

บทที่ 2

อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948

แม้ว่าเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องและยาวนานกว่าศตวรรษ จนกระทั่งสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง แต่กฎบัตรนูเรมเบิร์ก (The Nuremberg Charter) ที่จัดทำขึ้นเพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กและโตเกียว (The International Military Tribunals of Nuremberg and Tokyo) มิได้บัญญัติให้ “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” (genocide) แยกต่างหากจากอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทอื่นซึ่ง ได้แก่ อาชญากรรมสงคราม (war crimes) อาชญากรรมต่อสันติภาพ (crimes against peace) และ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) อย่างไรก็ตามหลังจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 และข้อบกพร่องของกฎบัตรนูเรมเบิร์กนี้เอง คำว่า “ทำลายล้างเผ่าพันธุ์” (genocide) จึงได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติตามข้อมติที่ 96 (I) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1946 และในเวลาต่อมาได้รับการยอมรับอย่างชัดแจ้งและเป็นทางการจากประชาคมระหว่างประเทศว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีความสำคัญและมีลักษณะเฉพาะที่สมควรแยกต่างหากจากอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทอื่น เมื่อที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์” หรือ “อนุสัญญาฯ”) ตามข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 260 (III) ในวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1948 และอนุสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับใน ค.ศ. 1951

2.1 นิยามและประเภทของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฯ

2.1.1 นิยามของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

หลังจากมีปัญหาถกเถียงกันมาอย่างช้านานเกี่ยวกับอาชญากรรมซึ่งไม่มีชื่อ (a crime without name) เพียงไม่นานภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2¹ ได้มีการบัญญัติคำว่า “genocide” ขึ้น

¹ ตามคำกล่าวของลีโอ คูเปอร์ (Leo Kuper) ที่ว่า “The word is new, the

โดยราฟาเอล เลมกิน (Raphael Lemkin) นักกฎหมายเชื้อสายยิวชาวโปแลนด์ ได้นำถ้อยคำ 2 คำจากภาษากรีก คือ คำว่า “genos” ซึ่งแปลว่า ชาติ (nation) เชื้อชาติ (race) หรือ เผ่า (tribe) มาผสมกับคำในภาษาละตินคำว่า “caedere หรือ cide” ซึ่งแปลว่า การฆ่า (to kill) ประกอบกันเป็นคำว่า “genocide”² และในที่สุดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ก็ได้รับการรับรองจากประชาคมระหว่างประเทศในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 และได้มีการให้คำนิยามคำว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ใน Article II ของอนุสัญญาดังกล่าว

Article II³ ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ให้คำนิยามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁴ (genocide) ว่า หมายถึง การกระทำดังต่อไปนี้ซึ่งได้กระทำโดยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชาติ กลุ่ม

concept is ancient.” ซึ่งสรุปใจความสำคัญได้ว่า “แม้ว่าคำว่า “ทำลายล้างเผ่าพันธุ์” (genocide) เป็นคำศัพท์ที่มีการคิดค้นขึ้นมาใหม่ แต่โดยแท้จริงแล้วแนวคิดในเรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว” 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), p.48.

² See William A. Schabas, *Genocide in International Law*, (Cambridge : Cambridge University Press, 2000), p. 25.

³ Article II : “In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.”

⁴ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศจัดพิมพ์คำแปลธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 โดยในข้อ 6 ได้แปลคำว่า “genocide” ไว้ว่า

ทางเผ่าพันธุ์⁵ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เพียงเพราะเป็นกลุ่ม เช่นว่านั้นดังต่อไปนี้

- (a) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
 - (b) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกกลุ่ม
 - (c) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน
 - (d) การกำหนดมาตรการที่เจตนาชัดขวางมิให้มีการให้กำเนิดบุตรภายในกลุ่ม
 - (e) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง”
- เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน Article II ประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ⁶ ได้แก่

“การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” (ดูกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, คำแปลธรรมนูญโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ, (กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, 2547) น. 3.) ทั้งนี้แม้ว่าจะจะเป็นคำแปลของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มิได้เป็นคำแปลของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948) หรืออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยตรงก็ตาม แต่ก็พอเทียบเคียงกันได้เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรมฯ ข้อ 6 ได้นำเอาคำนิยามของ “genocide” มาจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม Article II นั่นเอง แม้ว่าจะมิได้ใช้คำแปลตามรากศัพท์เดิมที่มาจากภาษากรีกและละตินซึ่งแปลว่า “ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ผู้เขียนเห็นด้วยกับการใช้คำแปลดังกล่าวของกรมสนธิสัญญาฯ ที่ครอบคลุมความหมายของ “genocide” ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ เนื่องจากผู้เขียนมีความประสงค์ที่จะนำเสนอเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนยิ่งขึ้นว่าแท้จริงแล้ว “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” นั้นเป็นคำที่มีความหมายกว้างกว่ารากศัพท์ดั้งเดิม อีกทั้งคำแปลตามที่กรมสนธิสัญญาฯ ได้แปลไว้ทำให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” ไม่ได้หมายความเฉพาะการ “ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” เพียงประการเดียว แต่รวมถึงการกระทำอื่นที่มีลักษณะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ดังนั้นผู้เขียนจึงขอใช้คำแปลของ “genocide” ว่า “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์”

⁵ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ แปลคำว่า “ethnical group” ไว้ว่า “กลุ่มชาติพันธุ์” แต่ผู้เขียนจะใช้คำแปลว่า “กลุ่มทางเผ่าพันธุ์”

ประการแรก คือ องค์ประกอบภายนอก (*actus reus*) ของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ การกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งบัญญัติใน Article II (a)-(e)

ประการที่สอง คือ องค์ประกอบภายใน (*mens rea*) ของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ได้แก่ เจตนาและเจตนาพิเศษ (*intent to destroy*) กล่าวคือ ความมุ่งหมายเพื่อที่จะทำลายสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนเพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้นซึ่งบัญญัติในตอนต้นของ Article II

ประการที่สาม คือ ประเภทของสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ได้แก่ กลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ และกลุ่มทางศาสนา ซึ่งบัญญัติในตอนต้นของ Article II

องค์ประกอบทั้งสามประการดังกล่าว พิจารณาได้จากถ้อยคำและภาษาที่ใช้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งกระทำต่อกลุ่มบุคคลที่ได้ระบุไว้ (*specified group*) ดังกล่าวด้วยเจตนาพิเศษ (*specific intent*) ซึ่งพิจารณาได้จากคำว่า “*intent to destroy*” และไม่มีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการทำลายล้างกลุ่มดังกล่าวอย่างถาวรตลอดในทันที ทั้งนี้คำนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฯ เป็นนิยามที่ผู้ร่างตั้งใจจะให้ความหมายจำกัดกว่าที่นักกฎหมาย นักวิเคราะห์และรัฐบาลของรัฐต่างๆ ประสงค์เหตุผลส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะบทนิยามที่กว้างเกินไป อาจขัดขวางการเข้าเป็นภาคีของรัฐต่างๆ⁷

2.1.2 ปัญหาการให้คำนิยามอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฯ

หลังจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับโดยชัดแจ้งตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมดังกล่าวก็ได้รับการพิจารณาว่าเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดและคำว่า “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” มีการนำไปใช้อย่างไม่ค่อยถูกต้องนัก เพื่อให้ครอบคลุมทุกแง่มุมที่แตกต่างกันเกี่ยวกับชีวิตหรือการฆ่าพลเมืองจำนวนมาก กล่าวคือมีความพยายามจะทำให้การกระทำเป็นการฆ่าผู้คนจำนวนมากๆ (*mass murder* หรือ *mass killing*) เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยไม่

⁶ Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, 2nd Edition (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 29.

⁷ *Ibid.*

พิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่น การฆ่าคนจำนวนมากด้วยเหตุผลการเมือง เช่น การสังหารคนจำนวนมากของรัฐบาลสตาลิน (Stalin) ของอดีตสหภาพโซเวียต เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจตนาพิเศษซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาอันเป็นองค์ประกอบภายในที่ทำให้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความแตกต่างจากอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงชนิดอื่น นอกจากนี้เหตุผลประการสำคัญของผลกระทบที่เกิดขึ้น หากไม่มีองค์การที่มีอำนาจในการใช้และการตีความ ตลอดจนระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่เป็นความผิดตามอนุสัญญา ไม่ว่าจะเป็นศาลระหว่างประเทศทางอาญาหรือศาลภายในของรัฐ ทั้งนี้ศาลเช่นว่านั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งในการใช้และการตีความอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น และทำให้บทบัญญัติตามอนุสัญญาดังกล่าวมีชีวิต กล่าวคือ มีความยืดหยุ่นและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามยุคสมัย

ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งในเรื่องคำนิยามของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์คือ คำจำกัดความของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาทั้ง 4 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา เนื่องจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิได้ให้คำจำกัดความเกี่ยวกับกลุ่มบุคคลดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ จึงก่อให้เกิดความสับสนในการใช้และการตีความว่า กลุ่มบุคคลดังกล่าวต้องมีลักษณะอย่างไร นอกจากนี้คำนิยามของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ปรากฏในอนุสัญญาฯ นั้นครอบคลุมเฉพาะเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 20 ซึ่งอาจจะไม่ครอบคลุมและสอดคล้องกับเหตุการณ์ในบางลักษณะซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่ ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นตั้งแต่ได้มีการร่างอนุสัญญาดังกล่าว เช่น บุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ น่าจะหมายรวมถึงกลุ่มทางการเมือง (political group) กลุ่มทางเศรษฐกิจ (economic group) หรือกลุ่มทางสังคม (social group) ได้หรือไม่ หรือการข่มขืนผู้หญิงซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองดังเช่นการข่มขืนหญิงชาว Tutsi จำนวนมากโดยทหารชาว Hutu ในรวันดาซึ่งเรียกว่า “systematic rape”⁸ เป็นต้น

ส่วนปัญหาเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน จะตีความขยายไปถึงความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐซึ่งวางและใช้นโยบาย

⁸ *Prosecutor v Jean- Paul Akayesu, ICTR-96-4- Tk, decision 2 September 1998* cited by Rhona K.M. Smith, Texts and Materials on International Human Rights, (Routledge Cavendish, 2007), pp. 587-588,

เกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ยังมีปัญหาคำนิยามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในกรณีอื่นอีกหรือไม่ที่อาจเป็นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ เนื่องจากผลที่เกิดขึ้นจากการทำลายล้าง เช่น ผลจากการทำลายล้างระบบนิเวศวิทยา (ecological destruction) ที่เรียกว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางระบบนิเวศน์ (ecological genocide)⁹ รวมทั้งกรณีทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางการเมือง¹⁰ (political genocide) และการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม¹¹ (cultural genocide) โดยร่างเดิมได้ให้คำนิยามคำว่าทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมไว้ว่าเป็น “การกระทำโดยเจตนาที่จะทำลายภาษา ศาสนาและวัฒนธรรมของชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนาใด โดยมีมูลเหตุจากการกำเนิดของชาติ เชื้อชาติ หรือความเชื่อทางศาสนาของสมาชิกในกลุ่มนั้น” เหตุที่คณะกรรมการชุดที่ 6 (The Sixth Committee) ได้ลงมติตัดประเด็นนี้ออก เนื่องจาก แม้ว่าอนุสัญญาที่มีความมุ่งหมายที่จะมิให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพและทางวัฒนธรรม แต่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพนั้นมีผลเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงมากกว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม จึงสมควรที่จะนำเรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมไปบรรจุไว้ในอนุสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจะเหมาะสมกว่า เหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมมีความหมายค่อนข้างกว้างจึงอาจเกิดปัญหาเรื่องการใช้และการตีความถ้อยคำดังกล่าวจนทำให้ประเทศที่มีความหลากหลายทางวัฒนธรรมไม่กล้าเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา¹²

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ควรที่จะคำนึงผลสุดท้ายที่เกิดขึ้นจากการทำลายล้างต่อกลุ่มที่ได้รับควบคุมครองมากกว่าที่จะคำนึงถึงวิธีการของการทำลายล้าง

⁹ Yusuf Akar, Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court, (Great Britain: Routledge, 2004), p. 207.

¹⁰ Beth Van Schack, “The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention’s Blind Spot,” 106 The Yale Law Journal, 2259 (May 1997), pp. 2259-2291.

¹¹ ดูรายละเอียดใน จันทิมา ลิ้มปานนท์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางการเยียวยาเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), น. 81-82 and William A. Schabas, *supra note 2*, pp.179-189.

¹² จันทิมา ลิ้มปานนท์, เพ็งอ้าง, น. 81.

เผ่าพันธุ์ทางกายภาพอันเป็นการพิจารณาแต่เพียงภายนอกว่ารุนแรงกว่า เนื่องจากแท้ที่จริงแล้ว ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่มุ่งหมายเพื่อทำลายดังกล่าว ก่อให้เกิดผลร้ายแรงไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน กล่าวคือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมนั้นเป็นการทำลายรากฐานและโครงสร้างทางสังคมอันรุ่งเรืองของมนุษยชาติที่สั่งสมมาอย่างยาวนาน ไม่ว่าจะเป็ภาษา โบราณสถาน โบราณวัตถุ แม้ว่ากรกระทำอาจดูไม่รุนแรงกรกระทำที่แสดงออกเห็นได้ชัดทางกายภาพก็ตาม

2.2 องค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ ทั้งนี้องค์ประกอบความรับผิดทางอาญา (elements of criminal Law) เป็นส่วนหนึ่งที่ประกอบกันเป็นการกระทำความผิดทางอาญา (criminal acts) ได้แก่ องค์ประกอบภายนอก (physical elements) และองค์ประกอบภายใน (mental elements) ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความรับผิดทางอาญาที่สำคัญตามกฎหมายอาญาภายในรัฐ กล่าวคือ ความรับผิดทางอาญาภายในรัฐ เริ่มต้นที่การกระทำครบองค์ประกอบความรับผิดทางอาญาโดยรู้สำนึกในการกระทำนั้นใด ความรับผิดในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) และเป็นการลงโทษบุคคลธรรมดาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศชั้นนั้น โดยนำมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law)

สำหรับองค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากลักษณะโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของคอมมอนลอว์ (Common Law) อันประกอบด้วย องค์ประกอบภายนอก (physical element หรือ *actus reus*) และองค์ประกอบภายใน (mental element หรือ *mens rea*) จึงสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ ดังเช่น หลักกฎหมายอังกฤษที่ว่า “*actus non facit reum, nisi mens sit rea*” ซึ่งหมายความว่า การกระทำไม่ทำให้ผู้กระทำของการกระทำนั้น เป็นความผิด หากไม่มีจิตใจชั่วร้าย กล่าวคือ จิตใจที่เป็นอาชญากร เจตนาและการกระทำทั้งสองอย่างนี้ต้องประกอบกัน จึงจะทำให้เป็นความผิดทางอาญา¹³

¹³ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.88.

2.2.1 องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอก (*actus reus* หรือ physical elements) คือ สิ่งที่สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายนอก¹⁴ และเป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัย (objective) กล่าวคือ การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้ามซึ่งแยกในส่วนของ *actus* ซึ่งหมายถึง การกระทำ อันประกอบไปด้วยอิริยาบถ พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ และผลจากอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบนั้น และต้องพิจารณาประกอบกันกับ *reus* ซึ่งหมายถึง ความผิด โดยเมื่อพิจารณาในส่วนของ การกระทำ *actus* แล้วจึงต้องดูว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ หากผิดกฎหมายก็ถือว่าเป็นการกระทำที่มี *reus* กล่าวคือ เป็นข้อห้ามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หากไม่ครบทั้ง 2 ส่วนแล้วก็ไม่สามารถลงโทษบุคคลนั้นได้ เพราะถือว่าเป็น การขาดองค์ประกอบของความผิด โดยไม่ต้องพิจารณาในส่วนของจิตใจ เช่น กรณียิงศพโดยคิดว่าเป็นคน แม้จะมีส่วนของ *actus* แต่ถือว่าขาดส่วน *reus* ในความผิดต่อชีวิต ไม่สามารถลงโทษได้ ดังนั้น “*actus reus*” จึงเป็นการวินิจฉัยการกระทำตามองค์ประกอบภายนอกของความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งพิจารณาถึงผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผลตามองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนั้น ๆ¹⁵

ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจสามารถแบ่งองค์ประกอบภายนอกของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ดังนี้

(ก) ผู้กระทำ

ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้บัญญัติเกี่ยวกับบุคคลที่ต้องรับผิดชอบไว้ใน Article IV บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นใดที่ได้บัญญัติไว้ใน Article III จะต้องถูกลงโทษไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้ปกครองที่ต้องรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญ

¹⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: หจก. จีรัชการพิมพ์, 2546), น. 135.

¹⁵ รัตน์ชัย อนุตรพงษ์สกุล, “อิทธิพลของกฎหมายตะวันตกต่อการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น. 29-31.

เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือปัจเจกชนซึ่งเป็นสามัญชน”¹⁶ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติโดยตรงว่า บุคคลใดบ้างที่ เป็นผู้กระทำในความผิดฐานนี้ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวพอที่จะอนุมานได้ว่าผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็คือ ปัจเจกชนนั่นเอง เนื่องจากปัจเจกชนย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำความผิดของตน หากปราศจากผู้กระทำแล้วย่อมไม่ครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์และขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่บัญญัติโดยชัดแจ้งว่า มุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ปกครอง ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายทหารหรือพลเรือนซึ่งมักจะอยู่เบื้องหลังเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่างๆ ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลเช่นว่านั้นมักจะได้รับความคุ้มกัน (immunity) ในฐานะผู้นำของรัฐ หากไม่มีบทบัญญัติดังเช่น Article IV บุคคลดังกล่าวสามารถยกความคุ้มกันขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดชอบในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้

เมื่อพิจารณาถึงเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้ยังตัวอย่างไว้ในบทที่ 1 แล้วพบว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มักจะมีได้เกิดจากการกระทำของผู้กระทำความผิดเพียงคนเดียว แต่เกิดจากผู้กระทำผิดหลายคนร่วมกันกระทำความผิด รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำผิดหลายคนร่วมกันได้รับความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก และสนับสนุนจากบุคคลอื่นด้วย

เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนได้จัดประเภทของการกระทำที่เป็นการร่วมกระทำความผิด (mode of participation¹⁷ หรือ joint criminal enterprise¹⁸) ไว้อยู่ในเรื่องผู้กระทำ

¹⁶ Article IV: “Persons committing genocide or any of the other acts other acts other acts other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals.”

¹⁷ กฎหมายอาญาภายในของนานาประเทศในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ต่างก็มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดในการกระทำความผิดบางฐานที่อาจมีบุคคลหลายคนเข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วยเจตนาและบทบาทที่แตกต่าง รวมทั้งระบบกฎหมายทั้งสองระบบต่างก็ถือเฉพาะการเข้ามามีส่วนร่วมก่อนกระทำความผิด (ซึ่งระบบคอมมอนลอว์เรียกว่า การเริ่มต้นกระทำความผิด (inchoate crimes or inchoate offences) และการเข้ามามีส่วนขณะกระทำความผิดกัน เรียกว่า การร่วมกระทำความผิดอาญา (participation) ดูรายละเอียดใน พนม พลพุทธรักษ์, “ผู้กระทำ

อย่างไรก็ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เรียกว่า “การกระทำอื่น” (other acts) และเมื่อพิจารณาจาก Article II, Article III และ Article IV พอสรุปได้ว่าลักษณะความผิดของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำความผิดที่มักจะมีบุคคลหลายคนซึ่งต่างก็มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด กล่าวคือ มี “ผู้กระทำความผิดหลายคน”¹⁹ ซึ่งเรียกว่า “ผู้ร่วมกระทำความผิด”²⁰ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในเรื่องการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide) ใน Article III (e) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

ประเด็นแรก ผู้ร่วมกระทำความผิด²¹ ในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ พิจารณาจากลักษณะของ “การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์” (complicity in genocide) ตาม Article III (e) อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ความผิด-ผู้ร่วมกระทำความผิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น. 3.

¹⁸ Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, (The United Kingdom: Cambridge University Press, 2007), p. 308.

¹⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, หลักกฎหมาย: กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.57.

²⁰ ศ.ดร คณิต ณ นคร เรียกว่า “ระบบผู้ร่วมกระทำความผิด” ซึ่งเป็นนโยบายในการบัญญัติกฎหมายอาญาโดยแยกแยะผู้กระทำความผิดออกเป็นหลายรูปแบบ ดูรายละเอียดในคณิต ณ นคร, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 13, น. 325-326.

²¹ นักกฎหมายไทยบางท่านเรียกผู้กระทำความผิดลักษณะนี้ว่า “ผู้กระทำความผิดหลายคน” เนื่องจากในการกระทำความผิดฐานหนึ่ง อาจมีผู้กระทำความผิดได้หลายคนซึ่งอาจแยกได้เป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ ผู้ร่วมกันทำด้วยกันเรียกว่า “ตัวการ” หรือถ้าเป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดเรียกว่า “ผู้ชี้” และถ้าเป็นการให้การช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกเรียกว่า “ผู้สนับสนุน” ผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดหลายคนนี้ จะมีความผิดมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับเจตนาและลักษณะการกระทำของตน ดูรายละเอียดใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 20, น. 57-58.

การร่วมกระทำความผิด เป็นคำรวมที่ใช้สำหรับการให้ความช่วยเหลือต่อการกระทำผิดของผู้อื่นซึ่งอาจเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดหรือการสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำความผิด²² ดังนั้นการร่วมกระทำความผิดจึง หมายถึง การที่บุคคลหลายคนมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง แต่ในระหว่างบุคคลทั้งหลายนั้นจะมีคนหนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้(ลงมือ)กระทำความผิด ส่วนคนอื่นไม่ใช่ผู้ (ลงมือ) กระทำความผิด หากแต่เป็น “ผู้ร่วมกระทำความผิด”²³

ผู้ร่วมกระทำความผิด หมายถึง ผู้ร่วมในการกระทำความผิดทางอาญาของผู้อื่น คือ ร่วมในความผิดอาญาของผู้กระทำความผิดหลัก กล่าวคือ ต้องมีการกระทำความผิดเป็นศูนย์กลางของเหตุการณ์ ส่วนผู้ร่วมกระทำความผิดจะเป็นวงนอก ดังนั้นการเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดจึงต้องมีความผิดอาญาของผู้อื่นเป็นเงื่อนไขสำคัญ ซึ่งความผิดทางอาญาของผู้อื่นนี้จะต้องเป็นความผิดที่ต้องการเจตนา และเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจกระทำได้ อย่างน้อยต้องถึงขั้นพยายามกระทำความผิด²⁴

แม้ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิได้มีการให้คำนิยามคำว่า “การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์” (complicity in genocide) ว่าหมายความว่าอย่างไรและผู้กระทำคือ ผู้ใดบ้าง แต่ตัวอย่างที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวสามารถเทียบเคียงได้กับคดีต่างๆ ที่ได้วินิจฉัยโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจทั้งสองแห่ง ไม่ว่าจะเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียหรือสำหรับรวันดาซึ่งได้วินิจฉัยเกี่ยวกับผู้กระทำ

สำหรับ “ผู้ร่วมในการกระทำความผิด” (accomplice) เป็นคำเรียกรวมๆ ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งไม่ว่า ตัวการ (principal), ผู้ช่วยเหลือ (aider and abettor) ในความผิดที่มีโทษเบา (misdemeanor) และ ผู้สมรู้ในการกระทำความผิด (accessory) ในความผิดที่มีโทษหนัก (felony) โปรดดูรายละเอียดใน ถาวร โพธิ์ทอง, พจนานุกรมกฎหมายและศัพท์ที่เกี่ยวข้องอังกฤษ-ไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 11.

²² พนม พลพุทธรักษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น.14.

²³ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 323.

²⁴ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2532), น. 36 อ้างใน พนม พลพุทธรักษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น.14.

ความผิดในอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงในเขตอำนาจของศาลดังกล่าวอันรวมถึงอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย

เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจทั้งแห่งพบว่า “ผู้ร่วมในการกระทำผิด” ในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์แบ่งได้เป็น 2 ประเภท²⁵ ได้แก่

ประเภทที่หนึ่ง ผู้ร่วมกระทำผิดซึ่งได้ร่วมกันกระทำหรือตัดสินใจร่วมกันกระทำผิด (*co-perpetrators participating in a joint criminal enterprise or design*)

โดยส่วนใหญ่อาชญากรรมระหว่างประเทศ มักจะมีได้เกิดจากการกระทำผิดทางอาญาของบุคคลเพียงคนเดียว แต่เกิดจากการกระทำผิดร่วมกันของผู้กระทำหลายคนซึ่งตัดสินใจร่วมกันกระทำผิดจริงๆ แล้วเบื้องหลังของความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนนี้มีฐานะเป็นผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการ (principal) โดย Appeals Chamber ของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี *Tadic* ได้กล่าวถึงผู้กระทำผิดลักษณะดังกล่าวว่า “แม้ว่าสมาชิกของกลุ่มเพียงบางคนเท่านั้น ก็อาจเป็นผู้ลงมือในการกระทำผิดได้ อย่างไรก็ตามการมีส่วนร่วมหรือการสนับสนุนการกระทำผิดของสมาชิกคนอื่นของกลุ่มดังกล่าว มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการอำนวยความสะดวกให้แก่การกระทำผิดทางอาญาที่ได้กระทำลงนั้น ผู้มีส่วนร่วมในการกระทำผิดดังกล่าวมีองค์ประกอบทางจิตใจไม่น้อยไปกว่าหรือไม่แตกต่างไปจากผู้ลงมือกระทำผิดแต่อย่างใด”

ผู้ร่วมกระทำผิดในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ มักจะประกอบด้วยผู้ลงมือกระทำผิดและผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการ ทั้งนี้ตามระบบกฎหมายอาญาคอมมอนลอร์ กล่าวคือ ในระบบกฎหมายดังกล่าว ผู้ลงมือในการกระทำผิด คือ “ผู้กระทำผิดขั้นแรก” (principal in the first degree) ซึ่งหมายถึงผู้กระทำผิดอาญา (criminal actor) คือ ผู้ที่

²⁵ See Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2001), pp. 237-246.

ทั้งนี้การจัดประเภทผู้กระทำผิดในลักษณะดังกล่าว ก็เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการลงโทษตามระดับความรับผิดชอบของผู้กระทำ กล่าวคือ ความรับผิดชอบของผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการ (principal) ย่อมได้รับโทษซึ่งหนักกว่าผู้ให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก (aider and abettor) See Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *supra note 18*, p. 310.

กระทำหรือดเว้นกระทำด้วยสภาวะจิต (mental state) ซึ่งก่อให้เกิดผลที่เป็นความผิดอาญา และผู้นั้นต้องรับผิดชอบในความผิดดังกล่าว หรือผู้ลงมือนั่นเอง²⁶

ส่วนผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการหรือผู้ร่วมกระทำความผิด คือ “ผู้กระทำความผิดในชั้นที่สอง” (principal in the second degree or secondary offender) หมายถึง ผู้ที่ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดโดยการช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา ออกคำสั่ง หรือจูงใจ ไม่ว่าจะเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดทางกายภาพหรือจิตใจ ผู้ที่ได้รับการช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา ถูกสั่ง หรือถูกจูงใจให้กระทำความผิด หากได้กระทำความผิดตามนั้นเรียกว่า “ผู้กระทำความผิดในชั้นแรก” ในขณะที่ผู้ช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา ออกคำสั่ง หรือจูงใจให้ผู้อื่นกระทำความผิด เรียกว่า “ผู้กระทำความผิดชั้นที่สอง”²⁷

นอกจากนี้ผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการ (principal) ในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงได้แก่ บุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปตกลงใจกระทำความผิดร่วมกัน ซึ่งจะต้องมีการกระทำและเจตนา ร่วมกันด้วย²⁸ อย่างไรก็ตามผู้กระทำแต่ละคนอาจมีบทบาทในการกระทำแต่ละส่วนแตกต่างกันไป ภายใต้กรอบการตัดสินใจร่วมกัน ดังนั้นผู้กระทำผิดร่วมเช่นว่านั้น ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ ความผิดทางอาญา ได้แก่ องค์ประกอบภายนอก (*actus reus*) การกระทำที่เป็นการร่วมกันกระทำความผิดด้วยความสมัครใจในการกระทำใดการกระทำหนึ่งในการตัดสินใจร่วมกันนั้น และ องค์ประกอบภายใน (*mens rea*) นั้นคือเจตนาที่จะกระทำความผิด ซึ่งกรณีอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ผู้กระทำก็ต้องมีเจตนาพิเศษ (specific intent) ด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำต้องมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะทำลาย (intent to destroy) กลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง โดยทราบถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำหากมีการกระทำของตน แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะมีได้กระทำความผิดด้วยตัวเองก็ตาม²⁹

²⁶ โปรดดูรายละเอียดใน Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, *Handbook on Criminal Law*, (St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1986), p. 569 อ้างใน สุจริต พัฒนสาร, “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอั้งยี่: ชองโจรในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), น. 69-70.

²⁷ ดูรายละเอียดในพนม พลพุทธรักษ์, *อ้างแล้ว เชงอรรถที่ 17*, น. 55-56.

²⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชงอรรถที่ 19*, น.58.

²⁹ Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 25*, p.238.

อย่างไรก็ตามศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาได้ตัดสินไว้ในคดี *Kayishema and Ruzindana* เกี่ยวกับการพิสูจน์องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของผู้ร่วมกระทำผิดต้องแสดงออกซึ่งเจตนาที่สำคัญ ได้แก่ การร่วมกระทำผิดนั้น ผู้ร่วมกระทำต้องรู้สำนึกและมีเจตนา โดยอัยการ (The Prosecutor) มีหน้าที่พิสูจน์ให้ได้ว่า “การร่วมกระทำผิด ไม่ว่าจะโดยการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ จำเลยมีส่วนร่วมในสาระสำคัญของ การกระทำผิดและผู้กระทำเช่นว่านั้นหรือไม่ อย่างน้อยที่สุดต้องรู้ว่าการกระทำของตนเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำผิดนั้น”³⁰

นอกจากนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียยังได้วินิจฉัยไว้ใน *Tadic* (1999) Appeal para. 229 ได้วางหลักไว้ว่า “ลักษณะของการให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก และการร่วมกันกระทำผิด (joint criminal enterprise) แม้จะมีส่วนที่ทับซ้อนกันอยู่ แต่ก็มี ความแตกต่างที่สำคัญ คือ ผู้ให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก (aider and abettor) ไม่จำเป็นต้องรู้ถึงแผนการร่วมกัน (common plan) ใดๆ แต่การให้ความช่วยเหลือของบุคคลดังกล่าวต้องเป็นการช่วยในสาระสำคัญ ทั้งนี้บุคคลดังกล่าวมีความรับผิดชอบในอาชญากรรมเท่าที่ตนรู้เท่านั้น ในขณะที่การกระทำผิดร่วมกัน (joint criminal enterprise) ของผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการ (principal offender) นั้น เป็นการกระทำซึ่งจำเลย เพียงเล็งเห็น (foresight by the defendant) ถึงการร่วมกันกระทำผิด ก็เพียงพอสำหรับความรับผิดชอบในอาชญากรรมซึ่งได้กระทำโดยผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการแล้ว”³¹

ประเภทที่สอง ผู้ให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก (aiders and abettors)³² หรือตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรียกว่า “ผู้สนับสนุน”³³

ผู้ให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกหรือผู้สนับสนุน หมายถึง ผู้ที่กระทำโดยเจตนา อย่างใดอย่างหนึ่งในลักษณะเป็นการให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งอาจกระทำก่อนหรือขณะผู้กระทำความผิด โดยผู้กระทำความผิดจะได้กระทำความผิด

³⁰ *Ibid.*

³¹ ICTR A Ch 13.12.2004 paras. 371 and 500 cited by Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *supra note 18*, p. 310.

³² Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 25*, pp. 241-245.

³³ ดูรายละเอียดใน เอก อังสนานนท์, “ความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้สนับสนุน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น. 44.

สำเร็จ หรืออยู่ในขั้นพยายามหรืออยู่ในขั้นเตรียมในบางกรณีก็ได้ ทั้งนี้ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ถึงการกระทำดังกล่าวของผู้สนับสนุนนั้นเลย

แม้ว่าในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะมีได้บัญญัติเกี่ยวกับผู้ให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก (aider and abettor) ไว้ และศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่พิจารณาคดียังคงมีความเห็นที่แตกต่างเกี่ยวกับผู้กระทำและความรับผิดชอบลักษณะดังกล่าวในปัญหาที่ว่า การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide) ใน Article III (e) นั้นสามารถตีความขยายไปถึงความรับผิดชอบในการให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวกได้ด้วยหรือไม่ ทั้งนี้ The Appeals Chamber ของศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียได้วินิจฉัยในคดี *Krstic*³⁴ ได้วินิจฉัยว่า รูปแบบของความรับผิดชอบในการกระทำตาม Article III (e) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความแตกต่างจากการให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก (aiding and abetting)

อย่างไรก็ตามศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาได้วินิจฉัยในเวลาต่อมาในคดี *Ntakirutimana and Ntakirutimana*³⁵ ได้วางหลักว่า การกระทำที่ต้องห้ามของการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide) ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน Article III (e) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และ Article 2 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา (Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda) ให้หมายรวมถึงการให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก (aiding and abetting) นอกจากนี้ด้วยบทดังกล่าวยังเปิดช่องให้ศาลดังกล่าวใช้และการตีความรูปแบบของการสมรู้ร่วมคิดรูปแบบอื่น (other form of complicity) อีกด้วย

สำหรับหลักกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับการให้การช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจนำไปปรับใช้แก่คดีที่เกิดขึ้นนั้น มีทางปฏิบัติมาจากคำวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ในปี ค.ศ. 1999 ในคดี *Tadic* โดยคำวินิจฉัยดังกล่าววางหลักว่า “ผู้ให้การช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก คือ ผู้ดำเนินการใดๆ โดยเฉพาะเจาะจง เพื่อให้การกระทำความผิดสำเร็จ มุ่งโดยตรงที่จะสนับสนุน กระตุ้นหรือให้ความช่วยเหลือในการกระทำความผิดซึ่งเป็นอาชญากรรมโดยเฉพาะของผู้กระทำความผิดร่วมหรือ

³⁴ ICTY A Ch 19. 4.2004 paras. 138-144 cited by Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elizabeth Wilmshurst, *supra note 18*, p. 310.

³⁵ ICTR A Ch 13.12.2004 paras. 371 and 500 cited by *Ibid*.

ตัวการ (principal) และการให้การสนับสนุนนี้เอง มีผลบางประการต่อการกระทำผิดเช่นว่านั้น ประกอบกับองค์ประกอบภายในที่จำเป็น กล่าวคือ ผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการ (principal) รู้สำนึก (knowledge) ว่า การกระทำซึ่งได้กระทำโดยผู้ให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก นั้นมีส่วนช่วยผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการ (principal) ในการกระทำผิดลักษณะเฉพาะที่ตนมุ่งหมาย”³⁶

นอกจากการกระทำการ (act) แล้ว ยังรวมถึงการงดเว้นการกระทำการ (omission) ซึ่งเพียงพอที่จะเป็นการให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวก เนื่องจากจำเลยมีหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรมเช่นว่านั้น³⁷ แม้ว่าผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการ (principal offender) ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องรู้ในการให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวกที่จะเกิดขึ้น³⁸ อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ที่จะให้ความช่วยเหลือบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยที่ไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นการให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวกแก่ผู้กระทำผิด³⁹

ส่วนขององค์ประกอบภายใน (*mens rea*) ของผู้ให้ความช่วยเหลือและให้ความสะดวกต้อง “รู้” ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการให้ความช่วยเหลืออาชญากรรมเฉพาะเช่นว่านั้น กล่าวคือ เพียงแค่ “รู้” ถึงสาระสำคัญขององค์ประกอบความผิดซึ่งได้กระทำขึ้นโดยผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการ (principal) ย่อมเพียงพอแล้ว⁴⁰

นอกจากนี้ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ การร่วมกระทำผิด ไม่ว่าจะเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำผิดและสนับสนุนการกระทำผิดของผู้อื่น ต้องขึ้นอยู่กับการณ์อยู่ของความผิดที่กระทำโดยเจตนาของผู้กระทำผิด สภาพการณ์ของความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ร่วมกระทำผิดที่ต้องขึ้นอยู่กับความผิดของผู้กระทำผิดความผิดนี้เรียกว่า “หลักการอยู่ในอาณัติของความผิด” (accessory) กล่าวคือ ตามหลักของการร่วมกระทำผิด ความรับผิดชอบ

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Oric ICTY T. Ch. II 30.6.2006 para 283 cited by Ibid.*

³⁸ *Tadic 1999 Appeal para. 299 cited by Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, p. 311.

⁴⁰ *Tadic 1999 Appeal para. 164 and see also Oric ICTY T. Ch. II 30.6.2006 para 288 cited by Ibid.*

ในทางอาญาในการร่วมกระทำความผิดจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อความผิดนั้นของผู้กระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว⁴¹

ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้ว จึงพอจะสรุปได้ว่าผู้กระทำความผิดในการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเกิดจากการกระทำของผู้ร่วมในการกระทำความผิดดังต่อไปนี้บุคคลดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ลงมือกระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดในขั้นแรก
- (2) ผู้ที่ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดโดยการช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา ออกคำสั่ง หรือจูงใจไม่ว่าจะเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่น (ผู้กระทำความผิดในขั้นแรก) กระทำความผิดทางกายภาพหรือจิตใจหรือเรียกว่าผู้กระทำความผิดในขั้นที่สอง

(3) ผู้ให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก (aider and abettor) หรือ “ผู้สนับสนุน”

ประเด็นที่สอง ผู้เริ่มต้นในการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ พิจารณาจากลักษณะการเริ่มต้นในการกระทำความผิดตาม Article III (b), (c) และ (d) อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของกฎหมาย คือ ต้องการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะเริ่มต้นเนื่องจากเป็นนโยบายทางกฎหมายที่จะยับยั้งการกระทำที่ หากได้กระทำขึ้นจะเกิดผลร้ายแรงต่อความสงบสุขของสังคม จึงกำหนดมาตรการป้องกันดังกล่าวลงโทษผู้กระทำ แม้ยังไม่ได้ลงมือกระทำความผิดได้แก่ ผู้สมคบ และผู้ยุยง รวมถึงลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ยังไม่บรรลุผล ได้แก่ผู้ที่พยายามกระทำความผิด ซึ่งบุคคลดังกล่าวต้องมีองค์ประกอบภายนอก (*actus reus*) และ (*mens rea*) ของฐานความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ซึ่งในประเด็นนี้จะได้กล่าวในข้อถัดไป

การเริ่มต้นในการกระทำความผิด (*inchoate crimes or inchoate offences*) ได้แก่ การสมคบ (*conspiracy*) การยุยงให้กระทำความผิด (*incitement*) และการพยายามกระทำความผิด (*attempt*) ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน Article III (b), (c) และ (d) ตามลำดับ⁴²

อย่างไรก็ตามองค์ประกอบที่ขาดเสียไม่ได้ของผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทุกประเภท ก็คือ บุคคลดังกล่าวต้องมีเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (*genocidal intent*) ประกอบกับเจตนาพิเศษ (*specific intent*) เพื่อที่จะทำลายล้างกลุ่มบุคคลเป้าหมายที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาด้วย

⁴¹ คณิต ฌ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, น. 333.

⁴² ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในข้อ (ข)

(ข) การกระทำ

การกระทำตามกฎหมายอาญาภายใน หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายโดยรู้สำนึกซึ่งหมายถึงการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวภายใต้บังคับของจิตใจ⁴³

“โดยรู้สำนึก” หรือ “อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ” หมายความว่า ประการแรก คือ มีความคิดที่จะกระทำ ประการต่อมา คือ มีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิดไว้ และประการสุดท้าย คือได้กระทำไป (โดยการเคลื่อนไหวหรือโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย) ตามที่ตกลงใจอันสืบเนื่องจากความคิด⁴⁴

ทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ต่างยอมรับอย่างสอดคล้องกันในเรื่องการกระทำเป็นส่วนประกอบหนึ่งของความรับผิดทางอาญาของบุคคล โดยทั้ง 2 ระบบให้หมายความถึง การกระทำทางกายภาพที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิด หรือ เรียกว่าเป็นส่วนของ “องค์ประกอบภายนอก”⁴⁵ โดยจะต้องเป็นการกระทำภายใต้จิตใจบังคับ และจะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้น (causation) นอกจากนี้ยังรวมถึงการงดเว้นการที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันผล (omission) กล่าวคือ ผู้กระทำมีหน้าที่โดยเฉพาะที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้นอีกด้วย⁴⁶

เมื่อพิจารณาจาก Article II, Article III และ Article IV ของอนุสัญญาทำลายล้างเฝ้าพันธุจะเห็นได้ว่า การจัดประเภทตามการกระทำความผิด เป็นไปตามกฎหมายอาญาคอมมอนลอว์ที่เรียกว่า การร่วมกระทำความผิดในอาชญากรรมระหว่างประเทศ (mode of participation in international crime) โดยอนุสัญญาทำลายล้างเฝ้าพันธุ เรียกการกระทำตาม Article III (b)–(e) ประกอบ Article IV ว่า เป็น “การกระทำอื่น” (other acts)

⁴³ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในจิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น. 114-117.

⁴⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: หจก. จีรรัชการพิมพ์, 2549), น. 91.

⁴⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “โครงสร้างความรับผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ *mens rea*,” วารสารนิติศาสตร์, (ธันวาคม 2542), น. 641.

⁴⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 44, น. 98.

นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่า อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับรองการกระทำความผิดซึ่งเกิดจากการกระทำอื่น (other acts) นอกจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocidal acts) กล่าวคือ บุคคลย่อมมีความรับผิดชอบต่อการกระทำอื่น (other acts)⁴⁷ จึงอาจก่อให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนได้ว่า นอกจากการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ยังมีการกระทำความผิดอื่นนอกจากการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่

ทั้งนี้เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Rome Statute of International Criminal Court) เกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวแล้ว ปรากฏว่ามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ Article 25 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่ให้ปัจเจกชนมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ในกรณีที่เป็นการพยายามกระทำความผิด (attempt) การยุยงให้กระทำความผิด (incitement) การสมคบ (conspiracy) และการสมรู้ร่วมคิด (complicity) กล่าวคือ ผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ มิใช่การกระทำอื่นในฐานความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁴⁸ หรือตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เรียกว่า “ผู้กระทำความผิดในชั้นที่สอง” (principal in the second degree or secondary offenders)⁴⁹ กล่าวคือ ตามบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ความผิดที่มีลักษณะเป็นการร่วมกระทำความผิดเป็นบทบัญญัติทั่วไปซึ่งใช้บังคับกับอาชญากรรมระหว่างประเทศฐานอื่นด้วย ไม่ว่าจะ เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรืออาชญากรรมสงคราม ต่างก็ต้องมาพิจารณาบทบัญญัติทั่วไปดังกล่าว หากการกระทำผิดนั้นเกี่ยวข้องกับการร่วมกระทำความผิดและโดยทั่วไปประมวลกฎหมายอาญาของรัฐส่วนใหญ่ (โดยเฉพาะในระบบกฎหมายซีวิลลอว์) มักจะแยกบทบัญญัติออกเป็นสองส่วนคือ บททั่วไป (general part) หรือเรียกว่า ความผิดอาญาภาคทั่วไป กับบทเฉพาะ (special part) หรือความผิดอาญาภาคความผิดซึ่งในส่วนของบทเฉพาะนั้นเป็นส่วนของการกระทำที่บุคคลต้องรับผิดชอบไว้โดยชัดแจ้งใน Article 25 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ⁵⁰ นอกจากนี้ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มิได้กล่าวถึงการกระทำอื่น (other acts) แต่

⁴⁷ William A. Schabas, *supra* note 2, p. 258.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ โปรดดูรายละเอียดใน สุรจิต พัฒนสาร, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 26*, น. 69-70; และโปรดดูรายละเอียดใน พนม พลพุทธรักษ์, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 17*, น. 55-56.

⁵⁰ William A. Schabas, *supra* note 2, p. 258.

อย่างไรก็ดี จึงอาจกล่าวได้ว่าปัญหาการใช้และตีความถ้อยคำดังกล่าว แท้จริงแล้วเกิดจากพื้นฐานของการใช้ระบบกฎหมายอาญาที่แตกต่างกันของรัฐภาคีกล่าวคือ ระหว่างระบบความคิดเกี่ยวกับความผิดทางอาญาระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ดังนั้นจึงพอสรุปได้ว่า การกระทำที่เป็นความผิดและเป็นกรกระทำที่สามารถลงโทษได้ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้แก่

ประการที่หนึ่ง การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ตาม Article II (a)–(e) ประกอบกับ Article III (a)

ประการที่สอง การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide) หรือการร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม Article III (e)

ประการที่สาม การกระทำผิดที่มีลักษณะเริ่มต้น (inchoate offences or inchoate crimes) ตาม Article III (b)–(d) ซึ่งได้แก่

- การสมคบกันกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (conspiracy to commit genocide) ตาม Article III (b)

- การยุยงบุคคลอื่นโดยตรงและเปิดเผยต่อสาธารณะให้ผู้อื่นกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (direct and public incitement to commit genocide) ตาม Article III (c)

- การพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน (attempt to commit genocide) ตาม Article III (d)

การกระทำดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง การกระทำที่เป็นกรทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม Article II (a)–(e) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้แก่

*Article II (a) ฆ่าสมาชิกของกลุ่ม (killing members of the group)*⁵¹

คำว่า “การฆ่า”⁵² (killing) หมายถึง การทำให้ตาย (causing death) ทั้งนี้บทบัญญัติของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องมีการแปลเป็นภาษาราชการที่นิยมใช้กันอย่างแพร่หลายด้วย เช่น ภาษาอังกฤษ และภาษาฝรั่งเศส เป็นต้น จึงเกิดปัญหาตามมาว่า เมื่อมีปัญหาในการใช้และการตีความถ้อยคำตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะใช้คำแปลจากภาษาใด อย่างไรก็ตามถ้อยคำที่ใช้ในคำแปลเป็นภาษาอังกฤษ (English Version) ซึ่งใช้คำว่า “killing” และภาษาฝรั่งเศส (French Version) ซึ่งใช้คำว่า “meurtre” มีความหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ คำว่า “killing” เป็นคำที่มีความหมายกลางๆ ไม่ว่า “การฆ่า” นั้นจะ เป็นการฆ่าโดยมีเจตนาหรือประมาท (reckless หรือ negligence) ก็ได้ เพียงแต่ผลของการกระทำเป็นสาเหตุให้ถึงแก่ความตายก็พอ ดังนั้นถ้อยคำ

⁵¹ *Ibid.*, pp. 157-159 and see Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 25, pp. 77-78.

การกระทำดังกล่าวศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและประเทศรวันดาต่างก็มีเขตอำนาจตาม Article 2(2)(a) ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และ Article 4 (2)(a) ศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา และใน Article 6 (a) ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁵² ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288 ประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้น การฆ่าเป็นองค์ประกอบส่วนการกระทำ โดยคำว่าฆ่าหมายถึง ทำให้ตายและไม่จำกัดวิธีการกระทำ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อมก็แล้วแต่ รวมถึงการงดเว้นการกระทำที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลตามมาตรา 59 วรรคสุดท้ายด้วย นอกจากนี้ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 นี้จะต้องมีผลของการกระทำคือความตายเกิดขึ้นจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ ดังนั้นต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ถ้าผลของความตายไม่ได้เกิดจากการกระทำ ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดชอบเฉพาะผลเท่าที่ตนได้กระทำไปเท่านั้น ดังนั้นเมื่อมีการลงมือแล้วเมื่อผลไม่เกิดตาเจตนาฆ่าย่อมเป็นความผิดพยายามฆ่า ดูรายละเอียดใน ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายกฎหมายอาญา มาตรา 288-366, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: Pholsiam Printing and Publishing (Thailand) Limited Partnership, 2550), น. 18-19.

ของอนุสัญญาฯ ที่แปลเป็นภาษาฝรั่งเศสจึงชัดเจนกว่า⁵³ เนื่องจากคำว่า “*meurtre*” หมายถึงการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายและโดยมีเจตนาฆ่า (unlawful and intentional killing)

อย่างไรก็ตามแท้ที่จริงแล้ว ถ้อยคำของทั้งสองภาษาในบริบทของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ มีความหมายไม่แตกต่างกัน ด้วยเหตุที่ถ้อยคำของทั้งสองภาษาต่างก็เป็นการกระทำที่ต้องพิจารณาประกอบด้วยเจตนาพิเศษเพื่อที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วน (intent to destroy in whole or in part) ดังนั้นการกระทำที่เป็นการฆ่า เมื่อประกอบกับเจตนาพิเศษ คือ ความมุ่งหมายเพื่อที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนโดยปกติจะไม่เกิดขึ้นโดยบังเอิญหรือเป็นเพียงผลจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (negligence) เท่านั้น ตัวอย่างที่สำคัญของคำอธิบายคำว่า “การฆ่า” ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือไม่นั้น คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR) ได้ตัดสินไว้ในคดี *Akayesu* (para. 501) ว่า “การฆ่า คือ การฆ่าคนตาย (homicide⁵⁴) ต้องได้กระทำโดยเจตนาที่จะทำให้ถึงแก่ความตาย (intent to cause death)” นอกจากนี้ในคดี *Rutaganda* และคดี *Musema* โดยศาลเดียวกันได้ให้เหตุผลในคดีทั้งสองว่า “ตามหลักกฎหมายอาญาสันนิษฐานว่าทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ (presumption of innocence) และเมื่อพิจารณาจากหลักดังกล่าวประกอบกับหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายอาญา (general principles of criminal law) แล้วถ้อยคำในภาษาฝรั่งเศสนั้นให้ความคุ้มครองจำเลยมากกว่า”⁵⁵

จากข้อพิจารณาข้างต้น พอจะสรุปได้ว่า ปัญหาการใช้และการตีความคำว่า “killing” แตกต่างกันนั้น นอกจากจะเป็นเพราะการที่บทบัญญัติใช้คำว่า “การฆ่า” (killing) เป็นคำที่มี

⁵³ Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *supra note 18*, p. 174.

⁵⁴ Homicide เป็นคำกลางๆ ตามกฎหมายอังกฤษหมายถึงการฆ่าคน การฆ่าคนอาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ตำรวจยิงต่อสู้กับผู้ร้ายและผู้ร้ายตายหรือมีข้อแก้ตัวตามกฎหมาย และอาจเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยการฆ่าที่มิชอบด้วยกฎหมายแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ Manslaughter คือ การฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา Murder คือ การฆ่าคนตายโดยเจตนา และ Infanticide คือ การทำให้นุตรที่เป็นทารกถึงแก่ความตาย ดูรายละเอียดใน ธง วิทย์วัฒน์, พจนานุกรมศัพท์กฎหมาย (อังกฤษ-ไทย), (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550), น. 378 และ 344 และ ถาวร โพธิ์ทอง, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 21*, น. 295 และ 319.

⁵⁵ Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 25*, pp. 77-78.

ความหมายกลางๆ แล้ว ยังเป็นเพราะแนวความคิดที่แตกต่างกันของระบบกฎหมายอาญาในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ซึ่งเกี่ยวกับองค์ประกอบภายในของการฆ่า

*Article II (b) ก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกกลุ่ม (causing serious bodily or mental harm to members of the group)*⁵⁶

การกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในลักษณะนี้ แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ การก่อให้เกิดอันตรายแก่กายอย่างสาหัส (serious bodily harm) และการก่อให้เกิดอันตรายแก่จิตใจอย่างสาหัส (serious mental harm)

คำว่า “อันตราย” (harm) ดังกล่าว ไม่ว่าจะป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจไม่จำเป็นต้องมีลักษณะเป็นการถาวรหรือไม่สามารถรักษาได้ (permanent or irremediable)⁵⁷ รวมทั้งคำว่า “อย่างสาหัส” (serious) ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่พิจารณาคดี ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป (case-by-case basis)⁵⁸

สำหรับการก่อให้เกิดอันตรายแก่กายอย่างสาหัส หมายถึง การทำให้ร่างกายได้รับอันตรายอย่างร้ายแรง โดยการกระทำที่เสียสุขภาพ (health) การทำให้เสียโฉม (disfigurement) หรือการทำให้อวัยวะภายนอกหรือภายในหรือระบบประสาทได้รับบาดเจ็บ⁵⁹

⁵⁶ William A. Schabas, *supra note 2*, pp. 159-165 and see Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 25*, pp. 78-79.

การกระทำดังกล่าวศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและประเทศรวันดาต่างก็มีเขตอำนาจตาม Article 2(2)(b) ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และ Article 4 (2)(b) ศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา และใน Article 6 (b) ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁵⁷ *Akeyesu*, para. 504; *Rutaganda*, para. 50; *Musema*, para. 156 cited by Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 25*, p. 78.

⁵⁸ Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *supra note 18*, p. 175.

⁵⁹ *Kayishema and Ruzindana* para. 109 cite by Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 25*, p. 78.

ส่วนการก่อให้เกิดอันตรายแก่จิตใจอย่างสาหัส⁶⁰ หมายถึง การกระทำให้สูญเสียความสามารถทางจิตใจที่มีใช้ในลักษณะเพียงเล็กน้อยหรือชั่วคราว⁶¹ อย่างไรก็ตามถ้อยคำในทบนี้ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ

ในคดี *Eichmann* โดยศาลแขวงแห่งเยรูซาเลม (The District Court of Jerusalem) ซึ่งศาลภายในของรัฐ ยังได้พยายามใช้และตีความขยายความ “การก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจอย่างสาหัส” ไว้ว่า การกระทำเช่นว่านั้น “อาจเกิดขึ้นโดยการนำคนลงเป็นทาส (enslavement) การทำให้อดอยาก (starvation) การเนรเทศ (deportation) และการรังควาน (persecution) การหน่วงเหนี่ยวกักขังให้อยู่ในบริเวณจำกัด (detention in ghetto) การส่งไปอยู่ในค่ายกักกัน (transit camps and concentration camps) โดยมีเจตนาเพื่อก่อให้เกิดการหลู่เกียรติ (degradation) การพรากไปซึ่งสิทธิมนุษยชนของบุคคลเช่นว่านั้น (deprivation of their rights as human being) และการทารุณกรรม (inhuman suffering) และการทำทรมาน (torture)⁶²

นอกจากนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งรวันดา ได้วางหลักเพิ่มเติมเกี่ยวกับ “การก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจอย่างสาหัส” โดยวินิจฉัยในคดี *Akayesu* ให้รวมถึงการข่มขืนกระทำชำเรา (rape) และการกระทำรุนแรงทางเพศ (sexual violence) ด้วย เนื่องจากกระทำความดังกล่าวดังกล่าวสามารถก่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการในการทำลายล้างของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา⁶³

⁶⁰ เมื่อได้ให้สัตยาบันเพื่อเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาฯ ที่เรียกว่า “Genocide Convention Implementation Act of 1948, note 39, s. 1091 (a)(3)” ทำ An understanding to the Convention ในขณะที่ให้สัตยาบันว่า หมายถึง การทำให้สูญเสียความสามารถทางจิตใจอย่างถาวร โดยวิธีการให้เสพยา (drugs) การทรมาน (torture) หรือวิธีการอื่นในลักษณะเดียวกัน see *Ibid.* and see Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmschurst, *supra* note 18, p. 175.

⁶¹ *Semanza* ICTR T. Ch. 15.5.2003 para. 321. cited by Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmschurst, *Ibid.*

⁶² *A-G of Israel v. Eichmann* (1968) 38 ILR 5 (DC) 340 cited by *Ibid.*, p. 174.

⁶³ *Akayesu* ICTR T. Ch. I 2.9.1998 para. 731 cited by *Ibid.*, p. 175.

อนึ่งการก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจอย่างสาหัสของสมาชิกกลุ่ม เป็นความผิดที่ต้องการผลของการกระทำ และต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ กล่าวคือ บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ ต้องได้รับบาดเจ็บสาหัสทางร่างกายหรือจิตใจ หากกระทำไม่สำเร็จผู้กระทำรับผิดชอบเพียงฐานพยายามกระทำ ให้สมาชิกของกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่อได้รับอันตรายอย่างร้ายแรงแก่กายหรือจิตใจเท่านั้น กล่าวคือ ผู้กระทำรับผิดชอบเพียงเท่าที่ได้ลงมือ

Article II (c) จงใจกระทำทารุณต่อเงื่อนไขต่างๆ ในการดำรงชีวิตของกลุ่มโดยคาดหมายได้ว่าจะมาซึ่งการทำลายทางกายภาพบางส่วนหรือทั้งหมด (deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part)⁶⁴

การกระทำลักษณะนี้เป็นการไม่กระทำหรืองดเว้นการกระทำ (omission) เช่น การที่เจ้าหน้าที่ของพรรคนาซีเยอรมัน ลดปริมาณอาหารที่จะให้แก่ประชาชน (ซึ่งเป็นชาวยิว) ของประเทศที่ถูกยึดครองจาก 400 แคลอรีต่อวัน เหลือเพียง 250 แคลอรีต่อวัน⁶⁵ เป็นต้น

ในคดี *Akeyesu* โดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับวันดาได้วินิจฉัยว่า “การจงใจกระทำทารุณต่อเงื่อนไขต่างๆ ในการดำรงชีวิตของกลุ่มโดยคาดหมายได้ว่าจะมาซึ่งการทำลายทางกายภาพบางส่วนหรือทั้งหมด หมายถึง วิธีการของการทำลายล้าง โดยผู้กระทำไม่ทำให้บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่อตายในทันทีทันใด แต่ผลของการกระทำตามวิธีการ เช่นว่านั้น นำไปสู่การทำลายล้างทางกายภาพของเหยื่อในที่สุด”⁶⁶ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การ

⁶⁴ William A. Schabas, *supra note 2*, pp. 165-171 and see Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 26*, pp. 79-81.

การกระทำดังกล่าวศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและประเทศรวันดาต่างก็มีเขตอำนาจตาม Article 2 (2)(c) ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และ Article 4 (2)(c) ศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับวันดา และใน Article 6 (c) ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁶⁵ William A. Schabas, *supra note 2*, p. 156.

⁶⁶ Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth

กระทำดังกล่าวเป็นการทำให้กลุ่มของผู้ตกเป็นเหยื่อถึงแก่ความตายอย่างช้าๆ ด้วยวิธีการที่ทำให้บุคคลดังกล่าวได้รับความทรมานทุกข์ทรมานจากการทำให้ขาดปัจจัยอันจำเป็นในการมีชีวิตอยู่

คำว่า “เงื่อนไขในการดำรงชีวิตต่างๆ ของกลุ่ม” (the group conditions of life) เช่น การทำให้สมาชิกของกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่ออดอาหารจนถึงแก่ความตาย (starvation) การขับไล่สมาชิกของกลุ่มดังกล่าวให้ออกจากบ้านเรือนที่เป็นถิ่นที่อยู่ รวมถึงการเนรเทศผู้คนจากบ้านเรือนอย่างเป็นระบบด้วย การทำให้กลุ่มบุคคลไม่มีเครื่องนุ่งห่มอย่างเพียงพอ และการทำให้บุคคลไม่ได้รับยารักษาโรค การดูแลด้านสุขภาพอนามัยหรือการบริการทางการแพทย์อย่างเพียงพอและเหมาะสม การทำให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงแหล่งอาหารหรือสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตอื่นๆ รวมถึงการบังคับใช้แรงงานอย่างหนักหรือใช้แรงงานเกินกำลัง⁶⁷ จากตัวอย่างดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่า “เงื่อนไขในการดำรงชีวิตต่างๆ ของกลุ่ม” (the group conditions of life) หมายถึง ปัจจัยในการดำรงชีวิตของมนุษย์ซึ่งเรียกว่า ปัจจัย 4 อันได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่ อาศัยและยารักษาโรค กล่าวคือ ทำให้สมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ปราศจากปัจจัยในการดำรงชีวิตหรือปัจจัย 4 นั้นเอง

นอกจากนี้ปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ การวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งมีความแตกต่างกันอยู่สำหรับ “การชำระล้างเผ่าพันธุ์” (ethnic cleansing)⁶⁸ ซึ่งหมายถึง การบังคับให้ประชากรของกลุ่มทางเผ่าพันธุ์หนึ่งออกไปหรืออพยพจากดินแดนที่ตนตั้งถิ่นฐานอยู่แต่เดิม โดยมีมุ่งหมายที่จะกำจัดประชากรของกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่อให้หมดไปจากบริเวณใดบริเวณหนึ่งตามความ

Wilmschurst, *supra* note 18, p. 175 and Yusuf Akar, *supra* note 9, p. 225 and Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 25, p. 79.

⁶⁷ Kriangsak Kittichaisaree, *ibid.*

⁶⁸ See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))* [1993] ICJ Rep. 325 at 431-2: โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยในคดีดังกล่าวว่า การชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) เช่น การที่ชาวเซิร์บ (Serb) บังคับให้ชาวมุสลิมอพยพออกไปจากบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา อยู่ภายใต้การ “จงใจกระทำทารุณต่อเงื่อนไขต่างๆ ในการดำรงชีวิตของกลุ่ม” (deliberately inflicting on the group conditions of life) อันเป็นลักษณะการกระทำหนึ่งที่ทำให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

มุ่งหมายของผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพื่อให้จะทำให้บริเวณนั้นปราศจากสมาชิกของกลุ่ม ซึ่งตกเป็นเหยื่อ กล่าวคือ ทำให้ปราศจากกลุ่มทางเชื้อชาติหรือศาสนาที่แตกต่างนั้น เป็นลักษณะของการกระทำตาม Article II (c) หรือไม่ ยังคงมีความเห็นแยกเป็นหลายแนว⁶⁹ (ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในข้อ 2.2.3)

*Article II (d) บังคับใช้มาตรการป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม (imposing measures intended to prevent births within the group)*⁷⁰

วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในการลงโทษผู้กระทำในความผิดลักษณะดังกล่าว ก็เพื่อคุ้มครองกลุ่มของมนุษย์จากการถูกทำลายล้างด้วยการใช้วิธีการใดๆ มิให้สามารถสืบเชื้อสายหรือดำรงเผ่าพันธุ์อยู่ได้จากรุ่นสู่รุ่น

นอกจากนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและสำหรับรวันดา นอกจากจะรับรองบทบัญญัติดังกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นแล้ว ยังได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการป้องกันการเกิดภายในกลุ่มว่าได้แก่ การตัดอวัยวะของชาย (castration) การคุมกำเนิดหรือทำหมันชายหรือหญิง (sterilization) การบังคับให้ทำแท้ง (compulsory abortion) และการแบ่งแยกทางเพศ (segregation of the sexes) นอกจากนี้ยังรวมถึงการทำให้พิการทางเพศ (sexual mutilation) การบังคับให้หญิงที่เป็นสมาชิกของกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่อตั้งครรรภ์กับกลุ่มที่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (forced pregnancy) ส่งผลให้เด็กที่เกิดแต่หญิงซึ่งถูกกระทำเช่นนั้น ไม่ได้รับการยอมรับจากกลุ่มของตน เนื่องจากความไม่บริสุทธิ์ทางสายเลือด นอกจากนี้มาตรการดังกล่าวอาจเป็นการทำร้ายทางกายภาพหรือทางจิตใจ ด้วยการคุกคามหรือการทำให้ได้รับความบอบซ้ำทางจิตใจแก่สมาชิกของกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่อ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นสมาชิกกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่อ เป็นต้น โดยการกระทำดังกล่าวข้างต้น

⁶⁹ Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *supra note 18*, pp. 175-176.

⁷⁰ William A. Schabas, *supra note 2*, pp.172-175 and see Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 25*, p. 81.

นอกจากนี้ตามธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและสำหรับรวันดา ได้บัญญัติการกระทำดังกล่าวไว้ใน Article 2 (2)(d) และ Article 4 (2)(d) ตามลำดับ และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้บัญญัติการกระทำดังกล่าวไว้ใน Article 6 (d)

เป็นสาเหตุให้ผู้ตกเป็นเหยื่อไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่สืบสายโลหิตจากชายและหญิงที่เป็นสมาชิกของกลุ่มได้⁷¹

*Article II (e) บังคับให้เคลื่อนย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น (forcibly transferring children of the group to another group)*⁷²

แท้จริงแล้วการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นในขั้นตอนร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นแนวคิดของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางชีววิทยา (biological genocide) และเป็นกรกระทำหนึ่งของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม (cultural genocide)⁷³ อย่างไรก็ตามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมมิได้รับการยอมรับและไม่ได้บัญญัติภายใต้กรอบของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แต่อย่างใด⁷⁴ แม้ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิได้ให้คำนิยามคำว่า “เด็ก” (children) ไว้ อย่างไรก็ตามทางปฏิบัติของกฎหมายระหว่างประเทศตามบ่อเกิดสนธิสัญญา Article I ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention of the Right of the Child) ได้ให้คำนิยามคำว่า “เด็ก” ว่า บุคคลใดๆ ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ทั้งนี้เหตุผลสำคัญที่เด็กที่ถูกบังคับให้เคลื่อนย้ายต้องเป็นบุคคลมีอายุต่ำกว่า 18 ปี เนื่องจากต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กเล็กๆ ที่ยังมีอายุยังไม่ครบ 18 ปีบริบูรณ์ในขณะที่ถูกบังคับให้เคลื่อนย้ายจากกลุ่มหนึ่งไปยังกลุ่มอื่นนั้นทำให้สูญเสียสิ่งซึ่งเป็น

⁷¹ Trial Chamber, *Akayesu Case*, judgment cited by Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 26, p. 81.

⁷² William A. Schabas, *supra* note 2, pp. 175-178 and see Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 25, pp. 81-83.

นอกจากนี้การกระทำดังกล่าวศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและสำหรับวันดาต่างก็มีเขตอำนาจตาม Article 2(2)(e) ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และ Article 4(2)(e) ศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับวันดา และใน Article 6(e) ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁷³ William A. Schabas, *supra* note 2, p. 175.

⁷⁴ Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *supra* note 18, p. 177.

ลักษณะบ่งเฉพาะทางด้านวัฒนธรรมและเมื่อได้รับการเลี้ยงดูตามวัฒนธรรมของกลุ่มอื่น⁷⁵ เช่น การใช้ภาษาพูด การเข้าร่วมกิจกรรมทางวัฒนธรรม และการนับถือศาสนา แต่เด็กที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปมีแนวโน้มที่จะไม่สูญเสียลักษณะบ่งเฉพาะทางด้านวัฒนธรรมเนื่องมาจากการเคลื่อนย้าย นอกจากนี้ตามกฎหมายภายในของรัฐในเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว เด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี มักจะอยู่ในความปกครองของบิดามารดา ดังนั้นการบังคับเคลื่อนย้ายดังกล่าวไม่นำไปใช้กับ “ผู้ใหญ่” (adults)⁷⁶

นอกจากนี้ถ้อยคำดังกล่าวได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการเตรียมเพื่อก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Preparatory Commission of the International Court) ได้ร่างรายงานเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดทางอาญา (elements of crimes) มีการอธิบายถ้อยคำต่อไปนี่ว่า “เด็ก” (children) หมายถึงเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และ “การบังคับให้เคลื่อนย้าย” (forcibly transferring) ไม่จำกัดเฉพาะการบังคับทางกายภาพ (physical force) หรือใช้กำลังบังคับเท่านั้น แต่รวมถึงการบังคับข่มขู่หรือกรรโชก (threat of force or coercion) เช่น การกระทำ เช่นว่านั้นเป็นสาเหตุให้เกิดความกลัวเนื่องจากความรุนแรง การขู่เข็ญ (duress) การหน่วงเหนี่ยวกักขัง (detention) การทำให้อยู่ในภาวะที่ถูกบีบบังคับทางจิตใจ (psychological oppression) หรือการใช้อิทธิพลกระทำทารุณ (abuse of power)⁷⁷ ดังนั้นการบังคับให้เคลื่อนย้ายกระทำไม่ได้ไม่ว่าโดยกายภาพหรือทางจิตใจทำให้เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เคลื่อนย้ายออกจากกลุ่มซึ่งตนเป็นสมาชิกไปยังกลุ่มอื่น

อย่างไรก็ตามศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาในคำวินิจฉัยในคดี *Akayesu* คดี *Kayishema and Ruzindana* และคดี *Rutaganda* ได้ตีความว่า วัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าวมิใช่มีไว้เพียงเพื่อเป็นบทลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการบังคับทาง

⁷⁵ ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1983 ที่รัฐ New South Wales ของประเทศออสเตรเลีย มีการกระทำที่เรียกว่า “Stolen Generation” ซึ่งเป็นการขโมยเด็กชาวอบอริจิน (children of the Aborigines) ของชาวตะวันตกที่อาศัยอยู่ในออสเตรเลียมาเลี้ยงดูโดยปลูกฝังวัฒนธรรมชาวตะวันตกให้แก่เด็กพื้นเมืองดังกล่าว ในปี ค.ศ. 1983 รัฐ New South Wales ของประเทศออสเตรเลีย See Tatz, Colin. *Genocide in Australia*. Retrieved December 4, 2008, from <http://www.kooriweb.org/gst/genocide/tatz.html#8>

⁷⁶ William A. Schabas, *supra* note 2, pp. 176-177.

⁷⁷ *Ibid.*

กายภาพให้เคลื่อนย้ายเท่านั้น แต่รวมถึงการลงโทษการกระทำที่เกิดจากการข่มขู่หรือทำให้บอบช้ำทางจิตใจซึ่งนำไปสู่การบังคับให้เคลื่อนย้ายของเด็กจากกลุ่มหนึ่งไปยังกลุ่มอื่น⁷⁸ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจหยิบยกมาปรับใช้น้อยที่สุด⁷⁹

ประการที่สอง การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide) ตาม Article III (e)⁸⁰

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่มีความแตกต่างกันในแง่ของการกระทำ⁸¹ กล่าวคือ การกระทำของผู้ลงมือกระทำความผิด และการกระทำของผู้ร่วมกันทำความผิด ทั้งนี้การที่อนุสัญญาฯ รับรองและบัญญัติเรื่องการสมรู้ร่วมคิดใน

⁷⁸ Yusuf Akar, *supra note 9*, p. 227.

⁷⁹ Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *supra note 18*, p. 177.

⁸⁰ ดูประกอบกับข้อ (ข) ผู้กระทำ ซึ่งได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

⁸¹ ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าแนวคิดดังกล่าว เป็นแนวคิดตามระบบกฎหมายอาญาคอมมอนลอว์ซึ่งเน้นการพิจารณาจากลักษณะของการกระทำว่าเป็นการกระทำผิดฐานนั้นด้วยตนเอง หรือการร่วมกันกระทำความผิด มิใช่จากตัวผู้กระทำ จึงมองว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำความผิดคนละประเภทกันในการกำหนดฐานความผิดและลงโทษบุคคล

แตกต่างจากประมวลกฎหมายของไทยซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ตรงที่ ประมวลกฎหมายอาญาของไทยพิจารณาจากผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญว่า เป็นผู้กระทำความผิดคนเดียวหรือร่วมกันหลายคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีผู้กระทำความผิดหลายคนแบ่งประเภทของผู้กระทำออกเป็น ผู้ลงมือกระทำความผิด ตัวการ ผู้ใช้ ผู้ประกาศหรือผู้โฆษณา และผู้สนับสนุน ซึ่งประเภทของผู้กระทำความผิดดังกล่าวมีผลในการกำหนดโทษของผู้กระทำความผิดแต่ละคน โดยที่ความผิดที่เกิดขึ้นเป็นความผิดฐานเดียวกัน เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา หากนาย ก. ร่วมกับนาย ข. ใช้ปืนยิง นาย ค. คู่รักของทั้งคู่ที่เดินผ่านมา โดยนาย ก. เป็นผู้ลงมือ และนายข. เป็นผู้ดูต้นทางให้ เช่นนี้ หากผลคือ นายค. ตาย ความรับผิดชอบของนาย ก. (ผู้ลงมือ) ต่อนายค. คือ ฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามมาตรา 288 และความรับผิดชอบของนาย ข. (ตัวการ) คือ เป็นตัวการในฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนาตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 83 ซึ่งกฎหมายได้กำหนดโทษสำหรับตัวการไว้ให้ระวางโทษเสมือนผู้ลงมือ

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ให้เป็นการกระทำอื่น (other acts) ที่สามารถลงโทษได้นั้น มีนัยที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับในควมมีอยู่ของผู้ร่วมกระทำ ความผิดที่มีใช้ผู้ลงมือกระทำ ความผิด ซึ่งเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการยุยง ออกคำสั่ง ช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือแนะนำโดย “รู้” ถึงแผนการในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้นแม้ว่าผู้ลงมือกระทำ ความผิดซึ่งได้กระทำความผิดดังกล่าวสำเร็จแล้ว แต่ยังมีได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณา ผู้ร่วมกระทำ ความผิดก็ต้องรับผิดชอบในการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่มีใช้จากการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ ตามอนุสัญญา ฯ ได้แยกให้การกระทำทั้งสองเป็นการกระทำคนละประเภทกัน อย่างไรก็ตาม บุคคลจึงไม่อาจรับผิดชอบทั้งในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สำหรับการกระทำเดียวกัน⁸²

โดยทั่วไปแล้วความมุ่งหมายร่วมกันของการสมรู้ร่วมคิด (common purpose complicity) เพื่อกระทำความผิดนั้น Appeal Chamber ของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ในคดี *Tadic* ได้วางหลักไว้ว่า “สิ่งที่สำคัญที่สุดในการสมรู้ร่วมคิดกันกระทำความผิดหรือร่วมกันกระทำความผิด คือ องค์ประกอบภายใน (*mens rea*)” ปัจเจกชนอาจต้องมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของตนทั้งปวงที่ได้กระทำโดยผู้ร่วมในการกระทำความผิด (accomplice) ของตนซึ่งเกิดขึ้นจากความมุ่งหมายร่วมกัน (common purpose) เพื่อกระทำความผิด ดังนั้นผู้ร่วมในการกระทำความผิดอาจมีความผิดในอาชญากรรมซึ่งตนมิได้มีเจตนาที่แท้จริง เนื่องจากบุคคลดังกล่าวไม่อาจสังเกตเห็นได้ว่าผู้ร่วมในการกระทำความผิดกับตนนั้นได้กระทำการในลักษณะใด โดย Appeal Chamber ในคดีดังกล่าวได้ให้เหตุผลว่า “ข้อสังเกตที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในประเด็นนี้คือ การกระทำที่มากกว่ากระทำโดยประมาทเลินเล่อ (negligence) ทั้งนี้สิ่งที่กำหนดองค์ประกอบภายในหรือองค์ประกอบทางจิตใจของบุคคล คือ แม้ว่าบุคคลมิได้มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลบางอย่างขึ้นมา แต่บุคคลดังกล่าว “รู้สำนึก” (aware) ว่าการกระทำของกลุ่มของตนเป็นสิ่งที่ใกล้ชิดที่สุดกับผลของการกระทำที่จะเกิดขึ้นแต่ตนจงใจที่จะรับความเสี่ยงเช่นนั้น หรืออีกนัยหนึ่งเรียกว่า เจตนาธรรมดา (*dolus eventualis*) เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกระทำร่วมกันกระทำความผิด”⁸³

อย่างไรก็ตามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ด้วยเหตุที่บทบัญญัติตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใช้คำว่า “intent to destroy” ซึ่งนอกจากหมายถึงการที่ผู้ร่วมในการกระทำต้องมีเจตนา

⁸² See Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 25, p. 246.

⁸³ William A. Schabas, *supra* note 2, p. 303.

ธรรมดาแล้ว ยังต้องต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ผู้กระทำจึงจะมีความรับผิดชอบจากกระทำนั้น เนื่องจากเจตนาพิเศษเป็นองค์ประกอบภายในที่ขาดเสียไม่ได้

จากข้อพิจารณาข้างต้น การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide)⁸⁴ จึงหมายถึง การกระทำที่เกิดจากผู้กระทำความผิดหลายคนร่วมกันกระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งบุคคลดังกล่าวมีเจตนาเพื่อทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocidal intent) หรือมีเจตนาพิเศษ (specific intent) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายใน (mens rea) กล่าวคือ ต้องรู้ (knowledge) ถึงแผนการในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocidal plan) ประกอบกับการมีส่วนร่วมในการปฏิบัติตามแผนการเช่นนั้นซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก (actus reus)

ดังนั้นบุคคลย่อมต้องมีความรับผิดชอบในฐานะที่เป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิด (accomplice) ในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หากบุคคลเช่นนั้น “รู้” และ “ตั้งใจ” ที่จะให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสนับสนุนหรือให้คำแนะนำบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้นในการกระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้ว่าผู้ต้องหาดังกล่าวจะมีได้มีเป้าหมายร่วมในการทำลายล้างกลุ่มผู้ถูกกระทำที่ได้รับความคุ้มครอง ได้แก่ กลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมด เพียงแต่ผู้ต้องหา “รู้” ว่าการกระทำการ (action) หรืองดเว้นกระทำการ (omission) นั้นได้นำไปสู่หรืออาจจะนำไปสู่การทำลายล้างเช่นนั้น ย่อมมีความรับผิดชอบในการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ไม่ใช่จากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้กระทำเองโดยตรง ในทางตรงกันข้ามหากบุคคลเช่นนั้น “ไม่รู้” ถึงเจตนาเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของผู้ร่วมกระทำความผิดดังกล่าว บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ถูกดำเนินคดีในการกระทำความผิดฐานสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide) แต่อาจถูกดำเนินคดีในการกระทำความผิดฐานอื่น เช่น การสมรู้ร่วมคิดกันฆ่าคนตายโดยเจตนา (complicity in murder)⁸⁵

ประการที่สาม การกระทำผิดที่มีลักษณะเริ่มต้น (inchoate crimes)

การกระทำผิดที่มีลักษณะเริ่มต้น หมายถึง การเริ่มต้นในการกระทำความผิด ซึ่งต้องประกอบด้วยการกระทำต่อไปนี้ คือ⁸⁶ (1) เป็นการกระทำขั้นเตรียมเพื่อกระทำความผิดซึ่ง

⁸⁴ See Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 25, p. 246.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2003), p. 190.

ต้องห้ามตามกฎหมาย (2) เป็นการกระทำที่ยังไม่ประสบความสำเร็จจึงเป็นความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ และ (3) เป็นการกระทำที่ถูกลงโทษได้แม้ยังไม่มีผลปรากฏ

ในระบบกฎหมายอาญาภายในของหลายๆ ประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกลุ่มคอมมอนลอร์เรียกการกระทำดังกล่าวว่า การสมคบ (conspiracy) การยุยง (incite) และการพยายามกระทำความผิด

โดยได้นำมาบัญญัติไว้ใน Article III (b)-(e) ได้แก่ การสมคบ (conspiracy) การยุยง (incite) และการพยายามกระทำความผิด

เหตุผลสำคัญที่การกระทำที่มีลักษณะเริ่มต้น (inchoate crimes) เป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษ เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายและวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการลงโทษบุคคลในการกระทำความผิดที่มีลักษณะเริ่มต้นดังกล่าว เนื่องจากความผิดที่ร้ายแรงบางเรื่องซึ่งผู้กระทำได้แสดงเจตนาออกมาเป็นการกระทำอย่างชัดแจ้งแล้ว กฎหมายจำเป็นต้องยับยั้งไว้เพื่อมิให้ลุกลามเป็นความผิดสำเร็จก่อความเสียหายต่อไป โดยการกำหนดเป็นความผิดเสียก่อนตั้งแต่เริ่มแรก⁸⁷ นอกจากนี้หากรอจนกระทั่งผู้กระทำความผิดกระทำไปจนความผิดสำเร็จ ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสังคมอย่างมาก⁸⁸ จึงต้องการตัดไฟต้นลมในความเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐและความผิดที่เป็นอันตรายต่อประชาชน⁸⁹

การกระทำผิดที่มีลักษณะเริ่มต้น (inchoate crimes) ตาม Article III (b) - (d) ได้แก่ ประการแรก การสมคบกันกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (conspiracy to commit genocide)

การสมคบ (conspiracy) หมายถึง การที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป รู้เห็นเป็นใจหรือตกลงกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเพื่อให้เกิดการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁰

⁸⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 49 and Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 25*, p. 236.

⁸⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *เพิ่งอ้าง*, น. 49.

⁸⁹ คณิต ฅ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 303.

⁹⁰ สิริรักษ์ จรูญโรจน์ ฅ อยุธยา, “ความรับผิดในทางอาญาของผู้เข้าร่วมในองค์กรอาชญากรรม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 5.

บทบัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษผู้สมคบกันกระทำความผิดในสนธิสัญญาบางฉบับ เช่น ใน Article VI ของความตกลงลอนดอน (The London Agreement) ซึ่งวางหลักว่าสามารถลงโทษบุคคลซึ่งได้มีส่วนในแผนการที่วางไว้ร่วมกัน (a common plan) หรือสมคบกันกระทำความผิด (conspiracy for the accomplishment) ในความผิดอาชญากรรมต่อสันติภาพ (crimes against peace) อาชญากรรมสงคราม (war crimes) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) อันได้แก่ ผู้นำ (leaders) ผู้ก่อตั้ง (organizers) ผู้ยุยง (instigators) และผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งมีส่วนร่วมในแผนการ (formulation) หรือในการปฏิบัติการ (execution) ตามแผนการที่วางไว้ร่วมกัน หรือสมคบกันเพื่อกระทำความผิดในอาชญากรรมเช่นว่านั้น ย่อมต้องมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำทั้งหมดที่ได้กระทำโดยบุคคลซึ่งได้ปฏิบัติตามแผนการเช่นว่านั้น⁹¹

ต่อมาในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ Article III (b) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษผู้สมคบกันกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ถือเป็นบุคคลที่ต้องรับโทษตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงอาจกล่าวได้ว่าพื้นฐานทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว นอกจากนี้หลักดังกล่าวยังนำไปใช้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา แต่กลับไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งนำแปลกและทำให้มีข้อถกเถียงเกี่ยวกับการขาดองค์ประกอบที่กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจก็มีส่วนสำคัญในการให้คำนิยามการสมคบกันกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่น ในคดี *Musema* ซึ่งพิจารณาโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา ได้วินิจฉัยว่า การสมคบกันกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หมายความว่า ความตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปในการกระทำการซึ่งเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ส่วนองค์ประกอบภายใน (*mens rea*) ของผู้สมคบนั้นขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายในการวางแผนร่วมกันกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพื่อที่จะทำลายกลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนาทั้งหมดหรือบางส่วน กล่าวคือ ผู้สมคบจำต้องมีเจตนาพิเศษ (*specific intent* หรือ *dolus specialis*) เพื่อที่จะทำลายกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน นอกจากนี้ในคดีดังกล่าวยังได้เน้นว่า การสมคบกันกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำที่

⁹¹ Antonio Cassese, *supra* note 86, p. 197.

ต้องได้รับโทษ แม้ว่ากระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ได้วางแผนร่วมกันนั้นจะมีได้กระทำขึ้น กล่าวคือ ผู้สมคบกันนั้นต้องรับโทษ แม้ว่ากระทำความผิดนั้นยังไม่สำเร็จ⁹²

ประการที่สอง การยุยงบุคคลอื่นโดยตรงและเปิดเผยต่อสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (direct and public incitement to commit genocide)

แม้ว่าตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ได้คำนิยามถ้อยคำดังกล่าวไว้ เพียงแต่กำหนดว่าการยุยงให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่เพียงแต่จะต้องเป็นการกระทำโดยตรงแล้ว แต่ยังต้องเป็นการกระทำต่อสาธารณะด้วย ในขณะเดียวกันการยุยงสามารถลงโทษได้แม้ว่าการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะยังมีได้กระทำลง ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดจากคดี *Akayesu* ที่พิจารณาโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการยุยงโดยตรงต่อสาธารณะเพื่อกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งได้นิยามโดยการตีความตาม Article 2 (3) (c) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาซึ่งบัญญัติเช่นเดียวกับ Article III (c) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า เป็นการปลุกปั่นหรือยุยงผู้กระทำโดยตรงเพื่อให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่าจะกระทำโดยผ่านการปราศรัย การตะโกน หรือการข่มขู่ ซึ่งได้กล่าวในสถานที่สาธารณะ (public places) หรือในการชุมนุมสาธารณะ (public gatherings) หรือผ่านการขาย (sale) หรือการแจกจ่าย (dissemination) หรือการเสนอขาย (offer for sale) หรือการเผยแพร่ในวัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษร (written material) หรือสิ่งพิมพ์ (printed matter) ในที่สาธารณะหรือการชุมนุมในที่สาธารณะ หรือผ่านการเผยแพร่ต่อสาธารณะในใบปลิว (placards) หรือป้ายประกาศ (posters) หรือผ่านวิธีการใดๆ ของการสื่อสารทางภาพและเสียง (audiovisual communication)⁹³

ส่วนองค์ประกอบที่เป็นอัตวิสัย (subjective element) หรือองค์ประกอบภายในของผู้กระทำนั้นศาลดังกล่าววินิจฉัยว่า “การยุยงดังกล่าวต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษหรือความมุ่งหมายโดยตรง เพื่อกระตุ้นหรือปลุกปั่นให้ผู้อื่นกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งนี้เจตนาพิเศษเช่นว่านั้นย่อมเป็นสิ่งที่สื่อถึงความปรารถนาของผู้กระทำ (ผู้ลงมือ) อันเป็นองค์ประกอบภายในซึ่งแสดงออกผ่านการกระทำ ดังนั้นบุคคลผู้ยุยงให้บุคคลอื่นกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจึงต้องมีเจตนาพิเศษ (specific intent) เพื่อที่จะกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยการทำลายทั้งหมด

⁹² *Ibid.*, pp. 197-198.

⁹³ *Ibid.*, p. 198.

หรือบางส่วนต่อกลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนาฉันใดผู้กระทำ (ผู้ลงมือ) ย่อมมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองด้วยฉันนั้น⁹⁴

นอกจากนี้คดี *Ruggiu* ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับนักหนังสือพิมพ์ของ “Radio Mille Collines” ถูกกล่าวหาโดยอัยการแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับวันดาว่า เป็นการยุยงโดยตรงต่อสาธารณชนเพื่อกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ที่เป็นการรังควาน (persecution) ซึ่งเป็นการกระทำโดยเจตนาและทำให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานขั้นรุนแรงอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเหตุผลของลักษณะเฉพาะของกลุ่มหรือการรวมตัว โดยศาลดังกล่าวได้วินิจฉัยว่า “เมื่อพิจารณาถึงการกระทำที่เป็นการรังควาน (persecution) ซึ่งการที่จำเลยได้รับสารภาพ เป็นการแยกแยะองค์ประกอบทั่วไปได้ชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ การกระทำเหล่านั้นเป็นการกระจายเสียงทางวิทยุซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเลือกออกจากกลุ่มและการโจมตีชาวทุตซี (Tutsi) ซึ่งเป็นกลุ่มทางเผ่าพันธุ์และชาวเบลเยียมด้วยเหตุผลของการเลือกปฏิบัติ (on discriminatory ground) โดยการทำให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานในการมีชีวิต เสรีภาพและหลักมนุษยธรรมพื้นฐานซึ่งสมาชิกของกลุ่มมีสิทธิได้รับอย่างกว้างขวาง การทำให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิต่างๆ ดังกล่าว ยังสามารถพิจารณาได้อีกหนึ่งนัยหนึ่งว่า เป็นการกระทำที่มุ่งหมายถึงชีวิตและการกำจัดบุคคลดังกล่าวให้ลื่นไถลไปจากสังคมซึ่งผู้ทำ กับผู้ถูกกระทำอาจอาศัยอยู่ในบริเวณชุมชนกันหรืออยู่ในบริเวณเดียวกัน”⁹⁵

ประการที่สาม การพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (attempt to commit genocide)

การพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การเริ่มต้นในการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำขั้นลงมือกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocidal acts) ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน Article II (a)-(e) โดยเป็นกระทำความผิดไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่ไม่บรรลุผล ทั้งนี้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้บัญญัติให้การพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (attempt to commit genocide) Article III (e) และปัจเจกชนไม่ว่ามีสถานะทางสังคมในลำดับขั้นใดที่ได้พยายามกระทำความผิดดังกล่าว ย่อมเป็นบุคคลต้องรับผิดชอบตาม Article IV เป็นการกระทำที่สามารถของโทษได้ตาม Article IV เช่นกัน

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

การกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดลอยๆ นั้นไม่มี หากแต่ต้องเป็นเรื่องการพยายามกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง⁹⁶ ดังนั้นการพยายามกระทำความผิดจึงประกอบด้วยองค์ประกอบภายในคือ เจตนา เมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเกี่ยวกับความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งต้องประกอบด้วยเจตนาและเจตนาพิเศษ หากการกระทำความผิดไม่สำเร็จ ก็เป็นการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อย่างไรก็ตามการพยายามกระทำความผิดย่อมเป็นธรรมดาที่จะไม่มีการพยายามกระทำความผิดของการกระทำที่มีลักษณะเริ่มต้นไม่ว่าจะเป็นการพยายามสมคบ การพยายามยุยงหรือการพยายามใช้ให้กระทำความผิด เนื่องจากความผิดเหล่านี้เกิดขึ้นก่อนการพยายาม หรือการเตรียมการกระทำความผิดเสียอีก⁹⁷ ดังนั้นจึงไม่มีความผิดฐานพยายามสมคบ หรือพยายามยุยงให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

นอกจากนี้การพยายามกระทำความผิดนั้นเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับผิดโดยไม่ต้องรอให้เกิดผลสำเร็จ เพียงแต่ผู้กระทำมีการกระทำที่แสดงเจตนาและมุ่งต่อความผิดสำเร็จ โดยไม่มีการหยุดยั้ง เป็นความผิดที่ครบองค์ประกอบโดยไม่ต้องการผล ดังนั้นการพยายามกระทำความผิดจึงประกอบด้วย⁹⁸ การลงมือและการไม่บรรลุผล⁹⁹ กล่าวคือ

ประการแรก การลงมือ ผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำความผิดเสียก่อน ถ้าไม่มีเจตนากระทำความผิดก็เป็นพยายามกระทำความผิดไม่ได้ เพราะไม่รู้ว่าพยายามกระทำความผิดฐานใดต่อผู้ใด ผู้กระทำต้องมีการกระทำเพื่อมุ่งถึงผลสำเร็จ โดยต้องได้กระทำถึงขั้น “ลงมือ” และ

ประการที่สอง การไม่บรรลุผล คือ การกระทำนั้นยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ กล่าวคือ การกระทำไม่เกิดผลครบองค์ประกอบเป็นความผิดสำเร็จตามที่ผู้กระทำเจตนา

(ค) ผู้ถูกกระทำ

ผู้ถูกกระทำหรือผู้ตกเป็นเหยื่อ¹⁰⁰ (victims) หมายถึง กลุ่มของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คำว่า กลุ่ม (groups) ที่ได้รับความคุ้มครองตาม

⁹⁶ คณิต ฅ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 303.

⁹⁷ *เพ็งอ้าง*.

⁹⁸ ศ.ดร คณิต ฅ นคร ได้อธิบายว่าการพยายามกระทำความผิดประกอบด้วย การตัดสินใจเด็ดขาดปราศจากเงื่อนไข การกระทำอันเป็นการลงมือกระทำความผิดและการกระทำนั้นยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ โปรดดูรายละเอียดใน *เพ็งอ้าง*, น. 307.

⁹⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 50 และ น. 53.

¹⁰⁰ Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 25*, pp. 69-70.

อนุสัญญาดังกล่าว หมายถึง ความเป็นสมาชิกของกลุ่มนั้นๆ เกิดมีขึ้นตามธรรมดาโดยไม่จำเป็นต้องมีการเรียกร้องจากสมาชิกของกลุ่มนั้น แต่มีขึ้นโดยอัตโนมัติจากการเกิด (by birth) ซึ่งมีลักษณะต่อเนื่องและติดตัว ดังนั้นกลุ่มที่ยังมีการเคลื่อนย้ายหรือยังไม่นิ่ง (mobile group) เช่น กลุ่มทางการเมือง กลุ่มทางเศรษฐกิจ กลุ่มทางอาชีพ จึงเป็นกลุ่มที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญานี้ และอาจกล่าวได้ว่ากลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองมีลักษณะร่วมกันอย่างหนึ่งคือ กลุ่มที่มีการรวมตัวกันในลักษณะเป็นการถาวร (stable group)

กลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง (protected groups) ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์¹⁰¹ ได้แก่

(1) กลุ่มชาติ (national group) คือ การรวมกลุ่มของคนซึ่งเป็นที่รับรู้ว่ามีจุดเกาะเกี่ยวร่วมกันทางกฎหมายในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐเดียวกัน โดยรัฐกับพลเมืองดังกล่าวได้รับประโยชน์ต่างตอบแทนกันในลักษณะเป็นสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

(2) กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ (ethnic group) คือ กลุ่มที่แบ่งแยกตามลักษณะของการถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์ที่แสดงออกมามีลักษณะที่แตกต่างจากพื้นที่ทางภูมิศาสตร์โดยไม่คำนึงถึงองค์ประกอบทางภาษา วัฒนธรรม คนชาติ หรือศาสนา

(3) กลุ่มทางเชื้อชาติ (racial group) คือ ผู้ซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ใช้ภาษาและวัฒนธรรมร่วมกัน การแบ่งแยกหรือการระบุว่าเป็นกลุ่มทางเชื้อชาติหรือไม่ พิจารณาได้จากการแบ่งแยกโดยกลุ่มของตน หรือได้รับการระบุโดยกลุ่มอื่นด้วยเหตุการใช้ภาษาและวัฒนธรรมร่วมกัน รวมทั้งการแบ่งแยกโดยผู้ก่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

(4) กลุ่มทางศาสนา (religious group) คือ ว่าหมายถึง กลุ่มซึ่งสมาชิกนับถือศาสนา นิกาย หรือรูปแบบในการเคารพบูชา ตลอดจนความเชื่อร่วมกัน

อย่างไรก็ตามอนุสัญญานี้มิได้บัญญัติรวมถึงกลุ่มทางการเมือง (political group) ให้เป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองเนื่องจากอาจนำไปสู่การแทรกแซงกิจการทางการเมืองของรัฐอื่น ซึ่งกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ¹⁰² (ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในข้อ 2.3)

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*, p.69.

2.2.2 องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายใน (*mens rea* หรือ mental elements) คือ ความมุ่งหมายที่จะกระทำความผิดของบุคคล guilty mind หรือ criminal intent หรือ ความรู้สึกภายในจิตใจในขณะที่กระทำซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ ดังนั้นจึงต้องอาศัยพฤติการณ์ต่างๆ ซึ่งผู้กระทำแสดงออกมาภายนอกเป็นหลักในการวินิจฉัยสภาพจิตใจของผู้กระทำในขณะกระทำ¹⁰³

องค์ประกอบภายใน หมายถึง องค์ประกอบทางอัตวิสัย (subjective element) เป็นการพิจารณาเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดโดยตรง ซึ่งเป็นภาวะจิตใจที่น่าตำหนิของผู้กระทำ อันต้องนำมาประกอบกับส่วนของ *actus reus* เพื่อดูว่าจะลงโทษเพียงใน *mens rea*¹⁰⁴ หมายถึง เจตนา ร้าย จิตใจเกี่ยวกับความประสงคร้าย หรือจิตใจที่ชั่วร้าย

ดังที่กล่าวมาข้างต้น *mens rea* เป็นภาวะจิตใจที่น่าตำหนิของผู้กระทำ หากการกระทำเกิดจากความบกพร่องของจิตใจ หรือการกระทำที่เกิดจากจิตใจที่ไม่ควรจะถูกตำหนิของผู้กระทำ กฎหมายจะไม่ลงโทษ เพราะขาดในส่วนของ *mens rea* ประกอบกับการพิจารณาเช่นในการกระทำของเด็ก คนวิกลจริต ความไม่รู้กฎหมาย สำคัญผิด มึนเมา และจำเป็น เป็นต้น

แม้ว่าองค์ประกอบภายใน (*mens rea*) ของการกระทำความผิดทางอาญานั้นมีหลายประเภทไม่เพียงแต่เรื่องเจตนา (intent) อย่างไรก็ตามองค์ประกอบภายใน (*mens rea*) ของ

¹⁰³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 14*, น. 135.

¹⁰⁴ สามารถแบ่งได้เป็น 4 ลักษณะ คือ

ประการแรก การกระทำโดยเจตนา (intention) คือ การกระทำที่รู้ข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์แห่งการกระทำอันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิด และเป็นกรณีที่ผู้กระทำต้องการให้เกิดผลขึ้นจากการกระทำนั้น

ประการที่สอง การกระทำโดยประมาทรู้ตัว (reckless) เป็นการกระทำโดยรู้สึกอยู่แล้วว่า เป็นการเสี่ยงภัย แต่ยังขึ้นทำลงไป

ประการที่สาม ประมาท (negligence) เป็นสภาวะของจิตที่ไม่คำนึงถึงอันตรายที่เกิดจากการกระทำของตน โดยผู้กระทำสามารถใช้ความระมัดระวังได้ แต่ไม่ได้ใช้เป็นเหตุให้เกิดผลนั้น

ประการที่สี่ การกระทำโดยพลั้งเผลอ เป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (blameless inadvertence) ดูรายละเอียดใน รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 16*, น. 32.

อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีจัดอยู่ในประเภทเจตนา (intent) และต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษ (specific intent หรือ *dolus specialis*) ด้วย ดังนั้น ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในส่วนขององค์ประกอบภายใน (*mens rea*) จึงไม่รวมเรื่อง ประมาท (reckless) และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence)¹⁰⁵

(ก) เจตนา

เจตนา¹⁰⁶ (Intent) หมายความว่า ผู้กระทำตัดสินใจกระทำโดยรู้ว่าการกระทำของตน จะก่อให้เกิดผลอย่างไรหรือรู้ว่าผลนั้นจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนจากการกระทำของเขา เช่น ผู้กระทำมีเจตนาฆ่าก็ต่อเมื่อผู้กระทำต้องการจะทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย หรือผู้กระทำจะมีเจตนาทำร้ายก็ต่อเมื่อผู้กระทำต้องการทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ¹⁰⁷

การกระทำที่จะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นผู้กระทำต้องรู้สำนึกถึงการกระทำ การหรืองดเว้นกระทำนั้น กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้หรือควรรู้ว่าตนได้กระทำความผิด ทั้งนี้ การกระทำ หรือกรรมเป็นสิ่งสำคัญที่จะเป็นเครื่องชี้เจตนาของผู้กระทำ

แม้ว่าในอนุสัญญานี้จะมีได้บัญญัติว่า การกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องประกอบด้วยเจตนาธรรมดาด้วย แต่เมื่อพิจารณาในฐานะการกระทำความผิดทางอาญาฐานหนึ่ง การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำที่ต้องประกอบด้วยเจตนาธรรมดา (intent)¹⁰⁸ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาได้วินิจฉัยในคดี *Akayesu* ไว้ว่า “องค์ประกอบทางด้านจิตใจย่อมสะท้อนออกมาจากความปรารถนาของจำเลยว่า โดยแท้จริงแล้วอาชญากรรมจะต้องได้กระทำขึ้น”¹⁰⁹ นอกจากนี้ย่อมเป็นที่รับรู้ได้ว่าการกระทำผิดทางอาญาเช่นว่านั้นต้อง

¹⁰⁵ Antonio Cassese, *supra note 86*, p. 103

¹⁰⁶ ตามกฎหมายไทยคำว่า เจตนา (intention) หรือเจตนาธรรมดาหมายถึงความประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำนั้น ซึ่งหมายถึงผลสำเร็จแห่งการกระทำนั่นเอง รวมทั้งผลอันเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นด้วย เหตุนี้เจตนาจึงมิใช่แต่เพียงการกระทำโดยรู้สำนึกหรือจิตใจบังคับการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย (อิริยาบถ) เท่านั้น แต่จะต้องประกอบด้วย ความมุ่งหมายต่อผลตามความหมายดังกล่าวอีกด้วย โปรดดูรายละเอียดใน จิตติ ดิงศภัทิย์. อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 43*, น. 181-182.

¹⁰⁷ Wayne R LaFave, *Criminal Law*, 4th Edition (2004), p. 244.

¹⁰⁸ William A. Schabas, *supra note 2*, p. 213.

¹⁰⁹ “The moral element is reflected in the desire of the Accused that the

กระทำโดยเจตนา และเจตนาของเจตนาได้รับการยืนยันใน Article 30 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ¹¹⁰

(ข) เจตนาพิเศษ¹¹¹

การกระทำความผิดโดยเจตนาบ่อยมีมูลเหตุที่ทำให้ผู้กระทำตกลงใจกระทำความผิดนั้น สาเหตุหรือมูลเหตุจูงใจนี้ไม่มีในความผิดฐานประมาท แต่มีอยู่ในเฉพาะความผิดโดยเจตนาบางฐาน คำว่ามูลเหตุจูงใจนี้ตามกฎหมายระบบคอมมอนลอว์เรียกว่า “เจตนาพิเศษ” (special intent หรือ specific intent หรือ *dolus specialis*) ตามปกติกฎหมายอาญาคำนี้ถึงแต่เฉพาะเจตนาทั่วไป (*dolus generis*) ตามมาตรา 59 วรรคหนึ่งและวรรคสองของประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งเป็นองค์ประกอบสามัญเท่านั้น ผู้กระทำจะได้กระทำเพราะเหตุจูงใจดีหรือชั่วอย่างไรไม่สำคัญในการที่จะชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่¹¹²

เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจให้กระทำความผิดแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประการแรก อาจเป็นเหตุจูงใจที่เป็นข้อเท็จจริงอันได้เกิดขึ้นแล้วในขณะกระทำความผิด ข้อเท็จจริงนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำตกลงใจกระทำความผิด (*motif determinant*) คือ การกระทำความผิดเพราะอะไร¹¹³

ประการที่สอง อาจเป็นเหตุจูงใจอันเป็นข้อเท็จจริงที่ยังไม่เกิดขึ้น แต่ผู้กระทำมุ่งประสงค์ต่อข้อเท็จจริงอันจะเป็นผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่เกิดขึ้นเพราะการกระทำนั้น (*but, intention finale*) คือ การกระทำความผิดเพื่ออะไร¹¹⁴ หรือโดยมุ่งหมายอะไร¹¹⁵

crime be in fact committed.” in *Prosecutor v. Akayesu*, note 11 above, para. 475 cited by *Ibid*.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 215-216.

¹¹¹ หรือเรียกว่า “มูลเหตุจูงใจ” ซึ่งคำว่ามูลเหตุจูงใจนี้นักนิติศาสตร์ไทยได้รับการศึกษาเพิ่มเติมจากประเทศคอมมอนลอว์ หรือได้รับอิทธิพลจากความคิดคอมมอนลอว์มักเรียกว่า “เจตนาพิเศษ” ใน คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13*, น. 157.

¹¹² จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 43*, น. 245.

¹¹³ เช่น เพราะเจ้าพนักงานกระทำหรือได้กระทำตามหน้าที่ มาตรา 136 และมาตรา 289 (2),(3) ประมวลกฎหมายอาญาของไทย

¹¹⁴ เช่น มาตรา 1 (1), มาตรา 67 มาตรา 68 มาตรา 113 และมาตรา 157 ประมวล

แม้ว่ามูลเหตุจูงใจหรือเจตนาพิเศษจะเป็นองค์ประกอบภายในที่นอกเหนือจากเจตนาธรรมดา และเจตนาธรรมดากับเจตนาพิเศษนั้นมีความแตกต่างกันอยู่ที่ว่า เจตนาพิเศษ คือ เจตนาให้เกิดผลโดยตรงเท่านั้น ไม่มีการเล็งเห็นผลดังเช่นกรณีเจตนาธรรมดาก็ตาม แต่เจตนาพิเศษเป็นองค์ประกอบภายในเพิ่มเติมจากเจตนาธรรมดาในความผิดอาญาบางฐาน ด้วยเหตุนี้จะมีเจตนาพิเศษอยู่บ่อยๆ โดยไม่มีเจตนาธรรมดา คือประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลไม่ได้¹¹⁶

เจตนาพิเศษ (special intent หรือ specific intent หรือ *dolus specialis*) หมายถึง ความผิดที่อยู่นอกเหนือจากเจตนาธรรมดา (*dolus generalis*) กล่าวคือ ผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำ ดังนั้นหากผู้กระทำมีแต่เจตนาธรรมดาเท่านั้นผู้กระทำก็ยังไม่มีความผิดเพราะถือว่ายังขาดองค์ประกอบภายในส่วนที่ว่าด้วยเจตนาพิเศษ ทั้งนี้เจตนาพิเศษแตกต่างจากเจตนาธรรมดา เพราะเจตนาธรรมดามีทั้งประสงค์ต่อผลและเล็งเห็นผล ส่วนเจตนาพิเศษนั้น เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “เพื่อ...” ผู้กระทำจึงจะต้องมีเจตนาโดยตรงมุ่งต่อการนั้นเท่านั้น จึงจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษ¹¹⁷

การกระทำใดๆที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นอาชญากรรม ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาธรรมดา กล่าวคือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกว่าได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประกอบกับเจตนาเพื่อที่จะทำลาย กลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติและกลุ่มทางศาสนาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน (in whole or in part) ดังนั้นการกระทำที่จะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องมีเจตนาซึ่งเป็นเจตนาพิเศษ (specific intent) ที่มุ่งหมายเพื่อที่จะทำลาย (to destroy) กลุ่มที่ได้รับ ความคุ้มครองทั้งหมดหรือบางส่วน ดังนั้นจึงเกิดปัญหาว่า ในกรณีที่ปราศจากเจตนาพิเศษ หรือไม่อาจพิสูจน์เจตนาพิเศษได้ จะถือว่าขาดองค์ประกอบของความผิดตามอนุสัญญาหรือไม่ ซึ่งตามอนุสัญญาดังกล่าวต้องการที่จะแยกแยะความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ออกจากความผิดฐานฆ่าคนตายทั่วไปซึ่งเป็นเขตอำนาจของศาลภายในประเทศ และแยกออกอาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งเป็นการฆ่าคนตายจำนวนมากโดยการโจมตีพลเมืองเป็นบริเวณกว้างหรืออย่างเป็นระบบซึ่งมิได้มุ่ง

กฎหมายอาญาของไทย

¹¹⁵ เช่น มาตรา 115 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย

¹¹⁶ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 44, น. 182.

¹¹⁷ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 14, น. 170-171.

หมายที่จะกระทำต่อบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะซึ่งขาดเจตนาพิเศษ ดังนั้นการกระทำที่จะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศและก่อให้เกิดความรับผิดชอบของปัจเจกชนตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษเพื่อทำลายล้างกลุ่มมนุษยกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งด้วย¹¹⁸

เจตนาพิเศษของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้เองเป็นสิ่งที่ทำให้สามารถแยกอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ออกจากความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศฐานอื่นได้ เช่น อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็นต้น

ในส่วนขององค์ประกอบภายในเรื่องเจตนาพิเศษ นอกจากต้องใช้กับผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ยังต้องใช้บังคับกับผู้ร่วมกระทำความผิดด้วย ไม่ว่าจะเป็นผู้สมคบ (conspirator) ผู้วางแผน (planner) หรือผู้ให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก (aider and abettor) เป็นองค์ประกอบภายในของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ต่างต้องมีเจตนาที่จะทำลาย (intent to destroy) กลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติหรือกลุ่มทางศาสนา บางส่วนหรือทั้งหมด อย่างไรก็ตามมีปัญหาเจตนาพิเศษที่ได้บัญญัติไว้ใน Article II ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะนำมาใช้ผู้ร่วมกระทำความผิด (หรือที่ตามอนุสัญญา ใช้คำว่า การกระทำอื่น (other acts)) ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน Article III ด้วยหรือไม่ เมื่อพิจารณาในแง่ตรรกะแล้วสำหรับการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เมื่อผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษชนิดผู้ร่วมกระทำความผิด เช่น ผู้ร่วมกระทำความผิด ผู้สมคบ ผู้ยุยง หรือผู้พยายามกระทำความผิด เป็นต้น ย่อมต้องมีเจตนาพิเศษในการกระทำความผิดด้วยเช่นกัน จึงน่าจะนำเอาเจตนาพิเศษมาใช้บังคับกับการร่วมกระทำความผิดด้วยนั่นเอง เนื่องจากโดยตรรกะของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ผู้กระทำผิดส่วนมากจะได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาของตนให้กระทำความผิดดังกล่าว¹¹⁹ ดังนั้นผู้ร่วมกระทำความผิดหรือผู้สมคบซึ่งมีสถานะเป็นผู้ปกครองตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นรัฐบาลทหารหรือรัฐบาลพลเรือน รวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้รับคำสั่งไปสั่งการต่ออาจต้องรับผิดชอบหรือมีความรับผิดชอบมากกว่าผู้ลงมือกระทำความผิด ซึ่งโดยแท้จริงแล้วเป็นผู้ก่ออาชญากรรมทางเทคนิคเท่านั้น จึงพอสรุปได้ว่าองค์ประกอบภายใน (*mens rea*) ที่ใช้กับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำโดยผู้กระทำความผิดโดยตรงซึ่งประกอบด้วยเจตนาและเจตนาพิเศษ ย่อมนำมาใช้กับผู้

¹¹⁸ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 88-89.

¹¹⁹ William A. Schabas, *supra note 2*, p. 259.

ร่วมกระทำความผิดซึ่งมีส่วนในการกระทำผิดในการสมรู้ร่วมคิด (complicity) หรือการกระทำความผิดในความผิดที่มีลักษณะเริ่มต้น (inchoate crimes or inchoate offences) ด้วยเช่นกัน

2.2.3 ปัญหาการใช้และการตีความองค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

(ก) องค์ประกอบภายนอก

ประการแรก ผู้กระทำความผิด

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ได้ให้คำนิยามผู้กระทำความผิดไว้ว่ามีผู้ใดบ้าง เพียงแต่บัญญัติกว้างๆ ถึงบุคคลที่ต้องรับผิดชอบการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เท่านั้น

ประการที่สอง การกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

- การชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing)¹²⁰

การกระทำอีกประการหนึ่งที่ยังคงมีความคลุมเคลือว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ เนื่องจากมิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ กรณีของการบังคับให้มีการอพยพย้ายถิ่น (forced migrations) เช่น การชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) ในอดีตประเทศยูโกสลาเวียนั้นเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในระหว่างกระบวนการจัดเตรียมร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ผู้ร่างปฏิเสธข้อเสนอของประเทศซีเรียที่ให้รวมมาตรการซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อบังคับสมาชิกของกลุ่มให้ละทิ้งถิ่นที่อยู่ของตนเพื่อหลบหนีการคุกคามอันเป็นผลสืบเนื่องจากการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม (ill-treatment)¹²¹ อย่างไรก็ตามการเนรเทศประชาชนนวงมาก (mass deportation) ภายใต้เงื่อนไขอันไรซึ่งมนุษยธรรม (inhumane condition) อาจเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ หากการกระทำดังกล่าวนั้นประกอบด้วยเจตนาพิเศษ ยกตัวอย่างเช่น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (The International Law Committee: ILC) ได้เสนอความคิดเห็นว่า การเนรเทศซึ่งจะนำไปสู่เจตนาเพื่อทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocidal intent) ย่อมอยู่ภายใต้ Article II (c)¹²² ของอนุสัญญาทำลายล้าง

¹²⁰ See *Ibid.*, pp.189-201 and see Antonio Cassese, *supra* note 86, pp. 98-100.

¹²¹ See Antonio Cassese, *ibid.*, p. 98-99.

¹²² โดย Article II (c) บัญญัติว่า “จงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน”

เผ่าพันธุ์ เช่นเดียวกับผู้เชี่ยวชาญของ The United Nations Commission ที่ตั้งขึ้นสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ได้ให้คำนิยามคำว่า “ethnic cleansing” ว่าเป็นการดำเนินการใดๆ โดยการใช้อำนาจหรือการบังคับขู่เข็ญเพื่อให้กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ใดเผ่าพันธุ์หนึ่ง โยกย้ายไปจากถิ่นซึ่งกลุ่มเหล่านั้นเคยอาศัยอยู่ร่วมกัน¹²³ และรวมถึงเห็นว่าการกระทำที่ประกอบอยู่ใน ethnic cleansing ดังต่อไปนี้ อาจนำไปสู่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฯ ได้ ได้แก่ การฆ่าคนโดยเจตนา (murder) การทรมาน (torture) การจับกุมตามอำเภอใจ (arbitrary arrest) และการกักขัง (detention) การตัดสินประหารชีวิตคนจำนวนมาก (extra-judicial executions) การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) และการกระทำรุนแรงทางเพศ (sexual violence) การสร้างค่ายกักประชาชนพลเมืองให้อยู่ในพื้นที่แออัด (confinement of civilian population in ghetto areas) การบังคับให้โยกย้าย (forcible remove) การย้ายที่และการเนรเทศประชาชนพลเมือง (displacement and deportation of civilian population) การจงใจโจมตีด้วยกำลังทหารหรือขู่เข็ญว่าจะโจมตีพลเมืองและบริเวณที่อยู่อาศัยของพลเรือน (deliberately military attacks or threats on civilians and civilian areas) และการทำลายทรัพย์สินตามอำเภอใจ (wanton destruction of property)¹²⁴

สำหรับการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) นี้ เป็นถ้อยคำที่ยังคงเป็นปัญหาและเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ผู้กระทำความผิดใช้หลีกเลี่ยงเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ทั้งนี้การใช้และตีความคำว่า ชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) ว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่นั้นย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ปรากฏในคำวินิจฉัยในคดีต่างๆ ของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย หรือศาลภายในรัฐด้วย¹²⁵

คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) ของศาล แบ่งออกเป็น 2 แนวได้แก่¹²⁶

¹²³ Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), May 27, 1994, UN Doc. S/1994/674 at 33 cited by Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra* note 6, p. 32.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Antonio Cassese, *supra* note 86, pp. 99-100.

¹²⁶ *Ibid.*

แนวแรก คดีที่ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากการกระทำลักษณะดังกล่าวไม่ใช่การบังคับขับไล่ให้บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ (ethnic group) กลุ่มทางเชื้อชาติ (racial group) หรือกลุ่มทางศาสนาออกไปจากกลุ่มซึ่งเป็นไปตามลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างแท้จริง โดยศาลให้เหตุผลว่าผู้กระทำขาดเจตนาพิเศษ เช่น ในคดี *Jelusic* (1999) ซึ่งวินิจฉัยโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย หรือในคดี *Vuckovic* ซึ่งวินิจฉัยโดยศาลแห่งโคโซโว (Court of Kosovo) โดยอาศัยเหตุผลเดียวกัน

แนวที่สอง คดีที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากการบังคับขับไล่ในพฤติการณ์บางอย่างอาจเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่น ในคดี *Karadzic and Mladic* (1995) ซึ่งวินิจฉัยโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ทั้งนี้ศาลดังกล่าวให้เหตุผลว่าผู้กระทำมีเจตนาเพื่อทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocidal intent) ซึ่งประกอบด้วยเจตนาพิเศษ โดยการใช้นโยบายชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) มุ่งหมายที่จะสร้างเขตแดนใหม่โดยการเปลี่ยนแปลงด้วยความรุนแรงต่อกรากลุ่มชาติ หรือกลุ่มทางศาสนาซึ่งเป็นส่วนประกอบหนึ่งของประชากร (population) โดยเนรเทศประชาชนต่างกลุ่มที่มีถิ่นที่อยู่ในบริเวณเดียวกันออกไปบริเวณนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ ซึ่งแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือคดี *Jorgic* ซึ่งวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (German Constitutional Court) โดยคดีนี้ศาลให้เหตุผลในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ การเนรเทศโดยใช้นโยบายนั้นเป็นขั้นตอนหนึ่งของการทำลายล้างและเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงโดยเจตนาที่จะทำลายซึ่งเป็นเจตนาพิเศษของผู้กระทำนั่นเอง

- นโยบายให้ข่มขืนกระทำชำเราสมาชิกที่เป็นหญิงของกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่อ (systematic rape)

ในทางปฏิบัติศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ มักมีปัญหาในการพิสูจน์เจตนาพิเศษของผู้กระทำ เนื่องจากบางลักษณะไม่ปรากฏให้เห็นโดยชัดแจ้ง ดังนั้นนโยบายให้ข่มขืนกระทำชำเรา (systematic rape) ส่วนใหญ่ ศาลดังกล่าวมักจะวินิจฉัยว่า ไม่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เนื่องจากผู้กระทำขาดเจตนาพิเศษ

อย่างไรก็ตามนโยบายให้ข่มขืนกระทำชำเรา (systematic rape) กำหนดโดยผู้นำทางการเมืองหรือผู้นำทางการทหารไม่ว่าจะเป็นผู้มีความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ของกลุ่มที่เป็นผู้กระทำอาจเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เช่นกัน เช่น การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดาโดยนาย *Akayesu* นายกเทศมนตรีชาวฮูตูอยู่เบื้องหลังการข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงชาวทุตซีซึ่งเป็น

กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ซึ่งตกเป็นเหยื่อของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยชาวฮูตู การกระทำดังกล่าวเข้าองค์ประกอบอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา ประกอบกับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ Article II (b) ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกกลุ่ม ประกอบกับองค์ประกอบภายในที่ผู้กระทำมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายกลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติหรือกลุ่มทางศาสนาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น ทั้งนี้ข้อพิจารณาที่สำคัญที่จะทำให้นโยบายให้เข้มขึ้นกระทำซ้ำเรา (systematic rape) นั้นเป็นส่วนหนึ่งของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น คือ องค์ประกอบภายใน¹²⁷ ของการกระทำความผิด นั่นคือ เจตนาพิเศษของผู้กระทำผิดซึ่งต้องพิสูจน์ให้ได้อย่างปราศจากข้อสงสัยว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษเช่นนั้นด้วย ดังที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาได้ตีความไว้ในคดี *Akayesu*

- การกระทำอื่น (other acts)

การกระทำอื่น (other acts)¹²⁸ ที่สามารถลงโทษได้ใน Article III (b)-(e) อาจก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความได้เนื่องจากความแตกต่างของระบบกฎหมายของแต่ละประเทศซึ่งแบ่งได้เป็นสองระบบใหญ่ ได้แก่ ระบบคอมมอนลอว์ และระบบซีวิลลอว์ ซึ่งความผิดบางฐานไม่มีในระบบกฎหมายหนึ่ง แม้ว่าการจัดทำอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะพยายามลดความขัดแย้งในเรื่องระบบกฎหมายอาญาภายในที่แต่ละรัฐมีแนวคิดแตกต่างกันก็ตาม โดยพยายามหาจุดเชื่อมต่อและจุดที่คล้ายกันในลักษณะความผิดในบัญญัติมากที่สุด แต่เห็นได้ชัดว่าการกระทำผิดนั้นก็ยังมาจากระบบคอมมอนลอว์เป็นส่วนใหญ่ เช่น บุคคลที่ดเว้นกระทำการในการสมคบกันทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (omission of conspiracy) ยังมีช่องว่างทางกฎหมายของระบบ ซีวิลลอว์

- ผู้ถูกระทำ

อนุสัญญานี้กำหนดผู้ถูกระทำเฉพาะบุคคลทั้ง 4 กลุ่มข้างต้นเท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ ไม่ถึงกลุ่มอื่นๆ เช่น กลุ่มทางการเมือง กลุ่มทางภาษา กลุ่มทางสังคม กลุ่มทางวัฒนธรรม และกลุ่มทางเพศ และปัญหาที่สำคัญคือ กลุ่มทางการเมืองสามารถได้รับความคุ้มครองโดยการตีความขยายความได้หรือไม่

¹²⁷ Anthony J. Colangelo, "The Legal Limit of Universal Jurisdiction," 47 *Virginia Journal of International Law*, 149 (Fall 2006), p. 173.

¹²⁸ Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *supra note 18*, p. 185.

(ข) องค์ประกอบภายใน

- การตีความและพิสูจน์เจตนาพิเศษ (specific intent)

เจตนาพิเศษเป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิดที่ทำให้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์แตกต่างจากอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น ๆ¹²⁹ เช่น อาชญากรรมสงคราม (war crimes) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) เป็นต้น แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ การตีความและการพิสูจน์เจตนาพิเศษเป็นเรื่องที่ทำให้ยากยิ่งเนื่องจากเป็นเรื่องภายใน

การตีความเจตนาพิเศษ (specific intent) ของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นประสบอุปสรรคหลายประการ เนื่องเจตนาพิเศษเป็นองค์ประกอบด้านจิตใจของผู้กระทำซึ่งยากที่จะหยั่งรู้ จึงพิสูจน์ไม่ได้ได้ง่าย รวมทั้งเป็นองค์ประกอบภายในหลักของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หากไม่อาจพิสูจน์เจตนาพิเศษของผู้กระทำได้แล้ว ผู้กระทำนั้นย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากนี้หากศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาและลงโทษอาชญากรรมดังกล่าวใช้และตีความเจตนาพิเศษที่เคร่งครัดจนเกินไป ย่อมก่อให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายที่ทำให้จำเลยยกขึ้นต่อสู้ได้ว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากกระทำโดยขาดเจตนาพิเศษ¹³⁰

- การตีความ “ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน” (in whole or in part)

“ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน” (in whole or in part) เป็นพฤติการณ์ประกอบเจตนาพิเศษเพื่อขยายว่า เจตนาพิเศษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่จำเป็นต้องทำลายให้สิ้นซากทั้งหมดในครั้งเดียว แต่อาจกระทำไปแต่บางส่วนก็ได้ ซึ่งมีส่วนช่วยในการพิจารณาเจตนาพิเศษของผู้กระทำ อย่างไรก็ตามถ้อยคำดังกล่าวยังมีนัยว่าเรื่องจำนวนของกลุ่มที่ตกเป้าหมายของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีจำนวนมากเพียงใดอีกด้วย ว่าควรมีจำนวนเท่าใด จึงจะเพียงพอที่จะพิจารณาได้ว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองแล้ว และใช้หลักเกณฑ์ใดพิจารณาว่าผู้ถูกกระทำต้องมีจำนวนกี่คน

สำหรับถ้อยคำตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่าการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เจตนาที่จะทำลาย (intent to destroy) กลุ่มคนที่ได้รับความคุ้มครองนั้นไม่จำเป็นต้องทำลายล้างกลุ่มเช่นนั้นให้สิ้นซากไปในครั้งเดียว ดังนั้นผู้กระทำมี

¹²⁹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 1 ข้อ 1.3.2

¹³⁰ See Alexander K.A. Greenawalt, “Rethinking Genocidal Intent: The Case for Knowledge-Based Interpretation,” 99 *Columbia Law Review*, 2259 (1999), p. 2294.

เจตนาที่จะทำลายกลุ่มเช่นนั้นแต่บางส่วน (in part) ย่อมถือว่ามีเจตนาเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือเจตนาพิเศษแล้ว อย่างไรก็ตามถ้อยคำในอนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าการทำลายล้างกลุ่มแต่บางส่วน (in part) ว่าต้องมีจำนวนมากเพียงใด ที่จะบ่งบอกว่าการกระทำนั้นเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งนี้จำนวนของบุคคลที่เป็นสมาชิกของกลุ่มเป้าหมายที่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะทำลายล้างนั้นต้องมีจำนวนมากพอสมควร เนื่องจากอนุสัญญาเน้นการกระทำต่อบุคคลจำนวนมากมิใช่ผู้ตกเป็นเหยื่อเพียงไม่กี่คน

นอกจากนี้ในประเด็นเรื่องจำนวนของคนในกลุ่มซึ่งตกเป็นเป้าหมายของเจตนาที่จะทำลายล้างนั้น อาจพิจารณาความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับลักษณะของเหยื่อและสัดส่วนของสมาชิกของกลุ่มจากจำนวนประชากรทั้งหมดในบริเวณที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อย่างไรก็ตามศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับวันดาได้วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวในคำพิพากษาของคดี *Jellic* ไว้ว่า “แม้ว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะทำลายสมาชิกของกลุ่มเพียงไม่กี่คนของกลุ่มที่ตนมุ่งหมาย แต่บุคคลจำนวนไม่กี่คนมีความสำคัญและผลจากการฆ่าบุคคลดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อสมาชิกกลุ่มทั้งหมด เช่น เป็นการกระทำต่อผู้นำของกลุ่ม ซึ่งเป็นการทำลายในส่วนที่สำคัญของกลุ่ม ย่อมเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์”¹³¹

จากข้อพิจารณาดังกล่าวเกี่ยวกับคำว่า “แต่บางส่วน” (in part) ที่จะชี้ให้เห็นถึงเจตนาพิเศษของผู้กระทำยังหาข้อสรุปไม่ได้ว่าสมาชิกของกลุ่มที่ตกเหยื่อที่ถูกระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องมีจำนวนเท่าใดนั้น ดังนั้นจึงยากที่จะหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนมาใช้และตีความประเด็นดังกล่าวเพราะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทั้งนี้การพิจารณาเรื่องจำนวนมีส่วนช่วยในการหาเจตนาพิเศษของผู้กระทำที่นำไปสู่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่มีเขตอำนาจที่ต้องพิจารณาให้เหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้นเป็นกรณีไป

- การตีความคำว่า “เพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น” (as such)

ปัญหาของการใช้คำว่า “as such” หรือ “เพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น” เกิดขึ้นตั้งแต่มีการเจรจากร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวเป็นผลจากการประนีประนอมกับการบัญญัติถึงเหตุจูงใจ (motive) ให้เป็นองค์ประกอบสำคัญของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ มีความเห็นแบ่งเป็น 2 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายที่เห็นว่าควรที่จะรวมเหตุจูงใจในฐานะองค์ประกอบที่จำเป็นของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าว ดังนั้นจึงมีการประนีประนอมโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกลางๆ โดยตัดถ้อยคำที่อ้างถึงเหตุจูงใจ

¹³¹ Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra* note 6, pp. 38-39.

(motive) โดยชัดแจ้งที่ออกไป มาใช้คำว่า “as such” แทนใน Article II อนุสัญญาฯ เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หมายถึงการทำลายล้างกลุ่มไม่ว่าผู้กระทำจะได้กระทำด้วยเหตุจูงใจใดๆ แต่เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เห็นว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษเพื่อทำลายกลุ่มซึ่งตกเป็นเป้าหมาย โดยไม่ต้องกำหนดเหตุจูงใจใดๆ เนื่องจากหลักเหตุจูงใจดังกล่าวเพียงพอที่จะชี้ให้เห็นถึงองค์ประกอบภายในของผู้กระทำ ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า “เพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น” หรือ “as such” เป็นเพียงส่วนประกอบหนึ่งที่ต้องพิจารณาประกอบกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองเพื่อชี้ให้เห็นเจตนาพิเศษอีกชั้นหนึ่ง¹³²

แม้ว่าเหตุจูงใจ (motive) ในการกระทำความผิดนั้นโดยทั่วไปไม่มีความสัมพันธ์กับความผิดตามกฎหมายอาญา แตกต่างจาก “เจตนา” (intent) ซึ่งเกี่ยวข้องกับความผิดที่ได้กระทำขึ้น อย่างไรก็ตามลักษณะพิเศษของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องมีเหตุจูงใจ (motive) เพื่อแยกแยะผู้ถูกกระทำหรือผู้ตกเป็นเหยื่อว่าบุคคลดังกล่าวต้องถูกทำลายล้าง มิใช่เพียงเพราะบุคคลเหล่านั้นเป็นประชาชนทั่วไป แต่ต้องเป็นเพราะบุคคลเช่นนั้น (as such) เป็นสมาชิกของกลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา¹³³ นอกจากนี้แม้ว่าคำว่า “เหตุจูงใจ” จะมีได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หลักดังกล่าวได้รับการยืนยันและรับรองจากศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและรวันดาซึ่งได้ตัดสินโดยใช้ถ้อยคำว่า “เหตุจูงใจ” (motive) ซึ่งอ้างถึงความจำเป็นของผู้ต้องหาเพื่อค้นหาหรือบ่งบอกถึงกลุ่มที่ตนต้องการทำลายล้าง¹³⁴ ทั้งนี้ศาลดังกล่าวได้แยกความแตกต่างระหว่างเหตุจูงใจ (motive) กับ เจตนาเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocidal intent) ไว้ว่า เหตุจูงใจส่วนตัว (personal motivation) ของผู้กระทำแต่ละคนในการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณา เช่น ความต้องการที่จะได้ผลประโยชน์ทางการเงินจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เป็น

¹³² See Alexander K.A. Greenawalt, *supra* note 130, pp. 2278-2279.

¹³³ *Niyitegeka* ICTR A. Ch. 9.7.2004 para.53 ; *Musema* ICTR A. Ch. 16.11.2001 para.165 citea at Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *supra* note 18, p. 181.

¹³⁴ *Krstic* ICTY T. Ch . I 2.8.2001 para. 525; *Rutaganda* ICTY A.ch. 26.5.2003 para. 524 citea at *Ibid*.

ต้น แต่เหตุดังกล่าวเป็นความมุ่งหมายเฉพาะสำหรับการกระทำความผิดที่บ่งบอกถึงเจตนาพิเศษ¹³⁵

จากข้อสังเกตดังกล่าวเกี่ยวกับถ้อยคำที่มีได้บัญญัติไว้ในองค์ประกอบความผิดตามอนุสัญญาฯ แต่ศาลนำมาใช้และตีความเจตนาพิเศษเพื่อทำลายกลุ่มที่ตกเป็นเป้าหมาย ทำให้เกิดความสับสนในการใช้และการตีความระหว่างคำว่า “เหตุจงใจ” (motive) “เจตนาพิเศษ” (specific intent) “เจตนาธรรมดา” (intent) ก็ยังคงเป็นปัญหาในการใช้ตีความเจตนาพิเศษในคดีที่เกิดขึ้น

2.3 กลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ

2.3.1 กลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ

กลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ รวมถึงธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียหรือสำหรับรวันดา และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสมาชิกของของกลุ่มบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อจากอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้เพียง 4 กลุ่มเท่านั้น ได้แก่ กลุ่มชาติ (national group) กลุ่มทางเชื้อชาติ (racial group) กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ (ethnic group) และกลุ่มทางศาสนา (religious group) อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาข้างต้นก็มีได้ให้คำนิยามของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองไว้

ในปี ค.ศ. 1978 คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Commission) ได้ศึกษาเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และตั้งข้อสังเกตหลายประการเกี่ยวกับการให้คำนิยามกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และพยายามที่จะแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวโดย Stéfan Glaser ได้ให้ข้อสังเกตว่า “สิ่งที่กำหนดลักษณะของความเป็นชาติ (nation) ไม่ใช่เพียงความเป็นชุมชนทางการเมืองเท่านั้น แต่เหนือสิ่งอื่นใดแล้วชุมชนนั้นต้องกำหนดโดยจุดเกาะเกี่ยวที่มีลักษณะเฉพาะทางประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมด้วย ในทางตรงกันข้ามจุดเกาะเกี่ยวที่ดินแดนหรือรัฐมิใช่สิ่งที่เป็นสาระสำคัญ”¹³⁶

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 181-182.

¹³⁶ Stéfan Glaser, “Droit Internationale Pénal Conventionnel” 111-12 (1970), translated and quoted in 178 Genocide Study cited by Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra note 6*, p.33.

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นประกอบข้อกฎหมายแล้ว การกำหนดผู้ตกเป็นเหยื่อที่ได้รับความคุ้มครองนั้นเป็นองค์ประกอบขั้นพื้นฐานของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งนี้มีข้อพิจารณาในการกำหนดว่าบุคคลใดเป็นสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่ได้รับได้รับความคุ้มครองนั้นมี 2 แนวทาง คือ แนวทางแรก ข้อพิจารณาทางภาววิสัย (objective identification) ได้แก่ ลักษณะทั่วไปที่มีร่วมกัน หรือแนวทางที่สอง ข้อพิจารณาทางอัตวิสัย (subjective identification) ได้แก่ ความเป็นสมาชิกของกลุ่มที่กำหนดโดยตัวเหยื่อเองหรือโดยผู้กระทำความผิด ยกตัวอย่างเช่น ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 เหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเยอรมนีหรือ Holocaust ได้กำหนดกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่อจากความที่เขาเป็นสมาชิกของชาวยิว (Jewish) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บุคคลดังกล่าวถูกฆ่า เนื่องจากรัฐบาลนาซีรับรู้ว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นชาวยิว¹³⁷

ในคดี *Akayesu* ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดามีได้ใช้ข้อพิจารณาทางอัตวิสัย (subjective identification) ในการพิจารณากลุ่มทางเชื้อชาติและกลุ่มทางศาสนาแต่อย่างใด กล่าวคือ ในคดี *Akayesu* ได้ยืนยันการใช้ข้อพิจารณาทางอัตวิสัยหรือในการพิจารณาความเป็นสมาชิกของกลุ่มจากลักษณะทั่วไปที่มีร่วมกันของกลุ่ม สำหรับกลุ่มทางเชื้อชาตินั้น ลักษณะที่บ่งบอกความเป็นสมาชิกของกลุ่มขึ้นอยู่กับลักษณะที่ถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์ซึ่งแสดงออกภายนอกที่มักจะบ่งบอกโดยเขตทางภูมิศาสตร์ โดยไม่คำนึงถึงองค์ประกอบทางภาษา วัฒนธรรม หรือศาสนา ส่วนกลุ่มทางศาสนาขึ้นอยู่กับสมาชิกซึ่งนับถือศาสนาหรือนิกายหรือรูปแบบของการเคารพบูชาาร่วมกัน¹³⁸

¹³⁷ อย่างไรก็ตามในขณะนั้นยังไม่มีกำหนดความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ จึงยังไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นผู้ตกเป็นเหยื่อจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ถนัดนัก แต่สันนิษฐานได้ว่าอาจเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรืออาชญากรรมสงครามหรือทั้งสองฐาน เพียงแต่ตัวอย่างข้างต้นยกเพื่ออธิบายข้อพิจารณาดังกล่าวเพื่อความเข้าใจคำว่า ความเป็นสมาชิกของกลุ่มซึ่งตกเป็นเหยื่อของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เท่านั้น See Guglielmo Verdirame, "The Definition of Genocide in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals," 49 *International and Comparative Law Quarterly*, 578 (2000), p.591 and see also *Akayesu* Case, ICTR-96-4-T, paras 511ff., *Kayishema and Ruzindana* Case, ICTR-95-1-T, para. 67 and *Rutaganda* Case, ICTR-96-3-T, para. 55 cited by Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th edition (the United Kingdom : Cambridge University Press, 2006), p. 264.

¹³⁸ Guglielmo Verdirame, *supra* note 137, p.592.

ส่วนการใช้ข้อพิจารณาทางอัตวิสัย (subjective identification) หรือพิจารณาจากความเป็นสมาชิกของกลุ่มที่กำหนดโดยตัวเหยื่อเองหรือโดยผู้กระทำความผิดศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาได้วินิจฉัยในคดี *Kayishema* และ *Ruzindana* ว่าการกำหนดว่าบุคคลใดเป็นสมาชิกของกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ไม่ได้อาศัยเฉพาะข้อพิจารณาทางภาววิสัยเท่านั้น แต่ยังต้องอาศัยข้อพิจารณาทางอัตวิสัยด้วย กล่าวคือ การแยกแยะความเป็นสมาชิกกลุ่มทางเชื้อชาติโดยตัวผู้กระทำความผิดด้วย¹³⁹

อย่างไรก็ตามศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในฐานะกลไกในการใช้และตีกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญา¹⁴⁰ โดยได้วินิจฉัยด้วยวางบรรทัดฐานและข้อพิจารณาลักษณะความเป็นสมาชิกของกลุ่มต่างๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญา ไว้ โดยพิจารณาจากลักษณะทั่วไปที่มีร่วมกันของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าว คือ “ต้องเป็นกลุ่มที่มีความมั่นคงและถาวร” (any stable and permanent group) นอกจากนี้ “ความเป็นสมาชิกของกลุ่มนั้นต้องได้มาแต่กำเนิด (by birth) ในลักษณะที่ต่อเนื่องและไม่สามารถแก้ไขได้โดยง่าย (in continuous and irremediable manner)” กล่าวคือ ต้องมิใช่กลุ่มที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงได้ (mobile group) มิใช่กลุ่มซึ่งบุคคลสามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกได้โดยผูกพันตนด้วยความสมัครใจ (individual voluntary commitment) เช่น กลุ่มทางการเมือง (political group) กลุ่มทางเศรษฐกิจ (economic group)¹⁴¹

(ก) กลุ่มชาติ

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิได้ให้คำนิยามและลักษณะของกลุ่มชาติไว้ อย่างไรก็ตามการใช้และการตีความเพื่อกำหนดว่ากลุ่มบุคคลใดๆ มีลักษณะเป็นกลุ่มชาติ (national group) เกิดขึ้นครั้งแรกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาให้คำนิยามกลุ่มชาติในคดี *Akayesu*¹⁴² ไว้ว่า

¹³⁹ *Ibid.*, p.593.

¹⁴⁰ จนบางครั้งดูเหมือนว่าศาลดังกล่าวพยายามที่จะใช้และตีความกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองด้วยนิยามที่ขยายขอบเขตกว้างกว่าทั้งเจตนารมณ์ของผู้ร่างและความหมายทั่วไปที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา See William A. Schabas, *supra note 2*, p. 128.

¹⁴¹ See Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra note 6*, pp.41-42 and see also Yusuf Akar, *supra note 9*, p. 211.

¹⁴² Guglielmo Verdirame, *supra note 137*, p. 591.

“กลุ่มชาติ (national group) หมายถึง การรวมกลุ่มของคนซึ่งเป็นที่รับรู้ว่ามีจุดเกาะเกี่ยวร่วมกันทางกฎหมายในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐเดียวกัน ประกอบกับรัฐกับพลเมืองดังกล่าวได้รับประโยชน์ต่างตอบแทนกันในลักษณะเป็นสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย”

โดยคดีดังกล่าวศาลได้อ้างถึงคดี *Nottebohm* ซึ่งวินิจฉัยโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice: ICJ) อย่างไรก็ดีตามมีข้อสังเกตว่าในคดี *Nottebohm* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มุ่งความสนใจไปในประเด็นการกำหนดสัญชาติ (nationality) ของบุคคลไม่ใช่ประเด็นความเป็นสมาชิกใน “กลุ่มชาติ” (national group) ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวมีความสำคัญมาก กล่าวคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมุ่งพิจารณาที่จุดร่วมกันระหว่างกรทำได้มาซึ่งสัญชาติอย่างเป็นทางการซึ่งได้แก่ ความเป็นพลเมือง (citizenship) และจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงซึ่งผูกพันบุคคลกับรัฐผู้ให้สัญชาติ อย่างไรก็ตามวิธีการเช่นนั้นไม่เหมาะสมกับในบริบทของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เนื่องจากในคดี *Nottebohm* มิได้กล่าวถึงกรณีของชนชาติกลุ่มน้อย (national minorities) ซึ่งมีวัฒนธรรมและความผูกพันอื่นๆ ร่วมกันกับรัฐที่ตนอาศัยอยู่ อาจถือสัญชาติของรัฐหรือแม้กระทั่งเป็นคนไร้รัฐ (stateless) อีกทั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมิได้ให้คำนิยามของกลุ่มหรือการทำลายล้างกลุ่มแต่อย่างใด¹⁴³

นอกจากนี้ในหนังสือ *Oppenheim's International Law* อธิบายข้อสังเกตเกี่ยวกับ “สัญชาติ” (nationality) ไว้ว่า “ในแง่ของความเป็นพลเมืองของรัฐบางรัฐได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าสัญชาติหมายถึงความเป็นสมาชิกของชาติโดยเชื้อชาติ (race) อย่างไรก็ตาม Professor Stéfan Glaser ตั้งข้อสังเกตว่า สิ่งที่บ่งบอกลักษณะความเป็นรัฐชาติ (nation) นั้นมิได้มีเพียงสังคมที่อยู่ร่วมกันโดยความมุ่งหมายทางการเมืองเท่านั้น แต่เหนือสิ่งอื่นใดสังคมนั้นดังกล่าวยังได้บ่งชี้โดยจุดเกาะเกี่ยวหรือลักษณะเฉพาะทางประวัติศาสตร์และวัฒนธรรม อย่างไรก็ตามจุดเกาะเกี่ยวตามหลักดินแดนหรือความสัมพันธ์กับรัฐของบุคคลไม่ใช่สิ่งสำคัญ¹⁴⁴

เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขข้างต้นประกอบกับการให้เหตุผลในให้คำนิยาม “กลุ่มชาติ” (national group) ของศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาในคดี *Akayesu* นั้น ดูเหมือนว่าศาลดังกล่าวจะคำนึงถึงเฉพาะในแง่เขตอำนาจ (jurisdictional sense) มากกว่าการ

¹⁴³ See William A. Schabas, *supra* note 2, p. 115 and David Lisson, “Definition ‘National Group’ in the genocide Convention: A Case Study of Timor-Leste,” 60 *Stanford Law Review*, 1459 (March 2008), p.1468.

¹⁴⁴ *Ibid.*

คำนี้ถึงในแง่ความเป็นชาติพันธุ์หรือสังคมวิทยา (ethnographical or sociological meaning) ดังนั้นจึงมีข้อสังเกตว่าศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาอ้างคดีดังกล่าว ประกอบการวินิจฉัยจึงยังไม่ครบถ้วนสมบูรณ์นัก¹⁴⁵ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งศาลดังกล่าวตีความกลุ่มชาติครอบครัวบริบทและวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของถ้อยคำหรือไม่

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งการพิจารณากลุ่มชาติที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ต้องมิได้เกิดจากการสังหารหมู่คนชาติเดียวกัน¹⁴⁶ และยังเป็น การสังหาร ประชากรส่วนใหญ่ที่อยู่ในประเทศโดยชนกลุ่มน้อยอีกด้วย¹⁴⁷ เช่น เหตุการณ์สังหารคนเป็นจำนวนมากในกัมพูชา การรัฐบาลเขมรแดงได้สังหารประชาชนชาวกัมพูชาซึ่งเป็นคนชาติเดียวกันกับตน ย่อมไม่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่อาจเป็นอาชญากรรมต่อ มนุษยชาติ¹⁴⁸

ดังนั้นเพื่อให้การใช้ถ้อยคำดังกล่าวสอดคล้องกับกรณีมากที่สุด จึงมีความจำเป็นที่ จะต้องพัฒนาความเข้าใจใหม่เกี่ยวกับกลุ่มชาติ (national group) ซึ่งต้องคำนึงถึงความเป็นมา ทางประวัติศาสตร์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ รวมทั้งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เป็นกรณีๆ ไปประกอบกัน โดยไม่ยึดติดเพียงคำวินิจฉัยในคดี *Akayesu*¹⁴⁹ เป็นบรรทัดฐานในแง่ ลักษณะทั่วไปของความเป็นสมาชิกของกลุ่มหรือหลักเกณฑ์ทางภาววิสัย (objective criterion) ที่ เป็นเครื่องมือหนึ่งเท่านั้นในการใช้และตีความถ้อยคำของศาลระหว่างประเทศทางอาญาศาลอื่น

¹⁴⁵ เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ให้ความสำคัญกับการให้ความคุ้มครองชนชาติกลุ่มน้อย (national minorities) ซึ่งมีรากฐานมาจากเหตุการณ์ Holocaust ซึ่งรับรู้กันทั่วทั้งยุโรปนั่นเอง ชนชาติกลุ่มน้อย (national minorities) นั้นหมายถึง ชน กลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ชนกลุ่มน้อยทางภาษา และชนกลุ่มน้อยทางศาสนาในควมมีอยู่ของรัฐซึ่ง ได้อยู่รวมกันโดยลักษณะบ่งเฉพาะเหล่านั้น และเป็นผู้ซึ่งมีลักษณะเฉพาะร่วมกันซึ่งเป็นส่วนหนึ่ง ของประชากรส่วนใหญ่ของรัฐอื่น แต่เป็นถ้อยคำที่มีขอบเขตกว้างเกินไป See William A. Schabas, *supra note 2*, pp. 115-117 and David Lisson, *supra note 143*, p.1468-1469.

¹⁴⁶ See William A. Schabas, *Ibid* , pp. 118-120

¹⁴⁷ See David Lisson , *supra note 143*, p. 1469.

¹⁴⁸ See William A. Schabas, *supra note 2*, pp. 118-120.

¹⁴⁹ David Lisson, *supra note 143*, p. 1471.

(ข) กลุ่มทางเผ่าพันธุ์

เงื่อนไขของ “กลุ่มทางเผ่าพันธุ์” มีปัญหาเรื่องความแน่นอนของการให้คำนิยาม ตั้งแต่การร่างอนุสัญญาแล้ว ทั้งนี้ *travaux preparatoires* ระบุว่าความแตกต่างของการให้คำนิยามของ รัฐสมาชิกต่างๆ กล่าวคือ การใช้และตีความกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ (ethnic group) มักครอบคลุมกลุ่มต่างๆ ไม่ใช่เฉพาะรวมอยู่ภายในบริบทของกลุ่มชาติ (national group) ซึ่งกลุ่มทางเผ่าพันธุ์จะเป็นกลุ่มย่อยกลุ่มหนึ่งของกลุ่มชาติเท่านั้น และกลุ่มทางศาสนา (religious group) แต่ยังคงรวมถึงการกำหนดให้คำนิยามกลุ่มทางเผ่าพันธุ์กับกลุ่มทางเชื้อชาติ (racial group) มีความหมายเหมือนกันอีกด้วย ความไม่สอดคล้องในการแยกลักษณะที่แตกต่างระหว่างกลุ่มทางเผ่าพันธุ์และกลุ่มทางเชื้อชาติยังคงดำเนินต่อไปจนกระทั่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลใช้บังคับ¹⁵⁰ จนมีข้อเสนอให้มีการรวมทั้งสองคำไว้เป็นข้อความคิดเดียวกัน เนื่องจากการจำแนกความแตกต่างระหว่างกลุ่มทางเชื้อชาติกับกลุ่มทางเผ่าพันธุ์น่าจะยุ่งยากน้อยกว่า¹⁵¹

อย่างไรก็ตามในระหว่างร่างอนุสัญญา มีนักกฎหมายบางท่านได้การแยกลักษณะที่แตกต่างของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง เช่น ระหว่างกลุ่มชาติและกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ได้โดยจำแนกจากลักษณะบ่งเฉพาะของแต่ละกลุ่ม กล่าวคือ กลุ่มชาติเป็นกลุ่มที่มีลักษณะพิเศษเบื้องต้นขึ้นอยู่กับนิติสัมพันธ์ที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐชาติ ส่วนกลุ่มทางเผ่าพันธุ์นั้นเป็นกลุ่มที่ลักษณะร่วมกันทางวัฒนธรรม ภาษาหรือความคล้ายคลึงอื่นๆ และสามารถมีอยู่ได้ไม่ว่าภายในหรือภายนอกรัฐ¹⁵²

ในการกำหนดคำนิยามของกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดามีบทบาทสำคัญอย่างมากในการกำหนดความเป็นสมาชิกของกลุ่มดังกล่าว

ในคดี *Kayishema และ Ruzindana* ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ไว้ว่า “การกำหนดว่าบุคคลใดเป็นสมาชิกของกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ ไม่ได้หมายถึงเพียงบุคคลนั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มซึ่งมีภาษาหรือวัฒนธรรมร่วมกันซึ่งเป็นเรื่องพิจารณาทางทฤษฎีเท่านั้น แต่ยังคงต้องเป็นกลุ่มที่แยกแยะความเป็นสมาชิกของกลุ่มโดยตัวเอง

¹⁵⁰ Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra note 6*, p. 33.

¹⁵¹ William A. Schabas, *supra note 2*, p. 126.

¹⁵² Matthew Lippman, “The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty–Five Year Later,” 8 *Temp. Int'l and Comp. L.J.* 1, pp. 7-9 cited by Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra note 6*, p. 34.

(self-identification) หรือโดยบุคคลอื่น คือ ตัวผู้กระทำความผิด (identification by others) ซึ่งเป็นข้อพิจารณาทางอัตวิสัยด้วย กล่าวคือ การแยกแยะความเป็นสมาชิกกลุ่มทางเชื้อชาติด้วย”¹⁵³

ดังนั้นพอจะสรุปคานิยามคำว่า “กลุ่มทางเผ่าพันธุ์” (ethnic group) ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาได้ให้ไว้ในคำวินิจฉัยคดี *Akayesu* ประกอบกับคดี *Kayishema* และ *Ruzindana* ว่า หมายถึง กลุ่มที่แบ่งแยกตามลักษณะของการถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์ที่แสดงออกมาภายนอก ซึ่งโดยปกติแล้วจะบ่งบอกจากพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ โดยไม่คำนึงถึงองค์ประกอบทางภาษา วัฒนธรรม คนชาติ หรือศาสนา¹⁵⁴

(ค) กลุ่มทางเชื้อชาติ

การใช้และการตีความกลุ่มทางเชื้อชาติ (racial group) นั้นเป็นปัญหาค่อนข้างที่สุดสำหรับผู้ร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งนี้กลุ่มทางเชื้อชาตินี้แสดงออกผ่านกระบวนการร่างของข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 96 (I) ร่างของเลขาธิการสหประชาชาติ และร่างต่างๆที่เสนอโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศสและจีน¹⁵⁵

คำว่า “เชื้อชาติ” (race) หมายถึง ประเภทของบุคคลซึ่งจำแนกจากลักษณะร่วมกันและสม่าเสมอที่ถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์¹⁵⁶

ทั้งนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งรวันดาได้ให้คานิยามคำว่า “กลุ่มทางเชื้อชาติ” (racial group)¹⁵⁷ ไว้ในคำวินิจฉัยคดี *Akayesu* และคดี *Kayishema* และ *Ruzindana* ว่า “กลุ่มทางเชื้อชาติ (racial group) มีพื้นฐานมาจากลักษณะของการถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์ที่แสดงออกมาภายนอก (hereditary physical traits) โดยมักจะบ่งบอกได้จากเขตทางภูมิศาสตร์

¹⁵³ Guglielmo Verdirame, *supra note 137*, p.593.

¹⁵⁴ Kriangsak Kittichaisaree, *supra note 25*, p. 69.

¹⁵⁵ William A. Schabas, *supra note 2*, p. 120.

¹⁵⁶ Stéfan Glaser, “Droit Internationale Pénal Conventionnel,” 111-12 (1970), *translated and quoted in 178 Genocide Study cited by Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, supra note 6*, p. 121.

¹⁵⁷ นอกจากนี้คำว่า “กลุ่มทางเชื้อชาติ” (racial group) ยังบัญญัติอยู่ใน the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid , 1973 และ Article 6, 7(1)(h) and 7(2)(h) of the Rome Statute of the International Criminal Court, 1998.

(geographical region) โดยไม่คำนึงถึงองค์ประกอบทางภาษา (linguistic) วัฒนธรรม (cultural) ชาติ (national) หรือศาสนา (religious)”¹⁵⁸ อย่างไรก็ตามศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งรวันดาเองก็ไม่ได้จัดประเภทของชาวทุตซี (Tutsi) อยู่ในกลุ่มทางเชื้อชาติแต่อย่างใด¹⁵⁹ นอกจากนี้ในกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสหรัฐอเมริกา (Genocide Convention Implementation Act of 1948, (Proxmire Act), S. 1851, s. 1093) ก็ได้ให้คำนิยามในทำนองเดียวกันว่า “กลุ่มชาติว่าหมายถึง กลุ่มของปัจเจกชนซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะของกลุ่มเช่นว่านั้นสามารถจำแนกได้โดยลักษณะที่แสดงออกมาภายนอก (physical characteristic) หรือลักษณะทางทอดทางชีววิทยา (biological descent)”¹⁶⁰

ดังนั้นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้และการตีความ “กลุ่มทางเชื้อชาติ” (racial group) ก็คือ ปัญหาที่ศาลใช้และตีความขยายคำนิยามของถ้อยคำดังกล่าวให้มีความหมายเหมือนกับกลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์และกลุ่มทางศาสนาซึ่งเป็นการตีความอย่างกว้าง หรือตีความโดยให้หมายความเฉพาะลักษณะที่สืบทอดทางกรรมพันธุ์ของบุคคลที่แสดงออกภายนอกซึ่งเป็นการตีความอย่างแคบ เป็นต้น จะหมดไป หากศาลที่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีได้วินิจฉัยให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้นเป็นกรณีไปประกอบกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฯ นอกจากนี้จะก่อให้เกิดพัฒนาการในการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ยืดหยุ่นไปตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นแล้ว ยังเป็นการขยายความคุ้มครองกลุ่มทางเชื้อชาติในบริบทที่กว้างขึ้นอีกด้วย

¹⁵⁸ Yusuf Akar, *supra note 9*, p.210 and see William A. Schabas, *supra note 2*, p. 120.

¹⁵⁹ William A. Schabas, *ibid.*, p. 120.

¹⁶⁰ อย่างไรก็ตามในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐภาคีบางรัฐมิได้บัญญัติคำว่า “กลุ่มทางเชื้อชาติ” ไว้ในบทบัญญัติฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของตน เนื่องจากเห็นว่าเป็นเงื่อนไขที่ฟุ่มเฟือยและไม่จำเป็น เช่น ประมวลกฎหมายอาญาโบลิเวีย (The Penal Code of Bolivia) และประมวลกฎหมายอาญาปารากวัย (The Penal Code of Paraguay) นอกจากนี้ในช่วงปี ค.ศ. 1980-1989 ศาลของประเทศเนเธอร์แลนด์เคยตัดสินว่าบริบทของยิว (Jews) เป็นส่วนหนึ่งของคำว่า “เชื้อชาติ” (race) ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าเชื้อชาติ (race) ซึ่งนอกจากจะหมายถึงลักษณะที่สืบทอดทางชีววิทยาแล้วยังรวมถึงชนกลุ่มน้อยเผ่าพันธุ์ (ethnic minorities) และชนกลุ่มน้อยทางวัฒนธรรม (cultural minorities) และครอบคลุมถึงกลุ่มทางเชื้อชาติ (racial group) ด้วย See *ibid.*, pp. 112, 120-121.

(ง) กลุ่มทางศาสนา

กลุ่มทางศาสนา (religious group) เป็นกลุ่มบุคคลประเภทหนึ่งที่ได้รับควบคุมครองตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้มีการรับรองไว้ทั้งในข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 96 (I)¹⁶¹ และในต้นร่างของอนุสัญญา¹⁶² อย่างไรก็ตามยังคงมีข้อโต้แย้งในเรื่องคำนิยามของกลุ่มทางศาสนา ดังเช่นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองอื่นๆ¹⁶³

ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียมีคำวินิจฉัยความเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพียงคดีเดียวในประเด็นกลุ่มทางศาสนายังคงอาศัยเพียงข้อพิจารณาทางภาษาวินิจฉัยเท่านั้น แต่กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองอื่นๆ ได้แก่ กลุ่มชาติ กลุ่มทางเชื้อชาติ และกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ ที่นอกจากจะต้องอาศัยข้อพิจารณาทางภาษาวินิจฉัยแล้ว ยังต้องอาศัยข้อพิจารณาทางอัตวิสัยด้วย โดยคดี *Jelisić*¹⁶⁴ ศาลได้วินิจฉัยว่า “แม้ว่าการกำหนดความเป็นสมาชิกของกลุ่มทางศาสนาทางภาษาวินิจฉัยยังคงเป็นไปได้อยู่ในขณะที่การกำหนดคำนิยามของกลุ่มชาติ กลุ่มทางเชื้อชาติหรือกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ในปัจจุบันใช้เพียงข้อพิจารณาทางภาษาวินิจฉัยแต่เพียงประการเดียว อาจไม่เหมาะสมกับการประเมินค่าสถานะของกลุ่มดังกล่าว ดังนั้นไม่ว่ากลุ่มใดๆ ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ จึงต้องอาศัยข้อพิจารณาทางอัตวิสัยประกอบด้วย กล่าวคือ ควรให้บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้จำแนกกลุ่มของตนเองออกจากกลุ่มที่เหลืออยู่ในสังคม รวมถึงการกำหนดโดยผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย”

ส่วนศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาได้ให้คำนิยาม “กลุ่มทางศาสนา” (religious group) ว่า หมายถึง กลุ่มซึ่งสมาชิกนับถือศาสนา นิกาย หรือรูปแบบในการ

¹⁶¹ UN Doc. A/BUR/50 cited by William A. Schabas, *supra note 2*, p.127.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ เช่น ผู้ร่างได้พิจารณาว่ากลุ่มทางศาสนามีความหมายโดยเทียบเคียงได้กับกลุ่มทางเผ่าพันธุ์และกลุ่มชาติเนื่องจากผลสืบเนื่องของเงื่อนไขทางประวัติศาสตร์ซึ่งความเป็นจริงการกำหนดกลุ่มทางศาสนานั้นสืบทอดมาจากลักษณะเฉพาะทางเชื้อชาติและเผ่าพันธุ์ซึ่งไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ขณะที่ในทางทฤษฎีเป็นเรื่องความสมัครใจ See *ibid.*

¹⁶⁴ *Prosecutor v. Jelisić* (ICTY-I-95-10), para. 70 cited by Guglielmo Verdirame, *supra note 137*, pp.593-594.

เคารพบูชา ตลอดจนความเชื่อร่วมกัน¹⁶⁵ อย่างไรก็ตามการตีความลักษณะดังกล่าวเป็นการขยายขอบเขตคำนิยามเกินกว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างและความหมายที่แท้จริงของอนุสัญญา¹⁶⁶ กล่าวคือ หมายรวมถึงกลุ่มที่มีการนับถือนิกาย (denomination) หรือรูปแบบของเคารพบูชา ร่วมกัน (model of worship) หรือมีความเชื่อร่วมกัน (common belief)

นอกจากนี้ในเหตุการณ์สังหารประชาชนจำนวนมากในกัมพูชาที่รัฐบาลเขมรแดงได้สังหารพระสงฆ์ในศาสนาพุทธเป็นจำนวนมาก ซึ่งอาจเป็นกลุ่มทางศาสนาที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย เนื่องจากเจตนาเพื่อทำลายล้างกลุ่มทางศาสนาหรือมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างกลุ่มทางศาสนาซึ่งปรากฏโดยชัดแจ้งจากการแถลงการณ์และการกำหนดนโยบายของรัฐบาลเขมรแดงให้ทำลายศาสนาพุทธ และความเป็นพระสงฆ์ของศาสนาพุทธ ไม่ว่าจะในมุมมองทางกายภาพหรือจิตใจให้สิ้นซากไปจากแผ่นดินกัมพูชา เช่น การประหารชีวิตผู้นำพระสงฆ์ รวมถึงพระสงฆ์ที่แสดงตัวเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐบาลเขมรแดงด้วยข้อสังเกตประการหนึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าวการทำลายศาสนาพุทธนั้นเป็นแบบการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมมากกว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพ เนื่องวัฒนธรรมของกลุ่มชนอาจรวมถึงศาสนาด้วย กล่าวคือ การกำจัดผู้นำและสถาบันทางศาสนาเป็นสิ่งที่จำเป็นอันจะนำไปสู่การทำลายล้างศาสนาอย่างถอนรากถอนโคน มิใช่การทำลายล้างเพียงผู้เคารพนับถือศาสนาซึ่งเป็นการทำลายล้างทางกายภาพเท่านั้น นอกจากนี้ศาสนาพุทธแล้ว กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญา ในกัมพูชาอีกกลุ่มหนึ่งคือ ชาวจามซึ่งเป็นมุสลิม (Muslim Cham) ซึ่งเป็นทั้งกลุ่มทางเผ่าพันธุ์และกลุ่มทางศาสนา กำหนดผู้ตกเป็นเหยื่อโดยรัฐบาลเขมรแดง ทั้งนี้รัฐบาลเขมรแดงได้ประกาศนโยบายการรวมชาติเป็นหนึ่งเดียวโดยปราศจากเผ่าพันธุ์อื่น¹⁶⁷

¹⁶⁵ *Akayesu Case*, para. 515 and *Kayishema and Ruzindana Case*, para. 98 cited by Kriangsak Kittichaisaree, *supra note* 25, p. 70.

¹⁶⁶ นอกจากนี้ตามกฎหมายภายในบางประเทศก็ได้ให้คำนิยามขยายขอบเขตกลุ่มทางศาสนาเช่นเดียวกัน เช่น กฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสหรัฐอเมริกาได้นิยามกลุ่มทางศาสนา รวมถึงการเคารพนับถือความเชื่อต่างๆ (belief) ทางปฏิบัติ (practices) และพิธีกรรมต่างๆ (rituals) ร่วมกันด้วย ใน Genocide Convention Implementation Act of 1987, s. 1093(7) cited by William A. Schabas, *supra note* 2, p.128.

¹⁶⁷ Report of the Group Experts for Cambodia Established Pursuant to

2.3.2 ปัญหาการใช้และการตีความกลุ่มบุคคลอื่น

สิ่งที่ทำให้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่างจากอาชกรรมอื่นๆ อยู่ตรงที่เน้นที่กลุ่ม (groups) ของผู้ตกเป็นเหยื่อซึ่งต้องประกอบด้วยองค์ประกอบภายใน คือ เจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองมีเพียง 4 กลุ่มเท่านั้น ได้แก่ กลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติ และกลุ่มทางศาสนา ซึ่งกลุ่มบุคคลดังกล่าวยังคงมีปัญหาในการตีความอยู่เนื่องจากมีลักษณะที่ทับซ้อนกันอยู่ อย่างไรก็ตามปัญหาการให้คำนิยามกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเกิดขึ้นตั้งแต่มีการร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว โดยคณะกรรมการร่างฯ ได้กำหนดลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพ (physical genocide) และกลุ่มทางชีวภาพ (biological genocide) ไม่รวมถึงกลุ่มทางวัฒนธรรม (cultural group) ด้วย ดังนั้นท้ายที่สุดก่อนร่างสุดท้ายจะได้รับการรับรองเป็นอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงได้ตัดกลุ่มทางการเมือง กลุ่มวัฒนธรรม กลุ่มทางเศรษฐกิจและกลุ่มทางสังคมออกไปจากตัวบท โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มทางการเมือง (political group) ทั้งนี้ข้อโต้แย้งดังกล่าวนำเสนอโดยอดีตสหภาพโซเวียตได้ออกเสียงที่จะไม่รวมเอากลุ่มทางการเมืองเป็นกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองเนื่องจากกลุ่มดังกล่าวขาดคุณสมบัติที่เป็นลักษณะร่วมกันและความแน่นอนซึ่งเป็นลักษณะที่จำเป็น (lacked the necessary homogeneity and stability) หากรวมกลุ่มทางการเมืองไว้ด้วย อาจทำให้ค่าบังคับของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์อ่อนลงและคลุมเครือ นอกจากกลุ่มทางการเมืองแล้วกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันกับกลุ่มทางการเมือง เช่น กลุ่มทางภาษา กลุ่มทางเศรษฐกิจและสังคม กลุ่มเพศ เป็นต้น

แม้ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจทั้งสองแห่งจะเป็นกลไกที่สำคัญในการตีความอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่อยู่ในเขตอำนาจศาล อย่างไรก็ตามศาลทั้งสองแห่งยังมีความลังเลที่จะขยายขอบเขตอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ให้ครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาดังกล่าวเนื่องจากศาลอ้างอิงลักษณะทั่วไปร่วมกันของกลุ่มคือ ต้องมีลักษณะถาวรและไม่เปลี่ยนแปลง¹⁶⁸

General Assembly Resolution 52/135', UN Doc. A/53/850/ UN Doc. S/1999/231, annex, para. 64 cited by *Ibid*, p. 129.

¹⁶⁸ David Lisson, *supra note 143*, p.1465.

อนึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างเพียงกลุ่มบุคคลอื่นที่มีได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ ที่ปัญหาในการตีความมากที่สุด ได้แก่ กลุ่มทางการเมือง

กลุ่มทางการเมือง

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่มีขอบเขตเฉพาะซึ่งห้ามการกระทำผิดทางอาญาที่เจตนาที่จะทำลายกลุ่มทางเชื้อชาติ กลุ่มชาติ กลุ่มทางศาสนา และกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ แม้ว่าวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาดังกล่าวจะมีข้อถกเถียงอย่างมาก เช่น คำนิยามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือเขตอำนาจของศาลที่มีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาอันเป็นกลไกทำให้อนุสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ส่วนใหญ่มีสาเหตุหลักมาจากความขัดแย้งทางการเมืองและกลุ่มที่เป้าหมายที่ตกเป็นเหยื่อคือกลุ่มทางการเมือง (political group) อย่างไรก็ตามกลุ่มทางการเมืองกลับมิได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด

การที่ผู้ร่างอนุสัญญา ตัด “กลุ่มทางการเมือง” ออกไป โดยไม่ให้เป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตาม Article II นั้น เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่ากลุ่มดังกล่าวมีคุณลักษณะที่เปลี่ยนแปลงได้และไม่คงที่ (not stable and permanent attributes) และมีความแตกต่างจากกลุ่มบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองซึ่งมีลักษณะติดตัวตัวมาแต่กำเนิด กล่าวคือ กลุ่มทางการเมืองเป็นองค์กรที่รวมกลุ่มกันด้วยความสมัครใจ (voluntary organization) ของบุคคลในการเข้าเป็นสมาชิก อีกทั้งกฎหมายระหว่างประเทศอื่นให้ความคุ้มครองเพียงพอแล้ว ได้แก่ กฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นต้น และเหตุผลประการสำคัญคือการผู้ร่างอนุสัญญา มีความประสงค์ที่จะประนีประนอมทางการเมืองระหว่างประเทศ กล่าวคือ หากรับรองกลุ่มทางการเมืองไว้ในอนุสัญญา ด้วยแล้ว อาจทำให้รัฐต่างๆ ให้สัตยาบันตามอนุสัญญา ลดน้อยลง เนื่องจากรัฐต่างๆ ย่อมไม่ต้องการให้มีการแทรกแซงทางการเมืองภายในประเทศของตนและกระทบต่อความมั่นคงภายในประเทศอีกด้วย และเหตุผลประการสำคัญคือแรงกดดันของประเทศมหาอำนาจ 2 ประเทศในขณะนั้น ได้แก่ ออสเตรเลียและสหรัฐอเมริกา¹⁶⁹

แต่ในทางกลับกันเป็นการคุ้มกันมิให้ผู้นำของประเทศมหาอำนาจซึ่งมีอำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศมิให้ต้องรับผิดชอบในฐานะความผิดดังกล่าวเนื่องจากการกระทำต่อกลุ่มทาง

¹⁶⁹ Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra* note 6, p. 34.

การเมืองซึ่งไม่ได้เป็นบุคคลซึ่งได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ส่วนใหญ่มักจะเป็นการทำลายล้างกลุ่มทางการเมืองทั้งสิ้น¹⁷⁰

จากข้อบกพร่องดังกล่าวจึงมีความพยายามที่จะใช้บังคับกับฐานความผิดอื่นซึ่งใกล้เคียงกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางการเมืองเพื่อให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงกลุ่มทางการเมืองที่อาจตีความขยายความจากกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามฐานความผิดอื่น¹⁷¹ เช่น การกระทำที่เป็นการรังควาน (persecution)¹⁷² ซึ่งเป็นการกระทำประเภทหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ซึ่งให้ความคุ้มครองเพียงพอในการกระทำความรุนแรงต่อปัจเจกชนด้วยเหตุผลทางการเมือง¹⁷³ เพื่อใช้แทนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางการเมือง (political genocide)

อย่างไรก็ตามการใช้และการตีความลักษณะดังกล่าว ยังไม่เพียงพอหรือครอบคลุมการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งจะทำให้อาชญากรได้รับโทษสำหรับการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางการเมืองได้ เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความรุนแรงกว่าการรังควาน (persecution) ทั้งความรุนแรงการกระทำซึ่งองค์ประกอบภายนอกและเจตนาซึ่งเป็นองค์ประกอบภายใน จึงยังไม่เพียงพอที่จะตีความได้ว่าการรังควาน (persecution) เป็นส่วนหนึ่งของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กลุ่มทางการเมือง จึงไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดลักษณะดังกล่าวในฐานะการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางการเมืองได้ในทุกกรณี รวมทั้งข้อพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบภายในของผู้กระทำ คือ เจตนาพิเศษ (specific intent) ด้วย

¹⁷⁰ Beth Van Schaack, *supra* note 10, p. 2261.

¹⁷¹ David L. Nersessian, “Comparative Approaches to Punishing Hate : The Intersection of Genocide and Crimes against,” 43 *Stanford Journal of International Law*, 221 (Summer 2007), p. 233.

¹⁷² กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศแปลคำว่า “persecution” ว่า “การรังควาน” หมายถึงการลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเจตนาและรุนแรง โดยขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุผลของความเป็นเอกลักษณ์ของกลุ่มหรือของบุคคลณะ ในข้อที่ 7 วรรค 2 (ข) ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ดูรายละเอียดใน กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4*, น. 4.

¹⁷³ David L. Nersessian, *supra* note 171, p. 233.

ยกตัวอย่างเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศกัมพูชาซึ่งปัญหาในการตีความการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางการเมือง (political genocide) หรือกลุ่มทางการเมือง (political group) เนื่องการกระทำของเขมรแดงซึ่งมีแนวคิดทางการเมืองแบบคอมมิวนิสต์แบบอุดมคตินั้นได้กระทำการทำลายล้างชนชาติเดียวกันคือ ประชาชนชาวชาวกัมพูชาด้วยกันซึ่งมีแนวคิดทางการเมืองแบบประชาธิปไตย เช่น ชนชั้นกลาง พ่อค้า พระ นักเรียนทุนที่ไปศึกษาต่อต่างประเทศ ตลอดจนบุคคลที่ต่อต้านกลุ่มของตน เพื่อสร้างสังคมใหม่ให้เป็นของชนชั้นของกรรมาชีพ ทำลายชนชั้นปกครองเดิมและชนชั้นกลางซึ่งเอาวัดเอาเปรียบสังคม โดยนายพล พต (Pol Pot) ผู้นำเขมรแดงได้ยึดอำนาจของนายลอน นอล (Lon Nol) ได้ในวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1975 แล้วตั้งรัฐบาลเขมรแดงขึ้น เพื่อดำเนินนโยบายเพื่อสร้างกัมพูชาใหม่ (New Cambodia) และทำให้ชาติกัมพูชาเป็นชาติที่บริสุทธิ์ (purification) จากเชื้อชาติอื่น เช่น จาม ไทย เวียดนาม เป็นต้น¹⁷⁴

เมื่อพิจารณาในกรณีที่รัฐบาลเขมรแดงซึ่งมีแนวคิดแบบคอมมิวนิสต์ได้กระทำการทำลายล้างประชาชนชาวกัมพูชาที่มีแนวคิดเสรีประชาธิปไตย ซึ่งเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางการเมืองหรือกลุ่มทางการเมือง กรณีนี้จึงไม่อยู่ในคำนิยามของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม Article II ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้นการพิจารณาคดีผู้นำกลุ่มเขมรแดงนั้นสามารถใช้และตีความเพื่อพิจารณาคดีและลงโทษฐานความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เฉพาะผู้กระทำต่อกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญา เท่านั้น ไม่รวมถึงผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางการเมืองด้วย แม้ว่าผู้ตกเป็นเหยื่อในการกระทำของรัฐบาลเขมรแดงส่วนใหญ่เป็นบุคคลที่มีแนวคิดทางการเมืองแตกต่างไปจากรัฐบาลเขมรแดง จึงเป็นข้อสังเกตประการหนึ่งที่ปัญหาการใช้บังคับใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากการตัดกลุ่มทางการเมืองออกจากบทบัญญัติ ข้อบกพร่องดังกล่าวเป็นผลมาจากการประนีประนอมทางการเมืองที่เกิดขึ้นเมื่อองค์การระหว่างประเทศระดับสากลนั้นคือ องค์การสหประชาชาติ ในการร่างอนุสัญญาฯ พยายามที่จะตัดทอนขอบเขตของอาชญากรรมดังกล่าวลง

2.4 บุคคลที่ต้องรับผิดชอบตามอนุสัญญาฯ

ในบางกรณีรัฐอาจมีความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำของรัฐหรือถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และการกระทำ

¹⁷⁴ See Beth Van Schaack, *supra* note 10, pp. 2269-2272.

นั้นเป็นเหตุให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในกรณีที่มีการก่ออาชญากรรมฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ รัฐอาจต้องรับผิดชอบหากเพิกเฉยไม่ป้องกันหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น อย่างไรก็ตามการพิจารณาถึงความรับผิดชอบของปัจเจกชนเป็นสิ่งที่แยกออกจากความรับผิดชอบของรัฐ แม้ว่ารัฐได้ดำเนินคดีเพื่อลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำความผิดแล้ว ก็ไม่อาจเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำความผิดก็ไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐเพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบได้เช่นกัน¹⁷⁵ ดังนั้นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของรัฐและการกระทำของปัจเจกชนจึงมีความสำคัญเกี่ยวกับขอบเขตของความรับผิด ซึ่งทั้งรัฐและปัจเจกชนอาจต้องมีความรับผิดหรือเพียงแต่รัฐหรือปัจเจกชนเท่านั้นที่ต้องมีความรับผิด แต่ทั้งรัฐและปัจเจกชนไม่อาจกล่าวอ้างให้แก้กันเพื่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ต้องรับผิด เพราะความรับผิดของรัฐและความรับผิดของปัจเจกชนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกัน¹⁷⁶ ดังนั้นบุคคลผู้ต้องรับผิดตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้แก่ ปัจเจกชนและรัฐ

ในประเด็นที่เกี่ยวกับบุคคลที่ต้องรับผิดตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น อนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดความรับผิดทั้งความรับผิดทางอาญาของปัจเจกชน (individual criminal responsibility) และความรับผิดของรัฐ (state responsibility) ที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ ความรับผิดทางอาญาของปัจเจกชน อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นบทบัญญัติเฉพาะที่ได้บัญญัติความรับผิดของปัจเจกชนทั้งที่เป็นผู้กระทำความผิดในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และบุคคลทุกคนที่มีบทบาทสำคัญในการเกิดอาชญากรรมที่ร้ายแรงดังกล่าว โดยในเรื่องความรับผิดทางอาญาของปัจเจกชนในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้บัญญัติไว้ใน Article III และ Article IV ส่วนความรับผิดชอบของรัฐในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้บัญญัติไว้ใน Article IX ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งกำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตีความ การปรับใช้อนุสัญญา หรือการทำให้อนุสัญญานั้นบรรลุ

¹⁷⁵ ธีรพัฒน์ อัครสังสิทธิ, “ปัญหากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดของปัจเจกชนผู้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศและกลไกในการดำเนินคดี,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 14-15.

¹⁷⁶ เพิ่งอ้าง, น. 15.

วัตถุประสงค์ และรวมถึงเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการฝ่าฝืน Article II และ Article III ของอนุสัญญาทำลายล้างเฝ้าพันธุ์¹⁷⁷

2.4.1 รัฐ

(ก) ที่มาและหลักความรับผิดชอบของรัฐภายใต้อาชญากรรมทำลายล้างเฝ้าพันธุ์

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการค้นคว้าวิจัย ตลอดจนการวิพากษ์วิจารณ์จากนักกฎหมายระหว่างประเทศในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มากที่สุดคือ คือ เรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐที่เกิดจากการกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) ด้วยเหตุผล 2 ประการ ได้แก่¹⁷⁸

ประการแรก ก่อนเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นคงจำกัดแต่เฉพาะความรับผิดชอบทางแพ่งต่อคนต่างชาตินั้นที่เรียกว่า “civil responsibility” ซึ่งเหตุที่จะทำให้รัฐมีความรับผิดชอบเนื่องจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐทางแพ่ง¹⁷⁹ ได้แก่ กรณีที่ไม่บัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตามสนธิสัญญา กรณีที่บัญญัติกฎหมายภายในอนุวัติการขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญา และการปฏิเสธความยุติธรรมของศาลภายในรัฐ

ประการที่สอง หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 แนวคิดที่ให้ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศขยายถึงความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐ (criminal responsibility) ด้วย เนื่องจากความรับผิดชอบดังกล่าวสามารถแยกออกจากความรับผิดชอบทางแพ่งของรัฐได้ กล่าวคือ ความรับผิดชอบทางแพ่ง (civil responsibility) ของรัฐ ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ได้กระทำผิด (หรือบุคคลอื่นซึ่งกฎหมายได้ปรับเอาเป็นความผิดแก่ผู้นั้น) และบุคคลที่

¹⁷⁷ Yusuf Akar, *supra note* 9, pp. 227-228 .

¹⁷⁸ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 110-111.

¹⁷⁹ เพิ่งอ้าง, น. 104-110.

ได้รับความเสียหาย แต่ความรับผิดชอบทางอาญา (criminal responsibility) ของรัฐนั้น เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับประชาคม (community) อันถูกแสดงออกโดยรัฐ¹⁸⁰

การใช้บังคับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ โดยทั่วไปแล้ว จะเป็นการใช้บังคับในความรับผิดทางอาญาของปัจเจกชนที่ได้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงมิใช่ใช้บังคับแก่รัฐ ส่วนความรับผิดของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นประเด็นที่แยกออกจากสาขาของกฎหมายระหว่างประเทศและไม่ขึ้นอยู่กับความรับผิดทางกฎหมายของปัจเจกชน หากเจ้าหน้าที่ของรัฐถูกตัดสินว่าได้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ การกระทำดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐซึ่งกรณีที่รัฐอาจมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นการกระทำเดียวกันอาจก่อให้เกิดทั้งความรับผิดของปัจเจกชนและความรับผิดของรัฐนั่นเอง อาทิเช่น เจ้าหน้าที่ของประเทศลิเบียถูกตัดสินว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับการระเบิดเครื่องบินเหนือเมืองล็อกเคอร์บี (Lockerbie) ประเทศ Scotland ในปี ค.ศ. 1988 และรัฐบาลอังกฤษและสหรัฐอเมริกาต่างก็เรียกร้องค่าชดเชยจากรัฐบาลลิเบีย¹⁸¹

มีปัญหาโต้แย้งว่าการกระทำของรัฐ (acts of a state) สามารถจัดประเภทไว้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในฐานะการกระทำความผิดทางอาญาได้หรือไม่ ตามร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดของรัฐ (Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts 1980 หรือ Draft Articles on State Responsibility) จัดทำโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (The International Law Commission: ILC) นำมาใช้ในเงื่อนไขของอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) อ้างถึงการกระทำที่เป็นความผิดในทางระหว่างประเทศ (internationally wrongful act) ที่กระทำขึ้นโดยรัฐซึ่งเป็นผลสืบเนื่องจากการที่รัฐฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ (international obligations) ที่มีความสำคัญมากสำหรับการคุ้มครองผลประโยชน์พื้นฐานของประชาคมระหว่างประเทศซึ่งการฝ่าฝืนดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ¹⁸² ทั้งนี้ Professor. Ago ได้ให้ความหมายของคำว่า

¹⁸⁰ เฟ็งอ๋าง, น. 111.

¹⁸¹ Robert Cryer, Harkan Friman, Darryl Robinson, and Elizabeth Wilmshurst, *supra note 18*, p.11.

¹⁸² Art. 19 (2) of the Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts 1980

“อาชญากรรมระหว่างประเทศ” (international crimes) ว่าหมายถึง “การกระทำความผิดระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการละเมิดพันธกรณีโดยรัฐซึ่งพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นมีความสำคัญเพื่อปกป้องผลประโยชน์พื้นฐานของประชาคมระหว่างประเทศซึ่งการละเมิดดังกล่าวได้รับการยอมรับในฐานะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยประชาคมทั้งหมดประกอบกันขึ้นเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ”¹⁸³

แม้ว่าข้อคิดดังกล่าวข้างต้นมีพื้นฐานมาจากธรรมชาติของรัฐ แต่มีข้อคัดค้านในข้อความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐ เช่น การปรับใช้องค์ประกอบความผิดทางอาญาในส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายใน (mental elements หรือ *mens rea*) ของรัฐเป็นสิ่งที่ยากยิ่ง นอกจากนี้การลงโทษรัฐในความรับผิดชอบทางอาญายังมีปัญหาด้วยเช่นกัน อีกทั้งในทางปฏิบัติไม่มีศาลระหว่างประเทศใดเคยกำหนดบทลงโทษทางอาญาแก่รัฐแตกต่างไปจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับละเมิดระหว่างประเทศ (international delict) ของรัฐ ดังนั้นร่างสุดท้ายของข้อบทของคณะกรรมการสิทธิว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมิได้ใช้ข้อความคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาของรัฐ (state crime) อีกต่อไป แต่จัดประเภทการกระทำที่เกี่ยวข้องในฐานะที่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีอย่างร้ายแรงภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ลักษณะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (peremptory norm of general international law)¹⁸⁴ แม้ว่าร่างข้อบทของคณะกรรมการสิทธิกฎหมายระหว่างประเทศได้แทรกเรื่องสิทธิของรัฐทั้งปวงในการเรียกร้องให้มีการเคารพกฎหมายระหว่างประเทศที่ถูกละเมิดจากอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ที่ดี เนื่องจากทำให้รัฐสามารถใช้กลไกของความรับผิดชอบระหว่างประเทศในการประกันให้มีการควบคุมการชอบด้วยกฎหมายของระบบกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ปัญหา

“2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized ad a crime by that community as a whole, constitutes an international crime.”

¹⁸³ ดูรายละเอียดใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้ว เชียงอรุณีที่ 178*, น. 112-115.

¹⁸⁴ Article 40 and 41 of the Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts (A/CN.4/L.602/Rev.1) cited by Robert Cryer, Harkan Friman, Darryl Robinson, and Elizabeth Wilmshurst, *supra note 18*, p.12.

ยุ่งยากอยู่ที่การรวมเรื่องการตอบโต้ไว้กับหน้าที่ในการคดีใช้ซึ่งสร้างความซับซ้อนในการดำเนินการในทางปฏิบัติ¹⁸⁵

อย่างไรก็ตามกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่าพันธกรณีระหว่างประเทศบางประการถือว่าเป็นพันธกรณีที่มีความสำคัญไม่เฉพาะรัฐใดรัฐหนึ่งหรือกลุ่มของรัฐกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้นแต่มีความสำคัญต่อทุกรัฐในประชาคมโลกในลักษณะที่ว่า การฝ่าฝืนที่สำคัญเช่นว่านั้นจะกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของรัฐทุกรัฐซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศถือว่า การฝ่าฝืนพันธกรณีเช่นว่านั้นเป็นการกระทำความผิดทางอาญาระหว่างประเทศหรือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) เช่น อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เป็นต้น ซึ่งรัฐผู้กระทำการฝ่าฝืนพันธกรณีเช่นว่านี้จะต้องรับผิดชอบไม่เฉพาะต่อรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของของรัฐผู้ฝ่าฝืนเท่านั้น แต่รัฐผู้ฝ่าฝืนพันธกรณิดังกล่าวก็ยังจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐอื่นๆ ของประชาคมโลกอีกด้วย¹⁸⁶

(ข) การกระทำของรัฐที่ต้องรับผิดชอบภายใต้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นตาม Article IX¹⁸⁷ ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งได้วางหลักว่า “ข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องกับการตีความ การปรับใช้หรือการทำให้อนุสัญญานี้บรรลุวัตถุประสงค์ รวมทั้งการดำเนินการเช่นว่านั้นที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือสำหรับการกระทำอื่นที่ได้บัญญัติไว้ใน Article III ให้ยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยรัฐภาคีที่พิพาท” อย่างไรก็ตามยังไม่มีการใช้บังคับบทบัญญัติดังกล่าวจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1993 เมื่อประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา (Bosnia and Herzegovina) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรม

¹⁸⁵ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม

(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 502.

¹⁸⁶ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม

(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 304.

¹⁸⁷ Article IX “Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfillment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts other acts other acts other acts other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.

ระหว่างประเทศ (The International Court of Justice: ICJ) ให้วินิจฉัยกรณีพิพาทกับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (Former Yugoslavia) ซึ่งต่อมาก็คือ ประเทศเซอร์เบียและมอนเตเนโกร (Serbia and Montenegro) โดยกล่าวหาว่าอดีตประเทศยูโกสลาเวียต้องรับผิดชอบในกิจกรรมที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocidal activities) ของอดีตยูโกสลาเวียในระหว่างการล่มสลายของดินแดนดังกล่าว ตามข้อกำหนดของมาตรการชั่วคราว (indication of the provisional measure) ในวันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1993 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เรียกร้องให้รัฐคู่กรณีทั้งสองฝ่ายงดเว้นกระทำการใดๆ ซึ่งอาจจะทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงหรือขยายขอบเขตข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวกับกรณีที่ตั้งข้อกล่าวหาว่าเป็นความรับผิดชอบ (the attribution of responsibility) ของอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กำหนดให้อดีตประเทศยูโกสลาเวียดำเนินการเพื่อป้องกันการกระทำทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการงดเว้นการกระทำที่เกิดจากกองกำลังทางทหาร (military armed unit) กองกำลังกึ่งทหาร (paramilitary armed unit) หรือกองกำลังไร้รูปแบบ (irregular armed unit) องค์การภายใต้การควบคุม คำสั่งหรือการบังคับบัญชาของอดีตประเทศยูโกสลาเวีย¹⁸⁸

อย่างไรก็ตามการที่อดีตประเทศยูโกสลาเวียคัดค้านเขตอำนาจศาลภายใต้ Article IX ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ปฏิเสธโดยยืนยันว่าสิทธิและหน้าที่ภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) อีกทั้งยังสามารถใช้บังคับได้ทั้งในภาวะขัดกันทางทหารระหว่างประเทศและการขัดกันภายในรัฐ ต่อมาอดีตประเทศยูโกสลาเวียได้โต้แย้งคำพิพากษาใน ค.ศ. 1996 ด้วยเหตุผลที่ว่าประเทศของตนกลายเป็นสมาชิกใหม่ขององค์การสหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ. 2000 การเรียกร้องให้ศาลทบทวนคำพิพากษา (revision of the judgment) ภายใต้ Article 61 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อดีตประเทศยูโกสลาเวียได้โต้แย้งว่า กรณีดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงใหม่ที่มีลักษณะสำคัญ (a new fact of a decisive nature) ซึ่งเป็นเหตุผลที่เพียงพอในการพิจารณาใหม่อีกครั้ง¹⁸⁹ อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ปฏิเสธว่าการสมัครเข้าเป็นสมาชิกขององค์การ

¹⁸⁸ Gillian D. Triggs, *International Law, Contemporary Principle and Practices*, (Lexis Nexis: Butterwarths, 2006), pp. 975-976.

¹⁸⁹ *Application for Revision of the judgment of 11 July 1996 Concerning Application of the Genocide Convention (Preliminary Objections)*, ICJ Reports 2003, para 15 cited by *Ibid*.

สหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ. 2003 ในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงใดๆ ที่ปรากฏขึ้นใหม่จะต้องคงมีอยู่ก่อน คำพิพากษาดังกล่าว ดังนั้นการเข้าเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติเมื่อ 7 ปีภายหลังจาก ศาลมีคำพิพากษาจึงไม่ใช่เหตุผลที่เพียงพอในการร้องขอให้ศาลทบทวนคำพิพากษา¹⁹⁰

2.4.2 บัจเจกชน

เดิมกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศถือว่ามีรัฐ (State) และองค์การระหว่างประเทศ (International Organization) เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิ และหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐ หากรัฐได้กระทำการฝ่าฝืน พันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งตนมีหน้าที่ ย่อมมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศหรือเรียกว่า “ความรับผิดชอบของรัฐ” (state responsibility) อย่างไรก็ตามในการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ ที่กระทบถึงความสงบและความมั่นคงของประชาคมโลก ผู้กระทำความผิดที่แท้จริง คือ บัจเจกชน โดยสภาพ การนำตัวบัจเจกชนผู้กระทำความผิดที่แท้จริงหรือผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดมาพิจารณา คดีและลงโทษทางอาญาจึงเป็นสิ่งจำเป็น จึงต้องสร้างหลักกฎหมายเพื่อให้บัจเจกชนมีหน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศในอาชญากรรมที่ตนได้ก่อขึ้น

กฎหมายระหว่างประเทศจำนวนไม่น้อยได้กำหนดพันธกรณีให้บัจเจกชนต้องปฏิบัติตาม ซึ่งรวมถึงกฎหมายที่ใช้บังคับในภาวะสงครามและในภาวะสันติด้วย โดยเฉพาะกฎเกณฑ์ในการทำสงคราม (*jus in bello*) ซึ่งเป็นกฎหมายมนุษยธรรมที่ใช้บังคับต่อกรณีพิพาทหรือการขัดกันทางทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (non-international armed conflict) ด้วย การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งบุคคลผู้รับผิดชอบในการขัดกันทางทหารนั้นอาจต้องรับโทษในความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศประการหนึ่งที่มีบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบัจเจกชนไว้ อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบทางอาญาของบัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศจำกัดอยู่เพียงความรับผิดชอบทางอาญาเท่านั้น ไม่รวมถึงความรับผิดชอบในทางแพ่งด้วย¹⁹¹ (โปรดดูประกอบข้อ 2.2.1 (ข) ซึ่งได้กล่าวมาแล้วข้างต้น)

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 976.

¹⁹¹ วีรพัฒน์ อิศวสังสิทธิ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 175*, น. 15-16.

(ก) ที่มาและหลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนภายใต้อาชญากรรม
ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

แนวความคิดที่ต้องการให้ปัจเจกชนมีความรับผิดชอบทางอาญาปรากฏชัดเจนภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อมีการก่อตั้งศาลทหารระหว่างประเทศทางอาญา (International Military Tribunal) ที่นูเรมเบิร์กและโตเกียวเพื่อลงโทษอาชญากรรมสงคราม โดยเป็นไปตามปฏิญญาแห่งกรุงมอสโก วันที่ 30 ตุลาคม 1943 และปฏิญญากรุงลอนดอน วันที่ 8 สิงหาคม 1945 จัดตั้งโดยกลุ่มประเทศสัมพันธมิตรที่ชนะสงครามโลกครั้งที่ 2 เพื่อดำเนินคดีต่อฝ่ายอักษะ (European Axis) ซึ่งเป็นประเทศผู้แพ้สงครามและชาวญี่ปุ่นซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดดังต่อไปนี้ คือ อาชญากรรมต่อสันติภาพ (crimes against peace) อาชญากรรมสงคราม (war crimes) และ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์กได้วางหลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจกชนไว้ว่า “อาชญากรรมที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศได้กระทำขึ้นโดยมนุษย์และมีได้เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลสมมุติที่เป็นเพียงนามธรรมเท่านั้น การลงโทษปัจเจกชนผู้ก่ออาชญากรรมจึงจะทำให้บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับได้อย่างแท้จริง”¹⁹² ต่อมาสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ออกข้อ้อมติซึ่งได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ยืนยันหลักกฎหมายระหว่างประเทศและคำพิพากษาของคณะกรรมการตุลาการนูเรมเบิร์ก ค.ศ.1946 หรือต่อมาเรียกว่า “หลักการนูเรมเบิร์ก”¹⁹³ (Nuremberg Principles) โดยมีหลักการดังนี้

หลักการที่หนึ่ง ผู้ใดกระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำอันมีลักษณะเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจะต้องมีความผิดและได้รับโทษ

หลักการที่สอง หากไม่มีกฎหมายภายในลงโทษการกระทำอันเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ผู้ก่ออาชญากรรมนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

¹⁹² GA Res. 95(I), UN Doc. A/64?Add.1, at 188 (1946), Affirmation of Principles of the Principles of International Law Recognized by the Charter of Nuremberg Tribunal, in <http://www.umn.edu/humanrts/instree/1946a.htm> ; and See Philippe Sands, *From Nuremberg to the Hague : Future of International Criminal Justice*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 32-33.

¹⁹³ ธีรพัฒน์ อิศวสังสิทธิ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 175*, น.17-18.

หลักการที่สาม ผู้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ แม้จะมีตำแหน่งผู้นำรัฐ หรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐก็จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศและไม่อาจอ้างเหตุผลหย่อนโทษได้

หลักการที่สี่ แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำนั้นเกิดจากคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาของผู้กระทำก็ไม่อาจยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อให้ตนหลุดพ้นความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อาจนำเหตุดังกล่าวมาพิจารณาเพื่อลดหย่อนโทษได้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

หลักการที่ห้า ผู้ถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

หลักการที่หก อาชญากรรมที่อาจถูกลงโทษได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้แก่ อาชญากรรมต่อสันติภาพ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

หลักการที่เจ็ด การสมรู้ร่วมคิดในการกระทำอันเป็นอาชญากรรมตามหลักการที่ 6 ถือเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

จากหลักการดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากฎบัตรนูเรมเบิร์กเป็นหลักฐานที่ยืนยันหลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงของรัฐ เช่น ผู้นำรัฐ ผู้นำรัฐบาลหรือผู้นำทางทหาร เป็นต้น ไม่ให้ได้รับความคุ้มกันเมื่อตนได้ออกคำสั่งหรือกระทำในนามรัฐในได้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงขึ้น เนื่องจากเป็นการกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้รายงานความผิดอาชญากรรมสงครามแห่งสหประชาชาติ (The United Nations War Crimes Commission) เคยกล่าวว่า “กฎบัตรนูเรมเบิร์กเป็นหลักฐานเบื้องต้นที่แสดงถึงความมีอยู่ของระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้ปัจเจกชนอาจมีความรับผิดชอบต่อประชาคมระหว่างประเทศได้สำหรับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (the rules of international criminal law) และผลกระทบจากการฝ่าฝืนดังกล่าวซึ่งกระทบเพื่อนต่อเสรีภาพและสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของประชาชนและปัจเจกชนอื่นโดยการกระทำนั้นเป็นการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) ไม่ว่าจะในภาวะสงครามหรือภาวะสันติ”¹⁹⁴

¹⁹⁴ United Nations War Crimes Commission, History of the United Nations

นอกจากกฎบัตรนูเรมเบิร์กแล้วที่วางหลักประการสำคัญเกี่ยวกับที่มาและหลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนแล้ว ยังมีแนวคิดที่สำคัญของนักกฎหมายระหว่างประเทศอีกท่านหนึ่งของ Professor Bassiouni ในเรื่องการกระทำของรัฐหรือนโยบายของรัฐ (state action หรือ state policy) ซึ่งพอสรุปได้ว่า “การกระทำของรัฐหรือนโยบายของรัฐ โดยเฉพาะอาชญากรรมที่ละเมิดต่อมนุษยชาติและการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่นๆ ล้วนแต่ต้องการกระทำของรัฐหรือนโยบายของรัฐ”¹⁹⁵ ทั้งนี้ Professor. Bassiouni ได้อธิบายเหตุผลของที่มาของความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนโดยตรงซึ่งแยกออกจากรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกว่า “การกระทำของปัจเจกชนสามารถกล่าวอ้างแก่รัฐได้ฉันใด การกระทำของรัฐหรือนโยบายของรัฐสามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของปัจเจกชนได้ฉันนั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้รับรองไว้เพียงหลักการกระทำของปัจเจกชนซึ่งสามารถกล่าวอ้างแก่รัฐ แต่มิได้รับรองหลักการกระทำของรัฐหรือนโยบายของรัฐซึ่งถือได้เป็นการกระทำของปัจเจกชน” นอกจากนี้ Professor Bassiouni ได้ให้ความหมายของการกระทำของรัฐหรือนโยบายของรัฐ (state action หรือ state policy) ว่าหมายถึง สิ่งที่สำคัญต่อเจ้าหน้าที่รัฐในการบังคับใช้อำนาจสาธารณะซึ่งปฏิบัติการโดยผ่านทางสถาบันมหาชนหรือโดยอำนาจหน้าที่มหาชน เพื่อพัฒนานโยบายสำหรับฝ่ายอื่นๆ ให้ถือปฏิบัติตามหรือเข้าผูกพันเพื่อที่จะปฏิบัติตามให้เป็นไปตามนโยบายหรือปฏิบัติหน้าที่ให้สืบหน้าต่อไปซึ่งหากมีการกระทำความผิดโดยบุคคลอีกคนหนึ่ง ผู้นั้นต้องรับผิดชอบทางอาญา” กล่าวคือ โดยหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปรัฐเป็นองค์กรที่มีฐานะนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนภายในและภายนอก¹⁹⁶ จึงต้องมีองค์กรและเจ้าหน้าที่ของตนเองเพื่อทำหน้าที่ปฏิบัติให้เป็นไปตามนโยบายที่บัญญัติไว้โดยมีบุคคลธรรมดา (natural person) ทำหน้าที่แสดงเจตนาและ

War Crimes Commission and the Development of the Laws of War 192-93 (1948) in Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra* note 6, pp. 7-8 and Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *supra* note 18, pp. 3-5.

¹⁹⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 178*, น. 120.

¹⁹⁶ ส่วนทางปฏิบัติของศาลไทยนั้น ยังไม่มีการวินิจฉัยโดยตรงว่ารัฐเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนภายในและภายนอก ดูรายละเอียดในคำพิพากษาศาลฎีกา 724/2490

รับผิดชอบแทนรัฐในบางกรณี ทั้งนี้ความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นถือหลัก “การบังคับบัญชา” และหลัก “การควบคุมกำกับ” อันเป็นการควบคุมภายในของรัฐ¹⁹⁷

ดังนั้นการกระทำของรัฐหรือนโยบายของรัฐแม้ว่าจะเป็นเรื่องกิจการภายในของแต่ละรัฐ แต่สิ่งดังกล่าวอาจส่งผลถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือต่อประชาคมระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ในปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศเริ่มเข้ามามีบทบาทในการจำกัดนโยบายของรัฐหรือนโยบายของแต่ละรัฐ เช่น กฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เป็นต้น โดยบุคคลซึ่งมักจะละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว ส่วนใหญ่จะเป็นปัจเจกชนผู้มีอำนาจบังคับบัญชาหรือออกคำสั่ง ซึ่งมักจะเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ เช่น ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ผู้บังคับบัญชาทางทหาร หรือรัฐมนตรีกระทรวงต่างๆ รวมถึงนายกเทศมนตรี (Akayesu Case) เป็นต้น ปัจเจกชนเหล่านี้ไม่อาจอ้างว่าตนได้ปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายภายในหรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อที่จะเป็นเหตุผลสำหรับการปลดเปลื้องความรับผิดชอบของตนให้แก่รัฐหรือบุคคลอื่น¹⁹⁸

ข้อสังเกตเกี่ยวกับพัฒนาการของความรับผิดชอบอาญาของปัจเจกชนนั้น ส่วนใหญ่เกิดจากการฆ่าประชาชนและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่นๆ อันมีผลสืบเนื่องมาจากอุดมการณ์ (ideology) การเคลื่อนไหวที่ก่อให้เกิดความรุนแรงเพื่อจุดประสงค์ทางการเมือง (terror) โดยผู้มีอำนาจทางการเมืองใช้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น (positive law) เป็นเครื่องมือ¹⁹⁹

(ข) ปัจเจกชนที่ต้องรับผิดทางอาญาภายใต้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

แม้ข้อมติของสมัชชาแห่งสหประชาชาติจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่ข้อมติดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์โดยรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งเป็นการยืนยันว่าประชาคมระหว่างประเทศยอมรับว่า “ปัจเจกชนควรมีความรับผิดชอบทางอาญาต่อการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ” และต่อมาใน ค.ศ. 1948 สมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีมติเป็นเอกฉันท์ยอมรับอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 (Convention on the Protection and Punishment of the Crime of Genocide, 1948) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 12 มกราคม 1951 และในปัจจุบันมีรัฐเข้าเป็นภาคีจำนวน 140 ประเทศ โดยบัญญัติให้ปัจเจกชนผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องได้รับโทษไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็น

¹⁹⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 178, น. 122.

¹⁹⁸ *เพ็งอ้าง*, น. 123.

¹⁹⁹ *เพ็งอ้าง*.

ผู้นำรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือสามัญชน ไว้ใน Article IV ของอนุสัญญา²⁰⁰ อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจกชนในทางระหว่างประเทศจะได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง แต่การก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องจะเห็นได้จากทางปฏิบัติของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่ตั้งขึ้น 2 แห่งตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1993 ตามข้อมติที่ 808 และข้อมติที่ 827 เพื่อดำเนินคดีต่อปัจเจกชนผู้ก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่เกิดขึ้นในยามสงคราม และอนุสัญญาที่เป็นการกระทำอันฝ่าฝืนอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเหยื่อของการขัดกันทางระหว่างประเทศ รวมทั้งการกระทำที่เป็นที่ฝ่าฝืนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการทำสงคราม และการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ตั้งแต่ ค.ศ. 1991 และศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda) ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1994 ตามข้อมติที่ 955 โดยธรรมนูญของศาลทั้งสองแห่งได้บัญญัติกำหนดความรับผิดชอบของปัจเจกชนผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา และไม่ว่าถูกกล่าวหาจะเป็นผู้นำรัฐ ผู้นำรัฐบาล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็ไม่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตหรือลดโทษได้²⁰¹ ดังนั้นไม่ว่าผู้นำทางการเมืองหรือผู้นำทางทหารก็ไม่อาจอ้างเหตุดังกล่าวยกเว้นความรับผิดชอบได้ (the defense of act of state)

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ได้บัญญัติให้ปัจเจกชนผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องได้รับโทษไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้นำรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือสามัญชน ไว้ใน Article IV ของอนุสัญญา ซึ่งเป็นการรับรองและยอมรับหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนในทางระหว่างประเทศจะได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตามอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นอาชญากรรมลักษณะดังกล่าวซึ่งส่งผลกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคง ตลอดจนความรู้สึกของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดทั้งมวล (as a whole) มักเกิดจากการกระทำของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงของรัฐที่มีอำนาจไม่ว่าจะตามรัฐธรรมนูญของรัฐหรือในทางข้อเท็จจริงพอที่จะก่ออาชญากรรมร้ายแรงดังกล่าวได้ เนื่องจากต้องอาศัยทั้งกำลังคนและยุทโธปกรณ์จำนวนมาก รวมทั้งอำนาจในการออกคำสั่ง บุคคลเช่นว่านั้นได้แก่ ประมุขของรัฐ ผู้นำ

²⁰⁰ ธีรพัฒน์ อิศวสังสิทธิ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 175, น. 19.

²⁰¹ เจริญธรรมที่ 21-22.

รัฐบาล ผู้นำทางทหาร เป็นต้น ด้วยสถานะ หน้าที่และตำแหน่งของบุคคลดังกล่าวจึงเกิดปัญหาว่า รัฐที่เกิดความผิดที่เป็นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นไม่อาจดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดได้ จึงจำต้องอาศัยกลไกบางอย่างในการดำเนินคดีและลงโทษบุคคลดังกล่าวโดยเฉพาะ เช่น ศาลอาญาภายในรัฐอื่นที่มีเขตอำนาจดำเนินคดีแทน หรือศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่มีเขตอำนาจ เป็นต้น

2.4.3 ปัญหาการใช้และการตีความบุคคลที่ต้องรับผิดชอบตามอนุสัญญาฯ

(ก) ความรับผิดชอบของรัฐ

ความผิดได้อย่างไร และรัฐสามารถมีความชั่ว (schuld) ได้หรือไม่ จากความเห็นที่ว่า รัฐสามารถมีเจตนาเป็นของตนเอง ผลคือรัฐสามารถกระทำความผิดทางอาญาได้และก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางอาญาของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อาจสร้างความสับสนในแนวคิดระหว่าง “เจตนารมณ์” (will) กับ “ความชั่ว” (schuld) ได้ กล่าวคือ เจตนารมณ์แสดงให้เห็นว่ารัฐมีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบในทางแพ่ง แยกออกจากผลเมืองของตน โดยการแสดงเจตนารมณ์ของรัฐแสดงออกผ่านทางบุคคลธรรมดาที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และไม่อาจถ่ายโอนให้แก่ผู้ใดได้ ส่วนความชั่วของบุคคลนั้นเป็นความชั่วของบุคคลนั้นแต่เพียงผู้เดียว กฎหมายอาญาจึงมีความมุ่งหมายที่จะลงโทษเอาแก่บุคคลผู้กระทำโดยตรง ความรับผิดชอบในทางอาญาจึงไม่อาจถ่ายโอนแก่กันได้ ซึ่งขัดต่อหลักกฎหมายอาญา²⁰²

อย่างไรก็ตามแม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจในการตีความและใช้ อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม Article IX หากรัฐภาคีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำพิพากษาใน *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* , Judgment of 26 Feb. 2007 เกี่ยวกับการใช้และการตีความอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า “อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนไว้และกำหนดให้รัฐภาคีในฐานะที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (subject of international law) มีหน้าที่งดเว้นกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพื่อป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ รวมถึงการงดเว้นกระทำการอื่นที่ได้บัญญัติไว้ใน Article III ซึ่งได้แก่ การสมคบ การยุยงบุคคลอื่นโดยตรงและเปิดเผยต่อสาธารณะ การพยายาม

²⁰² ดูรายละเอียดใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 178*, น. 117.

กระทำคามผิด และการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อย่างไรก็ตามมีปัญหาข้อกฎหมายตามมาคือ²⁰³

ประการที่หนึ่ง ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีบทบัญญัติรับรองให้ขยายความรับผิดชอบทางอาญาไปถึงความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐหรือไม่

ประการที่สอง การใช้และตีความ Article III ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งได้บัญญัติถึงการกระทำอื่นที่สามารถลงโทษได้ในการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นผิดทางอาญาที่ใช้บังคับแก่ปัจเจกชน ซึ่งได้แก่ การสมคบ การยุยงบุคคลอื่นโดยตรงและเปิดเผยต่อสาธารณะ การพยายามกระทำคามผิด และการมีส่วนร่วมในการกระทำคามผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ให้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับกับความรับผิดชอบของรัฐทางอาญาด่วนนั้น ปัญหา คือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสมควรที่จะมีเขตอำนาจในการรับข้อพิพาทระหว่างรัฐโดยอาศัยการจำแนกประเภทความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษรัฐไม่ว่ารัฐจะเป็นผู้กระทำคามผิดโดยตรงหรือไม่ หรือควรที่จะมีการจัดประเภทความรับผิดชอบตามกฎหมายเพื่อให้เหมาะสมกับรัฐในฐานะผู้กระทำคามผิดหรือมีส่วนร่วมในการกระทำคามผิดโดยเฉพาะหรือไม่

ข้อสังเกตเกี่ยวกับความเหมาะสมที่จะนำประเภทความผิดตามกฎหมายอาญามาเป็นสาระสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้เหตุผลที่ผิดพลาดเกี่ยวกับประเภทความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับการสมรู้ร่วมคิดของรัฐในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (state's complicity in genocide)²⁰⁴

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดที่ว่าข้อความคิดของอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นมีความสัมพันธ์กับข้อความคิดเรื่องการลงโทษปัจเจกชนที่มีลักษณะเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาให้รัฐกระทำคามผิดระหว่างประเทศในลักษณะ “อาชญากรรมระหว่างประเทศ” (international crimes) ซึ่งรวมถึงอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ มากกว่าการลงโทษรัฐทางอาญา²⁰⁵ กล่าวคือ เมื่อรัฐไม่อาจกระทำคามผิดระหว่างประเทศด้วยตนเองได้ กฎหมายระหว่างประเทศจึงกำหนดความรับผิดชอบไปยังตัวบุคคลที่มีอำนาจหรือเป็นผู้ออกคำสั่ง

²⁰³ Antonio Cassese, “On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide,” 5 *Journal of International Criminal Justice*, 875 (2007), pp. 876-877.

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 881-882.

²⁰⁵ ดูรายละเอียดใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 178*, น. 117.

(ข) ความรับผิดชอบของปัจเจกชน

แม้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมร้ายแรงมากที่สุดที่ส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของประชาคมโลก แต่บุคคลที่ก่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มักจะมีสถานะและตำแหน่งสูง ได้แก่ ผู้นำรัฐ หรือ ผู้นำรัฐบาล เป็นต้น จึงได้รับความคุ้มกัน (immunity) ซึ่งได้แก่ความคุ้มกันในตัวบุคคลและตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ การจะนำตัวบุคคลดังกล่าวมาดำเนินคดีหรือลงโทษอาจต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างรัฐตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ปัญหาของความรับผิดชอบของปัจเจกชนตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพื่อนำตัวบุคคลดังกล่าวมาดำเนินกระบวนการพิจารณาและลงโทษคือปัญหาเกี่ยวกับความคุ้มกันของบุคคลต่างๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ และปัญหาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน²⁰⁶

2.5 ข้อจำกัดของอนุสัญญาฯ

2.5.1 ด้านเนื้อหากฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ

(ก) ขอบเขตของคำนิยามของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้บัญญัติจำกัดเฉพาะการทำลายล้างทางกายภาพ (physical destruction) ต่อกลุ่มซึ่งบุคคลธรรมดาเป็นสมาชิกอย่างไม่ได้ตั้งใจ (involuntary) และโดยปกติแล้วจะได้มาโดยการเกิด (by birth) ดังนั้นคำนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิได้มีความหมายรวมถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม (cultural genocide) ด้วยอันได้แก่ การทำลายล้างทางด้านภาษาและวัฒนธรรมของกลุ่ม หรือการถอนรากถอนโคนกลุ่มที่รวมตัวกันด้วยเหตุผลทางการเมือง²⁰⁷

คำนิยามของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน Article II ครอบคลุมและเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันแล้วหรือไม่ เช่น การกระทำที่จะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และบุคคลที่ควรได้รับความคุ้มครอง เป็นต้น นอกจากนี้ยังไม่ครอบคลุมถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรมและการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางการเมือง

²⁰⁶ ธีรพัฒน์ อัครวสังสิทธิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 175, น. 193.

²⁰⁷ Antonio Cassese, *supra note 203*, p. 743.

(ข) องค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ปัญหาการใช้และการตีความองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตาม Article II ของอนุสัญญาฯ ตลอดจนการพิสูจน์การกระทำและเจตนาพิเศษของผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ รวมถึงการกระทำที่อาจลงโทษได้ใน Article III ของอนุสัญญาฯ โดยเฉพาะถ้อยคำว่า “การกระทำอื่น” (other acts)

การพิสูจน์องค์ประกอบภายใน คือเจตนาพิเศษ เงื่อนไขและการพิสูจน์เจตนาพิเศษ (specific intent) มีความเคร่งครัดเกินไปสำหรับผู้กระทำความผิดบางประเภท²⁰⁸

การใช้และการตีความการกระทำอื่น (other acts) อันเกิดจากความไม่สอดคล้องในแนวคิดทางอาญาของระหว่างระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ ทั้งนี้การจัดโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของอนุสัญญาฯ ส่วนใหญ่จะเป็นไปตามกฎหมายอาญาของระบบคอมมอนลอว์ กล่าวคือ การกระทำของผู้ร่วมกระทำความผิดนั้นต้องเป็นไปตามองค์ประกอบภายนอกของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องมีการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม Article II (a) - (e) ส่วนองค์ประกอบภายในของผู้ร่วมกระทำนั้นยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปอีกในเรื่ององค์ประกอบภายในว่าผู้ร่วมกระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อที่จะทำลายล้างหรือไม่ เนื่องจาก Article II นั้นมิได้บัญญัติว่าบุคคลใดบ้างคือผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงเป็นปัญหาอย่างมากในการใช้และการตีความองค์ประกอบความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อย่างไรก็ตามแม้ว่าในอนุสัญญาฯ จะใช้คำว่า “การกระทำอื่น” (other acts) โดยมีได้กล่าวถึงผู้ร่วมกระทำไว้อย่างชัดเจน แต่พอจะอนุมานได้จากลักษณะของการกระทำอื่นที่ได้บัญญัติใน Article III (b), (c) และ (e) ซึ่งได้แก่ การสมรู้ร่วมคิด (conspiracy) การยุยงโดยตรงต่อสาธารณชน (direct and public incitement) ซึ่งเป็นการกระทำที่มีลักษณะเริ่มต้น และการสมรู้ร่วมคิด (complicity) ในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั่นเอง

ส่วนของการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (attempt to commit genocide) ผู้เขียนเห็นว่าควรจะนำมาพิจารณาประกอบส่วนของการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ไม่บรรลุผลมากกว่าจะเรียกว่าเป็นการกระทำอื่น เนื่องจากการพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็คือการลงมือกระทำอย่างหนึ่งได้บัญญัติไว้ใน Article II (a)-(e) ซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นการทำลาย

²⁰⁸ Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, (New York : Translational Publishers, 2003), p.139.

ล้างเผ่าพันธุ์(genocidal acts) แต่ไม่บรรลุผล ไม่ใช่เรื่องการกระทำอื่น ทั้งนี้เพราะการพยายามกระทำความผิดไม่อาจมีขึ้นลอยๆ ได้ แต่ต้องเป็นเรื่องที่ต้องประกอบฐานความผิดทางอาญาฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งในกรณีตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ฐานความผิดในอาชญากรรมระหว่างประเทศคือ ฐานความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั่นเอง

(ค) บุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง

กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง (protected groups) ตามอนุสัญญานี้จำกัดเฉพาะกลุ่มบุคคล 4 ประเภท โดยได้บัญญัติไว้ใน Article II อันได้แก่ กลุ่มชาติ (national group) กลุ่มทางเชื้อชาติ (racial group) กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ (ethnic group) และกลุ่มทางศาสนา (religious group)²⁰⁹ ดังนั้นกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญานี้จึงไม่รวมถึงกลุ่มทางการเมือง (political group) ด้วย²¹⁰ อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้มีให้คำนิยามกลุ่มของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองแต่ละประเภทตามอนุสัญญานี้ว่ามีความหมายและลักษณะอย่างไร²¹¹

Article II ระบุเพียงว่ากลุ่มบุคคลใดบ้างที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญา แต่ไม่มีการให้คำจำกัดความกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองแต่ละกลุ่มว่าหมายความว่าอะไรส่งผลให้มีปัญหาการใช้และการตีความกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในลักษณะตีความโดยขยายความได้หรือไม่ และกลุ่มบุคคลที่ควรได้รับความคุ้มครองนอกเหนือจากอนุสัญญา

(ง) บุคคลที่ต้องรับผิดชอบ

แม้ว่าใน Article IV จะได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบของปัจเจกชนไว้ รวมถึงบุคคลที่มีสถานะและตำแหน่งพิเศษไว้ อย่างไรก็ตามปัจเจกชนที่ต้องรับผิดชอบมักมีปัญหาในเรื่องการนำตัวมาดำเนินคดีและลงโทษ เนื่องจากผู้กระทำที่อนุสัญญา นี้มุ่งหมายที่จะลงโทษคือ ประมุขของรัฐ ผู้นำของรัฐไม่ว่ารัฐบาลทหารหรือพลเรือน ตลอดจนรัฐสภา อย่างไรก็ตามผู้ที่บงการให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ อาจไม่ใช่ประมุขของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่เสมอไป แต่อาจเป็นบุคคลอื่นที่มีอิทธิพลก็ได้ ดังนั้นอนุสัญญานี้บัญญัติครอบคลุมบุคคลที่ต้องรับผิดชอบเพียงพอแล้วหรือไม่ นอกจากนี้บุคคลซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาควรรับผิดชอบเพียงใด เนื่องจากผู้กระทำความผิดที่มีความรับผิดชอบนี้ส่วนใหญ่เป็นการร่วมกระทำความผิดควรจะกำหนดโทษต่างกันไปตามการกระทำดังกล่าวตามกฎหมายอาญาภายในซึ่งแต่ละรัฐมีใช้ระบบกฎหมายอาญาความแตกต่างกัน

²⁰⁹ Antonio Cassese, *supra note 203*, p. 743.

²¹⁰ Malcolm N. Shaw, *supra note 137*, p. 263.

²¹¹ Antonio Cassese, *supra note 203*, p. 743.

รัฐควรมีความรับผิดชอบทางแพ่งและอาญาอันเป็นผลจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่เพียงใด เนื่องจากอนุสัญญาฯ มิได้บัญญัติไว้ เพียงแต่ Article IX วางหลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐเอาไว้ว่ารัฐภาคีอาจนำข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการบังคับใช้และการตีความ การบังคับใช้อนุสัญญาฯ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) เพื่อให้รัฐหนึ่งรัฐได้รับผิดชอบต่อการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเป็นเรื่องของความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) อย่างไรก็ตามมีปัญหาตามมาเรื่องการยอมรับเขตอำนาจศาลและการตั้งข้อสงวนในข้อบทดังกล่าวในขณะที่ทำการให้สัตยาบัน

(จ) บทลงโทษ

บทลงโทษหรือโทษเป็นมาตรการบังคับทางอาญาดั้งเดิมที่สุด²¹²

อนุสัญญานี้ไม่ได้ระบุถึงโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งตามกฎหมายอาญาภายในทั่วไป การกระทำที่จะต้องได้รับโทษนั้น จะต้องมีความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำไว้ด้วย

นอกจากนี้ยังไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดบทลงโทษว่าผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำ ความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้มีโทษประการใดบ้าง เช่น ประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต อย่างไรก็ตามแนวโน้มในสำหรับบทลงโทษผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีสองแนวคือ

แนวแรก การกำหนดโทษประหารชีวิต²¹³ ซึ่งมีปัญหาว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการมีชีวิต (rights to life) ของจำเลยหรือไม่ เช่น ในคดีไอซ์มานันท์ที่ศาลสูงอิสราเอลตัดสินประหารชีวิตในฐานะ ความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือศาลระหว่างประเทศที่ตัดสินประหารชีวิตผู้กระทำการทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์คือ กรณีของนายซัดดัม ฮุสเซน อดีตผู้นำเผด็จการประเทศอิรัก โดยศาลเฉพาะกิจที่ ตัดสินให้แขวนคอ

²¹² คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 379.

²¹³ เหตุผลที่มีการสนับสนุนให้มีโทษประหารชีวิตต่อไป คือ โทษประหารชีวิตเป็นโทษที่สามารถยับยั้งความคิดร้ายของผู้ที่คิดจะกระทำความผิดได้มาก เพราะทุกคนย่อมจะรักชีวิตของตนมากกว่าสิ่งอื่น แม้จะยังมีโทษประหารชีวิตอยู่คดีอุกฉกรรจ์ก็เกิดขึ้นมาแล้ว ถ้ายกเลิกโทษประหารชีวิตเสียก็ไม่สามารถคำนวณได้ว่าคดีอุกฉกรรจ์จะเพิ่มมากขึ้นเท่าใด และคดีบางคดีแสดงให้เห็นว่าจะลงโทษอย่างอื่นย่อมไม่เหมาะสม เช่น คดีที่ผู้กระทำมีใจคอโหดร้ายฆ่าคนตายคราวเดียวหลาย ๆ คน ดูรายละเอียดใน เพ็งอ้วง, น. 383.

แนวที่สอง การกำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิตแทนการประหารชีวิต²¹⁴ ซึ่งมีปัญหาว่าเหมาะสมกับผลกระทบที่เกิดขึ้นและเป็นธรรมกับผู้ถูกกระทำที่ตกเป็นเหยื่อจากการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงดังกล่าวหรือไม่ โดยเฉพาะในศาลภายในของรัฐที่เคยได้รับผลกระทบจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่น ประเทศเยอรมนี เป็นต้น

ทั้งนี้ตามกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ห้ามรัฐลงโทษประหารชีวิตไว้แต่อย่างใด เพียงแต่เป็นพัฒนาการใหม่ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่พยายามขอความร่วมมือจากรัฐต่างๆ ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยภายใต้สิทธิในชีวิตว่ารัฐไม่ควรกำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับโทษทางอาญา รวมถึงอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรง เช่น การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เป็นต้น แต่ให้กำหนดบทลงโทษสูงสุดเป็นจำคุกตลอดชีวิตแทน เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน เป็นต้น

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าตามในข้อ 6 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Covenant on Civil and Political Right)²¹⁵ ได้รับรองสิทธิในการมีชีวิต (rights to life) บุคคลไว้ โดยถือว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ซึ่งไม่รับความคุ้มครองตามกฎหมายและบุคคลอื่นไม่สามารถพรากไปหรือล่วงละเมิดได้²¹⁶

นอกจากนี้ตามกติกาดังกล่าวมิได้ห้ามมิให้รัฐภาคีลงโทษประหารชีวิต รัฐแต่ละรัฐย่อมกำหนดโทษประหารชีวิตได้ แต่กำหนดได้เฉพาะคดีอุกฉกรรจ์ที่สุดในกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะกระทำกรรมผิด และลงโทษได้เฉพาะศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วเท่านั้น และต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกติกาดังกล่าว และอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย²¹⁷ ซึ่งหมายความว่า การลงโทษประหารชีวิตต้องมีวิธีการหนึ่งของการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม Article II ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั่นเอง

²¹⁴ เหตุผลที่ควรยกเลิกโทษประหารชีวิตเนื่องจากโทษประหารชีวิตเป็นโทษที่ไม่สามารถแก้ไขได้ภายหลังได้เพราะบุคคลถูกประหารชีวิตไปแล้ว การมีโทษประหารชีวิต เป็นการผิดมนุษยธรรมที่มนุษย์ต้องมาประหารชีวิตกันเอง ข้อที่หวาดกลัวว่าถ้ายกเลิกโทษประหารชีวิตแล้วจะมีความผิดอุกฉกรรจ์เกิดขึ้นมากก็ไม่เป็นความจริง ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน *เพิ่งอ้าง*.

²¹⁵ ประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐภาคีในกติกาดังกล่าวยอมมีพันธกรณีเช่นว่านั้นเช่นเดียวกัน

²¹⁶ See Article 6 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights

²¹⁷ See Article 6 (2), *Ibid.*

รวมทั้งยังรับรองว่าเมื่อมีการฆ่าผู้อื่นอันเป็นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ย่อมเป็นที่เข้าใจว่าบทบัญญัตินี้มีได้ให้อำนาจอัยรัฐภาคีในกติการะบับนี้ในอันที่จะหลีกเลี่ยงพันธกรณีใดๆ อันพึงมีตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์²¹⁸

(จ) อายุความ²¹⁹

สำหรับฐานความผิดอาญาที่มีความร้ายแรงนั้น ย่อมไม่ยุติธรรมแก่ผู้ถูกกระทำ หากผู้กระทำความผิดพ้นโทษทางอาญาไปเพราะล่วงเลยกำหนดเวลา ข้อที่ว่าผู้ซึ่งหลบหนีคดีต้องทนทุกข์และทรมานตนเองนั้นเป็นแต่การคาดคะเนอันปราศจากมูลความจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับผู้ที่มีนิสัยเป็นผู้ร้ายใจฉกรรจ์ กฎหมายบางประเทศจึงไม่ยอมให้มีอายุความในบางเรื่อง²²⁰ เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันบัญญัติว่า ความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Völkermord หรือ Genocide) ไม่มีการขาดอายุความฟ้องร้องและกำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิตไม่มีอายุความล่วงเลยการลงโทษ²²¹

สำหรับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงอายุความ (statute of limitations หรือ statutory limitation) ในการฟ้องร้องฐานความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ ดังนั้นอาจมีปัญหาในเรื่องการดำเนินคดีเกี่ยวกับฐานความผิดดังกล่าวได้ เนื่องจากเรื่องอายุความทางอาญาตามกฎหมายอาญาภายในประเทศมักจะกำหนดอายุความในการฟ้องร้องไว้และในแต่ละประเทศก็จะมีกำหนดอายุความแตกต่างกันไป ซึ่งแตกต่างจากธรรมเนียมยุโรปว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่รับรองเกี่ยวกับอายุความไว้ใน Article 29²²² บัญญัติว่า “อาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีอายุความ” อันรวมถึงความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย

²¹⁸ See Article 6 (3), *Ibid.*

²¹⁹ William A. Schabas, *supra note 2*, pp. 414-417 and Antonio Cassese, *supra note 86*, pp.316-319 และกนกวรรณ ภิบาลชนม์, “อาชญากรรมสงคราม ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น. 103-105.

²²⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เชนเจอร์นัลที่ 43*, น. 1272.

²²¹ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชนเจอร์นัลที่ 13*, น. 443.

²²² “The crimes within the jurisdiction of the Court shall not be subject to any

(ซ) การตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาฯ

การตั้งข้อสงวน (reservation) ในสนธิสัญญาพหุภาคีเป็นอุปสรรคประการหนึ่งที่ทำให้การใช้บังคับอนุสัญญาฯ ไม่อาจกระทำได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากรัฐอาจตั้งเงื่อนไขไว้ในอนุสัญญาได้เพื่อประโยชน์แห่งรัฐตน อย่างไรก็ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิได้มีบทบัญญัติใดห้ามมิให้รัฐตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาฯ

ปัญหาที่ตามมาก็คือ การตั้งข้อสงวนของรัฐในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จะกระทำได้อหรือไม่ เพียงใด²²³ จนกระทั่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 478 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 ขอความเห็นแนะนำ (advisory opinion) จากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์ว่า ศาลสามารถให้ความเห็นแนะนำได้ เนื่องจาก Article IX ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในเรื่องการตีความอนุสัญญาฯ มิได้ห้ามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการให้ความเห็นแนะนำไว้²²⁴

จากคำวินิจฉัยของศาลในคดี *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J 1951 (May 28) (Advisory opinion) เกี่ยวกับประเด็นการตั้งข้อสงวนของรัฐในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์พอสรุปประเด็นที่การตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์กระทำได้อหรือไม่ ได้ว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่ารัฐซึ่งตั้งข้อสงวนสามารถเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ ได้หรือไม่ เมื่อรัฐภาคีเพียงบางรัฐคัดค้าน ด้วยคะแนนเสียง 7 ต่อ 5 ศาลวินิจฉัยว่ารัฐสามารถตั้งข้อสงวนได้ โดยให้เหตุผลว่าการตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาจะกระทำได้อก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญานั้น โดยการเปิดโอกาสให้รัฐอื่นๆ เป็นผู้พิจารณาว่า การตั้งข้อสงวนดังกล่าวเป็นการขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาหรือไม่ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฯ ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักมนุษยธรรมและศีลธรรมไปพร้อมๆ กัน และอนุสัญญาดังกล่าวมุ่งประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐจำนวนมากสามารถเข้ามาเป็นภาคีได้ จึง

statute of limitations.”

²²³ *Case Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J 1951 (May 28) (Advisory opinion)

²²⁴ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 186*, น. 126-132.

จำเป็นต้องมีความยืดหยุ่นในการพิจารณาว่าควรเข้าเป็นภาคีมากน้อยเพียงใด ดังนั้นวัตถุประสงค์หลักของการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์คือ การที่รัฐต่างๆ เข้าเป็นภาคีให้ได้มากที่สุด แม้ว่าผู้พิพากษาฝ่ายข้างน้อยจะเห็นว่า หลักหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนเข้าใจเป็นที่ยุติว่าข้อสงวนนั้นจะมีผลได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมอย่างเป็นทางการจากภาคีที่ทั้งปวงแห่งสนธิสัญญา ข้อยกเว้นใดๆ จากหลักกฎหมายเช่นว่านี้ต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญา โดยเห็นว่าเหตุผลที่ผู้พิพากษาฝ่ายข้างมากให้นั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นอัตวิสัยเกิน ซึ่งคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นด้วยกับความเห็นอันหลังในตอนแรก แต่ต่อมาก็ได้เห็นด้วยของคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าว เนื่องจากเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น จำนวนของรัฐที่ประสงค์จะเข้าเป็นภาคีมีมากขึ้นเรื่อยๆ หากกำหนดให้รัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีต้องยอมรับข้อสงวนด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์ (unanimity) ย่อมเป็นไม่ได้ยากในทางปฏิบัติ²²⁵ ซึ่งผู้เขียนเองเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยประกอบเหตุผลที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในประเด็นดังกล่าว

ทั้งนี้ความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้เป็นที่ยอมรับกันในทางปฏิบัติของรัฐและได้ถูกนำไปประมวลไว้ในส่วนที่ว่าด้วยการตั้งข้อสงวน Article 19-23 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

2.5.2 ด้านการบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญา

(ก) การป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ไม่มีบทบัญญัติใดในอนุสัญญาฯ กำหนดวิธีหรือมาตรการใดในการที่จะให้รัฐดำเนินการเพื่อป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ขึ้นอยู่กับรัฐภาคีเองที่จะใช้และตีความว่าการป้องกันอาชญากรรมดังกล่าวต้องเป็นในทิศทางใด กล่าวคือ เมื่อรัฐภาคีอนุวัติการอนุสัญญาฯ ตามกฎหมายภายในแล้ว รัฐต้องกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพียงใดจึงจะถือได้ว่าปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาฯ นอกจากนี้จะก่อให้เกิดความความสับสนในการใช้และการตีความถ้อยคำดังกล่าวไม่ว่าโดยศาลภายในรัฐหรือศาลระหว่างประเทศทางอาญาซึ่งมีเขตอำนาจแล้ว ยังก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการป้องกัน

²²⁵ โปรดดูรายละเอียดใน เฝิงอ๋าง, น. 129-132.

อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เนื่องจากขึ้นตามการใช้และการตีความโดยศาลภายในของแต่ละรัฐหรือศาลระหว่างประเทศทางอาญาแต่ละแห่ง

อย่างไรก็ตามแม้ใน Article I ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้วางหลักให้รัฐภาคีนอกจากมีหน้าที่ในการลงโทษฐานความผิดดังกล่าวแล้ว ยังรวมถึงหน้าที่ในการป้องกัน (prevent) การกระทำความผิดดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตามมีปัญหาว่า การป้องกันอาชญากรรมเช่นนั้นหมายถึงการป้องกันการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐภาคีนั่นเอง หรือรวมถึงที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นด้วย ซึ่งหากรวมถึงการป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นด้วย จะถือว่าเป็นการยอมรับให้มีการแทรกแซงด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม (humanitarian intervention) เพื่อการป้องกันอาชญากรรมดังกล่าวหรือไม่²²⁶

(ข) เขตอำนาจศาลในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิด

แม้ว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นฐานความผิดทางอาญาระหว่างประเทศร้ายแรงและมีความสำคัญที่ตกอยู่ภายใต้หลักเขตอำนาจศาลที่นานาประเทศต่างให้การยอมรับในปัจจุบันภายใต้เงื่อนไขกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²²⁷ และสถานะทางกฎหมายของเขตอำนาจศาล (universal jurisdiction) ตาม Article VI ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์วางหลักว่า รัฐภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถยอมรับเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศทางอาญา (international penal tribunal) ได้ แต่ก็เป็นเขตอำนาจศาลประการต่อมา หากรัฐภาคีเลือกที่จะยอมรับเขตอำนาจศาลที่สามารถดำเนินคดีได้ถัดจากเขตอำนาจตามหลักดินแดนเท่านั้น อีกทั้งเขตอำนาจศาลยอมรับใช้บังคับโดยขึ้นอยู่กับธรรมนูญก่อตั้งศาลระหว่างประเทศทางอาญา หากว่ารัฐภาคีตกลงกันยอมรับเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศดังกล่าวเท่านั้น²²⁸

²²⁶ ปิยะพงษ์ ชลวีระวงษ์, “การแทรกแซงด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม (โดยใช้กำลังทหาร),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) ม. น. 148.

²²⁷ See Cherif Bassiouni, “Universal Jurisdiction for International Crime: Historical Perspectives and Contemporary Practice,” *Virginia Journal of International Law*, (Fall 2001): 89 อ้างใน เฝิงอ๋าง, น. 141-142.

²²⁸ M. Cherif Bassiouni, “Chapter 1: The Historical of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law,” in Stephen Macedo (ed), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, (Philadelphia: University of Philadelphia Press, 2004), p. 53.

นอกจากนี้หลักเขตอำนาจสากลกับกฎหมายภายในของรัฐ Professor Bassiouni ได้ตั้งข้อสังเกตว่า หลักเขตอำนาจสากลมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ นั้น ไม่ปรากฏทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) ที่อ้างอิงถึงหลักเขตอำนาจสากลโดยมิได้รับรองโดยกฎหมายของรัฐแต่อย่างใด แม้ว่าอนุสัญญาได้รองรับการใช้เขตอำนาจดังกล่าวไว้ก็ตาม และทางปฏิบัติร่วมกันของรัฐในการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศทางอาญาตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา เช่น ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นต้น ก็มีได้อยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดเขตอำนาจสากล เพียงแต่ระบุถึงลักษณะทั่วไปของประเภทของการกระทำ ความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลเท่านั้น²²⁹ และมีเพียงบางรัฐเท่านั้นที่ประกาศใช้กฎหมายภายในที่รับรองหลักเขตอำนาจสากล เช่น ประเทศอิสราเอล อังกฤษ เบลเยียม เป็นต้น รวมทั้งฐานความผิดทางอาญาระหว่างประเทศที่ภายใต้หลักดังกล่าวก็มีความจำกัดและยังไม่มีความชัดเจน Professor Bassiouni จึงสรุปว่าการรับรู้หลักเขตอำนาจสากลในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่ในช่วงแรกของการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น²³⁰ แม้ว่าจะมีการอ้างอิงคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) ในคดี *Barcelona Traction Case* ก็ตาม ว่าเป็นการรับรองหลักเขตอำนาจสากล กล่าวคือ ความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีผลผูกพันทุกรัฐเป็นการทั่วไป (*erga omnes*)

เมื่อพิจารณาจาก Article VI ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้รัฐภาคีสามารถขยายเขตอำนาจศาลภายในของตนให้มีอำนาจลงโทษบุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่าทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เรียกว่า “สิทธิสภาพนอกอาณาเขตหรือหลักเขตอำนาจนอกดินแดน” (*extraterritorial jurisdiction or extra-national jurisdiction*) ได้แต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามตั้งแต่ขั้นตอนในการร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นรัฐต่างๆ ได้ปฏิเสธอย่างชัด

²²⁹ See Cherif Bassiouni, "Universal Jurisdiction for International Crime: Historical Perspectives and Contemporary Practice," *Virginia Journal of International Law*, (Fall 2001): pp. 106-107 อ้างใน ปิยะพงษ์ ชลวีระวงษ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 226, น. 143.

²³⁰ *เพียงอ้าง.*

แจ้งในการยอมรับการใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต (extraterritorial jurisdiction) ของรัฐภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว²³¹

เห็นได้ว่าชัดว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่มีบทบัญญัติบังคับ (mandatory) ในเรื่องเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) เพียงแต่ Article VI ของอนุสัญญา บัญญัติเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและลงโทษตามเขตอำนาจศาลตามหลักดินแดน (territorial jurisdiction) เห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวหรือศาลระหว่างประเทศทางอาญาซึ่งรัฐที่เกี่ยวข้องยอมรับเขตอำนาจของศาลนั้น ไม่เพียงแต่อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่มีบทบัญญัติบังคับ (mandatory) เกี่ยวกับเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) ต่ออนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็ไม่มีบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเช่นเดียวกัน ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงใช้บังคับตามหลักดินแดนซึ่งกำหนดเขตอำนาจศาลในการดำเนินกระบวนการคดีเพียงหลักเดียว²³²

แม้ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์วางหลักประการหนึ่งว่า “อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ” แต่อนุสัญญาดังกล่าวมิได้รับรองหลักเขตอำนาจสากลในการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์แต่อย่างใด เหตุผลที่สำคัญประการหนึ่ง เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่กว่าเป็นนัยถึงความรับผิดชอบของรัฐเจ้าของดินแดน อนุสัญญาดังกล่าวผูกพันรัฐภาคีในการลงโทษบุคคลทุกคนซึ่งได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ปกครองที่ต้องรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือสามัญชน (Article IV) ทั้งนี้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ส่วนใหญ่จะเป็นการกระทำของรัฐบาลต่อพลเมืองของตนเอง ดังนั้นเมื่อการฆ่าเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ขาดองค์ประกอบที่มีลักษณะระหว่างประเทศเนื่องการกระทำมักเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐ จึงยากที่หาจุดเกาะเกี่ยวให้รัฐอื่นเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อย่างไรก็ตามบางที่เหตุผลที่

²³¹ See Luc Reydam, Universal Jurisdiction: international and Municipal Legal Perspectives, (Great Britain: Oxford University Press, 2004), pp. 48-53 and see also in Anthony J. Colangelo, *supra note 127*, p. 175.

²³² See Eugene Kontorovich, “The Inefficiency of Universal Jurisdiction,” 1 University of Illinois Law Review 389 (2008), pp. 407-408.

สำคัญที่สุดเกี่ยวกับการบัญญัติหลักเขตอำนาจสากลไว้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็คือ ประเทศมหาอำนาจไม่ประสงค์ที่จะรับรู้เกี่ยวกับหลักดังกล่าว²³³

อย่างไรก็ตามข้อถกเถียงเกี่ยวกับเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) ยังคงดำเนินต่อไปจนถึงปัจจุบัน ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นอีกครั้งโดยผู้พิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและสำหรับประเทศรวันดาได้เสนอคดีการใช้บังคับอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case*) ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) พิจารณาประเด็นดังกล่าว ผู้พิพากษา Kreca กล่าวย่ำว่า อนุสัญญาดังกล่าวมิได้มีข้อบ่งชี้ถึงการปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามหลักเขตอำนาจสากล แต่มีบทบัญญัติรับรองเกี่ยวกับพันธกรณีของรัฐภาคีในการป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามหลักดินแดน (territorial principle) ไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามในคดีเดียวกันนี้ผู้พิพากษา Lauterpacht มีมุมมองตรงกันข้ามกับความเห็นข้างต้นว่า Article I ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งรับรองว่า การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อนุญาตให้รัฐภาคีซึ่งได้ตรากฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าวได้รับการสันนิษฐานว่า มีเขตอำนาจสากลเหนืออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่มีข้อสังเกตว่าผู้พิพากษา Lauterpacht มิได้กล่าวถึง Article VI เกี่ยวกับประเด็นเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) แต่อย่างใด²³⁴ อีกทั้งศาลภายในประเทศยังคงมีความเห็นที่แตกแยกกันเกี่ยวกับประเด็นเขตอำนาจสากล

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิได้บัญญัติห้ามมิให้รัฐภาคีใช้เขตอำนาจสากล แต่ขึ้นอยู่กับหลักความยินยอม (consent) ของรัฐภาคีเท่านั้นว่า จะยอมรับหลักเขตอำนาจสากลของหรือไม่ และขึ้นอยู่กับฐานความผิดตามกฎหมายอาญาของรัฐภาคีที่รับรองให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดสากล (universal crimes) จึงเป็นข้อจำกัดของศาลภายในของรัฐในการนำผู้กระทำผิดมาดำเนินคดีและลงโทษ

²³³ Reydams, *supra note 231*, p. 53.

²³⁴ *Ibid.*, p. 52.

(ค) การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การส่งผู้ร้ายข้ามแดน คือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหนึ่งส่งมอบผู้ต้องหาหรือจำเลยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐอีกรัฐหนึ่งเพื่อดำเนินคดีอาญา หรือเพื่อบังคับโทษทางอาญา²³⁵

จากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นเรื่องของการขอความช่วยเหลือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ต่างกับการเนรเทศซึ่งเป็นการป้องกันตัว และตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่ารัฐทุกรัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาเอง หรือไม่ก็ต้องส่งตัวผู้กระทำความผิดข้ามแดนไปเพื่อลงโทษ²³⁶

แม้ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะมีได้รับรองหลักการดำเนินคดีหรือส่งผู้ร้ายข้ามแดน (*aut dedere aut judicare* หรือ *prosecute or extradite*) แต่โครงสร้างของบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ ได้รองรับหลักดังกล่าวไว้โดยปริยาย เมื่อพิจารณา Article I, IV, V และ VII โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อวิเคราะห์จากแล้ว Article VI มิได้ยกเลิกสิทธิโดยทั่วไปและหน้าที่ของรัฐในการดำเนินถึงอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งชี้ให้เห็นว่า อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อตั้งระบอบความร่วมมือระหว่างรัฐในการลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์²³⁷

นอกจากนี้ หลักเขตอำนาจสากล รวมถึงหลักที่เกี่ยวข้องกับหลักการดำเนินคดีหรือส่งผู้ร้ายข้ามแดน (*aut dedere aut judicare* หรือ *prosecute or extradite*) ได้รับการยอมรับเป็นเวลานานแล้วว่า เป็นเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศบางประเภทซึ่งได้กระทำโดยปัจเจกชน แต่รัฐส่วนใหญ่ในประชาคมระหว่างประเทศมักไม่ประสงค์ที่จะขยายเขตอำนาจในการดำเนินคดีและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามหลักเขตอำนาจสากลสำหรับอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับกรณีของรัฐสมรู้ร่วมคิด (*State complicity*)²³⁸ ก้นก้ออาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงขึ้น

²³⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 ฉบับปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 287.

²³⁶ เพิ่งอ้าง.

²³⁷ Lee A. Steven, "Genocide and the Duty to Extradite or Punish," 39 *Virginia Journal of International Law*, 425 (Winter 1999) p. 461.

²³⁸ Kingsley Chiedu Moghalu, Global Justice: The Politic of War Crimes Trials, (the United States of America: Praeger Security International, 2006), p. 87.

ตาม Article VII²³⁹ บัญญัติไว้ว่า

“การทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นซึ่งได้บัญญัติไว้ใน Article III มิให้ถือว่าเป็นความผิดทางการเมือง เพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

รัฐภาคีมีข้อผูกพันตนในกรณีเช่นว่านั้นเพื่อที่จะให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของตนและสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับ”

จะเห็นได้ว่าแม้จะได้บัญญัติมิให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดทางการเมือง อย่างไรก็ตามอนุสัญญา มิได้มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนให้รัฐภาคีดำเนินคดีกับผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือส่งผู้ร้ายข้ามแดน ดังนั้นหน้าที่ของรัฐในการดำเนินคดีหรือส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นเพียงแต่เป็นสิทธิของรัฐแต่ละรัฐตามที่เห็นสมควรที่จะดำเนินการเช่นว่านั้นหรือไม่ กล่าวคือบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐผู้รับคำขอให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนทุกกรณี นอกจากนี้ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้วางหลักว่ารัฐผู้รับคำขอไม่จำเป็นต้องส่งคนชาติตนข้ามแดนเลย หากกฎหมายภายในไม่อนุญาตให้ส่งคนชาติตนข้ามแดน

ดังนั้นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็มีส่วนสำคัญในการนำผู้กระทำความผิดซึ่งหลบหนีมาอยู่ในดินแดนรัฐหนึ่งมาลงโทษในศาลภายในของอีกรัฐหนึ่งซึ่งได้ร้องขอ หรือมาดำเนินคดีในศาลระหว่างประเทศทางอาญา สนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการเป็นกลไกในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีและลงโทษในฐานะความผิดดังกล่าว อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็มีข้อบทเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐภาคีโดยวางหลักยกเว้นเรื่องการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วยเหตุทางการเมืองไว้ เนื่องจากอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงที่รัฐทุกรัฐต้องมีส่วนร่วมช่วยในการรักษาความสงบเรียบร้อยในทางระหว่างประเทศ ดังนั้นเหตุทางการเมืองจึงไม่ใช่เหตุที่รัฐซึ่งผู้กระทำความผิดอยู่ใน

²³⁹ Article VII: “Genocide and the other acts other acts other acts other acts other acts enumerated in article III shall not be considered as political crimes for the purpose of extradition.

The Contracting Parties pledge themselves in such cases to grant extradition in accordance with their laws and treaties in force.”

ดินแดนจะปฏิเสธเพื่อไม่ส่งบุคคลดังกล่าวให้รัฐผู้ขอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงมิให้ถูกดำเนินคดีและรับโทษ

(ง) ความคุ้มกัน

ปกติประมุขของรัฐ (Head of State) เป็นผู้แทนสูงสุดของรัฐในการที่รัฐนั้นจะติดต่อสัมพันธ์กับรัฐอื่นๆ ประมุขของรัฐจึงได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันในทางส่วนบุคคลและในทรัพย์สินด้วย กล่าวคือ ได้รับความคุ้มกันแบบเด็ดขาด (absolute immunity) ไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลแห่งรัฐอื่น อย่างไรก็ตามในช่วงเวลาต่อมาบทบาทของประมุขของรัฐมิได้จำกัดอยู่เพียงเพื่อประโยชน์ของรัฐเท่านั้น แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบของประมุขของรัฐที่ว่า ประมุขของรัฐนั้นอาจตกอยู่ในสถานะของปัจเจกชนคนอื่น ๆ²⁴⁰ ที่สามารถมีความรับผิดชอบทางอาญาในทางส่วนตัวได้เช่นกัน หากอาชญากรรมนั้นเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรง แม้ว่าการกระทำดังกล่าวของประมุขของรัฐจะถือว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐนั้นๆ ก็ตาม

อย่างไรก็ดี ด้วยหลักการที่ว่าบุคคลซึ่งกระทำการในนามของรัฐจะได้รับความคุ้มกันนั้น เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นอาชญากรสงครามหรือผู้ที่ก่ออาชญากรรมอันร้ายแรงซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นประมุขของรัฐและบุคคลดังกล่าวมักอ้างว่าตนกระทำในนามของรัฐเพื่อให้ได้รับความคุ้มกันและหลบเลี่ยงความรับผิดชอบจากการกระทำของตน²⁴¹ ซึ่งในปัจจุบันได้รับการรับว่าข้อยกเว้นความคุ้มกันของผู้นำของรัฐมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²⁴²

²⁴⁰ ทวยวรรณ เทพพิทักษ์ศักดิ์, “มาตรา 27 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 กับผลทางกฎหมาย,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 45.

²⁴¹ เพิ่งอ้าง, น. 46.

²⁴² ทั้งนี้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องการยกเว้นหลักความคุ้มกันดังกล่าวส่วนใหญ่ได้รับการยอมรับและมักใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ทางทหาร (military officers) อย่างไรก็ตามอาจไม่เหมาะสมนักหากจะอนุมานเพียงว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวจะใช้บังคับเพียงเจ้าหน้าที่ทางทหารเท่านั้น ทั้งที่จริงแล้วเป็นเรื่องน่าแปลกกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะมีวิวัฒนาการที่ดำเนินถึงเฉพาะสมาชิกทางทหารเท่านั้นและมีได้ใช้สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกประเภทซึ่งได้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ

นอกจากนี้สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งกล่าวคือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงประเภทหนึ่งในอาชญากรรมระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) ได้ยอมรับโดยปริยายว่าภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศสถานะของเจ้าหน้าที่ (official status) มิได้ปลดเปลื้องจากความรับผิดในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์แต่อย่างใด ตามความเห็นแนะนำ (advisory opinion) ในคดี *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* โดยศาลดังกล่าวได้วินิจฉัยว่า “หลักการต่างๆ ภายใต้อนุสัญญาฉบับนี้เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศในฐานะที่ผูกพันทุกรัฐ แม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ได้มีพันธกรณีตามอนุสัญญา (conventional obligation)” โดยใน Article IV ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้วางหลักเกี่ยวกับความรับผิดของปัจเจกชนที่กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะดำรงตำแหน่งใด ได้แก่ ผู้ปกครองที่มีความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือ สามีภรรยา ต้องรับโทษตามอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งยกเว้นหลักความคุ้มกันในการปฏิบัติหน้าที่ (functional immunities) นอกจากนี้ในศาลระหว่างประเทศทางอาญาได้รับรองหลักเกี่ยวกับผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่าจะดำรงตำแหน่งใดไม่อาจอ้างความคุ้มกันเพื่อยกเว้นความรับผิดตนได้ เช่น ในคดี *Akeyesu* ที่พิจารณาโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา และคดี *Krstic* ที่พิจารณาโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย²⁴³

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคือบุคคลที่มีตำแหน่งและเป็นผู้ในระดับสูงซึ่งก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศได้รับความคุ้มกัน (immunity) ตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้ไม่สามารถนำตัวบุคคลดังกล่าวมาดำเนินคดีและลงโทษได้ โดยเฉพาะความคุ้มกันจากเขตอำนาจทางอาญาของรัฐอื่นโดยเด็ดขาด ที่เรียกว่า หลักความคุ้มกันในตัวบุคคล (immunity *ratione personae*)²⁴⁴ ดังนั้นอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงจึงต้องมีสนธิสัญญาเฉพาะในการนำตัวปัจเจกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่ได้รับความคุ้มกันเนื่องด้วย

ขึ้น See Dapo Akande, “International Law Immunities and the International Criminal Court,” 98 *The American Journal of International Law*, 407 (2004), pp. 409-415.

²⁴³ Anotino Cassese, *supra note* 86, p. 269.

²⁴⁴ วีรพัฒน์ อิศวสังสิทธิ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 175, น. 188-190.

สถานะและตำแหน่งหน้าที่ระดับสูงทั้งตามกฎหมายภายในรัฐและตามกฎหมายระหว่างประเทศ มีความรับผิดชอบและต้องรับโทษนั้น ต้องเป็นความรับผิดชอบตามสนธิสัญญาที่ตนเข้าผูกพันในฐานะรัฐภาคี

(จ) การนิรโทษกรรม

กฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งออกโดยรัฐเพื่อให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่ต้องรับโทษจากการกระทำความผิดกฎหมายแก่บุคคลแล้วแต่กรณี ผู้ใดเป็นบุคคลที่รับการนิรโทษกรรมย่อมต้องถูกดำเนินคดีหรือลงโทษตามในฐานความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะกรณีไป อย่างไรก็ตามการออกกฎหมายนิรโทษกรรมสำหรับบุคคลเพื่อไม่ต้องรับโทษทางอาญาร้ายแรง ย่อมเป็นอุปสรรคในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้นำสูงสุดของรัฐที่เป็นรัฐบาลซึ่งสามารถใช้อำนาจตรากฎหมายนิรโทษกรรมสำหรับความผิดที่ตนก่อขึ้นได้²⁴⁵

กรณีที่มีการดำเนินคดีในฐานความผิดฆ่าเผ่าพันธุ์ ประมุขของรัฐ ผู้นำรัฐบาลไม่ว่าทหารหรือพลเรือน ต่างมักใช้ช่องทางกฎหมายภายในโดยการออกกฎหมายนิรโทษกรรมมิให้ตนเองไม่ต้องรับโทษในอาชญากรรมที่ตนได้กระทำขึ้น และอนุสัญญาฯ ก็ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์กำหนดให้รัฐซึ่งได้ตัวผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในการควบคุมของตน เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการดำเนินคดีและลงโทษบุคคลดังกล่าวได้ แนวคิดดังกล่าวเป็นผลมาจากคำว่า “shall” (ต้อง) ใน Article VI ประกอบกับ Article V ของอนุสัญญาฯ ดังนั้นการนิรโทษกรรมโดยทั่วไปสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงขัดกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายอาญาภายในยอมรับว่าความหลากหลายของรูปแบบซึ่งเป็นการขัดขวางการดำเนินคดีของศาลที่มีเขตอำนาจ เช่น การให้ความคุ้มกันจากการถูกดำเนินคดีแลกกับการเบิกความปรักปรำผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่น²⁴⁶

(ฉ) การชดเชยค่าเสียหาย

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่มีบทบัญญัติรับรองเรื่องดังกล่าวไว้ในการเยียวยาผู้ตกเป็นเหยื่อซึ่งรอดชีวิตจากเหตุการณ์การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยให้ผู้กระทำชดเชยค่าเสียหาย

²⁴⁵ Francisco Forset Martin, Stephen J. Schnably, Richard J. Wilson and Mark V. Tushnet, *International Human Rights and Humanitarian Law, Treaties, Cases, & Analysis*, (USA : Cambridge University Press, 2006), p. 172.

²⁴⁶ William A. Schabas, *supra note 2*, p. 399.

2.5.3 แนวทางในการแก้ปัญหาข้อจำกัดของอนุสัญญาฯ

(ก) ด้านเนื้อหากฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ

แนวทางในการแก้ปัญหาด้านเนื้อหาของอนุสัญญาฯ ก็คือ การอุดช่องว่างคำนิยามที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และความผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*)

เหตุผลพื้นฐานของการใช้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศของคือ ความไม่มีลำดับศักดิ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ (no hierarchy of international law) กล่าวคือกฎหมายระหว่างประเทศทุกบ่อเกิดไม่ว่าสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะบ่อเกิดจากสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งศาลภายในหรือศาลระหว่างประเทศใดสามารถหยิบยกขึ้นอ้างได้ ทั้งนี้หากเป็นศาลภายในนั้นขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศไปที่จะกำหนดให้หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในทันทีหรือไม่ ดังนั้นเมื่อทบทวนบัญญัติในอนุสัญญาฯ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่าในประเด็นคำนิยาม องค์ประกอบความผิด กลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ อีกทั้งหลักการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด มีความหมายที่กว้างกว่าคำนิยามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ เพื่อให้การตีความด้านสารบัญญัติได้อย่างมีประสิทธิภาพได้มากที่สุด ศาลย่อมความเป็นกฎหมายผูกพันเป็นการทั่วไปของกฎหมายบังคับเด็ดขาดมาอุดช่องว่างของกฎหมายได้ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาอย่างละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่าสถานะความเป็นกฎหมายเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สะท้อนมาจากทางปฏิบัติของรัฐและการใช้และการตีความของศาลในระดับใด แต่จะเห็นได้ชัดจากทางปฏิบัติของศาลระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญานั้นไม่ว่ากลุ่มชาติ กลุ่มทางเผ่าพันธุ์ กลุ่มทางเชื้อชาติหรือกลุ่มทางศาสนา แต่มิได้กำหนดคำนิยามไว้ในอนุสัญญาฯ แต่อย่างใด ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดาใน คดี *Akayesu* ได้ตีความว่า กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองทั้ง 4 ประเภทต่างต้องมีลักษณะประการหนึ่งที่เหมือนกันคือ “ต้องเป็นกลุ่มที่มีความมั่นคงและถาวร” (any stable and permanent group) และความเป็นสมาชิกของกลุ่มนั้นต้องได้มาแต่กำเนิด (by birth) ในลักษณะที่ต่อเนื่องและไม่สามารถแก้ไขได้โดยง่าย (in continuous and irremediable manner) เป็นต้น²⁴⁷

²⁴⁷ See Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *supra* note 6, pp.41-42 and see also Yusuf Akar, *supra* note 9, p. 211.

นอกจากความยืดหยุ่นที่เป็นคุณสมบัติสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประกอบกับสถานะกฎหมายบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทำให้มีผลผูกพันรัฐเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) แม้รัฐนั้นจะมีใช้รัฐภาคีของอนุสัญญาฯ กล่าวคือ รัฐสามารถดำเนินการเพื่อป้องกัน รวมถึงดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดตามความผูกพันดังกล่าวได้ นอกจากนี้จะได้ตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษตามกฎหมายแล้ว ยังแสดงถึงจิตสำนึกร่วมกันโดยร่วมมือระหว่างรัฐอีกด้วย ทั้งยังสอดคล้องกับลักษณะของการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ปรับเปลี่ยนไปตามวิวัฒนาการของโลกด้วยได้ทางหนึ่ง เพื่อลดปัญหาการที่ผู้กระทำความผิดยกช่องว่างของบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบในอาชญากรรมร้ายแรงที่ตนได้กระทำขึ้นอีกด้วย เนื่องจากลักษณะพิเศษของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นั่นคือ ความยืดหยุ่นของหลักเกณฑ์นั่นเอง

อย่างไรก็ตามการใช้และการตีความตามกฎหมายบังคับเด็ดขาดของการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องคำนึงถึงขอบเขตด้วย กล่าวคือ คำนึงบทบัญญัติเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น ได้แก่ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (*crimes against humanity*) หากเข้าองค์ประกอบความผิดอาชญากรรมดังกล่าว ก็ให้เป็นไปตามอาชญากรรมนั้น มิฉะนั้นบทบัญญัติอื่นย่อมไม่มีความจำเป็นที่ต้องใช้บังคับอีกต่อไป

(ข) ด้านการบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาฯ

การป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (*the prevention of genocide*)

แม้ว่าอนุสัญญาฯ จะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการในการป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ก็ตาม ในประเด็นของมาตรการในการป้องกันอาชญากรรมดังกล่าว นั้น นักกฎหมายบางท่านมีข้อเสนอแนะว่า แม้ว่ารัฐยอมรับพันธกรณีในการป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เฉพาะกรณีที่มีความผิดเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐตนเท่านั้น แต่การป้องกันอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นนั้นจะต้องอาศัยแนวความคิดอื่นประกอบได้ เช่น การแทรกแซงด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมเพื่อการดำเนินการป้องกันต่างหากจากหลักเขตอำนาจศาล²⁴⁸

²⁴⁸ Barton S. Brownl, "The Evolving Concept of Universal Jurisdiction, " *New England Law Review*, (Winter 2001): 383-386, available at <<http://web2.westlaw.com>>, Cite as: 35 New Eng. L. Rev. 383 อ้างในปิยะพงษ์ ชลวีระวงษ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 226, น. 148.

ดังนั้นเมื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่กระทบถึงผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐ รัฐทุกรัฐย่อมมีเขตอำนาจเหนือความผิดดังกล่าว นอกจากการกระทำ ความผิดนั้นกล่าวกว้างไปว่าเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐ แต่เป็นการกระทำ ความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย รัฐที่ลงโทษผู้กระทำความผิดจะกระทำการในฐานะ ตัวแทนของประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม กล่าวคือการแทรกแซงด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม อยู่บนพื้นฐานที่รับรู้กันภายใต้หลักเหตุผลของตนเอง (self-standing rationale) และหลักเขต อำนาจสากลมีส่วนร่วมสนับสนุนและเสริมเขตอำนาจในการป้องกันดังกล่าว แต่ในฐานะที่เป็น มาตรการขัดขวางการกระทำความผิดเท่านั้น²⁴⁹ โดยเฉพาะหากเกิดจากบทบาทในการรักษา สันติภาพของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งองค์การสหประชาชาติซึ่งมีฐานะเป็นองค์การระหว่าง ประเทศที่รัฐทั้งหมดในประชาคมระหว่างประเทศให้การยอมรับในระดับสากลภายใต้กฎบัตร สหประชาชาติ (ซึ่งจะได้กล่าวในบทที่ 3 ต่อไป)

เขตอำนาจสากลความผิด (universal jurisdiction)

เขตอำนาจสากลความผิดในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำ โดยหลักแล้วรัฐภาคีใน อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีพันธกรณีในการอนุวัติการกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับ อนุสัญญาฯ ไม่ว่าจะรัฐนั้นจะใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์หรือซีวิลลอว์ก็ตาม จึงอาจกล่าว ได้ว่า กฎหมายภายในของรัฐนั้นเองที่ช่วยส่งเสริมการยอมรับในแง่ทางปฏิบัติของรัฐในหลักเขต อำนาจสากล โดยรัฐต่างๆ ไม่ว่าจะจะเป็นรัฐภาคีหรือไม่ได้รับรองรองให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็น หนึ่งอาชญากรรมสากล (universal crimes) และเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาภายในของรัฐ ทั้งนี้ไม่ควรจำกัดว่ารัฐภาคีตามอนุสัญญาเท่านั้นที่ให้การยอมรับหลักเขตอำนาจสากลในการ ดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าว

ตรงกันข้ามการยอมรับว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมสากล (universal crimes) และทำให้ศาลที่สามารถดำเนินคดีได้หรือไม่นั้น อาจปรากฏในกฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศในฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะยืดหยุ่น กล่าวคือ

²⁴⁹ See Jonathan H. Marks, "Mending the Web: Universal Jurisdiction, Humanitarian Intervention and the Abrogation of Immunity by Security Council," *Columbia Journal of Transnational Law*, (2004): 445, 475-476 available at <<http://web2.westlaw.com>>, cite as: 42 Colum. J. Transnat'l L. 445 อ้างใน เพิ่งอ้าง, น. 148-149.

ขยายขอบเขตบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลที่สามารถพิจารณาดีเหนืออาชญากรรม ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ นอกจากนี้ที่ปรากฏในสนธิสัญญาซึ่งทำให้ศาลที่มีอำนาจในการดำเนิน กระบวนพิจารณามีเขตอำนาจสามารถใช้บังคับได้กับทุกรัฐ โดยไม่คำนึงว่าอาชญากรรมทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะเกิดขึ้นที่รัฐใด²⁵⁰ แต่การรับรองหลักเขตอำนาจศาลในกฎหมายภายใน²⁵¹ เป็น การส่งเสริมให้นำตัวผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ร้ายแรงมาดำเนินคดีและลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพและก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างเป็น รูปธรรม ส่งผลให้ผู้ที่จะริเริ่มกระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวและเป็นกฎหมายอาญาเป็นอีก ช่องทางหนึ่งในการนำไปสู่การลดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ เนื่องจากการใช้กฎหมายอาญา นอกจากจะต้องใช้ให้บรรลุผลเป็นการป้องกันโดยอ้อมแล้ว การใช้กฎหมายอาญาจะต้องให้ บรรลุผลเป็น “การป้องกันโดยตรง” ด้วย กล่าวคือ จะต้องให้บรรลุผลของการป้องกันสำหรับ ผู้กระทำความผิดบางคนที่มีลักษณะเป็นอันตรายและเป็นที่ยอมรับได้ว่าเขาจะก่อเหตุการณ์อัน ไม่พึงปรารถยานั้นขึ้นซ้ำอีก เพื่อให้ภารกิจคุ้มครองสังคมของกฎหมายอาญาได้บรรลุเป้าหมาย อย่างแท้จริงในกรณีนี้อาจมีความจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับ²⁵²

การยกเว้นหลักความคุ้มกัน (immunity)

ด้วยลักษณะแห่งความร้ายแรงและสถานะทางกฎหมายที่เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว ให้มีบทบัญญัติบังคับในเรื่องเขตอำนาจศาลในการดำเนินกระบวนพิจารณาและลงโทษผู้กระทำความผิด เนื่องจากเป็นที่แน่นอนว่าความจำเป็นในการเพิ่มประสิทธิภาพของสภาพบังคับของ อนุสัญญานี้ในการนำตัวปัจเจกชนซึ่งได้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งมีตำแหน่ง หน้าที่หรือสถานะที่เป็นผู้ปกครองที่มีความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญหรือผู้นำตามข้อเท็จจริง (*de*

²⁵⁰ Anthony J. Colangelo, *supra* note 127, p. 175.

²⁵¹ นอกจากนี้ตามหลักเขตอำนาจลงโทษสากลหรือหลักเขตอำนาจสากล รัฐทุกรัฐมี อำนาจที่จะลงโทษการกระทำที่กระทบถึงผลประโยชน์ร่วมกันของรัฐได้ได้ทุกรัฐโดยไม่คำนึงถึง สัญชาติของบุคคลและสถานที่กระทำความผิด เช่น โจรสลัด เป็นต้น อย่างไรก็ตามประมวล กฎหมายอาญาของไทยมิได้รับรองการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในอาชญากรรมสากลซึ่งจะทำให้ศาล ไทยมีเขตอำนาจในการดำเนินคดีและลงโทษเหนืออาชญากรรมดังกล่าว

²⁵² โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมเรื่องภารกิจของกฎหมายอาญา ใน คณิต ญ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น. 41-43.

facto) เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือสามัญชน (Article IV) โดยเฉพาะบุคคลที่อาจได้รับความคุ้มกัน (immunity) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ²⁵³

²⁵³ See Eugene Kontorovich, *supra note* 232, pp. 407-408.