

บทที่ 1

วิวัฒนาการและหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

1.1 วิวัฒนาการของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์¹

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทางประวัติศาสตร์ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมเก่าแก่คู่กับสังคมมนุษย์ซึ่งเต็มไปด้วยการแย่งชิงอำนาจและสร้างความเป็นใหญ่ให้แก่กลุ่มทางสังคมของตนมาช้านานแล้ว กล่าวคือ ตั้งแต่มนุษย์เริ่มก่อตัวเป็นสังคมชนเผ่า มีการตั้งถิ่นฐานเป็นหลักแหล่ง และสร้างอารยธรรมขึ้นภายในเผ่าของตน และเริ่มต้นตั้งแต่วิธีการแผ่ขยายอารยธรรมและวัฒนธรรมของตนไปสู่ชนเผ่าอื่นหรือดินแดนอื่น เพื่อให้กลุ่มของตนมีความเจริญรุ่งเรืองยิ่งขึ้นจนมีอำนาจเหนือกว่าชนเผ่าใกล้เคียง ไปจนกระทั่งใช้วิธีการทำสงครามหรือสู้รบระหว่างชนเผ่าเพื่อรวบรวมกลุ่มทางสังคมให้รวมศูนย์อยู่ภายใต้อำนาจทางปกครองของชนเผ่าเดียว โดยการสังหารชนเผ่าศัตรูเป็นจำนวนมากอย่างป่าเถื่อน ทารุณโหดร้ายและน่าสะพรึงกลัวเพื่อขยายอาณาเขตหรือดินแดนของเผ่าตน เช่น ประมาณศตวรรษที่ 7-8 ก่อนคริสตกาล ชนเผ่าอัสซีเรียน (Assyrian) ในยุคนั้นเป็นชนเผ่าที่ยิ่งใหญ่และมีแสนยานุภาพการรบสูงใช้วิธีนี้บุกกำลังทางทหารบุกเข้าไปยึดและสังหารพลเมืองเป็นจำนวนมากอย่างทารุณโหดร้าย เมื่อเมืองต่างๆ พ่ายแพ้สงคราม เซลยศึกยอมถูกบังคับและเกณฑ์ไปเป็นแรงงานทาสไม่เว้นแม้กระทั่งเด็กและผู้หญิงหรือการสังหารชนเผ่าอื่นจำนวนมากเพื่อขยายดินแดนโดยการนำของเจ็งกิสข่าน (Genghis Khan) เป็นต้น อย่างไรก็ตามในสมัยโบราณดังได้ยกตัวอย่างข้างต้นการทำลายล้างบ้านเมืองต่างๆ ตลอดจนการฆ่าผู้คนจำนวนมากอย่างทารุณโหดร้าย ยังไม่ได้จำแนกลักษณะของการกระทำดังกล่าวว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างในปัจจุบันแต่อย่างใด²

ต่อมาในยุคกลาง (Middle Ages) ราวศตวรรษที่ 10 เป็นยุคเริ่มต้นของการทำสงครามเพื่อศาสนา เช่น สงครามระหว่างชาวคริสต์กับชาวมุสลิมเรียกว่า “สงครามครูเสด” (Crusade War) ซึ่งเป็นสงครามแย่งชิงดินแดนอันศักดิ์สิทธิ์ (Holy Land) ในดินแดนเยรูซาเลม (Jerusalem)

¹ See Leo Kuper, “Genocide : Its Political Used in the Twentieth Century,” in Alexander Laban Hinton (eds.), *Genocide: An Anthropological Reader*, (Great Britain: Blackwell Publishers Ltd., 2002), pp. 48-53.

² *Ibid.*

ในช่วงแรกของการทำสงครามยังมิได้มีการแยกชาวคริสต์กับชาวยิว ทั้งนี้รูปแบบในการทำสงครามเพื่อศาสนาในยุคนี้มีได้หวังเพียงเพื่อชำระศาสนาของตนให้บริสุทธิ์ (to purify) และปราศจากความเชื่อของศาสนาอื่น แต่มีมูลเหตุจูงใจที่สำคัญ คือ การดิ้นรนเพื่อให้ได้มาซึ่งความเป็นศูนย์กลางแห่งอำนาจและเป็นเจ้าของดินแดนนั้น รวมถึงความโกรธแค้นจากการได้รับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่าง ตลอดจนการถูกกดขี่ข่มเหงนำไปสู่การปลดปล่อยตนเองให้เป็นอิสระจากการคุกคามเช่นว่านั้น ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าแท้ที่จริงแล้ว ความแตกต่างในการนับถือศาสนาเป็นเพียงส่วนหนึ่งที่อาจเป็นแรงผลักดันที่สำคัญที่จุดชนวนให้เกิดความขัดแย้งจนก่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ โดยการอ้างความชอบธรรมจากแรงศรัทธาทางศาสนาเพื่อเป็นหลักประกันว่าเป็นการกระทำแต่พระเจ้าและปกป้องดินแดนอันศักดิ์สิทธิ์ซึ่งไม่ถือว่าเป็นบาป แม้ว่าจะเป็นการฆ่าคนจำนวนมากก็ตาม เช่น โศกนาฏกรรมที่เกิดขึ้นผู้ถูกกระทำมักจะเป็นชนเชื้อสายยิว เนื่องจากสายตาของศาสนาอื่นมักมองว่าชาวยิวเป็นคนนอกกรีต (infidel) เป็นต้น³

ในศตวรรษที่ 15 เป็นยุคของรัฐสมัยใหม่ (modern state) สงครามเพื่อศาสนาคลายความสำคัญลง กลายเป็นสงครามเพื่อการสร้างชาติใหม่ซึ่งเป็นการรวมชาติ การขยายดินแดน รวมถึงการค้นหาดินแดนใหม่ๆ ของรัฐเพื่อแสวงหาประโยชน์และขยายเส้นทางทางการค้าในการระบายวัตถุดิบไปสู่ดินแดนอื่นในการสร้างฐานทางเศรษฐกิจที่มั่งคั่งและมั่นคงของรัฐตน โดยเปลี่ยนรูปแบบเป็นการทำสงครามเพื่อรุกราน (aggression war) แทน เพื่อให้ได้มาซึ่งการครอบครองดินแดนรัฐอื่นให้มาเป็นดินแดนในอาณานิคมของตน โดยการสังหารประชาชนที่ตั้งถิ่นฐานอยู่ดั้งเดิมในดินแดนที่ถูกรุกรานซึ่งมีลักษณะเป็น “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพ” (physical genocide) เพื่อให้ได้มาซึ่งดินแดนนั้น ตลอดจนการทำลายวัฒนธรรมในสังคมบริเวณดังกล่าว เช่น ในทวีปออสเตรเลียการรุกรานของชาวตะวันตกต่อชนเผ่าอบอริจินส์ (Aborigines) เป็นต้น ทั้งนี้สาเหตุที่สำคัญอันเป็นที่มาของการกระทำลักษณะดังกล่าว เนื่องจากการครอบครองดินแดนในอาณานิคม (colonization) นั้นจะมีขึ้นมิได้ หากไม่มีการทำลายโครงสร้างทางสังคม วัฒนธรรมและความเชื่อดั้งเดิมของกลุ่มทางสังคมที่อาศัยดั้งเดิมในดินแดนที่ถูกรุกรานให้หมดไปเสียก่อน รวมไปถึงการกลืนวัฒนธรรมดั้งเดิมภายหลังจากที่ได้เข้าครอบครองดินแดนที่ถูกยึดครองแล้ว หรือเรียกว่า “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม” (cultural genocide)⁴ ดังนั้น

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

ปรากฏการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้น มีผลสืบเนื่องจากการล่าอาณานิคมของประเทศมหาอำนาจทำให้เกิดเป็นพหุสังคม (plural society) และสร้างความแตกแยกของกลุ่มทางสังคม กล่าวคือ ระหว่างกลุ่มผู้ปกครอง คือ รัฐเจ้าอาณานิคมกับกลุ่มผู้ใต้ปกครองซึ่งเป็นชนชาติดั้งเดิมที่เคยครอบครองดินแดนดังกล่าว ก่อให้เกิดกลุ่มทางสังคมหลายกลุ่มนำมาซึ่งความแตกต่างทางแนวคิดและวัฒนธรรม ตัวอย่างเช่น การที่ฝรั่งเศสเข้าไปยึดดินแดนของแอลจีเรีย (Algeria) โดยใช้วิธีการที่รุนแรงและโหดร้าย กล่าวคือ มีการกระทำโดยมุ่งหมายที่จะทำลายบ้านเรือนและพื้นที่เกษตรกรรมของชนพื้นเมือง เพื่อให้ได้มาซึ่งดินแดนและแรงงานทาสในการแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากแหล่งทรัพยากรดังกล่าว และเมื่อพิจารณาเหตุผลเบื้องหลังของการกระทำต่างๆ ดังกล่าวของรัฐมหาอำนาจแต่ละรัฐแล้ว พบว่าการล่าอาณานิคมในแถบทวีปอเมริกาใต้ และทวีปเอเชียขึ้นเพื่อเป็นการเสริมและสร้างแสนยานุภาพทางเศรษฐกิจและการเมือง ผลกระทบที่ตามมาของการแบ่งแยกดินแดนก็คือ ความต้องการประกาศอิสรภาพและปลดปล่อยดินแดนที่เคยถูกยึดครองดังกล่าว จนมีการปะทะกันด้วยวิธีการที่รุนแรงอันเนื่องมาจากความโกรธแค้นที่สะสมมาจากการถูกกดขี่จากเจ้าอาณานิคม อาทิ การก่อกบฏจลาจล (riot) จากกลุ่มที่ต้องการแยกตัวเป็นอิสระทวีความรุนแรงไปสู่การเกิดสงครามกลางเมือง (civil war) สร้างความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินของพลเมืองอย่างมาก จนทำให้รัฐบาลใช้นโยบายหรือมาตรการที่รุนแรงเพื่อปราบปรามกลุ่มแบ่งแยกดินแดนนั้น เช่น ในปี ค.ศ. 1904 ในทวีปแอฟริกันตะวันตกมีการสังหารหมู่ชาวเฮเรโร (Herero) โดยผู้ปกครองชาวเยอรมันในฐานะรัฐผู้ยึดครอง ด้วยวิธีการตอบโต้กลุ่มกบฏที่รุนแรงอย่างซูดรากถอนโคนและน่าสะพรึงกลัว เป็นต้น⁵

เหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อจิตสำนึกอันดีของประชาคมระหว่างประเทศก็ตาม อย่างไรก็ตามการลงโทษอาชญากรรมสงครามภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง โดยประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งเป็นประเทศผู้ชนะสงครามได้จัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กและโตเกียว (International Military Tribunals of Nuremberg and Tokyo) ตามกฎบัตรนูเรมเบิร์ก ด้วยลักษณะของการกระทำอันทารุณโหดร้ายของเหตุการณ์ดังกล่าว ประชาคมระหว่างประเทศต่างตระหนักถึงความสำคัญของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงได้มีการรับรองอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 หรืออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948 หรือ Genocide Convention)

⁵ *Ibid.*

ตามข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 260 (III) อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังคงเกิดขึ้นอยู่อย่างต่อเนื่อง⁶ และเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทั่วทุกมุมโลกมีหลายเหตุการณ์ ผู้เขียนจึงจัดลำดับเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยใช้ช่วงเวลาของการเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาพัฒนาการของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทางปฏิบัติของรัฐและการยอมรับของประชาคมระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเลือกกล่าวเฉพาะเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์บางเหตุการณ์ที่มีความสำคัญดังต่อไปนี้

1.1.1 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในอาเมเนีย⁷

ชาวอาร์เมเนียน (Armenians) เป็นชนชาติเก่าแก่ที่อาศัยอยู่ในบริเวณคอเคซัสตอนใต้ (The Southern Caucasus) เกือบ 3,000 ปี การเปลี่ยนไปนับถือศาสนาคริสต์ในช่วงต้นปีแรกของคริสต์ศตวรรษนั้น ทำให้ชาวอาร์เมเนียนมีความหึงหวงในการดำรงความศรัทธาข้ามศตวรรษในการครอบครองเหนืออาณาจักร หลังจากนั้นชาวมุสลิมแมมลุกส์ (Muslim Mamluks) ได้บุกโจมตีรัฐอาร์เมเนียอิสระในปี ค.ศ. 1375 ต่อมาในปลายศตวรรษที่ 19 ชาวอาร์เมเนียนสามารถตั้งชุมชนซึ่งประกอบด้วยประชากรซึ่งไม่มีเชื้อสายมุสลิม (Non- Muslim Populations) อาศัยอยู่มากที่สุดในดินแดนตอนกลางของอนาโตเลีย (Anatolian Heartland) แห่งอาณาจักรออตโตมาน (Ottoman

⁶ ดูรายละเอียดใน จันทิมา ลิมปานนท์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), น. 10-16 และ 18-20.

⁷ See Adam Jones, *Genocide: A Comprehensive Introduction*, (New York: Routledge, 2007), pp. 101-115; see also Vahakn N. Dadrian, “The Historical and Legal Interconnections between the Armenian Genocide and the Jewish Holocaust: from Impunity to Retributive Justice,” 23 *Yale Journal of International Law*, 503 (Summer 1998), p. 504 and see Vahakn N. Dadrian “Genocide as a Problem of National and International Law : the World War I Armenian Case and Its Contemporary Legal Ramifications,” 14 *Yale Journal of International Law* ,221 (Summer 1989), p. 221.

Empire) อย่างไรก็ตามทั้งชาวอาร์เมเนียและชาวอียิปต์ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมจากผู้ปกครอง กล่าวคือ ในฐานะพลเมืองลำดับสองของอาณาจักรเท่านั้น ต่อมาในยุคสมัยใหม่ของลัทธิชาตินิยมเสรี (liberal nationalism) ชาวอาร์เมเนียและชาวอียิปต์ต่างไม่ได้รับหลักประกันทางการเมืองและทางวัฒนธรรมจากผู้ปกครองแต่ประการใด จนกระทั่งเป็นปัจจัยหนึ่งของการทวีความขัดแย้งในอาณาจักรออตโตมานมากยิ่งขึ้น⁸ ดังนั้นสาเหตุที่สำคัญของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชาวอาร์เมเนีย คือ ผู้ปกครองอาณาจักรออตโตมานเกิดความรู้สึกความหวาดระแวงในการดำรงไว้ซึ่งอำนาจ และเกรงว่าจะถูกชาวอาร์เมเนียซึ่งเป็นประชาชนส่วนน้อยแทรกแซงทางเศรษฐกิจและการเมืองในอาณาจักร เนื่องจากชุมชนชาวอาร์เมเนียเริ่มที่จะพัฒนากลุ่มของตนทางด้านการศึกษา เศรษฐกิจ และการเมือง กล่าวคือ ทั้งชาวอาร์เมเนียและชาวอียิปต์ที่อยู่ในเขตเมืองอาศัยอยู่ในบริเวณที่เหมาะสมทางด้านเศรษฐศาสตร์และที่ตั้งของฐานอำนาจ ชนชาติอาร์เมเนียนมุ่งเน้นอย่างมากในการเรียนรู้ศิลปวิทยาและวัฒนธรรมของอาณาจักรออตโตมานได้อย่างรวดเร็วจึงทำให้สามารถเลื่อนสถานะทางสังคมให้มีอิทธิพลทางการเมืองและหน้าที่การงาน แม้บุคคลกลุ่มดังกล่าวถูกตัดสิทธิทางการเมือง จนทำให้กลุ่มชาวมุสลิมหัวรุนแรงซึ่งเป็นประชากรส่วนใหญ่ของอาณาจักรเกิดความไม่พอใจ อิจฉาริษยาและเกลียดชังกลุ่มชาวอาร์เมเนียนเป็นอย่างมาก⁹ ประกอบกับผู้ปกครองของอาณาจักรเริ่มรู้สึกว่าฐานอำนาจทางเศรษฐกิจและการเมืองของตนถูกสิ้นคลอน

ปี ค.ศ. 1915–1923 การที่กองกำลังของอาณาจักรออตโตมานได้สังหารชาวอาร์เมเนียนจำนวนหลายล้านคน อันเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายของรัฐบาลออตโตมานต่อชาวอาร์เมเนียนเพื่อบังคับให้ชาวอาร์เมเนียนอพยพออกไปจากดินแดนด้านตะวันออกของประเทศตุรกี ทั้งนี้ชาวอาร์เมเนียนเชื่อว่าการฆ่าลักษณะดังกล่าวเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) แม้ว่ารัฐบาลตุรกียอมรับว่าประชากรจำนวนสามล้านคนถูกสังหาร แต่ยังคงรักษาท่าทีเกี่ยวกับการตายที่เกิดขึ้นของประชาชนชาวอาร์เมเนียนจำนวนมากในระหว่างความพยายามที่จะยุติเหตุการณ์ความไม่สงบภายในบ้านเมืองและปฏิเสธว่าการกระทำดังกล่าวไม่เข้าองค์ประกอบของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์¹⁰ จึงยังเป็นข้อถกเถียงกันและยังไม่อาจข้อสรุปได้ว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐบาล

⁸ Adam Jones, *supra* note 7, pp. 101-105.

⁹ *Ibid* .

¹⁰ Sean D. Murphy, "Defeat of House Resolution on Armenian Genocide," 95 *American Journal of International Law*, 396 (April 2001), p. 396.

ออตโตมานยุคนั้นเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่

แม้ว่าเหตุการณ์สังหารชาวอาร์เมเนียนจำนวนมากโดยรัฐบาลของอาณาจักรออตโตมานได้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการใช้คำว่า “ทำลายล้างเผ่าพันธุ์” (genocide) และก่อนมีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 เนื่องจากเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดช่วงปี ค.ศ. 1915–1923 แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วจะเห็นได้ว่าปัจจัยและลักษณะของการกระทำเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ การกระทำของรัฐบาลของอาณาจักรออตโตมานในช่วงเวลาดังกล่าว ส่งผลให้เกิดการเนรเทศ (deportation) ชาวอาร์เมเนียนเกือบ 2,000,000 คน ออกจากดินแดนทางด้านตะวันออกของอาณาจักรออตโตมาน โดยที่ชาวอาร์เมเนียนจำนวน 1,500,000 คน ไม่ว่าจะชาย หญิงหรือเด็กถูกฆ่าตาย และประชาชนอีก 500,000 คนซึ่งรอดชีวิต แต่ถูกขับไล่ออกจากบ้านเรือนซึ่งเป็นภูมิลำเนาและที่อยู่อาศัยของตนเอง นอกจากนี้รัฐบาลดังกล่าวยังประสบความสำเร็จในการทำลายล้างประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของชาวอาร์เมเนียนที่มีมาพัฒนาการอย่างยาวนานเกือบ 2,500 ปี อย่างถอนรากถอนโคนอีกด้วย¹¹

1.1.2 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเยอรมนี¹²

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเยอรมนีหรือที่เรียกว่า “Holocaust” เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้รับการขนานนามว่าโหดร้ายทารุณมากที่สุดเหตุการณ์หนึ่งอันเป็นความเลวร้ายต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันยาวนานติดต่อกัน 12 ปี ในช่วงปี ค.ศ. 1933-1945 เหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ประชาชนชาวยิวอย่างทารุณโหดร้ายนี้เป็นผลจากการกระทำของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ซึ่งเป็นผู้นำรัฐบาลและหัวหน้าพรรคแรงงานแห่งชาติสังคมนิยมเยอรมัน (National Socialist German Worker) หรือพรรคนาซี ต่อประชาชนชาวยิวในยุโรป โดยฮิตเลอร์ได้ดำเนินนโยบายเพื่อกำจัดชาวยิวให้หมดสิ้นไปจากแผ่นดินเยอรมนีเพื่อให้ชนชาติอารยันซึ่งหมายถึงประเทศเยอรมนีเป็นชนชาติที่บริสุทธิ์ เริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1933 ที่ฮิตเลอร์ได้มีคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และมีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่บุคคลนั้นเป็นชาวยิว โดยเริ่มจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เช่น การปลดเจ้าหน้าที่เชื้อชาติยิวออกจากตำแหน่ง

¹¹ *Ibid.*

¹² ดูรายละเอียดใน จันทิมา ลิมปานนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.8-10.

ราชการ เป็นต้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1935 ชาวยิวถูกถอนสัญชาติเยอรมันอย่างถาวรและห้ามมิให้ชาวยิวสมรสกับชาวเยอรมัน ในปี ค.ศ. 1939 ชาวยิวทั้งหมดกลายเป็นคนไร้สัญชาติ ไม่มีสิทธิเข้าโรงเรียน ไม่มีเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือประกอบธุรกิจ และไม่มีสิทธิในที่ดิน เป็นต้น

นอกจากนี้รัฐบาลนาซียังได้พยายามยุยงหรือโฆษณาชวนเชื่อด้วยวิธีการต่างๆ จนเกิดลัทธิต่อต้านชาวยิว (Anti-Semitism) อย่างรุนแรงแพร่หลายไปทั่วทั้งยุโรป เช่น ในปี ค.ศ. 1938 ในสมัยของนายเบอนิโต มุสโสลินี (Benito Mussolini) ในฐานะผู้นำรัฐบาลของประเทศอิตาลีและผู้นำพรรคแห่งชาติฟาสซิสต์ (National Fascist Party) ได้ออกกฎหมายต่อต้านชาวยิวโดยนำต้นแบบมาจากกฎหมายต่อต้านชาวยิวตามนโยบายของฮิตเลอร์และได้ผนวกดินแดนออสเตรียกับเชคโกสโลวาเกียรวมเข้าด้วยกัน และในปีเดียวกันนั้นรัฐบาลฮังการีได้ออกกฎหมายต่อต้านชาวยิวเช่นเดียวกับกฎหมายของเยอรมนี เป็นต้น

นโยบายของรัฐบาลนาซีเริ่มเลวร้าย กล่าวคือ การใช้วิธีการที่ทารุณโหดร้ายและลดคุณค่าของความเป็นมนุษย์ให้ได้รับการปฏิบัติต่ำกว่าสัตว์ เช่น การนำคนยิวลงเป็นทาสใช้แรงงานอย่างหนักและทำให้อยู่ในสภาพที่ขาดแคลนอาหาร การนำนักโทษชาวยิวในค่ายกักกันไปทดลองทางการแพทย์ (medical experiments) หรือการนำตัวชาวยิวไปค่ายกักกันเพื่อสังหารอย่างเลือดเย็นด้วยห้องรมแก๊ส (gas chamber) เป็นต้น เพื่อเร่งกำจัดให้ชาวยิวให้หมดสิ้นไป เมื่อพิจารณาจากลักษณะการกระทำดังกล่าว นอกจากกระทำไปเพื่อการกำจัดให้เชื้อชาติยิวหมดไปแล้ว ยังมีเหตุผลทางการเมืองประกอบด้วยกล่าวคือ เพื่อข่มขู่ประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรให้เกรงกลัวจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ทำให้ประชาคมโลกตระหนักถึงความรุนแรงของการฆ่าประชาชนจำนวนมากด้วยเหตุผลของความแตกต่างของกลุ่มทางเชื้อชาติ ศาสนา การเมือง หรือวัฒนธรรม

หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงเมื่อปี ค.ศ. 1945 เหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐบาลนาซีต่อประชาชนชาวยิวสร้างความสะเทือนใจอย่างมากแก่ประชาคมโลก นำไปสู่การร่วมกันรับรองอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ด้วยมติเอกฉันท์ เพื่อให้มนุษยย์ทุกคนได้รับความคุ้มครองจากการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และลงโทษปัจเจกชนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตั้งแต่ประมุขของรัฐลงไปจนถึงสามัญชนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำอาชญากรรมดังกล่าว

1.1.3 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2

(ก) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในกัมพูชา

แม้ว่ากัมพูชาได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตั้งแต่ปีค.ศ. 1950 แต่ในระหว่างปี ค.ศ. 1975-1979 ได้มีการฆ่าคนจำนวนมาก (mass killing) อันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติซึ่งเป็นสาระสำคัญตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 การฆ่าคนจำนวนมากดังกล่าวเกิดจากเหตุทางการเมืองซึ่งไม่ได้รับการรับรองไว้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เว้นแต่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น แต่หลักฐานที่รวบรวมได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าเขมรแดง (Khmer Rouge) ได้กระทำโดยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มทางศาสนา อันได้แก่ ชาวจามที่นับถือศาสนาอิสลาม กลุ่มทางศาสนาคริสต์ กลุ่มทางศาสนาพุทธ ตลอดจนกลุ่มชนกลุ่มน้อยชาวเวียดนามและชาวจีน¹³

เขมรแดงได้แยกกลุ่มทางศาสนาและกลุ่มทางเชื้อชาติเพื่อกำจัดให้หมดไปจากดินแดนของกัมพูชา โดยผู้นำเขมรแดงได้ออกคำสั่งประการหนึ่งว่า “จะไม่มีชาตินิยมอยู่ในแผ่นดินกัมพูชาอีกต่อไป แต่ให้เป็นดินแดนของชาวเขมรเท่านั้น” เขมรแดงได้ทำลายล้างหมู่บ้านชาวจามทั้งหมดและฆ่าสิ่งมีชีวิตทั้งหมดในบริเวณนั้น ชาวจามจำนวนครึ่งหนึ่งซึ่งเป็นผู้รอดชีวิตถูกบังคับให้พูดภาษาเขมรเท่านั้น และเขมรแดงได้ย้ายเด็กชาวจามไปรวมกลุ่มกันในฐานะที่เป็นชาวเขมรซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม Article II(e) ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากนี้เขมรแดงบังคับให้พระสงฆ์สึกจากพุทธศาสนาและใช้แรงงานอย่างหนักจนถึงแก่ความตายไปจำนวนกว่าครึ่งหนึ่ง รวมถึงการกำจัดประชาชนที่นับถือศาสนาคริสต์ด้วย เช่น การทำลายโบสถ์ขนาดใหญ่ในกรุงพนมเปญ (The Phnom Penh Cathedral) ซึ่งเป็นแผนการหนึ่งของเขมรแดงในการขุดรากถอนโคนทุกศาสนาที่ประชาชนชาวเขมรนับถือ

¹³ Gregory H. Stanton, The Cambodian Genocide and International Law, Presented February 22, 1992 at Yale Law School Published in Ben Kiernan, ed., Genocide and Democracy in Cambodia Monograph #41, Yale University Southeast Asia Studies, 1993 . Retrieved January 10, 2008, from <http://www.genocidewatch.org/THE%20CAMBODIAN%20GENOCIDE%20AND%20INTERNATIONAL%20LAW.htm>

ในระหว่างปี ค.ศ. 1975-1979 โดยกลุ่มเขมรแดง (Khmer Rouge) ซึ่งเป็นกลุ่มที่ได้รับอิทธิพลจากลัทธิคอมมิวนิสต์ ได้สังหารประชาชนร่วมชาติร่วมเผ่าพันธุ์เดียวกันกว่าสองล้านคนซึ่งบุคคลกลุ่มที่ถูกฆ่านั้นเป็นกลุ่มคนที่มีการศึกษา ได้แก่ ชนชั้นกลางและปัญญาชนที่จบการศึกษามาจากต่างประเทศ รวมทั้งชาวบ้านทั่วไปที่เขมรแดงเห็นว่าจะเป็นศัตรูทางการเมืองของตน เขมรแดงได้กระทำโดยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มทางศาสนาอันได้แก่ ชาวจามที่นับถือศาสนาอิสลาม กลุ่มทางศาสนาคริสต์ กลุ่มทางศาสนาพุทธ ตลอดจนกลุ่มชนกลุ่มน้อยชาวเวียดนามและชาวจีน¹⁴ โดยรัฐบาลเขมรแดงกำหนดนโยบายให้มีการจับบุคคลดังกล่าวไปกระทำทรมานในคุกตูลสเล็งโดยการนำของนายพลตา มีอก และนายมิตร ดุก ซึ่งมีนักโทษถูกฆ่าตายอย่างทารุณกว่า 17,000 คน ด้วยวิธีการต่างๆ เช่น การใช้เข็มบีบขมับ การชักกรอกแล้วหย่อนลงตุ่มกदन้ำให้สำลักน้ำ การบังคับให้รับสารภาพด้วยการตัดชิ้นเนื้อเป็นชิ้นๆ การช็อตด้วยไฟฟ้าจนเสียชีวิตและมีอาการทางประสาท เป็นต้น นอกจากนี้กลุ่มเขมรแดงยังอพยพผู้คนที่ออกจากกรุงพนมเปญเพื่อไปทำไร่ทำนาในชนบทตามนโยบายการปรับเปลี่ยนประเทศไปสู่สังคมเกษตรกรรมในอุดมคติ (An Agrarian Utopia) นอกจากนี้ยังมีสถานที่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์อีกแห่งหนึ่งเรียกว่า “ทุ่งสังหาร” (The Killing Field หรือ เจ็องเจ็ก) ให้เป็นที่สังหารชาวเขมรที่กระทำคามผิดหรือถูกกล่าวหาว่ากบฏต่อเขมรแดง หลังจากเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยุติลงด้วยเหตุที่กองทัพเวียดนามเข้าบุกยึดอำนาจของกลุ่มเขมรแดงก็ได้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวียขึ้นมาอีก¹⁵

(ข) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในยูโกสลาเวีย

อดีตประเทศยูโกสลาเวียหรือประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย (The Socialist Federal Republic of Yugoslavia: SFRY) ประกอบด้วย 6 รัฐ ได้แก่ สโลวีเนีย (Slovenia) โครเอเชีย (Croatia) เซอร์เบีย (Serbia) บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา (Bosnia-Herzegovina) มอนเตเนโกร (Montenegro) และมาซิโดเนีย (Macedonia) รวมทั้งเขตปกครองตนเอง 2 เขตคือ โคโซโว (Kosovo) และวอจโวดีนา (Vojvodina) โดยเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในดินแดนบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาสืบเนื่องจากความหลากหลายทางเชื้อชาติ และวัฒนธรรม ด้วยเหตุนี้ทำให้ประชาชนเชื้อสายต่างๆ นับถือศาสนาแตกต่างกันถึง 3 ศาสนา อันได้แก่ ชาวเซิร์บนับถือศาสนาคริสต์นิกายออร์ทอดอกซ์ ชาวโคซอว์นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก และชาวสลาฟนับถือศาสนาอิสลาม แม้ว่าประชาชนในดินแดนดังกล่าวจะพูด

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ จันทิมา ลิ้มปานนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 10-12.

ภาษาเดียวกัน คือ ภาษา Serbo-Croatian และชนชาติที่ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงและการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากชาวคาธอลิกและชาวมุสลิมมาโดยตลอด คือ ชาวเซิร์ป เมื่อนายพลโจเซป บรอส ทิตอ (Josip Bros Tito) ผู้นำเผด็จการคอมมิวนิสต์ซึ่งสามารถแก้ปัญหาความขัดแย้งทางศาสนาและเชื้อชาติได้ถึงแก่อสัญกรรมในปีค.ศ. 1980 และสหภาพโซเวียตล่มสลายลงความตึงเครียดระหว่างสามเชื้อชาติ คือ ชาวโคอัท ชาวบอสเนียมุสลิมและชาวเซิร์ปได้ปะทุขึ้นพร้อมกับวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจที่ตกต่ำอย่างรุนแรง สโลเวเนียและโครเอเชียซึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจเหนือกว่าสาธารณรัฐอื่น ต้องการเอกราชในการปกครองตนเองซึ่งจะช่วยลดภาวะการอุดหนุนทางเศรษฐกิจให้แก่เศรษฐกิจให้แก่สาธารณรัฐที่มีอุตสาหกรรมน้อยในเซอร์เบียได้ ในขณะที่เซอร์เบียและมอนเตนิโกรต้องการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางเพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ เป็นสาเหตุให้เกิดความรู้สึกชาตินิยมเพื่อแบ่งแยกดินแดนมากยิ่งขึ้น ประกอบกับกระแสของแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะสิทธิในการปกครองตนเอง (right to self determination) และการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย ตลอดจนความแตกแยกภายในพรรคคอมมิวนิสต์ของยูโกสลาเวีย (League of Communists of Yugoslavia) จนในที่สุดสโลเวเนียและโครเอเชียได้ประกาศเอกราชได้สำเร็จในวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1991 โดยการรับรองรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา และมาซิเนียได้ประกาศเอกราชตามมาในวันที่ 8 กันยายน ค.ศ. 1991 หลังจากประกาศเอกราชได้ 2 วัน กองทัพประชาชนยูโกสลาเวียซึ่งควบคุมโดยชาวเซิร์ปได้โจมตีสโลเวเนีย ดังนั้นสโลเวเนียจึงประกาศสงครามกับเซอร์เบีย มอนเตนิโกร โคโซโวและวอจโวดินา จนเกิดเป็นสงครามกลางเมือง (civil war) และสโลเวเนียได้เรียกร้องให้มีการไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศขึ้น ต่อมาชาวเซิร์ปได้นำนโยบาย “การชำระล้างเผ่าพันธุ์” (ethnic cleansing) มาใช้ในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชาวมุสลิมและชาวโคอัทในดินแดนโครเอเชีย เพื่อให้ได้ดินแดนมากที่สุด โดยชาวเซิร์ปได้ขับไล่ชาวมุสลิมออกจากดินแดนโดยนำไปกักขังบนรถที่ปิดไว้อย่างแน่นหนาและได้ทำลายเมืองบอสเนีย ตลอดจนทำร้ายร่างกายชาวมุสลิมจนพิการและฆ่าชาวมุสลิมจำนวนมากด้วยวิธีการที่ทารุณโหดร้าย เช่น การยิงชาวมุสลิมที่กำลังวิ่งหนีจากด้านหลัง การขานชื่อตามบัญชีเพื่อสังหารบุคคลดังกล่าว เป็นต้น ตลอดจนการจัดตั้งค่ายกักกัน และที่สำคัญคือ การสร้างค่ายข่มขืนกระทำชำเรา (rape camp) เด็กหญิงและสตรีชาวมุสลิม อันเป็นกระบวนการหนึ่งของนโยบายชำระล้างเผ่าพันธุ์เพื่อทำลายเกียรติและศักดิ์ศรีของหญิงซึ่งถูกข่มขืนกระทำชำเราและเป็นการทำลายความบริสุทธิ์ทางเชื้อชาติ

และศาสนาอีกด้วยซึ่งเรียกว่า “systematic rape”¹⁶ หรือนโยบายให้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มมุสลิม

(ค) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชาวทูตซี (Tutsi) จำนวนไม่ต่ำกว่าสองล้านคนโดยชาวฮูตู (Hutu) อันเป็นสืบเนื่องจากการล่าอาณานิคมของเบลเยียมในรวันดาซึ่งเป็นประเทศหนึ่งในทวีปแอฟริกาก่อให้เกิดความแตกต่างทางเชื้อชาติขึ้น กล่าวคือ ชาวทูตซีซึ่งเป็นประชาชนส่วนน้อยในรวันดาได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ปกครองประเทศซึ่งมีพลเมืองส่วนใหญ่เป็นชาวฮูตูกลายเป็นผู้ได้ปกครอง สร้างความไม่พอใจแก่ชาวฮูตูเป็นอย่างยิ่ง ต่อมารวันดาได้รับเอกราชจากเบลเยียมในปี ค.ศ. 1962 ชาวฮูตูได้ขึ้นมาใช้อำนาจปกครองประเทศ อย่างไรก็ตามชนชั้นปกครองเดิมซึ่งเป็นชาวทูตซีจัดตั้งได้กองกำลังแนวร่วมรักชาติ (Rwanda Patriotic Front: RPF) ขึ้นในอุกันดา (Uganda) เพื่อกลับมามีอำนาจอีกครั้งแต่ไม่ประสบความสำเร็จ ในปี ค.ศ. 1973 นายพล Juvenal Habyarimana ชาวฮูตูได้ทำการยึดอำนาจและขึ้นเป็นประธานาธิบดีของรวันดา ทำให้ชาวฮูตูกลายเป็นชนชั้นปกครองและมีนโยบายห้ามมิให้ทหารชาวฮูตูดูสมรสกับชาวทูตซีอย่างเด็ดขาดและกำหนดให้ประชาชนพบปะประชาชนระบุเชื้อชาติ รวมทั้งสนับสนุนให้มีการปราบปรามชาวทูตซีโดยในระหว่างปี ค.ศ. 1990-1993 รัฐบาลของประธานาธิบดี Habyarimana ได้สังหารชาวทูตซีกว่าสองพันกว่าคนด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ โดยใช้ข้ออ้างว่าบุคคลดังกล่าวเป็นสมาชิกของ RPF แม้ว่าจะมีความพยายามเจรจาเพื่อบรรลุข้อตกลงร่วมกันเพื่อให้มีการแบ่งปันอำนาจระหว่างชาวฮูตูกับชาวทูตซี และให้ผู้ลี้ภัยกลับสู่มาตุภูมิเพื่อจัดการเลือกตั้งแบบประธานาธิบดีในปี ค.ศ. 1997 โดยข้อตกลงดังกล่าวทำขึ้นที่เมือง Arusha ของประเทศแทนซาเนีย ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1993 หรือเรียกว่าข้อตกลง Arusha แต่ชาวทูตซีกลุ่มหัวรุนแรงยังคงไม่ยอมรับ ในที่สุดเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ปะทุขึ้นเมื่อประธานาธิบดี Habyarimana ถูกลอบสังหารโดยเครื่องบินที่โดยสารถูกยิงตกโดยกองกำลังไม่ทราบฝ่ายในวันที่ 6 เมษายน 1994 กองกำลัง RPF ได้โจมตีกองกำลังฝ่ายฮูตูดุจนได้รับชัยชนะและได้เข้าร่วมกับกลุ่มชาวฮูตูหัวก้าวหน้าจัดตั้งรัฐบาลในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1994 สร้างความโกรธแค้นแก่ชาวฮูตูหัวรุนแรงซึ่งเป็นฝ่ายของประธานาธิบดี Habyarimana

¹⁶ การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงและหญิงชาวมุสลิมดังกล่าวนี้ ส่งผลให้มีตั้งครภภถึง 25,000 ราย ทารกที่เกิดจากมารดาชาวมุสลิมที่ถูกข่มขืนจะมีได้รับการยอมรับของสังคมมุสลิม และจะเป็นเด็กที่ไม่เป็นที่ต้องการหรือเป็นเด็กที่มีความต่างพร้อยทางเชื้อชาติ ดูรายละเอียดใน *เพิงอ้าง*, น.16.

ก่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชาวพุทธและชาวฮินดูหัวก้าวหน้าประมาณกว่า 800,000 ศพ และประชาชนอพยพไปยังประเทศข้างเคียง เช่น ประเทศแอฟริกา แทนซาเนีย เคนยา และอูกันดา เป็นต้น ไม่ต่ำกว่า 2,000,000 คน¹⁷

เหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนต่างๆ ที่ได้กล่าวข้างต้นสร้างความสะเทือนใจให้แก่ประชาคมระหว่างประเทศเป็นอย่างยิ่ง จึงได้มีการตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจขึ้นเพื่อพิจารณาและพิพากษาบุคคลที่ได้กระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนดังกล่าว และพัฒนานอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ผ่านมาแล้ว จึงพอจะสรุปสาเหตุของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ว่า คือ การที่ผู้นำไม่ว่าทางทหารหรือพลเรือนซึ่งมีอำนาจทางการเมือง อาศัยความแตกต่างของกลุ่มบุคคลซึ่งรวมตัวกันขึ้นโดยมีจุดเกาะเกี่ยวร่วมกันบางประการ ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของดินแดน ชาติพันธุ์ หรือความเชื่อ อันก่อให้เกิดความสัมพันธ์และความผูกพันขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่ม เช่น กลุ่มชาติ (national group) กลุ่มทางเชื้อชาติ (racial group) กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ (ethnic group) หรือกลุ่มทางศาสนา (religious group) เป็นต้น มาเป็นมูลเหตุในการอ้างความชอบธรรมของกลุ่มตนต่อกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งเป็นเป้าหมายของการทำลายล้าง เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจทางการเมืองและการปกครองที่เหนือกว่ากลุ่มซึ่งมีลักษณะดังกล่าวข้างต้นซึ่งเป็นเป้าหมายของการกระทำ ไม่ว่าจะในแง่ของพลเมืองหรือดินแดนของรัฐที่เกิดเหตุการณ์ดังกล่าว ไม่ว่าจะเกิดขึ้นระหว่างรัฐหรือภายในรัฐ โดยผู้นำกลุ่มเช่นว่านั้น มักใช้วิธีการยุยงหรือปลุกปั่นให้เกิดความรู้สึกแตกแยกและเกลียดชังบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง จนกระทั่งอยากมีการกำจัดหรือทำลายล้างกลุ่มบุคคลซึ่งเป็นเป้าหมายให้หมดไปจากบริเวณหรือดินแดนซึ่งกลุ่มซึ่งถูกยุยงหรือปลุกปั่นดังกล่าวอาศัยอยู่ ทั้งนี้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ มักจะมีสองฝ่ายเสมอ โดยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจเป็นการกระทำของรัฐต่อรัฐ หรือรัฐต่อประชาชน หรือประชาชนต่อประชาชนก็ได้

1.1.4 มูลเหตุของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการ

มูลเหตุที่จะบ่งบอกว่าการกระทำใดเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีหลายกรณี อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่ามูลเหตุที่แท้จริงของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นเรื่องของอำนาจทางการเมือง (political power หรือ state power) ซึ่งประกอบด้วยการดำรงไว้ซึ่งอำนาจทางการเมืองหรือการ

¹⁷ เฟิ่งอ๋าง, น. 18-20.

ปกครองเดิมของกลุ่มตนและการแสวงหาอำนาจเพิ่มเพื่อเสริมฐานอำนาจของกลุ่มตนเหนือกลุ่มคนกลุ่มอื่นๆ ที่มีความแตกต่างจากตนไม่ว่าจะโดยชาติ เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์หรือศาสนา เนื่องจากในดินแดนหนึ่งย่อมประกอบด้วยคนที่แตกต่างและหลากหลายมาอยู่รวมกันซึ่งในทางสังคมวิทยาเรียกว่า “พหุสังคม” (plural society) อำนาจในที่นี้หมายถึงความเป็นใหญ่หรือความเป็นศูนย์กลางทางการเมืองและการปกครองซึ่งจะเป็นฐานที่มาของผลประโยชน์ของกลุ่ม กล่าวคือกลุ่มที่มีอำนาจเหนือย่อมได้มาซึ่งอำนาจในการบริหารจัดการดินแดนสูงสุดเหนือกลุ่มคนของตนและคนนอกกลุ่มซึ่งอาศัยในดินแดนเดียวกันในหลายๆ ด้าน ได้แก่ ด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ซึ่งจะเป็นการสร้าง ความมั่งคั่งและมั่นคงในด้านต่างๆ ดังกล่าวของกลุ่มด้วย และบุคคลที่มีแนวคิดดังกล่าวส่วนใหญ่มักจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้นำกลุ่มต่างๆ นั้นเอง ด้วยเหตุนี้เองเป็นชนวนที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างกลุ่มคนได้ และส่วนใหญ่มักจะเป็นความขัดแย้งระหว่างสมาชิกของกลุ่มที่มีอำนาจสองกลุ่มแย่งชิงกันเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจ โดยที่กลุ่มที่ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องมีอำนาจเหนือกว่ากลุ่มที่ตกเป็นเหยื่อไม่ว่าจะเป็นทางการหรือโดยทางข้อเท็จจริง เพื่อคงไว้ซึ่งอำนาจตนหรือขยายอำนาจตน โดยยกเหตุแห่งความแตกต่างซึ่งได้มาจากการเกิด เช่น ชาติ เผ่าพันธุ์ หรือเชื้อชาติ หรือความแตกต่างจากความเชื่อ เช่น การนับถือศาสนา เป็นต้น มาเป็นเหตุในการปลุกปั่นให้เกิดความเคียดแค้นและเกลียดชังต่อกลุ่มที่แตกต่างจากตน โดยผู้ปกครองหรือผู้นำกลุ่มที่จะทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะยกเหตุดังกล่าวมาปลุกปั่น ยุยง หรือโฆษณาชวนเชื่อให้คนในกลุ่มตนเกิดอารมณ์และความรู้สึกร่วมว่าต้องทำลายล้างอีกกลุ่มหนึ่งให้หมดไปไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมดจากกลุ่มตน ผลสืบเนื่องจากความแตกต่างที่กล่าวข้างต้นซึ่งมักจะได้รับการยกขึ้นมากล่าวอ้างเสมอ¹⁸ เช่น ความขัดแย้งกันเกี่ยวกับชนชาติ เผ่าพันธุ์ การกดขี่ข่มเหงและสภาพบีบคั้นจากชนชั้นทางสังคมโดยมีผู้ปกครองหรือผู้นำเป็นกลุ่มอื่น วิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจ การเคลื่อนย้ายทางสังคมและการเมือง การโฆษณาชวนเชื่อหรือการใช้สื่อเพื่อสร้างความเกลียดชัง ตลอดจนการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมในทางกฎหมายและนโยบายของรัฐ เป็นต้น

อำนาจทางการเมืองการปกครองเป็นมูลเหตุจูงใจที่ทำให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยทุกเหตุการณ์มีเงื่อนไขร่วมกัน คือ การมีส่วนร่วมทางการเมือง (political participation) โดยที่กลุ่มที่มีอำนาจทางการเมืองนั้นมักจะมุ่งแสวงหาประโยชน์ให้พวกพ้องของตน โดยตัดการมีส่วนร่วมทางการเมืองของกลุ่มที่ด้อยกว่า ออกไปเสียไม่ว่าจะในทางกฎหมายหรือนโยบาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การที่กลุ่มที่อำนาจด้อยกว่าไม่ว่าจะเป็นคนส่วนมากหรือคนส่วนน้อยในดินแดนไม่

¹⁸ Adam Jones, *supra* note 7, pp. 389-392.

สามารถมีส่วนร่วมทางการเมืองการปกครองอันจะมีผลด้านกฎหมายและนโยบายของรัฐบาลซึ่งได้มาซึ่งอำนาจปกครองดังกล่าวได้ในสังคมพหุวัฒนธรรมซึ่งมีกลุ่มคนหลายๆ กลุ่มอยู่ในบริเวณเดียวกันหรือบริเวณใกล้เคียงกัน เป็นสาเหตุสำคัญที่จะต้องแย่งชิงความเป็นใหญ่ในระหว่างกลุ่มนั่นเอง จึงอาจกล่าวได้ว่ามูลเหตุที่แท้จริงที่อยู่เบื้องหลังการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องทางการเมืองทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 หรืออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment the Crime of Genocide 1948 หรือ the Genocide Convention) ได้ตัดประเด็นกลุ่มทางการเมือง (political group) ออกไป

1.2 ทฤษฎีและกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เมื่อพิจารณาวิวัฒนาการของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในดินแดนต่าง ๆ ทั่วโลกแล้ว จะเห็นได้ว่า หากจะสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นที่ยอมรับจากสังคมโลกได้นั้นจะต้องมีหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนกฎเกณฑ์ที่ก่อตัวขึ้นมา นอกจากนี้ประวัติศาสตร์มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการทำให้ทราบถึงที่มาและแนวคิดการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายก็มีส่วนสำคัญเช่นเดียวกันในการเป็นฐานสนับสนุนความมีเหตุผลและความชอบธรรมทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อีกทางหนึ่งด้วย

1.2.1 ทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

(ก) ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ

กฎหมายธรรมชาติ (natural law หรือ *jus naturale*) หมายถึง กฎเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นสากล ไม่เปลี่ยนแปลงและไม่ถูกจำกัดด้วยเวลาและสถานที่ โดยมนุษย์ทุกคนสามารถรับรู้กฎเกณฑ์นั้นได้จากสามัญสำนึกของตนเองมิได้เกิดจากการบัญญัติจากฝ่ายบ้านเมือง ตลอดจนมีสภาพบังคับและผูกพันมนุษย์ทุกคนเป็นการทั่วไปกล่าวคือ ก่อให้เกิดหน้าที่ต้องปฏิบัติตามไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด หรือเวลาใด นอกจากนี้กฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมมีค่าบังคับที่เหนือกว่ากฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้น(กฎหมายบ้านเมือง) ดังนั้นกฎหมายบ้านเมืองจะขัดกับกฎหมายธรรมชาติมิได้ กฎหมายบ้านเมืองที่ขัดกับกฎหมายธรรมชาติจะสิ้นผลไปหรือใช้บังคับไม่ได้

ส่วนสิทธิธรรมชาติ (natural rights) หมายถึงประโยชน์หรือความชอบธรรมที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดซึ่งไม่อาจโอนให้แก่อันอื่นได้ และไม่อาจถูกล่วงละเมิดด้วยอำนาจใดๆ มนุษย์สามารถรับรู้สิทธิดังกล่าวมีอะไรบ้าง ด้วยเหตุที่มนุษย์มีเหตุผล จึงสามารถเข้าถึง “เหตุผลตามธรรมชาติ” ได้ว่าสิ่งใดผิดสิ่งใดถูกและสิ่งใดที่เขามีความชอบธรรมที่พึงได้รับ ไม่ต้องมีผู้ใดบอกกล่าวแต่เกิดจากสามัญสำนึก โดยความชอบธรรมดังกล่าวตั้งอยู่บนหลักความต้องการขั้นพื้นฐานของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นความต้องการทางกายภาพหรือทางจิตใจเพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงและความปลอดภัย ให้เขาสามารถดำรงตนอยู่ได้ในสภาพแวดล้อมสมควรกับศักดิ์ศรีและเกียรติภูมิแห่งความเป็นคน

ทั้งนี้ความต้องการทางกายภาพที่มนุษย์ต้องการการรับรองและคุ้มครอง ได้แก่ ความมั่นคงความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน เป็นต้น ส่วนความต้องการทางจิตใจของมนุษย์ได้แก่ การเข้าสังคมและการรวมตัวในกลุ่มของตน เป็นต้น ดังนั้นแนวคิดสิทธิมนุษยชนมีจุดเริ่มต้นมาจาก “สิทธิธรรมชาติ” โดยสาระสำคัญของแนวคิดดังกล่าวมีว่า มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิที่มีอาจโอนให้แก่อันอื่นได้และผู้อื่นจะล่วงละเมิดมิได้ หากมีการล่วงละเมิดก็ก่อให้เกิดอันตราย หรือกระทบกระเทือนต่อความเป็นคนได้ และอาจสรุปจากแนวคิดเชิงปรัชญาได้ว่าสิทธิธรรมชาติมีที่มาจากแนวคิด 3 ประการได้แก่¹⁹

ประการแรก หลักแห่งเหตุผล (rationalism) วางหลักว่าสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ได้สร้างขึ้นจากหลักความจริงที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงและโต้แย้งได้ หลักแห่งเหตุผลดังกล่าวมีรากฐานมาจากกฎหมายธรรมชาติ (natural law) ซึ่งเกี่ยวโยงกันอย่างใกล้ชิดกับเหตุผลตามธรรมชาติ (natural reason) กล่าวคือคิดจากเหตุผลโดยทั่วไปว่ามนุษย์มีความต้องการขั้นพื้นฐานอย่างไรบ้าง ได้แก่ การได้รับความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน ตลอดจนการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน โดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีและเกียรติภูมิในฐานะที่เขาเป็นมนุษย์อย่างเสมอ

ประการต่อมา หลักปัจเจกชนนิยม (individualism) วางหลักว่าสิทธิธรรมชาติของบุคคลเป็นสิทธิเฉพาะตัวจึงมีอาจโอนให้แก่อันอื่นได้หรือถูกจำกัดด้วยอำนาจใดๆ สิทธิธรรมชาตินี้เกิดขึ้นพร้อมกับความมีสภาพบุคคลของมนุษย์ จึงเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ผู้นั้น

¹⁹ กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), น.10.

และประการสุดท้าย หลักความชอบธรรม (legitimism) วางหลักว่า ในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ ในเวลาใดที่ผู้ใช้อำนาจปกครองใช้อำนาจอย่างไร้ขอบเขต โดยฉ้อราษฎร์บังหลวง ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองมีสิทธิโดยชอบธรรมในการล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงการปกครองอำนาจรัฐที่ไม่ชอบธรรมได้ และสถาปนาผู้มีอำนาจปกครองขึ้นใหม่ขึ้นได้²⁰ ซึ่งแนวคิดนี้ปรากฏในคำประกาศอิสรภาพของอเมริกา (The Declaration of Independence) อย่างไรก็ดีตามมีนักกฎหมายบางท่านเรียกหลักนี้ว่าเป็นลัทธินิยมความรุนแรง (radicalism)

อย่างไรก็ตามหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ระบุถึงสิทธิธรรมชาติปรากฏเป็นครั้งแรกในปฏิญญาแห่งมลรัฐเวอร์จิเนียว่าด้วยสิทธิ (The Virginian Declaration of Rights) ประกาศเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 1776 ความว่า “ตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนย่อมมีอิสระอย่างเท่าเทียมกันและไม่ขึ้นกับใคร และมนุษย์ทุกคนมีสิทธิธรรมชาติบางประการติดตัวมาแต่กำเนิด ซึ่งเมื่อมนุษย์ได้เข้ามาอยู่ร่วมกันในสังคม ไม่ว่าจะโดยการทำข้อตกลงใดๆ มนุษย์เหล่านี้ไม่สามารถพรากหรือเพิกถอนสิทธิเหล่านี้ไปจากอนุชนรุ่นหลัง”²¹

แนวคิดสิทธิมนุษยชนหรือเดิมเรียกว่าสิทธิธรรมชาติ มีรากฐานมาจากแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ มีเป้าหมายที่แท้จริงเพื่อจำกัดอำนาจรัฐซึ่งใช้อำนาจปกครองผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองอย่างไม่มีขอบเขตหรือตามอำเภอใจ ดังนั้นผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองจึงต่อสู้ดิ้นรนเพื่อให้ตนได้รับการปฏิบัติและความคุ้มครองประโยชน์จากรัฐมากที่สุด เช่น สิทธิและเสรีภาพ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม รัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองก็มีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจอย่างเต็มที่เสมอ²² จากคำกล่าวที่ว่า Power trends to corrupt, absolute power corrupt absolutely. มีนัยว่าอำนาจของรัฐเป็นสิ่งที่น่าสะพรึงกลัวและไม่ว่าผู้ใดก็ตามได้ขึ้นสู่อำนาจมากจะใช้อำนาจเกินขอบเขตที่ควรจะเป็นเสมอ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดอำนาจรัฐให้ลดน้อยลงที่สุดเท่าที่จะทำได้ ด้วยเหตุนี้เอง นักปรัชญาทางการเมือง จึงนำเอาแนวคิดตั้งแต่สมัยกรีก-โรมันที่ว่าด้วย “สิทธิตามธรรมชาติ” กับ

²⁰ อุดมศักดิ์ สนิธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 18.

²¹ “All men are by nature equally free and independent and have a certain inherent natural rights, of which, when they enter on society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity.”

²² วีระโลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน LA 253, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2524), น. 1.

“กฎหมายธรรมชาติ” นำมาจัดระบบความคิดอย่างเป็นตรรกะให้เข้ากับสถานการณ์ทางการเมือง การปกครอง ในการอ้างความชอบธรรมตามตามธรรมชาติซึ่งคนทุกคนพึงได้รับประโยชน์ที่ติดตัว มาตั้งแต่กำเนิดของเพื่อจำกัดอำนาจรัฐ ประโยชน์ที่คนทุกคนพึงได้รับดังกล่าวนั้นเป็นหลักประกัน ขั้นพื้นฐานเพื่อคุ้มครองและรับรองความต้องการขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นคนที่มีศักดิ์ศรีในสังคม ฉะนั้นการตรากฎหมายของรัฐที่ปราศจากความยุติธรรม สิ่งที่จะมีอำนาจเหนือกว่ากฎหมาย บ้านเมืองซึ่งบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้มีอำนาจนั้น คือ “ธรรมชาติ” หรือกฎหมาย ธรรมชาติที่อยู่นอกเหนืออำนาจบังคับบัญชาของมนุษย์ กล่าวคือมนุษย์มิได้เป็นผู้สร้างกฎเกณฑ์ ดังกล่าว เช่นนี้กฎหมายธรรมชาติดึงอยู่เหนือกฎหมายบ้านเมืองซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้เมื่อมีการ เปลี่ยนผู้ถืออำนาจ แตกต่างจากกฎหมายธรรมชาติที่เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นสากล มีบทลงโทษของตนเอง²³ และไม่เปลี่ยนแปลงด้วยเวลาและสถานที่

กฎหมายธรรมชาติและสิทธิธรรมชาติจึงเป็นฐานของผู้ที่อยู่ใต้อำนาจปกครองในการ เรียกร้องตามความชอบธรรมเพื่อจำกัดอำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจอย่างไร้ขอบเขต ดังนั้นสิทธิของ มนุษย์จะขัดกับกฎหมายบ้านเมืองมิได้ และกฎหมายบ้านเมืองจะขัดกฎหมายธรรมชาติมิได้ เช่นเดียวกัน กฎหมายที่ขัดกับกฎหมายธรรมชาติด่อมไม่เป็นกฎหมายหรือใช้บังคับไม่ได้ มนุษย์จึง ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายบ้านเมืองที่ขัดกับกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงสิทธิ ธรรมชาติ ก็จะมีการพูดถึงกฎหมายธรรมชาติควบคู่กันเสมอ ดังนั้นคงยากที่จะปฏิเสธว่าทั้งสอง ประการไม่มีความสัมพันธ์กันเสียเลย ระดับของความเกี่ยวพันจะมากน้อยเพียงใด จึงน่าจะขึ้นอยู่กับความเชื่อผู้สร้างทฤษฎี²⁴ กฎหมายธรรมชาติหรือสิทธิธรรมชาตินี้เองที่พัฒนามาเป็นสิทธิ มนุษยชนดังได้กล่าวข้างต้นนี้เองมีความเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างชัดเจนคือ สิทธิที่จะมีชีวิต (rights to life) สิทธิของกลุ่ม (collective right) สิทธิของชนกลุ่มน้อย (indigenous group) รวมถึงเสรีภาพในการนับถือศาสนา (freedom to religious) และการห้ามเลือกปฏิบัติทาง เชื้อชาติ (racial discrimination)

²³ วิษณุ เครืองาม, “ที่มาของสิทธิมนุษยชน,” เอกสารประกอบการบรรยายในการ ฝึกอบรมสังคมศาสตร์เพื่อการพัฒนา: สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย, จัดทำโดยสำนักเสริมศึกษา และบริการสังคม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523, น. 3.

²⁴ นพนิธิ สุริยะ, “สิทธิ,” เอกสารประกอบการบรรยายในการฝึกอบรมสังคมศาสตร์ เพื่อการพัฒนา: สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย, จัดทำโดยสำนักเสริมศึกษาและบริการสังคม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523, น. 8.

(ข) ทฤษฎีหลักเขตอำนาจสากลหรือหลักความผิดสากล

โดยหลักแล้วเขตอำนาจของรัฐ (state jurisdiction) เป็นเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทั้งในการนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ดังนั้นเขตอำนาจรัฐจึงหมายถึงอำนาจของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่จะใช้อำนาจรัฐของตนเหนือบุคคลและเหนือทรัพย์สินตามกฎหมายภายในของตน เขตอำนาจของรัฐจึงมีได้ทั้งที่เป็นเขตอำนาจในการตรากฎหมาย (prescriptive or legislative jurisdiction) ของรัฐ และเขตอำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย (enforcement or prerogative jurisdiction)²⁵ แม้ว่ารัฐทุกรัฐจะมีความเสมอภาคทางอำนาจอธิปไตย (sovereign equality) อย่างไรก็ตามในบางกรณีรัฐอาจมีความจำเป็นต้องขยายเขตอำนาจของตนออกไปนอกดินแดนโดยเฉพาะอำนาจรัฐที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญาซึ่งรัฐมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายกำหนดโทษของการกระทำความผิดบางฐานความผิดไว้²⁶

สำหรับความผิดสากล (universal crimes) ซึ่งเป็นไปตามหลักเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) นั้น กฎหมายอาญาของแต่ละประเทศอาจบัญญัติรับรองไว้ไม่เหมือนกันทุกประการ แต่โดยหลักการแล้วย่อมมีความคล้ายคลึงกันอยู่บ้าง กล่าวคือ ความผิดสากลจะเป็นความผิดอาญาประเภทที่เป็นอันตรายต่อประชาคมระหว่างประเทศ ดังนั้นรัฐทุกรัฐจึงมีเขตอำนาจเหนือความผิดเหล่านี้²⁷ หรือมีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรง (serious international crimes) อันมีที่มาจากป่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประเภทสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงที่เป็นความผิดสากลได้แก่ ความผิดฐานโจรสลัด (piracy) การนำคนลงเป็นทาส (slavery) อาชญากรรมสงคราม (war crimes) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) การเหยียดสีผิว (apartheid) และการทรมาน (torture)²⁸ ดังนั้นทฤษฎีเกี่ยวกับเขต

²⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เล่ม 2: รัฐ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 37.

²⁶ เพิ่งอ้าง, น. 41.

²⁷ เพิ่งอ้าง, น. 48.

²⁸ Cheriff Bassiouni, "The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law," in Stephen Macedo, Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004), p. 47.

อำนาจรัฐที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง คือ หลักเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) กล่าวคือทำให้รัฐทุกรัฐสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ไม่ว่าผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายจะเป็นผู้มีสัญชาติใดและไม่ว่าการกระทำความผิดนั้นจะได้กระทำขึ้นที่ใดก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำความผิดทางอาญาที่มีลักษณะเป็นความผิดสากลเป็นการกระทำความผิดต่อมนุษยชาติ (*hostis humani generis*) ดังนั้นจึงต้องถือว่าการที่รัฐใดรัฐหนึ่งลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวย่อมเท่ากับว่าเป็นการลงโทษแทนรัฐอื่นทุกรัฐ ทั้งนี้ในอดีตไม่มีศาลระหว่างประเทศทางอาญา รัฐต่างๆ จึงถือปฏิบัติว่าศาลของทุกรัฐย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่เป็นความผิดสากลได้เพื่อให้มีการลงโทษผู้กระทำความผิดสากลได้นั้นเอง²⁹

หลักเขตอำนาจสากลสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท³⁰ โดยที่ทั้ง 2 ประเภทต่างก็เป็นแนวทางให้ผู้พิพากษานำหลักเขตอำนาจสากลไปปรับกับคดีเนื่องจากไม่สามารถใช้หลักดินแดนหรือหลักคนชาติได้ แยกได้เป็นความหมายอย่างแคบ (*narrow notion*) หรือเขตอำนาจสากลอย่างมีเงื่อนไข (*conditional universal jurisdiction*) และความหมายอย่างกว้าง (*broad notion*) หรือเขตอำนาจสากลแบบเด็ดขาด (*absolute universal jurisdiction*)

ประเภทแรก คือ ความหมายอย่างแคบ (*narrow notion*) หรือเขตอำนาจสากลอย่างมีเงื่อนไข เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดอยู่ในความควบคุมของรัฐที่ทำการจับกุม (*forum deprehensionis*) ซึ่งมีเงื่อนไขว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องอยู่ในความควบคุมของรัฐที่ทำการจับกุมจึงลงโทษได้ ดังนั้นการปรากฏตัวของผู้กระทำความผิดจึงเป็นเงื่อนไขสำหรับการขยายเขตอำนาจศาล³¹

ประเภทที่สอง คือ ความหมายอย่างกว้าง (*broad notion*) หรือเขตอำนาจสากลแบบเด็ดขาด (*absolute universal jurisdiction*) เป็นกรณีที่ไม่คำนึงว่าผู้กระทำความผิดจะอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐหรือไม่ รัฐก็สามารถมีเขตอำนาจสากลที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เช่น คดี *Eichmann* (1961) และ คดี *Pinochet No. 3* (1999) เป็นต้น

²⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 25*, น. 45.

³⁰ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 285- 291.

³¹ *Ibid.*, pp. 285-286 และ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 25*, น. 46.

อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายของหลายๆ ประเทศต่างไม่ยอมรับหลักการพิจารณาคดีในศาลลับหลังจำเลย (*in absentia*) ดังนั้นการปรากฏตัวของจำเลยในดินแดนของรัฐนั้นจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญในการเริ่มกระบวนการพิจารณาต่างๆ ได้ จึงเห็นได้ชัดเจนว่าหลักเขตอำนาจสากลนี้ยอมรับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ (national authorities) เริ่มต้นการสืบสวนทางอาญาต่อผู้ต้องสงสัยในความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงและรวบรวมพยานหลักฐานเกี่ยวกับอาชญากรรมที่ถูกกล่าวหาได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ดังกล่าว แต่ความเป็นจริงแล้วผู้นำสูงสุดหรืออดีตผู้นำสูงสุดของรัฐมักได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตจากเขตอำนาจศาลภายในของรัฐอื่น³²

อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นอาชญากรรมร้ายแรง เพิ่งมีการบัญญัติขึ้นในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 โดย Article VI³³ ของอนุสัญญานี้ได้บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นใดที่ได้บัญญัติไว้ใน Article III จะต้องได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลที่มีเขตอำนาจในดินแดนของรัฐซึ่งการกระทำนั้นได้ทำขึ้นหรือโดยศาลระหว่างประเทศทางอาญาซึ่งอาจมีเขตอำนาจโดยคำนิยามถึงรัฐภาคีดังกล่าวซึ่งจะต้องยอมรับเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศนั้น” ดังนั้นตามความหมายทั่วไปและภาษาของบทบัญญัติว่าเขตอำนาจศาลเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับดินแดนของรัฐและเขตอำนาจดังกล่าวมีเพียงเท่าที่ได้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศทางอาญาขึ้นและเพียงเท่าที่รัฐภาคีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นภาคีในอนุสัญญาก่อตั้งศาลระหว่างประเทศทางอาญานั้นด้วย ศาลระหว่างประเทศทางอาญา จึงอาจมีเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) อย่างไรก็ตามเขตอำนาจสากลดังกล่าวยอมรับขึ้นอยู่กับธรรมนูญของศาลระหว่างประเทศทางอาญาเมื่อมีการก่อตั้งศาลดังกล่าวด้วย³⁴

ตั้งแต่มีการยอมรับอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ได้มีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจทั้ง 2 แห่ง ได้แก่ ศาล

³² ประสิทธิ์ เอกบุตร, *เพ็งอ้าง*, น. 46.

³³ Article VI “Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.”

³⁴ Cheriff Bassiouni, *supra note 28*, p. 53.

อาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for former Yugoslavia: ICTY) ในปี ค.ศ. 1993 และศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับประเทศรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR) ในปี ค.ศ. 1994 ตามลำดับ ในวันที่ 1 กรกฎาคม 2002 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Rome Statute of International Criminal Court) ได้มีผลใช้บังคับ และที่สำคัญธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับนี้ได้บัญญัติให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจศาลดังกล่าว อย่างไรก็ตามในธรรมนูญดังกล่าวมิได้ให้อำนาจศาลให้การใช้เขตอำนาจสากลแต่อย่างใด³⁵

คำนิยามของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียได้บัญญัติไว้ใน Article 4 และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับประเทศรวันดาบัญญัติไว้ใน Article 2 อย่างไรก็ตามเขตอำนาจของศาลทั้งสองแห่งนี้เป็นไปตามหลักดินแดน³⁶ กล่าวคือ เขตอำนาจของศาลทั้งสองนั้นสามารถขยายได้เพียงอาชญากรรมที่ได้กระทำขึ้นภายในดินแดนของตนเท่านั้น คือ ในอดีตประเทศยูโกสลาเวียและประเทศรวันดาตามลำดับ ส่วน Article 6 ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้ให้คำนิยามอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เหมือนกับ Article II อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นที่สำคัญคือเกี่ยวกับดินแดนของรัฐภาคีกล่าวคือรัฐภาคีสามารถกล่าวคดีสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอาชญากรรมที่มีได้เกิดขึ้นในดินแดนของตนและบุคคลที่ได้กระทำความผิดนี้เข้ามาอบตัวซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐตนไม่ว่าจะคนชาติรัฐนั้นหรือไม่ แม้ว่าการนำคดีขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถกระทำได้เป็นการทั่วไปโดยการนำเสนอ (referral) โดยรัฐภาคีตาม Article 14 และรัฐที่มีใช่ภาคีตาม Article 12(3) เสนอโดยคณะมนตรีความมั่นคง (The Security Council) แสดงให้เห็นถึงขอบเขตในการใช้เขตอำนาจศาลเป็นการทั่วไปและทฤษฎีเขตอำนาจสากล³⁷

แม้ว่าในทางข้อเท็จจริงแล้ว Article VI ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนให้เห็นทฤษฎีเขตอำนาจสากล (Theory of Universal Jurisdiction) กระนั้นก็มีข้อโต้แย้งว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์อยู่ภายใต้เขตอำนาจสากลตาม

³⁵ *Ibid.*

³⁶ ดูรายละเอียดใน ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น. 46.

³⁷ Cheriff Bassiouni, *supra* note 28, p. 54.

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (เช่น Antonio Cassese³⁸, Cherif Bassiouni และ Robert Cryer) แต่ในทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) ที่เกิดขึ้น ได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าว³⁹ อย่างไรก็ตาม Theodor Meron ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งประธานศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและในรวันดา⁴⁰ ได้แสดงทัศนะว่า “หลักดังกล่าวได้รับการยอมรับเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ โดยนักวิจารณ์ชั้นนำหลายท่านว่า อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้กระทำขึ้นอาจได้รับการดำเนินคดีและลงโทษในเขตอำนาจของรัฐใดๆ ก็ได้ แม้ว่าในบทบัญญัติจะมีได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าอาชญากรรมดังกล่าวอยู่ภายใต้เขตอำนาจสากล (universal jurisdiction)”⁴¹

กระนั้นก็ดี แม้ว่าหลักเขตอำนาจสากลยังขาดหลักฐานสนับสนุนโดยชัดแจ้งตามกฎหมายระหว่างประเทศประเภทอนุสัญญาและทางปฏิบัติของรัฐ แต่ตามคำวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พยายามตีความขยายเขตอำนาจศาลและมีนัยที่จะยอมรับหลักดังกล่าว เช่น คณะผู้พิพากษาชั้นอุทธรณ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for former Yugoslavia's Appeal Chamber) ที่มีประเด็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในคดี *Tadic* (*Tadic Case*) ศาลดังกล่าวได้วางหลักว่า “ในปัจจุบันการกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) นั้น มีการยอมรับตามหลักเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction)” เช่นเดียวกับศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาได้รับรองหลักดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน เช่น ในคดี *Prosecutor v. Ntuyahaga* ศาลได้วินิจฉัยว่า “อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์อยู่ภายใต้เขตอำนาจสากล”⁴² รวมถึงศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ได้วินิจฉัยไว้ในปี ค.ศ. 1951 *Advisory Opinions*) เกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (*Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Case*) ประการ

³⁸ See Antonio Cassese, *supra* note 30, pp. 293-295.

³⁹ Cherif Bassiouni, *supra* note 28, p. 54.

⁴⁰ See Theodor Meron From Wikipedia, the free encyclopedia. Retrieved Mar 20, 2008 from, http://en.wikipedia.org/wiki/Theodor_Meron

⁴¹ Cherif Bassiouni, *supra* note 28, p. 54.

⁴² *Ibid.*

หนึ่งว่า “ลักษณะที่เป็นสากล (universal character) ของการประณามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และความร่วมมือที่จำเป็นมีขึ้นเพื่อให้มนุษยชาติรอดพ้นจากหายนะซึ่งทารุณโหดร้ายเช่นว่านั้น”⁴³ นอกจากนี้ใน ค.ศ. 1996 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้วินิจฉัยใน Preliminary Objections เกี่ยวกับการใช้และตีความอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในคดี *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* ระหว่าง *Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)* ไว้ว่า “ศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่ารัฐแต่รัฐมีพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งจะไม่ถูกจำกัดด้วยหลักดินแดน (territorial jurisdiction) ตามอนุสัญญาฯ”⁴⁴ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ แม้ว่าหลักเขตอำนาจสากลของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะไม่ได้รับรองโดยชัดแจ้งตามบ่อเกิดของกฎหมายสนธิสัญญา (treaties) อย่างไรก็ตามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการรับรองและให้คำนิยามตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) ว่ามีฐานะเป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่งที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจสากล (a crime of universal jurisdiction)⁴⁵

1.2.2 บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การทราบถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ (sources of international law) ซึ่งเป็นที่มาของพันธกรณีระหว่างรัฐอันก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ ตลอดจนความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องอันได้แก่ รัฐ องค์การระหว่างประเทศ และปัจเจกชนต่อประชาคมระหว่างประเทศย่อมเป็นสิ่งที่สำคัญที่ขาดไม่ได้ เนื่องจากบ่อเกิดของกฎหมายคือรากฐานที่แสดงถึงทางปฏิบัติของรัฐและการยอมรับว่าหลักเกณฑ์ที่จะมาผูกพันรัฐหรือบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่นเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด นอกจากการทราบและเข้าใจถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีแสดงถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐและปัจเจกชนแล้ว ยังเป็นเครื่องมือที่มีส่วนช่วยอุดช่องว่างทางกฎหมายเมื่อมีปัญหาการใช้

⁴³ See Nina H.B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, (Great Britain: Oxford University Press, 2000), p. 35.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

และการตีความกฎหมายเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยศาลภายในและศาลระหว่างประเทศ ผู้เขียนแบ่งบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศหลักกล่าวคือ เป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรงเป็น 3 บ่อเกิด⁴⁶ ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญา และหลักกฎหมายทั่วไป

(ก) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

สถานะทางกฎหมายของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) มีความสำคัญอย่างยิ่งเนื่องจากบ่อเกิดดังกล่าว กำหนดพันธกรณีของรัฐทุกรัฐที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่ารัฐนั้นจะเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ก็ตาม จากคดีบรรทัดฐานที่ขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศที่สำคัญต่างสรุปว่าพันธกรณีที่เกี่ยวกับการทำลายล้าง

⁴⁶ แม้ว่าตาม Article 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The Statute of International Court of Justice: ICJ) จะได้กำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้และตีความกฎหมายระหว่างประเทศตามบ่อเกิดต่อไปนี้ตามลำดับ ในการพิจารณาและพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐ ได้แก่

1. อนุสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าทั่วไปหรือโดยเฉพาะซึ่งตั้งหลักเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยรัฐที่เกี่ยวข้องโดยชัดแจ้ง
2. จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักฐานแห่งการปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับการรับรองว่าเป็นกฎหมาย
3. หลักทั่วไปของกฎหมายซึ่งอารยประเทศรับรอง
4. ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติข้อ 59 คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้เผยแพร่ที่มีคุณวุฒิสูงสุดแห่งประเทศต่างๆ ในฐานะเครื่องช่วยให้ศาลวินิจฉัยหลักกฎหมาย

เมื่อพิจารณาแล้วเป็นที่น่าสังเกตว่าข้อบทดังกล่าวเป็นเพียงลำดับก่อน-หลังในการใช้กฎหมายระหว่างประเทศของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น มิได้บัญญัติโดยชัดแจ้งถึงว่าข้อบทดังกล่าวเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศและการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ (hierarchy of international law) ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.

เผ่าพันธุ์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁴⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (the International Court of Justice: ICJ) รับรองสถานะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามคำวินิจฉัยในคดีการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory Opinion)*, [1951] ICJ Reports 16, p. 23) ได้วางหลักว่า “ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักว่า บ่อเกิดของอนุสัญญานี้แสดงให้เห็นว่าความประสงค์ขององค์การสหประชาชาติก็คือเพื่อประณามและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นอนุสัญญานี้จึงได้รับการยอมรับโดยชาติอารยะในฐานะพันธกรณีที่ผูกพันรัฐ แม้ว่าจะมีได้มีพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าว” ตามแนวคำพิพากษาดังกล่าวพอสรุปได้ว่า การป้องกันและปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ซึ่งมีผลผูกพันรัฐต่างๆ เป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แม้ว่ารัฐนั้นจะมีไช่ภาคีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ตาม ดังนั้น ความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นความผิดตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะได้รับรองหลักการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ขอบเขตของหลักการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยังไม่มีที่ชัดเจนเพียงพอ อย่างไรก็ตามในการกำหนดขอบเขตของการหลักเกณฑ์โดยทั่วไปของเรื่องดังกล่าวต่างได้รับการยอมรับว่า อย่างน้อยที่สุดค่านิยมของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องเป็นไปตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งแต่เดิมมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ โดยเฉพาะศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: ICTY) ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับ

⁴⁷ *Reservation Case*, 1951 ICJ at 23; *Eichmann*, 36 ILR at 11; *Akyesu*

Judgment, para. 495 cited by Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law Beyond the Nuremberg Legacy*, 2nd Edition (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 41.

รวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda) ได้รับรองสถานะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการอีกด้วย⁴⁸

อย่างไรก็ตามบางความเห็นได้เสนอแนะว่าหลักการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีคำจำกัดความกว้างกว่าตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การยอมรับเกี่ยวกับการไม่กำหนดรายละเอียดที่แน่นอนตายตัวของการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (non-exhaustive enumeration of genocidal acts) เช่น คำนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้ข้อมติที่ 96(I) มีความหมายที่กว้างกว่าคำนิยามภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ รวมทั้งกฎบัตรแห่งศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์กและโตเกียวมิได้กำหนดคำนิยามของคำว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่มีลักษณะแน่นอนตายตัวและการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการลงโทษอาชญากรรมสงครามที่ใช้คำว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หมายรวมถึงการกระทำซึ่งมิใช่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาดังกล่าว และหลักฐานที่สำคัญที่ยืนยันความเห็นดังกล่าวก็คือคำวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับประเทศรวันดาซึ่งเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจในคดี *Akayesu* (*Akayesu Judgment, para. 516*) ได้วินิจฉัยว่าหลักว่ากลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิได้จำกัดเฉพาะกลุ่มบุคคลทั้ง 4 ประเภทนี้เท่านั้น ตราบใดที่ผู้ร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองกลุ่มบุคคลใดๆ ที่อาศัยอยู่เป็นหลักแหล่งและเป็นการถาวร (any stable and permanent group) อย่างไรก็ตามหลักฐานที่เป็นทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) ที่มีอยู่จะเห็นได้ว่าไม่เพียงพอที่จะสนับสนุนข้อเสนอดังกล่าว คำนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีความหมายกว้างกว่าที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวในฐานะที่เป็นเครื่องพิสูจน์กระบวนการเกิดของทางปฏิบัติของรัฐในที่ประชุม ณ กรุงโรม (The Rome Conference)⁴⁹ ซึ่งเหตุผลดังกล่าวข้างต้นล้วนแล้วแต่เป็นหลักฐานของสถานะของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั้งสิ้น แม้ว่าจะไม่มีความชัดเจนว่าข้อความเหล่านี้เกิดขึ้นจากการประมวลขึ้นจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือเกิดจากพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศ (the progressive development of international law) ก็ตาม

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 41-42.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 42.

สำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) นั้น การทำลายล้างเผ่าพันธุ์นอกจากจะได้รับรองว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ยังเข้าลักษณะของกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ประการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับจากประชาคมระหว่างประเทศเป็นการทั่วไปในการป้องกันและลงโทษ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้รับรองไว้ในคดี *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* ดังได้กล่าวข้างต้น โดยสถานะของกฎหมายบังคับเด็ดขาดนั้นได้รับการยอมรับและรับรองไว้อย่างชัดเจนใน Article 53⁵⁰ ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 วางหลักว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่บังคับเด็ดขาดแก่ประชาคมระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการอันเป็นกฎหมายธรรมชาติที่อยู่เหนือเจตจำนงของรัฐต่างๆ นอกจากนี้หลักกฎหมายดังกล่าวยังได้รับการยอมรับตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ว่าเป็นพันธกรณีที่ผูกพันประชาคมระหว่างประเทศทั้งปวง⁵¹ หรือลักษณะที่เป็นความผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ของกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ตามนัยที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยวินิจฉัยได้ไว้ในคดี *Barcelona Traction* ว่า “โดยลักษณะที่มีความสำคัญของสิทธิบางประการที่เกี่ยวข้องกับรัฐทั้งปวง รัฐทุกรัฐจึงสามารถที่จะอ้างได้ว่าตนมีประโยชน์ได้เสียในทางกฎหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์ของตน”⁵² นอกจากนี้ในคดีดังกล่าวศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus*

⁵⁰ “A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

⁵¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility),” ใน *อาจารย์วิชา* *นิติศาสตร์* *ดร. อรุณภานุพงศ์*, รวบรวมและจัดพิมพ์โดย จตุรนต์ ธีระวัฒน์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 101.

⁵² *เพ็งอ้าง*, น. 101 และ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1970, p. 3, para. 33.*

cogens) และความผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ไว้ว่า “พันธกรณีดังกล่าวมีที่มาจากกรกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศร่วมสมัย (contemporary international law) เช่น การรุกราน (aggression) และการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) เป็นต้น และหลักการ (principles) และกฎเกณฑ์ (rules) ที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ (basic rights of human person) รวมถึงการให้ความคุ้มครองมิให้มีการค้าทาส (slavery) และการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (racial discrimination)”⁵³ อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดจะมีลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับและรับรู้ของประชาคมระหว่างประเทศว่าเป็นหลักการที่ผูกพันรัฐทั้งหมด แต่ก็มีบางรัฐคัดค้านและปฏิเสธไม่ยอมรับเพื่อผูกพันตามหลักกฎหมายดังกล่าว⁵⁴ เนื่องจากหลักการดังกล่าวขาดความแน่นอนและชัดเจน

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากปัญหาข้างต้นจึงต้องมีการยืนยันจากทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) และการยอมรับ (*opinio juris*) อย่างชัดเจน โดยการรับรองและประมวลหลักการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในรูปของสนธิสัญญา (treaties) ซึ่งอาจมีส่วนช่วยในการอุดช่องว่างของกฎหมายและสร้างความแน่นอนและชัดเจนแก่ค่านิยม การป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้อีกแนวทางหนึ่ง

(ข) สนธิสัญญา

สนธิสัญญา (treaties) หรืออนุสัญญา (conventions) เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างประเทศระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร โดยรัฐภาคีให้ความยินยอมที่จะผูกพัน (consent to be bound) ตามบทบัญญัติและพันธกรณีที่เกิดขึ้นตามสนธิสัญญาซึ่งกำหนดสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐภาคี ผูกพันเฉพาะรัฐที่เป็นภาคีที่ให้สัตยาบัน (ratification) หรือภาคยานุวัติ (accession) เท่านั้น ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยชัดแจ้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างรัฐคู่กรณีโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าความตกลงระหว่างประเทศ เช่นว่านั้นจะเรียกชื่ออย่างไร ทั้งนี้รัฐภาคี⁵⁵ สนธิสัญญาจึงถือเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สำคัญที่เป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่ชัด

⁵³ Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, (Oxford: Oxford University Press, 1997), pp. 95-96.

⁵⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 232.

⁵⁵ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 46*, น. 69-73.

แจ้งที่แสดงถึงเจตนาที่จะเข้าผูกพันของรัฐต่างๆ ในการเข้าเป็นภาคีตามพันธกรณีในดับทที่ได้ตกลงกันได้ อันเกิดจากความยินยอมของรัฐที่จะเข้าผูกพันซึ่งเป็นการลดอำนาจอธิปไตยในการตรากฎหมายภายในของรัฐ นอกจากนี้สนธิสัญญาายังแสดงให้เห็นถึงความแน่นอนและความชัดเจนของพันธกรณีระหว่างรัฐต่างๆ อีกด้วยในการกำหนดสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบแก่รัฐองค์การระหว่างประเทศ รวมถึงปัจเจกชนในบางกรณี ในส่วนสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับรองอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ตามข้อมติที่ 260 (III) รับรองว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ โดยอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวมีความสำคัญต่อประชาคมระหว่างประเทศ 2 ประการ⁵⁶ ได้แก่ ประการแรก ช่วยยุติข้อสงสัยว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่มีกฎหมายรับรองสถานะความเป็นกฎหมาย และประการที่สอง ช่วยยุติปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับหลักการไม่แทรกแซง (non-intervention) กิจการภายในของรัฐอื่น⁵⁷ ในการการป้องกันและลงโทษบุคคลที่ได้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่าในภาวะสันติหรือภาวะสงคราม

นอกจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในรูปแบบสนธิสัญญาแล้ว พื้นฐานแห่งบทบัญญัติก่อให้เกิดทางปฏิบัติของรัฐและได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศจนกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นอีกบ่อเกิดหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย⁵⁸ เนื่องด้วยอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและผลจากการทำดังกล่าวกระทบกระเทือนต่อความรู้สึก จิตสำนึกในการอยู่ร่วมกันอย่างสันติและความมั่นคงภายในรัฐและประชาคมระหว่างประเทศ จึงมีการนำเอาคำนิยามและหลักการบางประการของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาบัญญัติไว้ในธรรมนูญก่อตั้งศาลระหว่างประเทศทางอาญาเป็นฐานความผิดหนึ่งภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ เช่น ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ

⁵⁶ จันทิมา ลิมปานนท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น. 45-46.

⁵⁷ มาตรา 2 (7) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้บัญญัติรับรองหลักการห้ามมิให้มีการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น (principle of non-intervention) เว้นแต่กิจการนั้นจะเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ (threat to international peace and security)

⁵⁸ Antonio Cassese, *supra note 30*, p. 27.

สำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและสำหรับรวันดา และศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court) ซึ่งเป็นศาลระหว่างประเทศที่มีลักษณะถาวร⁵⁹ กล่าวคือ เป็นไปตาม Article II ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ กำหนดรายละเอียดของการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในลักษณะแน่นอนตายตัว (an exhaustive enumeration of genocidal acts) ซึ่งค่านิยามตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับในสนธิสัญญาหลายฉบับ⁶⁰ อันได้แก่ Article 4 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (The Statute of International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: ICTY) Article 2 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา (The Statute of International Criminal Tribunal for Rwanda) และ Article 6 ของธรรมนูญโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Rome Statute of International Criminal Court: ICC) ต่างก็ใช้ค่านิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทั้งสิ้น⁶¹ อาจกล่าวได้ว่าธรรมนูญก่อตั้งศาลดังกล่าวที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในรูปแบบสนธิสัญญาเช่นเดียวกัน

⁵⁹ Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, (The United Kingdom: Cambridge University Press, 2007), pp. 6-7.

⁶⁰ นอกจากอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวแล้ว ตราสารระหว่างประเทศบางฉบับยังรับรองค่านิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งนำมาจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้แก่ Article 17 ของร่างประมวลกฎหมายของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ 1996 ที่เรียกว่า The Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind, 1996 ซึ่งแสดงถึงทางปฏิบัติของรัฐและการยอมรับสถานะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอย่างชัดเจนอีกทางหนึ่งด้วย

⁶¹ Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra note 47*, pp. 41-42.

(ค) หลักกฎหมายทั่วไป⁶²

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นสิ่งที่จำเป็นในระบบกฎหมายทุกระบบไม่ว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ในฐานะที่เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการอุดช่องว่างของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ กฎหมายทั่วไปเปรียบเสมือนแนวทางหรือทางปฏิบัติของรัฐในการตีความกฎหมายได้อย่างเหมาะสม เมื่อใดก็ตามที่พิชิตจนได้ว่ากฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะที่อยู่ในโครงสร้างกฎหมายภายในไม่เพียงพอหรือไม่สามารถปรับใช้ได้ ไม่ว่าจะศาลภายในหรือศาลระหว่างประเทศจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปไปอุดช่องว่างทางกฎหมายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะมาใช้เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร⁶³

แม้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปจะไม่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยตรงดังเช่นบ่อเกิดของกฎหมายสองประเภทแรก แต่เปรียบเสมือนเครื่องมือที่มีส่วนเสริมและสนับสนุนกลไกในการใช้บังคับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และธรรมนูญก่อตั้งศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งนอกจากเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายในการนำตัวบุคคลผู้กระทำความผิดมาลงโทษแล้ว ยังให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของผู้กระทำความผิดทางอาญาอีกด้วย แต่ศาลมีแนวโน้มที่จะใช้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่มาสุดท้ายเสมอ⁶⁴

เมื่อพิจารณาตามข้อคิดข้างต้น หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับสารบัญญัติเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับวิธีสบัญญัติเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยระบบกฎหมายหลักที่สำคัญของโลกทั้งระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System)

⁶² ของ ชาร์คส์ รูสโซ (Jean-Jacques Rousseau) ได้แบ่งหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) ที่ใช้บังคับในกฎหมายระหว่างประเทศออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประการแรก คือ หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐ และประการที่สอง คือ หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดูรายละเอียดในพนนิธิ สุริยะ, Lecture Note 1 กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 77.

⁶³ Antonio Cassese, *supra note 30*, p.135.

⁶⁴ Robert Cryer, Hankan Friman, Darryl Robinson and Elezabeth Wilmshurst, *supra note 59*, p. 8.

และซีวิลลอว์ (Civil Law System) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายภายในต่างมีความสำคัญที่ก่อให้เกิดระบบกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ แม้ว่าระบบกฎหมายภายในของทั้งสองระบบจะมีความแตกต่างกัน แต่ระบบทั้งสองจะมีความทั่วไปที่มีลักษณะทางกฎหมายร่วมกันอยู่⁶⁵

อย่างไรก็ตามที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ปรากฏอย่างชัดเจนในทางปฏิบัติของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและสำหรับประเทศรวันดา ได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อช่วยในการค้นหาหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาล เช่น ในคดี *Delalic* และในคดีอื่นๆ ที่พิจารณาคดีโดย Chamber III ของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ได้วินิจฉัยในทางเดียวกันเกี่ยวหลักเกณฑ์ต่างๆ (principles) ที่มีอยู่และได้รับการยอมรับจากระบบกฎหมายอาญาทั้งระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ว่า “ไม่ใช่หลักเกณฑ์ทั้งหมดในกฎหมายภายในจะได้รับการยอมรับเป็นส่วนหนึ่งในทางปฏิบัติของกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากระเบียบวิธีคิดเกี่ยวกับการกระทำผิดทางอาญาของระบบยุติธรรมทางอาญาตามกฎหมายอาญาภายในและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน” และคณะผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวได้อธิบายความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายทั้งสองระดับซึ่งได้แก่ กฎหมายอาญาภายในประเทศและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศว่า “กระบวนการทำให้หลักเกณฑ์ใดๆ เป็นกฎหมายอาญาในระบบกฎหมายอาญาภายในประเทศขึ้นอยู่กับการตราเป็นกฎหมายภายในซึ่งต้องกำหนดเรื่องเวลาที่จะใช้บังคับกับการกระทำและเนื้อหาของการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ในขณะที่ระบบยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาและอนุสัญญาต่างๆ หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ”⁶⁶

ดังนั้นหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ปรากฏโดยชัดเจนจากทางปฏิบัติของศาลระหว่างประเทศอาญา ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของความผิดทางอาญา (the principle of legality of crimes) หรือเรียกว่า “หลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย” (*nullum crimen sine lege*) และ “หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (*nulla poena sine lege*) ปรากฏในทางปฏิบัติศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ เช่น ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะ

⁶⁵ Antonio Cassese, *supra* note 30, p.31.

⁶⁶ Robert Cryer, Hankan Friman, Darryl Robinson and Elezabeth Wilmshurst, *supra* note 59, p. 8.

กิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย โดย Trial Chamber II of the ICTY in *Delalic et al.* (1998)⁶⁷ ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปตามกฎหมายอาญาภายในทั้งสองหลักดังกล่าวว่า หลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมายและหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายได้รับการยอมรับเป็นอย่างดีในระบบศาลยุติธรรมทางอาญาที่สำคัญๆ ของโลกในฐานะที่เป็นหลักการพื้นฐานของหลักความรับผิดชอบทางอาญา (principle of criminality) รวมถึงหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (*ex post facto*) ในการลงโทษบุคคลในการกระทำความผิดทางอาญา⁶⁸ และเงื่อนไขของบทบัญญัติทางกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน” นอกจากนี้ศาลดังกล่าวยังเห็นว่า “แม้ว่าหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังจะยังคงมีอยู่และได้รับการยอมรับจากระบบยุติธรรมทางอาญาของระบบกฎหมายหลักของโลก อย่างไรก็ตามมีปัญหาว่าไม่มีความแน่นอนว่าสิ่งใดขยายขอบเขตในการยอมรับว่าหลักดังกล่าวข้างต้นเป็นส่วนหนึ่งของทางปฏิบัติในระดับระหว่างประเทศและทำให้หลักดังกล่าวแตกต่างหากจากความมีอยู่ตามกฎหมายภายใน การแยกส่วนดังกล่าวมีความจำเป็นอย่างยิ่งเนื่องจากความแตกต่างของระเบียบวิธีเกี่ยวกับการกระทำที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของระบบยุติธรรมทางอาญาภายในประเทศและระหว่างประเทศมีความแตกต่างกัน”

นอกจากนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียได้รับรองหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนในคดี *Tadic* ไว้ 2 ประการคือ ประการแรก บุคคลย่อมไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำของบุคคลอื่น กล่าวคือในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หากมีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลซึ่งเป็นหนึ่งใน

⁶⁷ Antonio Cassese, *supra note 30*, p. 30.

⁶⁸ การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง หมายความว่า “ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลงและในขณะที่กระทำอย่างนั้น การกระทำไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด” หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง บางครั้งเรียกว่า “principle of legality” ทั้งนี้หลักดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของ “หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” อันเป็นหลักประกันทางอาญาของบุคคล ดูรายละเอียดใน คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) น. 66-67; ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 19 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 2 และเกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: หจก. จีรัชการพิมพ์, 2549), น. 16-17.

สมาชิกกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งซึ่งได้แก่ กลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา กลุ่มของผู้กระทำความผิดดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลนั้น นอกจากนี้สมาชิกของกลุ่มเช่นว่านั้นไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของผู้นำของกลุ่มหรือสมาชิกคนอื่นของกลุ่ม เรียกหลักดังกล่าวว่า “หลักอิสระของปัจเจกชน” (Party Autonomy) ซึ่งปัจเจกชนตามโดยธรรมชาติย่อมมีเจตจำนงอิสระและความสามารถอิสระที่จะเลือกการกระทำของตนเอง และประการที่สอง บุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของตนก็ต่อเมื่อ บุคคลเช่นว่านั้นรู้สำนึกในขณะกระทำว่าการกระทำนั้นเป็นการทำที่น่าตำหนิอันเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางอาญา ดังนั้นความรับผิดชอบทางอาญาประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์ประกอบภายในซึ่งเป็นกรอบทางจิตใจของผู้กระทำความผิดในการกระทำผิดที่ได้กระทำขึ้น⁶⁹ รวมถึงหลักการห้ามลงโทษซ้ำสองในความผิดเดียว (*ne bis in idem* หรือ *non bis in idem* หรือ the prohibition of double jeopardy)⁷⁰

1.2.3 กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

กฎหมายระหว่างประเทศ คือ กฎหมายที่เกิดจากทางปฏิบัติของรัฐและได้รับการยอมรับจากประชาคมระหว่างประเทศว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่นำไปสู่ความมั่นคงและสันติภาพโลก การทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นอาชญากรรมที่กระทบต่อความจิตสำนึกอันดีของประชาคมโลก (moral conscience) และมีความสัมพันธ์กับกฎหมายระหว่างประเทศสาขาต่างๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ สิทธิมนุษยชน กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

การพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศสาขาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งประกอบด้วยสิทธิมนุษยชน กฎหมายมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการทำให้เกิดความชัดเจนและชี้ให้เห็นถึงเหตุผลของเรื่องราวฐานความคิดและความสัมพันธ์ระหว่างการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับกฎหมายระหว่างประเทศ

⁶⁹ Robert Cryer, Hankan Friman, Darryl Robinson and Elezabeth Wilmshurst, *supra* note 59, p. 8.

⁷⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, เอกสารประกอบการเสนอรายงานวิจัยเรื่อง โลกาวัดกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, ห้องเพชรชมพู (ชั้น 3) โรงแรม ดิเอมเมอร์อัล ถนนรัชดาภิเษก กรุงเทพมหานคร วันศุกร์ที่ 7 พฤศจิกายน 2551, น. 2.

และพันธกรณีในทางระหว่างประเทศของรัฐ องค์การระหว่างประเทศและปัจเจกชนในความผูกพันตามข้อเกิดทางกฎหมายข้อเกิดต่างๆ ตลอดจนสภาพบังคับของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนมิได้มุ่งที่จะศึกษาเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยอ้างกฎหมายระหว่างประเทศสาขาใดสาขาหนึ่งโดยเฉพาะ แต่มุ่งศึกษาและอธิบายตามสาขาของกฎหมายระหว่างประเทศโดยภาพรวมที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ น่าจะมีประโยชน์ในการทำความเข้าใจในด้านความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้ง่ายยิ่งขึ้น

(ก) สิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (human rights)⁷¹ หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์อันชอบธรรมอันพึงมีพึงได้แก่บุคคล มีลักษณะสากล และมีขึ้นพร้อมกับสภาพบุคคล โดยไม่ขึ้นอยู่กับสถานภาพทาง

⁷¹ นักปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการวางรากฐานและพัฒนาแนวคิดสิทธิมนุษยชนในปัจจุบัน เนื่องจากสำนักกฎหมายธรรมชาติธรรมชาติของมนุษย์ (human nature) เป็นผู้ที่มีเหตุผล สามารถรับรู้โดยสามัญสำนึกว่าสิ่งใดถูกสิ่งใดผิด สิ่งใดดีสิ่งใดชั่ว ไม่ขึ้นอยู่กับเจตจำนงหรืออำเภอใจของผู้ใดโดยเฉพาะ(รัฐ) ดังนั้นมนุษย์จึงสามารถเข้าใจกฎหมายธรรมชาติได้ เพราะกฎหมายธรรมชาติเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นจริงทุกที่และทุกเวลา นอกจากนี้สำนักนี้ยังเชื่อว่านอกจากกฎเกณฑ์ความประพฤติที่มีอยู่แล้ว มนุษย์ยังเรียกร้องแสวงหาสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่เรียกว่าความยุติธรรมในฐานะเป็นสิ่งพึงปรารถนายิ่ง และอยู่เหนือกว่ากฎหมายบ้านเมืองที่มีอยู่ จึงอาจกล่าวได้ว่าความชอบธรรมตามธรรมชาติที่มนุษย์พึงได้รับความชอบธรรมดังกล่าวอย่างเสมอภาค และไม่เลือกปฏิบัติตามสถานะของบุคคล

สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นมาช้านานแล้ว ตั้งแต่สมัยกรีกโรมันพัฒนาโดยนักปราชญ์คนสำคัญ อันได้แก่ อริสโตเติล (Aristotle) ซีเซโร (Cicero) โทมัส อควินัส (St. Thomas Aquinas) เป็นต้น วางรากฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพและความเท่าเทียมกันของมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งแต่เดิมเรียกว่า “สิทธิตามธรรมชาติ” (natural rights) หรือสิทธิของมนุษย์ และสิทธิของมนุษย์ได้รับการสนับสนุนจากนักปรัชญาของรัฐสมัยใหม่ เช่น ล็อก (Locke) ฮอบบ์ (Hobbes) รูสโซ (Rousseau) และมองเตสกีเอร์ (Montesquieu) เป็นต้น ดูรายละเอียดใน สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 80-81.

สังคม และไม่อาจล่วงละเมิดได้ และสิทธิดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากความต้องการของมนุษยชาติ เพื่อที่จะให้ทุกคนมีชีวิตและความเป็นอยู่อย่างมีเกียรติภูมิและคุณค่าเยี่ยงอารยชน

สาระสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายระหว่างคือ การให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกชนให้ได้รับการพัฒนาและที่สำคัญสิทธิมนุษยชนนั้น มิได้เป็นเพียงเครื่องบ่งชี้ถึงการให้หลักประกันสิทธิของบุคคลโดยรัฐเท่านั้น แต่ยังคงคุ้มครองบุคคลจากผู้กระทำอื่นๆ ในประชาคมระหว่างประเทศซึ่งอาจละเมิดสิทธิต่างๆ ที่พวกเขาพึงได้รับได้⁷² โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังจากเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวจำนวนมหาศาล โดยการนำของฮิตเลอร์แห่งพรรคนาซีเยอรมันในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจึงได้ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอีกครั้ง เนื่องจากเห็นว่าการกระทำของฮิตเลอร์เป็นการกระทำของเผด็จการที่ใช้อำนาจรัฐอย่างไม่จำกัดโดยเฉพาะการลงโทษทางอาญา เช่น การยึดทรัพย์สิน กักขัง จำคุก ทำร้ายร่างกาย ตลอดจนประหารชีวิต ต่อบุคคลผู้บริสุทธิ์จำนวนมากโดยปราศจากการไต่สวน และที่สำคัญเป็นการกระทำโดยการเลือกปฏิบัติ (discrimination) ต่อบุคคลบางกลุ่มโดยเฉพาะได้แก่ คนเชื้อสายยิว กล่าวคือกฎหมายกลายเป็นเครื่องมือในการสร้างความชอบธรรมให้แก่รัฐบาลในการสร้างความเดือดร้อนแก่ประชาชน โดยที่กฎหมายมิได้ให้ประโยชน์หรือความคุ้มครองหรือเป็นหลักประกันสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่เขาพึงได้รับแต่อย่างใด อันเป็นการละเมิดสิทธิของมนุษย์อย่างร้ายแรง

ปัจจุบันสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ (fundamental rights) ได้รับการยอมรับและรับรองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ออกโดยข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ แม้ว่าตราสารดังกล่าวจะเป็นเพียงแนวปฏิบัติให้แก่รัฐสมาชิกนำไปจัดการด้านสิทธิมนุษยชนภายใน มิได้มีสถานะเป็นสนธิสัญญา แต่ได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆ เป็นการทั่วไปและอย่างต่อเนื่องจนกลายเป็นทางปฏิบัติของรัฐได้รับรองไว้ในกฎหมายสูงสุดนั่นคือในรัฐธรรมนูญ จนมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในที่สุด สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่สำคัญได้แก่⁷³

- สิทธิที่จะปลอดภัยจากความรุนแรงของรัฐบาล ไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างทารุณโหดร้าย โดยปราศจากความเป็นมนุษย์ การลิดเกียติ ลดศักดิ์ศรีและการกักขังหน่วงเหนี่ยว

⁷² Steven R. Ratener and Jason S. Abrams, *supra note 47*, p. 10.

⁷³ ดูรายละเอียดใน จันทิมา ลิ้มปานนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 64-67.

- สิทธิที่จะมีชีวิต (right to life) และสิทธิที่จะได้รับสิ่งจำเป็นพื้นฐานแก่ชีวิต เช่น อาหาร ที่อยู่อาศัย สุขภาพและการศึกษา

- สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอย่างอิสระ รวมทั้งสิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการรวมตัว ตลอดจนเสรีภาพในการนับถือศาสนา

นอกจากนี้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลแห่งความแตกต่างกลุ่มทางชาติ เผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนา

ดังเมื่อพิจารณาจากสิทธิขั้นพื้นฐานข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนซึ่งมนุษย์ทุกคนพึงมีพึงได้อย่างชัดเจนดังได้กล่าวข้างต้น

สำหรับเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศตั้งแต่ ค.ศ. 1945 เป็นต้นมามุ่งให้ความสำคัญกับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชน ซึ่งพิจารณาได้จากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) แม้ว่าในปัจจุบันประชาคมระหว่างประเทศต่างให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของหลากหลายแนวคิด รวมถึงสิทธิในการรวมตัวหรือสิทธิของกลุ่ม (collective rights) หรือที่เรียกว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิในการรวมตัวของกลุ่มต่างๆ (protection of the collective rights of groups) แต่ปัญหาที่ตามมาก็คือการจำแนกลักษณะของสิทธิของปัจเจกชน (individual rights) และสิทธิของกลุ่ม (collective rights) ซึ่งต่างก็เป็นสิทธิมนุษยชนที่มีความแตกต่างกันอย่างไร สิทธิบางอย่างมีลักษณะของสิทธิมนุษยชนที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน (individual rights) ซึ่งมี 2 ลักษณะได้แก่ ลักษณะที่มุ่งคุ้มครองปัจเจกชนโดยแท้ เช่น สิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และลักษณะที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลแต่ละคนซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องแสดงออกโดยการรวมกลุ่ม เช่น เสรีภาพในการชุมนุม สิทธิในการนับถือศาสนา ส่วนสิทธิของกลุ่ม (collective rights) ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิของกลุ่มโดยแท้ เช่น สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง⁷⁴ (right to self-determination)

อย่างไรก็ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติหลังจากอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้าง

⁷⁴ ดูรายละเอียดใน จรัล โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรชญา

เฝ้าพันธุ(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948)⁷⁵ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเฝ้าพันธุมีความสัมพันธ์กับตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน และที่สำคัญที่สุดเมื่อมีการยอมรับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant of Civil and Political Rights, 1966) ในฐานะกฎหมายสนธิสัญญา บัญญัติห้ามกระทำการทำลายล้างเฝ้าพันธุไว้อย่างชัดแจ้งตาม Article 6 (3) บัญญัติว่า “เมื่อมีการฆ่าผู้อื่นอันเป็นที่มิลักษณะเป็นอาชญากรรมทำลายล้างเฝ้าพันธุ ย่อมเป็นที่เข้าใจว่าชอบทมิได้ให้อำนาจรัฐภาคีใดแห่งกติกานี้ฉบับนี้ในอันที่จะหลีกเลี่ยงจากพันธกรณีใดๆ อันพึงมีต่อบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเฝ้าพันธุ⁷⁶” จึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิที่จะมีชีวิตของกลุ่มคนเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นเพื่อที่จะได้รับสิทธิอื่นๆตามมาและการสงวนสิทธิดังกล่าวควรอยู่ในวาระการประชุมระหว่างประเทศอย่างถาวร⁷⁷

⁷⁵ ความร้ายแรงของการทำลายล้างเฝ้าพันธุการทำลายล้างเฝ้าพันธุนั้นได้รับการยอมรับและรับรองอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96 (I) ในวันที่ 11 ธันวาคม 1946 ว่าการทำลายล้างเฝ้าพันธุการทำลายล้างเฝ้าพันธุเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่นานาประเทศสมควรป้องกันและลงโทษการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเฝ้าพันธุการทำลายล้างเฝ้าพันธุ และต่อมาอีก 2 ปีในวันที่ 9 ธันวาคม 1948 สมัชชาใหญ่ได้รับรองอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเฝ้าพันธุ ค.ศ. 1948 ส่วนปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่ในวันที่ 10 ธันวาคม 1948 ดูรายละเอียดในจันทิมา ลิมปานนท์, *อั้งแล้ว เชียงอรกที่* 6, น. 34 และ น. 67.

⁷⁶ “When deprivation of life constitutes the crime of genocide, it is understood that nothing in this article shall authorize any State Party to the present Covenant to derogate in any way from any obligation assumed under the provisions of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.”

⁷⁷ Rhona K.M. Smith, Textbook on International Human Rights, (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 213.

(ข) กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ⁷⁸

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (international humanitarian law) หมายถึงกฎหมายระหว่างประเทศสาขาหนึ่งซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทหารที่ไม่สามารถเข้าทำการสู้รบได้อีกต่อไป (hors de combat) รวมถึงพลเรือนที่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ หรือที่เรียกว่า “Geneva Law” และกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ที่เป็นฝ่ายในการสู้รบทางทหารและจำกัดขอบเขตของวิถีทางในการสู้รบหรือเรียกว่า “Hague Law”

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่มีพัฒนาการอย่างยาวนานตั้งแต่กฎหมายสงคราม (Law of War) มาเป็น กฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางทหาร (Law of Armed Conflict) จนกระทั่งเป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (international humanitarian law) เหตุที่กฎหมายดังกล่าวมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง เนื่องจากสงครามเป็นสิ่งที่มิพัฒนาการควบคู่กับสังคมมนุษย์ที่ต้องการแย่งชิงฐานอำนาจของตนให้เข้มแข็งอยู่ตลอดเวลา และผลกระทบที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการสู้รบก่อให้เกิดความสูญเสียอย่างมหาศาลต่อชีวิตและทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นนักรบหรือพลเรือน ดังนั้นการทำสงครามจึงต้องมีกฎเกณฑ์ระหว่างฝ่ายในการสู้รบจากหลักเดิมที่รัฐต่างๆ ต่างยอมรับว่าสงครามเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ต้องอยู่ในเงื่อนไขว่าเป็นการทำสงครามที่เป็นธรรม (Just War) อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวทำให้รัฐต่างๆ ยกขึ้นอ้างความชอบธรรมเพื่อก่อสงครามประกอบกับการพัฒนาอาวุธที่ใช้ในการรบให้มีอำนาจร้ายแรงและทำลายล้างสูงมากขึ้นเรื่อยๆ จนในที่สุดประชาคมระหว่างประเทศเห็นว่าการทำสงครามไม่ใช่สิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายอีกต่อไป อย่างไรก็ตามจนกระทั่งถึงปัจจุบันประเทศต่างๆ ไม่อาจจะปฏิเสธการขัดกันทางทหารได้ แม้ว่าการทำสงครามขัดกับ Article 2(4) ตามกฎบัตรสหประชาชาติ ดังนั้นจึงเกิดหลักเกณฑ์ในการทำสงครามควบคู่ไปกับหลักเกณฑ์ที่จะมาป้องกันและเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากภาวะสงครามตามหลักมนุษยธรรมจึงเป็นที่มาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (international humanitarian law) ซึ่งใช้บังคับกับการกระทำที่เป็นการขัดกันทางทหาร (The Conduct of Armed Conflict) กฎหมายนี้ประกอบด้วย การจำกัดวิธีการในการทำสงครามตามกฎหมายเฮก (The Law of the Hague) และการให้ความคุ้มครองปัจเจกชนในภาวะสงครามตามกฎหมายเจนีวา (The Law of the Geneva)

⁷⁸ คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตอบคำถามของคุณ, เอกสารของคณะกรรมการกาชาดสากล, มปป.

แม้ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเฝ้าพันธุจะมีได้บัญญัติเป็นข้อห้ามในกฎหมายขัดกันทางทหาร (The Law of Armed Conflicts) โดยเคร่งครัด แต่ตามข้อเท็จจริงแล้วการห้ามทำลายล้างเฝ้าพันธุมีความสำคัญอย่างยิ่งในภาวะสงคราม ที่ปรากฏอย่างชัดแจ้งใน Article I ของอนุสัญญาทำลายล้างเฝ้าพันธุบัญญัติว่า “รัฐภาคียืนยันว่าการทำลายล้างเฝ้าพันธุไม่ว่าจะได้กระทำลงในการยามสันติหรือในการยามสงคราม เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐภาคีมีหน้าที่ที่จะป้องกันและลงโทษ”

นอกจากนี้หลังจากมีจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและสำหรับรวันดาโดยมีธรรมนูญก่อตั้งศาลทั้งสองกำหนดสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ และเขตอำนาจศาลในการพิจารณาและพิพากษาคดีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในดินแดนดังกล่าวเหนืออาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมทำลายล้างเฝ้าพันธุด้วยซึ่งศาลดังกล่าวมีเขตอำนาจในการพิจารณาและพิพากษาคดีดังกล่าว ธรรมนูญศาลดังกล่าวจัดเป็นตราสารที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีส่วนสำคัญในการใช้และการตีความ ตลอดจนแสดงถึงทางปฏิบัติเกี่ยวกับการทำลายล้างเฝ้าพันธุของรัฐให้ชัดเจนยิ่งขึ้น⁷⁹

⁷⁹ Yusuf Akar, Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court, (Great Britain: Roulledge, 2004), pp. 207-208.

(ค) กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ⁸⁰

กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (international criminal law)⁸¹ หมายถึง กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ กล่าวคือ เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งต้องพิจารณาใน 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก เกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเหยื่อในภาวะที่มีการขัดกันทางทหารที่เรียกว่า “กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ” (international humanitarian law) และประการที่สอง คือ เกี่ยวกับการลงโทษในทางระหว่างประเทศของกฎหมายอาญาภายใน (national criminal law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ทุกรัฐบัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดไม่ว่าเป็นคนสัญชาติใดภายในเขตอำนาจของรัฐที่การกระทำความผิดนั้นได้กระทำขึ้น หรือเรียกว่า เขตอำนาจสากลหรือเขตลงโทษสากล (universal jurisdiction) นอกจากนี้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศยังมีกลไกในการลงโทษอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) ได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: ICTY) กับ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR) และศาลอาญาระหว่างประเทศถาวร คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Law: ICC) เพื่อลงโทษอาชญากรรมร้ายแรงต่างๆ (the most serious crimes) ที่มีความเกี่ยวข้องกับประชาคมระหว่างประเทศทั้งปวง (as a whole)

⁸⁰ นักกฎหมายไทยได้แปลคำว่า “Criminal International Law” ว่า “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา” หมายถึง การกระทำละเมิดต่อหลักหรือกฎเกณฑ์ซึ่งกำหนดไว้เกี่ยวกับอำนาจศาลแห่งประเทศต่างๆ ในการปราบปราม และลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศ รวมถึงตลอดถึงส่งตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยข้ามแดน (extradition) เพื่อใช้วินิจฉัยในกรณีที่เกิดปัญหาว่าด้วยการขัดกันของเขตอำนาจศาลภายในประเทศ กับอำนาจศาลระหว่างประเทศ ดูรายละเอียดใน ประกอบ ประพันธ์เนติวิทย์, LA 413 กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคดีอาญา (International Criminal Law) ตอนที่ 2 แผนกคดีอาญา, (พิมพ์ครั้งที่ 8: หจก. คุณพินอักษรกิจ, 2527), น. 1.

⁸¹ See Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, (Oxford: Oxford University Press, 2001), pp. 3-4.

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศข้างต้นแล้ว พบว่ามีพัฒนาการมาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายอาญาภายในของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นวิวัฒนาการก้าวสำคัญในการให้ความคุ้มครองบุคคลธรรมดาจากการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะได้กระทำโดยรัฐบาลของบุคคลผู้นั้นก็ตาม⁸² ดังนั้นจึงพอสรุปได้ว่าความมุ่งหมายในการใช้บังคับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่แท้จริงคือ การสร้างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติเพื่อดำเนินคดีและลงโทษปัจเจกชนในความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรง ไม่ว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาโดยศาลอาญาภายในหรือศาลอาญาระหว่างประเทศ หรืออีกนัยหนึ่ง คือ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นกลไกของกฎหมายระหว่างประเทศทำให้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลใช้บังคับได้อย่างแท้จริงในความรับผิดชอบทางอาญาปัจเจกชน โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของรัฐหรือไม่ มาดำเนินกระบวนการพิจารณาและลงโทษบุคคลดังกล่าวในฐานะความผิดต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรง โดยเฉพาะอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (crime of genocide) กล่าวคือ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน รวมถึงความรับผิดชอบของรัฐในทางอาญาด้วย⁸³

1.3 อาชญากรรมระหว่างประเทศกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

นอกจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะมีความสัมพันธ์กับบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศและหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้กล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีลักษณะและสถานะทางกฎหมายเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) ในฐานะที่เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ซึ่งมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ในการป้องกันและลงโทษแม้ว่ารัฐนั้นจะมีใช้ภาคี่ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากนี้แม้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง อย่างไรก็ตามก็มีลักษณะเฉพาะบาง

⁸² Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra note 47*, p. 1.

⁸³ Antonio Cassese, "International Criminal Law," in Malcolm D. Evans(ed), *International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 724 and Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra note 47*, p. 10.

ประการซึ่งทำให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความแตกต่างจากอาชญากรรมระหว่างประเทศที่สำคัญประเภทอื่นซึ่งได้แก่ อาชญากรรมสงคราม (war crimes) และ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดตามลำดับดังต่อไปนี้

1.3.1 ลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศและสถานะทางกฎหมายของการฆ่าล้าง-เผ่าพันธุ์

(ก) นิยามและลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ

อาชญากรรม (Crimes) หมายถึง การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางสังคมในด้านพฤติกรรมที่ได้มีการตีความหรือแสดงออกผ่านทางประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีที่มาจากประชาชนที่มีอำนาจทางสังคมและอำนาจทางการเมือง (ฝ่ายนิติบัญญัติ) ทั้งนี้ปัจเจกชนซึ่งฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมเป็นบุคคลที่จะได้รับการลงโทษโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ การประณามจากสังคม และการสูญเสียสถานะทางสังคมบางประการ⁸⁴

อาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) หมายถึง การกระทำที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการว่าเป็นสากลว่าเป็นอาชญากรรมซึ่งร้ายแรงอย่างมหันต์ที่เกี่ยวข้องในทางระหว่างประเทศและมีเหตุผลอย่างชัดเจนที่ไม่สามารถยกเว้นในเรื่องเขตอำนาจแห่งรัฐในกรณีที่อยู่ในสภาพแวดล้อมทั่วไปได้⁸⁵ นอกจากนี้อาชญากรรมระหว่างประเทศยังเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ⁸⁶ ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อห้ามมิให้กระทำหรืองดเว้นกระทำการอันมีแนวโน้มที่จะกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติหรือขัดต่อคุณค่าพื้นฐานทางมนุษยธรรมหรือเป็นผลสืบเนื่องจากการกระทำของรัฐ (a state action) หรือนโยบาย

⁸⁴ Larry L. Siegel, *Criminology Theories, Patterns and Typologies*, 9th Edition (the United States, Thomson Wadsworth: 2007), p. 18.

⁸⁵ โปรดดูรายละเอียดใน เท็ดสยาม บุญยะเสนา, “บทบาทของศาลอาญาเฉพาะกิจในการธำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ: ศึกษาเปรียบเทียบเฉพาะกรณีโคโซโว, ติมอร์ตะวันออก, เชียร์ร่า ลีโอน และกัมพูชา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 10-11.

⁸⁶ โปรดดูรายละเอียดในข้อ 1.2.3 (ค)

ซึ่งรัฐให้การสนับสนุน (a state-favoring policy)⁸⁷ จึงอาจกล่าวได้ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น มีลักษณะที่เกี่ยวข้องทั้งอาชญากรรมภายในประเทศและในทางระหว่างประเทศด้วย

สำหรับลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้⁸⁸

ประการแรก เป็นการกระทำที่เป็นฝ่าฝืนต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่นเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาซึ่งแสดงให้เห็นถึงกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ (existing law) ทั้งที่อยู่ในรูปของประมวลกฎหมาย หรือจารีตประเพณีหรือกฎเกณฑ์อย่างเป็นทางการ

ประการที่สอง เป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์ซึ่งมุ่งที่จะปกป้องคุณค่า ซึ่งได้รับการยอมรับว่ามีส่วนสำคัญในประชาคมระหว่างประเทศที่ผลกระทบต่อรัฐและปัจเจกชน คุณค่านี้เกิดขึ้นจากกลไกระหว่างประเทศได้แก่ กฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 เป็นต้น แม้ว่าการประกาศยอมรับหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะมีได้เกิดขึ้นโดยตรงก็ตาม

ประการที่สาม เป็นผลประโยชน์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศที่จะต้องป้องกันอาชญากรรมเหล่านี้ โดยให้อำนาจรัฐทุกรัฐในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดในฐานะความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่คำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยวด้านดินแดนหรือสัญชาติของผู้กระทำความผิดหรือเหยื่อ กล่าวคือ เป็นการใช้เขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) ของรัฐใดๆ เห็นถึงความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ

ประการที่สี่ หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ดำรงตำแหน่งผู้นำสูงสุดของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะโดยนิตินัยหรือพฤตินัย รัฐเจ้าของสัญชาติจะต้องไม่ให้ความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นไม่ว่าจะเป็นศาลแพ่งหรือศาลอาญา

ทั้งนี้เหตุผลเหตุประการสำคัญที่ต้องมีการจัดให้อาชญากรรมบางประเภทเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น เนื่องจากความร้ายแรงของผลสืบเนื่องจากการกระทำความผิดนั้นกระทบและเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ร่วมกันที่จะดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงของสังคมโลก จิตสำนึกอันร่วมกันของมนุษยชาติ ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ตลอดจนคุณค่าร่วมกันของแต่ละรัฐด้วยเหตุที่ผลที่เกิดขึ้นกระทบต่อพรมแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไปอัน

⁸⁷ See Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (New York: Translational Publishers, 2003), p. 121.

⁸⁸ See Antonio Cassese, *supra note 30*, pp. 23-24.

ก่อให้เกิดนัยแห่งความแตกต่างได้ บุคคลหรือผลประโยชน์ที่ได้รับควบคุมครองในทางระหว่างประเทศ รวมถึงผลประโยชน์ที่ได้รับควบคุมครองในทางระหว่างประเทศ แต่ไม่ถึงขนาดกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงของสังคมโลกหรือคุณค่าร่วมกันหรือจิตสำนึกของมนุษยชาติ แต่โดยลักษณะของการกระทำแล้ว ต้องให้ความคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อหรือปราบปรามโดยทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามอาชญากรรมระหว่างประเทศ⁸⁹ อย่างไรก็ตามแม้ว่าอาชญากรรมมีหลายประเภท แต่อาชญากรรมหรือการกระทำผิดที่จะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น จะต้องเป็นการฝ่าฝืนในระดับระหว่างประเทศ (international violations) และเป็นผลสืบเนื่องของการกระทำของรัฐ (a state action) หรือนโยบายซึ่งรัฐให้การสนับสนุน (a state-favoring policy) หรือมีแนวโน้มที่จะกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคง หรือลักษณะของการกระทำที่ได้กระทำลงชัดต่อคุณค่าพื้นฐานของมนุษยชาติ อันได้แก่

- (1) การรุกราน (aggression)
- (2) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide)
- (3) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity)
- (4) อาชญากรรมสงคราม (war crimes)
- (5) การครอบครองหรือการใช้แทนติดตั้งอาวุธโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful possession or use of emplacement of weapons)
- (6) การโจรกรรมส่วนประกอบของนิวเคลียร์ (theft of nuclear materials)
- (7) การกระทำที่เกี่ยวกับการรับเป็นทหารรับจ้างผู้รบในภาวะขัดกันทางทหาร (mercenaries)
- (8) การเหยียดสีผิว (*apartheid*)
- (9) การนำคนลงเป็นทาสและการปฏิบัติเกี่ยวกับการนำคนลงเป็นทาส (slavery or slave-related practices)
- (10) การทรมานและการกระทำอันทารุณโหดร้ายรูปแบบอื่น ไร้ซึ่งความเป็นมนุษย์หรือการปฏิบัติหรือลงโทษอย่างลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ (torture and other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)
- (11) การนำมนุษย์มาทดลองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful human experimentation)

⁸⁹ Cherif Bassiouni, *supra* note 87, p. 119.

ผลจากการจำแนกลักษณะอาชญากรรมบางประเภทให้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น รวมถึงการก่อให้เกิดหน้าที่และข้อจำกัดของรัฐบางประการ และความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันไม่ถูกต้อง (Wrongful Conduct) ดังกล่าวข้างต้น⁹⁰ ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากอาชญากรรมข้างต้นแล้ว พบว่า การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) มีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทหนึ่งด้วย

(ข) ลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เมื่อพิจารณาตามความร้ายแรงของการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เข้าลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากลักษณะของการกระทำและผลสืบเนื่องที่ตามมากระทบเทือนต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติ (conscience of mankind) อาจกล่าวได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุด (a crime of crime)⁹¹

ปัจจุบันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากนานาอารยประเทศว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทหนึ่งภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) และนำมาสู่การรับรองโดยชัดแจ้งครั้งแรกในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 หรืออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment the Crime of Genocide, 1948) นอกจากนี้ยังได้มีการรับรองอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมหนึ่งในเขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีและลงโทษบุคคลที่ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรง โดยนำเอาคำนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน Article II อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาบัญญัติไว้ในธรรมนูญดังกล่าว ได้แก่ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ค.ศ. 1993 (Statute of International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1993: ICTY)⁹² ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา ค.ศ. 1994 (Statute of International

⁹⁰ Cherif Bassiouni, *supra note 87*, p. 121.

⁹¹ *Kambanda ICTR T. Ch. 4.9.1998 para. 16* cited by Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, and Elizabeth Wilmshurst, *supra note 59*, p. 166.

⁹² Article 4

Criminal Tribunal for Rwanda, 1994: ICTR)⁹³ และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 (Rome Statute of International Criminal Court, 1998: ICC)⁹⁴

นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice: ICJ) ได้รับรองว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีสถานะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยศาลได้วินิจฉัยในคดีการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁹⁵ เกี่ยวกับหลักดังกล่าวว่า “บ่อเกิดของอนุสัญญาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายขององค์การสหประชาชาติที่จะประณามและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ” ทั้งนี้ผลสืบเนื่องจากข้อความดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายภายใต้อนุสัญญาที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศในฐานะที่ผูกพันรัฐต่างๆ แม้รัฐนั้นมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวก็ตาม⁹⁶ นอกจากนี้ Professor Ian Brownlie ยังเห็นว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นตัวอย่างของกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ขณะที่ Professor Patrick ได้ตั้งข้อสังเกตว่า “ภายหลังจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ (United Nations) โดยกฎบัตรสหประชาชาติ (United Nations Charter) ขึ้นมา เป็นกลไกที่มีความสำคัญในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ และจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก โดยกฎบัตรนูแรมเบิร์กเพื่อลงโทษทางอาญาปัจเจกชนที่ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ ซึ่งกลไกทั้ง 2 ประการนั้นเปรียบเทียบจุดเริ่มต้นของการจัดระเบียบของโลกใหม่ในการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและส่งเสริมสันติภาพระหว่างประเทศ ดังนั้นการกำหนดให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นที่รับรู้จากนานาอารยประเทศเป็นเวลานานแล้ว เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศเนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เป็นอาชญากรรมที่ปฏิเสธศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมทั้งหลักความเสมอภาค (equality) มากที่สุด ดังนั้นการห้าม

⁹³ Article 2

⁹⁴ Article 6

⁹⁵ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J 1951 (May 28) (Advisory Opinion)

⁹⁶ Rhona K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, 2nd Edition (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 216.

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงมีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) อาชญากรรมฆ่าล้างเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ”⁹⁷

(ค) สถานะทางกฎหมายของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁹⁸

สำหรับสถานะทางกฎหมายของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นได้รับการยอมรับว่า มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) กล่าวคือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศบางจำพวกเท่านั้นที่มีสถานะทางกฎหมาย (*legal status*) ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดเหนือกว่าหลักเกณฑ์หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศบ่อเกิดอื่น ดังนั้นเมื่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด หลักเกณฑ์อื่นใดตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่หรือจะมีขึ้นในอนาคต ไม่อาจยกเลิกเพิกถอน และไม่อาจขัดหรือแย้ง (*non-derogable*) กับกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ดังกล่าวได้⁹⁹ นอกจากนี้การที่อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาดก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่สำคัญ คือ พันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไป (*obligatio erga omnes*) กล่าวคือ ความผูกพันหรือความเกี่ยวพันกับรัฐทั้งปวงเป็นการทั่วไปอันมีที่มาจากอาชญากรรมบางลักษณะในฐานะกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ดังนั้นการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาดจึงผูกพันรัฐทั้งปวงเป็นการทั่วไป แม้ว่ารัฐดังกล่าวจะมีใช้ภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ย่อมมีพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดทั้งสองประการยังคงมีความแตกต่างกันอยู่¹⁰⁰

นอกจากนี้เพื่อให้สถานะทางกฎหมาย ตลอดจนเงื่อนไขของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความชัดเจนและแน่นอนยิ่งขึ้น จึงได้มีการรับรองหลักการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในรูปของกฎหมายสนธิสัญญา

⁹⁷ *Ibid.* p. 216.

⁹⁸ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในข้อ 1.2.2 บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์

⁹⁹ เว้นแต่จะยกเลิกเพิกถอนได้ด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีสถานะเดียวกัน คือ กฎหมายบังคับเด็ดขาดด้วยกันนั่นเอง

¹⁰⁰ See Cherif Bassiouni, *supra* note 87, p.168.

สำหรับเงื่อนไขของ “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” (genocide) ได้รับการยอมรับและรับรองอย่างเป็นทางการโดยกฎหมายครั้งแรกในบริบทของการพิจารณาคดีที่นูเรมเบิร์ก (Nuremberg Trials) แม้ว่ากฎบัตรนูเรมเบิร์ก (Charter of Nuremberg) จะมีได้แสดงให้เห็นปรากฏโดยชัดแจ้งโดยถ้อยคำในบทบัญญัติ แต่คำนิยามของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ได้บัญญัติไว้ใน Article 6(c) ของกฎบัตรนูเรมเบิร์กซึ่งครอบคลุมการกระทำหลายประการที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในปัจจุบัน แม้ว่าคำพิพากษาของศาลดังกล่าวจะไม่ปรากฏคำว่า “ทำลายล้างเผ่าพันธุ์” ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาในรายละเอียดของการกระทำแล้วอาจเข้าองค์ประกอบของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในปัจจุบัน และถ้อยคำดังกล่าวได้ใช้โดยชัดแจ้งในหลายคดีที่สืบเนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายนาซี¹⁰¹ ทางปฏิบัติของรัฐดังกล่าวข้างต้น ทำให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 96 (I) และข้อมติดังกล่าวยืนยันว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของปัจเจกชน และเชื้อเชิญให้รัฐสมาชิกดำเนินมาตรการใดๆ เพื่อป้องกันและลงโทษอาชญากรรมดังกล่าว จนในที่สุดสมัชชาใหญ่ได้มีข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 260 (III) ได้มีมติยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์สำหรับร่างสุดท้ายของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในวันที่ 9 ธันวาคม 1948 และอนุสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 12 มกราคม 1951¹⁰² และต่อมาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (the International Court of Justice: ICJ) ได้รับรองไว้ในคดี *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951) ว่า “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) เนื่องจากหลักการต่างๆ ของอนุสัญญาฯ เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากนานอารยประเทศว่าผูกพันรัฐต่างๆ แม้ว่ารัฐจะไม่มีพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ก็ตาม”¹⁰³ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีลักษณะที่เป็นสากลจึงสมควรที่จะมีการประณามและการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อีกด้วย

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้วย่อมได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ไม่ว่าจะโดยบ่อเกิดของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่า

¹⁰¹ Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra* note 47, p. 27.

¹⁰² *Ibid.*, p. 28.

¹⁰³ *Reservation Case*, 1951 ICJ at 23 cited by *Ibid.*, p. 41.

เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ซึ่งผูกพันรัฐเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) แม้ว่ารัฐจะมีใช้รัฐภาคีในอนุสัญญาฯ รวมถึงยังรับรองโดยสนธิสัญญาว่าเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น

1.3.2 ความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับอาชญากรรมระหว่างประเทศ

ฐานอื่น

แม้ว่าในระหว่างคำว่าอาชญากรรมสงคราม การทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะมีลักษณะบางประการที่มีความคาบเกี่ยวกันอยู่ เช่น อาชญากรรมทั้งสามประเภทก่อให้เกิดความรับผิดชอบของปัจเจกชน เป็นต้น แต่เป็นที่น่าแปลกใจว่าไม่มีการตั้งประเด็นดังกล่าวขึ้นมาแต่อย่างใด¹⁰⁴ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากเอกสารทางกฎหมายและแหล่งข้อมูลต่างๆ แล้วสามารถจำแนกความแตกต่างของอาชญากรรมร้ายแรงที่ได้กล่าวข้างต้นได้ดังนี้

(ก) อาชญากรรมสงคราม

อาชญากรรมสงคราม (*war crimes*) นับเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีความเก่าแก่ที่สุด และอาจกล่าวได้ว่าความผิดฐานนี้มีตราสารระหว่างประเทศทั้งหมดที่เกี่ยวข้องและเฉพาะเจาะจงจำนวนมากที่สุดครอบคลุมข้อห้ามและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกับการดำเนินคดีและการลงโทษเมื่อมีการฝ่าฝืน ตลอดจนพันธกรณีที่มีลักษณะทางอาญาที่อาจทับซ้อนกับอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทอื่นด้วย อาชญากรรมสงครามเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะมีบ่อเกิดมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาอันเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของการขัดกันทางทหาร (*International Humanitarian Law of Armed Conflict*) กฎเกณฑ์ที่เป็นสนธิสัญญาที่สำคัญเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวประกอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติกฎหมายแห่งกฎหมายเฮก (*the Laws of the Hague*) เป็นอนุสัญญาที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สงครามในการดำเนินการทำสงครามรวมทั้งการจำกัดสิทธิของคู่สงครามในการเลือกวิธี (*method*) และวิถีทาง (*Means*) ในการทำสงครามเพื่อให้ฝ่ายตรงข้ามได้รับความเสียหาย และกฎหมายเจนีวา (*the Laws of Geneva*)

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 142.

ซึ่งเป็นอนุสัญญากำหนดทางปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมกับผู้ที่ไม่ใช่รบและผู้ที่เป็รบ รวมทั้งปกป้องบุคคลบางประเภทและกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อลดความโหดร้ายของสงคราม¹⁰⁵

ความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมสงครามกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์พิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ข้อพิจารณาประการแรก องค์ประกอบภายนอก

(1) ผู้กระทำ

ผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้นอาจเป็นการกระทำของบุคลากรทางทหาร (military personnel) ต่อทหารฝ่ายตรงข้าม (enemy servicemen) หรือพลเรือนของฝ่ายตรงข้าม หรือพลเรือน (civilians) ต่อสมาชิกในกองกำลังทางทหารของฝ่ายตรงข้าม (members of the enemy armed forces) เช่น ในดินแดนที่ถูกยึดครอง (occupied territory) อย่างไรก็ตาม อาชญากรรมที่ได้กระทำให้ขึ้นโดยกองกำลังทางทหารต่อบุคลากรทางทหารในกองทัพของตนเองไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นคนชาติรัฐนั้นหรือไม่ ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม แม้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวจะเป็นความผิดตามกฎหมายทหาร (military law) ที่เกี่ยวกับคู่สงคราม (belligerent) ก็ตาม¹⁰⁶ อย่างไรก็ตามกรณีผู้กระทำคือพลเรือนกระทำต่อพลเรือนฝ่ายตรงข้ามอาจเป็นอาชญากรรมสงครามได้ ถ้ามีจุดเชื่อมโยงหรือจุดเกาะเกี่ยวระหว่างการกระทำ ความผิดกับการขัดกันทางทหาร ดังนั้นหากปราศจากจุดเกาะเกี่ยวเช่นนั้น การฝ่าฝืนดังกล่าวย่อมมิใช่อาชญากรรมสงคราม แต่เป็นอาจเป็นการกระทำความผิดทางอาญาธรรมดาภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับภายในดินแดน¹⁰⁷ คือ กฎหมายอาญาภายในรัฐนั่นเอง

ส่วนผู้กระทำความผิดของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ผู้กระทำอาจเป็นบุคลากรทางทหารหรือพลเรือนก็ได้ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิด รวมถึงผู้ร่วมกระทำความผิดอาจเป็นปัจเจกชนไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นรัฐบาลทหารหรือรัฐบาลพลเรือน โดยลักษณะการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดจะรวมตัวและดำเนินการเป็นกลุ่ม (collective) ที่มีการจัดระเบียบแล้ว (organized) รวมทั้งมีการออกคำสั่งและลำดับบังคับบัญชาซึ่งอาจจะไม่ใช่กองกำลังทาง

¹⁰⁵ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 108-109.

¹⁰⁶ Antonio Cassese, *supra note* 83, pp. 739-740.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 739.

ทหารแต่เป็นกองกำลังติดอาวุธที่เทียบได้กับกองกำลังทางทหารหรือกองทัพ (armed force)¹⁰⁸ ดังนั้นผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงมีความหมายกว้างกว่าอาชญากรรมสงคราม นั่นคือ ผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามจะต้องเป็นบุคคลที่เป็นบุคลากรทางทหารหรือ การขัดกันทางทหารเท่านั้น

(2) การกระทำ

การกระทำที่เป็นอาชญากรรมสงครามนั้นได้รับการยอมรับและรับรู้อย่างกว้างขวางว่าเป็นการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายสงคราม (The Law of War) หรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางทหาร (The Law of Armed Conflict) กล่าวคือ ประการแรก ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง (a serious infringement) ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อเหยื่อ ประการที่สอง ต้องเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายสนธิสัญญาที่ใช้บังคับอยู่ (applicable treaties) หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) และประการที่สาม ต้องเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน (individual criminal responsibility) ซึ่งกระทำการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าว¹⁰⁹ ส่วนการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จำกัดเฉพาะที่ได้บัญญัติไว้ใน Article II และ III ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษเพื่อที่จะทำลายล้างกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญา กล่าวคือ เป็นการทำลายล้างกลุ่มทางกายภาพ มุ่งประสงค์ที่จะกระทำการหรือดเว้นการทำการต่อกลุ่มทางกายภาพ ไม่จำกัดวิธีการไม่ว่าจะเป็นการฆ่าโดยตรง หรือใช้วิถีทางใดๆ ในการทำลายล้างเหยื่อทางชีวภาพและสังคม

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมประกอบการกระทำแล้ว อาชญากรรมสงครามยังมีวิธีการและธรรมเนียมในการทำสงคราม (means and custom of war) กล่าวคือ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามจะบัญญัติข้อกำหนด วิธีการรบ ตลอดจนข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้อาวุธ ตลอดจนวิธีการโจมตีต้องเป็นการโจมตีต่อ เป้าหมายทางทหาร (military objectives) เท่านั้น กล่าวคือเป็นการโจมตีแบบเลือกเป้าหมาย (the principle of distinction) ไม่รวมถึงเป้าหมายทางพลเรือนด้วย (civilian objectives) ส่วนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมิได้

¹⁰⁸ จันทิมา ลิมปานนท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น. 41.

¹⁰⁹ See Antonio Casese, *International Law*, 2nd Edition (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 437-439.

กำหนดวิธีการโจมตีไว้ว่าต้องกระทำอย่างไร เพียงแต่ตามบทบัญญัติของอนุสัญญาทำลายล้าง
เฝ้าพันธุะนั้นกำหนดเพียงลักษณะของการกระทำไว้ โดยมีได้กำหนดวิธีการด้วย

ความแตกต่างอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับการกระทำของอาชญากรรมทั้งสอง คือ ช่วงเวลา
ที่ได้ก่ออาชญากรรมต่างกันตรงที่ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามเป็นความผิดที่เกิดขึ้นในภาวะ
สงครามหรือปัจจุบันใช้คำว่า “ในภาวะขัดกันทางทหาร (armed conflict)” เท่านั้น ส่วนอาชญากรรม
ทำลายล้างเฝ้าพันธุ่เกิดขึ้นได้ทั้งในภาวะสงครามหรือภาวะสันติก็ได้ (in time of peace or in time
of war) อย่างไรก็ตามมีปัญหาว่าคำว่า “ภาวะสันติหรือภาวะสงคราม” (in time of peace or in
time of war) เป็นถ้อยคำที่มีความหมายเดียวกับ “ในภาวะขัดกันทางทหารระหว่างประเทศหรือ
ภาวะขัดกันทางทหารที่มีใช้ระหว่างประเทศ” (international armed or non-international armed
conflict)¹¹⁰ ซึ่งใช้เรียกการสู้รบหรือการโจมตีที่มีรูปแบบต่างจากอดีตหรือไม่กล่าวคือ มิใช่เกิดการ

¹¹⁰ ความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำทั้งสองมีความหมายเดียวกัน เพียงแต่
เป็นคำที่ใช้เรียกต่างกันตามสถานการณ์ ประกอบกับพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศภาค
สงครามไปสู่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น ดังนั้นไม่ว่าอาชญากรรมสงครามและ
อาชญากรรมทำลายล้างเฝ้าพันธุ่อาจเกิดได้ในสองช่วงเวลา เนื่องจากสาระสำคัญของความ
แตกต่างของอาชญากรรมทั้งนี้จะอยู่ตรงที่องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในมากกว่า
ช่วงเวลานั้นเป็นเพียงส่วนอธิบายในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 จนถึงสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นการ
ขัดกันทางทหารระหว่างรัฐกับรัฐที่เป็นผู้ทรงสิทธิในสงครามเท่านั้น แต่ความสำคัญของการให้
ความคุ้มครองเหยื่อที่ได้รับผลกระทบจากสงครามไม่ว่าด้วยพัฒนาการของสิทธิมนุษยชนและ
กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ก้าวหน้าขึ้นตามลำดับ วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองของ
อาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้นขยายมาถึงการขัดกันภายในประเทศด้วย ซึ่งอาชญากรรมทำลาย
ล้างเฝ้าพันธุ่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นภายหลังจากบทบัญญัติเกี่ยวกับ
อาชญากรรมสงคราม แต่ทั้งนี้กฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามมิได้หยุดนิ่งแต่ประการใดจึง
ขยายการให้ความคุ้มครองเหยื่อที่ได้รับผลกระทบจากภาวะการขัดกันทางทหารในระหว่างประเทศ
ให้หมายรวมถึงการขัดกันทางทหารภายในประเทศด้วยนั่นเอง See Antonio Casese, *supra*
note 30, pp. 48-49, 57 and 61 และดูรายละเอียดใน กนกวรรณ ภิบาลชนม์, “อาชญากรรม
สงคราม ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม,” (วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น. 75 และกรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน,
อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 106, น. 108-111.

ขัดกันทางทหารระหว่างรัฐกับรัฐ แต่รวมถึงการขัดกันหรือการโจมตีกันภายในดินแดนของรัฐซึ่งเกิดความขัดแย้งภายในรัฐด้วย ทั้งนี้อาชญากรรมสงครามอาจได้กระทำลงไม่ว่าในภาวะที่มีการขัดกันทางทหารซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศหรือภายในประเทศซึ่งหมายความว่าสงครามกลางเมือง (civil wars) หรือการขัดกันทางทหารเป็นบริเวณกว้างและยืดเยื้อภายในรัฐ (large-scale and protracted armed clashes) โดยปกติความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนำมาใช้กับการละเมิดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในกาขัดกันทางทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการุทธธรรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ เฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (The Appeal Chambers of the ICTY) ในคดี *Tadic* (Interlocutory Appeal) ในปี ค.ศ. 1995 เป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือกฎหมายสนธิสัญญาที่ใช้บังคับในการขัดกันทางทหารที่มีลักษณะภายในประเทศนั้นอาจถือได้ว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามได้เช่นเดียวกัน¹¹¹

ข้อพิจารณาประการที่สอง องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในอาชญากรรมสงคราม คือ เจตนาธรรมดา

ส่วนองค์ประกอบภายในของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นอกจากผู้กระทำความผิดรู้สำนึกขณะกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ในการกระทำแต่ละอย่างนั้นยังต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษ (specific intent) เพื่อที่จะทำลายล้างความเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในอันขาดเสียไม่ได้ มิเช่นนั้นการกระทำที่ได้กระทำขึ้นจะมีใช้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่จะเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาทั่วไป

ข้อพิจารณาประการที่สาม บุคคลซึ่งตกเป็นเหยื่อและได้รับความคุ้มครอง

บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ได้แก่ บุคคลที่ไม่ได้เป็นนักรบ (non-combatants) ได้แก่ พลเรือน ผู้ได้รับบาดเจ็บ ผู้ป่วย บุคคลกรทางการแพทย์ บุคคลกรทางศาสนา ผู้สื่อข่าว เป็นต้น รวมถึงบุคคลที่เข้าไปบรรเทาสาธารณภัยในภาวะขัดกันทางทหารที่สังกัดในองค์การระหว่างประเทศ (international organization) เช่น หน่วยงานองค์การสหประชาชาติที่เรียกว่า The United Nations Peace-Keeping Mission และองค์การเอกชนระหว่างประเทศที่มีใ้รัฐบาล (Non-Governmental Organization) เช่น คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (International Committee of the Red Cross: ICRC) หรือบุคคลที่ไม่ได้มีส่วน

¹¹¹ See Antonio Cassese, *supra* note 83, p. 739.

เกี่ยวข้องกับการสู้รบอีกต่อไป เช่น เซลยศึก (prisoners of war) รวมถึงบุคคลที่ออกจากการสู้รบ (*hors de combat*) เช่น นักรบซึ่งวางอาวุธ นักรบที่ได้รับบาดเจ็บ นักรบที่ป่วย เป็นต้น¹¹² อาจกล่าวได้ว่า บุคคลผู้ตกเป็นเหยื่อและได้รับความคุ้มครองในอาชญากรรมสงครามคือ ผู้ประสบภัยจากการขัดกันทางทหาร

นอกจากนี้การอาชญากรรมสงครามยังให้ความคุ้มครองรวมถึงการให้ความคุ้มครองวัตถุบางประเภทอีกด้วย เช่น ทรัพย์สินส่วนตัวหรือทรัพย์สินสาธารณะของบุคคลสังกัดในกองทัพหรือพลเรือนของประเทศคู่สงคราม รวมถึงทรัพย์สินของบุคคลหรือประเทศที่มีใช้คู่สงครามด้วย เป็นต้น และสถานที่ เช่น ปุชนิยสถาน เขตปลอดทหาร หน่วยงานทางการแพทย์ สถานที่ติดตั้งที่เป็นอันตราย เป็นต้น¹¹³ ดังนั้นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ได้แก่ นักรบ (combatants) และบุคคลที่มีใช้นักรบ (non-combatants) เรียกว่า “เป้าหมายทางทหาร” (military objectives) จึงความหมายกว้างกว่าในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ส่วนบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อและได้รับความคุ้มครองของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น จำกัดบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองเฉพาะความเป็นสมาชิกของกลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ และกลุ่มทางศาสนาเท่านั้น หรือกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่อของการทำลายพื้นฐานที่เป็นสาระสำคัญ (essential foundations) ของการดำรงอยู่ของกลุ่ม (the life of a group)¹¹⁴ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์อื่นจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไปในบทที่ 2 ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้

(ข) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

แม้ว่าในทางปฏิบัติของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ซึ่งเป็นการรังควาน (persecution) ที่เป็นการทำลายล้างด้วยเหตุของเผ่าพันธุ์แทบจะไม่สามารถแยกความแตกต่างได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาของกระทำของอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งสองประเภทโดยละเอียดแล้ว พบว่า คำนิยามในทางกฎหมายแตกต่างกันในหลายประเด็นที่เป็นสาระสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์ประกอบภายในของผู้กระทำความผิด

¹¹³ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 111*, น. 75-76.

¹¹⁴ See Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra note 47*, pp. 26-27.

ความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกับอาชญากรรมทำลายล้าง
เผ่าพันธุ์¹¹⁵ พิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ข้อพิจารณาประการแรก องค์ประกอบภายนอก

การกระทำ

การกระทำที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีรูปแบบของการกระทำที่กว้างว่าเรียกว่า
รูปแบบที่ไร้มนุษยธรรม (inhumane forms) ที่เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่แพร่หลายหรืออย่างเป็น
ระบบ เพื่อให้การโจมตีบรรลุเป้าหมายในการกระทำ ความผิดฐานดังกล่าว นอกจากนี้พฤติกรรม
แวดล้อมประกอบการกระทำ ได้แก่ การโจมตีที่มีลักษณะแพร่หลายหรืออย่างเป็นระบบ (wide
spread or systematic attack) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติมิใช่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแยกเป็นส่วนๆ
หรือไม่ต่อเนื่อง แต่เป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของนโยบายของรัฐบาลหรือทางปฏิบัติอย่าง
แพร่หลายหรืออย่างเป็นระบบของรัฐบาลหรือผู้มีอำนาจในทางข้อเท็จจริงก่อให้เกิดการกระทำอัน
โหดร้ายที่ผู้ตกเป็นเหยื่อต้องทนทุกข์ทรมาน ไม่สามารถเอาผิดแก่ผู้กระทำหรือต้องยอมรับการ
กระทำด้วยเหตุดังกล่าว ทางปฏิบัติที่แพร่หลาย (widespread practice) เป็นการกระทำ ความผิด
ของปัจเจกชนแต่ละคนนั้นจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำ ความผิดซึ่งต่อเนื่องและเกิดขึ้นซ้ำๆ
หรืออาชญากรรมเช่นว่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นต่อเนื่องกัน นอกจากนี้ลักษณะของ
การโจมตีต้องเป็นเกิดขึ้นเป็นบริเวณกว้าง (large scale) และมีเหยื่อที่ได้รับผลกระทบจากการ
กระทำจำนวนมาก แม้ว่าจะไม่ได้จำกัดจำนวนเหยื่อว่าต้องมีจำนวนเท่าไร รวมถึงผลกระทบอย่าง
ต่อเนื่องจากการกระทำหลายๆ การกระทำที่ไร้มนุษยธรรม¹¹⁶ ส่วนทางปฏิบัติอย่างเป็นระบบ
(systematic practice) เป็นการกระทำที่แสดงออกซึ่งนโยบายหรือแผนการอย่างเป็นระบบ
ระเบียบ มีกฎเกณฑ์และเป็นกิจจะลักษณะจัดทำร่างหรือเกิดขึ้นโดยผู้นำที่เป็นรัฐบาล เจ้าหน้าที่
ของรัฐ (state authorities) รวมถึงบุคคลซึ่งทำหน้าที่ผู้นำในทางข้อเท็จจริงขององค์การที่คล้าย
รัฐบาล หรือกลุ่มที่ได้รับการจัดระเบียบทางการเมือง (organized political group)¹¹⁷

สำหรับการกระทำที่เป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นการกระทำเพื่อทำลายล้างกลุ่มซึ่ง
ได้รับความคุ้มครองไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมด ด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้

¹¹⁵ See Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, and Elizabeth
Wilmshurst, *supra* note 59, pp. 167-168.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 194-195.

¹¹⁷ Antonio Cassese, *supra* note 83, pp. 740-741.

ใน Article II ซึ่งได้แก่ การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกกลุ่ม การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน การกำหนดมาตรการที่เจตนาชัดขวางมิให้มีการให้กำเนิดบุตรภายในกลุ่ม หรือการบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดรูปแบบของการกระทำว่าจะต้องเป็นการโจมตีที่แพร่ขยายหรือเป็นระบบหรือเป็นนโยบายของรัฐหรือองค์การที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือปัจเจกชนเพียงคนเดียวซึ่งแพร่กระจายเชื้อโรคที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายด้วยความมุ่งหมายเพื่อที่จะทำลายล้างไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน จึงอาจมีความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้ว่าผู้กระทำได้กระทำเองทั้งหมดเพียงคนเดียวก็ตาม แต่การกระทำของบุคคลดังกล่าวไม่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งเป็นการรังควาน (persecution) ซึ่งไม่ใช่เจตนาที่จะกระทำการทำลายล้างโดยของผู้กระทำเพียงคนเดียว แต่เป็นเจตนาที่เกิดจากการตัดสินใจบนพื้นฐานของนโยบายของรัฐหรือองค์การที่จะกระทำความผิด จึงกล่าวได้ว่าคำนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มุ่งเน้นที่ลักษณะการรวมกลุ่มของผู้ตกเป็นเหยื่อ (the collective character of the victim) ส่วนคำนิยามของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเน้นลักษณะการรวมกลุ่มของผู้กระทำความผิด (the collective character of the perpetrator)¹¹⁸

ข้อแตกต่างกันอีกประการหนึ่งก็คือ ขอบเขตและความรุนแรงแห่งการกระทำ (objective requirements of scale and gravity) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติมองในเชิงภาวะวิสัย (objective requirement) เกี่ยวกับขอบเขตและความรุนแรงของการกระทำซึ่งพลเรือนเป็นผู้รับภัยอันตรายกล่าวคือพลเรือนทุกคนโดยมิได้แบ่งแยกด้วยความแตกต่างด้านกลุ่มอันเป็นความรุนแรงต่อขนาดของประชาชนพลเมืองโดยรวม ต่างจากขอบเขตและความรุนแรงของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มองในเชิงอัตวิสัย (subjective *mens Rea* Requirement) คือ มองที่ความรุนแรงขององค์ประกอบภายในหรือองค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำ กล่าวคือ ผู้กระทำรู้ถึงการกระทำที่มุ่งหมายเพื่อที่จะทำลายล้างกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองโดยเฉพาะเท่านั้นเป็นผู้ได้รับภัยอันตรายหรือผู้ตกเป็นเหยื่อ

¹¹⁸ David Luban , “A Theory of Crimes Against Humanity,” 29 The Yale Journal of International Law, 85 (2004), pp. 97-98.

ข้อพิจารณาประการที่สอง องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในการกระทำที่เป็นการรังควาน (persecution)¹¹⁹ ซึ่งหมายถึงการกระทำโดยเจตนาและทำให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานขั้นรุนแรงอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเหตุผลของลักษณะเฉพาะของกลุ่มหรือการรวมกลุ่ม โดยการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำต่อกลุ่มทางการเมือง กลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มทางศาสนา กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางวัฒนธรรม กลุ่มทางเพศหรือด้วยเหตุผลอื่น ๆ¹²⁰ ทั้งนี้การรังควาน (persecution) จัดเป็นการกระทำ ความผิดประเภทหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) และมีลักษณะพิเศษที่สำคัญ คือ ต้องมีความมุ่งหมายที่จะเลือกปฏิบัติต่อเหยื่อ (discriminatory intent) อย่างไรก็ดีตามมีนัยทางกฎหมายที่เคร่งครัดน้อยกว่าเจตนาพิเศษ (special intent หรือ *dolus specialis*) เพื่อที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มที่ได้รับควบคุมครองโดยเฉพาะเจาะจง¹²¹ ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งนี้เนื่องจากองค์ประกอบภายในของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งเป็นการรังควาน (persecution) ซึ่งเป็นการทำลายล้างด้วยเหตุทางเผ่าพันธุ์นั้นไม่ต้องการพิสูจน์เจตนาพิเศษ “intent to destroy” เนื่องจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติต้องการเพียงเจตนาธรรมดาเท่านั้น ส่วนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากผู้กระทำจะต้องมีเจตนาซึ่งเป็นการกระทำหรือดเว้นกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำความผิดแล้ว ยังต้องมีเจตนาพิเศษด้วย กล่าวคือ ต้องมีการพิสูจน์เจตนาพิเศษ (special intent หรือ *dolus specialis*) พิจารณาได้จากถ้อยคำที่ว่า “เจตนาที่จะทำลายล้าง (intent to destroy)” หรือเจตนาเพื่อที่จะทำลาย ทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา

¹¹⁹ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศแปลคำว่า “persecution” ว่า “การรังควาน” หมายถึง การลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเจตนาและรุนแรง โดยขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุผลของความเป็นเอกลักษณ์ของกลุ่มหรือของมูลคณะ ในข้อที่ 7 วรรคสอง (ข) ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ดูรายละเอียดใน กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, คำแปลร่างธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ, (กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, 2547), น. 4.

¹²⁰ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 106, น. 100-101.

¹²¹ Ilias Bantekas, International Criminal Law, 2nd Edition (Great Britain: Cavadish Publishing Limited, 2003), p. 358.

ข้อพิจารณาประการที่สาม บุคคลผู้ตกเป็นเหยื่อและได้รับความคุ้มครอง

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติให้ความคุ้มครองบุคคลผู้ตกเป็นเหยื่อที่มีลักษณะกว้างกว่า อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์กล่าวคือ อาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นให้ความคุ้มครอง” ประชาชนพลเมือง” (civilian population) ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงประชาชน (people) ที่มีได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบ และขยายไปถึงบุคคลซึ่งมีความเกี่ยวข้องในการเคลื่อนไหวต่อต้าน (resistance movements) และบุคคลที่เคยเป็นนักรบ (former combatants) ซึ่งมีได้มีส่วนในการทำสงครามหรือสู้รบอีกต่อไปในขณะที่มีการโจมตีต่อประชาชนพลเมืองเกิดขึ้น¹²²

ส่วนบุคคลซึ่งตกเป็นเหยื่อที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ให้ความคุ้มครองกลุ่มบุคคลบางกลุ่มโดยเฉพาะเจาะจง (specific groups of person) กล่าวคือ จำกัดเฉพาะบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มบุคคล 4 ประเภทเท่านั้น อันได้แก่ กลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติและกลุ่มทางศาสนา ซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ทำให้บุคคลรวมตัวกันเป็นกลุ่ม

ดังนั้นจึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าความแตกต่างระหว่างการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่สำคัญนั้น พิจารณาจากองค์ประกอบภายในเรื่องเจตนาพิเศษของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ กล่าวคือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากผู้กระทำจะต้องมีเจตนาซึ่งเป็นการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการโดยรู้สำนึกในการกระทำความผิดหรือเรียกว่าเจตนาธรรมดาแล้วยังต้องมีเจตนาพิเศษด้วยรวมทั้งต้องมีการพิสูจน์เจตนาพิเศษ (special intent หรือ specific intent หรือ *dolus specialis*) พิจารณาได้จากถ้อยคำที่ว่า “เจตนาที่จะทำลาย” (intent to destroy) ทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติหรือกลุ่มทางศาสนา ส่วนอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นการทำลายล้างด้วยเหตุของกลุ่มทางเผ่าพันธุ์นั้นไม่ต้องมีการพิสูจน์เจตนาพิเศษ (intent to destroy) แต่ต้องการเพียงเจตนาธรรมดาเท่านั้น

¹²² *Ibid.*, p. 357.