

บทที่ 3

การดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อม ในศาลอาญาระหว่างประเทศ

3.1 การดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อม

3.1.1 การดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมขึ้นก่อนฟ้องศาลอาญาระหว่างประเทศ

ก่อนที่จะมีการดำเนินคดีในชั้นศาลอาญาระหว่างประเทศได้นั้น ต้องปรากฏว่ามีการสืบสวนสอบสวนโดยอัยการเสียก่อน และเมื่ออัยการเห็นว่าการกระทำที่เกิดขึ้นอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศจึงจะสามารถนำกรณีที่เกิดขึ้นนำไปให้ศาลอาญาระหว่างประเทศทำการพิจารณาดำเนินคดีต่อไปได้ ทั้งนี้บุคคลที่สามารถดำเนินการเสนอกรณีซึ่งดูเหมือนว่าได้ถูกกระทำขึ้นและอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศให้อัยการดำเนินการสืบสวนสอบสวนได้มีดังนี้¹

1. รัฐภาคีศาลอาญาระหว่างประเทศ
2. คณะมนตรีความมั่นคง
3. บุคคลธรรมดา หรือองค์การพัฒนาเอกชน
4. อัยการ

โดยเมื่ออัยการได้รับการเสนอกรณีแล้ว อัยการก็จะดำเนินการลงความเห็นว่ามีพื้นฐานที่สมเหตุสมผลที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนต่อไปได้หรือไม่ ซึ่งหากอัยการมีความเห็นว่ามีพื้นฐานที่สมเหตุสมผลที่จะดำเนินการสอบสวนสืบสวนต่อไปแล้ว อัยการก็จะดำเนินการยื่นคำร้องเสนอต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นเพื่อขออำนาจในการสืบสวนสอบสวนต่อไป ทั้งนี้ผู้เสียหายอาจยื่นคำให้การต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นได้ แต่หากอัยการเห็นว่าข้อมูลที่ได้มาจากการตรวจสอบเบื้องต้นแล้วข้อมูลไม่ได้ก่อให้เกิดพื้นฐานที่สมเหตุสมผลในการสืบสวน

¹ The Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, (hereinafter Rome Statute), art.13,14,15.

สอบสวน อัยการต้องแจ้งแก่บุคคลผู้ซึ่งให้ข้อมูล และหากกรณีที่ได้มีการส่งข้อเท็จจริง หรือ พยานหลักฐานใหม่เกี่ยวกับกรณีเดียวกันนั้น อัยการก็สามารถดำเนินการพิจารณาใหม่ได้

เมื่ออัยการได้ดำเนินการยื่นคำร้องเสนอต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นเพื่อขอ อำนาจในการสืบสวนสอบสวนต่อแล้ว องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต้องพิจารณาว่ามี พื้นฐานที่สมเหตุสมผลและอาชญากรรมที่เกิดขึ้นนั้นๆ อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือไม่ หากปรากฏว่ามีพื้นฐานที่สมเหตุสมผลและอาชญากรรมที่เกิดขึ้นนั้นๆ อยู่ในเขตอำนาจ ศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว องค์คณะพิจารณาเบื้องต้นก็จะอนุญาตให้มีการเริ่มการสืบสวน สอบสวนโดยไม่กระทบต่อคำวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศในภายหลัง ทั้งเรื่องเกี่ยวกับ เขตอำนาจศาล และการรับคดีไว้พิจารณา และในกรณีที่องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น พิจารณาเห็นว่าไม่มีพื้นฐานที่สมเหตุสมผลและไม่อนุญาตให้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนต่อไป แล้ว ไม่เป็นการตัดสิทธิในการยื่นคำร้องของอัยการในภายหลัง โดยอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง หรือพยานหลักฐานใหม่เกี่ยวกับกรณีเดียวกัน

ทั้งนี้ องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นจะเป็นผู้ทำหน้าที่แทนศาลอาญาระหว่าง ประเทศก่อนขั้นที่จะมีการรับฟ้องคดี ตั้งแต่ในเรื่องว่าควรจะมีการเริ่มการสืบสวนสอบสวนหรือไม่ จนกระทั่งการยืนยันข้อกล่าวหาก่อนการพิจารณาคดีในศาล

นอกจากนี้ องค์คณะพิจารณาเบื้องต้นอาจดำเนินการมาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อประกันใน ประสิทธิภาพ และความเที่ยงธรรมของกระบวนการพิจารณา และการปกป้องสิทธิของฝ่ายจำเลยใน กรณีที่อัยการพิจารณาสอบสวนแล้วเห็นว่าเป็นโอกาสเพียงครั้งเดียวซึ่งต่อไปอาจไม่มีอีกในการที่ จะได้มาซึ่งคำเบิกความหรือคำแถลงจากพยานหรือตรวจสอบรวบรวมหรือพิสูจน์พยานหลักฐาน เพื่อความมุ่งประสงค์ของการพิจารณาคดีในศาล ให้อัยการแจ้งเรื่องต่อองค์คณะตุลาการพิจารณา เบื้องต้น และเมื่ออัยการร้องขอ องค์คณะพิจารณาพิจารณาเบื้องต้นอาจดำเนินการมาตรการเท่าที่ จำเป็นเพื่อประกันในประสิทธิภาพและความเที่ยงธรรมของกระบวนการพิจารณาและโดยเฉพาะอย่าง ยิงเพื่อปกป้องสิทธิของฝ่ายจำเลย โดยรวมถึงมาตรการ ดังนี้²

1. ทำข้อเสนอแนะ หรือคำสั่งเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความเพื่อให้ปฏิบัติตาม
2. สั่งการให้มีการบันทึกกระบวนการพิจารณาความ
3. แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้ความช่วยเหลือ

² Ibid. art.56.

4. อนุญาตให้ทนายความของบุคคลที่ถูกจับ หรือที่ได้ปรากฏตัวต่อศาลตามหมายเรียก มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณา หรือให้แต่งตั้งทนายความอื่นให้เข้าร่วมและเป็นผู้แทนรักษาผลประโยชน์ของฝ่ายจำเลย เมื่อยังไม่มี การจับหรือมาปรากฏตัว หรือยังไม่มี การแต่งตั้งทนายความเช่นว่า

5. แต่งตั้งผู้พิพากษาคนหนึ่งขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น หรือหากจำเป็น ให้แต่งตั้งผู้พิพากษาอีกคนหนึ่งที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้จากกองพิจารณาเบื้องต้น หรือกองพิจารณาคดีเข้าสังเกตการณ์ และจัดทำข้อเสนอแนะหรือคำสั่งเกี่ยวกับการรวบรวมและการเก็บรักษาพยานหลักฐานและการซักถามพยานบุคคล

6. ดำเนินการอื่นเท่าที่จำเป็นเพื่อรวบรวมหรือเก็บรักษาพยานหลักฐาน

หรือในกรณีที่อัยการไม่ได้ทำการร้องขอให้ดำเนินมาตรการให้เป็นไปตามที่กล่าวมา แต่ องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นพิจารณาว่าจำเป็นต้องดำเนินมาตรการเช่นนั้น เพื่อเก็บรักษาพยานหลักฐาน ซึ่งองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นเห็นว่าจะสำคัญยิ่งต่อฝ่ายจำเลยในการพิจารณาคดีในศาล องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต้องหารือกับอัยการว่าอัยการมีเหตุผลที่เหมาะสมหรือไม่ ที่อัยการมิได้ร้องขอมาตรการดังกล่าว และหากภายหลังการหารือ องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นสรุปว่าการที่อัยการมิได้ร้องขอมาตรการเช่นนั้นว่า เป็นสิ่งที่ไม่มีความเหมาะสมสมควร องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นอาจริเริ่มให้ดำเนินมาตรการเช่นนั้นเองได้ ทั้งนี้ อัยการอาจอุทธรณ์คำตัดสินขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นในกรณีนี้ได้ ส่วนในเรื่องของการยืนยันข้อกล่าวหา ก่อนการพิจารณาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศภายหลังจากการส่งมอบตัวของบุคคลหรือการมาปรากฏตัวในศาลโดยสมัครใจ องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต้องมีการพิจารณาเพื่อยืนยันข้อกล่าวหาที่อัยการประสงค์จะให้มีการพิจารณาคดีและเมื่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นนั่งพิจารณาคดีเพื่อยืนยันข้อกล่าวหาต้องวินิจฉัยว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอที่ทำให้เกิดเหตุผลที่มีหลักฐานสนับสนุนอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นประกอบอาชญากรรมตามข้อกล่าวหาแต่ละข้อหรือไม่ โดย³

1. ยืนยันข้อกล่าวหานั้นในกรณีที่องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นวินิจฉัยว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอ และส่งตัวบุคคลนั้นให้องค์คณะตุลาการดำเนินการพิจารณาคดีในข้อกล่าวหาตามที่ยืนยันนั้น

2. ยกข้อกล่าวหาเหล่านั้นในกรณีที่วินิจฉัยว่ามีพยานหลักฐานไม่เพียงพอ

³ Ibid. art.61 para 1,7.

3. เลื่อนการนั่งพิจารณาคดีและร้องขอให้อัยการพิจารณา

- จัดหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมหรือสืบสวนสอบสวนเพิ่มเติมในข้อกล่าวหาเฉพาะข้อหนึ่งข้อใด หรือ

- แก้ไขข้อกล่าวหาเนื่องจากปรากฏจากพยานหลักฐานเพิ่มเติมที่น่าเสนอว่าเป็นความผิดฐานอื่นที่อยู่ภายในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ในกรณีที่องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นยกข้อกล่าวหา อัยการสามารถร้องขอให้มีการยืนยันข้อกล่าวหาในภายหลัง หากคำร้องขอนั้นมีพยานหลักฐานเพิ่มเติมสนับสนุน

ภายหลังยืนยันข้อกล่าวหาและก่อนการพิจารณาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศจะเริ่มขึ้น อัยการอาจแก้ไขข้อกล่าวหาโดยได้รับอนุญาตจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นและภายหลังจากการแจ้งให้จำเลยทราบหากอัยการเพิ่มข้อกล่าวหาหรือตั้งข้อกล่าวหาอื่นที่ร้ายแรงกว่า การพิจารณายืนยันต้องมีขึ้นอีกเพื่อยืนยันข้อกล่าวหาเหล่านั้น ทั้งนี้ภายหลังการพิจารณาคดีในศาล อัยการอาจถอนข้อกล่าวหาโดยได้รับอนุญาตจากองค์คณะตุลาการพิจารณาคดีได้⁴

3.1.2 การดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมชั้นศาลอาญาระหว่างประเทศ

การดำเนินคดีในชั้นศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศต้องดำเนินการพิจารณาว่าสามารถรับคดีไว้พิจารณาได้หรือไม่ ทั้งนี้การรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ผูกมัดตามข้อพิจารณาขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นที่ได้กระทำมาแล้วแต่อย่างใด โดยศาลอาญาระหว่างประเทศต้องวินิจฉัยว่าไม่สามารถรับคดีไว้พิจารณาได้ เมื่อ⁵

1. คดีนั้นกำลังอยู่ในระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี โดยรัฐซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น เว้นแต่รัฐไม่สนใจ หรือไม่สามารถที่จะทำการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีได้อย่างแท้จริง

2. คดีนั้นได้รับการสืบสวนสอบสวนโดยรัฐซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคดีและรัฐได้ตัดสินใจที่จะไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลที่เกี่ยวข้อง เว้นแต่การตัดสินใจนั้นเป็นผลมาจากความไม่สนใจหรือความสามารถของรัฐอย่างแท้จริงที่จะฟ้องร้องดำเนินคดี

⁴ Ibid. art.61 para 8,9.

⁵ Ibid. art.17.

3. บุคคลที่เกี่ยวข้องได้ถูกพิจารณาคดีแล้วสำหรับการกระทำซึ่งเป็นมูลของคำฟ้อง สำหรับการกระทำที่เป็นอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม เว้นแต่กระบวนการพิจารณาในศาลอื่นนั้น

ก) มีไว้เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะปกป้องบุคคลที่เกี่ยวข้องจากความรับผิดชอบทางอาญา สำหรับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือ

ข) ไม่ดำเนินการอย่างเป็นอิสระหรือเป็นกลางตามบรรทัดฐานของกระบวนการยุติธรรม ซึ่งได้รับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศและภายใต้สถานการณ์นั้น ได้ดำเนินการในลักษณะที่ขัดกับเจตนาที่จะนำบุคคลที่เกี่ยวข้องมาสู่ความยุติธรรม

4. คดีไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะเป็นเหตุผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดีต่อไป

ในกรณีของการที่รัฐไม่สนใจในการดำเนินคดี ศาลอาญาระหว่างประเทศจะพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายระหว่างประเทศ โดยการพิจารณาว่ามีประเด็นใดดังต่อไปนี้หรือไม่

1. กระบวนการพิจารณาที่ได้ดำเนินการหรือกำลังดำเนินการ หรือได้มีคำตัดสินของรัฐเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะปกป้องบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงทางอาญาสำหรับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ

2. มีความล่าช้าที่ไม่สมเหตุผลในกระบวนการพิจารณาซึ่งตามสภาวะการณ์ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่จะนำบุคคลที่เกี่ยวข้องมาสู่ความยุติธรรม

3. กระบวนการพิจารณาไม่ได้ดำเนินการ หรือมิได้กำลังดำเนินการอย่างเป็นอิสระหรืออย่างไม่เป็นกลาง และกระบวนการพิจารณานั้นได้ดำเนินการ หรือกำลังดำเนินการในลักษณะซึ่งตามสภาวะการณ์ที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่จะนำบุคคลที่เกี่ยวข้องไปสู่ความยุติธรรม

กรณีของการที่รัฐไม่มีความสามารถที่จะทำการสืบสวนสอบสวนในคดีใดคดีหนึ่งนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศจะพิจารณาโดยดูว่า รัฐนั้นไม่สามารถที่จะได้มาซึ่งผู้ต้องหา หรือพยานหลักฐานที่จำเป็น หรือไม่มีความสามารถอื่นๆ อันทำให้ไม่สามารถที่จะดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมแห่งรัฐ ด้วยสาเหตุจากความล้มเหลวโดยสิ้นเชิงหรือไม่ สำคัญหรือการปราศจากกระบวนการหรือไม่

เมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้รับคดีไว้พิจารณาแล้วกระบวนการดำเนินการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องดำเนินการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย มีความเป็นธรรมและรวดเร็ว เคารพสิทธิของจำเลยและคำนึงถึงการคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน โดย

บุคคลย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ในศาลอาญาระหว่างประเทศได้ว่ากระทำความผิดตามกฎหมายที่ใช้บังคับ โดยอัยการเป็นผู้ที่มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลย ส่วนการพิพากษาลงโทษจำเลย ศาลอาญาระหว่างประเทศต้องแน่ใจว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากความสงสัยตามสมควร และคำตัดสินขององค์คณะตุลาการพิจารณาคดีต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานและกระบวนการพิจารณาคดีทั้งปวง โดยคำตัดสินต้องไม่เกินข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่ระบุไว้ในข้อกล่าวหาและคำแก้ไขข้อกล่าวหาบนพื้นฐานของพยานหลักฐานที่ได้เสนอขึ้นมาและพิจารณาในการพิจารณาคดีในศาลเท่านั้น โดยคำตัดสินขององค์คณะผู้พิพากษาต้องให้เป็นเอกฉันท์ หากไม่สามารถทำได้ให้วินิจฉัยโดยคะแนนเสียงข้างมากขององค์คณะผู้พิพากษา และเมื่อมีคำตัดสินแล้วคำตัดสินต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องประกอบด้วยคำวินิจฉัยข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานและข้อสรุปขององค์คณะตุลาการพิจารณาคดี ซึ่งมีข้อความและเหตุผลประกอบโดยครบถ้วน และในกรณีที่คำตัดสินไม่ได้เป็นไปอย่างเอกฉันท์คำวินิจฉัยขององค์คณะตุลาการพิจารณาคดีต้องประกอบด้วยความเห็นของฝ่ายเสียงข้างมาก และฝ่ายเสียงข้างน้อย โดยทำเป็นคำวินิจฉัยเดี่ยวและดำเนินการอ่านคำตัดสินหรือสรุปคำวินิจฉัยในการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่อไป⁶

ในกรณีที่ต้องมีการชดเชยต่อผู้เสียหายนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถที่จะกำหนดหลักการที่เกี่ยวกับหรือที่เกี่ยวข้องกับการชดเชยแก่ผู้เสียหาย รวมทั้งการชดเชยคืน การใช้ค่าสินไหมทดแทนและการฟื้นฟูสภาพตามหลักการคำตัดสินของศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศอาจวินิจฉัยขอบเขตและระดับของความเสียหาย ความสูญเสียและอาการบาดเจ็บที่เกิดขึ้นต่อหรือที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย ทั้งนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจมีคำสั่งโดยตรงต่อผู้ต้องคำพิพากษาว่ามีความผิด โดยกำหนดการชดเชยที่เหมาะสมให้กับผู้เสียหาย หรือที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย รวมทั้งการชดเชยคืน การใช้ค่าสินไหมทดแทน และการฟื้นฟูสภาพ หรือ ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจมีคำสั่งว่า คำตัดสินชี้ขาดสำหรับการชดเชยค่าเสียหายอาจทำผ่านกองทุนที่จัดตั้งขึ้น เมื่อมีคำตัดสินให้ชดเชยแก่ผู้เสียหายแล้วให้รัฐภาคีปฏิบัติตามคำตัดสินเสมือนหนึ่งว่าการบังคับให้เป็นไปตามมาตรการปรับและริบทรัพย์สามารถนำมาใช้กับกรณีนี้⁷

⁶ Ibid. art.63,64,66,74.

⁷ Ibid. art.75.

บทลงโทษที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้บังคับแก่ผู้ที่กระทำผิดได้ ได้แก่ โทษจำคุกซึ่งไม่เกิน 30 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต ปรับ หรือริบทรัพย์สิน⁸ ซึ่งโทษในศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่มีโทษการประหารชีวิตแต่อย่างใด และเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วอัยการหรือผู้ต้องคำพิพากษาสสามารถอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวของศาลอาญาระหว่างประเทศได้⁹ นอกจากนี้ยังมีกรณีขอให้ศาลอาญาระหว่างประเทศทบทวนคำพิพากษาว่ามีความผิดหรือคำพิพากษาลงโทษได้ โดยผู้ต้องคำพิพากษาว่ามีความผิดหรือในกรณีถึงแก่ความตายแล้ว คู่สมรส บุตร ปิตามารดา หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่มีชีวิตในเวลาที่ยำเลยถึงแก่กรรม ซึ่งได้รับคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งจากจำเลยให้ทำการใช้สิทธิเรียกร้องเช่นว่า หรืออัยการซึ่งทำการในนามบุคคลนั้น อาจร้องขอต่อองค์คณะตุลาการอุทธรณ์ให้ทบทวนคำพิพากษาถึงที่สุดของคำพิพากษาว่ามีความผิดหรือคำพิพากษาลงโทษด้วยมูลเหตุว่า¹⁰

1. มีการค้นพบพยานหลักฐานใหม่ซึ่ง

ก) ไม่ปรากฏในเวลาที่มีการพิจารณาคดี และการไม่ปรากฏเช่นว่า ทั้งหมดหรือบางส่วน มิได้มีสาเหตุมาจากคู่ความในศาลอาญาระหว่างประเทศที่ยื่นคำร้องขอและ

ข) มีความสำคัญเพียงพอว่า หากได้รับการพิสูจน์ในการพิจารณาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศน่าจะมีผลเปลี่ยนแปลงคำตัดสิน

2. ได้มีการค้นพบใหม่ว่าพยานหลักฐานสำคัญซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศได้อาศัยเป็นหลักในการพิจารณาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศและพิพากษาว่ามีความผิดเป็นเท็จ ทำปลอมขึ้น หรือได้รับการพิสูจน์ว่าเป็นเท็จ

3. ผู้พิพากษาดังแต่หนึ่งคนขึ้นไปซึ่งได้ร่วมในการพิพากษาว่ามีความผิดหรือยืนยันข้อหาในคดีนั้น ได้กระทำการประทุมิชอบอย่างร้ายแรงหรือละเลยหน้าที่อย่างร้ายแรง อันมีเหตุผลเพียงพอในการถอดถอนผู้พิพากษาคคนนั้น หรือเหล่านั้นจากตำแหน่ง

⁸ *Ibid.* art.77.

⁹ *Ibid.* art.81.

¹⁰ *Ibid.* art.84

3.2 การบังคับใช้กฎหมายของศาลอาญาระหว่างประเทศในกรณี

อาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อม

กฎหมายที่ใช้บังคับในศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นได้มีการกำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 21¹¹ ถึงลำดับการใช้และการตีความกฎหมาย ดังนี้

“1. ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศ ใช้บังคับ

ก) ในลำดับแรก ธรรมนูญกรุงโรมนี้ องค์ประกอบความผิดทางอาญา และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน

ข) ในลำดับที่สอง เมื่อเห็นว่าเหมาะสมสนธิสัญญา และหลักการ และกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับรวมถึงหลักการที่เป็นที่ยอมรับของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหาร

ค) ในกรณีที่ไม่สามารถใช้ทั้ง ก) และ ข) ให้ใช้หลักการทั่วไปของกฎหมายที่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้มาจากกฎหมายภายในของระบบกฎหมายของโลก รวมทั้งกฎหมายภายในของรัฐซึ่งตามปกติจะใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้นตามที่เหมาะสม ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า หลักการเหล่านี้ต้องไม่ขัดกับธรรมนูญกรุงโรมนี้ และกฎหมายระหว่างประเทศและบรรทัดฐานและมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ

2. ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจใช้หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายตามที่ได้มีการตีความไว้ในคำตัดสินของตนก่อนหน้านี้

3. การใช้บังคับและการตีความกฎหมายตามข้อนี้ต้องสอดคล้องกับสิทธิมนุษยชนอันเป็นที่ยอมรับกันในระหว่างประเทศและโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของข้อพิจารณา อาทิ เช่น การแบ่งแยกเพศ ดังที่ได้ให้คำนิยามไว้ในข้อ 7 วรรค 3 กล่าวคือ อายุ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา หรือ ความเชื่อ ความเห็นทางการเมือง หรือความเห็นอื่นๆ แหล่งกำเนิดตามสัญชาติหรือชาติพันธุ์หรือสังคม ความมั่งมี สถานะที่ได้มาด้วยการเกิด หรือสถานะอื่นๆ¹²

¹¹ Ibid. art.21.

¹² กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, “คำแปลธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (กรุงเทพมหานคร: กองแปล กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, 2544), (อัดสำเนา), ข้อ 21.

นอกจากนี้ธรรมนูญกรุงโรมข้อ 22¹³ ยังกล่าวถึงการตีความของอาชญากรรมประเภทต่างๆในธรรมนูญกรุงโรมว่าต้องตีความอย่างเคร่งครัด และต้องไม่ขยายความด้วยการอนุมานเปรียบเทียบ ในกรณีที่มีความคลุมเครือ และการตีความต้องผูกพันบุคคลที่ถูกสืบสวนสอบสวน ฟ้องร้องดำเนินคดี หรือพิพากษาลงโทษด้วย

3.2.1 ธรรมนูญกรุงโรม/องค์ประกอบความผิดทางอาญา/ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน

กฎหมายลำดับแรกที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะนำมาใช้บังคับคือ

1. ธรรมนูญกรุงโรม¹⁴ ซึ่งธรรมนูญกรุงโรมนี้ถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญมากในการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศโดยประกอบด้วย 13 ภาค โดยได้วางโครงสร้างของศาลอาญาระหว่างประเทศตั้งแต่เรื่องของการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศกับองค์การสหประชาชาติ อาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจ โครงสร้างหน่วยงานต่างๆ ที่สำคัญในการดำเนินคดี เรื่องการเงินของศาลอาญาระหว่างประเทศฯ โดยธรรมนูญกรุงโรมนี้ได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ภายหลังจากที่ได้มีประเทศต่างๆ เข้าให้สัตยาบันครบ 60 ประเทศตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรมข้อ 126¹⁵

2. องค์ประกอบความผิดทางอาญา เป็นรายงานของคณะกรรมการเตรียมการเบื้องต้นสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นบันทึกเพิ่มเติมส่วนที่ 2 ฉบับร่างข้อสรุปองค์ประกอบของอาชญากรรม (Report of Preparatory Commission for the International Criminal Court Addendum Part II Finalized draft text of the Elements of crimes)¹⁶ ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ออกตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 9¹⁷ กล่าวถึงองค์ประกอบทางอาญาของ

¹³ Rome Statute, *supra* note 1, art.22.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.* art.126.

¹⁶ Report of Preparatory Commission for the International Criminal Court Addendum Part II Finalized draft text of the Elements of crimes, 2 November 2000, PCNICC/2000/1/Add.2.

¹⁷ Rome Statute, *supra* note 1, art.9.

อาชญากรรมที่อยู่ภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมเพื่อใช้ในการตีความและการใช้บังคับของศาลอาญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ต้องสอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรม

3. ระบุว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน เป็นรายงานของ คณะกรรมาธิการเตรียมการเบื้องต้นสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นบันทึกเพิ่มเติมส่วนที่ 1 ฉบับร่างข้อสรุประบุว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน (Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court Addendum Part I Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence)¹⁸ ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ออกตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 51¹⁹ กล่าวถึงวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานในรายละเอียดและเสริมบทบัญญัติ ระเบียบวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานที่ธรรมนูญกรุงโรมได้มีการกล่าวถึงแต่ยังไม่ลงลึก ทั้งนี้หากเกิดกรณีความขัดแย้งระหว่างธรรมนูญกรุงโรมกับระบุว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานให้ใช้ธรรมนูญกรุงโรม

3.2.2 สนธิสัญญา/หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับรวมถึงหลักการที่เป็นที่ยอมรับของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหาร

กฎหมายลำดับที่สองที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะนำมาใช้บังคับนี้ สามารถแบ่งที่มาได้ 2 แหล่ง คือ

1. สนธิสัญญา

กรณีของสนธิสัญญา Alien Pellet²⁰ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า เรื่องของการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับในศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เป็นการยากที่จะจินตนาการได้ว่าจะนำมาใช้ในสถานการณ์เช่นใด เนื่องจากในเรื่องหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา กรณีบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบ

¹⁸ Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court Addendum Part I Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence, 2 November 2000, PCNICC/2000/1/AAdd.1

¹⁹ Rome Statute, *supra* note 1, art.51.

²⁰ Alain Pellet, *Applicable Law*, The Rome Statute of the International Criminal Court a Commentary, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones, 2 (New York: Oxford University Press, 2002), Volume II, n. 1067-1070.

ทางอาญาหากไม่มีกฎหมายกำหนดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด (*nullum crimen sine lege*) และบุคคลไม่ต้องรับโทษหากไม่มีกฎหมายกำหนดโทษไว้ (*nulla poena sine lege*) ทั้งนี้จะต้องมีการระบุไว้อย่างชัดเจนในธรรมนูญกรุงโรม นอกเสียจากว่าสองรัฐนั้นหรือมากกว่านั้นได้ตกลงกันในเรื่องเขตอำนาจศาลโดยเฉพาะหรือแสดงความประสงค์ให้มีการนำความตกลงให้ใช้สนธิสัญญาอื่นมาใช้ แต่อย่างไรก็ตาม Alien Pellet เห็นว่าไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องผูกพันกับการใช้ความตกลงดังกล่าว

นอกจากนี้ Alien Pellet ยังแสดงความไม่เห็นด้วยกับการที่มีคนกล่าวให้ความเห็นถึงกรณีการนำสนธิสัญญามาใช้ว่า การใช้สนธิสัญญานี้อาจใช้ได้ในวัตถุประสงค์สองประการคือ ประการแรก สนธิสัญญาเฉพาะทางจะมีผลบังคับโดยตรงต่อคดีบางคดี เช่น อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (*The International Convention Civil and Political Right 1966*)²¹ มีความสัมพันธ์กับการบังคับใช้โดยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยนำมาใช้ในการประเมินสิทธิมนุษยธรรมในกรณีที่ถูกฟ้องร้องเป็นต้น ประการที่สองสนธิสัญญาซึ่งได้มีการยอมรับกันอย่างกว้างขวาง บางครั้งเป็นหลักฐานของหลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเช่น กรณีของสงครามก็ใช้อนุสัญญาเฮกและอนุสัญญาเจนีวาเป็นต้น Alien Pellet เห็นว่ายังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ

แต่อย่างไรก็ตาม Alien Pellet เห็นว่าดูเหมือนจะมีข้อยกเว้นในกรณี ธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 8 วรรค 2 (a)²² ที่ได้มีการระบุไว้อย่างเฉพาะเจาะจงถึงกรณีการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาระบบลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 รวมถึง ข้อ 8 วรรค 2 (c) ที่กล่าวถึงการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาระบบลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ทั้งสี่ฉบับ ทั้งนี้ควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมายทางอาญาด้วย

ในเรื่องของการนำสนธิสัญญาที่เหมาะสมมาบังคับใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าข้อบทแต่ละข้อย่อมมีประวัติความเป็นมาในการร่าง โดยข้อบทแต่ละข้อได้มีการนำหลักการในอนุสัญญาแต่ละฉบับที่เกี่ยวข้องกับข้อบทนำมาใช้เป็นต้นแบบในการร่าง ทั้งกรณีที่มีการลอกเลียนประโยคมาโดยตรง หรือกรณีการดัดแปลงและเพิ่มเติมข้อความให้รัดกุมมากยิ่งขึ้นหรือกรณีการสกัดเอาหลักทั่วไปมาใช้ ดังนั้นข้อบทแต่ละข้อที่ถูกร่างขึ้นมามี

²¹ The International Convention Civil and Political Right, 16 December 1966, 6 I.L.M. 368 (1967).

²² Rome Statute, *supra* note 1, art.8 para 2 (a).

พื้นฐานความคิดของข้อบทในอนุสัญญาที่เป็นที่มา ดังนั้นการนำเอาข้อบทในอนุสัญญาต่างๆ ที่ เป็นที่มาเหล่านี้มาช่วยตีความหรือปรับใช้กับกรณีข้อบทในธรรมนูญกรุงโรม ไม่สามารถสร้างความกระจ่างชัดในการนำมาปรับใช้หรือมีช่องว่างอยู่ก็น่าจะอยู่ในความหมายของการนำ สนธิสัญญาที่เหมาะสมมาใช้บังคับกับศาลอาญาระหว่างประเทศได้ และนอกจากนี้การใช้ อนุสัญญาก็ไม่ได้มีการใช้ที่นอกเหนือวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของข้อบทนั้นๆ ซึ่งก็สอดคล้องกับ หลักการของความชอบด้วยกฎหมายอาญาด้วย ในแง่ที่ว่าเป็นการใช้ข้อบทนั้นๆ เองในการกำหนด ความผิด (*nullum crimen sine lege*) และกำหนดโทษ (*nulla poena sine lege*)

2. หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับรวมถึงหลักการที่ เป็นที่ยอมรับของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหาร

กรณีนี้ Alien Pellet²³ ก็เห็นว่ามีประเด็นเดียวกันกับกรณีสนธิสัญญา และเห็นว่ากรณีนี้ ยิ่งไม่น่าที่จะเป็นไปได้เนื่องจากไม่มีการระบุหลักการและหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน ดังเช่น สนธิสัญญาที่ยังเป็นลายลักษณ์อักษรและเห็นว่าหากเป็นไปได้ที่จะนำหลักการและกฎเกณฑ์นี้มา ใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว หลักการและกฎเกณฑ์นี้ก็น่าที่จะเป็นหลักการและกฎเกณฑ์ ที่ก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีของอาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อม นั้น หลักการที่เป็นที่ยอมรับของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหารนั้นก็คง ต้องเป็นหลักการที่มีการกล่าวไว้ในอนุสัญญาแยก อันเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงเรื่องวิธีการในการทำ สงคราม (methods) และวิถีทางที่จะนำไปสู่เป้าหมายของสงคราม (means) ที่เหมาะสม ซึ่ง ปัจจุบันได้กลายเป็นบทที่ใช้อ้างอิงโดยทั่วไป อันกลายเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายภาคสงครามใน เรื่องวิธีการในการทำสงคราม (methods) และวิถีทางที่จะนำไปสู่เป้าหมายของสงคราม (means)²⁴ และอนุสัญญาเจนีวาซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยมนุษยธรรม (humanitarian) อันกล่าวถึง การคุ้มครองปัจเจกชนและวัตถุจากการใช้วิธีการในการทำสงคราม และวิถีทางที่จะนำไปสู่ เป้าหมายของสงคราม โดยปัจจุบันนี้อนุสัญญาเจนีวาได้รับการพิจารณาให้กลายเป็นกฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยส่วนใหญ่ ซึ่งข้อบทที่มีความสำคัญที่ถูกนำมาอ้างอิงกรณีของ

²³ Alain Pellet, *supra* note 20, p.1070-1072.

²⁴ Michael N. Schmit, "Green War : An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict," *Yale Journal of International Law* 22, 1, (wint 1997): 62-63.

สิ่งแวดลอมบ่อยครั้ง ได้แก่อนุสัญญาเจนีวฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือนในเวลาสงคราม ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 (The Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949) ข้อ 53²⁵ เช่นในเหตุการณ์ล่าสุดที่ได้มีการทำลายสิ่งแวดลอม ในสงครามอ่าวเปอร์เซียในดินแดนที่ถูกยึด คือ คูเวต ซึ่งได้ถูกทำลายบ่อน้ำมัน อันเป็นเหตุการณ์ที่สามารถเห็นได้อย่างชัดเจนที่สุด คณะกรรมาธิการสำหรับดำเนินการตามกฎหมายในทางระหว่างประเทศ (Commission for International Due process of Law) ได้ดำเนินการเตรียมการฟ้องร้องต่อนายซัดดัม ฮุสเซน (Saddam Hussein) โดยมีการกล่าวอ้างเป็นการพิเศษไปที่เลขาธิการสหประชาชาติถึงการละเมิดอนุสัญญาเจนีวฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือนในเวลาสงครามลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ข้อ 53²⁶

นอกจากนี้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในกรณีที่มีการขัดกันทางกำลังทหารที่สำคัญที่นำมาใช้ประเมินอาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดลอมได้แก่ เรื่องความจำเป็นทางทหาร (military necessity) ซึ่งเป็นการห้ามการทำลายหรือทำอันตรายถึงสิ่งที่ไม่มีความจำเป็นในการบรรลุเป้าหมายทางทหาร ซึ่งเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าการละเมิดหลักการนี้ ก่อให้เกิดอาชญากรรมสงคราม โดยในเรื่องนี้จะเห็นได้จากคดี The Hostage Case²⁷ ที่ได้มีการกล่าวว่าความจำเป็นทางทหารนั้น ไม่อนุญาตให้เช่นฆ่าพลเมืองผู้บริสุทธิ์ในวัตถุประสงค์เพื่อการแก้แค้นหรือการข่มขืนแล้วฆ่า การทำลายทรัพย์สินที่จะถือว่าถูกต้องตามกฎหมายต้องเป็นสิ่งที่เลี่ยงไม่ได้จากความจำเป็นทางทหารในการทำสงคราม การทำลายในที่สุดโดยตัวของมันเองเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และการกระทำนั้นจะต้องมีเหตุผลเชื่อมโยงระหว่างทรัพย์สินที่ถูกทำลายกับการมีชัยชนะต่อฝ่ายตรงข้าม²⁸ จากมาตรฐานที่กล่าวมา ผู้ที่กระทำการต้องสามารถพูดได้อย่างชัดแจ้งถึงความจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ถึงผลประโยชน์ทางทหารที่จะได้รับหรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า การกระทำทางทหารนั้นต้องยุติธรรม หรือไม่มีเล่ห์อุบายและผลทางทหารที่ได้รับต้องไม่น้อยเกินไป และการกระทำทางทหารต้องเน้นถึงประโยชน์ที่จะได้รับมากกว่า โดยมี

²⁵ The Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, 75 U.N.T.S. 287 (hereinafter Geneva Convention IV), art. 53.

²⁶ Michael N. Schmit, *supra* note 24, pp.65-66.

²⁷ Hostage (U.S. v List), 11 T.W.C. 759, 1253-54 (1950)

²⁸ Michael N. Schmit, *supra* note 24, p.52.

มาตรฐานที่พื้นฐาน 3 ประการ สำหรับการปรับใช้เรื่องความจำเป็นทางทหารกับการทำลายสิ่งแวดล้อม ดังนี้²⁹

1. มาตรฐานที่จะต้องสามารถชี้แจงเกี่ยวกับสิ่งที่เกิดขึ้นได้ คือผลประโยชน์ทางทหารโดยตรงที่จะได้รับก่อนที่การกระทำดังกล่าวจะเป็นความจำเป็นทางทหาร เช่น โดยทั่วไปสมรรถนะจะทำการวางเพลิงสนามที่กองกำลังของฝ่ายตรงข้ามกำลังรุกไปข้างหน้า ทั้งนี้เพื่อหยุดชะงักการรุกโจมตีไปข้างหน้าดังกล่าวหรือเป็นกำบังเพื่อให้เกิดการล่าถอย ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ได้รับการเกี่ยวกับการกระทำทางทหารโดยตรง แต่จะเกิดกรณีว่าจะสามารถวางเพลิงได้หรือไม่หากการวางเพลิงนั้นก่อให้เกิดความยุ่งเหยิงแก่ประชาชนบริเวณนั้นเช่นกรณีการเผาบน้ำมันในคูเวต

2. การหาเจตนาโดยแท้จริงของการกระทำนั้นๆ โดยการห้ามการกระทำที่เกิดการทำลายอย่างไม่เลือกเป้าหมาย ซึ่งการกระทำที่มุ่งร้ายและไม่ยุติธรรมนั้นคือการกระทำที่ขาดเจตนาที่จะทำให้ได้รับผลประโยชน์ทางทหาร

3. การกระทำนั้นมีจุดประสงค์ที่ขัดแย้งหรือตรงกันข้ามกับจุดประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหารหรือไม่ โดยเฉพาะในเรื่องสิ่งแวดล้อม

จากที่กล่าวมาเป็นการพยายามจำกัดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะการกล่าวอ้างในเรื่องความจำเป็นทางทหาร เนื่องจากตราบโดที่ยังคงมีภาวะการขัดกันทางกำลังทหารย่อมต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะเมื่อความจำเป็นทางทหารได้ถูกประเมินโดยมาตรฐานที่เป็นอัตวิสัย จากที่กล่าวว่าการทำลายสิ่งแวดล้อมมากเกินความจำเป็นอาจได้รับการยกเว้นความผิด หากว่ามีเหตุผลแสดงถึงความจำเป็นปรากฏแก่ผู้ออกคำสั่งในเวลาที่มีคำสั่งให้กระทำการที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งการใช้ข้อยกเว้นเรื่องความจำเป็นทางทหารได้ถูกจำกัดขอบเขตโดยหลักการดังนี้³⁰

1. ความได้สัดส่วน (proportionality) หลักการนี้มักถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาบ่อยครั้ง โดยหมายถึงจะต้องปรากฏว่าการใช้กำลังทางทหารต้องเหมาะสมและได้สัดส่วนกับเป้าหมายทางทหารที่ประสงค์³¹ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นเรื่องที่ยากในการประเมินเนื่องจากการวัดนั้นไม่ใช่

²⁹ Ibid. pp.52-53.

³⁰ Aaron Schwabach, "Environmental Damage Resulting from the NATO Military Action Against Yugoslavia," *Columbia Journal of Environmental Law* 25 (2000) : 134-135.

³¹ Ibid. p.134.

เรื่องผลประโยชน์ที่จะได้รับในทันที แต่อยู่ที่ลักษณะการกระทำทั้งหมดโดยขยายไปถึงผลกระทบข้างเคียงต่างๆ ที่ได้รับโดยพลเรือนและวัตถุทางพลเรือนและการทำลายเป้าหมายที่ถูกต้องอย่างอื่นด้วย ซึ่งความยากในการประเมินมีมากขึ้นเนื่องจากการเปรียบเทียบระหว่างคุณค่าของระบบทางทหารและคุณค่าของมนุษยธรรมนั้น ไม่สามารถหาตำแหน่งที่ตั้งของการประเมินได้เช่น ถ้าเป้าหมายคือสถานที่ตั้งของศูนย์บัญชาการทหารซึ่งตั้งอยู่ในบริเวณที่อยู่อาศัย เกิดคำถามว่าจะมีบ้านเรือนกี่หลังคาเรือนที่จะต้องถูกทำลายก่อนที่ความพยายามที่จะทำให้ฝ่ายตรงข้ามหมดความสามารถในการต่อสู้แล้วกลายเป็นไม่ได้สัดได้ส่วน การประเมินคุณค่าของสิ่งแวดล้อมที่ถูกทำลายมีค่าเท่าใด โดยการประเมินย่อมมีความแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมรวมถึงคุณค่าที่แท้จริงของสิ่งแวดล้อมใช้เรื่องใดเป็นเป้าหมายหลักเช่นผลกระทบต่อมนุษย์ หรือระบบนิเวศวิทยา ซึ่งบางครั้งคุณค่าเรื่องสิ่งแวดล้อมกับมนุษย์ก็สามารถแบ่งแยกกันได้ และมีค่าเท่ากันในทางนามธรรม นอกจากนี้อาจรวมถึงสิ่งที่คาดไม่ถึง เช่นการเชื่อมโยงเรื่องโลกกับสิ่งแวดล้อมแบบไม่มีที่สิ้นสุด จนเกิดคำถามขึ้นมาว่าผู้บัญชาการซึ่งมีคำสั่งในการกระทำนั้นๆ ต้องมีความรู้เรื่องสิ่งแวดล้อมเพียงใดและระดับใด ซึ่งหลักการเรื่องการประเมินค่าว่าใช้อะไรตัดสินและอย่างไรเป็นพื้นฐานในการวัดค่าในทางข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นของการประเมินค่ามีเหตุผลจากหลายเรื่องไม่ว่าจะประสบการณ์ของมนุษย์ ความเข้าใจของมนุษย์รวมถึงวิวัฒนาการด้วย³²

2. มนุษยธรรม (humanity) กำหนดขึ้นให้การใช้กองกำลังทางทหารหลีกเลี่ยงการทำให้ได้รับความเจ็บปวด บาดเจ็บหรือการทำลายมากเกินไปจนความจำเป็นเมื่อเปรียบเทียบกับการบรรลุเป้าหมายทางทหารที่ถูกต้อง³³ โดยในเรื่องสิ่งแวดล้อมกับการละเมิดหลักการของมนุษยธรรมเช่นการทำให้แหล่งน้ำดื่มน้ำใช้เป็นพิษ การทำลายแหล่งผลิตอาหารอันนำมาซึ่งภาวะความอดอยากของผู้บริสุทธิ์ หรือคุณภาพของอากาศอาจต่ำลงจนทำให้เกิดปัญหาภาวะการหายใจที่ผิดปกติได้ หลักการนี้ได้มีการถือเอามนุษย์เป็นสิ่งที่สำคัญ (anthropocentric) และเป็นหลักการที่ถือเอาผลประโยชน์ทางทหารน้อยที่สุดในบรรดาหลักการอื่นโดยไม่จำเป็นต้องมีการนำมาชั่งน้ำหนักของผลประโยชน์แต่อย่างใด โดยสิ่งที่กระทำไปแล้วมนุษย์จะได้รับผลอย่างใดเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด³⁴

3. การเลือกปฏิบัติ (discrimination) กำหนดให้ผู้ที่จะทำการโจมตีต้องทำการจำแนกเป้าหมายทางทหารออกจากพลเรือน

³² Michael N. Schmit, *supra* note 24, pp.55-60.

³³ Aaron Schwabach, *supra* note 30, p.135.

³⁴ Michael N. Schmit, *supra* note 24, pp.61-62.

4. เกียรติภูมิและศักดิ์ศรี (chivalry) เป็นหลักการที่จะไม่ใช้วิธีการบดขยี้ ทุจริต เล่ห์เหลี่ยมและเป็นการไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีการเหล่านี้ในเรื่องของสิ่งแวดล้อม

3.2.3 หลักการทั่วไปของกฎหมายภายในของระบบกฎหมายของโลก/กฎหมายภายในของรัฐซึ่งตามปกติจะใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้น

กฎหมายลำดับที่สองที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะนำมาใช้บังคับ กรณีหลักการทั่วไปของกฎหมายที่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้มาจากกฎหมายภายในของระบบกฎหมายของโลก ศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องดำเนินการสกัดหลักทั่วไปออกมาจากกฎหมายภายในของระบบกฎหมายของโลก โดยจะต้องดำเนินการขั้นตอนภายในสามขั้นตอน ก่อนที่จะเกิดเป็นหลักการทั่วไปอันสามารถนำมาใช้ได้คือ ประการแรกเปรียบเทียบระหว่างระบบกฎหมายภายใน ประการที่สองค้นหาหลักการร่วมกัน และประการที่สามเปลี่ยนตำแหน่งการใช้กฎหมายจากภายในมาสู่ขอบเขตทางระหว่างประเทศ และกรณีนี้ธรรมนูญกรุงโรมได้ใช้คำว่า “กฎหมายภายในของระบบกฎหมายของโลก” แสดงให้เห็นถึงว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทำการเปรียบเทียบระบบกฎหมายภายในทั้งหมดทุกประเทศ แต่เพียงแค่นี้แน่ใจว่าหลักการทั่วไปที่ได้มานี้มีผลใช้บังคับและพบในระบบกฎหมายของโลก เช่นประเทศกลุ่ม civil law ประเทศกลุ่ม common law และบางที่อาจรวมถึงกลุ่ม Islamic law เป็นต้น³⁵ ทั้งนี้บนเงื่อนไขที่ว่าหลักทั่วไปของกฎหมายนี้ไม่ขัดกับธรรมนูญกรุงโรม กฎหมายระหว่างประเทศ และบรรทัดฐานและมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ

ส่วนในกรณีที่ธรรมนูญกรุงโรมได้มีการอนุญาตให้มีการใช้กฎหมายภายในของรัฐซึ่งตามปกติจะเป็นผู้ที่ใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้น ได้มีการกล่าวว่าการนำกฎหมายภายในมาใช้ในระดับระหว่างประเทศนี้ไม่ควรเป็นไปโดยอัตโนมัติเนื่องจากเหตุผลสามประการคือ ทัศนคติของศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายภายในนั้น เห็นว่าต้องมีการค้นหาปัจจัยทั้งปวงที่สามารถนำมาใช้ในระดับระหว่างประเทศได้เสียก่อนที่จะกลายมาเป็นหลักการหรือหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นผลมาจากการรวมกันของระบบ civil law และ common law ซึ่งการรวมตัวของสองระบบนี้มีลักษณะเฉพาะและก่อให้เกิดเหตุผลทางกฎหมายที่มีคุณสมบัติที่แตกต่างกันออกไปจากระบบกฎหมายอาญาภายในของแต่ละระบบ

³⁵ Alain Pellet, *supra* note 20, pp.1073-1074.

กฎหมาย และการดำเนินคดีระหว่างประเทศยังแสดงจำนวนลักษณะเฉพาะที่ทำให้มีความแตกต่างจากกระบวนการดำเนินคดีอาญาภายในด้วย³⁶

3.2.4 หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายตามที่ได้มีการตีความไว้ในคำตัดสินก่อนหน้านี้

การตีความไว้ในคำตัดสินคดีก่อนหน้านี้ สามารถที่จะนำมาใช้ประกอบคำตัดสินของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ ซึ่งการนำมาใช้ประกอบเช่นนี้มีข้อสังเกตว่ามีความแตกต่างจากกรณีการใช้หลักการทั่วไปของกฎหมายที่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้มาจากกฎหมายภายในของระบบกฎหมายของโลกในแง่ที่ว่า ในกรณีนี้ถือว่าการนำการตีความก่อนหน้านี้มาใช้นั้นสามารถนำมาใช้ประกอบได้ทันทีในลักษณะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่จะนำมาใช้ได้โดยตรงในคดี แต่ในกรณีของการใช้หลักการทั่วไปของกฎหมายที่ศาลอาญาระหว่างประเทศนำมาจากกฎหมายภายในของระบบกฎหมายโลกนี้จะเห็นว่าหลักการที่นำมานี้มีใช่บ่อเกิดของกฎหมายที่สามารถนำมาใช้ได้โดยทันที แต่หากเป็นการนำมาเพื่อกำหนดหลักทั่วไปของกฎหมายว่ามีอยู่อย่างไร³⁷

โดยในเรื่องนี้จะเห็นได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะนำการตีความไว้ในคำตัดสินของตนก่อนหน้านี้มาใช้ แต่อย่างไรก็ตามศาลอาญาระหว่างประเทศก็ไม่มีความผูกพันที่จะนำมาใช้³⁸ นอกจากนี้การนำการตีความไว้ในคำตัดสินของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีความไม่สงบในยูโกสลาเวีย (ICTY) และกรณีความไม่สงบใน รวันดา (ICTR) นำมาใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศก็พึงดูมีเหตุผลที่ดีและน่าที่จะมีความเป็นไปได้สูงในการนำมาใช้ตาม³⁹ เนื่องจากในกฎบัตรการจัดตั้งศาลทั้งสองนี้มีหลักการใกล้เคียงกับธรรมนูญกรุงโรม รวมถึงได้มีการนำหลักการในกฎบัตรการจัดตั้งศาลทั้งสองมาใช้ร่างธรรมนูญกรุงโรมด้วย

³⁶ Appeals Chamber, 7 October 1997, IT-96-22-A, para 2,3,4,5 quoted in Alain Pellet, *ibid.* pp.1075-1076.

³⁷ Alain Pellet, *supra* note 20, p.1066.

³⁸ *Ibid.* p.1066.

³⁹ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (New York: Oxford University Press Inc, 2001), p.52.

3.3 กรณีศึกษาเปรียบเทียบเรื่องอาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อม

3.3.1 กรณีการปฏิบัติการทางทหารของกองกำลัง NATO ที่ระเบิดอิตูยโกสลาเวีย

ในอดีตที่ผ่านมาได้เกิดเหตุการณ์ความไม่สงบระหว่างประเทศอันนำมาซึ่งการต่อสู้ และมีผลต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมากมายมหาศาลหลายเหตุการณ์ อย่างเช่นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในฮาวเปอร์เซียในการเผื่อน้ำมันในประเทศคูเวต สถานการณ์การใช้สารเคมีในป่าของประเทศเวียดนามหรือสถานการณ์ที่กองกำลัง NATO ได้ปฏิบัติการทางทหารที่ระเบิดอิตูยโกสลาเวีย แต่สถานการณ์ในอิตูยโกสลาเวียแตกต่างจากสถานการณ์การเผื่อน้ำมันในคูเวตและการใช้สารเคมีในป่าประเทศเวียดนามเนื่องจากทั้งสองกรณีสิ่งแวดล้อมที่ได้ถูกทำลายไปนั้นได้เป็นเป้าหมายทางทหารในตัวของมันเอง โดยคณะกรรมการของรัฐนั้นได้ใคร่ครวญถึงการกระทำให้เป็นเช่นนั้น แต่ในสถานการณ์ในอิตูยโกสลาเวียการกระทำที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมอันเกิดจากปฏิบัติการทางทหารของ NATO เกิดขึ้นจากการบรรลุเป้าหมายทางทหารที่เล็กน้อย⁴⁰

โดยเหตุการณ์ ณ เมือง Pancevo นั้น หากพิจารณาถึงความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นในเมือง Pancevo ซึ่งอยู่ห่างจากเมือง Belgrade 12 ไมล์ จากปฏิบัติการทางทหารของ NATO ที่โรงงานปิโตรเคมี โรงงานปุ๋ย และโรงงานผลิตเครื่องบินบริเวณใกล้เคียงซึ่งมีการผลิตสารเคมีให้ทั้งภาคทหาร และภาคพลเรือน ถูกทำลายจากการปฏิบัติการทางทหาร โดยก่อให้เกิดมลภาวะทางอากาศเป็นระยะเวลาหลายวัน ประชาชนในบริเวณนั้นต้องประสบกับปัญหาการเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องทางเดินหายใจ อาการปวดท้อง รวมถึงตาไหม้ ไบโม่ในบริเวณนั้นได้เปลี่ยนสีเป็นสีเหลืองและดำ ปลาในแม่น้ำ Danube ตายเป็นจำนวนมาก แพทย์ได้แนะนำให้หญิงที่ตั้งครรภ์ต้องทำแท้ง คำเตือนห้ามรับประทานผักในบริเวณเมือง Pancevo และปลาในแม่น้ำ Danube ที่ไหลมาจากเมือง Pancevo นอกจากนี้ย่านอุตสาหกรรมใน Kragujevac ก็ได้รับผลที่ใกล้เคียงกันกับเมือง Pancevo⁴¹

ปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นนี้จะเห็นได้ว่าเป็นมิติใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีความไม่สงบในยูโกสลาเวีย (ICTY) ได้มีการให้ความคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เมื่อพิจารณาธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่าง

⁴⁰ Aaron Schwabach, *supra* note 30, p.118.

⁴¹ *Ibid.* pp.119-120.

ประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีความไม่สงบในยูโกสลาเวีย (ICTY) ข้อ 3⁴² แล้วพบว่าได้มีการกล่าวถึงการละเมิดกฎหมาย หรือการละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับการสงครามไว้⁴³ ดังนี้

“ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจจะมีอำนาจในการดำเนินคดีกับบุคคลที่ละเมิดกฎหมาย หรือกฎหมายจารีตประเพณี โดยการละเมิดเช่นนั้นรวม แต่ไม่จำกัดเกี่ยวกับ

1. การใช้อาวุธที่เป็นพิษหรืออาวุธอย่างอื่นที่ก่อให้เกิดผลความทุกข์ทรมานอันไม่จำเป็น

2. ทำลายโดยไม่เลือกเป้าหมายต่อเมืองหรือหมู่บ้านหรือการทำลายล้างนั้นไม่ไม่มีเหตุผลอันสมควรโดยความจำเป็นทางทหาร

3. การโจมตีหรือการทิ้งระเบิดไม่ว่าจะโดยวิธีใดต่อเมืองที่ไม่มีการป้องกัน หมู่บ้าน ที่อยู่อาศัย หรือสิ่งก่อสร้าง

4. ยึด ทำลายหรือเจตนาทำให้เสียหายต่อสถาบันที่ได้มีการอุทิศให้ศาสนา การกุศล และการศึกษา ศิลปะและวิทยาศาสตร์ อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์และงานเกี่ยวกับศิลปะหรือวิทยาศาสตร์

5. ปล้นสดมทรัพย์สินสาธารณะหรือส่วนบุคคล”

ซึ่งคำพูด ประโยค รวมถึงลักษณะการทำลายต่างๆ เช่น “การไม่เลือกเป้าหมาย” หรือ “ความจำเป็นทางทหาร” จะพบว่าธรรมนูญกรุงโรมก็ได้มีการใช้คำเหล่านี้ด้วยเช่นกัน รวมถึงประเภทของทรัพย์สินที่ถูกทำลายหรือใช้ในการทำลายก็มีลักษณะเดียวกัน ดังนั้นหากได้ศึกษาถึงลักษณะของการตีความที่เกิดขึ้นแล้วก็สามารถนำมาปรับใช้ได้กับศาลอาญาระหว่างประเทศได้ตามที่กล่าวมาเกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมายของศาลอาญาระหว่างประเทศข้างต้นในส่วนของหลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่ได้มีการตีความไว้ในคำตัดสินก่อนหน้านี้ ซึ่งการตีความของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีความไม่สงบในยูโกสลาเวียเรื่องสิ่งแวดล้อมนี้ก็อาจนำมาใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศได้ด้วย ซึ่งข้อบทของทั้งสองศาลก็มี

⁴²Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia U.N. SCOR 827, UN. Doc. S/RES/827, 25 May 1993 (hereinafter statute of the ICTY), art.3.

⁴³ Thilo Marauhn, “Environmental damage in times of armed conflict – no “really” a matter of criminal responsibility,” *International review of the red cross*, 82, 840 (December 2000): 1029.

ช่องว่างที่จะต้องใช้การตีความมาอุดช่องว่าง ซึ่งก็คงหลีกเลี่ยงที่จะนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ประกอบการตีความเพื่ออุดช่องว่างดังกล่าวไม่ได้

ในเรื่องสิ่งแวดล้อมกรณีนี้ได้มีรายงานของคณะกรรมการทบทวนการทิ้งระเบิดของ NATO ต่ออดีตนายกรัฐมนตรี⁴⁴ อันทำให้เกิดข้อคิดว่า ความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมในเวลาขัดกันทางกำลังทหาร เป็นเนื้อหาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในทางปฏิบัติ โดยในรายงานได้กล่าวอย่างแรกถึงการปฏิบัติการของ NATO ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม โดยสรุปว่า ผู้ฟ้องร้องไม่ควรริเริ่มการไต่สวน สืบสวนในกรณีที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมทางอ้อมที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติการทิ้งระเบิดของ NATO⁴⁵ แต่ทั้งนี้รายงานของคณะกรรมการได้มีการอ้างอิง พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ค.ศ. 1977 (พิธีสารฉบับที่ 2) (The Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts 12 December 1977 "Protocol II") ข้อ 35 วรรค 3 และ ข้อ 55⁴⁶ ที่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องสิ่งแวดล้อมไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้ยังกล่าวเพิ่มเติมด้วยว่า ข้อที่ 55 นี้สะท้อนให้เห็นถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย และด้วยการอ้างอิงดังกล่าว รายงานยังได้มีการกล่าวถกเถียงกันถึงความเห็นในเรื่องของคำว่า long-term damage ในพิธีสารฉบับที่ 2 นี้ด้วยว่าหมายถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นในระยะยาวซึ่งต้องได้รับการประเมินเป็นปีมากกว่าเป็นเดือน อันเป็นการตีความบนพื้นฐานในสิ่งที่ได้ปรากฏ ซึ่งในการประชุมทางการทูตระหว่างปี 1974-1977 ในครั้งพิธีสารฉบับที่ 2 ได้ถูกร่างขึ้นมา long-term ได้รับการเข้าใจโดยการอ้างอิงถึงระยะเวลาอย่างต่ำ 10 ปี แต่อย่างไรก็ตาม การตีความเช่นนี้มีความแตกต่างจากที่รัฐภาคีได้ตกลงกันในการให้นิยาม long-lasting ที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญา

⁴⁴ Final Report to the Prosecutor by the committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia paras 14-25.
<http://www.un.org/icty/pressreal/natoo61300.htm>.

⁴⁵ รายงานของคณะกรรมการในประเด็นนี้ได้แสดงให้เห็นถึงความไร้ประสิทธิภาพของกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระหว่างการขัดกันทางกำลังทหาร

⁴⁶ The Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 12 December 1977, 1125 U.N.T.S. (1979). Art. 35 para 3, 55.

เกี่ยวกับการห้ามใช้เทคนิคการดัดแปลงสิ่งแวดล้อมในทางทหารหรือทางการใช้ที่เป็นปฏิปักษ์อื่นๆ (The Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environment Modification Techniques “ENMOD”)⁴⁷ ซึ่งได้มีบันทึกความเข้าใจที่บรรลุนิติภาวะที่ประชุมคณะกรรมการเรื่องการปลดอาวุธว่า long-lasting หมายถึง ความเสียหายที่คงอยู่ในระยะเวลาหลายเดือน หรือประมาณหนึ่งฤดูกาล ซึ่งในความหมายนี้มีระยะเวลาน้อยกว่าปี⁴⁸

นอกจากนี้ในรายงานของคณะกรรมการยังได้มีกล่าวถึงเรื่องหลักการพื้นฐานที่เหมาะสมในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับการสงคราม ซึ่งกฎเกณฑ์ทางสงครามต้องประกอบด้วย 4 หลักการนี้ คือ

1. หลักการเรื่องความได้สัดส่วน (proportionality)
2. หลักการเรื่องการเลือกปฏิบัติ (discrimination)
3. หลักการเรื่องความจำเป็น (necessity) และ
4. หลักการในเรื่องมนุษยธรรม (humanity)

ซึ่งหลักการทั้ง 4 หลักการนี้ได้รับการถกเถียงกันต่อมาว่า หลักการเหล่านี้เป็นการสรุปผลของการปฏิบัติการทางทหารว่ามีผลต่อสิ่งแวดล้อมอย่างหนักหรือไม่ โดยเฉพาะการกระทำที่ไม่รองรับเป้าหมายทางทหารที่ขัดแย้งอันส่งผลต่อความรับผิดชอบทางอาญาได้มากนักเพียงใด เนื่องจากในเรื่องของหลักการเรื่องความชอบด้วยกฎหมายทางอาญาที่จะต้องมีการระบุชัดในกฎหมายให้ชัดแจ้งในเรื่องความผิดและโทษ แต่ถึงอย่างไรก็ตามรายงานของคณะกรรมการได้แสดงถึงความพยายามที่จะให้มีการพัฒนาถึงความแน่นอนให้มากยิ่งขึ้นของกฎเกณฑ์พื้นฐานที่ได้มีการกล่าวมาข้างต้น โดยได้มีการชี้ว่าเป้าหมายทางทหารที่มีสิทธิตามกฎหมายว่าจะต้องหลีกเลี่ยงถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายในระยะยาวต่อสิ่งแวดล้อม กับการกระทำที่อาจส่งมาถึงพลเรือนด้วย และนอกจากนี้ยังได้มีกล่าวในรายงานอีกด้วยว่าวัตถุประสงค์ทางทหารไม่ควรเป็นเป้าหมาย ถ้าหากการโจมตีเช่นนั้นดูเหมือนว่าจะก่อให้เกิดผลเสียหายทางสิ่งแวดล้อมซึ่งมากเกินไปจนความจำเป็นกับผลทางทหารที่จะได้รับจากการโจมตีทางทหารนั้นๆ นอกจากนี้ในรายงานได้สรุปพันธกรณีที่จะหลีกเลี่ยง หรือลดขนาดลงให้มากที่สุด ให้เกิดความเสียหายให้น้อยที่สุด โดยไม่ได้มีการให้คำนิยามของ excessive นอกจากนี้ยังได้มีการพิจารณาถึงธรรมเนียมอนุญูกรงโรม

⁴⁷ The Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environment Modification Techniques, 10 December 1976, 1108 U.N.T.S. 152.

⁴⁸ Thilo Marauhn, *supra* note 43, pp.1030-1032.

ข้อ 8 วรรค 2 (b) (iv)⁴⁹ ด้วย ซึ่งต้องการเจตนาในการลงมือโจมตีที่ก่อผลต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งเห็นได้ชัดถึงการเกินความจำเป็นในความสัมพันธ์ของสิ่งที่เป็นรูปธรรมและโดยตรงของผลประโยชน์การกระทำทางทหารทั้งหมดและความได้เปรียบที่บังเกิดล่วงหน้า ซึ่งการกระทำเช่นนี้ถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง แต่อย่างไรก็ตามการกระทำเช่นนี้ยังไม่เป็นนิยามที่เที่ยงตรง โดยได้มีการโต้เถียงกันว่าผู้ฟ้องร้องไม่สามารถที่จะดำเนินคดีได้จนกว่าคุณสมบัติเรื่องความได้สัดส่วนได้มีการละเมิดอย่างเห็นได้ชัด และนอกจากนี้ยังได้มีการยอมรับว่าการประมาททำให้สิ่งแวดล้อมได้รับผลกระทบไม่ทำให้การกระทำนั้นๆ เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามคณะกรรมการได้ร่างข้อสรุปว่าการกระทำอันไม่รองรับเป้าหมายทางทหารที่ชัดเจนและสำคัญถูกตั้งข้อสงสัย⁵⁰

การปฏิบัติการทางทหารของ NATO ในยูโกสลาเวียนั้นอาจจะสรุปได้ว่าจะต้องทำการพิจารณาว่าการโจมตีที่เกิดขึ้นในยูโกสลาเวีย นั้น สถานที่ที่ถูกโจมตีนั้นเป็นเป้าหมายทางทหารหรือไม่ เช่นถ้าหากสถานที่ที่ถูกโจมตีนั้นไม่เป็นแหล่งผลิตอุปกรณ์เครื่องมือ หรืออาวุธยุทธโธปกรณ์สำหรับการทำสงครามของยูโกสลาเวียแล้ว และผู้บัญชาการทางทหารของ NATO ได้มีคำสั่งให้โจมตี การโจมตีที่เกิดขึ้นก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือหากการโจมตีนั้นได้กระทำต่ออุปกรณ์ติดตั้งของพลเรือนโดยแท้ ก็จะได้เห็นได้ว่าเป็นการละเมิดหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีขึ้นในเรื่องนี้ แต่ในกรณีที่เกิดขึ้นในการโจมตีอดีตยูโกสลาเวียนี้เป็นการโจมตีสถานที่ซึ่งอำนวยความสะดวกให้ทั้งกับพลรบและพลเรือน ดังนั้นหลักการของความจำเป็นทางทหาร ความได้สัดส่วน หลักการมนุษยธรรมได้เข้ามามีส่วนในการวิเคราะห์การกระทำเช่นนี้ด้วย โดยการทำลายที่ได้เกิดขึ้นในอดีตยูโกสลาเวียได้ก่อให้เกิดผลเสียหายที่สามารถวัดได้โดยก่อให้เกิดความเสียหายกับสิ่งแวดล้อมของท้องถิ่นในระยะยาว และอาจส่งผลร้ายกับผู้ที่อยู่อาศัยบนฝั่งแม่น้ำตอนล่างของแม่น้ำ Danube สิ่งที่ได้เกิดขึ้นต้องถูกนำไปคำนวณในการหาความสมดุลย์ของผลประโยชน์ทางทหารที่ได้รับ ซึ่งการสอบสวนสืบสวนนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญเพื่อกำหนดว่าประโยชน์อะไรบ้างที่ได้รับและอะไรบ้างที่เสียหาย และระดับความเสียหายอย่างไร เพื่อนำมาวัดความสมดุลย์⁵¹

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการตีความของการกระทำที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมนี้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะถูกนำมาใช้ประโยชน์ในการประเมินค่า ความถูกต้องตามกฎหมายของการปฏิบัติการทางทหาร โดยประการแรกโครงสร้างหลักของกฎหมาย

⁴⁹ Rome Statute, *supra* note 1, art.8 para 2 (b) (iv).

⁵⁰ Thilo Marauhn, *supra* note 43, pp.1033-1034.

⁵¹ Aaron Schwabach, *supra* note 30, pp.137-138.

สิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศส่วนใหญ่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประการที่สอง กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะเป็นแนวทางในการกำหนดนิยามที่จำเป็นต่างๆ เช่น ความจำเป็นทางทหาร (military necessity) และการพัฒนานิยามของคำว่า กว้างขวาง (widespread) ระยะเวลา (long-term) ร้ายแรง (severe) โดยอนุสัญญาเฮกได้มีการรวมกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการอุดช่องว่างของสนธิสัญญาในการกระทำของรัฐในช่วงเวลาสงครามไว้⁵² ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีทางสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่สำคัญอันเป็นที่ยอมรับกันนั้นจะเห็นได้จากคดีตัวอย่าง 2 เรื่องคือ⁵³

1. คดี Corfu Channel Case⁵⁴ ที่กล่าวว่ารัฐแต่ละรัฐมีหน้าที่ที่จะไม่ให้มีการอนุญาตให้ใช้ดินแดนของตนที่จะก่ออันตรายแก่ผู้อื่น ไม่ว่าจะเป็นการที่ผู้อื่นเดินทางเข้ามาในบริเวณดินแดนของตนโดยมีสิทธิก็ตามหรือเป็นการใช้ในนามของรัฐอื่น โดยรู้ยู่ที่ดินแดนของตนได้ถูกใช้เป็นการขัดสิทธิของรัฐอื่น⁵⁵

2. คดี Trail Smelter Case⁵⁶ ที่แสดงให้เห็นถึงหลักการที่ว่ารัฐมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากดินแดนของตน หากตนยอมให้ใช้ดินแดนของตนก่อผลเสียหายนั้นๆ ซึ่งโดยธรรมชาติของการทำสงครามซึ่งมีอยู่แต่กำเนิด แม้จนรัฐได้มีการอนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของตนในลักษณะการกระทำที่ขัดต่อผลประโยชน์ของรัฐอื่น โดยลักษณะเช่นนี้ดูเหมือนจะไม่มีเหตุผลที่จะปรับหลักการนี้ระหว่างการทำสงคราม เนื่องจากเห็นได้

⁵² "Until a more complete code of the laws of war has been issued... the inhabitants and belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience"

⁵³ Aaron Schwabach, *supra* note 30, pp.130-131.

⁵⁴ Corfu Channel Case (U.K. v Alb.), 1949 I.C.J. 4,21 (9 April 1949) determination on the merits.

⁵⁵ Aaron Schwabach, *supra* note 30, p.130.

⁵⁶ Trail Smelter Case (U.S. v Can.), 3 R.I.A.A. 1905 (1941), reprinted in 35 AM. J. INT'L. L. 684 (1941).

ว่าการใช้ดินแดน หรืออาณาเขตของตนเพื่อที่จะทำอันตรายแก่ฝ่ายตรงข้ามเป็นหัวใจของการทำสงคราม ทั้งนี้การกระทำนี้ไม่ใช่ไม่มีทางอื่น⁵⁷

อย่างไรก็ตามหลักการ "do no harm" ไม่ได้ถูกละเว้นในช่วงเวลาของสงคราม หากยังคงมีอยู่อย่างสอดคล้อง ดังที่เห็นได้จากหลักการที่วางไว้โดยเคร่งครัดในปฏิญญาเซนต์ปีเตอร์สเบิร์ก (The St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight 1868)⁵⁸ ที่กล่าวว่าเป้าหมายที่ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งรัฐต้องพยายามที่จะทำให้สำเร็จในช่วงเวลาสงครามคือการทำให้กองกำลังทางทหารของฝ่ายตรงข้ามอ่อนแอ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการทำลายสิ่งแวดล้อมซึ่งไม่ใช่เป้าหมายในการทำให้กองกำลังทางทหารของฝ่ายตรงข้ามอ่อนแอลง หรือซึ่งไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์เช่นว่าเป็นการกระทำที่ต้องห้าม กฎบัตรโลกเกี่ยวกับธรรมชาติ (The World Charter for Nature)⁵⁹ ที่กล่าวว่าธรรมชาติควรได้รับการคุ้มครองต่อการทำให้เสียกร่อนอันเป็นผลมาจากการทำสงครามหรือกิจกรรมต่างๆ ที่เป็นปรปักษ์ปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (The Rio Declaration on Environment and Development)⁶⁰ ที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในเวลาสงครามว่าการทำสงครามกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นไม่สามารถแบ่งแยกออกมาจากกันได้ ดังนั้นรัฐควรจะเคารพกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระหว่างการจัดกันทางกำลังทหารและร่วมมือกันพัฒนาสิ่งแวดล้อมเท่าที่จำเป็น และนอกจากนี้ยังพบหลักการเรื่องนี้ในปฏิญญาสตอกโฮล์ม

⁵⁷ Aaron Schwabach, *supra* note 30, p.131.

⁵⁸ The St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight 1868, 1 A.J.I.L.(1907) Supplement 95-6.

⁵⁹ The World Charter for Nature, G.A. Res. 37/7 (Annex), U.N. GAOR, 37th Sess., Supp. No.51, at 17, U.N. Doc. A/37/51 (1982), 22 I.L.M. 455 (1983).

⁶⁰ The Rio Declaration on Environment and Development, U.N. Conference on Environment and Development, 47th Sess., U.N.Doc. A/CONF.151/26 (vol.I) (1992), 31 I.L.M. 874.

(Stockholm declaration)⁶¹ ที่กล่าวว่ารัฐมีความรับผิดชอบที่จะทำให้ง่ายแก่กิจกรรมภายใต้เขตอำนาจของตน หรืออยู่ในการปกครองของตนไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น⁶²

3.3.2 กรณีการใช้สิทธิป้องกันตนเองที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อม

กรณีเรื่องปฏิบัติการทางทหารอันเป็นการป้องกันตัวเอง (Self-defense) ที่กำลังมีภัยอันใกล้จะถึงตน หรือประเทศของตนซึ่งตนไม่ได้เป็นผู้มีส่วนในการก่อภัยเช่นนั้น แต่การกระทำป้องกันตนเองจากภัยอันใกล้จะถึงได้ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมกับประเทศที่กำลังก่อภัยให้กับตน จะถือเป็นอาชญากรรมสงครามอันต้องรับผิดชอบทางอาญาระหว่างประเทศหรือไม่นั้น ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยเรื่องมูลเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาข้อ 31⁶³ วรรค 1 ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ดังนี้

“นอกเหนือจากมูลเหตุอื่นสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญาที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรม บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาหากว่าในขณะที่การกระทำของบุคคลนั้น ...

c) การกระทำอย่างมีเหตุผลเพื่อป้องกันตนเอง หรือบุคคลอื่น หรือในกรณีของอาชญากรรมสงคราม ป้องกันทรัพย์สินที่จำเป็นต่อความอยู่รอดของตน หรือบุคคลอื่น หรือป้องกันทรัพย์สินที่จำเป็นต่อการปฏิบัติการทางทหารจากการใช้กำลังที่ใกล้จะถึงและผิดกฎหมายในสัดส่วนที่สมควรกับระดับอันตรายที่มีต่อตน หรือบุคคลอื่น หรือต่อทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้ข้อเท็จจริงที่ว่า บุคคลนั้นได้เข้าร่วมในการปฏิบัติการป้องกันโดยกองกำลัง โดยตัวของมันเอง จะไม่เป็นมูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามอนุวรรคนี้

d) การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลมีสาเหตุมาจากสภาพบังคับอันเป็นผลมาจากการคุกคามต่อความตายที่ใกล้จะถึง หรือต่อการบาดเจ็บทางกายอย่างสาหัสต่อตนเอง หรือบุคคลอื่น ที่ใกล้จะถึง หรือมีอยู่อย่างต่อเนื่อง และบุคคลนั้นได้กระทำการที่จำเป็นและสมเหตุสมผลในการหลีกเลี่ยงจากการคุกคามดังกล่าว ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า บุคคลนั้นไม่มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายยิ่งไปกว่าอันตรายที่จะหลีกเลี่ยง การคุกคามเช่นนี้ อาจเป็นกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

⁶¹ The Stockholm Declaration; World Charter for Nature, U.N.G.A. A/RES/37/7, 1982.

⁶² Aaron Schwabach, *supra* note 30, pp.131-133.

⁶³ Rome Statute, *supra* note 1, art.31 para 1.

- i) กระทำโดยบุคคลอื่น หรือ
- ii) เกิดขึ้นจากสถานการณ์อื่น นอกเหนือการควบคุมของบุคคลนั้น”⁶⁴

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นในลักษณะข้างต้นเป็นการกระทำที่มีเหตุในการยกเว้นความรับผิดได้ แต่กรณีการยกเว้นความรับผิดนี้มีความคลุมเครือถึงสาเหตุอื่นในการยกเว้นความรับผิดตามที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 วรรค 3⁶⁵ ที่ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณามูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญานอกเหนือจากที่กล่าวไว้ในวรรค 1 หากมูลเหตุเช่นว่าได้นำมาจากกฎหมายที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้บังคับได้ตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 21⁶⁶ ซึ่งวิธีพิจารณาที่เกี่ยวกับการพิจารณามูลเหตุเช่นว่านี้ต้องระบุไว้ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน ในเรื่องนี้ปรากฏว่าคณะกรรมาธิการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ (PCNICC) ไม่ได้มีการกล่าวถึงเอาไว้แต่อย่างใด โดยได้ปล่อยให้เป็นที่ของศาลอาญาระหว่างประเทศในการพิจารณาต่อไป⁶⁷

หากปรากฏว่าการกระทำการป้องกันตนเองมีเหตุผลตามที่กล่าวมาข้างต้น แล้วได้ก่อให้เกิดผลต่อสิ่งแวดลอมตามที่กำหนดในเรื่องอาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดลอม การกระทำของปัจเจกชนผู้กระทำนั้นยังคงถือเป็นความผิด แต่ได้รับการยกเว้นความรับผิดทางอาญานั้นเอง อันทำให้ปัจเจกชนผู้นั้นไม่ต้องรับโทษแต่อย่างใด

ทั้งนี้ประวัติของการประชุมทางการทูตที่กรุงโรม ปรากฏว่าธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 วรรค 3 นี้ ได้มีการประนีประนอมเพื่อบรรเทาความห่วงกังวลของตัวแทนจากประเทศต่างๆ ที่ได้ร่วมประชุมกัน นำโดยประเทศสหรัฐอเมริกาที่ต้องการให้ ความจำเป็นทางทหาร (military necessity), รีโพรซัลส์ (reprisals) และสิทธิการป้องกันตนเอง (self-defence) ซึ่งอยู่ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติข้อที่ 51 ให้มีการรวมเป็นพื้นฐานในเรื่องการยกเว้นความรับผิดทางอาญาด้วย ซึ่งการวางพื้นฐานข้อ 31 วรรค 3 นี้เป็นการอยู่ภายใต้กฎหมายอาญาอันทำให้ไม่มีที่ในเรื่องของการป้องกันตัวภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามได้เกิดปัญหาในกรณีธรรมนูญกรุง

⁶⁴ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, “คำแปลธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (กรุงเทพมหานคร : กองแปล กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, 2544), (อัดสำเนา).

⁶⁵ Rome Statute, *supra* note 1, art.31 para 3.

⁶⁶ *Ibid.* art.21.

⁶⁷ Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 39, p.269.

โรมข้อ 31 วรรค 2⁶⁸ ได้กล่าวให้ศาลอาญาระหว่างประเทศนำการยกเว้นความรับผิดที่ได้กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรมมาวินิจฉัยมูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญาทำให้เกิดข้อสงสัยว่าธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 วรรค 3 จะมีที่ใช้อย่างไร⁶⁹

สิทธิการป้องกันตนเอง (self-defence) ซึ่งอยู่ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51 จะเห็นได้ว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับสิทธิการป้องกันตนเองอันเป็นมูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 วรรค 1 (c) (d) ที่สามารถทำการป้องกันตนเองได้ซึ่งทำให้การกระทำที่ผิดนั้นได้รับการยกเว้นโทษ แต่ก็มีแตกต่างกันในแง่ที่ว่าสิทธิการป้องกันตนเองตามกฎหมายบัตรสหประชาชาตินี้เป็นสิทธิของรัฐ แต่สิทธิการป้องกันตนเองตามธรรมนูญกรุงโรมนี้เป็นสิทธิของปัจเจกชน ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายอาญา ดังนั้นจะสังเกตเห็นได้ว่าองค์ประกอบที่ยกเว้นความรับผิดในเรื่องสิทธิในการป้องกันตัวเองในธรรมนูญกรุงโรมจะมีองค์ประกอบทางอาญาอยู่ด้วย แต่อย่างไรก็ตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 วรรค 3 ก็ได้มีการกล่าวถึงสิทธิในการป้องกันตนเองตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติข้อ 51 จากประวัติของการประชุมทางการทูตที่ได้มีกล่าวมา ดังนั้นสิทธิการป้องกันตนเองอันเป็นมูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดทางอาญานี้ก็น่าที่จะนำกฎบัตรสหประชาชาติมาพิจารณาประกอบด้วย

โดยสิทธิการป้องกันตนเองตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติข้อ 51 นี้ เป็นเรื่องของข้อยกเว้นของการห้ามใช้กำลังที่กำหนดไว้ในกฎบัตร โดยถือว่าการป้องกันเช่นนี้เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นสิทธิโดยชอบธรรมอย่างเด็ดขาดของรัฐภาคีผู้ถูกรุกรานตามแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติซึ่งสามารถสรุปมาตรการตามข้อ 51 ได้เป็นสามประการคือ⁷⁰

ประการแรก การป้องกันตนเองที่จะถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายนี้อาจเป็นการกระทำป้องกันฝ่ายเดียวหรือหลายฝ่ายร่วมกัน⁷¹ ซึ่งการป้องกันหมู่รูปแบบแรกเกิดขึ้นมาจากการที่สมาชิกหรือภาคีของกลุ่มที่อาจจะเป็นองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคเช่น NATO มีข้อผูกพัน

⁶⁸ Rome Statute, *supra* note 1, art.31 para 2.

⁶⁹ Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 39, p.269.

⁷⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, "40 ปีสหประชาชาติ : สันติภาพกับการใช้กำลัง." วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 16, น.150 (มีนาคม 2529).

⁷¹ เพิ่งอ้าง, น. 151.

ระหว่างกันหรือเกิดจากสนธิสัญญาความร่วมมือและความมั่นคงร่วมกัน เช่น สหรัฐกับญี่ปุ่น ลงวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 1970 ซึ่งหากมีการโจมตีประเทศหนึ่งก็ถือว่าได้มีการโจมตีอีกฝ่ายด้วย⁷²

ประการที่สอง การป้องกันตนเองที่จะถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายจะกระทำได้อต่อเมื่อประเทศภาคีสมาชิกของสหประชาชาติได้ถูกรุกราน ด้วยทางกำลังทหาร (armed attack) เท่านั้น โดยในประเด็นนี้จะเกิดคำถามว่าการป้องกันล่วงหน้าสามารถที่จะเกิดขึ้นได้หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาจากตัวบทแล้วจะต้องปรากฏการถูกรุกรานด้วยทางกำลังทหารก่อนจึงจะสามารถป้องกันได้ ทำให้การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถที่จะกระทำล่วงหน้าได้แต่อย่างใด⁷³ ซึ่งในประเด็นเรื่องการป้องกันล่วงหน้าหากเปรียบเทียบกับกรณีธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31วรรค 1 (c) (d) นั้นเป็นการป้องกันล่วงหน้าไม่จำเป็นว่าภัยนั้นๆ จะต้องเกิดขึ้นแล้ว โดยข้อบทได้ใช้คำว่า “ใกล้จะถึง” ดังนั้นการป้องกันตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 31 นี้สามารถถูกนำไปใช้อ้างได้กว้างขวางกว่ากฎบัตรสหประชาชาติข้อ 51

ประการที่สาม การป้องกันตนเองที่จะถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายจะสิ้นสุดลงเมื่อสถานการณ์ความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ใช้มาตรการอันจำเป็นเพื่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และประเทศที่กระทำการป้องกันตนเองต้องรายงานถึงการกระทำของตนที่ได้กระทำไปให้สถานการณ์ความมั่นคงทราบด้วย⁷⁴

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการรุกรานถือเป็นปัจจัยที่สำคัญที่จะก่อให้เกิดสิทธิในการป้องกันตนเอง แต่ปรากฏว่ามติสหประชาชาติที่ 3314 (XXIX) ปี ค.ศ. 1974 ยังมีปัญหาความไม่แน่นอนแห่งคำนิยาม ถึงแม้ว่าจะได้มีความพยายามกำหนดขอบเขตของการรุกรานไว้รวมถึงการรุกรานทางอ้อม (aggression indirect) ก็ตาม⁷⁵ มีข้อสังเกตว่าสิทธิในการป้องกันตนเองนี้ไม่สามารถที่จะใช้ประโยชน์ได้ไม่เท่ากับปัจเจกชนหรือรัฐ⁷⁶ ถ้าการใช้กำลังโดยรัฐหนึ่งๆ ต่อรัฐอื่นไม่ใช่

⁷² อรุณ ภาณุพงศ์, “กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง,” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535): 421.

⁷³ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 70, น.151.

⁷⁴ เพ็งอ้าง, น.151.

⁷⁵ เพ็งอ้าง, น.151-152.

⁷⁶ Ministries Trial (1995) 16 Ann.Dig.349 quoted in Kriangsak

การกระทำการรุกราน (aggression) เพราะสิทธิการป้องกันตัวเองจะเกิดขึ้นได้ต้องปรากฏว่ามีการรุกรานก่อน และนอกจากนี้เรื่องของการรุกรานไม่ใช่เรื่องของความรับผิดชอบของปัจเจกชนทางอาญา การปราศจากความรับผิดชอบของรัฐปลดปล่อยปัจเจกชนในการใช้กำลังดังกล่าวด้วย⁷⁷

ในกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะนำหลักการเรื่องสิทธิการป้องกันตนเองตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติข้อ 51 มาใช้นั้น เห็นได้ว่าแทบจะไม่มีความเป็นไปได้เลยในการอ้างสิทธิการป้องกันตนเองตามกฎหมายบัตรสหประชาติมายกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาเนื่องจากคำนิยามถึงการกระทำที่เป็นการรุกรานนั้นยังไม่ได้มีการกำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรม

อย่างไรก็ตามปัญหาความไม่แน่นอนในเรื่องการนิยามคำว่ากรรุกรานที่มีดังกล่าว ในอดีตประเทศลิเบียได้เคยให้ความเห็นว่าน่าจะมีการรวมการรุกรานต่อสิ่งแวดล้อม (aggression to the environment) ให้อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย⁷⁸

3.4 ปัญหาและแนวทางในอนาคตในการดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมในศาลอาญาระหว่างประเทศ

ปัญหาในการดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมในศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะต้องมีการพิจารณามีดังนี้

1. เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นศาลพิจารณาคดีอาญาต่อปัจเจกชน อันนำหลักการทั่วไปของกฎหมายอาญามาบังคับใช้ โดยเฉพาะหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย (legality) ที่กล่าวว่ากรกระทำใดถือเป็นความผิดต้องมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง (nullum crimen sine lege) และการกระทำใดจะมีโทษก็ต้องมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง (nulla poena sine lege) เช่นเดียวกัน ซึ่งถือว่าเป็นหลักการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวดที่จะนำมาใช้ดำเนินคดีอาญากับปัจเจกชนเพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนด้วย แต่ปัญหาที่ปรากฏคือตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 21 ได้มีการอนุญาตให้ศาลอาญาระหว่างประเทศใช้บังคับ

⁷⁷ Para. 7 of the ILC Commentary to Article 14 (Defences) of its Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, U.N. Doc. A/51/10 (1996), 26 July 1996 quoted in Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 39, p.269.

⁷⁸ No.L./ROM/6.R1 of 15 June 1998 onwards. quoted in Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 39, p.209.

หลักการและกฎเกณฑ์อื่นอันไม่ใช่ธรรมนูญกรุงโรม องค์ประกอบความผิดทางอาญา และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานมาช่วยในการตีความและกำหนดรายละเอียดที่ธรรมนูญกรุงโรมมิได้บัญญัติไว้ ซึ่งหลักการและกฎเกณฑ์อื่นที่ธรรมนูญกรุงโรมอนุญาตให้มีการบังคับใช้นี้มีลักษณะถึงความไม่ชัดเจน โดยเฉพาะปัจเจกชนผู้ถูกกล่าวหาไม่อาจทราบได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะหยิบยกหลักการและกฎเกณฑ์เรื่องใดมาพิจารณาความผิดของตน ซึ่งก็เป็นการไม่ยุติธรรมแก่ปัจเจกชนผู้ถูกกล่าวหาเนื่องจากตนเองไม่มีสิทธิรู้เลยว่าการกระทำของตนเป็นความผิด

โดยเฉพาะกรณีที่ศาลมีการปรับใช้บรรดาหลักการทั่วไปซึ่งมิได้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด แต่หากเป็นเรื่องที่ศาลจะต้องพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นหลักการทั่วไปอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งกรณีนี้หากเป็นเรื่องในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ก็คงไม่ใช่เรื่องแปลกที่จะถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายได้เนื่องจากการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นการพิจารณาคดีกับรัฐและไม่ได้มีการนำหลักการทั่วไปของกฎหมายอาญามาใช้ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลอาจไม่ได้รับการประกันอย่างแท้จริงในศาลอาญาระหว่างประเทศ และถึงแม้ว่าข้อบทของธรรมนูญกรุงโรมจะได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแต่ก็ยังคงมีปัญหาในการตีความที่จะต้องนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาอุดช่องว่าง ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้นำมาอุดช่องว่างนี้ก็ไม่น่ามีความแน่นอนในการประเมินจากที่กล่าวมาในเรื่องความจำเป็นทางทหารข้างต้น ว่าเท่าใด อย่างไร หรือมาตรฐานใด ที่ใช้วัดผลของการกระทำว่ามีความจำเป็นทางทหาร

2. ปัญหาเรื่องขงสิ่งแวดล้อม พบว่าการมิได้ให้คำนิยามศัพท์ของคำว่า “สิ่งแวดล้อม” เป็นปัญหาสำคัญที่ต้องมีการกำหนดให้ชัดเจนว่ามีขอบเขตเพียงใด เช่นในเรื่องของสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ (natural environment) ที่มีการกล่าวถึงในธรรมนูญกรุงโรมข้อ 8 วรรค 2 (b) ก็เป็นที่สงสัยว่ามีขอบเขตเพียงใด ซึ่งสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติเป็นเรื่องที่มีความหมายกว้างขวางมากจนกระทั่งเป็นเรื่องที่อาจคาดไม่ถึง ซึ่งมีความละเอียดซับซ้อนหากไม่ได้รับการศึกษาเฉพาะทางในเรื่องนั้นๆ แล้ว ก็ไม่มีทางที่จะทราบได้ รวมไปถึงปัญหาเรื่องผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาและอัยการก็ต้องมีความรู้ในเรื่องของสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างดี ทั้งนี้เริ่มตั้งแต่การรวบรวมข้อมูลของอัยการเพื่อที่จะเสนอต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็ต้องรวบรวมได้อย่างถูกต้องเพื่อให้เกิดน้ำหนักในเรื่องสิ่งแวดล้อม ผู้พิพากษาที่จะต้องสามารถนำพยานหลักฐานทางสิ่งแวดล้อมมาวิเคราะห์เรื่องของความรับผิดชอบ โดยสามารถทราบได้ว่ามีพยานหลักฐานทาง

สิ่งแวดล้อมใดบ้างที่ต้องสอบสวนสืบสวนเพิ่มเติมเพื่อสั่งการให้ยุติการทำการสอบสวนสืบสวนเพิ่มเติมได้ตรงประเด็นที่สุดและสร้างน้ำหนักให้กับคดี

แนวทางในอนาคตในการแก้ไขปัญหาในเรื่องดังกล่าวมาข้างต้นนั้น สามารถดำเนินการได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมตบตตามที่ธรรมนูญกรุงโรมข้อ 9,121,122 และ123⁷⁹ เปิดช่องไว้ให้เพื่อให้ข้อบทแต่ละข้อบทมีความชัดเจนมากที่สุด อันเป็นการหลีกเลี่ยงถึงการตีความที่อาจนำหลักการต่างๆ มาอุดช่องว่าง โดยเฉพาะในเรื่องของสิ่งแวดล้อมจะต้องมีการจำกัดความว่ามีขอบเขตเพียงใด เพราะตราบใดที่ภาวะความกำกวมยังคงปรากฏอยู่ ภาวะความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมในเวลาขัดกันทางกำลังทหารก็จะเป็นเนื้อหาความรับผิดชอบทางอาญา โดยหลักการทั่วไปของกฎหมายอาญาในศาลอาญาระหว่างประเทศจะชัดเจนความมุ่งประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในที่สุด

⁷⁹ Rome Statute, *supra* note 1, art.9,121,122,123.