หอสมุดกลาง สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

กฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวกับ
อาชญากรสงคราม

จากที่ได้ศึกษาเรื่องแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรสงครามไปแล้วในบทที่ 1 จะเห็นได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรสงครามมีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา อย่างไรก็ตาม สิ่งสำคัญที่ เป็นพื้นฐานของแนวความคิดนี้ก็คือความคิดที่ต้องการจะลงโทษผู้ที่กระทำทารุณโหดร้ายเกินสมควรกว่าเหตุในช่วงสงคราม ซึ่งการที่จะนำตัวอาชญากรสงครามมาลงโทษได้นั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้ ดังเช่น ความผิดอาญาทั่วไปตามภาษิตกฎหมายที่ว่า "ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมาย" (nullum crimen sine lege) และ "ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมาย" (nulla sine lege) จึงเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะวิเคราะห์ถึงกฎหมายสารบัญญัติในส่วนที่นำมาใช้บังคับกับอาชญากรสงคราม โดยในบทนี้จะได้วิเคราะห์ถึงกฎหมายสารบัญญัติใน 5 ประเด็นด้วยกัน คือ

1. การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม
2. การกระทำตามคำสั่ง
3. การกระทำในนามของรัฐ
4. อายุความ
5. บทลงโทษ

<u>การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม</u>

การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 3 ประเด็นด้วยกันคือ

1. บุคคลที่เป็นอาชญากรสงคราม และบุคคลที่มีความรับผิดชอบต่อการก่อการก่ออาชญากรรมสงคราม
2. ลักษณะของการกระทำอาชญากรรมสงคราม
3. สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองมิให้ต้องรับผลจากการกระทำของอาชญากรสงคราม

1. <u>บุคคลที่เป็นอาชญากรสงครามและบุคคลที่มีความรับผิดชอบต่อการก่ออาชญากรรมสงคราม</u>

ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับกันมาช้านานแล้วว่า รัฐเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (subject of international law) ส่วนบุคคลธรรมดานั้น ก่อนกลางคริสตศตวรรษที่ 19 ตามความเห็นของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) และนักกฎหมายธรรมชาติ (naturalists) ถือว่าโดยปกติแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจะใช้กับรัฐเท่านั้น แต่บุคคลธรรมดาอาจเป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ หากกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ [1] ส่วนสำนักสังคมวิทยา (Sociological school) เห็นว่า บุคคลธรรมดาเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่เพียงผู้เดียว รัฐมีเพียงหน้าที่ในการจัดเตรียมกลไกทางกฎหมาย (legal machinery) สำหรับวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดาโดยรวม (the rights and duties of collectivities of individuals) [2] อนึ่ง หากพิจารณาสถานะของบุคคลธรรมดาในกฎหมายระหว่างประเทศจากแนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้วอาจแบ่งได้ดังนี้ คือ [3]

(1) แนวความคิดทวินิยม (The dualist conception) เห็นว่ารัฐเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่บุคคลธรรมดาเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายภายในกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดา จะกำหนดแก่รัฐที่มีเขตอำนาจเหนือบุคคลนั้น เพื่อให้รัฐกำหนดสิทธิและกำหนดหน้าที่กับบุคคลธรรมดาอีกต่อหนึ่ง แทนที่จะกำหนดให้กับบุคคลธรรมดาโดยตรง เช่น กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่าการฆาตกรรมและ

---

[1] Karl Josef Partsch, "Individuals in international law" <u>Encyclopedia of Public International Law</u> 8(1985) : 316.

[2] Ibid.

[3] S.Prakash Sinha, "The position of the individual in international criminal law" in <u>A treatise on international criminal law</u>, Vol.I : crimes and punishment, eds. M.Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda (Illinois : Charles C. Thomas Publisher, 1973), p.130.

ทารุณกรรมเชลยศึกเป็นอาชญากรรมสงคราม ดังนั้น บุคคลที่กระทำการดังกล่าวจึงเป็นอาชญากรสงครามและต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น เป็นต้น

(2) แนวความคิดเอกนิยม (The monist conception) เห็นว่าทั้งรัฐและบุคคลธรรมดาต่างก็เป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยบุคคลธรรมดาจะเป็นบุคคลโดยตรงตามกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศปรับใช้โดยตรงกับบุคคลธรรมดา

นอกจากนี้ มีนักวิชาการบางท่าน เช่น M.Sibert , J.Rochette และ C.Th. Eustathiades แสดงทัศนะว่า บุคคลธรรมดาจะเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ เมื่อบุคคลธรรมดามีสิทธิระหว่างประเทศ (international right) ของตนเอง ซึ่งประกอบด้วยความสามารถดำเนินการระหว่างประเทศ (international procedural ability) หรือหน้าที่ระหว่างประเทศ (international duty) และความสามารถในการฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างประเทศ (international procedural amenability) แต่ก็มีอีกทัศนะหนึ่งที่เห็นว่าการที่บุคคลธรรมดามีแค่เพียงสิทธิภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเขาสามารถใช้บังคับสิทธินั้นได้โดยหน่วยงานระหว่างประเทศ (international organ) และมีหน้าที่สำหรับสิ่งที่เขาต้องมีความรับผิดชอบก็เป็นการเพียงพอแล้ว [4]

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศเองได้ยอมรับสถานะของเอกชนหรือบุคคลธรรมดาในระดับหนึ่ง สำหรับบทบาทของบุคคลธรรมดาในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น บุคคลธรรมดาได้เริ่มเข้ามามีบทบาทในกฎหมายระหว่างประเทศมากขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยที่ประชุมสันติภาพ ณ กรุงเฮก (Hague Peace Conferences) ในปี ค.ศ. 1899 และ ค.ศ. 1907 ได้ยอมรับบุคคลธรรมดาในฐานะที่เป็นผู้รับประโยชน์ (beneficiary) ของพันธกรณีของรัฐมากกว่าแต่ก่อน จากการที่บุคคลธรรมดาจะได้รับการปกป้องในยามสงครามนั้นเอง [5] และเหตุการณ์ที่สำคัญที่สุดที่ชี้ให้เห็นว่าบุคคลธรรมดาเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศก็คือ การพิจารณาคดีอาชญากรสงครามต่อศาลนูเรมเบิร์กและศาลโตเกียวภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งทำให้เห็นว่าบุคคลธรรมดามีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ สิทธิที่ได้รับการปกป้องทั้งจากกฎหมายจารีตประเพณีและอนุสัญญาต่าง ๆ เช่น

---

[4] Ibid.,pp.131-132

[5] Karl Josef Partsch,op.cit.:318.

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 (The Geneva Conventions 1864) และอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 (The Hague Conventions 1907) เป็นต้น รวมทั้งมีความรับผิดชอบต่อการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ตนได้ก่อขึ้นอีกด้วย ดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลนูเรม-เบิร์กตอนหนึ่งว่า [6]

"ได้มีการยอมรับกันมานานแล้วว่ากฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหน้าที่(duties) และความรับผิด (liabilities) ให้กับบุคคลธรรมดาได้เช่นเดียวกับที่กำหนดให้รัฐกรณีที่เกิดขึ้นเมื่อเร็ว ๆ นี้คือ คดี Ex parte Quirin ในศาลสูง (The Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าระหว่างสงครามบุคคลที่ถูกกล่าวหาได้ลอบเข้ามายัง (landing) สหรัฐอเมริกา เพื่อวัตถุประสงค์ในการสืบราชการลับ (spying) หรือ การก่อวินาศกรรม (sabotage) ก็รับผิดได้ ต่อมาหัวหน้าผู้พิพากษาสโตน (Chief Justice Stone) ได้กล่าวแก่ศาลว่า

"ตั้งแต่เริ่มก่อตั้งศาลขึ้น ศาลได้ปรับใช้กฎหมายสงครามถือเป็นหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้กำหนดกฎเกณฑ์การทำสงคราม (the conduct of war) สถานะ (the status) สิทธิและหน้าที่ (rights and duties) ของชาติศัตรูเช่นเดียวกับคนชาติศัตรู"

อาชญากรรมต่อกฎหมายระหว่างประเทศก่อขึ้นโดยบุคคลธรรมดา (men) ไม่ใช่โดยตัวตนที่เป็นนามธรรม (abstract entities) * และสามารถบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยการลงโทษบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้ก่ออาชญากรรมดังกล่าวขึ้น **"

---

[6] Criton G.Tornaritis, "The individual as a subject of international law and international criminal law" in A treatise on international criminal law, Vol. I : crimes and punishment,eds. M.Cherif Bassiouni and Ved P.Nanda, p.113.

* abstract entities ในที่นี้หมายถึงคำว่า "รัฐ" หรือ "รัฐบาล"

** หมายความว่า เมื่อบุคคลธรรมดาเป็นผู้ก่ออาชญากรรม ดังนั้น การลงโทษบุคคลธรรมดาที่ก่ออาชญากรรม จึงเป็นการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศต่อผู้ที่กระทำผิดอย่างแท้จริง

สำหรับความสามารถในการฟ้องร้องดำเนินคดี (international procedural amenability) นั้น จะพบว่าในบางกรณีบุคคลธรรมดาก็มีอำนาจในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อหน่วยงานระหว่างประเทศ (international organ) ได้เองเช่นกัน เช่น มาตรา 25 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) กำหนดว่า คณะกรรมาธิการยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Commission of Human Rights) อาจได้รับคำร้องจากบุคคลธรรมดาซึ่งร้องเรียนว่าถูกละเมิดสิทธิโดยภาคีแห่งอนุสัญญา รวมทั้งประเทศของผู้ร้องเองด้วย เป็นต้น [7]

ในขั้นนี้ จะเห็นได้ชัดว่าปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่าในบางกรณีบุคคลธรรมดาอาจได้รับสิทธิ ในอันที่จะฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐต่อการที่สิทธิของตนถูกละเลยได้ ทั้งนี้ บุคคลธรรมดาย่อมไม่ได้มีสิทธิและหน้าที่เหมือนกับรัฐได้ในทุก ๆ เรื่อง ในบางเรื่องก็คงมี เพียงรัฐเท่านั้นที่สามารถจะทำได้ อาทิ เรื่องการรับรองรัฐหรือรัฐบาล และการประกาศสงคราม

ปัญหาต่อไปก็คือ บุคคลประเภทใดถึงจะเป็นอาชญากรสงครามได้ซึ่งปัจจุบันก็ยังไม่มีกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรใด นอกจากตามมาตรา 6 ของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กที่ได้บัญญัติถึงบุคคลที่จะต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมสงครามไว้ว่า

"มาตรา 6 ศาลที่ตั้งขึ้นโดยข้อตกลงที่กล่าวถึงในมาตรา 1 เพื่อการพิจารณาและลงโทษอาชญากรสงครามคนสำคัญของประเทศอักษะในยุโรปจะมีอำนาจพิจารณาคดีและลงโทษบุคคลผู้ซึ่งกระทำการเพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มอักษะในยุโรป ไม่ว่ากระทำโดยส่วนบุคคลหรือกระทำโดยเป็นสมาชิกขององค์การ ซึ่งอาชญากรรมอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

การกระทำต่อไปนี้ทั้งหมดหรือข้อใดข้อหนึ่ง เป็นอาชญากรรมภายใต้อำนาจศาลนี้ ซึ่งจะต้องมีความรับผิดชอบเป็นส่วนบุคคล

ก) อาชญากรรมต่อสันติภาพ.....

ข) อาชญากรรมสงคราม นั่นคือ การละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีแห่งสงครามการละเมิดจะไม่จำกัดเฉพาะแต่การฆาตกรรม ทารุณกรรมหรือขนย้ายประชาชนในดินแดน

---

[7] M.W. Janis, "Individuals subjects of international law," Cornell International Law Journal 17 (Winter 1984) : 66 : 69.

ที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส การฆาตกรรมหรือทารุณกรรมต่อเชลยศึกและบุคคลในทะเล การฆาตกรรมตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือของเอกชน การทำลายเมืองหรือหมู่บ้านอย่างราบเรียบหรือการทำลายอื่นๆ ซึ่งไม่มีความจำเป็นทางทหาร

ค) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ....."

ผู้เขียนเห็นว่า จากถ้อยคำของมาตรา 6 ที่ว่า "โดยส่วนบุคคลหรือกระทำโดยสมาชิกขององค์การ" พอที่จะวิเคราะห์ได้ว่า ผู้ที่ต้องรับผิดต่อการก่ออาชญากรรมสงครามหรือที่เรียกว่า "อาชญากรสงคราม" นั้นอาจจะเป็นได้ทั้ง <u>พลเรือน</u> (จากถ้อยคำว่า "โดยส่วนบุคคล") และ<u>สมาชิกของกองกำลัง</u> (จากถ้อยคำว่า "สมาชิกขององค์การ") ซึ่งในเรื่องนี้ Gerhard von Glahn ได้ให้ความเห็นไว้ว่า บุคคลใดไม่ว่าพลเรือนหรือสมาชิกของกองกำลังของรัฐที่ก่อการกระทำซึ่งละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ควบคุมการพิพาทกันด้วยอาวุธ (armed conflict) ย่อมมีความรับผิดต่อการกระทำของตนและต้องถูกลงโทษในฐานะที่เป็นอาชญากรสงคราม [8]

นอกจากนี้ ในคู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก ข้อ 498 และ 499 ได้บัญญัติไว้ตามลำดับ ดังนี้ [9]

"498. อาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ

บุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้สั่งกัดกองทัพหรือเป็นบุคคลพลเรือน เมื่อกระทำการซึ่งเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำนั้นและจะต้องถูกลงโทษ ความผิดดังกล่าวซึ่งเนื่องด้วยการสงคราม คือ

ก. ความผิดต่อสันติภาพ

ข. ความผิดต่อมนุษยธรรม

ค. อาชญากรรมสงคราม

ความผิดที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น ได้รวมเอาความรับผิดทางอาญาของส่วน

---

[8] Gerhard von Glahn, <u>Law among nations</u>, 5th ed. (New York : Macmillan Publishing, 1986), p. 722.

[9] โกวิท มัธยมจันทร์ และพัลลภ โชติเลขา, "คู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก", <u>วารสารพระธรรมนูญ</u> 37 (กันยายน 2535) : 154.

ที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส การฆาตกรรมหรือทารุณกรรมต่อเชลยศึกและบุคคลในทะเล การฆาตกรรมตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือของเอกชน การทำลายเมืองหรือหมู่บ้านอย่างราบเรียบหรือการทำลายอื่นๆ ซึ่งไม่มีความจำเป็นทางทหาร

ค) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ....."

ผู้เขียนเห็นว่า จากถ้อยคำของมาตรา 6 ที่ว่า "โดยส่วนบุคคลหรือกระทำโดยสมาชิกขององค์การ" พอที่จะวิเคราะห์ได้ว่า ผู้ที่ต้องรับผิดต่อการก่ออาชญากรรมสงครามหรือที่เรียกว่า "อาชญากรสงคราม" นั้นอาจจะเป็นได้ทั้ง พลเรือน (จากถ้อยคำว่า "โดยส่วนบุคคล") และสมาชิกของกองกำลัง (จากถ้อยคำว่า "สมาชิกขององค์การ") ซึ่งในเรื่องนี้ Gerhard von Glahn ได้ให้ความเห็นไว้ว่า บุคคลใดไม่ว่าพลเรือนหรือสมาชิกของกองกำลังของรัฐที่ก่อการกระทำซึ่งละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ควบคุมการพิพาทกันด้วยอาวุธ (armed conflict) ย่อมมีความรับผิดต่อการกระทำของตนและต้องถูกลงโทษในฐานะที่เป็นอาชญากรสงคราม [8]

นอกจากนี้ ในคู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก ข้อ 498 และ 499 ได้บัญญัติไว้ตามลำดับ ดังนี้ [9]

"498. อาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ

บุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้สั่งการกองทัพหรือเป็นบุคคลพลเรือน เมื่อกระทำการซึ่งเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำนั้นและจะต้องถูกลงโทษ ความผิดดังกล่าวซึ่งเนื่องด้วยการสงคราม คือ

ก. ความผิดต่อสันติภาพ

ข. ความผิดต่อมนุษยธรรม

ค. อาชญากรรมสงคราม

ความผิดที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น ได้รวมเอาความรับผิดทางอาญาของส่วน

---

[8] Gerhard von Glahn, Law among nations, 5th ed. (New York : Macmillan Publishing, 1986), p. 722.

[9] โกวิท มัธยมจันทร์ และพัลลภ โชติเลขา, "คู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก", วารสารพระธรรมนูญ 37 (กันยายน 2535) : 154.

ที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส การฆาตกรรมหรือทารุณกรรมต่อเชลยศึกและบุคคลในทะเล การฆาตกรรมตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือของเอกชน การทำลายเมืองหรือหมู่บ้านอย่างราบเรียบหรือการทำลายอื่นๆ ซึ่งไม่มีความจำเป็นทางทหาร

ค) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ....."

ผู้เขียนเห็นว่า จากถ้อยคำของมาตรา 6 ที่ว่า "โดยส่วนบุคคลหรือกระทำโดยสมาชิกขององค์การ" พอที่จะวิเคราะห์ได้ว่า ผู้ที่ต้องรับผิดต่อการก่ออาชญากรรมสงครามหรือที่เรียกว่า "อาชญากรสงคราม" นั้นอาจจะเป็นได้ทั้ง พลเรือน (จากถ้อยคำว่า "โดยส่วนบุคคล") และสมาชิกของกองกำลัง (จากถ้อยคำว่า "สมาชิกขององค์การ") ซึ่งในเรื่องนี้ Gerhard von Glahn ได้ให้ความเห็นไว้ว่า บุคคลใดไม่ว่าพลเรือนหรือสมาชิกของกองกำลังของรัฐที่ก่อการกระทำซึ่งละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ควบคุมการพิพาทกันด้วยอาวุธ (armed conflict) ย่อมมีความรับผิดต่อการกระทำของตนและต้องถูกลงโทษในฐานะที่เป็นอาชญากรสงคราม [8]

นอกจากนี้ ในคู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก ข้อ 498 และ 499 ได้บัญญัติไว้ตามลำดับ ดังนี้ [9]

"498. อาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ

บุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้สั่งการกองทัพหรือเป็นบุคคลพลเรือน เมื่อกระทำการซึ่งเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำนั้นและจะต้องถูกลงโทษ ความผิดดังกล่าวซึ่งเนื่องด้วยการสงคราม คือ

ก. ความผิดต่อสันติภาพ

ข. ความผิดต่อมนุษยธรรม

ค. อาชญากรรมสงคราม

ความผิดที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น ได้รวมเอาความรับผิดทางอาญาของส่วน

---

[8] Gerhard von Glahn, Law among nations, 5th ed. (New York : Macmillan Publishing, 1986), p. 722.

[9] โกวิท มัธยมจันทร์ และพัลลภ โชติเลขา, "คู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก", วารสารพระธรรมนูญ 37 (กันยายน 2535) : 154.

บุคคลที่ได้ทำความผิดซึ่งอาจอยู่ในประเภทความผิดอย่างใดที่ได้กล่าวนั้นด้วย ส่วนผู้สั่งกัดกองทัพจะมีส่วนเกี่ยวข้องรับผิดด้วยก็เพียงแต่ความผิดฐาน "อาชญากรรมสงคราม" เท่านั้น"

"499. อาชญากรรมสงคราม

คำว่า "อาชญากรรมสงคราม" เป็นคำนิยามหมายถึงการละเมิดกฎแห่งการสงครามของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือหลายคนไม่ว่าเป็นทหารหรือพลเรือน การละเมิดกฎแห่งการสงครามทุกชนิดย่อมเป็นอาชกรรมสงครามทั้งสิ้น"

ดังนั้น จึงพอที่จะสรุปได้ว่าไม่ว่าจะเป็นผู้ที่สั่งกัดกองทัพหรือพลเรือนก็สามารถเป็นอาชญากรสงครามได้ทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า "ผู้ที่สั่งกัดกองทัพ" ไม่จำเป็นจะต้องเป็นกองทัพที่ชอบด้วยกฎหมายหรือกองทัพของฝ่ายรัฐบาลเท่านั้น อาจเป็นกองทัพหรือกองกำลังที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กองโจร (guerrillas) ก็ได้ เนื่องจากกฎหมายสงครามปรับใช้กับคู่สงครามทุกฝ่าย ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นกองกำลังที่ไม่ปกติ (irregular forces) ทหาร หรือ ผู้ที่ไม่ใช่ทหาร (non-combatants) ก็ได้รับการปกป้องจากกฎหมายสงครามทั้งสิ้น และผู้ที่ละเมิดกฎหมายสงครามอาจถูกประนามในฐานะที่เป็นอาชญากรสงครามได้ [10]

นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่า พลเรือนทั่วไปที่ไม่ได้มีส่วนในการสู้รบ ไม่สามารถจะเป็น "อาชญากรสงคราม" ได้ แม้ว่าจะกระทำการในลักษณะเช่นเดียวกับอาชญากรสงครามก็ตาม เช่น ประเทศ A กับ B กำลังสู้รบกันอยู่ นาย ก ซึ่งเป็นพลเรือนธรรมดาของประเทศ A และเป็นบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนในการสู้รบ หรือเป็นสมาชิกกลุ่ม หรือกองกำลังใดที่ทำการต่อสู้กับประเทศ B ได้ทำการฆาตกรรมหมู่ประชาชนของประเทศ B ซึ่งอยู่ในประเทศของตน กรณีเช่นนี้ถือไม่ได้ว่านาย ก เป็นอาชญากรสงคราม แต่จะถือว่านาย ก เป็นฆาตกรธรรมดาเท่านั้น เป็นต้น และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก มาตรา 6 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า

"ผู้นำ ผู้จัดการ ผู้ยุยง และ ผู้ร่วมซึ่งมีส่วนในการกำหนด หรือ ดำเนินแผนการร่วมกันเพื่อกระทำอาชญากรรมใด ๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้น จะต้องรับผิดชอบในการกระทำทุกอย่าง

---

[10] Robert K.Woetzel, " War crimes by irregular and nongovernmental forces" in A treatise on international criminal law, Vol. I : crimes and punishment, ed M. Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda, op.cit., p. 413.

ที่กระทำโดยบุคคลใด ๆ โดยการทำให้แผนการเกิดผล"

ประกอบกับมาตรา 7 ซึ่งบัญญัติว่า

"ฐานะทางราชการของจำเลย ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ หรือเป็นข้าราชการผู้รับผิดชอบในกรมต่าง ๆ ของรัฐบาลจะไม่ได้รับพิจารณาให้รอดพ้นจากความรับผิดชอบ หรือลดหย่อนผ่อนโทษ"

ดังนั้นจึงจะเห็นได้ว่า "พลเรือน" ที่จะเป็นอาชญากรสงครามได้นั้นจะต้องเป็นพลเรือนที่มีส่วนร่วมในการสู้รบหรือการก่ออาชญากรรมสงคราม ซึ่งมักจะเป็นข้าราชการพลเรือนนั่นเอง

ในส่วนของบุคคลที่มีความรับผิดต่อการก่ออาชญากรรมสงครามนั้น เมื่อพิจารณาจากมาตรา 6 วรรคท้ายของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก ประกอบกับมาตรา 1 ของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียแล้ว * จะเห็นได้ว่า นอกจากผู้ที่ลงมือก่ออาชญากรรมสงคราม จะต้องมีความรับผิดในการกระทำของตนแล้ว ผู้ที่เป็นผู้นำ ผู้จัดการ ผู้ยุยง ผู้สั่งการ หรือเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการกำหนดหรือดำเนินแผนการก่ออาชญากรรมสงคราม จะต้องมีความรับผิดชอบต่อการก่ออาชญากรรมนั้นขึ้นมาด้วยเช่นกัน

ฉะนั้นจึงพอที่จะสรุปได้ว่า บุคคลที่จะเป็นอาชญากรสงครามหรือมีความรับผิดชอบต่อการก่ออาชญากรรมสงครามได้ ก็คือสมาชิกของกองกำลัง (members of armed forces) ไม่ว่าจะเป็นกองกำลังปกติ (regular forces) ที่ชอบด้วยกฎหมาย (กองทัพของรัฐบาล) หรือจะเป็นกองกำลังที่ไม่ปกติ (irregular forces) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงข้าราชการพลเรือน และพลเรือนซึ่งเป็นผู้ก่อ ผู้นำ ผู้จัดการ ผู้ยุยง ผู้สั่งการ หรือผู้ที่มีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรมสงครามด้วย

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียไม่ได้กล่าวถึงการดำเนินคดีต่ออาชญากรสงคราม แต่กล่าวถึงการดำเนินคดีต่อบุคคลที่มีความรับผิดชอบต่อการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น เพราะต้องการหลีกเลี่ยงการใช้คำว่า "อาชญากร"และ"อาชญากรรม" ซึ่งเป็นคำที่ใช้อยู่ในกฎหมายภายใน ประการหนึ่ง และอีก

---

* โปรดอ่านรายละเอียดในภาคผนวก ค.

ประการหนึ่งก็ เพราะการใช้ถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวจะมีความหมายกว้างกว่าคำว่า "อาชญากรสงคราม" อีกทั้งยังเป็นการแสดงให้เห็นว่ามิใช่แต่เพียงผู้กระทำความผิดเท่านั้นที่จะต้องถูกดำเนินคดี แต่ยังโยงไปถึงผู้ที่มีความรับผิดชอบต่อการก่อให้เกิดความผิดนั้นด้วยว่าจะต้องถูกดำเนินคดีเช่นกัน ดังนั้นหากพิจารณาถึงจุดประสงค์ของกฎหมายแล้ว ไม่ว่าจะใช้ถ้อยคำอย่างไรก็คงจะครอบคลุมถึงบุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการก่ออาชญากรรมสงครามอยู่ดี

2. ลักษณะของการกระทำอาชญากรรมสงคราม

การกระทำที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามนั้นมีอยู่มากมาย โดยสามารถศึกษาได้จากงานของคณะกรรมาธิการ 15 นาย ประการหนึ่ง อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้งสี่ฉบับ ประการหนึ่งและพิธีสาร ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 อีกประการหนึ่ง

ก. งานของคณะกรรมาธิการ 15 นาย

คณะกรรมาธิการ 15 นาย (The Commission of Fifteen) ที่ได้ตั้งขึ้น โดยมติของที่ประชุมสันติภาพปารีส (The Paris Peace Conference) เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลง ก็เคยรวบรวมลักษณะของการกระทำที่เป็นอาชญากรรมสงครามไว้ได้ถึง 32 รายการด้วยกัน * ส่วนธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก แม้จะไม่ได้รวบรวมลักษณะของการกระทำที่เป็นอาชญากรรมสงครามไว้ แต่ก็ได้ให้ตัวอย่างของการกระทำเหล่านี้ไว้ในคำนิยามของคำว่า "อาชญากรรมสงคราม" ดังนี้

1. การฆาตกรรมเชลยศึก บุคคลในทะเล ตัวประกันและประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครอง
2. การทารุณกรรมเชลยศึก บุคคลในทะเลและประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครอง
3. การขนย้ายประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส
4. การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือเอกชน
5. การทำลายเมืองหมู่บ้านอย่างราบเรียบ

---

* โปรดอ่านรายละเอียดในบทที่ 1

6. การทำลายสิ่งอื่น ๆ โดยไม่มีความจำเป็นทางทหาร

ข. <u>อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ</u>

ตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ * ถือว่าการกระทำต่อไปนี้ เป็น grave breaches

1. การฆ่าโดยเจตนา
2. การทรมานหรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม
3. การทดลองทางชีววิทยา
4. การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส
5. การทำให้ได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยอย่างร้ายแรงโดยเจตนา
6. การเนรเทศหรือการโยกย้ายผู้ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
7. การกักขังผู้ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
8. การบังคับให้ผู้ที่ได้รับการคุ้มครองเข้าประจำการในกองทหารของประเทศที่เป็นศัตรู
9. การกระทำโดยเจตนาให้ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองเสียสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเที่ยงธรรม และตามระเบียบดังที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ
10. การจับไปเป็นตัวประกัน
11. การทำลายและริบทรัพย์สินอย่างกว้างขวาง โดยไม่มีความจำเป็นทางทหารและซึ่งกระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยพลการ

---

* อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 (ผู้บาดเจ็บป่วยไข้ในสนามรบ) มาตรา 50 และ 51
อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 (ผู้บาดเจ็บป่วยไข้ในทะเล) มาตรา 50 และ 51
อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 (เชลยศึก) มาตรา 131 และ 132
อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 (พลเรือน) มาตรา 146 และ 147

ค. <u>พิธีสารฉบับที่ 1 ค.ศ.1977</u>

ได้กล่าวถึงลักษณะของ grave breaches ซึ่งถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามไว้ในข้อ 85 ดังนี้

"ข้อ 85 การปราบปรามการละเมิดพิธีสารนี้

1. บทบัญญัติของอนุสัญญาทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามการละเมิดและการละเมิดอย่างร้ายแรงซึ่งเสริมโดยหมวดนี้ จักนำไปใช้กับการปราบปรามการละเมิดและการละเมิดอย่างร้ายแรงของพิธีสารนี้

2. การกระทำทั้งหลายซึ่งถือว่า เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาก็เป็นการฝ่าฝืนอย่างรุนแรงตามพิธีสารนี้ ถ้าเป็นการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในอำนาจของภาคีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งได้รับการปกป้องโดยข้อ 44, 45 และ 73 ของพิธีสารนี้ หรือต่อผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วย และผู้ที่เรืออับปางของคู่ปรปักษ์ซึ่งได้รับการปกป้องโดยพิธีสารนี้ หรือบุคลากรทางแพทย์ หรือทางศาสนาหน่วยแพทย์ หรือยานพาหนะทางการแพทย์ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของคู่ปรปักษ์ และได้รับการปกป้องโดยพิธีสารนี้

3. นอกจากการละเมิดอย่างร้ายแรงซึ่งได้กำหนดไว้ในข้อ 11 การกระทำต่อไปนี้ จักต้องถือว่าเป็นการละเมิดพิธีสารนี้อย่างร้ายแรง เมื่อกระทำโดยจงใจโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของพิธีสารนี้ และเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสแก่กายหรือสุขภาพ

(ก) ทำให้ประชาชนพลเรือน หรือพลเรือนแต่ละคนเป็นเป้าหมายของการโจมตี

(ข) ลงมือดำเนินการโจมตีโดยไม่เลือก ทำให้มีผลกระทบต่อเป้าหมายประชาชนพลเรือนหรือทรัพย์พลเรือนโดยรู้ว่าการโจมตีเช่นนั้น จะมีผลทำให้ละเมิดต่อการสูญเสียชีวิต ทำให้เกิดอันตรายแก่กาย ทำให้ได้รับบาดเจ็บแก่พลเรือน หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์ของพลเรือนตามที่นิยามไว้ในข้อ 57 วรรค 2 (ก)(3)

(ค) ดำเนินการโจมตีต่อการงาน หรือ สิ่งติดตั้งซึ่งมีพลังงานที่เป็นอันตราย โดยรู้อยู่ว่าการโจมตีเช่นนั้นจะเป็นเหตุให้เกิดความสูญเสียแก่ชีวิต เกิดอันตรายต่อพลเรือน หรือเกิดความเสียหายแก่เป้าหมายทางพลเรือนตามที่นิยามไว้ในข้อ 57 วรรค 2 (ก)(3)

(ง) ทำให้สถานที่ที่ไม่ได้ป้องกันและเขตปลอดทหารเป็นเป้าหมายของการโจมตี

(จ) กระทำการโจมตีบุคคลซึ่งเป็นเป้าหมาย โดยรู้ว่าเขาพ้นสภาพการสู้รบ

(ฉ) การฝ่าฝืนข้อ 37 โดยล่อลวงว่าจะได้รับความคุ้มครองโดยแสดงสัญญลักษณ์พิเศษของเครื่องหมายกาชาด จันทร์เสี้ยวแดงหรือรูปสิงโตกับดวงอาทิตย์สีแดงหรือเครื่องหมายเพื่อคุ้มครองอย่างอื่นตามอนุสัญญาหรือพิธีสารนี้

4. นอกจากการละเมิดอย่างร้ายแรงตามที่กำหนดไว้ในวรรคก่อน และในอนุสัญญาต่อไปนี้ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง ตามพิธีสารนี้เมื่อกระทำโดยจงใจและฝ่าฝืนต่ออนุสัญญาหรือพิธีสารนี้

(ก) ฝ่ายที่ทำการยึดครองโยกย้ายส่วนของพลเรือนของตนเองไปยังดินแดนที่ทำการยึดครองหรือเนรเทศ หรือโยกย้ายประชากรทั้งหมด หรือส่วนหนึ่งของดินแดนที่ถูกยึดครองภายในหรือภายนอกดินแดนที่ถูกยึดครอง อันเป็นการฝ่าฝืนข้อ 49 ของอนุสัญญาฉบับที่ 4

(ข) ส่งเชลยศึกหรือพลเรือนกลับถิ่นฐานเดิมชักช้า โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(ค) การแบ่งแยกโดยถือผิว หรือ การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม หรือเหยียบย่ำอื่นใดที่เกี่ยวกับการทำลายเกียรติยศของบุคคลโดยมีพื้นฐานมาจากการแบ่งแยกเชื้อชาติ

(ง) ทำให้อนุสาวรีย์ที่สำคัญซึ่งเห็นได้ง่าย งานศิลปะหรือสถานที่เคารพสักการะ ซึ่งก่อให้เกิดมรดกทางวัฒนธรรมทางจิตใจของประชาชน และซึ่งได้มีการปกป้องเป็นพิเศษแก่สิ่งเหล่านี้โดยมีการตกลงเป็นพิเศษ ตัวอย่างเช่น ภายในโครงงานขององค์การระหว่างประเทศ ที่มีความสามารถเป็นเป้าหมายของการโจมตีจะเป็นเหตุให้มีการทำลายสิ่งเหล่านี้อย่างกว้างขวาง ซึ่งไม่มีพยานหลักฐานว่ามีการฝ่าฝืนข้อ 53 ข้อย่อย (ข) โดยภาคีฝ่ายตรงข้าม และเมื่ออนุสาวรีย์ที่สำคัญ งานศิลปะและสถานที่ซึ่งเคารพสักการะเช่นนั้นไม่ได้ตั้งอยู่ในสถานที่ใกล้ชิดกับเป้าหมายทางทหาร

(จ) กีดกันบุคคลซึ่งได้รับการปกป้องโดยอนุสัญญาหรือตามที่อ้างถึงในวรรค 2 ของข้อนี้ในสิทธิในการที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่ยุติธรรมและปกติ

โดยที่ไม่เสียแก่การนำอนุสัญญาและพิธีสารนี้มาใช้ <u>การละเมิดอย่างร้ายแรงในพิธีสารเหล่านี้ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม</u>"

อย่างไรก็ตาม ในช่วงของการประชุมเพื่อร่างพิธีสารฉบับที่ 1 ก็ได้มีการเสนอการกระทำอีกหลายอย่างที่ไม่ได้อยู่ภายใต้บทบัญญัติเกี่ยวกับ grave breaches ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารฉบับที่ 1 ว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง เช่น ผู้แทนของอูกานดา (Uganda) เสนอว่า การกระทำ (acts) หรือการปฏิบัติ (practices) ซึ่งอาจขยายผลเป็นสงคราม (escalate war) ควรจะเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงด้วย [11] ผู้แทนของฟิลิปปินส์เสนอว่ามาตรการกีดกันเชลยศึกหรือผู้ถูกคุมขัง (detainees) ออกจากโลกภายนอกอย่างสมบูรณ์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกีดกันออกจากครอบครัวของบุคคลดังกล่าวเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง เป็นต้น [12]

นอกจากนี้ ในระหว่างร่างพิธีสารฉบับที่ 1 นี้ ตัวแทนของโปแลนด์ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับ grave breaches ไว้ว่า [13]

"grave breaches ตามอนุสัญญา หรือพิธีสารฉบับนี้ควรจะได้รับพิจารณาถึง

(a) การเข้าไปมีส่วนร่วม (complicity) ใน grave breaches

(b) ความพยายามก่ออาชญากรรมสงคราม

(c) การยุยงส่งเสริม (incitement) โดยตรง หรือการสมรู้ร่วมคิด (conspiracy) ที่จะก่อ grave breaches หากการผิดพันธกรณีนั้นได้กระทำขึ้น"

ซึ่งแนวความคิดนี้ โดยเฉพาะในเรื่องความพยายามก่อ grave breaches ไม่ได้รับการสนับสนุนจากตัวแทนของประเทศอื่น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าแนวความคิดที่จะให้ความพยายามก่อ grave breaches ถือว่าเป็นการ grave breaches ด้วยนั้น

---

[11] Howard S. Levie, <u>Protection of war victims : Protocol I to the 1949 Geneva Conventions</u>, Vol.4 (New York : Oceana Publications, Inc., 1981), p. 223.

[12] Ibid., p. 235.

[13] Ibid., pp. 209 - 210.

เป็นแนวความคิดที่น่าสนใจเนื่องจากเป็นการขยายขอบเขตของผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อการก่อ grave breaches ออกไป ซึ่งอาจส่งผลในทางป้องกันทำให้ผู้ที่จะกระทำความผิดเกรงกลัวมากขึ้นเพราะเพียงพยายามกระทำความผิดก็จะต้องถูกลงโทษแล้ว แต่แนวความคิดนี้ก็ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการพิสูจน์เจตนา รวมทั้งการหาพยานหลักฐานต่าง ๆ ซึ่งปกติก็กระทำได้ยากอยู่แล้วแม้ในกรณีความผิดสำเร็จ หากการกระทำนั้นเกิดขึ้นในพื้นที่ห่างไกลหรือในสนามรบที่สำคัญคือ กว่าที่จะสามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาขึ้นศาลเพื่อพิสูจน์ความผิด ก็จะต้องรอจนกว่าสงครามสงบแล้วจึงจะนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีได้ จึงทำให้การหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิด กระทำได้ยากมากขึ้น

ในส่วนของวิวัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศล่าสุด คือ เหตุการณ์ในอดีตยูโกสลาเวีย ซึ่งได้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย โดยธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียได้บัญญัติถึงเรื่อง grave breaches ไว้ในมาตรา 2 [14] ดังนี้

"<u>การผิดพันธกรณีอย่างร้ายแรง (grave breaches) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949</u>

ศาลระหว่างประเทศ (The International Tribunal) มีอำนาจที่จะดำเนินคดี (prosecute) ต่อบุคคลที่ก่อหรือสั่งให้ก่อการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 กล่าวคือ การกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับการปกป้องภายใต้บัญญัติของอนุสัญญาเจนีวาที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(a) การฆาตกรรมโดยเจตนา

(b) การทรมานหรือปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม (inhuman treatment) รวมถึงการทดลองทางชีววิทยา (biological experiments)

(c) การทำให้ได้รับอันตรายแก่ร่างกาย หรืออนามัยอย่างร้ายแรง หรืออย่างทนทุกข์ทรมานมากโดยเจตนา

---

[14] United Nations,"Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808(1993)", S/25704, 3 May 1993.

(d) การทำลายและการเวนคืนทรัพย์สิน (expropriation of property) อย่างกว้างขวางโดยไม่มีความจำเป็นทางทหารและซึ่งได้กระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยพลการ

(e) การบังคับให้เชลยศึกหรือพลเรือนเข้าไปรับใช้ในกองกำลังของประเทศที่เป็นศัตรู

(f) การกระทำโดยเจตนาให้เชลยศึก หรือพลเรือนเสียสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเที่ยงธรรม (fair) และเป็นไปตามระเบียบ (regular trial)

(g) การผลักดัน (deportation) หรือการโยกย้าย (transfer) พลเรือนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการกักตัว (confinement) พลเรือนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(h) การจับพลเรือนเป็นตัวประกัน (hostage)"

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกต 2 ประการว่า

1. ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียเองก็ยังคงยึดถือหลักเกณฑ์เดียวกับอนุสัญญา ค.ศ. 1949

2. หลังจากธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กแล้วก็ไม่มีการแยกแยะลักษณะการกระทำที่เป็น "อาชญากรรมสงคราม" ไว้โดยตรงเลย ไม่ว่าจะเป็นในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 หรือพิธีสารฉบับที่ 1 ก็ล้วนแต่แยกแยะถึงลักษณะของการกระทำที่เป็น "grave breaches" ไว้เท่านั้น และถือว่าการกระทำ grave breaches นี้เป็น "อาชญากรรมสงคราม" แม้แต่ในร่างประมวลอาชญากรรมต่อความสงบ และความปลอดภัยของมนุษยชาติ * (The Draft Code of Crimes

---

* ร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพและความปลอดภัยของมนุษยชาตินี้เป็นร่างที่จัดทำขึ้นโดย คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งร่างฉบับที่อ้างถึงในวิทยานิพนธ์นี้เป็นร่างประมวลฯ ในปี ค.ศ. 1989 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 13 ในลักษณะที่เป็นทางเลือก 2 ทางเลือกว่าจะใช้คำจำกัดความเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่าอย่างไร เนื่องจากยังหาข้อสรุปเกี่ยวกับเรื่องนี้ยังไม่ได้

มาตรา 13 "ทางเลือกที่หนึ่ง

(ก) การละเมิดกฎหมายสงครามหรือจารีตประเพณีแห่งสงคราม (อย่างรุนแรง) เป็นอาชญากรรมสงคราม (ต่อ)

against Peace and Security of Mankind) ซึ่งแม้จะให้คำจำกัดความของ "อาชญากรรมสงคราม" ไว้แต่ก็ยังถกเถียงกันอยู่ว่าควรจะมีการแจกแจงลักษณะการกระทำไว้หรือไม่ ซึ่งแนวโน้มส่วนใหญ่ของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (International Law Commission) ที่ประชุมกันในปี 1989 ก็เห็นว่าไม่ควรจะทำเป็นบัญชีรายการ (list) ที่แจกแจงการกระทำ แต่ถ้าจะมีบัญชีรายการก็ให้ทำในลักษณะที่เป็นการผนวกต่อท้ายคำจำกัดความทั่วไป (general definition) [15]

การที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะว่า คำว่า"อาชญากรรมสงคราม" มีความหมายที่กว้างมากและไม่แน่นอนซึ่งบางครั้งก็เป็นเพียงความผิดธรรมดาเท่านั้น ดังนั้น คำว่า "อาชญากรรม" จึงไม่มีความหมายในทางเทคนิค (technical meaning) มีแต่เพียงความหมายทั่วไปของการผิดพันธกรณีธรรมดา (breaches) [16] ซึ่งระดับของการผิดพันธกรณีก็แตกต่างกัน

(ต่อ) (ข) ภายใต้ความหมายของประมวลนี้ คำว่า "สงคราม" หมายความถึง การพิพาทกันด้วยอาวุธอันมีลักษณะระหว่างประเทศ หรือการพิพาทกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ตามที่ได้จำกัดความไว้ในมาตรา 2 ของอนุสัญญาเจนีวาลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และมาตรา 1 วรรค 4 ของพิธีสารเพิ่มเติมลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1977 ของอนุสัญญาเหล่านั้น

ทางเลือกประการที่สอง

(ก) ภายใต้ความหมายของประมวลนี้ การละเมิด(อย่างรุนแรง)ต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้ในการพิพาทกันด้วยอาวุธเป็นอาชญากรรมสงคราม

(ข) คำว่า "กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้ในการพิพาทกันด้วยอาวุธ หมายถึง กฎเกณฑ์ที่วางอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศซึ่งคู่พิพาทลงนามในความตกลงนี้ และหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้กับการพิพาทกันด้วยอาวุธ"

[15] United Nations, Yearbook of International Law Commission 1989, p. 55.

[16] Ibid., p. 52.

ตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารฉบับที่ 1 ได้กำหนดระดับของการผิดพันธกรณีที่จะถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามไว้ว่า จะต้องเป็น grave breaches ซึ่งในการร่างพิธีสารฉบับที่ 1 ก็ได้มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับ grave breaches ไว้ว่าแตกต่างจากการผิดพันธกรณีธรรมดา (breaches) ดังนี้ ตัวแทนของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการ grave breaches ซึ่งปรับใช้กับการผิดพันธกรณีตามพิธีสารฉบับที่ 1 ควรจะจำกัดเฉพาะบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง โดยอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และควรจะปรับใช้เนื่องในกรณีที่บุคคลที่ถูกปกป้องอยู่ภายในเงื้อมมือของฝ่ายตรงข้าม ส่วนการละเมิดอื่น ๆ (violations) ของพิธีสารควรจะจัดเป็นการผิดพันธกรณีธรรมดา (breaches) ซึ่งภาคีมีหน้าที่ที่จะปราบปราม แต่การผิดพันธกรณีธรรมดา (breaches)นี้ ไม่ถือว่าเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะสากล (universal crimes) ที่จะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดน (extradition) [17] สำหรับตัวแทนของเยอรมัน เห็นว่าคำว่า grave breaches กำหนดพันธกรณีให้ภาคีที่จะออกกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการการลงโทษทางอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ (effective penal sanctions) ต่อบุคคลที่ก่อหรือสั่งให้ทำ grave breaches ดังกล่าว โดยกำหนดพันธกรณีแก่รัฐภาคีที่จะค้นหาตัวบุคคลดังกล่าว และนำบุคคลนั้นมาขึ้นศาลของตน หรือส่งมอบบุคคลนั้นให้กับอีกภาคีหนึ่งที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาคดี โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของบุคคลนั้น [18] และผู้แทนของเบลเยี่ยมเห็นว่า grave breaches เป็นการกระทำเป็นการกระทำที่เลวทรามเป็นอย่างมากต่อผู้ที่อยู่ในความคุ้มครองของฝ่ายตรงข้าม ดังนั้น ผู้ที่ก่อ grave breaches จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลตามหลักสากล (universal jurisdiction) ซึ่งจะนำไปสู่การพิจารณาคดี (trial) หรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (extradition) [19]

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะ (nature) ของการกระทำ grave breaches แล้วผู้เขียนเห็นว่า grave breaches ควรจะเป็นการกระทำที่รุนแรงต่อบุคคลที่ได้รับการปกป้องทั้งจากในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารฉบับที่ 1 โดยเป็นการกระทำที่ในเขตอำนาจตามหลักสากล (universal jurisdiction) ซึ่งรัฐจะต้องกำหนดมาตรการลงโทษทางอาญา

---

[17] Ibid., pp.194-195.

[18] Ibid., pp.195-196.

[19] Ibid., p.204.

กับผู้ที่กระทำผิดด้วย ส่วนการผิดพันธกรณีธรรมดา (breaches)จะเป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ทั้งต่อบุคคลที่ได้รับการปกป้องและไม่ได้รับการปกป้อง เช่น การผิดพันธกรณีในเรื่องการไม่ประกันถึงการได้รับบริการทางการแพทย์ตามความต้องการของพลเรือน ในดินแดนที่ถูกยึดครองตามข้อ 14 วรรค 1 หรือการไม่แจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายอื่น ๆ ทราบว่า ตนได้นำหน่วยคล้ายทหารเข้ามาสมทบในกองทับ หรือได้นำองค์กรที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายเข้ามาสมทบในกองทัพตามข้อ 43 วรรค 3 ของพิธีสารฉบับที่ 1 เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่ายังมีการกระทำผิดพันธกรณีอีกหลายประการที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารฉบับที่ 1 ว่าเป็น grave breaches แต่โดยลักษณะแล้วควรจะเป็น เช่น การกระทำชำเรา และการกระทำอนาจารสตรีตามข้อ 76 ของพิธีสารฉบับที่ 1 เป็นต้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการกระทำในลักษณะใดจะเป็นการกระทำ grave breaches หรือไม่นั้น ควรจะดูจากลักษณะ (nature) ของการกระทำนั้นมากกว่าที่จะดูว่า การกระทำในลักษณะนั้นได้บัญญัติไว้ว่าเป็น grave breaches ตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 หรือพิธีสารฉบับที่ 1 หรือไม่ ซึ่งก็หมายความว่า การกระทำที่มิได้ระบุไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 หรือพิธีสารฉบับที่ 1 ก็อาจจะเป็น grave braeaches ได้เช่นกัน

3. <u>สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองมิให้ต้องรับผลอาชญากรรมสงคราม</u>

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองมิให้ต้องรับผลจากการกระทำอาชญากรรมสงคราม คือ บุคคล สิ่งของและสถานที่ที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารฉบับที่ 1

(ก) <u>บุคคล</u> ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองมีอยู่หลายประเภท เช่น พลเรือน เด็ก สตรี เชลยศึก ผู้ได้รับบาดเจ็บ ผู้ป่วย บุคลากรทางการแพทย์ บุคลากรทางศาสนา และผู้สื่อข่าว เป็นต้น

(ข) <u>สิ่งของ</u> สิ่งของส่วนใหญ่ก็คือทรัพย์สินซึ่งก็มีทั้งทรัพย์สินส่วนตัวของบุคคลสังกัดในกองทัพ ทรัพย์สินของพลเรือน ทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสถานของประเทศศัตรู ทรัพย์สินของประเทศ และบุคคลที่เป็นกลาง นอกจากนี้ยังมียวดยานพาหนะทางการแพทย์ สัญญลักษณ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับ สิ่งติดตั้งที่เป็นอันตราย อีกด้วย

(ค) สถานที่ มีสถานที่หลายแห่งที่ได้รับความคุ้มครอง เช่น ปูชนียสถาน เขตปลอดทหาร หน่วยงานทางการแพทย์ สถานที่ติดตั้งสิ่งที่เป็นอันตราย เป็นต้น

การกระทำตามคำสั่ง (defense of superior orders)

การกระทำตามคำสั่ง ที่จะกล่าวถึงในหัวข้อนี้จะต้องเป็นคำสั่งที่ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น เพราะคำสั่งที่เป็นคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมจะไม่ก่อให้เกิดอาชญากรรมหรือความรับผิดใด ๆ ทั้งสิ้น การกระทำตามคำสั่งนี้นับว่าเป็นเรื่องที่มีปัญหามาก เนื่องจากตามระเบียบของทหาร ทหารจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งโดยไม่ต้องถามและไม่ต้องสงสัย ซึ่งบางครั้งคำสั่งที่ออกมาก็เป็นคำสั่งที่ละเมิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายสงคราม ดังนั้น จึงเกิดปัญหาขึ้นว่าบุคคลที่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น จะต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำที่ได้ก่อขึ้นตามคำสั่งหรือไม่

ก่อนหน้าสงครามโลกครั้งที่ 1 ไม่ปรากฏหลักฐานเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบุคคลที่กระทำการตามคำสั่ง แต่หลังจากที่สงครามโลกครั้งที่ 1 เสร็จสิ้นลงได้มีการทำสนธิสัญญาแวร์ซายส์ (The Treaty of Versailles) ขึ้น โดยในสนธิสัญญานี้มีบทบัญญัติที่ใช้สำหรับลงโทษอาชญากรสงครามอยู่ด้วย แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลที่กระทำการตามคำสั่งแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในบันทึกของคณะกรรมาธิการว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ก่อสงครามและการบังคับใช้โทษทางอาญา (Report of the Commission on the Responsibilities of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties) ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า [20]

---

[20] Richard B.Lillich and Frank C.Newman, International human rights : Problems of law and policy (Boston : Little, Brown and Company,1979), p.680.

"เจ้าพนักงานทางพลเรือน และทางทหาร (civil and military authorities) ไม่สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบไปได้ โดยข้อเท็จจริงเพียงว่า ผู้มีอำนาจสูงกว่าตนอาจถูกตัดสินว่ากระทำผิดในความผิดอย่างเดียวกัน แต่เป็นเรื่องของศาลที่จะตัดสินใจว่าคำแก้ตัวเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำสั่ง (a plea of superior order) เพียงพอที่จะปล่อยให้บุคคลนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดได้หรือไม่"

หมายความว่า ศาลจะพิจารณารายละเอียดเป็นกรณี ๆ ไปโดยคำนึงถึงพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละกรณีว่า สมควรจะตัดสินให้ผู้ที่อ้างว่าตนกระทำตามคำสั่งรายใดหลุดพ้นจากความรับผิดหรือไม่

นอกจากนี้ ในประมวลโทษอาญาทางทหารของเยอรมัน (The German Military Penal Code) ค.ศ. 1882 มาตรา 47 (section 47) ได้บัญญัติถึงเรื่องนี้ไว้ว่า [21]

"ผู้ใต้บังคับบัญชา (subordinate) ต้องเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาของตน แต่บุคคลนั้นจะรับผิดในฐานะที่เป็นผู้สมคบ (an accomplice) หากตนรู้ว่าคำสั่งนั้นจะก่อให้เกิดการกระทำอาชญากรรมไม่ว่าในกฎหมายทหาร หรือกฎหมายพลเรือน (civil law)"

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ผู้ใต้บังคับบัญชาจะมีความผิดในการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาก็ต่อเมื่อตนรู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม เกิดปัญหาต่อไปอีกว่า หากบุคคลนั้นไม่รู้แต่สมควรจะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วจะต้องรับผิดด้วยหรือไม่

ในเรื่องนี้คำพิพากษาของศาลเมือง Leipzig ที่พิจารณาคดีอาชญากรสงครามเยอรมัน ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้วินิจฉัยถึงประเด็นนี้ไว้ใน 2 คดีสำคัญ คือ คดี Dover Castle และคดี Llandover Castle

คดี Dover Castle มีข้อสังเกตจริงอยู่ว่า ผู้การ Neumann (Commande Neumann) แห่งเรืออู (U-boat) ของเยอรมันซึ่งจมเรือ Dover Castle ได้ถูกดำเนินคดีในฐานะที่เป็นอาชญากรสงคราม โดยในคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ได้อ้างถึงมาตรา 47 ของประมวลกฎหมายอาญาทางทหารของเยอรมัน (Section 47 of The Military Penal Code) ว่ามีอยู่ 2 กรณีเท่านั้นที่ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องมีความรับผิด คือ

---

[21] Ibid.

1. ถ้าบุคคลนั้นได้ปฏิบัติตนนอกเหนือคำสั่งที่ตนได้รับมา

2. ถ้าบุคคลนั้นรู้ว่าผู้บังคับบัญชาของตนออกคำสั่งให้ตนกระทำการซึ่งก่อให้เกิดอาชญากรรมทางทหารหรือพลเรือน (civil or military crime) หรือความผิดลหุโทษ (misdemeanour)

สำหรับคดีนี้ผู้การ Neumann ก็ไม่ได้ปฏิบัตินอกเหนือคำสั่งที่ได้รับมา รวมทั้งจากพยานหลักฐานก็ชี้ให้เห็นว่าผู้การ Neumann ไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นจะก่อให้เกิดการการกระทำอาชญากรรมขึ้น เนื่องจากผู้การ Neumann เชื่อว่าเรือโรงพยาบาล Dover Castle ของฝ่ายพันธมิตรถูกใช้สำหรับวัตถุประสงค์ทางทหารดังที่ปรากฏในคำสั่งที่เขารับมา ฉะนั้นเขาจึงไม่สามารถถูกลงโทษจากการกระทำของเขาได้ [22]

ส่วนในคดี Llandovery Castle มีข้อสังเกตจริงอยู่ว่าเรือ Llandovery Castle ซึ่งเป็นเรือพยาบาลลำหนึ่ง ได้ถูกจมและได้มีการฆาตกรรมผู้รอดชีวิตอยู่ในเรือช่วยชีวิต โดยจำเลยก็เป็นผู้มีส่วนร่วมในการฆาตกรรมดังกล่าว (lifeboats) ศาลจึงได้วินิจฉัยให้จำเลยรับผิดในการกระทำที่ได้ก่อขึ้น เพราะเป็นที่ชัดเจนอย่างมากว่า การฆาตกรรมผู้ที่ไม่มีทางป้องกันตนเองได้ในเรือช่วยชีวิตนั้นเป็นการละเมิดกฎหมาย ซึ่งจำเลยในฐานะที่เป็นนายทหารเรือโดยอาชีพจะต้องทราบอย่างดีอยู่แล้วว่า บุคคลใดก็ตามไม่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะกระทำการฆาตกรรมผู้ที่ไม่มีทางป้องกันตนเอง (defenceless people) [23]

นอกจากนี้ในคู่มือกฎหมายทหารของอังกฤษ ค.ศ. 1914 (The British Manual of Military Law) ย่อหน้าที่ 443 รวมทั้ง กฎเกณฑ์ของวิธีการทำสงครามทางบกของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1940 (The United States Rules of Land Warfare) ข้อ 367 ได้กำหนดไว้ว่า บุคคลที่ก่ออาชญากรรมสงครามภายใต้คำบังคับบัญชาไม่ต้องมีความรับผิดชอบส่วนบุคคล (personal responsibility) สำหรับการกระทำของตน [24] ซึ่ง

---

[22] Ibid., pp. 680 - 681.

[23] Ibid., p. 682.

[24] Department of the Army Pamphlet, International law, Vol. II (Washington D.C.: Headquarters of Department of the Army), p. 250.

สอดคล้องกับงานเขียนของ Oppenheim ที่ตีพิมพ์ในช่วงปี ค.ศ. 1906, 1912 และในปี 1944 [25]

ดังนั้น จึงพอจะสรุปหลักเกณฑ์ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ที่กระทำตามคำสั่งได้ว่า ผู้ใต้บังคับบัญชาที่ก่ออาชญากรรมสงครามตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา เว้นแต่

(1) บุคคลนั้นได้ปฏิบัตินอกเหนือคำสั่งที่ได้รับมา หรือ

(2) บุคคลนั้นรู้ว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะก่อให้เกิดอาชญากรรมทางทหาร หรือพลเรือนรวมทั้งความผิดลหุโทษ (misdemeanour)

ต่อมา ในสมัยโลกครั้งที่ 2 หลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ที่การกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างมากมาย โดยสี่ประเทศมหาอำนาจที่ลงนามร่วมกันจัดตั้งศาลทหารนูเรมเบิร์กได้คาดการณ์ไว้ล่วงหน้าแล้วว่า ผู้ที่ตกเป็นจำเลยจะต้องยกเอาเรื่องการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาขึ้นมาอ้างเพื่อทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ ดังนั้น จึงได้บัญญัติถึงเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 8 ธรรมนูญของศาลนูเรมเบิร์กว่า

"ความจริงที่ว่าจำเลยได้กระทำตามคำสั่งของรัฐบาลของเขา หรือผู้บังคับบัญชาจะไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ แต่อาจได้รับการพิจารณาลดหย่อนการลงโทษได้ ถ้าศาลเห็นว่าเพื่อความยุติธรรม"

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากคำตัดสินของศาลแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลตัดสินในประเด็นของการยกเว้นอ้างว่าเป็นการกระทำการตามคำสั่ง เพื่อทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดโดยยึดถือตามธรรมนูญฯ อย่างเคร่งครัดมาก ดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลตอนหนึ่งว่า

"ศาลเชื่อว่าบทบัญญัติของมาตรานี้ (มาตรา 8) สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ การที่ทหารได้รับคำสั่งให้ฆ่าหรือการกระทำการทรมานอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศยามสงครามไม่เคยได้รับการยอมรับว่าเป็นข้ออ้างเพื่อทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าว ถึงแม้ว่า ธรรมนูญจะกำหนดว่าอาจนำเหตุผล

---

[25] Richard B.Lillich and Frank C.Newman, op.cit., p.p. 680, 683.

ดังกล่าวยกขึ้นอ้างเพื่อลดหย่อนผ่อนโทษได้ก็ตาม แต่ข้อพิสูจน์ที่ถูกต้องในเรื่องนี้ ดังที่พบในกฎหมายอาญาของแทบทุกประเทศ คือ การสืบดูว่าทางเลือกที่มีมนุษยธรรมมีหรือไม่ มิใช่พิจารณาในแง่ที่ว่ามีคำสั่งหรือไม่" [26]

รวมทั้งคำตัดสินของศาลเกี่ยวกับนายพล Keitel ศาลได้ให้ความเห็นว่า

"การต่อสู้ของเขา (Keitel) โดยอ้างความจริงที่ว่าเขาเป็นทหารและอ้างหลักกระทำตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา ซึ่งได้ถูกห้ามแล้วตามมาตรา 8 ของธรรมนูญฯ จะไม่มีการลดโทษ การทำตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา แม้ในกรณีของทหารจะไม่สามารถได้รับการพิจารณาลดโทษ เมื่ออาชญากรรมที่รุนแรงและกว้างขวางเช่นนั้นได้ถูกกระทำไปโดยความรู้สึกตัวอย่างป่าเถื่อนและไม่มีเหตุผลข้อแก้ตัวทางทหารอันใด" [27]

และในคำตัดสินของศาลเกี่ยวกับนายพล Jodl ศาลก็เห็นว่า

"ข้อต่อสู้ของ Jodl โดยสรุปแล้วคือ การกระทำตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาซึ่งได้ถูกห้ามแล้วตามมาตรา 8 ของธรรมนูญฯ ว่ามิใช่ข้อต่อสู้จึงไม่มีการลดโทษ การร่วมกระทำอาชญากรรมดังกล่าวไม่ใช่เป็นสิ่งซึ่งทหารคนใดจะต้องถูกเรียกร้องให้กระทำ เขาจะใช้ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำสั่งทหารไม่ว่าในกรณีใด ๆ ที่เลื่อนลอยเป็นโล่ห์ป้องกันตัว ในการร่วมกระทำอาชญากรรมเหล่านี้ไม่ได้" [28]

---

[26] Judgement of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals Nuremberg, 30th September and 1st October, 1946, London His Majesty's Stationery Office, p. 42. อ้างถึงใน ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, "นูเรมเบริ์ก:อาชญากรสงครามนาซีกับกฎหมายระหว่างประเทศ" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต แผนกความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ บัณฑิตวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2507), น.73.

[27] เรื่องเดียวกัน.

[28] เรื่องเดียวกัน.

นอกจากมาตรา 8 ของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กแล้ว ในร่างประมวลความผิดต่อสันติภาพ และความปลอดภัยของมนุษยชาติ ค.ศ. 1989 (The Draft of Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind) ก็กล่าวถึงเรื่องการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไว้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า [29]

"ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลที่ถูกกล่าวหาด้วยข้อหา อาชญากรรมต่อสันติภาพและความปลอดภัยต่อมนุษยชาติ ได้กระทำไปตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาของตนไม่ได้ทำให้บุคคลนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา ถ้าในสถานการณ์แวดล้อมในขณะนั้นเป็นไปได้สำหรับบุคคลนั้นที่จะไม่ยอมทำตามคำสั่งนั้น"

ถึงแม้ว่า อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 จะไม่ได้กล่าวถึงในเรื่องการกระทำตามคำสั่งบังคับบัญชาไว้ก็ตาม แต่จากการที่สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้ลงมติรับรองหลักเกณฑ์นูเรมเบิร์ก (Nuremberg Principle) อย่างเป็นเอกฉันท์ไว้ในข้อมติที่ 95/1 ลงวันที่ 11 ธันวาคม 1946 ซึ่งข้อต่อสู้ในเรื่องนี้ก็เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่อยู่ในหลักเกณฑ์นูเรมเบิร์กด้วย [30] และแม้ว่าข้อมติของสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติจะเป็นเพียงคำแนะนำ (recommendation) จึงไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย (legal binding force) ก็ตาม

---

[29] United Nations, "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", Report of International Law Commission on the work of its forty-sixth session 2 May - 22 July 1994, p. 182.

[30] หลักเกณฑ์ที่ 4 "ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลได้กระทำไปตามคำสั่งของรัฐบาลของตนหรือของผู้บังคับบัญชาแล้วนั้น ไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ถ้าเขารู้ว่าการกระทำนั้นขัดต่อศีลธรรม"

(The fact that a person acted pursuant to order of his government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him.)

แต่หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว ดังจะดูได้จากคำพิพากษาในคดีต่างๆที่มีประเด็นในเรื่องข้อต่อสู้ว่าเป็นการกระทำตามคำสั่งบังคับบัญชา ศาลได้พิพากษาเป็นแนวเดียวกันว่าบุคคลไม่สามารถยกข้ออ้างว่าตนได้กระทำการไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ อย่างเช่นคดี My Lai ซึ่ง ร้อยตรี William Calley (Lt. William Calley) ถูกกล่าวหาว่าทำการฆาตกรรมผู้หญิง เด็ก และคนชราที่หมู่บ้าน My Lai ของเวียดนามใต้ในช่วงสงครามเวียดนามร้อยตรี Calley ได้ให้การในประเด็นนี้ว่า ตนได้กระทำไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งได้ให้คำสั่งผ่านมาทางสัญญาณวิทยุว่า "กำจัดพวกมัน" (waste them) แต่ศาลเห็นว่า ร้อยตรี Calley ควรจะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นเป็นการกระทำผิดกฎหมายสงครามด้วย ศาลจึงตัดสินว่าร้อยตรี Calley มีความผิด [31] เป็นต้น จากคำพิพากษาดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าศาลได้ตัดสินแตกต่างไปจากแนวคำพิพากษาที่เคยมีมาในอดีต โดยขยายความรับผิดชอบของบุคคลที่กระทำตามคำสั่งออกไปถึงกรณีที่บุคคลดังกล่าว"ควรจะรู้ว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย" ด้วย นอกจากนี้ยังมีหลักฐานอีกประการหนึ่งซึ่งชี้ให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ที่ว่าบุคคลจะอ้างว่าตนปฏิบัติไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดไม่ได้ กลายเป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศไปแล้วก็คือ การที่ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียได้บัญญัติย้ำถึงเรื่องนี้ไว้อีกครั้งหนึ่งในมาตรา 7 วรรค 4 ว่า "ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำไปตามคำสั่งของรัฐบาลหรือของผู้บังคับบัญชาจะไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา แต่อาจนำมาพิจารณาในการลดหย่อนผ่อนโทษ หากว่าศาลระหว่างประเทศเห็นว่าเพื่อความยุติธรรม"

ดังนั้น จึงพอที่จะสรุปได้ว่า ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการกระทำตามคำสั่งบังคับบัญชาได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างมากกล่าวคือ ในสมัยก่อนบุคคลสามารถยกข้ออ้างว่าตนได้กระทำไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ แต่หลังจากสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา บุคคลจะยกข้ออ้างดังกล่าวขึ้นมาเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดไม่ได้ แต่ข้ออ้างดังกล่าวอาจนำมาใช้ในการพิจารณาลดหย่อนผ่อนโทษได้

---

[31] Gretchen Kewley, Humanitarian law in armed conflicts , (Collingwood (Australia) : VCTA. Publishing,1984), pp.52-53.

เมื่อพิจารณากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำตามคำสั่งตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าบุคคลที่จะต้องรับผิดชอบต่อการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นมีด้วยกันอยู่ 4 สถานะ คือ [32]

1 ผู้บังคับบัญชา (superiors)

2 ผู้บังคับบัญชาขั้นต้นที่ได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาระดับสูงให้ปฏิบัติ (intermediate commanders)

3 หัวหน้าของกองเสนาธิการทหารและเสนาธิการทหารคนอื่น ๆ (chiefs of staff and other staff officers)

4 ผู้ใต้บังคับบัญชา (subordinates)

1 <u>ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาสำหรับการกระทำการของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน</u> (Responsibility of superiors for acts of their subordinates)

ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา สำหรับการกระทำการของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนนับว่าเป็นความรับผิดในการทำอาชญากรรมสงครามที่มีมาแต่เดิม ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ผู้บังคับบัญชาจะเป็นผู้รับผิดในการกระทำการที่ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศแต่เพียงผู้เดียว อย่างไรก็ตาม ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแปลงไป โดยให้ผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำความผิดตามคำสั่งที่ได้รับมามีความรับผิดส่วนบุคคลสำหรับการกระทำนั้น แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า เมื่อผู้ใต้บังคับบัญชามีความรับผิดชอบต่อการก่ออาชญากรรมนั้นไปแล้วจะทำให้ผู้บังคับบัญชาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ สำหรับการสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำการอันเป็นอาชญากรรมสงครามนั้นแต่อย่างใด โดยจะเห็นได้จากการที่พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ใช้อาวุธ ค.ศ. 1977 หรือ "พิธีสารฉบับที่ 1" ได้กำหนดหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาไว้ในมาตรา 87 ดังนี้

"ข้อ 87 หน้าที่ของผู้บังคับบัญชา

1. ภาคีคู่พิพาทและภาคีคู่พิพาททั้งหลายจักต้องให้ผู้บัญชาการทหารป้องกันหรือจะต้องปราบปรามเมื่อจำเป็น และรายงานให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทราบถึงการละเมิด

---

[32] Department of the Army Pamphlet, op.cit., pp. 240-245.

อนุสัญญาและพิธีสารนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับสมาชิกของกองทัพภายใต้การบังคับบัญชาและบุคคลอื่น ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้บัญชาการเหล่านี้

2. เพื่อป้องกันและปราบปรามการละเมิด ภาคีสมาชิกและภาคีคู่พิพาทจำเป็นต้องให้ผู้บังคับบัญชาทำให้แน่ใจว่า สมาชิกทั้งหลายของกองทัพภายใต้การบัญชาการของตนรับทราบถึงหน้าที่ของตนภายใต้อนุสัญญาและพิธีสารนี้ตามสัดส่วนกับระดับความรับผิดชอบของตน

3. ภาคีสมาชิก และภาคีคู่พิพาทต้องให้ผู้บัญชาการคนใดก็ตามซึ่งรับทราบว่าผู้ใต้บังคับบัญชา หรือบุคคลอื่นซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของตนกำลังจะกระทำการ หรือได้กระทำการละเมิดอนุสัญญาทั้งหลายหรือพิธีสารนี้ ผู้บัญชาการจะริเริ่มมาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อเป็นการป้องกันการฝ่าฝืนอนุสัญญาทั้งหลายหรือพิธีสารนี้ และจะต้องเริ่มดำเนินการทางวินัยหรือทางอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนนั้น ๆ เมื่อเห็นว่าเหมาะสม"

ดังนั้น นอกจากผู้บังคับบัญชาจะมีความรับผิดชอบ ในกรณีที่ออกคำสั่งให้กระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว และหากผู้บังคับบัญชา

1. รู้หรือควรจะรู้ว่าอาชญากรรมจะได้กระทำขึ้น

2. มีอำนาจแทรกแซงการกระทำอาชญากรรมนั้น และ

3. มีความรับผิดชอบพิเศษในเรื่องที่เป็นปัญหานั้น

แล้ว แต่ไม่ได้พยายามป้องกันไม่ให้อาชญากรรมนั้นเกิดขึ้น จะถือว่าผู้บังคับบัญชา<u>ละเมิดโดยการละเว้นการกระทำ</u> ซึ่งทำให้ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดในการก่ออาชญากรรมสงครามของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนด้วย [33]

คดีที่เป็นที่รู้จักกันดีในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดของผู้บังคับบัญชา คือ คดี In Re Yamashita ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า คณะกรรมาธิการทหาร (Military Commission) ในมะนิลา ซึ่งถูกตั้งขึ้นโดยคำสั่งของนายพล Styer ได้พิจารณาความผิดของนายพล Yamashita และได้กล่าวหาว่า เขาไม่เอาใจใส่ต่อหน้าที่ของตนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

---

[33] Antonio Cassese and Paul Ruegger, <u>The new humanitarian law of armed conflict</u> (Napoli : Editoriale Scientifica, 1979), p. 26.

อีกทั้งปฏิบัติหน้าที่ล้มเหลวในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาในการที่จะควบคุมการปฏิบัติการของบุคคลที่อยู่ภายใต้คำบังคับบัญชาของตน โดยการเปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านี้ก่อการกระทำที่โหดร้ายป่าเถื่อนและอาชญากรรมที่ร้ายแรงอื่น ๆ ต่อประชาชนของสหรัฐอเมริกา พันธมิตรของสหรัฐอเมริกาและเมืองขึ้นของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งฟิลิปปินส์ ดังนั้น เขาจึงกระทำละเมิดต่อกฎหมายสงคราม [34]

จากหลักฐานชี้ให้เห็นว่าการกระทำโหดร้ายจำนวนมากเกิดจากการกระทำของกองทหารญี่ปุ่น ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของ Yamashita แต่เขาโต้แย้งว่าการกระทำที่เกิดขึ้น ได้กระทำขึ้นโดยหน่วยทหารหรือผู้บังคับการซึ่งอยู่ห่างไกลออกไปจากศูนย์บังคับการ (headquater) ของเขา ฉะนั้นทั้งในทางกายภาพและทางสายการบังคับบัญชา (chain of command) แล้ว ไม่มีสิ่งใดชี้ให้เห็นได้ว่าเขาบังคับบัญชาอย่างชัดแจ้งหรืออนุญาตไปโดยรู้ดีถึงการก่ออาชญากรรรมตามที่ถูกกล่าวหา [35] อย่างไรก็ตาม ศาลสูง (The Superme Court) ของสหรัฐอเมริกาก็ตัดสินว่า Yamashita มีความผิดโดยให้เหตุผลว่า [36]

".....การดำเนินการเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารที่เกินเลยไปของกองทหาร (troops) ไม่ได้ถูกห้ามปรามโดยคำสั่งหรือโดยความพยายามของผู้บังคับบัญชาของกองทหารนั้นเป็นผลให้เกิดการละเมิดอย่างแน่นอนกับสิ่งที่กฎหมายสงครามมุ่งหมายที่จะปกป้องความมุ่งหมายของกฎหมายสงครามที่จะปกป้องพลเรือนและเชลยศึก (prisoner of war) จะถูกทำลายลงเป็นอย่างมากจากการกระทำที่ป่าเถื่อน หากผู้บังคับบัญชาของกองทัพผู้รุกราน (an invading army) ปล่อยให้ผู้ที่ละเลยที่จะนำมาตรการที่สมควร (resonable measures) มาใช้เพื่อปกป้องพลเรือนลอยนวลไปได้

---

[34] Noyes ELeech, Covey T. Oliver and Joseph Modeste Sweeney, Case and materials on the international legal system (Mineola : The Foundation Press,Inc,1973) p.670.

[35] Department of the Army Pamphet,op.cit.,p.241.

[36] Re Yamashita,327 U.S. 1,90 L. Ed. 499 , 665 S.Ct. 340 (1946); analyzed in IV Law Reports of Trails of War Criminals,p.16 in Ibid..

ดังนั้น กฎหมายสงครามจึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการละเมิดกฎหมายสงคราม เกิดขึ้นจากการควบคุมการปฏิบัติการสงคราม (the control of the operation of war) โดยผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีความรับผิดชอบขยายไปถึงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนด้วย"

ความรับผิดของผู้บังคับบัญชาในการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชานี้ นอกจากจะได้รับการยอมรับตามข้อ 87 ของพิธีสารฉบับที่ 1 แล้วก็ยังได้รับการรับรองจากมาตรา 1 ของภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 4 ว่าด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก (The Annex to Fourth Hague Convention of 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land) [37] มาตรา 19 ของอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 10 ค.ศ. 1907 (The Tenth Hague Convention) ในส่วนที่เกี่ยวกับการทิ้งระเบิดโดยเรือราชนาวี และมาตรา 26 ของอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้บาดเจ็บและป่วย ค.ศ. 1929 (The Geneva Convention on Wounded and Sick) อีกด้วย [38]

นอกจากนี้ ในข้อ 500 ของคู่มือกฎหมายว่าด้วยสงครามทางบก [39] ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า

"ในบางกรณี ผู้บังคับบัญชาทหารย่อมรับผิดชอบต่ออาชญากรรมสงครามที่ผู้ใต้บังคับบัญชาในสังกัดหรือบุคคลอื่นที่อยู่ใต้บังคับบัญชาแห่งตนได้กระทำ เช่น เมื่อกองทหารกระทำการประหารหมู่หรือทำการทารุณโหดร้ายแก่ประชากรพลเรือนของดินแดนที่ถูกยึดครองหรือแก่เชลยศึกเชลยศึก ไม่เพียงแต่ผู้ลงมือกระทำอย่างแท้จริงเท่านั้นจะต้องรับผิดชอบแต่ผู้บังคับบัญชาทหาร

---

[37] มาตรา 1 ของภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 4

"กฎหมาย สิทธิและหน้าที่แห่งสงครามจะไม่ปรับใช้เพียงแต่กองทัพเท่านั้น แต่ยังปรับใช้กับกองทหารอาสาสมัคร (militia) และเหล่าอาสาสมัคร (volunteer corps) ที่ปฏิบัติการตามเงื่อนไขต่อไปนี้ด้วย

1. ถูกบังคับบัญชาโดยบุคคลที่มีความรับผิดสำหรับผู้ใต้บังคับบัญชาของเขา;

2. ....."

[38] Department of the Army Pamphet,op.cit.,p.241

[39] โกวิท มัธยมจันทร์ และพัลลภ โชติเลขา, "คู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก," วารสารพระธรรมนูญ 37 (กันยายน 2535) : 154.

จะต้องรับผิดด้วย ความรับผิดชอบดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นโดยตรงแก่ผู้บังคับบัญชาการ เมื่อมีการกระทำที่ผิดดังกล่าวขึ้นตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่เกี่ยวข้องสั่งการนั้น ผู้บังคับบัญชาการจะต้องรับผิดชอบด้วยเสมอ ถ้าหากได้รู้หรือควรจะได้รู้จากรายงานที่ตนได้รับ หรือโดยวิธีอื่นว่ากองทหารหรือบุคคลอื่นภายใต้การบังคับบัญชาของตนกำลังจะกระทำอาชญากรรมสงคราม และตนมิได้ดำเนินการตามที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อให้เป็นไปตามกฎแห่งสงคราม หรือไม่ได้ดำเนินการลงโทษผู้ละเมิดนั้น"

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่า ตามคู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบกฉบับนี้ นอกจากผู้ที่ก่ออาชญากรรมสงครามแล้ว ผู้บังคับบัญชาที่สั่งการนั้นหรือผู้บังคับบัญชาที่รู้ว่ามีหรือกำลังจะมีการก่ออาชญากรรมสงครามขึ้น แต่มิได้ดำเนินการตามที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อระงับยับยั้งการกระทำนั้น หรือไม่ได้ดำเนินการลงโทษผู้กระทำผิดจะต้องรับผิดชอบต่อการก่ออาชญากรรมสงครามนั้นด้วย ซึ่งสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน

ดังนั้น จึงพอสรุปหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีอยู่ในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ได้ว่า ผู้บังคับบัญชาจะมีความรับผิดชอบทางอาญาใน 2 กรณีด้วยกัน คือ

1. ในกรณีที่ออกคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาของตน กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายสงคราม

2. ในกรณีที่ไม่ได้ออกคำสั่ง แต่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายสงคราม โดยที่ผู้บังคับบัญชาคนนั้น

ก) รู้หรือควรจะรู้ว่า ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนหรือของบุคคลอื่นซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของตนกำลังจะกระทำการหรือได้กระทำการละเมิดกฎหมายสงคราม

ข) มีอำนาจแทรกแซงการกระทำละเมิดนั้น

ค) มีความรับผิดชอบในเรื่องที่เกิดขึ้น และ

ง) ไม่ได้พยายามนำมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นมาใช้ในการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำละเมิดนั้นขึ้น

2 <u>ความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาขั้นต้นที่ได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาระดับสูงให้ปฏิบัติ</u> (Responsibility of intermediate commanders for acts ordered by their superiors to be carried out by their subordinates)

โดยปกติการปฏิบัติงานของผู้บังคับบัญชาไม่ใช่เพียงแต่สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น หลาย ๆ ครั้งผู้บังคับบัญชาจะต้องการส่งคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่อยู่เหนือกว่าของตนไปยังผู้ที่จะต้องปฏิบัติ ดังนั้น ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บังคับบัญชาผู้นั้น (intermediate commander) จึงเกิดขึ้นได้ใน 3 สถานการณ์ด้วยกัน คือ [40]

1) รับคำสั่งมาและสั่งไปยังผู้ใต้บังคับบัญชาของตนให้ปฏิบัติการให้สำเร็จ โดยเขาจะต้องมีส่วนร่วมในการกระทำนั้น อย่างเช่น พันเอก A เป็นผู้บังคับการกองพันที่ 1 ของประเทศ B ได้รับคำสั่งมาจากผู้บังคับบัญชาให้โจมตีและยึดเมือง C ให้ได้ภายใน 1 อาทิตย์ พันเอก A ก็จะต้องวางแผนและสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำตามแผนนั้น อาทิ สั่งให้หน่วยลาดตระเวนที่ 1 ออกไปลาดตระเวนสำรวจพื้นที่ของเมือง C ก่อน หลังจากนั้นจึงส่งกำลังของหน่วย 2 และ 3 ตีโอบล้อมด้านหน้าส่วนหน่วยที่ 4 และ 5 โอบล้อมด้านหลัง เพื่อทำการยึดเมือง C ให้สำเร็จ เป็นต้น

2) ส่งคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจากผู้บังคับบัญชาระดับสูงกว่าไปยังผู้ใต้บังคับบัญชาของตนโดยที่ผู้ส่งคำสั่งดังกล่าวมิได้กระทำการใด ๆ * เช่น ร้อยเอก B ได้รับคำสั่งมาจากผู้บังคับบัญชา ให้สั่งให้พลทหาร C ไปฆ่านาย ก ซึ่งเป็นเชลยศึก เป็นต้น

---

[40] Department of the Army Pamphlet, op.cit., p. 243.

* ในกรณีที่ผู้ที่จะส่งคำสั่งรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เขามีทางเลือกที่จะปฏิบัติได้หลายประการ คือ

ก. อาจปฏิเสธที่จะส่งคำสั่งนั้น ในกรณีนี้อาจจะเป็นผลทำให้ตนต้องถูกลงโทษทางวินัยในฐานะที่ขัดขืนคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ข. อาจส่งคำสั่งไปด้วยคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นวาจา ว่าคำสั่งนั้นจะไม่ได้รับการปฏิบัติ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ทำคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษร สามารถจะนำมาใช้เป็นหลักฐานได้เป็นอย่างดีในการยืนยันว่า ผู้บังคับบัญชาคนนั้นไม่ได้สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ ในเวลาที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการละเมิดกฎหมายสงคราม แต่ในทางกลับกันก็สามารถใช้เป็นหลักฐานในการลงโทษทางวินัยแก่บุคคลนั้นในฐานะที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้เช่นกัน

ค. อาจส่งผ่านคำสั่งนั้นไปโดยปราศจากความคิดเห็น

3) คำสั่งจากผู้บังคับบัญชาระดับสูงคนหนึ่ง ส่งไปยังผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติโดยตรง โดยไม่ได้ปรึกษาผู้บังคับบัญชาระดับหัวหน้าหน่วย (intermediate commander) เลย ซึ่งในข้อนี้เกิดปัญหาว่าผู้บังคับบัญชาขั้นต้นดังกล่าว ควรจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้คดี Von Leeb Case สามารถเป็นแนวทางได้อย่างดีสำหรับปัญหานี้ โดยผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นไว้ในคดีนี้ว่า [41]

"เป็นที่ถกเถียงกันว่าผู้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ อย่างไรต่อการส่งคำสั่งที่เป็นอาชญากรรมซึ่งข้อสรุปดังกล่าวนี้ศาลเห็นว่าเป็นการไกลจนเกินไป การส่งคำสั่งตามสายงานบังคับบัญชาถือเป็นเครื่องมือของการสั่งการ (implementation of an order) คำสั่งเหล่านั้นเป็นอำนาจที่สำคัญในการบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชา (the authoritative weight of the superior) ซึ่งออกคำสั่งเหล่านั้น และเป็นอำนาจที่สำคัญในการบังคับบัญชาของผู้สั่งการที่อยู่ถัดลงมา (the subordinate commanders) ผู้ส่งคำสั่งนั้นต่อไปเพื่อให้เกิดการปฏิบัติ การทำหน้าที่เป็นเพียงการส่งคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาไปสู่ผู้ใต้บังคับบัญชาโดยตรงของผู้สั่งการซึ่งเป็นหัวหน้าหน่วยซึ่งได้ส่งนั้น (transmittal) ไม่ถือว่าเป็นการช่วยให้คำสั่งนั้นได้กระทำสำเร็จลุล่วงไป การส่งคำสั่งดังกล่าวถือเป็นหน้าที่ปกติ (rountine function) ซึ่งในหลาย ๆ สถานการณ์ การส่งคำสั่งในลักษณะดังกล่าวได้รับการปฏิบัติโดยเจ้าหน้าที่ของผู้สั่งการซึ่งเป็นหัวหน้าหน่วยนั้น โดยหัวหน้าหน่วยไม่ทราบเลยก็ได้ ผู้สั่งการที่เป็นหัวหน้าหน่วยจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะกลั่นกรองคำสั่งที่ตนได้ส่งออกไปได้ หน่วยงานของเขาในฐานะที่เป็นตัวแทนก่อให้เกิดการปฏิบัติ ซึ่งกลายเป็นทางผ่านของคำสั่งเบื้องบน (superior command)

ยิ่งไปกว่านั้น ควรจะมีการแยกความแตกต่างเกี่ยวกับลักษณะของคำสั่งที่เป็นอาชญากรรมในตัวของมันเองกับคำสั่งต่าง ๆ ที่เป็นหลักพื้นฐานซึ่งกองทัพถือปฏิบัติตามระเบียบวินัยของกองทัพ โดยหลักแล้วคำสั่งที่ออกมาจะต้องได้รับการปฏิบัติเสมอซึ่งหลักเกณฑ์นี้ก่อให้เกิดระเบียบวินัยในหมู่ทหาร ถ้าไม่มีหลักเกณฑ์นี้ก็จะไม่มีกองทัพใด ๆ ที่จะสามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทหารที่อยู่ในตำแหน่งของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่มีหน้าที่ที่จะต้องกลั่นกรองคำสั่งของผู้บังคับบัญชาว่าคำสั่งนั้นมีปัญหาทางกฎหมายหรือไม่อย่างแน่นอน และภายใต้ข้อจำกัดต่าง ๆ ผู้ใต้

---

[41] Ibid.

บังคับบัญชามีสิทธิที่จะสันนิษฐานเอาว่า คำสั่งเหล่านั้นของผู้บังคับบัญชาและของรัฐซึ่งตนรับใช้อยู่ ซึ่งได้ออกคำสั่งมายังตนนั้นเป็นคำสั่งที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

จำเลยหลายคนในคดีนี้เป็นผู้บังคับการในสนามรบ (field commander) และถูกกล่าวหา ด้วยความรับผิดชอบที่หนักในการปฏิบัติการรบ ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายของพวกเขาจึงมีอยู่อย่างจำกัด พวกเขาเป็นทหารมิใช่ทนายความ ผู้สั่งการทางทหารที่อยู่ห่างไกลจากความรับผิดชอบของทหาร จึงไม่สามารถถูกกล่าวหาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในข้อหาว่ามีส่วนร่วมในอาชญากรรมตามคำสั่งที่ออกมาซึ่งไม่เป็นอาชญากรรมอย่างชัดแจ้ง หรือไม่ได้แสดงให้เขารู้ว่าเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ผู้บังคับการเหล่านั้นไม่สามารถถูกคาดหมายให้สามารถแยกแยะและสรุปเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งต่าง ๆ ที่ออกมาโดยผู้บังคับบัญชาของเขาเหล่านั้นได้ พวกเขามีสิทธิในการคาดเดาโดยขาดความรู้ทางกฎหมายว่าความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเหล่านั้นได้รับการตรวจสอบดีแล้วก่อนจะมีการออกคำสั่ง เขาไม่ต้องรับผิดทางอาญาเพียงเพราะว่าความผิดพลาดในการพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมาย ซึ่งยังสามารถโต้แย้งได้

ดังนั้น การที่จะให้ผู้บังคับบัญชาในสนามรบรับผิดทางอาญาต่อการส่งคำสั่งเช่นว่านั้น จะต้องเป็นกรณีที่เขาส่งคำสั่งตามสายการบังคับบัญชา และคำสั่งนั้นจะต้องเป็นคำสั่งที่แสดงให้เห็นในตัวเองว่าเป็นอาชญากรรม หรือเขาทราบอยู่แล้วว่าเป็นอาชญากรรม"

3. <u>ความรับผิดชอบของหัวหน้ากองเสนาธิการทหารและเสนาธิการทหารคนอื่น ๆ</u> (Responsibility of chiefs of staff and other staff officers)

โดยทั่วไป เสนาธิการทหารจะไม่มีความรับผิดชอบต่อคำสั่งที่มีลักษณะบังคับบัญชาซึ่งตนเป็นผู้ลงนาม เว้นแต่คำสั่งนั้นจะแสดงว่าผู้ลงนามนั้นได้ร่วมกระทำการใด ๆ ด้วย เช่น การริเริ่มร่าง หรือ ปรับใช้ คำสั่งที่มีความผิดทางอาญา (criminal order) ดังนั้น ความรับผิดชอบของหัวหน้ากองเสนาธิการทหารและเสนาธิการทหารคนอื่น ๆ ในส่วนการบริหารคณะทำงานก็เหมือนกับผู้บังคับบัญชาทหารคนอื่น ๆ ในคดี Von Leeb Case ศาลได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหัวหน้ากองเสนาธิการทหารไว้ดังนี้ [42]

---

[42] Ibid.,p.244.

"เนื่องจากหัวหน้าเสนาธิการทหารไม่มีอำนาจบังคับบัญชาในสายการบังคับบัญชา (ในหน่วยรบ) ดังนั้น คำสั่งที่บุคคลเหล่านี้ลงนามจึงไม่มีอำนาจบังคับบัญชา (authority) ต่อทหารใต้บังคับบัญชา อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้แสดงโดยบันทึกในคดีนี้ Von Leeb ได้ลงนามในคำสั่งตามที่ผู้บังคับบัญชาของตนสั่งให้ทำ ในทางปฏิบัติผู้บังคับบัญชาจะเห็นหรือไม่เห็นคำสั่งนี้ก็ได้ แต่ผู้บังคับบัญชาก็จะได้รับรายงานว่า มีการปฏิบัติตามคำสั่งแล้วตามกระบวนการโดยปกติของการบังคับบัญชา และคำสั่งนี้จะได้รับการสันนิษฐานว่าแสดงถึงความตั้งใจของผู้บังคับบัญชา เว้นแต่ผู้นั้นจะได้ปฏิเสธคำสั่งนั้น ความล้มเหลวที่จะใช้อำนาจบังคับบัญชา (command authority) อย่างเหมาะสมไม่เป็นความรับผิดชอบของหัวหน้าเสนาธิการ

ในกรณีที่หัวหน้าเสนาธิการทหาร ไม่มีส่วนร่วมในคำสั่งอันมีลักษณะเป็นอาชญากรรมนั้น หรือขาดการปฏิบัติให้ลุล่วงไปตามคำสั่งนั้น ทำให้หัวหน้าเสนาธิการทหารไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำทางอาญาเกิดขึ้นนั้น เนื่องจากเขาไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือหน่วยงานย่อย (subordinate units) สิ่งที่เขาสามารถทำได้ในกรณีเหล่านั้น คือการรายงานให้ผู้บังคับบัญชาของเขาได้รับรู้เท่านั้น ดังนั้น อำนาจบังคับบัญชาและความรับผิดชอบสำหรับการปฏิบัติตามคำสั่งจึงตกอยู่กับผู้บังคับบัญชาของเขาเท่านั้น"

4. <u>ความรับผิดชอบของผู้ใต้บังคับบัญชาสำหรับการกระทำตามคำสั่งบังคับบัญชา</u> (Responsibility of subordinates for acts committed pursuant to superior orders)

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วตั้งแต่ต้นว่า หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ผู้ที่ก่ออาชญากรรมสงครามขึ้นจะต้องรับผิดในการกระทำของตน จะอ้างว่าตนได้กระทำการไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดไม่ได้ แต่ตามมาตรา 8 ของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กข้ออ้างดังกล่าวอาจนำมาใช้ในการพิจารณาเพื่อขอลดหย่อนผ่อนโทษได้ ซึ่งในกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชานั้นรู้ว่าคำสั่งที่ตนได้รับเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ่งนี้ก็จะทำให้ผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา (subordinates) ตกอยู่ในภาวะหนีเสือปะจระเข้ได้ เนื่องจากตามกฎหมายระหว่างประเทศทหารถูกผูกพันให้เชื่อฟังแต่คำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นหากทหารคนใดยอมเชื่อฟังคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยก่ออาชญากรรมสงครามขึ้นแล้ว ตนก็จะต้องรับผิดทางอาญาต่อการกระทำนั้นและกลายเป็นอาชญากรสงครามไป แต่หากตนไม่ยอมเชื่อฟังคำสั่งซึ่งอาจไม่ชอบ

ด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ถูกต้องตามกฎหมายภายในแล้วตนอาจถูกลงโทษทางวินัยในฐานะที่ไม่เชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้

สำหรับเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการอ้างว่าตนได้กระทำการไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา น่าจะนำมาใช้เพื่อพิจารณาลดหย่อนผ่อนโทษให้กับผู้ที่ถูกกล่าวหาในกรณีนี้ได้ โดยมีเงื่อนไข 2 ประการ คือ

1. บุคคลนั้นจะต้องเชื่ออย่างบริสุทธิ์ใจ (good faith) ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่คำสั่งนั้นจะต้องไม่ใช่คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ดังปรากฏในคดี Griffen ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงสงครามเวียดนาม ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่าเมื่อวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 1967 ทหารอเมริกันจับตัวชายชาวเวียดนามอายุประมาณ 40-45 ปีได้ 1 คน ต่อมาได้รับการยืนยันว่าเป็นสมาชิกของ "เวียตกง" วันต่อมาผู้ต้องหาก็ได้สังเกตว่าการทำงานของกองร้อยเขาถูกจับตามอง โดยสันนิษฐานว่า อาจเป็นพวกเวียตกงที่จับตามอง แต่ก็ไม่สามารถจับตัวได้ ต่อมากองร้อยดังกล่าวถูกโจมตีโดยปืนและระเบิดทำให้นายทหารนายหนึ่งได้รับบาดเจ็บ ร้อยเอก Patrick จึงติดต่อกับนายพล Ogg ทางวิทยุสื่อสาร ซึ่งนายพล Ogg สั่งให้อพยพคนเจ็บออกจากพื้นที่โดยทางอากาศ แต่สำหรับเชลยไม่ต้องอพยพโดยเฮลีคอปเตอร์ จากคำสั่งที่ไม่ชัดเจนนี้เอง ทำให้ร้อยเอก Patrick เข้าใจว่านายพล Ogg สั่งให้ฆ่าเชลยจึงสั่งให้นายสิบ Griffen (Sergeant Griffen) นำตัวเชลยลงจากเขาและยิงทิ้ง ต่อจากนั้นให้กลับมารายงานให้เขาทราบ ("Sergeant Griffen take him down the hill and shoot him. Come back and let me know") ซึ่งนายสิบ Griffen ให้การว่า ตนกระทำการไปเพราะตนถูกสั่งให้ทำและก็เพื่อความปลอดภัยของคนของตน โดยตนเชื่อว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะหัวหน้ากองร้อยของตน (ร้อยเอก Patrick) เคยถูกปล่อยตัว หลังจากที่ได้ทำการฆาตกรรมเชลยคนหนึ่งที่ถูกเชือกมัดอย่างแน่นหนาซึ่งหนีออกไปได้ในเวลากลางคืน [43]

ในกรณีนี้ อัยการได้กล่าวต่อศาลว่า "กฎเกณฑ์ทั่วไป คือ การกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งกระทำไปด้วยความบริสุทธิ์ใจในการเชื่อฟังตามหน้าที่ที่เชื่อว่าเป็นของตน หรือ

---

[43] Richard B.Lillich and Frank C. Newman. op.cit., p. 677.

ตามคำสั่งนั้นสามารถแก้ตัวได้ แต่คำแก้ตัวนี้จะใช้ไม่ได้เมื่อการกระทำนั้นอยู่นอกขอบอำนาจของตนอย่างชัดแจ้ง หรือคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ตามความรู้สึก หรือตามความเข้าใจธรรมดา ๆ ของสามัญชนควรจะรู้ว่ามันไม่ชอบด้วยกฎหมาย" [44]

ในที่สุดศาลก็ตัดสินว่า Griffen มีความผิด และถูกตัดสินจำคุก 8 ปี

นอกจากนี้ คู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก ข้อ 509 ก็ได้บัญญัติว่า

"509. การต่อสู้ว่าทำการตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ก. การที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ากฎแห่งสงครามได้ถูกละเมิดเนื่องจากคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้น ไม่ว่าจะเป็นทหารหรือพลเรือนย่อมไม่ทำให้พ้นจากการกระทำซึ่งเป็นอาชญากรรมสงคราม ทั้งไม่อาจใช้เป็นข้อต่อสู้ในการพิจารณาคดีของผู้ถูกกล่าวหาได้ เว้นแต่ว่าจำเลยจะไม่รู้และไม่อาจคาดได้โดยเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำตามคำสั่งนั้นเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข. ในการพิจารณาปัญหาว่า จะถือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเป็นข้อต่อสู้ได้หรือไม่นั้น ศาลจะต้องหยิบยกเอาความจริงที่ว่าการปฏิบัติตามคำสั่งทหารที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นหน้าที่ของผู้สังกัดกองทัพทุกคนขึ้นมาประกอบการพิจารณาด้วย และเนื่องจากมีระเบียบวินัยยามสงครามบังคับอยู่ จึงย่อมไม่อาจคาดหมายได้เสมอไปว่าผู้สังกัดกองทัพจะมีเวลาพอที่จะมาวินิจฉัยถึงความถูกต้องของคำสั่งที่ได้รับเพียงใดหรือไม่"

ดังนั้น จากบทบัญญัติในข้อนี้ การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะยกขึ้นมาอ้างเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ ในกรณีที่จำเลยไม่รู้หรือไม่อาจคาดได้โดยเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำตามคำสั่งนั้นเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลจะต้องคำนึงด้วยว่าบางครั้งทหารไม่มีเวลาพอที่จะวินิจฉัยถึงความถูกต้องของคำสั่งที่ได้รับมาด้วย

2. บุคคลนั้นปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากความกลัวที่จะถูกลงโทษในการไม่เชื่อฟังตามคำสั่ง อย่างไรก็ตาม ความกลัวที่จะถูกลงโทษนั้นจะต้องสมดุลย์กันกับความผิดที่ได้ก่อขึ้น โดยจะต้องเป็นโทษที่รุนแรงมากกว่าหรือพอ ๆ กับความผิดที่จะต้องก่อขึ้น

---

[44] Ibid.

เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า ในเวลาสงครามผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและสามารถลงโทษผู้ที่ขัดขืนคำสั่งอย่างไรก็ได้ แม้แต่การลงโทษถึงชีวิต นอกจากนี้ตามความรู้สึกของสามัญชนทั่วไป ย่อมจะรักและหวงแหนชีวิตตน ดังนั้น การที่จะให้ทหารชั้นผู้น้อยยอมเอาชีวิตของตนเข้าไปแลกกับการไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา เพื่อปกป้องชีวิตของผู้อื่นที่เขาไม่เคยรู้จักหรือเพื่อไม่ให้ตนต้องตกเป็นอาชญากรสงคราม ย่อมจะเป็นการไม่เป็นธรรมต่อทหารชั้นผู้น้อยแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้จะยกข้ออ้างว่าตนได้กระทำการไปตามคำสั่งเพราะความกลัวเพื่อทำให้ทหารชั้นผู้น้อยที่ปฏิบัติตามคำสั่งหลุดพ้นจากความผิดไม่ได้ แต่ในบางกรณีก็ควรนำมาลดหย่อนผ่อนโทษให้กับบุคคลนั้นได้บ้างจึงจะเป็นธรรม

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ไม่เข้าเงื่อนไข 2 ประการที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องรับผิดทางอาญาจากการกระทำอาชญากรรมสงครามของตนเสมอ

<u>การกระทำในนามของรัฐ</u> (Defense of act of state)

กรณีที่บุคคลซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของรัฐ ได้กระทำการอันละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ตามสายตาของกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความผิด การตอบแทนจะต้องทำกับรัฐมิใช่เอกชน [45] และจากหลักอำนาจอธิปไตย และความเท่าเทียมกันของรัฐ ทำให้เกิดหลักความคุ้มกันของรัฐขึ้น (State immunity principal) ดังนั้น รัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจศาลของตนเหนือรัฐอื่นได้ หมายความว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐต่างชาติถูกฟ้องหรือดำเนินคดีต่อศาลภายในของรัฐหนึ่ง รัฐต่างชาตินั้นสามารถเรียกร้องความคุ้มกันจากการใช้เขตอำนาจศาลของรัฐนั้นด้วยเหตุว่าตนเป็นรัฐได้ และด้วยการสละความคุ้มกันเท่านั้นที่จะทำให้รัฐต่างชาติถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีต่อศาลภายในของรัฐนั้นได้ ซึ่งหลักนี้ครอบคลุมไปถึงการ

---

[45] ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, "นูเรมเบิร์ก : อาชญากรสงครามนาซีกับกฎหมายระหว่างประเทศ, (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต แผนกความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2507), หน้า 63.

กระทำของบุคคลไม่ว่าในคดีแพ่งหรือคดีอาญาที่กระทำไปในนามของรัฐด้วยทำให้บุคคลไม่ต้องรับ-ผิดชอบการกระทำของตนที่กระทำไปในนามของรัฐ [46]

อย่างไรก็ตาม ยังคงมีความแตกต่างกันระหว่าง หลักที่ว่ารัฐเท่านั้นที่ต้องรับผิดชอบในกฎหมายระหว่างประเทศกับหลักที่ว่าผู้กระทำในนามของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ สำหรับหลักที่ว่ารัฐเท่านั้นที่รับผิดชอบ คือ หลักการที่อ้างว่าเอกชนไม่ต้องรับผิดชอบต่อกฎหมายระหว่างประเทศมีผลทำให้เอกชนไม่ต้องขึ้นศาลระหว่างประเทศที่ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนหลักผู้กระทำในนามของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบนั้น เป็นผลจากการที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบไปแล้ว ทำให้เอกชนที่ทำในนามของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบทั้งต่อกฎหมายระหว่างประเทศและต่อกฎหมายภายในของรัฐอื่น รวมทั้งต่อศาลที่รัฐอื่นจัดตั้งขึ้น แต่ผู้ที่อ้างว่ากระทำในนามของรัฐได้นั้นมีจำกัดเฉพาะบุคคลบางตำแหน่ง เช่น ประมุขของรัฐ บุคคลในคณะรัฐบาล และกองทหารที่ทำตามคำสั่งรัฐบาล เป็นต้น และต้องเป็นการกระทำที่ไม่เกินอำนาจตามกฎหมายภายในของรัฐที่ได้ให้แก่ตำแหน่งของตนด้วย [47]

การที่บุคคลซึ่งกระทำในนามของรัฐได้รับความคุ้มกัน (immunity) นั้น แต่เดิมใช้ทฤษฎีความคุ้มกันเด็ดขาด (The doctrine of absolute immunity) คือไม่ว่าจะกระทำการไปในลักษณะราชการ (public act) หรือในลักษณะส่วนตัว (private act) ก็จะได้รับความคุ้มกันทั้งสิ้น แต่พอหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 รัฐก็เข้ามาเกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจกรรมทางการค้ามากขึ้น ซึ่งนำไปสู่ทฤษฎีความคุ้มกันอย่างจำกัด (The doctrine of restrictive immunity) โดยรัฐจะได้รับความคุ้มกันสำหรับการกระทำที่เรียกว่าการกระทำในทางกิจการของรัฐ (jure imperii) คือ การกระทำที่มีลักษณะเป็นอธิปัตย์เท่านั้น (sovereign nature) ส่วนการกระทำที่เรียกว่า การกระทำในเชิงพาณิชย์ (jure gestionis) คือการกระทำทาง

---

[46] H.Lauterpach, Oppenheim's international law, Vol.I, 7 th ed.(London : Longman,1952) pp. 264-267.

[47] ฉัตรทิพย์ นาถสุภา,"นูเรมเบริ์ก : อาชญากรสงครามนาซีกับกฎหมายระหว่างประเทศ," หน้า 63.

การค้า (commercial acts) จะไม่ได้รับความคุ้มกัน [48] ในปัจจุบันนี้ทฤษฎีความคุ้มกันอย่างจำกัดได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในหลาย ๆ ประเทศ

สำหรับบรรทัดฐานในการแยกแยะความแตกต่างของการกระทำในทางกิจการของรัฐ ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า "jure imperii" (ซึ่งสามารถเทียบเคียงได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ) กับการกระทำในเชิงพาณิชย์ ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า "jure gestionis" นั้น แต่ละประเทศก็ใช้แตกต่างกันไป แต่พอที่จะสรุปหลักเกณฑ์ที่ใช้ทดสอบว่าอะไรเป็นการกระทำในลักษณะใด ได้ดังนี้

(1) วัตถุประสงค์ของการกระทำ (Purpose of act)

หลักเกณฑ์นี้ดูว่าหากวัตถุประสงค์ที่จะทำให้สำเร็จเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับอธิปัตย์ (sovereign) ก็ได้รับความคุ้มกัน แต่ถ้าวัตถุประสงค์ของการปฏิสัมพันธ์หรือธุรกรรม (transaction) ไม่ใช่อธิปัตย์ (non-sovereign) ก็ไม่ได้รับความคุ้มกัน

อย่างไรก็ดี การใช้วัตถุประสงค์ของการกระทำมาแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำที่มีลักษณะ jure imperii กับการกระทำที่มีลักษณะ jure gestionis บางครั้งก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้ ดังเช่น ในคดี Trendtex Trading Corp V.Central Bank of Nigeria [49] ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษกล่าวว่าวัตถุประสงค์ของการกระทำของรัฐไม่ใช่สิ่งสำคัญในการตัดสินว่าการกระทำนั้น เป็นการกระทำในลักษณะ jure gestionis หากตัวการปฏิสัมพันธ์เองอยู่ในรูปแบบของการค้า หรือในคดี Victory Transport Inc. V Comisaria General De Abastecimientos y Transpertos ของอเมริกา ศาลเห็นว่าการกระทำทุกการกระทำของอธิปัตย์ (sovereign) สามารถกล่าวได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะ (a public purpose) ศาลชี้ว่าตัวรัฐเองไม่มีความต้องการโดยส่วนตัว (private needs) เพราะรัฐกระทำการเพื่อผลประโยชน์ของประเทศตนอยู่บ่อย ๆ [50] ดังนั้น บนพื้นฐานนี้การกระทำ

---

[48] Martin Dixon, Textbook on international law, (London : Blackstone Press, 1990), p.98.

[49] All England Report , 1 (1977) : 881. in Ibid., p. 99.

[50] International Law Report, 35 : 110. in Ibid.

ของรัฐทุก ๆ การกระทำสามารถถูกแยกแยะได้ว่าเป็นการกระทำในลักษณะ jure imperii ฉะนั้น การทดสอบวัตถุประสงค์ของการกระทำจึงมีประโยชน์ เพียงหากศาลภายในสามารถตัดสินได้ว่าอะไรเป็นพันธกรณีที่เหมาะสมของกิจกรรมของรัฐอย่างแท้จริงเท่านั้น [51]

(2) ลักษณะของการกระทำ (Nature of the act)

Weiss เสนอว่าให้นำลักษณะของการกระทำมาใช้เป็นตัวตัดสิน โดยถ้าการปฏิสัมพันธ์ [52] สามารถทำได้โดยบุคคลธรรมดาการกระทำนั้นก็เป็นการกระทำที่มีลักษณะ jure imperii อย่างเช่น บุคคลธรรมดาไม่สามารถออกกฎหมายหรือกระทำการเนรเทศชาวต่างชาติได้แต่บุคคลธรรมดาสามารถทำสัญญาซื้อขายได้ แต่การใช้ลักษณะของการกระทำมาแยกแยะความแตกต่างระหว่างการกระทำที่มีลักษณะ jure imperii กับการกระทำที่มีลักษณะ jure gestionis ก็มีข้อบกพร่องในกรณีที่เป็นสัญญาบางอย่างที่บุคคลธรรมดายากจะทำได้ เช่น สัญญาซื้อขายอาวุธสำหรับกองทัพ เช่น ในคดี Victory Transport การใช้ลักษณะของการกระทำมาเป็นสิ่งแยกแยะความแตกต่างถูกวิจารณ์บนพื้นฐานว่าสัญญาบางอย่างซึ่งเป็นปฏิสัมพันธ์ที่มีมูลฐานทางการค้าที่เห็นประจักษ์ (prima facie commercial transaction) อย่างเช่น สัญญาซื้อเรือรบเป็นสัญญาที่ทำได้โดยรัฐเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีเหล่านี้ การทดสอบด้วยลักษณะของการกระทำจึงไม่เป็นที่น่าพอใจโดยสมบูรณ์ วิธีการนี้ไม่ยอมรับว่ากิจกรรมที่มีลักษณะของการใช้อำนาจอธิปไตย (sovereign activities) สามารถดำเนินการผ่านวิธีซึ่งปรากฏในทางการค้าเป็นสำคัญเท่านั้น [53]

(3) เนื้อหาสาระของการกระทำ (Subject matter)

การทดสอบตามหลักเกณฑ์ในข้อนี้จะดูเนื้อหาสาระของการกระทำเป็นสำคัญ โดยถ้าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง (administrative acts) เช่น การขับไล่คนต่างชาติ (expulsion of aliens) การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ (legislative acts) เช่น

---

[51] Martin Dixon,op.cit.,p.99.

[52] Ian Brownlie, Principles of public international law, (Oxford : Clarendon Press,1982),p.331.

[54] Martin Dixon, op.cit., pp.99-100.

การยึดทรัพย์สินของต่างชาติมาเป็นของรัฐ (the nationalisation of foreign-owned property), การกระทำที่เกี่ยวข้องกับกองทัพ (acts concerning the armed forces), การกระทำที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางการทูต (acts concerning diplomatic activity), การวางระเบียบทางเศรษฐกิจ (acts regulating the economic) และการกู้ยืมเงินต่างชาติของรัฐ (public loans) การกระทำเหล่านี้ถือว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะ jure imperii ข้อบกพร่องของการตรวจสอบด้วยวิธีนี้ก็คือ ไม่คำนึงถึงสถานการณ์แวดล้อมเฉพาะกรณีหรือสถานการณ์พิเศษของแต่ละกรณีโดยในบางกรณีอาจมีการใช้อำนาจรัฐอย่างอำเภอใจ (arbitrary) หรือมีการเลือกปฏิบัติ (discriminatory choices) ก็ได้ [55]

หลักเกณฑ์การทดสอบที่ดูจากลักษณะของการกระทำกับเนื้อหาสาระของการกระทำแตกต่างกันในแง่ว่าหลักเกณฑ์แรกดูลักษณะของการกระทำว่าบุคคลธรรมดาสามารถกระทำการนั้นได้หรือไม่ เป็นหลักในขณะที่หลักเกณฑ์หลังดูว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของฝ่ายใดเป็นหลัก

(4) <u>การตรวจสอบ 2 ขั้นตอน</u> (The two - stage test)

ในคดี I Congreso del Partido ศาลได้พัฒนาการตรวจสอบ 2 ขั้นตอน เพื่อแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำในลักษณะ jure imperii กับการกระทำในลักษณะ jure gestionis โดยเห็นว่าขึ้นอยู่กับว่าการกระทำที่เกี่ยวข้องเป็นการกระทำตามกฎหมายเอกชน (acts of private law) หรือกระทำไปโดยเหตุแห่งอำนาจของรัฐบาล (government authority) การกระทำตามกฎหมายเอกชนเป็นสิ่งที่สามารถทำได้โดยพลเรือน อย่างไรก็ตาม ในการใช้การทดสอบนี้ศาลจะพิจารณาทั้งคดีโดยพิจารณาทั้งการปฏิสัมพันธ์เริ่มต้น (the initial transaction) ระหว่างคู่กรณีว่าเป็นการกระทำตามกฎหมายเอกชนหรือไม่ และการกระทำเฉพาะ (particular act) ซึ่งก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีว่าเป็นการกระทำกฎหมายเอกชนหรือไม่ ในคดีนี้ทั้ง 2 การกระทำเป็นการกระทำตามกฎหมายเอกชน [56]

จากคดีนี้ สามารถจะสรุปได้ว่าการที่จะชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำในลักษณะใดจะต้องตรวจสอบ 2 ขั้นตอน คือ

---

55 Ibid., p.100.

56 Ibid., pp.100-101.

ก. การกระทำเริ่มแรก (the initial act) ระหว่างคู่กรณี และ

ข. การกระทำที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทหรือการกระทำที่ละเมิด (act in breach)

สำหรับ ร่างข้อบทว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล (Draft articles on jurisdictional immunities of states and their property) ซึ่งร่างที่จะกล่าวถึงในวิทยานิพนธ์นี้เป็นร่างที่สอง (second reading) ของคณะกรรมธิการกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ก็ไม่ได้ให้ความคุ้มกันกับรัฐในกรณีที่รัฐกระทำการในเชิงพาณิชย์ (commercial transactions) เว้นแต่จะเป็นการกระทำระหว่างรัฐกับรัฐหรือเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น (ข้อ 10) [57] และการจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำเชิงพาณิชย์หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาจากลักษณะของสัญญาหรือธุรกรรม (nature of the contract or transaction)ก่อน แล้วจึงพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือธุรกรรมนั้นประกอบด้วย (ข้อ 2) [58]

การที่บุคคลใดกระทำการในลักษณะ jure imperii กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กระทำการในลักษณะที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ จะถือว่าบุคคลนั้นกระทำในนามของรัฐซึ่งจะทำให้บุคคลนั้นได้รับความคุ้มกัน (immunity) โดยหลักการนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ จากหลักการนี้ทำให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นอาชญากรสงครามซึ่งบุคคลเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นประมุขของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมักจะอ้างว่าตนกระทำในนามของรัฐ เพื่อให้ตนได้รับความคุ้มกันและจะได้ไม่ถูกดำเนินคดี

แต่ครั้นมาถึงสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อมีการจัดทำธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กขึ้น ธรรมนูญฯ นี้ก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องกระทำการในนามของรัฐไว้ในมาตรา 7 ว่า

---

[57] United Nations, "Draft articles on jurisdictional immunities of states and their property in 2218th meeting," Yearbook of the International Law Commission, Vol.I (29 April-19 July 1991) : 72-75.

[58] Ibid. : 69-70.

"ฐานะทางราชการของจำเลย ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ หรือข้าราชการผู้รับผิดชอบในกรมต่าง ๆ ของรัฐบาล จะไม่ได้รับการพิจารณาให้รอดพ้นจากความรับผิดชอบ หรือลดหย่อนผ่อนโทษ"

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติในข้อนี้ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีมาแต่ดั้งเดิม ซึ่งให้ความคุ้มกัน (immunity) กับประมุขของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการถูกดำเนินคดีโดยศาลของรัฐอื่น ซึ่งศาลนูเรมเบิร์กก็ได้พิจารณาคดีในประเด็นนี้โดยยึดถือธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กอย่างเคร่งครัด ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า บุคคลที่ก่ออาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ จะไม่ได้รับความคุ้มกัน (immunity) แม้ว่าตนจะได้กระทำการไปในนามของรัฐก็ตามเพราะการกระทำนั้นขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ [59]

อย่างไรก็ตามมีผู้แย้งว่าการให้ความคุ้มกันต่อผู้กระทำการในนามของรัฐนั้นใช้ได้เฉพาะเวลาสันติเท่านั้นจะนำมาใช้ในเวลาสงครามไม่ได้ ซึ่งมีผู้เห็นว่า ข้อโต้แย้งนี้ไม่มีการปฏิบัติใด ๆ ที่ผ่าน ๆ มา มาสนับสนุน และไม่ใช่หลักของกฎหมายระหว่างประเทศ โดย Hans Kelsenเห็นว่า "ไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะทึกทักเอาว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่า รัฐไม่มีสิทธิอำนาจศาลเหนือการกระทำของรัฐอื่นถูกยกเลิกไปโดยการเกิดสงคราม และจะต้องไม่ใช้หลักการนี้ในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สงคราม" [60]

นอกจากนี้ ตามหลักของกฎหมายปกครอง เอกชนผู้กระทำการในหน้าที่ราชการย่อมไม่ต้องรับผิดชอบต่อศาลภายใน ถ้ากระทำการไปในนามของรัฐโดยไม่เกินขอบเขตที่

---

[59] Judgment and Sentences, October 1, 1946 "The American Journal of International Law 41 (1947) in Military Instrument, p.1046 (Mimeographed)., ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, "นูเรมเบิร์ก : อาชญากรสงครามนาซีกับกฎหมายระหว่างประเทศ," น.61. และ Judgment and Sentences, October 1,1946," op.cit., p.1046.

[60] Schick, F., The Nuremberg Trial and the International Law of the Future, American Journal of International Law 41 (1947) : 789. ใน ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, "นูเรมเบิร์ก : อาชญากรสงครามนาซีกับกฎหมายระหว่างประเทศ," น. 65-70.

รัฐกำหนด หากเกิดความเสียหายขึ้นกับเอกชน เอกชนต้องไปฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเอาจากรัฐ ไม่ใช่ฟ้องร้องเอาจากเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการ อีกทั้งการตอบโต้ในกรณีที่รัฐกระทำละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องทำกับรัฐไม่ใช่เอกชน โดยรัฐที่ได้รับความเสียหายอาจตอบโต้รัฐที่ละเมิดได้หลายวิธีตั้งแต่การตัดความสัมพันธ์ทางการทูตไปจนถึงขั้นทำสงคราม แต่มิใช่จับตัวบุคคลแห่งคณะรัฐบาลที่ละเมิดมาลงโทษ [61]

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การตอบโต้การละเมิดของรัฐโดยปกติจะกระทำต่อรัฐมิใช่เอกชน แต่ในกรณีของอาชญากรสงครามผู้ลงมือกระทำความผิดจริง ๆ คือ บุคคลธรรมดา ไม่ใช่รัฐซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม (abstract) ดังนั้น หากจะทำการตอบโต้กับรัฐในกรณีที่มีการก่ออาชญากรรมสงครามแล้วย่อมจะเป็นการไม่เป็นธรรม เนื่องจากการตอบโต้ที่จะกระทำได้ในกรณีนี้ก็คือ การให้ชดใช้ค่าปฏิมากรรมสงครามหรือใช้มาตรการบังคับต่าง ๆ (sanctions) ซึ่งการตอบโต้ในลักษณะเช่นนี้ เท่ากับเป็นการลงโทษรัฐทั้งรัฐและคนของชาตินั้นทั้งชาติ ทำให้กลุ่มบุคคลที่จะได้รับผลกระทบมากที่สุด คือ ประชาชนพลเรือนซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความทนทุกข์ทรมานเดือดร้อนจากผลของสงครามที่เกิดขึ้นอยู่แล้ว และบุคคลเหล่านี้ส่วนใหญ่เป็นผู้ไม่มีส่วนรู้เห็น หรือเป็นผู้ตัดสินใจในการก่ออาชญากรรมสงครามเหล่านั้นขึ้น ฉะนั้นการที่จะให้บุคคลที่ไม่มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดอีกทั้งได้รับความทนทุกข์ทรมานจากผลของสงครามซึ่งคนเพียงไม่กี่คน หรือกลุ่มคนเพียงไม่กี่กลุ่มได้ร่วมกันก่อสงครามและกระทำอาชญากรรมสงครามขึ้น ต้องมารับผิดชอบต่อการกระทำที่ตนไม่ได้ทำขึ้นเพียงเพราะเหตุผลว่าเป็นคนในชาติเดียวกับผู้ที่กระทำความผิด ย่อมจะเป็นการไม่เป็นธรรมต่อบุคคลส่วนใหญ่เหล่านี้

อย่างไรก็ดี ในเรื่องบุคคลจะอ้างว่าตนได้กระทำการไปในนามของรัฐเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดในอาชญากรรมที่ตนก่อขึ้นไม่ได้นั้น ได้รับการยืนยันอีกครั้งหนึ่งในข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 95 (1) ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946 [62] ซึ่งข้อมตินี้ได้ยืนยันหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยธรรมนูญของศาล-

---

[61] เรื่องเดียวกัน.

[62] Dictrich Schindler and Jiri Toman, The law of armed conflicts : A collection of Convention , Resolutions and other documents (Dordercht : Martinus Nijhoff Publishers, 1988), pp.923-924.

นูเรมเบิร์กโดยในหลักเกณฑ์ที่ 3 ได้กล่าวว่า

"ข้อเท็จจริงที่ว่า บุคคลผู้กระทำการซึ่งถือเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้กระทำไปในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐ (Head of State) หรือเจ้าหน้าที่รัฐบาลที่มีความรับผิดชอบ (responsible government official) ไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ"

ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ในบทที่ 1 ว่าข้อมติขององค์การสหประชาชาติสามารถแสดงถึงแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งอาจสะท้อนให้เห็นถึงหลักการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยก็ได้ และแม้ว่าข้อมติของสมัชชาใหญ่จะมีผลเป็นเพียงคำแนะนำ (recommendation) ซึ่งไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย (legal binding force) ก็ตาม แต่ข้อมติของสมัชชาใหญ่ก็มีผลผูกพันทางการเมือง (political binding force) กับรัฐที่ลงมติให้ความเห็นชอบต่อข้อมตินั้นในระดับหนึ่ง และยิ่งข้อมตินั้นมีรัฐสมาชิกให้ความเห็นชอบมากเพียงใด ก็ยิ่งทำให้สาระของข้อมตินั้นมีแนวโน้มที่จะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศได้มากขึ้นเท่านั้น ซึ่งข้อมติที่ 95 (1) นี้เป็นข้อมติที่ได้รับความเห็นชอบอย่างเป็นเอกฉันท์จากรัฐสมาชิก ยิ่งไปกว่านั้นธรรมนูญของศาลยูโกสลาเวียก็ได้บัญญัติยืนยันถึงเรื่องนี้ไว้อีกครั้งในมาตรา 7 วรรค 2 [63] ซึ่งบัญญัติว่า

"ตำแหน่งทางราชการของผู้ถูกกล่าวหา ไม่ว่าในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐหรือรัฐบาล หรือในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐบาลที่มีความรับผิดชอบ (a responsible government official) จะไม่ปลดเปลื้องบุคคลนั้นจากความรับผิดชอบทางอาญา หรือได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษ"

จึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าบุคคลใดจะนำตำแหน่งทางราชการขึ้นมาอ้าง เพื่อทำให้การกระทำของตนเป็นการกระทำในนามของรัฐ ซึ่งจะได้รับความคุ้มกัน

---

[63] United Nations, Report of the Secretary-General pursunant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993).

(immunity) จากการดำเนินคดีไม่ได้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเรื่องนี้ได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งประเทศต่าง ๆ ยอมรับแล้ว

สำหรับคู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก [64] ก็ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกันในข้อ 510 ว่า

"510. เจ้าหน้าที่รัฐบาล

ข้อเท็จจริงที่ว่า บุคคลที่ได้กระทำการอันถือเป็นอาชญากรรมสงครามได้ทำในฐานะประมุขของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐบาลที่ต้องรับผิดชอบนั้น ย่อมไม่เป็นเหตุให้บุคคลนั้นปลดเปลื้องจากการรับผิดชอบในการกระทำแห่งตนได้"

<u>อายุความ</u>

ตามปกติแล้ว ไม่ว่าคดีในทางแพ่งหรือทางอาญาก็มีอายุความในการฟ้องร้องคดีด้วยกันทั้งสิ้น ซึ่งอายุความในแต่ละเรื่องก็มีระยะเวลาแตกต่างกันไป โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติถึงเรื่องอายุความในการฟ้องร้องคดีทั่วไปไว้ในบรรพที่ 1 ลักษณะ 6 เช่น สิทธิเรียกร้องบางชนิดให้มีอายุความ 2 ปี อาทิ ครู อาจารย์ เรียกค่าสอน ตามมาตรา 165 นอกจากนี้ยังมีสิทธิเรียกร้องบางประการที่มีอายุความ 10 ปี อาทิ สิทธิเรียกร้องตามสัญญาซื้อขาย เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีอายุความเฉพาะในแต่ละเรื่องอีก เช่น อายุความในเรื่องละเมิด มีกำหนด 1 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้น 10 ปี นับแต่วันที่ทำละเมิดตามมาตรา 448 กำหนดส่วนอายุความในคดีอาญาก็มีระยะเวลาแตกต่างกันไปตามระวางโทษจำคุกและลักษณะความผิด เช่น อายุความ 20 ปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต และจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุก 20 ปี, อายุความ 15 ปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่า 7 ปี แต่ยังไม่ถึง 20 ปี ตามมาตรา 95 และในกรณีที่

---

[64] โกวิท มัธยมจันทร์ และ พัลลภ โชติเลขา, "คู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก," <u>วารสารพระธรรมนูญ</u> 38 (กันยายน 2535) : 159.

เป็นความผิดอันยอมความได้ถ้าผู้เสียหายไม่ได้ร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ ตามมาตรา 96 เป็นต้น

สำหรับคดีอาชญากรรมสงคราม แม้จะมีการยอมรับกันโดยทั่วไปให้นำหลักในเรื่องอายุความดำเนินคดีมาใช้กับคดีอาชญากรรมสงครามด้วยเช่น เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน ค.ศ.1964 ประเทศเยอรมันได้ออกประกาศว่าอายุความของคดีอาชญากรรมสงครามจะสิ้นสุด หลังจากที่สงครามได้สิ้นสุดลงไปแล้ว 20 ปี โดยให้นับจากวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1949 ไม่ใช่นับจากวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1945 ส่วนคดีความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) นั้นไม่มีอายุความในการดำเนินคดี เป็นต้น [65]

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ยังไม่เป็นที่ยุติ กล่าวคือยังมีอีกหลายประเทศที่ไม่ยอมให้มีอายุความดำเนินคดีแก่บุคคลที่มีความผิดฐานเป็นอาชญากรสงคราม เช่น โปแลนด์ได้ทำบันทึกช่วยจำ (memorandom) ถึงองค์การสหประชาชาติเรียกร้องให้มีการตรวจสอบในเรื่องอายุความของคดีอาชญากรสงครามในสมัยประชุมของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission)เมื่อวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1965 ซึ่งได้มีการลงมติอย่างเป็นเอกฉันท์ว่า ไม่มีอายุความในคดีอาชญากรสงคราม [66] นอกจากนี้ ตามกฎหมายของอดีตสหภาพโซเวียต อาชญากรสงครามเยอรมนีในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 จะต้องถูกนำตัวมาดำเนินคดีและลงโทษ โดยไม่ว่าระยะเวลาจะผ่านไปนานเพียงใดนับแต่วันที่กระทำความผิด ซึ่งประเทศฝรั่งเศสและประเทศยุโรปตะวันออกซึ่งเป็นประเทศที่เคยสังกัดค่ายคอมมิวนิสต์ก็ยึดถือหลักการนี้เช่นกัน [67]

---

[65] มหาวิทยาลัย สุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 7-15 (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2529), น.50.

[66] Edmund Jan Osmanezyk, "War crimes and UN. resolution 1946-1970" in Encyclopedia of the UN. and International Agreement (New York : Taylor & Francis Inc., 1990), p.109.

[67] มหาวิทยาลัย สุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศหน่วยที่ 7-15, น.50.

ผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่ควรจะมีกำหนดอายุความในการดำเนินคดีแก่อาชญากรสงคราม เพราะการกระทำของอาชญากรสงครามเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และบ่อยครั้งเป็นการกระทำที่ทารุณโหดร้ายต่อผู้บริสุทธิ์หรือผู้ที่ไม่มีทางสู้ อีกทั้งเพื่อให้ผู้ที่จะก่ออาชญากรรมสงครามเกรงกลัวต่อการลงโทษ เนื่องจากแม้ว่าอาชญากรสงครามจะหลบหนีจากการจับกุมไปได้ หากถูกจับได้ในภายหลังไม่ว่าระยะเวลาจะผ่านไปนานเพียงใดก็ตามก็ยังต้องถูกนำตัวขึ้นพิจารณาคดีและลงโทษจากการกระทำอาชญากรรมสงครามของตนอยู่

<u>บทลงโทษ</u>

หลังจากที่ศาลพิจารณาคดีใด ๆ สิ้นสุดแล้ว ศาลก็จะได้ตัดสินว่าจำเลยกระทำผิดดังฟ้องจริงหรือไม่ หากจำเลยไม่ได้กระทำผิดศาลจะตัดสินให้ปล่อยจำเลยไป แต่ถ้าจำเลยกระทำผิดจริงตามฟ้องจำเลยก็จะต้องถูกลงโทษ ซึ่งตามกฎหมายไทยได้กำหนดบทลงโทษ (penality) สำหรับผู้กระทำผิดทางอาญาไว้ ในมาตรา 18 ประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

"มาตรา 18 โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิด มีดังนี้

1. ประหารชีวิต 2. จำคุก 3. กักขัง 4. ปรับ 5. ริบทรัพย์สิน"

อย่างไรก็ตาม โทษที่ใช้สำหรับในการลงโทษผู้กระทำความผิดไม่ใช้โทษอย่างเดียวกันในทุก ๆ ฐานความผิด ซึ่งโทษลักษณะใดจะใช้สำหรับความผิดฐานใดนั้นขึ้นอยู่กับลักษณะและความรุนแรงของความผิดนั้น

สำหรับคดีอาชญากรสงคราม ซึ่งมักเป็นคดีที่ถูกพิจารณาโดยศาลระหว่างประเทศจะมีบทลงโทษ เช่นเดียวกับบทลงโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลในคดีอาชญากรสงครามที่ผ่านมาในอดีต รวมทั้งธรรมนูญของศาลระหว่างประเทศที่พิจารณาคดีเหล่านั้นด้วย

เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลง มีผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายสงครามถึง 896 คน แต่มีผู้ถูกดำเนินคดีจริง ๆ เพียง 13 คนเท่านั้น และมีเพียง 6 คนใน 13 คนนี้ที่ถูกพิพากษาว่ามีความผิด ซึ่งบทลงโทษที่จำเลยทั้ง 6 คน ได้รับก็คือ โทษจำคุก และ

ได้ถูกจำคุกอยู่ในเยอรมนีนั้นเอง * ส่วนคดีอาชญากรสงครามในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ส่วนใหญ่จะถูกพิจารณาคดีโดยศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ซึ่งธรรมนูญของศาลนูเรมเบิร์กได้บัญญัติเกี่ยวกับบทลงโทษไว้ในมาตรา 27 และ 28 ดังนี้

มาตรา 27 "ศาลมีสิทธิที่จะกำหนดโทษจำเลยผู้ถูกตัดสินว่าผิดให้รับโทษประหารชีวิต หรือโทษอื่นใดตามที่ศาลเห็นว่ายุติธรรม"

มาตรา 28 "นอกจากการกำหนดโทษแล้ว ศาลมีสิทธิที่จะสั่งยึดทรัพย์สมบัติที่ปล้นสะดมมาของผู้ถูกตัดสินว่าผิด และสั่งให้มอบทรัพย์สมบัตินั้นแก่คณะกรรมการควบคุมสำหรับเยอรมนี"

และจากการตัดสินคดีของศาลนูเรมเบิร์ก ศาลได้พิพากษาประหารชีวิตจำเลยโดยการแขวนคอรวม 12 คน คือ [68]

1.	Wilhelm Goring	ผู้บังคับบัญชาทหารอากาศเยอรมนี
2.	Joachim von Ribbentrop	รัฐมนตรีต่างประเทศเยอรมนี
3.	Ernst Kaltenbrunner	หัวหน้าตำรวจรักษาความมั่นคง
4.	Wilhelm Keitel	เสนาธิการกองบัญชาการทหารสูงสุด
5.	Hens Frank	ผู้ว่าราชการยึดครองโปแลนด์
6.	Wilhelm Frick	รัฐมนตรีมหาดไทย
7.	Alfred Rosenburg	นักปรัชญาของพรรคนาซี
8.	Alfred Jodl	เลขาธิการกองบัญชาการทหารสูงสุด
9.	Julius Streicher	บรรณาธิการหนังสือพิมพ์ต่อต้านชาวยิว
10.	Fritz Sauckel	หัวหน้าหน่วยควบคุมการใช้แรงงานกรรมกร

---

* โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 1

[68] สุเทพ อัตถากร, <u>กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ พฤติกรรมและเอกสาร : ภาคสงคราม กรณีพิพาท ความเป็นกลาง</u> (กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2516), น. 537-538 และ 541.

11.	Arthur Seyss-Inquart	นายกรัฐมนตรีออสเตรียและรัฐมนตรียึดครองดินแดนเนเธอร์แลนด์
12.	Martin Bormann	เลขานุการของฮิตเลอร์

นอกจากนั้น ศาลยังพิพากษาให้จำคุกตลอดชีวิตสามคน คือ Rudolf Hess รองผู้นำพรรคนาซี Walter Funk รัฐมนตรีเศรษฐการ และ Erich Raeder ผู้บัญชาการทหารเรือ จำคุก 20 ปี สองคน คือ Albert Speer รัฐมนตรีกระทรวงผลิตอาวุธยุทธภัณฑ์ และ Baldur von Schirach ผู้นำยุวชนนาซี จำคุก 15 ปี คือ Constantin von Neurath รัฐมนตรีต่างประเทศ จำคุก 10 ปี คือ Karl Donitz ผู้บัญชาการกองเรือดำน้ำและประมุขนาซีสืบต่อจากฮิตเลอร์ สำหรับ Hjalma Schacht ซึ่งเป็นรัฐมนตรีเศรษฐการอีกคนหนึ่ง, Franz von Papan นายกรัฐมนตรีออสเตรีย และตุรกี และ Hans Fritzche หัวหน้าฝ่ายวิทยุในกระทรวงโฆษณา ศาลพิพากษาให้ปล่อยตัวพ้นข้อหาไป [69]

ดังนั้น จากบทบัญญัติของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก และคำพิพากษาของศาลจะเห็นได้ว่ามีบทลงโทษใหญ่ ๆ อยู่ 3 ประการ คือ

1. ประหารชีวิต
2. จำคุก
3. ริบทรัพย์สิน [ซึ่งเมื่อเทียบเคียงบทบัญญัติของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก มาตรา 28 กับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของไทยในมาตรา 33 [70] แล้วเห็นว่าน่าจะเป็นบทลงโทษ

---

[69] เรื่องเดียวกัน.

[70] มาตรา 33 แห่งประมวลกฎหมายอาญา "ในการริบทรัพย์สิน นอกจากศาลจะมีอำนาจริบตามกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ริบทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้อีกด้วย คือ

(1) ทรัพย์สิน ซึ่งบุคคลได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือ

(2) ทรัพย์สิน ซึ่งบุคคลได้มาโดยการกระทำความผิด

เว้นแต่ทรัพย์สินเหล่านี้เป็นทรัพย์สินของผู้อื่น ซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิด"

อย่างเดียวกัน เนื่องจากทรัพย์สินที่ศาลจะสั่งให้ริบได้ตามมาตรา 33 (2) ของประมวลกฎหมายอาญานั้น จะต้องเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ส่วนทรัพย์สมบัติที่ศาลนูเรมเบิร์กสั่งให้ยึดตามมาตรา 28 ก็คือ ทรัพย์สมบัติที่จำเลยได้มาจากการปล้นสะดมซึ่งถือเป็นความผิดอาญาอย่างหนึ่ง เช่นกัน]

ส่วนตามธรรมนูญของศาลระหว่างประเทศเพื่อพิจาณาคดีบุคคลมีความรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย ตั้งแต่ ค.ศ. 1991 ต่อไปนี้จะเรียกว่า "ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย" ได้บัญญัติถึงบทลงโทษไว้ในมาตรา 24 ดังนี้

"1. โทษทางอาญาที่กำหนดโดยองค์คณะพิจารณา (The Trial Chamber) จะจำกัดแค่โทษจำคุก ในการกำหนดระยะเวลาการจำคุก คณะพิจารณาจะใช้ทางปฏิบัติทั่วไปโดยคำนึงถึงคำพิพากษาจำคุกในศาลของอดีตประเทศยูโกสลาเวียเป็นหลัก

2. ในการกำหนดคำพิพากษา องค์คณะพิจารณาจะได้คำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ เช่นเดียวกับความรุนแรงของความผิด และสถานการณ์แวดล้อมเฉพาะกรณีของผู้ถูกตัดสินว่าผิด (The convicted person)

3. นอกจากนี้ในการจำคุก องค์คณะพิจารณาอาจสั่งให้ส่งทรัพย์สินใด ๆ และผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่ได้มาโดยการกระทำอาชญากรรมคืนให้แก่เจ้าของผู้มีสิทธิโดยชอบธรรมรวมถึงวิธีการเยียวยา"

จากบทบัญญัติของมาตรา 24 นี้ พอที่จะสรุปได้ว่าตามธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย กำหนดบทลงโทษไว้ 2 ประการ คือ 1. จำคุก และ 2. ริบทรัพย์สิน

สำหรับคู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบกกล่าวถึงบทลงโทษไว้ในข้อที่ 508 ดังนี้

"โทษที่กำหนดไว้สำหรับการละเมิดกฎว่าด้วยการสงครามจะต้องได้ส่วนสัมพันธ์กับความร้ายแรงของความผิด ตามพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พุทธศักราช 2488 มาตรา 9 ได้บัญญัติเกี่ยวกับโทษไว้ว่า "ผู้ใดเป็นอาชญากรสงคราม ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกไม่เกินยี่สิบปี ทรัพย์สมบัติส่วนตัวของผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ให้ริบเสียสิ้น และให้ศาลเพิกถอนสิทธิออกเสียงตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งมีกำหนดสิบสองปีนับแต่วันพ้นโทษ" เป็นที่น่าสังเกตว่าโทษตามคู่มือกฎหมายนี้ นอกจากจะมีโทษประหารชีวิต จำคุก และริบทรัพย์ตามปกติแล้วยังมีโทษในการเพิกถอนสิทธิออกเสียงด้วย

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าอาชญากรสงครามสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 แม้จะถูกพิพากษาให้จำคุกแต่ระยะเวลาจำคุกที่ศาลกำหนดนั้นเป็นระยะเวลาที่น้อยมาก (ระยะเวลาประมาณ 6 เดือน - 2 ปี) เมื่อเทียบกับความผิดที่จำเลยได้กระทำขึ้น แต่กระนั้น จำเลยก็ไม่ได้รับโทษจนสิ้นสุดตามคำพิพากษา [71] ส่วนอาชญากรสงครามในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 จำเลยที่ถูกพิพากษาประหารชีวิตทั้ง 12 คน ได้ถูกแขวนคอ ในวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 1946 เว้นแต่ Martin Bormann ซึ่งถูกพิพากษาไปโดยที่ยังจับตัวมาไม่ได้กับ Wilhelm Goring ซึ่งฆ่าตัวตายในห้องขังสองชั่วโมงก่อนกำหนดเวลาประหาร ส่วนผู้ที่ถูกพิพากษาให้จำคุกก็ถูกจองจำไว้ที่เรือนจำในเมือง Spandau โดยทั้งหมดได้รับโทษจนครบกำหนด [72] สำหรับการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลยูโกสลาเวียนั้น ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียได้กำหนดไว้ในมาตรา 27 ว่า

"การจำคุกจะได้กระทำในรัฐซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากศาลระหว่างประเทศตามรายชื่อบัญชีของรัฐซึ่งได้แสดงความจำนงที่จะรับตัวผู้ที่ถูกตัดสินว่าผิดต่อคณะมนตรีความมั่นคง การจำคุกดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายที่ปรับใช้อยู่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง โดยอยู่ภายใต้การตรวจตราของศาลระหว่างประเทศ"

ในส่วนของการอภัยโทษ ลดโทษ เพิ่มโทษ หรือเปลี่ยนโทษนั้น กฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 51-56 ส่วนธรรมนูญของศาลนูเรมเบิร์กได้บัญญัติถึงเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 29 ว่า

"ในกรณีที่ตัดสินว่าผิดจะมีการดำเนินการลงโทษตามคำสั่งของคณะกรรมการควบคุมเยอรมันี ซึ่งไม่ว่าในเวลาใดอาจลดหรือเปลี่ยนแปลงโทษได้ แต่จะเพิ่มความรุนแรงของโทษมิได้ ถ้าหลังจากที่จำเลยถูกพิพากษาว่าผิดและดำเนินการลงโทษไปแล้ว คณะกรรมการค้นพบหลักฐาน

---

[71] Rumigiusz Bierzanek, "The prosecution of war crimes," in A treatise on international criminal law, Vol. I : Crimes and punishment, eds. M.Cherif Bassiouni and V.P. Nanda (Illinois : Charles C.Thomas Publisher, 1973), p. 568.

[72] สุเทพ อัตถากร, กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ พฤติกรรมและเอกสาร : ภาคสงคราม กรณีพิพาท ความเป็นกลาง, หน้า 541.

ใหม่ซึ่งตนเห็นว่าย่อมทำให้เกิดข้อหาใหม่ต่อจำเลย คณะกรรมการจะแจ้งเรื่องนี้ให้คณะกรรมการที่จัดตั้งมาตามมาตรา 14 ทราบ เพื่อจะได้มีการดำเนินการตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร โดย. คำนึงถึงความยุติธรรม"

นอกจากนี้ ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียก็บัญญัติถึงเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 28 เช่นกันว่า

"ตามกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในรัฐที่ผู้ถูกลงโทษจำคุกอยู่ ถ้าบุคคลที่ถูกลงโทษจำคุกนั้นสมควรที่จะได้รับการอภัยโทษ (pardon) หรือเปลี่ยนโทษ (commutation) ตามคำพิพากษา รัฐที่เกี่ยวข้องอาจแจ้งให้ศาลระหว่างประเทศทราบตามนั้น ประธานของศาลระหว่างประเทศอาจตัดสินเรื่องราวบนพื้นฐานของความยุติธรรม และหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายโดยปรึกษากับผู้พิพากษา"

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า ในเรื่องบทลงโทษตามกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนของการลงโทษอาชญากรสงครามนั้นสอดคล้องกัน คือ มีโทษประหารชีวิต จำคุก และริบทรัพย์สิน รวมทั้ง ในส่วนของการให้อภัยโทษ ลดโทษ เพิ่มโทษ หรือเปลี่ยนโทษนั้นก็มีทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษากฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวกับอาชญากรสงครามไปแล้ว ในบทนี้สามารถสรุปได้ว่า บุคคลที่เป็นอาชญากรสงครามได้นั้นจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรมสงครามในระหว่างที่มีการพิพาทกันด้วยอาวุธเกิดขึ้น และอาชญากรสงครามก็ไม่สามารถกล่าวอ้างว่าการกระทำของตนถือเป็นการกระทำการไปในนามของรัฐหรือกล่าวอ้างว่าตนปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดในการกระทำที่ตนก่อขึ้นได้ ซึ่งบทลงโทษที่กำหนดให้กับอาชญากรสงครามนั้นก็มีตั้งแต่โทษประหารชีวิต จำคุก และริบทรัพย์สิน แต่สำหรับธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียนั้นไม่มีโทษประหารชีวิตคงมีแต่โทษจำคุกเท่านั้น อย่างไรก็ดีโทษที่กำหนดให้แก่ผู้ต้องโทษนั้นสามารถจะลดโทษ เพิ่มโทษ เปลี่ยนโทษ หรือให้อภัยโทษได้เช่นเดียวกับกฎหมายภายใน ส่วนอายุความของคดีอาชญากรสงครามนั้น ปัจจุบันยังไม่เป็นที่ยุติว่าควรจะมีอายุความในคดีอาชญากรสงครามหรือไม่