



แนวความคิดของระบอบกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

3.1 วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นผลผลิตมาจากความไร้มนุษยธรรมและความป่าเถื่อนที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนและระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยแท้ เนื่องจากได้มีการคุกคามทำลายล้างเชื้อชาติ ศาสนา และชนกลุ่มน้อยจำนวนมากอย่างสุดแสนเหี้ยมโหด

คำว่า "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" มาจากคำภาษาอังกฤษ "genocide" เป็นคำที่บัญญัติขึ้นในปี ค.ศ. 1944 โดย นายราฟาเอล แลมกิน (Rafael Lemkin) นักกฎหมายชาวโปแลนด์ ผู้ซึ่งหนีออกจากโปแลนด์เมื่อกองทัพนาซีเยอรมันบุกโปแลนด์ คำว่า "genocide" นี้มาจากรากศัพท์ภาษากรีก "genos" ซึ่งแปลว่า "เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์" (race or tribe) ผสมกับคำภาษาละติน "occidio" ซึ่งแปลว่า "การฆ่า" (killing) ความหมายโดยรวมทั่วไปจึงหมายถึง การกระทำอันใดก็ตามที่ทำด้วยความมุ่งหมายที่จะฆ่าหรือทำลายเผ่าพันธุ์มนุษย์เผ่าพันธุ์ใดเผ่าพันธุ์หนึ่งทั้งหมดอย่างถอนรากถอนโคน³⁰

ก่อนหน้าที่ Lemkin จะได้บัญญัติศัพท์คำว่า "genocide" ขึ้นนั้น พฤติกรรมการฆ่าล้างมนุษย์จำนวนมากนี้รู้จักกันในชื่อ "The Holocaust" อันหมายถึง โศกนาฏกรรมการฆ่าล้างชาวยิว ชาวยิปซีในยุโรปจำนวนมากตลอดอย่างเป็นระบบที่ได้กระทำโดยทหารนาซีเยอรมันในช่วงก่อนและระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ครั้งหนึ่งนายวินสตัน เชอร์ชิล (Winston Churchill) อดีตนายกรัฐมนตรีอังกฤษได้เรียกการกระทำเช่นนี้ว่าเป็น "อาชญากรรมที่ไม่มีชื่อ" (a crime without a name) เนื่องจากพฤติกรรมการฆ่าล้างมนุษย์จำนวนมากเช่นนี้มี

³⁰ Louis Rene Beres, "Justice and Realpolitik : International Law and the Prevention of Genocide," *The American Journal of Jurisprudence* 33 (1988) : 123-159

ลักษณะทางพฤติกรรมที่แตกต่างจากการฆ่าในช่วงระหว่างสงครามและแตกต่างจากการฆ่าในการปราบปรามทางการเมืองอื่นๆ³¹

ก่อนหน้าปี ค.ศ. 1945 ได้มีการยอมรับกันแล้วในการประชุมระหว่างประเทศครั้งที่ 5 เพื่อการร่างกฎหมายอาญาซึ่งจัดขึ้นในปี ค.ศ. 1933 ณ กรุงมาดริด ประเทศสเปนว่า การฆ่าล้างเชื้อชาติ ศาสนาและกลุ่มสังคม เป็นความผิดต่อกฎหมายของนานาชาติ (*delictum jus gentium*) ต่อมาแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับมนุษยชาติ (Law of Humanity)³² ได้รับการยอมรับมากขึ้น³³ จนกระทั่งสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กหรือที่เรียกว่า "ศาลนูเรมเบิร์ก" (The International Military Tribunal at Nuremberg) ตามกฎบัตรลอนดอน (London Charter) เพื่อดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามซึ่งในกฎบัตรลอนดอนดังกล่าวได้บัญญัติให้มีการแบ่งความผิดเป็นอาชญากรรม 3 ประเภท ได้แก่

1. อาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crimes against Peace) ได้แก่ การวางแผน การเตรียมการ การริเริ่ม หรือ การก่อให้เกิดสงครามรุกราน หรือสงครามอันเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญาหรือความตกลงหรือความเชื่อมั่นระหว่างประเทศ หรือการเข้าร่วมในแผนการ หรือการสมคบเพื่อที่จะปฏิบัติการตามที่กล่าวข้างต้น (Crimes against Peace : namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.)

³¹ Ibid. เนื่องจากนาซีเยอรมันได้สังหารชาวยิวและชนกลุ่มน้อยอื่นๆ ด้วยเหตุผลทางด้านเชื้อชาติ ศาสนาเพียงอย่างเดียว และชาวยิวเหล่านั้นก็ได้เป็นพลเมืองของศัตรู (enemy population) แต่เป็นพลเมืองที่มีสัญชาติเยอรมันเอง นอกจากนี้การที่ชาวเยอรมันเชื้อสายหนึ่งเช่นฆ่าชาวเยอรมันอีกเชื้อสายหนึ่งก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำต่อประชาชนของรัฐที่ตนยึดครอง จึงไม่เข้าลักษณะเป็น war crime โปรดดู Antonio Cassese, *Violence and Law in the Modern Age* (Cambridge : Polity Press, 1988), p.108.

³² Ibid. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crime against humanity) เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในคำประกาศของฝรั่งเศส อังกฤษและรัสเซียเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1915 ซึ่งกล่าวว่าการฆ่าล้างประชาชนชาวอาร์เมเนียนในตุรกีเป็น "อาชญากรรมต่อมนุษยชน" รัฐบาลตุรกีและเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนให้เกิดการฆ่าล้างประชาชนจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าว

³³ Matthew Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide : Forty-Five Years Later", *Temple International and Comparative Law Journal* 8 (Spring 1994) : 1-84.

2. อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) ได้แก่ การละเมิดต่อกฎหมายหรือจารีตประเพณีอันเกี่ยวกับสงคราม การละเมิดดังกล่าวรวมถึงและไม่จำกัดเฉพาะการฆ่า การบำบัดในยามเจ็บป่วย การให้คนเป็นทาสเพื่อใช้แรงงานหรือเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นซึ่งประชาชนพลเรือนของหรือภายในดินแดนที่ถูกยึดครอง การฆ่า การบำบัดในยามเจ็บป่วย ให้แก่นักโทษสงครามหรือประชาชนในท้องทะเล การฆ่าเชลยสงคราม การปล้น สะตมภ์สาธารณสมบัติหรือทรัพย์สินส่วนบุคคล การทำลายนคร เมือง หมู่บ้าน หรือการทำลายล้างโดยไร้เหตุผลด้านความจำเป็นทางการทหาร (War Crimes : namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity)

3. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity) ได้แก่ การฆ่าคน การทำลายล้างมนุษย์ การเอาคนลงเป็นทาส การเนรเทศ และการกระทำอื่นใดอันไร้มนุษยธรรมที่ได้กระทำต่อประชาชนพลเรือนก่อนหรือระหว่างสงคราม หรือการประหัตประหารโดยมีมูลเหตุมาจากการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนาที่ได้กระทำหรือเกี่ยวเนื่องกับอาชญากรรมใดๆ อันได้กระทำภายในเขตอำนาจของศาล ไม่ว่าจะการกระทำเช่นนั้นจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในของประเทศที่การกระทำผิดเกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม (Crimes against Humanity : namely, murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds of execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.)³⁴ ซึ่งการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็ได้รับการ

³⁴ Ibid. ญัตติโตเกียว (Tokyo Charter) ซึ่งได้ตราขึ้นเพื่อดำเนินคดีต่ออาชญากรรมสงครามต่อศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกลที่กรุงโตเกียว (The International Military Tribunal for the Far East ("IMTFE") at Tokyo) ได้บัญญัติคำนิยามของอาชญากรรมต่อมนุษยชนไว้อย่างเดียวกับกับญัตติลอนดอน

จัดให้อยู่ในอาชญากรรมต่อมนุษยชน³⁵ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็มีลักษณะที่คาบเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามอยู่ไม่น้อย

ผลการพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามที่นูเรมเบิร์กดังกล่าว การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกว่า :

"การจงใจฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (*genocidio*) อย่างเป็นระบบนั้นก็คือ การทำลายล้างกลุ่มเชื้อชาติและกลุ่มชาติของประชาชนพลเรือนภายในดินแดนที่ถูกครอบครอง เพื่อที่จะทำลายเชื้อชาติและลำดับชั้นของชาติและประชาชน กลุ่มเชื้อชาติและกลุ่มศาสนา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ชาวยิว ชาวโปแลนด์ ชาวซิปซีและชนชาติอื่นๆ"³⁶

อย่างไรก็ตาม แม้จะได้มีกฎบัตรลอนดอน กฎบัตรโตเกียวและคำพิพากษาศาลนูเรมเบิร์ก เป็นบรรทัดฐานให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดต่ออาชญากรรมสงครามอาชญากรรมต่อสันติภาพและอาชญากรรมต่อมนุษยชนได้ก็ตาม ปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็ยังคงมีอยู่ เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับความชอบธรรมตามกฎหมาย (*legality*) ของคำพิพากษาศาลนูเรมเบิร์กยังคงเป็นที่ถกเถียงกัน ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปโดยละเอียดในบทนี้ นอกจากนี้ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้กระทำในช่วงที่มีโซภาวะสงคราม (*peace-time*) ก็ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมนุษยชนตามอนุสัญญากรุงเฮก (*the Hague Convention*) และอนุสัญญากรุงเจนีวา (*the Geneva Convention*)³⁷ ยิ่งกว่านั้น ก่อนที่จะมีกฎบัตรสหประชาชาติ (*United*

³⁵ เมื่อได้พิจารณาถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติแล้ว จะเห็นได้ว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ มีความหมายกว้าง การกระทำความผิดใดที่ไม่เข้า *war crimes* ก็อาจตกอยู่ภายใต้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อย่างไรก็ตาม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีข้อจำกัดว่าจะสามารถนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ต่อเมื่อเป็นการกระทำในช่วงก่อนหรือระหว่างสงคราม ซึ่งต้องมีการประกาศสงคราม (*state of war*) ดังนั้น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในระหว่างความไม่สงบภายในประเทศ จึงอาจไม่ใช่อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โปรดดู Antonio Cassese, *Violence and Law in the Modern Age*, p.110

³⁶ *Ibid.*, "intended and systematic *genocidio*, that is extermination of racial and national groups of civilian population in certain occupied territories in order to destroy certain races and layers of nations and peoples, racial and religious groups, in particular Jews, Poles, Gypsies and other".

³⁷ *Ibid.* การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้กระทำในช่วงสงครามอาจถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมสงครามและเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชนได้ ในเรื่องดังกล่าวนี้จะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปภายหลังในวิทยานิพนธ์นี้.

Nation Charter หรือ UN Charter) ในปี ค.ศ. 1945 การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนจะถือว่าตกอยู่ภายในเขตอำนาจของรัฐ (domestic jurisdiction) ที่การกระทำมีความผิดเกิดขึ้นโดยสิ้นเชิง เนื่องจากถือว่าเป็นกิจการภายในของรัฐนั้นโดยแท้ รัฐอื่นหรือองค์กรระหว่างประเทศใดๆ ไม่อาจเข้าไปแทรกแซง (non-intervention) ได้อย่างเด็ดขาด³⁸

. ด้วยความตระหนักถึงความร้ายแรงของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และปัญหาของการลงโทษการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ในที่สุด ในวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงได้มีข้อมติที่ 96(I) รับรองเป็นเอกฉันท์ให้การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่นานาประเทศสมควรป้องกันและลงโทษการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยได้กล่าวไว้ดังนี้:

"การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) เป็นการปฏิเสธสิทธิในความเป็นอยู่มีอยู่ซึ่งกลุ่มมนุษย์ทั้งหมด เช่นเดียวกับที่การฆ่ามนุษย์ (homocide) เป็นการปฏิเสธสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ของบุคคลธรรมดา การปฏิเสธสิทธิในความเป็นอยู่มีอยู่ของกลุ่มมนุษย์เช่นว่านั้นสิ้นสละเทือนต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติ มีผลให้เกิดความสูญเสียอันยิ่งใหญ่ต่อมนุษยชาติในด้านวัฒนธรรมและในด้านอื่นซึ่งเป็นสิ่งแทนค่าของกลุ่มมนุษย์กลุ่มนั้นและเป็นการขัดต่อกฎหมายศีลธรรม จิตวิญญาณและเจตจำนงของสหประชาชาติ หลายสถานการณ์ของอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้เกิดขึ้นแล้วเมื่อมีการทำลายกลุ่มเชื้อชาติ ศาสนา การเมือง และกลุ่มอื่นๆ ทั้งหมดหรือบางส่วน การลงโทษต่ออาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จึงเป็นเรื่องที่อยู่ในความกังวลของนานาประเทศ

ดังนั้น สมัชชาใหญ่แห่งนี้จึงรับรองว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมฐานหนึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งโลกที่เจริญแล้วสมควรประณาม.....ไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือรัฐบุรุษใดและไม่ว่าอาชญากรรมจะได้กระทำลงโดยมีมูลเหตุมาจาก

³⁸ โปรดดู Lyal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*. (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p. 66 และ Louis Rene Beres, "Justice and Realpolitik : International Law and the Prevention of Genocide," *The American Journal of Jurisprudence* 33 (1988) : 124.

ศาสนา เชื้อชาติ การเมืองหรือมูลเหตุใดก็ตาม ผู้กระทำสมควรได้รับ
การลงโทษ³⁹

ต่อมาอีก 2 ปีในวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1948 สมัชชาใหญ่ได้รับรองอนุสัญญาว่า
ด้วยการป้องกันและลงโทษการกระทำอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (The Convention on the
Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) ซึ่งร่างขึ้นโดยคณะมนตรี
เศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ อย่างเป็นทางการอีกด้วย⁴⁰ การถือกำเนิดขึ้น
อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นการสิ้นสุดลงของแนวความคิดดั้งเดิมที่ห้ามมิให้
มีการแทรกแซงกิจการภายในเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนลงอย่างสิ้นเชิง เนื่องจาก
อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติให้เป็นสิทธิและหน้าที่ของรัฐหนึ่งที่จะสามารถแทรกแซงรัฐอื่น
ได้โดยกระบวนการยุติธรรม (intervention by judicial process) อนุสัญญาดังกล่าวจึงเท่า
กับเป็นการสนับสนุนหลัก universal jurisdiction ในกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศ
นอกจากนี้ อนุสัญญาดังกล่าวยังได้รับรองหลักความรับผิดชอบส่วนบุคคล (individual
responsibility) ในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย กล่าวคือ บุคคลธรรมดาที่มีสิทธิและหน้าที่
ตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน⁴¹

³⁹ "Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations. Many instances of such crimes of genocide have occurred, when racial, religious, political and other groups have been destroyed, entirely or in part. The punishment of the crime of genocide is a matter of international concern. The General Assembly, therefore, Affirms that genocide is a crime under the international law which civilized world condemn.....whether private individuals, public officials or statesmen and whether the crime is committed on religious, racial, political or any other grounds are punishable" โปรดดู Beth Van Schaach, "The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot", *The Yale Law Journal* 106 : 7 (May 1997): 2263 .

⁴⁰ ตูมานิต มั่นสุข, เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 111-112

⁴¹ กฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิมนั้นรับรองแต่สิทธิและหน้าที่ของรัฐเท่านั้น บุคคลธรรมดาจะไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศเลย โปรดดู William Aceves, "Affirming the Law of Nations in US Courts : The Karadzic Litigation and the Yugoslav Conflict", *Berkeley Journal of International Law* 14 : 137 (1996) : 137-138.

3.2 การวิเคราะห์คำนิยามของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า "genocide" เป็นศัพท์ที่บัญญัติขึ้นโดยศาสตราจารย์ Lemkin มาจากรากศัพท์ภาษากรีก "genos" ซึ่งแปลว่า "เชื้อชาติ สปีชีส์ เผ่าพันธุ์" (race or tribe) ผสมกับคำภาษาละติน "ocidio" ซึ่งแปลว่า "การฆ่า" มีความหมายโดยรวมว่า เป็นการกระทำอันใดก็ตามที่ทำด้วยเจตนาฆ่า หรือทำลายเผ่าพันธุ์มนุษย์เผ่าพันธุ์ใดเผ่าพันธุ์หนึ่งทั้งหมดหรือเกือบทั้งหมด เมื่อครั้งที่คำว่า "genocide" ได้รับการเสนอขึ้นใหม่ๆ นั้น Lemkin ไม่ได้มุ่งหมายเฉพาะการทำลายล้างกลุ่มชาติอย่างฉับพลันทันที แต่ยังมีหมายรวมไปถึงการกระทำใดๆ ต่อกลุ่มวัฒนธรรม ศาสนา ภาษา สถาบันสังคม และการรวมกลุ่มทางกายภาพอื่นใดที่เป็นการกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายล้างทั้งกลุ่มนั้นด้วย โดยกล่าวว่า :

"กล่าวโดยทั่วไปแล้ว การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไม่จำเป็นต้องหมายความว่า การทำลายความเป็นชาติอย่างฉับพลันทันที เว้นแต่จะเป็นกรณีที่น่าสยดสยองในชาติเป็นจำนวนมาก หากแต่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มีเจตนาในการใช้แผนการต่างๆ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะทำลายล้างกลุ่มนั้นๆ ความมุ่งหมายของแผนการดังกล่าวอาจได้แก่ การทำให้เกิดความแตกแยกของสถาบันทางการเมืองหรือสังคม วัฒนธรรม ภาษา ความรู้สึกในความเป็นชาติ ศาสนา และความอยู่รอดทางเศรษฐกิจของกลุ่มชาติ การทำลายความปลอดภัย เสรีภาพ สุขภาพ เกียรติภูมิและแม้แต่ชีวิตส่วนบุคคลของบุคคลธรรมดาที่เป็นของกลุ่มชาตินั้นๆ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มุ่งกระทำโดยตรงต่อกลุ่มชาติในฐานะที่เป็นสถาบันและยังเป็นการกระทำโดยตรงต่อบุคคลธรรมดาแต่ไม่ใช่ในลักษณะส่วนตัว แต่เป็นกระทำในฐานะที่เป็นสมาชิกของกลุ่มชาติ"⁴²

ตามบทบัญญัติข้อ 2 แห่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 12 มกราคม ค.ศ. 1951 ได้ให้คำนิยามของ "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" ไว้แตกต่างจากแนวความคิดของ Lemkin โดยนิยามไว้ดังนี้ :

⁴² Lori Lyman Bruyn, "The Yugoslav War Crimes Tribunal : The Compatibility of Peace, Politics, and International Law", *MD. Journal of International Law & Trade* 17 (1993) : 193-226.

"ข้อ 2

ในอนุสัญญาฯ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การกระทำดังต่อไปนี้ซึ่งได้กระทำโดยมุ่งหมายที่จะทำลายทั้งหมดยุคหรือบางส่วนซึ่งกลุ่มชาติ เชื้อชาติ สีผิวหรือศาสนา เช่น

- (ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (ข) ทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือจิตใจของสมาชิกกลุ่ม
- (ค) จงใจกระทำทารุณกรรมกลุ่มถึงขนาดชีวิต เพื่อทำลายร่างกายบางส่วนหรือทั้งหมด
- (ง) บังคับใช้มาตรการป้องกันการเกิดของกลุ่ม
- (จ) บังคับให้เคลื่อนย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น"

จากคำนิยามของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าว อาจแยกองค์ประกอบของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้ดังนี้

ก. มูลเหตุจูงใจ (motive)⁴³

การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะต้องเป็นการกระทำที่มุ่งต่อ "กลุ่มของมนุษย์" (group of human being) เท่านั้น มิได้มุ่งหมายที่จะฆ่ามนุษย์เป็นรายบุคคล (individual) กล่าวคือ ผู้กระทำได้ทำการทำลายล้างเหยื่อหรือทำให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพของเหยื่อเป็นจำนวนมากด้วยประการต่างๆ ก็เนื่องจากเหยื่อเป็นสมาชิกของกลุ่มชาติ เชื้อชาติ สีผิว หรือศาสนาอื่นๆ อย่างไรก็ตาม ในอนุสัญญาดังกล่าวมิได้จำกัดมูลเหตุจูงใจไว้แค่เพียงมูลเหตุอันเนื่องมาจากชาติ เชื้อชาติ สีผิว หรือศาสนาเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากอนุสัญญาใช้คำ ว่า "as such" ดังนั้น จึงเปิดโอกาสให้ศาลที่พิจารณาคดีสามารถตีความขยายมูลเหตุจูงใจได้อีก⁴⁵

⁴³ Ibid. มูลเหตุจูงใจ (motive) หมายถึง เหตุผล ความคิด ความเชื่อ อารมณ์ ความรู้สึกที่ทำให้เกิดการกระทำต่างๆ.

⁴⁴ Matthew Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide : Forty-Five Years Later", *Temple International and Comparative Law Journal* 8 (Spring 1994) : 10-11.

⁴⁵ Ibid., p.10-11.

ข. ลักษณะการทำลาย (destruction)

เป้าหมายของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะต้องเป็นการทำลายกลุ่มมนุษย์ แต่ไม่จำเป็นต้องทำลายมนุษย์หมดทุกคนในกลุ่มจึงจะถือว่าได้กระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การทำลายมนุษย์เพียงบางส่วนในกลุ่มก็อาจถือได้ว่าได้กระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แล้วก็ได้หากเข้าองค์ประกอบอื่นอย่างครบถ้วน⁴⁶ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า การฆ่ามนุษย์ในกลุ่มเพียง "บางส่วนหรือทั้งหมด" จะต้องมีจำนวนเท่าไรหรือคิดเป็นสัดส่วนเท่าใด จึงจะถือว่าเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ค. การไตร่ตรองล่วงหน้า (premeditation)⁴⁷

จากคำนิยามของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบของการไตร่ตรองล่วงหน้าจึงจะถือว่ามี ความผิด อย่างไรก็ตาม การไตร่ตรองล่วงหน้าอาจถือเป็นพฤติการณ์ที่ใช้ในการพิจารณาโทษผู้กระทำผิดให้รับโทษหนักขึ้น หรือใช้ในการพิสูจน์ว่ามีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นได้⁴⁸

ง. เจตนา (intent)

จากถ้อยคำในมาตรา 2 ของอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวที่มีบัญญัติว่า "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การกระทำ.....ซึ่งได้กระทำโดยมุ่งหมายที่จะทำลาย.....ซึ่งกลุ่มชาติ เชื้อชาติ สีมืด หรือศาสนา" ย่อมแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ต้องการให้มีเจตนาพิเศษ (specific intent) ที่จะ "ทำลายล้างกลุ่มที่อนุสัญญาให้ความคุ้มครอง"

⁴⁶ Ibid., p.11-12.

⁴⁷ การไตร่ตรองล่วงหน้าหรือไตร่ตรองไว้ก่อน เป็นการนึกคิด เป็นการกระทำ เป็นการวางแผนหรือเปิดารตัดสินใจก่อนลงมือกระทำความผิดโดยเฉพาะความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยปกตินักคิดไตร่ตรองไว้ก่อนผู้กระทำจะใช้เวลาในการคิดใคร่ครวญถึงผลได้ผลเสียก่อนลงมือทำการแม้ว่าจะเป็นระยะเวลาสั้นก็ตาม เช่น การวางแผนฆ่า การรับจ้างฆ่าผู้อื่น การกลับบ้านไปเอาอาวุธมายิง การดักรอ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นระยะเวลากระชั้นชิดกระชั้นหน้า ไม่ได้เตรียมการมาก่อน ก็ไม่เป็นการไตร่ตรองไว้ก่อน โปรดดูประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(4)

⁴⁸ Matthew Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide : Forty-Five Years Later", *Temple International and Comparative Law Journal* 8 (Spring 1994) : 12.

ครอง" ล้ำพังเพียงความประมาทเลินเล่อ การขาดความระมัดระวัง หรือแม้แต่การกระทำโดยเจตนาแต่ปราศจากเจตนาพิเศษ "ที่จะทำลายล้างกลุ่มที่อนุสัญญาให้ความคุ้มครอง" ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญานี้แต่อย่างใด⁴⁹

จ. กลุ่มมนุษย์ที่ได้รับการคุ้มครอง (the human groups protected)

กลุ่มมนุษย์ที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ได้แก่

1. กลุ่มชาติ (national group)
2. กลุ่มเชื้อชาติ (ethnic group)
3. กลุ่มสีผิว (racial group)
4. กลุ่มศาสนา (religious group)

สำหรับกลุ่มการเมือง (political group) กลุ่มวัฒนธรรม (cultural group) กลุ่มภาษา (linguistic group) หรือกลุ่มอื่นๆ จะไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์⁵⁰ นอกจากนี้ อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ยังไม่ได้ให้คำนิยามหรือคำอธิบายใดๆ เกี่ยวกับความหมายของกลุ่มต่างๆ แต่ละกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองแต่ประการใด ซึ่งจะได้พิจารณาในประเด็นนี้โดยละเอียดต่อไป

ฉ. ลักษณะการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (acts of genocide)

ตามมาตรา 2 แห่งอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์บัญญัติให้การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง

1. การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
2. ทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือจิตใจของสมาชิกกลุ่ม
3. จงใจกระทำทารุณกรรมกลุ่มถึงขนาดชีวิต เพื่อทำลายร่างกายบางส่วน หรือทั้งหมด
4. บังคับใช้มาตรการป้องกันการเกิดของกลุ่ม
5. บังคับให้เคลื่อนย้ายเด็กของกลุ่มไปยังกลุ่มอื่น

⁴⁹ Ibid., p. 12-13.

⁵⁰ Ibid., p. 13-14.

นอกจากอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะได้ให้คำนิยามของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้แล้ว นักวิชาการเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หลายท่านทั้งที่เป็นนักการศึกษาในเชิงสังคมศาสตร์ และนักกฎหมายได้ให้คำนิยามของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้อย่างน่าสนใจ ดังต่อไปนี้

Helen Fein ได้ให้คำนิยามของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยอาศัยแนวความคิดในแง่มุมมองของเหยื่อที่ไม่อาจป้องกันตนเองได้ว่า "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ คือ การกระทำที่ผู้กระทำมุ่งหมายที่จะทำลายล้างทางกายภาพต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยการห้ามหรือยับยั้งการเพิ่มเผ่าพันธุ์ทางชีวภาพและการเพิ่มผลผลิตทางสังคม ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีการยอมจำนนหรือปราศจากการคุกคามจากเหยื่อหรือไม่ก็ตาม" (Genocide is sustained purposeful action by a perpetrator to physically destroy a group directly or indirectly through interdiction of the biological and social reproduction of group members, sustained regardless of the surrender or lack of threat offered by the victim.)⁵¹

Frank Chalk และ Kurt Jonassohn ได้กล่าวถึงการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้ว่า "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นรูปแบบของการฆ่าเป็นจำนวนมากเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งได้กระทำโดยรัฐหรือองค์กรอื่นใดโดยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง" (Genocide is a form of one-sided mass killing in which a state or other authority intends to destroy a group.)⁵²

ปัจจุบันนี้ได้มีการใช้คำอื่น ๆ แทนซึ่งโดยเนื้อหาของสาระของการกระทำแล้วก็มีลักษณะเช่นเดียวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เช่น คำว่า "Ethnic Cleansing" หรือ "การชำระล้างเผ่าพันธุ์" เป็นคำที่ชาวเซิร์บ (Serbs) ได้นำมาใช้เป็นคำเลี่ยงของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ต่อกรกระทำของตนที่สังหารและผลักดันชาวมุสลิมและชาวโครแอทให้ออกไปจากดินแดนที่ตนประสงค์จะครอบครอง

⁵¹ Helen Fein, "Discriminating Genocide From War Crimes : Vietnam and Afghanistan", *Denver Journal of International Law & Policy* (Fall 1993) : 31.

⁵² *Ibid.*

3.3 ความแตกต่างและความสัมพันธ์ระหว่างอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กับอาชญากรรมสงคราม

โดยเหตุที่อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมสงครามมีลักษณะร่วมกันบางประการ แต่ก็มี ความแตกต่างกันในลักษณะพื้นฐาน (nature) บางประการ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้กระทำในขณะสงคราม อาจถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม เพื่อเป็นการแยกแยะความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กับอาชญากรรมสงคราม ผู้เขียนจึงหยิบยกหลักเกณฑ์การแยกแยะความแตกต่างที่มีผู้เสนอไว้มาแสดงไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยเพื่อประโยชน์ในการศึกษาต่อไป

ตามความเข้าใจทั่วไปแล้ว "สงคราม" หมายถึง รูปแบบการสู้รบหรือการขัดแย้งทางอาวุธ (armed conflict) ระหว่างกองกำลังที่จัดระเบียบแล้ว (organized force) 2 กลุ่มที่เท่าเทียมกัน ส่วน "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" จะหมายถึง การฆ่าล้างกลุ่มชนที่ไร้ระเบียบโดยกองกำลังที่จัดระเบียบแล้ว (slaughter of an unorganized group by an organized force) หรือหมายถึงรูปแบบการฆ่าล้างมนุษย์เป็นจำนวนมากเพียงฝ่ายเดียว (a form of one sided mass killing)⁵³

อย่างไรก็ตาม ความเข้าใจดังกล่าวอาจทำให้ไม่สามารถอธิบายสถานการณ์การสู้รบหรือการขัดแย้งทางอาวุธได้อย่างชัดเจนในบางกรณี เช่น การปิดล้อม (tactical sieges and blockades) การสู้รบแบบกองโจร (guerilla) ซึ่งฝ่ายรัฐบาลมักจะต้องโจมตีกลุ่มเป้าหมายโดยไม่สามารถแยกแยะ (indiscriminate) ได้ว่าใครเป็นนักรบกองโจร ใครเป็นพลเรือน (civilian) เนื่องจากนักรบกองโจรมักแฝงมาในคราบของชาวบ้านพลเรือน⁵⁴ หรือการสู้รบในสงครามเบ็ดเสร็จ (total war) ที่มีการใช้อาวุธที่มีศักยภาพในการทำลายล้างสูง (mass devastation) เช่น เครื่องอาวุธทางอากาศ (aerial bombardment) หรืออาวุธนิวเคลียร์

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid. Kuper และ Fein จะเรียกการเลือกทำลายเหยื่อโดยอาศัยจากลักษณะเฉพาะ (identity) ของเหยื่อแต่เพียงอย่างเดียวและได้มีความรุนแรงหรือการจลาจลทางเชื้อชาติเกิดขึ้นแล้วนี้ว่า "genocidal massacre".

(nuclear weapon : NUC)⁵⁵ เป็นต้น

ด้วยข้อขัดข้องดังกล่าว Helen Fein จึงได้เสนอหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจจับ (deduct) พฤติกรรมอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้ โดยได้เสนอเป็น 5 ข้อพิจารณา ดังนี้⁵⁶

1. มีการโจมตีอย่างต่อเนื่องจากผู้กระทำความผิด เพื่อทำลายกลุ่มทางกายภาพ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

- ก. การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างของผู้กระทำความผิดนั้นนำไปสู่การตายของกลุ่มมนุษย์หรือไม่
- ข. วิธีการใดที่นำมาใช้ในการเพิ่มปริมาณเหยื่อให้สูงขึ้น วิธีการดังกล่าวหมายรวมทั้ง การขึ้นทะเบียนบัญชีรายชื่อ การเรียกให้มารายงานตัว การล้อมจับตัว การขังเดี่ยวและ การทรมานเหยื่อ
- ค. วิธีการใดที่นำมาใช้ในการทำลายล้างเหยื่อนอกเหนือจากการฆ่าโดยตรง หรือวิธีการใดที่นำมาใช้ในการทำลายล้างกลุ่มเหยื่อทางชีวภาพและทางสังคม วิธีการเหล่านี้อาจได้แก่ การทำให้อากาศและน้ำเป็นพิษ การปล่อยให้อดอยากหิวโหย การทำให้เกิดโรคภัยไข้เจ็บ การใช้มาตรการบังคับมิให้มีบุตรของทารก การเคลื่อนย้ายเด็กออกจากกลุ่มโดยปราศจากความสมัครใจ
- ง. ระยะเวลาที่ใช้ ความต่อเนื่องของการกระทำ และจำนวนเหยื่อ โดยการตรวจสอบร่องรอยของระยะเวลาที่ใช้ การกระทำที่เกิดขึ้นซ้ำๆและความสัมพันธ์ของการกระทำต่างๆ กับจำนวนเหยื่อที่เกิดขึ้น

2. ผู้กระทำความผิดมีลักษณะเป็นกลุ่ม (collective) หรือมีการจัดระเบียบแล้ว (organized) หรือเป็นผู้ออกคำสั่ง (commander) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แตกต่างจากการฆ่าคนธรรมดา (homicide) ตรงที่ผู้กระทำไม่สามารถที่จะกระทำเพียงคนเดียวได้ โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

⁵⁵ การตายของมนุษย์จำนวนมากอันเกิดจากการใช้อาวุธนิวเคลียร์หรือเชื้อโรค นักการศึกษาบางท่านเห็นว่าอาจจะเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ แต่หลายท่านเห็นว่าอาวุธนิวเคลียร์เป็นการละเมิดต่ออนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยตรง เพราะผลอันร้ายแรงของอาวุธนิวเคลียร์นั่นเอง ถึงแม้ว่าอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาใช้อาวุธนิวเคลียร์ก็ตาม โปรดดู Helen Fein, "Discriminating Genocide From War Crimes : Vietnam and Afghanistan", *Denver Journal of International Law & Policy* (Fall 1993) : 35.

⁵⁶ Ibid., p. 37-38.

- ก. ผู้กระทำความผิดเข้าร่วมในกองกำลังติดอาวุธหรือกองกำลังที่เทียบได้กับกองทัพ
ทางทหาร (paramilitary force) หรือไม่
- ข. มีลำดับการบังคับบัญชา การเลื่อนชั้น หรือมีการแต่งตั้ง โยกย้าย ถอนถอนกำลัง
พล (recruitment) หรือไม่
- ค. กองกำลังดังกล่าวมีอำนาจหรือได้รับมอบหมายจากรัฐหรือไม่
- ง. กองกำลังดังกล่าวนี้รับผิดชอบโดยตรงต่อใคร รัฐ กองทัพ หรือกลุ่มพรรคใด
- จ. กองกำลังดังกล่าวได้รับการจัดให้รับหรือปฏิเสธความรับผิดชอบต่อรัฐบาลหรือไม่

3. เยื่อถูกเลือกเนื่องจากเป็นสมาชิกกลุ่ม

- ก. เยื่อถูกคัดเลือกโดยไม่คำนึงถึงข้อหา (charge) เป็นรายบุคคลใช่หรือไม่
- ข. เยื่อถูกเลือกด้วยหลักการปกครองที่รัฐกำหนดขึ้นหรือตามลักษณะเฉพาะของ
กลุ่มเยื่อใช่หรือไม่
- ค. เยื่อถูกเลือกด้วยหลักเกณฑ์ที่เขาเป็นคนที่มีความสามารถอย่างใดอย่างหนึ่งภายใน
กลุ่ม เช่น เป็นผู้นำศาสนาหรือเป็นชนชั้นที่มีการศึกษาใช่หรือไม่
- ง. หลักการดังกล่าว ได้แก่ การเป็นสมาชิกกลุ่มศาสนา เชื้อชาติ สีผิว หรือกลุ่ม
ภาษาใช่หรือไม่
- จ. เขาถูกเลือกหรือถูกคัดแยกออกจากประชาชนคนอื่นๆ ก่อนที่เขาจะถูกฆ่าใช่หรือไม่
หลักฐานการเลือกไว้ก่อน รวมทั้งคำนิยามตามกฎหมายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า การ
ปฏิเสธสิทธิอันเท่าเทียมกันของพลเมืองตามกฎหมาย การถอดถอนสัญชาติ การ
ถอดถอนสิทธิพลเมือง การถอดถอนใบอนุญาตต่างๆ ผลประโยชน์หรือการรับรอง
ใดๆ ตามกฎหมาย การแยกพลเมืองออกจากกันหรือการทำเครื่องหมายระบุตัว
การล้อมจับ การบังคับให้อยู่ในสถานที่ที่จัดไว้ให้เป็นการเฉพาะและการกักขัง
ทรมาน (concentration)

4. เยื่อหมดทางต่อสู้หรือถูกฆ่าโดยไม่คำนึงว่าเยื่อจะต่อต้านหรือยอมจำนนใช่หรือไม่

- ก. กลุ่มเยื่อติดอาวุธหรืออยู่ในระเบียบที่จะทำการสู้รบต่อต้านผู้กระทำความผิดหรือ
ไม่
- ข. การติดอาวุธดังกล่าวอยู่ในระดับที่มากพอที่จะก่อสงคราม (wage war) กับผู้
กระทำความผิดหรือไม่ การติดอาวุธดังกล่าวเป็นไปเพื่อต่อสู้ให้ตนเองพ้นจากการ
จับกุมใช่หรือไม่
- ค. ถ้าเยื่อยังติดอาวุธอยู่ มีหลักฐานหรือไม่ว่า เขาจะถูกฆ่าเมื่อยอมจำนนหรือถูก

ปลดอาวุธแล้ว

5. การทำลายล้างกลุ่มทำด้วยเจตนาที่จะฆ่าและการฆ่าได้รับการลงโทษจากผู้กระทำความผิด
- ก. การตายหมู่ของกลุ่มสามารถอธิบายได้หรือไม่ว่าเป็นอุบัติเหตุ
 - ข. มีหลักฐานการทำลายล้างแบบซ้ำๆ ที่อยู่ในรูปของการสร้างสรรค์วิธีการทำลายล้างหรือเป็นวิธีการที่อาจคาดหมายได้
 - ค. มีหลักฐานโดยตรงหรือไม่ว่ามีคำสั่งหรือการมอบหมายงานให้กระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กลุ่มเหยื่อ
 - ง. คำสั่งหรือการมอบหมายงานนั้น อยู่ในระดับใด
 - จ. มีหลักฐานเบื้องต้น (prima facie evident) หรือไม่ว่า ผู้ได้รับมอบหมายงานนั้นจะต้องวางแผนและเลือกรูปแบบการทำลายล้าง
 - ฉ. มีหลักฐานใดๆ ที่แสดงว่ามีการลงโทษผู้ลงมือกระทำที่ควรรับผิดชอบต่อการทำลายล้างนั้นหรือไม่

เพื่อเสริมความมั่นใจในการตรวจจับพฤติกรรมกรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ให้แน่นแฟ้นยิ่งขึ้น ยังมีคำถามที่ต้องคำนึงอีก 2 ประการ คือ

คำถามที่ 1

ความเชื่อมโยงของการลงโทษกรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

- ก. มีการออกกฎหมายใดๆ ที่จะลงโทษผู้ลงมือกระทำการทารุณกรรม ผู้ลงมือข่มขืนกระทำชำเรากลุ่มเหยื่อหรือไม่
- ข. มีกลไกใดๆ ที่ออกมารับการออกกฎหมายดังกล่าวนี้หรือไม่
- ค. มีตัวอย่างการลงโทษผู้ลงมือกระทำหรือไม่หรือมีตัวอย่างความล้มเหลว มาตรการตอบโต้การปฏิเสศที่จะร่วมมือในการทำลายล้างเหยื่อหรือเพื่อรายงานการทำลายล้างต่อคณะกรรมการหรือไม่

คำถามที่ 2

แนวความคิดหรือความเชื่อที่จะก่อให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

- ก. มีหลักฐานแสดงความคิดความเชื่อหรือเป้าหมายทางสังคมที่ใช้ในการพิจารณาความชอบธรรมในการทำลายล้างกลุ่มเหยื่อหรือไม่ พอที่จะสังเกตได้หรือไม่ว่า มีขนบธรรมเนียมทางศาสนาในการตักเตือนเหยียดหยาม ล้อเลียนหรืออุปมาเปรียบเทียบกลุ่มเหยื่อว่าเป็นกลุ่มที่ด้อยกว่าตนหรือเป็นมนุษย์ชั้นต่ำ เหยื่อถูกวาดภาพหรือถูกพรรณนาหรือ

ไม่ว่าจะโดยความคิดความเชื่อหรือโดยคติพื้นบ้าน (folklore) ว่าเป็นมนุษย์พันธุ์พิเศษ เป็นชาตานหรือมีความสามารถที่จะทำอะไรได้ทุกอย่าง มีสัญญาณอื่นใดอีกหรือไม่ที่แสดงว่าเหยื่อถูกนิยามไว้ล่วงหน้า แล้วว่าเป็นพวกต่างดาว ต่างดาว อยู่นอกจักรวาล อยู่นอกเหนือพันธกรณีใดๆ ของผู้กระทำคามผิด เป็นพวกอมนุษย์หรือเป็นศัตรู หรือถูกพรรณนาด้วยวาทะโวหารอื่นใดที่ทำให้การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นสิ่งที่ชอบธรรมและสามารถกระทำได้

- ข. ถ้าผู้กระทำคามผิดรับทราบว่ามีกรทำลยล้างเกิดขึ้น เขาจะททำอย่างไร จะประณามหรือรับรองว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องแล้ว.
- ค. คำประณามหรือคำรับรองดังกล่าวจะเปลี่ยนแปลงไปไหม ถ้าอยู่ต่อหน้าผู้ฟังที่แตกต่างกัน

3.4 ที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็เหมือนกับกฎหมายระหว่างประเทศสาขาอื่นๆ ที่จะต้องมีที่มาของกฎหมาย (sources of law) อันเป็นรากฐานที่สำคัญที่จะทำให้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นๆ ได้รับการยอมรับนับถือจากนานาประเทศ ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้ดังนี้

ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 ได้กำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice : ICJ) ใช้สิ่งต่างๆ ดังต่อไปนี้ในการพิจารณาพิพากษากรณีพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ

1. อนุสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าทั่วไปหรือโดยเฉพาะ ซึ่งตั้งหลักเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยรัฐที่เกี่ยวข้องโดยชัดแจ้ง
2. จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะเป็นหลักฐานแห่งการปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับรองว่าเป็นกฎหมาย
3. หลักทั่วไปของกฎหมายซึ่งอารยประเทศรับรอง
4. ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 59 คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้เผยแพร่ที่มีคุณวุฒิสูงสุดแห่งประเทศต่างๆ ในฐานะเป็นเครื่องช่วยให้ศาลวินิจฉัยหลักกฎหมาย

นอกจากแหล่งที่มาแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ 5 ประการตามธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว ตำรากฎหมายระหว่างประเทศบางเล่มได้กล่าวถึงคำตัดสิน (decision) หรือความตกลงใจ (determination) ขององค์การระหว่างประเทศหรือสถาบันระหว่างประเทศอื่นๆ ก็ถือว่าเป็นที่มาแห่งกฎหมายระหว่างประเทศด้วย⁵⁷ ผู้เขียนจึงขอยึดถือแหล่งที่มาแห่งกฎหมายระหว่างประเทศตามธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและตามตำรานิติศาสตร์ดังกล่าวเป็นแนวทางในการตรวจสอบ (examine) ความมีอยู่ (existence) และการยอมรับ (recognition) ของนานาประเทศที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ต่อไป

ก. ความตกลงระหว่างประเทศ

ความตกลงระหว่างประเทศถือเป็นที่มาที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเป็นการแสดงเจตนาเบื้องต้นของประเทศคู่ภาคีในอันที่จะผูกพันให้ประเทศต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากทุกประเทศมีเอกราช มีอำนาจอธิปไตยในการปกครองประเทศและไม่มีประเทศใดตรากฎหมายออกให้บังคับบัญชาประเทศใดประเทศหนึ่งได้ ฉะนั้น ข้อตกลงระหว่างประเทศจึงเป็นเครื่องผูกพันรัฐที่เป็นภาคีได้อย่างหนึ่ง⁵⁸

ปัจจุบันสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้บรรจุข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยตรง คือ อนุสัญญาเกี่ยวกับการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 และมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1951 เป็นอนุสัญญาทางด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดฉบับหนึ่ง เนื่องจากมีประเทศที่ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้รวม 112 ประเทศ

⁵⁷ นพนิธิ สุริยะ, Lecture Note 1 กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2537), หน้า 43-44.

⁵⁸ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-6, (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 8 พ.ศ. 2533), หน้า 41.

อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวมีความสำคัญต่อโลก 2 ประการ คือ⁵⁹

1. ช่วยยุติความสงสัยที่มีต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เคยถูกโต้แย้งว่าไม่มีกฎหมายรองรับ (lawlessness)
2. ช่วยยุติปัญหาการโต้แย้งเกี่ยวกับหลักการไม่แทรกแซงในกรณีละเมิดมนุษยชน

ข. กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า การป้องกันและปราบปรามการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*)⁶⁰ เนื่องจากถือว่าการป้องกันและปราบปรามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักประกันเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีที่มาจากกรณีพิพาทในเกียรติภูมิของปัจเจกชนตั้งแต่สมัยกฎหมายโมเสส (Mosaic Law) และกฎหมายกรีกโรมันโบราณ และได้รับการถือปฏิบัติเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน จนกลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

jus cogens เป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด (peremptory) ที่มีผลผูกพันและไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ (nonderogable)⁶¹ ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 53 แห่งอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1969 ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Law of Treaties) *jus cogens* เป็นหลักกฎหมายที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของมนุษยชาติ และยึดมั่นพันธกรณี *erga omnes* (obligation of state

⁵⁹ Louis Rene Beres, "Justice and Realpolitik : International Law and the Prevention of Genocide, *The American Journal of Jurisprudence* 33 (1988) : 125-126.

⁶⁰ โปรดดู Payam Akhavan, " Enforcement of the Genocide Convention through the Advisory Opinion Jurisdiction of the International Court of Justice" , *Human Rights Law Journal* 12 ,No. 8-9 (Sept 1991) : 230 และ Louis Rene Beres, "Justice and Realpolitik : International Law and the Prevention of Genocide, *The American Journal of Jurisprudence* 33 (1988) : 490.

⁶¹ Ibid. *jus cogens* จะแตกต่างจาก *jus dispositivum* ซึ่งสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

towards the international community as a whole) ด้วย⁶²

ถึงแม้ว่าในปัจจุบันจะยังไม่มีการปฏิบัติที่แน่นอนว่าเมื่อไรจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะกลายเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ยังพอมีหลักเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศอาจเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศได้ 2 หลักเกณฑ์ คือ

1. การปฏิบัติของรัฐ (state practice)
2. ความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย (*opinio juris*)

หลักการปฏิบัติของรัฐ (state practice) หมายถึง การที่รัฐหนึ่งได้ปฏิบัติการใดๆ ภายใต้ขอบเขตอำนาจอธิปไตยของตนหรือปฏิบัติการเกี่ยวข้องกับรัฐอื่นใด และได้ปฏิบัติการอย่างเดียวกันเช่นนั้นซ้ำอีก เพื่อเป็นเครื่องยืนยันการปฏิบัติที่ได้เคยดำเนินการอยู่แล้ว ทั้งนี้ ต้องไม่มีการปฏิบัติของรัฐหรือประเทศอื่นที่ก่อให้เกิดการใดๆ ที่ขัดต่อการปฏิบัติ⁶³

แนวปฏิบัติที่ผ่านมาของรัฐต่างๆ ที่มีต่ออาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ภายในดินแดนของรัฐหนึ่ง แสดงให้เห็นว่าในระยะหลังรัฐอื่นๆ ที่อยู่ใกล้เคียงกับรัฐที่มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นเริ่มมีแนวโน้มที่จะมีการแทรกแซง (intervene) หรือมีปฏิกิริยาตอบโต้ต่อเหตุการณ์ดังกล่าวมากขึ้น อาทิ

1. ในปี ค.ศ. 1978 ประเทศแทนซาเนียได้บุกประเทศอูกันดาเพื่อโค่นล้มประธานาธิบดีอิดี อามินและยุติการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนอูกันดา

⁶² Beth Van Schaack, "The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot." *The Yale Law Journal* 106 (May 1997): 2272-2274. และโปรดดูคดี *Barcelona Traction* (ICJ) ในคดี *Barcelona Traction* (1970) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวางบรรทัดฐานไว้ว่าหลักการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์เป็นสิ่งที่อยู่ในความเกี่ยวพัน (concern) ของทุกรัฐ (*erga omnes*) ดังนั้น ถ้ารัฐใดประห้วงอีกรัฐหนึ่งว่ารัฐนั้นกำลังละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนของตนเอง ก็ไม่ถือว่ารัฐที่ประห้วงนั้นแทรกแซงกิจการภายในของรัฐที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น โปรดดูเพิ่มเติมใน Stephen M. Schwelbel, "Human Rights in the World Court." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 24 (1991): 964-965.

⁶³ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารภาควิชาศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-6, (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 8 พ.ศ. 2533), หน้า 41.

การรุกรานอุกกันดาของแทนซาเนียดังกล่าวภายหลังได้รับการยอมรับจากประเทศฝ่ายตะวันตก และรัฐบาลชุดใหม่ของอุกกันดาที่ได้รับการรับรองจากหลายประเทศ รวมทั้งสหรัฐอเมริกา⁶⁴

2. กองทหารอินเดียได้บุกปากีสถานในช่วงที่มีสงครามกลางเมืองในปากีสถานในปี ค.ศ. 1971 เพื่อที่จะช่วยเหลือชาวเบงกาลีที่มีเชื้อสายอินเดีย⁶⁵

3. ในปี ค.ศ. 1979 กองทหารเวียดนามบุกกัมพูชาเพื่อโค่นล้มนายพล พตและปลด แอกชาวเขมรจากการปกครองของทหารเขมรแดง อย่างไรก็ตามการแทรกแซงของเวียดนาม ในครั้งนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากสหประชาชาติเช่นครั้งอื่นๆ และรัฐบาลของนายพล พตก็ยังคง มีที่นั่งในสมัชชาใหญ่แห่งประชาชาติต่อไป ทั้งนี้ก็เนื่องจากผลประโยชน์ทางการเมือง ระหว่างประเทศเป็นสำคัญ⁶⁶

4. คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติให้จัดตั้งศาลยูโกสลาเวียและ ได้มีข้อมติให้จัดตั้งศาลวันดา นับเป็นอำนาจนิติของคณะมนตรีความมั่นคงในด้านการป้องกันและการลงโทษผู้กระทำผิดต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน⁶⁷

นอกจากเหตุการณ์การแทรกแซงของรัฐอื่นต่อกรณีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวนี้แล้ว สหประชาชาติได้มีข้อมติอนุมัติให้ประเทศตะวันตกบังคับใช้ "เขตห้ามบินผ่าน" (no-fly zone) เหนือดินแดนที่อาศัยของชาวเคิร์ดทางตอนเหนือของอิรัก เพื่อที่จะคุ้มครองชีวิตและความปลอดภัยของชาวเคิร์ดจากการรุกรานของอิรัก

แนวโน้มการปฏิบัติของรัฐที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นเพียงพอที่จะชี้ให้เห็นว่า การละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในปัจจุบันมิใช่เป็นเรื่องของรัฐใดรัฐหนึ่งอีกต่อไปแต่เป็นเรื่องที่อยู่ในความเกี่ยวพันหรืออยู่ในความกังวลของนานาชาติ (international concern)

⁶⁴ Lori Lyman Bruun, "The Yugoslav War Crimes Tribunal : The Compatibility of Peace, Politics, and International Law", *MD. Journal of International Law & Trade* 17 (1993) : 213.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid. เนื่องจากเวียดนามเป็นประเทศคอมมิวนิสต์และพยายามเข้ามาจัดตั้งรัฐบาลหุ่นเชิดเพื่อครอบงำกัมพูชา.

⁶⁷ Laila Sadat Wexler, "The Proposed Permanent International Criminal Court : An Appraisal", *Cornell International Law Journal* 29 (1996) : 666.

องค์ประกอบของที่มาของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกประการ ได้แก่ *opinio juris* ซึ่งหมายถึง การที่รัฐมีแนวปฏิบัติ (state practice) เช่นนั้น ก็เนื่องจากรัฐมีความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิพากษาในปี ค.ศ. 1969 ในคดีไหล่ทวีปในทะเลเหนือ (North Sea Continental Shelf Case) โดยวางหลักว่าการปฏิบัติต่อกันในทางการทูตซึ่งกระทำในโอกาสต่างๆ โดยทางอัยการตรีไมตรี หรือการปฏิบัติของรัฐตามที่เคยกระทำมาโดยปราศจากความคิดในทางพันธกรณีทางกฎหมายแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁶⁸ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้วางหลัก *opinio juris* ในคดีสิทธิของการผ่าน (Affaire du Droit de Passage) ในปี ค.ศ. 1960 ไว้ว่า การปฏิบัติเป็นเวลานานอาจเป็นการพิสูจน์ว่ามีพันธกรณีตามกฎหมายได้

opinio juris ที่สำคัญอันเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้เกิดขึ้นหลายหลัง อาทิ

1. ในปี ค.ศ. 1946 ผู้แทนประเทศฝรั่งเศสในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้กล่าวแสดงความเห็นของตนว่า "ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนไม่ใช่เรื่องภายในประเทศอีกต่อไป หากแต่เป็นเรื่องที่อยู่ในความกังวลของนานาชาติ" ("the question of human rights was a matter no longer of domestic, but of international concern")⁶⁹

2. กรณีที่อิสราเอลปฏิบัติการจับตัวนาย Adolf Eichmann มาจากบ้านพักในกรุงโบโนสไอเรส ประเทศอาร์เจนตินา เพื่อนำตัวมาขึ้นศาลพิจารณาความผิดต่อมนุษยชาติในกรุงเยรูซาเลม ประเทศอิสราเอล นั้น แม้อิสราเอลจะได้รับการประณามจากนานาชาติว่าเป็นการกระทำอันล่วงละเมิดอธิปไตย (sovereignty) ของอาร์เจนตินาก็ตาม แต่ก็ไม่มีประเทศใดปฏิเสธเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) ของอิสราเอลที่มีต่อนาย Eichmann ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับเขตอำนาจสากล หรือ universal jurisdiction ได้รับการยอมรับ

⁶⁸ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-6, (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 8 พ.ศ. 2533), หน้า 35

⁶⁹ Lori Lyman Bruun, "The Yugoslav War Crimes Tribunal : The Compatibility of Peace, Politics, and International Law", *MD, Journal of International Law & Trade* 17 (1993) : 214.

รับมากขึ้น⁷⁰

ผลจากการที่อิสราเอลได้เคยพิจารณาดีความผิดต่อมนุษยชาติต่อ นาย Eichmann ในครั้งนั้น ทำให้เกิดเป็นแนวทางให้เยอรมันได้ดำเนินคดีกับผู้คุมเรือนจำซึ่งเป็นชาวเชิร์ชบอสเนียในข้อหาสนับสนุนและมีส่วนรู้เห็นในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้กฎหมายภายในของเยอรมันโดยอาศัยหลัก *universal jurisdiction* นี้เช่นเดียวกัน⁷¹

จากหลักฐานเกี่ยวกับ *state practice* และ *opinio juris* แสดงให้เห็นว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมที่นานาประเทศประณาม นอกจากนั้นยังแสดงให้เห็นว่าหลักการไม่แทรกแซง (*non-intervention*) กำลังมีแนวโน้มที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเริ่มกลายเป็นหน้าที่ของรัฐแต่ละรัฐที่จะเข้าแทรกแซงและบังคับใช้เขตอำนาจสากล (*universal jurisdiction*) ของตนต่อกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง (*grave violation of human rights*) ในรัฐอื่นได้มากขึ้นแทนที่จะเป็นหน้าที่ขององค์กรระหว่างประเทศแต่เพียงอย่างเดียวดังเช่นที่เคยเป็นมา⁷²

ค. หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป คือ กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่มีที่มาจากกฎหมายภายในประเทศถือเป็นป่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศตามนัยแห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตามมาตรา 38 ข้อ 1 (ค) ที่บัญญัติว่า "หลักกฎหมายทั่วไปที่อารยประเทศรับรอง (*The general principles of law recognized by civilized nations*) ในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาหรือหลักจารีตประเพณี ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้สำหรับชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ"

ในการพิจารณาว่าการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาอารยประเทศรับรองแล้วหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาประเทศรับรอง

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid., p. 216.

⁷² Lyal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*.

(Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p.73.

เนื่องจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะต้องประกอบไปด้วยวิธีการทางกายภาพต่างๆ เช่น การฆ่าคน การทำร้ายร่างกายธรรมดาจนถึงทำร้ายร่างกายบาดเจ็บสาหัส การข่มขืนกระทำชำเรา การกักขังหน่วงเหนี่ยว การทำให้ผู้อื่นขาดอิสรภาพ การทำให้เสียไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น การลักทรัพย์ ปล้นทรัพย์ เป็นต้น การกระทำต่างๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่ทั้งสิ้น จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำผิดต่อหลักกฎหมายทั่วไป

ข้อสนับสนุนอีกประการหนึ่ง ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยให้ความเห็นในปี ค.ศ. 1951 ในการให้ความเห็นแนะนำ (advisory opinion) เกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนต่ออนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (*Reservation to the Genocide Convention*) ตอนหนึ่งมีใจความว่า ".....ที่มาของอนุสัญญาแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของสหประชาชาติในอันที่จะประณามและลงโทษการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ.....ผลที่ตามมาประการแรกก็คือ หลักการทั้งหลายที่รองรับอนุสัญญาดังกล่าวเป็นหลักการซึ่งได้รับการรับรองจากรายประเทศ ซึ่งมีผลผูกพันรัฐแม้จะไม่มีพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม....." (.....The origin of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as a crime under international law..... . The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation....."⁷³

ถึงแม้ระบอบการต่อต้านการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (anti-genocide regime) จะได้รับการยอมรับจากประเทศส่วนใหญ่ว่าเป็นหลักกฎหมายหรือเป็นบรรทัดฐานที่นานาอารยประเทศรับรองก็ตาม ก็อาจจะมีบางประเทศไม่เห็นด้วยและปฏิเสธการยอมรับหลักกฎหมายทั่วไป เพราะไม่ต้องการยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ เนื่องจากมองว่าหลักกฎหมายทั่วไปบางส่วนเกิดจากหลักกฎหมายภายในของประเทศที่เจริญแล้ว ซึ่งได้แก่ ประเทศตะวันตกทั้งหลาย ในกรณีดังกล่าวนี้ นักนิติศาสตร์บางส่วนให้ความเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้เกิดจากหลักกฎหมายจารีตประเพณี กล่าวคือ ไม่ได้เกิดจากการ

⁷³ Stephen M. Schwelbel, "Human Rights in the World Court", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 24 (1991): 957-958.

ปฏิบัติของรัฐ (state practice) บวกกับความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย (*opinio juris*) แต่หลักกฎหมายทั่วไปเกิดจากหลักกฎหมายภายใน ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปจึงไม่ได้ผูกพันหรืออ้างอิงจารีตประเพณี แต่ได้ก่อตัวขึ้นโดยมีอิสระในตัวของมันเองและมีส่วนช่วยในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่น่าเป็นอุปสรรคต่อกรที่จะนำหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับ⁷⁴

ง. คำพิพากษาของศาล

คำพิพากษาของศาล หมายถึง คำพิพากษาของสถาบันที่มีหน้าที่ในการสร้างความยุติธรรมในกรณีที่เกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศ⁷⁵

ปัจจุบันยังไม่มีคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศใดที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินความผิดของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยเฉพาะ นอกจากศาลนูเรมเบิร์กและศาลโตเกียวที่พิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชนเท่านั้น ซึ่งในคำตัดสินของศาลนูเรมเบิร์กได้วางบรรทัดฐานสำคัญไว้ ดังต่อไปนี้⁷⁶

หลักที่ 1 บุคคลใดที่กระทำการอันประกอบเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น และต้องรับผิดชอบการลงโทษ

หลักที่ 2 ข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายภายในไม่ได้กำหนดการลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำอันประกอบเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไว้ จะไม่ทำให้บุคคลที่ก่อการกระทำนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

⁷⁴ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-6, (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 8 พ.ศ. 2533), หน้า 40.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

⁷⁶ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, อาชญากรรมสงคราม : ปัญหาและสู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 28-29.

หลักที่ 3 ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลที่กระทำการอันประกอบเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นผู้นำรัฐ (head of state) หรือเจ้าหน้าที่รัฐบาลที่มีความรับผิดชอบ ก็ไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

หลักที่ 4 ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลได้กระทำการไปตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น ไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยได้กำหนดทางเลือกทางศีลธรรมที่อยู่ในข้อเท็จจริงที่เป็นไปได้สำหรับบุคคลนั้น

หลักที่ 5 บุคคลใดที่ถูกกล่าวหาด้วยความผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ มีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

หลักที่ 6 อาชญากรรมดังต่อไปนี้สามารถที่จะลงโทษได้ในฐานะที่เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ก. อาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crimes against Peace) ได้แก่ การวางแผน การเตรียม การริเริ่ม หรือ การก่อให้เกิดสงครามรุกราน หรือสงครามอื่นเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญาหรือความตกลงหรือความเชื่อมั่นระหว่างประเทศ หรือการเข้าร่วมในแผนการหรือการสมคบเพื่อที่จะปฏิบัติการตามที่กล่าวข้างต้น

ข. อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) ได้แก่ การละเมิดต่อกฎหมายหรือจารีตประเพณีอันเกี่ยวกับสงคราม การละเมิดดังกล่าวรวมถึงและไม่จำกัดเฉพาะการฆ่า การบำบัดในยามเจ็บป่วย การให้คนเป็นทาสเพื่อใช้แรงงานหรือเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นซึ่งประชาชนพลเรือนของหรือภายในดินแดนที่ถูกยึดครอง การฆ่า การบำบัดในยามเจ็บป่วยให้แก่ นักโทษสงครามหรือประชาชนในท้องทะเล การฆ่าเชลยสงคราม การปล้นสะดมทรัพย์สินสมบัติหรือทรัพย์สินส่วนบุคคล การทำลายนคร เมือง หมู่บ้าน อย่างราบเรียบโดยไร้เหตุผลด้านความจำเป็นทางการทหาร

ค. อาชญากรรมต่อมนุษยชน (Crimes against Humanity) ได้แก่ การฆ่าคน การทำลายล้างมนุษย์ การเอาคนลงเป็นทาส การเนรเทศ และการกระทำอื่นใดอันไร้มนุษยธรรมที่ได้กระทำต่อประชาชนพลเรือนก่อนหรือระหว่างสงคราม หรือการประหารชีวิตโดยมีมูลเหตุ

มาจากการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนาที่ได้กระทำหรือเกี่ยวเนื่องกับ อาชญากรรมใดๆ อันได้กระทำภายในเขตอำนาจของศาล ไม่ว่าจะ การกระทำเช่นนั้นจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในของ ประเทศที่การกระทำผิดเกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม

หลักที่ 7 การเป็นผู้สมคบ (conspiracy) ในการกระทำเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อสันติ ภาพ อาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมต่อมนุษยชน ตามที่กำหนดไว้ในหลักที่ 6 ถือว่า เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม คำตัดสินดังกล่าวได้รับการโต้แย้งวิพากษ์วิจารณ์ในเชิงกฎหมาย 4 ประการ คือ⁷⁷

1. ขัดกับหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (*ex post facto*)
2. ขัดกับหลัก *nulla poena sine lege* เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศหรือ จารีตประเพณีระหว่างประเทศอันเกี่ยวด้วยสงครามใดที่กำหนดบทลงโทษทางอาญา (criminal sanctions) ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณี ระหว่างประเทศนั้น⁷⁸
3. ฝ่ายสัมพันธมิตรไม่มีอำนาจทางกฎหมายที่จะดำเนินคดีกับเยอรมันซึ่งเป็นผู้แพ้ สงครามและกล่าวกันว่าเป็นความยุติธรรมที่ผิดกฎหมายของผู้ชนะสงคราม (illegal victor's justice)
4. คำตัดสินของศาลนูเรมเบิร์กได้ระบุให้คำตัดสินผูกพันเฉพาะคดีนั้นเท่านั้น

⁷⁷ โปรดดู Karl Arthur Hochkammer, "The Yugoslav War Crime Tribunal : The Compatibility of Peace, Politic and International Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 28 (1995) : 142.

⁷⁸ Ibid. ข้อโต้แย้งที่ว่าคำพิพากษาศาลนูเรมเบิร์กขัดกับหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังและขัดกับหลัก *nulla poena sine lege* นี้ ศาลนูเรมเบิร์กได้วินิจฉัยว่า ถ้าไม่ลงโทษจำเลยกับพวกก็จะไม่เป็นธรรมเพราะรัฐบาลเยอรมันได้ กระทำการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ คือ The Pact of Paris (1928), The Hague Convention (1907) นอกจากนี้ กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสงครามไม่ได้บัญญัติไว้เฉพาะในกฎหมายสนธิสัญญา แต่ได้รับการรับรองไว้แล้วใน จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักความยุติธรรมทั่วไปที่ใช้ในการทหาร อนึ่ง ศาลนูเรมเบิร์กยังได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ เนื่องจากไม่เคยปรากฏว่ามีกฎหมายสนธิสัญญาใดหรือจารีตประเพณีใดกล่าวถึงโทษที่จะใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิด.

ถึงแม้ว่าปัจจุบันจะยังไม่มีคำพิพากษาศาลระหว่างประเทศใด ๆ ที่ตัดสินความผิดของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยตรงดังที่กล่าวข้างต้น แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁷⁹ ก็ได้เคยยอมรับในการให้ความเห็นแนะนำ (Advisory opinion) เกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนต่ออนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Reservation to the Genocide Convention) ดังกล่าวตอนหนึ่ง ซึ่งถือกันว่ามีอิทธิพลต่อหลักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย ทั้งกฎหมายสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งเท่ากับเป็นการตอกย้ำหลักการ *erga omnes* ให้ยิ่งรากลึกยิ่งขึ้น

จ. แนวความคิดของนักนิติศาสตร์

ธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเน้นคุณค่าของงานของนักนิติศาสตร์ ซึ่งมีปรากฏเป็นหลักฐาน งานของนักนิติศาสตร์ คือ การพิจารณาหลักฐานต่างๆ แห่งกฎหมายที่มีอยู่และชี้ให้เห็นถึงความหมายและกรณีที่ควรนำไปปรับกับข้อเท็จจริง⁸⁰

นักนิติศาสตร์ในปัจจุบันมีความเป็นส่วนใหญ่ที่ว่าถึงเวลาแล้วที่โลกจะต้องหันมาให้ความสนใจและหามาตรการบังคับใช้อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่มีอยู่ให้มีประสิทธิภาพและมีผลในการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อย่างเป็นรูปธรรม โดยได้เสนอแนวความคิดที่เป็นประโยชน์ในงานเขียนต่างๆ เช่น งานเขียนของ Rafael Lemkin, M. Cherif Bassiouni, Leo Kuper เป็นต้น นอกจากนี้ งานวิจัยของนักนิติศาสตร์เกี่ยวกับการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ยังได้ปรากฏเป็นงานของสถาบันวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศชั้นสูงอีกด้วย

⁷⁹ Ibid. ตามธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและข้อพิพาททางอาญาระหว่างประเทศ และไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาความผิดของบุคคลธรรมดา (individual) อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทระหว่างประเทศทั้งปวงหากรัฐเสนอข้อพิพาทนั้นต่อศาล.

⁸⁰ นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes 1 กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2537), หน้า 62.

จ. ข้อมติองค์การสหประชาชาติ

ข้อมติ (resolution) ขององค์การระหว่างประเทศ หมายถึง การแสดงเจตนารมณ์ขององค์การระหว่างประเทศออกมาในรูปลายลักษณ์อักษร ซึ่งต้องผ่านกระบวนการวิธีต่างๆ ตามที่ตราสารก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศระบุไว้⁸¹

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 96(I) รับรองเป็นเอกฉันท์ให้การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่นานาประเทศสมควรป้องกันและลงโทษการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยได้กล่าวไว้ดังนี้:

"การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) เป็นการปฏิเสธสิทธิในความเป็นอยู่มีอยู่ซึ่งกลุ่มมนุษย์ทั้งหมด เช่นเดียวกับที่การฆ่ามนุษย์ (homocide) เป็นการปฏิเสธสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ของบุคคลธรรมดา การปฏิเสธสิทธิในความเป็นอยู่มีอยู่ของกลุ่มมนุษย์เช่นว่านั้นล้วนสะท้อนต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติ มีผลให้เกิดความสูญเสียอันยิ่งใหญ่ต่อมนุษยชาติในด้านวัฒนธรรมและในด้านอื่นซึ่งเป็นสิ่งแทนค่าของกลุ่มมนุษย์กลุ่มนั้นและเป็นการขัดต่อกฎหมายศีลธรรม จิตวิญญาณและเจตจำนงของสหประชาชาติ หลายสถานการณ์ของอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้เกิดขึ้นแล้วเมื่อมีการทำลายกลุ่มเชื้อชาติ ศาสนา การเมือง และกลุ่มอื่นๆ ทั้งหมดหรือบางส่วน การลงโทษต่ออาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จึงเป็นเรื่องที่อยู่ในความกังวลของนานาประเทศ

ดังนั้น สมัชชาใหญ่แห่งนี้จึงรับรองว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมฐานหนึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งโลกที่เจริญแล้วสมควรประณาม.....ไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือรัฐนุรุษใดและไม่ว่าอาชญากรรมจะได้กระทำลงโดยมีมูลเหตุมาจากศาสนาเชื้อชาติ การเมืองหรือมูลเหตุใดก็ตาม ผู้กระทำสมควรได้รับการลง

⁸¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-6, (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 8 พ.ศ. 2533) ,หน้า 165 .

ถึงแม้ว่าข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจะเป็นเพียงคำเสนอแนะ มิได้ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายผูกพันรัฐแต่ประการใด แต่ข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติก็เป็นแนวให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ เพราะแสดงให้เห็นถึงแนวปฏิบัติของรัฐ (state practice) และ *opinio juris* ของรัฐต่างๆ

2.3 ทฤษฎีกฎหมายที่รองรับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

หากเราได้ศึกษาประวัติความเป็นมาอันยาวนานของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จักเห็นได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีวิวัฒนาการมาจากแนวความคิดหรือทฤษฎีกฎหมายต่างๆ แนวความคิดหรือทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญที่มีส่วนในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่

ก. ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (natural law)

ข. ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (positive law or positivism)⁸³

⁸² "Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations. Many instances of such crimes of genocide have occurred, when racial, religious, political and other groups have been destroyed, entirely or in part. The punishment of the crime of genocide is a matter of international concern. The General Assembly, therefore, Affirms that genocide is a crime under the international law which civilized world condemn.....whether private individuals, public officials or statement and whether the crime is committed on religious, racial, political or any other grounds-are punishable" โปรดดู Beth Van Schaach, "The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot", *The Yale Law Journal* 106 :7 (May 1997): 2263 .

⁸³ นอกจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติและทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองแล้ว ยังมีทฤษฎีกฎหมายอื่นๆ อีก เช่น ทฤษฎีกฎหมายอรรถประโยชน์นิยมของ Jeremy Bentham และทฤษฎีกฎหมายสำนักประวัติศาสตร์ หากสนใจโปรดดูรายละเอียดใน หุตุ แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2535) หรือ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) นอกจากนี้ยังมีหนังสือและบทความที่เกี่ยวข้องอีกมากมาย.

เหตุผลที่สำคัญที่ทำให้เกิดการสร้างสรรค์แนวความคิดหรือทฤษฎีกฎหมายที่แตกต่างกัน ก็เพื่อเป็นความพยายามที่จะทำให้กฎหมายเกิดความยุติธรรมที่สุดอันเป็นสุดยอดปรารถนาของบุคคลทุกผู้ทุกนาม และเพื่อให้กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่ทรงความศักดิ์สิทธิ์ในการควบคุมความประพฤติของสังคมอย่างแท้จริง

ก. ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

แนวความคิดตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการยอมรับความถูกต้องและความยุติธรรมซึ่งมีอยู่ในทุกสรรพสิ่งตามภาวะวิสัยและอยู่นอกเหนือการสร้างสรรค์ของมนุษย์ มีความเป็นสากลและยั่งยืนเป็นนิรันดร์⁸⁴ ไม่มีกฎหมายใดจะสามารถขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติได้ ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติมีป่อเกิด 3 ทาง คือ

1. กฎหมายธรรมชาติเกิดจากธรรมชาติโดยตรง เหมือนอย่างกฎแห่งแสงสว่าง กฎแห่งความร้อน เป็นต้น ซึ่งเป็นสิ่งที่มีมาเองตามธรรมชาติตามระเบียบแห่งจักรวาล⁸⁵

2. กฎหมายธรรมชาติเกิดจากพระเจ้า โดยพระเจ้าเป็นผู้กำหนดให้มีขึ้น ความคิดนี้มาจากความเชื่อในคริสต์ศาสนาซึ่งถือว่าสรรพสิ่งมาจากพระเจ้า⁸⁶

3. กฎหมายธรรมชาติเกิดจากความรู้สึกนึกคิดและมโนธรรมของมนุษย์ มนุษย์ย่อมรู้สึกผิดชอบของมนุษย์เองว่า เมื่อมนุษย์ไม่ยอมถูกข่มเหงรังแก ดั่งเองก็ไม่ควรที่จะกดขี่ข่มเหงเบียดเบียนผู้อื่น เป็นต้น⁸⁷

หลักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติที่สำคัญ คือ *jus ex injuria non oritur* (rights do not arise from wrongs) เป็นที่มาของมาตรฐานการปฏิบัติต่อกันของมนุษย์ และทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติดังนี้เป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักมนุษยธรรมและสิทธิมนุษยชน (international

⁸⁴ Louis Rene Beres, "Justice and Realpolitik : International Law and the Prevention of Genocide, *The American Journal of Jurisprudence* 33 (1988) : 128.

⁸⁵ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2535), หน้า 134.

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 134-135

regime on human rights) ในปัจจุบัน⁸⁸ และเป็นที่มาของหลัก *nullum crimen sine poena* (หลักไม่มีความผิดที่ไม่ได้รับการลงโทษ หรือ no crime without a punishment)⁸⁹ ซึ่งถือว่าการกระทำใดก็ตามแม้ไม่ขัดต่อกฎหมายของบ้านเมือง แต่ถ้าหากขัดต่อหลักธรรมก็ต้องถือว่าเป็นความผิดและต้องได้รับการลงโทษ หลักการสำคัญนี้ได้รับการก่อตั้ง (establish) ขึ้นอีกครั้งในสมัยต่อมาในคำพิพากษาศาลนูเรนเบิร์กมีใจความโดยสรุปว่า "จะเป็นการห่างไกลจากความยุติธรรมหากได้ลงโทษเขา แต่จะเป็นการยุติธรรมหากความผิดของเขาได้รับการปลดปล่อยไปโดยปราศจากการลงโทษใดๆ" ("So far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrongs were allowed to go unpunished")⁹⁰

ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตินี้มีวิวัฒนาการมายาวนานนับแต่กฎหมายโมเสส (Mosaic Law) เรื่อยมาจนถึงกฎหมายกรีกโรมันโบราณและจนถึงปัจจุบัน⁹¹ มีนักคิดนักปราชญ์ผู้สนับสนุนทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติที่สำคัญ ได้แก่ Plato⁹², Aristotle⁹³, Cicero, St. Augustine St. Thomas Aquinas นักคิดนักปราชญ์คนสำคัญที่มีบทบาทอย่างมากต่อสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ได้แก่ Emmerich De Vattel ท่านได้เขียนไว้ในหนังสือของท่านที่ชื่อ "The Law of Nations" มีเนื้อความโดยสรุปว่ารัฐทั้งหลายอยู่ภายใต้กฎแห่งธรรมชาติดังนี้ยิ่งหย่อนไปกว่าบุคคลธรรมดาเลย สิ่งบุคคลหนึ่งมีพันธหน้าที่ต่ออีกบุคคลหนึ่งฉันใด ในทำนองเดียวกันรัฐหนึ่งก็ย่อมมีพันธหน้าที่ต่ออีกรัฐหนึ่งด้วยฉันนั้น และบรรดารัฐทั้งปวงย่อมมีพันธหน้าที่ต่อรัฐอื่นในอันที่จะรักษาความปลอดภัยและสวัสดิสังเคราะห์ซึ่งเป็นสิ่งที่สังคมพื้นฐานต้องการ

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน. จะได้กล่าวถึงที่มาและเนื้อหาของหลักสิทธิมนุษยชนโดยละเอียดต่อไป

⁸⁹ หลัก *nullum crimen sine poena* เป็นหลักที่เป็นปฏิปักษ์กับหลัก *nulla poena sine lege* ของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองซึ่งจะได้กล่าวต่อไป โปรดดู Louis Rene Beres, "Justice and Realpolitik: International Law and the Prevention of Genocide," *The American Journal of Jurisprudence* 33 (1988): 128.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid. Plato กล่าวว่า "การกระทำใดก็ตามที่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายที่ปราศจากความยุติธรรม ก็คือ ความไม่ยุติธรรมและตัวกฎหมายนั้นเองก็ไม่ใช่อะไรที่มีค่าควรแก่การนับถือ" ("Any action that conforms to an unjust law is unjust, the law itself cannot be considered worthy")

⁹³ Ibid. Aristotle ได้สะท้อนความคิดของ Sophocles นักปราชญ์อีกท่านหนึ่งซึ่งเป็นผู้ประพันธ์บทละครโศกนาฏกรรมอันลือชื่อ "แอนติโกนี" (Antigone) อันเป็นเรื่องราวความขัดแย้งระหว่างจารีตประเพณีอันเป็นศักดิ์สิทธิ์และมีอยู่ตามธรรมชาติฝ่ายหนึ่งกับคำสั่งของผู้มีอำนาจของบ้านเมืองอีกฝ่ายหนึ่ง โดย Aristotle กล่าวว่า "กฎหมายที่ไม่ยุติธรรมไม่ใช่กฎหมาย" ("an unjust law is not a law").

ข. ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law or Positivism)

แนวความคิดของทฤษฎีฝ่ายบ้านเมือง ยึดถือว่าความผิดความถูกขึ้นอยู่กับเจตจำนงของรัฐ หมายความว่า รัฐมีอำนาจอธิปไตย หรือมีอำนาจเด็ดขาดในการตรากฎหมาย เป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบของสังคม กฎหมายดังกล่าวมีความสมบูรณ์ในตัวเองไม่ขึ้นอยู่กับข้อจำกัดทางศีลธรรม ดังคำกล่าวที่ว่า "กฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐาธิปไตย" ตามแนวความคิดดังกล่าวนี้ กฎหมายจึงแตกต่างจากหลักศีลธรรมและหลักธรรมชาติ เป็นเรื่องของอำนาจรัฐ การใดที่ได้กระทำโดยถูกต้องตามเนื้อหาของกฎหมาย ก็ต้องถือว่าเป็นธรรมแม้กฎหมายนั้นจะไม่ชอบธรรมก็ตาม หลักการของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเป็นที่มาของหลักกฎหมายอาญาคือ *nulla poena sine lege* (ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมาย หรือ no crime without a law) และ อิตเลอร์ได้ใช้หลักการนี้ในการออกคำสั่งฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวเป็นจำนวนมากอย่างชอบด้วยกฎหมาย

ค. หลักกฎหมายศาสนาหรือหลักศาสนา

คำว่า "ศาสนา" ในภาษาไทยมาจากคำสันสกฤตแปลว่า คำสั่งสอน ส่วนคำว่า "religion" ในภาษาอังกฤษมาจากคำลาติน "religis" หมายถึง ความผูกพัน ซึ่งหมายถึงความผูกพันกับพระเจ้าหรือสิ่งสูงสุดที่อยู่เหนือธรรมชาติ ดังนั้น ศาสนาในความคิดของโลกตะวันตก ศาสนากับพระเจ้าจึงเป็นสิ่งที่แยกกันไม่ออก ซึ่งไม่ตรงกับคติของศาสนาพุทธและศาสนาอื่นที่ไม่เชื่อในพระเจ้า อย่างไรก็ตาม ทุกศาสนามีคำสั่งสอนเรื่องศีลธรรมจรรยา คุณงามความดีและจุดมุ่งหมายสูงสุดในชีวิต⁹⁴

ส่วนกฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากวิวัฒนาการของมนุษย์ เป็นข้อบังคับของรัฐหรือประเทศ ที่ใช้บังคับความประพฤติทั้งหลายของบุคคลในรัฐของตน อันเกี่ยวข้องกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกัน หากผู้ใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามจะได้รับผลร้ายหรือได้รับการลงโทษ⁹⁵

⁹⁴ วิทย์ วิศทเวทย์, เสฐียรพงษ์ วรรณปก, เสรี พงศ์พิศ และคณะ, โขชัยธา, หนังสือเรียนสังคมศึกษา ภาควิชา ส 606, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, พิมพ์ครั้งที่ 6, 2530), หน้า 1-2.

⁹⁵ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารภาควิชาศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-6, (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 8 พ.ศ. 2533), หน้า 381.

อันที่จริงแล้วศาสนาย่อมมีข้อบังคับที่ไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย และอาจเป็นข้อบังคับที่ไม่อาจบัญญัติเป็นกฎหมายได้ด้วย เช่น คำสอนในเรื่องการเวียนว่ายตายเกิด การนิพพานในพระพุทธศาสนา หรือคำสอนให้รักเพื่อนมนุษย์ในศาสนาคริสต์ คำสอนให้เชื่อในพระเจ้า สละได้แม้ชีวิตของตนเพื่อพระเจ้าในศาสนาอิสลาม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ทั้งศาสนาและกฎหมายต่างก็กำหนดความประพฤติของมนุษย์ที่แสดงออกมาภายนอกเหมือนกัน ถ้ามนุษย์ฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายเหมือนกัน ต่างกันเพียงผลร้ายหรือบทลงโทษทางกฎหมายจะรุนแรงและจริงจังกว่า ส่วนผู้ฝ่าฝืนกฎทางศาสนาผลร้ายที่ได้รับมีเพียงการไม่ได้พบกับพระเจ้า การตกนรกเมื่อตายไปแล้ว หรือการถูกตำหนิติเตียนจากผู้ร่วมศาสนาอื่น อันเป็นผลร้ายที่อยู่ห่างไกลมาก⁹⁶

ในสมัยโบราณและประเทศยังไม่เจริญ กฎหมายและศาสนาย่อมเข้ามาปะปนกันมีอิทธิพลต่อกันทั้งในด้านดีและด้านไม่ดี ดังนั้น รัฐจะบัญญัติกฎหมายที่ได้ออกมาใช้กับประชาชนในรัฐได้ ต้องคำนึงถึงศาสนาและต้องให้สอดคล้องกับหลักศาสนาด้วย⁹⁷

หลักธรรมทางศาสนาที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเป็นหลักธรรมที่สอดคล้องต้องกันของศาสนาหลักทั้ง 4 ของโลกคือ ศาสนาพราหมณ์-ฮินดู ศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม ได้แก่ หลักความรักความเมตตาและหลักการไม่ใช้ความรุนแรง (non violence) หรือ "อหิงสธรรม" ซึ่งเป็นคำที่มาจากภาษาสันสกฤต แปลว่า "การไม่เบียดเบียน" ซึ่งคานธี (Gandhi) ใช้เป็นหลักธรรมในการประกอบกิจกรรมต่างๆ⁹⁸

ศาสนาพราหมณ์-ฮินดูสอนว่า "อย่าทำผู้อื่นให้บาดเจ็บ ไม่พึงทำลายผู้อื่นทางใจหรือทางกาย ไม่พึงเปล่งวาจาที่ก่อความเจ็บใจแก่เพื่อนมนุษย์ทั้งหลาย" (มนุธรรมศาสตร์ 2: 161) หรือ "การต้อนรับด้วยความเอื้ออารี ควรทำแม้ต่อศัตรูผู้เป็นแขกมาหา เหมือนต้นไม้ให้ร่มเงา อันเกิดแต่ใบของตนแก่คนที่โดนฉันทันนั้น" (มหาภารตะ 12: 5528)⁹⁹

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน

⁹⁷ เรื่องเดียวกัน

⁹⁸ พระราชวรมณี โคทม อาริยาและชัยวัฒน์ สภาอานันทมัม "อหิงสธรรมในศาสนาใหญ่ของโลก". ใน ประมวลความรู้เรื่องสันติภาพ (กรุงเทพฯ : ทบวงมหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 274-279.

⁹⁹ วิทย์ วิศทเวทย์, เสฐียรพงษ์ วรรณปก, เสรี พงศ์พิศ และคณะ ไชโยธธา, หนังสือเขียนสังคมศึกษา ภาววิชา ๓ 606. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, พิมพ์ครั้งที่ 6, 2530), หน้า 105.

ศาสนาพุทธสอนเรื่องไตรสิกขาและให้เว้นจากการฆ่าสัตว์และมนุษย์หรือใช้ผู้อื่นให้ฆ่า ให้มีความเมตตากรุณาต่อมนุษย์และสัตว์ เว้นจากการประทุษร้ายในกามหรือล่วงละเมิดคู่ครอง ของผู้อื่นในทางเพศ เว้นจากการพยายามทำร้ายผู้อื่น ให้ระงับแค้นด้วยการไม่จองแค้น เว้น จากการถือเอาสิ่งของที่เจ้าของเขาไม่ให้ด้วยอาการแห่งขโมย เป็นต้น¹⁰⁰

ศาสนาคริสต์ตามพันธสัญญาเดิมหรือหลักธรรมเดิม (Old Testament) ได้กล่าวถึง บัญญัติ 10 ประการ (The Ten Commandment) ที่พระเจ้าได้ทรงประทานไว้แก่โมเสส เพื่อ มอบแก่ชาวอิสราเอลไว้ถือปฏิบัติ ในจำนวนบัญญัติดังกล่าวนี้ พระเจ้าไม่ให้ฆ่าคน ไม่ให้ ผิดประเวณี ไม่ให้ลักทรัพย์¹⁰¹ นอกจากนี้พระเยซูยังตรัสว่า "แต่เราขอบอกท่านทั้งหลายว่า จงอย่าใช้ความรุนแรงแก่กันและกันเลย ถ้าผู้ใดตีแก้มซ้ายท่าน ก็จงหันแก้มขวาให้เขาเสีย ด้วย" (มัทธิว 5 : 39) ความเชื่อความศรัทธาในศาสนาคริสต์ของคริสตศาสนิกชนที่มีมา แต่ครั้งโบราณกาล ทำให้ศาสนากลายเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตสังคมชาวยุโรปในยุคกลาง ในที่สุดจึงได้กลายเป็นกฎหมายศาสนา (Canon Law) หากใครฝ่าฝืนศาสนาเท่ากับฝ่าฝืนกฎหมาย จะต้องได้รับการลงโทษ ซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่ การเอาไปเผาไฟทั้งเป็น ต่อมาในระยะหลังฝ่าย ศาสนจักรโดยการนำของพระสันตปาปาได้ค่อยๆ มีอิทธิพลเหนือฝ่ายอาณาจักร ทำให้ศาสนา กลายเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ ผู้ใดจะฝ่าฝืนไม่ได้ หากใครฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหรือเป็นพวกนอก ศาสนา พระสันตปาปาสสามารถสั่งให้ทำลายล้างพวกนอกศาสนาเหล่านั้น หรือทำสงคราม เผยแพร่ศาสนาและกฎหมายศาสนาคริสต์ได้เต็มที่ ทำให้การฆ่ามนุษย์ในช่วงสงครามซึ่งเคย เป็นสิ่งที่ผิดในสมัยกรีกโรมันกลายเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ โดยผู้นำศาสนาประกาศว่า การ ฆ่าใน "สงครามที่เป็นธรรม" ไม่บาป (killing in a 'just war' is not a sin)¹⁰²

ศาสนาอิสลามก็ได้กำหนดข้อห้ามมิให้ฆ่าสิ่งมีชีวิตทุกชนิดโดยเจตนาและไม่มีเหตุผล และห้ามการผิดประเวณีกับหญิงใดๆ รวมทั้งห้ามสิ่งที่มีโอกาสนำไปสู่ประเวณีด้วยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าชาวมุสลิมจะศรัทธาและเชื่อในพระเจ้ามาก และยอมสละได้ แม้ชีวิตของตนเพื่อพระเจ้า ประกอบกับการที่ชาวมุสลิมแตกแยกกันออกเป็นหลายนิกายภาย หลังการสิ้นชีวิตของท่านนบีมุฮัมมัด ทำให้เกิดการสู้รบกันเองและกับศาสนาอื่นหลายครั้ง

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 106-109

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 69

¹⁰² Encyclopaedia Britannica 18 : 501

กล่าวโดยสรุปแล้ว ศาสนาหลักของโลกทุกศาสนาต่างสอนว่า ชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่ล่วงละเมิดไม่ได้ มนุษย์เป็นครอบครัวเดียวกันและชีวิตแต่ละชีวิตก็มีคุณค่าเท่าเทียมกัน¹⁰³

2.6 ลักษณะทางกฎหมายของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้ระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์สถานภาพทางกฎหมายของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศหรือไม่ ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่ และคุกคามต่อสันติภาพของโลกหรือไม่ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์หอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ แนวทางการจัดตั้งกระบวนการพิจารณาคดีอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และการแทรกแซงขององค์การสหประชาชาติต่อไป

ก. ลักษณะความเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ

การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เข้าลักษณะของการเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากได้มีอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 บัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนให้เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

สถานะของความเป็นกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้น เป็นกฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมภายในของรัฐในอันที่จะใช้กฎหมายอาญาของตนบังคับในรัฐต่างประเทศได้หรือที่เรียกว่ากฎหมายนอกดินแดน (extraterritorial jurisdiction) แต่การออกกฎหมายของรัฐให้มีผลไปควบคุมบุคคล สิ่งของหรือเหตุการณ์นอกดินแดนจะต้องเป็นไปตามหลักการที่ยอมรับ 4 ประการ¹⁰⁴ คือ

1. การมีส่วนเกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย (connection or link)

¹⁰³ พระราชวรมณี โคทม อาริยาและชัยวัฒน์ สภาอานันท์ม"อหิงสกรรมในศาสนาใหญ่ของโลก". ในประมวลความรู้เรื่องสันติภาพ (กรุงเทพฯ : ทบวงมหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 274-279

¹⁰⁴ รายละเอียดโปรดดู สุมานิต มั่นสุข, เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแยกคดีอาญา (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) (จัดสำเนา). และดำรง ชรรมาภักษ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 109-114.

2. หลักตัวบุคคล (personal jurisdiction) คือ การที่รัฐอาศัยการมีสัญชาติ (nationality)¹⁰⁵ ของรัฐเชื่อมโยงในการติดตามตัวผู้ที่มีสัญชาติหรือคนชาติของรัฐ (national) ออกไปนอกดินแดน เพื่อคุ้มครองและลงโทษคนชาติของรัฐได้¹⁰⁶

3. หลักคุ้มครองผลประโยชน์หรือความมั่นคงของรัฐ (protective jurisdiction) ซึ่งอาศัยผลประโยชน์สำคัญของรัฐ เช่น ทางการเมืองหรือทางเศรษฐกิจ เป็นเหตุสนับสนุนการใช้อำนาจรัฐออกนอกดินแดน แม้กับสิ่งที่ไม่ใช่สัญชาติของรัฐ เพื่อควบคุมการกระทำอันเป็นการคุกคามต่างๆ¹⁰⁷

4. หลักการคุ้มครองผลประโยชน์สากล (universal jurisdiction) ซึ่งอาศัยการคุ้มครองประโยชน์ของนานาชาติมาสนับสนุนการใช้อำนาจบงการออกนอกดินแดน แม้กับสิ่งที่ไม่ใช่สัญชาติของรัฐ เพื่อควบคุมการกระทำอันเป็นภัยต่อรัฐเองในฐานะสมาชิกของสังคมระหว่างประเทศและต่อสังคมระหว่างประเทศส่วนรวม¹⁰⁸ หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ความผิดต่อมนุษยชาติ (crime against humanity) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การจี้อากาศยาน การค้าทาส การก่อการร้ายที่มุ่งกระทำต่อบุคคลซึ่งได้รับการคุ้มครองระหว่างประเทศ ถูกอ้างให้อยู่ใต้อำนาจบงการของรัฐตามหลักสากลนี้

ข: ลักษณะการละเมิดสิทธิมนุษยชน

คำว่า "สิทธิมนุษยชน" (human rights) เป็นคำใหม่ที่เพิ่งใช้เรียกขานมาตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่ 2 หลังจากที่ได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1945 มานี้เอง แต่มิได้หมายความว่าระบอบแห่งสิทธิมนุษยชนจะเพิ่งเกิดขึ้น สิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นมาช้านานแล้ว ก่อนหน้านี้อิทธิมนุษยชนรู้จักกันในนามของ "สิทธิของมนุษย์" หรือ "สิทธิตามธรรมชาติ" แต่คำว่า "สิทธิของมนุษย์" หรือ "สิทธิตามธรรมชาติ" ดังกล่าวนี้อาจไม่ได้รับการยอมรับอย่างเอกฉันท์และยังคงมีการโต้เถียงกันอยู่ คำว่า "สิทธิมนุษยชน" จึงถูกนำมาใช้แทน

¹⁰⁵ หลักการได้สัญชาติจะต้องกำหนดขึ้นโดยคำนึงถึงสายสัมพันธ์อันแท้จริง (genuine link) ระหว่างรัฐกับผู้ได้สัญชาติ โปรดดูคำพิพากษาคดี *Nottebohm* (ICJ, 1955)

¹⁰⁶ โปรดเทียบประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8 (ก)

¹⁰⁷ โปรดเทียบประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7(1) และ (2)

¹⁰⁸ โปรดเทียบประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7(3)

แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิของมนุษย์นี้มีมานานนับย้อนหลังไปได้ถึงอารยธรรมกรีกและโรมันโบราณ และสิทธิของมนุษย์นี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการอันหนึ่งใน *jus gentium* หรือ law of nations ของกฎหมายโรมัน ซึ่งได้ให้การยอมรับสิทธิตามธรรมชาติของปวงชนทั่วไป แม้จะมีชาวโรมัน ด้วยเหตุที่หลักการเกี่ยวกับสิทธิของมนุษย์ได้รับการยอมรับให้เป็น *jus gentium* นี้เอง ทำให้หลักการเกี่ยวกับสิทธิของมนุษย์แผ่ขยายออกไปทั่วโลกและเป็นที่ยอมรับของนักปราชญ์นักคิดและนักกฎหมายมาโดยตลอดทุกยุคทุกสมัย อาทิ Aristotle, St. Thomas Aquinas ผู้ซึ่งวางรากฐานสิทธิ เสรีภาพและความเท่าเทียมกัน(liberty and equality) ของมนุษย์และชุมชน รวมถึงสิทธิ เสรีภาพและความเท่าเทียมกันทั้งทางเศรษฐกิจ การเมือง การถือครองทรัพย์สิน นอกจากนี้ยังมี Montesquieu, Voltaire, Jean Jacques Rousseau และ John Locke เป็นต้น¹⁰⁹ แม้กระทั่งในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาจากการเป็นอาณานิคมของอังกฤษในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 ก็ยังได้มีการยืนยันสิทธิของมนุษย์มีใจความตอนหนึ่งว่า

"เราถือว่าสัจจะเหล่านี้เป็นหลักฐานในตัวเองว่ามนุษย์ทั้งหลายถูกสร้างขึ้นมาให้เท่าเทียมกันและพวกเขาได้รับสิทธิอันมีอาจจะเมิดได้จากผู้สร้าง ในบรรดาสิทธิเหล่านั้น ได้แก่ ชีวิต เสรีภาพและการแสวงหาความสุข (We hold these truths to be self-evident that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness)"

แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิของมนุษย์นี้มีส่วนสำคัญในการสร้างกฎเกณฑ์และความเป็นธรรมให้แก่บ้านเมืองมาเป็นเวลาช้านาน จนกระทั่งศตวรรษที่ 19 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิของมนุษย์และทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติได้ถูกกลบเลือนไปด้วยแนวความคิดแบบสมบูรณาญาสิทธิราช (Absolutism) และลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (positive law) ซึ่งได้ปฏิเสธหลักเสรีภาพและความเท่าเทียมกันของมนุษย์ตาม

¹⁰⁹ Louis Rene Beres, "Justice and Realpolitik":128. แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ในยุคแรกๆ ส่วนใหญ่เป็นไปในทางจำกัดอำนาจของผู้ปกครองมิให้เข้มแข็งแก่ผู้อยู่ใต้การปกครอง.

ธรรมชาติ สิทธิของมนุษย์จะมีได้ก็แต่โดยสิทธิตามกฎหมายกำหนดให้เท่านั้น สิทธิของมนุษย์จึงมีความหมายว่า "ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้" สิทธิของมนุษย์ตามธรรมชาติจึงกลายเป็นเรื่องที่ไร้สาระ (nonsense) และไม่อาจนำมาใช้ได้ (imprescriptible)¹¹⁰

ภายหลังจากที่ได้เกิดสถานการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวจำนวนมหาศาลในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจึงได้ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอีกครั้ง เนื่องจากเห็นว่ากฎหมายเผด็จการต่างๆ ที่ให้อำนาจรัฐในการจับกุมคุมขังลงโทษ ประหารชีวิต ทำร้ายร่างกาย ตลอดจนยึดทรัพย์สินของประชาชนผู้บริสุทธิ์จำนวนมากโดยปราศจากการไตร่สวนนั้น ไม่ได้เอื้ออำนวยหรือรุดประโยชน์ใดๆ แก่สังคมอย่างแท้จริง ตรงกันข้าม กฎหมายกลับถูกใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างความเดือดร้อนทุกข์ยากแก่ประชาชนเหล่านั้นอย่างแสนสาหัส โดยที่กฎหมายไม่ได้ให้ประโยชน์หรือความคุ้มครองหรือเป็นหลักประกันถึงสิทธิตามธรรมชาติอย่างที่มนุษย์ทุกคนควรจะได้รับ

ปัจจุบัน "สิทธิของมนุษย์" ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการในระดับสากลแล้วในชื่อของ "สิทธิมนุษยชน" (human rights) ในกฎบัตรสหประชาชาติได้กล่าวถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนไว้ทั้งในส่วนของอารยบท และในมาตราต่างๆ โดยมีใจความพอสรุปได้ว่า บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติมีเจตจำนงที่จะยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนอันเป็นมูลหลักในเกียรติศักดิ์และคุณค่าในมนุษย์บุคคลในสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี และของประชาชาติใหญ่น้อย สมาชิกทั้งปวงให้คำมั่นว่าตนจะดำเนินการร่วมกันและแยกกัน เพื่อให้บรรลุความเคารพโดยสากลและการปฏิบัติสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นมูลหลักสำหรับทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษาหรือศาสนา

ในคำปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ก็ได้วางหลักเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนไว้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนสำหรับประชาชนและประเทศต่างๆ ทั้งหมด

¹¹⁰ Ibid. Jeremy Bentham ผู้ก่อตั้งลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ได้กล่าวว่า "Rights is a child of law" และ "from imaginary laws, from 'law of nature', come imaginary rights".

(as a common standard of achievement for all people and all nations)¹¹¹

ในปัจจุบัน สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ (fundamental rights) ซึ่งมนุษย์ทุกคนจะต้องได้รับภายใต้ระบอบสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หมายถึงสิทธิดังต่อไปนี้ด้วย

1. สิทธิที่จะปลอดภัยจากความรุนแรงจากรัฐบาล การปฏิบัติที่ทารุณ โหดร้ายปราศจากความ เป็นมนุษย์ การลิดเกียติ และการจองจำ
2. สิทธิที่จะมีชีวิต (right to life) และสิทธิที่จะได้รับสิ่งจำเป็นสำหรับชีวิต เช่น อาหาร, ที่พักอาศัย การดูแลสุขภาพและการศึกษา
3. สิทธิในการใช้สิทธิทางแพ่งและทางการเมืองอย่างอิสระ รวมทั้งสิทธิในการพูด การ เสนอข่าว ศาสนา การเข้าร่วมกิจกรรมในรัฐบาล

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการกระทำอันเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์แล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิที่จะมีชีวิต (right to life) และสิทธิขั้นพื้นฐานตามระบอบสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศโดยสิ้นเชิง

¹¹¹ Ibid. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1948 ได้วางหลักการสำคัญเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนทั้งทางแพ่ง ทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อาทิ ความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย (equality before the law) การปราศจากการจับกุมคุมขังโดยอำเภอใจ (protection against arbitrary arrest) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (the right to a fair trial) เสรีภาพในการกระทำการใดโดยปราศจากกฎหมายย้อนหลังมาลงโทษทางอาญา (freedom from ex post facto criminal law) สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน (the right to own property) เสรีภาพในการคิดและนับถือศาสนา (freedom of thought and religion) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก (freedom of opinion and expression) เสรีภาพในการรวมกลุ่มและสมาคมอย่างสันติ (freedom of peaceful assembly and association) เสรีภาพในการทำงานและเลือกงานอย่างเป็นอิสระ (the right to work and to choose one's work freely) สิทธิที่จะได้รับค่าจ้างอย่างเท่าเทียมกันในงานที่เท่าเทียมกัน (the right to equal pay and equal work) สิทธิในการจัดตั้งและเข้ากลุ่มทางการค้า (the right to form and join trade unions) สิทธิที่จะพักผ่อนและมีเวลาว่าง (the right to rest and leisure) สิทธิที่จะได้รับมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ (the right to an adequate standard of living) และสิทธิที่จะได้รับการศึกษา (the right to education) อย่างไรก็ตาม ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวนี้ ยังไม่มีฐานะเป็นสนธิสัญญา จึงยังไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายให้รัฐต่างๆ ต้องปฏิบัติตามพันธกรณี คงเป็นเพียงมาตรฐานแห่งสิทธิมนุษยชนให้ประเทศต่างๆ ใช้เป็นแนวทางในการจัดการด้านสิทธิมนุษยชนภายในประเทศของตนเท่านั้น ซึ่งหากประเทศต่างๆ ได้ยอมรับหลักการแห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาเป็นหลักปฏิบัติของตนด้วยความเชื่อมั่นว่าพันธกรณีตามกฎหมายชั่วคราวระยะเวลานึง อาจจะทำให้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งจักมีผลผูกพันต่อนานาประเทศในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศชั้นหนึ่งได้ในที่สุด

ค. ลักษณะการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

โดยที่สันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติ (peace and security of mankind) มีส่วนสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ (international peace and security) อย่างมาก ตามกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 2(7)¹¹² ห้ามมิให้มีการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐหนึ่งรัฐใด (principle of non-intervention) เว้นแต่กิจการนั้นจะเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ (threat to international peace and security) ในกรณีที่มีสถานการณ์ร้ายแรงทางด้านสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นภายในดินแดนรัฐหนึ่งรัฐใด ถือว่าเป็นกิจการภายในของรัฐนั้น (domestic jurisdiction) หรือไม่ และเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศหรือไม่ เมื่อใดจึงจะถือว่าเป็นกิจการภายในของรัฐ (internal matter of a state) เมื่อใดจึงจะถือว่าเป็นความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ (international concern) คำว่า "การคุกคาม" มีความหมายแคบเพียงไร

ในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ ได้มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการกระทำที่ถือว่าเป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศไว้ 2 แนวความเห็นคือ

แนวความเห็นแบบเข้มงวด ซึ่งเป็นแนวความคิดแบบดั้งเดิมเห็นว่า การกระทำอันเป็นการคุกคามต่อสันติภาพซึ่งจะอยู่ในบทบาทของรัฐหรือขององค์การสหประชาชาติที่จะแทรกแซงได้นั้น จะต้องเป็นการคุกคามระหว่างประเทศอย่างแท้จริงเท่านั้น (there must be an actual international threat)¹¹³

แนวความเห็นแบบเปิดกว้าง เห็นว่าควรปล่อยให้การกระทำดังกล่าวอยู่ในการพิจารณาและดุลพินิจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการคุกคามต่อสันติภาพหรือไม่ เพราะคณะมนตรีความมั่นคงมีหน้าที่ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงของโลก และดูจะเป็นการไร้เหตุผลหากจะต้องรอให้การคุกคามนั้นข้ามพรมแดน (transbordered) เสียก่อน จึงจะถือว่าเป็นการคุกคามต่อสันติภาพ¹¹⁴

¹¹² โปรดดูกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 2 (7) ในภาคผนวก

¹¹³ Lori Lyman Bruun, "The Yugoslav War Crimes Tribunal : The Compatibility of Peace, Politics, and International Law", MD. Journal of International Law & Trade 17 (1993) : 215

¹¹⁴ Ibid.

แนวปฏิบัติของสหประชาชาติ (United Nations practice) ในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะยึดถือตามแนวความคิดแบบกว้าง โดยได้เคยเห็นวาระบอบฟาสซิสต์ของนายพล Franco แห่งสเปนมีแนวโน้มที่จะเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ นอกจากนี้ สหประชาชาติยังได้ชี้ให้เห็นว่า *opinio juris* ในปัจจุบันถือว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไม่ใช่เรื่องที่เป็นกิจการภายในของรัฐแต่เพียงอย่างเดียวอีกต่อไป แต่เป็นเรื่องที่กระทบต่อสันติภาพของโลก เนื่องจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วยเหตุดังกล่าว สหประชาชาติจึงถือว่าสถานการณ์ชาวเคิร์ดในอิรัก¹¹⁵ และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนบอสเนียเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ¹¹⁶

ทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะยอมรับหลักการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นด้วยเหตุผลเพื่อมนุษยธรรม (humanitarian intervention) มากขึ้น โดยหลักการนี้ได้รับการยอมรับจากนักคิดนักปราชญ์และนักนิติศาสตร์ที่สำคัญหลายท่านมาตั้งแต่ครั้งโบราณกาล เช่น Cicero, Vattel และ Grotius เป็นต้น นอกจากนี้ การแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรมยังถือว่ามีกฎหมายตามกฎหมาย (legality) ตาม *jus ad bellum*¹¹⁷ และ *jus in bello*¹¹⁸ ในอันที่จะบังคับใช้มาตรการใดๆ ในการแทรกแซงเพื่อความเป็นธรรม (justness)¹¹⁹

¹¹⁵ Ibid., p. 215-216

¹¹⁶ Nicole M. Procida, "Ethnic Cleansing in Bosnia-Herzegovina, A Case Study : Employing United Nations Mechanism to Enforce the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", *Suffolk Transnational Law review* 18 (Summer 1995) : 682-684.

¹¹⁷ *jus ad bellum* เป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิที่จะนำไปสู่การดำเนินสงคราม (rights to wage war) คือ รัฐจะทำการสงครามได้ต่อเมื่อเป็นสงครามเป็นธรรม (just war) Saint Thomas Aquinas เห็นว่ามีเหตุชอบธรรม 4 ประการที่รัฐสามารถทำการสงครามได้ คือ (1) เพื่อตอบโต้การรุกรานของศัตรู (2) นำทรัพย์สินที่ถูกเอาไปโดยมิชอบกลับคืน (3) เพื่อลงโทษการกระทำที่ไม่ยุติธรรม (4) เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มิชอบ โปรดดู กนกวรรณ ภิบาลธรรม, *อาชญากรรมสงคราม : ปัญหาและสู่ทางในการคว่ำบาตรและมาตรการลงโทษอาชญากรรมสงคราม* (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 16.

¹¹⁸ *jus in bello* เป็นหลักเกณฑ์ในการทำการสงครามและเป็นหลักการมนุษยธรรม (humanitarian rules) อันถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตลอดระยะเวลาที่ทำการสงคราม. เรื่องเดียวกัน, หน้า 17

¹¹⁹ Louis Rene Beres, "Justice and Realpolitik : International Law and the Prevention of Genocide, *The American Journal of Jurisprudence* 33 (1988) : 134.

ยิ่งกว่านั้น กฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 56 บัญญัติว่า สมาชิกสหประชาชาติให้คำมั่นว่าตนจะดำเนินการร่วมกันและแยกกันในการร่วมมือกับสหประชาชาติที่จะส่งเสริมสิทธิมนุษยชน บทบัญญัติดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นพันธกรณีของรัฐในการที่จะแทรกแซงรัฐอื่นใดเพื่อมนุษยธรรม แต่ทั้งนี้ การแทรกแซงดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการรุกราน (aggression) และจะต้องปฏิบัติตามบรรทัดฐานของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีการใช้กำลัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องปฏิบัติตามหลักการเลือกเป้าหมาย (discrimination principle) หลักความจำเป็นทางทหาร (military necessity principle) หลักสัดส่วนแห่งการกระทำ (proportionality principle)¹²⁰

ปัจจุบัน "การแทรกแซง" (intervention) ได้รับการนิยามว่าเป็นการเข้าไปยุ่งเกี่ยวในกิจการของผู้อื่นเพื่อบงการให้เกิดการคงไว้หรือเปลี่ยนแปลงระเบียบที่มีอยู่ และการแทรกแซงยังหมายถึง ความพยายามเชิงรุกเชิงรุกที่จะส่งผลกระทบต่อความสามารถในการตัดสินใจของรัฐเอกราชซึ่งมิได้เกิดขึ้นภายในรัฐนั่นเอง¹²¹

อย่างไรก็ตาม หลักการไม่แทรกแซง (non-intervention) มีข้อยกเว้นที่ได้รับการยอมรับบางประการ¹²² คือ

- (1) รัฐมีสิทธิแทรกแซงตามที่สนธิสัญญากำหนดไว้
- (2) การแทรกแซงเพื่อตอบโต้การละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ
- (3) การที่รัฐคู่สงครามแทรกแซงเพื่อตอบโต้การละเมิดความเป็นกลาง
- (4) การใช้กำลังร่วม (collective force) จากนานาชาติ
- (5) การแทรกแซงโดยได้รับคำเชิญหรือคำร้องขอ
- (6) การแทรกแซงเพื่อป้องกันตนเอง (self-defense)

¹²⁰ Ibid., p.133-134.

¹²¹ Lori Lyman Bruun, "The Yugoslav War Crimes Tribunal : The Compatibility of Peace, Politics, and International Law", *MD. Journal of International Law & Trade* 17 (1993) : 219.

¹²² Ibid.

นักนิติศาสตร์กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันเห็นว่าควรจะมีข้อยกเว้นในการแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรม (humanitarian intervention) ด้วย¹²³ ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ตกลงกัน

Jean-Pierre Fonteyne ได้วิเคราะห์และเสนอหลักเกณฑ์ความชอบธรรมในการแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรมไว้ 3 ประการ ประกอบด้วย หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาสาระ หลักเกณฑ์ด้านวิธีการและหลักเกณฑ์พิเศษ ดังนี้¹²⁴

1. หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาสาระ (substantive criteria)

- 1.1 การแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรมจะเกิดขึ้นได้ในสถานการณ์ที่สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานกำลังถูกริดรอนหรือใกล้จะถูกริดรอน
- 1.2 รัฐที่จะทำการแทรกแซงต้องไม่มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวพันด้วยแต่อย่างใด (relative disinterested)
- 1.3 การแทรกแซงต้องไม่มีลักษณะเป็นการใช้กำลังโดยไม่จำเป็น ต้องไม่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางอำนาจของรัฐเป้าหมายและต้องไม่ใช้เวลานานเกินควร

หลักการทั้ง 3 ประการนี้คล้ายกับหลักสัดส่วนแห่งการกระทำ (proportionality principle)

2. หลักเกณฑ์ด้านวิธีการ (procedure criteria)

- 2.1 ขาดกลไกการระงับข้อพิพาทอย่างสันติ
- 2.2 ขาดความเคลื่อนไหวจากองค์การระหว่างประเทศในจังหวัดที่เหมาะสม
- 2.3 จัดทำรายงานฉบับสมบูรณ์และเสนอต่อสหประชาชาติหรือองค์กรอื่นที่เหมาะสม

สม

3. หลักเกณฑ์พิเศษ (preferential criteria)

- 3.1 การปฏิบัติกร่วม

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Patricia Y. Reyhan, "Genocidal Violence in Burundi : Should International Law Prohibit Domestic Humanitarian Intervention?", *Albany* 60 (1997) : 787-789.

3.2 คำเชิญหรือความยินยอมจากรัฐเป้าหมาย

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ของ Fonteyne ยังไม่ได้รับการยอมรับเนื่องจากยังมีปัญหาในการตีความและในการปฏิบัติอยู่

จากที่ได้ศึกษามาทั้งหมดในบทนี้ ทำให้ทราบว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จัดเป็นการกระทำที่ต้องห้ามทั้งตามหลักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปที่นานาอารยประเทศรับรองและหลักศาสนา นอกจากนี้ ระบบการป้องกันและลงโทษการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ยังได้รับการวางรากฐานไว้ในกฎหมายสนธิสัญญา คือ อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และหลักสิทธิมนุษยชน โดยมีองค์การระหว่างประเทศที่สำคัญ ได้แก่ สหประชาชาติและศาลทหารระหว่างประเทศรับรองและวางบรรทัดฐานไว้ เนื่องจากเห็นว่าชีวิตมนุษย์ทุกชีวิตเป็นสิ่งที่มีความค่าเท่าเทียมกัน ในอนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จึงได้บัญญัติให้การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ผู้กระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จึงสมควรได้รับการประณามและการลงโทษ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ยังมีข้อบกพร่องและยังมีปัญหาบางประการทั้งด้านสารบัญญัติ วิธีสบัญญัติและกลไกในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาขึ้นศาลและลงโทษ ทำให้การบังคับใช้อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ระหว่างประเทศไม่มีประสิทธิภาพ ในบทต่อไปผู้เขียนจักได้วิเคราะห์ถึงปัญหาการบังคับใช้อนุสัญญาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยละเอียดต่อไป

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย