

บทที่ 2

ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามเป็นความผิดที่มีมานานแล้ว เนื่องจากการทำสงครามจะเป็นไปด้วยความโหดร้ายทารุณมุ่งหมายเพื่อเอาชนะฝ่ายตรงข้ามโดยไม่คำนึงถึงวิธีในการทำสงคราม ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินและบุคคลจำนวนมาก จึงเกิดแนวความคิดที่จะต้องควบคุมขอบเขตและวิธีการทำสงคราม โดยมีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการปกป้องผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำสงคราม และมีการพัฒนาต่อมาเรื่อยๆโดยมีการบัญญัติในข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ รวมทั้งมีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ และศาลระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาความผิดแก่บุคคลที่กระทำความผิด แต่ศาลทหารระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศที่ผ่านมาเป็นศาลเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาการกระทำ ความผิดที่เกิดขึ้นในแต่ละช่วงเวลาและสถานที่เท่านั้น

2.1 วิวัฒนาการความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

แนวความคิดเกี่ยวกับความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม เป็นผลจากกฎหมายที่วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้และวิธีการทำสงคราม ดังนั้นวิวัฒนาการของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามจึงมีความสัมพันธ์กับประวัติศาสตร์ของกฎหมายสงคราม โดยในสมัยโบราณมีวิธีในการทำสงครามมีหลายรูปแบบด้วยกัน แต่ละรูปแบบต่างก็มีวิธีการในการทำสงครามของตนเอง ซึ่งเป็นไปเพื่อมุ่งประสงค์ที่จะเอาชนะฝ่ายศัตรูเป็นสำคัญ ซึ่งบางวิธีการก็มีความโหดร้ายทารุณอย่างมาก โดยเริ่มพัฒนามาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ซึ่งในสมัยนั้นเป็นยุคที่ประกอบไปด้วยรัฐเล็กๆ หลายๆ รัฐ ที่มีวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีที่คล้ายคลึงกัน (cultural traditions) มีแนวปฏิบัติไปในลักษณะเดียวกัน ต่อมาเมื่อสังคมได้ขยายตัวใหญ่ขึ้น มีการใช้กฎเกณฑ์ของกฎหมายซึ่งมีพื้นฐานอยู่บนหลักศาสนา ซึ่งสังคมดังกล่าวมีลักษณะเป็นสังคมของคริสต์ศาสนิกชน (Family of Christian Nations) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสงครามส่วนใหญ่ที่ใช้ในเวลานั้น จึงมีลักษณะเป็นข้อห้ามใช้วิธีการบางอย่างในการทำสงคราม (prohibitions of certain means of warfare) โดยมีพื้นฐานมาจากแนวปฏิบัติทางศาสนา จึงยังไม่มีผลใดๆในทางกฎหมายระหว่างประเทศ¹

¹ Remigiusz Bierzanek, Warcrimes: "History and definition", in International criminal law: enforcement, M. Cherif Bassiouni, Volume III (New York : Transnational Publishers, Inc, 1987), p. 29.

ในขณะที่มีการพิจารณาแนวความคิดเกี่ยวกับการทำสงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful war) ก็มีการพิจารณาถึงพื้นฐานของแนวความคิดของโรมันที่เรียกว่า "bellum injustium" สงครามที่ไม่ได้มีการประกาศสงครามอย่างเป็นทางการ (jus fetiale) ซึ่งแนวความคิดของ "bellum injustium" มีข้อสันนิษฐานที่แตกต่างจากหลักการของคริสเตียนในสมัยกลางอย่างสิ้นเชิง และได้มีการพัฒนาครั้งแรกโดย เซนต์อ็อกสติน (St. Augustine) และเซนต์โทมัสอาควินัส (St. Thomas Aquinas) ซึ่งมีความเห็นว่า การทำสงครามจะกระทำได้อต่อเมื่อมีเหตุอันสมควร (causa justa) และเหตุอันสมควรจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการโจมตีโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful attack) ซึ่งถือว่าเป็นการทำสงครามเพื่อป้องกันตัว (war of defense) หรือการทำสงครามเพื่อเรียกร้องสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย (in pursuit of a legitimate claim)²

ในช่วงคริสตศตวรรษที่ 16 - 18 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการทำสงคราม (Jus in bello)³ รวมทั้งหลักทางมนุษยธรรม (humanitarian rules) ซึ่งเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติในช่วงเวลาสงคราม ได้มีความแข็งแกร่งมากขึ้น โดยนักนิติศาสตร์ได้เริ่มตระหนักถึงความสำคัญของหลักมนุษยธรรมในการทำสงคราม เช่น Grotius เห็นว่า ควรจะมีข้อจำกัดบางประการในการทำสงคราม ต่อมา ในช่วงหลังของศตวรรษที่ 18 ภายใต้อิทธิพลของการฟื้นฟูศิลปและวัฒนธรรม (the Enlightenment) ได้ปรากฏแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับหลักมนุษยธรรมในการทำสงคราม (a new and more humanitarian concept of warfare) ซึ่งเรียกกันว่า หลัก "Rousseau-Portalis doctrine" ซึ่งหลักดังกล่าวได้ยืนยันว่าการสู้รบไม่ควรจะขยายนอกเหนือไปจากสมาชิกของกองกำลังติดอาวุธ หรือไปล่วงละเมิดต่อทรัพย์สินส่วนบุคคล⁴

² Ibid.

³ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "อาชญากรรมสงคราม : ปัญหา และลู่ทางในการดำเนินคดี และการลงโทษอาชญากรรมสงคราม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า20.

Jus in bello เป็นหลักเกณฑ์ว่าด้วยการทำสงครามและเป็นหลักมนุษยธรรมที่จะต้องปฏิบัติในช่วงเวลาสงคราม ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาในลักษณะของจารีตประเพณี

⁴ Ibid, p. 30.

ในช่วงหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 19⁵ ได้มีการรวบรวมหลักเกณฑ์ในการทำสงครามซึ่งได้รับการปฏิบัติมาๆ มาเป็นเวลานานจนอาจถือได้ว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยการทำความตกลงพหุภาคี (multilateral agreement) หรือในรูปคำปฏิญญา (Declaration) เช่น ปฏิญญากรุงปารีสว่าด้วยสงครามทางทะเล ค.ศ.1856 (Paris Declaration on Maritime War 1856) หรืออนุสัญญาฉบับแรกของคณะกรรมการกาชาด (The First Red Cross Convention) ที่ได้จัดทำขึ้นในปี ค.ศ.1864 ได้แก่ อนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ ค.ศ.1864 (Geneva Convention on Wounded and Sick of 1864) อนุสัญญาเจนีวาเพื่อปรับปรุงสภาวะของทหารที่บาดเจ็บในสนามรบให้ดีขึ้น ค.ศ.1864 (The Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field of 1864) และอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 (The Hague Conventions 1907) เป็นต้น ซึ่งถือเป็นต้นแบบที่ก่อให้เกิดอนุสัญญาอื่นๆ ภายหลังในลักษณะเดียวกันเพื่อกำหนดขอบเขตของการกระทำและสกัดกั้นการกระทำอย่างไร้มนุษยธรรมของสงคราม และการให้ความคุ้มครองต่อผู้บาดเจ็บและป่วยไข้รวมทั้งบุคลากรทางการแพทย์ โรงพยาบาลและการลำเลียงผู้บาดเจ็บในสงคราม อีกทั้งเป็นการวางกฎเกณฑ์ข้อจำกัดในการกระทำของการสู้รบระหว่างฝ่ายที่เป็นศัตรูกับประชาชนโดยทั่วไป เป็นต้น⁶

ในกรณีที่มีการละเมิดหลักเกณฑ์บางหลักเกณฑ์ของการทำสงครามอย่างร้ายแรงแล้ว ผู้ที่กระทำการละเมิดก็จะถูกดำเนินคดีในฐานะที่เป็นอาชญากรสงคราม สำหรับประเทศที่มีได้เป็นภาคีของสนธิสัญญา ก็ยังคงมีความผูกพันในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการทำสงคราม ดังนั้น ความรับผิดชอบของปัจเจกชน (individual responsibility) เกี่ยวกับการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีของการทำสงคราม (the laws and customs of warfare) จะต้องพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำการละเมิดทั้งหลักเกณฑ์ของสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีอย่างร้ายแรง ที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของปัจเจกชนในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามด้วย

⁵ Rumigiusz Bierzanek, "The prosecution of war crimes", in A treatise on international criminal law, Vol. I : Crimes and Punishment, eds. M. Cherif Bassioni and V.P. Nanda (Illinois : Charles C. Thomas Publisher, 1973), p. 559.

⁶ Ibid., p. 30.

ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม สามารถแบ่งแยกได้ที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้เป็น 2 ที่มาด้วยกัน คือ กฎหมายแห่งเฮก (Law of Hague) และกฎหมายแห่งเจนีวา (Law of Geneva)

1. กฎหมายแห่งเฮก (Law of Hague)

กฎหมายแห่งเฮก คือ หลักกฎหมายสงครามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเฮก ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สงคราม ในการดำเนินการทำสงครามรวมทั้งจำกัดสิทธิของคู่สงครามในการเลือกวิธี (method) และวิถีทาง (means) ในการทำสงครามเพื่อให้ฝ่ายตรงข้ามได้รับความเสียหาย กฎหมายแห่งเฮกนี้ เป็นผลของการประชุมครั้งแรกที่กรุงเฮก (The First Hague Conference) ในปี ค.ศ.1899 ซึ่งได้มีการออกปฏิญญาแห่งเฮก ฉบับลงวันที่ 29 กรกฎาคม 1899 เกี่ยวกับการห้ามยิงกระสุนหรือทิ้งระเบิดมาจากบอลลูนและการแพร่กระจายของแก๊สที่ทำให้สลบหรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ในการประชุมที่กรุงเฮก ครั้งที่ 2 (The Second Hague Conference) ในปี ค.ศ.1907 ที่ประชุมได้รับเอาอนุสัญญาถึง 13 ฉบับ โดยอนุสัญญาทั้ง 13 ฉบับนี้เรียกรวมๆ กันว่า "อนุสัญญากรุงเฮก 1907" หรือ "The Hague Convention 1907"⁷

ในมาตรา 3 ของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ.1907 และมาตรา 56 ของกฎเกณฑ์ที่ผนวกไว้กับอนุสัญญานี้ รวมทั้งมาตรา 21 ของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 10 ค.ศ. 1907 ได้ระบุให้เป็นหน้าที่ของรัฐ ซึ่งกองทัพของตนได้กระทำละเมิดต่อกฎหมายแห่งวิธีการทำสงคราม (the laws of warfare) จะต้องชดเชย (reparation) ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้น หรือจะต้องลงโทษบุคคลที่กระทำการละเมิดเช่นนั้น นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่ากฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตให้พิจารณาคดีแก่บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืน (breach) จารีตประเพณีแห่งสงคราม หากบุคคลนั้นตกอยู่ในเงื้อมมือของประเทศที่พลเรือนของประเทศนั้นเป็นผู้ที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำของบุคคลนั้น แต่ในทางปฏิบัติบทนิรโทษกรรม (an amnesty clause) สำหรับบุคคลที่มีความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระหว่างสงคราม มักจะถูกบรรจุไว้ในสนธิสัญญาสันติภาพ (peace treaty) เพราะในสมัยนั้นถือว่าการก่อสงครามเป็นสิทธิอธิปไตยประการหนึ่งของรัฐ อย่างไรก็ตาม หากผู้ปกครองรัฐได้ทำคำปฏิญาณเป็น

⁷ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "อาชญากรรมสงคราม : ปัญหา และลู่ทางในการดำเนินคดี และการลงโทษอาชญากรรมสงคราม", หน้า 25-26.

พิเศษไว้ว่าจะไม่ทำสงคราม บุคคลนั้นก็จะต้องมีความรับผิดชอบหากตนได้ก่อสงครามขึ้น เพราะเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีในคำปฏิญาณที่ตนได้ให้ไว้

นอกจากอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 ทั้ง 13 ฉบับแล้ว ยังมีกฎแห่งเฮก ค.ศ.1923 ว่าด้วยการทำสงครามทางอากาศ (1923 Hague Rules of Aerial Warfare) รวมทั้งอนุสัญญาและพิธีสารเพิ่มเติมกรุงเฮก ปี ค.ศ.1954 ว่าด้วยการปกป้องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในเหตุการณ์ของการพิพาทกันทางกำลังทหารด้วย (1954 Hague Convention and Hague Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict)

2. กฎหมายแห่งเจนีวา (Law of Geneva)

กฎหมายแห่งเจนีวา ได้บัญญัติขึ้นเพื่อทำให้เกิดความแน่ใจว่าจะมีการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมกับผู้ที่ไม่ใช่ทหารและผู้ที่เป็นทหาร รวมทั้งปกป้องบุคคลบางประเภทและเพื่อลดความทารุณโหดร้ายของสงครามด้วย

กฎหมายแห่งเจนีวา มีที่มาจากอนุสัญญาเจนีวาฉบับแรก ในปี ค.ศ.1864 คือ อนุสัญญาเพื่อปรับปรุงสภาวะของทหารที่บาดเจ็บในสนามรบให้ดีขึ้น ค.ศ.1864 (The Geneva Convention for the Armelioration of the Condition of the Wounded in Armed Forces in the Field of 1864) ซึ่งพยายามปกป้องทหารที่บาดเจ็บหรือป่วยในสนามรบ รวมทั้งรถฉุกเฉิน โรงพยาบาลทหาร แพทย์ และบุคลากรทางการแพทย์อื่นๆ ด้วย ต่อมาในปี ค.ศ.1929 ได้มีการแก้ไขอนุสัญญาฉบับนี้ โดยออกมาเป็นอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ (The Geneva Convention on Wounded and Sick) และได้มีการสร้างอนุสัญญาเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งฉบับคือ อนุสัญญาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ค.ศ.1929 (The Geneva Convention Relation to the Treatment of Prisoner of War 1929) ซึ่งให้การปกป้องแก่เชลยศึก⁸

ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมและออกมาเป็นอนุสัญญาเจนีวาเพิ่มเติม จำนวน 4 ฉบับ ในปี ค.ศ.1949 คือ

1. อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ในกองทัพในสนามรบมีสภาวะที่ดีขึ้น

⁸ Richard L. Fruchterman, "Enforcement : the difference between the Laws of War and the Geneva Convention," The Georgia Journal of International and Comparative Law No.13 (May, 1982) : 304.

ค.ศ.1949 (The Geneva Convention for the Armelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forcess in the Field 1949)

2. อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้ที่สังกัดในกองทัพขณะอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บ ป่วยไข้ และเรือต้องอับปางมีสภาวะดีขึ้น ค.ศ.1949 (The Geneva Convention for the Armelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Force 1949)

3. อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ค.ศ. 1949 (The Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoner of War 1949)

4. อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม ค.ศ. 1949 (The Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949)

ต่อมาในปี ค.ศ.1977 ได้มีการออกพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ถึง 2 ฉบับ ด้วยกัน คือ พิธีสารเพิ่มเติมฉบับแรก เป็นเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยของการพิพาทกันด้วยกำลังทหารอันมีลักษณะระหว่างประเทศ (Protocols Additional to the Geneva Convention Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict) หรือที่เรียกกันว่า "พิธีสารฉบับที่ 1" หรือ "Protocol I" ส่วนพิธีสารฉบับสอง เป็นเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยของการพิพาทกันด้วยกำลังทหารอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Protocols Additional to the Geneva Convention Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflict) หรือที่เรียกกันว่า "พิธีสารฉบับที่ 2" หรือ "Protocol II"

ข้อสังเกตเกี่ยวกับความแตกต่างของกฎหมายแห่งเฮก และกฎหมายแห่งเจนีวา กฎหมายแห่งเฮก หมายถึง กฎหมายสงคราม ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการสร้างกฎเกณฑ์ในการทำสงคราม ส่วนกฎหมายแห่งเจนีวา หมายถึง กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องผู้ประสบภัยจากสงคราม ซึ่งมีทั้งพลเรือน ทหาร เชลยศึก ที่ได้รับบาดเจ็บ หรือ ป่วยไข้ โดยกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการดำเนินการเพื่อปฏิบัติต่อผู้ประสบภัยจากสงคราม ซึ่งมีทั้งพลเรือน ทหาร เชลยศึก ที่ได้รับบาดเจ็บหรือป่วยไข้ โดยกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการดำเนินการเพื่อปฏิบัติต่อผู้ประสบภัยจากสงคราม

ดังนั้น กฎหมายแห่งเจนีวา (Law of Geneva) จึงอาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับแนวปฏิบัติเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ทางมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายเจนีวาอย่างร้ายแรงก็อาจถือได้ว่า เป็นการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของปัจเจกชนและเป็นความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

2.2 ความหมายและการกระทำที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ก่อนมีศาลอาญาระหว่างประเทศ

ก่อนมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศ ยังมีความไม่ชัดเจนเนื่องจากไม่ได้เขียนไว้อย่างชัดเจน ว่าเป็นการกระทำในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ หรือเป็นการกระทำในการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ แต่ได้กำหนดลักษณะของการกระทำผิดที่เป็นอาชญากรรมสงครามไว้หลายลักษณะด้วยกัน

2.2.1 อาชญากรรมสงครามก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง

แนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม มีผลมาจากกฎหมายที่วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการทำสงคราม นับแต่อดีตได้มีการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันมีการรวบรวมลักษณะของการกระทำไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศในหลายลักษณะด้วยกัน โดยในอดีตมีการรวบรวมลักษณะของการกระทำที่เป็นอาชญากรรมสงครามไว้มากมาย นับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่ 1 สงบลง ได้มีความพยายามที่จะนำตัวพระเจ้าไกเซอร์วิลเลียมที่ 2 มาขึ้นศาลทหารระหว่างประเทศ ที่จะจัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญาแวร์ซายส์ ปี ค.ศ.1919 แต่เนื่องจากพระเจ้าไกเซอร์เสด็จลี้ภัยในเนเธอร์แลนด์ จึงไม่อาจนำตัวไปขึ้นศาลได้โดยเป็นความพยายามก้าวแรกของความคิดในการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศขึ้น⁹ การสู้รบในสงครามครั้งนี้เต็มไปด้วยความทารุณโหดร้ายและละเมิดกฎหมายสงครามอย่างชัดเจน โดยเฉพาะในการสู้รบฝ่ายเยอรมันได้กระทำการไปอย่างไม่รักษากฎเกณฑ์แห่งการทำสงครามแต่ประการใด รวมทั้งกระทำการที่ทารุณโหดร้ายหลายประการ เช่น การฆ่าคนจำนวนมาก การทรมาน การจับกุมและฆ่าตัวประกัน เป็นต้น และเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลงที่ประชุมสันติภาพปารีส (The Paris Peace Conference) ได้ลงมติจัดตั้งคณะกรรมการ 15 นาย (The Commission of Fifteen) ขึ้น โดยคณะกรรมการ 15 นาย นี้ได้รวบรวมลักษณะของการทำอาชญากรรมสงคราม ไว้ถึง 32 รายการด้วยกัน¹⁰

⁹ สุเทพ อัดถาวร, กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ พฤติกรรมและเอกสารเล่มสอง, ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิชย์, 2516), หน้า 535 .

¹⁰ Remigiusz Bierzanek, War crimes: history and definition, pp. 563-564.

2.2.2 อาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก

เมื่อเกิดสงครามโลกครั้งที่สอง พันธมิตรตะวันตกได้ตระหนักถึงการกระทำที่โหดร้ายทารุณและผิดมนุษยธรรมของพวกนาซี พันธมิตรจึงได้ประกาศเตือนหลายครั้งที่จะให้พวกนาซีได้ตระหนักและระงับการกระทำนั้น และได้มีประกาศกรุงมอสโก เน้นให้นาซีตระหนักว่าพวกนาซีและนายทหารเยอรมัน และผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำทารุณใดๆ จะต้องถูกพิจารณาคดีและพิพากษาโทษตามกฎหมาย การกระทำผิด ณ ที่ใดจะได้ถูกนำไปขึ้นศาล ณ ที่นั้น ส่วนอาชญากรคนสำคัญซึ่งกระทำผิดมิได้มีสถานที่แน่นอนแห่งการกระทำผิดจะถูกลงโทษ โดยการพิจารณาร่วมกันของรัฐบาลสัมพันธมิตร ต่อมาในวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ.1945 ผู้แทนชาติพันธมิตรจากสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และรัสเซีย ได้ประชุมกันที่ลอนดอน และตกลงจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศขึ้น (Agreement for Establishment of an International Military Tribunal) ตามประกาศลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ.1945 และได้มีข้อตกลงภาคผนวกเป็นธรรมนูญศาลทหาร เรียกว่า The Charter of the International Military Tribunal ¹¹

ศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ข้อ 6 กำหนดว่า “อาชญากรรมสงครามนั้นคือ การละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีแห่งสงคราม การละเมิดไม่จำกัดเฉพาะแต่การ

การฆาตกรรมหมู่ การฆ่าตัวประกัน การทรมานพลเมือง การทำให้พลเรือนอดอาหารตายโดยเจตนา การข่มขืน การลักพาตัวเด็กและสตรีไปเพื่อบังคับให้เป็นโสเภณี การเนรเทศพลเรือน การกักขังพลเรือน การบังคับให้พลเรือนใช้แรงงานที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการทางทหารของฝ่ายข้าศึก การแย่งชิงอหิไยโดยระหว่างการยึดครองทางทหาร การบังคับให้เกณฑ์ทหารในหมู่คนที่อาศัยอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครอง ความพยายามที่จะเคลื่อนย้ายพลเรือนของดินแดนที่ถูกยึดครองออกนอกดินแดนนั้น การปล้นสะดม การริบทรัพย์สิน การบีบบังคับเกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนหรือการเรียกร้องที่ผิดกฎหมายที่มากจนเกินไป การลดค่าเงินและออกเงินตราปลอม การกำหนดโทษหมู่ทางอาญา (Imposition of collective penalties) การทำลายล้างหรือทำลายทรัพย์สินอย่างป่าเถื่อน การทิ้งระเบิดสถานที่ที่ไม่ได้ป้องกันตนเอง การทำลายอาคารและอนุสาวรีย์ทางศาสนา ทางการกุศล ทางการศึกษา และทางประวัติศาสตร์อย่างป่าเถื่อน การทำลายเรือสินค้าและเรือโดยสารโดยปราศจากการเตือนล่วงหน้าหรือเตรียมการเพื่อความปลอดภัยของผู้โดยสารและลูกเรือ การทำลายเรือประมงและเรือช่วยชีวิต การทิ้งระเบิดโรงพยาบาล การโจมตีและทำลายเรือพยาบาล การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์อื่นๆ ของกาชาด การใช้ก๊าซซึ่งเป็นอันตรายต่อสุขภาพและก๊าซที่ทำให้ระบบทางเดินหายใจติดขัด การใช้กระสุนระเบิดหรือกระสุนกระจายและอุปกรณ์อื่นๆ ที่ไร้มนุษยธรรม การสั่งให้แยกวางออกเป็นส่วนใหญ่ (Direction to give no quarter) การปฏิบัติที่เลวร้ายต่อผู้บาดเจ็บและเชลยศึก การจ้างเชลยศึกในงานที่ไม่มีอำนาจ การนำธงพักรบชั่วคราวไปใช้ในทางที่ผิด การใส่ยาพิษลงในบ่อน้ำ

¹¹ สุเทพ อัดถาวร, กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ พุทธิกรรมและเอกสารเล่มสอง, ครั้งที่ 1, หน้า 535 .

ฆาตกรรม ทารุณกรรม หรือข่มขืนประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือเอกชน การทำลายเมือง หรือหมู่บ้านอย่างราบเรียบ หรือการทำลายอื่นๆ ซึ่งไม่มีความจำเป็นทางทหาร”

โดยศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กนี้ กำหนดถึงการละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีแห่งสงคราม คล้ายกับความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่กำหนดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 8 (b) และ (e) ที่กำหนดถึงการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันด้วยอาวุธ แต่ข้อ 8 (b) และ (e) ของในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมีการกำหนดฐานความผิดไว้มากกว่า

2.2.3 อาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย

ในปี ค.ศ. 1992 อดีตประเทศยูโกสลาเวีย เกิดสงครามและเกิดการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างแพร่หลายและกว้างขวาง มีการฆ่าคนจำนวนมากและมีการล้างเผ่าพันธุ์ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจึงมีมติจัดตั้งศาลระหว่างประเทศชั่วคราวขึ้น (ad hoc international tribunal) เพื่อฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบเนื่องจากกระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวีย โดยธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ข้อ 2 ถึงข้อ 5 กำหนดให้ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) มีอำนาจฟ้องร้องบุคคลผู้ถูกสงสัยว่ากระทำละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ละเมิดต่อกฎหมายหรือจารีตประเพณีของสงคราม ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ¹² แต่อย่างไรก็ตาม ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียไม่ได้กำหนดรายละเอียดขององค์ประกอบความผิดไว้

ในข้อ 2 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียได้กำหนดความผิดที่เป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามข้อ 8 (a) โดยธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ได้กำหนดว่าการกระทำต่างๆ ต่อไปนี้ เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง

¹² Jordan J. Paust and other, International Criminal Law Cases and Materials second edition (Durham north Carolina : Carolina Academic Press, 2000), pp. 759-781.

4 ฉบับ กล่าวคือ การกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับการปกป้องภายใต้บัญญัติของอนุสัญญาเจนีวาที่เกี่ยวข้อง ดังนี้¹³

1. การฆาตกรรมโดยเจตนา
2. การทรมานหรือปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม (inhuman treatment) รวมถึงการทดลองทางชีววิทยา (biological experiments)
3. การทำให้ได้รับอันตรายแก่ร่างกาย หรืออนามัยอย่างร้ายแรง หรืออย่างทนทุกข์ทรมานมากโดยเจตนา
4. การทำลายและการเวนคืนทรัพย์สิน (expropriation of property) อย่างกว้างขวาง โดยไม่มีความจำเป็นทางทหารและซึ่งได้กระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยผลการ
5. การบังคับให้เชลยศึกหรือพลเรือนเข้าไปรับใช้ในกองกำลังของประเทศที่เป็นศัตรู
6. การกระทำโดยเจตนาให้เชลยศึก หรือพลเรือนเสียชีวิตที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเที่ยงธรรม (fair) และเป็นไปตามระเบียบ (regular trial)
7. การผลักดัน (deportation) หรือการโยกย้าย (transfer) พลเรือนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการกักตัว (confinement) พลเรือนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
8. การจับพลเรือนเป็นตัวประกัน

ความผิดต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียนี้ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนด รายละเอียดของการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ตามข้อ 8(a) ไว้เหมือนกับความคิดที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ตามข้อ 2 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย แต่ทั้งนี้ ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ไม่ได้กำหนดว่าเป็นกรณีที่เกิดในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศหรือในการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย กำหนดความผิดที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีของสงคราม (violation of law and custom of war) ไว้ดังนี้

1. ใช้อาวุธที่เป็นพิษ หรืออาวุธอื่นที่คาดว่าจะก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็น
2. ทำลายเมือง หมู่บ้าน หรือสิ่งก่อสร้าง โดยไม่มีความจำเป็นทางทหาร และโดยไม่เลือกเป้าหมาย

¹³ Statute of the International Tribunal Article 2

3. โจมตี หรือทิ้งระเบิด ไม่ว่าจะโดยวิธีใด ต่อเมือง หมู่บ้าน แหล่งน้ำ หรือตึก ซึ่งมีได้มี การป้องกัน
4. ยึด หรือทำลาย โดยเจตนาทำให้เสียหาย ต่อสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การกุศล และการศึกษา ศิลปะ และวิทยาศาสตร์ อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ และผลงานทางศิลปะและ วิทยาศาสตร์
5. การปล้นสะดมทรัพย์สิน ของส่วนรวมหรือของบุคคล

ความผิดฐานฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีของสงคราม (violation of law and custom of war) ตามข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย คล้ายกับความผิดฐาน อาชญากรรมสงครามที่กำหนดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 8 (b) แต่ตามข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียกำหนดว่าเป็นการ “ฝ่าฝืน” เท่านั้น ส่วน ธรรมนูญ กรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดว่าเป็นการ “ละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ” นอก จากนี้ยังแตกต่างกันในรายละเอียด โดยธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้ กำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดไว้เป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ ธรรมนูญศาล ระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ไม่ได้กำหนดว่าเป็นกรณีที่เกิดในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่าง ประเทศหรือในการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

2.2.4 อาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา

ประเทศวันดา เกิดสงครามกลางเมืองในปี ค.ศ.1994 โดยชนเผ่าฮูตู ได้เข่นฆ่าชนเผ่า ตูตซี และมีเหยื่อที่เกิดจากความขัดแย้งประมาณห้าแสนถึงหนึ่งล้านคน คณะมนตรีความมั่นคง แห่งสหประชาชาติ ได้จัดตั้งศาลระหว่างประเทศวันดา ขึ้นเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ.1994 โดยศาลระหว่างประเทศวันดา ได้รับมอบหมายให้ฟ้องและดำเนินคดีต่อบุคคลที่มีความรับผิดชอบ อันเนื่องจากการกระทำการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในดินแดน ประเทศวันดา และพลเมืองประเทศวันดาที่มีความรับผิดชอบอันเนื่องจากการกระทำการฝ่าฝืนดังกล่าว ในดินแดนของรัฐใกล้เคียง ระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1949 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1949 ศาลระหว่างประเทศวันดา มีความแตกต่างจากศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียตรงที่ ศาลระหว่างประเทศวันดาพิจารณาตีความผิดที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาจำกัด ในขณะที่ศาล ระหว่างประเทศยูโกสลาเวียพิจารณาความผิดที่ยังไม่จำกัดระยะเวลา กล่าวคือ ศาลระหว่าง ประเทศวันดาพิจารณาพิจารณาตีความผิดที่เกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1949 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1949 เท่านั้น แต่ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียพิจารณาตีความผิดที่เกิด

ขึ้นในอดีตประเทศยูโกสลาเวียจนกว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจะกำหนดว่า สันติภาพได้กลับคืนสู่อดีตประเทศยูโกสลาเวียแล้ว ซึ่งปัจจุบันคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติยังไม่ได้กำหนดว่าสันติภาพได้กลับคืนสู่ยูโกสลาเวียแล้ว เนื่องจากเหตุการณ์ที่ประเทศรวันดาได้ยุติลงแล้ว แต่สถานการณ์ความขัดแย้งในอดีตประเทศยูโกสลาเวียยังไม่สิ้นสุด

14

ข้อ 4 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา ได้กำหนดความผิดฐานที่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน มาตรา 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ไว้ ดังต่อไปนี้

1. การกระทำรุนแรงต่อชีวิต สุขภาพ และร่างกาย หรือจิตใจของบุคคล โดยเฉพาะ การฆ่า รวมทั้งการปฏิบัติที่ทารุณโหดร้าย เช่น การทรมาน การตัดทอนอวัยวะ หรือการลงโทษใดๆต่อร่างกาย
2. การลงโทษเป็นหมู่คณะ
3. การกระทำก่อการร้าย
4. เข้ายึดหายามศักดิ์ศรีของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำให้อับอายและการปฏิบัติที่ย่ำยีศักดิ์ศรี การข่มขืนกระทำชำเรา การบังคับให้เป็นโสเภณี และการกระทำข่มขู่ใดๆ ที่หยาบโลนในรูปแบบอื่น
5. การปล้นสะดม
6. การกำหนดโทษและการดำเนินการประหารชีวิต โดยปราศจากการพิพากษาคดีก่อน โดยศาลจัดตั้งขึ้นตามปกติ ซึ่งให้หลักประกันทั้งปวงทางด้านความยุติธรรม อันเป็นสิ่งที่ยอมรับโดยพลเรือนว่าขาดไม่ได้
7. ขู่เข็ญคุกคามว่าจะกระทำการใดๆ ตามที่กล่าวมานี้

การกระทำที่เป็นความผิดตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา นี้ กำหนดว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน มาตรา 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 แต่ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

14

Historical context of the Events in Rwanda in 1994, Musema case of International Tribunal for Rwanda [Online]. Available form: <http://www.ictj.org/eng/cond/Endlis/case/musema/index.htm>. [2003, April 30]

กำหนดถึงเฉพาะการกระทำที่เป็นเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน มาตรา 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้งสี่ฉบับ ไว้เท่านั้น ตามข้อ 8(c) ไม่ได้กำหนดถึงการละเมิดพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2

นอกจากนี้ อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 2 ฉบับ ได้กำหนดเกี่ยวกับการพิพาทกันด้วยอาวุธ (Armed Conflict) เพื่อใช้กับสถานการณ์อื่นที่ไม่ใช่กรณีสงครามที่มีการประกาศสงครามหรือการพิพาทกันด้วยอาวุธที่มีใช้กรณีระหว่างประเทศ (Non-International armed Conflict) ที่เกิดขึ้นระหว่างภาคีแห่งอนุสัญญา โดยจากอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 2 ฉบับ อาจสรุปนิยามของอาชญากรรมสงครามได้ว่า อาชญากรรมสงคราม หมายถึง การละเมิดอนุสัญญาเจนีวาอย่างร้ายแรง (grave breaches) การฝ่าฝืนหลักกฎหมายและจารีตประเพณี ที่ใช้ในกรณีพิพาทกันด้วยอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International armed Conflict) และกรณีที่เป็นการพิพาทด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Non-International armed Conflict) โดยอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ถือว่าการกระทำต่อไปนี้ เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949

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

ต่อมาพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ.1977 ได้กล่าวถึงลักษณะของการละเมิดอย่างร้ายแรงซึ่งถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามไว้ในข้อ 85 ไว้ดังนี้

“ข้อ 85 การปราบปรามการละเมิดพิธีสารนี้

1. บทบัญญัติของอนุสัญญาทั้งหลาย ที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามการละเมิดและการละเมิดอย่างร้ายแรงซึ่งเสริมโดยหมวดนี้ จักนำไปใช้กับการปราบปรามการละเมิดและการละเมิดอย่างร้ายแรงของพิธีสารนี้

2. การกระทำทั้งหลายซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาก็เป็นการฝ่าฝืนอย่างรุนแรงตามพิธีสารนี้ ถ้าเป็นการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในอำนาจของภาคีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งได้รับการปกป้องโดยข้อ 44, 45 และ 73 ของพิธีสารนี้ หรือ ต่อผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วย และผู้ที่เรืออับปางของคู่ปรับซึ่งได้รับการปกป้องโดยพิธีสารนี้ หรือ บุคลากรทางแพทย์ หรือทางศาสนา หน่วยแพทย์ หรือยานพาหนะทางการแพทย์ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของคู่ปรับ และได้รับการปกป้องโดยพิธีสารนี้

3. นอกจากการละเมิดอย่างร้ายแรงซึ่งได้กำหนดไว้ในข้อ 11 การกระทำต่อไปนี้ จักต้องถือว่าเป็นการละเมิดพิธีสารนี้อย่างร้ายแรง เมื่อกระทำโดยจงใจโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของพิธีสารนี้ และเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสแก่กายหรือสุขภาพ

(ก) ทำให้ประชาชนพลเรือน หรือพลเรือนแต่ละคนเป็นเป้าหมายของการโจมตี

(ข) ลงมือดำเนินการโจมตีโดยไม่เลือก ทำให้มีผลกระทบต่อเป้าหมายประชาชนพลเรือนหรือทรัพย์สินพลเรือนโดยรู้ว่าการโจมตีเช่นนั้น จะมีผลทำให้ละเมิดต่อการสูญเสียชีวิต ทำให้เกิดอันตรายแก่กาย ทำให้ได้รับบาดเจ็บแก่พลเรือน หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของพลเรือนตามที่นิยามไว้ในข้อ 57 วรรค 2 (ก) (3)

(ค) ดำเนินการโจมตีต่อการทำงาน หรือ สิ่งติดตั้งซึ่งมีพลังงานที่เป็นอันตราย โดยรู้ว่าการโจมตีเช่นนั้นจะเป็นเหตุให้เกิดความสูญเสียแก่ชีวิต เกิดอันตรายต่อพลเรือน หรือเกิดความเสียหายแก่เป้าหมายทางพลเรือนตามที่นิยามไว้ในข้อ 57

(ง) ทำให้สถานที่ที่ไม่ได้ป้องกันและเขตปลอดทหารเป็นเป้าหมายของการโจมตี

(จ) กระทำการโจมตีบุคคลซึ่งเป็นเป้าหมาย โดยรู้ว่าเขาพ้นสภาพการสู้รบ

(ฉ) การฝ่าฝืนข้อ 37 โดยล่อลวงว่าจะได้รับความคุ้มครองโดยแสดงสัญลักษณ์พิเศษของเครื่องหมายกาชาด จันท์เสี้ยวแดงหรือรูปสิงโตกับดวงอาทิตย์สีแดงหรือเครื่องหมายเพื่อคุ้มครองอย่างอื่นตามอนุสัญญาหรือพิธีสารนี้

4. นอกจากการละเมิดอย่างร้ายแรง ตามที่กำหนดไว้ในวรรคก่อน และในอนุสัญญาต่อไปนี้อย่างเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง ตามพิธีสารนี้เมื่อกระทำโดยจงใจและฝ่าฝืนต่ออนุสัญญาหรือพิธีสารนี้

(ก) ฝ่ายที่ทำการยึดครองโยกย้าย ส่วนของพลเรือนของตนเองไปยังดินแดนที่ทำการยึดครองหรือเนรเทศ หรือโยกย้ายประชากรทั้งหมด หรือส่วนหนึ่งของดินแดนที่ถูกยึดครองภายใน หรือภายนอกดินแดนที่ถูกยึดครอง อันเป็นการฝ่าฝืนข้อ 49 ของอนุสัญญาฉบับที่ 4

(ข) ส่งเชลยศึกหรือพลเรือนกลับถิ่นฐานเดิมชักช้า โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(ค) การแบ่งแยกโดยถือผิว หรือ การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม หรือเหยียบย่ำอื่นใดที่เกี่ยวกับการทำลายเกียรติยศของบุคคล โดยมีพื้นฐานมาจากการแบ่งแยกเชื้อชาติ

(ง) ทำให้อนุสาวรีย์ที่สำคัญซึ่งเห็นได้ง่าย งานศิลปะหรือ สถานที่เคารพสักการะ ซึ่งก่อให้เกิดมรดกทางวัฒนธรรมทางจิตใจของประชาชน และซึ่งได้มี การปกป้องเป็นพิเศษแก่สิ่งเหล่านี้โดยมีการตกลงเป็นพิเศษ ตัวอย่างเช่น ภายในโครงการขององค์การระหว่างประเทศ ที่มีความสามารถเป็นเป้าหมายของการโจมตีจะเป็นเหตุให้มีการทำลายสิ่งเหล่านี้อย่างกว้างขวาง ซึ่งไม่มีพยานหลักฐานว่ามี การฝ่าฝืนข้อ 53 ข้อย่อย (ข) โดยภาคีฝ่ายตรงข้าม และเมื่ออนุสาวรีย์ที่สำคัญ งานศิลปะและสถานที่ซึ่งเคารพสักการะเช่นนั้นไม่ได้ตั้งอยู่ในสถานที่ใกล้ชิดกับเป้าหมายทางทหาร

(จ) กีดกันบุคคลซึ่งได้รับการปกป้องโดยอนุสัญญา หรือตามที่อ้างถึงในวรรค 2 ของข้อนี้ในสิทธิในการที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่ยุติธรรมและปกติ โดยที่ไม่เสียแก่การนำอนุสัญญาและพิธีสารนี้มาใช้ การละเมิดอย่างร้ายแรงในพิธีสารเหล่านี้ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม”

สำหรับพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม 1949 ฉบับที่ 2 ค.ศ.1977 ซึ่งได้พัฒนาและเพิ่มเติม ข้อ 3 ร่วมกันแห่งอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม 1949 ซึ่งใช้บังคับกับบรรดาข้อพิพาททางอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ได้กล่าวถึงการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม ไว้ในข้อ 4 วรรคนี้

“1. บรรดาบุคคลทั้งปวงผู้ซึ่งมิได้มีส่วนร่วมโดยตรง หรือผู้ซึ่งได้ยุติการเข้าร่วมในการสู้รบทั้งนี้ไม่ว่าเสรีภาพของบุคคลนั้นจะถูกจำกัดหรือไม่ก็ตามย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความเคารพในตัวของบุคคล เกียรติยศ ความเชื่อถือ และการประกอบพิธีทางศาสนา บุคคลดังกล่าว

จักได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมในทุกสภาวะการณโดยปราศจากซึ่งการแบ่งแยกที่เป็นอคติ ห้ามมิให้มีการออกคำสั่งว่าจักไม่ให้มีผู้ใดมีชีวิตอยู่รอด

2. การกระทำดังต่อไปนี้ต่อบุคคลที่กลบ่าวไว้ในวรรค 1 ให้ถือ และจักถือเป็นต้องห้ามไม่ว่าในเวลาและสถานที่ใด ทั้งนี้โดยมิเป็นการกระทบกระเทือนต่อลักษณะทั่วไปของข้อบัญญัติที่ได้กล่าวมาข้างต้น

(ก) ความรุนแรงต่อชีวิต สุขภาพ และความเป็นปกติสุขทางร่างกายและจิตใจของบุคคล โดยเฉพาะการฆาตกรรม ตลอดจนการปฏิบัติที่โหดร้าย เช่น การทรมาน การตัดอวัยวะของร่างกาย หรือรูปแบบอื่นใดอันเป็นการลงโทษต่อร่างกาย

(ข) การลงโทษเป็นหมู่

(ค) การจับเป็นตัวประกัน

(ง) การกระทำการก่อการร้าย

(จ) การกระทำอันเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของบุคคลโดยเฉพาะการปฏิบัติอันเป็นการลบหลู่เหยียดหยาม การข่มขืน การบังคับให้ทำการค้าประเวณี และในรูปแบบอื่นใดของการกระทำอนาจาร

(ฉ) การเอาคนลงเป็นทาส และการค้าทาส ในรูปแบบต่างๆ

(ช) การปล้นสะดม

(ซ) การคุกคามจะกระทำการใดๆ ดังกล่าวข้างต้น.....”

นอกจากนี้ คู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก ข้อ 499¹⁵

“คำว่าอาชญากรรมสงครามเป็นคำนิยาม หมายถึง การละเมิดกฎแห่งสงครามของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือหลายคนไม่ว่าเป็นทหารหรือพลเรือน การละเมิดกฎแห่งการสงครามทุกชนิดย่อมเป็นอาชญากรรมสงครามทั้งสิ้น”

จากความหมายของอาชญากรรมสงครามที่ได้กล่าวไปแล้วนี้ พอจะสรุปได้อย่างกว้าง ๆ ว่า “อาชญากรรมสงคราม คือ การกระทำอันละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายหรือจารีตประเพณีที่ปรับใช้ในสงครามหรือการพิพาทกันด้วยอาวุธ”

¹⁵ โกวิท มัชยมจันทร์ และ พัลลภ โชติเลขา, “คู่มือกฎหมายว่าด้วยสงครามทางบก”, วารสารพระธรรมนุญ 37 (กันยายน 2535) : 154

ดังนี้ ก่อนมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตาม
ที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศ รวมทั้งที่
บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้งสี่ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ ยังมีความไม่
ชัดเจนเนื่องจากไม่ได้เขียนไว้อย่างชัดเจน ว่าเป็นการกระทำในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่าง
ประเทศ หรือเป็นการกระทำในการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ แต่ได้กำหนด
ลักษณะของการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมสงครามไว้หลายลักษณะด้วยกัน

สำหรับวิวัฒนาการล่าสุดของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้น ได้มีการบัญญัติ
ลักษณะของความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย ศาลอาญา
ระหว่างประเทศ จะได้กล่าวถึงการกระทำที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามในบทต่อไป

2.3 ขอบเขตการบังคับใช้ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามของศาลระหว่างประเทศ ก่อนมีศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลระหว่างประเทศที่มีการตั้งขึ้นก่อนจะมีศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น มีการจัดตั้ง
ศาลระหว่างประเทศหลายศาล เช่น ศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ศาลทหารระหว่าง
ประเทศสำหรับตะวันออกไกล ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ศาลระหว่างประเทศรวันดา แต่
ในที่นี้จะพิจารณาเพียงบางศาลเท่านั้น

2.3.1 ศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก

ศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก นี้จัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาและลงโทษอาชญากรรม
สงครามคนสำคัญของประเทศอักษะในยุโรปอย่างยุติธรรมและรวดเร็ว¹⁶ โดยธรรมนูญศาล
ทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ได้กำหนดว่าการกระทำต่อไปนี้ทั้งหมดหรือข้อใดข้อหนึ่งเป็น
อาชญากรรมภายใต้อำนาจศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ซึ่งจะต้องมีความรับผิดชอบ
ส่วนบุคคล¹⁷

1. อาชญากรรมต่อสันติภาพ.....

¹⁶ สุเทพ อัดถการ, กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ พหุติกรรมและเอกสาร
เล่มสอง, ครั้งที่ 1, หน้า 545 .

¹⁷ ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ข้อ 6

2. อาชญากรรมสงคราม นั้นคือ การละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีแห่งสงคราม การละเมิดไม่จำกัดเฉพาะแต่การฆาตกรรม ทารุณกรรม หรือข่มขืนประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือเอกชน การทำลายเมือง หรือหมู่บ้านอย่างราบเรียบ หรือการทำลายอื่นๆ ซึ่งไม่มีความจำเป็นทางทหาร

3. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ.....

ศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กนี้ กำหนดถึงการละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีแห่งสงคราม คล้ายกับความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่กำหนดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 8 (b) และ (e) ที่กำหนดถึงการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันด้วยอาวุธ แต่ข้อ 8 (b) และ (e) ของในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมีการกำหนดฐานความผิดไว้มากกว่า

2.3.2 ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย

ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาคดีต่อบุคคลซึ่งมีความรับผิดชอบ เนื่องจากกระทำความผิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ การกระทำละเมิดต่อกฎหมายหรือจารีตประเพณีในสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ดังนั้นความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ซึ่งกำหนดตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ได้แก่¹⁸

1. ความผิดฐานละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ต่อนอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ตามข้อ 2 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย

2. ความผิดฐานฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีของสงคราม (violation of law and custom of war) ตามข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย

3. ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ตามข้อ 4 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย

4. ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ตามข้อ 5 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย

ซึ่งความผิดฐานละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ต่อนอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ตามข้อ 2 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย เป็นความผิดที่ระบุอยู่ใน

¹⁸ Statute of International Tribunal Article 2-5

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ในส่วนของความผิดอาชญากรรมสงครามข้อ 8 (a) และความผิดฐานฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีของสงคราม (violation of law and custom of war) ตามข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย คล้ายกับความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่กำหนดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 8 (b) แต่ตามข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียกำหนดว่าเป็นการ “ฝ่าฝืน” เท่านั้น ส่วน ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดว่าเป็นการ “ละเมิดอย่างร้ายแรงอื่น ๆ”

2.3.3 ศาลระหว่างประเทศรวันดา

ศาลระหว่างประเทศรวันดา ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาคดีต่อบุคคลซึ่งมีความรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง โดยธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดาได้กำหนดฐานความผิด ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศรวันดา ดังนี้¹⁹

1. ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ตามข้อ 2 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา
2. ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ตามข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา
3. ความผิดฐานกระทำการฝ่าฝืน มาตรา 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ตามข้อ 4 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา

ซึ่งความผิดฐานกระทำการฝ่าฝืน มาตรา 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ตามข้อ 4 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา คล้ายกับความผิดที่ระบุอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ในส่วนของความผิดอาชญากรรมสงคราม ข้อ 8(c) แต่ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดากำหนดว่าเป็นการ “ฝ่าฝืน” เท่านั้น ส่วนธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดว่าเป็นการ “ละเมิดอย่างร้ายแรง” และแตกต่างกันในรายละเอียดความผิด

ขอบเขตการใช้บังคับของศาลทหารระหว่างประเทศ และศาลระหว่างประเทศนั้น ไม่ได้มีกำหนดแบ่งแยกไว้อย่างชัดเจนว่า เป็นการกระทำในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ

¹⁹ Statute of International Tribunal for Rwanda Article 2-4

หรือเป็นการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่สำหรับธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดากำหนดความผิดฐานที่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ซึ่งแม้จะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำในการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ แต่ก็สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำในการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ เพราะข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 กำหนดถึงกรณีการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

แม้ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก จะกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดอาชญากรรมสงครามไว้ใน ข้อ 6 ของธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย กำหนดการกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ต่อนอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และการฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีของสงคราม (violation of law and custom of war) ไว้ในข้อ 2 และข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดากำหนดถึงการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืน ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ไว้ในข้อ 4 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา แต่ไม่ได้มีการกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ ดังนั้นในการพิจารณาเรื่ององค์ประกอบความผิดจะต้องพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศ และศาลระหว่างประเทศเหล่านั้น ซึ่งยังคงมีความไม่ชัดเจนในเรื่ององค์ประกอบความผิด เนื่องจากต้องพิจารณาในแต่ละกรณีไป

2.4 องค์ประกอบความผิดอาชญากรรมสงครามก่อนมีศาลอาญาระหว่างประเทศ

ในธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศที่ผ่านมาไม่มีการบัญญัติองค์ประกอบความผิดไว้อย่างชัดเจน ดังที่คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดไว้ แต่เดิมการพิจารณาองค์ประกอบความผิด ศาลทหารระหว่างประเทศ หรือศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) จะพิจารณาในแต่ละคดีแล้วกำหนดองค์ประกอบความผิดขึ้น ดังนั้นการพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดต้องพิจารณาแต่ละคดี ตามที่ศาลทหารระหว่างประเทศหรือศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) ตัดสินไว้

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศใช้ตั้งแต่เริ่มมีการขัดกันด้วยอาวุธจนกระทั่งการขัดกันด้วยอาวุธยุติลงและมีสันติภาพ ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ การระงับข้อพิพาทในการขัดแย้งภายในประเทศ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศใช้ในอาณาเขตดินแดนทั้งหมดที่เกิดสู้รบกันและในกรณีที่เป็นกรณีสกัดกันด้วยอาวุธในประเทศ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ก็ใช้ครอบคลุมในอาณาเขตดินแดนที่อยู่ภายใต้การควบคุมของคู่พิพาทไม่ว่าจะมีการต่อสู้เกิดขึ้นตามความเป็นจริงหรือไม่ ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียได้ตัดสินในคดี Tadic ว่า ขอบเขตของการขัดกันด้วยอาวุธ คือ บริเวณที่มีกองกำลังของรัฐหรือกองกำลังระหว่างรัฐบาลที่มีอำนาจและองค์กรกลุ่มติดอาวุธ หรือระหว่างกลุ่มดังกล่าวภายในรัฐ²⁰

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการขัดกันด้วยอาวุธไม่ต้องการประกาศถึงความ เป็นปฏิปักษ์ ไม่ใช่ทุกอาชญากรรมที่เกิดขึ้นระหว่างช่วงเวลาที่มีการขัดกันด้วยอาวุธจะเป็นอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมสงครามต้องมีความเชื่อมโยงกับการขัดกันด้วยอาวุธโดยตัวเอง แม้ว่าการกระทำความผิดนั้นจะมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดในความเป็นปฏิปักษ์ที่กระทำในดินแดนของอีกฝ่ายที่ควบคุมโดยฝ่ายคู่พิพาท ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยตำรวจหรือเจ้าพนักงานหรือกระทำโดยบุคคลในฝ่ายพิพาทหรือมอบหมายส่งเสริมในนโยบายในการกระทำสงครามหรือกระทำเพื่อประโยชน์ของคู่พิพาท อาชญากรรมสงครามภายใต้ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กและโตเกียวกำหนดว่าต้องเป็นการกระทำในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ²¹

อาชญากรรมสงครามภายใต้ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ได้แบ่งเป็นสองประเภท ข้อ 2 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียอธิบายการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ เกี่ยวข้องกับการปกป้องเหยื่อในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศว่าเป็นอาชญากรรมอย่างร้ายแรงที่กระทำในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ ข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย อธิบายการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ โดยกล่าวถึงลักษณะของการกระทำไว้ 5 รายการ ข้อ 3 ถือว่าครอบคลุม serious violation มากกว่า grave breaches โดยไม่คำนึงว่า การละเมิดที่ปรากฏขึ้นนั้น เกิดขึ้นในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศหรือการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ²²

²⁰ Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, (New York : Oxford University, 2001), p. 131.

²¹ Ibid., pp. 155-157.

²² Ibid., pp. 156-157.

ข้อ 3 ของ ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียกำหนดให้ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียมีเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลที่ละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีที่ใช้ในสงคราม ข้อ 3 นี้ ถือว่าเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่ครอบคลุมเงื่อนไขที่แน่นอน การละเมิดทุกอย่างต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่จำกัดเฉพาะการละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breaches) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ศาลอุทธรณ์ของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ตัดสินในคดี Tadic เงื่อนไขดังกล่าวต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย การละเมิดต้องเกิดการละเมิดกฎหมายของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ต้องเป็นจารีตประเพณีโดยทั่วไปหรือถ้าเป็นของกฎหมายสนธิสัญญาเงื่อนไขนั้นต้องได้รับการยอมรับ การละเมิดต้องร้ายแรง (serious) การละเมิดกฎหมายภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายสนธิสัญญา ต้องทำให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล²³

ข้อ 3 ในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย พิจารณาว่าการละเมิดอย่างรุนแรงต่อกฎหมายระหว่างประเทศของกฎหมายมนุษยธรรม มีเงื่อนไขตามที่ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียในคดี Tadic ดังนี้

1. การละเมิดต้องก่อให้เกิดการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศของกฎหมายมนุษยธรรม
2. กฎเกณฑ์ต้องเป็นจารีตประเพณีโดยทั่วไปหรือเป็นกฎหมายสนธิสัญญาที่เงื่อนไขนั้นถูกพบ
3. การละเมิดต้องร้ายแรง (serious) และต้องเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่สำคัญและการฝ่าฝืนนั้นต้องรุนแรงอย่างมากต่อเหยื่อ
4. การละเมิดกฎหมายภายใต้จารีตประเพณี (customary) และกฎหมายสนธิสัญญา (conventional law) ต้อง

ดังนั้น ข้อ 3 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียครอบคลุมถึงอาชญากรรมที่เป็นการทรมาน การทำลายศักดิ์ศรีของบุคคล รวมถึงการข่มขืนกระทำชำเรา แม้ว่าจะไม่อยู่ในรายการตาม ข้อ 3 ก็ตาม²⁴

²³ Ibid., pp. 157.

²⁴ Ibid., pp. 132.

อาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดาถือการกระทำในการพิพาทภายใน ข้อ 4 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดาภายใต้หัวข้อการละเมิด ข้อ 3 รวมของอนุสัญญาเจนีวา 1949 และ พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2

การขัดกันด้วยอาวุธ (armed conflict) ตามที่ปรากฏในธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียตามความเห็นและคำพิพากษาขององค์คณะพิจารณาการอุทธรณ์ของศาลยูโกสลาเวีย หมายความว่า การขัดกันด้วยอาวุธ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นระหว่างรัฐต่อรัฐ หรือการปะทะกันภายในประเทศระหว่างรัฐบาลกับกลุ่มติดอาวุธใดๆ หรือการปะทะกันระหว่างกลุ่มติดอาวุธด้วยกันเอง²⁵

การปกป้องบุคคลและทรัพย์สิน

ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ตัดสินในคดี Celebici และคดี Blaskic ว่า ไม่มีช่องว่างสำหรับอนุสัญญาเจนีวา 1949 บุคคลได้รับสิทธิในการปกป้องเช่นเดียวกับพลเรือน ภายใต้อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 การปกป้องจากการละเมิดอย่างร้ายแรงจากทหารภายใต้อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 และ 2 หรือการปกป้องภายใต้อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 จะไม่มีสถานะระหว่างกลาง การปกป้องเป็นผลจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ดังนั้นไม่มีความจำเป็นสำหรับการเป็นปฏิปักษ์ในการคุ้มครองบุคคลที่จะพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้รับสิทธิในการปกป้องหรือไม่ ในคดี Hideki Tojo ในศาลระหว่างประเทศแห่งตะวันออกไกลตัดสินผู้ถูกกล่าวหาว่ามีส่วนร่วมในการออกคำสั่ง ใช้อำนาจ อนุญาตให้กองทัพญี่ปุ่นกระทำอาชญากรรมสงครามต่อนักโทษชาวจีน โดยไม่สนใจถึงสถานะและสิทธิของพวกเขา ภายใต้ข้ออ้างว่าญี่ปุ่นไม่ยอมรับว่าการกระทำของกองทัพญี่ปุ่นต่อจีนเป็นสงคราม²⁶

บุคคลที่ได้รับการปกป้องต้องไม่ใช่คนสัญชาติของฝ่ายปรปักษ์หรืออำนาจที่ครอบครอง การปกป้องบุคคลภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศถูกใช้อย่างกว้างขวาง และหลักสัญชาติจะต้องใช้อย่างยืดหยุ่น ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียในคดี Tadic พิจารณาว่าอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ยอมรับข้อผูกมัดทางกฎหมายของสัญชาติว่า ไม่พิจารณาอย่างเด็ดขาดในทุกคดี ตามอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ปกป้องไม่เพียงแต่พลเรือนในดินแดนอาณาเขตของศัตรู ดินแดนที่ถูกยึดครอง หรือบริเวณที่มีการต่อสู้ ผู้ซึ่งไม่มีสัญชาติของฝ่ายสงคราม แต่ยังมี

²⁵ Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman, eds. Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law : The Experience of International and National Court, Vol.II (The Hague : Kluwer Law International, 2000), p.165.

²⁶ Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, p. 140.

รวมถึงบุคคลผู้ไม่มีสัญชาติและพลเรือนที่เป็นผู้อพยพและบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองทางการเมืองโดยคู่พิพาท²⁷

มีการกำหนดรายการการกระทำที่ถูกระงับใน ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา เช่นเดียวกับพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ปฏิเสธไม่ได้ถึงการยอมรับว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล

ศาลระหว่างประเทศวันดาในคดี Kayishema และ Ruzindand ถือว่าการกระทำละเมิดข้อ 3 ร่วม และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบคืออยู่ในเวลาที่มีการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ ผู้ถูกกล่าวหาต้องมีความเกี่ยวข้องกับกองกำลัง และการก่ออาชญากรรมต้องมีเหตุเนื่องจากตัวบุคคลและเหตุเนื่องจากสถานที่ และมีความเกี่ยวข้องกันระหว่างอาชญากรรมและการขัดกันด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ²⁸

ข้อ 3 ร่วม (1) ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 กำหนดว่าบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในความเป็นปฏิปักษ์ ควรได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมตลอดสถานการณ์ โดยปราศจากการแบ่งแยกบนพื้นฐานของเชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อ เพศ กำเนิด หรือความมั่งมี หรือเหตุอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน ศาลอุทธรณ์ของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียในคดี Aleksovski ถือว่าคำว่าปราศจากการแบ่งแยก (without any adverse distinction) ต้องตั้งใจแบ่งแยกพื้นฐานที่เป็นไปได้สำหรับข้อโต้แย้งในการปฏิบัติอย่างไม่มีมนุษยธรรมโดยเฉพาะการแบ่งแยกชนชั้นวรรณะ นอกจากนี้ไม่มีหลักการตาม ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 หรือในบทบัญญัติของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 และ 2 ที่กำหนดว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศบังคับให้พิสูจน์ถึงความตั้งใจหรือแรงจูงใจในการแบ่งแยกนั้น²⁹

พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ใช้กับบุคคลทุกคนที่ได้รับผลกระทบโดยการขัดกันด้วยอาวุธตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 1 อาจถือได้ว่าในกรณีของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดาที่ ข้อ 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ครอบคลุมถึง การปกป้องภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศใช้ครอบคลุมทั่วทั้งอาณาเขต เพราะไม่มีทางเป็นไปได้ที่จะใช้กฎหมายในข้อ 3 ร่วม ในส่วนหนึ่งของประเทศและกฎหมายอื่นภายใต้ ข้อ 3 ร่วม ประกอบกับพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ในส่วนอื่นๆของประเทศ³⁰

²⁷ Ibid. p. 141.

²⁸ Ibid. p. 191.

²⁹ Ibid. p. 192.

³⁰ Ibid. p. 192.

2.4.1 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย

1. ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียตัดสินในคดี Celebici เกี่ยวกับองค์ประกอบของความผิดว่า การกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยเจตนามีวัตถุประสงค์ไม่ใช่เหตุบังเอิญ ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือบาดเจ็บต่อร่างกายหรือจิตใจ ครอบคลุมถึงการกระทำที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการทรมาน แม้ว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดการทรมานอย่างชัดเจนที่ครอบคลุมขอบเขตของข้อกล่าวหานี้³¹

ในคดี Celebici สามข้อกล่าวหาที่พิพากษาว่าผิดเป็นการกระทำที่ทารุณต่อผู้ที่ถูกกักกันอยู่ในค่าย บรรยากาศเลวร้าย มีการข่มขู่และการกักขังหน่วงเหนี่ยวและสภาพความเป็นอยู่ที่ไม่ใช่มนุษย์โดยให้อาหารไม่เพียงพอ น้ำ การดูแลรักษาพยาบาล รวมทั้งที่นอนและสุขา ซึ่งเป็นเหตุทำให้เกิดการเจ็บป่วยต่อร่างกายและจิตใจ³²

2. ความผิดฐานทรมาน

หลักกฎหมายของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ไม่ได้กล่าวถึงส่วนสำคัญของคำจำกัดความของการทรมานภายใต้อนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกันว่า ความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน รวมถึงการลงโทษทางกฎหมาย เป็นผลจากขอบเขตของอาชญากรรมนี้ ดูเหมือนว่าจะยอมรับได้ว่าคำพิพากษาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ถูกกฎหมายตามกฎหมายภายใน แต่อาจไม่ถูกกฎหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

ปัจจุบันนี้ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการทรมานอย่างหนึ่ง ศาลอุทธรณ์ของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียในคดี Furundzija สรุปในคดีนี้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นการทรมานอย่างหนึ่ง ในกรณีนี้ท่ามกลางการหัวเราะและจ้องมองของทหาร ผู้ถูกกล่าวหาถูบบิดบนขาอ่อนและท้องของหญิงเปลือย เป็นการคุกคามที่จะสอดมีดเข้าไปในช่องคลอดของเธอหากเธอไม่ยอมพูดความจริงในการซักถามโดยผู้ถูกกล่าวหา การกระทำความดังกล่าวดูถือเป็นการขู่ข่มขู่และทำให้เสียเกียรติที่จะแสดงว่าพวกเขาทำร้ายร่างกายและจิตใจของเหยื่อ³³

5. ความผิดฐานทดลองทางชีววิทยา ทดลองทางแพทย์ และทดลองทางวิทยาศาสตร์

³¹ Ibid., pp. 147-148.

³² Ibid., pp. 147-148.

³³ Ibid., p. 144.

แนวทางขององค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมสงครามในการทดลองทางการ แพทย์และวิทยาศาสตร์อาจพิจารณาได้จากคำพิพากษาศาลทหารสหรัฐอเมริกาที่นูเรมเบิร์ก ใน คดี Medical ศาลได้วางหลักเกณฑ์ไว้ 10 ข้อ ในการพิจารณา หลักศีลธรรม จรรยา หลักทาง กฎหมาย การละเมิดที่สมควรถูกลงโทษ³⁴

2.4.2 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

ตัวอย่างของการบังคับให้เป็นทาสทางเพศ เช่นกองกำลังของญี่ปุ่นในสมัยสงครามโลก ครั้งที่ 2 และอดีตประเทศยูโกสลาเวียที่มีการจัดตั้ง “rape camps”³⁵ ในคดี W.Awochi ก่อน Netherlands Temporary Court-Martial ใน Batavia หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ชาวญี่ปุ่นถูก กล่าวหาว่ากระทำการลักพาเด็กหญิงและผู้หญิงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้เป็นโสเภณี ซึ่ง ถูกพิจารณาว่ามีความผิด เขาเปิดสโมสรรขายอาหาร และกักขังเหยื่อไว้เพื่อบริการตำรวจทหาร ญี่ปุ่นหรือแขกชาวญี่ปุ่นภายใต้การปฏิบัติที่บังคับให้พวกเธอเป็นโสเภณี

2.4.3 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ

ฝ่ายปรักษ์อาจกักขังประชาชนหรือกักบริเวณพวกเขา หากมีเหตุผลอย่างจริงจังและ ถูกต้องตามกฎหมายที่จะคิดว่าพวกเขาอาจมีอคติอย่างรุนแรง เพื่อความปลอดภัยจากการก่อ วินาศกรรมและการจารกรรม การกระทำนั้นต้องรวมถึงวัตถุประสงค์หรือเป็นอันตรายโดยตรงต่อการ เป็นปรักษ์และต้องการสนับสนุนกองกำลังฝ่ายตนเอง ขณะที่การตัดสินใจในการปฏิบัติต่อ ความปลอดภัยของพลเรือน ส่วนใหญ่เป็นการตัดสินใจของรัฐ รัฐไม่สามารถดำเนินการกักขัง พลเรือนบนหลักการป้องกันได้ ดังนั้น Celebici ขณะที่พลเรือนจำนวนมากถูกกักตัวอยู่ในค่าย กักกันเชลย Celebici ที่ครอบครองอาวุธในเวลาที่ถูกจับได้ ซึ่งสามารถถูกใช้หรือใช้อยู่ตามความ เป็นจริงในการต่อต้านการกักตัวของทางราชการ การกักขังในค่ายกักกันเชลยของพลเรือนอื่น อาจไม่ยุติธรรม โดยวิธีการใดๆเพราะเขาไม่มีเหตุผลและหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาว่าเป็น อันตรายอย่างร้ายแรงที่จะกักขังโดยใช้กำลัง³⁶

³⁴ Ibid. pp. 171-172.

³⁵ Ibid., pp.182-183.

³⁶ Ibid., p.153.

ค่ายกักกัน Celebici เป็นกรณีของผู้ที่คุมตัวไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยเหตุผลทางการเมือง ถึงแม้ว่าอาจถูกโต้แย้งเหตุผลว่า การเริ่มต้นกักขังนักโทษการเมืองจำนวนมากจะถูกกฎหมาย การกักขังที่ดำเนินต่อไปกลายเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเขาไม่ได้รับอนุญาตในสิทธิเกี่ยวกับกระบวนการตาม ข้อ 43 ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ในทางที่ไม่ใช้องค์กรทางศาลที่จะพิจารณากักขังพวกเขา ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียให้ความสำคัญกับกระบวนการสิทธิพื้นฐานในการปกป้องบุคคลตามอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ทั้งหมด³⁷

การกักขังที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในสถานการณ์ที่ไม่แน่นอนที่สังเกตได้ว่าเมื่อมีความจำเป็นที่จะปกป้องพลเรือนหรือเมื่อต้องการเหตุผลอย่างจริงจัง การปรับข้อกล่าวหาให้มีความผิดภายใต้การกระทำนี้ โจทย์ต้องกำหนดช่วงระยะเวลาในการกักขัง

ข้อ 6(b) ของธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กกำหนดว่า “การรักษาความเจ็บป่วย...ของประชากรพลเรือนหรือในดินแดนที่ถูกยึดครอง...การฆ่าตัวประกัน...” เป็นอาชญากรรมสงคราม ศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์กถือว่าข้อกำหนดนี้คือการอธิบายกฎหมายที่มีอยู่และจารีตประเพณีในสงครามที่ปรากฏใน Hague Regulations 1907 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขว่า “ศักดิ์ศรีและสิทธิของครอบครัว ชีวิตของบุคคลและทรัพย์สินสมบัติส่วนตัว รวมทั้งการปฏิบัติทางศาสนาต้องได้รับความเคารพ”³⁸

2.4.4 ความผิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีแห่งบุคคล

การกระทำนี้มีบัญญัติอย่างชัดเจนใน ข้อ 3 (1)(c) ของอนุสัญญาเจนีวาและเป็นการกระทำความผิดตามข้อ 8(2)(c) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียและศาลระหว่างประเทศวันดาพิจารณาเกี่ยวกับความผิดนี้ในรายละเอียดของบริบทของการขัดกันภายในประเทศ ตามข้อ 4 (e) ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา³⁹

2.4.5 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

1. การทำลายทรัพย์สิน

³⁷ Ibid., p.154.

³⁸ Ibid., pp.154-157.

³⁹ Ibid., p.197.

การทำลายทรัพย์สินตามข้อ 8(2)(a) ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมถึง การปล้นสะดมทรัพย์สินที่เป็นการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีในสงคราม ที่อยู่ในข้อ 47 ของ Hague Regulations 1907 และที่กำหนดในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ข้อ 3(e) ไม่มีคำจำกัดความภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือคำตัดสินของศาลที่เกี่ยวกับการขัดกันด้วยอาวุธสำหรับการยึดทรัพย์ การยึดทรัพย์น่าจะหมายถึงการยึดทรัพย์สินของบุคคลที่มีกรรมสิทธิ์ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งอาจจะถาวรหรือชั่วคราว ปรากฏตาม คดี A.Krupp ที่ศาลทหารสหรัฐอเมริกาปฏิเสธข้อโต้แย้งทางกฎหมายและจารีตประเพณีในสงครามที่ห้ามการยึด และการหาประโยชน์จากทรัพย์สินในดินแดนที่เข้าร่วมสงครามที่ถูกยึดครอง ตราบเท่าที่ไม่มี การโยกย้ายอย่างชัดเจนของสิ่งดังกล่าว⁴⁰

2. การยึดหรือริบทรัพย์

ไม่มีคำจำกัดความภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือคำตัดสินของศาลที่เกี่ยวกับการขัดกันด้วยอาวุธสำหรับการยึดทรัพย์ การยึดทรัพย์น่าจะหมายถึงการยึดทรัพย์สินของบุคคลที่มีกรรมสิทธิ์ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งอาจจะถาวรหรือชั่วคราว ปรากฏตาม คดี A.Krupp ที่ศาลทหารสหรัฐอเมริกาปฏิเสธข้อโต้แย้งทางกฎหมายและจารีตประเพณีในสงครามที่ห้ามการยึด และการหาประโยชน์จากทรัพย์สินในดินแดนที่เข้าร่วมสงครามที่ถูกยึดครอง ตราบเท่าที่ไม่มี การโยกย้ายอย่างชัดเจนของสิ่งดังกล่าว⁴¹

3. การปล้น

ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียตัดสินในคดี Jelusic ว่าการปล้นสะดม คือการปล้นทรัพย์สินหรือสาธารณณะที่เป็นการละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีในสงคราม ซึ่งอธิบายโดย ข้อ 3(e) ของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย การปล้นเงิน นาฬิกา อัญมณี และของมีค่าอื่น ๆ เป็นสิ่งต้องห้ามในอดีต ประเทศยูโกสลาเวีย ในปี 1992 การปล้นที่มีการเข้าร่วมด้วย ความเห็นของศาล การปล้นเป็นการฉ้อโกงหรือกระทำโดยวิธีการอื่นที่ไม่เจาะจงต่อทรัพย์สินสาธารณณะหรือทรัพย์สินส่วนตัวที่เป็นของศัตรูหรือฝ่ายปรปักษ์ กระทำโดยมีส่วนเกี่ยวข้องกับการขัดกันด้วยอาวุธ อาจเป็นการกระทำโดยลำพังของทหารเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว หรือสนองความโลภของตนเอง หรือโดยองค์กรอื่นในกรอบของระบบการหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจในดินแดนที่ถูกยึดครอง⁴²

⁴⁰ Ibid., p.174.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid., p.148.

ในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามซึ่งเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แม้ว่าวิธีการที่ไม่ยุติธรรมจะเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์การปกป้องที่สำคัญโดยตัวเอง ซึ่งต้องมีผลที่ตามมาอย่างร้ายแรงต่อเหยื่อ ในคดี Blaskic ข้อกล่าวหาปล้นสะดม ที่ประกอบไปด้วยการขโมยเงินที่เป็นของส่วนบุคคล การยึดเงินจำนวน 2,000 DM และ อัญมณีที่เป็นของเหยื่อ รวมทั้งการยึดเงินและกระเป๋าตังค์ของเหยื่อรายอื่น รวมการเอาเงิน 400 DM จากศพ ดังนั้นในประเด็นความร้ายแรง (seriousness) ต้องพิจารณาไปแต่ละคดี นอกจากนั้นการละเมิดอย่างร้ายแรงของการทำลายหรือวิธีการอื่นต้องเป็นการทำลายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ยุติธรรม โดยปราศจากความจำเป็นทางทหาร⁴³

2.4.6 ความผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติทางทหาร

ประชากรพลเรือนประกอบด้วยบุคคลทุกคนที่เป็นพลเรือนและพลเรือนที่ไม่ได้เป็นพลรบทุกประเภท ประชากรพลเรือนนั้นจะต้องไม่มีส่วนร่วมในการขัดกันด้วยอาวุธ เมื่อพลเรือนเข้ามีส่วนร่วมโดยตรงในการเป็นปฏิปักษ์จะยุติการเป็นพลเรือนลง

ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียในคดี Blaskic การกระทำที่โหดร้ายหรือมีประชากรพลเรือนเป็นเป้าหมายโดยไม่มีความจำเป็นทางทหาร เป็นเหตุให้เกิดความตายหรือบาดเจ็บอย่างร้ายแรงต่อประชากรพลเรือนหรือปัจเจกพลเรือน คำตัดสินยึดมั่นในเงื่อนไขของข้อ 85(3) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ที่กำหนดให้การโหดร้ายเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breach) ภายใต้พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 เมื่อการโหดร้ายนั้นเป็นเหตุให้เกิดความตายหรือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพ ฝ่ายผู้พิพาทต้องพยายามทำให้แตกต่างระหว่างเป้าหมายทางทหารและเป้าหมายทางพลเรือน ดังนั้นเจตนาในการกระทำความผิดจะต้องตั้งใจที่โหดร้ายโดยรู้ รวมทั้งการเพิกเฉยว่าพลเรือนอาจเป็นเป้าหมายโดยปราศจากความจำเป็นทางทหาร⁴⁴

ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียรวมถึงข้อ 3(b) ในประเภทของการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีในสงคราม การทำลายเมืองหรือหมู่บ้านตามอำเภอใจหรือทำความเสียหายที่ไม่มีความจำเป็นทางทหาร ในคดี Blaskic ถือว่าการทำลายล้างนั้นต้องกระทำโดยตั้งใจและสามารถคาดการณ์ผลที่ตามมาได้⁴⁵

⁴³ Ibid..

⁴⁴ Ibid., p.158-159.

⁴⁵ Ibid., p.160.

ข้อ 3 (d) ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ได้กำหนดถึงอาชญากรรมสงครามที่เป็นการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีในสงคราม การจู่โจมหรือทำลายโดยเจตนาต่อสิ่งก่อสร้างที่ใช้ในการศาสนา การกุศลและการศึกษา ศิลปะและวิทยาศาสตร์ อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ ผลงานทางศิลปะและวิทยาศาสตร์ ในคดี Blaskic การทำให้เสียหายหรือทำลายต้องกระทำโดยตั้งใจต่อสิ่งก่อสร้างที่สามารถแบ่งแยกได้ชัดเจนตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว และที่ไม่ได้ใช้ในวัตถุประสงค์ทางทหาร นอกจากนี้อาคารจะต้องไม่ตั้งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับเป้าหมายทางทหาร⁴⁶

1. ความผิดเกี่ยวกับการเกณฑ์หรือขึ้นบัญชีเด็ก

ศาลระหว่างประเทศวันดาในคดี Akayesu ถือว่าการมีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปฏิปักษ์ (direct part in hostility) และกระทำการในส่วนความเป็นปฏิปักษ์ (active part in hostilities) มีความหมายเหมือนกันในประเด็นที่ศาลระหว่างประเทศวันดาทำให้ชัดเจนขึ้นในคดี Rutaganda คือคำว่าโดยตรง (direct) ในการมีส่วนร่วมในความเป็นปฏิปักษ์ หมายความว่า การกระทำในสงครามที่มีวัตถุประสงค์ก่อให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงต่อบุคคลและเครื่องมือของกองกำลังฝ่ายศัตรู คำพิพากษานี้เหมือนกับวัตถุประสงค์ในการยกเว้นธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ คำว่า using และ participate ในข้อ 8(2)(xxvi) เจตนาให้ครอบคลุมถึงการมีส่วนร่วมโดยตรงและใช้ให้มีส่วนร่วมในกองกำลังและกิจการทางทหาร เช่น หน่วยลาดตระเวน หน่วยสอดแนม หน่วยก่อวินาศกรรม และใช้เด็กเป็นนกด่อ คนส่งสาร หรือจุดตรวจสอบทางทหารหรือแนวหน้า⁴⁷

2. ความผิดเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติการทางทหารอื่นๆ

ในคดี Blaskic ข้อกล่าวหาว่าปฏิบัติที่ขาดความเป็นมนุษยธรรมและการปฏิบัติที่ทารุณโหดร้ายต่อพลเรือนชาวมุสลิมที่ถูกใช้เป็นโล่มนุษย์ และเป็นเหตุให้เกิดความทุกข์ทรมานต่อจิตใจ แสดงให้เห็นว่าข้อกล่าวหาเป็นข้อกล่าวหาทางอาชญากรรมสงครามที่ใช้พลเรือนเข้าร่วมให้เป็นประโยชน์ หรือใช้การปกป้องพลเรือนอื่นๆในจุดหรือบริเวณที่แน่นอน หรือใช้คุ้มกันกองกำลังทหารจากการปฏิบัติการทางทหาร ยิ่งไปกว่านั้นการปฏิบัติอย่างไม่ใช่มนุษย์ หรือการปฏิบัติที่ทารุณโหดร้าย ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความทุกข์ทรมานทางร่างกายหรือจิตใจของเหยื่อ แต่ต้องพิสูจน์ผู้ถูกกล่าวหาตั้งใจจะใช้เหยื่อเป็นโล่มนุษย์ ในคดี Karadzic and Mladic ถูกกล่าว

⁴⁶ Ibid., p.170.

⁴⁷ Ibid., pp.187-188.

หาว่า จับเจ้าหน้าที่กองกำลังรักษาสันติภาพของสหประชาชาติ และใช้คนเหล่านั้นเป็นโล่มนุษย์ โดยผูกเหยื่อไว้กับสิ่งที่คาดว่าจะเป็เป้าหมายการโจมตีทางอากาศของ North Atlantic Treaty Organization (NATO) ซึ่งถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breaches) ต่อนุสัญญาเจนีวา และเป็นการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในสงคราม

2.5 บุคคลที่เข้าข่ายเป็นผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

บุคคลที่เข้าข่ายเป็นผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม หรือเป็นอาชญากรรมสงคราม หรือเป็นบุคคลต้องรับผิดชอบต่อการก่ออาชญากรรมสงครามนั้น ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับกันมาช้านานแล้วว่า รัฐเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (subject of international law) ส่วนบุคคลธรรมดาใน ก่อนกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 ตามความเห็นของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) และนักกฎหมายธรรมชาติ (naturalists) ถือว่าโดยปกติแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจะใช้กับรัฐเท่านั้น แต่บุคคลธรรมดาอาจเป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ หากกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ ส่วนสำนักสังคมวิทยา (Sociological school) เห็นว่าบุคคลธรรมดาเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่เพียงผู้เดียว รัฐมีเพียงหน้าที่ในการจัดเตรียมกลไกทางกฎหมาย (Legal machinery) สำหรับวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดาโดยรวม (the rights and duties of collectivities of individuals)⁴⁸

อนึ่ง หากพิจารณาสถานะของบุคคลธรรมดาในกฎหมายระหว่างประเทศ จากแนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว อาจแบ่งได้ดังนี้ คือ⁴⁹

(1) แนวความคิดทวินิยม (The dualist conception) เห็นว่ารัฐเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่บุคคลธรรมดาเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายภายในกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดา จะกำหนดแก่รัฐที่มี

⁴⁸ S. Prakash Sinha, "The position of the individual in international criminal law" in A treatise on international criminal law, Vol. I : crimes and punishment, eds. M.Charif Bassiouni and Ved P. Nanda (Illinois : Charles C. Thomas Publisher, 1973), p. 130

⁴⁹ Ibid.

เขตอำนาจเหนือบุคคลนั้น เพื่อให้รัฐกำหนดสิทธิและกำหนดหน้าที่กับบุคคลธรรมดาอีกต่อหนึ่ง แทนที่จะกำหนดให้กับบุคคลธรรมดาโดยตรง เช่น กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่าการฆาตกรรมและทารุณกรรมเชลยศึกเป็นอาชญากรรมสงคราม ดังนั้น บุคคลที่กระทำการดังกล่าวจึงเป็นอาชญากรรมสงครามและต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น เป็นต้น

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

นอกจากนี้ มีนักวิชาการบางท่าน เช่น M.Sibert , J.Rochette และ C.Th. Eustahiades มีความเห็นว่า บุคคลธรรมดาจะเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ เมื่อบุคคลธรรมดามีสิทธิระหว่างประเทศ (international right) ของตนเองซึ่งประกอบด้วยความสามารถในการดำเนินการระหว่างประเทศ (international procedural ability) หรือหน้าที่ระหว่างประเทศ (international duty) และความสามารถในการฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างประเทศ (international procedural amenability) แต่ก็มีอีกความเห็นว่าการที่บุคคลธรรมดามีเพียงแคสิทธิภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งบุคคลธรรมดาสามารถใช้บังคับสิทธินั้นได้โดยหน่วยงานระหว่างประเทศ และมีหน้าที่สำหรับสิ่งที่เขาต้องมีความรับผิดชอบก็เป็นการเพียงพอแล้ว⁵⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศเองได้ยอมรับสถานะของเอกชนหรือบุคคลธรรมดาในระดับหนึ่ง สำหรับบทบาทของบุคคลธรรมดาในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น บุคคลธรรมดาได้เริ่มเข้ามามีบทบาทในกฎหมายระหว่างประเทศมากขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยที่ประชุมสันติภาพ ณ กรุงเฮก (Hague Peace Conferences) ในปี ค.ศ.1899 และ ค.ศ.1907 ได้ยอมรับบุคคลธรรมดาในฐานะที่เป็นผู้รับประโยชน์ (beneficiary) ของพันธกรณีของรัฐมากกว่าแต่ก่อน จากการทำบุคคลธรรมดาจะได้รับการปกป้องในยามสงครามนั่นเอง และเหตุการณ์ที่สำคัญที่สุดที่ชี้ให้เห็นว่าบุคคลธรรมดาเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศก็คือ การพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามใน ศาลนูเรมเบิร์กและศาลโตเกียวภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งทำให้เห็นว่าบุคคลธรรมดามีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ สิทธิที่ได้รับการปกป้องทั้งจากกฎหมายจารีตประเพณีและอนุสัญญาต่างๆ เช่น

⁵⁰ Ibid. , pp.131 - 132

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1864 (The Geneva Conventions 1864) และอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 (The Hague Conventions 1907) เป็นต้น⁵¹

บุคคลที่เข้าข่ายเป็นผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้น บุคคลประเภทใดถึงจะเป็นอาชญากรรมสงคราม นอกจากตามมาตรา 6 ของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กที่ได้บัญญัติถึง บุคคลที่จะต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมสงครามแล้ว ยังมี ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญา ระหว่างประเทศ ข้อ 25 บัญญัติถึงความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

มาตรา 6 ของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กบัญญัติว่า

“มาตรา 6 ศาลที่ตั้งขึ้นโดยข้อตกลงที่กล่าวถึงในมาตรา 1 เพื่อการพิจารณาและลงโทษอาชญากรรมสงครามคนสำคัญของประเทศอังกฤษในยุโรป จะมีอำนาจพิจารณาคดีและลงโทษบุคคลผู้ซึ่งกระทำการเพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มอักษะในยุโรป ไม่ว่าจะกระทำโดยส่วนบุคคลหรือกระทำโดยเป็นสมาชิกขององค์กรการ ซึ่งอาชญากรรมอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

การกระทำต่อไปนี้ทั้งหมดหรือข้อใดข้อหนึ่ง เป็นอาชญากรรมภายใต้อำนาจศาลนี้ ซึ่งจะต้องมีความรับผิดชอบเป็นส่วนบุคคล

ก) อาชญากรรมต่อสันติภาพ.....

ข) อาชญากรรมสงคราม นั่นคือ การละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีแห่งสงครามการละเมิดจะไม่จำกัดเฉพาะแต่การฆาตกรรม ทารุณกรรม หรือข่มขืนประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส การฆาตกรรม หรือทารุณกรรมต่อเชลยศึกและบุคคลในทะเล การฆาตกรรมตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือของเอกชน การทำลายเมืองหรือหมู่บ้านอย่างราบเรียบหรือการทำลายอื่นๆ ซึ่งไม่มีความจำเป็นทางทหาร

ค) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ.....”

ดังนั้น จะเห็นว่าผู้ที่กระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมสงครามนั้น อาจเป็นได้ทั้งพลเรือน และสมาชิกของกองกำลัง ซึ่ง Gerhard von Glahn ได้ให้ความเห็นได้ว่า “บุคคลใดไม่ว่าพลเรือนหรือสมาชิกของกองกำลังของรัฐที่ก่อการกระทำซึ่งละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ควบคุมการพิพาทกันด้วยอาวุธ (armed

51

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.Charif Bassiouni and Ved P.Nanda (Illinois : Chales c. Thomas Publisher, 1973), p. 113

conflict) ย่อมมีความรับผิดชอบต่อการกระทำของตนและต้องถูกลงโทษในฐานะที่เป็นอาชญากรสงคราม”⁵²

นอกจากนี้ ในคู่มือกฎหมายว่าด้วยการสงครามทางบก ข้อ 498 และ 499 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

“ 498 อาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ

บุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้สังกัดกองทัพหรือเป็นบุคคลพลเรือน เมื่อกระทำการซึ่งเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำนั้น และจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำนั้น และจะต้องถูกลงโทษ ความผิดดังกล่าวซึ่งเนื่องด้วยการสงคราม คือ

- ก. ความผิดต่อสันติภาพ
- ข. ความผิดต่อมนุษยธรรม
- ค. อาชญากรรมสงคราม

ความผิดที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น ได้รวมเอาความรับผิดชอบทางอาญาของส่วนบุคคลที่ได้ทำความผิดซึ่งอาจอยู่ในประเภทความผิดอย่างใดก็ได้ที่กล่าวนั้นด้วย ส่วนผู้สังกัดกองทัพจะมีส่วนเกี่ยวข้องรับผิดชอบด้วยก็เพียงแต่ความผิดฐาน “อาชญากรรมสงคราม” เท่านั้น”⁵³

“ 499 อาชญากรรมสงคราม

คำว่า “อาชญากรรมสงคราม” เป็นคำนิยามหมายถึงการละเมิดกฎแห่งการสงครามของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือหลายคนไม่ว่าเป็นทหารหรือพลเรือน การละเมิดกฎแห่งการสงครามทุกชนิดย่อมเป็นอาชญากรรมสงครามทั้งสิ้น”⁵⁴

ดังนั้น จึงพอที่จะสรุปได้ว่าไม่ว่าจะเป็นผู้ที่สังกัดกองทัพหรือพลเรือนก็สามารถเป็นอาชญากรสงครามได้ทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม “ผู้ที่สังกัดกองทัพ” ไม่จำเป็นจะต้องเป็นกองทัพที่ชอบด้วยกฎหมายหรือกองทัพของฝ่ายรัฐบาลเท่านั้น “ผู้ที่สังกัดกองทัพ” อาจเป็นกองทัพหรือกองกำลังที่

⁵² Gerhard von Glahn, Law among nations, 5th ed. (New York : Macmilan Publishing, 1986), p. 722 อ้างถึงใน กนกวรรณ ภิบาลชนม์, “อาชญากรสงคราม : ปัญหา และลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรสงคราม,” หน้า 63.

⁵³ โกวิท มัชฌมจันทร์ และ พัลลภ โชติเลขา, “คู่มือกฎหมายว่าด้วยสงครามทางบก”, วารสารพระธรรมนุญ, 37 : 154

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, น.154

ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กองโจร (guerrillas) ก็ได้ เนื่องจากกฎหมายสงครามปรับใช้กับคู่สงครามทุกฝ่าย ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นกองกำลังที่ไม่ปกติ (irregular forces) ทหาร หรือ ผู้ที่ไม่ใช่ทหาร (non-combatants) ก็ได้รับการปกป้องจากกฎหมายสงครามทั้งสิ้น และผู้ที่ละเมิดกฎหมายสงครามอาจถูกประณามในฐานะที่เป็นอาชญากรสงครามได้⁵⁵

นอกจากนี้ พลเรือนทั่วไปที่ไม่ได้มีส่วนในการสู้รบ ไม่สามารถจะเป็น “อาชญากรสงคราม” ได้ แม้ว่าจะกระทำการในลักษณะเช่นเดียวกับอาชญากรสงครามก็ตาม แต่จะถือว่าเป็นการฆาตกรรมธรรมดาเท่านั้น และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก มาตรา 6 วรรคท้าย และมาตรา 7 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 6 วรรคท้าย “ผู้นำ ผู้จัดการ ผู้ยุยง และ ผู้ร่วมซึ่งมีส่วนในการกำหนด หรือ ดำเนินแผนการร่วมกันเพื่อกระทำอาชญากรรมใดๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้น จะต้องรับผิดชอบในการกระทำทุกอย่างที่กระทำโดยบุคคลใดๆ โดยการทำให้แผนการเกิดผล”

มาตรา 7 “ฐานะทางราชการของจำเลย ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ หรือเป็นข้าราชการผู้รับผิดชอบในกรมต่างๆ ของรัฐบาลจะไม่ได้รับพิจารณาให้รอดพ้นจากความรับผิดชอบ หรือลดหย่อนผ่อนโทษ”

ดังนั้น จึงจะเห็นได้ว่า “พลเรือน” ที่จะเป็นอาชญากรสงครามได้นั้นจะต้องเป็นพลเรือนที่มีส่วนร่วมในการสู้รบหรือการก่ออาชญากรรมสงคราม ซึ่งมักจะเป็นข้าราชการพลเรือนนั่นเอง

ในส่วนของผู้ที่มีความรับผิดชอบต่อการก่ออาชญากรรมสงครามนั้น เมื่อพิจารณาจากมาตรา 6 วรรคท้าย ของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก ประกอบกับมาตรา 1 ของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย⁵⁶ แล้ว จะเห็นได้ว่า นอกจากผู้ที่ลงมือก่ออาชญากรรมสงคราม จะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำของตนแล้ว ผู้ที่เป็นผู้นำ ผู้จัดการ ผู้ยุยง ผู้สั่งการ หรือเป็นผู้ที่มี

⁵⁵ Robert K. Woetzel, “War crimes by irregular and nongovernment forces” in A treatise on international criminal law, Vol. I : crimes and punishment, ed. M. Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda (Illinois : Charles C. Thomas Publisher, 1973), p. 413

⁵⁶ Article 1 “The international Tribunal shall have the power to prosecute person responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute.”



ส่วนร่วมในการกำหนดหรือดำเนินแผนการก่ออาชญากรรมสงคราม จะต้องมีความรับผิดชอบต่อการก่ออาชญากรรมนั้นขึ้นมาด้วยเช่นกัน

ประเภทของผู้กระทำความผิด ผู้กระทำผิดอาจเป็นบุคคลที่ไม่ใช่ทหาร เช่น คนทั่วไป สมาชิกของรัฐบาล ข้าราชการหรือฝ่ายบริหาร นักธุรกิจ ผู้พิพากษา แพทย์ พยาบาล แพชชันเนต และผู้ที่อยู่ในค่ายกักกัน อาจถูกพิจารณาว่ามีความผิด ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 อย่างไรก็ตามในการพิจารณาคดีของ ICTR ในคดี Kayishema and Ruzindana ว่าบุคคลที่อยู่ในกองกำลังภายใต้การบังคับบัญชาทางทหารของฝ่ายในสงครามอาจตกเป็นผู้กระทำความผิดได้ ถ้าโดยส่วนตัวบุคคลนั้นไม่ได้เป็นคนในกองกำลัง เขาจะมีความรับผิดชอบทางอาญาก็ต่อเมื่อเขามีความเชื่อมโยงกับกองกำลังโดยไม่คำนึงว่ารัฐบาลของกองกำลังนั้นจะอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาอย่างถาวรที่มีการสนับสนุนมอบหมายให้กระทำการที่ทำให้บรรลุผลสำเร็จหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงในแต่ละคดี⁵⁷

อาชญากรรมแต่ละอย่างต้องพิจารณาแต่ละกรณีตามข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน ดังนั้นพลเรือน (civilians) อาจถูกพิจารณาว่ามีความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมสงคราม ในกรณีของ Hirota อดีตรัฐมนตรีต่างประเทศของญี่ปุ่นที่ถูกพิพากษาว่ามีความผิดโดยศาลระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกลที่กระทำการข่มขืนในเมืองนานกิง และพลเรือน 3 คนมีความผิดฐานอาชญากรรมสงครามในการฆ่าเชลยศึกที่ไม่มีอาวุธในคดี Essen Lynching ในคดี Akayesu ที่ถูกกล่าวหาว่าใส่ชุดทหารถือปืนไรเฟิลและช่วยเหลือการเคลื่อนพลของทหารในประชาคมของเขา ที่เขาเป็นนายกเทศมนตรีโดยดำเนินการหลายอย่างรวมถึงการลาดตระเวนและการทำแผนที่ และตั้งการสื่อสารวิทยุ เขาอนุญาตให้ทหารใช้ที่ทำงานของเขาเป็นที่ตั้ง ศาลระหว่างประเทศวันดาวางกฎเกณฑ์ว่าข้อกล่าวหาไม่ควรก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลจากอาชญากรรมสงคราม เพราะการฟ้องร้องดำเนินคดีจะล้มเหลวในการพิสูจน์เหนือข้อสงสัยที่เป็นเหตุเป็นผลว่าข้อกล่าวหาว่าเป็นสมาชิกของกองกำลัง หรือว่าเขาได้รับการมอบหมายตามกฎหมายและเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็นตัวแทนหรือบุคคลที่มีอำนาจระดับชาติ หรือโดยข้อเท็จจริงเป็นตัวแทนของรัฐบาลที่ให้การสนับสนุนการทำสงคราม⁵⁸ ในคดี Akayesu กำหนดว่าจะต้องรวมถึงประเภทของผู้กระทำความผิดที่โดยส่วนตัวได้รับคำสั่งอย่างถูกต้องตามกฎหมายและเป็น

⁵⁷ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 137.

⁵⁸ *Ibid.*, p.138.

เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็นตัวแทนหรือบุคคลที่มีอำนาจระดับชาติ หรือโดยข้อเท็จจริงเป็นตัวแทนของรัฐบาลที่ให้การสนับสนุนการทำสงคราม⁵⁹

จากที่กล่าวมาข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า บุคคลที่จะเป็นอาชญากรสงครามหรือมีความรับผิดชอบต่อการก่ออาชญากรรมสงครามได้ ก็คือสมาชิกของกองกำลัง (members of armed forces) ไม่ว่าจะเป็กองกำลังปกติ (regular forces) ที่ชอบด้วยกฎหมาย (กองทัพของรัฐบาล) หรือจะเป็นกองกำลังที่ไม่ปกติ (irregular forces) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงข้าราชการพลเรือน และพลเรือนซึ่งเป็นผู้ก่อ ผู้นำ ผู้จัดการ ผู้ยุยง ผู้สังการ หรือผู้ที่มีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรมสงครามด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ที่ก่ออาชญากรรมสงครามจะเป็นได้ทั้งรัฐและบุคคลธรรมดา แต่ผู้ที่จะเป็นอาชญากรสงครามได้นั้นจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น ส่วนรัฐไม่สามารถจะเป็นอาชญากรสงครามได้ เพราะรัฐมีลักษณะเป็นนามธรรมไม่ใช่รูปธรรม รัฐจึงไม่สามารถที่จะกระทำการใดๆ ได้ด้วยตัวเอง การกระทำต่างๆ จะต้องทำผ่านตัวแทนของรัฐซึ่งมักเป็นผู้นำของรัฐ (Head of State) และการที่รัฐมีลักษณะเป็นนามธรรมนี้เอง จึงทำให้ไม่สามารถนำตัวรัฐมาลงโทษทางอาญาในฐานะที่เป็นอาชญากรสงครามได้

2.6 สถานะของศาลระหว่างประเทศที่พิจารณาคดี

ศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก จัดตั้งขึ้นตามข้อตกลงที่ลงนามวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1945 โดยรัฐบาลของราชอาณาจักรแห่งบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ รัฐบาลสหรัฐอเมริกา รัฐบาลชั่วคราวของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และรัฐบาลสหภาพโซเวียต เพื่อพิจารณาและลงโทษอาชญากรสงครามคนสำคัญของประเทศอักษะในยุโรป⁶⁰ ศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์ก มีหน่วยงานดังนี้

⁵⁹ Ibid., p.134.

⁶⁰ สุเทพ อัดถากร, กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ พหุติกรรมและเอกสารเล่มสอง, ครั้งที่ 1, หน้า 535 .

1. ศาล ที่ประกอบด้วยผู้พิพากษาสี่นาย โดยแต่ละรายจะมีผู้พิพากษาสำรองรายหนึ่ง มีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี และมีการกำหนดที่มาและองค์คณะของผู้พิพากษาไว้ในข้อ 2-5 ของธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก⁶¹

2. คณะกรรมการเพื่อการสืบสวนและฟ้องร้องอาชญากรรมสงครามคนสำคัญ ประกอบด้วยหัวหน้าอัยการที่ภาคีแต่ละประเทศแต่งตั้งขึ้น เพื่อสืบสวนหาข้อหาและฟ้องอาชญากรรมสงครามคนสำคัญ ซึ่งหน้าที่ของอัยการเป็นไปตามข้อ 14 และข้อ 15 ของธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก⁶²

ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย⁶³ มีสถานะเป็นองค์กรระหว่างประเทศ ตั้งขึ้นโดยธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1993 มีอำนาจในการพิจารณาคดีเฉพาะเหตุการณ์ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวียเฉพาะที่เกิดขึ้นระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1991 ถึงวันที่คณะมนตรีความมั่นคงกำหนดว่าสันติภาพกลับคืนมาสู่อดีประเทศยูโกสลาเวีย

ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย มีหน่วยงานดังนี้

1. ศาล (The Chambers) ประกอบด้วยองค์คณะศาลชั้นต้น 3 คณะ (Three trial chambers) แต่ละคณะมีผู้พิพากษา 3 คน ทำหน้าที่พิจารณาคดี และองค์คณะศาลอุทธรณ์ 1 คณะ (An appeals chamber) ประกอบด้วยผู้พิพากษา 5 คน ทำหน้าที่พิจารณาคดี
2. พนักงานอัยการ (The Prosecutor) ทำหน้าที่ฟ้องร้องและดำเนินคดีผู้กระทำผิด
3. สำนักงานทะเบียน (A Registry) ทำหน้าที่ดำเนินงานธุรการ ทั้งศาลและพนักงานอัยการ

นอกจากนี้ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียยังได้กำหนดเรื่ององค์คณะของศาล และคุณสมบัติและการเลือกตั้งผู้พิพากษาไว้ในข้อ 12 ถึงข้อ 14 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย อีกด้วย

⁶¹ ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก มาตรา 2 - 5

⁶² สุเทพ อัดถาวร, กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ พุทธิกรรมและเอกสารเล่มสอง, ครั้งที่ 1, หน้า 548-549 .

⁶³ Statute of International Tribunal Article 11

ศาลระหว่างประเทศรวันดา⁶⁴ มีสถานะเป็นองค์กรระหว่างประเทศ ตั้งขึ้นโดยธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ.1994 มีอำนาจในการพิจารณาคดี เฉพาะเหตุการณ์ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในดินแดนของรัฐใกล้เคียง เฉพาะที่เกิดขึ้นระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1994 ซึ่งมีหน่วยงานดังนี้

1. ศาล (The Chambers) ประกอบด้วยองค์คณะศาลชั้นต้น 3 คณะ (Three Trial Chambers) คณะหนึ่งมีผู้พิพากษา 3 คน และองค์คณะศาลอุทธรณ์ 1 คณะ มีผู้พิพากษา 5 คน ทำหน้าที่พิจารณาคดี (An Appeals Chamber) รวมมีผู้พิพากษาทั้งสิ้น 14 คน
2. พนักงานอัยการ (The Prosecutor) ทำหน้าที่ฟ้องร้องและดำเนินคดีผู้กระทำความผิด
3. สำนักงานทะเบียน (A registry) ทำหน้าที่ดำเนินงานธุรการให้แก่ศาลและพนักงานอัยการ

นอกจากนี้ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา ยังได้กำหนดเรื่ององค์คณะของศาลและคุณสมบัติและการเลือกตั้งผู้พิพากษาไว้ในข้อ 11 ถึงข้อ 13 ของธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา อีกด้วย

หน่วยงานของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และศาลระหว่างประเทศรวันดานั้น นอกจากศาลซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่โจทก์ฟ้องร้องแล้ว ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และศาลระหว่างประเทศรวันดา ยังได้รวมหน่วยงานพนักงานอัยการที่ทำหน้าที่ฟ้องร้องและดำเนินคดีผู้กระทำความผิดไว้ด้วย ดังนั้นศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียและศาลระหว่างประเทศรวันดา จึงมีทั้งศาลและมีทั้งโจทก์คือพนักงานอัยการรวมอยู่ในองค์กรเดียวกัน ซึ่งแตกต่างจากศาลภายในประเทศ ซึ่งฝ่ายโจทก์ไม่ได้รวมอยู่ในศาลด้วย

2.7 กระบวนวิธีพิจารณา

ศาลทหารระหว่างประเทศ และศาลระหว่างประเทศ ก่อนมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ยังไม่มีการกำหนดกฎหมายในกระบวนพิจารณาคดีไว้อย่างชัดเจน โดยจะกำหนดให้ศาลเป็นผู้กำหนดกระบวนพิจารณาพิพากษาคดีและการรับฟังพยานหลักฐานเอง โดยธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ได้กำหนดเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลและการดำเนินการ

⁶⁴ Statute of the International Tribunal for Rwanda Article 10

พิจารณาคดี ไว้ในข้อ 6 ถึงข้อ 25 มีการกำหนดวิธีการพิจารณาคดี โดยให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลได้อย่างกว้างขวาง เช่น ศาลมีสิทธิที่จะพิจารณาคดีโดยที่ไม่มีบุคคลนั้นอยู่ในศาล⁶⁵ ศาลจะกำหนดระเบียบการพิจารณาของตน⁶⁶ รวมทั้งศาลจะไม่ถูกจำกัดโดยกฎเกณฑ์การสืบพยานที่ต้องปฏิบัติกันมา ศาลจะรับและใช้วิธีการพิจารณาที่รวดเร็วไม่มีกฎเกณฑ์มากเท่าที่สามารถทำได้ และจะรับฟังพยานหลักฐานที่ศาลเห็นว่ามีความน่าเชื่อถือ⁶⁷ นอกจากนี้ ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา ได้กำหนดเรื่องกระบวนการพิจารณาคดีและการรับฟังพยานหลักฐานไว้ในข้อ 15 และ 14 ตามลำดับ โดยศาลจะเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดีและการรับฟังพยานหลักฐานเอง นอกจากนี้ ศาลระหว่างประเทศเหล่านี้ ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในกรณีพิเศษที่คำนึงถึงสิทธิของสตรีและเด็กในกรณีที่สตรีและเด็กเป็นผู้เสียหายหรือเป็นพยานในคดี

2.8 ความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศ

เมื่อมีการพิจารณาคดีของศาลระหว่างประเทศแล้ว จะต้องมีการเรื่องความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ในเรื่องของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน การโอนตัวนักโทษ การบังคับตามคำพิพากษา ซึ่งในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศเท่าที่ผ่านมายังไม่ชัดเจนในเรื่องของความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศ เช่น ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก ไม่ได้กำหนดเรื่องความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศไว้ ส่วนธรรมนูญศาลระหว่างประเทศที่ยูโกสลาเวีย มีการกำหนดเรื่องความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศไว้ในข้อ 29 โดยกำหนดว่ารัฐต้องให้ความร่วมมือกับศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ในการสืบสวนสอบสวนและฟ้องร้องบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และรัฐต้องให้ความร่วมมือในการแจ้งที่อยู่ของบุคคล ในการหาพยานหลักฐาน และเอกสาร ในการจับกุม และในการโอนตัวบุคคลให้ศาล สำหรับธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา มีการบัญญัติเกี่ยวกับความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศไว้ในข้อ 28 มีการบัญญัติเช่นเดียวกับธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าธรรมนูญศาลระหว่างประเทศก่อนที่จะมีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดเรื่องความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศไว้อย่างกว้างๆ

⁶⁵ ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก ข้อ 12

⁶⁶ ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก ข้อ 13

⁶⁷ ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก ข้อ 19

โดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดของวิธีการไว้ ซึ่งต่างจากธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีการกำหนดรายละเอียดของวิธีการและขั้นตอนในเรื่องของความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศไว้

เมื่อธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศและธรรมนูญศาลระหว่างประเทศเดิม ก่อนมีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ยังมีความไม่ชัดเจนทั้งในเรื่องของเนื้อหาและองค์ประกอบความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ขอบเขตการบังคับใช้ กลไกภายในของศาลเอง กระบวนวิธีพิจารณาความ รวมทั้งความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศ ประชาคมระหว่างประเทศจึงเกิดแนวความคิดในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวร ที่มีความชัดเจนในเรื่องของเนื้อหาและองค์ประกอบความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ขอบเขตการบังคับใช้ กลไกภายในของศาลเอง กระบวนวิธีพิจารณาความ รวมทั้งความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศ เพื่อสามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ในทุกกรณีเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ไม่ใช่เป็นการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) ขึ้นเพื่อพิจารณาคดีต่อบุคคลที่กระทำความผิดขึ้นในภายหลังที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว