

วิวัฒนาการกฎหมายระหว่างประเทศต่อความผิดฐานยุงโดยตรงและ โดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

2.1 บริบทภายใต้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก

การยุงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เข้าสู่บทบริบทของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นครั้งแรกภายใต้การพิจารณาของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กได้เกิดขึ้นภายหลังกสงครามโลกครั้งที่ 2 เนื่องจากกลุ่มพันธมิตร (Allies) ได้ตระหนักถึงการกระทำที่โหดร้ายและไร้มนุษยธรรมของนาซี (Nazis) จึงได้ร่วมกันจัดทำประกาศมอสโก (The Moscow Declaration) เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1943 อันเป็นการยืนยันถึงการตัดสินใจในการดำเนินคดีต่อนาซีในความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม โดยมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเพื่อการสอบสวนอาชญากรรมสงคราม (The United Nations Commission for the investigation of War Crimes) และคณะกรรมการนี้ก็ได้มีการจัดเตรียม “ร่างอนุสัญญาเพื่อการก่อตั้งศาลอาชญากรรมสงครามแห่งสหประชาชาติ (Draft Convention for the Establishment of a United Nations War Crimes Court)” บนฐานของสนธิสัญญาแห่งสันนิบาตชาติ ค.ศ. 1937 (The 1937 treaty of the League of Nations) แต่ด้วยประเทศมหาอำนาจทั้ง 4 ในขณะนั้น ซึ่งได้แก่ สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และสหภาพโซเวียต ต้องการดำเนินคดีต่อนาซีที่กรุงนูเรมเบิร์ก ประเทศเยอรมนี จึงเกิดความตกลงลอนดอนเพื่อการดำเนินคดีและลงโทษผู้บังคับบัญชาอาชญากรรมสงครามฝ่ายอักษะยุโรป ค.ศ. 1945 (The London Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, 1945) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1945 และจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก (International Military Tribunal at Nuremberg) เพื่อไต่สวนผู้นำนาซีที่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง โดยมีธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก (The Charter of the Nuremberg International Military Tribunal 1945) เป็นภาคผนวก (annex) ของความตกลงลอนดอนเพื่อการดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมสงครามฝ่ายอักษะยุโรป ค.ศ. 1945 โดยจะขอกล่าวถึงโครงสร้างและเขตอำนาจของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก รวมถึงการ

ดำเนินคดีภายใต้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานยุยงโดยตรง และโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จำนวน 2 คดี ได้แก่ คดี Julius Streicher และคดี Hans Fritzsche ซึ่งทั้ง 2 คดีนี้ ล้วนแล้วแต่เป็นคดีสำคัญที่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้ อ้างอิงถึงในการพิจารณาเกี่ยวกับความผิดฐานนี้ในเวลาต่อมา

2.1.1 โครงสร้างของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก

ตามทิวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กที่มีขึ้น เพื่อการดำเนินคดีและลงโทษผู้บัญชาการสงครามของฝ่ายอักษะยุโรป จึงมีการกำหนดโครงสร้างของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กอันประกอบด้วย 2 องค์กรหลัก ตามธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก คือ

(1) ศาล ซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษา จำนวน 4 คน ผู้พิพากษาแต่ละคนมาจากการแต่งตั้งโดยรัฐภาคีแห่งความตกลงลอนดอน ทำหน้าที่ในการพิจารณาและพิพากษาคดี และผู้พิพากษาแต่ละคนจะมีผู้พิพากษาลำรอง 1 คน

(2) อัยการ ประกอบด้วยหัวหน้าอัยการจำนวน 1-4 คน แต่ละคนมาจากการแต่งตั้งจากรัฐภาคีแห่งความตกลงลอนดอน (มาตรา 14-15) เช่นเดียวกับศาล มีหน้าที่ในการสืบสวนหาข้อเท็จจริงตามข้อหาและฟ้องร้องอาชญากรรมสงครามคนสำคัญ

กระบวนการพิจารณาของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กถูกกำหนดบนฐานของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของระบบกล่าวหาแบบแองโกลอเมริกัน อย่างไรก็ตาม ก็มีบางส่วนที่สะท้อนให้เห็นถึงระบบไต่สวนของประเทศฝรั่งเศสและสหภาพโซเวียต ซึ่งเป็นประเทศมหาอำนาจในขณะนั้น (มาตรา 17-25) กระบวนการพิจารณาลักษณะนี้จึงเป็นการอนุญาตให้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กมีบทบาทมากขึ้นในการดำเนินคดีมากกว่ากรณีเป็นระบบกล่าวหาโดยแท้

2.1.2 เขตอำนาจของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก

ด้วยศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กถูกจัดตั้งขึ้นภายหลังการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 2 เพื่อเป็นกลไกในการดำเนินคดีต่อผู้บัญชาการอาชญากรรมสงครามของฝ่ายอักษะยุโรป (มาตรา 1) โดยธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กกำหนดเขตอำนาจ

ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กไว้ในมาตรา 6 ให้อาชญากรรมทั้ง 4 ได้แก่ การกระทำอาชญากรรมต่อสันติภาพ การกระทำอาชญากรรมสงคราม การกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติทั้งหมดหรืออันใดอันหนึ่ง และการร่วมกระทำอาชญากรรมทั้งสามข้างต้น เป็นอาชญากรรมที่ต้องรับผิดชอบบุคคลภายใต้เขตอำนาจของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กนี้

2.1.3 คดีภายใต้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กที่เกี่ยวกับความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กได้เริ่มการพิจารณาคดีตั้งแต่วันที่ 14 พฤศจิกายน ค.ศ. 1945 จนถึงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1946 โดยมีผู้ถูกดำเนินคดีภายใต้ศาลทหารแห่งนี้ 24 คน และในบรรดาผู้ถูกดำเนินคดีเหล่านั้นก็มีอาชญากรคนสำคัญทั้งสิ้น 19 คน และปรากฏผลการดำเนินคดีว่าอาชญากรสำคัญทั้ง 19 คนนั้นมีความผิดจริง โดยในจำนวนนั้นมีจำเลย 12 คน ถูกพิพากษาให้ลงโทษประหารชีวิต ส่วนจำเลยอีก 3 คน ถูกพิพากษาให้จำคุกตลอดชีวิต และจำเลยที่เหลืออีก 4 คน ได้รับโทษจำคุก ในขณะที่จำเลยที่อยู่ในระดับรองลงมาก็ถูกดำเนินคดีในระบบศาลภายใน ภายใต้พระราชบัญญัติควบคุม ฉบับที่ 10 ค.ศ. 1945 (Control Council Law No. 10, 1945) และในบรรดาคดีภายใต้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กนี้ก็ปรากฏคดีของ Julius Streicher และคดีของ Hans Fritzsche โดย Julius Streicher และ Hans Fritzsche ไม่ได้ถูกดำเนินคดีบนบทบาทของพวกเขาในการสั่งการตามหน้าที่ภายใต้จักรวรรดิเยอรมันที่สาม แต่เป็นเพราะบทบาทที่สำคัญของพวกเขาในการเผยแพร่ความคิดแห่งความเกลียดชัง และจำเลยทั้งสองจึงถูกดำเนินคดีในข้อหา ร่วมกระทำอาชญากรรมต่อสันติภาพและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ทั้งสองคดีนี้จึงเป็นคดีที่มีความสำคัญอย่างมากต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อนการเกิดขึ้นของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา

2.1.3.1 คดี Julius Streicher¹

Julius Streicher เป็นผู้จัดทำหนังสือพิมพ์รายสัปดาห์ชื่อว่า Der Stürmer ที่แปลว่าพายุ (Storm) อันเป็นหนังสือพิมพ์ที่มีเนื้อหาต่อต้านชาวยิว โดย Julius Streicher ได้ตีพิมพ์หนังสือพิมพ์ Der Stürmer ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1923 ถึงปี ค.ศ. 1945 และเขามีตำแหน่งเป็นบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ดังกล่าวจนถึงปี ค.ศ. 1933 ตลอดระยะเวลา 25 ปีแห่งการ

¹ Beth Van Schaack and Ronald C. Slye, International Criminal Law and its Enforcement (New York, NY: Foundation Press, 2007), p. 783-785.

พูด การเขียนและการสั่งสอนความเกลียดชังชาวยิว Julius Streicher จึงเป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางว่าเป็น “ผู้ข่มเหงยิวอันดับหนึ่ง (Jew-Baiter Number One)” คำปราศรัยและบทความต่างๆ ของ Julius Streicher จึงทำให้จิตใจของชาวเยอรมันติดเชื่อไวรัสแห่งการต่อต้านชาวยิวและยุยงให้ประชาชนชาวเยอรมันให้ก่อการประหัตประหาร (persecution)

ในปี ค.ศ. 1938 Julius Streicher เรียกร้องให้มีการกวาดล้างเชื้อชาติยิว ซึ่งปรากฏพยานหลักฐานจากบทความจำนวน 23 บทความของหนังสือพิมพ์ Der Stürmer ในระหว่างปี ค.ศ. 1938 และ ค.ศ. 1941 ที่สอนให้ถอน “โคนและราก (root and branch)” ตัวอย่างเช่น บทความในเดือนกันยายน ค.ศ. 1938 ที่เขาสอนให้ตั้งชื่อชาวยิวว่าเป็นเชื้อโรคและสัตว์รบกวน มิใช่มนุษย์ แต่เป็น “กาฝาก (a parasite), ศัตรู (an enemy), คนเลว (an evil-doer), ตัวแพร่กระจายโรค (a disseminator of diseases) ที่จะต้องถูกทำลายเพื่อประโยชน์ของมนุษยชาติ” บทความอื่นๆ ก็กระตุ้นว่า เพียงเมื่อโลกของยิวกวาดล้าง ปัญหาของชาวยิวจึงจะได้รับการแก้ไข และทำนายว่าจากนี้ไป 50 ปี ความตายของชาวยิว “จะเป็นที่รับรู้ทั่วกันว่าพวกฆาตกรและอาชญากรเหล่านี้ได้พบกับชะตากรรมที่พวกเขาสมควรได้รับแล้ว” และในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1940 ได้มีการตีพิมพ์จดหมายจากผู้อ่านหนังสือพิมพ์ที่เปรียบเทียบกับพวกยิวกับแมลงฝูงใหญ่ที่จะต้องถูกทำลายให้หมดสิ้นไป บทความเหล่านี้จึงเป็นยาพิษที่ Julius Streicher ฉีดเข้าไปในจิตใจของชาวเยอรมันนับพันอันเป็นเหตุให้พวกเขาปฏิบัติตามนโยบายสังคมนิยมแห่งชาติแห่งการประหัตประหาร (persecution) และทำลายล้าง (extermination) ชาวยิว ปรากฏตามบทความของ Der Stürmer ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1939 ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาดังกล่าวของเขาอย่างชัดแจ้งว่า

“การลงโทษที่รวดเร็วจะต้องเกิดขึ้นต่อชาวยิวในรัสเซีย ด้วยการกำหนดชะตากรรมอย่างเดียวกันให้กับฆาตกรและอาชญากรทุกคน นั่นคือการพิพากษาโทษตายและโทษประหารชีวิต พวกยิวในรัสเซียจะต้องถูกฆ่า พวกเขาจะต้องถูกทำลายถึงโคนและราก”

Julius Streicher ยังได้เพิ่มความพยายามมากยิ่งขึ้นที่จะยุยงชาวเยอรมันให้ต่อต้านชาวยิว ด้วยบทความจำนวน 26 บทความของหนังสือพิมพ์ Der Stürmer ที่ตีพิมพ์ในระหว่างเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1941 และเดือนกันยายน ค.ศ. 1944 ที่มี 20 บทความที่เขาเขียนขึ้นเองที่ได้เรียกร้องให้กวาดล้างและทำลายล้างด้วยถ้อยคำที่แจ้งชัด โดย Julius Streicher ได้เขียนขึ้นและตีพิมพ์บทความฉบับลงวันที่ 25 ธันวาคม ค.ศ. 1941 ว่า

“หากอันตรายเป็นการแพร่พันธุ์คำสาปแช่งของพระเจ้าอยู่ในเลือดของชาวยิว จุดจบสุดท้ายย่อมมีเพียงหนทางเดียวคือ การทำลายล้างคนเหล่านั้นที่มีบิดาเป็นปีศาจ”



และในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1944 บทความของเขาเองกล่าวว่า

“ใครก็ตามที่ทำตามที่ทำชาวยิวทำย่อมเป็นคนเลว เป็นอาชญากร และคนที่ทำและหวังที่จะลอกเลียนแบบชาวยิวก็สมควรที่จะได้รับชะตากรรมเดียวกัน คือ การกวาดล้าง ความตาย”

Julius Streicher ยังคงเขียนและตีพิมพ์โฆษณาชวนเชื่อแห่งความตายของเขา ทั้งที่รู้ถึงการทำลายชาวยิวในดินแดนตะวันออกที่ถูกยึดครอง แม้ว่าการพิจารณาคดีเขาจะทำให้การปฏิเสธถึงการรับรู้ถึงการสังหารชาวยิวจำนวนมาก แต่พยานหลักฐานก็ปรากฏแจ้งชัดว่าเขาได้รับข้อมูลในช่วงเวลานั้นๆ อย่างต่อเนื่องเกี่ยวกับความคืบหน้าของ “ทางแก้สุดท้าย (Final solution)” จากการที่ช่างภาพหนังสือพิมพ์ของเขาที่ถูกส่งไปในพื้นที่อาศัยของชาวยิวในยุโรปตะวันออกในฤดูใบไม้ผลิของปี ค.ศ. 1943 อันเป็นเวลาที่ทำลายล้างพื้นที่อาศัยของชาวยิวฝั่งตะวันออก (Warsaw Ghetto) เกิดขึ้น ประกอบกับหนังสือพิมพ์ของชาวยิวที่ชื่อว่า “Israelitische Wochenblatt” ซึ่ง Julius Streicher รับและอ่าน ได้รายงานถึงอาชญากรรมที่มีต่อชาวยิวในภาคตะวันออกและรายงานจำนวนชาวยิวที่ถูกเนรเทศและฆ่าตายด้วย ยกตัวอย่างเช่น การรายงานว่าในฤดูร้อนและฤดูใบไม้ผลิของปี ค.ศ. 1942 มีชาวยิวในวอร์ซอว์ (Warsaw) ถึงแก่ความตาย 72,729 คน ในลอดซ์ (Lodz) 17,542 คน ในโครเอเชีย (Croatia) 18,000 คน ในโรมาเนีย (Romania) 125,000 คน ในลัตเวีย (Latvia) 14,000 คน ในยูโกสลาเวีย (Yugoslavia) 85,000 คน และในทั้งโปแลนด์ (Poland) 700,000 คน ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1943 Julius Streicher ได้อ้างอิงถึงคำกล่าวในบทความจากหนังสือพิมพ์ “Israelitisches Wochenblatt” ที่กล่าวว่า พวกยิวเกือบทั้งหมดได้หายสาบสูญไปจากยุโรปแล้ว และเขาได้ให้ความเห็นว่า “นี่ไม่ใช่คำโกหกของชาวยิว” ต่อมาในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1942 เขาได้อ้างถึงบทความหนึ่งใน “ลอนดอนไทม์ (London Times)” เกี่ยวกับอาชญากรรมที่มุ่งหมายในการทำลายล้าง โดย Julius Streicher กล่าวว่าฮิตเลอร์ (Hitler) ได้ส่งคำเตือนว่าสงครามโลกครั้งที่ 2 จะนำไปสู่การทำลายชนชาติยิว ต่อมาในเดือนมกราคม ค.ศ. 1943 เขาได้เขียนและเผยแพร่บทความที่กล่าวว่า คำพยากรณ์ของฮิตเลอร์จะถูกทำให้เป็นจริงเมื่อชนชาติยิวถูกขูดรากถอนโคนและเป็นเรื่องน่าอัศจรรย์ที่ฮิตเลอร์จะทำให้โลกนี้เป็นอิสระจากชาวยิว

สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ
ห้องสมุดงานวิจัย
วันที่ 25 ก.ค. 2555
เลขทะเบียน 247163
เลขเรียกหนังสือ

ถึงแม้ว่า Julius Streicher จะมีได้อยู่ในแวดวงของฮิตเลอร์ มิได้เป็นที่ปรึกษาหรือมิได้แม้แต่มีความเชื่อมโยงกับการจัดตั้งนโยบายต่างๆ ก็ตาม แต่ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กพบว่า การยุยงของ Julius Streicher ให้ฆ่าและทำลายล้างในเวลาที่เขาวิพากษ์วิจารณ์กำลังถูกฆ่าภายใต้สถานการณ์ที่เลวร้ายที่สุด จึงเป็นการประหัตประหาร (persecution) อย่างชัดเจนบนพื้นฐานทางการเมืองและเชื้อชาติที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมสงคราม (war crimes) ตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตร (Charter) และเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กจึงวินิจฉัยว่า Julius Streicher ไม่มีความผิดตามข้อหาที่ 1 ในฐานะร่วมกระทำอาชญากรรมต่อสันติภาพ (conspiracy to commit crimes against the peace) แต่เขามีความผิดตามข้อหาที่ 4 ในฐานะอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity)

เนื่องจากศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมต่อสันติภาพ การกระทำอาชญากรรมสงครามและการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งในขณะนั้นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ถือเป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กจึงใช้การปรับบทกฎหมายโดยวินิจฉัยให้การยุยงให้ฆ่าและทำลายล้างอันเป็นการประหัตประหารบนพื้นฐานทางการเมืองและเชื้อชาตินี้ เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และภายใต้บริบทของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กนี้ นอกจากคดีของ Julius Streicher แล้ว ยังปรากฏคดี Hans Fritzche ซึ่งเป็นคดีที่มีความสำคัญต่อวิวัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย

2.1.3.2 คดี Hans Fritzche²

Hans Fritzche ถูกดำเนินคดีภายใต้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก ในข้อหาที่ 1 ในฐานะร่วมกระทำอาชญากรรมต่อสันติภาพ (conspiracy to commit crimes against the peace) ข้อหาที่ 3 ในฐานะอาชญากรรมสงคราม (war crimes) และข้อหาที่ 4 ในฐานะอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) โดยเขาเป็นที่รู้จักจากการเป็นผู้จัดรายการวิทยุรายสัปดาห์ของเขาเองที่ชื่อว่า "คุยกับ Hans Fritzche (Hans Fritzche Speaks)" ที่เขาได้เริ่มออกอากาศในเดือนกันยายน ค.ศ. 1932 ซึ่งเป็นปีเดียวกับที่เขาดำรง

² Ibid.

ตำแหน่งหัวหน้าหน่วยบริการการข่าวทางวิทยุ (Head of the Wireless News Service) ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งของรัฐบาลภายใต้การปกครองของนาซี (Reich government agency) และเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1933 หน่วยงานนี้ก็ได้ถูกรวมเข้ากับกระทรวงศึกษาและโฆษณาแห่งจักรวรรดิเยอรมัน (Reich Ministry of Popular Enlightenment and Propaganda) ตามระบบสังคมนิยมแห่งชาติ (National Socialist) Hans Fritzsche จึงเริ่มเป็นหนึ่งในสมาชิกพรรคนาซี (Nazi Party) และเข้าทำงานในกระทรวงดังกล่าว โดยในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1938 เขาเริ่มดำรงตำแหน่งหัวหน้าฝ่ายสื่อสารสิ่งพิมพ์ท้องถิ่น (Head of Home Press Division) ของกระทรวง และในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1942 เขาได้รับการเลื่อนตำแหน่งขึ้นเป็นผู้อำนวยการฝ่ายของกระทรวง และในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1942 ก็มีตำแหน่งเป็นหัวหน้าฝ่ายวิทยุแห่งกระทรวงโฆษณาและเป็นผู้มีอำนาจเต็มขององค์กรทางการเมืองของสถานีวิทยุเยอรมันและพื้นที่ใกล้เคียง (Head of Radio division of the Propaganda and Plenipotentiary for the Political Organization of the Greater German Radio)

ด้วยตำแหน่งหัวหน้าฝ่ายสื่อสารสิ่งพิมพ์ท้องถิ่น (Head of Home Press Division) Hans Fritzsche ทำหน้าที่ควบคุมดูแลหนังสือพิมพ์ของเยอรมันถึง 2,300 ฉบับต่อวัน ซึ่งในการดำเนินการในหน้าที่ดังกล่าว เขาต้องทำการเปิดเผยข่าวรายวันเพื่อส่งแนวทาง (directives) ของกระทรวงโฆษณาให้กับหนังสือพิมพ์เหล่านั้น อย่างไรก็ตาม เขายังคงอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของ Dietrich ซึ่งเป็นหัวหน้าสื่อสารสิ่งพิมพ์แห่งจักรวรรดิ (Reich Press Chief) ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของรัฐมนตรี Goebbels อีกทีหนึ่ง ดังนั้น Dietrich จึงได้รับแนวทางของรัฐบาลจากรัฐมนตรี Goebbels และรัฐมนตรีว่าการแห่งจักรวรรดิเยอรมันคนอื่นๆ เพื่อจัดทำเป็นคำสั่ง (instructions) และส่งให้กับ Hans Fritzsche เพื่อเขาจะส่งต่อให้สื่อสิ่งพิมพ์ทั้งหลายเพื่อนำเสนอต่อประชาชน เช่น หัวข้อทฤษฎีผู้ปกครอง (the leadership principle) ปัญหาชาวยิว (the Jewish problem) ปัญหาพื้นที่อยู่อาศัย (the problem of living space) หรือแนวความคิดของนาซีอื่นๆ เป็นต้น นโยบายการโฆษณาชวนเชื่อที่มีประสิทธิภาพนี้จะได้รับการดำเนินการให้แล้วเสร็จก่อนการกระทำการรุกรานที่สำคัญๆ แต่ละครึ่ง ด้วยตำแหน่งหัวหน้าฝ่ายสื่อสารสิ่งพิมพ์ท้องถิ่น (Head of Home Press Division) Hans Fritzsche ส่งสื่อสารสิ่งพิมพ์ถึงวิธีการนำเสนอหรือก่อนสงครามต่อโบฮีเมีย (Bohemia) และโมราเวีย (Moravia) โปแลนด์ (Poland) ยูโกสลาเวีย (Yugoslavia) และสหภาพโซเวียต (Soviet Union) อย่างไรก็ตาม Hans Fritzsche มิได้ควบคุมการจัดการระบบของบรรดานโยบายการโฆษณาชวนเชื่อเหล่านั้น เขาเพียงดำเนินการตามคำสั่งของ Dietrich และส่งคำสั่งต่อให้สื่อสิ่งพิมพ์

ดังที่กล่าวมานี้เป็นบทสรุปตำแหน่งและอิทธิพลของ Hans Fritzsche ใน จักรวรรดิเยอรมันที่ 3 (the Third Reich) ซึ่งเขาไม่มีสถานภาพที่เพียงพอที่จะเข้าร่วมประชุม วางแผนที่นำไปสู่สงครามรุกราน และจากคำให้การปฏิเสธของเขาว่าเขาไม่เคยพูดคุยกับฮิตเลอร์ รวมถึงไม่มีพยานหลักฐานใดๆ ที่แสดงให้เห็นว่าเขาได้ตัดสินใจใดๆ ในการประชุมวางแผน ทำให้ การกระทำต่างๆ ของเขาจึงไม่อยู่ภายใต้คำจำกัดความของการวางแผนร่วมกันที่จะก่อสงคราม รุกราน (common plan to wage aggressive war)

คดีนี้ฟ้องร้องโดยกล่าวอ้างว่า Hans Fritzsche ยุยง (incite) และ สนับสนุนส่งเสริม (encourage) ต่อการกระทำอาชญากรรมสงคราม (commission of war crimes) โดยไตร่ตรองไว้ก่อน ด้วยการให้ข่าวอันเป็นเท็จเพื่อกระตุ้นอารมณ์รุนแรงของประชาชน ชาวเยอรมันที่นำพวกเขาไปสู่การกระทำอาชญากรรมภายใต้ข้อหาที่ 3 (อาชญากรรมสงคราม) และข้อหาที่ 4 (อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ) ซึ่งถึงแม้ตำแหน่งและหน้าที่อย่างเป็นทางการของเขา ไม่มีความสำคัญเพียงพอ อย่างไรก็ตาม เขาก็มีส่วนในการริเริ่มหรือจัดระบบการรณรงค์โฆษณาชวนเชื่อ (originating or formulating propaganda campaigns) ปรากฏตามข้อความที่ตัดตอน มาจากหนังสือ/คำปราศรัยของเขาที่แสดงให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมในการต่อต้านชาวยิว เช่น การ เผยแพร่ข้อความที่ว่าสงครามเกิดจากชาวยิว และการกล่าวว่าชะตากรรมของชาวยิวจะกลับ กลายเป็นจะไม่น่ารี้นรมณ์ดังเช่นที่ผู้นำฮิตเลอร์ได้ทำนายไว้ แต่เนื่องจากการข้อความของเขานั้น ไม่ใช่การกระตุ้น (urge) ให้กระทำการประหัตประหาร (persecution) หรือการทำลายล้าง (extermination) ต่อชาวยิว จึงไม่มีพยานหลักฐานพิสูจน์ว่าเขารู้ถึงการทำลายล้างที่เกิดขึ้นที่ภาค ตะวันออก นอกจากนั้น ยังปรากฏพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าเขาได้ใช้ความพยายามถึงสอง ครั้งในการระงับการเผยแพร่ข้อความต่อต้านชาวยิวของ หนังสือพิมพ์ "Der Stürmer" แม้ว่าการ ยับยั้งจะไม่สำเร็จก็ตาม

ดังนั้น แม้ว่าในบางครั้ง Hans Fritzsche จะปราศรัยเผยแพร่คำกล่าวที่มี ลักษณะชวนเชื่อ แต่ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กก็วินิจฉัยว่าคำกล่าวเผยแพร่เหล่านั้น ขาดเจตนาจะให้ประชาชนชาวเยอรมันเข้าร่วมกระทำอาชญากรรมต่อประชาชนที่ถูกปกครอง เขาจึงมิได้เข้าร่วมในความผิดที่ถูกกล่าวหา เขาเพียงมีจุดมุ่งหมายเพื่อกระตุ้นอารมณ์ความรู้สึก ของประชาชนให้สนับสนุนฮิตเลอร์และความพยายามก่อสงครามเยอรมัน

ดังนั้น การโฆษณาต่อต้านชาวยิวของ Hans Fritzsche จึงเป็นเพียง ความผิดทางศีลธรรมจากการสร้างบรรยากาศแห่งความเกลียดชังขึ้นเท่านั้น และเมื่อจำเลยได้

โต้แย้งและศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กก็ยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นที่สุดว่า ไม่มีบทบัญญัติใดของกฎหมายในเขตอำนาจของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กนี้ที่ให้อำนาจศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กดำเนินคดีต่อ Hans Fritzsche เพื่อการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชัง ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กวินิจฉัยว่า Hans Fritzsche ไม่มีความผิดตามคำฟ้อง

ดังที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า ภายใต้บริบทของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กยังไม่มี การกล่าวถึงคำว่า “ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide)” อย่างเป็นทางการเฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตาม กฎบัตรว่าด้วยอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อันเป็นกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก ในมาตรา 6(ซี) ได้กำหนดให้ลงโทษอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งครอบคลุมถึงความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์อยู่แล้ว อีกทั้งในการพิจารณาคดีนี้ก็ได้มีการกล่าวถึงการยุยง (incite) และการสนับสนุนส่งเสริม (encourage) ต่อการกระทำอาชญากรรมสงคราม (commission of war crimes) โดยไตร่ตรองไว้ก่อน ที่นำไปสู่การกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ บริบทภายใต้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กจึงถือเป็นจุดเริ่มต้นในการทำให้โลกได้รู้จักถึงการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในขณะนั้นก็ตาม

คำพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กที่ตัดสินให้ Julius Streicher มีความผิดและต้องโทษประหารชีวิต ในขณะที่ตัดสินให้ Hans Fritzsche พ้นผิดและได้รับการปล่อยตัวนั้น ได้สร้างแนวทางการใช้และการตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์หลายประการ

ประการแรก ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กไม่กลัวที่จะกำหนดความรับผิดเพื่อการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้ว่าจะไม่ปรากฏความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างการสื่อสารและอาชญากรรมที่เกิดขึ้น

ประการที่สอง ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กไม่เกรงกลัวที่จะกำหนดความรับผิดต่อเจ้าหน้าที่ระดับล่างที่ได้กระทำการยุยงข้างต้น และ

ประการสุดท้าย ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กได้สร้างความแตกต่างระหว่างการเรียกร้องให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์และคำกล่าวที่อาจเข้าลักษณะของการเรียกให้สนับสนุนรัฐบาลในยามสงคราม³

ดังนั้น บริบทภายใต้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กที่วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ รวมถึงการยุ้งให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ดังที่กล่าวมาแล้วนั้น บริบทดังกล่าวจึงเป็นแนวทางที่สำคัญที่นำไปสู่การยอมรับอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ในเวลาต่อมา

2.2 บริบทภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948

ภายหลังการเกิดขึ้นของอาชญากรรมสงครามโดยนาซี ซึ่งได้รับการดำเนินคดีภายใต้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก จึงได้มีการถือกำเนิดคำว่า “ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide)” ขึ้นในปี ค.ศ. 1944 จากนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงชาวโปแลนด์ชื่อ Raphael Lemkin ที่ได้กล่าวไว้ในหนังสือ “กฎของอักษะในยุโรปที่ถูกยึดครอง (Axis Rule in Occupied Europe)” ของเขา โดยคำว่า “ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide)” มีที่มาจากคำในภาษากรีกว่า “เผ่าพันธุ์ (genos)” หมายถึง เชื้อชาติหรือชาติพันธุ์ และคำในภาษาละตินว่า “ทำลาย (cide)” หมายความว่า ฆ่า ดังที่ Raphael Lemkin ได้กล่าวไว้ในหนังสือของเขาว่า “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำโดยตรงต่อกลุ่มชนชาติ และการกระทำที่มุ่งโดยตรงต่อบุคคลนั้นมิได้เป็นเพราะเป็นบุคคลนั้น แต่เป็นเพราะว่าเขาเป็นสมาชิกของกลุ่มทางชนชาติ”^{*}

ต่อมาเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติเป็นเอกฉันท์รับเอามติที่ 96(1) ยอมรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่าเป็นอาชญากรรมภายใต้

³ Ameer F. Gopalani, “The international standard of direct and public incitement to commit genocide: An obstacle to U.S. ratification of the International Criminal Court Statute.” California Western International Law Journal (2001).

^{*} Genocide is directed against the national group as an entity and the actions involved are directed against the individuals not in their capacity but as members of the national group.

กฎหมายระหว่างประเทศ โดยกล่าวว่า “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) เป็นการปฏิเสธสิทธิการมีอยู่ของกลุ่มมนุษย์ ในขณะที่การฆ่าคนตายนั้นเป็นการปฏิเสธสิทธิการมีชีวิตอยู่ของปัจเจกบุคคล การทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงสร้างความสะเทือนใจให้แก่มนุษยชาติ สร้างความสูญเสียอย่างใหญ่หลวงแก่มนุษยชาติ ทั้งในรูปแบบของวัฒนธรรมและอื่นๆ ทั้งยังเป็นการขัดต่อศีลธรรมกฎหมาย จิตวิญญาณและความมุ่งหมายของสหประชาชาติ เมื่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น กลุ่มเชื้อชาติ ศาสนา การเมืองและอื่นๆ ต้องถูกทำลายลงทั้งหมดหรือบางส่วน ดังนั้น การลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงเป็นเรื่องระหว่างประเทศ” และยอมรับว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจนำสู่ความรับผิดชอบบุคคลได้⁴ ดังนั้น ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946 เป็นต้นมา สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงได้เริ่มศึกษาอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 (Convention on the Prevention and Punishment on a crime of Genocide, 1948) หรือที่เรียกกันว่า “อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide Convention)” ซึ่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้เป็นอนุสัญญาที่มีความสำคัญในการสร้างความแตกต่างระหว่างการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น ด้วยเหตุที่ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำต่อปัจเจกบุคคลด้วยเหตุผลเพียงเพราะว่าเขาเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดเท่านั้น

เมื่ออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้แล้วเสร็จและใช้บังคับในปี ค.ศ. 1948 อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้จึงเป็นอนุสัญญานับหนึ่งที่มีจุดมุ่งหมายในการปกป้องกลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ และกลุ่มศาสนา โดยอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้กำหนดความผิดทางอาญาเพื่อการลงโทษภายใต้สนธิสัญญานี้ไว้ 5 ฐานความผิด แยกต่างหากจากกันเพื่อเป็นหลักประกันการลงโทษ ได้แก่ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) การร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (conspiracy to commit genocide) การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (direct and public incitement to commit genocide) การพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (attempt to commit genocide) และการสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide)

สำหรับการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้ได้กำหนดให้ “การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะ (direct and public incitement)” เป็นรูปแบบของความรับผิดชอบที่อาจลงโทษได้อย่างหนึ่งในมาตรา 3 เช่นเดียวกับการมีส่วนร่วม (conspiracy)

⁴ G.A. Res. 96(I), U.N. GAOR, 6th Comm., 55th plen. Mtg at 189, U.N. Doc. A/64/Add.1 (1946).

การสนับสนุน (complicity) และการพยายาม (attempt) กระทำความผิด⁵ ซึ่งเป็นการที่ผู้ร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสวงหาวิถีทางในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยการกำหนดให้การกระทำที่เกิดขึ้นก่อนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่แท้จริงเป็นความผิดทางอาญาด้วย⁶ เช่นนี้แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นควรศึกษาถึงความเป็นมาของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพื่อให้รู้ถึงเจตนาของผู้ร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพื่อนำมาประกอบการค้นหาแนวทางการใช้และการตีความบทบัญญัติว่าด้วยการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาต่อไป โดยในงานเตรียมร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีการกล่าวถึงการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน 2 บริบท ได้แก่ บริบทว่าด้วยองค์ประกอบความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และบริบทว่าด้วยการโฆษณาสร้าง ความเกลียดชัง

2.2.1 บริบทว่าด้วยองค์ประกอบความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เนื่องจากตามมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จำกัดให้เฉพาะ "การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์" เป็นรูปแบบความรับผิดชอบที่อาจลงโทษได้ภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประกอบกับบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่ชัดเจนว่าจะสามารถดำเนินคดีต่อการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างความผิดที่ไม่ต้องการผล (inchoate crime) หรือไม่ ดังนั้น จึงต้องพิจารณางานเตรียมร่าง (travaux préparatoire) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยจะขอศึกษาแยกตามงานเตรียมร่างของผู้เชี่ยวชาญ 3 กลุ่ม ได้แก่ ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติ ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการวิชาการวิสามัญว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ และร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการที่หกของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ

⁵ G.A. Res. 260 (III), U.N. GAOR, 3rd Sess., Part I (A/810) at 174.

⁶ Beth Van Schaack and Ronald C. Slye, International Criminal Law and its Enforcement, p.788.

2.2.1.1 ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติ

ร่างแรกอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เริ่มต้นจากร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติ (Draft of United Nations Secretary-General) ที่เริ่มอรรถาธิบายด้วยการให้นิยามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า คือ “การทำลายโดยเจตนาซึ่งกลุ่มของมนุษย์” และเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายภายใน โดยมาตรา 1 ระบุว่าวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้คือ “การที่จะป้องกันการทำลายกลุ่มทางเชื้อชาติ ชนชาติ ภาษา ศาสนา หรือการเมืองของมนุษย์” และมาตรา 2 กำหนดให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ รวมถึงการพยายาม การเตรียมกระทำการ การมีส่วนร่วมโดยเจตนา การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะ และการร่วมกระทำการ โดยกำหนดเกี่ยวกับการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า “การกระทำได้ต่อไปนี้อาจถูกลงโทษได้... (2) การยุยงโดยตรงต่อสาธารณะให้กระทำอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะการยุยงเช่นนั้นจะสำเร็จหรือไม่”⁷ และมาตรา 3 ก็กำหนดให้ทุกรูปแบบของการโฆษณาชวนเชื่อสาธารณะที่มุ่งหมายที่จะส่งเสริมให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถลงโทษได้ ซึ่งมีที่มาตามเอกสารความเห็นของเลขาธิการสหประชาชาติ (the Secretariat Commentary) ที่จะชี้ให้เห็นถึงเจตนาของผู้ร่างอนุสัญญาในการกำหนดความหมายของ “การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะ” ให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า

“การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิได้หมายถึงคำสั่งหรือแนวทางของเจ้าพนักงานที่มีต่อผู้ใต้บังคับบัญชา หรือที่หัวหน้าองค์กรมีต่อสมาชิกขององค์กรนั้น อันเป็นเรื่องของ “การเตรียมกระทำการ (preparatory acts)” ตามที่ได้กล่าวข้างต้น แต่การยุยงเป็นการเรียกร้องโดยตรงต่อสาธารณะชนให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ด้วยวิธีการปราศรัย การเผยแพร่ทางวิทยุหรือสิ่งพิมพ์ โดยการเรียกร้องนั้นอาจเป็นส่วนหนึ่งของแผนการที่ได้ตกลงกันไว้ก็ได้ อย่างไรก็ตาม การเรียกร้องดังกล่าวก็อาจสะท้อนให้เห็นมูลเหตุชักจูงใจที่แท้จริงในส่วนของผู้พูด ในคดีหลังๆ การยุยงสาธารณะก็อาจได้รับการลงโทษ แม้บางครั้งคำปราศรัยเกิดขึ้นโดยประมาทหรือโดยปราศจากความระมัดระวังของนักหนังสือพิมพ์หรือนักพูด ที่โดยคำปราศรัยเองอาจไม่ก่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่คำแนะนำของนักหนังสือพิมพ์หรือนักพูดนั้นอาจนำไปสู่ความจริงจังของผู้ฟังที่อ้างว่าเป็นหน้าที่ของพวกเขาที่จะต้องกระทำตามคำปราศรัยเหล่านั้น ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องชั่งน้ำหนักพยานแวดล้อมและความรุนแรงของ

⁷ UN Doc. E/447, para. 5-13.

อาชญากรรมที่อาจรุนแรงมากขึ้นหรือน้อยลงตามลักษณะของการยุยงว่าได้กระทำลงโดยไตร่ตรองไว้ก่อนหรือไม่⁸

ส่วนในประเด็นที่ว่า การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้จะรวมถึงการยุยงให้เกลียดชังหรือไม่นั้น งานเตรียมร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติแสดงให้เห็นว่า สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีแนวทางทางกฎหมายและทางการเมืองที่หนักแน่นในการยอมรับเสรีภาพในการแสดงออกว่า “ภายใต้การปกครองโดยกฎหมายแองโกลอเมริกัน สติการพูดอย่างเสรีย่อมไม่ถูกขัดขวาง เว้นแต่จะมีอันตรายที่ปรากฏขึ้นโดยชัดแจ้งว่าการพูดเช่นนั้นอาจกระทบสิทธิของผู้อื่น” แนวทางดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาจึงตรงกันข้ามกับบทบัญญัติว่าด้วยการยุยงนี้ โดยสหรัฐอเมริกาได้เสนอว่าบทบัญญัติว่าด้วย “การยุยง (Incitement)” ควรได้รับการปรับแก้ให้เหมาะสม⁹ เป็นผลให้มีการเพิ่มเนื้อหาซึ่งมีลักษณะเป็นการให้เลือกว่า “การยุยงผู้ใดหรือผู้อื่นโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะการยุยงนั้นจะสำเร็จลงหรือไม่ เมื่อการยุยงเช่นนั้นได้กระทำลงภายใต้สถานการณ์ที่อาจก่อให้เกิดผลเป็นการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์”¹⁰

ในขณะที่สหภาพโซเวียตมีความเห็นต่าง¹¹ โดยมีข้อเสนอที่ขัดแย้งกับของสหรัฐอเมริกาว่า ให้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ควบคุม “อาชญากรรมความเกลียดชัง (hate crimes)” โดยเสนอให้ลงโทษต่อ “ทุกรูปแบบของการโฆษณาชวนเชื่อต่อสาธารณะ (ไม่ว่าทางสื่อสิ่งพิมพ์ วิทยุ ภาพยนตร์ เป็นต้น) ที่มุ่งหมายที่จะยุยงให้เป็นศัตรูหรือสร้างความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ชนชาติ หรือศาสนา” รวมถึง “การปลุกปั่นให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์” ด้วย โดยให้เป็นการเตรียมเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (preparation for genocide)¹² และผู้แทนสหภาพโซเวียตได้ให้ข้อสังเกตว่า “มันเป็นไปไม่ได้ที่ประชาชนนับแสนจะกระทำอาชญากรรมมากมาย หากพวกเขามีได้ถูกยุยงให้กระทำการเช่นนั้นและหากอาชญากรรมเช่นนั้นมิได้รับการจัดการเป็นระบบ

⁸ Ibid., para. 30-31.

⁹ UN Doc. E/623.

¹⁰ Ibid.

¹¹ UN Doc. E/AC.25/7.

¹² Ibid.

โดยไตร่ตรองไว้ก่อนและรอบคอบ”¹³ ซึ่งสุดท้ายเลขาธิการสหประชาชาติก็ได้รับหลักการของ สหภาพโซเวียตเอาไว้ ด้วยการทำให้การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดทางอาญาไม่ว่า ความผิด (การทำลายล้างเผ่าพันธุ์) จะสำเร็จลงหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เลขาธิการสหประชาชาติ มิได้รับรองข้อเสนอของสหภาพโซเวียตถึงขั้นห้ามการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อสร้างความเกลียดชัง (hate propaganda) เนื่องจากขัดกับมาตรการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของสหรัฐอเมริกา¹⁴ ดังนั้น จึงเป็นผลให้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้กำหนดห้ามเพียงการยุยงให้เกิดความรุนแรง โดยไม่รวมถึงการยุยงให้เกิดเกลียดชังอันอาจนำไปสู่ความรุนแรงในที่สุด

สำหรับองค์ประกอบ “ไม่ว่าการยุยงจะสำเร็จหรือไม่” นั้น คณะกรรมการ วิสามัญได้พิจารณาร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของจีนที่กำหนดให้การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล (Inchoate crimes) จึงกำหนดโทษของการยุยงให้ทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์ให้เท่ากับการมีส่วนร่วม (conspiracy) และการพยายามกระทำความผิด (attempt)¹⁵ เลขาธิการสหประชาชาติจึงตกลงกำหนดแยกการยุยง มีส่วนร่วม และพยายามกระทำความผิด ออกจากกันเป็นบทบัญญัติเฉพาะ¹⁶ โดยกำหนดว่า “การมีส่วนร่วม การพยายาม และการยุยง ประชาชนให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจถูกลงโทษได้”¹⁷

ในประเด็นนี้ประเทศเวเนซุเอลาได้เสนอให้เพิ่มเติมว่า “ไม่ว่าการยุยงจะ สำเร็จหรือไม่ (whether the incitement is successful or not)”¹⁸ แต่ประเทศฝรั่งเศสและประเทศ เลบานอนพิจารณาแล้วเห็นว่าการกำหนดเช่นนี้เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาก็เห็น พ้องด้วย อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอที่ให้เพิ่มเติมว่า “ไม่ว่าการยุยงจะสำเร็จลงหรือไม่” ได้รับการ ยอมรับด้วยคะแนนเสียง 4 เสียง และงดออกเสียง 3 เสียง¹⁹

¹³ Beth Van Schaack and Ronald C. Slye, International Criminal Law and its Enforcement, p. 789.

¹⁴ UN Doc. E/AC.25/SR.6, p. 2.

¹⁵ UN Doc. E/AC.25/9.

¹⁶ UN Doc. E/AC.25/SR.15, p. 1.

¹⁷ Ibid., p. 2.

¹⁸ Ibid., p. 3.

¹⁹ Ibid.

ส่วนขององค์ประกอบ “โดยตรง (direct)” นั้น ประเทศฝรั่งเศสเสนอให้เพิ่มคำว่า “โดยตรง (direct)” ก่อนคำว่า “ยุยง (incitement)” แต่ข้อเสนออื่นต้องตกไปด้วยคะแนนเสียง 3 ต่อ 3 เสียง งดออกเสียง 1 เสียง²⁰ แต่เมื่อเลขาธิการสหประชาชาติได้ลงคะแนนเสียงเพื่อการใช้คำว่า “โดยตรง (directly)” ก็ได้รับการยอมรับในที่สุดด้วยคะแนนเสียง 3 ต่อ 2 เสียง²¹

ดังนั้น ในร่างสุดท้ายของเลขาธิการสหประชาชาติจึงกำหนดว่า “การกระทำดังต่อไปนี้อาจถูกลงโทษได้ (...) 2. การยุยงโดยตรงต่อสาธารณะให้กระทำอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะเป็นการยุยงเช่นนั้นจะสำเร็จหรือไม่”²² โดยร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติซึ่งเป็นร่างแรกของอนุสัญญานี้จะถูกส่งต่อไปให้คณะกรรมการสิทธิการวิสามัญของสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติพิจารณาเพื่อนำเสนอต่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในขั้นสุดท้ายต่อไป

2.2.1.2 ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญของสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ

มติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 180(2) กำหนดให้สภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ (the Economic and Social Council (ECOSOC)) ทำหน้าที่ศึกษาความจำเป็นและแนวทางการร่างอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 96(1) ที่ประกาศให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อการพิจารณาของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติต่อไป ดังนั้นเมื่อต้นปี ค.ศ. 1948 สภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติจึงได้ก่อตั้งคณะกรรมการวิสามัญเพื่อการร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากประเทศจีน ฝรั่งเศส เลบานอน โปแลนด์ สหภาพโซเวียต สหรัฐอเมริกา และเวเนซุเอลา²³

²⁰ Ibid., p. 3.

²¹ UN Doc. E/AC.25/SR.16, p. 1.

²² UN Doc. E/AC.25/SR.16, p. 12.

²³ ESC Res. 117(VI); UN Doc. E/734.; Doc. E/734.; UN Doc. E/SR.139-140; UN Doc. E/AC.7/SR.37; UN Doc. E/663.

ในประเด็นการกำหนดให้การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่ไม่ต้องการผลฐานหนึ่ง (an inchoate offense) นั้น สหรัฐอเมริกามีท่าทีแข็งกร้าวมากขึ้นต่อประเด็นนี้โดยให้เหตุผลโต้แย้งว่าการยุยงเป็นเรื่องที่ “ห่างไกลมากเกินไป (too remote)” จากอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยกล่าวว่า “แม้จะมีการอ้างว่าการกำหนดเช่นนี้เป็นมาตรการป้องกัน แต่ก็จำเป็นต้องคำนึงว่าการยุยงจะต้องก่อให้เกิดผลโดยตรงเป็นการกระทำอาชญากรรมโดยทันที เช่นเดียวกับกรณีของการพยายาม และกรณีที่ชัดเจนว่าเป็นการร่วมกระทำความผิด” เหตุผลสำคัญอันเป็นหัวใจของการคัดค้านการกำหนดให้การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ก็เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีความเห็นว่าการกำหนดบทบัญญัติเช่นนี้จะอันตรายต่อเสรีภาพของสื่อมวลชน กล่าวคือ “หากยอมรับว่าการยุยงเป็นการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างหนึ่ง ดังนั้น หัวข้อหนังสือพิมพ์ที่วิพากษ์วิจารณ์กลุ่มทางการเมือง เช่น การวิจารณ์เพื่อเสนอให้มีมาตรการบางอย่าง เช่น มาตรการเกี่ยวกับสวัสดิการทั่วไปต่อกลุ่มทางการเมือง ก็มีทางเป็นไปได้ที่รัฐบาลรัฐจะอ้างว่า การอนุญาตให้ประชาสัมพันธ์หัวข้อเช่นนี้เป็นการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งๆ ที่หัวข้อดังกล่าวอาจเป็นเพียงการใช้สิทธิในการแสดงออกอย่างเสรีของสื่อมวลชนเท่านั้น”²⁴

สหราชอาณาจักรให้การสนับสนุนสหรัฐอเมริกาในประเด็นนี้ โดยนายพล Fitzmaurize ผู้แทนของสหราชอาณาจักรโต้แย้งว่า เป็นไปไม่ได้ที่การยุยงจะนำไปสู่การร่วมกระทำการ การพยายามหรือการสนับสนุนการกระทำความผิด อันการกระทำต่างๆ ดังกล่าวก็ต่างได้รับการบัญญัติรองรับไว้แล้วโดยร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดให้การยุยงเป็นความผิดทางอาญาอีก ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่จะลบบทบัญญัติเรื่องนี้ออกไป “เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงต่อการที่ผู้ใดจะนำไปใช้เป็นข้ออ้างพิเศษในการขัดขวางเสรีภาพในการแสดงออก”²⁵ ในขณะที่ Manfred Lachs ผู้แทนโปแลนด์ยืนยันว่า การป้องกันเป็นเป้าหมายของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และยังได้กล่าวว่า เสรีภาพของสื่อมวลชน “ต้องไม่ยิ่งใหญ่เกินไปจนอนุญาตให้สื่อเข้าร่วมการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์”²⁶ เวเนซุเอลาก็เช่นเดียวกันยืนยันว่าวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์คือเพื่อป้องกัน มิใช่การลงโทษการทำลายล้าง

²⁴ UN Doc. A/C.6/SR/84 (Maktos, United States); UN Doc. A/C.6/SR.85 (Maktos, United States).

²⁵ UN Doc. A/C.6/SR/84 (Fitzmaurize, United Kingdom).

²⁶ Ibid. (Lachs, Poland).

เผ่าพันธุ์เท่านั้น²⁷ และฟิลิปปินส์ก็คัดค้านสหรัฐอเมริกาในประเด็นเรื่องเสรีภาพของสื่อมวลชนว่า ตามกฎหมายฟิลิปปินส์มีการกำหนดให้การยุ้งเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งก็สามารถเข้ากันได้กับการเสรีภาพในการแสดงออกที่ฟิลิปปินส์ได้รับสืบทอดจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกา²⁸ ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกายังได้รับการสนับสนุนจากชิลี²⁹ สาธารณรัฐโดมินิกัน³⁰ และบราซิล³¹ และเบลเยียม เป็นประเทศสุดท้ายที่เสนอให้ลบบทบัญญัติว่าด้วยการยุ้งนี้และลงคะแนนสนับสนุนการแก้ไขของสหรัฐอเมริกา³²

ในส่วนขององค์ประกอบ “โดยสาธารณะ (public)” นั้น ประเทศเวเนซุเอลาเสนอให้เพิ่มคำว่า “โดยสาธารณะหรือโดยส่วนตัว (publicly or privately)” หลังคำว่า “โดยตรง (directly)” ซึ่งได้รับการลงคะแนนยอมรับ 5 เสียง งดออกเสียง 2 เสียง³³ และเวเนซุเอลายังได้เสนอให้เพิ่มคำว่า “สิ่งพิมพ์ วิทยุ เป็นต้น (press, radio, etc.)” ด้วย³⁴ แต่ข้อเสนอนี้ไม่ได้รับการสนับสนุน

ดังนั้น ตามมาตรา 4 ของร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เตรียมโดย คณะกรรมาธิการวิสามัญว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติจึงกำหนดว่า “การกระทำดังต่อไปนี้อาจลงโทษได้ (...) การยุ้งโดยตรงในที่สาธารณะหรือในที่ส่วนบุคคลให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าการยุ้งเช่นนั้นจะสำเร็จ

²⁷ Ibid. (Perez Perozo, Venezuela).

²⁸ Ibid. (Ingles, Philippines).

²⁹ Ibid. (Arancibia Lazo., Chile).

³⁰ UN Doc. A/C.6/SR/85 (Messina, Dominican Republic).

³¹ UN Doc. A/C.6/SR/84 (Guerreiro, Brazil).

³² Ibid. (Kaeckenbeeck, Belgium).

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

ลงหรือไม่”³⁵ ซึ่งร่างอนุสัญญานี้ได้รับการพิจารณาขั้นต่อไปโดยคณะกรรมการที่หกแห่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (the Sixth Committee of the General Assembly)

2.2.1.3 ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการที่หกของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ

ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการที่หกของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาตินี้ สหภาพโซเวียตเสนอว่า ตามร่างล่าสุดเกี่ยวกับการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อสร้างความเกลียดชังมุ่งหมายต่อ “การก่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (provoking the commission of acts of genocide)” ซึ่งจะลงโทษได้ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นการยุยงโดยตรง สหภาพโซเวียตจึงเสนอให้ลงโทษต่อการโฆษณาชวนเชื่ออันเป็นการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังด้วย ซึ่งในประเด็นดังกล่าวมีผู้แทนจากหลายประเทศให้ข้อสังเกตว่า ข้อเสนอของสหภาพโซเวียตได้รับการปฏิเสธแล้วตามร่างในมาตรา 4(ซี) ของคณะกรรมการวิสามัญแห่งสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ ผู้แทนสหภาพโซเวียตจึงกล่าวว่าการยุยงโดยตรง (direct incitement) จะเป็นจำกัดการบรรลุตามวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติ³⁶ ซึ่งตีความข้อเสนอของสหภาพโซเวียตได้ว่าเป็นการเสนอขอแก้ไขให้รวมถึงการยุยงโดยอ้อมให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย*

นอกจากนั้น ยังมีการถกเถียงเกี่ยวกับความเข้าใจของผู้แทนต่างๆ ในคำว่า ยุยง “โดยตรง (direct)” (เพื่อแยกออกจาก “โดยอ้อม (indirect)”) โดยมีข้อเสนอว่า การยุยงโดยตรงจะเกิดขึ้นเมื่อผู้พูดเจาะจงที่จะชักจูงโน้มน้าวผู้ฟังของเขาให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มากกว่าการให้ความเห็นสาธารณะอย่างเป็นการทั่วไปที่ทำได้ง่ายต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่ง

³⁵ U.N. Econ. and Soc. Council, Apr. 5-May 10, 1948, Report of the Ad Hoc Committee on Genocide, at 7, art. IV(c), U.N. Doc. E/794.

³⁶ U.N. GAOR 87th mtg. (statement of USSR del. Mr. Morozov).

* ผู้แทนอิหร่านโต้แย้งว่าข้อเสนอแก้ไขของสหภาพโซเวียตอาจเป็นการทำให้บทบัญญัติว่าด้วยการยุยงในร่างมาตรา 4(ซี) นี้ ฟุ่มเฟือยหรืออาจเป็นการเสนอให้เพิ่ม “การยุยงโดยอ้อมให้กระทำความผิด (indirect incitement to crime)” ซึ่งในกรณีนี้ได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการที่หกโดยขัดแย้งแล้วว่าร่างมาตรา 4 นี้ไม่รวมถึงการยุยงโดยอ้อม (U.N. GAOR 86th mtg., at 248 (statement of Cuba del. Mr. Dihigo)).

กรณีนี้เป็นการกระทำที่เป็นการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง และผู้แทนของยูโกสลาเวียก็อธิบายถึงการยุยงโดยตรงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า

“ครอบคลุมการยุยงให้ก่ออาชญากรรมที่กระทำลงที่เวลาเฉพาะในสถานที่เฉพาะและต่อประเภทของบุคคลเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในการแก้ไขอันเป็นการค้นหาวิธีการที่จะยับยั้งการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทั่วไปเมื่อการยุยงเช่นว่านั้นอยู่ในรูปแบบของการศึกษาที่แพร่หลายหรือการให้ความเห็นสาธารณะด้วยแนวความคิดที่พัฒนาไปสู่ความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ชนชาติ หรือศาสนา³⁷ ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างมาตราที่ว่าด้วยการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง (hate-speech) ที่เสนอโดยรัฐบาลไซปรัสและบทบัญญัติว่าด้วยการยุยงโดยตรง (direct-incitement) ที่ได้รับการรวมไว้ในร่างสุดท้ายของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น มาตราที่ว่าด้วยการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังย่อมครอบคลุมกิจกรรมที่มุ่งที่จะสร้างบรรยากาศแห่งความเป็นปฏิปักษ์สาธารณะและเป็นการทั่วไปต่อกลุ่มนั้นๆ ซึ่งบรรยากาศนั้นเป็นสื่อที่นำไปสู่การลงมือกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในขณะที่ร่างสุดท้ายครอบคลุมเพียงการพูดที่กระตุ้นผู้ฟังของผู้พูดนั้นให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์”

ดังนั้น ตามร่างของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาตินี้จึงปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าวว่าการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังของสหภาพโซเวียต และกำหนดให้ลงโทษการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 3(ซี) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เท่านั้น

ในส่วนขององค์ประกอบ “โดยสาธารณะ (public)” นั้น มีปัญหาถกเถียงว่าจะมีการคงไว้ซึ่งคำว่า “ในทางส่วนตัว (in private)” หรือไม่ ซึ่งผู้แทนของฝรั่งเศส เฮติ ออสเตรเลีย ยูโกสลาเวีย สวีเดน คิวบา เดนมาร์ก สาธารณรัฐโดมินิกัน สหภาพโซเวียต อูรุกวัย และอียิปต์ ต่างก็สนับสนุนให้คงคำว่า “ในทางส่วนตัว (in private)” ไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยการยุยง แต่ก็ยังกังวลใจเกี่ยวกับขอบเขตของร่างของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เบลเยียมจึงเสนอแนวทางที่เป็นการประนีประนอมกับทุกฝ่าย โดยลบวลีที่ว่า “หรือในทางส่วนตัว (or in private)”³⁸ ซึ่งอิหร่านก็เห็นว่า “การยุยงในทางส่วนตัวไม่ควรเป็นการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจาก

³⁷ U.N. GAOR 87th (statement of Yugoslavia del. Mr. Bartos).

³⁸ UN Doc. A/C.6/217; see also UN Doc. A/C.6/SR/84 (Kaeckenbeeck, Belgium).

ยังมีได้แสดงให้เห็นถึงอันตรายใดๆ”³⁹ แต่เวเนซุเอลามีความเห็นที่ “การยุยงควรกระทำในที่สาธารณะ แต่ก็อาจกระทำในส่วนตัวได้ ผ่านการให้คำปรึกษาหารือระหว่างบุคคลซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของจดหมายหรือแม้แต่ทางโทรศัพท์ จึงจำเป็นที่จะต้องลงโทษทั้งสองรูปแบบของการยุยง”⁴⁰ และสุดท้ายคณะกรรมการก็ได้ออกคำแนะนำเสียงให้บอกว่า “หรือในทางส่วนตัว (or in private)” ออก⁴¹

ประเทศเบลเยียมยังได้เสนอให้บลิวลีที่ว่า “ไม่ว่าการยุยงเช่นว่านั้น จะสำเร็จหรือไม่ (whether such incitement be successful or not)”⁴² โดยกล่าวว่ากรณีมีบลิวลีเช่นนี้ อยู่ในบทบัญญัติว่าด้วยการยุยง “จะเป็นการเปิดโอกาสให้สถานการณ์บัญญัติของแต่ละประเทศเป็นผู้ตัดสินใจ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการยุยงของประเทศตนว่าการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องสำเร็จลงจึงจะลงโทษได้หรือไม่”⁴³ ดังเช่นที่ผู้แทนประเทศอื่นๆ ได้เคยโต้แย้งไว้แล้วว่า หากเกิดเป็นคดีขึ้น บทบัญญัติส่วนนี้ย่อมฟุ่มเฟือย เนื่องจากการยุยงที่ประสบความสำเร็จย่อมเป็นรูปแบบหนึ่งของการสนับสนุน (complicity) ที่ได้รับการบัญญัติรองรับไว้แล้วโดยข้อ (อี) ของมาตราเดียวกัน⁴⁴ ดังนั้น ด้วยคำแนะนำเสียงสนับสนุน 19 เสียง และคัดค้าน 12 เสียง งดออกเสียง 14 เสียง จึงมีมติอนุมัติให้บอกว่า “ไม่ว่าการยุยงเช่นว่านั้นได้สำเร็จลงหรือไม่ (whether such incitement be successful or not)” ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการลงโทษทั้งคำว่า “โดยส่วนตัว (in private)” และคำว่า “ไม่ว่าการยุยงเช่นว่านั้นสำเร็จลงหรือไม่ (whether such incitement be successful or not)” และร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการที่หกแห่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงเสนอเข้าสู่การพิจารณาและได้รับการยอมรับจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในเวลาต่อมา โดยให้มาตรา 3 กำหนดว่า “การกระทำความผิดต่อไปนี้อาจลงโทษได้...การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์”

³⁹ UN Doc. A/C.6/SR/84.

⁴⁰ Ibid. (Perez Perozo, Venezuela).

⁴¹ UN Doc. A/C.6/SR/85 (26 in favor, 6 against, with 10 abstentions).

⁴² UN Doc. A/C.6/217; see also UN Doc. A/C.6/SR.84 (Kaeckenbeeck, Belgium).

⁴³ UN Doc. A/C.6/SR.85.

⁴⁴ UN Doc. A/C.6/SR.84.

นอกจากในการร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะมีการกล่าวถึงองค์ประกอบความผิดในการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ก็ยังปรากฏความพยายามในการกำหนดให้อาชญากรรมความเกลียดชัง (hate crimes) และการโฆษณาชวนเชื่อเหยียดผิว (racist propaganda) เป็นการเตรียมเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (preparation for genocide)⁴⁵ โดยเฉพาะความพยายามของสหภาพโซเวียต ด้วยการเพิ่มเติมข้อห้ามที่ว่า “ทุกรูปแบบของการโฆษณาสาธารณะ (ไม่ว่าจะทางสิ่งพิมพ์ วิทยุ ภาพยนตร์หรืออื่นๆ) ที่มุ่งที่จะยุยงให้เป็นศัตรูหรือเกลียดชังต่อเชื้อชาติ ชนชาติหรือศาสนา หรือกระตุ้นให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์”⁴⁶ โดยผู้แทนสหภาพโซเวียตได้ให้ข้อสังเกตว่า “มันเป็นไปไม่ได้ที่ประชาชนนับแสนจะกระทำอาชญากรรมมากมาย หากพวกเขาไม่ได้ถูกยุยงให้กระทำการเช่นนั้นและหากอาชญากรรมเช่นนั้นมิได้รับการจัดการเป็นระบบโดยไตร่ตรองไว้ก่อนและรอบคอบ”⁴⁷ อันจะกล่าวในบริบทว่าด้วยการโฆษณาสร้างความเกลียดชังต่อไป

2.2.2 บริบทว่าด้วยการโฆษณาสร้างความเกลียดชัง

ตามมาตรา 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ ที่นอกจากจะมุ่งหมายลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยให้ขยายไปจัดการถึงต้นกำเนิดของอาชญากรรมคือ การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว อนุสัญญานี้ยังได้กล่าวถึงความมุ่งหมายในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในบริบทว่าด้วยการโฆษณาสร้างความเกลียดชังอีกด้วย

2.2.2.1 ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติ

เลขาธิการสหประชาชาติให้ความเห็นว่าการโฆษณาสร้างความเกลียดชังเป็นแง่มุมที่สำคัญของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น ตามร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติจึงกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการโฆษณาสร้างความเกลียดชังในมาตรา 3 ว่า “ทุกรูปแบบของการโฆษณาสาธารณะที่มีแนวโน้มโดยระบบและลักษณะของ

⁴⁵ Ibid., p. 266, 271.

⁴⁶ UN Doc. A/C.6/215/Rev.1

⁴⁷ Beth Van Schaack and Ronald C. Slye, International Criminal Law and its Enforcement, p. 789.

ความเกลียดชังเพื่อส่งเสริมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือที่มีแนวโน้มเพื่อทำให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นโดยจำเป็น โดยชอบด้วยกฎหมายหรือยกเว้นความผิดได้ ต้องถูกลงโทษ"⁴⁸

เลขาธิการสหประชาชาติกล่าวว่า กรณีนี้แตกต่างจากกรณีการยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ที่ร่างอนุสัญญานี้กำหนดให้เป็นการกระทำอันหนึ่งของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (act of genocide) ตามมาตรา 2 ของร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 3 นี้แล้ว ก็จะพบว่า "ผู้แต่งโฆษณาชวนเชื่อยอมมิได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่การดำเนินโฆษณาชวนเชื่ออย่างเป็นทางการทั่วไปนั้น หากสำเร็จลงจะชักจูงบรรดาผู้ที่ฝังใจกับโฆษณาให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยตรงเพื่อสนับสนุนโฆษณาชวนเชื่อนั้น"⁴⁹ ตามความเห็นของเลขาธิการแห่งสหประชาชาติ "การโฆษณาชวนเชื่อเช่นนั้นจะยิ่งอันตรายมากกว่าการยุงโดยตรงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพราะการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะไม่เกิดขึ้น เว้นแต่สภาพจิตใจจะได้รับการสร้างขึ้นมาก่อนหน้านั้น"⁵⁰

ประเทศสหรัฐอเมริกาเสนอให้ลบ มาตรา 3 ของร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติ ซึ่งเป็นความริเริ่มอันแรกสุดในบรรดาความริเริ่มต่างๆ เพื่อประกันว่า มาตรการที่ว่าด้วยการโฆษณาสร้างความเกลียดชังจะไม่ถูกรวมอยู่ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁵¹ โดยสหรัฐอเมริกากล่าวว่า "ภายใต้ระบบกฎหมายแองโกลอเมริกันนั้น สิทธิในการพูดอย่างเสรีไม่อาจถูกแทรกแซงได้ เว้นแต่จะปรากฏอันตรายที่ชัดแจ้งและเป็นปัจจุบันว่าการพูดนั้นอาจรบกวนสิทธิของผู้อื่น" จึงเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกากำหนดให้เฉพาะ "อันตรายที่ชัดแจ้งและเป็นปัจจุบัน" จึงจะเป็นการยุง อันเป็นการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่บัญญัติไว้แล้วในมาตรา 2⁵² แต่สหภาพโซเวียตคัดค้านโดยมีความเห็นว่า "อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ควรกำหนดให้การโฆษณาชวนเชื่อสร้างความเกลียดชังเป็นความผิดที่ลงโทษได้เพื่อรับรองรูปแบบ

⁴⁸ Secretariat's draft of Genocide Convention, art. III.

⁴⁹ UN Doc. E/447, p. 32.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² UN Doc. A/401.

ต่างๆ ของการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (สิ่งพิมพ์ วิทยุ ภาพยนตร์ เป็นต้น) ที่มุ่งหมายในการยุยงความเป็นศัตรูหรือความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ชนชาติหรือศาสนา”⁵³

นอกจากจะมีการกล่าวถึงบริบทของการโฆษณาสร้าง ความเกลียดชังในร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติแล้ว ก็ยังมีการกล่าวถึงบริบทนี้ในร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการการวิสามัญของสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติด้วย

2.2.2.2 ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการการวิสามัญของสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ

ในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการการวิสามัญ (Ad Hoc Committee) สหรัฐอเมริกาทำทนายข้อเสนอของสหภาพโซเวียตที่ให้รวมถึง “การโฆษณาชวนเชื่อสาธารณะ...ที่มุ่งหมายในการยุยงความเป็นศัตรูหรือความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ชนชาติ หรือศาสนา”⁵⁴ ด้วยเกรงว่า “ข้อความที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกลุ่มมนุษย์อาจถูกปรักปรำว่าเป็นการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งกรณีนี้ย่อมเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการแสดงออกและโดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพของสื่อ”⁵⁵ สหรัฐอเมริกา “เห็นด้วยต่อการจัดการต่อสิ่งพิมพ์และสื่อของข้อมูลอื่น เมื่อสิ่งพิมพ์และสื่อ นั้นมีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์”⁵⁶ โดยเห็นด้วยที่จะจำกัดสิ่งพิมพ์และข้อมูลไว้เพียง “บรรดากรณีที่จะระบุไว้ชัดเจนและพิเศษเป็นการเฉพาะ” และ “อยู่ภายใต้การสงวนสิทธิ์โดยชัดแจ้ง” ผู้แทนของสหรัฐอเมริกาเห็นด้วยกับหลักการปราบปรามโฆษณาชวนเชื่อเพื่อทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁵⁷ และกล่าวว่าสหรัฐอเมริกา “เห็นด้วยว่าควรจะต้องด้านข้อมูลของสิ่งพิมพ์หรือสื่ออื่น เมื่อข้อมูลของสื่อ นั้นเป็นความผิดฐานยุยงโดยตรงให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์”⁵⁸ แต่ John Matos ผู้แทนสหรัฐอเมริกากล่าวว่า “เรามีพันธกรณีที่จะเพิกถอนความตก

⁵³ UN Doc. E/AC.25/7.

⁵⁴ Ibid., p. 6.

⁵⁵ Ibid., p. 7.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid., p. 3-4.

⁵⁸ Ibid., p. 8.

ลงในหลักการที่เขาได้ให้ไว้ หากคำในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการพิสูจน์ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศของเขาโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเสรีภาพของสื่อ”⁵⁹

ไม่ใช่เพียงประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ที่ไม่เต็มใจเกี่ยวกับการโฆษณาชวนเชื่อสร้างความเกลียดชังที่เป็นส่วนหนึ่งของการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประเทศเลบานอนก็กล่าวว่า การรณรงค์ที่ดำเนินอยู่ในเวลาสงครามเพื่อกระตุ้นความเกลียดชังต่อศัตรูไม่ควรถูกเข้าใจผิดว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยกล่าวว่า “มันชัดเจนว่าการรณรงค์เช่นนั้น ช่วยปลุกขวัญกำลังใจของประชาชนของเขา จึงไม่ควรถูกพิจารณาว่าเป็นการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์”⁶⁰ ทำให้การแก้ไขของสหภาพโซเวียตเกี่ยวกับการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังจึงถูกปฏิเสธในท้ายที่สุด⁶¹

ดังนั้น ตามร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการวิสามัญของสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติจึงตัดบทบัญญัติตามมาตรา 3 ของร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติออกไป และยอมรับให้เฉพาะการยุยงโดยตรงโดยสาธารณะหรือในที่ส่วนบุคคลให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าการยุยงเช่นนั้นจะสำเร็จหรือไม่ เท่านั้นที่เป็นความผิดตามมาตรา 4 ของร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

2.2.2.3 ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการที่หกของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ

ในขั้นการพิจารณาของคณะกรรมการที่หก (the Sixth Committee) ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ สหภาพโซเวียตได้เสนอให้เพิ่มในวรรคหนึ่งที่ว่าด้วยการกระทำของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ให้ครอบคลุมถึงการโฆษณาชวนเชื่อสร้างความเกลียดชัง โดยข้อความกำหนดว่า “ทุกรูปแบบของการโฆษณาชวนเชื่อสาธารณะ (สิ่งพิมพ์ วิทยู ภาพยนตร์ เป็นต้น) ที่มีมุ่งหมายยุยงความเป็นศัตรูหรือความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ขนชาติหรือศาสนา หรือในการก่อให้เกิดการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์” ซึ่งกรณีนี้ย่อมเห็นได้ชัดว่าเป็นมากกว่า “การ

⁵⁹ UN Doc. E/AC.25/SR.19.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid., p. 10.

ยุ้งโดยตรง" อันเป็นที่ยอมรับกันอยู่แล้วตามร่างสุดท้าย⁶² แต่ Platoon Morose ผู้แทนของสหภาพโซเวียตก็กล่าวว่า ที่เป็นเช่นนี้เพราะคณะกรรมการวิสามัญรู้สึกว่าการนี้ได้รับการรองรับแล้วโดยบทบัญญัติว่าด้วยการยุ้ง แต่สหภาพโซเวียตต้องการจัดการกับโฆษณาชวนเชื่อทั้งหมดซึ่ง "เป็นสาเหตุของการกระทำของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์" โดย Platoon Morose อ้างถึงหนังสือที่มีชื่อเสียงของฮิตเลอร์ว่าเป็นตัวอย่างหนึ่งของงานเขียนที่จะถูกห้ามโดยบทบัญญัติเพิ่มเติมนี้⁶³

ในการสนับสนุนข้อเสนอนี้ Manfred Lachs ผู้แทนของโปแลนด์กล่าวว่า "การสั่งสอนให้เกลียดชัง ไม่ควรได้รับได้รับการพิจารณาให้เป็นข้อมูลข่าวสาร...เมื่อกฎหมายปกป้องปัจเจกชนจากการหมิ่นประมาทและการดูหมิ่นซึ่งหน้า กลุ่มต่างๆ ก็ทรงสิทธิที่จะได้รับการปกป้องเช่นเดียวกัน"⁶⁴ ประเทศฝรั่งเศสก็เห็นชอบกับข้อเสนอนี้ และเสนอให้เปลี่ยนแปลงจำนวนใหม่ว่า "ทุกรูปแบบของโฆษณาชวนเชื่อสาธารณะที่ยั่วยุ้งความเป็นศัตรูและความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ชนชาติหรือศาสนา ด้วยจุดประสงค์ในการก่อให้เกิดกระทำอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์"⁶⁵ ประเทศเอตีกก็เช่นเดียวกันที่ให้การสนับสนุนการแก้ไขนี้⁶⁶

อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาคัดค้านบนพื้นฐานที่ว่า กรณีนี้อาจล่วงล้ำเสรีภาพของสื่อ⁶⁷ และผู้แทนของประเทศกรีซกล่าวว่า ข้อเสนอของสหภาพโซเวียตออกนอกกรอบของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยเขาตั้งข้อสังเกตว่า วัตถุประสงค์ของการแก้ไขของสหภาพโซเวียต คือ การปราบปรามโฆษณาชวนเชื่อ "ที่มุ่งหมายยุ้งความเป็นศัตรูหรือความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ชนชาติ หรือศาสนา" ซึ่งไม่ใช่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากเขาเจตนาที่จะทำลายกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁶⁸ และผู้แทนของอิหร่านก็เช่นกันที่เห็นว่า "มาตราที่ว่าด้วยการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังกับข้อเสนอของสหภาพ

⁶² UN Doc. E/AC.25/7.

⁶³ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/416 (1978), p. 117-119.

⁶⁴ UN Doc. A/C.6/SR.86 (1948), p. 244-245.

⁶⁵ Ibid., p. 246 (Mr. Chaumont, France).

⁶⁶ Ibid., p. 247 (Mr. Demesmin, Haiti).

⁶⁷ Ibid., p. 246-247 (Mr. Maktos, United States).

⁶⁸ Ibid., p. 245 (Mr. Spiropoulos, Greece).

ไซเรียจะต้องไม่ถูกรวมอยู่ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้” เพราะ “แนวคิดของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องไม่ขยายไปถึงการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อสร้างความเกลียดชัง”⁶⁹ “การโฆษณาชวนเชื่อเช่นนั้นอาจได้รับการลงโทษเป็นการเฉพาะเจาะจง แต่ไม่ใช่การลงโทษตามอนุสัญญา” ประเทศเวเนซุเอลาก็เตือนที่ประชุมให้ระลึกว่า คณะกรรมาธิการวิสามัญได้ตกลงกันแล้วว่าการยุยงต้องกระทำโดยตรงและโดยสาธารณะ ประเทศเวเนซุเอลาจึงกล่าวว่า “สองคำที่เหมาะสมนี้หลีกเลี่ยงความจำเป็นในการจัดรูปแบบที่หลากหลายให้เป็นการยุยง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการโฆษณาชวนเชื่อด้วยลายลักษณ์อักษรและด้วยวาจา...” การแก้ไขของสหภาพไซเรียที่ขัดกับสิ่งนี้ และประเทศเวเนซุเอลาจึงออกเสียงคัดค้านการแก้ไขนี้ และ Gerald Fitzmaurice ผู้แทนของสหราชอาณาจักรกล่าวว่า เขาจะสนับสนุนการแก้ไข “หากสถานการณ์ของโลกเปลี่ยนแปลงไป” อย่างไรก็ตาม ในสถานการณ์ปัจจุบันบทบัญญัตินี้ รัฐบาลที่ไม่ชอบการวิพากษ์วิจารณ์ “อาจใช้เป็นข้ออ้างเพื่อใช้ในทางที่ผิดอย่างร้ายแรง” โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อการวิจารณ์ของหนังสือพิมพ์” ดังนั้น ประเทศคิวบา อูรุกวัย ซีเรีย และอียิปต์ ก็กล่าวคัดค้านการแก้ไขนี้⁷⁰

ในท้ายที่สุด ร่างของคณะกรรมาธิการที่หกก็ได้รับการเสนอเข้าสู่การพิจารณาของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 1948 และในการพิจารณาของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติก็กำหนดมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่าด้วย “การกระทำที่ลงโทษได้ (punishable acts)” ว่า “การกระทำดังต่อไปนี้อาจลงโทษได้... (3) การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์”

บทบัญญัติว่าด้วยการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังคงเป็นบทบัญญัติที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มากที่สุดอันหนึ่งเช่นที่ผ่านมา และผู้แทนบางประเทศได้เสนอให้ลบบทบัญญัตินี้ออก เนื่องจากยังคงมีความกังวลว่าจะรบกวนเสรีภาพในการแสดงออก และสหภาพไซเรียก็ยังพยายามเสนอให้การยุยงครอบคลุมมากกว่าเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁷¹ แต่ข้อเสนอแก้ไขของสหภาพไซเรียก็ถูกคัดค้านทั้งหมด⁷² ดังนั้น จึงอาจ

⁶⁹ UN Doc. A/C.6/SR.87 (1948).

⁷⁰ William A. Schabas, “Hate Speech in Rwanda: The road to genocide,” McGill Law Journal (Jan, 2000): 11-13.

⁷¹ UN Doc. A/C.6/SR.83.

สรุปได้ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ลงโทษเฉพาะการพูดที่ยูงผู้ฟังให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และไม่ครอบคลุมไปถึงการพูดยูงผู้ฟังให้เกิดขัดขวางทางเชื้อชาติ ชนชาติ หรือศาสนาด้วย⁷³

แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 จะประกาศให้การยูงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำที่ลงโทษได้ แต่อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้ก็มิได้จัดการกับวงจรแห่งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างสิ้นเชิง ด้วยการที่ผู้ร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ปฏิเสธความพยายามที่จะรวมบทบัญญัติห้ามการโฆษณาสร้าง ความเกลียดชังเข้าไว้ในบริบทของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้ อย่างไรก็ตาม จุดบอดของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้ก็ได้รับการแก้ไขด้วยเครื่องมือทางสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ อันจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

2.3 บริบทภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ⁷⁴

นอกจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการยูงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว การยูงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังเกี่ยวข้องกับสิทธิที่ได้รับการปกป้องภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ได้แก่ สิทธิที่จะปราศจากการเลือกปฏิบัติ (Right to be free from discrimination) และสิทธิในการแสดงออกอย่างเสรี (Right to freedom of expression) โดยเสรีภาพในการแสดงออกเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับ ทั้งตามมาตรา 19 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948, มาตรา 19 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 และมาตรา 10 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

⁷² UN Doc. APV.178.

⁷³ Diane F. Orentlicher, "Criminalizing hate speech in the crucible of trial: Prosecutor v. Nahimana," American University International Law Review (May, 2006): 2-4.

⁷⁴ Stephanie Farrior, "Molding the matrix: The historical and theoretical foundations of international law concerning hate speech," Berkeley Journal of International Law (Oct, 1996): 68.

และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ทั้งนี้ กฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ได้วางขอบเขตการใช้สิทธิที่แน่นอน รวมถึงข้อจำกัดสิทธิในเรื่องของการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังไว้ด้วย โดยมีสองเครื่องมือหลักทางกฎหมายสิทธิมนุษยชน ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ที่กำหนดให้รัฐบาลห้ามการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง

2.3.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948⁷⁵

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights, 1948) ให้การคุ้มครองทั้งสิทธิที่จะปราศจากการเลือกปฏิบัติและสิทธิในการแสดงออกอย่างเสรี โดยได้กำหนดมาตรา 7* ว่า "(...) ทุกคนทรงสิทธิที่จะได้รับการปกป้องอย่างเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใดๆ (...) และจากการยุ้งให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น"⁷⁶ และมาตรา 19 กำหนดให้ "ทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งความคิดเห็นและการแสดงออก"⁷⁷ อย่างไรก็ตาม มาตรา 29 กำหนดว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพของแห่งตนนั้น จะต้องอยู่ในบังคับแห่งข้อจำกัดที่แน่นอนเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดเพื่อการคุ้มครองการยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย⁷⁸ เช่นเดียวกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ที่จำกัดการแสดงออกอย่างเสรีด้วยวิธีการเดียวกันในมาตรา 19(3)

⁷⁵ The Universal Declaration of Human Rights, Dec. 10, 1948, G.A. Res. 217 A(III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948) [ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า "UDHR"].

* ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 มาตรา 7 กำหนดว่า "ทุกคนเสมอภาคตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญา และจากการยุ้งให้เลือกปฏิบัติดังกล่าว"

⁷⁶ Ibid., art. 7.

⁷⁷ Ibid., art. 19.

⁷⁸ Ibid., art. 29.

ถึงแม้ปญญาสากลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 จะมีได้ห้ามการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติหรือศาสนาไว้โดยชัดแจ้ง เพียงกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออกว่าจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายอย่างเป็นการทั่วไปตามมาตรา 29 เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ปฎักฎการห้ามการยุงให้เลือกปฏิบัติไว้ตามมาตรา 7 ปญญาสากลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

มาตรา 7 ประกาศถึงสิทธิที่เสมอกันตามกฎหมายและการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยเน้นว่าทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใดๆ และจากการยุงให้เลือกปฏิบัติอันเป็นการล่งละเมิดปญญาสากลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ซึ่งจากประวัติการร่างปญญาสากลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ก็ชี้ให้เห็นว่า มาตรา 7 นี้ได้รับการยอมรับด้วยความเข้าใจว่าจะเป็นการปกป้องจากการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อสร้างความเป็นปฏิกษและ ความเกลียดชังทางด้านชนชาติ เชื้อชาติ และศาสนา เช่นเดียวกับมาตรา 19 ที่คุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก แต่ไม่คุ้มครองไปถึงการแสดงออกที่เป็นการยุงให้เลือกปฏิบัติ

นอกจากปญญาสากลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 แล้ว ยังมีอีกเครื่องมือกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เติมเต็มเพื่อการปกป้องปัจเจกชนจากการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง ซึ่งได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

2.3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966⁷⁹

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (The International Covenant on Civil and Political Rights, 1966) เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ว่าด้วยพันธกรณีของรัฐด้านสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ รวมทั้งหน้าที่ของบุคคลที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และการได้รับสิทธิต่างๆ ทั้งสิทธิพลเมือง การเมือง

⁷⁹ The International Covenant on Civil and Political Rights, U.N.G.A. Res. 2200A (XXI), Dec. 16, 1966, 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, ใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 1976 [ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า ICCPR].

เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับรองไว้ เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976

มาตรา 19 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 มีผลเป็นทั้งการคุ้มครองและการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก โดยมาตรา 19(2) กำหนดว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก”⁸⁰ ในขณะที่มาตรา 19(3) กำหนดให้ การใช้สิทธินี้ “ต้องใช้ประกอบกับหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษ”⁸¹ ดังนั้น การใช้สิทธินี้ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่จำเป็นบางอย่าง “เพื่อเคารพสิทธิหรือชื่อเสียงของผู้อื่น” และ “เพื่อปกป้องความมั่นคงภายใน หรือประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อสุขอนามัยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ตีความข้อความในมาตรา 19 นี้ ไว้ในความเห็นทั่วไปว่า “นี่เป็นความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันระหว่างหลักเสรีภาพในการแสดงออกและข้อจำกัดของหลักเช่นนั้น ซึ่งกำหนดขอบเขตที่แท้จริงของสิทธิของปัจเจกชน” และ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังได้กล่าวในความเห็นทั่วไปอีกว่า “ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก “อาจเกี่ยวข้องทั้งกับผลประโยชน์ของบุคคลอื่นหรือผลประโยชน์ของชุมชนทั้งหมด”⁸²

ประกอบกับมาตรา 20(2) * ที่กำหนดว่า “ความเกลียดชังต่อสัญชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา ซึ่งอาจก่อให้เกิดการยุยงให้เกิดการปฏิบัติหรือก่อความรุนแรง เป็นเรื่องต้องห้ามตามกฎหมาย”

⁸⁰ Ibid., art. 19(2).

⁸¹ Ibid., art. 19(3).

⁸² Prosecutor v. Ferdinand NIHIMANA, Jean-Bosco BARAYAGWIZA and Hassen NGEZE Judgment, ICTR Case No. 99-52-T (Trial Chamber) (3 December 2003).

* ICCPR, art. 20(2) กำหนดว่า “การพุดสนับสนุนความเกลียดชังทางชนชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา ที่เป็นการยุยงให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ความเป็นปฏิกิริยา หรือความรุนแรง จะต้องห้ามตามกฎหมาย” โดยมีได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาต่อการพุดเช่นนั้น ดังนั้น เพียงบทลงโทษทางแพ่ง (เช่น การปรับ แทนการจำคุก) ย่อมบรรลุตามข้อกำหนดแห่งมาตรา 20 นี้แล้ว

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า มาตรา 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 เป็นมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก และมาตรา 20 ก็กำหนดห้ามเป็นการเฉพาะต่อการแสดงออก 2 ประเภท ได้แก่ การโฆษณาชวนเชื่อเพื่อก่อสงคราม (war propaganda) และการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังด้านชนชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนาที่ยูงให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ความเป็นปฏิปักษ์หรือความรุนแรง⁸³ โดยมาตรา 20(2) ยังได้กำหนดรายละเอียดแห่งข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึง “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังทางชนชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา ที่เป็นการยูงให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ความเป็นปฏิปักษ์หรือความรุนแรง ว่าจะต้องถูกห้ามตามกฎหมาย” ด้วย

2.3.3 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966⁸⁴

นอกจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 จะกำหนดให้รัฐบาลต้องห้ามการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังหรือการเลือกปฏิบัติทางชนชาติหรือเชื้อชาติแล้ว อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 (The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1966) ก็มีบทบัญญัติที่ลักษณะเดียวกันโดยอ้างถึงการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของความแตกต่างทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา และศาสนา⁸⁵ โดยอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 มีวัตถุประสงค์เพื่อการยกเลิกการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติด้วย 2 วิธี คือ

- (1) การห้ามการยูงเพื่อสร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ และ
- (2) การสนับสนุนการศึกษา

⁸³ ICCPR, art. 20.

⁸⁴ The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 U.N.T.S. 195, ใช้บังคับในวันที่ 4 เดือนมกราคม ค.ศ. 1969 [ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า CERD].

⁸⁵ ICCPR, art. 20(2), ACHR, art. 13(5), and CERD, art. 4.

วิธีการแรกได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 โดยมาตรา 4(เอ) กำหนดให้รัฐภาคีประกาศความผิดที่อาจลงโทษได้ตามกฎหมายต่อ "การเผยแพร่ความคิดทั้งหลายที่อยู่บนพื้นฐานของความเกลียดชังหรือความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ การยุยงให้เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ เช่นเดียวกับการกระทำรุนแรง หรือการยุยงให้กระทำการเช่นนั้นต่อเชื้อชาติหรือกลุ่มบุคคลที่มีสีผิวหรือชาติพันธุ์กำเนิดอื่น และตอบทบัญญัติว่าด้วยการช่วยเหลือกิจกรรมเหยียดสีผิว รวมถึงการช่วยเหลือทางการเงินแก่กิจกรรมนั้น"⁸⁶ มาตรา 4(บี) ยังกำหนดไปถึงการห้ามองค์กรและกิจกรรมประชาสัมพันธ์ขององค์กรอื่นๆ ที่ "สนับสนุนและยุยงให้เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ" และการรู้เห็นถึงการเข้าร่วมในองค์กรหรือกิจกรรมเช่นนั้น ให้เป็นความผิดที่อาจลงโทษได้ตามกฎหมาย

ดังนั้น มาตรา 4 แห่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 จึงครอบคลุมมากกว่ามาตรา 20 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 กล่าวคือ มาตรา 4 แห่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 กำหนดว่า การยุยงจะต้องกำหนดเป็นความผิด ในขณะที่ตามมาตรา 20 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 กำหนดเพียงว่า การยุยงอาจถูกลงโทษได้ตามกฎหมาย ทำให้ตามมาตรา 4 แห่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 อาจมีทั้งการเยียวยาทางอาญาและทางปกครอง เป็นการเพิ่มเติมจากการลงโทษทางแพ่งเพียงอย่างเดียวตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966⁸⁷

นอกจากจะมีเครื่องมือทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับระหว่างประเทศกำกับสิทธิในการแสดงออกและปกป้องสิทธิที่จะปราศจากการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังปรากฏเครื่องมือทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค ได้แก่ อนุสัญญาแห่งยุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 อีกด้วย



⁸⁶ CERD, art. 4(a).

⁸⁷ CERD, art. 4(b).

2.3.4 อนุสัญญายุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950⁸⁸

มาตรา 10 ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงออก* บัญญัติว่า

(1) ทุกคนย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก สิทธินี้ย่อมรวมถึงเสรีภาพที่จะแสดงความคิดเห็นและที่จะรับและถ่ายทอดข้อมูลและความคิดต่างๆ โดยปราศจากการแทรกแซงโดยหน่วยงานของรัฐและปราศจากพรมแดน มาตรานี้ไม่ขัดขวางรัฐจากการกำหนดให้มีใบอนุญาตให้กระจายเสียง หรือประกอบกิจการโทรทัศน์ หรือภาพยนตร์

(2) การใช้เสรีภาพดังกล่าว ต้องอยู่ภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบซึ่งอาจเป็นทางการ มีเงื่อนไข ข้อจำกัดหรือการลงโทษตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย และเป็นความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงภายใน ความเป็นปึกแผ่นของดินแดน หรือความปลอดภัยสาธารณะเพื่อป้องกันการจลาจลหรืออาชญากรรม เพื่อการปกป้องสุขอนามัยและศีลธรรม เพื่อการปกป้องชื่อเสียงหรือสิทธิของผู้อื่น เพื่อป้องกันการเปิดเผยข้อมูลที่ได้รับมาในทางลับหรือเพื่อดำรงไว้ซึ่งอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติที่ไม่อาจแบ่งแยกได้

⁸⁸ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950), 213 U.N.T.S. 222 เปิดให้ลงนามเมื่อวันที่ 4 เดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1950 ใช้บังคับในวันที่ 3 เดือนกันยายน ค.ศ. 1953 [ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า ECHR], art. 10(1).

* ECHR, article 10: Freedom of expression

(1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Art shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restriction or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security, territorial integrity of public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or right of others, for preventing the disclosure of information received in confidence or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 10 แล้วจะเห็นได้ชัดว่าทับซ้อนกับมาตรา 9 ที่ว่าด้วยเสรีภาพในความคิด ความเชื่อและศาสนา (freedom of thought, conscience and religious) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กว้างกว่า กล่าวคือ มาตรา 9 ให้การคุ้มครองวิธีการเพื่อเป็นหลักประกันเสรีภาพในการแสดงออก แม้ว่าบุคคลผู้นั้นจะใช้วิธีการเช่นนั้น โดยไม่ใช่เพื่อการแสดงความคิดเห็นเช่นนั้นก็ตาม เขาผู้นั้นก็ยังคงได้รับการคุ้มครอง โดยคำว่า “เสรีภาพที่จะแสดงความคิดเห็น (freedom to hold opinion)” ตามมาตรา 10 นี้ ไม่มีความแตกต่างจากคำว่า “เสรีภาพในความคิด (freedom of thought)” ตามมาตรา 9 นอกจากนี้ มาตรา 10 ยังทับซ้อนโดยขัดแย้งกับมาตรา 11 ที่ว่าด้วยการปกป้องเสรีภาพในการรวมกลุ่มและการชุมนุม (freedom of association and assembly)

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในระดับภูมิภาคนั้น อนุสัญญาแห่งยุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ได้สร้างความสมดุลระหว่างสิทธิในการแสดงออกอย่างเสรีที่ได้รับการประกันไว้ในมาตรา 10(1) แห่งอนุสัญญานี้ และการจำกัดสิทธิที่จะมีเสรีภาพเช่นนั้น “เพื่อประโยชน์แห่งการรักษาความมั่นคงของชาติ” และ “เพื่อการปกป้องชื่อเสียงหรือสิทธิของผู้อื่น” ตามมาตรา 10(2)⁸⁹

นอกจากนั้น ข้อพิจารณาการใช้สิทธิในเสรีภาพในการแสดงออกก็เป็นเช่นเดียวกับกรณีตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 คือ ต้องพิจารณาว่า

- (1) มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดจำกัดสิทธิหรือไม่
- (2) วัตถุประสงค์การใช้สิทธิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และ
- (3) ใช้สิทธิตามความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยหรือไม่

ซึ่งข้อพิจารณาทั้ง 3 นี้ บอกเป็นนัยถึงความมีอยู่ของ “ความจำเป็นของสังคมที่เร่งด่วน” และการแทรกแซงจึงต้อง “ได้สัดส่วนต่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายในการปฏิบัติตาม”

⁸⁹ ECHR, art. 10(2).

เช่นนี้จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 10 ของอนุสัญญาแห่งยุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 อาจเปรียบเทียบกับมาตรา 19 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 อย่างไรก็ตาม ไม่อาจนำมาตรา 19 แห่งอนุสัญญายุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ไปเปรียบเทียบกับมาตรา 20 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ที่ห้ามการยุบให้เลิกปฏิบัติ เป็นปฏิปักษ์หรือเกิดความรุนแรงบนพื้นฐานของชนชาติ เชื้อชาติหรือศาสนาได้

ดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง ภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งสี่ฉบับนี้ นอกจากจะให้แนวทางในการแก้ไขจุดบอดของบทบัญญัติว่าด้วยการยุบโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ยังเป็นประโยชน์ในการประเมินความรับผิดชอบทางอาญาและการวินิจฉัยองค์ประกอบความผิดฐานยุบโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในแง่ของเสรีภาพในการแสดงออกอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอีกด้วย

2.4 บริบทภายใต้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา

ภายหลังจากการสังหารหมู่ชาวตุตซี (Tutsi) นับแสนคน และชาวฮูตู (Hutu) บางส่วนในปี ค.ศ. 1994 ก็ปรากฏรายงานอย่างเป็นทางการของสหประชาชาติที่ชี้ว่าเกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่กว้างขวาง เป็นระบบ และร้ายแรงขึ้นในดินแดนรวันดา คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Security Council) จึงกำหนดว่า สถานการณ์นี้คุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้อาชญากรรมเช่นนั้นสิ้นสุดลงและนำบุคคลที่ต้องรับผิดชอบต่อการนั้นเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม และเชื่อมั่นว่าการดำเนินคดีบุคคลเช่นนั้นจะนำมาซึ่งกระบวนการปรองดองแห่งชาติและฟื้นฟูและสร้างไว้ซึ่งสันติภาพ ดังนั้น ในวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 1994 คณะมนตรีความมั่นคงจึงใช้อำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ (Chapter VII of the United Nations Charter) รับรองมติที่ 955 ที่จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR) ขึ้น เป็นศาลที่สองต่อจากศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตรัฐยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: ICTY) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินคดีต่อบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบต่อการอาชญากรรม

ทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงอื่นๆ ที่ได้กระทำลงในพื้นที่ของรวันดา รวมถึงการที่ชาวรวันดากระทำอาชญากรรมดังกล่าว ณ พื้นที่รัฐข้างเคียงด้วย ในช่วงเวลาระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1994 โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดามีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ⁹⁰ ดำเนินการภายใต้ตราสารก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาซึ่งแนบท้ายมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 955 นั้น⁹¹

2.4.1 สถานการณ์ในรวันดา

รวันดาเป็นรัฐที่ตั้งอยู่ในทวีปแอฟริกา มีประชากรราว 8 ล้านคน ประกอบด้วยคนหลายเชื้อชาติ ได้แก่ คนเชื้อชาติฮูตู (Hutu) ประมาณร้อยละ 85 เชื้อชาติตุตซี (Tutsi) ประมาณร้อยละ 4 และเชื้อชาติบาตวา (Batwa) และปิกมี (Pygmy) รวมอีกร้อยละ 1 ของประชากรทั้งหมด

การตกทอดความรุนแรงในความขัดแย้งด้านเชื้อชาติจากรุ่นสู่รุ่นของรวันดามีมาเนิ่นนาน ตั้งแต่ประเทศเบลเยียมซึ่งเป็นรัฐผู้บริหารรวันดาในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ตามคำสั่งของสันนิบาตชาติ (the League of Nations) โดยเบลเยียมได้ใช้ชาวตุตซีซึ่งเป็นประชากรส่วนน้อยของรวันดาที่มีประมาณร้อยละ 10 ของประชากรทั้งประเทศ ให้บริหารจัดการประเทศอาณานิคมนี้ และได้มอบสิทธิพิเศษต่างๆ เช่น การเข้าถึงการศึกษา การฝึกอบรมและงานให้แก่ชาวตุตซี โดยปฏิเสธสิทธิดังกล่าวต่อชาวฮูตู ชาวฮูตูจึงเกิดความไม่พอใจต่อการปฏิบัติไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรงนี้ โดยในปลายทศวรรษที่ 1950 ชาวฮูตูได้เริ่มเรียกร้องให้มีการกระจายอำนาจมากขึ้นและเรียกร้องให้มีการปรับปรุงคุณภาพชีวิตของชาวฮูตูให้ดีขึ้น นำไปสู่การจลาจลของชาวฮูตูในปี ค.ศ. 1959 อันปรากฏการสังหารหมู่ชาวตุตซีทั่วประเทศ ด้วยเหตุนี้ วัฏจักรความวุ่นวายจึงได้เริ่มขึ้น จนถึงปี ค.ศ. 1962 ที่มีการให้เอกราชแก่รวันดาและมีการเลือกตั้งประธานาธิบดี โดยมี Gregoire Kayabanda เป็นประธานาธิบดีคนแรกของสาธารณรัฐรวันดา ในช่วงการปกครองของ Gregoire Kayabanda มีการก่อความรุนแรงของชาวฮูตูต่อชาวตุตซีเรื่อยมา ทำให้เกิดคลื่นผู้อพยพชาวตุตซีไปยังประเทศเพื่อนบ้าน เช่น ประเทศอูกันดา (Uganda) ต่อมาเมื่อการเมืองไม่มั่นคงจึงนำมาซึ่งการยึดอำนาจของผู้บัญชาการทหารที่มีชื่อว่า General Juvenal Habyarimana

⁹⁰ Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess., 3453d mtg., U.N. Doc. S/RES/955 (1994) [ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า ICTR Statute], art. 10.

⁹¹ ICTR Statute.

ด้วยการรัฐประหาร (coup) ในวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ. 1973 และ General Juvenal Habyarimana ได้จัดตั้งระบบพรรคการเมืองเดียว คือ พรรค The Movement Revolutionary National for Development หรือ “MRND” ขึ้น

ตลอดระยะเวลา 17 ปี แห่งการปกครองประเทศของ General Juvenal Habyarimana ซึ่งใช้นโยบายต่อต้านดุดชี่นั้น ได้เกิดความรุนแรงกับชาวดุดชี่ตลอดมา อย่างไรก็ดี เมื่อปี ค.ศ. 1989 ราคากาแฟในตลาดโลก ซึ่งเป็นปัจจัยหลักในการเกื้อหนุนเศรษฐกิจของรวันดา ได้ลดลงอย่างมาก ส่งผลกระทบให้เกิดความไม่มั่นคงในเสถียรภาพของประเทศอีกครั้ง จึงเกิดการรวมตัวของชาวดุดชี่ประมาณ 5,000 คน ที่เคยถูกขับไล่ออกจากรวันดาได้รวมตัวกัน และเรียกตัวเองว่า The Rwanda Patriotic Front หรือ “RPF” และในวันที่ 1 เดือนตุลาคม ค.ศ. 1990 กลุ่ม RPF ก็ได้รุกรานรวันดาจากฐานที่มั่นของตนในประเทศอุกันดา โดยการนำของ Paul Kagame การรุกรานในครั้งนี้ได้สร้างความโกรธแค้นให้กับกองทัพรวันดา และนำมาซึ่งความรุนแรงและการสังหารหมู่ชาวดุดชี่ที่ต้องสงสัยว่าจะให้ความร่วมมือกับกลุ่ม RPF⁹² อีก 2 ปีต่อมา ภายหลังความตึงเครียดและความรุนแรงด้านเชื้อชาติ ประกอบกับความกดดันจากการประเศผู้ให้เงินบริจาคแก่รวันดา General Juvenal Habyarimana และกลุ่ม RPF จึงได้ร่วมลงนามในความตกลงสันติภาพอรูชา (The Arusha Peace Accord) ที่มีเนื้อหาในการให้ที่นั่งกลุ่ม RPF ในรัฐบาลและกองทัพรวันดา⁹³ อย่างไรก็ตาม กลุ่มฮูตูหัวรุนแรงก็ได้คัดค้านการทำความตกลงสันติภาพอรูชา

แม้ว่าประธานาธิบดี General Juvenal Habyarimana ดำเนินการถ่วงเวลาการแบ่งอำนาจในรัฐบาลตามความตกลงดังกล่าว⁹⁴ แต่ชาวฮูตูหัวรุนแรงก็ยังคงก่อวินาศกรรมและมีการเดินขบวนเพื่อแสดงพลังของชาวฮูตูที่นำโดยพรรค CDR (มาจากคำว่า Coalition pour la defense de la République) และ Jean-Bosco BARAYAGWIZA ผู้นำของพรรคดังกล่าว และชาวฮูตูหัวรุนแรงก็ได้เริ่มต้นทำการฆ้องฆ่าล้างโดยการฝึกสอนทหารและสะสมอาวุธให้แก่ทหารพลเรือนที่ชื่อว่า Interahamwe ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของพรรค MRND (มาจากคำว่า Mouvement révolutionnaire nationale pour le développement) ของประธานาธิบดี General Juvenal Habyarimana และกลุ่มยุวชนทหารที่ชื่อว่า Impuzamugambi ของพรรค CDR ประกอบกับใน

⁹² Prosecutor v. Ferdinand NIHIMANA et al., Case No. ICTR-99-52-T (Trial Chamber), para. 110.

⁹³ Ibid., para. 106(96) and 106(102).

⁹⁴ Ibid., para. 106(104).

ช่วงเวลานั้น Ferdinand NAHIMANA และ Jean-Bosco BARAYAGWIZA ได้ก่อตั้งสถานีวิทยุหัวรุนแรงชื่อว่า Radio Television Libre des Mille Collines หรือ RTLM และเริ่มการกระจายเสียงเกี่ยวกับความเกลียดชังชาวตูตซี ในขณะที่ Hassan NGEZE เริ่มดำเนินการหนังสือพิมพ์หัวรุนแรงอย่าง Kangura ในการยุยงให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติผ่านทางสื่อสิ่งพิมพ์ ในเวลานั้นกลุ่มลัทธิมนุษยชนก็ได้เริ่มส่งคำเตือนไปยังสังคมโลกถึงโศกนาฏกรรมที่กำลังจะเกิดขึ้นในไม่ช้า

เมื่อประธานาธิบดี General Juvenal Habyarimana และประธานาธิบดี Burundi และ Cyprian Ntaryamira ถูกฆาตกรรมโดยการยิงเครื่องบินโดยสารของประธานาธิบดี General Juvenal Habyarimana บริเวณใกล้กับสนามบิน Kigali⁹⁵ ในวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 1994 ชาวฮูตูหัวรุนแรงได้เริ่มจัดเตรียมแผนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และในคืนนั้นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ได้เริ่มต้นขึ้น เมื่อมีการกำหนดรายชื่อชาวตูตซีและชาวฮูตูบางส่วนผู้ที่ตกเป็นเป้าหมายการฆาตกรรมอย่างเป็นระบบในเมือง Kigali และสุดท้าย การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็กระจายไปทั่วประเทศ โดยกองกำลังรวันดา (The Rwanda Armed Force) หรือ FAR ของประธานาธิบดี Guard และทหารพลเรือน Interahamwe และยุวชนทหาร Impuzamugambi ได้รับคำสั่งจากนักการเมืองทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่นให้ทำการปิดถนน (roadblock) และเจ้าเมืองแต่ละเมืองก็จะไปตามบ้านที่ละหลังเพื่อค้นหาและฆ่าชาวตูตซีและชาวฮูตูบางส่วนนั้น การกระทำของพวกเขาได้รับการแนะนำและสอน รวมทั้งการนำทางไปยังที่อยู่ของเหยื่อผ่านทางคลื่นวิทยุ RTLM และผลของการสังหารหมู่นี้เป็นที่น่าสยดสยอง เนื่องจากเหยื่อส่วนใหญ่จะถูกทำให้ตายโดยมีดขนาดใหญ่ นักบวชถูกฆาตกรรมในโบสถ์ ผู้ป่วยถูกฆ่าในโรงพยาบาลและยังมีการสร้างค่ายกักกันอีกด้วย และในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1994 ปรากฏชาวตูตซีเสียชีวิตเป็นจำนวนประมาณ 800,000 คน

ด้วยสถานการณ์ดังกล่าว คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจึงมีการทบทวนรายงานสหประชาชาติอย่างเป็นทางการที่ชี้ให้เห็นว่าการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอันเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างเป็นระบบกว้างขวางและชัดเจนอื่นได้ถูกกระทำลง在地ในดินแดนรวันดา เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงสรุปว่าสถานการณ์ในรวันดาในปี ค.ศ. 1994 ก่อภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ตามความหมายของหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ จึงตัดสินใจที่จะหยุดอาชญากรรมเช่นนั้น โดยประกาศให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาดำเนินคดีต่อบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบเพื่อการ

⁹⁵ Ibid., para. 114.

กระทำและการละเมิดเช่นว่านั้น เพื่อก่อให้เกิดกระบวนการปรองดองภายในประเทศและเพื่อการฟื้นฟูและธำรงไว้ซึ่งสันติภาพ คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้กระทำการภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ในการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาขึ้น ด้วยมติที่ 955 ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 1994⁹⁶ ที่กำหนดให้รัฐทั้งหลายมีหน้าที่ให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ต่อศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาและองค์กรของศาล และใช้มาตรการใดๆ ที่จำเป็นภายใต้กฎหมายภายในในการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา รวมถึงการยินยอมตามคำร้องขอเพื่อการช่วยเหลือหรือสิ่งการที่ออกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ประกอบกับมติที่ 978 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 คณะมนตรีความมั่นคงสนับสนุนรัฐทั้งหลายในการจับและควบคุมตัวบุคคลที่พบในดินแดนของรัฐนั้น เมื่อมีพยานหลักฐานเพียงพอว่าเขาจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ในระหว่างการดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาหรือโดยหน่วยงานภายในประเทศที่มีอำนาจให้เป็นไปตามกฎหมายภายในและมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ

ธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้กำหนดความผิดที่ไม่ต้องการผล (inchoate) เพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งรวมถึงการร่วมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นจุดมุ่งหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากนั้น การตั้งข้อหาต่อจำเลยในความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงย่อมสะท้อนให้เห็นถึงการรับรู้ถึงบทบาทที่สำคัญของสื่อที่อาจนำไปสู่ความรุนแรงได้⁹⁷

⁹⁶ UN Document S/RES/955 of 8 November 1994.

⁹⁷ Robert H. Snyder, "Disillusion words like bullet bark": Incitement to genocide, music, and the trial of Simon Bikindi," Georgia Journal of International and Comparative Law (2007).

2.4.2 โครงสร้างของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา⁹⁸

ตามมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 977 ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจะนั่งพิจารณา ณ เมืองอูรูชา (Arusha) ในประเทศแทนซาเนีย (Tanzania) โดยโครงสร้างของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาประกอบด้วย 3 ส่วนหลัก คือ คณะพิจารณาสามคณะ อัยการ และฝ่ายทะเบียน ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 10 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา

(1) คณะพิจารณา (The Chambers) มีผู้พิพากษาดาวรรจำนวน 16 นาย โดยการนั่งพิจารณาทุกครั้งของแต่ละองค์คณะจะต้องมีผู้พิพากษานั่งพิจารณา 4 นาย (มาตรา 10)⁹⁹ ส่วนคณะพิจารณาอุทธรณ์จะเข้าร่วมกับศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตาลีโกสลาเวียซึ่งจะประกอบด้วยผู้พิพากษาดาวรร 7 นาย และในแต่ละองค์คณะพิจารณาอุทธรณ์ ก็จะต้องมีผู้พิพากษาดาวรรนั่งพิจารณา 5 นาย (มาตรา 11(3)) ส่วนระเบียบของศาลว่าด้วยกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานได้รับการรับรองโดยศาล เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1995 และใช้บังคับในวันเดียวกัน ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 15 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา¹⁰⁰ และคำพิพากษาของศาลใช้มติเสียงข้างมาก (มาตรา 22) และการลงโทษของศาลจะจำกัดเพียงโทษจำคุก (มาตรา 23)

(2) อัยการ (Prosecutor) มีความรับผิดชอบในการสอบสวนและดำเนินคดีต่อผู้กระทำอาชญากรรม โดยอัยการจะได้รับการแต่งตั้งจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (มาตรา 15)¹⁰¹ อัยการจะมีอำนาจในการริเริ่มดำเนินคดีและเตรียมคำฟ้อง (มาตรา 17) อัยการจะต้องทำให้คณะพิจารณาพอใจว่าเป็นคดีที่มีพยานหลักฐานภายนอกประกอบชัดเจนเพียงพอ (มาตรา 18)

⁹⁸ John R. W. D. Jones and Steven Powles, International criminal practice: the International Criminal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Court, the Special Court for Sierra Leone, the East Timor Panel for serious crimes, war crimes prosecutions in Kosovo (third edition).

⁹⁹ ICTR Statute, art. 10.

¹⁰⁰ Ibid, art. 15.

¹⁰¹ Ibid., art. 16.

(3) ฝ่ายทะเบียน (Registry) มีหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการและให้บริการคณะพิจารณา (มาตรา 16)

2.4.3 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา

ตามมาตรา 1 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา เป็นบทบัญญัติว่าด้วย "ความสามารถของศาล" ซึ่งก็หมายถึงเขตอำนาจศาล (jurisdiction) นั้นเอง อันเป็นการวางเขตอำนาจศาลเหนือพื้นที่และเวลาไว้ แล้วจึงต่อยอดด้วยบรรดามาตราที่นิยามอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล โดยเขตอำนาจศาลได้รับการนิยามไว้ใน Black's Law Dictionary ว่าหมายถึง "อำนาจของศาลที่จะตัดสินในเนื้อหาของข้อโต้แย้งที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอย่างถูกต้องเหนือเนื้อหาและคู่ความ"¹⁰²

ส่วนเขตอำนาจร่วมกัน (concurrent jurisdiction) คือ ความสามารถที่จะพิจารณาคดีในเวลาเดียวกัน ในพื้นที่เดียวกันและเนื้อหาคดีเดียวกัน โดยศาลที่แตกต่างกัน ซึ่งแม้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดามีเขตอำนาจเท่าเทียมกันกับศาลภายในประเทศก็ตาม แต่ตามมาตรา 8 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา ก็ได้กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดามีเขตอำนาจอยู่ในอันดับก่อน (primary) ศาลภายใน โดยกำหนดให้มีอำนาจก่อนศาลภายในของรัฐทั้งหลาย¹⁰³

(1) เขตอำนาจเหนือดินแดน

โดยทั่วไปรัฐทั้งหลายใช้เขตอำนาจตามกฎหมายอาญาเหนืออาชญากรรมเมื่ออาชญากรรมนั้นกระทำลงบนดินแดนอธิปไตยของรัฐนั้น และหลักเขตอำนาจเหนือพื้นที่/ดินแดนก็เป็นหัวใจสำคัญในการดำเนินการของศาลระหว่างประเทศแห่งวันดาและศาลระหว่างประเทศอื่นๆ ด้วยการนำเอาสถานที่ที่อาชญากรรมเกิดขึ้น (The locus of crimes) มาเป็นเขตอำนาจในการสืบสวนและดำเนินคดี

ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา มาตรา 1 ได้ให้อำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในการดำเนินคดีอาชญากรรม "ที่กระทำลงใน

¹⁰² Black's Law Dictionary 6th edn (MN: St. Paul, 1990), para. 853.

¹⁰³ ICTR Statute, art.8.

ดินแดนวันดาและดินแดนของรัฐข้างเคียง" โดยขยายว่า ที่เกิดขึ้นโดย "ประชากรชาววันดาที่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดเช่นนั้นในดินแดนของรัฐข้างเคียง"¹⁰⁴ เนื่องจากวันดามีดินแดนติดกับสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก (หรือที่รู้จักกันว่า Zaire ในปี ค.ศ. 1994) อุกันดา แทนซาเนีย และบุรุนดี ซึ่งอาจรวมถึงเคนยาด้วย การขยายเขตอำนาจศาลไปถึง "รัฐข้างเคียง" ก็เนื่องด้วยผลที่เกิดขึ้นตามมาจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในปี ค.ศ. 1994 ที่กลุ่มทหารพลเรือนหัวรุนแรงชาวฮูตูและกองกำลังรัฐบาลได้ขับเคื้อนจากดินแดนวันดาเพื่อฆ่าและคุกคามพลเรือนในค่ายผู้ลี้ภัยใกล้กับชายแดนของวันดาอย่างต่อเนื่อง¹⁰⁵ และบทบัญญัติมาตรา 7 ที่ว่าด้วยเขตอำนาจเหนือดินแดนและเวลาได้ระบุว่า เขตอำนาจเหนือดินแดนนั้นรวมถึง "พื้นดิน พื้นที่อากาศ และน่านน้ำภายใน" ของรัฐนั้น¹⁰⁶

(2) เขตอำนาจเหนือเวลา

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาเป็นหนึ่งในบรรดาศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราว ที่มีการกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดของเขตอำนาจเหนือเวลาไว้ซึ่งตามมาตรา 7 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาระบุว่า "เขตอำนาจเหนือเวลาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจะมีช่วงเวลาเริ่มต้น เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994 และสิ้นสุดในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1994" อย่างไรก็ตาม การรับฟังพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนวันเริ่มต้นเขตอำนาจเหนือเวลาของศาลนั้น เป็นหลักทั่วไปที่มีอยู่อย่างชัดเจนว่า พยานหลักฐานที่มีใช้ข้อหาตามฟ้อง อันรวมถึง "ประเด็นเบื้องหลัง" สามารถนำมาใช้พิสูจน์ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับข้อหา เช่น แรงจูงใจ โอกาส เจตนา การเตรียม การวางแผนและการรับรู้ได้¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ibid., art.1.

¹⁰⁵ William A. Schabas, the UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone (New York: Cambridge University Press, 2006), p. 130.

¹⁰⁶ ICTR Statute, art. 7.

¹⁰⁷ William A. Schabas, the UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, p. 136

(3) เขตอำนาจเหนือบุคคล

มติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 955 ที่ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา กล่าวว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดามุ่งไปที่บุคคลต่างๆ ที่ต้องรับผิดชอบต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นระบบ กว้างขวาง และปรากฏชัดแจ้งอื่นๆ" และเกิดเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเพื่อการดำเนินคดีต่ออาชญากรที่ต้องรับผิดชอบต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงอื่นๆ ที่กระทำลงบนดินแดนรวันดาและต่อประชากรชาวรวันดาที่ต้องรับผิดชอบต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการละเมิดเช่นว่านั้นอื่นๆ ในดินแดนของรัฐข้างเคียง ในระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994 และวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1994 (มาตรา 1)

การเพิ่มเติมเขตอำนาจเหนือดินแดนรวันดา ที่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดากำหนดให้มีเขตอำนาจเหนือความผิดทางอาญาที่ได้กระทำลงบน "ดินแดนของรัฐข้างเคียง" แต่เฉพาะที่ได้กระทำลงโดยประชากรชาวรวันดาเท่านั้น ความเป็นชาวรวันดาให้ตัดสินตามประมวลกฎหมายว่าด้วยสัญชาติรวันดา ฉบับวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 1963 และที่แก้ไขอื่นๆ¹⁰⁸

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล โดยกำหนดรูปแบบของการกระทำทางอาญาทั่วไปว่า "บุคคลผู้วางแผน ปลูกปั่น สั่งหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือและสนับสนุน" ในการวางแผน เตรียม หรือกระทำอาชญากรรมตามมาตรา 2 ถึง 4 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา (มาตรา 6(1)) ซึ่งไม่รวมถึงการดำเนินคดีกับรูปแบบกิจกรรมหรือองค์กร และกำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาไว้ตามมาตรา 6(3) ว่า การกระทำความผิดที่ได้กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาไม่เป็นการปลดเปลื้องความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา หากว่าผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุอันควรได้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาจะกระทำหรือได้กระทำอาชญากรรมเช่นว่านั้น แต่กลับไม่ใช้มาตรการที่มีเหตุผลและจำเป็นในการป้องกันมิให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิด¹⁰⁹

¹⁰⁸ Ibid., p. 142.

¹⁰⁹ ICTR Statute, art. 6.

ดังนั้น องค์ประกอบความรับผิดชอบบุคคลโดยตรง หรือความรับผิดชอบบุคคลในฐานะผู้บังคับบัญชาต่อผู้นำที่มีได้ควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาของเขา จึงเป็นรูปแบบการดำเนินคดีบนพื้นฐานของการละเว้นการกระทำของผู้บังคับบัญชา ซึ่งเมื่อพิจารณาตามมาตรา 6(3) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาแล้ว จะพบว่ามองค์ประกอบ 3 ประการคือ

- (1) ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา
- (2) ผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุผลอันควรรู้ว่าอาชญากรรมกำลังจะเกิดขึ้นหรือได้ถูกกระทำขึ้น และ
- (3) ผู้บังคับบัญชาละเลยที่จะใช้มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อป้องกันอาชญากรรมหรือลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น

2.4.4 กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาควบคุมโดยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา ซึ่งเป็นภาคผนวกของมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 955 และด้วยระเบียบกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานที่รับรองโดยผู้พิพากษา เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 และได้รับการแก้ไขในเวลาต่อมา¹¹⁰

2.4.5 อาชญากรรมในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา

เขตอำนาจเหนือเนื้อหา (jurisdiction *ratione materiae*) ประกอบด้วยอาชญากรรมที่ศาลมีอำนาจดำเนินคดี โดยอาชญากรรมภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาประกอบด้วย

- (1) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ตามมาตรา 2 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา ซึ่งรวมถึงการร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (conspiracy to

¹¹⁰ The Rules were successively amended on 12 January 1996, 15 May 1996, 4 July 1996, 5 June 1997 and 8 June 1998.

commit genocide) การพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (attempt to commit genocide) การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (direct and public incitement to commit genocide) และการสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide)

(2) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ตามมาตรา 3 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา ซึ่งประกอบด้วย การฆาตกรรม การทำลายล้าง และการทารุณกรรมบนพื้นฐานของการเมือง เชื้อชาติ และศาสนา เป็นต้น

(3) การละเมิดมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารเพิ่มเติมที่ 2 ตามมาตรา 4 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา¹¹¹

โดยขออธิบายแต่ละอาชญากรรมภายใต้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาอย่างละเอียด ดังนี้

2.4.5.1 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์

Raphael Lemkin ได้สร้างคำว่า “ทำลายล้างเผ่าพันธุ์” ในหนังสือของเขาที่ว่าด้วยการดำเนินคดีเหล่านานซีในระหว่างการยึดครองยุโรป ซึ่งได้รับการตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 1948 และคำนี้ได้ถูกนำไปใช้ในปีต่อมาโดยอัยการโจทก์แห่งศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก และในปี ค.ศ. 1948 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ได้รับการประกาศให้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ¹¹² โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ดำเนินการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และสำเร็จลงในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1948 ซึ่งในมาตรา 2 และ 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ได้นิยามอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และกำหนดรายการรูปแบบของการเข้าร่วมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่าเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล ได้แก่

¹¹¹ ICTR Statute, art. 2, 3, and 4.

¹¹² GA Res. 96(I).

พยายาม สนับสนุน และยุยง¹¹³ และบรรดาบทบัญญัติเหล่านี้ก็ได้รับการรวมเข้ากันไว้ในธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองโกลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเป็นลำดับ

2.4.5.1.1 นิยามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ตามมาตรา 2 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา* ได้กำหนดว่า

¹¹³ Convention on the Prevention and Punishment of the Crimes of Genocide (1951) 78 UNIT 277. See also: William A. Schabas, Genocide in International Law: The Crime of Crimes (New York: Cambridge University Press, 2000).

* Article 2 of ICTR Statute:

1. The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this article.

2. Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, 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.

3. The following acts shall be punishable:

- (a) Genocide;
- (b) Conspiracy to commit genocide;
- (c) Direct and public incitement to commit genocide;

"1. ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดามีอำนาจดำเนินคดีต่อบุคคลผู้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ได้นิยามไว้ในวรรค 2 ของมาตรานี้ หรือกระทำการอื่นใดตามที่ระบุในวรรค 3 แห่งมาตรานี้

2. การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การกระทำใดๆ ซึ่งกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งกลุ่มชนชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ และศาสนา เพียงเพราะว่าเป็นกลุ่มเช่นนั้น ดังต่อไปนี้

(ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม

(ข) การทำร้ายร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของกลุ่ม

(ค) การจงใจก่อเงื่อนไขในการดำรงชีวิตของกลุ่มโดยมุ่งหมายเพื่อทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน

(ง) การกำหนดมาตรการที่เจตนาชัดขวางมิให้กำเนิดบุตรภายในกลุ่ม

(จ) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง

3. การกระทำที่อาจลงโทษได้ ดังต่อไปนี้

(ก) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์

(ข) การร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

(ค) การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

(d) Attempt to commit genocide;

(e) Complicity in genocide."

(ง) การพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

(จ) การสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์"

2.4.5.1.2 องค์ประกอบของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การฆาตกรรมโดยเจตนาอาจถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียได้ในฐานอาชญากรรมสงคราม (ใน "การฆ่าโดยเจตนา") หรือในฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (ใน "การฆาตกรรม") และในฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (ใน "การฆ่า") แต่การฆาตกรรมโดยเจตนาในฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น จะต้องกระทำด้วยเจตนาพิเศษที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งกลุ่มชนชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ และศาสนาเช่นว่านั้น

ในการพิจารณาว่ามีการพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยว่าได้กระทำอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ ในประการแรก ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่กำหนดตามมาตรา 2(2) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาหรือไม่ และในประการที่สอง การกระทำนั้นได้กระทำต่อกลุ่มเป้าหมายพิเศษ อันได้แก่ กลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติและกลุ่มศาสนา ด้วยเจตนาพิเศษที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งกลุ่มเช่นว่านั้นหรือไม่ ดังนั้น การทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงต้องวิเคราะห์ใน 2 หัวข้อ คือ การกระทำ ความผิดมูลฐานต้องห้าม (prohibited underlying acts) และเจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (specific genocidal intent) หรือที่เรียกว่า *dolus specialis*¹¹⁴

(1) องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ การกระทำในความผิดมูลฐานที่ต้องห้าม (prohibited underlying acts) ซึ่งตามมาตรา 2 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 และตามมาตรา 2(2) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา และมาตรา 4(2) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวีย ต่างก็กำหนด 5 รายการแห่งการกระทำที่อาจลงโทษได้ ซึ่งแต่ละการกระทำนั้นจะมีองค์ประกอบภายนอกและ

¹¹⁴ Prosecutor v. Bagilishema Judgment, ICTR-95-1A-T (Trial Chamber) (1 June 2001), para. 55.

ภายในของตัวเองที่จะต้องได้รับการพิสูจน์เพิ่มเติมจากองค์ประกอบการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่จะได้กล่าวต่อไป ดังนี้

(ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม

การกระทำอันเป็นการฆ่า ประกอบด้วย องค์ประกอบภายนอก 2 องค์ประกอบ คือ เกี่ยวถึงแก่ความตาย และความตายเป็นผลมาจากการกระทำหรือการละเว้นอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของจำเลยหรือผู้ได้บังคับบัญชา ผู้กระทำจะต้องประสงค์ต่อผลนี้ หรือแม้ไม่เจตนา แต่ความตายจะต้องเป็นผลจากการกระทำหรือละเว้นกระทำ เช่นว่านั้น

(ข) การทำร้ายร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของกลุ่ม

คำว่า "การทำร้ายร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง" ไม่จำกัดเพียงการทรมานเท่านั้น แต่รวมถึงการปฏิบัติอย่างไรซึ่งความเป็นมนุษย์หรือลดความเป็นมนุษย์ทางร่างกายและจิตใจ และการทารุณกรรม ทั้งนี้ การเนรเทศ การข่มขืน และอาชญากรรมรุนแรงทางเพศอื่นๆ ก็อยู่ในขอบเขตของข้อ (ข) ของมาตรา 2(2) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาด้วย

(ค) การจงใจก่อเงื่อนไขในการดำรงชีวิตของกลุ่มโดยมุ่งหมายเพื่อทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน

การกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความใกล้เคียงกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในการทำลายล้าง (extermination) การกระทำนี้เป็นวิธีการทำลายที่แยกออกจากการฆ่าโดยตรง เช่น การให้กลุ่มอดอาหาร การขับไล่ออกจากที่อยู่อาศัยอย่างเป็นระบบ และการปฏิเสธสิทธิที่จะได้รับบริการทางการแพทย์ต่างๆ ทั้งยังรวมถึงสถานการณ์ที่นำไปสู่การตายอย่างช้าๆ เช่น การขาดที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม และสุขอนามัยที่เหมาะสม หรือการทำงานมากเกินไป หรือใช้กำลังกายมากเกินไปและรวมถึงการข่มขืนด้วย

(ง) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้

กำเนิดบุตรภายในกลุ่ม

การข่มขืนอันเป็นการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ อย่างร้ายแรงตามข้อ (ข) และก็เป็นกำหนัดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้กำเนิดบุตรภายในกลุ่มตามข้อ (ง) ด้วย โดยตีความตามรายงานของคณะผู้เชี่ยวชาญที่พบว่า อาชญากรรมข่มขืนนั้น เป็นมากกว่าอาชญากรรมทำร้ายร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของกลุ่มภายใต้ข้อ (ข) เพียงอย่างเดียว¹¹⁵

(จ) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังอีกกลุ่ม

หนึ่ง

การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่งเป็นการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์รายการสุดท้าย แต่ไม่มีการนำมาใช้ในความขัดแย้งของวันดาและอดีดยูโกสลาเวีย

(2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา (intent หรือ mens rea) (specific genocidal intent หรือ dolus specialis) ที่จะกระทำต่อกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ และกลุ่มศาสนา โดยมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนเพียงเพราะว่าเป็นกลุ่มเช่นนั้น

2.4.5.1.3 ฐานความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ตามวรรค 3 ของมาตรา 2 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาและของมาตรา 4 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีดยูโกสลาเวียเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ที่กล่าวว่า การร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เป็นการ

¹¹⁵ Prosecutor v. Jean-Paul AKAYESU Judgment, ICTR Case No. 96-4-T (Trial Chamber) (2 September 1998).

กระทำที่ลงโทษได้ ในขณะที่ไม่มีอาชญากรรมประเภทอื่นๆ ภายในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวทั้งสองที่กำหนดบทบัญญัติเช่นนี้ อย่างไรก็ตาม ก็มีบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการร่วมกระทำความผิดตามมาตรา 7(1) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองกำลังยูโกสลาเวีย และมาตรา 6(1) แห่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา ที่ใช้บังคับกับทุกอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลนี้

(1) การร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

คำว่า "มีส่วนร่วม" ในการกฎหมายนั้น อาจแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับการใช้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบประมวลกฎหมาย โดยในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การร่วมกระทำความผิดเป็นรูปแบบหนึ่งของการเข้าร่วมกระทำทางอาญา (as a form of criminal participation) ในขณะที่ในระบบประมวลกฎหมายจะไม่ลงโทษบุคคลเพียงเพราะมีเจตนาทางอาญาหรือเพียงการกระทำอันเป็นการเตรียม (preparatory act) เท่านั้น เว้นแต่จะเป็นความผิดร้ายแรง เช่น กรณีเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ และด้วยความร้ายแรงของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น ในชั้นการพิจารณาร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงมีการเสนอให้รวมการมีส่วนร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมหนึ่งภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย

เพื่อพิจารณาจากร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงเป็นที่ชัดเจนว่าความหมายของการร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความหมายในทางระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือ อัยการโจทก์จะต้องพิสูจน์ได้ว่าบุคคลสองคนหรือมากกว่าตกลงวางแผนร่วมกันที่จะกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ การพิสูจน์องค์ประกอบภายนอกจะขัดแย้งก็ด้วยการนำเสนอพยานหลักฐานทางเอกสาร แต่ในกรณีที่ขาดพยานเอกสาร พยานแวดล้อมที่แสดงถึงการวางแผนร่วมกันหรือการสนับสนุน ย่อมเป็นการเพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล (inchoate crime) การมีส่วนร่วมในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยตัวของมันเองจึงเป็นความผิดและลงโทษได้โดยไม่ต้องการผล¹¹⁶

¹¹⁶ John R. W. D. Jones and Steven Powles, International Criminal Practice (London: Oxford University Press, 2003), p.108-110.

(2) การยุยงโดยตรงและเปิดเผยต่อสาธารณะให้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การยุยงให้กระทำอาชญากรรมเป็นรูปแบบหนึ่งของการสนับสนุนในการกระทำความผิด (complicity) อันอาจถูกลงโทษได้ ในบางครั้งจะเรียกว่า “การสนับสนุน (abetting)” การลงโทษการยุยงโดยปราศจากการกระทำอาชญากรรมนั้นเป็นเรื่องที่ไม่ธรรมดาอย่างมาก โดยเมื่อพิจารณาถึงมิติของการป้องกันและการห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ผู้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ตกลงที่จะกำหนดให้ “การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะ” เป็นความผิดที่ไม่ต้องการผลที่อาจลงโทษได้ การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศฐานหนึ่ง แม้จะไม่มีพยานหลักฐานว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อันเป็นผลมาจากการยุยงนั้นได้เกิดขึ้นจริง ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้ นอกจากจะมีปรากฏในมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 แล้ว ก็ปรากฏต่อมาในวรรค 3 แห่งมาตรา 4 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียและในมาตรา 2 วรรค 3 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาด้วยตามลำดับ ซึ่งจะได้อธิบายถึงหลักการใช้และตีความความผิดฐานนี้โดยละเอียดต่อไป

(3) การสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide) มีลักษณะเหมือนกันในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบประมวลกฎหมายกล่าวคือ บุคคลกระทำความผิดฐานสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ต่อเมื่อผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ด้วยเหตุที่ว่า การสนับสนุนการกระทำความผิดนั้น จะต้องมีการผู้กระทำ และการตัดสินใจของการตัดสินใจของจำเลยที่มุ่งหมายกระทำการ เช่นเดียวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำโดยผู้อื่น

แต่เนื่องจากการร่วมกระทำความผิดในวรรค 3(อี) แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้ ทับซ้อนกับมาตรา 7(1) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวีย และมาตรา 6(1) แห่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา ที่ระบุว่า “บุคคลผู้วางแผน ปลูกปั่น สั่ง หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือและสนับสนุน ในการวางแผน เตรียม หรือกระทำอาชญากรรมตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา จะต้องรับผิดชอบบุคคลต่อความผิดด้วย” อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่ง

รวันดาได้แยกความแตกต่างระหว่างการสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide) ตามมาตรา 2(3)(จี) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ออกจากการช่วยเหลือและสนับสนุนส่งเสริม (aiding and abetting) ตามมาตรา 6(1) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา โดยในกรณีแรกจะใช้กับการกระทำ ในขณะที่กรณีหลังใช้กับการละเว้นการกระทำ¹¹⁷

ในขณะที่องค์ประกอบภายในของการสนับสนุนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2(3)(จี) มีน้อยกว่ากรณีของการช่วยเหลือและสนับสนุนส่งเสริมให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 6(1) กล่าวคือ การช่วยเหลือและสนับสนุนส่งเสริมตามมาตรา 6(1) ให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในขณะที่ผู้สนับสนุนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2(3)(จี) ไม่จำเป็นต้องมี "เจตนาพิเศษ" ในการทำลายกลุ่มที่ได้รับการปกป้อง เพียงแต่เขาหรือเธอจะต้องรู้ว่าผู้กระทำความผิดหลักมีเจตนาเช่นนั้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้แยกรูปแบบความรับผิดชอบออกเป็นความรับผิดชอบหลัก (principal liability) กับความรับผิดชอบรอง (secondary liability) ดังนั้น การสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2(3)(จี) จึงเป็นความรับผิดชอบ และการช่วยเหลือสนับสนุนส่งเสริมตามมาตรา 6(1) เป็นความรับผิดชอบ¹¹⁸

2.4.5.2 อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

ตามที่คณะกรรมการการทารุณกรรม ค.ศ. 2005 กำหนดให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นความผิดที่น่ารังเกียจที่สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการลดเกียรติอย่างร้ายแรง หรือการทำลายมนุษย์หนึ่งคนหรือมากกว่านั้น (ยกตัวอย่างเช่น การฆาตกรรม การทำลายล้าง การเอาคนลงเป็นทาส การเนรเทศหรือบังคับให้โยกย้ายประชากร

¹¹⁷ Prosecutor v. Jean-Paul AKAYESU Judgment, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), para. 536 and 548.

¹¹⁸ Ibid., para. 540-547.

การทรมาน การข่มขืน และความรุนแรงทางเพศในรูปแบบอื่น การข่มเหง การบังคับให้บุคคล
 สาบสูญ)¹¹⁹

ก่อนที่จะอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะถูกกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจ
 ของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาและศาลอาญาระหว่างประเทศอื่นๆ นั้น อาชญากรรม
 ต่อมนุษยชาติมีที่มาจากมาตรา 6(ซี) แห่งธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก อัน
 เป็นการนำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมาประมวลเป็นกฎหมายครั้งแรก* และเป็นต้นแบบให้กับ
 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวีย ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่ง
 รวันดา และธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศตามลำดับ

อย่างไรก็ตาม ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กมิได้กำหนด
 รายการการกระทำที่อาจลงโทษได้ให้รวมถึงการกักขังและการข่มขืน ซึ่งต่อมาในธรรมนูญศาล
 อาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียและธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้
 มีการระบุการกระทำดังกล่าวลงในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียและ
 รวันดาตามลำดับ อันเป็นการพัฒนาที่ก้าวหน้าของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ โดยศาลอาญา
 ระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้กำหนดความผิดของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ในมาตรา 3 แห่ง
 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา¹²⁰ ซึ่งอาจมีความแตกต่างจากมาตรา 5 แห่ง
 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียที่กำหนดว่า

“ศาลระหว่างประเทศ (แห่งอดีตกองสลาเวีย) มีอำนาจที่จะ
 ดำเนินคดีบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมต่อไปนี้ เมื่ออาชญากรรมได้กระทำลงในความขัดกัน

¹¹⁹ ‘Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur’, UN Doc. S/2005/60, para. 178.

* Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT), (1951) 82 UNTS 279, art. 6(c): ‘Crimes Against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the court where perpetrated.’

ทางอาวุธ ไม่ว่าจะมึลักษณะระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ และกระทำโดยตรงต่อประชาชนพลเรือน

(ก) การฆาตกรรม

(ข) การทำลายล้าง

(ค) การนำคนลงเป็นทาส

(ง) การเนรเทศ

(จ) การกักขัง

(ฉ) การทรมาน

(ช) การข่มขืน

(ซ) การประหารชีวิตด้วยเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ และศาสนา

(ณ) การกระทำอย่างใดก็ตามเป็นมนุษย์อื่น ๆ"

โดยมาตรา 3 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา แทนคำว่า "โดยตรง (directed)" ด้วยคำว่า "อย่างเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวางหรือเป็นระบบ (as part of a widespread or systematic attack)" นอกจากนั้น ยังลบการอ้างอิงถึงความขัดกันทางอาวุธ ไม่ว่าจะมึลักษณะระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ แต่แทนที่ด้วยองค์ประกอบอื่น เช่น การโจมตีจะต้องกระทำบน "พื้นฐานทางชนชาติ การเมือง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนา" เป็นต้น¹²⁰

¹²⁰ William A. Schabas, The UN international criminal tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone (New York: Cambridge University Press, 2006), p.185-187.

2.4.5.3 อาชญากรรมสงคราม

หลักฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศภาคสงครามนั้นปรากฏตามประเพณีปฏิบัติของศาลทหารภายในประเทศ และในเอกสารเกี่ยวกับกฎหมายสงครามที่ได้รับการจัดเตรียมเพื่อการใช้งานของกองกำลังต่างๆ ทั้งที่อยู่ในรูปของงานเขียน และงานประวัตินของกฎหมายระหว่างประเทศ (มหาชน) ซึ่งได้มีการแนะนำให้มีความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนต่อความผิดจากการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีทางสงคราม

คณะกรรมการพิจารณาว่าด้วยความรับผิดชอบที่ได้รับการจัดตั้งจากที่ประชุมสันติภาพปารีสในปี ค.ศ. 1919 ได้ข้อสรุปว่า “ทุกคนที่เป็นคนของประเทศศัตรู ไม่ว่าจะมียาตำแหน่งสูง หรือไม่มีการจัดตำแหน่ง รวมถึงประมุขแห่งรัฐ ต้องถูกดำเนินคดีทางอาญาต่อความผิดตามกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม ซึ่งการดำเนินคดีระหว่างประเทศที่แท้จริงครั้งแรกต่ออาชญากรรมสงครามนั้น เกิดขึ้นในศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก โดยดำเนินคดีต่อการละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีสงคราม ที่รวมถึง “การฆาตกรรม การทารุณกรรม หรือการเนรเทศเพื่อเป็นแรงงานทาส หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ต่อประชาชนพลเรือนของหรือในดินแดนที่ยึดครอง การฆาตกรรมหรือการทารุณกรรมเชลยสงคราม หรือผู้ประสพภัยทางทะเล การฆ่าตัวประกัน การปล้นทรัพย์สินส่วนตัวหรือสาธารณะ การวางเพลิงทำลายเมืองหลวง เมือง หมู่บ้าน หรือการทำลายล้างที่ไม่จำเป็นทางการทหาร”

ตามธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กได้สร้างเขตอำนาจของศาลเหนือ “อาชญากรรมสงคราม ได้แก่ การละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีสงคราม”¹²¹ ในขณะที่อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 หลีกเลี่ยงคำว่า “อาชญากรรมสงคราม” โดยใช้คำว่า “การละเมิดอย่างร้ายแรง” ตอบทบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาเจนีวา แต่เมื่อต่อมาในปี ค.ศ. 1977 อนุสัญญาเจนีวาได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมด้วยพิธีสารเพิ่มเติมสองฉบับ จึงระบุว่า “การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายเหล่านี้จะถือเป็นอาชญากรรมสงคราม”¹²²

¹²¹ Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT) (1951) 82 UNTS 279, art. 6(b).

¹²² Protocol Additional to the 1949 Geneva Conventions and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (1979) 1125 UNTS 3, art. 85(5).

ถึงแม้ความชอบด้วยกฎหมายของศาลอาญาระหว่างประเทศวันดาและศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวอื่นๆ จะมาจากหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ที่ใช้บังคับ “เมื่อมีการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดต่อสันติภาพ หรือการกระทำรุนแรง” ก็ตาม แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวเหล่านี้ก็ได้อ้างอิงถึงอาชญากรรมสงคราม แต่กลับใช้คำที่เป็นการทั่วไปและทันสมัยกว่าว่า “การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง”

โดยเมื่อต้นศตวรรษที่ 1990 ที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศมากมาย ได้มีการประมวลกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมสงคราม ที่เป็นการเฉพาะเจาะจงมากกว่าอาชญากรรมสงครามตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก และศาลทหารระหว่างประเทศแห่งโตเกียว ที่เรียกกันว่า “การละเมิดอย่างร้ายแรง” ซึ่งบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าว ที่ได้รับการรับรองในปี ค.ศ. 1977 ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้ได้รับการพิจารณาให้บังคับใช้แต่เฉพาะความขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ แต่ต่อมาได้รับการขยายไปถึงกรณีความขัดกันทางอาวุธที่ไม่เป็นระหว่างประเทศด้วย (หรือสงครามภายใน) อันเป็นการสะท้อนให้เห็นการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศว่า สิทธิมนุษยชนและความมั่นคงของมนุษย์มิใช่เป็นเรื่องที่อยู่ในความกังวลภายในประเทศ ตามหลักการรับรู้โดยและการห้ามแทรกแซงกิจการภายในเท่านั้น

องค์ประกอบทั่วไปของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศแห่งวันดาและธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวอื่น จะต้องพิจารณาอันดับแรกว่า จะต้องมีความขัดกันทางอาวุธ อันดับที่สอง จะต้องมีความเชื่อมโยง (link) หรือจุดเกาะเกี่ยว (nexus) ระหว่างการกระทำที่ถูกกล่าวหาและความขัดกันนั้น อันดับที่สาม จำเลยจะต้องแสดงความรับรู้ถึงความขัดกันทางอาวุธนั้น¹²³

ภายใต้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาปรากฏปัจเจกชนผู้ถูกดำเนินคดีต่อศาล จำนวน 69 คน โดยมีคดีที่เสร็จสิ้นแล้ว 23 คดี โดยมีการลงโทษจำคุกจำเลย 20 คน และศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจะถึงกำหนดเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาภายในสิ้นปี ค.ศ. 2008 และเสร็จสิ้นงานทั้งหมดภายในสิ้นปี ค.ศ. 2010 (ตามมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1503)

¹²³ William A. Schabas, The UN international criminal tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone, p. 226-229.

นอกจากธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจะเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจเหนือความผิดฐานยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ความผิดฐานนี้ยังอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศอื่นด้วย

2.5 บริบทภายใต้ศาลอาญาระหว่างประเทศอื่น

ความพยายามจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาความผิดอาญาระหว่างประเทศได้รับการพัฒนาเรื่อยมา ซึ่งแต่เดิมจะอยู่ในรูปแบบของศาลทหาร ได้แก่ ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูแรมเบิร์ก ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งโตเกียว ต่อมาพัฒนาเป็นรูปแบบของศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ (ad hoc international tribunal) ได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งเซรราลีโอนตามลำดับ ด้วยความมุ่งหมายที่จะเห็นความสิ้นสุดแห่งการลยอนวลของอาชญากรทั้งหลาย และเป็นการประกันว่าการดำเนินคดีในความผิดอาญาระหว่างประเทศ คือ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมรุกราน เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ดังที่ Benjamin B. Ferencz อัยการแห่งศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูแรมเบิร์ก ได้กล่าวไว้ว่า “ไม่อาจมีความสงบโดยปราศจากความยุติธรรม ไม่อาจมีความยุติธรรมโดยปราศจากกฎหมาย และกฎหมายย่อมไม่มีความหมาย หากปราศจากศาลที่จะตัดสินว่าจะไร้ยุติธรรมและถูกต้องตามกฎหมายภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้” ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียจึงได้ถือกำเนิดขึ้นในเวลาต่อมา

2.5.1 ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย¹²⁴

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวเพื่อการดำเนินคดีกับบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่กระทำการภายใต้หมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 ตามมติที่ 827 ค.ศ. 1993 และคณะมนตรีความมั่นคงก็ได้รับรองธรรมนูญ

¹²⁴ John P. Grant and J. Craig Barke, International Criminal Law Destbook (London: Cavendish Publishing, 2006), p. 222-223.

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียด้วยมตินั้น¹²⁵ โดยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียก็ได้รับการแก้ไขโดยมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1166 ค.ศ. 1998, ที่ 1329 ค.ศ. 2000, ที่ 1411 ค.ศ. 2002, ที่ 1431 ค.ศ. 2002 และที่ 1481 ค.ศ. 2003 ตามลำดับ

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อการดำเนินคดีต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงที่กระทำลงบนดินแดนของอดีตยูโกสลาเวียตั้งแต่ปี ค.ศ. 1991 (มาตรา 1) ศาลระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียมีเขตอำนาจเหนือบุคคล (มาตรา 6) ที่กระทำการละเมิดอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 (มาตรา 2) การละเมิดกฎหมายหรือจารีตแห่งสงคราม (มาตรา 3) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 4) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (มาตรา 5) อีกทั้ง ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียก็ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนที่ต้องรับผิดชอบเพื่อการวางแผน ปลูกปั่น สั่ง หรือกระทำอาชญากรรมเช่นนั้น (มาตรา 7) ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียมีเขตอำนาจเท่าเทียมกันกับศาลภายในประเทศ เพียงแต่มีเขตอำนาจก่อนศาลภายในประเทศเท่านั้น (มาตรา 9)

2.5.1.1 โครงสร้างของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย¹²⁶

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียจะนั่งพิจารณา ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียมีโครงสร้างที่ประกอบด้วยสามส่วนหลัก คือ คณะพิจารณาสามคณะ อัยการ และฝ่ายทะเบียน ตามมาตรา 11 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย ดังนี้

(1) คณะพิจารณา (The Chambers) มีผู้พิพากษาถาวร จำนวน 16 คน โดยการนั่งพิจารณาทุกครั้งของแต่ละองค์คณะจะต้องมีผู้พิพากษานั่งพิจารณา จำนวน 9 คน

¹²⁵ UN Doc. S/RES/808 (1993).

¹²⁶ John R. W. D. Jones and Steven Powles, International criminal practice: the International Criminal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Court, the Special Court for Sierra Leone, the East Timor Panel for serious crimes, war crimes prosecutions in Kosovo (third edition) (Oxford University Press, 2003), p. 41.

(มาตรา 12-13)¹²⁷ ส่วนคณะพิจารณาอุทธรณ์นั้น จะใช้ร่วมกับศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา ซึ่งจะประกอบด้วยผู้พิพากษาดาวร จำนวน 7 คน และในแต่ละองค์คณะพิจารณาอุทธรณ์ก็จะต้องมีผู้พิพากษาดาวรหนึ่งพิจารณา จำนวน 5 คน (มาตรา 12(3)) ส่วนระเบียบของศาลว่าด้วยกระบวนการพิจารณาและพยานหลักฐานนั้น ได้รับการรับรองโดยศาล (มาตรา 15)¹²⁸ เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1994 และใช้บังคับเมื่อวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 1994 และคำพิพากษาของศาลใช้มติเสียงข้างมาก (มาตรา 23) และการลงโทษของศาลจะจำกัดเพียงโทษจำคุก (มาตรา 24)

(2) อัยการ (Prosecutor) รับผิดชอบในการสอบสวนและดำเนินคดีต่อผู้กระทำอาชญากรรม โดยอัยการจะได้รับการแต่งตั้งจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ตามมาตรา 16¹²⁹ อัยการจะมีอำนาจในการริเริ่มดำเนินคดีและเตรียมคำฟ้อง (มาตรา 18) อัยการจะต้องทำให้คณะพิจารณาพอใจว่าเป็นคดีที่มีพยานหลักฐานภายนอกประกอบชัดเจนเพียงพอ (มาตรา 19)

(3) ฝ่ายทะเบียน (Registry) มีหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการและให้บริการคณะพิจารณา

2.5.1.2 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตูโกสลาเวีย

มาตรา 1 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตูโกสลาเวียเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยความสามารถของศาลในการใช้อำนาจเหนือพื้นที่และเวลา โดยกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตูโกสลาเวียมีเขตอำนาจร่วมกัน (concurrent jurisdiction) กับศาลภายในประเทศ อย่างไรก็ตาม มาตรา 9 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตูโกสลาเวีย¹³⁰ ก็ได้กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตูโกสลาเวียนี้มีเขตอำนาจก่อน

¹²⁷ ICTY Statute, art. 12-13.

¹²⁸ ICTY Statute, art. 15.

¹²⁹ ICTY Statute, art. 16.

¹³⁰ ICTY Statute, art. 9.

(primary) ศาลภายใน เช่นเดียวกับกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวอื่นอย่างเช่น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา¹³¹

(1) เขตอำนาจเหนือดินแดน

ตามมาตรา 1 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียได้สร้างเขตอำนาจศาลไว้เหนือการกระทำความผิด "ในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย" เมื่อมีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1993 การแยกตัวของยูโกสลาเวียที่นั้นเกือบจะเสร็จสิ้น ซึ่งสหพันธรัฐอันยิ่งใหญ่นี้เป็นส่วนที่เหลือจากอาณาจักรออสเตรีย-ฮังการี (Austro-Hungarian) เมื่อปี ค.ศ. 1919 และถูกแยกออกเป็น 5 ส่วน คือ สโลวีเนีย โครเอเชีย บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา มาซิโดเนีย และเซอร์เบียและมอนเตเนโกร ซึ่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียจะใช้บังคับกับดินแดนที่รู้จักกันในชื่อ ยูโกสลาเวีย (ที่มาจากชื่อเต็มว่า สหพันธรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย) ที่มีอยู่เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1991

ส่วนเขตอำนาจเหนือดินแดนที่เรียกว่า "effective jurisdiction" เป็นกรณีที่ระบบความยุติธรรมทางอาญาส่วนใหญ่ให้การยอมรับเขตอำนาจศาลไม่เพียงแต่ที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐเท่านั้น แต่ในบางกรณีเมื่อมีการกระทำความผิดนอกดินแดนของรัฐแต่ก่อผลภายในรัฐนั้นด้วย ดังนั้น ในความเป็นจริงแล้ว "effective jurisdiction" เป็นการขยายเขตอำนาจเหนือดินแดนนั่นเอง ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียนี้ก็ได้รับอำนาจนี้ตามมาตรา 1 ที่ให้ใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำหรือละเว้นกระทำที่ก่อผลบนดินแดนของอดีตยูโกสลาเวียได้ เช่น กรณีการสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับกิจกรรมของกองกำลังเนโต้ระหว่างสงครามปี ค.ศ. 1999 เป็นต้น¹³²

¹³¹ John R. W. D. Jones and Steven Powles, International criminal practice: the International Criminal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Court, the Special Court for Sierra Leone, the East Timor Panel for serious crimes, war crimes prosecutions in Kosovo (third edition), p. 131-132.

¹³² William A Schabas, The UN international criminal tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone, p. 131.

(2) เขตอำนาจเหนือเวลา

ส่วนเขตอำนาจเหนือเวลานั้น มาตรา 1 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวีย ให้อำนาจในการดำเนินคดีต่อความผิดที่กระทำลง “ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1991” และกำหนดรายละเอียดไว้ตามมาตรา 8 ที่กล่าวว่า เขตอำนาจเหนือเวลาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวีย “จะขยายระยะเวลาออกไปเริ่มต้นในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1991” โดยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวีย ไม่ได้กำหนดจุดสิ้นสุดแห่งเขตอำนาจเหนือเวลาของศาลนี้ไว้อย่างกรณีของมาตรา 7 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาที่กำหนดเขตอำนาจทางเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดชัดเจน คือ ระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994 และวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1994 อย่างไรก็ตาม ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียก็เป็นภาคผนวกของมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 827 ที่ระบุว่าศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อการดำเนินคดีต่อความผิดที่ได้กระทำลงระหว่าง “วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1991 และวันที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติตัดสินใจว่าสันติภาพได้กลับคืนมา”¹³³ ซึ่งในมติคณะมนตรีความมั่นคงเมื่อเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ได้มีการร้องขอให้เลขาธิการสหประชาชาติเสนอรายงานเกี่ยวกับการประเมินและข้อเสนอเรื่องวันสิ้นสุดเขตอำนาจเหนือเวลาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเร็วที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ และสองสามเดือนต่อมา เลขาธิการสหประชาชาติก็ตอบกลับว่า เขาไม่อาจจะบ่งชี้วันสิ้นสุดเขตอำนาจเหนือเวลาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียได้ ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้ที่คณะมนตรีความมั่นคงจะปิดศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียลงโดยไม่กำหนดวันสิ้นสุดของเขตอำนาจเหนือเวลา¹³⁴

(3) เขตอำนาจเหนือบุคคล

มติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียกล่าวว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์แห่งการดำเนินคดีต่อ “บุคคลที่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ”

¹³³ UN Doc. S/RES/827 (1993), para. 2.

¹³⁴ William A. Schabas, The UN international criminal tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone, p.133.

เขตอำนาจเหนือบุคคลของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียปรากฏในย่อหน้าความนำ (Chapeau) ของบทบัญญัติที่กำหนดอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล นอกจากนั้น บทบัญญัติทั่วไปก็ยังได้กำหนดรูปแบบของการกระทำทางอาญาทั่วไปถึง “บุคคลผู้วางแผน ปลูกปั่น สิ่งหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือและสนับสนุน” เฉพาะต่อบุคคลธรรมดา (natural persons)¹³⁵ ด้วยคำว่า “บุคคลธรรมดา” ทำให้ไม่รวมถึงการดำเนินคดีกับรูปแบบกิจการหรือองค์กร

ส่วนความรับผิดของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 6(3) กำหนดว่าการกระทำความผิดที่ได้กระทำโดยผู้ใต้บังคับบัญชาไม่เป็นการปลดเปลื้องความรับผิดของผู้บังคับบัญชา หากว่าผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือมีเหตุอันควรได้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาจะกระทำหรือได้กระทำอาชญากรรมเช่นนั้น แต่กลับไม่ใช้มาตรการที่มีเหตุผลและจำเป็นในการป้องกันมิให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำความผิด¹³⁶

2.5.1.3 กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียไม่ได้รับอำนาจในการนำกฎหมายภายในมาใช้เป็นหลักในการพิจารณา ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียจึงมีหน้าที่พิจารณาคดี โดยอาศัยกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยคำนึงถึงหลักความชอบธรรมในการใช้กฎหมายอาญา¹³⁷

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียมีหน้าที่ที่จะต้องนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีอยู่มาบังคับใช้ อย่างไรก็ตาม ที่มาแรกของกฎหมายที่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียจะใช้ก็คือ ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ กฎการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพยาน รวมถึงกฎหมายระหว่าง

¹³⁵ ICTY Statute, art. 6.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ ธงไธ รัมมะศักดิ์, “แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาต่อการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 32.

ประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายอาญา¹³⁸ และคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนไม่ถือเป็นหลักที่ศาลที่พิจารณาคดีอยู่จะต้องยึดตาม¹³⁹ กล่าวคือ จะไม่ใช่หลัก stare decisis แต่หากศาลที่มีศักดิ์สูงกว่า ได้แก่ คณะพิจารณาอุทธรณ์ ได้มีคำวินิจฉัยวางหลักไว้ คณะพิจารณาชั้นต้นจะต้องยึดหลักดังกล่าวในการพิจารณาและเป็นหลักในการตีความกฎหมาย และศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียจะต้องใช้หลักการตีความกฎหมายโดยเคร่งครัด เนื่องจากการพิจารณาคดีทางอาญา¹⁴⁰

2.5.1.4 อาชญากรรมในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวีย

ศาลระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีใน 4 ฐานความผิด ได้แก่ กรณีที่บุคคลต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 (มาตรา 2) การละเมิดกฎหมายและจารีตแห่งสงคราม (มาตรา 3) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 4) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (มาตรา 5)

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตามมาตรา 4 วรรค 2 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวีย กำหนดให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การกระทำต่อไปนี้จะกระทำลงด้วยเจตนาที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มชนชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนาเช่นว่านั้น

(ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม

(ข) การทำร้ายร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของกลุ่ม

¹³⁸ John R. W. D. Jones and Steven Powles, International criminal practice: the International Criminal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Court, the Special Court for Sierra Leone, the East Timor Panel for serious crimes, war crimes prosecutions in Kosovo (third edition), p. 136.

¹³⁹ Ibid., p. 139.

¹⁴⁰ Ibid., p. 142.

(ค) การจูงใจก่อเหตุในการดำรงชีวิตของกลุ่มโดยมุ่งหมายเพื่อทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน

(ง) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้กำเนิดบุตรภายในกลุ่ม

(จ) การบังคับโยกย้ายให้เด็กของกลุ่มไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง

และตามวรรค 3 ก็กำหนดให้ลงโทษต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การรวมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย* ซึ่งมาตรา 4 แห่ง

* ICTY Statute, art. 4:

1. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this article.

2. 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 groups;

(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.

3. The following acts shall be punishable:

(a) genocide;

(b) conspiracy to commit genocide;

(c) direct and public incitement to commit genocide;

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองโกลาเวีย เป็นบทบัญญัติที่เหมือนกับมาตรา 2 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาทุกประการ จึงอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 4 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองโกลาเวียเป็นต้นแบบของบทบัญญัติว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา

ส่วนอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ บทบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามมาตรา 3 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาเหมือนกับมาตรา 5 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองโกลาเวีย โดยตามมาตรา 5 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองโกลาเวีย ได้กำหนดให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นฐานความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลนี้ โดยให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึง การกระทำอาชญากรรมในระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธทั้งที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ ที่กระทำโดยตรงต่อประชาชนพลเรือนโดย

(ก) การฆาตกรรม

(ข) การทำลายล้าง

(ค) การนำคนลงเป็นทาส

(ง) การเนรเทศ

(จ) การกักขัง

(ฉ) การทรมาน

(ช) การข่มขืน

(d) attempt to commit genocide;

(e) complicity in genocide.

(ซ) การประหารชีวิตด้วยเหตุทางการเมือง เชื้อชาติและ

ศาสนา

(ณ) การกระทำอย่างไร้ความเป็นมนุษย์อื่นๆ*

ภายใต้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียนี้ได้ปรากฏการดำเนินคดีต่อปัจเจกบุคคลจำนวนทั้งสิ้น 159 คน ซึ่งในจำนวนนั้นมี 108 คน เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย และปัจจุบันมีจำเลย 51 คน อยู่ระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลนี้ ซึ่งรวมถึง Slobodan Milosevic ประธานาธิบดีของอดีตชาวเซิร์บ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียมีเจ้าหน้าที่ทั้งหมด 1,238 คน ใช้งบประมาณปีละ 271,854,600 ดอลลาร์สหรัฐ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียมีกำหนดที่จะสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา ในปี ค.ศ. 2008 และเสร็จสิ้นงานทั้งหมดภายในปี ค.ศ. 2010 ตามมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1503

* ICTY Statute, art. 5.

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:

- (a) murder;
- (b) extermination;
- (c) enslavement;
- (d) deportation;
- (e) imprisonment;
- (f) torture;
- (g) rape;
- (h) persecutions on political, racial and religious ground;
- (i) other inhumane acts.

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียกับศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเหมือนกันในการกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดามีอำนาจในการดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (วรรค 2 และวรรค 3 ของมาตรา 4 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย) โดยมาตรา 4 วรรค 2 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียมีเนื้อหาเหมือนตามมาตรา 2 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และมาตรา 4 วรรค 3 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียที่ประกอบด้วย "การกระทำอื่น" ที่อาจลงโทษได้ อันได้แก่ การร่วมกระทำความผิด (conspiracy) การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะ (direct and public incitement) การพยายาม (attempt) และการสนับสนุน (complicity) ให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ก็มีเนื้อหาเหมือนตามมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงอาจกล่าวได้ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นต้นแบบของบทบัญญัติว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ให้แก่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียและธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาตามลำดับ

2.5.2 ศาลอาญาระหว่างประเทศ¹⁴¹

ศาลอาญาระหว่างประเทศก่อตั้งขึ้นและมีพื้นฐานมาจากศาลระหว่างประเทศชั่วคราวที่เกิดขึ้นมาก่อนหน้านั้น โดยงานก่อตั้งและยกร่างธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ. 1994 และในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1998 ที่การประชุมทางการทูตแห่งสหประชาชาติของเอกอัครราชทูตผู้มีอำนาจเต็มว่าด้วยการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลี มีการพิจารณาร่างแรกของธรรมนูญกรุงโรม เพื่อให้มีเขตอำนาจเหนือ "อาชญากรรมร้ายแรง" ตามกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม และจะใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมรุกราน เมื่อบทบัญญัติได้รับการยอมรับตามมาตรา 121 และมาตรา 123 ซึ่งผลปรากฏว่า แต่ละบทบัญญัติของธรรมนูญได้รับการยอมรับโดยความเห็นชอบทั่วไปของคณะทำงานโดยไม่มีการลงมติ และต่อมาในวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 ประชาคมระหว่างประเทศก็ได้ลงมติรับเอาธรรมนูญกรุงโรม และใช้บังคับในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 อันเป็นเวลา 60 วัน หลังจากการให้

¹⁴¹ Lance Phillip Timbreza. Captain Bridgeport and the Maze of ICC Jurisdiction [Online]. 2007. Available from: <http://www.gonzagajil.org>.

สัตยาบันโดยภาคีจำนวน 139 รัฐ¹⁴² ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่ได้กระทำลงภายหลังวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 โดยศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เป็นองค์กรอิสระแยกต่างหากจากสหประชาชาติ

นาย Kofi Annan เลขาธิการสหประชาชาติ ได้กล่าวไว้ว่า “ความคาดหวังของศาลอาญาระหว่างประเทศก็ตั้งอยู่บนคาดหวังความยุติธรรมสากล...เพียงผู้บริสุทธิ์ได้ห่างไกลจากสงครามและความขัดแย้ง ได้อนกลับภายใต้ความยุติธรรม มีสิทธิต่างๆ และให้ผู้ที่ละเมิดสิทธิเหล่านั้นต้องถูกลงโทษเท่านั้น” อย่างไรก็ตาม เพื่อการลงโทษ ดำเนินคดี และสิ้นสุดการปล่อยให้ผู้กระทำความผิดลอยนวล ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงต้องมีเขตอำนาจดำเนินคดีต่อบุคคลผู้กระทำอาชญากรรมเหล่านั้น ไม่ว่าพวกเขาจะอยู่ที่ใดก็ตาม

2.5.2.1 โครงสร้างของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลอาญาระหว่างประเทศประกอบด้วยศาล สำนักงานอัยการ และสำนักทะเบียน (มาตรา 34) ดังนี้

(1) ศาล แบ่งเป็นชั้นอุทธรณ์ ชั้นพิจารณา และชั้นก่อนพิจารณา ซึ่งตามมาตรา 36 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลมีตุลาการจำนวน 18 คน ที่ได้รับการเลือกตั้งจากสมัชชาของรัฐภาคี โดยคำนึงถึงเพศ การแจกแจงอย่างเป็นธรรมทางภูมิศาสตร์ การเป็นผู้แทนของระบบกฎหมายหลักของโลก โดยตุลาการอย่างน้อยเก้าคนจะต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีประสบการณ์ด้านกฎหมายและวิธีพิจารณาความอาญา และอีกห้าคนจะต้องเป็นผู้มีความสามารถและประสบการณ์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ตุลาการจะอยู่ในวาระ 9 ปี และอาจไม่ได้รับการเลือกตั้งใหม่ (มาตรา 36) ประธานและรองประธานอันดับที่หนึ่งและที่สองของศาลอาญาระหว่างประเทศจะได้รับการเลือกตั้งโดยผู้พิพากษา (มาตรา 38) องค์คณะในการนั่งพิจารณาของศาลชั้นอุทธรณ์ จะประกอบด้วยประธานศาลอาญาระหว่างประเทศ และผู้พิพากษาอื่นจำนวน 4 นาย ส่วนศาลชั้นพิจารณาและศาลชั้นก่อนพิจารณา จะประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวนไม่น้อยกว่า 6 นาย นับเป็นองค์คณะ (มาตรา 39)

¹⁴² John P. Grant and J. Craig Barke, International Criminal Law Deskbook (London: Cavendish Publishing, 2006), p. 242-244.

(2) สำนักงานอัยการ ตามมาตรา 42 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นองค์กรอิสระ แยกออกจากศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยมีอัยการและอัยการผู้ช่วยจำนวน 1 คนหรือมากกว่านั้นเป็นหัวหน้าสำนักงานอัยการ ซึ่งอัยการและอัยการผู้ช่วยจะได้รับการเลือกตั้งจากสมัชชาของรัฐภาคีโดยมีวาระห้าปี และไม่อาจได้รับเลือกใหม่ (มาตรา 42) มีหน้าที่รับคำร้องเรียนและข้อมูลเกี่ยวกับอาชญากรรมในเขตอำนาจของศาล เพื่อตรวจสอบ สืบสวนสอบสวน และดำเนินคดีภายใต้การกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดโดยฝ่ายไต่สวนของศาล

(3) สำนักทะเบียน ทำหน้าที่เป็นองค์กรด้านธุรการของศาล โดยจะมีนายทะเบียนที่ได้รับเลือกจากตุลาการให้มีวาระห้าปี มีความรับผิดชอบในการเสนอข้อบังคับของเจ้าหน้าที่ต่างๆ ตลอดจนจัดตั้งหน่วยงานให้ความคุ้มครองดูแลความปลอดภัยของเหยื่อ ตามมาตรา 43-52 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ

(4) สมัชชาแห่งรัฐภาคี สมัชชาแห่งรัฐภาคี ประกอบด้วยตัวแทนจากรัฐภาคีแต่ละรัฐ รัฐละ 1 คน ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาต่องานของศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้งจัดการด้านงบประมาณ เลือกตั้งตุลาการ อัยการ ตลอดจนการถอดถอนบุคคลดังกล่าว โดยใช้การตัดสินใจตามหลักเสียงข้างมากธรรมดาสองในสาม อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการถ่วงดุลระหว่างอำนาจรัฐภาคีกับความเป็นอิสระในการทำงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ (มาตรา 112)

2.5.2.2 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศถูกจำกัดด้วยธรรมนูญกรุงโรมและประเด็นเรื่องเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นหนึ่งในประเด็นที่ละเอียดอ่อนในการสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศก่อตั้งขึ้นด้วยแนวคิดแห่งความยินยอม และด้วยเหตุนี้ เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศจึงต้องสอดคล้องกับแนวคิดนั้น เป็นผลให้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศถูกจำกัดให้ขึ้นอยู่กับ “เนื้อหา (jurisdiction *ratione materiae*) เวลา (jurisdiction *ratione temporis*) พื้นที่ (jurisdiction *ratione loci*) และบุคคล (jurisdiction *ratione personae*)” กล่าวคือ เขตอำนาจตามเนื้อหา (jurisdiction *ratione materiae*) จะว่าด้วยประเภทของความผิด ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือความผิด 4 ประเภท ตามมาตรา 5 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ*

* มาตรา 5 อาชญากรรมในเขตอำนาจศาล

อันได้รับการจำกัดความอาชญากรรมแต่ละประเภทอย่างชัดเจน แต่มีเพียงอาชญากรรมรุกรานที่ยังไม่ปรากฏค่านิยมที่ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจน จึงทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่อาจดำเนินคดีในความผิดฐานอาชญากรรมรุกรานได้ จนกว่าจะได้มีการนิยามความหมายของอาชญากรรมรุกราน โดยความผิด 4 ประเภทภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศได้แก่

(ก) อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

(ข) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

(ค) อาชญากรรมสงคราม

(ง) อาชญากรรมรุกราน

ซึ่งนอกจากความผิดทั้ง 4 ประเภทนี้แล้ว ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 123^{*} ก็ยังเปิดโอกาสให้แก้ไขเพิ่มเติมเขตอำนาจได้ภายหลังการ

1. ให้ศาลมีเขตอำนาจจำกัดเพียงอาชญากรรมร้ายแรงซึ่งอยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม ศาลมีเขตอำนาจตามธรรมนูญศาลนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับอาชญากรรมดังต่อไปนี้

(ก) อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

(ข) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

(ค) อาชญากรรมสงคราม

(ง) อาชญากรรมรุกราน

^{*} มาตรา 123 การทบทวนธรรมนูญศาลฯ

1. หลังจาก 7 ปี นับจากวันที่ธรรมนูญศาลนี้มีผลบังคับใช้ เลขานุการสหประชาชาติจะต้องจัดให้มีการประชุมพิจารณาทบทวน เพื่อพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญศาลนี้ การพิจารณาทบทวนดังกล่าวอาจรวมถึงโดยไม่จำกัดเฉพาะรายการอาชญากรรมตามมาตรา 5 การประชุมจะต้องเปิดให้สมาชิกรัฐภาคีที่เข้าร่วม

ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศครบเจ็ดปี โดยนำความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงมาบัญญัติ
แนบท้ายธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ อันเป็นลักษณะที่เรียกว่า อาชญากรรม
ตามสนธิสัญญา (Treaty Crime) ซึ่งทำให้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศแตกต่างจาก
ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาที่เป็น
อาชญากรรมตามกฎหมายซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศของคณะมนตรี
ความมั่นคงแห่งสหประชาชาติภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

(1) เขตอำนาจเหนือดินแดน

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือพื้นที่ (jurisdiction
ratione loci) เหนือความผิดที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคี ในขณะที่ศาลอาญาระหว่างประเทศ
แห่งอดีตกองลาเวียมีเขตอำนาจเหนือดินแดนอดีตกองลาเวีย และศาลอาญาระหว่างประเทศ
แห่งวันดาก็มีเขตอำนาจเหนือดินแดนวันดาและยังมีเขตอำนาจเหนือรัฐข้างเคียงในกรณีที่คน
ชาติวันดาได้กระทำความผิดในรัฐข้างเคียงนั้น เนื่องจากสถานการณ์ในวันดามีการกระทำ
ความผิดต่อผู้อพยพชาววันดาที่ลี้ภัยเข้าไปในดินแดนของรัฐข้างเคียงด้วย และทั้งกรณีของศาล
อาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาดังเป็น
อาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของคณะมนตรีความมั่นคง
แห่งสหประชาชาติภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ จึงต้องมีการกำหนดเขตอำนาจ
เหนือดินแดนเป็นการเฉพาะ

(2) เขตอำนาจเหนือเวลา

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือเวลา (jurisdiction
ratione temporis) เหนือความผิดที่กระทำความผิดภายหลังวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 อันเป็นวันที่
ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น

-
- 2. ในเวลาใดๆ หลังจากนั้น เมื่อรับภาควิธีร้องขอ และเพื่อความมุ่งหมายที่ระบุไว้ในวรรค 1
เลขาธิการสหประชาชาติจะต้องจัดให้มีการประชุมพิจารณาบททวน เมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐภาคีโดย
เสียงข้างมาก
 - 3. ให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 121 วรรค 3 ถึงวรรค 7 มาใช้กับการตกลงรับและการมีผล
บังคับใช้ของการแก้ไขเพิ่มเติมใดๆ แห่งธรรมนูญศาลนี้ ที่ได้รับการพิจารณาในการประชุมพิจารณาบททวน

(3) เขตอำนาจเหนือบุคคล

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือบุคคล (jurisdiction *ratione personae*) เหนือความผิดที่กระทำลงโดยคนชาติของรัฐภาคีเท่านั้น ในขณะที่เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตุโกสลาเวียมีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดาใดๆ ที่กระทำความผิดในดินแดนอดีตุโกสลาเวีย และศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดามีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดาใดๆ ที่กระทำความผิดลงในดินแดนวันดาหรือบุคคลสัญชาติวันดาที่กระทำความผิดในดินแดนข้างเคียง ซึ่งในกรณีหลังเป็นการยึดถือสัญชาติของบุคคลเพื่อการดำเนินคดี เช่นเดียวกับกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ในกรณีที่รัฐไม่ได้เป็นภาคีในธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งหากพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาแล้ว จะพบว่าธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศย่อมไม่ผูกพันรัฐนั้น แต่หากมีความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่ไม่ใช่ภาคีและรัฐนั้นไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 13 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในการปฏิบัติหน้าที่ตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ให้มีอำนาจในการพิจารณาเสนอคดีต่ออัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีส่วนร่วมโดยตรงในการกระทำความผิด และไม่มีการสืบสวนสอบสวนหรือดำเนินคดีโดยรัฐที่มีเขตอำนาจ หรือมีการสืบสวนสอบสวนเกิดขึ้น แต่ดำเนินไปโดยไม่สมัครใจหรือไม่สามารถสืบสวนสอบสวนหรือดำเนินคดีได้อย่างแท้จริง หรือมีการสืบสวนสอบสวนแล้ว แต่รัฐนั้นตัดสินใจไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง อันเป็นไปตามหลักที่ว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเพียงศาลเสริมศาลภายในประเทศเท่านั้น กล่าวคือ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีก็ต่อเมื่อศาลภายในประเทศ ซึ่งอาจเป็นศาลอาญาหรือศาลทหารที่มีเขตอำนาจ ไม่เต็มใจหรือไม่สามารถพิจารณาพิพากษาคดีความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของตน ซึ่งจะสังเกตได้ว่าประเด็นนี้แตกต่างจากเขตอำนาจร่วมกัน (concurrent jurisdiction) ของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตุโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาที่ในกรณีที่มิใช่เขตอำนาจร่วมกันในความผิดนั้น ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวทั้งสองกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตุโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดามีเขตอำนาจก่อนศาลภายใน

2.5.2.3 กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ตามมาตรา 9 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดเกี่ยวกับการรับรององค์ประกอบอาชญากรรม (Elements of Crimes) ซึ่งได้รับการรับรองต่อมาในวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 โดยตามมาตรา 21 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องใช้ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ องค์ประกอบอาชญากรรม และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาและพยานหลักฐานเป็นอันดับแรก หลังจากนั้น จึงจะใช้บังคับตามสนธิสัญญาและหลักกฎหมายระหว่างประเทศก่อนที่จะพิจารณาถึงหลักกฎหมายทั่วไป และอันดับที่สาม ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศใช้หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งอาจมาจากหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายภายในต่างๆ ซึ่งรวมถึงหลักไม่มีความผิดเมื่อไม่มีกฎหมาย (nullen crimen sine lege) (มาตรา 22) หลักกฎหมายอาญาไม่มีโทษย้อนหลัง (non-retroactivity) (มาตรา 24) หลักความรับผิดชอบปัจเจกชน (มาตรา 28) และหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา (superior order) (มาตรา 33)

2.5.2.4 อาชญากรรมในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ถึงแม้ว่าต้นร่างของธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศจะครอบคลุมอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง แต่เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศในความเป็นจริงจะจำกัดอยู่แค่อาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ในความวิตกกังวลของประชาคมระหว่างประเทศตามมาตรา 5 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่

- (1) อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 6)
- (2) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (มาตรา 7)
- (3) อาชญากรรมสงคราม (มาตรา 8)
- (4) อาชญากรรมรุกราน (มาตรา 5)

เนื่องจากวิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาความผิดฐานยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงแต่เฉพาะในส่วนของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 6 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่กำหนดว่า “การ

ทำลายล้างเผ่าพันธุ์" หมายถึงการกระทำดังต่อไปนี้ที่กระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนต่อกลุ่มชนชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนาเช่นว่านั้น ดังนี้

(ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม

(ข) การทำร้ายร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของกลุ่ม

(ค) การจงใจก่อเงื่อนไขในการดำรงชีวิตของกลุ่มโดยมุ่งหมายเพื่อทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน

(ง) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้กำเนิดบุตรภายในกลุ่ม

(จ) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง

อันจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดที่เหมือนกับวรรค 2 ของมาตรา 4 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียและวรรค 2 ของมาตรา 2 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา

ในส่วนของความผิดฐานอื่นในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อันได้แก่ การมีส่วนร่วม การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะ การพยายาม และการสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ที่ได้รับการบัญญัติรองรับเป็นความผิดตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียและธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในมาตรา 4 วรรค 3 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียและมาตรา 2 วรรค 3 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาตามลำดับนั้น ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศกลับนำเอาการกระทำอันเป็นการเข้าร่วมอื่นๆ นี้บัญญัติไว้ในส่วนที่ 3 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยหลักทั่วไปของกฎหมายอาญา (general principles of criminal law) ในส่วนของมาตรา 25 ที่ว่าด้วยความรับผิดชอบส่วนบุคคล (individual criminal responsibility) อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบความรับผิด (forms of liability) ซึ่งจะใช้บังคับกับทุกอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ยกเว้นเฉพาะการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะผู้อื่นกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตามมาตรา

25(3)(อี) แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น ที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์¹⁴³ ซึ่งแม้จะเป็นการที่ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศลดระดับจากฐานความผิดในความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ให้กลายเป็นเพียงรูปแบบความรับผิดชอบทางอาญาส่วนบุคคล อันทำให้บุคคลก็อาจต้องรับผิดชอบการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้บุคคลอื่นกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ตาม แต่ก็ยอมแสดงให้เห็นว่าการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำที่มีความร้ายแรงอย่างมากต่อมวลมนุษยชาติ จนกระทั่งบุคคลต้องรับผิดชอบการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ด้วยความเพิ่มขึ้นของความกังวลที่จะต่อสู้กับการลอบย่นวลของอาชญากรรมระหว่างประเทศ นอกจากจะมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา และศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ยังปรากฏรูปแบบการช่วยเหลือระหว่างประเทศอื่นต่อรัฐที่น่ากังวล ได้แก่ การจัดตั้งศาลโดยความตกลงระหว่างสหประชาชาติและรัฐอื่นๆ อันได้แก่ ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน และศาลพิเศษแห่งเชมรแดง เป็นต้น

2.5.3 ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน¹⁴⁴

ด้วยมติที่ 1315 (ค.ศ. 2000) ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ร้องขอให้เลขาธิการสหประชาชาติเจรจาทำความเข้าใจความตกลงกับรัฐบาลแห่งเซียร์ราลีโอน เพื่อก่อตั้งศาลพิเศษอิสระเพื่อการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่กระทำลงภายในประเทศระหว่างที่มีความขัดแย้งภายในประเทศเซียร์ราลีโอนนั้น ซึ่งความตกลงในการจัดตั้งศาลพิเศษเช่นนี้มีขึ้นเมื่อวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 2002 (UN Doc S/2002/246) โดยมีธรรมนูญของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนเป็นภาคผนวกและถือเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงดังกล่าว

ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนนั่งพิจารณาคดีในเมืองฟรีทาวน์ (Freetown) เมืองหลวงของประเทศเซียร์ราลีโอน โดยมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้ถูกกล่าวหาจำนวนทั้งสิ้น 13

¹⁴³ Robert Cryer, *An introduction to international criminal law and procedure* (2nd ed.) (New York: Cambridge University Press, 2010), p. 143.

¹⁴⁴ John P. Grant and J. Craig Barke, *International Criminal Law Deskbook*, p. 440-441.

คน และมีการถอนฟ้องผู้ถูกกล่าวหา 2 คน เนื่องจากผู้ถูกกล่าวหาเสียชีวิต โดยการดำเนินคดีต่อปัจเจกชนทั้งหมดนี้เกี่ยวข้องกับสัมพันธภาพกับความขัดแย้งภายในที่แตกต่างกันใน 3 กลุ่ม ได้แก่ Civil Defense Forces (CDF), Revolutionary United Front (RUF) และ Armed Forces Revolutionary Council (AFRC) ซึ่งการดำเนินคดีต่อ CDF และ RUF เริ่มต้นพิจารณาเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2004 และเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2004 ตามลำดับ และการดำเนินคดีต่อ AFRC ได้เริ่มต้นขึ้นในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2005

2.5.3.1 โครงสร้างของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน

ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนมีโครงสร้างของศาลที่ประกอบด้วยคณะพิจารณา ซึ่งมีคณะพิจารณาชั้นต้นหนึ่งคณะหรือมากกว่านั้น และมีคณะพิจารณาอุทธรณ์หนึ่งคณะ อัยการ และสำนักทะเบียน (มาตรา 11) ดังนี้

(1) คณะพิจารณา (The Chambers) คณะพิจารณาชั้นต้นหนึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวน 3 คน โดยคนหนึ่งจะได้รับการแต่งตั้งจากรัฐบาลแห่งเซียร์ราลีโอน และอีกสองคนได้รับการแต่งตั้งโดยเลขาธิการแห่งสหประชาชาติ ส่วนคณะพิจารณาอุทธรณ์นั้นจะมีผู้พิพากษาจำนวน 5 คน โดย 2 คน จะได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐบาลแห่งเซียร์ราลีโอน อีก 3 คนแต่งตั้งโดยเลขาธิการสหประชาชาติ และแต่ละคณะพิจารณาจะต้องแต่งตั้งประธานผู้พิพากษาคณะละหนึ่งคน และประธานผู้พิพากษาชั้นอุทธรณ์จะดำรงตำแหน่งเป็นประธานศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน (มาตรา 12)

(2) อัยการ (Prosecutor) มาจากการแต่งตั้งโดยเลขาธิการสหประชาชาติ มีหน้าที่รับผิดชอบในการสอบสวนและดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดอาชญากรรม (มาตรา 15)¹⁴⁵

(3) ฝ่ายทะเบียน (Registry) มีหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการและให้บริการคณะพิจารณา

¹⁴⁵ SCSL Statute, art. 15.

2.5.3.2 เขตอำนาจศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน

ตามมาตรา 1 แห่งธรรมนูญศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนเป็นบทบัญญัติว่า ด้วยความสามารถของศาลในการใช้อำนาจเหนือพื้นที่และเวลา เช่นเดียวกับศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวอื่น โดยกำหนดเขตอำนาจร่วมกัน (concurrent jurisdiction) กับศาลภายในประเทศ แต่ตามมาตรา 8(2) แห่งธรรมนูญศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน ได้กำหนดเขตอำนาจร่วมกันนี้ว่า ศาลพิเศษนี้มีเขตอำนาจก่อน (primary) ศาลภายในแห่งเซียร์ราลีโอน¹⁴⁶

(1) เขตอำนาจเหนือดินแดน

ตามมาตรา 1 แห่งธรรมนูญศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน กำหนดเขตอำนาจศาลไว้เหนืออาชญากรรมที่ได้กระทำลง “ในดินแดนของเซียร์ราลีโอน” ตั้งแต่วันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1996

(2) เขตอำนาจเหนือเวลา

เนื่องจากสถานการณ์ในเซียร์ราลีโอนมีลักษณะเช่นเดียวกับในรวันดา ที่เริ่มต้นด้วยการต่อต้านโจมตีบนดินแดน ซึ่งเขตอำนาจทางเวลาของศาลที่สมเหตุสมผลน่าจะเริ่มต้นในวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1991 แต่เนื่องจากการปฏิเสธของรัฐบาลแห่งเซียร์ราลีโอนที่พิจารณาว่าปี ค.ศ. 1996 จะเป็นจุดเริ่มต้นที่เหมาะสมของเขตอำนาจศาลพิเศษนี้ เลขาธิการสหประชาชาติจึงได้เสนอให้เขตอำนาจศาลเริ่มต้นเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1996 อันเป็นวันที่กระบวนการสันติภาพที่รู้จักกันในชื่อ ความตกลงอาบิดเจน (the Abidjan Agreement) ไม่ประสบความสำเร็จ และปรากฏตามรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติว่าด้วยการร่างธรรมนูญศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน ที่เลขาธิการสหประชาชาติอธิบายว่า การกำหนดเช่นนี้เป็นทางเลือกที่ดีกว่าเพื่อไม่เป็นการสร้าง “ภาระหนัก” ให้แก่ศาล อย่างไรก็ตาม ทางปฏิบัติของศาลแสดงให้เห็นว่าไม่ว่าเขตอำนาจเหนือเวลาจะเป็นเมื่อใด ก็เป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาพยานหลักฐานเกี่ยวกับความเป็นมาของความขัดแย้ง รวมถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1996 เพื่อเป็นบริบทสำหรับข้อหาในการดำเนินคดีต่างๆ¹⁴⁷

¹⁴⁶ SCSL Statute, art. 8(2).

¹⁴⁷ William A. Schabas, The UN international criminal tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone, p. 135.

(3) เขตอำนาจเหนือบุคคล

ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนมีเขตอำนาจเหนือ “บุคคลผู้มีความรับผิดชอบสูงสุด” ต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงและกฎหมายเซียร์ราลีโอนที่ได้กระทำลงในดินแดนของเซียร์ราลีโอนตั้งแต่วันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1996 (มาตรา 1)

เขตอำนาจเหนือบุคคลของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนเหนือ “บุคคล” และกำหนดรูปแบบของการกระทำทางอาญาทั่วไปถึง “บุคคลผู้วางแผน ปลูกปั่น สั่ง หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือและสนับสนุน”¹⁴⁸ ซึ่งศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนจะต่างจากกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศอื่น ได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีดยูโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาที่กำหนดเขตอำนาจเฉพาะต่อบุคคลธรรมดา (natural persons) ในขณะที่ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนมีเขตอำนาจเหนือ “บุคคล” เช่นเดียวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงรวมถึงการดำเนินคดีกับรูปแบบกิจการหรือองค์กร ซึ่งอาจเป็นการละทอนผลประโยชน์พิเศษในความรับผิดชอบของกิจการภายใต้ความขัดแย้งของเซียร์ราลีโอน หรืออาจเป็นทางเลือกที่ขยายออกไปอย่างเป็นการทั่วไปมากขึ้นเพื่อดำเนินคดีต่อผู้สนับสนุนทางการเงินในความขัดแย้งทางอาวุธ¹⁴⁹

ในประเด็นลักษณะที่นั้น ธรรมนูญศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนก็มีกำหนดเช่นเดียวกับในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีดยูโกสลาเวียที่ไม่ได้อ้างถึงสัญชาติเพื่อเป็นฐานการใช้เขตอำนาจศาลอย่างกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาและศาลอาญาระหว่างประเทศ และเขตอำนาจทั่วไปของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนที่มีเหนือความผิดที่กระทำลงในดินแดนแห่งเซียร์ราลีโอนถูกจำกัดต่อกองกำลังรักษาสันติภาพต่างชาติตามมาตรา 1(2) แห่งธรรมนูญศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน ที่กำหนดให้ศาลภายในของรัฐผู้ส่งมีเขตอำนาจก่อน (primary jurisdiction) หากศาลภายในรัฐผู้ส่งไม่ประสงค์หรือไม่สามารถอย่างแท้จริงที่จะสืบสวนสอบสวนหรือดำเนินคดีได้ ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนจะได้รับอำนาจจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติบนคำเสนอของรัฐต่างๆ เพื่อให้เขตอำนาจเหนือบุคคลเช่นว่านั้น

¹⁴⁸ SCSL Statute, art. 6.

¹⁴⁹ William A. Schabas, The UN international criminal tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone, p. 139.

นอกจากนี้ ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนซึ่งได้รับอำนาจให้ดำเนินคดีต่อ “บุคคลผู้มีความรับผิดชอบสูงสุด” ต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงและกฎหมายเซียร์ราลีโอนที่ได้กระทำลงบนดินแดนของเซียร์ราลีโอน ตั้งแต่วันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1996 รวมถึงบรรดาผู้นำที่กระทำอาชญากรรมเช่นนั้น อันเป็นการคุกคามการก่อตั้งและการใช้บังคับกระบวนการสันติภาพในเซียร์ราลีโอน¹⁵⁰

ในร่างมติที่เสนอการก่อตั้งศาลเซียร์ราลีโอนนั้น คณะมนตรีความมั่นคงได้กล่าวถึงเขตอำนาจศาลให้จำกัดเฉพาะ “บรรดาผู้มีความรับผิดชอบสูงสุดต่อการกระทำอาชญากรรม” ซึ่งเลขาธิการสหประชาชาติได้ตอบโดยแนะนำคำว่า “บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบสูงสุด” ว่า “หมายถึง ทั้งตำแหน่งผู้นำหรืออำนาจของจำเลย และระดับความหนักเบา ความร้ายแรง หรือขอบเขตอันกว้างขวางของอาชญากรรม” เลขาธิการสหประชาชาติกล่าวว่า การใช้ภาษาเช่นนี้เป็น การอำนวยความสะดวกแก่การดำเนินคดีต่อ “บุคคลอื่นที่มีอำนาจสั่งการตามสายบังคับบัญชา” ซึ่งศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนได้ยืนยันว่าคำว่า “บรรดาผู้ต้องรับผิดชอบสูงสุด” นั้น แท้จริงแล้วเป็นการกำหนดเขตอำนาจของศาลมากกว่าเป็น “แนวทาง (guidance)” การใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีตามที่เลขาธิการสหประชาชาติแนะนำ และศาลชั้นต้นได้กล่าวว่า ผู้พิพากษาอนุญาตให้ฟ้องต่อเมื่อเป็นที่พอใจว่ามี “ข้อมูลเพียงพอให้เชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าจำเลยเป็นบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบที่สุด” โดยในการตัดสินเขตอำนาจ ศาลชั้นต้นได้อ้างถึงประวัติการร่างธรรมนูญศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนนี้เพื่ออ้างถึงความเห็นของคณะมนตรีความมั่นคงที่ให้ความสำคัญกับบทบาทความเป็นผู้นำมากกว่าความร้ายแรงหรือระดับความกว้างขวางของอาชญากรรม¹⁵¹

อีกทั้ง ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนยังได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน และยังกำหนดว่าระดับของการเป็นเจ้าพนักงานไม่อาจปลดเปลื้องความรับผิดชอบของปัจเจกชนหรือลดการลงโทษได้ (มาตรา 6) อย่างไรก็ตาม ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนไม่มีเขตอำนาจเหนือปัจเจกบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ในเวลาทำอาชญากรรมที่กล่าวหาได้กระทำลง และจะมีการพิจารณาเป็นพิเศษกรณีที่ปัจเจกบุคคลนั้นอายุระหว่าง 15 ถึง 18 ปี ในเวลาทำอาชญากรรมที่กล่าวหาได้กระทำลง (มาตรา 7) โดยเขตอำนาจของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนนั้น

¹⁵⁰ SCSL Statute, art. 1.

¹⁵¹ William A. Schabas, The UN international criminal tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone, p. 145-146.

อยู่ในระดับเดียวกับศาลแห่งชาติของเซียร์ราลีโอน เพียงศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนมีเขตอำนาจก่อนศาลแห่งชาติเท่านั้น (มาตรา 8)

2.5.3.3 กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน

ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนใช้ระเบียบของศาลว่าด้วยวิธีพิจารณาและพยานหลักฐานของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาโดยอนุโลม (*Mutatis mutandis*) (มาตรา 14) และได้รับการรับรองโดยศาล (มาตรา 15)¹⁵² เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1994 และใช้บังคับเมื่อวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 1994 และคำพิพากษาของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนจะใช้มติเสียงข้างมาก (มาตรา 23) และการลงโทษของศาลจะจำกัดเพียงโทษจำคุกเท่านั้น (มาตรา 24)

2.5.3.4 อาชญากรรมในเขตอำนาจของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน

เขตอำนาจของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนครอบคลุมถึงอาชญากรรม 4 ความผิด คือ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (มาตรา 2) การละเมิดมาตรา 3 ทั่วไปแห่งอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติมที่ 2 (มาตรา 3) และการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงอื่นๆ (มาตรา 4) และอาชญากรรมภายใต้กฎหมายเซียร์ราลีโอน (มาตรา 5) อย่างไรก็ตาม ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนไม่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เขตอำนาจเฉพาะของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนเหนืออาชญากรรมภายใต้กฎหมายเซียร์ราลีโอนนั้น ประกอบด้วยความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดเด็กผู้หญิง ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการกระทำความรุนแรงต่อเด็ก ค.ศ. 1926 (*The 1926 Prevention of Cruelty to Children Act*) และความผิดอื่นๆ เกี่ยวกับการทำลายล้างทรัพย์สินภายใต้กฎหมายว่าด้วยความเสียหายโดยเจตนา ค.ศ. 1861 (*the 1861 Malicious Damage Act*) โดยเฉพาะการวางเพลิงเผาทรัพย์ ซึ่งการกำหนดความผิดฐานนี้เป็นประโยชน์ทางทฤษฎีเท่านั้น เพราะไม่มีคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับบทบัญญัติเหล่านี้เลย¹⁵³

¹⁵² ICTY Statute, art. 15.

¹⁵³ William A. Schabas, *The UN international criminal tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*, p. 152.

แม้ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนจะไม่มีกำหนดเขตอำนาจเหนือการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งรวมถึงการยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย แต่ก็ทำให้เราได้เห็นถึงพัฒนาการทางกฎหมายในการจัดการกับปัญหาอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่ด้วยการใช้ปริมาณที่มหาศาลในกรณีของการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวและศาลอาญาระหว่างประเทศถาวร ทำให้การจัดตั้งศาลพิเศษเช่นนี้เป็นทางเลือกที่สหประชาชาติใช้ในการแก้ไขปัญหาในปัจจุบัน และนอกจากศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอนแล้ว ก็ยังมีศาลพิเศษแห่งเขมรแดง ซึ่งเป็นศาลที่น่าสนใจและกำลังดำเนินกระบวนการพิจารณาอยู่ในปัจจุบัน

2.5.4 ศาลพิเศษแห่งเขมรแดง

มีการประมาณกันว่าในช่วงระหว่างการปกครองโดยเขมรแดง (พรรคคอมมิวนิสต์แห่งกัมพูชา) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1975 ถึง 1979 นั้น ระบบการปกครองนี้จะต้องรับผิดชอบความตายของผู้คนราว 1.7 ถึง 2 ล้านคน ในขณะที่เขมรแดงถูกโค่นล้มในปี ค.ศ. 1979 หลังจากการรุกรานโดยเวียดนาม ก็ได้มีความพยายามหลายครั้งที่จะสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมนี้ และหลังจากการกดดันอยู่หลายปี ก็ปรากฏการเจรจาระหว่างรัฐบาลแห่งกัมพูชาและสหประชาชาติที่เริ่มต้นเมื่อปี ค.ศ. 1997 และเกิดเป็นความตกลงระหว่างสหประชาชาติและรัฐบาลกัมพูชาเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาชญากรรมที่กระทำลงระหว่างการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตยภายใต้กฎหมายกัมพูชา (the Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea) (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “ความตกลง”) ที่มุ่งหมายให้เกิดการก่อตั้งศาลเพื่อดำเนินคดีต่ออาชญากรรมดังกล่าว และต่อมาในปี ค.ศ. 2001 รัฐบาลกัมพูชาโดยสภาแห่งชาติกัมพูชาก็ได้รับรองกฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่กระทำลงในระหว่างการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตย (Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea 2002 (as amended in 2004)) (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลกัมพูชา”) เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม ค.ศ. 2002 แต่ต่อมาก็ปรากฏการเลื่อนการก่อตั้งศาลพิเศษนี้โดยสหประชาชาติ ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002 อย่างไรก็ตาม ได้มีการเริ่มต้นอีกครั้ง ในเดือนมกราคม ค.ศ. 2003 นำไปสู่การลงนามในความตกลง เมื่อวันที่ 17 มีนาคม ค.ศ. 2003 บนร่างกรอบการทำงานเพื่อการก่อตั้งศาล (UN Doc A/57/769) และเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 2004 สภาแห่งชาติและวุฒิสภาแห่งกัมพูชาได้อนุมัติความตกลงและแก้ไขกฎหมายดังกล่าว โดยขยาย

บทบาทของสหประชาชาติและประชาคมระหว่างประเทศ รวมถึงการปรับปรุงการปกป้องสิทธิมนุษยชนให้ดีขึ้น ศาลพิเศษแห่งเขมรแดงนี้ตั้งอยู่ในกรุงพนมเปญ ประเทศกัมพูชา

2.5.4.1 โครงสร้างของศาลพิเศษแห่งเขมรแดง

ตามมาตรา 2 แห่งกฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลของกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่กระทำลงในระหว่างการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตย ศาลพิเศษแห่งกัมพูชาจะเป็นศาลพิเศษตามโครงสร้างของศาลกัมพูชาที่มีอยู่ ซึ่งประกอบด้วยศาลชั้นต้นและศาลสูง

(1) ศาล (the trial court) ศาลชั้นต้นประกอบด้วยผู้พิพากษา จำนวน 5 คน โดย 3 คน เป็นผู้พิพากษากัมพูชา และหนึ่งในผู้พิพากษากัมพูชา 3 คนนั้น จะปฏิบัติหน้าที่เป็นประธาน และมีผู้พิพากษาต่างชาติ 2 คน ส่วนศาลสูงจะประกอบด้วยผู้พิพากษา จำนวน 7 คน โดย 4 คน เป็นผู้พิพากษากัมพูชา และหนึ่งใน 4 คนนั้น จะปฏิบัติหน้าที่เป็นประธาน และมีผู้พิพากษาต่างชาติจำนวน 3 คน (มาตรา 9) โดยมาตรา 10-13 จะว่าด้วยการแต่งตั้งผู้พิพากษาผู้ช่วย ซึ่งอาจเป็นชาวกัมพูชาหรือเจ้าหน้าที่ระหว่างประเทศก็ได้ตามความจำเป็น

นอกจากศาลชั้นต้นและศาลสูงแล้ว งานสอบสวนทั้งหลายยังอยู่ในความรับผิดชอบของผู้พิพากษาร่วมในการสอบสวน ซึ่งประกอบด้วยชาวกัมพูชา 1 คน และชาวต่างชาติ 1 คน (มาตรา 23) โดยการแต่งตั้งและงานที่รับผิดชอบจะเป็นไปตามมาตรา 24-28

(2) อัยการร่วม (co-prosecutors) ในการดำเนินคดีต่างๆ จะอยู่ในความรับผิดชอบของอัยการร่วม ที่เป็นชาวกัมพูชา 1 คน และชาวต่างชาติ 1 คน (มาตรา 16) โดยมาตรา 17-22 จะว่าด้วยการแต่งตั้งและงานที่รับผิดชอบ

2.5.4.2 เขตอำนาจศาลพิเศษแห่งเขมรแดง

กฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลของกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่กระทำลงในระหว่างการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตยนี้ มุ่งหมายที่จะดำเนินคดีเฉพาะต่อผู้นำอาวุโสของเขมรแดงและบรรดาผู้ต้องรับผิดชอบสูงสุดต่อการกระทำ

อาชญากรรม (มาตรา 1)¹⁵⁴ บุคคลเหล่านี้จะต้องถูกไต่สวนในศาลพิเศษตามโครงสร้างของศาล กัมพูชาที่มีอยู่ ซึ่งประกอบด้วยศาลชั้นต้นและศาลสูง (มาตรา 2) เขตอำนาจของศาลพิเศษนี้ ครอบคลุมเฉพาะช่วงเวลาระหว่างวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1975 ถึงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1979 และขยายถึงอาชญากรรมเฉพาะภายใต้ประมวลกฎหมายอาญาแห่งกัมพูชา ค.ศ. 1956 (มาตรา 3) อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 4) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (มาตรา 5) การละเมิด อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 อย่างร้ายแรง (มาตรา 6) การทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมใน เหตุการณ์ขัดกันทางอาวุธ (มาตรา 7) และอาชญากรรมต่อบุคคลผู้ได้รับการปกป้องระหว่าง ประเทศตามอนุสัญญาเวียนนา ค.ศ. 1961 ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต (มาตรา 8)

(1) เขตอำนาจเหนือดินแดน

ตามมาตรา 31 ว่าด้วยการใช้บังคับเหนือกัมพูชา กำหนดให้ ความตกลงนี้จะใช้บังคับเป็นกฎหมายในราชอาณาจักรกัมพูชา กล่าวคือ ความตกลงมีผลบังคับ โดยตรงต่อกัมพูชาและไม่ต้องมีการภาคยานุวัติเป็นกฎหมายภายในอีก

(2) เขตอำนาจเหนือเวลา

ภายใต้ความตกลงระหว่างสหประชาชาติและรัฐบาลกัมพูชา เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาชญากรรมที่กระทำลงระหว่างการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตย ภายใต้กฎหมายกัมพูชา ("ความตกลง") และกฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลกัมพูชา เพื่อการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่กระทำลงระหว่างการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตย ("กฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลกัมพูชา") นั้น ได้กำหนดเขตอำนาจเหนือเวลาของ ศาลพิเศษ นับจากวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1975 ถึงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1979¹⁵⁵ ซึ่งเป็น ระยะเวลาที่ครอบคลุมช่วงเวลาแห่งการปกครองที่เขมรแดงมีอำนาจสูงสุด* ซึ่งไม่ใช่เรื่องธรรมดา ที่องค์การยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจเพียงเท่าที่อาชญากรรมได้กระทำลงในช่วงเวลา เฉพาะเช่นนี้

¹⁵⁴ Third preamble paragraph and art. 1, 2, 5 and 6 of the Agreement; art. 1 and 2 of the Law.

¹⁵⁵ First and third preamble paragraph, art. 1, 5 and 6 of the Agreement; art. 1 to 8 of the Law.

* วันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1975 เป็นวันที่เขมรแดงล้มล้างอำนาจของ Lon Nol และก่อตั้งกัมพูชาประชาธิปไตย ขึ้น และวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1979 เป็นวันที่ Pol Pot และเขมรแดงถูกโค่นล้มอำนาจโดยกองทัพเวียดนาม

(3) เขตอำนาจเหนือบุคคล

ความตกลงและกฎหมายมุ่งนำบุคคล เช่น บรรดาผู้นำอาวุโสของเขมรแดงและบรรดาผู้ต้องรับผิดชอบที่สุดต่อการกระทำอาชญากรรมและการละเมิดอย่างร้ายแรงมาลงโทษ¹⁵⁶ ซึ่งคำว่า "ต้องรับผิดชอบที่สุด" นี้ เป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาโดยศาลพิเศษ ซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับกรณีของศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน¹⁵⁷

กฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลของกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่กระทำลงในช่วงการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตย ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนไว้ และตำแหน่งทางราชการไม่อาจลดความรับผิดชอบของแต่ละคนลงหรือลดการลงโทษได้ (มาตรา 29)

2.5.4.3 กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาลพิเศษแห่งเขมรแดง

ด้วยผลของมาตรา 2 วรรค 2 และ 3* ที่กำหนดโดยชัดแจ้งว่า ความตกลงระหว่างสหประชาชาติและกัมพูชามีอำนาจเหนือกฎหมายว่าด้วยศาลพิเศษ เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 31** แสดงให้เห็นว่าความตกลงนี้จะใช้บังคับเป็นกฎหมายในราชอาณาจักร

¹⁵⁶ Third preamble paragraph and art. 1, 2, 5 and 6 of the Agreement; art. 1 and 2 of the Law.

¹⁵⁷ The SCSL Statute, art. 1 para. 1.

* Article 2 The Law on the Establishment of Extraordinary Chambers

...

2. The present Agreement shall be implemented in Cambodia through the Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers as adopted and amended. The Vienna Convention on the Law of Treaties, and in particular its Article 26 and 27, applies to the Agreement.

3. In case amendments to the Law on Establishment of the Extraordinary Chambers are deemed necessary, such amendments shall always be preceded by consultations between the parties.

** Article 31 Application within Cambodia

กัมพูชา กล่าวคือ ความตกลงมีผลบังคับโดยตรงต่อกัมพูชาและไม่ต้องมีการภาคยานุวัติเป็นกฎหมายภายในอีก

กระบวนการพิจารณาของศาลพิเศษแห่งเขมรแดงจะเป็นไปตามมาตรา 33-37 แห่งกฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลของกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่กระทำลงในระหว่างการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตย

2.5.4.4 อาชญากรรมในเขตอำนาจของศาลพิเศษแห่งเขมรแดง

เขตอำนาจของศาลพิเศษแห่งเขมรแดงตามกฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลของกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่กระทำลงในระหว่างการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตยนี้ ครอบคลุมขยายไปถึงอาชญากรรมเฉพาะภายใต้ประมวลกฎหมายอาญาแห่งกัมพูชา ค.ศ. 1956 (มาตรา 3) อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 4) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (มาตรา 5) การละเมิดอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 อย่างร้ายแรง (มาตรา 6) การทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในเหตุการณ์ขัดกันทางอาวุธตามอนุสัญญากรุงเฮกเพื่อการปกป้องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมระหว่างการขัดกันทางอาวุธ ค.ศ. 1954 (มาตรา 7) และอาชญากรรมต่อบุคคลผู้ได้รับการปกป้องระหว่างประเทศตามอนุสัญญาเวียนนา ค.ศ. 1961 ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต (มาตรา 8) ด้วย โดยมีข้อสงสัยเกิดว่าตามมาตรา 4 แห่งกฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลกัมพูชากำหนดฐานความผิดเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อการพยายาม การสมรู้ร่วมคิด และการร่วมในการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยไม่มีการบัญญัติให้การยุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดตามมาตรานี้ด้วย

อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลพิเศษนี้เปิดดำเนินการ ศาลจะนั่งพิจารณาเป็นระยะเวลาสามปี และในปัจจุบัน นายพลพต (Pol Pot) ผู้นำเขมรแดง ก็ได้เสียชีวิตลงแล้วเมื่อปี ค.ศ. 1998 และเหลือเพียงผู้นำระดับต้นของเขมรแดงที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้นที่จะเข้าสู่วินิจฉัยของศาลพิเศษนี้

The present Agreement shall apply as law within the Kingdom of Cambodia following its ratification in accordance with the relevant provisions of internal law of the Kingdom of Cambodia regarding competence to conclude treaties

ตามที่ได้ศึกษาวิวัฒนาการกฎหมายระหว่างประเทศต่อความผิดฐาน
 ยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยเฉพาะใบบริบทของศาลอาญาระหว่าง
 ประเทศต่างๆ จะเห็นได้ว่า เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ แตกต่างเขตอำนาจของศาล
 อาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองโกลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา โดยเฉพาะ
 อย่างยิ่งในความผิดฐานต่างๆ ของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยมาตรา 6 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่ง
 ศาลอาญาระหว่างประเทศนิยามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2 แห่งอนุสัญญาทำลายล้าง
 เผ่าพันธุ์เท่านั้น โดยไม่รวมถึง “การกระทำอื่น” ได้แก่ การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลาย
 ล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 3 ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ซึ่งแตกต่างจากธรรมนูญของ
 ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองโกลาเวียและธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่ง
 รวันดาที่รวม “การกระทำอื่น” เข้าไว้ในมาตรา 4(3) และมาตรา 2(3) ตามลำดับ อันเป็นบทบัญญัติ
 ที่ว่าด้วยที่นิยามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศกลับ
 กำหนดให้การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ผู้อื่นกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นรูปแบบ
 ของความรับผิดชอบทางอาญาส่วนบุคคลในมาตรา 25 ที่ว่าด้วย “ความรับผิดชอบทางอาญาส่วนบุคคล”
 ตามมาตรา 25(3)(อี) โดยมีข้อสังเกตว่าทุกวรรคของมาตรา 25 ยกเว้นมาตรา 25(3)(อี) จะ
 ครอบคลุมทุกอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ
 เช่น การกระทำความผิดโดยตรง การสั่งให้กระทำความผิด หรือการช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้
 กระทำความผิด ในขณะที่มาตรา 25(3)(อี) จะกำหนดให้การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะใช้
 เฉพาะกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เท่านั้น¹⁵⁸

เนื่องจากตามธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น
 เป็นธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองโกลาเวีย ธรรมนูญศาลอาญา
 ระหว่างประเทศแห่งรวันดา ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญศาลพิเศษ
 แห่งเซียร์ราลีโอน หรือกฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลของกัมพูชาเพื่อดำเนินคดีต่อ
 อาชญากรรมที่กระทำลงในช่วงการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตย ต่างก็มีการกำหนด
 อาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลไว้แตกต่างกัน ผู้เขียนจึงขอเปรียบเทียบอาชญากรรมใน
 เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศทั้งห้าตามตารางที่ 1 ดังนี้

¹⁵⁸ Thomas E. Davies, “How the Rome Statute weakens the international prohibition on incitement to genocide,” *Harvard Human Rights Journal* (January 2009): 8-9.

เปรียบเทียบอาชญากรรมตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตาลีกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา
ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน และกฎหมายว่าด้วยการก่อตั้งศาลพิเศษในศาลกัมพูชาเพื่อดำเนินคดีต่อ
อาชญากรรมที่กระทำลงในช่วงการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตย

ธรรมนูญศาล อาชญากรรมในเขตอำนาจ	ธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศแห่งอิตาลี ยูโกสลาเวีย	ธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศแห่ง รวันดา	ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาล อาญาระหว่างประเทศ	ธรรมนูญศาลพิเศษ แห่งเซียร์ราลีโอน	กฎหมายว่าด้วยการ ก่อตั้งศาลพิเศษใน ศาลกัมพูชา
อาชญากรรมทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	การกระทำที่กระทำลงด้วย เจตนาที่จะทำลายล้างทั้งหมด หรือบางส่วนของกลุ่มชน ชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติหรือ ศาสนาเช่นนั้น (มาตรา 4(2))	การกระทำที่กระทำลงด้วย เจตนาที่จะทำลายล้างทั้งหมด หรือบางส่วนของกลุ่มชน ชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติหรือ ศาสนาเช่นนั้น (มาตรา 2(2))	การกระทำที่กระทำลงด้วย เจตนาที่จะทำลายล้างทั้งหมด หรือบางส่วนของกลุ่มชน ชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติหรือ ศาสนาเช่นนั้น (มาตรา 6)	ไม่มีมาตรากำหนด	การกระทำใดๆ ที่กระทำลง ด้วยเจตนาที่จะทำลาย ทั้งหมดหรือบางส่วนของ กลุ่มชนชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อ ชาติหรือศาสนาเช่นนั้น (มาตรา 4 วรรค 2)

ธรรมนูญศาล ธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศแห่งอดีต ยูโกสลาเวีย ธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศแห่ง รวันดา ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาล อาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญศาลพิเศษ แห่งเซียร์ราลีโอน กฎหมายว่าด้วยการ ก่อตั้งศาลพิเศษใน ศาลกัมพูชา
--

นอกจากนั้น แม้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองโกลาเวีย ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ศาลอาญาระหว่างประเทศ และศาลพิเศษแห่งเขมรแดง แต่ตามธรรมเนียมและกฎหมายก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเหล่านั้นกลับกำหนดฐานความผิดของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้แตกต่างกัน ผู้เขียนจึงขอเปรียบเทียบฐานความผิดของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามตารางที่ 2 ดังนี้



เปรียบเทียบฐานความผิดของอาชญากรรมทำลายล้างผ่านฐานธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย
ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญศาลพิเศษแห่งเชรารีโอน และกฎหมายว่า
ด้วยการก่อต้งศาลพิเศษในศาลกัมพูชาเพื่อดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่กระทำการในระหว่างกัมพูชาประชาธิปไตย

ธรรมนูญศาล ฐานความผิด ทำลายล้างผ่านฐาน	ธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศแห่งอดีต ยูโกสลาเวีย	ธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศแห่ง รวันดา	ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาล อาญาระหว่างประเทศ	ธรรมนูญศาลพิเศษ แห่งเชรารีโอน	กฎหมายว่าด้วยการ ก่อต้งศาลพิเศษใน ศาลกัมพูชา
	มาตรา 4(3)(เอ) ประกอบ มาตรา 4(2)	มาตรา 2(3)(เอ) ประกอบ มาตรา 2(2)	มาตรา 6	ไม่มีมาตรากำหนด	มาตรา 4 วรรค 2

การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการกล่าวถึงมานานตั้งแต่ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก และได้รับการพัฒนาเรื่อยมาจนกระทั่งได้รับการบัญญัติให้เป็นความผิดอย่างชัดแจ้งภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยกำหนดให้ลงโทษเฉพาะการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียและธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาก็ได้นำบทบัญญัติดังกล่าวแบบคำต่อคำมาบัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวทั้งสอง แต่เนื่องจากศาลพิเศษแห่งเซบราลีโอนไม่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงไม่มีการบทบัญญัติห้ามการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในขณะที่ศาลพิเศษในศาลของกัมพูชาเพื่อการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่กระทำลงในการปกครองของกัมพูชาประชาธิปไตย ถึงแม้จะมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ก็ไม่มีการกำหนดฐานความผิดเพื่อการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ในขณะที่ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรอันเดียวของโลกในขณะนี้ ก็กลับกำหนดแนวทางเรื่องนี้แตกต่างจากธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวียและธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา โดยแทนที่จะนำฐานความผิดเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาบัญญัติ ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศกลับใช้อ้างอิงกับความรับผิดชอบส่วนบุคคลในมาตรา 25 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่ใช้กับทุกอาชญากรรมภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้เฉพาะแต่อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เท่านั้น แต่ยังคงมีเฉพาะมาตรา 25(3)(อี) ที่ใช้เฉพาะกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

อย่างไรก็ตาม มาตรา 2(3)(อี) แห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศก็ยังคงองค์ประกอบว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาและได้รับการลงโทษต่ออาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล หากบุคคล [...] (อี) ในกรณีของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ยุยงโดยตรงโดยสาธารณะให้บุคคลอื่นกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์” ซึ่งจะเห็นได้ว่า ยังคงองค์ประกอบความรับผิดชอบเหมือนตามมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ มาตรา 4(3)(อี) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองสลาเวีย และมาตรา 2(3)(อี) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา

จากการศึกษาในบทที่ 2 นี้จึงทำให้เห็นความจำเป็นในการแสวงหาแนวทางการใช้และการตีความบทบัญญัติว่าด้วยการยุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาต่อความผิดฐานยุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเป็นศาลเดียวในขณะนี้ที่ดำเนินคดีต่อบุคคลเพื่อการยุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์