

บทที่ 2

แนวคิด วิวัฒนาการ ลักษณะและความรับผิดชอบของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

จากการก่ออาชญากรรมของพรรคนาซี โดยการสังหารชาวยิวนับล้านคนในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ผลที่ตามมา นอกเหนือจากการเตรียมร่างอนุสัญญาว่าด้วยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ก็คือ การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก (International Military Tribunal at Nuremberg หรือที่เรียกว่า “ศาลนูเรมเบิร์ก”) ในปี ค.ศ. 1945 เพื่อนำตัวผู้กระทำผิดในช่วงเวลาดังกล่าวมาพิจารณาคดีและลงโทษ และธรรมนูญของศาลนูเรมเบิร์ก (Charter of the International Military Tribunal) นี้เอง ได้ปรากฏฐานความผิด และคำจำกัดของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก แต่แท้จริงแล้วอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นได้เกิดขึ้นมานานพอๆกับความเป็นมนุษยชาติทีเดียว

1. แนวความคิดของการกำหนดคำจำกัดความอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

คำว่า “มนุษยชาติ” อาจแปลความได้ 2 ความหมาย ความหมายแรกหมายถึง เผ่าพันธุ์มนุษย์ หรือมนุษย์โดยทั่วไปทั้งหมด ความหมายที่สอง หมายถึง ความมีมนุษยธรรม ซึ่งแสดงถึงลักษณะของความประพฤติ คำว่า “มนุษยชาติ” ตามที่ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศต่างๆ จึงได้นำมาใช้เพื่อแสดงความหมายในประการหลังนี้เอง¹ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจึงไม่จำเป็นต้องเกิดผลกระทบต่อมนุษยชาติผู้ทุกคน แต่เป็นการกระทำที่มีลักษณะขัดต่อความมีมนุษยธรรม

1.1 แนวความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศช่วงก่อนธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก

แนวความคิดเรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้ได้รับการเสนอขึ้นเป็นครั้งแรกโดยศาสตราจารย์ Fiodor Fiodorovich Martens ผู้แทนของประเทศรัสเซียในการประชุมสันติภาพที่กรุงเฮกในปี ค.ศ. 1899 ซึ่งต่อมาได้รู้จักกันในฐานะเป็น “Martens Clause” ตามที่ได้ปรากฏไว้ในอารัมภบท

¹ Olivia Swaak-Goldman, ed., “Crimes against humanity” in Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Court, vol. I (The Hague: Kluwer Law International, 2000), p.163.

ของอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 2 ปีค.ศ.1899 ว่าด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามบนบก (II Hague Convention of 1899 with Respect to the Laws and Customs of War on land) โดยบัญญัติไว้ดังนี้²

“จนกระทั่งประมวลกฎหมายว่าด้วยสงครามที่สมบูรณ์มากขึ้นได้จัดทำแล้ว ภาคีสมาชิกตระหนักว่าควรที่จะประกาศว่า ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัตินี้ก็ตาม ประชาชนและผู้เข้าร่วมสงครามยังคงอยู่ภายใต้การคุ้มครองหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ได้เกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติในหมู่ชาติที่เจริญแล้ว จากกฎหมายแห่งมนุษยชาติ และสำนักแห่งสาธารณชน”

ในครั้งนั้น คำว่า “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” มิได้นำมากล่าวถึงไว้โดยตรงๆ แต่ได้มีการกล่าวถึง “กฎหมายแห่งมนุษยชาติ” (law of humanity) ไว้ ซึ่งแสดงความหมายว่า ไม่ว่าในกรณีใด ผู้ใดก็จะกระทำการอันละเมิดต่อกฎหมายดังกล่าวนี้ไม่ได้ ต่อมาข้อความดังกล่าวนี้ยังได้บัญญัติไว้ในอารัมภบทของอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 4 ลงวันที่ 18 ตุลาคม ปี ค.ศ.1907 ว่าด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามบนบก (Hague Convention of 18 October 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land) ในอารัมภบทของอนุสัญญากรุงเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับ ลงวันที่ 12 สิงหาคม ปี ค.ศ.1949 ว่าด้วยการคุ้มครองเหยื่อในการขัดกันทางอาวุธ (four Geneva Convention of 12 August 1949 for the protection of the victims of armed conflict) และในอารัมภบทของพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ ลงวันที่ 8 มิถุนายน ปี ค.ศ.1977(two Additional Protocols of 8 June 1977) ด้วย³

ในปี ค.ศ.1915 รัฐบาลของประเทศพันธมิตร อันได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศรัสเซีย ได้จัดทำปฏิญญาร่วมกันต่ออาณาจักรตุรกี (1915 a joint Declaration to Ottoman Empire) เพื่อกล่าวประณามการสังหารหมู่ชาวอาเมเนียนในประเทศตุรกีว่าเป็นการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และรัฐบาลของตุรกีจะต้องรับผิดชอบต่อการสังหารหมู่นั้น ซึ่งข้อความ

² Rodolfo Mattarollo, “Impunity, Crimes Against Humanity and Forced Disappearance: Recent Argentine Jurisprudence in the Matter of Crimes Against Humanity,” The Review of the International Commission of Jurists No.62-63 (September 2001): 30.

³ Ibid.

ดังกล่าวนี้ได้แสดงให้เห็นว่าการสังหารหมู่ชาวอาเมเนียนั้นเป็นลักษณะของกระทำที่อยู่ในความหมายอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ⁴

ต่อมาความคิดเรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาเป็นครั้งแรก นั่นคือ สนธิสัญญาสันติภาพแห่งเซิร์ฟ (the Peace Treaty of Sèvres) ลงวันที่ 10 สิงหาคม ปี ค.ศ. 1920 แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าสนธิสัญญาดังกล่าวนี้ ไม่ได้นำคำว่า “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” หรือ คำว่า “กฎหมายแห่งมนุษยชาติ” มาใช้ในการอธิบายการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นโดยตรง⁵ สนธิสัญญานี้เป็นการลงนามระหว่างประเทศตุรกี และพันธมิตร เพื่อดำเนินการกับผู้กระทำการละเมิดต่อกฎหมาย และจารีตประเพณีในการทำสงคราม และกระทำการสังหารหมู่ในดินแดนของประเทศตุรกี อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาดังกล่าวนี้ไม่เคยมีการให้สัตยาบัน และบังคับใช้เลย⁶

ก่อนหน้านั้นในเดือนมกราคม ปี ค.ศ. 1919 รัฐบาลของประเทศพันธมิตร ได้จัดการประชุมสันติภาพเบื้องต้นแห่งกรุงปารีส (the Preliminary Peace Conference of Paris) จัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ก่อสงคราม และการบังคับใช้บทลงโทษสำหรับการละเมิดกฎหมาย และจารีตประเพณีในการทำสงคราม (Commission on the Responsibilities of the Authors of War on Enforcement of Penalties for Violation of the Laws and Customs of War) ร่วมกับผู้แทนจากประเทศมหาอำนาจ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ ประเทศอิตาลี และประเทศญี่ปุ่น และผู้แทนจากประเทศเบลเยียม ประเทศกรีซ ประเทศโปแลนด์ ประเทศโรมาเนีย และประเทศเซอร์เบีย เพื่อรายงานการกระทำละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ตลอดจนวิธีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้น โดยคณะกรรมการที่ได้จัดตั้งขึ้น ได้เสนอแนะให้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นเพื่อพิจารณาคดีกับผู้กระทำผิดต่อกฎหมาย และจารีตประเพณีในการทำสงคราม หรือกฎหมายแห่งมนุษยชาติ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในฐานะใดก็ตาม แต่ผู้แทนจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้โต้แย้งข้อเสนอที่จะให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยชาติ ด้วย เพราะเห็นว่าหน้าที่ของคณะกรรมการคือการสืบสวนสอบสวนการกระทำละเมิดต่อกฎหมาย หรือจารีตประเพณีในการทำสงครามเท่านั้น ไม่ได้มีหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำ

⁴ Beth Van Schaack, “The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence,” *Columbia Journal of Transnational Law* 37(1999): 789.

⁵ *Ibid.*, p. 793.

⁶ Rodolfo Mattarollo, “Impunity, Crimes Against Humanity and Forced Disappearance: Recent Argentine Jurisprudence in the Matter of Crimes Against Humanity”: 31.

ความผิดต่อการกระทำละเมิดกฎหมายมนุษยชาติ⁷ เนื่องจากแนวความคิดเรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเกี่ยวข้องกับศีลธรรมซึ่งมิได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนและไม่มีมาตรฐานเป็นสากล⁸

1.2 แนวความคิดที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก

ในวันที่ 8 สิงหาคม ปี ค.ศ.1945 ได้มีการลงนามในความตกลงกรุงลอนดอน โดยประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสหภาพโซเวียต ซึ่งความตกลงนี้ได้จัดตั้งศาลนูเรมเบิร์ก และธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก คำจำกัดความของ “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ” จึงเริ่มปรากฏชัดเป็นครั้งแรกในธรรมนูญของศาลที่นูเรมเบิร์กนี้เอง⁹ ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายที่บัญญัติขึ้น และมีการบังคับใช้เป็นครั้งแรกด้วย

คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ตามที่ปรากฏในข้อ 6 (c) หมายถึง “การฆาตกรรม การทำลายล้าง การเอาตัวลงเป็นทาส การบังคับข่มขู่ หรือการกระทำร้ายมนุษยธรรมใดๆ ต่อประชาชนพลเรือน ก่อนหรือในช่วงสงคราม หรือการทำลายล้างเนื่องจากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา โดยเกี่ยวพันกับการกระทำอาชญากรรมใด ที่อยู่ภายใต้อำนาจของศาลนี้ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ หรือไม่ก็ตาม”

อย่างไรก็ตาม ธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก และศาลนูเรมเบิร์กถูกโต้แย้งอย่างมากว่า เป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้โดยประเทศผู้ชนะสงคราม ภายหลังจากการกระทำผิดได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งขัดต่อความชอบธรรมตามกฎหมาย (principles of legality) เพราะแสดงให้เห็นว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง อันขัดต่อหลักที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ” (*nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*) และหลัก “ห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง”

⁷ Beth Van Schaack, “The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the incoherence,”: 794.

⁸ Steven R. Rather and Jason S. Abrams, Accountability for human rights atrocities in international law: Beyond the Nuremberg Legacy, 2nd ed. (Clarendon), 1997, p. 47.

⁹ Mahnoush H. Arsanjani, “Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference,” American Journal of International Law 9, No.1 (1999): 44.

(*ex post facto law*)¹⁰ แต่ศาลนูเรมเบิร์กก็ได้แต่เพียงอธิบายว่า ในช่วงปี ค.ศ.1939 ที่ปรากฏว่า อาชญากรรมสงครามได้เกิดขึ้นนั้นอย่างแพร่หลายนั้น ถือได้ว่าการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเกิดขึ้นด้วย ดังนั้นการบัญญัติฐานความผิดดังกล่าวไว้ในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กด้วย จึงมิใช่เรื่องที่ขัดกับความชอบธรรมตามกฎหมายแต่อย่างใด เพราะมิได้เป็นการสร้างบทบัญญัติของความผิดขึ้นมาใหม่ หากแต่ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็นความผิดที่มีมานานแล้ว เพียงแต่ธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กได้ทำการรวบรวมไว้ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นเท่านั้น¹¹ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กได้แสดงให้เห็นถึงเขตอำนาจของศาลนูเรมเบิร์กในการพิจารณาความผิดที่นอกเหนือจากความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม เช่น ในกรณีที่ความผิดนั้นมีผู้ตกเป็นเหยื่อเป็นบุคคลไร้สัญชาติ หรือเป็นบุคคลที่มีสัญชาติเดียวกันกับผู้กระทำความผิด หรือเป็นบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐซึ่งเป็นพันธมิตรกับผู้กระทำความผิด¹²

นอกจากนั้น ในวันที่ 11 ธันวาคม ปี ค.ศ.1946 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ได้ออกข้อมติเพื่อยืนยันถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ยอมรับโดยศาลนูเรมเบิร์ก¹³ (Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal) หลังจากนั้นในปี ค.ศ.1950 ก็ได้มีการประมวลหลักกฎหมายเหล่านั้นโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเป็น "หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ยอมรับโดยธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก และคำพิพากษาของศาลนั้น" (The Principles of International Law in the Charter of the

¹⁰ M. Cherif Bassiouni, "Crimes against Humanity: The Need for a Specialized Convention," *Columbia Journal of Transnational Law* 31 No.3 (1994): 468.

¹¹ Kai Ambos, "Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis-from Nuremberg to the Hague" in *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Court* , vol. I (The Hague: Kluwer Law International, 2000),p. 163.

¹² Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (New York : Oxford University Press, 2001), p. 87.

¹³ G.A.Res.95 U.N.Doc.A/64/Add.1, at 188 (1946) and Report of the International Law Commission U.N.G.A.O.R.V,SUPP. 12 (A/1316) 11-14 (1950) cited in Olivia Swaak-Goldman, ed., "Crimes against humanity" in *Substantive and procedural aspects of international criminal law : The experience of international and national court* , Vol. I, p. 149.

Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal) หรือที่เรียกว่า “หลักนูเรมเบิร์ก” ซึ่งประกอบด้วยหลัก 7 ประการ ที่ศาลนูเรมเบิร์กมักนำมาใช้อ้างในการพิจารณาคดี ดังนี้

หลักที่ 1 บุคคลใดที่กระทำการอันประกอบอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น และต้องรับผิดชอบต่อการลงโทษ

หลักที่ 2 ข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายภายในไม่ได้กำหนดการลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำอันประกอบเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไว้ จะไม่ทำให้บุคคลที่ก่อการกระทำนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

หลักที่ 3 ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลที่กระทำการอันประกอบอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นผู้นำของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐบาลที่มีความรับผิดชอบ ก็ไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

หลักที่ 4 ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลใดได้กระทำการไปตามคำสั่งของรัฐบาล หรือผู้บังคับบัญชาของบุคคลนั้น ไม่ทำให้บุคคลนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยได้กำหนดทางเลือกทางศีลธรรมที่อยู่ในข้อเท็จจริงที่เป็นไปได้สำหรับบุคคลนั้น

หลักที่ 5 บุคคลใดที่ถูกกล่าวหาด้วยความผิดฐานก่ออาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

หลักที่ 6 อาชญากรรมดังต่อไปนี้ สามารถถูกลงโทษในฐานะที่เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้

ก. อาชญากรรมต่อสันติภาพ หมายถึง

- (1) การวางแผน ตระเตรียม ริเริ่ม หรือกระทำสงครามรุกราน หรือสงครามที่ละเมิดกฎหมายสนธิสัญญา ความตกลง หรือการค้าประกันระหว่างประเทศ
- (2) การมีส่วนร่วมในแผนการทั่วไป หรือสมรู้ร่วมคิด เพื่อให้บรรลุผลของการกระทำใดๆที่อ้างไว้ใน (1)

ข. อาชญากรรมสงคราม หมายถึง

การละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงคราม การละเมิดจะไม่จำกัดเฉพาะ การฆาตกรรม ทารุณกรรม หรือขนย้ายประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส การฆาตกรรม หรือทารุณกรรมต่อเชลยศึกและบุคคลในทะเล การฆาตกรรมตัวประกัน การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐ หรือเอกชน การทำลายเมืองหมู่บ้านอย่างราบเรียบ หรือการทำลายอื่นๆ ซึ่งไม่มีความจำเป็นทางทหาร

ค. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึง

การฆาตกรรม การทำลายล้าง การเอาตัวลงเป็นทาส การบังคับขมขัย หรือ การกระทำอันไร้มนุษยธรรมใดๆ ต่อประชาชนพลเรือน หรือการรังควานเนื่อง จากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา โดยการกระทำ หรือการรังควานเช่นนั้นเกิดจาก หรือเกี่ยวพันอาชญากรรมต่อสันติภาพ หรืออาชญากรรมสงคราม

หลักที่ 7 การเป็นผู้สคบในการกระทำอันเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อสันติภาพ อาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามที่กำหนดไว้ในหลักที่ 6 ถือว่าเป็น อาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

โดยสรุปแล้ว ด้วยรากฐานที่ยาวนานอย่างต่อเนื่องของบทบัญญัติเรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นั้น ทำให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติกลายเป็นความผิดตามกฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศไปแล้ว มิใช่เป็นแต่เพียง อาชญากรรมที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก และธรรมนูญศาลอื่นในช่วงต่อมาเท่านั้น โดยปรากฏหลักฐานสนับสนุนดังที่ได้กล่าวอ้างมา อันได้แก่ "Martens clause" ของปฏิญญาแห่งกรุงเฮกปี ค.ศ. 1899 อนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1907 ว่า ด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก อนุสัญญากรุงเจนีวาปี ค.ศ. 1949 ว่า ด้วยการคุ้มครองเหยื่อในการขัดกันทางอาวุธ และพิธีสารเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1977 ซึ่งได้อ้างถึง "กฎหมายของมนุษยชาติ" ไว้ นอกจากนั้นแนวความคิดเรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติยังปรากฏ อยู่ในปฏิญญาร่วมกันต่ออาณัติกรตุรกีปี ค.ศ. 1915 ซึ่งมีบทลงโทษการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอารยชนด้วย และนอกจากนี้ในรายงานของคณะกรรมการว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ก่อสงครามปี ค.ศ. 1919 ยังสนับสนุนให้เกิดความรับผิดชอบการละเมิดต่อกฎหมายของมนุษยชาติเช่นว่านั้นด้วย¹⁴

1.3 แนวความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศช่วงหลังธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก

1.3.1 ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่อยู่ในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศ

หลังจากการจัดตั้งศาลนูเรมเบิร์กในปี ค.ศ. 1945 แล้ว ในปีถัดมาได้มีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล (International Military Tribunal for the Far East หรือที่เรียกว่า "ศาลโตเกียว") ที่กรุงโตเกียว เพื่อดำเนินคดีกับอาชญากรรมสงครามในช่วงสงครามโลกครั้งที่

¹⁴ Mahnoush H. Arsanjani, "Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference,"

2 เช่นเดียวกับศาลนูเรมเบิร์ก ดังนั้นการพิจารณาคดีส่วนใหญ่จึงเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม และจำเลยที่ถูกดำเนินคดีล้วนแต่มุ่งต่อสู้ด้วยประเด็นว่าการกระทำของตนเป็นการป้องกันประเทศชาติให้รอดพ้นจากการรุกรานของชาติตะวันตก¹⁵ และตามธรรมนูญของศาลโตเกียวนี้ก็ได้มีการบัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ในธรรมนูญด้วย

ในช่วงต่อจากการจัดทำธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก และธรรมนูญศาลโตเกียวแล้ว ในปี ค.ศ.1993 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 827 ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 1993 เพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia หรือที่เรียกว่า "ศาลยูโกสลาเวีย") ต่อมาในปี ค.ศ.1994 คณะมนตรีความมั่นคงก็ได้จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda หรือที่เรียกว่า "ศาลรวันดา") ตามข้อมติที่ 955 ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 1994

คณะมนตรีความมั่นคงตกลงใจจัดตั้งศาลพิเศษทั้งสองศาลนี้ขึ้นมาด้วยความมุ่งหมายที่จะให้ศาลทั้งสองนี้เป็นกลไกที่ก่อให้เกิดผลในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศอย่างเป็นรูปธรรมได้รวดเร็วกว่าการจัดทำประมวลกฎหมายของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่คำพิพากษาของศาลได้ก่อให้เกิดผลบังคับทางกฎหมายต่อตัวจำเลยโดยตรง และทันที¹⁶ ทั้งนี้ในธรรมนูญของศาลยูโกสลาเวีย (Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) และธรรมนูญของศาลรวันดา (Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda) ได้บัญญัติให้ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลด้วย แต่แม้ว่าศาลพิเศษทั้งสองนี้จะจัดตั้งขึ้นในเวลาใกล้เคียงกัน บทบัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญของศาลดังกล่าวก็ยังคงมีความแตกต่างกันไป ดังจะได้กล่าวในบทต่อไป

ในการจัดตั้งศาลยูโกสลาเวีย และศาลรวันดา แม้ว่าจะมีส่วนช่วยให้กฎหมายระหว่างประเทศมีความเป็นรูปธรรมได้รวดเร็วขึ้นดังได้กล่าวมานั้น แต่เนื่องจากศาลดังกล่าวถูกจัดตั้งขึ้น

¹⁵ "The Post World War I : War Crimes Trails in Leipzig" Available from <http://www.criminalaccountability.org/History.htm> [2002, June 9]

¹⁶ Lyal S. Sunga, *The Emerging System of International Criminal Law: Development in Codification and Implementation* (The Hague: Kluwer Law International, 1997), p. 5.

เพื่อดำเนินคดีกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และรวันดา ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่เฉพาะเจาะจง จึงปรากฏถึงข้อโต้แย้งบางประการในการจัดตั้งศาลทั้งสองนี้ว่า คำพิพากษาของศาลยูโกสลาเวีย และศาลรวันดาไม่อาจมีผลผูกพันในการพิจารณาคดีอื่นในภายหลัง และคำพิพากษาของศาลทั้งสองก็ไม่อาจมีผลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศต่อไปด้วย¹⁷ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า แม้ศาลยูโกสลาเวียและศาลรวันดาจะเป็นเพียงศาลเฉพาะกิจมิได้จัดตั้งขึ้นเป็นศาลถาวร แต่คำพิพากษาของศาลดังกล่าวก็ได้แสดงให้เห็นถึงแนวทางในการปรับใช้บทกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาซึ่งได้ยืนยันถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ถือได้ว่าเป็นส่วนสำคัญต่อการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศต่อไป เช่น คำพิพากษาของศาลยูโกสลาเวียที่ได้ยืนยันว่า ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบเรื่องความเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ ซึ่งต่อมาได้นำมาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำธรรมนูญกรุงโรมด้วย

ความไม่สอดคล้องตลอดจนความไม่ชัดเจนของคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญเหล่านั้นสร้างความไม่เข้าใจต่อความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมาโดยตลอด จนกระทั่งในปัจจุบันที่ได้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court) ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้นำมาบัญญัติอีกครั้งไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) ซึ่งนอกจากจะมีความสำคัญด้วยเหตุที่บัพัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นปราศจากข้อโต้แย้งว่าเป็นการกำหนดฐานความผิดโดยประเทศผู้ชนะสงครามดังกรณีของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก และธรรมนูญศาลโตเกียว หรือการกำหนดฐานความผิดโดยคณะมนตรีความมั่นคง ดังในกรณีของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย และธรรมนูญศาลรวันดา¹⁸ แล้ว ยังเป็นการแสดงออกถึงความตกลงร่วมกันของรัฐทั้งหมด 160 รัฐ และเป็นการนำประสบการณ์ที่ได้รับมาจากการดำเนินคดีของศาลพิเศษต่างๆ เพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ในร่างบทบัญญัติธรรมนูญศาลระหว่างประเทศด้วย

ทั้งนี้ลักษณะสำคัญที่ทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแตกต่างจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice (ICJ)) และศาลเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) กล่าวคือ

¹⁷ Ibid., p. 6.

¹⁸ Mahnoush H. Arsanjani, "Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference": 43.

ประการแรก ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐ แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศ มีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคล และมีอำนาจไต่สวนดำเนินคดี และพิพากษาคดีบุคคล ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงเป็นเวทีสำหรับรับเยียวยาการร้องขอความเป็นธรรมในคดีที่เอกชนกระทำคามผิด ไม่ว่าจะกระทำนั้นๆ จะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐบาล หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับรัฐบาลที่ใช้อำนาจรัฐอยู่ หรือว่าการกระทำนั้นจะเกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคล หรือคณะบุคคลที่ต่อสู้ ต่อต้าน หรือเป็นขบถ หรือมุ่งหมายที่จะเปลี่ยนแปลงรัฐบาล หรือระบอบการปกครองที่ครองอำนาจรัฐอยู่

ประการที่สอง ศาลอาญาระหว่างประเทศ แตกต่างจากศาลเฉพาะกิจซึ่งพิจารณาคดีอาชญากรรมที่กระทำขึ้นในวันดาและยูโกสลาเวีย โดยศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นศาลที่สถาปนาขึ้นอย่างถาวร ตั้งอยู่ ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ การที่มีสถานภาพดังกล่าวก็เพื่อที่จะสามารถดำเนินงานได้อย่างทรงประสิทธิภาพ ปฏิบัติงานได้ทันที และสามารถดำเนินการพิจารณาคดีได้เป็นประจำและต่อเนื่อง เพื่อแก้ไขประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการกระทำคามผิดทางอาญาในขอบข่ายทั่วโลก ไม่ว่าจะเป็นการกระทำคามผิดที่ได้ก็ตาม

ประการที่สาม ศาลอาญาระหว่างประเทศแตกต่างจากศาลภายในของประเทศต่างๆ ตรงที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำอาชญากรรมตามที่กำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อมุ่งแก้ปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในการพยายามที่จะดำเนินคดีทางอาญากับบรรดาเผด็จการต่างๆ และอาชญากรอื่นๆ ที่อาจจะหลบหนีคดีอาญาจากประเทศหนึ่งประเทศใดที่บุคคลเหล่านี้เคยกระทำคามผิดที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และการรุกราน

นอกเหนือจากธรรมนูญศาลต่างๆ แล้ว ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติยังได้ปรากฏอยู่ในร่างประมวลกฎหมายต่างๆ ของคณะกรรมการกฏหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) อีกด้วย

1.3.2 การประมวลความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติโดยคณะกรรมการกฏหมายระหว่างประเทศ

ก. หลักนูเรมเบิร์ก

ในปี ค.ศ.1947 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ได้ก่อตั้งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นมา เพื่อดำเนินการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับงานในลำดับแรกๆ ที่คณะกรรมการได้ดำเนินการก็คือ การจัดทำ “หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ยอมรับในธรรมเนียมศาลนูเรมเบิร์กและในคำพิพากษาของศาลนั้น” หรือที่เรียกว่า “หลักนูเรมเบิร์ก” โดยตามหลักนูเรมเบิร์กได้บัญญัติว่า¹⁹ “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึง การฆาตกรรม การทำลายล้าง การเอาตัวลงเป็นทาส การบังคับขยี้ย หรือการกระทำร้ายมนุษยธรรมใดๆต่อประชาชนพลเรือน หรือการรังควานเนื่องจากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา โดยการกระทำหรือการทำลายล้างเช่นว่านั้น เกิดจากหรือเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมต่อสันติภาพ หรืออาชญากรรมสงคราม”

จากคำจำกัดความในหลักนูเรมเบิร์กดังกล่าวจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการฯ ได้ตัดข้อความว่า “ก่อนหรือในช่วงสงคราม” ตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กออกไป เนื่องจากคณะกรรมการฯ เห็นว่า ข้อความดังกล่าวเป็นการระบุถึงสงครามในปี ค.ศ.1939 เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามคณะกรรมการฯ ได้ให้ข้อสังเกตว่า การตัดข้อความดังกล่าวออกไปไม่ได้หมายความว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะเกิดขึ้นก่อนสงครามมิได้²⁰ เพราะอาชญากรรมเช่นนี้อาจเกิดขึ้นในช่วงก่อนสงครามได้ โดยอาศัยความเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมต่อสันติภาพนอกจากนี้คณะกรรมการฯ ยังได้ตีความข้อความว่า “ประชาชนพลเรือนใดๆ” โดยได้พิเคราะห์ถึงคำว่า “ใดๆ” เพื่อที่จะสรุปให้เห็นว่าคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำซึ่งผู้กระทำ และเหยื่อมีสัญชาติเดียวกันได้²¹

ข. ร่างประมวลความผิดต่อสันติภาพ และความมั่นคงแห่งมนุษยชาติ

ปี ค.ศ.1951 (the first Draft Code of Offense against the Peace and Security of Mankind)

¹⁹ Phyllis Hwang, “Defining Crimes against Humanity in the Rome statute of the International Criminal Court,” *Fordham International Law Journal* 22 (December, 1998): 461.

²⁰ Ibid.

²¹ Phyllis Hwang, “Defining Crimes Against Humanity in the Rome statute of the International Criminal Court”: 462.

ในปี ค.ศ.1951 คณะกรรมาธิการฯ ได้จัดทำร่างประมวลความผิดต่อสันติภาพ และความมั่นคงแห่งมนุษยชาติฉบับแรกขึ้น (หรือที่เรียกว่า “ร่างประมวลความผิด 1951”) โดยปรากฏคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ในข้อ 2 (10) ว่าหมายความว่าถึง

“การกระทำอันไร้มนุษยธรรมของรัฐ หรือปัจเจกชนต่อประชาชนพลเรือนใดๆ เช่น การฆาตกรรมประชาชนส่วนใหญ่ การทำลายล้าง การเอาลงเป็นทาส การบังคับให้ขนย้าย หรือการรังควานอันเนื่องมาจากสาเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ ศาสนา หรือวัฒนธรรม โดยเกิดจากหรือเกี่ยวพันกับความผิดตามที่ระบุไว้ในข้อนี้”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดให้การกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีความเกี่ยวพันกับความผิดที่ระบุไว้ในบทบัญญัตินี้ ซึ่งแตกต่างจากที่คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่คณะกรรมาธิการฯ ได้บัญญัติไว้ในหลักอนุกรมเบอร์กซึ่งกำหนดให้ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีความเกี่ยวพันกับการอาชญากรรมต่อสันติภาพหรืออาชญากรรมสงคราม

**ค. ร่างประมวลความผิดต่อสันติภาพ และความมั่นคงแห่งมนุษยชาติ
ปี ค.ศ.1954 (Draft Code of Offense against the Peace and Security
of Mankind)**

ในปี ค.ศ.1954 คณะกรรมาธิการฯ ได้จัดทำร่างประมวลความผิดต่อสันติภาพ และความมั่นคงแห่งมนุษยชาติขึ้นอีกครั้ง (หรือที่เรียกว่า “ร่างประมวลความผิด 1954”) และได้แก้ไขคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึง

“การกระทำอันไร้มนุษยธรรม เช่น การฆาตกรรม การทำลายล้าง การเอาลงเป็นทาส การบังคับให้ขนย้าย หรือการรังควาน ต่อประชาชนพลเรือน อันเนื่องมาจากสาเหตุทางสังคม การเมือง เชื้อชาติ ศาสนา หรือวัฒนธรรม อันได้กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือปัจเจกชนซึ่งได้รับการยุยงจากหรือจ่ายอมต่อเจ้าหน้าที่นั้น”

การแก้ไขดังกล่าวได้ขจัดข้อกำหนดในเรื่องความเกี่ยวพันของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกับอาชญากรรมอื่นๆ ออกไป การขจัดข้อกำหนดในเรื่องนี้จึงทำให้บทบัญญัติของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติขยายขอบเขตในการบังคับใช้ได้กว้างขวางขึ้น แต่ในทางตรงกันข้าม การปรับใช้บทบัญญัติกับการกระทำของปัจเจกชนกลับมีขอบเขตแคบลง เนื่องจากร่างประมวลความผิด 1954 ได้สร้างองค์ประกอบของความผิดขึ้นเพิ่มขึ้นใหม่ว่า การกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อ

มนุษยชาติของปัจเจกชนนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่เกิดจากการถูกขู่ข่มขู่ หรือจำยอมต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิการยังได้บัญญัติ อาชญากรรมในรูปแบบต่างๆ เช่น การฆาตกรรม การทำลายล้าง การเอาลงเป็นทาส การบังคับให้ขนย้าย หรือการรังควาน อยู่ภายใต้ความหมายของการกระทำอันไร้มนุษยธรรมทั้งหมด โดยมีได้กำหนดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติออกเป็น 2 รูปแบบดังที่เคยบัญญัติไว้ในหลักอนุสัญญาเบร็ก

ง. ร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพ และความมั่นคงแห่งมนุษยชาติ
ปี ค.ศ.1991(Draft Code of Crimes against the Peace and Security of
Mankind)

การจัดทำร่างประมวลความผิด 1954 ได้ระงับการดำเนินการไปเนื่องปัญหาสงครามเย็น จนกระทั่งในปี ค.ศ.1981 สมัชชาใหญ่ของประเทศพันธมิตรได้ร้องขอให้คณะกรรมการจัดทำร่างประมวลความผิดดังกล่าวต่อ โดยเปลี่ยนชื่อใหม่ว่า “ร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพ และความมั่นคงแห่งมนุษยชาติ ” (หรือที่เรียกว่า “ร่างประมวลอาชญากรรม 1991”) ร่างประมวลดังกล่าวนี้ได้กำหนดอาชญากรรมไว้ทั้งหมด 12 ประเภท แต่กลับไม่มีบทบัญญัติถึงอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามในข้อ 21 ของร่างประมวลนี้ซึ่งบัญญัติถึง “การกระทำละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นระบบ หรือต่อประชาชนส่วนใหญ่” ดูเหมือนว่าจะมีความใกล้เคียงกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมากที่สุด²² แต่ก็ไม่อาจถือได้ว่าบทบัญญัติในข้อ 21 นี้จะนำมาใช้แทนบทบัญญัติของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้

จ. ร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพ และความมั่นคงแห่งมนุษยชาติ
ปี ค.ศ.1996(Draft Code of Crimes against the Peace and Security of
Mankind)

ในช่วงต่อมาคณะกรรมการได้จัดทำร่างประมวลอาชญากรรม 1996 ขึ้น โดยในข้อ 18 ของร่างประมวลนี้ บัญญัติว่า

“อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึง การกระทำใดๆดังต่อไปนี้ เมื่อได้กระทำอย่างเป็นระบบ หรือเกิดขึ้นในวงกว้าง และเกิดจากการขู่ข่มขู่ หรือได้รับคำสั่งจากรัฐบาล องค์กร หรือกลุ่มใดๆ”

²² Ibid., p. 463.

บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดถึงความเกี่ยวข้องกับสงครามไว้ ทั้งนี้คณะกรรมการสิทธิฯ ได้อ้างถึง CCL 10 อนุสัญญาว่าด้วยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย ธรรมนูญศาลรวันดา และแนวคำพิพากษาของศาลยูโกสลาเวีย เพื่อยืนยันว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอาจเกิดขึ้นในภาวะสันติได้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยความเกี่ยวข้องกับสงครามแต่อย่างใด²³ นอกจากนี้ร่างประมวลอาชญากรรม 1996 ยังได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ 2 ประการด้วย ประการแรก คือ จะต้องเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นระบบ หรือเกิดขึ้นในวงกว้าง

การกระทำที่เป็นระบบนั้น หมายความว่า การกระทำที่ดำเนินการตามแผน หรือนโยบายที่วางไว้ล่วงหน้า ส่วนลักษณะการกระทำในวงกว้างนั้นเป็นการอ้างถึง สถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับเหยื่อผู้ถูกกระทำจำนวนมาก เช่น เป็นการกระทำอันไร้มนุษยธรรมที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง จนทวีความร้ายแรงมากขึ้นเรื่อยๆ หรือการกระทำอันก่อให้เกิดผลเพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่กลับมีความร้ายแรงอย่างใหญ่หลวง ซึ่งล้วนแล้วแต่มีผลกระทบต่อเหยื่อจำนวนมาก²⁴ การเพิ่มองค์ประกอบดังกล่าวขึ้นมา จึงทำให้สามารถวิเคราะห์ถึงความแตกต่างของอาชญากรรมธรรมดาทั่วไป กับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ชัดเจนมากขึ้นกว่าเดิม

องค์ประกอบอีกประการหนึ่ง ก็คือ ร่างประมวลอาชญากรรม 1996 กำหนดว่า การกระทำ ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอาจเกิดขึ้นจากการถูกขู่ข่ม หรือได้รับคำสั่งจากองค์กร หรือกลุ่มใดๆ ก็ได้ ไม่เฉพาะว่าจะต้องเกิดขึ้นจากการถูกขู่ข่ม หรือได้รับคำสั่งจากรัฐบาลเท่านั้น ดังนั้นจึงส่งผลให้องค์กร หรือกลุ่มใดๆ แม้ว่าจะจัดตั้งขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ก็อาจรับผิดฐานกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้²⁵

แต่สิ่งที่ขาดหายไปจากร่างประมวลอาชญากรรม 1996 ก็คือ การบัญญัติถึง “ประชาชนพลเรือนใดๆ” ซึ่งเป็นเหยื่อในความผิดฐานนี้ ทั้งยังมีได้กำหนดถึงเจตนาของผู้กระทำผิดว่าจำเป็นต้องมีเจตนาในการกระทำความผิดโดยมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยก เหมือนดังที่ปรากฏในหลักอนุกรมเบอร์ก ร่างประมวลความผิด 1951 ร่างประมวลความผิด 1954 และร่างประมวลอาชญากรรม 1996 แต่ประการใด

²³ Ibid., pp. 463-464.

²⁴ Ibid., p. 464.

²⁵ Ibid.

โดยสรุป หลังจากการจัดตั้งศาลนูเรมเบิร์กเป็นต้นมา คณะกรรมาธิการได้พยายามดำเนินการในการจัดข้อกำหนดเรื่องความเกี่ยวพันของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ กับสงครามหรือการขัดกันทางอาวุธให้หมดไป นอกจากนี้ตามร่างประมวลของคณะกรรมาธิการ เว้นแต่ร่างประมวลอาชญากรรม 1996 ก็ล้วนแต่บัญญัติว่า “ประชาชนพลเรือนใดๆ” อาจตกเป็นเหยื่อของการกระทำผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ ซึ่งอธิบายได้ว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติรวมถึงการที่ผู้กระทำได้ก่ออาชญากรรมต่อคนสัญชาติเดียวกันด้วย

ตามร่างประมวลของคณะกรรมาธิการแสดงให้เห็นว่า การกระทำของปัจเจกชนโดยทั่วไป เป็นเพียงการกระทำผิดอาญาที่เกิดขึ้นตามธรรมดาเท่านั้น การก่ออาชญากรรมในระดับระหว่างประเทศจึงต้องมีบทบัญญัติที่แตกต่าง ในระยะแรกคณะกรรมาธิการจึงได้กำหนดไว้ในร่างประมวลความผิด 1954 ว่าเบื้องหลังการกระทำผิดของปัจเจกชนจะต้องเกิดจากการกระทำของรัฐ และต่อมาร่างประมวลอาชญากรรม 1996 ก็ได้ขยายขอบเขตว่ามีใช้เพียงแครัฐเท่านั้นที่อยู่เบื้องหลังการกระทำผิดของปัจเจกชน แต่ยังคงรวมถึงองค์กร หรือกลุ่มใดๆ แม้จะมีได้จัดตั้งถูกต้องตามกฎหมายด้วย นอกจากนี้ยังได้กำหนดความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติให้มีความชัดเจนขึ้น โดยการบัญญัติว่าการกระทำผิดฐานนี้จะต้องเป็นการกระทำอย่างเป็นระบบ หรือเกิดขึ้นในวงกว้างไว้ในร่างประมวลอาชญากรรม 1996 ด้วย

2. อนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีฐานความผิดคล้ายหรือเกี่ยวข้องกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)

อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ครอบคลุมการกระทำบางอย่างซึ่งเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามที่ระบุไว้ในธรรมนูญศาลระหว่างประเทศ ดังที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติข้อ 2 ของอนุสัญญานี้ ว่า

“ในอนุสัญญานี้ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หมายความว่า การกระทำใดๆ ดังต่อไปนี้ ซึ่งได้กระทำด้วยเจตนามุ่งทำลาย ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนของกลุ่มชนชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนา

(ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม

- (ข) การก่อให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม
- (ค) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายล้างทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมด หรือบางส่วน
- (ง) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตรภายในกลุ่ม
- (จ) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง"

ตามบทบัญญัติความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ แม้ว่าจะมีความคล้ายกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ คือ เป็นการกระทำโดยการฆ่า การก่อให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจอย่างสาหัส การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายล้างทางกายภาพ การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตร การบังคับโยกย้ายเด็ก ซึ่งอาจก่อให้เกิดความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ แต่ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มีองค์ประกอบของฐานความผิดที่เฉพาะเจาะจงมากกว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ กล่าวคือ ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะต้องเป็นการกระทำด้วยเจตนามุ่งทำลายทั้งหมด หรือแต่บางส่วน (intent to destroy in whole or in part) และมุ่งกระทำต่อกลุ่มใด กลุ่มหนึ่ง ดังที่ระบุไว้เท่านั้น อันได้แก่ กลุ่มสัญชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติหรือกลุ่มศาสนา

ส่วนการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ก็ยังคงต้องการองค์ประกอบของฐานความผิดที่สำคัญด้วย นั่นคือ การโจมตีที่เกิดขึ้นในวงกว้าง หรืออย่างเป็นระบบ จึงกล่าวได้ว่าผู้กระทำผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์อาจมีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ หากการกระทำความผิดนั้นได้เกิดขึ้นในวงกว้าง หรือเป็นการกระทำอย่างเป็นระบบด้วย ดังนั้น อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้ไม่อาจนำมาใช้แทนการลงโทษความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ เพราะนอกจากจะให้ความคุ้มครองต่อกลุ่มผู้ถูกกระทำอย่างเฉพาะเจาะจงแล้ว ยังมีลักษณะการกระทำที่บางส่วนที่แตกต่างกันด้วย²⁶

2.2 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามและลงโทษอาชญากรรมการเหยียดผิว (International convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid)

²⁶ M. Cherif Bassiouni, "Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention": 477-478.

ตามบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมระบุไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำอาชญากรรมการเหยียดผิวต่อประชาชนพลเรือนในวงกว้าง หรืออย่างเป็นระบบ ถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอย่างหนึ่ง โดยบทบัญญัติข้อ 7 วรรค 2 บัญญัติว่า “อาชญากรรมการเหยียดผิว หมายถึง การกระทำอย่างไร่มนุษยธรรมที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำที่อ้างถึงในวรรค 1 ซึ่งกระทำขึ้นในบริบทของระบอบที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อการกดขี่ และครอบงำอย่างเป็นระบบ โดยกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งเหนือกลุ่มเชื้อชาติอื่นอีกกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่ม และกระทำไว้ด้วยเจตนาที่จะคงไว้ซึ่งระบอบนั้น”

ในขณะที่ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามและลงโทษอาชญากรรมการเหยียดผิวบัญญัติถึงความหมายของอาชญากรรมการเหยียดผิวไว้ว่า

“...ควรจะรวมถึงนโยบายหรือการปฏิบัติในการแยกออกหรือแบ่งแยกเชื้อชาติเช่นที่ได้ปฏิบัติในแอฟริกาใต้ ควรจะปรับใช้กับการกระทำอันไร่มนุษยธรรมดังต่อไปนี้ซึ่งกระทำขึ้นด้วยความมุ่งหมายที่จะก่อขึ้น หรือยังคงไว้ซึ่งการครอบงำโดยกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งเหนือกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มอื่นใด และได้กระทำการกดขี่อย่างเป็นระบบเหนือกลุ่มอื่นใดนั้น

- (ก) ปฏิเสธต่อสมาชิกคนหนึ่งหรือหลายคนของกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่มซึ่งสิทธิที่จะดำรงชีวิต และมีเสรีภาพของบุคคล
- (1) โดยการฆาตกรรมสมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่ม
 - (2) โดยการทำให้สมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่มได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง โดยการละเมิดเสรีภาพ หรือศักดิ์ศรี หรือโดยการทำให้ได้รับความทรมาณหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษอันโหดเหี้ยม ไร่มนุษยธรรม หรือเลวร้าย
 - (3) โดยการจับกุมตามอำเภอใจหรือการกักขังที่ผิดกฎหมายสมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่ม
- (ข) การจงใจก่อให้เกิดกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่มเกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขในการดำรงชีวิตอันจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน
- (ค) การวางมาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการอื่นใดอันจะนำไปสู่การป้องกันกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่มจากการมีส่วนร่วมทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมของประเทศ และจงใจทำให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับการป้องกันการพัฒนาอย่างเต็มที่ของกลุ่มเช่นว่านั้นกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่ม โดยเฉพาะการปฏิเสธต่อสมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่มซึ่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน รวมถึงสิทธิในการทำงาน สิทธิในการก่อตั้งสหภาพทางการค้าที่ได้รับการรับรอง

สิทธิในการศึกษาสิทธิที่จะออกจากหรือกลับสู่ประเทศของตน สิทธิในการมีสัญชาติ สิทธิในการมีเสรีภาพต่อการเคลื่อนย้ายหรืออยู่อาศัย สิทธิในการมีเสรีภาพทางความคิดและการแสดงออก และสิทธิในการมีเสรีภาพในการชุมนุมและสมาคมอย่างสันติ

- (ง) การวางมาตรการใดๆรวมทั้งมาตรการทางนิติบัญญัติโดยตั้งใจที่จะแบ่งแยกประชาชนตามเชื้อชาติโดยการแบ่งเขตสงวนและพื้นที่สำหรับสมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติต่างๆ การห้ามสมาชิกของกลุ่มทางเชื้อชาติต่างๆเหล่านั้นสมรสข้ามเชื้อชาติ การยึดที่ดินที่ได้ถือครองมาของสมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่ม
- (จ) การใช้ประโยชน์จากแรงงานของสมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่ม โดยเฉพาะการบังคับใช้แรงงาน
- (ฉ) การรังควานองค์กรและบุคคล โดยการทำให้สิ้นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เนื่องจากเขาต่อต้านการเหยียดผิว"

บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้แสดงถึงเจตนารมณ์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามและลงโทษอาชญากรรมการเหยียดผิวอย่างชัดเจน ในการมุ่งคุ้มครองต่อกลุ่มเชื้อชาติเพื่อขจัดการเหยียดผิว ซึ่งสอดคล้องกับคำจำกัดความอาชญากรรมการเหยียดผิวที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมซึ่งมุ่งคุ้มครองกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดที่ถูกกดขี่หรือการครอบงำโดยกลุ่มเชื้อชาติอีกกลุ่มหนึ่งเช่นกัน จึงสรุปได้ว่าการก่ออาชญากรรมการเหยียดผิวเป็นการกระทำที่เฉพาะเจาะจงมากกว่าการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หรืออีกนัยหนึ่งคือ บทบัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นมีขอบเขตในการปรับใช้ได้กว้างกว่า เนื่องจากความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นการกระทำที่มุ่งโจมตีต่อประชาชนพลเรือนโดยทั่วไป มิได้จำกัดเพียงแต่การกระทำที่เกิดขึ้นกับกลุ่มเชื้อชาติเท่านั้น อย่างไรก็ตามผู้ก่ออาชญากรรมการเหยียดผิวจะต้องรับผิดชอบอาชญากรรมต่อมนุษยชาติก็ต่อเมื่อการกระทำของเขานั้น ได้กระทำให้เกิดขึ้นในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบด้วย

2.3 อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติ หรือการลงโทษอันทารุณ ไร้มนุษยธรรม หรือเลวร้าย (Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)

ตามธรรมนูญกรุงโรม "การทรมาน" นั้นมีความหมายถึง การเจตนาก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างรุนแรงหรือความทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะทางกายภาพหรือจิตใจ ต่อบุคคลซึ่งถูกคุมขัง หรือภายใต้การควบคุมของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทรมาน แต่การทรมานนั้นไม่รวมถึงความเจ็บ

ปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดจากการลงโทษตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษนั้นหรือผลจากการลงโทษก็ตาม

ส่วนการกระทำอันเป็นการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติ หรือการลงโทษอันทารุณ ไร้มนุษยธรรม หรือเลวร้ายนั้น มีขอบเขตการใช้ได้แคบกว่าคำจำกัดความที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรม เนื่องจากการกระทำอันเป็นการทรมานตามอนุสัญญานี้จะต้องเป็นการกระทำซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อขึ้น ยุยง เห็นชอบ หรือยินยอมในการก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนั้นด้วย โดยบทบัญญัติข้อ 1 ของอนุสัญญาบัญญัติว่า

การทรมาน หมายถึง การกระทำใดที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะทางกายภาพหรือจิตใจ ซึ่งเกิดจากด้วยเจตนาเพื่อให้ได้ข้อมูลหรือการรับสารภาพจากบุคคลนั้นเองหรือบุคคลที่สาม ลงโทษการกระทำที่เขาหรือบุคคลที่สามได้กระทำหรือสงสัยว่าได้กระทำ หรือขู่เข็ญหรือบังคับเขาหรือบุคคลที่สาม หรือด้วยเหตุผลใดอันเป็นการแบ่งแยกจำพวกใดๆ โดยความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนั้นก่อกำเนิดขึ้นจาก หรือเป็นการยุยง หรือด้วยความเห็นชอบ หรือยินยอมของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งกระทำอยู่ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ แต่ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดจากการลงโทษตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษนั้นหรือผลจากการลงโทษก็ตาม

อย่างไรก็ตามการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติ หรือการลงโทษอันทารุณ ไร้มนุษยธรรม หรือเลวร้ายนั้น ก็อาจเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติร่วมด้วย หากปรากฏว่าการทรมานนั้นได้กระทำขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้าง หรืออย่างเป็นระบบโดยมีประชาชนพลเรือนเป็นเป้าหมาย

2.4 อนุสัญญาว่าด้วยการไม่ใช้ข้อจำกัดที่กำหนดไว้ตามกฎหมายต่ออาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)

อนุสัญญาว่าด้วยการไม่ใช้ข้อจำกัดที่กำหนดไว้ตามกฎหมายต่ออาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้ เป็นตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับกระบวนการในการดำเนินคดีต่อความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งเกิดจากการเล็งเห็นว่าความผิดดังกล่าวเป็นอาชญากรรมร้ายแรงกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่ควรปล่อยให้มาตรการหรือกฎหมายภายในประเทศมาเป็นอุปสรรคในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความ

ผิด โดยรัฐซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญาจะต้องกำหนดมาตรการ หรือบัญญัติกฎหมายอันจำเป็นต่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และจะต้องดำเนินการใดๆตามกฎหมายภายในประเทศของตน เพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่มีข้อจำกัดในการดำเนินคดีและการลงโทษผู้กระทำผิดฐานอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ ทั้งนี้ผู้ที่กระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่ว่าจะกระทำในภาวะสงคราม หรือภาวะสันติ และการกระทำนั้นจะเป็นความผิดตามกฎหมายภายในประเทศของตนด้วยหรือไม่ก็ตาม ย่อมถูกดำเนินคดีและลงโทษได้โดยปราศจากข้อจำกัด²⁷

3. ปัญหาการทับซ้อนระหว่างอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกับอาชญากรรมสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

อาชญากรรมหลักซึ่งปรากฏตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนอกเหนือไปจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้น ยังมีอาชญากรรมสงครามและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นความผิดที่มีลักษณะความผิดใกล้เคียงกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ จนอาจสร้างความสับสนในฐานความผิดเหล่านั้นได้ เนื่องจากในบางกรณีการกระทำกรรมเดียวอาจเป็นได้ทั้งความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ร่วมกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติก็ได้ ในส่วนนี้จึงจะได้วิเคราะห์ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกับอาชญากรรมสงครามและความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

3.1 อาชญากรรมต่อมนุษยชาติกับอาชญากรรมสงคราม

การทำสงครามเป็นการแสดงออกถึงความขัดแย้งระหว่างรัฐสองรัฐหรือหลายรัฐ โดยมีลักษณะของสงครามซึ่งอาจแยกออกได้ 4 ประการดังนี้²⁸

- 1) ต้องเป็นการต่อสู้กันโดยใช้กำลังกองทัพ
- 2) การต่อสู้จำเป็นต้องเป็นการกระทำระหว่างรัฐอย่างน้อย 2 รัฐขึ้นไป ต่อมานักกฎหมายระหว่างประเทศ มีความเห็นสอดคล้องกันว่า คำว่า "สงคราม" ยังไม่ครอบคลุมสถาน

²⁷ Article1 (b) of Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, 754 U.N.T.S.73. (6 November1968)

²⁸ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 8.

การณ์ต่างๆที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ ในการประชุมเพื่อยกร่างอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ผู้เชี่ยวชาญจากหลายประเทศจึงได้ใช้คำว่า “การขัดกันทางอาวุธ” เพื่อประกอบสถานการณ์อื่นๆซึ่งมิใช่กรณีสงครามที่ได้มีการประกาศ หรือกรณีการขัดกันทางอาวุธอันมิได้มีลักษณะระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นในปัจจุบันนักกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับกันว่า คู่กรณีแห่งสงครามไม่จำเป็นต้องเป็นรัฐกับรัฐเท่านั้น โดยอาจเป็นรัฐบาลผู้ปกครองอาณานิคม หรือประเทศที่เข้ายึดครอง กับกลุ่มประชาชนหรือขบวนการปลดแอกแห่งชาติ หรือฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับนโยบายการปกครองของรัฐก็ได้

- 3) สงครามจะต้องเป็นการกระทำของทั้งสองฝ่าย โดยการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่แสดงออกถึงความเป็นศัตรูต่อกัน ดังนั้นการใช้กำลังของรัฐหนึ่งต่อรัฐอีกรัฐหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียวถือไม่ได้ว่าเป็นสงคราม ตราบใดที่ยังไม่มีการตอบโต้ในลักษณะเดียวกันจากอีกฝ่ายหนึ่งหรืออย่างน้อยที่สุดก็โดยการประกาศของอีกฝ่ายหนึ่งว่า การกระทำของตนเหล่านั้นเป็นการกระทำสงคราม
- 4) จุดมุ่งหมายของรัฐที่กระทำสงคราม คือ ผลประโยชน์ของชาติ

ส่วนการกระทำอันเป็นความผิดฐาน “อาชญากรรมสงคราม” ในความหมายของธรรมนูญกรุงโรม หมายถึง

(ก) การละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ซึ่งได้แก่ การกระทำใดๆต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่เกี่ยวข้อง

(ข) การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ ภายในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ

(ค) ในกรณีการขัดกันทางอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ปีค.ศ. 1949 ซึ่งได้แก่การกระทำใดที่ได้กระทำต่อบุคคลที่มีได้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์ รวมทั้งบุคคลในกองทัพซึ่งได้วางอาวุธของตน และผู้ที่ออกจากการสู้รบเนื่องจากป่วยไข้ บาดเจ็บ หรือถูกคุมขังหรือสาเหตุอื่น

(ง) การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับกับการขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่ในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้ว

โดยสรุปแล้ว อาชญากรรมสงคราม เป็นการกระทำที่ละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมาย หรือจารีตประเพณีที่ปรับใช้ในสงคราม รวมถึงการขัดกันทางอาวุธซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ หรือภายในประเทศ เช่น สงครามกลางเมือง (civil war) ด้วย²⁹ ซึ่งหมายความว่า อาชญากรรมสงครามจะเกิดขึ้นได้จะต้องเป็นการกระทำในช่วงระหว่างสงคราม หรือมีการขัดกันทางอาวุธเกิดขึ้นเท่านั้น

ในขณะที่ความคิดเรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมาจากพื้นฐานที่ว่า ความผิดบางอย่างไม่อาจถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามได้ ทั้งนี้ในการประชุมครั้งแรกของกรรมาธิการทางกฎหมายของคณะกรรมาธิการอาชญากรรมสงครามแห่งสหประชาชาติ (The Legal Committee of the United Nations War Crimes Commission) ผู้แทนจากประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ยืนยันว่า ความผิดซึ่งกระทำโดยพวกนาซีต่อชาวยิว ตลอดจนความผิดซึ่งกระทำโดยเหตุผลทางศาสนา หรือเชื้อชาติ อันดำเนินการตามลัทธิของนาซีนั้น จำเป็นต้องอาศัย "กฎหมายแห่งมนุษยชาติ" ซึ่งกำหนดความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมาปรับใช้ แม้ว่ากรณีที่เกิดขึ้นจะไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย หรือจารีตประเพณีแห่งสงครามก็ตาม เพราะการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นอาชญากรรมร้ายแรงต่อรากฐานของอารยธรรม โดยไม่คำนึงถึงสถานที่และเวลา³⁰

ทั้งนี้ในระยะแรกการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะเป็นความผิดได้ก็ต้องมีความเกี่ยวพันกับสงคราม หรือการขัดกันทางอาวุธ ซึ่งถือเป็นอุปสรรคสำคัญในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด จึงก่อให้เกิดความพยายามในการพัฒนาคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในช่วงต่อมา โดยกำหนดให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นความผิดได้ แม้ไม่มีความเกี่ยวพันกับสงคราม หรือการขัดกันทางอาวุธก็ตาม

ดังนั้นในปัจจุบันจึงกล่าวได้ว่าคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้รับการพัฒนาขึ้นจนมีส่วนช่วยแก้ไขข้อบกพร่องในเรื่องเขตอำนาจศาลเหนือความผิดฐานอาชญากรรมสงครามได้ ซึ่งถือเป็นความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในประการที่สำคัญด้วย กล่าวคือ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะเป็นการกระทำอาชญากรรมที่เกิดขึ้นทั้งในภาวะสงคราม

²⁹ Dieter Kastrup, "From Nuremberg to Rome and Beyond: the Fight against Genocide, War Crimes, and Crimes Against Humanity," *Fordham International Law Journal* 23 (1999): 409.

³⁰ Olivia Swaak-Goldman, ed., "Crimes against humanity" in *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*, vol. I, p.163.

และภาวะสันติ ในขณะที่อาชญากรรมสงครามนั้นจะต้องเป็นการกระทำเฉพาะที่เกิดขึ้นเมื่ออยู่ในภาวะสงครามเท่านั้น หรืออีกนัยหนึ่ง การกระทำอาชญากรรมสงครามอาจจะถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอยู่ด้วย

นอกเหนือจากความแตกต่างกันในด้านเนื้อหาแล้ว ยังมีการเสนอความเห็นที่ว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีความร้ายแรงกว่าอาชญากรรมสงครามด้วย เนื่องจากอาชญากรรมสงครามเป็นการแสดงถึงความโหดร้ายของการกระทำที่มีอยู่ในฐานความผิดนี้ แต่อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นอาชญากรรมที่มุ่งกระทำโดยตรงต่อเหยื่อซึ่งเป็นปัจเจกชน อันเป็นการแสดงถึงการโจมตีซึ่งมีการวางแผนกระทำต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย ในปัจจุบันความเข้าใจว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีความร้ายแรงกว่าอาชญากรรมสงครามจึงได้รับการสนับสนุนจากแนวคิดทางนิติศาสตร์ระหว่างประเทศมากขึ้น ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของศาลยูโกสลาเวียในคดี Tadic ซึ่งได้พิพากษาให้ลงโทษจำเลยสำหรับการกระทำที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหนักกว่าการกระทำซึ่งเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม³¹

3.2 อาชญากรรมต่อมนุษยชาติกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

คำว่า “การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ปรากฏขึ้นครั้งแรกภายหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งแสดงถึงการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงโดยการทำลายล้างกลุ่มชนชาติ เชื้อชาติ ชาติพันธุ์หรือศาสนา ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนไม่ว่าด้วยการฆ่าหรือก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงแก่กายหรือจิตใจก็ตาม และหลังจากที่ได้มีการนำคำดังกล่าวนี้มาใช้แล้ว ประชาคมโลกก็ได้ตระหนักว่าการกระทำของ Hitler ผู้นำพรรคนาซีต่อชาวยิวโดยการฆ่า ทารุณกรรม เอาตัวลงเป็นทาส หรือกักขังไว้ใน concentration camps นั้นถือเป็นการกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ด้วย³² ต่อมาจึงได้เกิดความพยายามที่จะนำตัวผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดมาดำเนินคดี จึงมีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ในปี ค.ศ. 1948 ขึ้น

โดยความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาดังกล่าวต้องเป็นการกระทำด้วยเจตนาฆ่าล้าง ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน (intent to destroy in whole or in part) และมุ่งกระทำ

³¹ Ibid., p. 164.

³² Mary Robinson, “Genocide, War Crimes, Crimes against Humanity,” *Fordham International Law Journal* 23 (1999): 276.

ต่อกลุ่มใด กลุ่มหนึ่งดังที่ระบุไว้เท่านั้น อันได้แก่ กลุ่มสัญชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือ กลุ่มศาสนา ซึ่งหมายความว่ากระทำต่อกลุ่มอื่นๆ เช่น กลุ่มการเมือง กลุ่มชนชั้นทางเศรษฐกิจ หรือสังคม แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่มีมีความรุนแรงเพียงใดก็ไม่อาจกลายเป็นความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้³³

ดังที่ศาลรวันดาได้กล่าวไว้ในการพิจารณาคดี Akayesu ว่าเจตนาในการทำลายล้างต่อกลุ่มที่ระบุไว้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเป็นสิ่งจำเป็นที่สุดในการพิจารณาความผิดฐานอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากนี้ในการพิจารณาคดี Jelasic ของศาลยูโกสลาเวียแสดงให้เห็นว่า เจตนาดังกล่าวนั้นมิใช่เป็นแต่เพียงจะก่อให้เกิดการแบ่งแยกต่อกลุ่ม (discriminatory intent) ซึ่งอาจเป็นเพียงความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเท่านั้น แต่ยังต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษว่า ผู้กระทำประสงค์ที่จะทำลายล้าง (destroy) ต่อกลุ่มเหล่านั้น มิใช่แค่แบ่งแยก³⁴

ในขณะที่การกระทำผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นมีประชาชนพลเรือนเป็นเป้าหมาย โดยไม่จำกัดกลุ่มผู้ตกเป็นเหยื่อ จึงพบว่าบ่อยครั้งผู้กระทำความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้น มีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอยู่ด้วย เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวกัมพูชากว่า 2 ล้านคนที่เกิดขึ้นตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ.1975 ถึงปี ค.ศ.1979 โดยการกระทำของรัฐบาล เขมรแดงโดยมี นายพล พต เป็นผู้นำรัฐบาล หรือการกระทำของรัฐบาลคอมมิวนิสต์ของประเทศลาว ซึ่งได้ฆ่าประชาชนชาวลาว³⁵ และเช่นเดียวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของพรรคนาซี ซึ่งกระทำต่อชาวยิวกว่า 6 ล้านคน ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2

จนกระทั่งในปัจจุบันธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้เป็นความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย ซึ่งคำจำกัดความของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมนั้นบัญญัติไว้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ว่า

³³ Survivors' Right International: Definition of Crimes against Humanity. Available from: http://www.survivorrightsinternational.org/definitions/humanity_crimes.mv [2002, June 9]

³⁴ Evo Popoff, "Hearing the Cry without the Call: Rape, Genocide, and the Rwanda tribunal," *Syracuse Journal of international Law and Commerce*, 28 (2001): 109.

³⁵ Vang Pobzeb, Genocide in Cambodia and Laos. Available from: <http://home.earthlink.net/laohumrights/laohd121.html> [2002, June 9]

“...การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การกระทำใดๆ ดังต่อไปนี้ ซึ่งกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มศาสนา ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน เพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น ดังต่อไปนี้

- (ก) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (ข) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม
- (ค) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายล้างทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมด หรือบางส่วน
- (ง) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตรภายในกลุ่ม
- (จ) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง

ดังนั้นการกระทำที่เป็นความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะกระทำโดยการฆ่า การก่อให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจอย่างสาหัส การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายล้างทางกายภาพ การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตร หรือการบังคับโยกย้ายเด็กก็ตาม เหล่านี้ล้วนแต่เป็นการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้เช่นกัน

ทั้งนี้ในปัจจุบันตามธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้อย่างชัดเจนว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบด้วย ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งได้กระทำขึ้นในวงกว้าง คือ การกระทำที่มีผู้ตกเป็นเหยื่อจำนวนมากหรือมีความร้ายแรงอย่างใหญ่หลวง หรือการกระทำที่ได้กระทำอย่างเป็นระบบ เช่น การกระทำที่ดำเนินการตามแผน หรือนโยบาย ของรัฐบาลเขมรแดง รัฐบาลคอมมิวนิสต์ของประเทศลาว ในช่วง ปี ค.ศ.1975 ถึง 1979³⁶ หรือพรคนาซี การกระทำดังกล่าว ถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย

โดยสรุปตามบทบัญญัติความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ แม้ว่าจะมีความคล้ายกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่ก็มีข้อแตกต่างกันในประการสำคัญ คือ

- (1) ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มีฐานความผิดที่ปรับใช้ได้แคบกว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มุ่งกระทำต่อกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดดังที่ระบุไว้เท่านั้น อันได้แก่ กลุ่มสัญชาติ กลุ่มชาติพันธุ์

³⁶ Ibid.

กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มศาสนา แต่ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นการกระทำต่อประชาชนพลเรือน ไม่จำเพาะว่าต้องเป็นการกระทำต่อกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดเท่านั้น

(2) การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ก็จะต้องมีองค์ประกอบของฐานความผิดที่สำคัญด้วย นั่นคือ การโจมตีที่เกิดขึ้นในวงกว้าง หรืออย่างเป็นระบบ ฉะนั้นแม้ว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะมีฐานความผิดที่กว้างกว่า แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ทุกกรณีจะเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย หากการกระทำนั้นมิได้เกิดขึ้นในวงกว้าง หรือเป็นการกระทำอย่างเป็นระบบ

3.3 อาชญากรรมการรุกราน

จากความขัดแย้งซึ่งยังไม่อาจหาข้อยุติได้จึงทำให้การรุกรานเป็นอาชญากรรมที่ยังไม่ได้มีการให้คำจำกัดความไว้ในธรรมนูญ โดยการให้คำจำกัดความดังกล่าวจะได้กระทำหลังจากที่ธรรมนูญเริ่มใช้บังคับไปแล้วเป็นเวลา 7 ปี

4. ความรับผิดทางอาญาในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

ในระยะแรกเริ่มนั้น หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับว่ารัฐเป็นบุคคล ตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น จนกระทั่งก่อนกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 ตามความเห็นของสำนักกฎหมายธรรมชาติถือว่า แต่บุคคลธรรมดาอาจเป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้หากกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดเอาไว้ ส่วนสำนักสังคมนิยมเห็นว่าบุคคลธรรมดาเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่เพียงผู้เดียว โดยรัฐมีหน้าที่แต่เพียงจัดเตรียมกลไกทางกฎหมายสำหรับวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดาโดยรวมเท่านั้น³⁷ ดังนั้น ในแง่ของความรับผิดทางอาญาจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าบุคคลธรรมดา รัฐ รวมทั้งผู้กระทำที่มีชื่อรัฐ (non-state actor) จะตกอยู่ภายใต้ความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่

³⁷ Karl Josef Partsch, "Individual in International Law," *Encyclopedia of Public International Law* 8 (1985): 316. อ้างถึงใน กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม," หน้า 59.

4.1 ความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐ

แม้ว่ารัฐจะเป็นตัวตนที่เป็นนามธรรม แต่หากการกระทำความผิดใดๆ ไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำของรัฐได้ โดยเฉพาะในแง่ของความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ ก็จะทำให้รัฐอื่นๆ ได้รับความกระทบเพราะไม่อาจยุติการกระทำอันเป็นความผิดนั้นได้ รวมทั้งไม่อาจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนสำหรับผู้ตกเป็นเหยื่อ หรือได้รับหลักประกันว่าจะไม่ถูกกระทำอีกต่อไป ดังนั้นความรับผิดชอบของรัฐจึงได้กำหนดไว้เพื่อให้เป็นพื้นฐานในการเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งจากรัฐที่กระทำผิดแต่ประเด็นปัญหาก็คือ ความรับผิดชอบของรัฐในทางอาญากล่าวคือรัฐจะสามารถรับผิดชอบและถูกลงโทษในทางอาญาได้หรือไม่

ในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีหน้าที่พัฒนากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้จัดทำร่างข้อบังคับเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐปี ค.ศ. 1996 ซึ่งได้กำหนดว่าการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐจะก่อให้เกิดความรับผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐ โดยในข้อ 19 ของร่างข้อบังคับดังกล่าว ได้แบ่งแยกอาชญากรรมระหว่างประเทศออกจากการกระทำที่ไม่ชอบในทางระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดรัฐต้องรับผิดชอบอย่างชัดเจน กล่าวคือ ตามร่างข้อบังคับนั้นกำหนดว่า การกระทำของรัฐซึ่งเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบในทางระหว่างประเทศ โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการละเมิดพันธกรณีในเรื่องใด ส่วนการกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นการกระทำที่ไม่ชอบในทางระหว่างประเทศซึ่งเป็นผลมาจากการที่รัฐละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอันสำคัญต่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาคม โดยการกระทำละเมิดดังกล่าวนี้ประชาคมโลกถือว่าเป็นอาชญากรรม ดังนั้นการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติจึงถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งในแง่ของร่างข้อบังคับนี้ และตามธรรมเนียมกฎหมายโรมซึ่งทำให้เกิดความรับผิดในทางอาญาของรัฐด้วย

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาและบรรดาประเทศในแถบเอเชียต่างเห็นว่ารัฐไม่อาจมีความรับผิดในทางอาญาได้³⁸ และดังที่ Ian Brownlie ได้กล่าวว่า เมื่อรัฐใดก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอีกรัฐหนึ่ง รัฐนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายที่เกิดขึ้น โดยประเทศสหรัฐ

³⁸ Vitit Muntarbhorn, "The 1899 Hague Peace Conference and the Development of the Laws of Wars: Asia's Contribution to the Quest of Humanitarianism ?," in T. L. H. Mc. Cormack et al. (eds.), *A Century of War and Peace*, 111-137. (The Hague: Kluwer Law International, 2001) p. 128.

อเมริกาเห็นว่าการกำหนดแนวคิดเรื่องการก่ออาชญากรรมของรัฐไว้ในร่างข้อบังคับจะทำให้เกิดความยุ่งยาก เพราะในปัจจุบันระบอบทางระหว่างประเทศได้วางมาตรการทางกฎหมายที่จะตอบโต้การก่ออาชญากรรมไว้แล้ว³⁹ นอกจากนี้ ตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 25 (4) ยังได้ระบุว่าความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลธรรมดาตามธรรมนูญนี้ย่อมไม่ส่งผลให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่ประการใด ซึ่งอาจแสดงให้เห็นได้ว่ารัฐไม่อาจรับผิดและถูกลงโทษในทางอาญาได้

ในปัจจุบันได้มีการยกเลิกคำว่า "อาชญากรรม" ที่ปรากฏอยู่ในข้อ 19 ของร่างข้อบังคับฉบับเดิม ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าจะเป็นเครื่องแสดงถึงการขจัดแนวคิดเรื่องความรับผิดของรัฐในทางอาญาได้หรือไม่ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้จัดทำร่างข้อบังคับว่าด้วยความรับผิดของรัฐต่อการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) ซึ่งกำหนดถึง " การกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง " ต่อพันธกรณีภายใต้กฎเกณฑ์ที่เด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (serious breaches of peremptory norm of general international law) ว่าเป็นความรับผิดของรัฐไว้ในข้อ 40 แทนที่การใช้คำว่า "อาชญากรรม" ทั้งนี้ตามข้อ 53 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (the Vienna Convention on the Law of Treaties) ได้กำหนดว่า กฎเกณฑ์ที่เด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปนั้น ได้ยอมรับและรับรองโดยประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดว่าเป็นกฎเกณฑ์ซึ่งไม่อาจทำให้เสื่อมค่า และแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะกระทำได้โดยกฎเกณฑ์ในลักษณะเดียวกันนี้เท่านั้น เช่น ข้อห้ามในเรื่องการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การทรมาน รวมทั้งการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย

การกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงนั้นจึงดูเหมือนจะสะท้อนให้เห็นข้อ 19 ของร่างข้อบังคับฉบับเดิม เพียงแต่ไม่ใช่คำว่า "อาชญากรรม" เท่านั้น กล่าวคือ โดยนัยแล้ว การก่ออาชญากรรมก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงนั่นเอง ดังนั้นแนวคิดเรื่องความรับผิดของรัฐในทางอาญาจึงยังคงปรากฏอยู่ในร่างข้อบังคับฉบับใหม่นี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ารัฐไม่อาจมีความรับผิดในทางอาญาในลักษณะเดียวกับบุคคลธรรมดาได้ เนื่องจากรัฐเป็นตัวตนในทางนามธรรมจึงไม่อาจจับหรือจำคุกได้ แต่บุคคลธรรมดาซึ่งอยู่เบื้องหลังการกระทำของรัฐต่างหากที่จะต้องรับผิดในทางอาญาจากการก่ออาชญากรรมนั้น

³⁹ Ibid.

4.2 ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลธรรมดา

แนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศอาจแบ่งสถานะของบุคคลธรรมดาในกฎหมายระหว่างประเทศได้ดังนี้⁴⁰

(1) แนวความคิดทวินิยม (The dualist conception) เห็นว่ารัฐเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่บุคคลธรรมดาเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายภายในประเทศ โดยกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดาจะกำหนดแก่รัฐที่มีเขตอำนาจเหนือบุคคลนั้น เพื่อให้รัฐกำหนดสิทธิและหน้าที่กับบุคคลธรรมดาอีกต่อหนึ่งแทนที่จะกำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลธรรมดาโดยตรง

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

จากแนวความคิดดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับสถานะของบุคคลธรรมดาในระดับหนึ่ง โดยบุคคลธรรมดาได้เข้ามามีบทบาทในกฎหมายระหว่างประเทศมากขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยที่ประชุมสันติภาพ ณ กรุงเฮก ในปี ค.ศ. 1899 และ ค.ศ. 1907 ได้ยอมรับบุคคลธรรมดาในฐานะที่เป็นผู้รับประโยชน์ในพันธกรณีของรัฐมากกว่าแต่ก่อน ซึ่งจะเห็นได้จากการที่บุคคลธรรมดานั้นในรับการปกป้องในยามสงครามนั่นเอง⁴¹ นอกจากนี้เหตุการณ์ที่สำคัญซึ่งชี้ให้เห็นว่าบุคคลธรรมดาเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศก็คือ การดำเนินคดีกับบุคคลธรรมดาซึ่งก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศต่อศาลนูเรมเบิร์กและศาลโตเกียว ทำให้เห็นว่าบุคคลธรรมดานั้นนอกจากจะมีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะได้รับการปกป้องทั้งจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและอนุสัญญาต่างๆแล้ว บุคคลธรรมดาก็ยังมีความรับผิดชอบต่อการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วย นอกจากนี้ในปัจจุบันบทบัญญัติของธรรม

⁴⁰ 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. Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda (Illinois: Charles C. Thomas Publisher, 1973), p. 130.

⁴¹ Karl Josef Partsch, "Individual in International Law," *Encyclopedia of Public International Law* 8 (1985): 318. อ้างถึงใน กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม," หน้า 60.

บุญกรุงโรมยังได้สะท้อนให้เห็นทิศทางของกฎหมายระหว่างประเทศในการดำเนินคดีอาญากับบุคคลธรรมดาได้อย่างชัดเจน

โดยในแง่ของความรับผิดชอบทางอาญานั้น ตามธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดาไว้อย่างชัดเจนในข้อ 25 ว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดา โดยหากบุคคลธรรมดานั้นได้ก่ออาชญากรรมซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ บุคคลนั้นก็จะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนและอาจถูกลงโทษได้ ทั้งนี้บุคคลธรรมดาที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลนั้นจะต้องไม่เป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ในขณะที่ได้กระทำความผิด โดยบุคคลธรรมดาที่อาจจะต้องรับผิดชอบทางอาญาและถูกลงโทษได้ตามธรรมนูญกรุงโรมนั้น ได้แก่

(1) บุคคลซึ่งประกอบอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาล ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะกระทำการคนเดียว ร่วมกับบุคคลอื่นหรือผ่านทางบุคคลอื่น ไม่ว่าจะบุคคลอื่นนั้นจะต้องรับผิดชอบอาญาด้วยหรือไม่ก็ตาม

(2) บุคคลซึ่งสั่งการ ขอร้อง หรือชักจูงให้มีการประกอบอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาล ซึ่งได้กระทำให้ขึ้นแล้วหรือถึงขั้นพยายามแล้ว

(3) บุคคลซึ่งให้การสนับสนุน ยุยง หรือช่วยเหลืออื่นใดในการประกอบอาชญากรรม หรือพยายามประกอบอาชญากรรม รวมทั้งหาวิธีการสำหรับการประกอบอาชญากรรม เพื่อความประสงค์ที่จะให้ความสะดวกในการประกอบอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาล

(4) บุคคลซึ่งมีส่วนร่วมในการประกอบอาชญากรรม หรือการพยายามประกอบอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาล ของกลุ่มบุคคลที่กระทำด้วยความมุ่งหมายร่วมกัน โดยการสนับสนุนกิจกรรม หรือให้บรรลุความมุ่งประสงค์ทางอาชญากรรมของกลุ่มซึ่งเกี่ยวพันกับการก่ออาชญากรรม หรือมีส่วนร่วมโดยรู้ถึงเจตนาในการประกอบอาชญากรรม หรือการพยายามประกอบอาชญากรรมของกลุ่มบุคคลที่กระทำด้วยความมุ่งหมายร่วมกัน

(5) บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้ปฏิบัติการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในสถานที่ของบุคคลอื่นโดยตรง และเปิดเผยต่อสาธารณชน

(6) บุคคลซึ่งพยายามประกอบอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาล โดยเริ่มปฏิบัติการด้วยวิธีการอันเป็นขั้นต้นสำคัญ แต่ไม่บรรลุผลเพราะเหตุการณีสืบที่ไม่เกี่ยวข้องกันเจตนาของบุคคล แต่บุคคลที่ละทิ้งความพยายามที่จะประกอบอาชญากรรมหรือป้องกันด้วยประการอื่นไม่ให้อาชญากรรมบรรลุผล ไม่ต้องได้รับโทษในความพยายามนั้น หากบุคคลนั้นยอมล้มเลิกความมุ่งประสงค์ทางอาญานั้นอย่างสิ้นเชิงและโดยสมัครใจ

อย่างไรก็ตามในกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศอาจมีบุคคลธรรมดาในบางสถานะที่ได้รับความคุ้มครอง เช่น ประมุขของรัฐ ผู้นำรัฐบาล สมาชิกของรัฐบาลหรือรัฐสภา หรือเจ้าหน้าที่รัฐ ทั้งนี้มีในคำตัดสินคดี *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Congo v. Belgium)* เมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ปี ค.ศ.2002 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁴² ซึ่งเป็นที่น่าข้อสังเกตว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างเช่นอาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้น หากผู้กระทำเป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครอง แม้ว่าจะกระทำการนั้นไปโดยส่วนตัวก็ไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐต่างประเทศ อย่างไรก็ตามนักวิชาการหลายท่านและศาลได้ให้ความเห็นแย้งว่าคำตัดสินของศาลดังกล่าวนั้นควรจะตีความว่า อาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่อาจถือเป็นการกระทำในหน้าที่ได้ แต่จะต้องถือว่าเป็นกระทำโดยส่วนตัวซึ่งก่อให้เกิดบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบ แม้ว่าผู้กระทำจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม ซึ่งการตีความเช่นนี้ยังได้ปรากฏอยู่ในคำตัดสินของ House of Lords ในคดี *Pinochet* ด้วย⁴³ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรพิจารณาถึงการกระทำของผู้ที่ได้รับความคุ้มครองว่าเป็นเรื่องส่วนตัวหรือไม่ หากการกระทำนั้นเป็นเรื่องส่วนตัวก็ไม่ควรให้บุคคลนั้นได้รับความคุ้มครองจากการกระทำความผิดดังกล่าว โดยต้องคำนึงว่าการกระทำซึ่งเป็นการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศไม่ใช่การกระทำโดยส่วนตัว ดังนั้นบุคคลที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศจึงไม่ควรได้รับความคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม ในการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าความคุ้มครองที่ติดอยู่กับสถานะของบุคคลนั้น ไม่อาจทำให้บุคคลนั้นหลุดพ้นจากการดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศไปได้⁴⁴

ประเด็นเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลธรรมดา นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ยังมีเรื่องการก่ออาชญากรรมของบุคคลซึ่งมิได้กระทำการในนามของรัฐ (non-state agents) อีกด้วย

ผู้กระทำซึ่งมิใช่รัฐนั้นอาจหมายถึงความถึงปัจเจกชนคนหนึ่งคนใดหรือกลุ่มคนก็ได้ เช่น องครักษ์อาชญากรรม หรือกลุ่มผู้ก่อการร้าย และโดยส่วนใหญ่ การกระทำของผู้กระทำที่มิใช่รัฐก็มักจะมีลักษณะเป็นการก่อการร้ายที่เกิดขึ้นในช่วงภาวะสันติ ในขณะที่อาชญากรรมหลักนั้นมักจะนำมาปรับใช้ในการดำเนินคดีกับกองกำลังทางทหาร หรือนักการเมืองซึ่งได้ก่ออาชญากรรมขึ้นในช่วง

⁴² www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ICOB/ICOBFrame.htm. cited in Marina Spinedi, "State Responsibility V. Individual Responsibility for International Crimes: Trium Non Datur ?," *European Journal of International Law* 13, No.4 (2002): 895-896.

⁴³ Marina Spinedi, "State Responsibility V. Individual Responsibility for International Crimes Trium Non Datur ?": 896-897.

⁴⁴ Article 27 (2) of Rome Statute.

การขัดกันทางอาชญากรรม⁴⁵ อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งการก่อการร้ายก็อาจถือเป็นอาชญากรรมหลักได้ โดยการนำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมาปรับใช้กับการก่อการร้าย ซึ่งถือว่าเหมาะสมที่สุดในการดำเนินคดีกับผู้ก่อการร้าย⁴⁶ เช่น การกระทำของกลุ่ม A1 Qaeda ที่ได้โจมตีตึก World Trade Centre เมื่อวันที่ 11 กันยายน ปีค.ศ.2000 ที่ผ่านมา ซึ่งถือได้ว่าเป็นการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย

ทั้งนี้ กรณีที่ผู้กระทำความผิดมิใช่รัฐที่มีลักษณะเป็นกลุ่ม หรือองค์กรอาชญากรรม ได้มีการวางหลักความรับผิดชอบของกลุ่ม หรือองค์กรอาชญากรรม เพื่อให้ครอบคลุมผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด โดยวางหลักการให้พิสูจน์ถึงความเป็นสมาชิกขององค์กรอาชญากรรมเท่านั้น ก็เพียงพอให้บุคคลนั้นต้องรับผิด หรือที่เรียกว่า “ทฤษฎีการสมคบคิด”⁴⁷ อย่างไรก็ตามศาลอนุกรมเบริกได้ปฏิเสธแนวความคิดในเรื่องนี้ โดยกล่าวว่าศาลสามารถดำเนินคดีและลงโทษได้เฉพาะบุคคลธรรมดา (natural person) ในฐานะปัจเจกชนเท่านั้น ไม่ใช่ในฐานะสมาชิกของกลุ่ม หรือองค์กร และไม่อาจถือว่าบุคคลใดมีความผิดโดยการสันนิษฐาน ดังนั้นในปัจจุบันแนวคิดเรื่ององค์กรอาชญากรรมยังเป็นเรื่องใหม่และไม่อยู่ในระบอบของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ⁴⁸

สำหรับในส่วนของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้น ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้องเกิดขึ้นจากนโยบายของรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลยูโกสลาเวียและศาลรวันดาได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า นโยบายของรัฐมิใช่ข้อกำหนดซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอีกต่อไป และผู้กระทำที่มิใช่รัฐก็อาจตกเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้เช่นกัน⁴⁹ โดยในคดี Kayishema และคดี Ruzindana

⁴⁵ Mikaela Heikkilä, “Holding Non-State Actors Directly Responsible for Acts of International Terror Violence: The Role of International Criminal Law and International Criminal Tribunals in the Fight against Terror” (Research Report Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2002), p. 32.

⁴⁶ Ibid., p. 57.

⁴⁷ Ibid., p. 54.

⁴⁸ Ibid., p. 55.

⁴⁹ Tadic Opinion and Judgement, 7 May 1997, Case No. IT-94-1, para. 645-655, Kayishema and Ruzindana Judgement, 21 May 1999, Case No. ICTR-95-1-ICTR-96-10 in Mikaela Heikkilä, “Holding Non-State Actors Directly Responsible for Acts of International Terror Violence: The Role of International Criminal Law and International Criminal Tribunals in the Fight against Terror” , p. 42.

องค์คณะพิจารณาคดีได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า เขตอำนาจศาลครอบคลุมทั้งการกระทำของรัฐ และกรณีที่ถูกกระทำมิใช่รัฐด้วย และการให้เขตอำนาจเหนือจำเลยนั้นจะต้องรับฟังได้ว่า การกระทำของจำเลยได้ถูกยุยง หรือได้รับคำสั่งจากรัฐบาล องค์กรหรือกลุ่มใดๆ ด้วย⁵⁰

ดังที่ต่อมาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศก็ได้บัญญัติไว้ในร่างประมวลอาชญากรรม 1996 ว่า “อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึง การกระทำใดๆดังต่อไปนี้ เมื่อได้กระทำอย่างเป็นระบบ หรือเกิดขึ้นในวงกว้าง และเกิดจากการยุยง หรือได้รับคำสั่งจากรัฐบาล องค์กร หรือกลุ่มใดๆ” เช่นเดียวกัน

ส่วนบทบัญญัติของฐานความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญกรุงโรมก็ยอมรับว่า การกระทำซึ่งเกิดจากนโยบายขององค์กรนั้นเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นอกจากจะเกิดจากนโยบายของรัฐ และองค์กรได้แล้ว ก็อาจจะเกิดจากการกระทำของกลุ่มบุคคลใดๆด้วย และแม้ว่าจะมิได้มีการจัดตั้งขึ้นอย่างถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม

จากที่ได้กล่าวมาการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการนำตัวผู้ก่ออาชญากรรมหลักมาดำเนินคดีและลงโทษ ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือของนานาประเทศ เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจศาลก็แต่เฉพาะกับรัฐที่เป็นภาคีหรือรัฐที่ยอมรับเขตอำนาจศาลเท่านั้น โดยเฉพาะการเข้าเป็นภาคีของประเทศมหาอำนาจย่อมเป็นแรงผลักดันให้การจัดตั้งศาลบรรลุเป้าหมายยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีการออกข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1422 (SC Resolution 1422) โดยการริเริ่มของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะต้องการให้ผู้รักษาสันติภาพ (peacekeeper) ของตนที่เข้าไปปฏิบัติการใน Bosnia-Herzegovina ได้รับความคุ้มกันจากการถูกดำเนินคดีและลงโทษโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งผู้แทนจากประเทศสมาชิกกว่า 100 ประเทศ รวมทั้งประธานของสหภาพยุโรป, Rio-Group และ Like-Mind Group ได้คัดค้านข้อมติดังกล่าว ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เสนอให้แก้ไขข้อมติดังกล่าวให้มีระยะเวลาการบังคับใช้เป็นเวลา 12 เดือน โดยเริ่มตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคมปี ค.ศ. 2002 เป็นต้นไป ดังนั้นตามข้อมติดังกล่าวจึงทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่อาจใช้เขตอำนาจ

⁵⁰ Mikaela Heikkilä, “Holding Non-State Actors Directly Responsible for Acts of International Terror Violence: The Role of International Criminal Law and International Criminal Tribunals in the Fight against Terror”, p. 43.

ในการดำเนินการสอบสวน หรือดำเนินคดีใดๆกับเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้กระทำการหรือละเว้นกระทำการที่เกี่ยวข้องกับปฏิบัติการซึ่งได้รับมอบหมายหรือแต่งตั้งจากองค์การสหประชาชาติได้⁵¹ การออกข้อมติดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการกระทำในขั้นแรกของประเทศสหรัฐอเมริกาที่พยายามจะกันตัวผู้ถือสัญชาติของตนออกจากเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังได้อาศัยบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 98 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติเรื่องความร่วมมือเกี่ยวกับการสละความคุ้มกันและความยินยอมในการส่งมอบตัวไว้ว่า

“ศาลไม่อาจดำเนินการตามคำร้องขอส่งมอบตัว ซึ่งกำหนดให้รัฐที่ได้รับการร้องขอดำเนินการ โดยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของตนตามความตกลงระหว่างประเทศ เว้นแต่ศาลสามารถได้มาซึ่งความร่วมมือจากรัฐผู้ส่งนั้นในการให้ความยินยอมสำหรับการส่งมอบตัวดังกล่าวตั้งแต่แรก รัฐผู้ส่งจึงจำเป็นต้องยินยอมส่งมอบตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งของรัฐนั้นไปยังศาล” จัดทำความตกลงทวิภาคีกับประเทศต่างๆ เพื่อที่จะไม่ส่งมอบตัวคนสัญชาติของตนให้ศาลอาญาระหว่างประเทศ ดำเนินคดี ตามที่เรียกว่า “ความตกลงข้อ 98” (Article 98 Agreements) ทั้งนี้ในเดือนกรกฎาคม ปีค.ศ. 2003 นี้ จะเป็นวันครบกำหนดการบังคับใช้ข้อมติ 1422 และ ความตกลงข้อ 98 ดังนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาจึงพยายามที่จะให้มีการต่ออายุการบังคับใช้ข้อมติดังกล่าว และพยายามกดดันรัฐบาลประเทศต่างๆ ให้ลงนามในความตกลงข้อ 98 นี้ โดยการประกาศว่าจะตัดความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจ และทหาร หากประเทศใดไม่ยอมทำความตกลงกับตน

ประเด็นเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการแปลความข้อ 98 วรรค 2 ควรจะหมายถึงความถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ได้มีผลบังคับใช้อยู่แล้วในขณะที่รัฐนั้นได้เข้าเป็นภาคีกับธรรมนูญกรุงโรม มิใช่หมายถึงความร่วมมือถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นภายหลังจากที่รัฐนั้นได้เข้าเป็นภาคีแล้ว ส่วนประเทศที่ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมแล้วแต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน ก็ย่อมมีหน้าที่ในการไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการขัดขวางต่อความมุ่งหมายของการบังคับใช้ธรรมนูญนี้ด้วย และผู้เขียนเห็นว่าการทำ “ความตกลงข้อ 98” ถือว่าขัดต่อบทบัญญัติข้อ 98 ของธรรมนูญกรุงโรม และยังเป็น การขัดต่อหลักการเสริมเขตอำนาจในทางอาญาของรัฐ (principle of complementarity) ตามข้อ

⁵¹ Chronology of the U.S. Opposition to the International Criminal Court from Unsigning to Immunity Agreements. Available from <http://www.iccnw.org/pressroom/factsheets/FS-WFA-Art98Impunity.doc> [2003, April 20]

1 และข้อ 17 ของธรรมนูญ และขัดต่อข้อ 27 ซึ่งได้กำหนดว่าสถานะทางการของบุคคล ไม่ว่าจะตามกฎหมายภายในของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศต้องไม่ขัดขวางการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ และขัดต่อบทบัญญัติข้อ 86, 87, 89 และ 90 ซึ่งเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศและการให้ความช่วยเหลือทางศาลด้วย

โดยสรุปแล้วแนวความคิดเรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้เป็นที่รู้จักขึ้นครั้งแรกจากการประกาศข้อความอันแสดงถึงการห้ามละเมิด “กฎหมายแห่งมนุษยชาติ” ไว้ใน Martens Clause ซึ่งปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเฮกหลายฉบับ แต่ยังไม่มีการให้คำจำกัดความอาชญากรรมต่อชัดเจนขึ้นเมื่อมีการจัดทำธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กขึ้น โดยธรรมนูญศาลดังกล่าวนี้ได้บัญญัติให้ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นหนึ่งในความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล และได้ให้คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้เป็นครั้งแรกด้วย นับตั้งแต่ช่วงนั้นเป็นต้นมาการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจึงได้รับการพัฒนาเรื่อยมาทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของบางประเทศซึ่งได้มีการบัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้โดยเฉพาะ แต่ในขณะที่เดียวกันคำจำกัดความที่ปรากฏมาแล้วนั้นก็ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความไม่ชัดเจนในฐานความผิด และความไม่สอดคล้องกันของทิศทางในการพัฒนาคำจำกัดความดังกล่าว อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากคำจำกัดความที่ปรากฏแล้ว แนวคำพิพากษาของศาลที่ได้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติก็ได้มีส่วนช่วยในการตีความและทำให้เกิดความเข้าใจในฐานความผิดได้มากขึ้น ดังจะได้กล่าวในบทต่อไป

อย่างไรก็ตามแนวความคิดที่สำคัญอันถือเป็นบทสรุปได้ก็คือ ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำซึ่งผู้กระทำ และเหยื่อมีสัญชาติเดียวกันได้ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นถือเป็นส่วนช่วยในการแก้ไขข้อบกพร่องเขตอำนาจของศาลเหนือความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม เพราะความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นปรับใช้ได้กับการกระทำที่เกิดขึ้นทั้งในภาวะสงครามหรือภาวะสันติ หรือจะมีการขัดกันทางอาวุธเกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม