

บทที่ 4

บทวิเคราะห์คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ดังที่ได้ศึกษาบทบัญญัติของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินับตั้งแต่ช่วงธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กมาจนถึงธรรมนูญศาลรวันดาและแนวคำพิพากษาของศาลนั้นมาแล้วนั้น ทำให้เห็นถึงข้อขัดข้องบางประการของบทบัญญัติที่เคยมีมา อย่างไรก็ตามความพยายามที่จะปรับปรุงแก้ไขข้อขัดข้องของคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติให้หมดไปได้เกิดขึ้นอีกครั้งเมื่อมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ และได้มีการบัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมในฐานะที่เป็นความผิดฐานหนึ่งซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงควรที่จะวิเคราะห์ว่าคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญกรุงโรมนั้นได้แก้ไขข้อขัดข้องต่างๆที่เคยเกิดขึ้นได้มากน้อยเพียงใด โดยในเบื้องต้นการจัดทำธรรมนูญกรุงโรมนับว่าได้ทำให้ข้อโต้แย้งในเรื่องของหลักความชอบธรรมตามกฎหมายนั้นหมดไป เนื่องจากบทบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมได้เกิดขึ้นจากการเจรจาตกลงร่วมกันระหว่างรัฐ และมีผลบังคับใช้กับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นภายหลังจากวันที่ธรรมนูญกรุงโรมใช้บังคับแล้ว

1. การวิเคราะห์คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กำหนดคำจำกัดความอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ใน ข้อ 7 ย่อหน้าแรกว่า

เพื่อความมุ่งหมายของธรรมนูญนี้ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึงการกระทำใดๆ ดังต่อไปนี้ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่แพร่หลายหรือเป็นระบบ (a widespread or systematic attack) มุ่งโจมตีต่อประชาชนพลเรือน โดยการล่วงรู้ถึงการกระทำนั้น

- (ก) การฆาตกรรม (murder)
- (ข) การทำลายล้าง (extermination)
- (ค) การเอาลงเป็นทาส (enslavement)
- (ง) การขับไล่หรือบังคับให้ประชาชนขนย้าย (deportation or forcible transfer of population)

- (จ) การกักขังหรือทำให้สิ้นซึ่งเสรีภาพทางกายภาพอย่างร้ายแรง อันเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์พื้นฐานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ (imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law)
- (ฉ) การทรมาน (torture)
- (ช) การข่มขืนกระทำชำเรา , การทำให้เป็นทาสทางเพศ , การบังคับให้เป็นโสเภณี , การบังคับให้ตั้งครรภ์ , การบังคับให้ทำหมัน หรือรูปแบบอื่นที่เทียบได้กับการใช้ความรุนแรงทางเพศ ซึ่งมีลักษณะร้ายแรง (rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violation of comparable gravity)
- (ซ) การทำลายล้างต่อกลุ่มชนหรือหมู่ชนคนใดซึ่งสามารถระบุได้ เนื่องจากเหตุผลทางการเมือง, เชื้อชาติ, สัญชาติ, ชาติพันธุ์, วัฒนธรรม, ศาสนา, เพศตามที่ระบุไว้ในย่อหน้าที่สาม หรือเนื่องจากเหตุผลอื่นใดที่ยอมรับกันในสากลโลกว่าต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ อันเกี่ยวพันกับการกระทำใดซึ่งอ้างถึงไว้ในย่อหน้านี้ หรืออาชญากรรมใดภายใต้เขตอำนาจของศาลนี้ (persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court)
- (ฌ) การทำให้สูญหายไป (enforced disappearance of persons)
- (ญ) การเหยียดผิว (the crime of apartheid)
- (ฎ) การกระทำไร่มนุษยธรรมอื่นใดซึ่งจงใจให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส หรืออันตรายร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจ หรือพลานามัยในลักษณะเดียวกันนี้ (other inhumane act of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental physical health)

จากลักษณะของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามคำจำกัดความที่ปรากฏอยู่ในข้อ 7 ย่อหน้าแรกของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ อาจแบ่งการวิเคราะห์ในประเด็นสำคัญได้ดังนี้

- (1) ความเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ (armed conflict)
- (2) เจตนาที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยก (discriminatory motive)

- (3) การโจมตีในวงกว้างหรือเป็นระบบ (widespread or systematic attack)
- (4) เจตนาในการกระทำความผิดซึ่งเป็นองค์ประกอบภายใน (mens rea)

1.1 ความเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ (armed conflict)

“การขัดกันทางอาวุธ” ตามที่ปรากฏในธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียในความเห็นและคำพิพากษาขององค์คณะพิจารณาการอุทธรณ์ของศาลยูโกสลาเวีย หมายความว่า การขัดกันทางอาวุธไม่ว่าจะเกิดขึ้นระหว่างรัฐต่อรัฐ หรือการปะทะกันภายในประเทศระหว่างรัฐบาลกับกลุ่มติดอาวุธใดๆ หรือการปะทะกันระหว่างกลุ่มติดอาวุธด้วยกันเอง และการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นได้กระทำขึ้นในช่วงเวลาใดๆที่มีการขัดกันทางอาวุธนั้น โดยการกระทำนั้นไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องโดยตรงหรือเป็นส่วนหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธเสียทีเดียว¹

ข้อกำหนดเรื่องความเกี่ยวข้องทางอาวุธปรากฏขึ้นครั้งแรกในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กซึ่งเป็นการจำกัดเขตอำนาจศาลเหนือความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเฉพาะที่เกิดขึ้น “ก่อนหรือในช่วงสงคราม” เท่านั้น นอกจากนั้นตามบทบัญญัติของธรรมนูญศาลนี้ยังจำกัดว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติภายใต้เขตอำนาจศาลยังต้อง “เกิดจากหรือเกี่ยวข้องกับ” อาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติอีกด้วย และแม้ว่า CCL 10 ซึ่งได้พัฒนาต่อจากธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กจะมีได้ปรากฏถึงความเกี่ยวข้องของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกับสงครามก็ตาม แต่หลังจากนั้นในการบัญญัติความผิดของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียกลับปรากฏว่าได้มีการบัญญัติถึงความเกี่ยวข้องของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติกับการขัดกันทางอาวุธไว้อีกครั้ง อย่างไรก็ตามในช่วงต่อมานั้นบทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดาก็มิได้บัญญัติถึงความเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธไว้ จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาว่าข้อกำหนดดังกล่าวนี้ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ และควรที่ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคำพิพากษาของศาลยูโกสลาเวีย ได้ระบุว่าความเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลนั้น เป็นข้อกำหนดที่จำกัดขอบเขตการบังคับใช้

¹Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman, eds., Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Court, Vol. II (The Hague: Kluwer Law International, 2000), p. 165.

เกินกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งมีได้กำหนดถึงความเกี่ยวพันดังกล่าวนี้ไว้ และตั้งแต่การจัดทำธรรมนูญศาลรวันตามาจนถึงธรรมนูญกรุงโรม บทบัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติก็มิได้กำหนดเรื่องความเกี่ยวพันทางอาชญาไว้แต่อย่างใด

สำหรับในที่ประชุม ณ กรุงโรมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ก็ยังปรากฏว่าเสียงส่วนน้อยของรัฐที่เข้าร่วมการประชุมมีความเห็นว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะเกิดขึ้นได้ก็ต้องอาศัยความเกี่ยวพันกับการขัดกันทางอาชญาเท่านั้น ในขณะที่เสียงส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยกับการจำกัดความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้เพียงการกระทำที่เกี่ยวพันกับการขัดกันทางอาชญา เพราะอาจทำให้การกระทำส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นนั้น อยู่ภายใต้ฐานความผิดอาชญากรรมสงครามไปเสียทั้งหมด²

การกำหนดให้ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ไม่จำเป็นต้องอาศัยความเกี่ยวพันกับการขัดกันทางอาชญา จึงเป็นสิ่งสำคัญที่สุดประการหนึ่งในธรรมนูญศาลนี้ โดยที่ประชุมให้การยืนยันว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติอาจเกิดขึ้นได้ไม่เฉพาะแต่ในช่วงสงครามเท่านั้น แต่ยังสามารถเกิดขึ้นได้แม้ในภาวะสันติ หรือในภาวะความขัดแย้งของพลเรือนด้วย³ จึงเป็นเครื่องสะท้อนให้เห็นว่าในปัจจุบันทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และตราสารระหว่างประเทศ ข้อกำหนดเรื่องความเกี่ยวพันกับการขัดกันทางอาชญามิได้ถือว่าเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอีกต่อไป

การที่ธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้กำหนดให้ความเกี่ยวพันของการขัดกันทางอาชญา เป็นองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจึงเป็นการขยายเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างกว้างขวางขึ้น และมีส่วนช่วยในการคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อจากการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งได้กระทำขึ้นในภาวะสันติ โดยไม่มีการขัดกันทางอาชญาใดๆเกิดขึ้น เช่น การกระทำอันไร้มนุษยธรรมของรัฐบาลต่อประชาชนพลเรือนซึ่งไม่มีทางสู้

1.2 เจตนาที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยก (discriminatory motive)

² Mahnoush H. Arsanjani, "Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference", *American Journal of International Law* 9, No.1, (1999): 45-46.

³ Ibid.

ข้อกำหนดเรื่องเจตนาของผู้กระทำผิดที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยก อันเนื่องมาจากสาเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ ชนชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา หรือเพศตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมนั้น ปรากฏอยู่ในแนวความคิดเรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมาตั้งแต่แรกเริ่ม โดยได้กำหนดให้การกระทำอันไร้มนุษยธรรม ซึ่งรวมถึงการรังควาน (persecution) จะต้องประกอบด้วยเจตนาของผู้กระทำผิดดังกล่าวนี้ด้วย เพราะเห็นว่าการกระทำต่อปัจเจกชนด้วยเหตุที่เขาคือสมาชิกของกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดนั้น ผู้กระทำย่อมต้องมีเหตุผลบางประการ⁴

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก CCL 10 หลักเกณฑ์นูเรมเบิร์กธรรมนูญศาลโตเกียว รวมทั้งธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียได้แยกความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติออกเป็น 2 รูปแบบ คือ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่มีลักษณะเป็นการกระทำอันไร้มนุษยธรรม เช่น การฆาตกรรม การทำลายล้าง การเฆลงเป็นทาส การบังคับให้ขนย้าย และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่มีลักษณะเป็นการรังควานอันเนื่องมาจากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา

ทั้งนี้ในการพิเคราะห์ถึงธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลนูเรมเบิร์กโดยองค์การสหประชาชาติ ได้ระบุถึงประเด็นนี้ว่า⁵

อาจจะมีการโต้แย้งว่าข้อความที่ว่า “เนื่องมาจากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา” นำมาปรับใช้กับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในรูปแบบแรก คือ การกระทำใดๆอันไร้มนุษยธรรมด้วย ดังที่หัวหน้าอัยการชาวอังกฤษได้ยืนยันว่า “การฆาตกรรม การทำลายล้าง การเฆลงเป็นทาส การรังควานนั้นมีสาเหตุมาจากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา” แต่อย่างไรก็ตามการตีความดังกล่าวนี้ไม่อาจเชื่อถือได้ตามรูปแบบของคำในภาษาอังกฤษ ยิ่งไปกว่านั้นในการพิจารณาคดี von Schirach ศาลยังได้ระบุว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็น “การฆาตกรรม การทำลายล้าง การเฆลงเป็นทาส การบังคับให้ขนย้าย และการกระทำอันไร้มนุษยธรรมอื่นใด” และ “การรังควานอันเนื่องมาจากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา”

⁴ 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. 158.

⁵ The 1949 Memorandum of the Secretary-General on the Charter and Judgement of the Nürnberg Tribunal cited in Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman, eds., Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Court, Vol. II, p. 174.

ในช่วงต่อมาบทบัญญัติของธรรมนูญศาลรวันดาได้แสดงให้เห็นว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตามจะต้องเป็นการกระทำนั้นที่มีสาเหตุมาจากเรื่องชนชาติ การเมือง ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนาด้วย และแม้บทบัญญัติของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียจะมีได้กำหนดเรื่องเหตุจูงใจในการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ก็ตาม แต่ในวันที่ 7 พฤษภาคม ปีค. ศ. 1997 องค์คณะพิจารณาคดีของศาลยูโกสลาเวียได้พิจารณาคดี Tadic และวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ผู้กระทำต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยกต่อกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดด้วย แต่ในวันที่ 15 กรกฎาคม ปีค.ศ. 1999 คำพิพากษาดังกล่าวได้ถูกกลับโดยองค์คณะพิจารณาคดีการอุทธรณ์ ซึ่งอ้างถึงธรรมนูญกรุงโรมว่าได้ปฏิเสธการบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ นอกจากนี้องค์คณะพิจารณาคดีการอุทธรณ์ ยังเห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน ดังนั้นแม้ว่าบทบัญญัติของธรรมนูญศาลรวันดาจะได้กำหนดเรื่อง “เจตนาของผู้กระทำที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยก” ไว้อย่างชัดเจนก็ตาม การพิสูจน์ถึงเจตนาดังกล่าวนี้จะเป็นเพียงส่วนที่เสริมขึ้น ไม่ได้อยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁶

ในการเจรจา ณ ที่ประชุมกรุงโรมจึงเกิดประเด็นว่าการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยก อันเนื่องมาจากเหตุผลทางสัญชาติ, การเมือง, ชาติพันธุ์, เชื้อชาติ หรือศาสนา เหมือนอย่างที่เคยบัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลรวันดาหรือไม่

บรรดารัฐที่เข้าร่วมประชุมทั้งหมดเห็นพ้องตรงกันว่า เฉพาะความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันมีลักษณะ “การรังควาน” (persecution) ที่จำเป็นจะต้องกำหนดถึงเจตนาดังกล่าวนี้ไว้ดังกล่าว เพราะเป็นใจความสำคัญต่อการลงโทษผู้กระทำผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากการรังควานนั้น และการกำหนดให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติทุกรูปแบบจะต้องประกอบด้วยเจตนาของผู้กระทำที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยก อาจเป็นการสร้างภาระในการพิสูจน์ความผิดจนเกินไป⁷

ดังนั้นการที่บทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดให้ การก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติเฉพาะในลักษณะ “การรังควาน” เท่านั้น ที่จะต้องมีเจตนาของผู้กระทำผิด “อันเนื่องมา

⁶ Simon Chesterman, “An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity,” *Duke Journal of Comparative & International Law* 10 (2000): 324.

⁷ Mahnoush H. Arsanjani, “Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference”: 46-47.

จากสาเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา เพศ หรือสาเหตุอย่างอื่นอันเป็นที่ ยอมรับกันอย่างสากลว่าไม่สามารถกระทำได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ" จึงทำให้ความผิด ฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติสามารถบังคับใช้ได้อย่างกว้างขวาง และคุ้มครองประชาชนพล เรือนได้โดยไม่จำกัดแต่เพียงผู้ที่อยู่ในกลุ่มที่มีความแตกต่างทางการเมือง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ วัฒน ธรรม ศาสนา เพศหรือสาเหตุอย่างอื่นเท่านั้น

นอกจากนั้นส่วนที่ธรรมนูญกรุงโรมได้พัฒนาไปมากกว่าธรรมนูญศาลอื่นๆ ก็คือ ได้ การ บัญญัติว่า "การรังควาน" นอกจากจะเป็นการกระทำอันเนื่องมาจากสาเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ และศาสนาดังที่เคยบัญญัติไว้มาก่อน ยังรวมถึงการกระทำอันเนื่องมาจากสาเหตุทาง "วัฒนธรรม เพศ รวมทั้งสาเหตุอื่นๆที่ยอมรับอย่างสากลว่าไม่สามารถกระทำได้ตามกฎหมาย ระหว่างประเทศ" ด้วย จึงนับว่าเป็นข้อดีในการให้ความคุ้มครองต่อกลุ่มที่อาจตกเป็นเหยื่ออันเนื่อง มาจากการแบ่งแยกได้กว้างขวางขึ้น

โดยสรุปแล้วข้อกำหนดเรื่องเจตนาที่ก่อให้เกิดการแบ่งแยก เป็นองค์ประกอบภายในของ การกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ในรูปแบบของการรังควานเท่านั้น กล่าวคือ นอกจากผู้กระทำความผิดจะต้องมีเจตนา คือ กระทำโดยรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้ง ใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพล เรือนแล้ว ยังต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยกอันเนื่องมาจากสาเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา วัฒนธรรม เพศ หรือสาเหตุอื่นๆที่ยอมรับอย่างสากลว่าไม่สามารถกระทำได้ตาม กฎหมายระหว่างประเทศด้วย เพื่อแสดงให้เห็นถึงลักษณะของการกระทำอันเป็นการรังควานอย่าง ชัดเจน แต่เจตนาที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยกนี้ มิได้นำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดในรูปแบบ อื่นๆด้วย เนื่องจากจะเป็นการสร้างภาระในการพิสูจน์ความผิดไว้มากจนเกินไป

1.3 การโจมตีในวงกว้างหรือเป็นระบบ (widespread or systematic attack)

ข้อกำหนดเรื่องการโจมตีในวงกว้างหรือเป็นระบบ เพิ่งจะบัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลวัน ตาเป็นครั้งแรกซึ่งแสดงให้เห็นถึงการกระทำในระดับที่อาจตกอยู่ภายใต้ความผิดฐานอาชญากรรม ต่อมนุษยชาติได้ อย่างไรก็ตามแม้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย แม้จะมีได้บัญญัติถึงลักษณะของการกระทำในวงกว้างหรือเป็นระบบไว้อย่างแจ่มชัด แต่ศาลยูโกส ลาเวียยังได้อ้างถึง "การโจมตีในวงกว้างหรือเป็นระบบ" ไว้ในการพิจารณาความผิดฐานอาชญา

กรรมต่อมนุษยชาติด้วย และในธรรมนูญกรุงโรมยังได้บัญญัติถึงการโจมตีในวงกว้างหรือเป็นระบบไว้เป็นองค์ประกอบประการหนึ่งของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย

ในการวิเคราะห์เรื่องการโจมตีในวงกว้างหรือเป็นระบบนี้ อาจแยกออกได้เป็น 4 ประเด็น ดังนี้

- ก. ลักษณะที่เกิดขึ้นในวงกว้างหรือเป็นระบบ (Widespread or Systematic)
- ข. การโจมตี (Attack)
- ค. ข้อกำหนดเรื่องนโยบาย (The Policy Requirement)
- ง.เหยื่อหรือผู้ได้รับความคุ้มครอง

1.3.1 ลักษณะที่เกิดขึ้นในวงกว้างหรือเป็นระบบ (Widespread or Systematic)

เนื่องจากรัฐที่เข้าร่วมประชุมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ณ กรุงโรมทั้งหมดเห็นพ้องตรงกันว่า การกระทำอันไร้มนุษยธรรมมิได้ก่อให้เกิดความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ทุกการกระทำ ฉะนั้นจึงต้องบัญญัติข้อกำหนดในความผิดฐานนี้ให้ชัดเจน คำ 2 คำซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติและแนวคำพิพากษาของศาลที่เคยมีมา คือ คำว่า “แพร่หลาย” และ “เป็นระบบ” จึงได้นำมาใช้เพื่อแสดงให้เห็นลักษณะความเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติให้เด่นชัดขึ้น

ดังนั้นประเด็นที่ถกเถียงกันมากที่สุดในที่ประชุม ณ กรุงโรม จึงเป็นในเรื่องการกำหนดคำจำกัดความอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ก็คือ ควรบัญญัติถึงการโจมตีว่า “แพร่หลายหรือเป็นระบบ” ซึ่งมีลักษณะแยกจากกัน (disjunctive) หรือควรบัญญัติว่า “แพร่หลายและเป็นระบบ” ซึ่งมีลักษณะเชื่อมโยงกัน (conjunction)⁸

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าแม้ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียจะมีได้บัญญัติถึงลักษณะของการกระทำในวงกว้างหรือเป็นระบบไว้ แต่ศาลยูโกสลาเวียยังได้อ้างถึง “การโจมตีในวงกว้างหรือเป็นระบบ” ไว้ในการพิจารณาความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย เช่น ในคดี Vukovor Hospital และยังได้ชี้ให้เห็นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวนี้มีลักษณะที่แยกขาดจากกัน และนำมาปรับใช้ได้ ในลักษณะที่เป็นทางเลือก⁹ นอกจากนี้ตามรายงานของกรรมาธิการศาลพิเศษว่าด้วยการจัดตั้งศาล

⁸ Ibid., p. 47.

⁹ Phyllis Hwang, “Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court,” *Fordham International Law Journal* 22 (December, 1998): 478.

อาญาระหว่างประเทศถาวร (Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of the Permanent International Criminal Court)¹⁰ ร่างประมวลอาญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงแห่งมนุษยชาติ ปีค.ศ.1996 และรายงานซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ปีค.ศ.1994 ยังได้กำหนดว่าอาญากรรมต่อมนุษยชาติมีลักษณะของการโจมตีในวงกว้าง หรือ อย่างเป็นระบบด้วย

อย่างไรก็ตามในการเจรจาระหว่างรัฐที่เข้าร่วมประชุมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น กลุ่มประเทศซึ่งประกอบด้วยรัฐที่เป็นสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติบางรัฐ กลุ่มอาหรับและกลุ่มอาเซียน เห็นว่าลักษณะ “ในวงกว้าง” และ “เป็นระบบ” ไม่อาจแยกจากกันได้ เพียงแค่ลักษณะของการกระทำในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบแต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานนี้¹¹

ในขณะที่สมาชิกของกลุ่มที่เรียกว่า “like-minded group” อ้างว่าความผิดฐานอาญากรรมต่อมนุษยชาติไม่จำเป็นต้องมีทั้งลักษณะที่เกิดขึ้น “ในวงกว้าง” และ “เป็นระบบ” โดยอ้างธรรมเนียมศาลอาญาซึ่งบัญญัติว่า การกระทำอันไร้มนุษยธรรมใดๆนั้น “เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่แพร่หลาย หรือ เป็นระบบ โดยมุ่งกระทำต่อประชาชนพลเรือน” เท่านั้น¹²

ในที่สุดได้มีการประนีประนอมให้ข้อกำหนดลักษณะการโจมตีที่เกิดขึ้น “ในวงกว้าง” หรือ “เป็นระบบ” นั้นนำมาปรับใช้ในลักษณะที่แยกออกจากกันได้ โดยการอธิบายข้อความที่บัญญัติไว้ใน ย่อหน้าที่ 2 (a) ซึ่งอธิบายความหมายของคำว่า การโจมตีต่อประชาชนพลเรือนใดๆ หมายถึง “กระบวนกรกระทำซึ่งดำเนินไปครั้งแล้วครั้งเล่าต่อประชาชนพลเรือนใดๆ ดังที่อ้างไว้ในวรรคแรก อันเป็นการดำเนินการตามหรือเพื่อสนองนโยบายของรัฐหรือองค์กรที่จะกระทำการโจมตีเช่นนั้น”¹³ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เกี่ยวข้องกันของการกระทำในวงกว้างจากคำว่า “ประชาชน” และคำว่า “กระบวนกรของการกระทำครั้งแล้วครั้งเล่า (multiple

¹⁰ Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of the Permanent International Criminal Court, U.N. Doc. G.A.O.R. A/50/22 (1995) at 17 cited in Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman, eds., Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Court, Vol. II, p. 171.

¹¹ Mahnoush H. Arsanjani, “Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference”: 47.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

commission of acts)" กับ การกระทำที่เป็นระบบจากคำว่า "นโยบายของรัฐหรือองค์กร" ไว้แล้ว ดังนั้นข้อโต้แย้งว่าการกำหนดลักษณะของการกระทำในวงกว้างแต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการเกิดความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจึงหมดไป เพราะลักษณะของอาชญากรรมที่จะเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้ นอกจากจะมีลักษณะที่แพร่หลาย หรือ เป็นระบบแล้วยังต้องอาศัยองค์ประกอบซึ่งเกิดจากการตีความบทบัญญัติในย่อหน้าที่ 2 ร่วมด้วย¹⁴

สำหรับความหมายของคำว่า "ในวงกว้าง" และ "เป็นระบบ" ตามธรรมนูญกรุงโรมมิได้บัญญัติไว้ แต่ในการพิจารณาคดี Akayesu ของศาลวันดาได้มีการอ้างถึงความเห็นของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ในการจัดทำร่างประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศปี ค.ศ.1996 ไว้ว่า คำว่า "ในวงกว้าง" หมายถึงการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเหยื่อจำนวนมาก ตัวอย่าง เช่น การกระทำที่มีผลกระทบต่อเหยื่อจำนวนมาก เพราะได้กระทำหลายครั้งหลายครา หรือการกระทำที่เกิดผลต่อเหยื่อรายเดียวแต่มีความสำคัญเป็นพิเศษ

คำว่า "เป็นระบบ" ในความหมายทั่วไป ตามที่ได้ใช้ใช้ในการละเมิดสิทธิมนุษยชน ไม่ว่าจะเป็นการทรมาน การปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การบังคับให้สูญหาย การรังควาน การกักขังที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งที่ใช้อยู่ในอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้น หมายถึง การดำเนินอย่างมุ่งมั่น และสม่ำเสมอ โดยรัฐบาล กลุ่มใดๆ หรือปัจเจกชนซึ่งกระทำได้กระทำตามคำสั่งของกลุ่มการเมือง กลุ่มศาสนา หรือกลุ่มชนชาติต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน ทำให้เกิดผลกระทบต่อกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด ชุมชน รวมถึงนานาชาติ¹⁵ และมีความหมายตามความเห็นของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศว่า หมายความว่า การกระทำที่ดำเนินการตามแผนการ หรือนโยบายที่ได้วางไว้ ทั้งนี้แผนการ หรือนโยบายนั้น อาจพิจารณาได้จากลักษณะของการกระทำที่เกิดขึ้นครั้งแล้วครั้งเล่าหรือได้เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องก็ได้

ส่วนในข้อ 7 ของธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้อธิบายคำว่า "ในวงกว้าง" หรือคำว่า "เป็นระบบ" ไว้ แต่ในการประชุมกรุงโรมผู้แทนที่เข้าร่วมประชุมส่วนใหญ่ได้ตีความคำว่า "ในวงกว้าง" ว่าแสดงถึงผู้ตกเป็นเหยื่อจำนวนมาก หรือหมายความถึงการโจมตีครั้งใหญ่ (massive attack) ส่วนคำว่า

¹⁴ Ibid., pp.47-48.

¹⁵ Definitions. Available from <http://dcc2.bumc.bu.edu/refugees/definitions.htm> [2002, June

“เป็นระบบ” นั้นชี้ให้เห็นถึงแผนการ รูปแบบ โครงการ หรือการกระทำร่วมกัน¹⁶ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ การที่จะแยกลักษณะของการโจมตีในวงกว้าง กับการโจมตีอย่างเป็นระบบออกจากกัน เด็ดขาดนั้นค่อนข้างทำได้ยาก เนื่องจากการโจมตีในวงกว้างนั้นกระทำขึ้นโดยมุ่งหมายต่อเหยื่อจำนวนมากซึ่งโดยปกติแล้วการกระทำในลักษณะนี้ก็มักจะเกิดขึ้นโดยมีการวางแผนหรือการสร้างระบบบางอย่างในการดำเนินการด้วย¹⁷

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญกรุงโรมนั้น อาจเกิดจากการกระทำลักษณะใดลักษณะหนึ่งในสองลักษณะนี้ได้ ลักษณะแรก คือ เกิดจากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเหยื่อจำนวนมาก หรือ อีกลักษณะหนึ่ง คือ เกิดจากการกระทำที่ดำเนินขึ้นตามแผนการ หรือนโยบายที่วางไว้ร่วมกันอย่างมุ่งมั่น และสม่ำเสมอ

1.3.2 การโจมตี (Attack)

ตามธรรมนูญศาลรวันดาได้นำคำว่า “การโจมตี” มาใช้ก็เพื่อแสดงให้เห็นถึงลักษณะของการกระทำในวงกว้าง หรืออย่างเป็นระบบ ซึ่งเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความแตกต่างของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจากอาชญากรรมตามกฎหมายภายในประเทศ

ทั้งนี้การโจมตีดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายซึ่งอาจจะมีลักษณะรุนแรง หรือไม่รุนแรง เช่น การเหยียดผิว การใช้อำนาจหน้าที่บังคับให้ประชาชนกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด และการโจมตีอาจเป็นการกระทำหรือละเว้นกระทำก็ได้ เช่น ในคดี Kambanda จำเลยซึ่งถูกพิจารณาว่ามีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจากการละเว้นหน้าที่ในฐานะที่เป็นนายกรัฐมนตรียของรวันดาซึ่งจะต้องให้ความคุ้มครองแก่เด็กและประชาชนของรวันดาให้รอดพ้นจากการสังหารหมู่ที่เกิดขึ้น โคนเฉพาอย่างยิ่งเมื่อเขาได้รับการร้องขอจากประชาชนให้ช่วยเหลือแต่เขากลับละเว้นกระทำการ¹⁸

¹⁶ Phyllis Hwang, “Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”: 485.

¹⁷ Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law (New York: Oxford University Press, 2001), p. 96.

¹⁸ Ibid., p. 94.

ในปัจจุบันธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หมายถึง การกระทำใดๆ ที่ได้กระทำในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตี และอธิบายคำว่า “การโจมตี” หมายถึง กระบวนการกระทำซึ่งดำเนินไปครั้งแล้วครั้งเล่า (course of conduct involving the multiple commission) อย่างไรก็ตามการที่บทบัญญัติใช้คำว่า “การกระทำใดๆ” ซึ่ง “เป็นส่วนหนึ่ง” (part of) ของการโจมตีเช่นนี้ จึงอาจทำให้เข้าใจว่าต้องมีกระบวนการกระทำซึ่งดำเนินไปครั้งแล้วครั้งเล่าเกิดขึ้นมาก่อน จึงจะมีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเกิดขึ้นตามมา แต่ความจริงแล้วการกระทำเพียงอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การทำลายล้าง (extermination) ซึ่งเป็นการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบก็เป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้โดยความผิดนั่นเอง การกำหนดความหมายของการ “การโจมตี” เช่นนี้ จึงอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดต่อความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้¹⁹

1.3.3 ข้อกำหนดเรื่องนโยบาย (The Policy Requirement)

อาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อสามัญสำนึกของมนุษยชาติ และก่อให้เกิดการแทรกแซงต่อหลักประกันของประชาชาติ การกระทำปลีกย่อยและการกระทำที่เกิดขึ้นโดยไม่ตั้งใจ (isolated and random act) ของปัจเจกบุคคลจึงไม่อาจตกอยู่ในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ หากแต่ต้องเป็นการกระทำที่เจตนามุ่งกระทำต่อประชาชนพลเรือนโดยเกิดจากนโยบายที่อยู่เบื้องหลังของการกระทำนั้น²⁰ ดังที่ธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติไว้ว่า การโจมตีที่มีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ หมายถึง กระบวนการกระทำซึ่งดำเนินไปครั้งแล้วครั้งเล่าต่อประชาชนพลเรือนอันเป็นการ “ดำเนินการตามหรือสนองนโยบายของรัฐหรือองค์กร” ที่ จะกระทำการโจมตี²¹ แต่บทบัญญัตินี้ทำให้เกิดข้อสงสัยว่า ธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดให้ข้อกำหนดเรื่องนโยบายนี้ เป็นองค์ประกอบของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วยหรือไม่

ตามธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กไม่ได้บัญญัติถึงข้อกำหนดเรื่องนโยบายไว้ แต่ศาลนูเรมเบิร์กได้เน้นย้ำว่าการกระทำอันไร้มนุษยธรรมซึ่งถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นมักจะกระทำขึ้นโดยเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายอันก่อให้เกิดการคุกคามและได้กระทำขึ้นอย่างเป็น

¹⁹ Simon Chesterman, “An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity”: 314.

²⁰ Ibid.

²¹ Art. 7 (2)(a) of the Rome Statute of International Criminal Court.

ระบบ²² นอกจากนี้ศาลยูโกสลาเวียได้กล่าวไว้ในการพิจารณาคดี Tadic ว่านโยบายดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีแบบแผน โดยอาจอนุมานได้จากแนวทางการกระทำที่เกิดขึ้นและไม่ได้หมายถึงแต่เพียงการกระทำที่ “เป็นระบบ” เท่านั้น กล่าวคือ ลักษณะของการกระทำ “ในวงกว้าง หรือ อย่างเป็นระบบ” อย่างใดอย่างหนึ่งก็สะท้อนให้เห็นได้ว่ามีนโยบายอยู่เบื้องหลังการกระทำนั้น²³ ในขณะที่ศาลวันดาได้อธิบายไว้ในการพิจารณาคดี Kayishema และคดี Ruzindana ว่าข้อกำหนดเรื่องนโยบายนี้กำหนดขึ้นเพื่อมุ่งหมายที่จะแยกการกระทำอันไร้มนุษยธรรมของปัจเจกชนซึ่งริเริ่มกระทำการตามแผนการของตนเองโดยปราศจากการยุยงหรือได้รับคำสั่งจากรัฐบาล กลุ่มหรือองค์กรใดๆ ออกจากความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ²⁴

นโยบายไม่จำเป็นต้องเกิดจากองค์กรของรัฐในระดับสูง และไม่จำเป็นต้องกระทำขึ้นอย่างมีแบบแผน แจ่มชัดหรือได้ประกาศอย่างชัดเจนเท่านั้น แต่นโยบายอาจอนุมานได้จากลักษณะของการกระทำที่เกิดขึ้นได้ กล่าวคือ การกระทำที่ได้เกิดขึ้นในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบอาจแสดงให้เห็นว่ามีนโยบายที่ก่อให้เกิดการกระทำดังกล่าวขึ้น ข้อเท็จจริงซึ่งอาจแสดงให้เห็นว่ามีนโยบายอยู่เบื้องหลังการกระทำนั้นรวมถึงสถานการณ์ทางประวัติศาสตร์และทางการเมืองในขณะนั้น การสร้างและการดำเนินการของสถาบันทางการเมืองในระดับต่างๆ แนวทางทางการเมือง การสร้างและการดำเนินการของสถาบันทางทหาร การเคลื่อนไหวของกองกำลังติดอาวุธ ความสัมพันธ์ในระหว่างทหารนายทหารระดับสูงและสถาบันทางการเมือง และมาตรการซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยก เป็นต้น²⁵

ทั้งนี้ในการตีความข้อกำหนดเรื่องนโยบายตามธรรมนูญกรุงโรมนั้น ควรจะคำนึงว่า “นโยบาย” มิใช่เป็นเครื่องแสดงถึงความเป็นระบบ แต่ความเป็นระบบ หรือการกระทำในวงกว้างต่างหากที่สะท้อนให้เห็นถึง “นโยบาย” ได้ ข้อกำหนดเรื่องนโยบายจึงมิได้เป็นองค์ประกอบเพิ่มเติมของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติแต่ประการใด โดยควรจะคำนึงว่า “นโยบาย” ได้แสดงให้เห็นว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐหรือองค์กร ซึ่งเป็นตัวตนที่อยู่เบื้องหลังนโยบายเท่านั้น ทั้งนี้ควรมีตัวตนดังกล่าวจะรวมถึงปัจเจกชน หรือกลุ่มใดๆ แม้จะมีได้จัดตั้งขึ้นอย่างถูกต้องตามกฎหมายด้วย

²² Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 97.

²³ Phyllis Hwang, “Defining crimes against humanity in the Rome statute of the international criminal court”: 476-477.

²⁴ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 97.

²⁵ *Ibid.*, p. 98.

1.3.4 เหยื่อหรือผู้ได้รับความคุ้มครอง

ตามธรรมนูญกรุงโรมนั้น เหยื่อหรือผู้ได้รับความคุ้มครองในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ได้แก่ “ประชาชนพลเรือนใดๆ” ซึ่งหมายความว่า การกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้องมีเป้าหมายกระทำต่อ “ประชาชน” และประชาชนที่ตกเป็นเหยื่อนั้นก็ต้องอยู่ในฐานะเป็นพลเรือนด้วย ดังนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาคำว่า “ประชาชนพลเรือน” ตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าหมายความถึงบุคคลประเภทใด ทั้งนี้การใช้คำว่า “ใดๆ” ได้แสดงให้เห็นว่าสัญชาติของเหยื่อไม่มีความสำคัญต่อความรับผิดในฐานนี้ ดังนั้นการกระทำความผิดต่อเหยื่อผู้มีสัญชาติเดียวกันกับผู้กระทำผิด หรือผู้ไร้สัญชาติ ก็อาจตกอยู่ภายใต้ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้²⁶

(ก) ความหมายของคำว่า “พลเรือน”

คำว่า “พลเรือน” นั้น ในระยะแรกใช้หมายความถึง ผู้ที่ไม่ได้เข้าร่วมในการสู้รบ (non-combatants)²⁷ ในการอธิบายความหมายของคำว่า “พลเรือน” ดังกล่าวนี้นี้ ได้มีการอ้างอิงถึงข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวาว่า “บุคคลซึ่งมิได้เข้าร่วมกับการสู้รบ (hostilities) รวมถึงสมาชิกของกองกำลังทางทหารซึ่งได้วางอาวุธแล้ว และผู้ซึ่งออกจากการรบ (hors de combat) เนื่องจากความเจ็บป่วย บาดเจ็บ การกักขัง หรือเนื่องมาจากเหตุอื่นใด ย่อมได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม...”

อย่างไรก็ตาม การแปลความคำว่า “พลเรือน” ยังได้ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม (The Geneva Convention Relative to the Protection of Civilians Persons in Time of War) ด้วย ซึ่งได้ชี้ให้เห็นว่า แม้การกระทำต่อปัจเจกชนผู้ซึ่งไม่อาจถือได้เสียทีเดียวว่าเป็น “ผู้ซึ่งมิได้เข้าร่วมในการสู้รบ” เนื่องจากเขาได้กระทำการในลักษณะที่เป็นปรปักษ์ เช่น การเข้าร่วมเป็นสมาชิกของกลุ่มต่อต้านก็อาจเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อ

²⁶ Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman, eds., Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Court, Vol. II, p. 166.

²⁷ Ibid., p. 167.

มนุษยชาติได้ หากว่าการโจมตีนั้นได้กระทำในฐานะที่เป็นเขาเป็นประชาชนพลเรือน²⁸ ดังที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาคดี Barbie ของศาลสูงแห่งเมือง Lyons ซึ่งได้ยืนยันว่าการกระทำต่อสมาชิกกลุ่มต่อต้านก็เป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้เช่นกัน และแม้ว่าในการพิจารณาคดีศาลสูงของฝรั่งเศสจะปรับใช้กฎหมายภายในประเทศก็ตาม แต่การบัญญัติกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งกำหนดความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นก็มิที่มาจากธรรมเนียมศาลอนุกรมวิธานซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ²⁹

เช่นเดียวกับที่คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญซึ่งจัดตั้งขึ้นตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง ที่ 780 (The Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780) เพื่อสืบสวนสอบสวนการกระทำละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ได้อธิบายว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นได้ให้ความคุ้มครองแก่พลเรือน ในความหมายว่าบุคคลนั้นต้องเป็นผู้ที่มีได้เข้าร่วมในการสู้รบ และยังให้ข้อสังเกตว่า แม้การคำว่า “พลเรือน” จะหมายถึงผู้ที่มีได้เข้าร่วมในการสู้รบก็ตาม แต่ก็ไม่ควรสรุปรวมถึงผู้ที่เข้าต่อสู้ในทันทีเนื่องมาจากสาเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะ เช่น ในกรณีหัวหน้าครอบครัวคนหนึ่งได้ใช้อาวุธปืนเพื่อพยายามปกป้องคนในครอบครัวของเขา หรือกรณีที่ตำรวจได้เข้าร่วมระงับเกิดสถานการณ์อันรุนแรงซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าเขาสูญเสียความเป็นพลเรือนไป³⁰

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความคำว่า “พลเรือน” ก็คือ กรณีที่ไม่สามารถอธิบายได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ที่มีได้เข้าร่วมในการสู้รบหรือไม่ โดยเฉพาะในปัจจุบันที่รูปแบบของการทำสงครามได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม จนกลายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และภายในประเทศ ซึ่งการขัดกันส่วนใหญ่ก็มักจะมีลักษณะภายในประเทศมากขึ้น เช่น เหตุการณ์ใน Bosnia และ Herzegovina ซึ่งมีการระดมพลของกลุ่มต่างๆโดยปราศจากการควบคุมของรัฐบาลกลาง จึงทำให้ยากที่จะแบ่งแยกว่าบุคคลใดได้เข้าร่วมในสงครามด้วยหรือไม่ และด้วยเหตุที่การแปลความคำว่า “พลเรือน” ตามอนุสัญญาเจนีวานี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายหรือจารีตประเพณี

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid., p. 169.

³⁰ 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.

ในการทำสงครามเท่านั้น จึงไม่อาจนำมาปรับใช้กับคำว่า “พลเรือน” ผู้ตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้โดยตรงกับทุกกรณี โดยคำว่า “พลเรือน” ยังเป็นคำที่ได้นำมาใช้ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 ซึ่งเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อของการขัดกันทางอาวุธอันมีลักษณะระหว่างประเทศ (Protocol additional to the Geneva Conventions Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts หรือที่เรียกว่า “พิธีสารฉบับที่ 1”) และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 ซึ่งเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อของการขัดกันทางอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Protocol additional to the Geneva Conventions Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts หรือที่เรียกว่า “พิธีสารฉบับที่ 2”) ด้วย ดังนั้นจึงควรพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “พลเรือน” ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายดังกล่าวเพิ่มเติม

พิธีสารฉบับที่ 1 ยังได้ระบุว่า “พลเรือน” หมายถึงบุคคลที่มีได้สังกัดกองกำลังทางทหารซึ่งทำให้เกิดข้อสงสัยว่า “กองกำลังทหาร” จะรวมถึง “กองกำลังตำรวจ” ด้วยหรือไม่ เนื่องจากในภาวะสงคราม บางประเทศอาจจัดให้มีกองกำลังตำรวจเข้าร่วมปฏิบัติการด้วยก็ได้ โดยได้มีการนำคำว่า “หน่วยเสริมกำลังทหาร” มาใช้แทนคำว่า “กองกำลังตำรวจ” และรวมอยู่ในความหมายของคำว่า “กองกำลังทหาร” ด้วย อย่างไรก็ตามได้มีการแยกแยะความแตกต่างว่าการที่กองกำลังตำรวจที่มีหน้าที่แต่เพียงรักษาไว้ซึ่งกฎหมายและความสงบเรียบร้อย จึงมิได้มีผลกระทบต่อสถานะของกองกำลังตำรวจซึ่งได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกโจมตี³¹

ในขณะที่พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 ซึ่งเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อของการขัดกันทางอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Protocol additional to the Geneva Conventions Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts หรือที่เรียกว่า “พิธีสารฉบับที่ 2”) ได้อ้างถึงกองกำลังทหารไว้เช่นกัน ซึ่งมีการให้ความเห็นว่าการแปลความคำดังกล่าวนี้ให้ปรับใช้ได้อย่างกว้างขวาง เพราะคำว่า “กองกำลังทหาร” ได้ถูกนำมาใช้ก็เพื่อให้มีความหมายครอบคลุมถึงกองทัพต่างๆ ตามที่นานาประเทศได้กำหนดขึ้นเองด้วย³²

³¹ Simon Chesterman, “An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity”: 320.

³² Ibid.

ความหมายของคำว่า “กองกำลังทหาร” ที่อยู่ในพิธีสารทั้งสองฉบับนี้จึงมีความแตกต่างกัน โดยพิธีสารฉบับที่ 1 มีความหมายแคบ เพราะเป็นการให้ความคุ้มครองพลเรือนที่มีได้สังกัดกองกำลังทหารในระหว่างที่มีการขัดกันทางอาวุธซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ ส่วนพิธีสารฉบับที่ 2 ได้แปลความหมายคำว่า “กองกำลังทหาร” ให้ครอบคลุมถึงกองทัพต่างๆ กว้างขวางก็เพื่อให้สามารถคุ้มครองพลเรือนในระหว่างการขัดกันทางอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งอาจมีการปฏิบัติการของกองทัพต่างๆร่วมกัน³³

การแปลความคำว่า “พลเรือน” ตามที่ปรากฏอยู่ในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ จึงควรแปลความตามพิธีสารฉบับที่ 1 ซึ่งแสดงความหมายของคำว่า “พลเรือน” ได้อย่างกว้างขวาง ทั้งยังสอดคล้องกับพิธีสารฉบับที่ 2 ซึ่งประสงค์จะคุ้มครองบุคคลที่มีได้มีส่วนมิได้มีส่วนร่วมโดยตรงกับการสู้รบ หรือบุคคลที่ยุติกระทำการอันเป็นปรปักษ์แล้ว³⁴

โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการแปลความหมายของคำว่า “พลเรือน” ควรตีความให้ปรับใช้ได้ในขอบเขตที่กว้างขวาง เนื่องจากการแปลความหมายจำกัดเพียงผู้ที่เข้าร่วมในการสู้รบ จะทำให้ไม่สามารถคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อได้อย่างทั่วถึง ดังนั้น คำว่า “พลเรือน” ตามที่ปรากฏในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ นอกจากจะหมายความถึง ผู้ที่มีได้เข้าร่วมในการสู้รบ หรือสังกัดกองกำลังทหารแล้ว จึงควรจะหมายความรวมถึง ผู้ที่เข้าร่วมในการสู้รบ แต่ได้จากการสู้รบนั้นแล้ว และผู้ที่เข้าต่อสู้อันเนื่องมาจากสาเหตุอย่างหนึ่งอย่างใด โดยเฉพาะการกระทำอันเกิดจากการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย

(ข) ความหมายของคำว่า “ประชาชน”

ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศคำว่า ประชาชนพลเรือน ย่อมหมายความรวมถึงพลเรือนทุกคน³⁵ แต่คำว่า “ประชาชน” ตามที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมมิได้หมายความว่าผู้ตกเป็นเหยื่อของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ คือ ประชาชนทั้งหมดในประเทศ แต่ใช้ในความหมายที่แสดงถึง อาชญากรรมที่กระทำต่อกลุ่มคณะ (collective nature) โดยไม่หมายความรวมถึง การกระทำที่เจตนากระทำต่อบุคคลเพียงคนเดียวหรือการกระทำที่แยกออกไป

³³ Ibid., p. 321.

³⁴ Ibid.

³⁵ Additional Protocol I art. 50(2)

(single or isolated acts) ซึ่งแม้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นอาจจะเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมตามกฎหมายภายในประเทศ แต่ก็ไม้อาจถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้³⁶ โดยแนวความคิดที่ว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้อง “กระทำต่อประชาชน” อาจแสดงให้เห็นถึงลักษณะของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้อย่างใดอย่างหนึ่งในสองประการนี้คือ ประการแรก การกระทำที่เกิดขึ้นมีผู้ตกเป็นเหยื่อจำนวนมาก อีกประการหนึ่งคือการกระทำนั้นได้มีการวางแผนไว้อย่างเป็นระบบ³⁷

ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำว่า “ประชาชน” ในที่นี้ มิได้หมายความเฉพาะการกระทำที่มีผู้ตกเป็นเหยื่อจำนวนมากหรือเป็นประชาชนทั้งหมด แต่ควรจะแปลความคำว่า “ประชาชน” ว่าได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะความร้ายแรงของการกระทำผิดซึ่งผู้กระทำมุ่งหมายให้เกิดผลกระทบต่อกลุ่มคณะ และควรจะแปลความหมายรวมถึงการกระทำที่มีผู้ตกเป็นเหยื่อเพียงรายเดียวด้วย เพราะตามธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติว่า ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้น เป็นการกระทำที่มุ่งโจมตีต่อประชาชนพลเรือนนั้น เป็นเครื่องแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้กระทำ แต่มิได้หมายความว่าการกระทำจะต้องเกิดกับประชาชนทั้งหมด ดังนั้นผลของการกระทำที่เกิดกับบุคคลเพียงคนเดียวก็ถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้

(ค) กระทำต่อบุคคลรายเดียว

จากคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญกรุงโรมกำหนดว่าการก่อการอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้องมีประชาชนพลเรือนเป็นเป้าหมาย ได้แสดงให้เห็นถึงการกระทำต่อกลุ่มคณะ ดังนั้นจึงทำให้เกิดข้อสงสัยว่าการกระทำต่อบุคคลรายเดียวจะเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้หรือไม่

³⁶ Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman, eds., Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Court, Vol. II, p. 170.

³⁷ Steven R. Rather and Jason S. Abrams, Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1997), p. 58.

ประเด็นดังกล่าวนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลยูโกสลาเวียในคดี Vukovar Hospital ซึ่งอ้างอิงรายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ³⁸ ว่าการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นไม่รวมถึงการกระทำต่อบุคคลเพียงรายเดียว ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นอาจจะเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมตามกฎหมายภายในประเทศก็ตาม เพราะข้อความที่ว่า การกระทำอันเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้องเกิดขึ้นในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบนั้นได้แสดงให้เห็นว่าต้องมีผู้ตกเป็นเหยื่อจำนวนมาก จากคำว่า “ในวงกว้าง”³⁹

แต่ต่อมาตามความเห็นและคำพิพากษาขององค์คณะพิจารณาคดีของศาลยูโกสลาเวียกลับสรุปว่า การกระทำต่อบุคคลเพียงรายเดียวก็เป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ โดยให้เหตุผลว่า トラบโดที่การกระทำที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นการโจมตีในวงกว้าง หรืออย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือนอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วก็เป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้

อย่างไรก็ตามองค์คณะพิจารณาคดีของศาลยูโกสลาเวียในคดี Tadic ได้ไขความกระจ่างในประเด็นเรื่องนี้ โดยเห็นว่ากรณีที่ธรรมนูญบัญญัติข้อความว่า “ในวงกว้างหรือเป็นระบบ” ก็เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นถึงการกระทำที่มีประชาชนพลเรือนเป็นเป้าหมาย มิใช่การกระทำด้วยเหตุส่วนตัว ทั้งนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่าลักษณะการโจมตีที่เกิดขึ้นในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบนั้น ทำให้ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีความแตกต่างจากการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม หรือการกระทำความผิดตามกฎหมายภายในประเทศ ดังนั้นトラบโดที่ผู้กระทำความผิดรู้ว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำต่อประชาชนพลเรือนที่เกิดขึ้นในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบแล้ว การกระทำต่อบุคคลเพียงรายเดียวก็ถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้⁴⁰

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการกระทำความผิดไม่ว่าจะเกิดขึ้นกับเหยื่อจำนวนมายน้อยเพียงใด ก็อาจเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ หากได้กระทำให้เกิดขึ้นในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ เพราะความสำคัญของความผิดฐานนี้มีได้อยู่ที่ตัวเหยื่อผู้ถูกกระทำ แต่อยู่ที่กลุ่มประชา

³⁸ Report of the International Law Commission to the General Assembly, U.N. GAOR.51st Sess., Supp No. 10, A/51/10(1996), at 93-94.

³⁹ Beth Van Schaack, “The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence,” *Columbia Journal of Transnational Law* 37(1999): 819.

⁴⁰ Ibid.

ชนพลเรือนซึ่งตกเป็นเป้าหมายและการกระทำที่เกิดกับเหยื่อรายเดียวก็ด้วยเหตุที่เขาเป็นสมาชิกของกลุ่มเป้าหมายนั้น

1.4 เจตนาในการกระทำความผิด (mens rea)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าประเด็นเรื่องการพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยกต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งนั้น ไม่ได้นำมาปรับใช้กับอาชญากรรมทุกรูปแบบที่บัญญัติไว้ในความผิดฐานนี้เฉพาะแต่อาชญากรรมที่ได้กระทำในรูปแบบของการรังควานเท่านั้นที่จะต้องพิสูจน์ถึงเจตนาดังกล่าว แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติและศาลมีความเห็นว่าการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติทุกรูปแบบ ผู้กระทำความผิดจำเป็นต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยกกลุ่มใด ๆ ตามที่บัญญัติไว้ด้วยก็ตาม องค์ประกอบในเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิดที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยกจึงมิใช่องค์ประกอบที่จำเป็นของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในปัจจุบัน

นอกเหนือจากประเด็นเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิดที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยกแล้ว การกระทำความผิดอาญาภายในประเทศไม่ว่าในรูปแบบใดก็จำเป็นต้องมีองค์ประกอบภายใน ดังนั้นในการพิจารณาความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ จึงควรวิเคราะห์ว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศนี้ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาในการกระทำความผิดด้วยหรือไม่

คำจำกัดความตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศตามข้อ 7 กำหนดว่าผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจำเป็นต้องรู้ถึงลักษณะของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือนด้วย ซึ่งมีผู้โต้แย้งและเห็นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวนี้เป็นอุปสรรคในการดำเนินคดี จำเลยควรจะถูกลงโทษในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้แม้ว่าจะไม่รู้ถึงการโจมตีดังกล่าวก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดของที่ประชุมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นได้ยืนยันถึงหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา และเห็นว่าในการดำเนินคดีก็จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงองค์ประกอบของความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายในด้วย เพราะเป็นที่แจ้งชัดว่าความเกี่ยวพันของฐานความผิดกับการโจมตีในวงกว้างหรือเป็นระบบ เป็นหัวใจสำคัญต่อความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งช่วยยกระดับอาชญากรรมโดยปกติ (ordinary) ให้กลายเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ดังนั้นในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิด

ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นด้วย ทั้งหน้าที่ในการพิสูจน์ถึงองค์ประกอบดังกล่าวนี้ มิใช่เป็นการสร้างภาระในการดำเนินคดี⁴¹

ในที่สุดบทสรุปขององค์ประกอบภายในได้ปรากฏอยู่ในองค์ประกอบของความผิด (Elements of Crimes) ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Preparatory Commission for the International Criminal Court) ซึ่งได้กำหนดว่า ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นประกอบด้วยองค์ประกอบภายใน นั่นคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบซึ่งกระทำต่อประชาชนพลเรือน โดยไม่ควรขยายความว่าต้องรู้ถึงรายละเอียดของการโจมตีหรือแผนการหรือนโยบายของรัฐหรือองค์กรด้วย

ทั้งนี้การพิสูจน์ว่าจำเลยมีเจตนาในการกระทำผิดหรือไม่นั้น สามารถตรวจสอบได้จากการรับรู้ของจำเลยถึงองค์ประกอบของความผิดและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามจำเลยไม่จำเป็นต้องรู้ถึงผลที่จะเกิดขึ้นกับเหยื่อ กล่าวคือ จำเลยย่อมต้องรับความเสี่ยงว่าการกระทำของตนอาจมีความผิดได้ ถึงแม้ว่าจำเลยจะเห็นว่าการกระทำของตนนั้นไม่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายใดๆขึ้นก็ตาม นอกจากนี้บุคคลผู้ซึ่งทำหน้าที่ทางการเมืองหรือทางทหาร โดยการร่วมมือกับผู้วางแผนการหรือนโยบาย หรือร่วมมือกับองค์กร บุคคลดังกล่าวนี้จำเป็นต้องยอมรับในการปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยว่า อาจจะทำให้เกิดผลอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นได้ โดยการรับรู้นั้นสามารถอนุมานได้จากข้อเท็จจริงที่ชัดเจน ตัวอย่างเช่น สถานการณ์ทางการเมืองหรือทางประวัติศาสตร์ในขณะที่เกิดการก่ออาชญากรรมขึ้น การปฏิบัติหน้าที่ของจำเลยในเวลาที่เกิดอาชญากรรมนั้นเกิดขึ้น ความรับผิดชอบของจำเลยในตำแหน่งหน้าที่ทางการเมืองหรือทางทหาร รวมทั้งลักษณะของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในวงกว้างและความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้น เป็นต้น⁴²

สำหรับเรื่องมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดนั้น โดยปกติจะไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญา เว้นแต่เป็นขั้นตอนของการลดโทษหรือเพิ่มโทษ ดังนั้นแม้ว่าจำเลยจะก่ออาชญากรรมขึ้นด้วยมูลเหตุจูงใจหรือเหตุผลส่วนตัวก็ไม่ใช่ข้ออ้างให้พ้นจากความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ในเมื่อการกระทำของจำเลยนั้นครบองค์ประกอบความผิดฐานอาชญากรรมต่อ

⁴¹ Mahnoush H. Arsanjani, "Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference": 55.

⁴² Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2001), p. 91.

มนุษยชาติ เช่น ในช่วงที่มีการทำลายล้างชาวยิวในประเทศเยอรมันนีอย่างกว้างขวาง บุคคลใดซึ่งได้กล่าวหาว่าบุคคลอื่นเป็นชาวยิว บุคคลนั้นอาจถูกจับและถูกลงโทษได้ในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แม้ว่าการกล่าวหาว่าบุคคลอื่นเป็นชาวยิวนั้นจะเกิดจากมูลเหตุจูงใจที่ต้องการจะเล็กกับภรรยาของตน หรือต้องการที่จะแก้แค้นเจ้าของที่ดินซึ่งตนเช่าอยู่⁴³

นอกจากนี้ยังมีประเด็นว่าการกระทำอันไร้มนุษยธรรมของบุคคลซึ่งมีเจตนาทำอาชญากรรมโดยการวางแผนโดยลำพัง เนื่องจากเหตุผลส่วนตัวนั้นเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรือไม่ เนื่องจากในบทบัญญัติข้อ 7 วรรค 2 (a) ระบุว่าเจตนาที่ดังกล่าวนั้นต้องได้ดำเนินขึ้นตามหรือเพื่อสนองนโยบายของรัฐหรือหน่วยงานด้วย นอกจากนี้ในข้อ 18 ของร่างประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นระบุว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้อง “ได้รับการส่งเสริม สนับสนุน หรือสั่งการ โดยรัฐบาล องค์กร หรือกลุ่มบุคคล” และหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้ถูกอ้างไว้ในคดี Tadic ด้วย

ในคดี Tadic องค์กรคณะพิจารณาคดีของศาลยูโกสลาเวียวินิจฉัยว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่อาจเกิดจากเจตนาของบุคคลเพียงลำพัง อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้แต่อย่างใด โดยอ้างว่าแม้การกระทำนั้นจะเกิดจากเจตนาของบุคคลเพียงลำพัง แต่ก็อาจเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ หากมีความสอดคล้องกับการส่งเสริม สนับสนุน หรือสั่งการ โดยรัฐบาล องค์กร หรือกลุ่มบุคคลด้วย นอกจากนี้ศาลสูงสุดยังได้ยืนยันว่าการกระทำของบุคคลธรรมดาสามารถแปรสภาพเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ และไม่มีเหตุผลใดที่จะทำให้จำเลยพ้นจากข้อหาเพียงเพราะว่าจำเลยกระทำไปโดยเหตุผลส่วนตัว⁴⁴

โดยสรุปแล้วคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรม ได้สะท้อนให้เห็นถึงทิศทางของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำจำกัดความดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจากความตกลงร่วมกันของนานาประเทศ จึงไม่อาจโต้แย้งได้ว่าเป็นกฎหมายย้อนหลัง ดังที่เคยปรากฏมา นอกจากนี้ในบทบัญญัติของความผิดฐานอาชญากรรมต่อ

⁴³ Ibid., p. 92.

⁴⁴ Beth Van Schaack, “The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the incoherence”: 818.

มนุษยชาติยังได้เพิ่มรายการของความผิดมากขึ้น โดยการกำหนดการบังคับให้บุคคลสาบสูญ และ อาชญากรรมการเหยียดผิว รวมอยู่ในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และยังได้สร้างเข้าใจต่อความหมายของ การทำลายล้าง การเอาคนลงเป็นทาส การเนรเทศหรือการบังคับโยกย้าย ประชาชน การทรมาน การบังคับให้ตั้งครุฑ และการรังควานโดยการให้คำจำกัดความของการกระทำเหล่านั้นไว้ในวรรค 2 ด้วย

ยิ่งไปกว่านั้นยังได้มีการจัดทำองค์ประกอบของอาชญากรรม โดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งได้แสดงให้เห็นถึงการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศ ในการจำแนกเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายในของความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม รวมทั้งอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย องค์ประกอบของความผิดจึงเป็นส่วนที่เพิ่มเติมรายละเอียดคำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรม และแม้ว่าองค์ประกอบของอาชญากรรมดังกล่าวมิได้มีผลผูกพันทางกฎหมายแต่ประการใด แต่ก็มีส่วนช่วยในการทำความเข้าใจในฐานความผิดได้มากขึ้น

2. องค์ประกอบของอาชญากรรม (Elements of Crimes)

ในข้อ 9 ของธรรมนูญกรุงโรมระบุว่า องค์ประกอบของอาชญากรรมจะต้องมีความสอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรม และเป็นเครื่องจะช่วยศาลในการตีความและการบังคับใช้บทบัญญัติของความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม โดยองค์ประกอบของความผิดดังกล่าวนี้ได้จัดทำโดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศและได้รับการยอมรับโดยเสียงข้างมากสองในสามของสมาชิกรัฐภาคี การแก้ไขเพิ่มเติมองค์ประกอบของความผิดจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับการยอมรับโดยเสียงข้างมากสองในสามของสมาชิกรัฐภาคีเช่นกัน ทั้งนี้การแก้ไขเพิ่มเติมนั้นอาจได้รับการเสนอโดยรัฐภาคีใดๆ ผู้พิพากษาซึ่งกระทำโดยเสียงข้างมากเด็ดขาดหรืออัยการก็ได้

โดยในการร่างบทบัญญัติข้อ 9 ของธรรมนูญกรุงโรมนั้น ผู้แทนในการประชุมกรุงโรมบางประเทศซึ่งนำโดยประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการให้องค์ประกอบของอาชญากรรมมีผลผูกพันในการตีความของผู้พิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อให้การตีความกฎหมายของผู้พิพากษานั้นเกิดความถูกต้องและความชัดเจนตามบทกฎหมายของธรรมนูญกรุงโรม แต่ผู้แทนของประเทศอื่นๆได้คัดค้านการที่จะให้ผู้พิพากษาถูกจำกัดการตีความกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเช่นนั้น

ดังนั้นเพื่อให้เกิดการประนีประนอมกัน ในข้อ 9 วรรคแรกจึงได้กำหนดว่าองค์ประกอบของอาชญากรรม “จะช่วยเหลือ” ศาลในการตีความและการบังคับใช้ โดยได้กำหนดไว้ในวรรคสามว่าองค์ประกอบของอาชญากรรม “จะต้องสอดคล้อง” กับธรรมนูญกรุงโรม⁴⁵ กล่าวคือ ผู้พิพากษานั้นย่อมมีอิสระในการตีความโดยนำองค์ประกอบของอาชญากรรมมาเป็นเครื่องช่วยในการตีความ แต่องค์ประกอบของอาชญากรรมนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับองค์ประกอบของความผิดซึ่งได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในธรรมนูญกรุงโรมแล้ว

ในส่วนของการร่างองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินับว่ามีความยุ่งยากมากกว่าการร่างองค์ประกอบของความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมสงครามเนื่องจากความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้นได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมานานแล้ว ในขณะที่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็มีขอบเขตของฐานความผิดที่ชัดเจนโดยเป็นการกระทำที่มุ่งหมายกระทำต่อกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดที่กฎหมายระบุให้ความคุ้มครองไว้ โดยในอารัมภบทขององค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้เน้นย้ำว่า การแปลความบทบัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติต้องกระทำอย่างเคร่งครัด โดยคำนึงว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นเป็นอาชญากรรมร้ายแรงซึ่งมีผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ทำให้เกิดความผิดในทางอาญาของปัจเจกชน และเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้ได้เป็นการทั่วไป ทั้งนี้มีข้อสังเกตที่สำคัญก็คือคำว่า “กฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้ได้เป็นการทั่วไป(generally applicable international law)” ได้นำมาใช้เพื่อแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างจากคำว่า “กฎหมายระหว่างประเทศที่อาจปรับใช้ได้(applicable international law)” คำว่า “กฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป(general international law)” และคำว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ(customary international law)”⁴⁶

ในข้อ 30 ของธรรมนูญกรุงโรมวางหลักว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดโดยมีเจตนาและรู้ การกระทำโดยเจตนาก็คือบุคคลนั้นตั้งใจที่จะเข้าร่วมในการกระทำและบุคคลนั้นตั้งใจให้เกิดผลดังกล่าวหรือรู้สำนึกว่าผลนี้จะเกิดขึ้นเป็นเหตุการณ์ปกติ สำหรับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นมีองค์ประกอบสำคัญของความผิดที่ขาดไม่ได้สองประการ ประการแรกก็คือการกระทำนั้นต้องเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ และประการที่สองผู้

⁴⁵ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 51.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 101.

กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ ด้วย แต่การรู้สำนึกในการกระทำนั้นไม่ได้หมายความว่าจำเป็นต้องพิสูจน์ว่าผู้กระทำรู้ลักษณะของการโจมตีที่เกิดขึ้นทั้งหมดหรือรายละเอียดที่ถูกต้องของแผนการหรือนโยบายของรัฐหรือองค์กรด้วยแต่ประการใด

ทั้งนี้ในข้อ 21 ของธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศนำองค์ประกอบความผิดมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีเป็นลำดับแรกเช่นเดียวกับธรรมนูญศาลนี้ และระบุว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานด้วย ดังนั้นจึงควรที่จะต้องทำความเข้าใจถึงองค์ประกอบของการกระทำในรูปแบบต่างๆซึ่งถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันได้แก่การกระทำดังต่อไปนี้

2.1 การฆ่าคนตายโดยเจตนา

ตามธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้ เนื่องจากสามารถเข้าใจได้โดยอาศัยการตีความตามกฎหมายภายใน จึงไม่จำเป็นต้องอธิบายความหมายไว้อีก โดยการกำหนดองค์ประกอบของ “การฆ่าคนตายโดยเจตนา” เคยปรากฏอยู่ในการพิจารณาคดี Akayesu และ Rutaganda องค์คณะพิจารณาคดีของศาลรวันดา ดังนี้⁴⁷

- (1) ทำให้เหยื่อถึงแก่ความตาย
- (2) ความตายนั้นต้องเป็นผลมาจากการกระทำหรือดเว้นกระทำการอันผิดกฎหมายของจำเลยเอง หรือผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของจำเลย
- (3) ในขณะที่กระทำการนั้นจำเลย หรือผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของจำเลยจะต้องมีเจตนาฆ่า หรือทำให้เกิดอันตรายแก่กายอย่างร้ายแรงโดยรู้ว่าการกระทำอันตรายแก่กายเช่นนั้นจะทำให้เหยื่อถึงแก่ความตายได้ และไม่คำนึงถึงผลว่าความตายจะเกิดขึ้นหรือไม่

ทั้งนี้การฆ่าคนตายโดยเจตนาจะต้องได้กระทำเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือน โดยผู้ตกเป็นเหยื่อนั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มประชาชนพล

⁴⁷ Akayesu, No. ICTR-96-4-T, PP 589-90, affirmed by Rutaganda, No. ICTR-96-3-T.2.3; Prosecutor V. Alfred Musema, No. ICTR-96-13-T, p. 215 cited in Simon Chesterman, “An altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity”: 327.

เรือนนี้ และเหยื่อจะต้องถูกฆ่าด้วยสาเหตุทางชนชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ การเมือง หรือศาสนาตั้งที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของธรรมนูญศาลรวันดาด้วย

จากคำพิพากษาของศาลรวันดา พบว่าศาลได้กำหนดถึงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา (subordinate) ไว้ซึ่งทำให้เกิดความสับสน เนื่องจากตามธรรมนูญศาลรวันดา ข้อ 6 ได้กำหนดถึงความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนและรวมเอาความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งไว้แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องรวมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาไว้ในองค์ประกอบของการฆ่าคนตายโดยเจตนาอีก⁴⁶ นอกจากนี้ยังได้กำหนดองค์ประกอบภายใน ที่ทำให้เกิดความคลุมเครือโดยการให้ข้อความว่า “โดยไม่คำนึงถึงผลว่าความตายจะเกิดขึ้นหรือไม่” (and is reckless whether death ensues or not) จึงดูเสมือนจะขัดกับคำจำกัดความของการฆ่า ซึ่งจะต้องกระทำโดยมีเจตนาด้วย ทั้งยังมีการกำหนดถึงเจตนาของผู้กระทำผิดที่มีสาเหตุทางชนชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ การเมือง หรือศาสนา ซึ่งมีได้ถือเป็นข้อกำหนดของความผิดในปัจจุบันแล้ว

โดยสรุปแล้ว “การฆ่า” จึงหมายถึง การกระทำหรืองดเว้นกระทำให้ถึงแก่ความตาย (caused death) โดยเจตนาให้ถึงแก่ความตายด้วย

ในปัจจุบันคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศองค์ประกอบของความผิดของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่เกิดจาก “การฆ่าคนตายโดยเจตนา” ไว้ดังนี้

- (1) ผู้กระทำได้ฆ่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคน
- (2) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (3) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

2.2 การทำลายล้าง

ความเห็นที่สำคัญในเรื่อง “การทำลายล้าง” นั้นปรากฏอยู่ในการพิจารณาคดีของศาลรวันดา ในคดี Akayesu และ Rutaganda ว่า การทำลายล้างเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

⁴⁶ Ibid.

ตามธรรมนูญศาลรวันดา ข้อ 3 (c) ซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำต่อกลุ่มของปัจเจกชน โดยมีความแตกต่างจากคำว่า “การฆ่าคนตายโดยเจตนา” เนื่องจาก “การทำลายล้าง” นั้นแสดงให้เห็นว่าเป็นการทำลายกลุ่มคนจำนวนมาก ซึ่งไม่จำเป็นต้องปรากฏข้อเท็จจริงนี้อยู่ในการฆ่าคนตายโดยเจตนา⁴⁹

นอกจากนี้ Cherif Bassiouni ได้อธิบายว่าการทำลายล้างนั้นมีความหมายโดยนัยว่าเป็นการฆ่าคนไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม เหตุผลที่การทำลายล้างนั้นรวมถึงการกระทำที่ไม่เจตนาด้วยก็เพราะว่าการฆ่าคนจำนวนมากนั้นย่อมเกี่ยวข้องกับการวางแผนและการดำเนินการโดยคนจำนวนหนึ่งที่อยู่และตั้งใจให้เกิดผลจากการกระทำนั้น แต่ก็อาจจะไม่จำเป็นที่จะต้องรู้ว่าเหยื่อของเขาเป็นใครบ้าง ยิ่งกว่านั้นการทำลายล้างยังไม่จำเป็นต้องให้เกิดผลถึงแก่ความตาย และไม่จำเป็นต้องมีเจตนากระทำต่อเหยื่อกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดโดยเฉพาะด้วย⁵⁰

ต่อมาการตีความของ Cherif Bassiouni ได้ปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งบัญญัติว่าการทำลายล้าง หมายความว่ารวมถึง “การกำหนดเงื่อนไขโดยเจตนาให้มีผลร้ายต่อการดำรงชีวิต เช่น การทำให้ไม่สามารถเข้าถึงอาหารและยา ซึ่งสังเกตเห็นได้ว่าจะนำไปสู่การทำลายส่วนหนึ่งของประชาชน”

ภายหลังจากการตีความของ Cherif Bassiouni และคำจำกัดความตามธรรมนูญกรุงโรม แล้วองค์คณะพิจารณาคดีที่ 2 ของศาลรวันดาได้สรุปองค์ประกอบของการทำลายล้างไว้ในการพิจารณาคดี Kayishema ว่า ผู้กระทำจะต้องมีส่วนร่วมในการฆ่าคนจำนวนมากหรือในการกำหนดเงื่อนไขอันนำไปสู่การฆ่าคนจำนวนมากนั้นโดยการกระทำหรืองดเว้นกระทำโดยเจตนา หรือไม่เจตนา หรือประมาทอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะการฆ่านั้นจะเกิดผลหรือไม่ก็ตาม และผู้กระทำรู้ว่าการกระทำหรืองดเว้นกระทำของเขาเป็นส่วนหนึ่งของการฆ่าคนจำนวนมาก และรู้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ ด้วยสาเหตุทางชนชาติ การเมือง ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนา

ภายใต้ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่เกิดจากการทำลายล้างนี้ ทำให้สามารถลงโทษการกระทำอันเกิดจากการฆ่าประชาชนพลเรือนจำนวนมากซึ่งอาจจะไม่ตกอยู่ภายใต้ความ

⁴⁹ Ibid., 330.

⁵⁰ M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity*, 1st ed. cited in Prosecutor V. Kayishema, No. ICTR-95-1-T (International Criminal Tribunal Rwanda, Trial Chamber, 1999), p. 143.

ผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือการฆ่าคนตายโดยเจตนาก็ตาม เช่น ก. ออกคำสั่งให้กักขังพลเรือนจำนวน 1,000 คน เพราะเข้าใจว่าพลเรือนเหล่านั้นได้จัดหาอาหารให้กลุ่มกบฏ หลังจากนั้น ก.ก็งดให้อาหารและน้ำ โดยไม่สนใจว่าการกระทำของตนเองจะเป็นการฆ่าพลเรือนเหล่านั้นหรือไม่ ในที่สุดการกระทำของ ก. เป็นเหตุให้พลเรือนเหล่านั้นถึงแก่ความตาย⁵¹

สำหรับองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากการทำลายล้าง ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดว่า⁵²

- (1) ผู้กระทำได้ฆ่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคน รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขให้มีผลร้ายต่อการดำรงชีวิต ซึ่งนำไปสู่การทำลายส่วนหนึ่งของประชาชน
- (2) การกระทำนั้นก่อให้เกิด หรือเป็นส่วนหนึ่งของการฆ่าสมาชิกจำนวนมากของกลุ่มประชาชนพลเรือน
- (3) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่เกิดขึ้นในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (4) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

โดยสรุปแล้วองค์ประกอบที่สำคัญของการทำลายล้าง คือ ต้องเป็นการกระทำต่อพลเรือนจำนวนมากไม่ว่าจะโดยเจตนา ไม่เจตนา หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ตามและไม่ว่าการฆ่านั้นจะเกิดผลแก่ความตายหรือไม่ก็ตาม⁵³ ทั้งนี้การฆ่านั้นอาจเกิดจากการทำด้วยวิธีการที่แตกต่างกันไปก็ได้ เช่น การทำให้ไม่สามารถเข้าถึงอาหารและยา และอาจเกิดจากการกระทำโดยตรงหรือทางอ้อมก็ได้ ส่วนคำว่า “เป็นส่วนหนึ่ง” นั้นหมายความรวมถึงการกระทำในระยะแรกเริ่มของการทำลายล้างนั้นด้วย⁵⁴

2.3 การเอาคนลงเป็นทาส

⁵¹ Simon Chesterman, “An altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity”: 332.

⁵² Article 7(1)(b) of Elements of crimes.

⁵³ M. Cherif Bassiouni, Crimes Against Humanity (1st ed. 1992) Quoted in Prosecutor V. Kayishema, No. ICTR-95-1-T (International Criminal Tribunal Rwanda, Trial Chamber, 1999), p. 143

⁵⁴ Article 7(1)(b) of Elements of crimes.

คณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศได้พิจารณาว่า ควรจะรวมเอา “การบังคับใช้แรงงาน” ไว้ในความผิดฐานนี้ด้วยหรือไม่ ผู้แทนจากหลายประเทศได้คัดค้านการขยายฐานความผิดให้ครอบคลุมถึงการบังคับใช้แรงงานด้วยเหตุผลว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้บังคับขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization) และการบังคับใช้แรงงานนั้นตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือกฎหมายสนธิสัญญา ระหว่างประเทศมิได้ถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังให้เหตุผลว่าธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือการกระทำอันละเมิดกฎหมายอาญาระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง แต่มิได้ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ⁵⁵

ในที่สุดคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศได้พิจารณาว่าองค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาสก็คือ การใช้ประโยชน์จากบุคคลใดๆ โดยอาศัยอำนาจในความเป็นเจ้าของบุคคลนั้น ถึงแม้ว่าการบังคับใช้แรงงานจะไม่ได้บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก แต่ในการพิจารณาคดีโดยศาลทหารของสหรัฐอเมริกาตาม CCL 10 ได้แสดงให้เห็นว่าการบังคับใช้แรงงานในลักษณะของการเอาคนลงเป็นทาสมิใช่เรื่องใหม่ ดังนั้นการบังคับใช้แรงงาน การค้าขายคนโดยเฉพาะผู้หญิงและเด็กจึงถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการเอาคนลงเป็นทาสและอาจเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย⁵⁶

ตามธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติว่า การเอาคนลงเป็นทาส หมายถึง “การใช้อำนาจใดๆ หรืออำนาจทั้งหมดที่ติดอยู่กับสิทธิความเป็นเจ้าของในตัวบุคคลและรวมทั้งการใช้อำนาจเช่นนั้นในกระบวนการลักลอบค้าบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งสตรีและเด็ก” โดยมีองค์ประกอบของความผิดดังนี้⁵⁷

- (1) ผู้กระทำได้ใช้อำนาจใดๆ หรืออำนาจทั้งหมดที่ติดอยู่กับสิทธิความเป็นเจ้าของในตัวบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้น เช่น โดยการซื้อ การขาย การให้ หรือการแลกเปลี่ยนบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคน หรือโดยการลิดรอนเสรีภาพอย่างใดอันคล้ายคลึงกัน

⁵⁵ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 107.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Article 7(1)(c) of Elements of Crimes.

- (2) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (3) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

ตามองค์ประกอบของความผิด ได้ยกตัวอย่างการใช้อำนาจที่ติดอยู่กับสิทธิความเป็นเจ้าของในตัวบุคคลไว้ เช่น การซื้อ การขาย การให้หรือการแลกเปลี่ยนซึ่งดูเหมือนเป็นการจำกัดเขตอำนาจศาลไว้เฉพาะการเอาคนลงเป็นทาสที่เกี่ยวข้องกับการค้า แม้ว่าจะทำให้ถ้อยคำในเชิงที่แสดงตัวอย่างก็ตาม และแม้ว่าจะกำหนดว่าการใช้อำนาจนั้นอาจเป็นการลิดรอนเสรีภาพ (deprivations of liberty) ของบุคคลก็ได้ นั่น แต่ก็น่าจะหมายถึงการลิดรอนเสรีภาพในลักษณะอย่างเดียวกับการซื้อ การขาย การให้หรือการแลกเปลี่ยนทางการค้านั่นเอง อย่างไรก็ตามมีการอธิบายเพิ่มเติมว่าการลิดรอนเสรีภาพนั้นอาจรวมถึง การบังคับใช้แรงงาน หรือการลดฐานะบุคคลลง ตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเพิ่มเติมว่าด้วยการเลิกล้มระบบทาส การค้าทาส และสถาบันหรือการปฏิบัติที่คล้ายคลึงกับระบบทาส ปี ค.ศ. 1956 (Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institution and Practices Similar to Slavery of 1956) ด้วย⁵⁸

2.4 การเนรเทศ หรือการบังคับโยกย้ายประชาชน

คดี Blaskic เป็นตัวอย่างที่ได้แสดงให้เห็นการบังคับโยกย้ายประชาชนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยหน่วยเสริมกำลังทหารได้บังคับประชาชนชาวมุสลิมจำนวน 247 คนให้โยกย้ายจากเมืองหนึ่งไปยังอีกเมืองหนึ่ง และบังคับให้ชาวมุสลิมเหล่านั้นอยู่ในที่หลบซ่อนเป็นเวลาประมาณ 3 ชั่วโมงก่อนที่จะนำพวกเขาไปอาศัยอยู่ในบ้านซึ่งปราศจากเครื่องดำรงชีวิต นอกจากนี้ข้อกล่าวหาในความผิดฐานนี้ยังปรากฏอยู่ในการพิจารณาคดี Slobodan Milosevic, Milan Milutinovic, Dragoljub Ojdanic, Vlatko Stojiljkovic, and Nikola Sainovic ด้วย โดยในคดีนี้จำเลยได้ถูกกล่าวหาว่าขับไล่และเนรเทศชาวอัลบาเนียนออกจากจังหวัดโคโซโวในปี ค.ศ. 1999 และในปี ค.ศ. 1991-1995 ประชาชนซึ่งมิใช่ชาวเซิร์บได้ถูกบังคับให้โยกย้ายออกจากดินแดนที่อยู่ในความควบคุมของเซอร์เบีย⁵⁹

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 109.

ตามธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติว่า การเนรเทศหรือบังคับโยกย้ายประชาชน หมายถึง “การบังคับให้บุคคลที่เกี่ยวข้องต้องพลัดถิ่นจากพื้นที่ซึ่งบุคคลนั้นอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการขับไล่หรือวิธีการบีบบังคับอื่นๆโดยปราศจากมูลเหตุที่อนุญาตให้ทำได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ” ซึ่งแยกองค์ประกอบของความผิดได้ดังนี้⁶⁰

- (1) ผู้กระทำได้เนรเทศ หรือบังคับโยกย้าย โดยปราศจากมูลเหตุที่อนุญาตให้ทำได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศให้บุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้นไปยังอีกรัฐหรือแหล่งที่อยู่อื่นโดยการขับไล่หรือวิธีการบีบบังคับอื่นๆ
- (2) บุคคลหนึ่งหรือหลายคนนั้นอยู่ในพื้นที่ซึ่งเขาถูกเนรเทศ หรือโยกย้ายออกมาโดยชอบด้วยกฎหมาย
- (3) ผู้กระทำทราบสถานการณ์ที่แท้จริง ถึงการกำหนดว่าเป็นการอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย
- (4) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (5) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

จากองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากการเนรเทศหรือบังคับโยกย้ายประชาชนคำว่า “ ปราศจากมูลเหตุที่อนุญาตให้ทำได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ” ได้แสดงให้เห็นว่า การกระทำอันจะเป็นความผิดฐานนี้ ผู้ตกเป็นเหยื่อจะต้องมีสิทธิที่อยู่อาศัยในพื้นที่ซึ่งเขาถูกเนรเทศหรือโยกย้ายออกมา “โดยชอบด้วยกฎหมาย” และผู้กระทำการเนรเทศหรือโยกย้ายก็จะต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วย มิฉะนั้นแล้วการเนรเทศหรือบังคับโยกย้ายที่เกิดขึ้นก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้ความผิดฐานนี้ และแม้ว่าการอยู่อาศัยโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่กำหนดโดยกฎหมายภายในก็ตาม แต่กฎหมายภายในประเทศจะต้องไม่วางมาตรการที่ขัดกับมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ⁶¹ โดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาว่าผู้กระทำจะมีความผิดก็ต่อเมื่อได้ทราบถึงการกำหนดให้ประชาชนอยู่อาศัยโดยชอบด้วย

⁶⁰ Article 7(1)(d) of Element of Crimes.

⁶¹ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 109.

ทั้งนี้คำว่า “เนรเทศหรือบังคับโยกย้าย” อาจจะใช้คำว่า “บังคับย้ายถิ่น” แทนก็ได้ และคำว่า “อย่างบังคับ” (forcibly) นั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะการบังคับทางกายภาพเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการข่มขู่โดยใช้กำลังหรือบังคับ เช่น ทำให้เกิดความกลัวการกระทำละเมิด การขู่บังคับ การกักขัง การกดขี่ทางจิตใจ หรือการใช้อำนาจ ต่อบุคคลนั้นหรือบุคคลอีกคนหนึ่ง หรือโดยการได้เปรียบในการใช้อำนาจบังคับด้วย⁶²

2.5 การจำคุกหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกายที่ร้ายแรงอื่นๆ

ถึงแม้ว่าธรรมนูญศาลอนุกรมเบอร์กจะมีได้บัญญัติถึง “ การจำคุกหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกายภาพที่ร้ายแรงอื่นๆ ” ไว้โดยเฉพาะ แต่การกระทำดังกล่าวนี้ก็ถือได้ว่าอยู่ในขอบข่ายของการอย่างไรก็ตามต่อมากระทำที่ไร้มนุษยธรรม การจำคุกหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกายภาพที่ร้ายแรงอื่นๆ ได้ปรากฏอยู่ใน CCL 10 ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย ธรรมนูญศาลรวันดา และธรรมนูญกรุงโรมด้วย

ตามธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้ เพราะน่าจะเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายอาญาภายในประเทศต่างๆ และสามารถเข้าใจความหมายของการกระทำนี้ได้อยู่แล้วโดยจำแนกองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากการจำคุกหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกายที่ร้ายแรงอื่นๆ ได้ดังนี้

- (1) ผู้กระทำได้จำคุกบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้น หรือลิดรอนเสรีภาพทางกายที่ร้ายแรงอื่นๆ ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้น
- (2) ความรุนแรงของการกระทำนั้นเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ
- (3) ผู้กระทำจะต้องทราบสถานการณ์ที่แท้จริงถึงความรุนแรงของการกระทำนั้น
- (4) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (5) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

⁶² Ibid.

ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากการจำคุกหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกายที่ร้ายแรงอื่นๆ นั้น เกิดจากการจำคุกหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกายแก่บุคคลใดที่มีได้ดำเนินการไปตามกระบวนการของกฎหมาย⁶³ นอกจากผู้กระทำจะต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งหรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ แล้ว ยังต้องรู้ถึงความรุนแรงของการจำคุกหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกายนั้นด้วย แต่น่าจะไม่ถึงกับต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

2.6 การทรมาน

คำจำกัดความของ“การทรมาน”ที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมมาจากรากฐานของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นใดที่ทารุณ ไร้มนุษยธรรมหรือเลวร้าย ปี ค.ศ.1984⁶⁴ ซึ่งบัญญัติว่า

การทรมาน หมายถึง การกระทำใดที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะทางกายภาพหรือจิตใจ ซึ่งเกิดจากด้วยเจตนาเพื่อให้ได้ข้อมูลหรือการรับสารภาพจากบุคคลนั้นเองหรือบุคคลที่สาม ลงโทษการกระทำที่เขาหรือบุคคลที่สามได้กระทำหรือสงสัยว่าได้กระทำ หรือขู่เชิญหรือบังคับเขาหรือบุคคลที่สาม หรือด้วยเหตุผลใดอันเป็นการแบ่งแยกจำพวกใดๆ โดยความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนั้นก่อกำเนิดขึ้นจาก หรือเป็นการขู่ข่ม หรือด้วยความเห็นชอบ หรือยินยอมของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือบุคคลอื่นซึ่งกระทำอยู่ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ แต่ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดจากการลงโทษตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษนั้นหรือผลจากการลงโทษก็ตาม

ในขณะที่ธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติว่า การทรมาน หมายถึง “การเจตนาก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างรุนแรงหรือความทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะทางกายหรือจิตใจ ต่อบุคคลซึ่งถูกคุมขัง หรืออยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทรมาน แต่การทรมานนั้นไม่รวมถึงความเจ็บ

⁶³ Steven R. Rather and Jason S. Abrams, *Accountability for human rights atrocities in international law: Beyond the Nuremberg Legacy*, p. 72.

⁶⁴ Human Rights Watch Commentary to the Preparatory Commission Meeting on the International Criminal Court. Available from www.iccnw.org/html/hrw199911.html [2002, June 9].

ปวดหรือทุกข์ทรมานที่เกิดจากการลงโทษตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษนั้นหรือผลของการลงโทษนั้นก็ตาม”

บทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมจึงมีขอบเขตในการบังคับใช้ได้กว้างขวางกว่าอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ เพราะไม่ได้จำกัดว่า การทรมานจะต้องเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น และไม่ได้กำหนดว่าการทรมานนั้นจะต้องกระทำโดยมีจุดมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่อนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ ได้ระบุไว้ด้วย สำหรับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากการทรมานนั้นมีองค์ประกอบดังนี้⁶⁵

- (1) ผู้กระทำก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างรุนแรงหรือความทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะทางกายหรือจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้น
- (2) บุคคลเช่นนั้นถูกคุมขัง หรืออยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทรมาน
- (3) ความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนั้นไม่ได้เกิดจากการลงโทษตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษนั้นหรือผลของการลงโทษนั้นก็ตาม
- (4) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (5) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

จากองค์ประกอบของความผิดมีข้อสังเกตว่า หากการทรมานนั้นเกิดจากการลงโทษตามกฎหมายก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานนี้ ไม่ว่าจะการทรมานนั้นจะเกิดขึ้นจากการลงโทษนั้นเองหรือผลของการลงโทษก็ตาม

2.7 การข่มขืน

ในการพิจารณาคดี Akayesu องค์คณะพิจารณาคดีที่ 1 ของศาลรวันดาให้คำจำกัดความ “การข่มขืน” ว่าเป็นการรุกรานทางเพศ ซึ่งกระทำโดยใช้อำนาจบังคับ โดยเห็นว่าการข่มขืน เป็นการรุกรานรูปแบบหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นกระทำเพื่อบังคับขู่เข็ญ ทำให้อับอาย ลงโทษ ควบคุม หรือทำลายบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ได้ การกระทำดังกล่าวจึงถือเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีของบุคคล และ

⁶⁵ Article 7(1)(f) of Element of Crimes.

ยังถือว่าเป็นการทรมานตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ฯ ด้วยเมื่อได้กระทำโดย หรือการยุยง หรือความยินยอมของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่นซึ่งกระทำในการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁶⁶

อย่างไรก็ตาม “การข่มขืน” ตามคำจำกัดความของกฎหมายภายในประเทศก็ยังคงมีความหมายที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้ระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law พิจารณาว่าการข่มขืนเป็นการบุกรุกทางเพศโดยใช้กำลัง โดยการสอดอวัยวะเพศชาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในช่องคลอด หรือช่องทวาร โดยบางประเทศอาจจะเห็นว่าการกระทำ oral sex เป็นการโจมตีทางเพศ (sexual assault) มากกว่าที่จะเป็นการข่มขืน⁶⁷

โดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากการข่มขืนดังนี้⁶⁸

- (1) ผู้กระทำได้บุกรุกร่างกายของบุคคลหนึ่งโดยการสอดแทรกเข้าไปในส่วนใด ๆ ของร่างกายของเหยื่อหรือของผู้กระทำด้วยอวัยวะเพศ หรือเข้าไปทางทวารหรือทางอวัยวะสืบพันธุ์ของเหยื่อ ด้วยวัตถุหรือส่วนอื่นใดของร่างกาย โดยการกระทำใดๆ อันเป็นการเหยียดหยาม
- (2) การบุกรุกนั้นได้กระทำโดยใช้กำลัง หรือการข่มขู่โดยใช้กำลังหรือบังคับ เช่น ทำให้เกิดความกลัวการกระทำรุนแรง การขู่บังคับ การกักขัง การกดขี่ทางจิตใจ หรือการใช้อำนาจ ต่อบุคคลนั้นหรือบุคคลอีกคนหนึ่ง หรือโดยการได้เปรียบในการใช้อำนาจบังคับ หรือการบุกรุกซึ่งกระทำต่อบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้อย่างแท้จริง
- (3) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (4) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

⁶⁶ Simon Chesterman, “An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity”: 334.

⁶⁷ Ibid., p. 335.

⁶⁸ Article 7(1)(g)-1 of Element of Crimes.

การใช้คำว่า “การบุกรุก” (invasion) ก็เพื่อแสดงให้เห็นฐานความผิดให้ปรับใช้ได้ครอบคลุมกับเพศกลาง (gender-neutral) ด้วย ส่วน “บุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้อย่างแท้จริง” นั้นอาจจะเกิดจากลักษณะโดยกำเนิด การโน้มน้าว หรือการไร้ความสามารถอันเนื่องมาจากอายุก็ได้⁶⁹

2.8 การทำให้เป็นทาสทางเพศ

ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากการทำให้เป็นทาสทางเพศนั้น ธรรมนูญกรุงโรมมิได้บัญญัติคำจำกัดความไว้ โดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศได้จำแนกองค์ประกอบไว้ดังนี้⁷⁰

- (1) ผู้กระทำได้ใช้อำนาจใดๆ หรืออำนาจทั้งหมดที่ติดอยู่กับสิทธิความเป็นเจ้าของในตัวบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้น เช่น โดยการซื้อ การขาย การให้ หรือการแลกเปลี่ยนบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคน หรือโดยการลิดรอนเสรีภาพอย่างใดอันคล้ายคลึงกัน
- (2) ผู้กระทำทำให้บุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้นเกี่ยวข้องอยู่กับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างในเรื่องทางเพศ
- (3) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (4) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

จากองค์ประกอบดังกล่าวนี้ ทำให้เข้าใจว่าการกระทำดังกล่าวนี้เป็นกระทำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศประการหนึ่ง โดยการแสวงหาประโยชน์จากผู้หญิงซึ่งเป็นฝ่ายที่ถูกกระทำ แต่นอกเหนือจากนั้นก็ คือ เป็นการกระทำที่เหยียดต่ออดทนต่อการข่มขืนที่กระทำอย่างต่อเนื่อง ไม่อาจหลบหนีได้ และไม่อาจล่วงรู้ได้ว่าจะสิ้นสุดเมื่อใด เช่น กรณีที่เคยเกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งกองทัพของญี่ปุ่นได้ลักพาตัวผู้หญิงจำนวนมากไปและบังคับให้รับใช้กองทัพญี่ปุ่นในฐานะเป็นทาสทางเพศ โดยการกระทำอันเป็นการข่มขืนและการบังคับให้เป็นโสเภณีก็ถือเป็นองค์ประกอบ

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Art. 7(1)(g)-2 of Elements of Crimes.

ส่วนหนึ่งของความผิดฐานนี้ การทำให้เป็นทาสทางเพศจึงมีความทารุนดังที่กล่าวมาเป็นลักษณะเฉพาะตัว⁷¹

2.9 การบังคับให้เป็นโสเภณี

การบังคับให้เป็นโสเภณีเป็นรูปแบบหนึ่งของความรุนแรงทางเพศ โดย “พิธีสารฉบับที่ 1” ในข้อ 75 และ 76 และ “พิธีสารฉบับที่ 2” ในข้อ 4 ได้ระบุถึงการคุ้มครองผู้หญิงต่อการบังคับให้เป็นโสเภณี แต่ทั้งธรรมนูญกรุงโรมและพิธีสารดังกล่าวก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความของการบังคับให้เป็นโสเภณีไว้ อย่างไรก็ตามจากองค์ประกอบของความผิดซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น เข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำทางรุนแรงทางเพศที่มีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ไม่ว่าจะเป็นเงิน หรือผลประโยชน์ประการอื่นจากการบีบบังคับให้เป็นโสเภณี โดยมีองค์ประกอบของการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติอื่นเกิดจากการบีบบังคับให้เป็นโสเภณีดังนี้

- (1) ผู้กระทำทำให้บุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้นเกี่ยวข้องอยู่กับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างในเรื่องทางเพศ โดยการใช้กำลัง หรือการข่มขู่โดยใช้กำลังหรือบังคับ เช่น ทำให้เกิดความกลัวการกระทำรุนแรง การขู่บังคับ การกักขัง การกดขี่ทางจิตใจ หรือการใช้อำนาจ ต่อบุคคลนั้นหรือบุคคลอีกคนหนึ่ง หรือโดยการได้เปรียบในการใช้อำนาจบังคับหรือการไร้ความสามารถของบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้นต่อการให้ความยินยอมได้อย่างแท้จริง
- (2) ผู้กระทำหรือบุคคลอีกคนหนึ่งได้รับหรืออาจได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน หรือผลประโยชน์อื่นใด ในการแลกเปลี่ยนหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศ
- (3) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (4) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

⁷¹ Brook Sari Moshan, “Women, War, and Words: The Gender Component in the Permanent International Criminal Court’s Definition of Crimes Against Humanity,” *Fordham International Law Journal* 22 (November 1998): 157.

2.10 การบังคับให้ตั้งครม

ตามคำจำกัดความที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรม หมายถึง “การกักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อบังคับให้หญิงตั้งครม โดยมีเจตนาที่จะให้มีผลต่อองค์ประกอบทางชาติพันธุ์ของประชาชนใดๆ หรือตั้งใจที่จะปฏิบัติการร้ายแรงอื่นๆ ที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ คำจำกัดความนี้ต้องไม่นำไปตีความไม่ว่ากรณีใดๆ ที่จะให้มีผลต่อกฎหมายภายในประเทศของรัฐเกี่ยวกับการตั้งครม” โดยการกระทำดังกล่าวอาจเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ หากมีองค์ประกอบของความผิดดังนี้

- (1) ผู้กระทำได้กักขังหญิงคนหนึ่งหรือมากกว่านั้นโดยบังคับให้ตั้งครม ด้วยเจตนาจะก่อให้เกิดผลต่อองค์ประกอบทางชาติพันธุ์ของประชาชนใดๆ หรือทำให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายระหว่างประเทศ
- (2) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (3) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

2.11 การบังคับให้ทำหมัน

ความผิดฐานนี้เป็นประเด็นที่สร้างความกังวลแก่ประเทศจีนเป็นอย่างมาก เนื่องจากประเทศจีนมีนโยบายที่จะให้ครอบครัวหนึ่งมีบุตรเพียงคนเดียวเพื่อควบคุมการเพิ่มจำนวนประชากร ประเทศจีนได้เสนอไม่ให้ถือว่ามาตรการควบคุมการกำเนิดเป็นการบังคับให้ทำหมันตามธรรมนูญกรุงโรม ข้อเสนอนี้ได้รับการสนับสนุนจากประเทศอิสราเอล ประเทศกรีซและประเทศเม็กซิโก ในขณะที่ประเทศแคนาดาและประเทศเยอรมันนั้นไม่เห็นด้วยที่จะไม่รวมมาตรการควบคุมการกำเนิดไว้ในความหมายของการบังคับให้ทำหมัน ในที่สุดจึงได้มีการประนีประนอมให้การพิจารณาความผิดฐานนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า มาตรการควบคุมกำเนิดนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการตัดความสามารถในการสืบพันธุ์ของบุคคลเป็นการถาวรหรือไม่⁷² ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศจึงได้ให้ข้อสังเกตว่า คำว่า “การตัด” (deprivation) ไม่รวมถึงมาตรการคุมกำเนิดซึ่งมีผลเพียงชั่วคราวเท่านั้น

⁷² Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 115.

การบังคับให้ทำหมันตามความหมายของธรรมนูญกรุงโรมจึงหมายความว่าถึงการทำที่ ทำให้บุคคลไม่สามารถสืบพันธุ์ต่อไปได้อีกเป็นการถาวรซึ่งไม่ได้กระทำโดยการตัดสินใจของบุคคล ผู้ปฏิบัติทางการแพทย์หรือโรงพยาบาล หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง และมีได้รับความยินยอมอย่างแท้จริงจากบุคคลเหล่านั้น และหากการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบโดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ และผู้กระทำมีเจตนาในการกระทำนั้นแล้ว ก็ถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ ซึ่งมีองค์ประกอบของความผิดดังนี้

- (1) ผู้กระทำได้ตัดความสามารถในการสืบพันธุ์ทางชีววิทยาของบุคคลหนึ่งหรือหลายคน
- (2) การกระทำนั้นไม่ได้กระทำโดยการตัดสินใจของบุคคลผู้ปฏิบัติทางการแพทย์หรือโรงพยาบาล หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง และมีได้รับความยินยอมอย่างแท้จริงจากบุคคลเหล่านั้น
- (3) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (4) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

2.12 การกระทำรุนแรงทางเพศ

การกระทำรุนแรงทางเพศ เป็นความหมายที่กว้างประกอบด้วยการกระทำละเมิดทางเพศ ในรูปแบบต่างๆ เช่น การข่มขืน การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ หรือการบังคับให้ทำหมัน หรือการกระทำนั้นมีความร้ายแรงในลักษณะเช่นเดียวกันนี้ ดังเช่น ในคดี Akayesu ซึ่งศาลได้ให้คำจำกัดความว่า การกระทำรุนแรงทางเพศหมายความว่า การกระทำใดๆในทางเพศต่อบุคคลโดยการบังคับ และไม่จำกัดเฉพาะแต่การรุกรานทางร่างกายหรือการสัมผัสทางกายเท่านั้น แต่ยังอาจรวมถึงการรวมถึงการบังคับให้เปลือยกายด้วย และอาจกลายเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้เช่นกัน จึงกล่าวได้ว่าการกระทำรุนแรงทางเพศ ไม่ใช่จำกัดอยู่เพียงการมีความสัมพันธ์ทางเพศเท่านั้น⁷³ โดยมีองค์ประกอบของความผิดดังนี้

- (1) ผู้กระทำได้กระทำการทางเพศต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้น หรือทำให้บุคคลเช่นนั้นเกี่ยวข้องกับกระทำการทางเพศโดยการใช้กำลัง หรือการข่มขู่โดยใช้กำลังหรือบังคับ เช่น ทำให้เกิดความกลัวการกระทำรุนแรง การขู่บังคับ การกักขัง

⁷³ Sexual violence as crimes against humanity. Available from [http://www.shanland.org/shrf/License to Rape/sexual violence as crimes against.htm](http://www.shanland.org/shrf/License%20to%20Rape/sexual%20violence%20as%20crimes%20against.htm) [2002, August 5].

การกดขี่ทางจิตใจ หรือการใช้อำนาจ ต่อบุคคลนั้นหรือบุคคลอีกคนหนึ่ง หรือโดยการได้เปรียบในการใช้อำนาจบังคับหรือการไร้ความสามารถของบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้นต่อการให้ความยินยอมได้อย่างแท้จริง

- (2) การกระทำนั้นมีความร้ายแรงเช่นเดียวกับความผิดอื่นที่บัญญัติอยู่ในธรรมนูญข้อ 7 วรรค 1 (g)
- (3) ผู้กระทำทราบสถานการณ์ที่แท้จริงถึงความรุนแรงของการกระทำนั้น
- (4) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (5) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

2.13 การรังควาน

ตามธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติว่า การรังควาน หมายถึง “การลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเจตนาและรุนแรงโดยขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเหตุผลของความเป็นเอกลักษณ์ของกลุ่มหรือหมู่คณะ”

คำจำกัดความนี้ได้แสดงว่า การรังควานนั้นจะต้องเป็นการกระทำด้วยมูลเหตุอันเป็นที่ยอมรับโดยสากลว่าขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) ที่ถูกลิดรอนนั้นจำเป็นต้องเป็นสิทธิที่ยอมรับกันโดยสากลด้วย อย่างไรก็ตามการกำหนดว่าการรังควาน จะต้องเป็นการลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐาน “อย่างรุนแรง” (severe deprivation) เป็นการจำกัดขอบเขตในการบังคับใช้บทบัญญัติไว้เคร่งครัดจนเกินไป เพราะการรังควานอาจจะประกอบด้วยกรกระทำละเมิดซึ่งมิได้มีความรุนแรงมากนัก แต่ก็ถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ เมื่อได้กระทำโดยเจตนาที่มุ่งหมายให้เกิดการแบ่งแยกต่อกลุ่มหรือหมู่คณะ ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี Blaskic ว่าลักษณะและความรุนแรงของการรังควานนี้ไม่ได้มาจากความรุนแรงของการกระทำ แต่เกิดจากเจตนาของผู้กระทำนั่นเอง⁷⁴

⁷⁴ Human Rights Watch Commentary to the Preparatory Commission Meeting On the International Criminal Court. Available form <http://www.iccnw.org/html/hrw200006.html> [2002, August 5]

การรังควานต้องประกอบด้วยความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยกต่อกลุ่มหรือหมู่คณะด้วยสาเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ ชนชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา เพศหรือสาเหตุอื่นซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างสากลว่าไม่สามารถกระทำได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยได้กำหนดสาเหตุประการสุดท้ายนี้ไว้เพื่ออุดช่องว่างสำหรับการแบ่งแยกที่อาจเกิดขึ้นได้ด้วยสาเหตุอื่น การกระทำอันเป็นการรังควานนั้นประกอบด้วยการกระทำที่มีความรุนแรงต่างๆ กัน ตั้งแต่การฆาตกรรมไปจนถึงการจำกัดความเชื่อทางศาสนา รวมถึงการละเมิดต่อสิทธิความเท่าเทียมกันในทางกายภาพ เศรษฐกิจ หรือกระบวนการยุติธรรม เช่น ในคดี Tadic จำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานการรังควาน เนื่องจากได้โจมตีหมู่บ้านและพื้นที่ใกล้เคียง แบ่งแยกเชื้อชาติและบังคับโยกย้ายประชาชนพลเรือน ทำร้ายทุบตี และฆ่าซึ่งเป็นการกระทำอันละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเจตนาที่จะแบ่งแยกทางศาสนาและทางการเมือง ทั้งนี้การรังควานไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำทางกายภาพเสมอไป เช่น ในคดีที่ศาลอนุกรมเบริกตัดสินว่า Streicher มีความผิดฐานกระทำการรังควานด้วยสาเหตุทางการเมืองและเชื้อชาติ โดยการพูดและตีพิมพ์คำสอนต่อสาธารณะให้เกลียดชังชาวยิว⁷⁵

อย่างไรก็ตามมีการกระทำบางอย่างไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานนี้ เช่น ในคดี Flick การทำความผิดต่อทรัพย์สินในทางอุตสาหกรรมไม่ถือว่าเป็นการรังควาน เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบในทางชีวิตและเสรีภาพ แต่การวางมาตรการทางเศรษฐกิจเฉพาะบุคคลหนึ่งบุคคลใดถือเป็นความผิดฐานการรังควานได้⁷⁶

นอกจากนี้ตามธรรมนูญกรุงโรมยังได้กำหนดว่าการรังควานนั้นจะต้องกระทำโดยเกี่ยวพันกับการกระทำใดที่อ้างถึงในข้อ 7 วรรค 1 ของธรรมนูญ หรืออาชญากรรมใดๆ ภายในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย ข้อกำหนดดังกล่าวนี้เคยปรากฏอยู่ในธรรมนูญศาลอนุกรมเบริกและธรรมนูญศาลโตเกียว แต่ตามธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียและธรรมนูญศาลรวันดาได้ยกเลิกข้อกำหนดนี้ออกไป ดังที่ศาลยูโกสลาเวียได้วางหลักไว้ในการพิจารณาคดี Tadic ว่าหากมีการกระทำละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนโดยประสงค์ให้เกิดการแบ่งแยกดังสาเหตุที่ระบุไว้ในธรรมนูญแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องอาศัยการกระทำอันไร้มนุษยธรรมอื่นใดมาเป็นองค์ประกอบในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอีก เช่นเดียวกับในคดี Kupreskic and Others ศาลยูโกสลาเวียได้วางหลักว่า การรังควานตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องกระทำขึ้นโดยเกี่ยวพันกับอาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น ๆ ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่าข้อกำหนดตามธรรมนูญกรุงโรม

⁷⁵ Kriangsak Kittichaisree, *International Criminal Law*, p. 117.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 118.

ในเรื่องนี้ไม่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่เหตุผลที่ข้อกำหนดนี้ได้ปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมก็เพราะว่าผู้แทนในการประชุมกรุงโรมบางประเทศเห็นว่าการรังควานเป็นความผิดที่มีลักษณะคลุมเครือจึงจำเป็นต้องกำหนดองค์ประกอบให้ชัดเจน อย่างไรก็ตามมีผู้โต้แย้งว่าการรังควานเป็นการกระทำที่เป็นความผิดได้ด้วยตัวเองไม่จำเป็นต้องอาศัยความผิดอื่นมาเสริม ดังนั้นการพิสูจน์ถึงความเกี่ยวพันระหว่างการรังควานกับอาชญากรรมอื่นๆในข้อ 7 ของธรรมนูญกรุงโรม เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การฆาตกรรม หรือการทรมานนั้นซึ่งมิได้เป็นความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในตัวเองนั้นสามารถกระทำได้ แต่ไม่จำเป็นต้องกำหนดให้พิสูจน์ถึงความเกี่ยวพันระหว่างการรังควานกับการกระทำอันไร้มนุษยธรรมซึ่งได้กระทำในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบซึ่งถือได้ว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติแล้ว⁷⁷

ทั้งนี้การรังควานที่กระทำต่อ “กลุ่มหรือหมู่คณะ” ควรจะแปลความให้รวมถึงการกระทำต่อผู้ซึ่งช่วยเหลือ หรือให้การสนับสนุนกลุ่มหรือหมู่คณะด้วย เพราะการรังควานอาจจะมิได้เกิดขึ้นเพราะเหยื่อเป็นสมาชิกของกลุ่ม หรือหมู่คณะเท่านั้น แต่อาจจะกระทำต่อเหยื่อเพราะเขาได้ช่วยเหลือสนับสนุนกลุ่มหรือหมู่คณะก็ได้⁷⁸

คณะกรรมการเตรียมการสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากการรังควานไว้ดังนี้

- (1) ผู้กระทำลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนโดยเจตนาและรุนแรงโดยขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ
- (2) ผู้กระทำมีเป้าหมายกระทำต่อบุคคลเช่นว่านั้น ด้วยเหตุผลของความเป็นเอกลักษณ์ของกลุ่มหรือหมู่คณะ หรือมีเป้าหมายต่อกลุ่มหรือหมู่คณะดังกล่าว
- (3) การกระทำต่อเป้าหมายนั้นมีสาเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ ชนชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา เพศตามที่นิยามไว้ในข้อ 7 วรรค 3 ของธรรมนูญหรือสาเหตุอื่นซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างสากลว่าไม่สามารถกระทำได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ
- (4) การกระทำนั้นได้กระทำโดยเกี่ยวเนื่องกับการกระทำใดที่อ้างถึงในข้อ 7 วรรค 1 ของธรรมนูญ หรืออาชญากรรมใดๆภายในเขตอำนาจของศาล

⁷⁷ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 121.

⁷⁸ Human Rights Watch Commentary to the Preparatory Commission Meeting on the International Criminal Court. Available from <http://www.iccnw.org/html/hrw200006.html> [2002., August 5]

- (5) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (6) ผู้กระทำความผิดรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

2.14 การบังคับให้บุคคลหายสาบสูญ

การบังคับให้บุคคลหายสาบสูญเป็นความผิดที่ได้เพิ่มเติมขึ้นมาใหม่ เนื่องจากผู้แทนที่เข้าร่วมประชุม มีความเห็นว่าจะไม่มีความจำเป็นที่จะรวมการบังคับให้บุคคลหายสาบสูญไว้ในกรกระทำอันไร้มนุษยธรรมใดๆอีก เพราะการกระทำดังกล่าวนี้มีลักษณะและความร้ายแรงคล้ายคลึงกับอาชญากรรมอื่นที่ระบุไว้ในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และได้มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะในปฏิญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทั้งหมดจากการสาบสูญ (UN Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) แล้ว ซึ่งระบุว่า การบังคับให้บุคคลหายสาบสูญอาจกลายเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้เช่นกัน⁷⁹

ตามธรรมนูญกรุงโรมการบังคับให้บุคคลหายสาบสูญ หมายถึง “การจับ การคุมขัง หรือการลักพาตัวบุคคล โดยการสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยาย หรือการให้อำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือองค์กรทางการเมืององค์กรใดองค์กรหนึ่ง และต่อมาได้ปฏิเสธที่จะรับทราบถึงการเพิกถอนเสรีภาพนั้น หรือปฏิเสธที่จะให้ข้อสนเทศเกี่ยวกับชะตากรรมหรือแหล่งที่อยู่ของบุคคลเหล่านั้น ด้วยเจตนาที่จะนำบุคคลเหล่านั้นออกมาจากการคุ้มครองของกฎหมายเป็นระยะเวลายาวนานติดต่อกัน”

การบังคับให้บุคคลหายสาบสูญไปเป็นอาชญากรรมซึ่งผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการหายตัวไปอาจถูกดำเนินคดีให้รับผิดชอบตามการกระทำของตนที่แตกต่างกันไป แม้ว่าผู้กระทำบางคนจะไม่ว่ามีบุคคลอื่นมีส่วนร่วมในการทำให้หายสาบสูญไปด้วย ตัวอย่างเช่น เจ้าพนักงานตำรวจ ก. จับกุม A. ในข้อหาลักทรัพย์และนำตัว A. ไปฝากขังไว้ที่สถานีตำรวจ ต่อมาเจ้าหน้าที่ของรัฐบางคนได้ทราบว่า A. เป็นพวกสนับสนุนพรรคการเมืองฝ่ายซ้ายจึงต้องการให้ A. หายสาบสูญไปโดยปราศจากร่องรอย และผู้กำกับการ ข. ได้สั่งให้เจ้าพนักงานตำรวจ ค. ทำให้ A. หายตัวไป ญาติของ A. พบว่า A. ไม่อยู่ในห้องขังและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการหายตัวไปของ A. ได้ปฏิเสธที่จะบอก

⁷⁹ Mahnoush H. Arsanjani, “Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference”: 55.

ชะตากรรมหรือที่อยู่ของ A. ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เจ้าพนักงานตำรวจ ก. ไม่ได้ทราบถึงการหายตัวไปของ A. ด้วยจึงไม่อาจให้ข้อมูลใดๆได้ และไม่ถือว่ามีความผิดด้วย⁸⁰

ความผิดฐานบังคับให้บุคคลหายสาบสูญไปสามารถจำแนกองค์ประกอบของความผิดได้ดังนี้

1. ผู้กระทำ

- (ก) จับ คุมขัง หรือลักพาตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคน หรือ
- (ข) ปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือแหล่งที่อยู่ของบุคคลเช่นว่านั้น

2.

- (ก) ต่อมาหลังจากการจับ การคุมขัง หรือการลักพาตัวบุคคลเช่นว่านั้น หรือขณะกระทำการจับ การคุมขัง หรือการลักพาตัวบุคคลเช่นว่านั้น มีการปฏิเสธการรับรู้ถึงการเพิกถอนเสรีภาพ หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือแหล่งที่อยู่ของบุคคลเช่นว่านั้น หรือ
- (ข) การปฏิเสธเช่นว่านั้นได้เกิดขึ้นก่อน หรือขณะที่มีการเพิกถอนเสรีภาพ

3. ผู้กระทำทราบว่าเป็น

- (ก) การจับ การคุมขัง หรือการลักพาตัวนั้น เป็นธรรมดาที่ต่อมาย่อมถูกปฏิเสธการรับรู้ถึงการเพิกถอนเสรีภาพ หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือแหล่งที่อยู่ของบุคคลเช่นว่านั้น หรือ
- (ข) การปฏิเสธเช่นว่านั้นได้เกิดขึ้นก่อน หรือขณะที่มีการเพิกถอนเสรีภาพ

4. การจับ การคุมขัง หรือการลักพาตัวบุคคลเช่นว่านั้นได้ดำเนินการโดย หรือการสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยาย หรือการให้อำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่งหรือองค์กรทางการเมืององค์กรใดองค์กรหนึ่ง

4. การปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือแหล่งที่อยู่ของบุคคลเหล่านั้นได้ดำเนินการโดย หรือการสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยาย หรือการให้อำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่งหรือองค์กรทางการเมืององค์กรใดองค์กรหนึ่ง

5. ผู้กระทำเจตนาที่จะนำตัวบุคคลเหล่านั้นออกมาจากการคุ้มครองของกฎหมายเป็นระยะเวลายาวนานติดต่อกัน

⁸⁰ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 123.

6. การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
7. ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

ข้อสังเกตประการหนึ่งของความผิดฐานการบังคับให้บุคคลหายสาบสูญไปก็คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจเหนือความผิดฐานนี้ก็ต่อเมื่อการบังคับให้บุคคลหายสาบสูญนั้นได้กระทำขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ และผู้กระทำรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ แล้วหลังจากวันที่ธรรมนูญกรุงโรมได้บังคับใช้ กล่าวคือ แม้ว่าการบังคับให้บุคคลหายสาบสูญ เช่น การลักพาตัว การจับกุม หรือการกักกันจะเกิดขึ้นมาแล้ว ก่อนวันที่ธรรมนูญกรุงโรมใช้บังคับก็ตาม แต่หากองค์ประกอบของความผิดได้แก่ การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ และผู้กระทำรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่ทำให้การกระทำความผิดดังกล่าวกลายเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เกิดขึ้นภายหลังจากวันที่ธรรมนูญกรุงโรมได้ใช้บังคับก็ทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือความผิดฐานนี้ได้

2.15 อาชญากรรมการเหยียดผิว

อาชญากรรมการเหยียดผิวเป็นความผิดที่ได้บัญญัติเพิ่มเติมไว้ในอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ด้วยเหตุผลเดียวกับการบัญญัติความผิดอันเกิดจากการบังคับให้บุคคลหายสาบสูญไว้ กล่าวคือ อาชญากรรมการเหยียดผิวนี้มีลักษณะและความร้ายแรงคล้ายคลึงกับอาชญากรรมอื่นที่ระบุไว้ในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามและการลงโทษอาชญากรรมการเหยียดผิวแล้วซึ่งมีการระบุถึงการกระทำดังกล่าวนี้ในฐานะที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ด้วย⁸¹

ส่วนธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติว่า อาชญากรรมการเหยียดผิว หมายถึง การกระทำอย่างไร้มนุษยธรรมที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับที่อ้างไว้ในวรรคแรก ซึ่งกระทำขึ้นในบริบทของระบบที่ถูกจัด

⁸¹ Mahnoush H. Arsanjani, "Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference": 55-56.

ตั้งขึ้นเพื่อการกวดขันและครอบงำอย่างเป็นระบบ โดยกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งเหนือกลุ่มเชื้อชาติอื่นอีกกลุ่มหนึ่ง หรือหลายกลุ่ม และกระทำโดยมีเจตนาที่จะคงไว้ซึ่งระบอบนั้น

คณะกรรมการเตรียมการสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากอาชญากรรมการเหยียดผิวไว้ดังนี้

- (1) ผู้กระทำได้กระทำอย่างไร้มนุษยธรรมต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้น
- (2) เป็นการกระทำที่อ่างไว้ในข้อ 7 วรรค 1 ของธรรมนูญ หรือการกระทำใดที่มีลักษณะคล้ายคลึง
- (3) ผู้กระทำทราบสถานการณ์ที่แท้จริงถึงลักษณะของการกระทำนั้น
- (4) การกระทำนั้นได้กระทำขึ้นในบริบทของระบอบที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อการกวดขันและครอบงำอย่างเป็นระบบ โดยกลุ่มเชื้อชาติกลุ่มหนึ่งเหนือกลุ่มเชื้อชาติอื่นอีกกลุ่มหนึ่ง หรือหลายกลุ่ม
- (5) การกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่ในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ
- (6) ผู้กระทำต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่ง หรือตั้งใจให้เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชาชนพลเรือนใดๆ

2.16 การกระทำที่ไร้มนุษยธรรมอื่นๆ

การกำหนดความผิดจากการกระทำอันไร้มนุษยธรรมอื่นๆ ไร้ปรากฏขึ้นครั้งแรกในธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กและปรากฏในธรรมนูญศาลอื่นๆ เรื่อยมา รวมทั้งในธรรมนูญกรุงโรมด้วยเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของการกระทำอื่นๆ นอกเหนือจากที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 7 ของธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งอาจเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้

องค์คณะพิจารณาคดีที่ 2 ของศาลรวันดาได้วางหลักไว้ในคดี Kayishema and Ruzindana ว่า การกระทำอันไร้มนุษยธรรมอื่นๆ นั้นหมายถึงการกระทำหรือละเว้นกระทำซึ่งก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือบาดเจ็บอย่างร้ายแรงแก่กายหรือจิตใจ หรือเป็นการโจมตีอย่างร้ายแรง

ต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเทียบได้ความร้ายแรงของการกระทำอื่นๆที่ได้ระบุไว้ในบทบัญญัติของตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความผิดทำนองเดียวกันนี้⁸²

ตามธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติว่า “การกระทำที่ไร้มนุษยธรรมอื่นๆซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกันโดยมีเจตนาที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง หรือบาดเจ็บทางกาย หรือสุขภาพจิตหรือกายอย่างสาหัส” เป็นการรองรับถึงการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในรูปแบบอื่นที่อาจเกิดได้ในอนาคต เช่น การทดลองมนุษย์โดยผิดกฎหมาย⁸³ และการกระทำละเมิดทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของรัฐบาลต่อประชาชนพลเรือน โดยการจำกัดสิทธิในการบริโภค สิทธิในการมีสุขภาพที่ดี หรือสิทธิในการอยู่อาศัย เพื่อที่จะก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง ก็ถือว่าเป็นการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้เช่นกัน⁸⁴

สำหรับประเด็นปัญหาว่าการกระทำที่ไร้มนุษยธรรมอื่นๆนั้นจะหมายความรวมถึงการกระทำต่อทรัพย์สินด้วยหรือไม่ นั้น มีแนวโน้มของความเห็นว่าการกระทำที่ไร้มนุษยธรรมนั้นมิได้บัญญัติให้จำกัดเฉพาะการกระทำต่อชีวิตและร่างกายเท่านั้น ดังนั้นการปล้นสะดม การก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินตามอำเภอใจ หรือการเวนคืนสาธารณะสมบัติ หรือการยึดทรัพย์สินของเอกชนก็อาจจะก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง หรือบาดเจ็บทางกาย หรือสุขภาพจิตหรือกายของเหยื่ออย่างสาหัสได้⁸⁵

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ การกระทำที่ไร้มนุษยธรรมในฐานะที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นเหยื่อต้องยังมีชีวิตอยู่ในขณะที่ถูกกระทำ ดังนั้นการกระทำต่อศพ เช่น การกินเนื้อมนุษย์ การทำลายศพซึ่งละเมิดบทกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงครามซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำที่เลวร้ายต่อศพในสงครามนั้นเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม⁸⁶

⁸² Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 127.

⁸³ Mahnoush H. Arsanjani, “Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference”: 56.

⁸⁴ Frank Barneby, Can Poverty Be Made a Crime Against Humanity. Available from <http://www.etcint.org/Poverty%20WS/Barneby.htm> [2002, August 5]

⁸⁵ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 127.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 128.

คณะกรรมการเตรียมการสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันเกิดจากการกระทำที่ไร้มนุษยธรรมไว้ดังนี้

- (1) ผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรง หรือบาดเจ็บทางกายหรือสุขภาพจิต หรือกายอย่างสาหัส โดยวิธีการอันไร้มนุษยธรรม
- (2) การกระทำนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับที่อ้างไว้ในข้อ 7 วรรค 1 ของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กเป็นต้นมา โดยธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดความผิด "การบังคับให้ประชาชนขนย้าย" เป็นรูปแบบของความผิดที่เพิ่มเติมมาจาก "การขับไล่อันตราย" นอกจากนี้ยังได้ขยายความผิดฐานกักขังโดยการรวมเอาความผิดฐาน "การทำให้สิ้นซึ่งเสรีภาพทางกายภาพอย่างร้ายแรงอันเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ" เพิ่มขึ้นมาด้วย ในส่วนของความผิดทางเพศ นอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนนั้น ธรรมนูญกรุงโรมยังได้กำหนดให้ความผิดฐาน "การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับให้ทำหมัน หรือรูปแบบอื่นที่เทียบได้กับการใช้ความรุนแรงทางเพศซึ่งมีลักษณะร้ายแรง" เป็นความผิดทางเพศเช่นเดียวกัน สำหรับความผิดฐานการรังควานซึ่งตามธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียและธรรมนูญศาลรวันดากำหนดให้ความผิดดังกล่าวจะต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแบ่งแยกอันเนื่องมาจากเหตุผลทางการเมือง เชื้อชาติ และศาสนาเท่านั้น แต่ตามธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดเพิ่มเติมว่าความผิดดังกล่าวนั้นอาจจะเกิดจากสาเหตุทาง สัญชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม เพศหรือเนื่องจากเหตุผลอื่นใดที่ยอมรับกันในสากลโลกว่าต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศได้เช่นกัน นอกจากนี้ธรรมนูญกรุงโรมยังได้กำหนดรูปแบบของการเกิดความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติขึ้นมาใหม่ด้วย นั่นคือ การทำให้สูญหาย และการเหยียดผิว

จากบทบัญญัติของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรมประกอบกับองค์ประกอบของอาชญากรรมซึ่งได้นำมาใช้เป็นส่วนเสริมในการตีความและปรับ

ใช้ธรรมเนียมกรุงโรมนั้นสามารถสรุปได้ว่าองค์ประกอบร่วมกันของรูปแบบการเกิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ คือ การกระทำที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นการกระทำอันไร้มนุษยธรรม ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส หรือเกิดอันตรายร้ายแรงแก่กายหรือจิตใจ หรือพละทานมัย โดยการกระทำดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบซึ่งได้กระทำต่อประชาชนพลเรือน⁸⁷ องค์ประกอบดังกล่าวนี้จึงถือได้ว่าเป็นส่วนที่สำคัญในการพิจารณาดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ชัดเจนมากขึ้นกว่าธรรมเนียมศาลต่างๆ นับตั้งแต่ธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์ก เป็นต้นมา โดยตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างองค์ประกอบของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญกรุงโรมกับองค์ประกอบของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญศาลต่างๆ ได้แสดงไว้ในภาคผนวก ข.

ลักษณะของการเกิดอาชญากรรมซึ่งจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีในวงกว้างหรืออย่างเป็นระบบดังกล่าวนี้ ยังแสดงให้เห็นว่าความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากความผิดทางอาญาทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายภายในประเทศต่างๆ รวมทั้งกฎหมายภายในของประเทศไทยด้วย ดังนั้นในการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีในธรรมนูญกรุงโรม ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับบทบัญญัติต่างๆ ของธรรมนูญกรุงโรมด้วย ดังจะได้กล่าวในบทต่อไป

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸⁷ Ibid., p. 90.