

บทที่ 2

วิวัฒนาการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการล้างเผ่าพันธุ์

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในการขัดกันทางทหารระหว่างประเทศ (Law of armed conflicts) และเป็นส่วนหนึ่งของ *jus in bello* ซึ่งใช้บังคับในระหว่างเกิดการขัดกันทางทหารขึ้นทุกกรณี โดยไม่ต้องคำนึงว่าการขัดกันทางทหารที่เกิดขึ้นนั้นจะเกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹ โดยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนี้มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการคุ้มครองประชาชนผู้ตกเป็นเหยื่อ (victim) ในสงคราม รวมไปถึงผู้มีส่วนร่วมในการขัดกันทางทหารที่ไม่สามารถเข้าร่วมได้อีกต่อไป เนื่องจาก ความบาดเจ็บ, ความเจ็บป่วยหรือการถูกจับตัว (*hors de combat*) โดยหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศคือ เพื่อเคารพความเป็นปัจเจกบุคคล และการรับรองความเป็นอยู่ของปัจเจกบุคคลในช่วงเวลาสงครามซึ่งมีการขัดกันทางทหารเกิดขึ้น²

การล้างเผ่าพันธุ์นั้นถึงแม้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้ถือเป็นเรื่องของกฎหมายการขัดกันทางทหารอย่างเคร่งครัด แต่ในความเป็นจริงแล้วเห็นได้ชัดว่าฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากโดยเฉพาะในเวลาสงคราม³ ดังจะเห็นได้จาก ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ I และ II และประกอบกับ หลักการการล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างมาก ในอดีตการล้างเผ่าพันธุ์เคยได้รับการนิยามรวมว่าเป็นประเภทหนึ่งในอาชญากรรมทางมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คืออาชญากรรมแห่งมนุษยชาติ (Crimes against Humanity) ก่อนที่จะมีการบัญญัติหลักการของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นมาโดยเฉพาะ ดังนั้นในทางระหว่างประเทศจึงเป็นที่เข้าใจกันว่า หลักการของการล้างเผ่าพันธุ์

¹ Hilaire McCoubrey, International Humanitarian Law: The Regulation of Armed Conflict, (Dartmouth Publishing, 1990) , p.1.

² Jean Pictet, The Principles of International Humanitarian Law, International Committee of The Red Cross, (Geneva, 1966), p.27.

³ ดู The Law of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Regulations and Other Document, edited by Dietrich Schindler, Martinus Nijhoff Publisher, (2004), p.839.

นั้นตกอยู่ในประเภทของกฎหมายการขัดกันทางทหารและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไปโดยปริยาย

1. วิวัฒนาการก่อนมีอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์

หลักการของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์โดยหลักนั้นบัญญัติอยู่ใน “อนุสัญญาเพื่อการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment of The Crimes of Genocide)” ซึ่งได้มีการรับรองโดยสมัชชาแห่งสหประชาชาติในวันที่ 9 ตุลาคม 1948 และได้มีผลบังคับใช้ในเดือนมกราคมในค.ศ. 1951 แต่ในความเป็นจริงอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นั้นได้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีสนธิสัญญาเป็นเวลานานแล้ว ตั้งแต่ในทางระหว่างประเทศยังไม่มีกฏนิยามคำว่า “การล้างเผ่าพันธุ์” (Genocide) ขึ้นมาให้เป็นที่ยอมรับกันในระดับระหว่างประเทศ โดยเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์แต่ละเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตนั้นได้ส่งผลกระทบเป็นวงกว้างไปทั่วโลก เนื่องจากในแต่ละเหตุการณ์มักจะมีผู้ตกเป็นเหยื่อในจำนวนที่มหาศาล ประชาคมโลกจึงตระหนักถึงความรุนแรงและความสำคัญ และได้มีความพยายามที่จะบัญญัติหลักการให้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะตั้งแต่ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ซึ่งสามารถพิจารณาได้ถึงวิวัฒนาการ ดังนี้

1.1 วิวัฒนาการก่อนมีการนิยามอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ในยุคก่อนสงครามโลกครั้งที่สองนั้นยังไม่มีใครได้นิยามคำว่า “การล้างเผ่าพันธุ์” แต่ Winston Churchill⁴ เคยเรียกการล้างเผ่าพันธุ์ในสมัยสงครามโลกว่าเป็น “อาชญากรรมที่ไม่มีชื่อ (Crime without a name)”⁵ นอกจากนี้ ในทางระหว่างประเทศ ซึ่งได้พิจารณาจากการประนามอย่างเป็นทางการของประเทศต่างๆ และการพิจารณาคดีของศาลระหว่างประเทศที่เคยเกิดขึ้นในประวัติศาสตร์ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ I และ II ได้มีการตีความเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์ที่

⁴ นักการเมืองสัญชาติอังกฤษ ซึ่งได้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของอังกฤษระหว่าง ค.ศ. 1940-1945 และ ค.ศ. 1951-1955 ได้รับรางวัลโนเบลสาขาวรรณกรรมในปี 1953 มีบทบาททางวรรณกรรมในสมัยสงครามโลกครั้งที่ I และ II

⁵ Leo Kuper, Genocide: its Political Use in the Twentieth Century, (Genocide: An Anthropological Reader, Blackwell Publisher , 2002), p. 48.

เกิดขึ้น รวมเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) หรืออาชญากรรมสงคราม (War Crimes) โดยสามารถพิจารณาได้จากวิวัฒนาการของเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ ดังนี้

(1) วิวัฒนาการจากเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์ชาวอาร์เมเนียน

ก. ข้อเท็จจริงของเหตุการณ์⁶

เหตุการณ์การสังหารหมู่ที่เกิดขึ้นกับชาวอาร์เมเนียนแห่งอาณาจักรออตโตมันในช่วงสงครามโลกครั้งที่หนึ่งนั้นมักจะถูกเรียกว่าเป็น การล้างเผ่าพันธุ์ชาวอาร์เมเนียน (Armenians Genocide) มีจุดเริ่มต้นมาจากการที่รัฐบาลตุรกีต้องการกำจัดชาวอาร์เมเนียนสองล้านคนที่อาศัยอยู่ในตุรกีออกจากดินแดนบ้านเกิดของตน โดยวิธีการบังคับให้อพยพออกนอกประเทศและการสังหารหมู่ การสังหารหมู่ชาวอาร์เมเนียนมีศูนย์กลางการวางแผนและการบริหารงานโดยรัฐบาลตุรกี เพื่อต่อต้านประชากรชาวอาร์เมเนียนทั้งหมดในอาณาจักรออตโตมัน ซึ่งการดำเนินงานเกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ระหว่างค.ศ. 1915 และ 1918 ชาวอาร์เมเนียนทั้งหมดจะต้องถูก เนรเทศ, ยึดทรัพย์สิน, ลักพาตัว, ฆาตกรรม, สังหารหมู่ และทำให้อดตาย ชาวอาร์เมเนียนจำนวนมากถูกบังคับให้ย้ายจากอาร์เมเนียและอนาโตเลียไปที่ซีเรีย ซึ่งส่วนใหญ่ถูกส่งไปที่ทะเลเพื่อทำให้ตายด้วยอาการขาดน้ำและอาหาร และชาวอาร์เมเนียนอีกจำนวนมากทั่วทั้งอาณาจักรออตโตมันถูกสังหารหมู่อย่างเป็นระบบ (Methodically massacred) ผู้หญิงและเด็กถูกลักพาตัวและถูกทำร้ายร่างกายอย่างรุนแรง ชนชั้นสูงของชาวอาร์เมเนียนทั้งหมดถูกยึดทรัพย์สิน ต่อมาหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 ล้นสุดลงได้เกือบสองปี เหตุการณ์อันร้ายแรงก็ได้เกิดขึ้นอีกใน ค.ศ. 1920-1923 ทำให้ชาวอาร์เมเนียนที่เหลืออยู่ต้องตกอยู่ภายใต้ภาวะการถูกสังหารหมู่และการถูกเนรเทศอีกครั้ง จากเหตุการณ์ทั้งหมดในช่วงระหว่างค.ศ. 1915-1923 มีการประมาณว่าชาวอาร์เมเนียนถูกกำจัดแล้วทั้งสิ้นจำนวน 1.5 ล้านคน จากชาวอาร์เมเนียนทั้งหมดเกือบสองล้านคนที่อาศัยอยู่ในอาณาจักรออตโตมันในสมัยก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยกว่า 1 ล้านคนถูกเนรเทศในค.ศ. 1915 และอีกกว่าแสนคนถูกสังหาร นอกเหนือจากนั้นอาจเสียชีวิตจากการขาดอาหาร, ความเหนื่อยยากและโรคติดต่อที่แพร่ระบาดอย่างรุนแรง

การดำเนินการกำจัดเผ่าพันธุ์อาร์เมเนียนในช่วง 1915-1918 นั้นได้เกิดขึ้นโดยพรรคการเมืองที่มีอำนาจหลักในรัฐบาลของอาณาจักรออตโตมัน ชื่อพรรค The Committee of

⁶<http://www.armenian-genocide.org/genocidfaq.html>

Union and Progress (CUP) หรือเป็นที่รู้จักกันดีในนามของ The Young Turks กลุ่มอำนาจทางทหารเกือบทั้งหมดของรัฐบาลอาณาจักรออตโตมัน ได้มีคำสั่งทางทหารเพื่อให้ก่อการสังหารหมู่ชาวอาร์เมเนียน และยังได้ก่อตั้งองค์กรพิเศษ (Special Organization) ที่มีวัตถุประสงค์อันดับแรกในการก่อการสังหารหมู่ชาวอาร์เมเนียนที่ถูกเนรเทศออกจากประเทศไป ในส่วนของผู้ก่อการสังหารหมู่ชาวอาร์เมเนียนในช่วง 1919-1923 นั้นเกิดขึ้นโดยกลุ่มชาตินิยมชาวตุรกี ซึ่งเป็นกลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองกลุ่มใหม่ที่ไม่เหมือนกลุ่ม Young Turks แต่ว่ามีแนวความคิดเดียวกันในด้านเชื้อชาติ

ในค.ศ. 1915 ซึ่งเป็น 33 ปี ก่อนที่จะมีการรับร่างสนธิสัญญาการล้างเผ่าพันธุ์โดยองค์การสหประชาชาติ การล้างเผ่าพันธุ์ชาวอาร์เมเนียนถูกประชาคมโลกประณามว่าเป็น “อาชญากรรมแห่งมนุษยชาติ” (Crimes against humanity) โดยในปี ค.ศ. 1915 อังกฤษ, ฝรั่งเศส และรัสเซีย ได้มีคำแนะนำให้ผู้นำ Young Turk มีความรับผิดชอบโดยส่วนตัวต่ออาชญากรรมแห่งมนุษยชาตินี้ นอกจากนี้ยังมีการเรียกร้องจากมหาชนอย่างรุนแรงต่อเหตุการณ์การปฏิบัติที่ไม่ชอบต่อชาวอาร์เมเนียนนี้ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งภายหลังสิ้นสุดสงคราม ฝ่ายพันธมิตรได้แสดงความต้องการที่จะให้รัฐบาลออตโตมันดำเนินคดีกับ Young Turk ในข้อกล่าวหาการก่ออาชญากรรมในภาวะสงคราม แต่อย่างไรก็ตาม ประชาคมโลกได้แสดงเพียงการเรียกร้องทางศีลธรรมเท่านั้น แต่ไม่มีการลงมือกระทำการใดอย่างจริงจังต่ออาณาจักรออตโตมัน ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษต่อนโยบายอันโหดร้ายหรือการช่วยเหลือชาวอาร์เมเนียนที่ตกอยู่ภายใต้กรอบของการถูกกำจัด ยิ่งไปกว่านั้นไม่มีการดำเนินการใดๆ ภายหลังสงครามที่จะเรียกร้องให้รัฐบาลตุรกีชดใช้ความเสียหายจำนวนมหาศาลทางทรัพย์สินและชีวิตที่เกิดแก่ชาวอาร์เมเนียน

ข. การพิจารณาคดีภายในประเทศและระหว่างประเทศ

การพิจารณาคดีในศาลภายในประเทศ เกิดขึ้นในศาลพิจารณาคดีสงคราม (Courts-martial) ภายในของประเทศตุรกี ตั้งขึ้นโดยสุลต่าน Mehmed IV เพื่อลงโทษพรรคการเมือง Committee of Union and Progress (CUP) ในตุรกี โดยศาลพิจารณาคดีสงครามกล่าวหาว่าสมาชิกของ CUP ดำเนินการสนับสนุนสงคราม ประเด็นในเรื่องของชาวอาร์เมเนียนถูกยกขึ้นมาเป็นเครื่องมือในการลงโทษผู้นำของพรรค⁷ ในค.ศ. 1919 รัฐมนตรีหลายคนในรัฐบาลสงครามได้ถูกตัดสินว่ามีความผิดโดยศาลพิจารณาคดีสงคราม ในข้อหา “เป็นผู้จัดตั้งองค์กรและ

⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Armenian_Genocide

เป็นผู้ดำเนินการของอาชญากรรมการสังหารหมู่” ต่อชนกลุ่มน้อยชาวอาร์เมเนีย โดยอาชญากรเหล่านี้ถูกตัดสินลงโทษประหารหรือการจำคุกเป็นเวลานาน⁸

การพิจารณาคดีในทางระหว่างประเทศ มีการจัดทำ Treaty of Sevres⁹ เพื่อรับรองสาธารณรัฐประชาธิปไตยอาร์เมเนีย และเพื่อวางแผนในการพิจารณาคดีเพื่อตัดสินผู้ซึ่งมีความรับผิดชอบในการสงครามที่ป่าเถื่อนและไม่ชอบด้วยกฎหมาย... (รวมทั้ง)การกระทำที่ผิดกฎหมายและจารีตแห่งสงครามและหลักการมนุษยชาติ” ซึ่งตุรกีรับรองสิทธิในการพิจารณาคดีไว้ในมาตรา 226 ว่าต้องเป็นคดี “ที่ไม่อยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีหรือลงโทษในศาลภายในของตุรกี” นอกจากนี้ในมาตรา 230 ของ Treaty of Sevres เรียกร้องให้ “รัฐบาลตุรกีจะดำเนินการส่งมอบ ให้กับฝ่ายพันธมิตร ซึ่งตัวบุคคลที่ให้การรับสารภาพเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามีความรับผิดชอบต่อการสังหารหมู่ที่ได้กระทำลงระหว่างสงครามอันต่อเนื่องที่เกิดขึ้นในดินแดนบางส่วนของอาณาจักรตุรกีในวันที่ 1 สิงหาคม 1914 และฝ่ายพันธมิตรได้ส่งวนสิทธิในการจัดตั้งศาลเพื่อพิจารณาคดีแก่บุคคลที่ได้รับการกล่าวหาว่า และตุรกีได้รับรองอำนาจของศาลนั้น”¹⁰ อีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม Treaty of Sevres ไม่เคยได้รับการให้สัตยาบัน และความพยายามตั้งศาลระหว่างประเทศพันธมิตรตามสนธิสัญญานี้ก็ไม่ได้เข้มแข็งพอที่จะเป็นจริง

ค. ผลกระทบต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ความพยายามหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ในการดำเนินคดีระหว่างประเทศในอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นเป็นผลล้มเหลว แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดนั้น ได้ถูกริเริ่มขึ้น และส่งผลให้อีกสองทศวรรษต่อมาผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอาญาได้มีการเสนอแนะอย่างต่อเนื่องเกี่ยวกับการยับยั้งอาชญากรรมระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ผลของสงครามโลกครั้งที่ 1 และการล้างเผ่าพันธุ์ชาวอาร์เมเนีย ยังส่งผลให้ประชาคมโลกสร้างระบบความคุ้มครองชนกลุ่มน้อยภายในชาติขึ้น โดยการรับรอง “สิทธิ

⁸ William A.Schabas, Genocide in International Law: the Crimes of Crimes, Cambridge University Press (2000), p.21.

⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/Armenian_Genocide

¹⁰ William A.Schabas, *supra* note 8, p. 22.

ในการที่จะมีชีวิตอยู่” (Right to life)¹¹ โดยได้เน้นถึงกลุ่มซึ่งสามารถระบุได้โดย ชาติพันธุ์, เชื้อชาติ และศาสนา ซึ่งถือเป็นความก้าวหน้าอย่างหนึ่งของระบบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ สมัยใหม่และเป็นการริเริ่มการพัฒนาการของกฎหมายการล้างเผ่าพันธุ์ และยังได้ส่งอิทธิพลต่อการพัฒนาและการขยายขอบเขตของหลักการการล้างเผ่าพันธุ์ให้กับ Raphael Lemkin ซึ่งเป็นผู้คิดค้นคำว่า “ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” (Genocide) และหลักการเบื้องต้นของการล้างเผ่าพันธุ์ ในเวลาต่อมาอีกด้วย

(2) วิวัฒนาการจากเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว

ก. ข้อเท็จจริงของเหตุการณ์

เหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว เป็นที่รู้จักกันในนาม “Holocaust”¹² เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 (ค.ศ.1941-1945) โดยพรรคการเมืองของเยอรมัน นำโดย นายอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ เป็นผู้ริเริ่มในการล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวให้หมดไปจากโลก และเป็นผู้ดำเนินการเข้าร่วมในสงครามโลกครั้งที่ 2 ของเยอรมัน การล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวนั้นเกิดขึ้นอย่างเป็นระบบอย่างเห็นได้ชัดเมื่อเปรียบเทียบกับ การล้างเผ่าพันธุ์ชาวอาร์เมเนียน เนื่องจากการล้างเผ่าพันธุ์นั้นดำเนินขึ้นอย่างเป็นเครือข่ายทั่วทั้งยุโรปตะวันออก ทั้งในดินแดนที่เป็นอาณานิคมของเยอรมันและดินแดนไม่ได้เป็นอาณานิคม การตั้งค่ายกักกันนั้นมีผู้ควบคุมดูแลเปรียบเสมือนหน่วยงานท้องถิ่น รวมทั้งการตั้งค่ายแรงงานทาสเพื่อเกณฑ์ชาวยิวมาใช้แรงงาน โดยทุกขั้นตอนมีการตรวจสอบลงทะเบียนอย่างครบถ้วนเป็นระบบ การสังหารหมู่นั้นก็มีขั้นตอน เปรียบเสมือนเป็นกระบวนการที่ได้รับการวางแผนอย่างเป็นระบบโดยกลุ่มรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เหตุการณ์ต่างๆ สามารถพิจารณาตามลำดับเวลาได้ดังนี้

ในค.ศ. 1941 เยอรมันได้โจมตีและรุกรานโปแลนด์ตะวันออกและสหภาพโซเวียต กองกำลังของเยอรมันได้จัดตั้งหน่วยเคลื่อนที่ทางทหารเพื่อการฆ่า (Einsatzgruppen) ในการ

¹¹ Treaty of Peace Between the United States of America, the British Empire, France, Italy and Japan, and Poland,(1919) TS 8, art.2: ‘Poland undertake to assure full and complete protection of life and liberty to all inhabitants of Poland without distinction of birth, nationality, language, race or religion’

¹² รากศัพท์มาจากภาษากรีก โดย “holos” หมายความว่า completely และ “kaustos” หมายความว่า “burnt”

สังหารหมู่ชาวยิวทั่วทั้งยุโรปตะวันออกรวมทั้งในสหภาพโซเวียตตะวันตก โดยกองกำลังนี้มีเป้าหมายช่วงตลอดระยะเวลาสงครามเพื่อที่จะกำจัดชาวยิว รวมไปถึง พวกยิปซี, คาทอลิกและพวกชนกลุ่มน้อยอื่น ชาวยิวได้ถูกเนรเทศออกจากประเทศอาณานิคมในยุโรป โดยมีการจัดให้ไปอยู่รวมกันในเมืองเล็กๆ(ghetto) ซึ่งส่วนใหญ่จะตายเพราะอดอาหารหรือโรคติดต่อเหมือนกันทุกๆเมือง หรืออาจโดนยิงตายด้วยข้ออ้างความผิดเพียงเล็กน้อย นอกจากนี้ยังได้มีการจัดสถานที่โดยเฉพาะในโปแลนด์เพื่อการทำลายล้างชาวยิว และยังจัดให้มีพาหนะเคลื่อนที่ในการรณรงค์พิชิตโดยเริ่มใช้ในโปแลนด์, ลัตเวียและเชอร์เบีย เมื่อถึงสิ้นค.ศ. 1941 ชาวยิวจำนวน 440,000 คนเสียชีวิต และมีจำนวนมากที่ตายหลังจากถูกบังคับให้ขุดหลุมฝังศพของตนเอง

ในค.ศ. 1942 การล้างเผ่าพันธุ์ได้มีการร่วมมือจัดทำเป็นอุตสาหกรรมทั่วทั้งยุโรป เรียกว่า ปฏิบัติการ “Final Solution” โดยการสร้าง death camps มากขึ้น เช่น ในเมืองต่างๆของโปแลนด์ และในดินแดนอาณานิคมเยอรมันรัสเซีย โดยจัดให้มีการทดลองโดยใช้พิษ ใช้การขนส่งชาวยิวทางรถไฟจากทั่วทั้งยุโรป ชาวยิว ดัชท์, เบลเยียม และสโลวัก ถูกเนรเทศออก โดยในบางแห่งมีความร่วมมือจากตำรวจท้องถิ่นและดินแดนอาณานิคมเพื่อให้ความช่วยเหลือในการเนรเทศสิ้นปี 1942 ชาวยิวเสียชีวิตทั้งสิ้น 2.7 ล้านคน ต่อมาใน ค.ศ. 1943 ปฏิบัติการนี้ได้ขยายไปสู่บัลขาน, เนเธอร์แลนด์, เบลเยียม, ฝรั่งเศส, อิตาลีและกรีซ นาซีได้ประกาศปฏิบัติการ “Harvest” เพื่อที่จะทำลายล้างชาวยิวในโปแลนด์ให้สิ้นซาก ส่งผลให้ชาวยิวจำนวน 40,000 คนถูกยิงตายต่อวัน

ค.ศ. 1944 ในฮังการีซึ่งเป็นดินแดนอาณานิคมของเยอรมัน ชาวยิวจำนวน 700,000 คนถูกส่งไปที่ death camp ในเยอรมัน และอีกหลายพันคนถูกคัดเลือกไปในค่ายแรงงานทาส ชาวยิวสองคนได้หลบหนีไปทางตะวันตกและได้รายงานกับทางตะวันตกถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ทำให้เมืองเล็กๆ ที่กักขังชาวยิว (ghetto) ได้ถูกค้นพบและรื้อถอน และเมื่อสถานการณ์ดูเหมือนว่าฝ่ายเยอรมันจะเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ในดินแดนเยอรมันจึงมีการอพยพย้ายค่ายชาวยิวเชลยศึกชาวยิวจำนวนหลายแสนคนถูกบังคับให้เดินทางโดยไร้จุดหมายและส่วนใหญ่เป็นการเดินเท้า การเดินทางที่เรียกว่า “ขบวนแห่งความตาย” (death marches) นั้นเดินทางไปทั่วยุโรปตะวันออก หลายคนถูกทิ้งไว้ตามข้างถนนให้ตายจากความอ่อนแรง, ความหิวโหยและความเจ็บป่วย หรืออาจโดนยิงเพราะว่าไม่สามารถเดินต่อไปไหว ในค่ายแรงงานทาสและค่ายเชลยศึกต่างๆ เริ่มมีการก่อการปฏิวัติ

ในค.ศ. 1945 กองกำลังของโซเวียต, สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ เริ่มเข้ามาเพื่อช่วยปลดปล่อยค่ายต่างๆ รวมทั้ง กองกำลังของฝ่ายพันธมิตรในสงครามโลกครั้งที่ 2 ยังเข้ามาช่วย

ปลดปล่อยนักโทษที่รอดชีวิตจำนวน 15,000 คนจาก 26,000 คน ในขบวนแห่งความตายที่เดินทางมาแล้ว 12 วันจากค่าย ต่อมาอีกไม่นาน ฮิตเลอร์ได้ทำการฆ่าตัวตาย และประเทศเยอรมันจึงได้ประกาศยอมแพ้สงคราม

หลังจากสงครามสิ้นสุดลงในค.ศ. 1945 ศาลระหว่างประเทศได้รับการจัดตั้งขึ้นที่เมืองนูเรมเบิร์ก เพื่อพิจารณาคดีกับผู้นำนาซี 22 คน โดยใน ค.ศ. 1946 ผู้นำ 12 คนถูกลงโทษประหารโดยการแขวนคอ และอีก 7 คนถูกลงโทษจำคุก แต่อีก 3 คนได้รับการตัดสินให้พ้นโทษ และได้มีการพิจารณาลงโทษประหารชีวิตเจ้าของและผู้จัดการบริษัทที่ผลิตแก๊สพิษซึ่งนำไปใช้ใน death camps นอกจากนี้ยังมีการพิจารณาคดีนาซีหลายพันคนในศาลภายในของประเทศเยอรมัน และประเทศที่มีการจับกุมตัวนาซีได้ ประมาณ 450 คนต้องโทษประหารชีวิต และส่วนใหญ่ต้องโทษจำคุก โดยรวมแล้วระหว่างค.ศ. 1945-1985 มากกว่า 5,000 คนถูกตัดสินว่าก่ออาชญากรรมสงคราม ต้องโทษประหารชีวิตและอีก 10,000 คนถูกต้องโทษจำคุก¹³

ข. การพิจารณาคดีในศาลระหว่างประเทศ

ในค.ศ. 1945 ประเทศมหาอำนาจทางสงคราม 4 ประเทศหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 คือ สหรัฐอเมริกา, สหภาพโซเวียต, สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ได้ทำ “ข้อตกลงเพื่อการพิจารณาคดีและลงโทษอาชญากรรมสงครามในฝ่ายอักษะยุโรป” (Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminal of the European Axis) หรือ “ข้อตกลงลอนดอน” (London Agreement) ลงวันที่ 8 สิงหาคม 1945 มีผลในการก่อตั้งศาลทางทหารประเทศ (The International Military Tribunal) เพื่อนำอาชญากรรมสงครามเยอรมันในฝ่ายอักษะยุโรปมาตัดสินและลงโทษในสถานที่ที่ความผิดได้เกิดขึ้น โดยสถานที่ตั้งของศาลทางทหารระหว่างประเทศดังกล่าว คือในเมืองนูเรมเบิร์ก ประเทศเยอรมันนั่นเอง และในขณะเดียวกัน ยังได้มีการก่อตั้งศาลทางทหารเพื่อพิจารณาคดีในฝั่งตะวันออกไกล (The International Military Tribunal for the Far East) ขึ้นในเมืองโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น เพื่อการพิจารณาคดีเป็นกรณีพิเศษที่เกิดขึ้นในเขตประเทศทางตะวันออกอีกด้วย¹⁴

¹³ http://www.ppu.org.uk/genocide/g_holocaust.html

¹⁴ ดู London Agreement on War Criminals 1945, The Law of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Regulations and Other Document, edited by Dietrich

Schindler, Martinus Nijhoff Publisher, (2004), p.1253.

พื้นฐานทางกฎหมายในการก่อตั้งศาลระหว่างประเทศนี้คือ กฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศ (Charter of the International Military Tribunal) กฎบัตรศาลได้บัญญัติเขตอำนาจและหลักการทั่วไปของศาลในการพิจารณาคดี ไว้ในมาตรา 6¹⁵ ดังนี้

“ศาล...มีอำนาจในการพิจารณาและลงโทษบุคคลที่กระทำการเพื่อผลประโยชน์ของประเทศฝ่ายอักษะยุโรป ไม่ว่าในฐานะเอกชนหรือฐานะสมาชิกขององค์กร ซึ่งได้ก่ออาชญากรรมใดๆ ดังต่อไปนี้

(ก) *อาชญากรรมต่อสันติภาพ* กล่าวคือ การวางแผน, การเตรียม, การริเริ่ม, การเข้าร่วมสงครามการรุกราน หรือสงครามที่ละเมิดสนธิสัญญาระหว่างประเทศ, ข้อตกลงหรือข้อรับรอง, หรือมีส่วนร่วมในแผนการหรือสมคบคิด เพื่อให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้นประสบความสำเร็จ

(ข) *อาชญากรรมสงคราม* กล่าวคือ การละเมิดกฎหมายหรือจารีตแห่งสงคราม ซึ่งการละเมิดดังกล่าวรวมถึง แต่ไม่ได้จำกัดเพียงแค่ การฆาตกรรม, การทรมาน หรือการเนรเทศให้ไปใช้แรงงานทาส หรือเพื่อจุดประสงค์อื่น ต่อประชาชนพลเมืองของหรือในประเทศอาณานิคม, การฆาตกรรมหรือการทรมาน ต่อนักโทษสงครามหรือบุคคลในทะเล, การฆ่าตัวประกัน, โจรกรรมทรัพย์สินของเอกชนหรือของรัฐ, การทำลายล้างเมืองใหญ่, เมืองเล็กหรือหมู่บ้าน หรือการทำลายล้างโดยไม่มีความจำเป็นทางทหาร

(ค) *อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ* กล่าวคือ การฆาตกรรม, การทำลายล้าง, การทำให้เป็นทาส, การเนรเทศ และการกระทำที่ผิดมนุษยธรรมอื่น ที่กระทำลงต่อประชาชนพลเมืองก่อนหรือขณะสงคราม หรือ การข่มเหงลงโทษโดยใช้พื้นฐานทางการเมือง, ชาติพันธุ์ หรือศาสนา โดยเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตาม หรือโดยมีส่วนเกี่ยวข้องกับ อาชญากรรมใดๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล ไม่ว่าจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในของประเทศที่เกิดการกระทำผิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม”

ในขณะการพิจารณาคดีในศาลทหารระหว่างประเทศนั้น มีการริเริ่มนำคำว่า “การล้างเผ่าพันธุ์” มาใช้ในศาล โดยการคิดริเริ่มคำนี้มาจากนักกฎหมาย Raphael Lemkin ซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีในฐานะผู้ริเริ่มและผู้ต่อสู้เพื่อสนธิสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในเวลาต่อมา ซึ่งคำว่า “การ

¹⁵ Article 6 of Charter of the International Military Tribunal ,Ibid, p.1256

ล้างเผ่าพันธุ์” นั้นได้รับการนำมาใช้ในการดำเนินคดี ในคดีของอาชญากรรมสงครามคนสำคัญชาวเยอรมัน Hermann Goering ในศาลนูเรมเบิร์ก โดยจำเลยถูกตั้งข้อหาว่า “ก่อการล้างเผ่าพันธุ์โดยไตร่ตรองไว้ก่อนอย่างเป็นระบบ กล่าวคือ การทำลายล้างกลุ่มเชื้อชาติหรือกลุ่มชาติพันธุ์ ต่อประชากรพลเมืองในดินแดนที่ตกเป็นอาณานิคม เพื่อที่จะทำลายอย่างเฉพาะเจาะจง ในเผ่าพันธุ์และชนชั้นของประชาชนและชาติ, กลุ่มเชื้อชาติหรือกลุ่มศาสนา โดยเฉพาะ ชาวยิว, ชาวโปแลนด์และชาวซิปี”¹⁶ การพิจารณาคดีครั้งนี้ถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่การล้างเผ่าพันธุ์ได้เป็นที่รู้จักกันในทางระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าในคำตัดสินเด็ดขาดในการพิจารณาอาชญากรรมสงครามนั้น จะไม่ได้ใช้คำว่า “การล้างเผ่าพันธุ์” เนื่องจากยังไม่มีกรณียาการค้าคำคำนี้ก็ตาม แต่การพิจารณาคดีในศาลอาชญากรรมนูเรมเบิร์กนี้ก็ถือเป็นการสร้างหลักการในการล้างเผ่าพันธุ์ที่สำคัญ ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศวันดาเยย์เคยบันทึกไว้ว่า “อาชญากรรมที่พิจารณาโดยศาลนูเรมเบิร์กนั้น...มีองค์ประกอบเป็นการล้างเผ่าพันธุ์อย่างมาก แต่ศาลไม่สามารถที่จะนิยามว่าเป็นเช่นนั้นได้เนื่องจาก อาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ยังไม่ได้มีกรณียาการค้าถึงจนกระทั่งในเวลาต่อมา”¹⁷

ศาลนูเรมเบิร์กได้ปฏิบัติหน้าที่ตั้งแต่ 20 พฤศจิกายน 1945 จนถึง 31 สิงหาคม 1946 เป็นเวลาทั้งหมด 218 วันของการพิจารณาคดี คำพิพากษาได้รับการประกาศเมื่อวันที่ 30 กันยายน และ 1 ตุลาคม 1946 โดยผลของคำพิพากษา คือ จำเลย 12 คน ถูกลงโทษประหารโดยการแขวนคอ อีก 7 คน ถูกลงโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือน้อยกว่า

ค. ผลทางกฎหมายในการพิจารณาคดีที่ศาลอาชญากรรมนูเรมเบิร์ก

สมัชชาสหประชาชาติมีข้อมติที่ 177 (II) ให้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) สรุปหลักการกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับจากการตัดสินคดีในศาล คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้มี “หลักการทางกฎหมาย

¹⁶ “Conducted deliberate and systematic genocide, viz., the extermination of racial and national groups, against the civilian populations of certain occupied territories in order to destroy particular races and classes of people and national, racial or religious groups, particularly Jews, Poles and Gypsies.”

¹⁷ *Prosecutor v. Kambanda* (Case No. ICTR 97-23-S), Judgment and Sentence, 4 September 1998, para. 16.

ระหว่างประเทศที่ได้จากกฎบัตรศาลนูเรมเบิร์กและการตัดสินของศาล”¹⁸ (Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal) โดยมีการรับข้อมติในเดือน กรกฎาคม 1950 สรุปหลักการทางกฎหมายระหว่างประเทศเอาไว้ 7 หลักการ ดังนี้

“หลักการที่ 1 ผู้ใดก็ตามที่กระทำการซึ่งถือเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นผู้มีความรับผิดชอบในการนั้น และต้องถูกลงโทษ

หลักการที่ 2 กรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดอัตราโทษสำหรับการกระทำที่ถือเป็นอาชญากรรมภายใต้ระหว่างประเทศ ไม่มีผลเป็นการทำให้บุคคลผู้กระทำการหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักการที่ 3 กรณีที่บุคคลผู้กระทำการที่ถือเป็นความผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ กระทำลงในฐานะหัวหน้าของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ ไม่มีผลเป็นการทำให้บุคคลนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักการที่ 4 กรณีที่บุคคลกระทำการตามคำสั่งของรัฐบาล หรือผู้บังคับบัญชา ไม่มีผลเป็นการทำให้บุคคลนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้าในความเป็นจริงบุคคลนั้นสามารถเลือกทางที่มีศีลธรรมมากกว่าได้

หลักการที่ 5 ผู้ใดก็ตามที่ถูกตั้งข้อหาว่ากระทำอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ มีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่ยุติธรรม ทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

หลักการที่ 6 อาชญากรรมดังนี้ ได้รับการกำหนดให้ลงโทษได้ในฐานะอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

(ก) อาชญากรรมต่อสันติภาพ:

¹⁸ Principle of the Nuremberg Tribunal 1950, The Law of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Regulations and Other Document, edited by Dietrich Schindler, Martinus Nijhoff Publisher, (2004), p.1263.

(i) การวางแผน, การเตรียม, การริเริ่ม, การเข้าร่วมสงครามการรุกราน หรือสงครามที่จะเกิดสนธิสัญญาระหว่างประเทศ, ข้อตกลงหรือข้อรับรอง

(ii) การมีส่วนร่วมในแผนการหรือสมคบคิด เพื่อให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งภายใต้ (i) ประสบความสำเร็จ

(ข) อาชญากรรมสงคราม:

การละเมิดกฎหมายหรือจารีตแห่งสงคราม ซึ่งการละเมิดดังกล่าวรวมถึง แต่ไม่ได้จำกัดเพียงแค่ว่า การฆาตกรรม, การทรมาน หรือการเนรเทศให้ไปใช้แรงงานทาส หรือเพื่อจุดประสงค์อื่น ต่อประชาชนพลเมืองของหรือในประเทศอาณานิคม, การฆาตกรรมหรือการทรมาน ต่อนักโทษสงครามหรือบุคคลในทะเล, การฆ่าตัวประกัน, โจรกรรมทรัพย์สินของเอกชนหรือของรัฐ, การทำลายล้างเมืองใหญ่, เมืองเล็กหรือหมู่บ้าน หรือการทำลายล้างโดยไม่มีควมจำเป็นทางทหาร

(ค) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ:

การฆาตกรรม, การทำลายล้าง, การทำให้เป็นทาส, การเนรเทศ และการกระทำที่ผิดมนุษยอย่างอื่น ที่กระทำต่อประชาชนพลเมือง หรือ การข่มเหงลงโทษโดยใช้พื้นฐานทาง การเมือง, ชาติพันธุ์ หรือศาสนา เมื่อการกระทำเหล่านั้นได้กระทำลงหรือการข่มเหงลงโทษนั้นได้ดำเนินไป โดยเพื่อการดำเนินการตามหรือโดยมีความเกี่ยวข้องกับ อาชญากรรมต่อสันติภาพหรือ อาชญากรรมสงคราม

หลักการที่ 7 การสมรู้ร่วมคิดในการก่ออาชญากรรมต่อสันติภาพ, อาชญากรรมสงคราม, อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ดังที่ได้กำหนดในหลักการที่ 6 นั้นถือเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ”

จากหลักการของสมัชชาสหประชาชาติทั้งหมด 7 ข้อนั้น แสดงให้เห็นถึง การพัฒนาหลักการทางกฎหมายในทางสากลที่เกิดจากการพิจารณาคดีในศาลอาชญากรรมนูเรมเบิร์กหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ขึ้นสองประการหลัก¹⁹ ประการแรกคือ การก่อตั้งความรับผิดชอบ

¹⁹ David Hirsh, Law against Genocide: Cosmopolitan Trials, Glasshouse Press (2003), p.23.

กฎหมายของปัจเจกบุคคล (Legal Responsibility of Individuals) ในส่วนเฉพาะที่บุคคลนั้นได้กระทำการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จากการกระทำทั้งหมดที่ได้กระทำลงในรูปแบบของความเป็นกลุ่มหรือเป็นองค์กร และประการที่สองคือ ก่อให้เกิดการบัญญัติอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) ให้เป็นลายลักษณ์อักษร และสร้างให้อาชญากรรมดังกล่าวเป็นอาชญากรรมที่มีเขตอำนาจสากล (Universal jurisdiction)

ในประการแรก การที่ศาลได้ก่อตั้งความรับผิดชอบของปัจเจกชนขึ้นนั้น ศาลได้นำความเกี่ยวโยงของปัจเจกบุคคลกับการกระทำของปัจเจกบุคคลนั้นๆ มาใช้ในการพิจารณาคดี และศาลจะปฏิเสธทุกข้อแก้ต่างที่ระบุว่ากระทำการลงไปเพื่อชาติหรือรัฐบาล แต่การพิจารณาของศาลจะอยู่ในข้อจำกัดว่าผู้กระทำความผิดต้องมีทางเลือกว่าจะกระทำความผิดหรือไม่กระทำก็ได้ ดังจะเห็นได้จากหลักการที่ 4 ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และถ้าไม่มีทางเลือก ศาลก็จะพิจารณาว่าเป็นการป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมาย การสร้างหลักการความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลนี้ ถือเป็นการสร้างหลักการที่สำคัญและมีความก้าวไกลมากของศาลนูเรมเบิร์ก ซึ่งหลักการนี้ได้มีการรับนำไปปฏิบัติตามโดยศาลอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งในยูโกสลาเวีย เกาหลีเหนือ และในรวันดา

ประการที่สอง กระบวนการพิจารณาคดีของศาลนั้น ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการทำให้แนวคิดกฎหมายอาญาสากลนั้นเป็นความจริง กล่าวคือ การที่ศาลได้ยอมรับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ ถือได้ว่าเป็นการประกาศต่อประชาคมโลกว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเรื่องของมนุษย์ทุกคนบนโลก และเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีอำนาจเหนือรัฐ (Supra-national) หรือเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจควบคุมของรัฐนั่นเอง

นอกจากนี้การพิจารณาคดีที่ศาลนูเรมเบิร์กยังได้ส่งผลต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์โดยตรง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การพิจารณาคดีในศาลนูเรมเบิร์กนั้นได้มีการนำคำว่า “การล้างเผ่าพันธุ์” มาใช้ในการตั้งข้อหาจำเลยในการพิจารณาคดี โดยถึงแม้ว่าศาลจะนำไปใช้ในคำพิพากษาอย่างเป็นทางการไม่ได้ เนื่องจากในตอนนั้นการล้างเผ่าพันธุ์ยังไม่ได้รับการนิยามอย่างเป็นทางการ เป็นเพียงแนวความคิดของนักกฎหมาย Raphael Lemkin เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาคดีของศาลก็เป็นการประกาศหลักการของการล้างเผ่าพันธุ์ให้เป็นที่รู้จักในทางระหว่างประเทศ และยังได้มีการก่อตั้งแนวทางการล้างเผ่าพันธุ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศขึ้น จะเห็นได้ดังที่จะกล่าวในบทถัดไปในการร่างอนุสัญญา

เพื่อการล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งได้มีขึ้นหลังจากการพิจารณาคดีไม่นาน ก็ได้นำหลักการจากการพิจารณาคดีในศาลนูเรมเบิร์กมาประกอบการพิจารณาการร่างอนุสัญญาเช่นเดียวกัน

1.2 วิวัฒนาการหลังมีการนิยามอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

(1) การบัญญัติคำว่า “การล้างเผ่าพันธุ์” โดย Raphael Lemkin หลังสงครามโลกครั้งที่สอง

Raphael Lemkin เป็นนักกฎหมายชาวโปแลนด์ เจ้าของผลงาน “Axis Rule in Occupied Europe” ซึ่งเป็นผลงานก่อตั้งหลักการ “ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ให้เป็นที่รู้จักกันในทางระหว่างประเทศ ใน ค.ศ. 1944 ในช่วงทศวรรษก่อนหน้าที่จะมีผลงาน Raphael Lemkin เป็นที่รู้จักในทางระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นนักคิดคนสำคัญในด้านกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ในช่วงค.ศ. 1933 Lemkin ได้เข้าร่วมการประชุมระหว่างประเทศเพื่อบัญญัติกฎหมายอาญา และได้เสนอต่อที่ประชุมให้ประกาศ การทำลายล้าง เผ่าพันธุ์, ศาสนา หรือสังคม เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ²⁰ โดยความตั้งใจมาจากการที่อยากจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในการสังหารหมู่ชาวอาร์มาเนียน

ต่อมาในค.ศ. 1944 Lemkin ได้ตีพิมพ์หนังสือ *Axis Rule in Occupied Europe* เพื่อเป็นการยืนยันในหลักการเก่า ซึ่งในครั้งนี้ได้มาปรากฏอีกครั้งในเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว โดยกลุ่มนาซีในสงครามโลกครั้งที่สอง โดยมีบทหนึ่งทั้งบทที่อุทิศให้กับเรื่อง “การล้างเผ่าพันธุ์” (genocide)

ก. การนิยามคำว่า การล้างเผ่าพันธุ์

ในหนังสือ *Axis Rule in Occupied Europe* ของ Raphael Lemkin ส่วนใหญ่จะประกอบด้วยทศวรรษในการวิเคราะห์ในรายละเอียดในข้อกฎหมายและคำพิพากษาเกี่ยวกับ ฝ่ายอักษะในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 และพวงรัฐบาลภายใต้ความควบคุมในดินแดนอาณานิคมอื่นๆ บทหนึ่งของหนังสือได้ทุ่มเทให้กับเรื่องอาชญากรรมใหม่ เรื่องการล้างเผ่าพันธุ์²¹ โดย Lemkin ได้ริเริ่มนิยามคำใหม่เพื่อให้นำไปใช้กับแนวความคิดใหม่ โดยคำว่า ‘genocide’ นั้น ได้รับการประกอบมาจาก คำว่า ‘genos’ ซึ่งเป็นภาษากรีกโบราณ แปลว่า กลุ่มชาติพันธุ์หรือเชื้อชาติ (race,

²⁰ Leo Kuper, *supra* note 5, p. 55

²¹ William A. Schabas, *supra* note 8, p. 27.

tribe) กับคำว่า ‘cide’ ในภาษาลาติน ที่แปลว่า การฆ่า (killing) เพื่อให้สอดคล้องกับรูปแบบของคำ ดังเช่น Tyrannicide (การฆ่าผู้ปกครองเผด็จการ), Homicide (การฆาตกรรม) , Infanticide (การฆ่าทารก) และ Suicide (การฆ่าตัวตาย) เป็นต้น

การริเริ่มนิยามคำว่า การล้างเผ่าพันธุ์นั้น ในความเป็นจริงไม่ได้เกิดขึ้นภายหลังการพิจารณาคดีในศาลนูเรมเบิร์ก แต่เนื่องจากในทางระหว่างประเทศนั้นยังไม่ได้มีการยอมรับหลักการอย่างเป็นทางการ จากองค์การสหประชาชาติหรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งในเวลา นั้นองค์การระหว่างประเทศเหล่านี้เป็นองค์การหลัก ศาลนูเรมเบิร์กจึงไม่หยิบยกคำศัพท์คำนี้มาใช้ อย่างเป็นทางการในคำพิพากษาดัดสิน แต่อย่างไรก็ตามในภายหลัง Raphael Lemkin ก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นบิดาแห่งการล้างเผ่าพันธุ์ โดยทั้งคำนิยามและหลักการของ Lemkin นั้นได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการโดยองค์การสหประชาชาติและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ข. ความหมายของการล้างเผ่าพันธุ์

ในหนังสือ Axis Rule in Occupied Europe บทที่ IX “Genocide” ได้มีการนิยามความหมายของคำว่า ‘Genocide’ ว่า²² “การทำลายล้างกลุ่มชาติ หรือกลุ่มชาติพันธุ์ ซึ่งคำนิยามใหม่นี้ คิดค้นขึ้นโดยผู้เขียนเอง เพื่อนำไปใช้กับทางปฏิบัติเก่าที่เกิิดการพัฒนาขึ้นในสมัยใหม่” และยังได้ให้คำอธิบายเพิ่มเติมอีกว่า “ตามความหมายทั่วไป การล้างเผ่าพันธุ์ไม่จำเป็นต้องหมายความว่า การทำลายล้างทั้งชาติในฉบับล้น ... แต่จะหมายความว่า แผนการร่วมกันในการกระทำต่างๆ ที่มีจุดมุ่งหมายในการทำลายล้างพื้นฐานที่จำเป็นของชีวิตของกลุ่มชาตินั้นๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะทำลายตัวกลุ่มนั่นเอง” แผนการในการทำลายตัวกลุ่มดังกล่าว นั้น Lemkin ยังได้จำแนกอีกว่า “แผนการต้องมีลักษณะเป้าหมายในการทำให้เกิดการสลายตัวของ สถาบันทางการเมืองและทางสังคม, ทางวัฒนธรรม, ภาษา, ความรู้สึกของความเป็นชาติ, ศาสนา และการดำรงอยู่ทางเศรษฐกิจของกลุ่มชาติ และการทำลายความมั่นคง, อิสรภาพ, สุขภาพ, ศักดิ์ศรี ของมนุษย์ และแม้แต่วิตของปัจเจกบุคคลที่เป็นสมาชิกของกลุ่ม โดยการล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องกระทำโดยตรงต่อกลุ่มของชาติโดยแท้ ซึ่งการกระทำที่เกี่ยวข้องจะกระทำโดยตรงต่อปัจเจกชน แต่ไม่ใช่ในฐานะที่เป็นบุคคลนั้นๆ แต่เป็นในฐานะที่บุคคลนั้นเป็นสมาชิกคนหนึ่งของกลุ่มชาติ” คำนิยามดังกล่าวได้รับการนำไปใช้ในการดำเนินคดีในศาลนูเรมเบิร์กดังที่ได้กล่าว

²² Raphael Lemkin, Genocide, edited by Alexander Laban Hinton, Genocide: an Anthropological Reader, Blackwell Publisher (2002) p.27.

มาแล้ว โดยถือเป็นการรับรู้อย่างเป็นทางการครั้งแรกของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ในทางระหว่างประเทศ แต่ถึงแม้ว่า การตัดสินคดีของศาลนูเรมเบิร์กนั้นไม่มีการนำสาระสำคัญของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์มาใช้ แต่ทว่าในภายหลัง การพิจารณาคดีในศาลสูงภายในของโปแลนด์ ซึ่งได้มีขึ้นระหว่างเดือนสิงหาคมถึงกันยายน 1946 โจทก์ได้ตั้งข้อหาต่อผู้ถูกกล่าวหาด้วยอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ และศาลได้ตัดสินว่า การทำลายล้างโดยไม่เลือก ซึ่งชาวยิวและรวมไปทั้งชาวโปแลนด์นั้น มีลักษณะเป็นการล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งความหมายในทางกายภาพ และรวมไปถึงความหมายในทางทำลายชีวิตทางวัฒนธรรมของชาติเหล่านั้นด้วย²³ การยอมรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าว ถึงแม้จะเป็นการตัดสินโดยศาลภายใน แต่ว่าเป็นการพิพากษาในอาชญากรรมระหว่างประเทศและยังเป็นการตัดสินโดยศาลสูง เพราะฉะนั้นจึงอาจถือได้ว่า จากทฤษฎีของ Lemkin นั้นได้ก่อให้เกิดการเริ่มต้นในการยอมรับหลักการการล้างเผ่าพันธุ์ในทางระหว่างประเทศขึ้นแล้ว

นอกจากนี้ Lemkin ยังได้กล่าวถึงการล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวของเหล่านาซี ซึ่งทำให้เกิดเป็นบ่อเกิดของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์อีกด้วยว่า หลักการล้างเผ่าพันธุ์นั้น ขัดแย้งกับเนื้อหาของหลักการในกฎหมายสงคราม (law of war) ที่บัญญัติอยู่ในสนธิสัญญากรุงเฮก ซึ่งได้ยึดถือว่าสงครามนั้นต้องกระทำต่อรัฐและกองกำลังทางทหาร ไม่ใช่ต่อพลเมือง²⁴ แต่การล้างเผ่าพันธุ์ที่ดินแดนอาณานิคมของเยอรมันทั้งหลายก่อนนั้นไม่ได้ยึดถือตามหลักการสงครามตามสนธิสัญญากรุงเฮกนี้ ส่งผลให้ เยอรมันเข้าร่วมและดำเนินสงครามที่ไม่ใช่เพียงกระทำต่อดินแดนและกองกำลังทางทหารของประเทศศัตรูเท่านั้น แต่ต่อประชาชนของประเทศเหล่านั้นด้วย²⁵

ทฤษฎีเหล่านี้ของ Raphael Lemkin ทำให้ต่อมาเขาได้รับการขนานนามว่าเป็นบิดาแห่งการล้างเผ่าพันธุ์ และหลักการของเขาก็ได้มีการนำมาพัฒนาเป็นหลักการที่บัญญัติอยู่ในสนธิสัญญาเพื่อป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ใน ค.ศ. 1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948) โดยมี Raphael Lemkin

²³ Leo Kuper, *supra* note 5, p. 55.

²⁴ *The Rousseau-Portalis Doctrine "War is not (...) a relationship between man and man but between State and State"* คูใน Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, แปลโดย Christopher Betts, Oxford University Press, (1994), Book I, p.51.

²⁵ Raphael Lemkin, *supra* note 22, p.28

เป็นหนึ่งในคณะกรรมการพิเศษเพื่อร่างอนุสัญญาดังกล่าวให้กับองค์การสหประชาชาติด้วย ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดต่อไป

ค. ลักษณะของการล้างเผ่าพันธุ์

Raphael Lemkin ได้แยกแยะว่าการล้างเผ่าพันธุ์นั้นแบ่งได้ออกเป็นสองขั้นตอน โดยขั้นตอนที่ 1 คือ การทำลายล้างรูปแบบชาติของกลุ่มผู้ถูกข่มเหง (Destruction of national pattern of the oppressed group) ขั้นตอนที่ 2 คือ การบังคับให้ชาตินั้นมีรูปแบบตามชาติของกลุ่มผู้ข่มเหง (Imposition of national pattern of the oppressor) โดยการบังคับนั้นอาจจะกระทำต่อกลุ่มประชาชนที่ถูกข่มเหงซึ่งได้รับอนุญาตให้เหลืออยู่ในชาติ หรือกระทำต่อดินแดนอย่างเดียวยหลังจากที่ประชาชนถูกขับออกไปหมดแล้วและชาตินั้นได้ตกเป็นอาณานิคมของกลุ่มผู้ข่มเหงไปแล้วก็ได้²⁶

จากขั้นตอนดังกล่าวสามารถพิจารณาได้ว่า Lemkin ไม่ได้จำกัดหลักการการล้างเผ่าพันธุ์ เพียงแค่การกระทำการทำลายล้างทางกายภาพเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการทำลายวัฒนธรรมหรือรูปแบบของชาติของกลุ่มอีกด้วย กล่าวคือ ไม่ว่าจะกระทำด้วยทางใดก็ตามการกำจัดความเป็นกลุ่มๆ นั้น ออกไปให้หมดจากดินแดน เป็นเจตนาและจุดประสงค์สำคัญของผู้กระทำการล้างเผ่าพันธุ์นั่นเอง

(2) การรับหลักการโดยองค์การสหประชาชาติ

ก. การรับหลักการการล้างเผ่าพันธุ์ในข้อสมัชชาแห่งสหประชาชาติที่ 96(1)

เรื่องการล้างเผ่าพันธุ์นั้นได้รับการนำมาสู่สมัชชาสหประชาชาติระหว่างการประชุมสมัยสามัญครั้งที่ 1 ในส่วนที่ 2 โดยประเทศ คิวบา, อินเดียและปานามา²⁷ โดยสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้ลงมติยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์โดยไม่มีข้อโต้แย้งใน ข้อมติที่ 96(I) ลงวันที่ 11

²⁶ *Ibid.*

²⁷ International Court of Justice, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, advisory opinion of May 28th, 1951, Hague. p. 86.

ธันวาคม ค.ศ. 1946 ซึ่งส่งผลให้เกิดการดำเนินการในปัญหาของการล้างเผ่าพันธุ์อื่นๆ ตามมาในองค์การสหประชาชาติ โดยข้อมติ 96(I) ของสมัชชาสหประชาชาติมีใจความดังนี้

“การล้างเผ่าพันธุ์ คือการปฏิเสธสิทธิการดำรงอยู่ของกลุ่มมนุษย์ทั้งหมด ดังเช่นการฆาตกรรมคือการปฏิเสธสิทธิการมีชีวิตอยู่ของการเป็นปัจเจกบุคคล ซึ่งการปฏิเสธการดำรงอยู่เช่นว่านั้นก่อให้เกิดความสั่นสะเทือนต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติส่งผลให้เกิดความสูญเสียทางมนุษยธรรมอันยิ่งใหญ่ ในรูปแบบทางวัฒนธรรมและเอกลักษณ์อื่นๆ ของกลุ่มเหล่านี้ และยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายศีลธรรมและขัดต่อเจตนารมณ์ขององค์การสหประชาชาติ

หลายกรณีของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวได้เกิดขึ้นเมื่อ กลุ่มชาติพันธุ์, กลุ่มศาสนา, กลุ่มการเมืองและกลุ่มอื่นๆ ถูกทำลายไป ทั้งหมดหรือบางส่วน

การลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์เป็นเรื่องในทางระหว่างประเทศ

เพราะฉะนั้น สมัชชาสหประชาชาติ;

ยืนยัน ว่าการล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นสิ่งที่ประเทศผู้เจริญแล้วประณาม และในการก่อการกระทำในฐานะตัวการและผู้สมรู้ร่วมคิด ซึ่งไม่ว่าจะกระทำลงโดยเอกชน, โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือนักการเมือง และไม่ว่าอาชญากรรมจะกระทำลงบนพื้นฐานของ ศาสนา, ชาติพันธุ์, การเมืองหรืออื่นๆ ก็เป็นความผิดทั้งสิ้น;

เชื้อเชิญ รัฐสมาชิกตราบทบัญญัติในกฎหมายที่จำเป็นเพื่อการป้องกันและลงโทษอาชญากรรม;

แนะนำ ให้มีความร่วมมือระหว่างประเทศซึ่งจัดตั้งขึ้นระหว่างรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้เกิดความรวดเร็วในการป้องกันและลงโทษต่ออาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ และในท้ายที่สุด

ร้องขอ คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมให้รับผิดชอบในการศึกษาค้นคว้าที่จำเป็น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำร่างสนธิสัญญาเกี่ยวกับอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ เพื่อนำเสนอในการประชุมสมัยสามัญครั้งถัดไปของสมัชชาสหประชาชาติ”²⁸

²⁸ Pieter N. Drost, The Crime of State II: Genocide United Nations Legislation on International Criminal Law, A.W. Sythoff.-Leyden, (1959), p.1

ข. ผลทางกฎหมายของข้อมติของสมัชชาแห่งสหประชาชาติ

ข้อมติที่ 96(I) นั้นได้ส่งผลทางกฎหมายให้การล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำก็ถือว่ามีความรับผิดชอบ ข้อมติดังกล่าวได้กำจัดความทับซ้อนซึ่งเป็นผลมาจากการพิจารณาดีที่ศาลอนุกรมเบิร์ก ระหว่างอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์และการขัดกันทางทหาร และข้อมติดังกล่าวได้บ่งชี้ว่าการล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นความผิดซึ่งผู้กระทำความผิดต้องถูกดำเนินคดี ถึงแม้ว่าจะไม่ได้ทำการละเมิดกฎหมายภายในในขณะที่กระทำความผิดก็ตาม นอกจากนี้ข้อมติดังกล่าวได้เสนอแนะเกี่ยวกับองค์ประกอบของคำนิยามของการล้างเผ่าพันธุ์ เพื่อนำไปเป็นพื้นฐานของการร่างอนุสัญญาอีกด้วย

ข้อมติที่ 96(I) ได้ก่อตั้งหน้าที่และกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องของการป้องกันและลงโทษการล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นมา และหน้าที่ที่สำคัญที่สุดที่ข้อมติได้ก่อตั้งขึ้น คือการริเริ่มให้มีการร่างอนุสัญญาการล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งต่อมาในค.ศ. 1951 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ได้รวมข้อมติที่ 96(I) นี้เอาไว้กับอนุสัญญาเพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่า “หลักการที่ได้วางไว้ในสนธิสัญญาเป็นหลักการที่ได้รับการรับรู้จากประเทศผู้เจริญแล้วทั้งหลาย ซึ่งเป็นผลผูกพันต่อรัฐ ถึงแม้จะไม่มีหน้าที่ตามสนธิสัญญาก็ตาม”²⁹

(3) การร่างอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์

ก. ร่างของเลขาธิการสหประชาชาติ

คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council: ECOSOC) ได้มีข้อมติที่ 47(IV) ในวันที่ 27 มีนาคม 1947 ขอให้เลขาธิการแห่งสหประชาชาติ (Secretary-General) จัดการร่างอนุสัญญาตามข้อมติของสมัชชาโดยขอความช่วยเหลือจากผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาในการร่างอนุสัญญาดังกล่าว³⁰ เลขาธิการแห่งสหประชาชาติจึงให้หน่วยงานด้านสิทธิมนุษยชน (Secretariat's Human Rights Division)

²⁹ William A. Schabas, *supra* note 8, p. 46

³⁰ See International Court of justice, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, advisory opinion of May 28th, 1951. Hague, p. 86.

เตรียมการร่างเบื้องต้น³¹ หน่วยงานจึงได้ทำการปรึกษาผู้เชี่ยวชาญเพื่อการจัดทำร่างอนุสัญญาสามคน โดยคนแรกคือ Raphael Lemkin ผู้คิดค้นคำว่า “การล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)” และผู้เขียนผลงาน Axis Rule in Occupied Europe คนที่สองคือ Henri Donnedieu de Vabres อาจารย์คณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยปารีสซึ่งเคยดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาในศาลนูเรมเบิร์ก และคนที่สามคือ Vespasian V. Pella อาจารย์กฎหมายโรมันและประธานของ International Association of Penal Law

ในร่างนี้เป็นการเน้นการตอบคำถามต่างๆ ในการป้องกันและลงโทษการล้างเผ่าพันธุ์ ที่มีอยู่ว่า กลุ่มของมนุษย์กลุ่มใดบ้างที่ควรได้รับการคุ้มครอง โดยอาจจะเป็นกลุ่มที่ปรากฏในรูปแบบของชาติพันธุ์, ศาสนา, กลุ่มชาติ, กลุ่มการเมือง หรืออีกกลุ่มอื่นๆ และการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมซึ่งเป็นการทำลายลักษณะเฉพาะของกลุ่มนั้น ควรจะได้รับการยอมรับรวมเป็นการล้างเผ่าพันธุ์ นอกเหนือจากการล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งเลขาธิการก็ได้รวบรวมหลักการต่างๆ ออกมาในรูปแบบของอนุสัญญา โดยประกอบด้วยบทนำ และมาตราอีก 24 มาตรา ซึ่งมีใจความสำคัญในการกำหนดกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง ในมาตรา 1 ที่กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา เพื่อการป้องกันการทำลายล้าง กลุ่มชาติพันธุ์, กลุ่มชาติ, กลุ่มภาษา, กลุ่มศาสนา หรือกลุ่มทางการเมือง ของมนุษย์ อาจกล่าวได้ว่าการกำหนดขอบเขตนี้เป็นการกำหนดขอบเขตอย่างกว้างตามข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 96 (I) โดยมีการเพิ่มเติมกลุ่มทางภาษา และกลุ่มชาติ เข้าไป อย่างไรก็ตามกลุ่มทางการเมืองซึ่งเป็นกลุ่มที่ไม่มีความมั่นคงถาวร และความเป็นเอกลักษณ์นี้ยังได้รับการตั้งข้อสงสัยในความเหมาะสมกันอยู่มาก นอกจากนี้ในมาตรา 1 ยังได้กำหนดการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์ออกเป็นสามลักษณะ ซึ่งแยกออกได้เป็น การล้างเผ่าพันธุ์ทาง กายภาพ (physical), ชีวภาพ (biological) และทางวัฒนธรรม (cultural) อีกด้วย³²

ร่างอนุสัญญาของเลขาธิการนี้ ได้รับการนำเสนอต่อคณะกรรมการการพัฒนาและการร่างกฎหมายระหว่างประเทศ (The Committee on the Development and Codification of International Law) และรัฐสมาชิกทั้งหลาย แต่ยังไม่มีการตอบกลับจากรัฐใดๆ จนต่อมาคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมได้มีข้อมติที่ 77(V) ในวันที่ 6 สิงหาคม 1947 เพื่อ “แนะนำให้เลขาธิการแห่งสหประชาชาติรวบรวมข้อวิจารณ์จากรัฐสมาชิก และให้โอนเรื่องให้สมัชชาแห่งสหประชาชาติ

³¹ UN Doc. E/477

³² See Pieter N. Drost, the Crime of State II: Genocide United Nations Legislation on International Criminal Law, A.W. Sythoff.-Leyden, (1959), pp. 8-10.

พร้อมด้วยร่างอนุสัญญา และเพื่อแจ้งให้สมาชิกแห่งสหประชาชาติทราบว่า คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมเสนอที่จะดำเนินการต่อไปโดยเร็วที่สุด ตามคำแนะนำที่จะได้รับจากสมาชิกสหประชาชาติ”

หลังจากได้รับข้อวิจารณ์จากรัฐสมาชิก สมาชิกแห่งสหประชาชาติได้พิจารณาร่างในสมัยที่ 2 และได้มีข้อมติที่ 180 (II) ในวันที่ 21 พฤศจิกายน 1947 ซึ่งมีเนื้อหาเป็นยันหลักการตามข้อมติที่ 96(I) โดยประกาศว่าการล้าสมัยนั้นเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ส่งผลให้เกิดความรับผิดชอบในส่วนของประเทศบุคคลและรัฐ ทั้งในรัฐและทางระหว่างประเทศ และยังร้องขอให้คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมดำเนินการต่อไป และขอให้เสนอร่างอนุสัญญาการล้าสมัยนั้นขึ้นในการประชุมสมัยสามัญที่ 3

ข. ร่างของคณะผู้ร่างสัญญาเฉพาะกิจ

ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1948 คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมได้ทำการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างอนุสัญญาเฉพาะกิจ (AD Hoc Committee draft) ขึ้น ตามข้อมติที่ 117(VI) ประกอบด้วยสมาชิกในคณะมนตรีดังนี้ จีน, ฝรั่งเศส, เลบานอน, โปแลนด์, สหภาพโซเวียต, สหรัฐอเมริกาและเวเนซุเอลา คณะกรรมการได้รับคำแนะนำว่า ในการร่างอนุสัญญา ให้ใช้การพิจารณาร่างของเลขาธิการสหประชาชาติ, ข้อวิจารณ์ของประเทศสมาชิกและร่างอื่นๆ ที่เสนอโดยรัฐสมาชิกในเรื่องที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการร่างอนุสัญญาเฉพาะกิจได้พบกันทั้งหมดรวม 28 ครั้งระหว่างเดือน พฤษภาคม-เมษายน เพื่อเตรียมการร่างสนธิสัญญาและรวบรวมข้อวิจารณ์ทั้งหมด

ในการร่างอนุสัญญา ข้อถกเถียงของคณะกรรมการเฉพาะกิจส่วนใหญ่จะเป็นในประเด็นปัญหาของการรวมกลุ่มการเมืองให้เป็นกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญา โดยแนวความคิดนั้นสามารถแยกออกมาได้เป็น 2 แนวคิด คือกลุ่มที่เห็นด้วยกับที่ไม่เห็นด้วย ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย ซึ่งเป็นเสียงส่วนน้อยนั้นจะมองว่ากลุ่มทางการเมืองขาดลักษณะความถาวรและยังไม่มี ความเหมือนกับกลุ่มชาติพันธุ์, กลุ่มชาติหรือกลุ่มศาสนาอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้นความเป็นกลุ่มทางการเมืองของชาติใดๆ นั้นคลุมเครือเกินไปสำหรับการนำไปใช้ในศาล ประกอบกับอนุสัญญาควรจะมีลักษณะทางมนุษยธรรมมากกว่าลักษณะทางการเมือง ด้วยวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ซึ่งเกิดขึ้นเพื่อป้องกันเหตุการณ์อันร้ายแรงที่เคยเกิดขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่ในทางตรงกันข้าม ฝ่ายที่เห็นด้วยหรือเสียงส่วนใหญ่จะมองว่า กลุ่มทางการเมืองนั้นมักจะตกเป็นเหยื่อของการล้าสมัยในอดีตนั่นเอง ดังนั้นกลุ่มที่รวมกันโดยพื้นฐานของความคิดเห็นเดียวกันสมควรจะได้รับการ

คุ้มครองตามอนุสัญญานี้ โดยหลักการนี้นั้นเป็นข้อถกเถียงกันจนไปถึงร่างสุดท้ายของอนุสัญญาโดยสมัชชาสหประชาชาติ

อีกประเด็นที่สำคัญคือเรื่องของการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม โดยคณะร่างอนุสัญญาได้ถกเถียงกันว่าการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมนั้นควรจะได้รับการบัญญัติแยกออกมาจากการล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพหรือไม่ โดยคณะร่างอนุสัญญาได้พิจารณาถึงข้อมติที่ 96(I) ของสมัชชาสหประชาชาติแล้วเห็นว่าควรจะรวมการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมลงไปในอนุสัญญาด้วย และสมควรที่จะได้รับการบัญญัติแยกออกมาจากบทบัญญัติเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์หลัก เพื่อขจัดปัญหาในการตั้งข้อสงวนของรัฐสมาชิกในบทบัญญัติเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม³³

หลังจากที่ได้ถกเถียงกันในประเด็นอื่น ในวันที่ 30 เมษายน ก็ได้มีการรับร่างอนุสัญญา โดยการลงคะแนนเสียงเห็นชอบ 5 เสียง และ ไม่เห็นชอบ 1 เสียง (สหภาพโซเวียต) ต่อมาในการประชุมสมัยที่ 7 ของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม คณะมนตรีไม่สามารถพิจารณาในรายละเอียดในรายงานของคณะกรรมการเฉพาะกิจได้ แต่ในวันที่ 26 สิงหาคม 1948 คณะมนตรีได้มีข้อมติที่ 153(VII) ตัดสินใจโอนร่างอนุสัญญาและรายงานของคณะกรรมการเฉพาะกิจรวมทั้งบันทึกการดำเนินงานของคณะมนตรีเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ในการประชุมสมัยที่ 7 ไปให้สมัชชาสหประชาชาติ³⁴

ค. ร่างสุดท้ายและการรับร่างของสมัชชาแห่งสหประชาชาติ

ในวันที่ 24 กันยายน 1948 สมัชชาสหประชาชาติได้ตัดสินใจให้มีการโอนเรื่องนี้ไปให้คณะกรรมการลำดับที่ 6 (The Sixth Committee)³⁵ เพื่อพิจารณาและรายงาน คณะกรรมการลำดับที่ 6 พิจารณาเรื่องนี้ระหว่างการประชุม ครั้งที่ 67 ถึง ครั้งที่ 110 ซึ่งได้จัดขึ้นระหว่างวันที่ 5

³³ *Ibid.*

³⁴ International Court of justice, *supra* note 30.

³⁵ คณะกรรมการลำดับที่ 6 หรือ The Sixth Committee เป็นคณะกรรมการหลัก (Main Committee) 1 ใน 6 ในสมัชชาแห่งสหประชาชาติ มีหน้าที่ในการจัดการกับปัญหากฎหมายในสมัชชาสหประชาชาติ รัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติทุกรัฐมีสิทธิในการเข้าร่วมในคณะกรรมการลำดับที่ 6 นี้ (ดู <http://www.un.org/ga/maincommittees.shtml>)

ตุลาคม ถึง 9 พฤศจิกายน 1948 โดยประเด็นหลัก ในการถกเถียงเน้นในเรื่องของการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม (Cultural genocide) และการคุ้มครองกลุ่มทางการเมือง (Political groups)

โดยในเรื่องของการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมนั้น เกิดข้อสงสัยขึ้นว่าควรจะมีการบัญญัติลงไปในอนุสัญญาหรือไม่ โดยมีหลายฝ่ายเห็นว่าควรจะบัญญัติการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมในลักษณะอย่างเคร่งครัด เฉพาะกรณีที่มีผลนำไปสู่การทำลายล้างกลุ่มได้เท่านั้น เนื่องจากเมื่อพิจารณาตามเจตนารมณ์ของข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 96(I) ซึ่งเป็นข้อมติต้นแบบของการร่างอนุสัญญาการล้างเผ่าพันธุ์แล้ว จะเห็นได้ว่าข้อมติได้นิยามว่า การล้างเผ่าพันธุ์เป็นเสมือนการปฏิเสธสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ของกลุ่มคน โดยอาจเกิดขึ้นได้โดยการทำลายลักษณะเฉพาะของกลุ่มบุคคลนั้น โดยที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายทางด้านร่างกายก็ได้ และในร่างของคณะผู้ร่างอนุสัญญาเฉพาะกิจก็ได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะในมาตรา 3 แยกออกมา แต่อย่างไรก็ตามเสียงส่วนใหญ่เห็นว่าการคุ้มครองทางวัฒนธรรมนั้นสมควรที่จะได้รับการบัญญัติแยกในอนุสัญญาอื่น อนุสัญญาการล้างเผ่าพันธุ์นั้นควรจะมีขอบเขตเฉพาะการทำลายล้างกลุ่มทางกายภาพเท่านั้น หลังจากการถกเถียงกันคณะกรรมการก็ได้ตัดสินใจที่จะลบร่างมาตรา 3 เรื่องการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมออกไปจากอนุสัญญาด้วยเสียง 25 ต่อ 16 โดยเหตุผลหลักคือ การคุ้มครองทางวัฒนธรรมนั้นเป็นแนวคิดที่กว้างเกินไปในอนุสัญญาอาชญากรรม ซึ่งไม่สามารถนำมาบัญญัติรวมในอนุสัญญาเดียวกันได้

ในกรณีของการคุ้มครองกลุ่มทางการเมือง ร่างมาตรา 2 ของคณะผู้ร่างอนุสัญญาเฉพาะกิจนั้นได้ระบุกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองให้รวมถึงกลุ่มทางการเมือง (Political groups) ด้วย แต่ในร่างสุดท้ายของคณะกรรมการลำดับที่ 6 ของสมัชชาสหประชาชาตินั้นได้ตัดกลุ่มทางการเมืองออก ซึ่งฝ่ายหนึ่งถือว่าเป็นกรณีที่ขัดต่อข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 96(I) อย่างเห็นได้ชัด เนื่องจากข้อมตินั้นระบุไว้ชัดเจนถึงกลุ่มทางการเมืองด้วย แต่อีกฝ่ายเห็นว่า ถึงแม้ว่าในข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 96(I) นั้นได้กล่าวถึงกลุ่มทางการเมืองไว้ก็ตาม แต่ก็เพียงการกล่าวถึงพื้นฐานในทางการเมืองในฐานะที่เป็นแรงจูงใจของการกระทำเท่านั้น ไม่ได้เป็นกำหนดถึงกลุ่มที่ต้องได้รับการคุ้มครอง ข้อมตินี้ได้ให้อิสระอย่างเต็มที่แก่สมัชชาในการที่จะบัญญัติว่ากลุ่มใดที่สมควรจะได้รับการบัญญัติในขอบเขตของอนุสัญญา และหลังจากการถกเถียงกันแล้วเห็นว่า คำว่า “กลุ่มชาติ” (national groups) ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญานั้นได้รวมความหมายของ “กลุ่มการเมือง” (political groups) ไปแล้ว และยิ่งไปกว่านั้นยังเห็นว่ากลุ่มชาติจะเป็นกลุ่มไม่ได้ ถ้ากลุ่มชาติลักษณะทางการเมือง ดังนั้นกลุ่มชาติและกลุ่มทางการเมืองจึงถือได้ว่ามีความเกี่ยวพัน

กันอย่างใกล้ชิด และเมื่อพิจารณาธรรมชาติทางการเมืองแล้ว คำว่ากลุ่มชาตินั้นเหมาะสมที่จะได้รับการนำมาบัญญัติในอนุสัญญามากกว่าคำว่ากลุ่มทางการเมือง

หลังจากการถกเถียงกันในประเด็นอื่น คณะกรรมการลำดับที่ 6 ของสมัชชาสหประชาชาติ ได้รับรองร่างอนุสัญญาใหม่หลังจากทบทวนแล้ว ในการประชุม ครั้งที่ 132 ในวันที่ 2 ธันวาคม 1948 โดยมีคะแนนเสียงเห็นชอบ 30 ต่อ 0 โดยมีผู้ไม่ออกเสียง 8 ราย³⁶ ร่างอนุสัญญาของคณะกรรมการได้รับการเสนอเข้าสู่ที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติในวันที่ 9 ธันวาคม 1948 และที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 260 (III) เพื่อรับร่างอนุสัญญา โดยลงคะแนนเสียงเห็นชอบ ด้วยเสียง 56 ต่อ 0 และต่อมาอนุสัญญาเพื่อป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 ได้มีการเปิดให้ลงนามที่ปารีส ในวันที่ 11 ธันวาคม 1948³⁷

2. วิวัฒนาการหลังมีอนุสัญญาการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์

2.1 แนวคิดในอนุสัญญาเพื่อป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์

การจัดทำอนุสัญญาเพื่อป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ มีแนวความคิดหลักในการริเริ่มบัญญัติหลักการการให้เป็นลายลักษณ์อักษรมาจาก เหตุการณ์การ การล้างเผ่าพันธุ์ชาวอาร์มาเนียในสมัยสงครามโลกครั้งที่ I และเหตุการณ์การล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวโดยกลุ่มการเมืองนาซีในสมัยสงครามโลกครั้งที่ II ซึ่งจากเหตุการณ์ทั้งสองนี้ทำให้ประชาคมโลกเห็นถึงความมีเอกลักษณ์ของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีความแตกต่างกับอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่นๆ จนสมัชชาแห่งประชาชาติมีข้อมติที่ 96(I) เพื่อเป็นการยืนยันถึงความจำเป็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะต้องมีการบัญญัติหลักการของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นี้ไว้ โดยเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรมนี้ไม่ให้เกิดขึ้นขึ้นอีกครั้งในประวัติศาสตร์ระหว่างประเทศ หรือเมื่อหลีกเลี่ยงการเกิดขึ้นของอาชญากรรมนี้ไม่ได้บทบัญญัตินี้ก็มิได้เพื่อใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดในทางระหว่าง รวมทั้งเป็นการก่อตั้งแนวทางการ

³⁶ ประเทศผู้ไม่ออกเสียง 8 ประเทศ มีดังนี้ Byelorussian Soviet Socialist Republic, Czechoslovakia, Poland, Ukrainian Soviet Socialist Republic, Union of South Africa, Union of Soviet Socialist Republics, United Kingdom and Yugoslavia

³⁷ Raphael Lemkin, *supra* note 22, p. 87.

ดำเนินการให้รัฐสมาชิกของอนุสัญญาปฏิบัติตามเพื่อให้เป็นหลักการในทางระหว่างประเทศอีกด้วย

(1) ความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์กับอาชญากรรมอื่น

ก. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity)

ในอดีตการล้างเผ่าพันธุ์เคยได้รับการตีความให้ตกอยู่ในขอบเขตของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจากทางปฏิบัติของการพิจารณาคดีในศาลนูเรมเบิร์ก กระทั่งแนวคิดในทางกฎหมายบางสำนักยังมองว่า ‘การล้างเผ่าพันธุ์เป็นประเภทที่สองของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามกฎหมายบัตรศาลนูเรมเบิร์ก จากการบัญญัติการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยพื้นฐานทางการเมือง, ชาติพันธุ์หรือศาสนา’ ถึงแม้ว่าแนวความคิดนี้ไม่ได้รับการยอมรับในทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการ แต่อาชญากรรมต่อมนุษยชาติก็ยังอาจเป็นที่พิจารณาได้ว่าเป็นแรงบันดาลใจหรือเป็นป่อเกิดของอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยสามารถพิจารณาถึงที่มาทางประวัติศาสตร์และองค์ประกอบของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ดังนี้

ถึงแม้ว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ที่ต้องห้ามเป็นการสากลตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นั้นไม่มีพื้นฐานทางสนธิสัญญาในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เหมือนกับอาชญากรรม การล้างเผ่าพันธุ์ จนกระทั่งมีการรับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ (The International Criminal Court Statute) ใน ค.ศ. 1998 ได้ถือเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศสนธิสัญญาเดี่ยวที่ บัญญัติถึงรายละเอียดของเงื่อนไขและองค์ประกอบของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ³⁸ โดยในทาง กฎหมายระหว่างประเทศ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้รับการบัญญัติหลักการเป็นครั้งแรก ในกฎ บัตรศาลทหารระหว่างประเทศ ค.ศ. 1945 (Charter of the International Military Tribunal) หรือ กฎบัตรนูเรมเบิร์ก (Charter of Nuremberg) เมื่อประเภทของอาชญากรรมสงครามกับ อาชญากรรมต่อสันติภาพไม่เพียงพอที่จะครอบคลุมการกระทำทำความผิดทั้งหมดที่เกิดขึ้น แต่การ บัญญัติครั้งนี้นั้นเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าเป็นการสร้างการกระทำที่เป็นอาชญากรรมขึ้นมาใหม่ หรือ

³⁸ Yusuf Aksar, Implementing International Humanitarian Law From The Ad Hoc Tribunals To a Permanent International Criminal Court, Routledge, (2004), p.240.

ว่าเป็นการรับหลักการที่ปรากฏอยู่แล้วในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³⁹ เนื่องจากผู้ร่างกฎบัตรนำพื้นฐานทางกฎหมายของหลักการมาจากหลักกฎหมายทั่วไป (General principles of law) ซึ่งได้รับการยอมรับจากประชาคมระหว่างประเทศ คือ “Martens Clause” ในสนธิสัญญากรุงเฮก (Hague Conventions) ค.ศ. 1899 และ 1907 ที่ได้อ้างถึง “กฎหมายแห่งมนุษยชาติ (Laws of Humanity)”, ในคำประกาศร่วมกัน ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 1915 ทำขึ้นโดย ประเทศฝรั่งเศส, สหราชอาณาจักรและรัสเซีย ได้ประณามอาณัติการออกโตมันว่าก่อ “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอารยธรรม” ต่อประชาชนชาวอาร์เมเนียน และในรายงานของคณะกรรมการความรับผิดชอบของผู้ก่อสงคราม ค.ศ. 1919 ได้ระบุความรับผิดชอบปัจเจกบุคคลต่อการกระทำความผิด “กฎหมายแห่งมนุษยชาติ (Laws of humanity)”⁴⁰ โดยผู้ร่างได้บัญญัติค่านิยมของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในกฎบัตรศาลทหารนูเรมเบิร์ก มาตรา 6 “(ค) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ กล่าวคือการฆาตกรรม, การทำลายล้าง, การทำให้เป็นทาส, การเนรเทศ และการกระทำที่ผิดมนุษยธรรมอย่างอื่น ที่กระทำต่อประชาชนพลเมือง ก่อนหรือขณะสงคราม หรือ การข่มเหงลงโทษโดยใช้พื้นฐานทางการเมือง, ชาติพันธุ์ หรือศาสนา โดยเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตาม หรือโดยมีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมใดๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล ไม่ว่าจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในของประเทศที่เกิดการกระทำผิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม” อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ทำให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศสาขาหนึ่งแยกต่างหากจากสาขาอื่นในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากศาลนูเรมเบิร์กไม่ได้ตีความอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นสาขาอาชญากรรมหนึ่งที่แยกต่างหากออกมาจากอาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมต่อสันติภาพ ในการพิจารณาลงโทษ⁴¹ ดังนั้นหลักการของอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นจึงไม่ได้รับการพัฒนาเท่าที่ควร

ต่อมาในค.ศ. 1993 และ 1994 อาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้รับการนำมาบัญญัติอีกครั้งในธรรมนูญศาลอาชญากรรมระหว่างประเทศเฉพาะกิจ 2 ฉบับ คือ ธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศยูโกสลาเวียเก่า (International Criminal Tribunal Court for the Former Yugoslavia) และธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศรวันดา (International

³⁹ Darryl Robinson, *Defining “Crimes Against Humanity” At The Rome Conference*, American Journal of International Law, Vol. 93, No.1, (1999), p.44.

⁴⁰ Yusuf Aksar *supra* note 38, p. 242

⁴¹ *Ibid.*

Criminal Tribunal for Rwanda)⁴² ถือว่าเป็นการพัฒนาครั้งใหญ่ของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับและแนวคำพิพากษาของศาลทั้งสองนี้ได้รับการนำมาเป็นพื้นฐานในการร่างธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ คำนิยามของ “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” ในแต่ละธรรมนูญนั้นได้ระบุถึงรายการของ การกระทำที่ผิดมนุษย (Inhuman acts) โดยในธรรมนูญทั้งสองมีความแตกต่างกัน เช่น ในธรรมนูญของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียเก่านั้นระบุว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติต้องมีความเกี่ยวเนื่องกับภาวะการขัดกันทางทหาร ในขณะที่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศวันดานั้นระบุว่า การกระทำการในอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นต้องมีแรงจูงใจที่จะเลือกปฏิบัติ เป็นต้น โดยหลักการทั้งหลายของศาลทั้งสองนั้นได้รับการนำมาพัฒนาในฐานะของหลักกฎหมายระหว่างประเทศของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งช่วยเป็นแนวทางในการประชุมที่กรุงโรมเพื่อร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ⁴³

ในเวลาต่อมาคำนิยามของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติก็ได้รับการนำมาบัญญัติใน “ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ” (The Rome Statute of The International Criminal Court) ใน ค.ศ. 1998 และได้รับการยอมรับเป็นคำนิยามอย่างเป็นทางการในปัจจุบัน โดยธรรมนูญกรุงโรมศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 วรรค 1 ว่า “เพื่อจุดมุ่งหมายแห่งธรรมนูญนี้ ‘อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ’ หมายความว่า การกระทำความผิดต่อไปนี้เมื่อกระทำลงในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตี อย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบ ต่อประชาชนพลเมืองใดๆ โดยรู้สำนึกถึงการโจมตีนั้น...” และธรรมนูญได้แบ่งแยกการกระทำอันเป็นอาชญากรรมออกเป็น 11 กรณี เช่น การฆาตกรรม, การทำให้เป็นทาส, การเนรเทศหรือการบังคับให้พลเมืองโยกย้ายและการทรมาน เป็นต้น⁴⁴ ซึ่งจากคำนิยามดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

ประการแรก อาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางทหาร เป็นหลักการที่มีความสำคัญที่สุดในธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศในเรื่องของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งได้ยืนยันว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติสามารถเกิดขึ้นได้ ไม่เพียงแต่ในภาวะการณ์ขัดกันทางทหารเท่านั้นแต่ยังสามารถเกิดขึ้นได้ในเวลาสันติอีก

⁴² Article 5 of ICTY Statute, Article 3 of ICTR Statute.

⁴³ Darryl Robinson, *supra* note 39.

⁴⁴ ดู Rome Statute of International Criminal Court, Article 7 Crimes against Humanity.

ด้วย การให้คำนิยามเช่นนี้ของศาลอาญาระหว่างประเทศเนื่องจากต้องการที่จะให้ศาลเกิดประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ ในการตอบโต้กับเหตุการณ์รุนแรงที่มักจะก่อให้เกิดขึ้นโดยรัฐบาลของรัฐต่อประชาชนของรัฐตนเอง

ประการที่สอง อาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่ต้องมีแรงจูงใจที่จะเลือกปฏิบัติ โดยแรงจูงใจที่จะเลือกปฏิบัตินี้ อาจยกตัวอย่างได้เช่น อาชญากรรมนั้นจะต้องก่อขึ้นโดยมีพื้นฐานจากทาง ชาติ, การเมือง, ชาติพันธุ์, เชื้อชาติ หรือศาสนา เป็นต้น การที่ธรรมนูญได้ให้คำนิยามเช่นนี้เนื่องจากเห็นว่า แรงจูงใจนั้นไม่ใช่องค์ประกอบที่อาชญากรรมต่อมนุษยชาติต้องมีในทุกกรณี ยิ่งไปกว่านั้นการระบุถึงแรงจูงใจซึ่งได้กำหนดพื้นฐานการเลือกปฏิบัติไว้เป็นกรณีเฉพาะแล้ว อาจส่งผลเป็นการทำให้บทบัญญัติจัดการกระทำความผิดในอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ร้ายแรงบางกรณีออกไปอีกด้วย

ประการที่สาม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติการโจมตีต้องกระทำต่อประชาชนพลเมือง อย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบ โดยการโจมตีที่กระทำต่อประชาชนพลเมืองนั้นในมาตรา 7 วรรค 2 (ก) ได้ระบุถึงความหมายไว้ว่า “...ต้องเป็นการกระทำบางอย่างที่เกี่ยวข้องกับการก่อการกำเริบทั้งหลายที่กล่าวไว้ใน วรรค 1 ต่อประชาชนพลเมืองใดๆ...” ซึ่งคำว่าใดๆ นี้บ่งบอกได้ถึงที่ไม่มีการจำกัดขอบเขตของประชาชนพลเมือง ประชาชนทุกคนล้วนอยู่ในขอบเขตของกลุ่มผู้ได้รับการคุ้มครอง และการกำหนดคำว่า “อย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบ” นั้นเป็นการกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีทำการพิสูจน์การกระทำการโจมตีว่าเข้าองค์ประกอบลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะของอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั่นเอง

ประการที่สี่ เจตนาของผู้กระทำความผิด เป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำ ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ บทบัญญัติธรรมนูญกรุงโรมศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดให้ผู้กระทำความผิดในการโจมตีต่อประชาชนพลเมืองต้องรู้สำนึกถึงการกระทำนั้น กล่าวคือ ผู้ถูกกล่าวหาต้องอย่างน้อยตระหนักรู้ถึงการกระทำที่ตนเองได้ทำลง จึงจะเป็นผู้ที่มีความรับผิดชอบตามกฎหมาย โดยหลักการนี้ถือว่าผู้ที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดในอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งมีความร้ายแรงที่สุด ต้องรับรู้ถึงองค์ประกอบสำคัญนี้ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักการ “เพียงแต่การกระทำยังไม่เป็นผิด เว้นแต่กระทำด้วยเจตนาอันเป็นผิด (*actus non facit reum nisi mens sit rea*)”⁴⁵

⁴⁵Darryl Robinson, *supra* note 39.

หลักการของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยเฉพาะองค์ประกอบในเรื่องของเจตนาภายในนั้นแสดงถึงความแตกต่างกับอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์อย่างเห็นได้ชัด และยังทำให้เชื่อมโยงไปถึงความแตกต่างในองค์ประกอบของผู้ตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมทั้งสองอีกด้วย ด้วยเหตุนี้อาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์จึงต้องได้รับการบัญญัติแยกต่างหากจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และไม่ถือเป็นประเภทหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอีกด้วย

ข.อาชญากรรมสงคราม

ในฐานะที่เป็นการกระทำทางสังคม อาชญากรรมสงครามสามารถที่จะนิยามในฐานะของ “การกระทำด้วยการใช้กำลัง โดยกลุ่มอำนาจทางสังคม ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อขบไล่ศัตรูของตนเอง” ซึ่งรวมไปถึงการรวบรวมคนจำนวนมากเพื่อจัดตั้งกองกำลังทางทหาร เพื่อที่จะนำไปทำลายอำนาจของศัตรู โดยสงครามมีความแตกต่างจากความขัดแย้งทางการเมืองและสังคมอื่นๆ ตรงเจตนาร่วมกันของคู่กรณีที่จะทำลายล้าง ซึ่งการทำลายอำนาจที่เกิดขึ้นในสงครามนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการสังหารคนจำนวนมากในทุกกรณี และไม่จำเป็นต้องนำไปสู่การสังหารศัตรูทั้งหมด แต่เหตุผลที่สงครามได้รับการมองว่าเป็นการทำลายล้างมากกว่าเป็นแค่เพียงการลดอำนาจของศัตรูหรือการเปลี่ยนแปลงดุลอำนาจของศัตรูนั้น เนื่องจากระดับความรุนแรงที่เกิดขึ้นในสงครามนั่นเอง

อาชญากรรมสงครามไม่จำกัดเพียงแค่การกระทำที่ละเมิดต่อบทบัญญัติหรือกฎหมายต่างๆ ที่ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายสงคราม แต่ยังรวมไปถึงการไม่ปฏิบัติตามจารีตของชั้นตอนและกฎเกณฑ์ในการสงครามอีกด้วย อาชญากรรมสงครามนั้นเป็นอาชญากรรมแรกที่ได้รับการพิจารณาคดีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในการพิจารณาคดีที่เมือง Leipzig เมื่อต้นทศวรรษ 1920 พิจารณาคดีนายทหารเยอรมันจำนวนหนึ่งในข้อหา “การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตแห่งสงคราม” ตามสนธิสัญญาแวร์ซายส์ มาตรา 228 ถึง 230 โดยพื้นฐานในทางกฎหมายระหว่างประเทศของข้อหาดังกล่าวมาจากสนธิสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายและจารีตแห่งสงครามบนภาคพื้นดิน (Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land) ซึ่งสนธิสัญญานี้เป็นบทบัญญัติภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเฮก 1907 ฉบับที่ 4 (The 1907 Hague Convention IV) ต่อมาอาชญากรรมสงครามได้รับการบัญญัติในกฎบัตรนูเรมเบิร์ก ในมาตรา 6 ซึ่งได้ให้นิยามอาชญากรรมสงครามว่า “การฝ่าฝืนกฎหมายหรือจารีตแห่งสงคราม รวมไปถึง แต่ไม่จำกัดเพียงแค่ การฆาตกรรม, การปฏิบัติอย่างโหดร้าย หรือการเนรเทศ เพื่อใช้แรงงานทาสหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ต่อประชาชนพลเมืองของหรือในดินแดนอาณานิคม, การ

ฆาตกรรม หรือการปฏิบัติอย่างโหดร้าย ต่อเชลยสงครามหรือบุคคลในทะเล, ฆ่าตัวประกัน, ปล้นทรัพย์สินค้าสาธารณะหรือเอกชน, ทำลายล้างเมืองใหญ่, เมืองเล็กหรือหมู่บ้านโดยไม่เลือก หรือการทำลายล้างนั้นไม่มีความจำเป็นทางทหาร”⁴⁶

ต่อมาในค.ศ. 1949 มีการรับข้อบทอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับ (Geneva Convention of 1949) เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองประชาชนพลเมืองในช่วงเวลาสงคราม ถือเป็นบทบัญญัติที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายหลักที่ใช้ในการขัดกันทางทหาร ซึ่งในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับนั้น มีการบัญญัติการกระทำที่เป็น “grave breaches” ซึ่งถือเป็นการกระทำในอาชญากรรมสงคราม โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 50, 51, 130 และ 147 ในแต่ละอนุสัญญา ตามลำดับ โดยการกระทำที่เป็นการละเมิดต่ออนุสัญญาเจนีวานั้นยกตัวอย่าง เช่น การเจตนาฆ่า หรือก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างทรมานหรือสาหัสต่อร่างกายหรือสุขภาพ, การทรมานหรือการปฏิบัติอย่างไม่ไยดีมนุษย, การทำลายล้างและการจัดสรรทรัพย์สินอย่างผิดกฎหมาย, การเกณฑ์เชลยสงครามเพื่อไปเข้าร่วมกับกองกำลังของฝ่ายศัตรู, การเนรเทศหรือการโยกย้ายหรือการกักกันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย, เจตนาไม่ให้สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่ยุติธรรมต่อเชลยสงคราม และการจับตัวประกัน เป็นต้น โดยการกระทำที่เป็น grave breaches ดังกล่าว จะถือเป็นอาชญากรรมสงครามเมื่อเกิดขึ้นในภาวะการขัดกันทางทหาร ซึ่งไม่ว่าภาวะการขัดกันทางทหารนั้นจะมีลักษณะเป็นการขัดกันทางทหารระหว่างประเทศหรือเป็นเพียงภายในประเทศก็ตาม⁴⁷ หลักการนี้ต่อมาได้รับการนำไปใช้ในบทบัญญัติธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศหลายฉบับ ทั้งในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศยูโกสลาเวียเก่า (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) มาตรา 2 และในธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court) อีกด้วย

ลักษณะที่เห็นได้อย่างเด่นชัดของอาชญากรรมสงครามจากอนุสัญญาเจนีวาที่แตกต่างจากลักษณะอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ คือ ขอบเขตของกลุ่มบุคคลและทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่งตามมาตรา 4 ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ได้นิยามบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองว่า “บุคคลซึ่งในระยะเวลาใดๆ หรือด้วยวิธีการใดๆ ก็ตาม ในภาวะของการขัดแย้งหรือการยึดครอง ตกอยู่ในมือของคู่กรณีฝ่ายใด

⁴⁶ Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals, Articles 6(c)

⁴⁷ Yusuf Aksar, *supra* note 38, p. 113

ฝ่ายหนึ่งในภาวะของการขัดแย้ง หรืออำนาจยึดครองนั้น โดยตนเองไม่ใช่คนชาตินั้นๆ” กล่าวคือ อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 นี้ คุ่มครองบุคคลใดๆ ก็ตามที่ตกอยู่ในมือของฝ่ายตรงข้ามหรือฝ่ายศัตรู ภายใต้ภาวะการขัดกันทางทหารโดยที่ตนไม่ใช่คนชาตินั้น นั้นเอง นอกจากนี้ อนุสัญญาเจนีวาไม่เพียงแต่คุ้มครองบุคคลในภาวะสงครามเท่านั้น แต่ยังคุ้มครองไปถึงทรัพย์สินต่างๆ ในภาวะสงครามอีกด้วย

จากที่กล่าวมาเห็นได้ชัดว่าองค์ประกอบของอาชญากรรมสงครามนั้นมีความแตกต่างจากอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์อย่างเห็นได้ชัด โดยในแง่ของเจตนาภายใน ซึ่งอาชญากรรมสงครามนั้น ผู้ก่ออาชญากรรมมักจะมีเจตนาร่วมกันในการทำลายล้างศัตรูหรืออำนาจของศัตรู โดยไม่จำกัดวิธีการหรือกลุ่มบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อ แต่ในส่วนของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นั้น ผู้ก่ออาชญากรรมชนิดนี้มีเจตนาภายในที่จะทำลาย ทั้งหมดหรือบางส่วน ของกลุ่มชาติ กลุ่มชาติพันธุ์, กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา และในแง่ของกลุ่มบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย อาชญากรรมสงครามนั้นมีความแตกต่างกับอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ โดยลักษณะอาชญากรรมสงครามนั้นมุ่งเน้นคุ้มครองไปที่บุคคลที่ตกอยู่ท่ามกลางสภาวะของการขัดกันทางทหาร ทั้งพลเรือนที่ตกเป็นเชลยสงคราม หรือทหารผู้ได้รับบาดเจ็บ เนื่องจากโดยสภาพของสงครามนั้น ไม่สามารถเลือกผู้ตกเป็นเหยื่อในภาวะการณ์เช่นนั้นได้กฎหมายจึงต้องกำหนดขอบเขตความคุ้มครองเอาไว้ให้กว้างขวาง เพื่อให้บุคคลผู้ตกอยู่ในสภาวะการณ์เช่นนั้นได้รับการคุ้มครองอย่างทั่วถึง แต่ในกรณีของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นั้น มุ่งคุ้มครองไปที่กลุ่มชาติ, กลุ่มชาติพันธุ์, กลุ่มเชื้อชาติ และกลุ่มทางศาสนา เท่านั้น ซึ่งเป็นขอบเขตการคุ้มครองที่ค่อนข้างจำกัดกว่าอาชญากรรมสงครามเป็นอย่างมาก

(2) การสร้างลักษณะของกฎหมายการล้างเผ่าพันธุ์ให้มีลักษณะเป็น “กฎหมายบังคับเด็ดขาด” (*jus cogen*)

กฎหมายแห่งการล้างเผ่าพันธุ์นั้น เป็นกฎหมายที่มีการพัฒนาควบคู่ไปกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน ในฐานะที่เป็นกฎหมายซึ่งบัญญัติห้ามการกระทำรุนแรงใดๆ ต่อการดำรงอยู่ของกลุ่มเชื้อชาติ ซึ่งเป็นสิทธิที่เป็นรากฐานในการคุ้มครองคุณค่าของปัจจัยความเป็นมนุษย์ และจารีตประเพณีต่างๆ ของมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อตัวอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นั้นได้มีการก่อให้เกิดขึ้น ก่อนที่จะมีการบัญญัติศัพท์คำว่า “การล้างเผ่าพันธุ์” และก่อนที่จะมีบทบัญญัติแห่งการล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นมา และแต่ละเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นล้วนแต่เป็นเหตุการณ์ที่ประชาคมโลกได้รับความสูญเสียจนบันทึกเป็นประวัติศาสตร์ ซึ่งจากเหตุการณ์ต่างๆ เหล่านั้น เป็นเหตุให้

ประชาคมโลกได้รับรู้ถึงความรุนแรงและความไร้ซึ่งมนุษยธรรมของกลุ่มผู้ก่ออาชญากรรมและเกิดการต่อต้านและประนามกันการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์กันอย่างเป็นสากลไปโดยปริยาย เพราะฉะนั้นดังเช่นกฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายแห่งการล้างเผ่าพันธุ์จึงได้รับความยอมรับโดยมนุษยชาติให้แยกเป็นอาชญากรรมที่ได้รับการบัญญัติแยกเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ แยกออกมาจากอาชญากรรมอื่นๆ ในทางระหว่างประเทศ

นอกเหนือจากความจริงที่ประชาคมโลกต้องเผชิญกับการกระทำที่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์หลายครั้งแล้วก็ตาม แต่อาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ก็ยังเป็นอาชญากรรมสาขาใหม่ที่ได้รับการพัฒนามาจากผลของสงครามโลกครั้งที่ II ถึงแม้ว่าคำว่า “การล้างเผ่าพันธุ์” จะไม่ได้รับการใช้ในการพิจารณาคดีในศาลนูเรมเบิร์กและในการตัดสินคดีก็ตาม แต่การกระทำที่ได้รับการนิยามว่าเป็นอาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมแห่งมนุษยชาติตามมาตรา 6 ของกฎบัตรนูเรมเบิร์ก นั้น ก็แสดงถึงลักษณะของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์อย่างเห็นได้ชัด นอกจากนี้บทบัญญัติในอนุสัญญาการล้างเผ่าพันธุ์ถึงการกระทำใดๆ ดังต่อไปนี้ถือเป็นการกระทำที่เป็นอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์เมื่อเกิดขึ้นโดยมีเจตนาที่จะทำลาย ทั้งหมดหรือบางส่วนของ กลุ่มชาติ, กลุ่มชาติพันธุ์, กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มศาสนา: ฆ่าสมาชิกของกลุ่ม, ก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจต่อสมาชิกของกลุ่ม, กระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนที่จะทำให้เงื่อนไขในชีวิตของกลุ่มเป็นทุกข์ เพื่อที่จะก่อให้เกิดการทำลายล้างทางกายภาพทั้งหมดหรือบางส่วน, การก่อตั้งมาตรการโดยเจตนาเพื่อที่จะป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม และบังคับให้มีการโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปสู่อีกกลุ่มหนึ่ง มาตราที่กำหนดการกระทำเหล่านี้ได้มีการนำไปใช้โดยไม่มีการแก้ไขในธรรมนูญศาลเฉพาะกิจและศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) นอกจากนี้อนุสัญญาการล้างเผ่าพันธุ์ยังได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน สำหรับผู้ปกครองที่ต้องรับผิดชอบ, เจ้าหน้าที่ของรัฐ, หรือในฐานะของปัจเจกชน เป็นการพัฒนาและทางปฏิบัติล่าสุดของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้นจึงสามารถกล่าวได้โดยไม่ต้องสงสัยว่า อาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมที่ได้รับการแยกสาขาจากอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น ซึ่งได้เป็นอาชญากรรมระดับ “กฎหมายบังคับเด็ดขาด” (jus cogen) และหน้าที่ของรัฐในการดำเนินคดี, ลงโทษ หรือเนรเทศผู้ก่ออาชญากรรมนี้เป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติโดยทั่วกัน

2.2 หลักการและกฎเกณฑ์ของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์หลังมีอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์

(1) คำนิยามและขอบเขตการกระทำของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์

ก. การกระทำการล้างเผ่าพันธุ์

การกระทำที่บัญญัติให้เป็นการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์นั้น อยู่ในอนุสัญญาการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ 1948 ในมาตรา 2 ดังนี้

- (a) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (b) การก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงทางร่างกายหรือจิตใจต่อสมาชิกของกลุ่ม
- (c) การกระทำโดยเจตนาที่จะทำให้สภาพการดำรงชีวิตของกลุ่มเสียหาย เพื่อที่จะนำไปสู่การทำลายล้างกลุ่มทางกายภาพทั้งหมดหรือบางส่วน
- (d) การก่อกวนมาตรการโดยเจตนาเพื่อที่จะป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม
- (e) บังคับให้มีการโยกย้ายเด็กของกลุ่มหนึ่งไปสู่อีกกลุ่มหนึ่ง

“การกระทำ” ดังกล่าวของการล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2 ของอนุสัญญาสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

(a) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม (Killing members of the group)

ร่างเดิมของอนุสัญญาดั้งเดิมของเลขาธิการสหประชาชาติได้ กำหนดให้การกระทำซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นมี 3 กรณี และกรณีแรกคือ “การก่อให้เกิดความตายต่อสมาชิกของกลุ่ม หรือทำให้ได้รับบาดเจ็บทางสุขภาพหรือทางกายภาพ”⁴⁸ แต่ในร่างฉบับของคณะกรรมการเฉพาะกิจได้เปลี่ยนมาเป็น “การฆ่าสมาชิกภายในกลุ่ม” ต่อมาคณะกรรมการลำดับที่ 6 ก็ได้รับร่างดังกล่าว โดยกำหนดให้การฆ่าสมาชิกของกลุ่มเป็นการกระทำรูปแบบแรกในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยในอนุสัญญาและประวัติศาสตร์การร่างอนุสัญญาไม่ได้มีการถกเถียงและตีความการกระทำใน (a) นี้เท่าใด ดังนั้นการพิจารณานิยามหรือองค์ประกอบของการกระทำตาม (a) นี้ต้องพิจารณาต่อไปในการพิจารณาคดีของศาลและในการร่างธรรมนูญกรุงโรมเพื่อก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

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

⁴⁸ Secretariat draft, Article I, Definition II, 1.

ร่างของเลขาธิการสหประชาชาตินั้นได้รวมไปถึง “การทำให้พิการ (mutilation) และการทดลองทางชีวภาพ (biological experiments) ต่อผู้อื่น ซึ่งนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ในการรักษาโรค”⁴⁹ ถือเป็นการกระทำที่ลงโทษได้อีกด้วย นอกจากนี้ประเทศผู้ร่างต่างๆ ในการร่างของคณะกรรมการร่างเฉพาะกิจนั้นได้มีข้อเสนอในมุมมองต่างๆ กัน และในร่างฉบับของคณะกรรมการร่างเฉพาะกิจได้บัญญัติถึงกรณีนี้ไว้ว่า “การทำให้ความสมบูรณ์ทางกายภาพของสมาชิกของกลุ่มเสียหาย” แต่โดยหลักการพื้นฐานของอนุสัญญานั้นเป็นที่ยอมรับกันโดยไม่ยากว่า อนุสัญญาในมาตรานี้มีหลักการในการลงโทษ การกระทำอันเป็นการละเมิดต่อร่างกายอย่างร้ายแรง ซึ่งไม่ส่งผลถึงกับเป็นการฆ่า นั่นเอง

หลักการของการทำร้ายจิตใจนั้นยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ โดยหลักการดังกล่าวได้รับการริเริ่มมาจากประเทศจีน ซึ่งเสนอ “การทำให้สุขภาพทางกายหรือจิตใจของสมาชิกของกลุ่มเสียหาย”⁵⁰ ให้ถือเป็นการกระทำที่เป็นวิธีการหนึ่งในการล้างเผ่าพันธุ์ด้วย โดยจีนได้ยืนยันหลักการมาจากเหตุการณ์ในสมัยสงคราม คือ อาชญากรรมที่ประเทศญี่ปุ่นก่อขึ้นต่อประชาชนจีนโดยการสนับสนุนให้คนจีนบริโภคนาซีเซฟติด ในขั้นแรกนั้นหลักการนี้ได้รับการปฏิเสธ เนื่องจากประเทศอังกฤษเห็นว่า “การนำหลักการทำให้สภาพจิตใจได้รับความเสียหาย” เข้ามาสู่อนุสัญญานั้นอาจทำให้เกิดการเข้าใจผิดได้ แต่ในที่สุดประเทศอินเดียได้เสนอที่จะใส่คำว่า “ทางจิตใจ” เข้าไปในตัวบทเดิมที่มีแต่ “ทางร่างกาย” และข้อเสนอนี้ได้รับการยอมรับในที่สุด

การกระทำตาม (b) นี้ได้เคยมีแนวทางการพิจารณาคดีในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่เกี่ยวข้องกับหลักการดังกล่าว นั้น ศาลแขวงกรุงเยรูซาเล็มในการตัดสินคดี Eichmann ในวันที่ 12 ธันวาคม 1961 ได้กล่าวว่า การทำให้เกิดอันตรายร้ายแรงทางร่างกายและจิตใจต่อสมาชิกของกลุ่ม สามารถเกิดขึ้นได้จากการ ‘ทำให้ลงเป็นทาส, ทำให้อดตาย, การเนรเทศ และการข่มเหงรังแก... และโดยการกักขังให้อยู่ในชุมชนแออัด, ค่ายเดินทางหรือค่ายกักกัน โดยมีสภาพการออกแบบมาเพื่อทำให้เกิดการเสื่อมเสีย, การลดคุณค่า ในสิทธิในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง, และเพื่อปราบปรามพวกเขา และทำให้พวกเขาเกิดความทุกข์และทรมานอย่างไม่ใช่มนุษย์’⁵¹ ซึ่งหลักการนี้ได้รับการนำมาอ้างอิงภายหลังโดยการพิจารณาคดีของศาลอาชญากรรมระหว่างประเทศวันดา ใน

⁴⁹ Secretariat draft, Article I, Definitions II, 1 (c).

⁵⁰ Ad Hoc Committee draft, Article II, 2.

⁵¹ Israel v. Eichmann (1968) 36 ILR 5 (District Court, Jerusalem) ,p. 340.

การพิจารณาการกระทำต่างๆ โดยเฉพาะการล่วงละเมิดทางเพศและการข่มขืนว่าเป็นการกระทำที่เข้าหลักการตามมาตรานี้หรือไม่อีกด้วย

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

ร่างของเลขาธิการสหประชาชาตินั้นได้มีบทบัญญัติ 2 กรณีที่เกี่ยวข้องกับหลักการนี้ บทบัญญัติแรกคือ “การควบคุมสภาพการดำรงชีวิต ซึ่งโดยทำให้ขาด ที่อยู่อาศัยที่เหมาะสม, เสื้อผ้า, อาหาร, สุขอนามัย และยารักษาโรค หรือการให้ทำงานมากเกินไปหรือการออกกำลังกายมากเกินไป ซึ่งอาจนำไปสู่การทรมานหรือการตายของปัจเจกบุคคล” และบทบัญญัติที่สองคือ “การถอนสิทธิในการดำรงชีวิตทุกวิถีทาง โดยการยึดทรัพย์สิน, การปล้นสดมภ์, การตัดออกจากงาน, การปฏิเสธการให้ที่อยู่อาศัยและปฏิเสธการให้ปัจจัยอื่น ที่สามารถมีให้ประชากรอื่นๆ ในเขตแดนที่เกี่ยวข้องได้”⁵² แต่ในคณะกรรมการร่างเฉพาะกิจมองว่าไม่ใช่เพียงการมีอยู่ทางกายภาพของกลุ่มเท่านั้นที่ถูกทำลาย แต่ยังรวมไปถึง “การทำให้กลุ่มดังกล่าวตกอยู่ในสภาพหรือมาตรการดังกล่าว เพื่อที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วน ของการมีอยู่ทางกายภาพของกลุ่มด้วย” โดยมองเหตุการณ์ที่เคยได้เกิดขึ้นกับชาวยิว ในการนำชาวยิวไปกักขังในพื้นที่เล็กๆ ที่จำกัดให้มีสภาพ ที่มีความหิวโหยและความเจ็บป่วย รวมทั้งการขาดการดูแลสุขภาพ การแพทย์ สามารถพิจารณาได้อย่างแน่นอนว่าเป็นเครื่องมือหนึ่งในการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์ โดยเมื่อได้กระทำลงต่อกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองแล้วภายในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งแล้ว อาจทำให้เกิดการสูญพันธุ์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การกระทำดังกล่าวจึงต้องได้รับการนับรวมเป็นการกระทำหนึ่งในอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น ในการร่างของคณะกรรมการเฉพาะกิจนั้นจึงได้บัญญัติว่า “การทำให้เสียหายต่อสมาชิกของกลุ่ม ซึ่งมาตรการหรือสภาพการดำรงชีวิตที่มีวัตถุประสงค์มุ่งให้เกิดความตายต่อพวกเขา”⁵³

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติใน (c) นี้ยังได้มีประเด็นการตีความขยายไปถึงการละเว้นการกระทำ การซึ่งส่งผลให้เป็นการทำให้สภาพการดำรงชีวิตของกลุ่มเสียหายอีกด้วย

⁵² Secretariat draft Article I, Definition II. 1(b), 1(d).

⁵³ Ad Hoc Committee draft, Article II, 3.

โดยการตีความดังกล่าวนั้นเป็นการตีความซึ่งขยายความโดยการพิจารณาคดีของศาลในคดีต่างๆ ซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทวิเคราะห์ผลของคำพิพากษา ในบทที่ 4 ต่อไป

(d) การก่อดังมาตรการโดยเจตนาเพื่อที่จะป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม
(Imposing measures intended to prevent births within group)

ร่างของเลขาธิการสหประชาชาติได้กำหนดกรณีการ “จำกัดการเกิด” โดยได้ระบุการกระทำไว้ 3 กรณี คือ “(a) กรณีการทำให้เป็นหมัน และ/หรือ การบังคับให้ทำแท้ง, (b) กรณีการกีดกันทางเพศ และ (c) กรณีการขัดขวางการแต่งงาน”⁵⁴ โดยได้มีการอธิบายว่า การกีดกันทางเพศนั้นอาจ “ทำให้เกิดขึ้นได้หลายสาเหตุ เช่นการบังคับให้มีที่พักอาศัยห่างไกลกัน หรือการวางแผนแบ่งแยกส่วนการทำงานของหญิงและชายในสถานที่แตกต่างกัน” และประเทศไทยเคยเสนอให้มีการเพิ่มประโยคว่า “ให้รวมถึงการห้ามระหว่างชาติพันธุ์” ด้วยในข้อ (c) การขัดขวางการแต่งงาน โดยให้เหตุผลว่า “ในเวลานั้น มีกลุ่มชาติพันธุ์หลายกลุ่มซึ่งมีเพศหญิงน้อยกว่าผู้ชาย และการห้ามการแต่งงานระหว่างชาติพันธุ์ที่แตกต่างกัน อาจเป็นผลให้เป็นการสูญพันธุ์ของกลุ่มชาติพันธุ์ไปทีละน้อย” ในส่วนของร่างฉบับของคณะกรรมการร่างเฉพาะกิจนั้น ได้มีการร่างโดยกำหนดกรณีนี้ว่า “ก่อดังมาตรการโดยเจตนาจะป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม”⁵⁵ โดยมีหลักการร่วมกันในการร่างว่า “การห้ามการเกิดโดยวิธีการใดๆ เช่น การทำให้เป็นหมันและการบังคับให้ทำแท้ง” นั้นถือรวมเป็นการกระทำในการล้างเผ่าพันธุ์

คณะกรรมการลำดับที่ 6 นั้นรับหลักการตามที่คณะกรรมการร่างเฉพาะกิจได้ตั้งขึ้น โดยมองว่ามาตรา 2 (d) นี้เป็นหลักการที่ไม่ต้ององค์ประกอบที่เป็นผลสำเร็จของการกระทำ องค์ประกอบหลักของการกระทำคือ การก่อดังมาตรการนั้นๆ โดยไม่ต้องได้รับการพิสูจน์ว่ามาตรการนั้นสำเร็จหรือไม่

(e) บังคับให้มีการโยกย้ายเด็กของกลุ่มหนึ่งไปสู่อีกกลุ่มหนึ่ง

บทบัญญัติใน (e) นี้ได้รับการริเริ่มขึ้นจากร่างฉบับของเลขาธิการสหประชาชาติในหัวข้อของ “การทำลายลักษณะเฉพาะของกลุ่ม”⁵⁶ ซึ่งก็คือหลักการในการ “ฆ่า

⁵⁴ Secretariat draft, Article I, Definition II, 2.

⁵⁵ Ad Hoc committee draft, Article II, 4.

⁵⁶ Secretariat draft, Article I, Definition II, 3.

ล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม” นั่นเอง แต่ในร่างของคณะกรรมการร่างเฉพาะกิจนั้น ถึงแม้จะมีหลักการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมแต่ไม่มีการบัญญัติการกระทำนี้เอาไว้ว่าเป็นความผิด

ในอนุสัญญาฉบับจริงนั้นได้ปฏิเสธหลักการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม แต่กลับมีการบัญญัติการกระทำที่ในร่างของเลขาธิการสหประชาชาติกำหนดให้เป็นการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมไว้ด้วย เนื่องจากการพิจารณาจากคณะกรรมการจากเหตุการณ์ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ผ่านมามีเยอรมันที่มีเหตุการณ์การบังคับให้มีการโยกย้ายเกิดขึ้น จึงเห็นว่ามีความจำเป็นในการนำบทบัญญัตินี้มาบัญญัติ

ข. การกระทำที่ไม่รวมเป็นการล้างเผ่าพันธุ์

การกระทำที่ไม่รวมเป็นการล้างเผ่าพันธุ์นั้น เป็นการกระทำที่ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ 1948 อย่างแน่นอน แต่เป็นการกระทำที่เป็นที่ถกเถียงกันในประวัติศาสตร์การร่างอนุสัญญาอย่างกว้างขวาง ว่าสมควรที่จะรวมอยู่ในอนุสัญญาหรือไม่ และเมื่อผลการร่างไม่มีปรากฏการกระทำเหล่านี้ขึ้น แสดงถึงขอบเขตของอนุสัญญาการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นี้ไม่รวมไปถึงการกระทำเหล่านั้น การกระทำเหล่านั้นคือ การล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม (Cultural genocide) และการกวาดล้างทางเชื้อชาติ (Ethnic cleansing)⁵⁷

การล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม(Cultural genocide) นั้น ได้รับการกล่าวถึงตั้งแต่ในผลงานของ Raphael Lemkin เรื่อง Axis Rule in Occupied Europe ซึ่งได้กล่าวถึงการทำลายล้างบุคคลทางวัฒนธรรม, ภาษา, ศาสนา และอนุสาวรีย์และสถาบันทางวัฒนธรรม ต่อมาในการร่างอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ คณะผู้ร่างได้หยิบยกร่างการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ด้วย จะเห็นได้จากร่างของเลขาธิการสหประชาชาติ ได้บัญญัติเรื่องการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมไว้ใน มาตรา 1 ซึ่งอธิบายการกระทำที่เป็นการล้างเผ่าพันธุ์ ในหัวข้อที่ 3⁵⁸ ดังนี้

“3. การทำลายลักษณะเฉพาะตัวของกลุ่ม โดย:

(a) การบังคับให้มีการโยกย้ายเด็กไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง หรือ

⁵⁷ William A. Schabas, *supra* note 8, p.178.

⁵⁸ Secretariat draft, Article I, Definition II, 3.

(b) โดยการบังคับและโดยมีแบบแผน เนรเทศบุคคลซึ่งเป็นตัวแทนทางวัฒนธรรมของกลุ่ม หรือ

(c) ห้ามไม่ให้มีการใช้ภาษาประจำชาติ แม้แต่ในเวลาการสื่อสารอย่างเป็นทางการส่วนตัว หรือ

(d) ทำลายล้างอย่างเป็นระบบ ซึ่งหนังสือที่พิมพ์ด้วยภาษาประจำชาติ หรือซึ่งผลงานทางศาสนา หรือห้ามไม่ให้มีการตีพิมพ์ใหม่ หรือ

(e) ทำลายล้างอย่างเป็นระบบ ซึ่งอนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์หรือทางศาสนา หรือดัดแปลงไปใช้ในประโยชน์อย่างอื่น การทำลายหรือการทำให้หายไป ซึ่งเอกสารและวัตถุที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์, ทางศิลปะ หรือทางศาสนา และซึ่งวัตถุที่ใช้ในการบูชาทางศาสนา”

ต่อมาในร่างของคณะกรรมการร่างอนุสัญญาเฉพาะกิจ ก็ได้้นำการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมมาบัญญัติรวมไว้เป็นการกระทำหนึ่งในอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์เช่นเดียวกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของร่าง ดังนี้

“มาตรา 3 ภายใต้ต้นสัญญานี้การล้างเผ่าพันธุ์หมายความว่าความรวมถึงการกระทำโดยเจตนาไตร่ตรองไว้ก่อนในการที่จะทำลาย ภาษา, ศาสนา, หรือวัฒนธรรมของกลุ่มชาติ, กลุ่มเผ่าพันธุ์, หรือกลุ่มทางศาสนา บนพื้นฐานในความเชื่อของสมาชิกในชาติ หรือในจุดกำเนิดของเผ่าพันธุ์ หรือในศาสนานั้นๆ ยกตัวอย่าง เช่น:

1. การห้ามการใช้ภาษาของกลุ่มในการสื่อสารประจำวัน หรือในโรงเรียน หรือในการตีพิมพ์และในการพิมพ์สื่อหนังสือพิมพ์ในภาษาของกลุ่ม

2. การทำลายหรือการขัดขวางให้มีการใช้ห้องสมุด, พิพิธภัณฑ์, โรงเรียน, อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์, สถานที่บูชา หรือสถาบันและวัตถุทางวัฒนธรรมอื่น ของกลุ่ม”⁵⁹

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อร่างมาถึงคณะกรรมการลำดับที่ 6 ได้มีการลงคะแนนเสียงให้ตัดการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมออกจากอนุสัญญาการล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากมีคณะกรรมการจากหลายประเทศทักท้วงว่า “เป็นปัญหาทางสิทธิมนุษยชน” ซึ่งสมควรจะได้รับการบัญญัติในหัวข้อกฎหมายสิทธิมนุษยชนมากกว่าการล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้นการล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมจึงไม่

⁵⁹ The Ad Hoc Committee's Draft Convention, Article III

ถือเป็นอาชญากรรมที่มีความเท่าเทียมกับอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ เพราะไม่มีบทบัญญัติใดในทางระหว่างประเทศที่บัญญัติว่าเป็นการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่สามารถลงโทษได้

การกระทำที่ไม่รวมเป็นการล้างเผ่าพันธุ์อีกการกระทำก็คือ การกวาดล้างทางเชื้อชาติ (Ethnic cleansing) ซึ่งการกระทำการกวาดล้างทางเชื้อชาตินั้นมีความหมายว่า “การทำให้พื้นที่ที่มีคนเชื้อชาติอย่างเดียวกัน โดยการใช้กำลังหรือการคุกคาม ทำให้คนเหล่านั้นให้ออกไปจากพื้นที่ดังกล่าว” โดยการกระทำที่เป็นการใช้กำลังหรือการคุกคามนั้นอาจรวมไปถึงวิธีการดังต่อไปนี้ การฆาตกรรม, การทรมาน, การจับกุมโดยไม่มีสาเหตุ และการกักขัง, การล่องละเมิดทางเพศ, การกักบริเวณประชาชนให้อยู่ในบริเวณที่แออัด, วางแผนโจมตีทางทหารหรือข่มขู่ว่าจะโจมตีต่อพลเมืองหรือพื้นที่ของพลเมือง, และการทำลายทรัพย์สินอย่างไม่มีเหตุผล

การกระทำการกวาดล้างเชื้อชาตินั้น อาจถูกรวมเป็นการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์ได้เนื่องจาก การกระทำทั้งสองต่างมีจุดมุ่งหมายเดียวกัน คือ การกำจัดกลุ่มคนที่เป็นเป้าหมายออกไปจากพื้นที่นั้นๆ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำทั้งสองมีองค์ประกอบในการกระทำแตกต่างกัน กล่าวคือ เจตนาในการกระทำของการกระทำทั้งสองนั่นเอง การกระทำการกวาดล้างเชื้อชาตินั้นเป็นเพียงเจตนาต้องการให้กลุ่มคนนั้นย้ายสถานที่ไป แต่การกระทำการล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นการทำลายล้างกลุ่มบุคคลนั้นให้หมดไป ดังที่ศาลนูเรมเบิร์กในเคสบันทึกไว้นาคี Eichmann ว่าการกวาดล้างทางเชื้อชาตินั้นเป็นการ “เนรเทศ” ซึ่งสามารถลงโทษได้ในฐานะอาชญากรรมแห่งมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม แต่การกวาดล้างทางเชื้อชาตินี้ก็อาจถูกมองได้ว่าเป็นสัญญาณเริ่มแรกของการก่ออาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ โดยการล้างเผ่าพันธุ์อาจเป็นทางเลือกสุดท้ายเมื่อของผู้กวาดล้างทางเชื้อชาติทำการไม่สำเร็จก็เป็นได้

นอกจากนี้ยังมีอาชญากรรมอื่นๆ ที่ไม่ถือเป็นอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ได้แก่ การทำลายล้างสิ่งแวดล้อม (Ecocide), การแบ่งแยกชนชาติ (Apartheid) หรือการใช้อาวุธนิวเคลียร์ เป็นต้น

(2) องค์ประกอบภายในของการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์

องค์ประกอบภายในของการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์นั้น บัญญัติในมาตรา 2 ของอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ในตอนต้นของมาตราคือ

“ตามอนุสัญญานี้การกระทำการล้างเผ่าพันธุ์หมายความว่ากระทำดังต่อไปนี้ด้วยเจตนาที่จะทำลายล้าง ทั้งหมดหรือบางส่วน ของกลุ่ม ...”

จากบทบัญญัติในมาตรานี้สามารถพิจารณาได้ว่า องค์ประกอบภายในของการล้างเผ่าพันธุ์นั้น ได้แก่ เจตนาพิเศษของการก่ออาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ คือต้องมีความมุ่งหมายที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่งใจความหลักของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นั้นอยู่ที่เจตนาพิเศษนี้ ซึ่งมีเฉพาะในอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์เท่านั้น และถ้าเจตนาพิเศษนี้ขาดไป ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำความผิดทางอาญาที่มีความเลวร้ายเพียงใดก็ตาม ก็ไม่สามารถที่จะพิจารณาลงโทษในฐานะเป็นอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ได้ กล่าวคือ ถึงแม้จะมีการฆ่าคนหลายร้อยคนหรือแม้แต่เป็นหลายหมื่นคน แต่ขาดเจตนาในการทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่ม ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์ แต่ในขณะเดียวกันถ้ามีการฆ่าคนแค่เพียงคนเดียว แต่มีเจตนาในการทำลายล้างทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่ม การกระทำนั้นก็เป็นความผิดฐานอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงสามารถกล่าวได้ว่า เจตนาพิเศษนี้เป็นหัวใจหลักของการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์ โดยการศึกษาชั้นนี้สามารถพิจารณาได้ ดังนี้

เจตนาพิเศษของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นี้เป็น ข้อกำหนดที่ได้รับการบัญญัติไว้ในตัวบทของการล้างเผ่าพันธุ์ ในทุกกรณี กล่าวคือทั้ง อนุสัญญาเพื่อการป้องกันและลงโทษการล้างเผ่าพันธุ์ ธรรมนูญศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศวันดาและประเทศยูโกสลาเวียเก่า และธรรมนูญกรุงโรมก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดๆ อาจกล่าวได้ว่า เจตนาพิเศษนี้เป็นองค์ประกอบหลักหรือเป็นหัวใจหลักของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ โดยเจตนาพิเศษที่ได้รับการบัญญัติไว้ คือ “เจตนาที่จะทำลายล้าง ทั้งหมดหรือบางส่วน ของกลุ่มชาติ, กลุ่มเชื้อชาติ, กลุ่มชาติพันธุ์, หรือกลุ่มศาสนา”

ความเกี่ยวข้องกันระหว่าง “เจตนาในการทำลายล้าง” กับ “ทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง” ซึ่งข้อความทั้งสองนั้นต้องมีการเชื่อมโยงกันด้วยการกระทำใดๆ ซึ่งมีการบัญญัติต่อมาในมาตรานั้นเอง และการกระทำเหล่านั้นดังกล่าว ดังที่ได้อธิบายในหัวข้อที่ผ่านมา ต้องมีองค์ประกอบภายในคือเจตนาพิเศษนี้ไปประกอบกับการกระทำต่างๆ ด้วย ทั้งการกระทำใน (a) และ (b) เป็นการกระทำที่ต้องมีการพิสูจน์ผลสำเร็จของการกระทำ กล่าวคือ (a) ต้องมีเจตนาพิเศษในการฆ่าบุคคลผู้ตกเป็นเหยื่อ (b) ต้องมีเจตนาพิเศษการทำอันตรายต่อร่างกายและจิตใจเกิดขึ้น และการกระทำใน (c) และ (d) ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ต้องการผลของการกระทำ แต่อย่างไรก็ตาม ต้องมีเจตนาพิเศษ กล่าวคือ (c) การเจตนาที่จะทำให้สภาพการดำรงชีวิตของกลุ่มเกิดความเสียหาย โดยคาดหวังให้เกิดการทำลายล้างทางร่างกายทั้งหมดหรือบางส่วนของ

กลุ่ม ไม่ต้องการการพิสูจน์ผลสำเร็จเพียงแค่ว่าจะทำลายล้างเท่านั้น แต่ต้องมีเจตนาพิเศษในการกระทำด้วย และ (d) การก่อตั้งมาตรการป้องกันการเกิดนั้นก็เช่นเดียวกัน ถึงแม้จะไม่ต้องการการพิสูจน์ผลสำเร็จของการกระทำ แต่ต้องมีเจตนาพิเศษในการกระทำดังกล่าว และใน (e) เป็นกรณีของการบังคับให้มีการโยกย้ายเด็กจากกลุ่มหนึ่งไปสู่อีกกลุ่มหนึ่งก็เช่นเดียวกัน เป็น การกระทำที่ต้องมีการพิสูจน์ผลและต้องการเจตนาพิเศษในการทำลายกลุ่มให้หมดไป

เจตนาพิเศษ “การทำลายล้าง” ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การทำลายล้างในเจตนาพิเศษของการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์นี้ มีความเชื่อมโยงไปถึงการกระทำที่ได้รับการกำหนดไว้ใน (a)-(e) ของมาตรา 2 ในอนุสัญญา กล่าวคือ การกระทำทั้ง 5 กรณี ที่บัญญัติในมาตรา 2 ถือเป็นวิธีการในการทำลายล้างที่อนุสัญญากำหนดให้เป็นการกระทำที่ถือเป็นการล้างเผ่าพันธุ์ โดยการ ทำลายล้าง (‘to destroy’) ความหมายตามตัวอักษรอาจตีความได้ถึงการทำลายทางกายภาพโดยตรงที่ก่อให้เกิดผลในแง่ลบ ซึ่งได้กระทำลงต่อบุคคลอื่น แต่เมื่อมาพิจารณาจากการกระทำที่ มาตรา 2 (a)-(e) ได้บัญญัติไว้แล้วนั้น ถึงแม้ว่าทุกกรณีจะเป็นการกระทำลงต่อบุคคลอื่น แต่การกระทำการทำลายล้าง ไม่จำเป็นจะต้องเป็นการทำลายทางกายภาพโดยตรงเสมอไป เช่น ในการกระทำใน (d) การก่อตั้งมาตรการโดยเจตนาเพื่อที่จะป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม และ (e) การ บังคับให้มีการโยกย้ายเด็กของกลุ่มหนึ่งไปสู่อีกกลุ่มหนึ่ง การกระทำดังกล่าวในสองอนุมาตรานี้ เป็นการกระทำที่เมื่อตีความตามตัวอักษรแล้ว ไม่มีลักษณะถึงขนาดเป็นการทำลายล้างแต่อย่างใด แต่อนุสัญญากำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของการทำลายล้าง ซึ่งมีความหมายรวมเป็นการล้างเผ่าพันธุ์ การที่อนุสัญญากำหนดไว้เช่นนี้ก็เพื่อให้ครอบคลุมถึงทุกวิธีการที่ผู้ก่อการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์ อาจวางแผนหรือเตรียมการในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในหมดสิ้นไปได้ แต่ในขณะเดียวกัน การ บัญญัติเช่นนี้อาจจะส่งผลให้การพิสูจน์ความผิดตามอนุสัญญานั้นเป็นไปได้ยาก เนื่องจากการ พิสูจน์เจตนาภายในของปัจเจกบุคคล

ในส่วนเจตนาพิเศษ “ทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่ม” นั้น เป็นบัญญัติถึงจำนวนของผู้ตกเป็นเหยื่อหรือกลุ่มผู้ที่ได้รับการคุ้มครอง แต่ในทางประวัติศาสตร์ของการล้างเผ่าพันธุ์นั้น Raphael Lemkin ไม่ได้ให้ความสำคัญในเรื่องปริมาณหรือจำนวนของกลุ่มผู้ตกเป็นเหยื่อ มีแต่เพียงกำหนดว่าเป็นทำลายล้างกลุ่มชาติหรือกลุ่มเชื้อชาติเท่านั้น แต่คำว่า “ทั้งหมดหรือบางส่วน” นั้นปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในบทนำของข้อมติที่ 96 (I) ของสมัชชาสหประชาชาติ⁶⁰ ซึ่งได้คำว่า “entirely or in part” จึงมีการหยิบยกมาใช้ในการร่างอนุสัญญา โดยในอนุสัญญานับสมบูรณนั้น

⁶⁰ William A. Schabas, *supra* note 8, p.230

ได้ใช้คำว่า “in whole or in part” โดยหน้าที่ของวลี “ทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่ม” ในอนุสัญญา
นี้นั้น คือ เพื่อเป็นการทำลายข้อต่อสู้ของอาชญากร ที่ซึ่งจะอ้างว่าตนไม่มีเจตนาที่จะทำลาย
ทั้งหมดของกลุ่ม⁶¹ ดังเช่นที่เคยเกิดขึ้น ในกรณีของรัฐบาลตุรกีที่มีเป้าหมายแต่เพียงชาวอาร์เมเนีย
ภายในเขตชายแดนของตนเท่านั้น ไม่รวมไปถึงชาวอาร์เมเนียที่กระจัดกระจายอยู่ที่อื่น และใน
กรณีของนาซีที่มุ่งกำจัดชาวยิวในระดับทวีปยุโรป ยังไม่ถึงระดับโลก ถึงแม้ว่าจะเป็นแผนการใน
ขั้นตอนต่อไปก็ตามแต่ก็อาจถูกยกนำมาเป็นข้อต่อสู้ได้ นอกจากนี้ยังมีกรณีในรวันดา ค.ศ. 1994
ที่ชาว Hutu ไม่ได้มุ่งหมายที่จะกำจัดชาว Tutsi ที่อยู่นอกเขตประเทศรวันดา ในทั้งสามคดีนี้ข้อต่อสู้
อาจถูกยกขึ้นมาอ้างว่าไม่ได้มีเจตนาที่จะทำลายทั้งหมดของกลุ่ม แต่เป็นเพียงบางส่วนเท่านั้น
ทำให้สนธิสัญญาต้องมีบทบัญญัติเช่นว่านี้ขึ้นมา

อย่างไรก็ตาม ปริมาณหรือจำนวนอาจจะมีผลสำคัญในแง่ของการแยกแยะ
ระหว่าง การล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) กับการฆาตกรรมหมู่ (Massacre) โดย Leo Kuper ได้เคยให้
นิยามความแตกต่างของการกระทำทั้งสองว่า “การฆาตกรรมหมู่นั้นเกิดขึ้นในวงที่เล็กกว่า นั่นคือ
จำนวนคนที่ถูกฆาตกรรมนั้นน้อยกว่า” ซึ่งการให้รอบความหมายเช่นว่านี้ก็มีความครอบคลุมไป
ถึงความแตกต่างจากอาชญากรรมอื่นๆ ด้วย เช่น อาชญากรรมแห่งมนุษยชาติ หรือการขัดกัน
ทางทหารอื่นๆ

(3) กลุ่มผู้ตกเป็นเหยื่อหรือกลุ่มที่ต้องได้รับการคุ้มครองในอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์

ตามอนุสัญญาการเพื่อป้องกันและลงโทษการล้างเผ่าพันธุ์นั้น การกระทำการ
ล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องกระทำลงต่อกลุ่มที่ระบุไว้เท่านั้น ซึ่งก็คือ “กลุ่มชาติ, กลุ่มเชื้อชาติ, กลุ่มชาติพันธุ์
, กลุ่มศาสนา” นั่นเอง การระบุถึงกลุ่มโดยเฉพาะนั้นเพื่อเป็นการบ่งบอกถึงเจตนาภายใน โดยเหยื่อจะ
ถูกเลือกจากการเป็นสมาชิกของกลุ่มชาติ, กลุ่มเชื้อชาติ, กลุ่มชาติพันธุ์, กลุ่มศาสนา ไม่ใช่เพราะความ
เป็นตัวตนของเขาหรือเธอในฐานะปัจเจกชนคนหนึ่ง ดังนั้นการล้างเผ่าพันธุ์จึงอยู่ภายใต้กรอบ
ความคิด ที่ว่าการล้างเผ่าพันธุ์นั้น มีเหยื่อคือตัวกลุ่มเอง ไม่ใช่ตัวปัจเจกบุคคล⁶² ซึ่งแต่เดิมในร่างของ
เลขาธิการสหประชาชาตินั้นได้กำหนดกลุ่มผู้ได้รับการคุ้มครองไว้ในมาตรา 1 ดังนี้

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Yusuf Aksar, *supra* note 38, p. 210

“1. วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้คือ เพื่อป้องกันการทำลายกลุ่มของมนุษย์ในทาง ชาติพันธุ์, กลุ่มชาติ, กลุ่มทางภาษา, กลุ่มศาสนา, หรือกลุ่มการเมือง...”

เป็นการกำหนดกลุ่มผู้ที่ได้รับการคุ้มครอง (Protected Group) ที่มีขอบเขตกว้างกว่าขอบเขตตามอนุสัญญาฉบับสมบูรณ์เพื่อการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ โดยมีการกำหนดรวมถึงกลุ่มทางภาษา (Linguistic Group) และกลุ่มการเมือง (Political Group) รวมเข้าไปด้วย แต่ไม่มีการกำหนดถึงกลุ่มเชื้อชาติ (Ethnic Group) ดังที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้ โดยสาเหตุที่การร่างอนุสัญญาในขั้นตอนต่อมานั้น ได้ตัดกลุ่มทางภาษาและกลุ่มทางการเมืองออกจากกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง และได้เพิ่มกลุ่มเชื้อชาติเข้ามา โดยกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นั้นสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

“กลุ่มชาติ” (National Groups) กลุ่มชาติได้รับการรวมเป็นกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองตั้งแต่ร่างฉบับแรกจากเลขาธิการสหประชาชาติ แต่อย่างไรก็ตามไม่มีคำอธิบายสำหรับความหมายหรือคำนิยามของคำดังกล่าวในประวัติศาสตร์การร่างอนุสัญญา ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากแนวทางที่ศาลระหว่างประเทศได้วางไว้ โดยในศาลอาญาระหว่างประเทศวันดาได้วางแนวทางไว้ว่า คำว่า “กลุ่มชาติ” นั้น หมายถึง “กลุ่มบุคคลที่รวมกัน โดยยอมรับที่จะใช้ความผูกพันตามกฎหมายร่วมกัน โดยมีพื้นฐานมาจากสภาพความเป็นพลเมืองเดียวกัน, มีความผูกพันกันโดยการแลกเปลี่ยนซึ่งสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน”⁶³ ความเป็นคนชาติในลักษณะของความเป็นประชากรของรัฐใดรัฐหนึ่งตามอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ต้องไม่นำไปสับสนกับ ความเป็นคนชาติในความหมายของสมาชิกของชาติใดชาติหนึ่งในรูปแบบของเผ่าพันธุ์

“กลุ่มเชื้อชาติ” (Ethnic Groups) เป็นกลุ่มที่ไม่ได้รับการกำหนดไว้ในร่างเดิมของเลขาธิการสหประชาชาติ โดยเหตุผลที่นำมาบัญญัติโดยคณะกรรมการลำดับที่ 6 เนื่องจากคณะกรรมการเกรงว่าคำว่ากลุ่มชาตินั้น อาจจะไม่ครอบคลุมเพียงพอและอาจก่อให้เกิดความทับซ้อนกับกลุ่มการเมือง โดยถ้ากลุ่มที่ใช้ภาษาร่วมกันไม่ได้เป็นผู้ที่อยู่ในรัฐเดียวกัน ก็ควรจะมีการปกป้องในทางเชื้อชาติมากกว่าแค่กลุ่มชาติเท่านั้น โดยในการร่างนั้น คณะกรรมการร่างมองว่ากลุ่มเชื้อชาติในเป็นกลุ่มย่อยของกลุ่มชาติ และมีบางกรณีกลุ่มเชื้อชาติได้รับการมองว่ามีความหมายกว้างกว่ากลุ่มชาติพันธุ์ แต่อย่างไรก็ตามระหว่างคำว่า กลุ่มเชื้อชาติ กับ กลุ่มชาติพันธุ์ นั้น มี

⁶³ Prosecutor v. Akayesu (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998, p. 511.

ความหมายใกล้เคียงกันมาก เป็นการยากที่จะแยกความแตกต่างระหว่างกลุ่มบุคคลทั้งสอง ต่อมา ศาลอาญาระหว่างประเทศวันดาได้ให้คำนิยามคำว่า กลุ่มเชื้อชาติ ไว้ ดังนี้ “กลุ่มซึ่งสมาชิกภายในกลุ่มนั้น ใช้ภาษาหรือวัฒนธรรมเดียวกันร่วมกัน”⁶⁴ หรือ “กลุ่มที่แยกตัวเองออกมาเช่นนั้น (แบ่งแยกด้วยตัวเอง)” หรือ “กลุ่มที่บุคคลอื่นรวมทั้งตัวผู้ก่อการกระทำความคิดเห็นว่าเป็นเช่นนั้น (แบ่งแยกด้วยบุคคลอื่น)” ซึ่งในศาลอาญาระหว่างประเทศวันดา ได้ตีความกลุ่ม Tutsi ซึ่งเป็นกลุ่มผู้ตกเป็นเหยื่อและกลุ่มผู้ได้รับการคุ้มครองตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศวันดานั้นว่าเป็น กลุ่มเชื้อชาติ ตามมาตรา 2 ไม่ใช่กลุ่มชาติหรือกลุ่มชาติพันธุ์ ซึ่งยังเป็นข้อโต้เถียงกันอยู่จนถึงในปัจจุบัน ว่าศาลควรจะใช้คำว่า กลุ่มชาติพันธุ์มากกว่าหรือไม่ ซึ่งประเด็นในการให้คำนิยามหรือการกำหนดนั้นจะได้พิจารณาต่อไปในเรื่องผลของคำพิพากษาในศาลอาญาระหว่างประเทศ

“กลุ่มชาติพันธุ์” (Racial Groups) เป็นกลุ่มที่ได้รับการบัญญัติมาตั้งแต่ร่างดั้งเดิม ในร่างของเลขาธิการสหประชาชาติ ความหมายตามพจนานุกรมนั้น มีความหมายว่า กลุ่มของคน, สัตว์, หรือพืช ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกันด้วยการสืบเชื้อสายหรือแหล่งกำเนิด หรือ “กลุ่มหรือระดับ ของบุคคล, สัตว์, หรือสิ่งของ ที่มีลักษณะบางอย่างหรือหลายอย่างเหมือนกัน” โดยในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ชาวยิวก็ได้รับการมองว่าเป็นกลุ่มชาติพันธุ์ เพราะว่าชาวยิวมีมาตรฐานของลักษณะชาติพันธุ์ของพวกเขาเอง ส่วนในกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศวันดาได้ให้คำนิยาม คำว่ากลุ่มชาติพันธุ์ไว้ว่า “เป็นกลุ่มที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของลักษณะเฉพาะทางพันธุกรรมทางกายภาพ โดยอาจบ่งชี้ได้จากสภาพภูมิศาสตร์ของดินแดน โดยไม่จำกัดคำนึงถึงองค์ประกอบทางภาษา, วัฒนธรรม, ชาติ, หรือศาสนา”⁶⁵

“กลุ่มศาสนา” (Religious Groups) ในประวัติศาสตร์การร่างนั้น กลุ่มศาสนา ได้รับการมองว่าเป็นกลุ่มที่มีความถาวรน้อย เนื่องจากเป็นทางเลือกของบุคคลที่จะเข้าร่วมหรือออกจากกลุ่มก็ได้ แต่เนื่องจากเมื่อพิจารณาในทางประวัติศาสตร์แล้ว กลุ่มทางศาสนานั้นมีบทบาทสำคัญในสนธิสัญญาต่างๆ หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 และการทำลายล้างกลุ่มทางศาสนาที่เกิดขึ้นในประวัติศาสตร์นั้น ก็มีมากกว่ากลุ่มชาติหรือกลุ่มเชื้อชาติ ในศาลอาญาระหว่างประเทศวันดาได้มีการตีความ กลุ่มศาสนา ไว้ว่าเป็น “กลุ่มที่สมาชิกภายในกลุ่ม ใช้ศาสนา, นิกาย หรือรูปแบบของวัตถุในการบูชา ที่เหมือนกันร่วมกัน”⁶⁶

⁶⁴ *Ibid*, para. 512.

⁶⁵ *Ibid*, para. 513.

⁶⁶ *Ibid*, para. 514.

นอกจากนี้ ประเด็นที่เป็นข้อถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ฉบับสมบูรณ์นั้น คือ กรณีที่อนุสัญญาได้ตัดกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองทางการเมือง ซึ่งเป็นกลุ่มที่ได้รับการกล่าวถึงทั้งในข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติที่96 (I) และร่างอนุสัญญาเดิมของเลขาธิการสหประชาชาติออกจากอนุสัญญา ซึ่งสาเหตุในการตัดออกนั้นเนื่องจาก ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการระบุตัวกลุ่มให้ได้อย่างชัดเจน และด้วยปัญหาเช่นนี้การที่จะรวมกลุ่มบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองเข้าด้วยกันนั้น จึงไม่สามารถปฏิบัติได้ในความเป็นจริง เพราะฉะนั้นกลุ่มที่มาจากการเข้าร่วมโดยการอาสาสมัครนั้นจึงไม่ควรรวมเข้าในอนุสัญญา

2.3 การร่างธรรมนูญกรุงโรมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

ถึงแม้ว่าเวลาช่วงเวลาของอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 กับธรรมนูญกรุงโรมเพื่อก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 นั้น เป็นช่วงระยะเวลาที่ห่างกันถึง 50 ปี แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าการร่างข้อบทเรื่องอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ในธรรมนูญกรุงโรมนั้นได้รับการพัฒนาการมาจากอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 โดยข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติในวันที่ 9 ธันวาคม 1948 ได้บันทึกว่า การรับข้อบทของอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นการ “ตั้งคำถามในความต้องการและความเป็นไปได้ในการตั้งข้อหาบุคคลว่ากระทำการล้างเผ่าพันธุ์ในการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ” และยังได้กล่าวอีกว่าจะทำให้เป็นการ “เพิ่มความต้องการสถาบันศาลยุติธรรมในทางระหว่างประเทศ สำหรับการพิจารณาคดีในอาชญากรรมดังกล่าวภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ” และเชื่อเชิญให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศดำเนินการตามคำถามนั้นต่อไป จนต่อมาในค.ศ. 1951 สมัชชาแห่งสหประชาชาติจึงได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการในการร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น⁶⁷

ในประวัติศาสตร์การร่างธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ คณะกรรมการได้เคยบันทึกไว้ว่า “ไม่มีข้อสงสัยเลยว่าการล้างเผ่าพันธุ์ ที่ได้นิยามไว้ในอนุสัญญาเพื่อการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์นั้น เป็นความผิดภายใต้หลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ” อาชญากรรมภายใต้หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น

⁶⁷ UN Doc. A/C.6/SR.132

“เป็นที่ยอมรับและรับรู้โดยรัฐประชาคมระหว่างประเทศโดยทั่วกันเป็นลักษณะพื้นฐานว่า การละเมิดอาชญากรรมดังกล่าวนำมาซึ่งความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล”⁶⁸

การร่างธรรมนูญกรุงโรมจึงเป็นความพยายามที่จะสร้างศาลอย่างถาวรที่มีเขตอำนาจในการที่จะพิจารณาคดีอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ผลสำเร็จของธรรมนูญกรุงโรมเพื่อการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ 1998 ก็คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจอย่างถาวรในการพิจารณาอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ รวมไปถึงอาชญากรรมแห่งมนุษยชาติ, อาชญากรรมสงครามและการรุกราน อีกด้วย ซึ่งในส่วนของเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 12-19 ธรรมนูญกรุงโรม เขตอำนาจของศาลนั้นได้รับบัญญัติไว้อย่างกว้าง รวมไปถึงอำนาจของผู้ดำเนินคดีในการสอบสวนอีกด้วย โดยเสียงประเทศส่วนใหญ่ในการร่างธรรมนูญนั้นต้องการให้ศาลมีเขตอำนาจโดยอัตโนมัติทั้ง ในคดีการล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมแห่งมนุษยชาติ, อาชญากรรมสงคราม, และอาชญากรรมการรุกราน แต่มีบางประเทศรวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาที่ต้องการให้ศาลมีเขตอำนาจโดยอัตโนมัติเฉพาะอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์เท่านั้น โดยเสียงส่วนน้อยนี้ต้องการให้ใช้หลักการเรื่องความยินยอมให้รัฐยินยอมเข้าร่วมหรือไม่เข้าร่วมหรือให้ความยินยอมเป็นรายคดีไป แต่ในที่สุด ร่างสุดท้ายของธรรมนูญในมาตรา 12 นั้นกำหนดให้ ศาลมีเขตอำนาจในอาชญากรรมที่ได้กล่าวไว้ในมาตรา 5 ของธรรมนูญ (อาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมแห่งมนุษยชาติ, อาชญากรรมสงคราม, และอาชญากรรมการรุกราน) “โดยต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่อาชญากรรมเกิดขึ้นในเขตแดนของตน หรือความยินยอมจากรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถูกกล่าวหา” แต่ข้อกำหนด เช่นนี้ไม่ใช่บังคับถ้าสถานการณ์ถูกนำมาสู่ศาลโดยคณะมนตรีความมั่นคง ศาลจะมีเขตอำนาจในอาชญากรรมดังกล่าว ถึงแม้ว่าอาชญากรรมจะถูกก่อขึ้นในรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีโดยคนชาติของรัฐนั้น และถึงแม้ไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐที่อาชญากรรมเกิดขึ้นในดินแดนหรือเจ้าของสัญชาติ ผู้กระทำความผิดก็ตาม⁶⁹

นอกจากนี้ในการร่างถึงคำนิยามของอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ในธรรมนูญกรุงโรมเพื่อก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ผู้ร่างได้นำบทบัญญัติจากอนุสัญญาเพื่อการป้องกัน

⁶⁸ ‘Report of the Working Group on a Draft Statute for an International Criminal Court’ yearbook...1993, Vol.II (Part 2), annex, pp. 108-9

⁶⁹ American Journal of International Law, 1999, Vol. 93, No. 1, The Rome Statute of the International Criminal Court, Mahnoush H. Arsanjani

และลงโทษอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ในมาตรา 2 มาใช้ทั้งหมด แต่คณะร่างธรรมนูญกรุงโรม ได้สร้างความแตกต่างในประเด็นอื่น คือ ธรรมนูญกรุงโรมได้ตัด ‘การกระทำอื่น’ ตามมาตรา 3 ของอนุสัญญาการล้างเผ่าพันธุ์ โดยไม่ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำการล้างเผ่าพันธุ์ แต่ได้นำไปบัญญัติไว้ในหลักการของความรับผิดชอบปัจเจกบุคคล (Individual Criminal Responsibility) ในมาตรา 25 ของธรรมนูญกรุงโรมแทน

ธรรมนูญกรุงโรมได้มีการรับข้อบทไปเมื่อเดือนกรกฎาคม 1998 ในการประชุมองค์การสหประชาชาติทางการทูตซึ่งได้รับอำนาจเต็มเพื่อการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court) ซึ่งได้จัดขึ้นในกรุงโรม ประเทศอิตาลี ระหว่างวันที่ 15 มิถุนายน ถึง 17 กรกฎาคม 1998 ธรรมนูญกรุงโรมนั้นได้รับการออกเสียงเห็นชอบ 120 เสียง และเสียงไม่เห็นชอบ 7 เสียง และไม่ออกเสียง 21 เสียง⁷⁰ โดยธรรมนูญเปิดให้มีการลงนาม จนถึงเดือนธันวาคม ค.ศ. 2000 และต้องการการให้สัตยาบันของ 60 เพื่อให้มีผลบังคับใช้ ตามมาตรา 126 ของธรรมนูญ ซึ่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศได้มีผลบังคับใช้ในเวลาต่อมาในวันที่ 1 กรกฎาคม 2002 และจนถึงเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2002 มีประเทศผู้ลงนาม 139 ประเทศ และประเทศผู้เป็นภาคี 82 ประเทศ มีผลให้เป็นการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ และเป็นการจัดตั้งองค์กรศาลยุติธรรมลักษณะถาวรเพื่อการพิจารณาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศ รวมถึงอาชญากรรมการล้างเผ่าพันธุ์ ขึ้นในประชาคมระหว่างประเทศ

⁷⁰ 7 เสียงไม่เห็นชอบ คือ สหรัฐอเมริกา, จีน, ลิเบีย, อิรัก, อิสราเอล, กาตาร์และ