าย โดยการนำของ “นายพล พต” ซึ่งดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของรัฐบาลกัมพูชาประชาธิปไตยในขณะนั้น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในกัมพูชาเป็น

---

<sup>43</sup> John R.W.D. Jones and, Steven Powles, International Criminal Practice, (Oxford:Oxford University Press,2003), pp.25-29.

โศกนาฏกรรมที่เลวร้ายที่สุดของประวัติศาสตร์มนุษยชาติยุคใหม่ที่ทำให้ชาวกัมพูชาอย่างน้อย 1.7 ล้านคนเสียชีวิต และในปี ค.ศ. 2003 รัฐบาลกัมพูชาและองค์การสหประชาชาติได้ตัดสินใจให้มีการจัดตั้งศาลเฉพาะกิจในกัมพูชาในการดำเนินคดีกับผู้นำเขมรแดงที่เหลืออยู่เพื่อชำระความผิดกรรมที่เรียกว่าทุ่งสังหาร (Killing Field) สมัยเขมรแดงเรื่องอำนาจ และที่ประชุมแห่งชาติกัมพูชาได้ให้สัตยาบันต่อข้อตกลงดังกล่าวเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 2004

จะเห็นได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นศาลเฉพาะกิจที่จัดตั้งขึ้นมา เมื่อศาลพิพากษาคดีเรียบร้อยแล้วศาลดังกล่าวก็สลายตัวไป แต่นับได้ว่าศาลเฉพาะกิจระหว่างประเทศเหล่านี้มีส่วนสำคัญในการลงโทษผู้ที่กระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ ซึ่งรวมไปถึงมีบทบัญญัติในการลงโทษต่อผู้ที่เกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหาร ผู้ที่ล่องละเมิดทางเพศต่อเด็กในระหว่างการขัดกันทางอาวุธ ที่ถือได้ว่าเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศในฐานอาชญากรรมสงครามและฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามลำดับ