

บทที่ 3

ความรับผิดชอบต่อการละเมิดพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าว ในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร

โดยทั่วไปในการทำสงครามรัฐคู่พิพาทย่อมต้องเคารพกฎเกณฑ์และจารีตประเพณีในการทำสงครามและต้องปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มุ่งให้ความคุ้มครองบุคคลใดก็ตามที่ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบหรือไม่สามารถเข้าทำการสู้รบได้อีกต่อไป และมุ่งจำกัดวิธีการในการทำสงคราม (methods) และวิถีทางที่จะนำไปสู่เป้าหมายของสงคราม (means) ที่เหมาะสม การให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารย่อมถือเป็นกฎเกณฑ์ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศประการหนึ่ง เนื่องจากผู้สื่อข่าวเป็นพลเรือนและมีได้มีส่วนร่วมในการสู้รบ ผู้สื่อข่าวย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 1 ข้อ 1.2 ดังนั้น หากรัฐภาคีคู่พิพาทใดไม่เคารพปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เหล่านี้ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามมา

3.1 ความรับผิดชอบต่อการละเมิดพันธกรณี

โดยทั่วไปบุคคลจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำใดๆ ที่เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้มีการกระทำที่ไปละเมิดสิทธิหรือกระทบผลประโยชน์ของบุคคลอื่น เช่นเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศ หากรัฐและบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศได้กระทำการใดที่กระทบต่อเสรีภาพของรัฐอื่นที่มีฐานะเทียบเท่าตน การกระทำดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ซึ่งความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศนี้ขึ้นอยู่กับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้กล่าวอ้างว่าเกิดจากการกระทำของบุคคลใดในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมุ่งเน้นที่การชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น

3.1.1 ความรับผิดชอบของรัฐจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแบบดั้งเดิมว่าด้วยสงคราม ซึ่งในการทำสงครามหากภาคีคู่พิพาทใดไม่เคารพหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์และจารีตประเพณีในการทำสงคราม รวมถึงไม่ปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่ตกเป็นเหยื่ออันเกิดจากการสู้รบย่อมถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศขึ้นดังเช่นอนุสัญญากรุงเฮกได้กำหนดว่าหากภาคีคู่พิพาทใดละเมิดกฎเกณฑ์และจารีตประเพณีในการทำสงคราม ภาคีคู่พิพาทนั้นจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายตามที่กำหนดไว้ อย่างไรก็ตามหากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมิได้บัญญัติเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะย่อมสามารถนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปมาปรับใช้ได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของรัฐไว้เช่นไร และศึกษาถึงหลักทั่วไปในเรื่องดังกล่าวเพื่อนำมาปรับใช้ในกรณีที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมิได้บัญญัติไว้

3.1.1.1 ความรับผิดชอบของรัฐภายใต้ร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ (2001) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) หมายถึง ภาระหน้าที่ที่รัฐพึงปฏิบัติเพื่อแก้ไขสถานการณ์อันเนื่องมาจากการที่รัฐละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศและเกิดความเสียหายนั้น ได้แก่ การให้อีกฝ่ายหนึ่งพอใจ (Satisfaction), การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (Restitution) และการใช้ค่าสินไหมทดแทน (Compensation)¹

เมื่อกล่าวถึงความรับผิดชอบของรัฐ ย่อมหมายถึงความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ตนเข้าผูกพัน ซึ่งอาจเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีก็ได้ ทั้งนี้ รัฐแต่ละรัฐย่อมมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่แตกต่างอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบที่แตกต่างกัน เช่น รัฐที่ส่งสินค้าออกและรัฐที่นำเข้าสินค้า ย่อมมีการปฏิบัติต่อกันลงทุนต่างชาติที่แตกต่างกัน จะเห็นได้ว่าหลักในเรื่องความรับผิดชอบของ

¹ ดำรง ธรรมารัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), น.161-162.

รัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีรูปแบบที่ชัดเจน แต่ขึ้นอยู่กับพันธกรณีของรัฐต้องปฏิบัติอันเนื่องมาจากการเข้าผูกพันตนของรัฐนั้น

ความรับผิดชอบของรัฐต่อการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างจากความรับผิดชอบของรัฐต่อการละเมิดกฎหมายภายใน เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเรื่องการกำหนดตัวผู้กระทำความเสียหาย ซึ่งการจะกล่าวอ้างว่ารัฐต้องรับผิดชอบทางระหว่างประเทศได้ก็ต่อเมื่อรัฐมีความเกี่ยวพันกับกรณีนั้นเท่านั้น ส่วนกฎหมายภายในเป็นการแสวงหาผู้ที่ต้องรับภาระในการแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ก่อความเสียหายก็ได้ เช่น นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง

การกล่าวอ้างในเรื่องความรับผิดชอบย่อมทำให้รัฐมีความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศหรือก่อนจะมีคดีขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศ ซึ่งการกล่าวอ้างในทางระหว่างประเทศจะสามารถนำไปบังคับใช้ในศาลภายในได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายภายในนั้นสามารถเข้าถึงระบบกฎหมายระหว่างประเทศได้มากน้อยเพียงใด การที่รัฐอ้างว่าหลักในเรื่องความรับผิดชอบเป็นขนบธรรมเนียมและเป็นส่วนเสริมของกฎหมายภายในของรัฐย่อมเป็นการเพิ่มบทบาทของศาลภายในในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การกล่าวอ้างถึงหลักเขตอำนาจของศาล ,หลักความคุ้มกันของศาล และความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศอาจก่อให้เกิดความสับสน ดังนั้น จึงควรศึกษาถึงการกระทำของรัฐที่จะนำไปสู่ความสัมพันธ์ในระดับระหว่างประเทศ เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจและความชัดเจนในเรื่องดังกล่าวมากยิ่งขึ้น

3.1.1.1.1 องค์ประกอบของการกระทำระหว่างประเทศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²

ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งสันนิษฐานเบื้องต้นว่าต้องเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำที่เป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและการกระทำนั้นเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ โดยทั่วไปองค์ประกอบสองประการนี้ย่อมเพียงพอในการพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม บางกรณีรัฐผู้ตกอยู่ในฐานะจำเลยอาจ

² James Crawford and Simon Olleson, "The Nature and Forms of International Responsibility," in International Law, Edited by Malcom D.Evans, Second Edition, (New York : Oxford University Press,2006), pp.454-459.

กล่าวอ้างถึงการที่ตนไม่ดำเนินการใดๆ เพราะตนต้องกระทำการป้องกันตนเองหรือมีเหตุสุดวิสัย ซึ่งการกล่าวอ้างเช่นนี้ย่อมทำให้รัฐนั้นมีหน้าที่พิสูจน์ถึงข้อกล่าวอ้างดังกล่าว

(1) ต้องเป็นการกระทำของรัฐ (Attribution of Conduct to the State)

หมายถึง การกระทำและงดเว้นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งการกระทำของรัฐนั้นจะต้องพิจารณาจากกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งเพราะกฎหมายภายในของแต่ละรัฐย่อมมีความแตกต่างกัน

เนื่องจากรัฐเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิตเคลื่อนไหวไม่ได้ไม่อาจจะกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด รัฐจึงทำการใดๆ โดยการแสดงออกผ่านการกระทำของปัจเจกชนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา อย่างไรก็ตาม มิใช่การกระทำของปัจเจกชนทุกๆ คนและทุกๆ ลักษณะที่จะกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐได้ การกระทำที่จะกล่าวอ้างว่าเป็นการกระทำของรัฐได้ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์บางประการว่าองค์กรใดหรือบุคคลใดที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการตามกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งได้

การกระทำใดๆ ของรัฐผ่านองค์กรหรือตัวแทนนั้นอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐได้ ซึ่งรัฐไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในการกระทำอันเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (official) ในทุกกรณี แต่รัฐต้องรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ (senior official) ของรัฐซึ่งได้กระทำไปเพราะตนมีอำนาจโดยชัดแจ้ง อันได้แก่ ประมุขของรัฐ ประมุขของรัฐบาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและนักการทูต ดังเช่นในคดี *Rainbow Warrior* ซึ่งคนของหน่วยสืบราชการลับฝรั่งเศสจำนวน 2 คนแอบลอบวางระเบิดเรือ *Rainbow Warrior* ซึ่งเป็นเรือของกลุ่ม Greenpeace ในอ่าวไอคแลนด์ตามที่ได้รับคำสั่งจากรัฐบาลฝรั่งเศส ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่นิวซีแลนด์อันส่งผลให้ฝรั่งเศสต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว ในกรณีนี้ รัฐบาลฝรั่งเศสรับผิดชอบโดยการแสดงความเสียใจอย่างเป็นทางการ และชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดอำนาจอธิปไตยของนิวซีแลนด์

อย่างไรก็ตาม รัฐมิได้มีหน้าที่ในการประกันความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินหรือความสำเร็จในการลงทุนของชาวต่างชาติ รัฐมีความรับผิดชอบในการกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น นอกจากนี้รัฐไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในการกระทำของปัจเจกชน อย่างไรก็ตาม รัฐอาจต้องรับผิดชอบเนื่องจากมิได้ป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น หรือรัฐอาจต้องลงโทษปัจเจกชนผู้ต้องรับผิดชอบในการกระทำผิด

หากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามขอบอำนาจหน้าที่ของตนย่อมถือว่าการกระทำหรืองดเว้นกระทำการดังกล่าวเป็นการกระทำของรัฐ เว้นแต่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการนอกเหนือขอบอำนาจหน้าที่ของตน (*ultra vires*) อย่างไรก็ตาม รัฐอาจต้องรับผิดชอบในการกระทำที่เห็นได้ชัดแจ้งว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการเกินขอบอำนาจหน้าที่ หากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการในตำแหน่งหน้าที่ของตน ซึ่งศาลได้วางหลักว่าการพิจารณาเรื่องการกระทำนอกเหนือขอบอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่อื่นจะถือว่าการกระทำของรัฐนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำการที่แสดงออกว่าตนหรือองค์กรนั้นสามารถกระทำได้หรือต้องใช้อำนาจหรือความสามารถที่เหมาะสมในฐานะที่ตนเป็นเจ้าหน้าที่³ นอกจากนี้รัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำใดๆ ก็ต่อเมื่อรัฐได้มอบหมายอำนาจหน้าที่ในการกระทำการให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำการภายใต้การควบคุมของรัฐและต้องมีคำสั่งให้กระทำการดังกล่าวด้วย⁴ อย่างไรก็ตาม รัฐไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของกลุ่มจลาจลหรือปัจเจกชน การกระทำของบุคคลดังกล่าวจะถือเป็นการกระทำของรัฐก็ต่อเมื่อเขาได้กระทำการภายใต้อำนาจหน้าที่ หรือการควบคุมของรัฐ หรือรัฐได้ให้สัตยาบันการกระทำดังกล่าว เช่นในคดีตัวประกันนักการทูตสหรัฐอเมริกา กรุงเตหะราน (*Teharan Hostages Case*) แม้การกระทำของนักศึกษาอิหร่านที่บุกยึดสถานทูตของสหรัฐอเมริกาในกรุงเตหะรานจะมีได้เป็นการกระทำในนามเจ้าหน้าที่รัฐของอิหร่านก็ตาม แต่รัฐบาลอิหร่านให้การยอมรับเห็นชอบกับการกระทำของนักศึกษาอิหร่านนั้นย่อมจะแปลได้ว่าการยึดสถานทูตและจับตัวประกันนักการทูตสหรัฐฯ เป็นการกระทำของอิหร่านแล้วอันส่งผลให้อิหร่านต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ⁵

โดยทั่วไปรัฐไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของเอกชนภายในรัฐ เนื่องจากเอกชนภายในรัฐมิใช่องค์กรหรือตัวแทนของรัฐ อย่างไรก็ตาม รัฐอาจต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลดังกล่าว หากรัฐมีพันธกรณีในการป้องกันมิให้การกระทำใดๆ เกิดขึ้น แต่รัฐหาได้กระทำการเช่นนั้นไม่ การงดเว้นไม่กระทำการเช่นนั้นย่อมถือเป็นการกระทำของรัฐอันจะทำให้รัฐต้อง

³ *Caire Claim (France v Mexico)* (1925) 5 RIAA 516.

⁴ *Yourmans Claim (US v Mexico)* (1926) 4 RIAA 110.

⁵ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980, p.3, para 73-74.*

รับผิดชอบต่อการกระทำเหล่านั้น ดังเช่นการจับตัวประกันนักการทูตสหรัฐฯ ในคดี *Hostages case* อิหร่านถูกตัดสินว่าไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองสถานทูตและกงสุลซึ่งรัฐบาลอิหร่านสามารถกระทำได้ก่อนที่จะให้การยอมรับเห็นชอบกับการกระทำของนักศึกษา แต่รัฐบาลอิหร่านก็หาได้กระทำการเช่นนั้นไม่

นอกจากนี้รัฐอาจต้องรับผิดชอบในการกระทำของฝ่ายกบฏซึ่งเป็นการพยายามของกลุ่มบุคคลถืออาวุธซึ่งใช้กำลังเพื่อโค่นล้มอำนาจของรัฐบาลอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นได้ เหตุที่รัฐต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าวเนื่องจากทุกรัฐบาลต้องใช้ทุกวิถีการที่มีอยู่เพื่อป้องกันการเกิดกบฏและหากเกิดสถานการณ์ดังกล่าว รัฐก็ต้องปราบปรามอย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็วที่สุดเท่าที่ทำได้ รวมทั้งมีการลงโทษฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหาย รัฐต้องรับผิดชอบในการกระทำของฝ่ายกบฏในกรณีที่ฝ่ายกบฏได้รับชัยชนะเหนือรัฐบาลชุดก่อนอันเป็นผลให้ฝ่ายกบฏจัดตั้งรัฐบาลชุดใหม่ได้สำเร็จ แต่ถ้าฝ่ายกบฏไม่ได้รับชัยชนะจากการต่อสู้กับรัฐบาล การกระทำของฝ่ายกบฏไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ดังนั้น หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจะต้องถือว่าเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของฝ่ายกบฏเอง อย่างไรก็ตาม หากการกระทำของฝ่ายกบฏมีความเกี่ยวพันกับกับการมีส่วนร่วมของเจ้าหน้าที่รัฐ ไม่ว่าจะเจ้าหน้าที่รัฐจะกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ หากเจ้าหน้าที่รัฐได้กระทำการด้วยความระมัดระวังอย่างสมควรแล้ว แม้จะเกิดความเสียหายจากการสู้รบกับฝ่ายกบฏก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ รัฐไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว

(2) ต้องมีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ (Breach of an International Obligation of the State)

หมายถึง การไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อผูกพันหรือความผูกพันระหว่างประเทศที่บรรดารัฐอธิปไตยทั้งหลายทำความตกลงกัน ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองสิทธิและหน้าที่ในเรื่องนั้นๆ ไว้ รวมทั้งพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป

การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในทางแพ่งและทางอาญากล่าวคือ การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศในทางแพ่งอาจเกิดขึ้นในกรณีที่ไม่มีบัญญัติกฎหมายภายในอนุวัติการให้เป็นไปตามสัญญา, การบัญญัติกฎหมายภายในอนุวัติการที่ขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญา และการปฏิเสธความยุติธรรม ส่วนการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศในทางอาญานั้น คือ การกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งหมายถึง การกระทำความผิดระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการละเมิดพันธกรณีโดยรัฐ ซึ่งพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นมี

ความสำคัญเพื่อปกป้องผลประโยชน์พื้นฐานของประชาคมระหว่างประเทศ การละเมิดดังกล่าวถูกยอมรับในฐานะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยประชาคมทั้งหมดประกอบกันขึ้นเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ⁶

อย่างไรก็ตาม การกระทำของรัฐที่ขัดต่อบทบัญญัติภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศ จะเป็นการละเมิดพันธกรณีก็ต่อเมื่อรัฐได้กระทำการขณะที่พันธกรณีนั้นมีผลใช้บังคับอยู่⁷ ดังเช่นใน *Modev case* กฎเกณฑ์ที่ NAFTA กำหนดไม่สามารถนำไปบังคับใช้ย้อนหลังกับการกระทำของเจ้าหน้าที่เมืองบอสตันที่ได้ยึดเอาผลประโยชน์ของผู้ลงทุนในการก่อสร้างและพัฒนาโครงการ ซึ่งเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับ จะเห็นได้ว่าการกำหนดเช่นนี้ย่อมมีความชัดเจนแต่อาจก่อให้เกิดปัญหาในการนำไปบังคับใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ จารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ ย่อมมาแทนที่จารีตประเพณีระหว่างประเทศเดิม เช่นในเรื่องระบบทาสไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป การกล่าวอ้างในบางกรณีเกิดขึ้นเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบจากระบบทาสและการค้าทาส นอกจากนี้การขัดต่อบทบัญญัติภายใต้พันธกรณีย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของพันธกรณีกำหนดขึ้นจากกฎเกณฑ์ที่ถูกละเมิดด้วย หากเป็นพันธกรณีกำหนดพฤติกรรมที่แน่นอนไว้ การละเมิดเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำที่ตรงกันข้ามกับพันธกรณีนั้น แต่หากเป็นเรื่องของพันธกรณีกำหนดผลลัพธ์ที่แน่นอนไว้ รัฐมีเสรีภาพในการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายที่กำหนดโดยใช้วิธีการที่ตนเห็นชอบ ดังนั้น การละเมิดพันธกรณีย่อมยังไม่เกิดขึ้นตราบเท่าที่ยังมีวิธีการที่จะเยียวยาและดำเนินการให้บรรลุผลที่มุ่งประสงค์⁸ การทราบระยะเวลาที่เกิดการละเมิดพันธกรณีย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ในการพิสูจน์ความรับผิดชอบระหว่างประเทศ และการทราบระยะเวลาสิ้นสุดย่อมทำให้สามารถดำเนินการให้เกิดความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณียุติ เช่น การใช้มาตรการตอบโต้โดยชอบด้วยกฎหมาย

การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นนั้นอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี คือ เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศขึ้นอย่างต่อเนื่องจนเกินกำหนดระยะเวลา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุมขังคณะผู้แทนทางการทูตหรือคณะกงสุลในคดี *Hostages case* และการทำให้บุคคลสาบสูญอันเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน นอกจากนั้นการละเมิดพันธกรณีระหว่าง

⁶See, I.L.C. Draft Articles on State Responsibility, article 19 (2).

⁷See, I.L.C. Draft Articles on State Responsibility, article 18.

⁸ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.430.

ประเทศอาจเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาสั้นๆ แต่ผลที่เกิดขึ้นนั้นยังคงอยู่หลังจากที่ได้กระทำแล้ว เช่น การฆ่าผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย, การยึดเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยไม่ได้รับอนุญาต กรณีนี้ การกระทำความผิดเกิดขึ้นในระยะเวลาที่เหยื่อถูกฆ่าหรือทรัพย์สินถูกยึด แต่ผลของการกระทำ อาจมีอยู่ตลอดไป

นอกจากนี้เรื่องการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศมักเกิดปัญหาในเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายในของรัฐ เนื่องจาก ระบบกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากระบบกฎหมาย ภายในของรัฐ เมื่อมีการขัดกันของระบบกฎหมายทั้งสองเกิดขึ้น กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมี ความสำคัญว่ากฎหมายภายในของรัฐอันจะก่อให้เกิดผลสามประการ คือ (1) รัฐไม่สามารถอ้าง กฎหมายภายในของรัฐเพื่อปฏิเสธไม่กระทำการใดๆ ตามพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้ สนธิสัญญาที่ตนผูกพัน การกระทำการหรืองดเว้นการทำการเป็นสิ่งที่ชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมาย ภายในนั้นไม่สามารถนำมาวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยกฎหมายภายใต้กฎหมายระหว่าง ประเทศล่วงหน้าได้ (2) ทางทฤษฎีถือว่ากฎหมายภายในของรัฐ คือ กฎหมายระหว่างประเทศ แต่ เป็นระบบกฎหมายที่มีระบบแตกต่างกัน และ (3) เพื่อให้รัฐไม่ต้องผูกพันตามพันธกรณีระหว่าง ประเทศ รัฐจะอ้างข้อจำกัดทางกฎหมายภายในของตนในการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีไม่ได้

ความรับผิดชอบของรัฐจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการกระทำของรัฐและการละเมิด พันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนั้น สิ่งที่ควรต้องพิจารณาต่อไป คือ จำเป็นต้องมีความเสียหาย เกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งแนวความคิดเรื่องความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยรัฐได้ถูกกล่าวถึงใน *The Chorzow Factory Case* โดยศาลประจํายุติธรรมระหว่างประเทศ (P.C.I.J) ได้วางหลักว่าการละเมิดข้อผูกพันนำมาซึ่งพันธกรณีในการเยียวยาความเสียหายอย่าง พอเพียงนั้นเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศและอาจถือเป็นหลักทั่วไปของกฎหมาย⁹ และหลัก กฎหมายเรื่องการชดใช้ค่าเสียหาย (reparation) นั้นได้รับการยืนยันอีกครั้งใน *The Corfu Channel Case* ว่าการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนำมาซึ่งการชดใช้ค่าเสียหาย¹⁰ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) ได้กำหนดไว้มาตรา 2 และ 12 แห่งร่าง อนุสัญญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายระหว่าง

⁹ *The Chorzow Factory Case* (1928), P.C.I.J, Series A, No.9, p.21.

¹⁰ *The Corfu Channel Case (merits)*, I.C.J. report (1949), p.23.

ประเทศ (2001) ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ว่ากฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐนั้นต้องมีภาระกระทำหรืองดเว้นกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคดีที่กล่าวข้างต้นย่อมสรุปได้ว่าความเสียหายเป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบที่ถูกกล่าวหาในการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี

อย่างไรก็ดี ยังมีกรณีที่รัฐได้กระทำกรใด ๆ ไป แต่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าวอันเป็นข้อยกเว้นในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ได้แก่ ประการแรก การป้องกันตัวตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ แม้ว่าภาระกระทำของรัฐจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น หากความเสียหายนั้นเป็นผลจากการป้องกันตัวของรัฐแล้ว รัฐย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ ประการที่สอง Reprisals เป็นวิธีการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยรัฐที่ถูกกระทำละเมิดตามกฎหมายต้องการบังคับให้รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นรับผิดชอบโดยมีการบอกกล่าวไปยังรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายให้จัดการรับผิดชอบโดยเร็ว หากยังไม่กระทำการใด ๆ เพื่อรับผิดชอบ รัฐที่ถูกกระทำละเมิดมีอำนาจที่จะจัดการใด ๆ ที่เห็นว่าเหมาะสมและได้สัดส่วนกับความเสียหายที่ตนได้รับ ทั้งนี้ แม้การกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายก็ตาม และประการสุดท้าย เหตุสุดวิสัย (force majeure) เหตุปัจจัยภายนอกซึ่งไม่มีผู้ใดเป็นสาเหตุและไม่สามารถจะป้องกันมิให้เกิดขึ้นได้ หากความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากเหตุสุดวิสัยย่อมไม่มีผู้ใดต้องรับผิดชอบ

3.1.1.1.2 ผลทางกฎหมายของการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ¹¹

เมื่อมีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเกิดขึ้นย่อมก่อให้เกิดพันธกรณีแก่ฝ่ายที่กระทำการละเมิดตามมา ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อลดล้างผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดกฎหมายทุกประการให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้และกระทำกรให้กลับคืนในทุกวิถีทางที่เป็นไปได้เพื่อให้รัฐผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศด้วยวิธีการต่างๆ ซึ่งผลทางกฎหมายที่ตามมาจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

¹¹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538)

(1) พันธกรณีในการยุติการกระทำผิดกฎหมายและการประกันมิให้มีการทำซ้ำขึ้นอีก

เมื่อมีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเกิดขึ้น สิ่งสำคัญประการแรก คือ การหลีกเลี่ยงมิให้การกระทำผิดที่เกิดขึ้นยังคงก่อให้เกิดความเสียหายต่อไป ดังนั้น จึงต้องให้ยุติการกระทำผิดกฎหมายลง ดังจะเห็นได้ชัดจากมาตรา 41 แห่งร่างอนุสัญญาฯ ซึ่งบัญญัติให้รัฐทั้งปวงซึ่งการกระทำถือเป็นการกระทำที่ผิดทางระหว่างประเทศที่มีลักษณะต่อเนื่องต้องยุติการกระทำเช่นนั้น นอกจากนี้ไม่ว่าการกระทำผิดจะมีลักษณะต่อเนื่องหรือสิ้นสุดเด็ดขาดไปก็ตาม รัฐย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องจากรัฐผู้รับผิดชอบให้รับประกันหรือมอบหลักประกันมิให้มีการทำซ้ำขึ้นอีก ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 46 แห่งร่างอนุสัญญาฯ จะเห็นได้ว่าพันธกรณีดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นพัฒนาการอันก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศที่ยังมิได้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

(2) พันธกรณีในการชดใช้ความเสียหาย

ความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศย่อมนำมาซึ่งพันธกรณีในการชดใช้ความเสียหาย ซึ่งจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อความเสียหายนั้นเป็นผลที่แท้จริงจากการกระทำผิด ทั้งนี้ ลักษณะของความเสียหายมี 2 ประการ คือ ความเสียหายทางวัตถุและทางจิตใจ ความเสียหายทางวัตถุคือการกระทบกระเทือนผลประโยชน์ทั้งปวงที่มีคุณค่าซึ่งสามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ ส่วนความเสียหายทางจิตใจคือการกระทบกระเทือนผลประโยชน์ที่ไม่สามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ ซึ่งลักษณะของความเสียหายที่แตกต่างกันนี้ย่อมนำไปสู่รูปแบบการชดใช้ความเสียหายที่แตกต่างกัน

(ก) การทำกลับคืนให้เหมือนเดิม (Restitution)

การทำกลับคืนให้เหมือนเดิมมักจะใช้ในกรณีที่เกิดความเสียหายทางวัตถุและยังคงสามารถชดใช้ค่าเสียหายด้วยวัตถุเดียวกันหรือการกระทำที่มีลักษณะคล้ายกันโดยมิได้เกี่ยวข้องต่อจำนวนเงินหรือค่าทดแทนแต่ประการใด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้กลับคืนสู่สถานการณ์เดิมก่อนที่จะเกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย ทั้งนี้ การทำกลับคืนให้เหมือนเดิมนั้นจะต้องเปิดช่องบังคับให้กระทำได้ ซึ่งมีใช้กรณีของเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวัตถุหรือบุคคลซึ่งถูกทำลายหรือสูญหายไปแล้ว ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนในเรื่องนี้คือคดี *Texaco* ซึ่งเกี่ยวกับการโอนกิจการเป็นของรัฐโดยليبเบีย อนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ชัดว่า การโอนกิจการของบริษัทน้ำมันอเมริกัน *Texaco-Calasiatic* เป็นของรัฐลิเบียเป็นเรื่องที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอันทำให้ลิเบียต้องรับผิดชอบและมีหน้าที่ต้องชดใช้โดยการเพิกถอนกฎหมายที่เกี่ยวกับการโอนกิจการเป็นของรัฐ

(ข) การทำให้พึงพอใจ (Satisfaction)

รูปแบบการชดใช้ความเสียหายนี้เป็นรูปแบบที่เหมาะสมที่สุดในการชดใช้ความเสียหายทางจิตใจ ซึ่งมีรูปแบบที่หลากหลายโดยเป็นไปตามลักษณะของความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่รัฐผู้เสียหายโดยการกระทำเช่นนั้นและสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐผู้เสียหายและรัฐผู้รับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีรูปแบบที่แตกต่างกันแต่รูปแบบต่างๆ ก็มีลักษณะร่วมกันคือเป็นการชดใช้ทางจิตใจ

- การลงโทษผู้กระทำผิด เป็นขั้นตอนกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายภายในของรัฐซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทภายในประเทศระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำผิดซึ่งปัจเจกชน (individual) เป็นผู้กระทำความผิด โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำความผิด กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายอาจมีการลงโทษภายในรัฐซึ่งเป็นวิธีการทางปกครองหรือระเบียบวินัยที่ใช้ควบคุมเจ้าหน้าที่ทางมหาชนของรัฐ จะเห็นได้ว่ารูปแบบการชดใช้ความเสียหายรูปแบบนี้เป็นการแสดงความรับผิดชอบของรัฐ โดยรัฐมีเจตนาอย่างชัดแจ้งว่าไม่มีความประสงค์ที่จะกระทำความผิดแม้ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นคนที่มีสัญชาติตนหรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม

- การประกาศว่าเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการประกาศเกี่ยวข้อโดยตรงต่อการพิพากษาคดีหรือชี้ขาดข้อกฎหมายอันมีผลภายหลังให้รัฐต้องรับผิดชอบได้ ดังนั้น ผู้ประกาศจึงควรเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางและดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ, อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, องค์กรกึ่งตุลาการ เช่น คณะมนตรีความมั่นคง การชดใช้ค่าเสียหายด้วยวิธีนี้ได้ถูกรับรองโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใน *The Corfu Channel Case* ว่าเพื่อประกันต่อความเคารพของกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลต้องประกาศว่าการกระทำของกองทัพเรือประเทศอังกฤษก่อให้เกิดการละเมิดอธิปไตยของอัลเบเนีย การประกาศนี้เป็นไปตามข้อเรียกร้องที่สร้างขึ้นโดยอัลเบเนียผ่านทางที่ปรึกษาของอัลเบเนียและคำประกาศนี้ในตัวของมันเองได้ทำให้พึงพอใจอย่างเหมาะสมแล้ว¹²

- การแสดงความเสียใจอย่างเป็นทางการ สามารถกระทำได้สองประการ คือ การแสดงความเสียใจทางวาจาและทางลายลักษณ์อักษร ซึ่งการแสดงความเสียใจทางวาจามักแสดงโดยบุคคลที่มีความสำคัญเป็นพิเศษต่อการรับผิดชอบต่อรัฐซึ่งเป็นไปตามลักษณะและความร้ายแรงของความเสียหายทางการเมืองหรือศีลธรรม ส่วนการแสดงความเสียใจทางลายลักษณ์

¹²The Corfu Channel Case (merits), *supra* note 10, p.35

อักษรมักใช้เมื่อมีการละเมิดหลักกฎหมายการละเมิดมิได้ในตัวบุคคลของเจ้าหน้าที่ต่างประเทศของรัฐ มิได้มีผลกระทบเป็นอ่างมากต่อมหาชนโดยทั่วไป

- การแสดงความเคารพธงชาติ มักใช้เมื่อมีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งอาจเป็นการสบประมาทหรือการดูถูกแก่ผู้รับเคราะห์ การทำให้พึงพอใจด้วยวิธีนี้เป็นการกระทำต่อประมุขของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐเท่านั้น เช่น ตัวแทนทางการทูต เจ้าพนักงานฝ่ายกงสุล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ เป็นต้น

(ค) การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (Compensation)

แม้ว่าการทำกลับคืนให้เหมือนเดิมจะเป็นรูปแบบพื้นฐานของการชดใช้ค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการชดใช้ค่าเสียหายในรูปของจำนวนเงินในกรณีที่ไม้อาจทำกลับคืนให้เหมือนเดิมได้ ซึ่งปรากฏใน *The Chorzow Factory Case* ระหว่างเยอรมนีกับโปแลนด์ ซึ่งศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศว่าการละเมิดข้อผูกพันนำมาซึ่งพันธกรณีที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายในรูปแบบอย่างเพียงพอ หากการชดใช้ความเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันไม้อาจเป็นไปได้ก็ให้ชดใช้ด้วยเงินตราจำนวนเท่ากับมูลค่าซึ่งต้องชดใช้ด้วยสิ่งเดียวกัน¹³ นอกจากนี้ตัวอย่างของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุดปรากฏในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี *The Corfu Channel Case* โดยรัฐบาลอังกฤษเรียกร้องให้รัฐบาลอัลเบเนียรับผิดชอบค่าเสียหายที่เกิดขึ้นต่อ *His Majesty's ship* จำนวน 2 ลำ ชื่อว่า *Saumarez* และ *Volage* โดยศาลพิพากษาให้รัฐบาลอัลเบเนียชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนทั้งสิ้น 825,000 ปอนด์สเตอร์ลิง และค่าสินไหมทดแทนในกรณีของความตายและการบาดเจ็บของลูกเรือเป็นจำนวนเงินอีก 50,000 ปอนด์สเตอร์ลิง รวมทั้งหมดที่รัฐบาลอัลเบเนียต้องรับผิดชอบเป็นจำนวนเงิน 875,000 ปอนด์สเตอร์ลิง¹⁴

¹³*The Chorzow Factory Case (1928)*, *supra* note 9, p.21 and Series A, No.17,p.47.

¹⁴*The Corfu Channel Case (merits)*, *supra* note10, pp.10-11.

3.1.1.2 ความรับผิดชอบของรัฐภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้วเมื่อรัฐหนึ่งได้กระทำการอันเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ แก่รัฐอื่นย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายจากการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวตามดังที่ได้อธิบายมาแล้วในข้อ 3.1.1.1.2 ซึ่งผลทางกฎหมายเช่นนี้ได้นำมาปรับใช้กับการละเมิดพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารอันเป็นการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และหากมีการขัดกันระหว่างบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ (2001) และกฎเกณฑ์เฉพาะเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้น กฎเกณฑ์เฉพาะย่อมมีค่าบังคับเหนือกว่าบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในมาตรา 55 แห่งร่างอนุสัญญาฯ อย่างไรก็ตาม ร่างอนุสัญญาฯ ได้กำหนดกฎเกณฑ์พื้นฐานอันเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐไว้อย่างละเอียด ดังนั้น การขัดกันระหว่างพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศและพันธกรณีตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐมักไม่เกิดขึ้น แต่หากจะเกิดขึ้นมักเกิดในบริบทของการลงโทษหรือผลที่ตามมาจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งหลักกฎหมายที่นำมาพิจารณาในเรื่องนี้คือ หลักกฎหมายพิเศษ (*lex specialis*) ที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันมีลักษณะเฉพาะและกฎเกณฑ์นี้ย่อมมีค่าเหนือกว่ากฎเกณฑ์ทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในร่างอนุสัญญาฯ¹⁵

3.1.1.2.1 ผลทางกฎหมายของการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

เมื่อรัฐใดหรือผู้แทนของรัฐใดได้กระทำการละเมิดพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลังทหาร การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักสิทธิมนุษยชนและหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ในทางระหว่างประเทศได้ยอมรับว่า บรรดาผู้เคราะห์ร้ายที่ตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมที่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนั้น มีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น (*restitution in integrum*) ซึ่งการชดใช้เยียวยาความเสียหายนั้นเป็นการตัดสินด้วยเหตุผลที่มาจากลักษณะและความบริบูรณ์ของระเบียบในทางกฎหมาย เนื่องจากในทางกฎหมายถือว่าการชดใช้เยียวยา

¹⁵ Prasit Aekaputra, "International Humanitarian Law and State responsibility in 21st Century," *New Delhi : Indian Society of International Law*, (2003) : 99.

ความเสียหายโดยผู้กระทำความผิดนั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญทางกฎหมายที่ผู้กระทำความผิดจะต้องกำจัดผลที่ตามมาจากการกระทำความผิดของตนเพื่อฟื้นฟูสถานการณ์ที่เป็นอยู่หากไม่มีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้น ซึ่งประเด็นในเรื่องของสิทธิในการได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายของเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายนี้ได้รับการรับรองโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 8 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่บัญญัติว่า

“ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างมีประสิทธิภาพโดยศาลภายในที่มีเขตอำนาจเพื่อการกระทำที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลนั้นได้รับตามรัฐธรรมนูญ หรือตามกฎหมาย”¹⁶

ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศรัฐคู่สงครามที่ละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามบนบกย่อมมีความรับผิดชอบในการชดใช้ค่าเสียหายเท่าที่เป็นไปได้¹⁷ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 (a) แห่งอนุสัญญาเฮกฉบับที่ 4 ว่าด้วยการเคารพกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามบนบก ค.ศ. 1907 (The Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land 1907)¹⁸ และได้มีการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันในมาตรา 91 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ ค.ศ. 1977 (พิธีสารฉบับที่ 1) (The Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of victims of International armed Conflicts 8 June 1977 “Protocol I”)¹⁹

¹⁶ Universal Declaration on Human Rights 1948, article 8.

¹⁷ Marco Sassóli, “State Responsibility for violations of international humanitarian law,” *International Review of Red Cross*, 846 (June 2002) : 418.

¹⁸ See, The Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, 36 Stat. 2277, 205 Consol. T.S. 227, Article 3 (a) (hereinafter Hague IV)

¹⁹ See, The Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of victims of International armed Conflicts 8 June 1977 , Article 91 (hereinafter Protocol I).

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอนุสัญญาเฮกฉบับที่ 4 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 จะกำหนดว่าเมื่อมีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศความรับผิดชอบในการชดเชยค่าเสียหายจากกรณีดังกล่าวคือการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแต่เพียงประการเดียว แต่การชดเชยค่าเสียหายนั้นมีหลายรูปแบบ ส่วนมากเป็นการทำกลับคืนให้เหมือนเดิม (Restitution) และการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (Compensation) หากไม่สามารถทำกลับคืนให้เหมือนเดิมได้ ซึ่งบุคคลหรือกลุ่มบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีสามารถกล่าวอ้างตามสิทธิของตนได้ก็ต่อเมื่อรัฐได้นำกฎเกณฑ์ในการดำเนินคดีตามกฎหมายระหว่างประเทศไปใช้ในรัฐนั้นโดยตรงหรือกฎหมายภายในของรัฐได้กำหนดสิทธิของผู้เสียหายในการกล่าวอ้างแก่ผู้ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารไว้โดยตรง²⁰

เมื่อมีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมักมีการกำหนดพันธกรณีในการชดเชยค่าเสียหายไว้ในสนธิสัญญาระหว่างรัฐคู่สงครามหากสงครามได้สิ้นสุดลง อย่างไรก็ตาม การกำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้มิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าพันธกรณีดังกล่าวเป็นผลจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่กำหนดพันธกรณีเช่นนั้นไว้ในหลักการห้ามการใช้กำลัง หรือกำหนดว่าการกล่าวอ้างถึงความเสียหายสามารถกระทำได้โดยปราศจากสงคราม (claims arising out of war) แต่ในทางปฏิบัติการกล่าวอ้างถึงความเสียหายส่วนมากมักเกิดขึ้นจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม แม้มีการกล่าวอ้างถึงความเสียหายก็มิได้แสดงให้เห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าได้มีการละเมิดกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว ในเบื้องต้นยังคงต้องมีการพิจารณาว่าความเสียหายเป็นผลมาจากการละเมิดกฎหมายเกิดขึ้นหรือไม่ เช่นในข้อตกลงเพื่อความสันติระหว่างเอธิโอเปียและ Eritrea ในเดือนธันวาคม 2000 ที่ได้มีการจัดตั้ง Neutral Claims Commission²¹ เพื่อตัดสินว่าข้อกล่าวอ้างต่างๆ ระหว่างรัฐสองรัฐหรือปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศสาขาอื่น

²⁰ Prasit Aekaputra, *supra note* 15, p.103.

²¹ Emanuela-Chiara Gillard, "Reparation for violations of international humanitarian law," *International Review of the Red Cross*, 851 (September 2003) : 534.

นอกจากนี้การละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังถือเป็น การละเมิดหลักกฎหมายเด็ดชาติ (*jus cogens*) อันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ²² เนื่องจาก *jus cogens* เป็นหลักอันจะถูกละเมิดมิได้ในกฎหมายระหว่างประเทศเพราะรัฐส่วนใหญ่ยอมรับว่ามีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขของมนุษยชาติในสังคมโลก ดังนั้น *jus cogens* จึงเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ อื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ สนธิสัญญา หรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งหาก กฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ขัดกับ *jus cogens* ย่อมไม่อาจนำมาใช้บังคับได้

3.1.1.2.2 ปัญหาจากการพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบของรัฐภายใต้ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

การละเมิดพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลัง ทหารยอมเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งถือเป็นการกระทำอาชญากรรม สงครามอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ จะเห็นได้ว่ายังคงมีปัญหาว่ารัฐมีความสามารถที่ จะกระทำความผิดได้หรือไม่ เนื่องจากความรับผิดชอบในทางอาญานั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่า “ความผิดและความชั่วเป็นส่วนประกอบหลักของความผิดอาญา” เพราะเรื่องความชั่วนั้นเกี่ยวกับ ความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ซึ่งนิติบุคคลไม่อาจมีความชั่วได้เหมือนบุคคลธรรมดา ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงไม่ อาจกระทำความผิดในทางอาญาได้ แสดงให้เห็นว่ารัฐมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบแยกออก จากพลเมืองของตนโดยการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐนั้นผ่านโดยทางบุคคลธรรมดาที่เป็น เจ้าหน้าทีของรัฐ แต่ในเมื่อเรื่องความชั่วนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับบุคคลธรรมดาและไม่ อาจถ่ายโอนได้ ดังนั้น ความชั่วของบุคคลใดก็เป็นความชั่วของผู้นั้นเพียงคนเดียว กฎหมายอาญา จึงมีความมุ่งหมายที่จะลงโทษเอาแก่ผู้กระทำโดยตรง เรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาจึงถ่ายโอน ให้แก่กันและกันไม่ได้ ดังนั้น ปัญหาเรื่องที่จะให้รัฐมีความสามารถทางอาญาได้นั้นจึงขัดต่อหลัก กฎหมายอาญา ด้วยเหตุที่พันธกรณีในการให้ความคุ้มครองผู้สื่อข่าวในภาวะการขัดกันทางกำลัง ทหารถือเป็นพันธกรณีที่มีความสำคัญในการปกป้องผลประโยชน์พื้นฐานของประชาคมระหว่าง ประเทศประการหนึ่ง ดังนั้น การละเมิดพันธกรณีที่เป็นกระทำอาชญากรรมสงครามย่อมถือ

²² Prasit Aekaputra, *supra note* 15, p.98.

เป็นการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นมีความสัมพันธ์กับเรื่องการลงโทษปัจเจกบุคคลที่มีลักษณะเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาให้รัฐกระทำความผิดระหว่างประเทศในลักษณะอาชญากรรมระหว่างประเทศมากกว่าเพราะรัฐไม่อาจสามารถกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วยตนเองได้ กฎหมายระหว่างประเทศจึงกำหนดความรับผิดไปยังตัวบุคคลที่มีอำนาจหรือเป็นผู้ออกคำสั่ง

นอกจากนี้ แต่เดิมขอบเขตของพันธกรณีระหว่างประเทศจำกัดเนื้อหาเฉพาะกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นในทางร่างกายหรือทรัพย์สินของคนต่างชาติ ต่อมาหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง กฎหมายระหว่างประเทศได้พยายามปรับบทบาทโดยการขยายขอบเขตอำนาจหน้าที่ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นในด้านความมั่นคงระหว่างประเทศ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมสิ่งแวดล้อม ฯลฯ ดังนั้น ในปัจจุบันขอบเขตของเนื้อหาพันธกรณีระหว่างประเทศจึงมิได้จำกัดบทบาทอยู่เพียงการให้ความคุ้มครองต่อคนต่างชาติเท่านั้น แต่ได้ขยายไปถึงการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศให้มีเสถียรภาพมากขึ้นในทุกๆด้าน ซึ่งรวมถึงการลงโทษปัจเจกบุคคลที่มีลักษณะเป็นอาชญากรสงครามด้วย ดังนั้น หากรัฐใดมิได้ลงโทษปัจเจกบุคคลที่มีลักษณะเป็นอาชญากรสงครามย่อมถือว่ารัฐนั้นได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ

อีกทั้ง ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐส่วนมากมิได้กล่าวอ้างถึงวิธีพิจารณาความในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นซึ่งตนสามารถกระทำได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินคดีตามกฎหมายระหว่างประเทศสามารถนำไปบังคับใช้ภายในรัฐได้โดยตรง หรือกฎหมายภายในของรัฐอาจกำหนดสิทธิของปัจเจกชนในการกล่าวอ้างเรื่องดังกล่าวเอาไว้ ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นรัฐที่ปัจเจกชนมีสัญชาติและรัฐที่สามจะกล่าวอ้างถึงเรื่องดังกล่าวในระดับระหว่างประเทศก่อนคดีจะขึ้นสู่ศาลภายใน นอกจากนี้เดิกรัฐคู่สงครามมักตั้งศาลสถิตินิติธรรม (Arbitral tribunals) หรือศาลพิเศษในการพิจารณาพิพากษาตัดสินคดีที่ฝ่ายศัตรูได้กล่าวอ้างโดยมิได้กล่าวถึงการชดเชยค่าเสียหาย หากมีการละเมิดสนธิสัญญาเกี่ยวกับความสันติหรือข้อตกลงอื่นๆ แต่ทางปฏิบัติในปัจจุบันส่วนมากได้กำหนดห้ามมิให้มีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน²³

²³ Marco Sassóli, *supra note* 17, p.419.

3.1.2 ความรับผิดชอบของปัจเจกชนผู้กระทำความผิดตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 กฎหมายระหว่างประเทศไม่ยอมรับว่าปัจเจกบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิหรือบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศได้เนื่องจากได้รับอิทธิพลคำสอนในแนว Legal Positivism ที่เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศคือที่รวมของกฎเกณฑ์อันเกี่ยวกับรัฐในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิ (international law as a set of rules with state as its subjects)²⁴ ต่อมาเมื่อเกิดกระทำอันโหดร้ายทารุณต่อมวลมนุษยชาติในสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงได้เกิดแนวคิดที่จะลงโทษปัจเจกชนที่มีลักษณะเป็นอาชญากรสงครามหรือเป็นผู้เกี่ยวข้องกับการกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งการละเมิดกฎเกณฑ์ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมสงครามอันจะส่งผลให้ต้องมีการลงโทษแก่ปัจเจกชนผู้กระทำความผิด การละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ย่อมหมายความถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทุกกฎเกณฑ์ มิได้จำกัดเฉพาะกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญเท่านั้นจึงจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาแก่ปัจเจกชนผู้กระทำการละเมิด

การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนจากการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นได้ปรากฏให้เห็นมาช้านานแล้ว แต่ธรรมเนียมปฏิบัติมักเข้าใจว่ารัฐเท่านั้นที่สามารถเป็นผู้ชดใช้ค่าเสียหายได้ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันได้มีการยอมรับให้ปัจเจกชนผู้ละเมิดรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายมากขึ้น จะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมิได้กำหนดความรับผิดชอบของปัจเจกชนในการชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ถูกละเมิดไว้โดยเฉพาะ แต่สามารถอนุมานได้จากบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกชนจากการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเช่นในบทบัญญัติมาตรา 24 (3) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวีย (Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) ได้กำหนดว่า “นอกจากการลงโทษด้วยวิธีจำคุก ศาลอาจมีคำสั่งให้คืนทรัพย์สินและดำเนินวิธีการใดๆ ในทางอาญา รวมถึงการกระทำด้วยวิธีการบังคับข่มขู่” ซึ่งเป็นการกล่าวถึงการชดใช้ค่าเสียหายเฉพาะกรณีการทำกลับคืนให้เหมือนเดิม (Restitution) รวมถึงระเบียบวิธีพิจารณา

²⁴ Janis, Individual as Subject of International Law , 17 Cornell Int'L. 1984, p.61 อ้างใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น.118.

ความและพยานหลักฐาน (Tribunal's Rules of Procedure and Evidence) มาตรา 105 ได้กำหนดวิธีดำเนินการในการทำทรัพย์สินให้กลับคืนเหมือนเดิม และมาตรา 106 ได้กำหนดเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกละเมิด แม้ว่าธรรมนูญฯ จะมีได้บัญญัติเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ก็ได้สร้างระบบความร่วมมือกันระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจนี้กับผู้มีส่วนตามกฎหมายภายในซึ่งหากพบการกระทำผิดเกิดขึ้นย่อมสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีภายใต้กฎหมายภายในของรัฐได้ นอกจากนี้บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวยังปรากฏให้เห็นในมาตรา 23 (3) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีไม่สงบในรวันดา (Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda) และระเบียบวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานด้วย อีกทั้ง บทบัญญัติมาตรา 75 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Rome Statute of the International Criminal Court) ยังได้ให้อำนาจแก่ศาลในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนอีกด้วย²⁵

3.1.2.1 ฐานความผิดทางอาญาภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Rome Statute of the International Criminal Court)

ตามธรรมนูญกรุงโรมก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดขอบเขตของเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ดังนี้

“1. ให้ศาลฯ มีเขตอำนาจจำกัดเพียงอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดซึ่งอยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม ศาลฯ มีเขตอำนาจตามธรรมนูญศาลฯ นี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรม ดังต่อไปนี้

- (ก) อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)
- (ข) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity)
- (ค) อาชญากรรมสงคราม (War Crimes)
- (ง) อาชญากรรมการรุกราน (Aggression)

²⁵ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 75 บัญญัติว่า

“... 2. ศาลฯ อาจมีคำสั่งโดยตรงต่อผู้พิพากษาว่ามีความผิด โดยกำหนดการชดใช้ที่เหมาะสมให้แก่ผู้เสียหาย หรือที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย รวมทั้งการชดใช้คืน การใช้ค่าสินไหมทดแทน และการฟื้นฟูสภาพ เมื่อเห็นสมควร ศาลฯ อาจมีคำสั่งว่า ค่าตัดสินชี้ขาดสำหรับการชดใช้ค่าเสียหายอาจทำผ่านกองทุนที่จัดตั้งขึ้นตามมาตรา 79 ...”

2. ให้ศาลฯ ใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมอันเป็นการรุกรานเมื่อได้มีการตกลงรับบทบัญญัติตามมาตรา 121 และ 123 ซึ่งนิยามอาชญากรรมและกำหนดเงื่อนไขให้ศาลฯ ต้องใช้เขตอำนาจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมนี้ บทบัญญัติเช่นว่าต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของกฎบัตรสหประชาชาติ”

ขอบเขตของเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศมีอยู่อย่างจำกัดเฉพาะเหนืออาชญากรรม 4 ประเภทที่ได้กำหนดไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ธรรมนูญกรุงโรมก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศก็ยังเปิดช่องไว้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องเขตอำนาจศาลไว้ในภายหลังให้สามารถกระทำได้ตามมาตรา 123 แห่งธรรมนูญกรุงโรมก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดไว้ดังนี้คือ

“หลังจากระยะเวลา 7 ปีนับจากธรรมนูญฯ นี้มีผลบังคับใช้ เลขานุการสหประชาชาติต้องจัดให้มีการประชุมพิจารณาทบทวนเพื่อพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญศาลฯ นี้ การพิจารณาทบทวนดังกล่าวอาจรวมถึง โดยไม่จำกัดเฉพาะรายการของอาชญากรรมตามมาตรา 5 การประชุมต้องเปิดให้ผู้เข้าร่วมในสมัชชารัฐภาคีเข้าร่วมประชุมและโดยใช้เงื่อนไขเดียวกัน”

3.1.2.1.1 อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)

โดยลักษณะของการกระทำอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แล้ว การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นกรณีของเป็นการกระทำอันใดก็ตามที่กระทำด้วยความมุ่งหมายที่จะฆ่าหรือทำลายเผ่าพันธุ์มนุษย์เผ่าพันธุ์ใดเผ่าพันธุ์หนึ่งอย่างถอนรากถอนโคน²⁶

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ออกมติข้อ 96 (I) ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ.1946 อย่างเป็นทางการขึ้นที่รับรองให้อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ทุกรัฐต้องร่วมมือกันในการปราบปรามและลงโทษผู้กระทำความผิดอีกด้วย²⁷ ข้อมติดังกล่าวได้ผลักดันให้เกิดอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948

²⁶ Louis Rene Beres, “Justice and Realpolitik : International Law and the Prevention of Genocide,” *American Journal of Jurisprudence* 33 (1988) : 123-159 อ้างใน จันทิมา ลิ้มปานนท์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางการเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), น.29.

²⁷ G.A.Res.96 (I), U.N.GAOR, 1st Sess., pp.188-189, U.N.Doc.A/64/Add.1 (1946).

(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948) ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดบทนิยามของ “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ไว้ในมาตรา 2²⁸ ซึ่งบทนิยามนี้ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจน

นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 6 แห่งธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดบทนิยามของ “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ไว้ ดังนี้

“เพื่อความมุ่งประสงค์ของธรรมนูญศาลฯ นี้ “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” หมายถึง การกระทำใดใดซึ่งกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เพียงเพราะเป็นกลุ่มเท่านั้น ดังต่อไปนี้

- (ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (ข) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม
- (ค) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน
- (ง) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการให้กำเนิดบุตรภายในกลุ่ม
- (จ) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง”

จากนิยามของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวอาจสรุปลักษณะของการกระทำอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้ว่า อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้น เป็นการกระทำที่มีมูลเหตุในการมุ่งทำลายกลุ่มมนุษย์ (group of human being) อันเนื่องมาจากชาติ เชื้อชาติ สีผิว หรือศาสนาเท่านั้น ไม่ได้มุ่งที่จะกระทำต่อมนุษย์เป็นรายๆ ไป โดยที่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นการกระทำที่มีเจตนาพิเศษที่จะทำลายเฉพาะกลุ่มต่างๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติของ

²⁸ “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การกระทำใดๆ ต่อไปนี้ ที่ได้กระทำขึ้นโดยจงใจที่จะทำลายกลุ่มชาติ เชื้อชาติ สีผิว และศาสนาไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ดังเช่น

- ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- ข) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม
- ค) กระทำการใดๆ ต่อกลุ่มชน โดยจงใจให้มีผลกระทบต่อสภาพการดำรงชีวิตที่นำไปสู่การทำลายล้างทางกายภาพทั้งเผ่าพันธุ์หรือเพียงบางส่วน
- ง) การใช้มาตรการต่างๆ โดยมีเจตนาขัดขวางมิให้กำเนิดบุตรภายในกลุ่ม
- จ) ใช้กำลังบังคับให้เคลื่อนย้ายเด็กๆ ของกลุ่มชนไปยังอีกกลุ่มชนอื่น”

อนุสัญญาเท่านั้น ส่วนลักษณะของการกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นได้แก่ การฆ่า การทำให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อชีวิต หรือจิตใจ การจงใจทารุณกรรมถึงชาติชีวิต ร่างกายบางส่วนหรือทั้งหมดของสมาชิกของกลุ่ม รวมถึงการบังคับใช้มาตรการป้องกันการเกิดของกลุ่มและบังคับให้เคลื่อนย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่นอีกด้วย²⁹

ตัวอย่างการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เห็นได้ชัดเจน คือ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในเยอรมันนีในช่วงปี ค.ศ. 1933-1945 หรือเรียกว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษยชนิตที่ไม่ให้เหลือซาก (Holocaust) โดยมีเป้าหมายที่จะทำลายล้างชาวยิวและชนกลุ่มน้อยอื่นๆ ทั่วยุโรป โดยมีแนวคิดเรื่องความบริสุทธิ์แห่งสายเลือดเยอรมันนี มีความสำคัญต่อการดำรงอยู่ของประชาชนเยอรมันจึงเกิดความเกลียดชังพวกยิวเพราะมีความเชื่อว่าพวกยิวคือพวกชั้นต่ำกว่าคนหรือพวกไพร่กระฎุมพี คนเหล่านี้คือพวกที่ไม่ใช่อารยัน เฉพาะคนยุโรปเท่านั้นที่จะมีลักษณะเหมาะสมแก่การจะเป็นผู้นำได้ ความจงเกลียดชังต่อชาวยิวจนกระทั่งมีการต่อต้านชาวยิวขึ้น³⁰ นาซีเยอรมันได้กระทำการฆ่าล้างชาวยิวและชนกลุ่มน้อยอื่นๆ จำนวนมากด้วยวิธีการหลากหลายด้วยกัน เช่น การประหารชีวิตชาวยิว การบังคับให้ทำงานหนักในกองทัพกรรมกรขนาดใหญ่ภายใต้สภาพที่ขาดแคลนอาหารอย่างหนักและการใช้แก๊สพิษโดยที่เหยื่อชาวยิวเหล่านั้นไม่รู้ตัว (gassing extermination) โดยการสร้างเป็นห้องอาบน้ำที่มีท่อแก๊สลักษณะเป็นฝักบัวสำหรับอาบน้ำอยู่ภายใน ร่างของชาวยิวที่เสียชีวิตเนื่องจากการถูกรุมควั่นแก๊สพิษนั้นจะถูกนำไปฝังไว้ในบริเวณใกล้เคียงส่งผลให้ชาวยิวต้องเสียชีวิตเป็นจำนวนมาก³¹

²⁹ กิตติ โสสถเจริญผล, “เขตอำนาจรัฐสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น.20-21.

³⁰ โสสถ โกสิน, คดีอาชญากรรมสงครามไค้มัน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยเชชม, 2510) น.188-189 อ้างใน เวียงพร ไกรเกียรติสกุล, “มาตรการร่วม (มาตรา 1-3) ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 กับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภาวะของการขัดกันทางกำลังทหาร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.99.

³¹ กรรภิรมย์ สุนทรนาวิน, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น.83.

อีกทั้งในมาตรา 25 (3) (ข) แห่งธรรมนูญกรุงโรม ยังได้บัญญัติว่า ผู้ใดก็ตามที่เป็นผู้ ออกคำสั่งหรือให้ผู้อื่นดำเนินการหรือก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำการที่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์ให้ถือว่ามีความผิดในการล้างเผ่าพันธุ์ด้วย การกำหนดบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศครอบคลุมถึงบุคคลทุกประเภท ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นประมุขของรัฐหรือรัฐมนตรีของรัฐบาลใดหากเป็นผู้วางแผนและออกคำสั่งให้ผู้อื่นกระทำความผิดก็อาจจะมีความผิดทางอาญาและอาจถูกลงโทษได้ อีกทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้

3.1.2.1.2 อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity)

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะของการกระทำที่เป็น การฆ่าอย่างเป็นระบบ (Systematic Killing) หรือฆาตกรรมคนเป็นจำนวนมาก การทรมาน การทำให้หายสาบสูญ การเนรเทศ การประหัตประหารกันเนื่องจากเหตุทางการเมืองหรือเหตุ อื่นๆ³² อนุสัญญาาระหว่างประเทศหรือเอกสารในทางระหว่างประเทศเป็นจำนวนมากได้รับรองว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้ได้รับการรับรองว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ จะเห็นได้จาก บทนิยามในมาตรา 6 (ซี) แห่งธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก³³, อนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามและ ลงโทษอาชญากรรมที่เป็นการเหยียดสีผิว ค.ศ. 1973, อนุสัญญาทรมาน ค.ศ. 1984 รวมถึง ธรรมนูญกรุงโรมก็ได้กำหนดบทนิยามของ“อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” ไว้อย่างชัดเจน

³² Amnesty International, “United Kingdom : The Pinochet Case-Universal Jurisdiction and Absence of Immunity for Crimes Against Humanity,” Amnesty International Report, AI Index : EUR 45/01/98 (<http://www.amnesty.org.uk/news/pinochet/report.html>), January 1999 อ้างใน กรรภิรมย์ สุนทรนาวิน, *เพิงอ้าง*, น.25.

³³ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ได้แก่ การฆ่าคน การทำลายล้างมนุษย์ การเอาคนไป เป็นทาส การเนรเทศ หรือการกระทำอันไร้มนุษยธรรมใดๆ ที่ได้กระทำต่อพลเมืองก่อนหรือระหว่าง สงคราม หรือการประหัตประหารกันเนื่องจากการเมือง เชื้อชาติ ศาสนา ที่ได้กระทำหรือเกี่ยวเนื่อง กับอาชญากรรมใดๆ อันกระทำภายในเขตอำนาจของศาล ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเป็นการละเมิด ต่อหลักกฎหมายของประเทศที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม

มาตรา 7 แห่งธรรมนูญกรุงโรมกำหนดว่าการกระทำความผิด 11 ประเภท ดังนี้ อาจถือว่าเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

1. การฆ่าคนตายโดยเจตนา
2. การทำลายล้าง ซึ่งรวมถึงการขัดขวางมิให้ประชาชนได้รับอาหารหรือยา ซึ่งเห็นได้ว่าจะนำไปสู่การทำลายล้างส่วนหนึ่งของประชากร
3. การบังคับให้ผู้อื่นตกเป็นทาส หรือการใช้อำนาจแห่งความเป็นเจ้าของเหนือบุคคลอื่นรวมทั้งการค้าคน
4. การบังคับโยกย้ายหรือการเนรเทศประชากร หรือบังคับให้ประชากรต้องย้ายออกจากพื้นที่ซึ่งพวกเขาเหล่านั้นอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยปราศจากเหตุที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ
5. การกักขังจองจำหรือทำให้สูญเสียอิสรภาพทางร่างกายอย่างร้ายแรงที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ
6. การทารุณกรรม ตามนิยามที่ว่าเป็นการจงใจก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างรุนแรงต่อร่างกายหรือจิตใจต่อบุคคลที่ถูกคุมขังหรืออยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด
7. การข่มขืน การทำให้ตกเป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับให้ทำหมัน หรือการใช้ความรุนแรงทางเพศในรูปแบบอื่นใดที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงในระดับที่เทียบเคียงได้
8. การรังควานกลุ่มที่มีเอกลักษณ์เฉพาะหรือหมู่คณะที่รวมกันด้วยเหตุผลทางการเมือง เผ่าพันธุ์ ผิวสี ตามชนชาติส่วนน้อย ตามวัฒนธรรมประเพณี ตามความเชื่อศรัทธาทางศาสนา ตามมิติทางเพศ หรือด้วยเหตุผลอื่นใดก็ตาม ซึ่งเป็นที่ยอมรับในทางสากลว่าการรังควานดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางอาญาใดๆ ที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรม
9. การบังคับกระทำให้บุคคลสูญหาย การจับกุมคุมขัง การกักตัวหรือลักพาตัวบุคคลหรือทำให้บุคคลอื่นสูญเสียชีวิตไม่ว่าจะกระทำโดยหน่วยงานของรัฐหรือรู้เห็นแล้วเพิกเฉยของหน่วยงานรัฐ หรือขององค์การการเมือง เมื่อเกิดกรณีดังกล่าวแล้วยังกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) การปฏิเสธไม่รับรู้ต่อบุคคลที่ถูกจับกุมคุมขัง

(2) การปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับชะตากรรมของบุคคลที่สูญหายไป โดยมีเจตนาที่จะทำให้บุคคลนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในระยะที่ยาวนาน

10. การเหยียดผิว หรือการกระทำอื่นๆ อันไร้มนุษยธรรมภายในบริบทของระบอบที่จัดตั้งเป็นระบบที่กดขี่ข่มเหงและครอบงำความคิดอย่างเป็นระบบ โดยกลุ่มชนอีกชาติพันธุ์หนึ่งทำการทำต่อกลุ่มชนอีกชาติพันธุ์หนึ่งโดยเจตนาเพื่อจะดำรงไว้ซึ่งระบอบดังกล่าว

11. การกระทำที่ไร้มนุษยธรรมอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพกายหรือจิตใจ

อาจกล่าวโดยสรุปว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นการกระทำความผิดตามที่กล่าวข้างต้น ไม่ว่าจะได้กระทำในยามสันติหรือในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารและเป็นการกระทำที่มุ่งกระทำต่อพลเรือนใดๆ ของรัฐโดยตรงโดยได้รับการส่งเสริมจากนโยบายของรัฐหรือองค์การต่างๆ ในการกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งลักษณะของการกระทำมักเป็นไปตามที่ได้รับรองไว้ในอนุสัญญาาระหว่างประเทศหรือเอกสารในทางระหว่างประเทศ

3.1.2.1.3 อาชญากรรมสงคราม (War Crimes)

อาชญากรรมสงครามหมายถึงการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงหรือหากจะยึดถือตามคำศัพท์ทางวิชาการเดิมอาชญากรรมสงครามก็จะหมายถึงการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีเกี่ยวกับสงครามอย่างร้ายแรงโดยไม่คำนึงว่าสภาพของข้อขัดแย้งจะเป็นเช่นไร³⁴

ลักษณะของการกระทำความผิดที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามได้ปรากฏอยู่ในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กและธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียซึ่งอาจใช้เป็นหลักในการพิจารณาลักษณะและคำจำกัดความของอาชญากรรมสงครามอันเป็นความผิดที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีได้ดังนี้คือ³⁵

³⁴ เบอ์นาค โอเบอร์สัน, คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตอบคำถามคุณ, แปลโดยประสิทธิ์ เอกบุตร (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา), น.39.

³⁵ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น.111-112.

ในธรรมนูญศาลอนุเม็กซิโก ได้ให้คำจำกัดความของการกระทำที่ถือว่าเป็น “อาชญากรรมสงคราม” ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 6 แห่งธรรมนูญศาลอนุเม็กซิโก โดยถือว่าการกระทำดังต่อไปนี้เป็นอาชญากรรมสงคราม

1. การฆาตกรรมเชลยศึก บุคคลในทะเล ตัวประกัน และประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครอง
2. การทารุณกรรมเชลยศึก บุคคลในทะเล ตัวประกัน และประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครอง
3. การขนย้ายประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส
4. การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือเอกชน
5. การทำลายเมือง หมู่บ้านอย่างราบเรียบ

ในธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย ได้กำหนดให้การละเมิดพันธกรณีอย่างร้ายแรง (grave breaches) ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 เป็นความผิดที่ศาลระหว่างประเทศมีอำนาจที่จะดำเนินคดีต่อบุคคลที่ก่อหรือสั่งการให้ก่อการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาตาม มาตรา 2 แห่งธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย ดังนี้

1. การฆาตกรรมโดยเจตนา
2. การทรมานหรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม รวมถึงการทดลองทางชีววิทยา
3. การทำให้ได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยอย่างร้ายแรง หรืออย่างทนทุกข์ทรมานโดยเจตนา
4. การทำลายหรือการเวนคืนทรัพย์สินอย่างกว้างขวางโดยไม่มีความจำเป็นทางทหารและซึ่งได้กระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยผลการ
5. การบังคับให้เชลยศึกหรือพลเรือนเข้าไปรับใช้ในกองกำลังของประเทศที่เป็นศัตรู
6. การกระทำโดยเจตนาให้เชลยศึกหรือพลเรือนเสียชีวิตที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเที่ยงธรรมหรือเป็นไปตามระเบียบ
7. การผลักดันหรือการโยกย้ายพลเรือนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการกักตัวพลเรือนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
8. การจับพลเรือนเป็นตัวประกัน

ธรรมนูญกรุงโรมก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้แบ่งลักษณะของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามออกเป็น 4 ประเภท³⁶ ดังนี้

1. การกระทำที่ถือว่าการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา (Grave breaches of the Geneva Convention)

2. การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ (Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflicts)

3. การละเมิดอย่างร้ายแรงของมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 สี่ฉบับ ซึ่งเป็นการขัดกันด้านกำลังทหารที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศ (Serious violations of Article 3 common to the four Geneva Conventions of 1949 committed in non-international armed conflicts)

4. การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ของกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยกำลังทหารที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศ (Other serious violations of the laws and customs applicable in non-international armed conflicts)

คำจำกัดความของความผิดฐานฐานอาชญากรรมสงครามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มีดังนี้

“มาตรา 8 อาชญากรรมสงคราม

1. ศาลมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมสงครามโดยเฉพาะเมื่อการกระทำได้เกิดขึ้นไม่ว่าจะบางส่วนของแผนการ นโยบาย หรือการกระทำส่วนใหญ่ของอาชญากรรมดังกล่าว

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ของธรรมนูญศาลนี้ “อาชญากรรมสงคราม” หมายถึง

a. การละเมิดอย่างร้ายแรงของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ซึ่งได้แก่ การกระทำใดๆ ดังต่อไปนี้ต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับการปกป้องภายใต้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของอนุสัญญาเจนีวา

(1) การฆ่าโดยเจตนา

(2) การทรมานหรือการกระทำอย่างไร้มนุษยธรรม รวมทั้งการทดลองทางชีววิทยา

³⁶ Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, (New York : Oxford University Press Inc,2001), p.132.

- (3) การกระทำโดยเจตนาให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือบาดเจ็บอย่างสาหัสต่อร่างกายหรือสุขภาพ
- (4) การทำลายหรือยึดทรัพย์สินอย่างกว้างขวางที่กระทำโดยไม่มีเจตนาจำเป็นทางทหารและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและทำไปอย่างไม่เลือกหน้า
- (5) การบังคับเชลยศึก หรือบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองให้เป็นกองกำลังให้แก่ฝ่ายศัตรู
- (6) การกระทำอย่างจงใจให้เชลยศึกหรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองไม่ได้รับสิทธิในการดำเนินคดีอย่างยุติธรรมและโดยปกติ
- (7) การเนรเทศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการโยกย้าย หรือการกักขังโดยผิดกฎหมาย
- (8) การจับไปเป็นตัวประกัน

b. การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศภายในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่การกระทำดังต่อไปนี้

- (1) การสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อประชากรพลเรือนโดยรวม หรือพลเรือนเป็นรายบุคคล ซึ่งมีได้มีส่วนในความเป็นปรปักษ์โดยตรง
- (2) การสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อวัตถุทางพลเรือน กล่าวคือ วัตถุที่มีได้เป็นเป้าหมายทางทหาร
- (3) การสั่งโดยเจตนาให้โจมตีต่อพนักงาน สิ่งติดตั้ง วัสดุ หน่วยหรือยานพาหนะที่ใช้ในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม หรือภารกิจการรักษาสันติภาพตามกฎหมายระหว่างประเทศที่พนักงานหรือสิ่งเหล่านี้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองที่มีต่อพลเรือน หรือวัตถุทางพลเรือนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธ
- (4) การสั่งโดยเจตนาให้โจมตีโดยรู้ว่า การโจมตีเช่นนี้จะยังผลให้เกิดการสูญเสียชีวิต หรือการบาดเจ็บของพลเรือน ความเสียหายต่อวัตถุทางพลเรือนหรือเกิดความเสียหายในวงกว้าง ในระยะยาว และอย่างร้ายแรงต่อสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติ ซึ่งเห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำเกิน

ความจำเป็นเมื่อเปรียบเทียบกับความได้เปรียบทางทหารที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและโดยตรงอันได้คาดหมายไว้

- (5) การโจมตี หรือการทิ้งระเบิด ไม่ว่าจะโดยวิธีใดต่อเมือง หมู่บ้าน ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งก่อสร้าง ซึ่งไม่มีการป้องกันและมีใช้เป้าหมายทางทหาร
- (6) การฆ่า หรือการทำให้พลรบที่ได้อาวุธของตน หรือไม่มีทางต่อสู้ซึ่งได้ยอมแพ้โดยสมัครใจบาดเจ็บ
- (7) การใช้ธงพักรบชั่วคราว ธงหรือเครื่องหมายและเครื่องหมายทางทหารของฝ่ายปรปักษ์ หรือของสหประชาชาติ รวมทั้งสัญลักษณ์ที่เด่นชัดตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวาฯ โดยมีขอบอันเป็นผลให้บุคคลเสียชีวิตหรือบาดเจ็บสาหัส
- (8) การโยกย้ายประชากรพลเรือนของฝ่ายที่ยึดครองบางส่วนเข้าไปในดินแดนที่ตนยึดครองทั้งโดยตรงและทางอ้อม หรือการเนรเทศหรือโยกย้ายประชากรพลเรือนของดินแดนที่ถูกยึดครองทั้งหมด หรือบางส่วน ภายในหรือภายนอกดินแดนนี้
- (9) การสังหารโดยเจตนาให้โจมตีต่อสิ่งก่อสร้างซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล และสถานที่ซึ่งเป็นที่รวมของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขว่าสิ่งก่อสร้างเหล่านี้มิได้มีเป้าหมายทางทหาร
- (10) การทำให้บุคคลของฝ่ายตรงข้ามซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของตนถูกตัดทอนอวัยวะของร่างกาย หรือใช้ในการทดลองทางแพทย์หรือการทดลองทางวิทยาศาสตร์ไม่ว่าจะเป็นประเภทใด โดยปราศจากเหตุผลอันควรทางด้านทางการแพทย์ การทันตกรรม หรือการรักษาพยาบาลแก่บุคคลดังกล่าวและไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของบุคคลนั้น และเป็นสาเหตุที่ทำให้ถึงแก่ความตาย หรือก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของบุคคลนั้น
- (11) การฆ่า หรือทำให้บุคคลที่เป็นคนชาติ หรืออยู่ในกองทัพของฝ่ายปรปักษ์ได้รับบาดเจ็บโดยไม่ปรานี
- (12) การประกาศว่าจะไม่มีการไว้ชีวิต

- (13) การทำลายหรือยึดทรัพย์สินของฝ่ายปรปักษ์ เว้นแต่การทำลายและการยึดเช่นว่าเป็นสิ่งที่บังคับให้ต้องกระทำโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้เนื่องจากเป็นความจำเป็นในการทำสงคราม
- (14) การประกาศยกเลิกระงับ หรือให้ศาลยุติธรรมไม่รับคดีไว้พิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและการกระทำของชนชาติของฝ่ายปรปักษ์
- (15) การบังคับให้ชนชาติของฝ่ายปรปักษ์เข้ามาร่วมในการทำสงครามโดยตรงกับประเทศของตนเอง แม้ว่าบุคคลเหล่านั้นได้รับใช้ประเทศของตนเอง แม้ว่าบุคคลเหล่านั้นได้รับใช้ประเทศคู่สงครามก่อนมีการเริ่มสงครามก็ตาม
- (16) การปล้นสดมภ์เมือง หรือสถานที่ แม้ว่า จะกระทำในขณะที่เข้าโจมตี
- (17) การใช้ยาพิษหรืออาวุธที่เป็นพิษ
- (18) การใช้แก๊สที่ทำให้หายใจไม่ได้ แก๊สพิษหรือแก๊สอื่นๆ และของเหลว วัสดุ หรือเครื่องมือทั้งหมดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน
- (19) การใช้กระสุนซึ่งขยายหรือแผ่กระจายได้ง่ายในร่างกายมนุษย์ เช่นกระสุนที่มีเปลือกแข็งแต่ไม่ครอบคลุมแกนในทั้งหมด หรือกระสุนที่มีการเจาะรู
- (20) การใช้อาวุธ อาวุธโปรเจกไทล์ และวัสดุ และวิธีในการทำสงครามซึ่งมีลักษณะในการก่อให้เกิดการบาดเจ็บอันเกินควรหรือความทุกข์ทรมานที่เกินจำเป็น หรือซึ่งโดยตัวของมันไม่เลือกเป้าหมายอันเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางอาวุธ ทั้งนี้ โดยเงื่อนไขว่าอาวุธ อาวุธโปรเจกไทล์ และวัสดุ และวิธีการทำสงครามดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด และได้รวมอยู่ในภาคผนวกของธรรมนูญศาลฯ นี้ โดยผลของการแก้ไขเพิ่มเติมตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 121 และข้อ 123
- (21) การเหยียดหยามศักดิ์ศรีของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำให้อับอายและการข่มขู่ศักดิ์ศรี
- (22) การข่มขืนกระทำชำเรา การทำให้เป็นทางทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 7 วรรค 2 (ข) การบังคับให้ทำหมัน หรือรูปแบบอื่นของการกระทำรุนแรงทางเพศ ซึ่งก่อให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาฯ เช่นกัน

- (23) การใช้การมีอยู่ของพลเรือนหรือบุคคลอื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองเพื่อให้จุดบางจุด พื้นที่บางพื้นที่ หรือกองกำลังทหารบางส่วนได้รับความคุ้มครองจากการปฏิบัติการทางทหาร
- (24) การสั่งโดยเจตนาให้โจมตีต่อสิ่งก่อสร้าง วัสดุ หน่วยทางการแพทย์ และยานพาหนะ และพนักงาน ที่ใช้สัญลักษณ์ที่เด่นชัดของอนุสัญญาเจนีวา โดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ
- (25) การเจตนาใช้ความอดอยากของพลเรือนเป็นวิธีการทำสงคราม โดยการทำให้พลเรือนเหล่านั้นไร้ซึ่งวัตถุที่จำเป็นต่อการอยู่รอด ซึ่งรวมถึงการมีเจตนาขัดขวางการจัดส่งสิ่งของบรรเทาทุกข์ตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา
- (26) การเรียกเกณฑ์หรือการขึ้นบัญชีเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปีเข้าร่วมในกองทัพแห่งชาติ หรือการใช้เด็กเหล่านี้ให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์ ...”

คำว่า “การละเมิดอย่างร้ายแรง” (grave breaches) ที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 (2) (a) หมายถึง การกระทำอาชญากรรมสงครามอย่างร้ายแรง (serious) ซึ่งรัฐทุกรัฐมีเขตอำนาจศาลตามหลักสากลในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด และถ้ารัฐใดไม่ดำเนินคดีแก่บุคคลนั้น รัฐจะต้องส่งตัวบุคคลนั้นไปยังรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวาอื่นเพื่อดำเนินคดีและลงโทษ นอกจากนี้ การละเมิดอย่างร้ายแรงจะต้องกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 โดยเฉพาะอย่างยิ่งพลเรือนที่ตกอยู่ในอำนาจภาคีฝ่ายปฏิบัติซึ่งมิใช่คนชาติ³⁷

คำว่า “การละเมิดอย่างร้ายแรง” (serious) ที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 (2) (b) หมายถึง การละเมิดกฎเกณฑ์ที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองบุคคลซึ่งก่อให้เกิดผลที่ตามมาอย่างร้ายแรงแก่เหยื่อเท่านั้น ธรรมนูญกรุงโรมมิได้กำหนดเรื่องอาชญากรรมสงครามที่มีลักษณะร้ายแรงไม่ถึงขนาดว่าจะได้รับการดำเนินคดีก่อนคดีจะขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น การส่งตัวเชลยศึกหรือพลเรือนกลับถิ่นฐานเดิมอย่างซัดช้ำโดยไม่มีสมเหตุสมผลตามมาตรา 85 (4) (b) แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 อย่างไรก็ตาม มาตรา 8 (2) (b) แห่งธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดการกระทำอันเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศครอบคลุมถึงอาชญากรรมสงครามที่มีลักษณะร้ายแรงทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในพิธีสาร

³⁷ *Ibid.*, pp.138-139.

ฉบับที่ 1 และกฎเกณฑ์กรุงเทพฯ นอกจากนี้องค์ประกอบที่สำคัญของมาตรา 8 (2) (b) คือ จะต้องมีการกระทำของผู้เตรียมเกิดขึ้นในบริบทของการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศและผู้เตรียมยอมตระหนักถึงสถานการณ์ดังกล่าวที่ก่อให้เกิดการขัดกันทางกำลังทหาร³⁸

อนึ่ง การกำหนดให้การกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 (2) (a) แห่งธรรมนูญกรุงโรม นั้นได้รับการยอมรับโดยทั่วไปและถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ส่วนการกำหนดลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศตามมาตรา 8 (b) ก็ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของปัจเจกชนในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามได้เช่นกัน ดังนั้น การกำหนดเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศเหนือความผิดดังกล่าวย่อมมีความเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับได้โดยทั่วไป

3.1.2.1.4 อาชญากรรมการรุกราน (Aggression)

การก่ออาชญากรรมการรุกรานเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่ร้ายแรงที่สุด ซึ่งปฏิญญาของสมัชชาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ฉันมิตรและความร่วมมือระหว่างรัฐตามกฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. 1970 ถือว่าเป็นอาชญากรรมต่อสันติภาพระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

ต่อมาสมัชชาสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 3314 (XXIX) ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1974³⁹ โดยนิยามคำว่า การรุกรานในข้อแรกว่า

“การรุกรานได้แก่การใช้กำลังทัพโดยรัฐหนึ่งต่ออธิปไตย บูรณภาพทางอาณาเขตหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่นใด หรือโดยประการอื่นใดที่ไม่เป็นการสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ”

³⁸ Kriangsak Kittichaisaree, *supra note* 36, pp.157-158.

³⁹ General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974.

และในข้อ 3 ของข้อมติได้กล่าวไว้ต่อไปว่า

“การกระทำดังกล่าวต่อไปนี้ ไม่ว่าจะมีการประกาศสงครามหรือไม่ ประกอบเป็นลักษณะของการกระทำการรุกราน...

ก) การบุกหรือโจมตีดินแดนของรัฐหนึ่ง หรือการยึดครองทางทหารใดๆ แม้จะเป็นการชั่วคราวอันเป็นผลของการบุกหรือโจมตีเช่นว่านั้น หรือการผนวกเอาใดๆ โดยการใช้อำนาจซึ่งดินแดนหรือส่วนหนึ่งของดินแดนของรัฐอื่น

ข) การระดมยิง ทุ้ระเบิดโดยกำลังทัพของรัฐหนึ่งต่อดินแดนของรัฐอื่น หรือการใช้อาวุธทั้งหลายโดยรัฐหนึ่งต่อดินแดนของรัฐอื่น

ค) การปิดล้อมท่าเรือหรือชายฝั่งของรัฐหนึ่งโดยกำลังทัพของรัฐอื่น

ง) การโจมตีโดยกำลังทัพของรัฐหนึ่งไม่ว่าจะเป็นกำลังทางบก ทางเรือหรือทางอากาศ หรือนาวิกโยธิน หรือเครื่องบินพลเรือนต่อรัฐอื่น

จ) การใช้อำนาจทัพของรัฐหนึ่งซึ่งตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐอื่นด้วย ความตกลงของรัฐผู้รับในลักษณะที่ขัดกับเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ในความตกลง หรือยึดการอยู่ในดินแดนนั้นหลังจากที่ความตกลงได้สิ้นสุดลง

ฉ) ข้อเท็จจริงที่รัฐหนึ่งยอมให้มีการใช้ดินแดนที่ให้รัฐอื่นใช้ โดยที่รัฐอื่นนั้นได้ใช้เพื่อกระทำการรุกรานต่อรัฐที่สาม

ช) การที่รัฐหนึ่งส่งหรือมีการส่งไปในนามของรัฐนั้น ซึ่งกลุ่มหรือหน่วยติดอาวุธกองกำลังที่มีไซประจําการ หรือทหารรับจ้าง กระทำการเยี่ยงกำลังทัพต่อรัฐอื่น ซึ่งมีความร้ายแรงเทียบได้กับการกระทำที่ได้กล่าวมาข้างต้น หรือมีข้อเท็จจริงว่าได้ปฏิบัติการในลักษณะที่สำคัญในการกระทำเช่นว่านั้น”⁴⁰

จะเห็นได้ว่า รูปแบบของการรุกรานสามารถแบ่งออกเป็นกรรุกรานโดยตรงและการรุกรานโดยทางอ้อม กล่าวคือ การรุกรานโดยตรง เป็นการใช้อำนาจรุนแรงต่อดินแดนของรัฐอื่น เช่น การละเมิดดินแดน การรุกรานดินแดน การผนวกดินแดน เป็นต้น ส่วนกรณีการรุกรานโดยทางอ้อมเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการส่งกองกำลังติดอาวุธซึ่งมีไซประจําการ หรือทหารรับจ้าง โดยรัฐหรือในนามของรัฐเข้าไปปฏิบัติการทางทหารในรัฐอื่นหรือการเข้ามีส่วนร่วมอย่างมากในการกระทำเช่นนั้นตลอดจนการอนุญาตให้มีการใช้ดินแดนของรัฐเพื่อการรุกรานรัฐอื่นด้วย

⁴⁰ อรุณ ภาณุพงศ์, “กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้อำนาจ” ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.414-415.

นอกจากนี้ธรรมนูญศาลทหารที่กรุงนูเรมเบิร์กและกรุงโตเกียวก็ยังระบุถึงฐานความผิดต่อสันติภาพซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงต่อปัญหาการห้ามทำสงครามรุกราน กล่าวคือ เป็นความผิดเกี่ยวกับการกำกับดูแล การเตรียมการ การริเริ่มและติดตามการทำสงครามรุกรานหรือสงครามที่เป็นการละเมิดสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศหรือการเข้าร่วมในแผนการหรือสมรู้ร่วมคิดในการกระทำผิดดังกล่าว ฐานความผิดนี้ครอบคลุมมิใช่เฉพาะบรรดาพลรบที่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่ก่อขึ้นเท่านั้นแต่ยังรวมถึงกลุ่มผู้ปกครองที่รับผิดชอบด้านการดูแล กำกับ การตระเตรียมการ การวางแผนเพื่อริเริ่มและติดตามการทำสงครามอีกด้วย⁴¹

อย่างไรก็ตาม อาชญากรรมการรุกรานเป็นอาชญากรรมประเภทเดียวที่มีได้มีการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกรานไว้ในธรรมนูญกรุงโรมเหมือนอาชญากรรมประเภทอื่น เนื่องจากเกิดปัญหาความขัดแย้งในการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมดังกล่าวเป็นอย่างมาก และยังไม่สามารถหาที่ยุติได้ อีกทั้งยังมีปัญหาเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดฐานรุกรานส่งผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีอำนาจพิจารณาความผิดและการลงโทษผู้กระทำผิดฐานอาชญากรรมการรุกรานได้ก็ต่อเมื่อรัฐภาคีได้เห็นชอบร่วมกันในคำนิยามและองค์ประกอบความผิดที่ใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาความผิดฐานอาชญากรรมการรุกราน แต่รัฐส่วนใหญ่มีความเห็นพ้องต้องกันว่า “อาชญากรรมการรุกราน” เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อความสงบสุขและสันติภาพของชาวโลกโดยส่วนรวม บุคคลที่กระทำผิดฐานรุกรานต่อประเทศอื่นย่อมถือว่าเป็นผู้ประกอบอาชญากรรมและต้องถูกนำตัวมาดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงถือว่าอาชญากรรมการรุกรานอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ แม้ว่าจะยังมิได้มีการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกรานก็ตาม ในส่วนของคำจำกัดความและเงื่อนไขในการใช้อำนาจศาลเหนืออาชญากรรมการรุกรานนี้จะได้มีการกำหนดรายละเอียดต่อไปในภายหลังตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 วรรค 2 แห่งธรรมนูญกรุงโรม⁴²

⁴¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.550.

⁴² ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 5 วรรค 2 บัญญัติว่า

“... 2. ให้ศาลฯ ใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมอันเป็นการรุกรานเมื่อได้มีการตกลงรับบทบัญญัติตามข้อ 121 และ 123 ซึ่งนิยามอาชญากรรมและกำหนดเงื่อนไขให้ศาลฯ ต้องใช้เขตอำนาจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมนี้ บทบัญญัติเช่นว่าต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ”

3.2 เขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี

เมื่อมีการกระทำความผิดอันเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เกิดขึ้นก่อนก่อให้เกิดพันธกรณีและความรับผิดชอบของรัฐที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีและลงโทษ ซึ่งการจะนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีและลงโทษจะเกิดประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับวิธีการและกลไกในการบังคับของศาลแต่ละศาลที่แตกต่างกัน โดยขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงเขตอำนาจของศาลภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องและศาลระหว่างประเทศในการพิจารณาพิพากษาคดีอันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

3.2.1 ศาลภายในของรัฐที่เกี่ยวข้อง

เมื่อมีการละเมิดพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัยในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารอันเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรืออาจเรียกว่า “ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม” ซึ่งถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ การพิจารณาเขตอำนาจศาลภายในในการพิจารณาพิพากษาอาชญากรรมดังกล่าวย่อมต้องนำหลักทั่วไปเรื่องการใช้เขตอำนาจรัฐ⁴³ มาปรับใช้ กล่าวคือ กรณีรัฐใช้อำนาจเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐเพื่อดำเนินคดีและลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเป็นการจับกุมตัว การสืบสวน การพิจารณาพิพากษาคดี รวมถึงการใช้ความร่วมมือในกระบวนการยุติธรรม การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน และการช่วยเหลือทางศาล และเมื่อศาลภายในของรัฐได้ดำเนินคดีและมีคำพิพากษาแล้วก็ต้องมีการบังคับคดีตามคำพิพากษา ไม่ว่าจะเป็นการปล่อยตัวหรือลงโทษที่ได้รับตามคำพิพากษา

⁴³ เขตอำนาจรัฐ หมายถึง สิทธิของรัฐที่มีอำนาจบังคับโดยกฎหมาย ซึ่งเกิดขึ้นจากกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่ารัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตย (Sovereign) อันเป็นอำนาจสูงสุด (Supreme) ในดินแดนของตนและเป็นอิสระ (Independence)

การใช้เขตอำนาจรัฐ หมายถึง การที่รัฐใช้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายของตนขึ้นมาปรับใช้กับบุคคล เหตุการณ์ และทรัพย์สิน อำนาจในการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมในทางศาลและบริหาร และอำนาจในการบังคับใช้บุคคลต้องปฏิบัติตามกฎหมายและต้องมีการชดใช้หากไม่ปฏิบัติตาม

การดำเนินคดีและการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยศาลภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องเป็นการดำเนินคดีและลงโทษโดยอาศัยกลไกการบังคับทางอาญาเพื่อดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม มิใช่โดยทางตรงที่จะต้องมีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นมาเพื่อพิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดโดยเฉพาะ ซึ่งศาลภายในของรัฐจะนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีและลงโทษได้ก็ต่อเมื่อรัฐนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ซึ่งความเกี่ยวข้องนั้นอาจพิจารณาจากการกระทำความผิดได้เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐนั้น ความผิดกระทำโดยคนชาติของรัฐ หรือผู้เสียหายเป็นคนชาติรัฐก็ได้ ในการดำเนินคดีและการลงโทษนั้น ศาลภายในของรัฐจะนำกฎหมายภายในของตนและกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

3.2.1.1 เขตอำนาจศาลตามหลักดินแดน (Territoriality Principle)⁴⁴

เขตอำนาจศาลกรณีนี้เป็นการใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดน ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆ ในประชาคมระหว่างประเทศและมีการใช้อยู่ทั่วไป เนื่องจากรัฐมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) รัฐย่อมมีอำนาจที่จะออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายเหนือบุคคล ทรัพย์สิน และเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐ ไม่ว่าจะบุคคลนั้นๆ จะเป็นคนชาติของรัฐหรือไม่ หรือทรัพย์สินนั้นจะเป็นทรัพย์สินของคนชาติของตนหรือไม่ก็ตาม หากว่าการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐ⁴⁵ แล้ว ศาลภายในของรัฐก็อาจใช้เขตอำนาจศาลตามหลักดินแดนเพื่อดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นได้ ทั้งนี้ การใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนมี 2 ลักษณะ คือ การใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนที่เป็นอัตวิสัย (Subjective territorial Jurisdiction) หมายถึง การใช้เขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำความผิดอาญาที่เริ่มต้น

⁴⁴ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น.266-271.

⁴⁵ คำว่า “ดินแดนของรัฐ” หมายถึง ดินแดนที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือ ได้แก่ ดินแดนของรัฐส่วนที่เป็นแผ่นดินและทะเล ซึ่งในดินแดนของรัฐส่วนที่เป็นทะเลนี้ก็คือดินแดนใน ส่วนที่รัฐสามารถใช้เขตอำนาจรัฐได้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ทะเลอาณาเขต (Territorial Sea) ซึ่งรัฐชายฝั่งสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือทะเลอาณาเขต รวมถึงห้วงอากาศ (air space)เหนือทะเลอาณาเขต พื้นดินท้องทะเล (sea-bed) และดินใต้ผิวดิน (subsoil) และส่วนที่ตัดออกไปจากทะเลอาณาเขต ซึ่งรัฐสามารถกล่าวอ้างใช้สิทธิต่างๆ ได้ ไม่ว่าจะเป็นเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (Exclusive Economic Zone : EEZ) และไหล่ทวีป (Continental Shelf)

กระทำในรัฐนั้น แต่ผลของการกระทำนั้นไปสิ้นสุดในดินแดนของรัฐอื่น และการใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนที่เป็นภาวะวิสัย (Objective territorial Jurisdiction) หมายถึง การใช้เขตอำนาจรัฐเหนือการกระทำความผิดอาญาที่ได้กระทำลงสมบูรณ์และสิ้นสุดในดินแดนของตน แม้ว่าโดยองค์ประกอบของความผิดหรือการกระทำความผิดนั้นจะได้เริ่มต้นกระทำในรัฐอื่นก็ตาม

3.2.1.2 เขตอำนาจศาลเหนือบุคคล (Personality Principle)

นอกจากรัฐจะมีเขตอำนาจศาลตามหลักดินแดนแล้ว รัฐยังมีเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลที่กระทำความผิดต่อกฎหมายของรัฐตามหลักสัญชาติ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ 2 กรณี กล่าวคือ สัญชาติของผู้กระทำความผิด รัฐผู้ให้สัญชาติย่อมมีสิทธิที่จะใช้อำนาจเหนือบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐตน โดยไม่พิจารณาว่าบุคคลนั้นอยู่ที่ใด และสัญชาติของผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรม รัฐผู้ให้สัญชาติย่อมมีหน้าที่ในการคุ้มครองแก่คนชาติของตน แม้ว่าบุคคลนั้นจะอยู่นอกดินแดนของรัฐนั้นก็ตาม ด้วยเหตุนี้ ศาลภายในของรัฐจึงอาจดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นชาวต่างชาติที่ทำให้คนชาติตนได้รับความเสียหาย แม้ว่าความผิดนั้นจะเกิดขึ้นนอกดินแดนของรัฐก็ตาม

3.2.1.3 เขตอำนาจศาลตามหลักสากล (Universality Principle)

โดยทั่วไปการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ได้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เช่น อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมการรุกราน เป็นต้น รัฐทุกรัฐย่อมมีเขตอำนาจศาลตามหลักสากลโดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำความผิดหรือสถานที่ที่มีการกระทำความผิด และแม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิดก็ตาม เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวส่งผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด โดยเขตอำนาจตามหลักสากลนี้ได้รับการรับรองโดยหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายสนธิสัญญาต่างๆ ซึ่งในกรณีที่มีการขัดกันทางกำลังทหารนี้ได้มีบทบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ให้อำนาจรัฐสามารถจับตัวผู้กระทำความผิดเพื่อพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เช่น อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949⁴⁶ ซึ่งระบุว่า “...อัครราชทูตผู้ทำสัญญาแต่ละฝ่ายมีพันธกรณีที่จะต้องค้นหาตัวผู้ที่ต้องหาว่าได้กระทำหรือได้สั่งให้กระทำการละเมิดอันร้ายแรงนั้นๆ และจะต้องนำตัวบุคคลเหล่านี้ไม่ว่าจะมีสัญชาติใดขึ้นศาลของตน”

⁴⁶ มาตรา 49/50/129/146 ร่วมในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ

อนึ่ง ไม่ว่าจะศาลภายในของรัฐจะมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักดินแดน หลักสัญชาติ หลักสากล ศาลอาจมีคำพิพากษาให้ผู้ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายจากการละเมิดดังกล่าวได้ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ศาลได้พิจารณาตัดสินคดีตามระบบกฎหมายแพ่งภายในประเทศตน ซึ่งผู้เสียหายเป็นคู่กรณีในคดีอาญาที่ได้กล่าวอ้างเรียกร้องค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม การกล่าวอ้างเรียกร้องค่าเสียหายย่อมขึ้นอยู่กับการศึกษาของโทษในคดีอาญาที่มีมาตรฐานในการพิจารณาคดีที่สูงกว่าคดีแพ่ง เช่น การอ้างการป้องกันตัว รวมถึงข้อจำกัดอื่นๆ ภายใต้กฎหมายอาญา และประการที่สอง ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศรัฐได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในที่มีความเหมาะสมส่งผลให้ผู้เสียหายสามารถกล่าวอ้างการกระทำทางแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายได้⁴⁷

3.2.2 ศาลระหว่างประเทศ

เมื่อมีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ศาลระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาการกระทำดังกล่าว ได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ กล่าวคือ ศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งจัดตั้งขึ้นอย่างถาวรเพื่อให้สามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ปฏิบัติงานได้ทันที และสามารถดำเนินการพิจารณาคดีได้เป็นประจำและต่อเนื่อง เพื่อแก้ไขปัญหาการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นทั่วโลก ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดที่ใดก็ตาม โดยมีเขตอำนาจศาลตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรมก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ และศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยมีลักษณะลัดขั้นตอนเพื่อให้สามารถดำเนินคดีกับบุคคลผู้ประกอบอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงได้ในระยะเวลาอันรวดเร็วทันต่อสถานการณ์ และมีผลผูกพันต่อรัฐสมาชิกสหประชาชาติทั้งปวงที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือคำร้องขอของศาลที่จัดตั้งขึ้น โดยมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาความผิดเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นในดินแดนในดินแดนหนึ่งโดยเฉพาะ

⁴⁷ Emanuela-Chiara Gillard, *supra* note 21, p.547.

3.2.2.1 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ (The International Criminal Court : ICC)

เมื่อมีผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินของบุคคล ความโหดร้ายรุนแรงของอาชญากรรมย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมภายในรัฐและสังคมระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดแนวความคิดในการนำตัวผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงมาลงโทษ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำดังกล่าวและพิจารณาพิพากษาการกระทำนั้นรวมถึงการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมาได้มีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศขึ้นที่นูร์มเบิร์กและโตเกียวซึ่งเป็นศาลเฉพาะกิจจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีในความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (War crimes) ต่อมาจึงเกิดแนวคิดในการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศถาวรขึ้น ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 260 ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ.1948 เพื่อมอบหมายให้คณะกรรมการระหว่างประเทศศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุปัญหาทางการเมืองระหว่างประเทศในขณะนั้น การพิจารณาร่างธรรมนูญในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจึงได้ถูกยุติไว้ชั่วคราว⁴⁸

ต่อมาในปี ค.ศ. 1989 ประเทศตรินิแดดและโตเบโก (Trinidad and Tobago) ได้ร้องขอให้สหประชาชาตินำเรื่องการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศมาพิจารณาทบทวน สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงได้มอบหมายให้คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาเรื่องการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอีกครั้ง และในปี ค.ศ.1994 คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้ยกร่างธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศและได้นำเสนอต่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ในที่สุดที่ประชุมทางกทตเพื่อการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งจัดตั้งขึ้น ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลี ในระหว่างวันที่ 15 มิถุนายนถึงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ.1998 ได้มีมติรับเอาธรรมนูญกรุงโรมก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Rome Statute of the International Criminal Court)⁴⁹ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นอย่างถาวรตั้งอยู่ ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์

⁴⁸ General Assembly resolution 260 (III) of 9 December 1948.

⁴⁹ จิตรา เพียรเลิศล้ำ, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ", วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, เล่มที่ 12 ปีที่ 1, (มิถุนายน 2543) : 72-73.

เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ หากพิจารณาในด้านตัวบุคคล ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคล กล่าวคือ มีอำนาจในการไต่สวนดำเนินคดี และพิพากษาคดีบุคคลในคดีที่เอกชนกระทำความผิด ไม่ว่าจะการกระทำนั้นๆ จะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐบาล หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับรัฐบาลที่ใช้อำนาจรัฐอยู่ หรือการกระทำนั้นจะเกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคล หรือคณะบุคคลที่ต่อสู้ ต่อต้าน หรือเป็นกบฏ หรือมุ่งหมายที่จะเปลี่ยนแปลงรัฐบาล หรือระบอบการปกครองที่ครองอำนาจรัฐอยู่

ด้านเวลา เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรมไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงมีอำนาจพิจารณาคดีที่เป็นการกระทำความผิดภายหลังจากที่ธรรมนูญกรุงโรมมีผลบังคับใช้แล้วเท่านั้น

ด้านสถานที่ เขตอำนาจศาลในกรณีนี้ย่อมแตกต่างกันไปตามแต่วิธีที่คดีถูกนำขึ้นสู่ศาล กล่าวคือ ในกรณีที่รัฐภาคีใดหรืออัยการเป็นผู้ส่งคำร้องทุกข์มาให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณา ศาลอาญาระหว่างประเทศก็อาจจะรับคดีไว้พิจารณาได้ หากว่ารัฐที่มีการกล่าวหาว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในดินแดนของตนหรือรัฐที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดมีสัญชาตินั้นเป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมหรือได้ประกาศยอมรับอำนาจศาล ทั้งนี้ หากรัฐได้แสดงความยินยอมที่จะเข้าเป็นภาคีของธรรมนูญศาลกรุงโรมโดยการให้สัตยาบันก็ถือว่ารัฐภาคีได้ให้การยอมรับเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศโดยทันที อย่างไรก็ตาม รัฐอื่นๆ ที่มีได้ลงนามหรือให้สัตยาบันในธรรมนูญกรุงโรมก็อาจยอมรับเขตอำนาจหน้าที่ของศาลอาญาระหว่างประเทศและให้ความร่วมมือในการดำเนินการตามธรรมนูญกรุงโรมได้ แต่หากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเป็นผู้ส่งคำร้องทุกข์โดยกระทำภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งว่าด้วยการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ศาลอาญาระหว่างประเทศย่อมมีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าวโดยไม่คำนึงถึงว่ารัฐที่เกี่ยวข้องในคดีนั้นจะเป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมหรือไม่

ด้านเนื้อหา ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมร้ายแรงซึ่งส่งผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศโดยส่วนรวม 4 ประเภท คือ (1) อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (2) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (3) อาชญากรรมสงคราม และ (4) อาชญากรรมการรุกราน ตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 3.1.2.1 ฐานความผิดทางอาญาภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมข้างต้น

อนึ่ง ภายใต้ธรรมนูญกรุงโรม⁵⁰ ได้กำหนดพันธกรณีขึ้นพื้นฐานของรัฐภาคีเอาไว้ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก การเสริมอำนาจการดำเนินงานของศาล รัฐภาคีมีความรับผิดชอบในขั้นต้นที่จะนำตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงครามมาพิจารณาคดีในศาล และถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีทุกรัฐที่จะต้องใช้อำนาจศาลคดีอาญาพิจารณาคดีผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 1 แห่งธรรมนูญกรุงโรม บัญญัติว่า “ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นศาลที่เสริมการดำเนินการของการใช้อำนาจศาลคดีอาญาของศาลภายในประเทศ” หมายความว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศจะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อรัฐภาคีที่มีอำนาจเหนือผู้ถูกกล่าวหาไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่หรือเป็นผู้มีสัญชาตินั้น ไม่สามารถหรือไม่เต็มใจที่จะดำเนินคดีอาชญากรรมดังกล่าวข้างต้น ด้วยเหตุนี้ รัฐภาคีจึงต้องออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายภายในที่มีบทบัญญัติว่าอาชญากรรมใดๆ ที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมของประเทศตนด้วย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดที่ใด ไม่ว่าจะผู้ใดจะเป็นผู้กระทำความผิดก็ตาม หรือใครจะเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดก็ตาม ต่อเมื่อรัฐภาคีมีอาจหรือไม่เต็มใจที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศจึงจะมีขอบเขตอำนาจหน้าที่เหนือผู้ถูกกล่าวหา

ประการที่สอง การให้ความร่วมมืออย่างเต็มความสามารถ เมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้วินิจฉัยแล้วว่าศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจตามหลักการแห่งการเสริมการดำเนินคดี รัฐภาคีตกลงภายใต้มาตรา 86 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าจะต้องให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่กับศาลอาญาระหว่างประเทศในการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีภายใต้ขอบเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้น รัฐภาคีต่างๆ ควรจะต้องดำเนินการเพื่อให้แน่ใจว่าศาลและสถาบันต่างๆ ของรัฐภาคีจะให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ในการค้นหาหรือเก็บรวบรวมเอกสารหลักฐาน การบ่งชี้หรือระบุและยึดทรัพย์สินของผู้ถูกกล่าวหาในการตรวจค้นและการยึดหลักฐานต่างๆ การบ่งชี้หรือระบุและคุ้มครองพยานและการส่งมอบตัวบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อให้ฝ่ายอัยการของศาลอาญา

⁵⁰ ธรรมนูญกรุงโรมก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ อารัมภบท ย่อหน้า 3 บัญญัติว่า

“รัฐภาคีธรรมนูญศาลเน้นเพิ่มเติมว่าศาลอาญาระหว่างประเทศมีจุดมุ่งหมายที่จะเสริมระบบยุติธรรมทางอาญาของรัฐในกรณีที่กระบวนการพิจารณาคดีไม่สามารถมีขึ้นหรือไม่มีประสิทธิภาพ”

ระหว่างประเทศและทนายของผู้ถูกกล่าวหาสามารถทำการสืบสวนสอบสวนได้อย่างมีประสิทธิภาพในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน นอกจากนี้รัฐภาคีก็ต้องให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศในการบังคับคดีตามคำพิพากษา โดยการเตรียมสถานที่ไว้สำหรับจองจำให้พร้อมสำหรับบุคคลที่ถูกพิพากษาว่าได้กระทำความผิดตามฟ้อง⁵¹

3.2.2.2 เขตอำนาจศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ (Ad Hoc Tribunal)

การจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจเป็นการจัดตั้งขึ้นตามข้อกำหนดบางอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อดำเนินการต่อวิกฤติการณ์ใดวิกฤติการณ์หนึ่งภายใต้การตัดสินใจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ โดยไม่มีการคัดค้านจากสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงทั้ง 5 ประเทศ ซึ่งจะมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาความผิดเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นในดินแดนในดินแดนหนึ่งโดยเฉพาะ

3.2.2.2.1 ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia : ICTY)⁵²

เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ.1948 Josip Broz Tito ได้จัดตั้งสหพันธรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย (The Socialists Federal Republic of Yugoslavia : SFRY) ขึ้นอย่างเป็นทางการ โดยมีรัฐบาลกลางอยู่ที่กรุงเบลเกรด ซึ่งสหพันธรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวียประกอบด้วย 6 สาธารณรัฐที่มีความแตกต่างกันทางเชื้อชาติ ศาสนา และวัฒนธรรม คือ สโลวีเนีย (Slovenia) โครเอเชีย (Croatia) บอสเนียเฮอร์เซโกวีนา (Bosnia-Herzegovina) มาซิโดเนีย (Macedonia) มอนเตเนโกร (Montenegro) และเซอร์เบีย (Serbia) ซึ่งในสาธารณรัฐเซอร์เบีย มีจังหวัดวอยวอดินา (Vojvodina) และโคโซโว (Kosovo) ที่มีสิทธิปกครองตนเอง สาธารณรัฐต่างๆ ในยูโกสลาเวียได้เกิดแนวคิดในการแยกตัวเป็นอิสระเพื่อปกครองตนเอง แต่ลัทธิคอมมิวนิสต์ภายใต้การปกครองของ Tito ไม่ยอมให้รัฐต่างๆ กระทำการเช่นนั้นได้สำเร็จ ต่อมาในปี ค.ศ.1990 เมื่อ Tito เสียชีวิตจึงเกิดแนวความคิดในการแยกตัวของสาธารณรัฐต่างๆ ในยูโกสลาเวียขึ้นอีกครั้งหนึ่ง ประกอบกับการล่มสลายของระบบคอมมิวนิสต์ในยุโรปตะวันออกและสหภาพโซเวียตในระหว่างปี

⁵¹ สันติ อิศโรรุทกุล, “สรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ,” กฎหมายสู่ชัยธรรมมาธิราช 14, 1 (มิถุนายน 2545) : 414-415.

⁵² สมพงษ์ ชูมาก, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.312-328.

ค.ศ.1990-1991 ทำให้ความรู้สึกชาตินิยมของแต่ละเชื้อชาติในยูโกสลาเวียทวีความรุนแรงมากขึ้น ส่งผลให้สาธารณรัฐทั้งหมดของยูโกสลาเวียยกเว้นมอนเตเนโกรและเซอร์เบียประกาศแยกตัวออกเป็นประเทศเอกราช ซึ่งนำไปสู่สงครามในสโลวีเนีย สงครามในโครเอเชียและสงครามในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา ในช่วง ค.ศ.1991-1995 และสงครามในโคโซโว ในปีค.ศ.1999

ผลจากสงครามการแบ่งแยกดินแดนทั้ง 4 ครั้ง ได้ทำให้มีผู้เสียชีวิตจากการตกเป็นเหยื่อของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นจำนวนมาก อีกทั้งมีคนสูญหาย ถูกข่มขืน และต้องลี้ภัยออกนอกประเทศ ซึ่งเป็นปัญหาต่อประเทศเพื่อนบ้านและกระทบต่อเสถียรภาพในภูมิภาค เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนี้เป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แม้ว่าองค์การระหว่างประเทศอย่างองค์การสหประชาชาติและองค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือ รวมทั้งประเทศมหาอำนาจจะร่วมมือกันใช้มาตรการต่างๆ กดดันให้มีการยุติการก่ออาชญากรรมสงครามดังกล่าว แต่ก็ไม่สามารถยับยั้งความโหดร้ายรุนแรงที่เกิดขึ้นในอดีตยูโกสลาเวียได้จึงมีความจำเป็นในการจัดตั้งศาลอาชญากรรมสงครามระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวียเพื่อพิจารณาคดีกับบุคคลที่ต้องสงสัยในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่เกิดขึ้นในดินแดนยูโกสลาเวียเดิม

ทั้งนี้ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ตั้งคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญนำโดย Professor Cherif Bassiouni ขึ้น เพื่อสืบสวนเกี่ยวกับการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในยูโกสลาเวีย ในวันที่ 26 มกราคม ค.ศ.1993 คณะกรรมการได้จัดทำรายงานชั่วคราวบรรยายถึงการล้างเผ่าพันธุ์ การสังหารหมู่ การทรมาน การข่มขืน และการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ศาสนาและทรัพย์สินส่วนบุคคล ซึ่งรายงานนี้นำไปสู่การลงมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 808 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1993 ซึ่งกำหนดว่าสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในยูโกสลาเวียคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและตัดสินใจว่าจำเป็นต้องจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดสันติภาพขึ้นโดยการยุติอาชญากรรมสงครามและลงโทษผู้กระทำผิด⁵³ และมติที่ 827 ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1993 ให้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวียขึ้นอย่างเป็นทางการและรับรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติ ซึ่งได้วางกรอบพื้นฐานทางด้านกฎหมายและกระบวนการสำหรับศาลยูโกสลาเวีย⁵⁴

⁵³ Security Council resolution 808 (1993) of 22 February 1993.

⁵⁴ Security Council resolution 827 (1993) of 25 May 1993.

การจัดตั้งศาลยูโกสลาเวียมีความมุ่งหมายเพื่อให้ความยุติธรรมแก่ผู้ถูกละเมิดโดยนำบุคคลที่ถูกลกล่าวหาว่ากระทำการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาลงโทษตามกระบวนการยุติธรรม เพื่อสร้างสันติภาพในยูโกสลาเวียเดิมและป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมในอนาคต ศาลยูโกสลาเวียมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ปัจเจกชนเป็นผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่รวมถึงองค์การอาชญากรรมหรือคณะบุคคลผู้กระทำความผิด ซึ่งจำกัดเฉพาะในดินแดน 5 รัฐ ซึ่งเป็นดินแดนยูโกสลาเวียเดิมทั้งหมด คือ บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา, โครเอเชีย, มาเซโดเนีย, สโลเวเนีย และดินแดนยูโกสลาเวียปัจจุบัน และมีเขตอำนาจในการฟ้องร้องและพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มความผิด 4 ประการ ดังนี้

(1) อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) หรือการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 คือ การปฏิบัติที่ผิดกฎหมายต่อผู้ต่อสู้ที่บาดเจ็บหรือเป็นเชลยศึก และต่อพลเรือนในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เช่น การจงใจฆ่าหรือทรมานพลเรือน ทำลายทรัพย์สิน และปฏิบัติอย่างโหดร้ายต่อเชลยศึกและพลเรือน เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่าศาลยูโกสลาเวียได้ยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดอย่างร้ายแรงในระหว่างที่เกิดการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศด้วยทั้งที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่อยู่ในรูปแบบของสนธิสัญญานั้นจะยอมรับแต่เพียงกฎเกณฑ์ในเรื่องอาชญากรรมสงครามที่ใช้เฉพาะในกรอบของการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น

(2) การละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีของสงคราม (Violations of the laws or customs of war) คือ การทำสงครามโดยวิธีที่ผิดกฎหมายต่อศัตรูหรือพลเรือนในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารทั้งที่มีและไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นความผิดที่ระบุไว้ในอนุสัญญาเฮก ค.ศ. 1907 เช่น การใช้อาวุธที่มีพิษ การทำลายเมือง การทิ้งระเบิดต่อเมืองที่ไม่สามารถป้องกันตัวเอง การทำลายโบสถ์ โรงพยาบาลหรือทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เป็นต้น

(3) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) คือ การกระทำที่ตั้งใจจะทำลายไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนต่อกลุ่มทางสัญชาติ เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ไม่ว่าจะเป็แค่ความพยายามหรือได้กระทำแล้ว ซึ่งได้กระทำในช่วงเวลาสันติและช่วงเวลาสงครามทั้งที่เป็นสงครามภายในประเทศและระหว่างประเทศ

(4) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) คือ การกระทำที่ไร้มนุษยธรรม (inhumane act) ซึ่งกระทำในวงกว้างหรือเป็นระบบต่อพลเรือนด้วยเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา เช่น การฆาตกรรม การทำลายที่รวมถึงเจตนาที่จะทรมานต่อชีวิต

การจับไปเป็นทาส เป็นต้น ซึ่งได้กระทำในช่วงเวลาสันติและช่วงเวลาสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะสามารถนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำผิดได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำในช่วงเวลาก่อนหรือระหว่างสงคราม ซึ่งต้องมีการประกาศสงครามเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ศาลยูโกสลาเวียมีเขตอำนาจในการฟ้องร้องและพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มความผิดตามที่กล่าวข้างต้นในช่วงเวลาที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1991 เป็นต้นไปเท่านั้น

นอกจากนี้ ในเรื่องวิธีพิจารณาความของศาลยูโกสลาเวีย ศาลย่อมมีเขตอำนาจเหนือศาลภายในของรัฐ แต่ศาลอาจใช้อำนาจร่วมกับรัฐต่างๆ ที่แยกตัวออกมาจากยูโกสลาเวียเดิมได้ กล่าวคือ ในขณะที่ศาลภายในของรัฐต่างๆ กำลังพิจารณาความผิดของผู้กระทำผิดนั้น ศาลยูโกสลาเวียมีอำนาจที่จะประกาศให้การดำเนินคดีภายในรัฐเป็นโมฆะและสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาขึ้นใหม่ได้และในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดนั้น ศาลจะต้องได้ตัวผู้กระทำผิดมาขึ้นศาล

3.2.2.2 ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีไม่สงบใน สำหรับรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda : ICTR)⁵⁵

เนื่องจากในปี ค.ศ. 1994 ได้มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในรวันดา ซึ่งส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพและสันติภาพในประเทศและในภูมิภาค เหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นระหว่างวันที่ 6 เมษายนถึงวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 1994 รวมระยะเวลาทั้งสิ้นกว่า 100 วัน ทำให้ชนเผ่าตูดซี (Tutsi) ซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยของประเทศที่แต่เดิมเคยมีอำนาจเหนือชนเผ่าฮูตู (Hutu) ในช่วงก่อนได้รับเอกราชในปี ค.ศ. 1962 ถูกทหารและประชาชนเผ่าฮูตูฆ่าตายเป็นจำนวนมากถึง 8 แสนคน หรือประมาณ 1 หมื่นคนต่อวัน จะเห็นได้ว่าความสูญเสียที่เกิดขึ้นนั้นมีจำนวนมหาศาลแต่การปฏิบัติการรักษาสันติภาพของสหประชาชาติยังคงไม่ประสบผลสำเร็จ ชาติมหาอำนาจมิได้ให้ความสำคัญต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นโดยเห็นว่าเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นเพียงความขัดแย้งระหว่างชนเผ่าที่ไม่ควรเข้าไปแทรกแซง อีกทั้งไม่ยอมส่งทหารของตนเองเพื่อเข้าไปปกป้องชาวตูดซี ต่อมาในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1994 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจึงได้ตั้งคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญเพื่อสืบสวนและทำคำแนะนำที่เกี่ยวกับการละเมิด

⁵⁵ สมพงษ์ ชูมาก, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 52, น.336-338.

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา ต่อมาในวันที่ 29 กันยายน ค.ศ.1994 คณะกรรมาธิการได้รายงานเสนอให้ตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นเพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในรวันดา ซึ่งได้นำมาสู่การลงมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติให้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีที่ไม่สงบในสำหรับรวันดา

คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกข้อมติที่ 955 ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ.1994⁵⁶ ให้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีที่ไม่สงบในสำหรับรวันดา โดยให้ศาลดังกล่าวเป็นสาขาหนึ่งของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีที่ไม่สงบในอดีตกองทัพเวีย และข้อมติที่ 977 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1995⁵⁷ ให้มีการจัดตั้งศาลรวันดาที่เมืองอารูซา ประเทศแทนซาเนีย

การจัดตั้งศาลรวันดาที่มีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความปรองดองภายในประเทศและธำรงรักษาไว้ซึ่งสันติภาพในภูมิภาค ทั้งนี้ ศาลรวันดา มีเขตอำนาจทั้งเหนือบุคคลและเหนือดินแดน กล่าวคือ ศาลรวันดา มีอำนาจดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงที่กระทำในดินแดนของรวันดา และมีอำนาจดำเนินคดีกับพลเมืองชาวรวันดาที่กระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงที่กระทำในดินแดนของประเทศเพื่อนบ้าน ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994 ถึง 31 ธันวาคม ค.ศ.1994

จากที่กล่าวมาเป็นการอธิบายถึงศาลยูโกสลาเวียและศาลรวันดาซึ่งเป็นศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ และศาลรวันดา ยังเป็นสาขาหนึ่งของศาลยูโกสลาเวีย ดังนั้น ศาลทั้งสองจึงมีลักษณะที่เหมือนกัน⁵⁸ ดังนี้

(1) ศาลทั้งสองจัดตั้งขึ้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติภายใต้หมวด 7 ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติเพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศส่งผลให้รัฐสมาชิกทุกรัฐของสหประชาชาติมีพันธกรณีในการให้ความร่วมมือแก่ศาลทั้งสอง

⁵⁶ Security Council resolution 955 of 8 November 1994.

⁵⁷ Security Council resolution 977 of 22 February 1995.

⁵⁸ Kriangsak Kittichaisaree, *supra note* 36, p.26.

(2) ศาลทั้งสองต่างเป็นองค์กรเสริม (subsidiary organs) ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

(3) ศาลทั้งสองต่างผูกพันในการนำกฎหมายระหว่างประเทศไปใช้บังคับ นอกเหนือจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

(4) ศาลทั้งสองต่างมีกฎระเบียบวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานที่มีลักษณะเฉพาะ และ

(5) การพิจารณาพิพากษาคดีใดๆ ศาลวันดาจะมีหัวหน้าอัยการและผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ชุดเดียวกับศาลยูโกสลาเวีย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการรับประกันว่าการตีความและการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของศาลทั้งสองจะไม่ขัดแย้งกันและป้องกันมิให้เกิดความขัดแย้งทางกระบวนการระหว่างศาลทั้งสอง อีกทั้งเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายและเวลาในการตั้งหน่วยงานใหม่ อย่างไรก็ตาม มิใช่ศาลทั้งสองจะมีลักษณะที่เหมือนกันเท่านั้น ศาลทั้งสองยังคงมีลักษณะที่แตกต่างกัน⁵⁹ ดังนี้

(1) เขตอำนาจศาล ศาลยูโกสลาเวียมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมทั้งปวงที่ได้กระทำขึ้นในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่มีและไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ส่วนศาลวันดามีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่ได้กระทำขึ้นในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น

(2) ศาลยูโกสลาเวียมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศ⁶⁰ ส่วนศาลวันดามีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากพื้นฐานทางสัญชาติ การเมือง เผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนา⁶¹ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเขตอำนาจดังกล่าวของศาลทั้งสองแยกออกมาจากกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

⁵⁹ *Ibid.*, p.27.

⁶⁰ ICTY Statute, art.5.

⁶¹ ICTR Statute, art.3.

(3) ศาลยูโกสลาเวียมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมภายใต้ธรรมนูญว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวียซึ่งกระทำในดินแดนของยูโกสลาเวียเดิมในช่วงเวลาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1991 เป็นต้นไปเท่านั้น⁶² ส่วนศาลรวันดามีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมภายใต้ธรรมนูญว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีไม่สงบในสำหรับรวันดาซึ่งกระทำในดินแดนของรวันดาและดินแดนของประเทศเพื่อนบ้าน ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994 ถึง 31 ธันวาคม ค.ศ.1994⁶³

(4) การพิจารณาพิพากษาคดีใดๆ ศาลยูโกสลาเวียจะมีผู้พิพากษาเฉพาะคดี ส่วนศาลรวันดาจะประกอบด้วยผู้พิพากษาศาลชั้นต้น เจ้าหน้าที่บริหาร เจ้าหน้าที่ทางกฎหมายและสืบสวน โดยไม่มีผู้พิพากษาเฉพาะคดี

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาความแตกต่างของศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจทั้งสองกับศาลระหว่างประเทศถาวร จะเห็นได้ว่ากระบวนการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจทั้งสองขึ้นอยู่กับข้อกำหนดอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อดำเนินการต่อวิกฤตการณ์ใดวิกฤตการณ์หนึ่งภายใต้การตัดสินใจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ส่วนการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศถาวรนั้นอยู่ในรูปสนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งขึ้นอยู่กับความยินยอมของรัฐเป็นสำคัญ

ส่วนกรณีปัญหาการขัดกันของเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจทั้งสองกับเขตอำนาจศาลภายในของรัฐนั้น เขตอำนาจศาลระหว่างประเทศย่อมมีเขตอำนาจเหนือกว่าเขตอำนาจศาลภายในประเทศ แต่ในธรรมนูญศาลก็มีได้ปฏิเสธเขตอำนาจศาลภายในของรัฐโดยสิ้นเชิงหากแต่ยอมรับว่าศาลภายในของรัฐมีเขตอำนาจร่วมกันเหนืออาชญากรรมที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจ

⁶² ICTY Statute, art.1.

⁶³ ICTR Statute, art.1.