

บทที่ 5

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและข้อเปรียบเทียบการกระทำรุนแรง ทางเพศตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ธรรมนูญศาล ระหว่างประเทศรวันดา และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับล่าสุดที่กำหนด
ฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศไว้ ธรรมนูญศาลนี้เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ
ฉบับแรกที่มีข้อกำหนดให้ตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นเพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมระหว่าง
ประเทศเป็นการทั่วไป ซึ่งจะเป็นหัวข้อศึกษาต่อไป

5.1 ศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และพิจารณาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งหลาย
ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็มีลักษณะเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศ นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน
นี้ ศาลที่มีลักษณะเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศอาจถือได้ว่ามีศาลดังต่อไปนี้

- ก. ศาลจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ ซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาของจักรวรรดิโรมัน
จำนวน 28 คน พิจารณาและพิพากษาคดีนาย Peter von Hagen bach
- ข. ศาลทหารนูเรมเบิร์ก ฝ่ายสัมพันธมิตรผู้ชนะสงคราม ตั้งขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่
2 พิจารณาคดีทหารเยอรมันกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศในระหว่างเกิด
สงครามโลกครั้งที่ 2
- ค. ศาลทหารโตเกียว ฝ่ายสัมพันธมิตรผู้ชนะสงคราม ตั้งขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2
พิจารณาคดีทหารญี่ปุ่นกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศในระหว่างเกิดสงครามโลก
ครั้งที่ 2
- ง. ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย คณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติตั้งขึ้น
เพื่อพิจารณาคดีบุคคลผู้มีความรับผิดชอบในกรณีเหตุการณ์ในอดีตุโกสลาเวีย
- จ. ศาลระหว่างประเทศรวันดา คณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติตั้งขึ้นเพื่อ
พิจารณาคดีบุคคลผู้มีความรับผิดชอบในกรณีเหตุการณ์ในรวันดาและดินแดนใกล้เคียง
- ฉ. ศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นศาลระหว่างประเทศที่พิจารณาคดีอาชญากรรม
ระหว่างประเทศ ศาลแรกที่ตั้งขึ้น โดยประชาคมโลก เพราะตั้งขึ้นโดยอนุสัญญากรุงโรม ค.ศ.1998

5.1.1 ที่มาของการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ¹

แม้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 20 แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งแรกตั้งขึ้นเป็นเวลานานแล้วตั้งแต่ ค.ศ.1474 ในเมือง Beisach ประเทศเยอรมันนี โดยในการพิจารณาคดีในศาลแห่งแรกสุดนี้ ผู้พิพากษาของจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ได้พิพากษาประณามจำเลย นาย Peter von Hagen bach ที่ปล่อยให้กองทัพของเขาข่มขืนกระทำชำเราและฆ่าประชาชนผู้บริสุทธิ์และปล้นทรัพย์สินของประชาชน ซึ่งจำเลยให้การต่อสู้ว่าตนเองทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ศาลเห็นว่าข้อต่อสู้ของจำเลยฟังไม่ขึ้น ได้พิพากษาถอดยศอัศวินของจำเลยและลงโทษประหารชีวิตจำเลย นอกจากคดีนี้แล้วความพยายามที่จะสร้างและบังคับการลงโทษผู้ประกอบอาชญากรรมต่อมนุษยชาติระหว่างประเทศส่วนใหญ่มักไม่ประสบผลสำเร็จหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 กองกำลังฝ่ายสัมพันธมิตรพยายามนำอาชญากรรมสงครามชาวเยอรมัน รวมทั้งกษัตริย์ Kaiser Wilhelm ขึ้นศาลในข้อหาก่อการรุกรานประเทศอื่น มีความพยายามจะลงโทษชาวตุรกีพันธมิตรระหว่างสงครามของเยอรมันที่ทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์พวก อัลบาเนียน ซึ่งอาศัยอยู่ในอาณาจักร Ottoman ในปี 1915 แต่เมื่อพิจารณาถึงความมั่นคงและการเมืองของยุโรป เพื่อหลีกเลี่ยงการทำให้อาชญากรรมสงครามเยอรมันอับอายยิ่งขึ้น ศาลเยอรมันจึงได้รับอนุญาตให้พิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามซึ่งมีผู้กระทำความผิดเป็นชาวเยอรมัน และความพยายามที่จะดำเนินคดีเจ้าหน้าที่ชาวตุรกี โดยศาลระหว่างประเทศก็ถูกยกเลิกในปี 1923 ในที่ประชุม Lausanne ซึ่งยุติสงครามกับตุรกีอย่างเป็นทางการส่งผลให้มีประชาชนเพียงไม่กี่คน ถูกดำเนินคดีที่กระทำระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 และถูกจำคุกเพียงบางคน

นอกจากการพยายามดำเนินคดีอาชญากรรมสงครามในศาลระหว่างประเทศแล้ว ประเทศต่างๆ ได้ตกลงกันทำอนุสัญญาอาญาระหว่างประเทศเป็นชุดระหว่างปี 1864 และ 1929 เพื่อลดความโหดเหี้ยมของสงครามสมัยใหม่ แต่โชคไม่ดีมีเพียงไม่กี่ประเทศที่ยอมตกลงลงนามด้วย

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ฝ่ายสัมพันธมิตรได้ก่อตั้งศาลทหารระหว่างประเทศในนูเรมเบิร์ก และศาลทหารระหว่างประเทศพิจารณาคดีตะวันออกไกลในโตเกียว ได้ดำเนินคดีปัจเจกชนซึ่งต้องรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมต่อความสงบ (Crimes against peace) อาชญากรรม

¹Evo Popoff, "Inconsistency and impunity in international human right law: can the international criminal count solve the problems raised by the Rwanda and Augusto pinochet cases" *The George Washington International Law Review* Volume 33. No2 (2001): 363-369.

สงคราม (War Crime) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity) ที่กระทำระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 กองกำลังฝ่ายสัมพันธมิตรต้องประสบกับปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยแห่งชาติ ซึ่งจะต้องแก้ไขก่อนการดำเนินคดี กฎหมายระหว่างประเทศไม่เคยรับรู้หรือมีการเอาผิดอาชญากรรมที่กระทำโดยตัวอธิปไตยต่อพลเมืองของตนเองหรืออาชญากรรมที่ทำสงครามรุกราน (An aggressive war) ตามข้อเท็จจริงอาชญากรรมทำสงครามรุกรานมักจะได้รับการพิจารณาในลักษณะพื้นฐานของอำนาจอธิปไตยของรัฐเพื่อให้การพิจารณาของศาลเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงมีการดำเนินคดีชาวเยอรมันและญี่ปุ่นเพียงข้อหาฝ่าฝืนบรรทัดฐานระหว่างประเทศ (International norm) ซึ่งมีอยู่ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2

ฝ่ายสัมพันธมิตรเชื่อว่าความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยที่สมบูรณ์จะไม่ถูกใช้อีกนับแต่เริ่มต้นศตวรรษที่ 20 และเชื่อว่าสนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ที่ลงนามในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 นี้แสดงแนวโน้มที่จะจำกัดอำนาจอธิปไตยแห่งชาติ เช่น อนุสัญญากรุง Hague ในปี 1899 และ 1907 ได้จำกัดสิทธิของรัฐในการประกาศสงคราม นอกจากนี้ในปี 1925 เยอรมันได้ลงนามในสนธิสัญญาไม่ขยายเขตอำนาจ (Non-expansion) กับเบลเยียม ฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร และอิตาลี ดังนั้นฝ่ายสัมพันธมิตรรู้สึกว่าคุณเองไม่จำเป็นต้องสร้างกฎหมายใหม่ เพียงแต่พัฒนาและขยายกฎหมายที่มีอยู่แล้ว (Lex lata) ก็พอ ฝ่ายสัมพันธมิตรยังคิดอีกว่าความล้มเหลวที่จะดำเนินคดีอาชญากรรมสงคราม การปล่อยให้อาชญากรรมสงครามประกอบอาชญากรรมโดย ไม่ถูกลงโทษจะเป็นอันตรายอย่างยิ่งทางศีลธรรม ดังนั้นฝ่ายสัมพันธมิตรจึงค้นหาที่จะปลูกฝัง ศีลธรรมแก่ตัวกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่

แม้ว่าศาลระหว่างประเทศจะประสบผลสำเร็จในการดำเนินคดีอาชญากรรมและโฆษณาเผยแพร่ความคิดว่าการฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจะต้องอยู่ภายใต้การพิจารณาและขบวนการระหว่างประเทศ ไม่ใช่ท้องถิ่น แต่ก็มีความวิจารณ์ว่าศาลทหารระหว่างประเทศล้มเหลวในการก่อตั้งบรรทัดฐานที่เข้มแข็งสำหรับองค์การระหว่างประเทศในอนาคตที่จะอาศัยอ้างอิงและมีการวิจารณ์ว่าการพิจารณาคดีของศาลทหารระหว่างประเทศเป็นเพียงความยุติธรรมของผู้ชนะ ขาดความชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่าง ประชาคมระหว่างประเทศไม่ยึดถือการทิ้งระเบิดที่ Dresden, Hiroshima หรือ Nagasaki ว่าเป็นความผิด ทั้งที่การกระทำทั้งหมดเกี่ยวข้องกับการฆ่าคนจำนวนมากที่ไม่ใช่บุคคลทางทหาร ศาลทหารระหว่างประเทศยังล้มเหลวที่จะให้คำจำกัดความอย่างเหมาะสม และแยกแยะความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมบางอย่าง เช่น อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม หลายปีมาแล้วปัญหาสุดท้ายนี้ทำให้ความพยายามร่างประมวลกฎหมายอาญาระหว่างประเทศไม่ราบรื่น

ผลจากคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศนูเรมเบิร์กและโตเกียว ก่อให้เกิดความต้องการพัฒนาศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวร ความพยายามที่จะสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรได้เริ่ม ในปี 1949 เมื่อคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเริ่มงานเกี่ยวกับการร่างประมวลความผิด (Draft Code of Offenses) และร่างธรรมนูญเพื่อก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในปีถัดมา แต่โชคไม่ดีการเมืองแบบสงครามเย็นและผลของสงครามตัวแทน ทำให้การก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ประสบผล แต่ส่งผลคืออนุสัญญาและสนธิสัญญาระหว่างประเทศกลายเป็นสิ่งนำไปสู่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในยุคหลังสงคราม

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผลของขบวนการการเจรจาทางการทูตอย่างลำบากตรากตรำ เป็นเวลานาน 4 ปี ได้ก่อกฎหมายอาญาระหว่างประเทศลักษณะสำคัญใหม่หลายลักษณะ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและร่างองค์ประกอบความผิดเป็นเอกสารระหว่างประเทศฉบับแรกที่ได้ประมวลองค์ประกอบของการฆ่าคนและกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะอื่น โดยการฆ่าคนกระทำร้ายและการบังคับให้ตั้งครรภ์ เป็นอาชญากรรมที่สำคัญมากที่สุด 2 ลักษณะ

ตัวแทนจากประเทศต่างๆ 148 ประเทศรวมตัวกันในกรุงโรมปี 1998 และร่างธรรมนูญเพื่อก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในอนาคตเพื่อตัดสินผู้กระทำผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) และอาชญากรรมที่รุนแรงพอกันอย่างอื่น เพื่อให้มีศาลอย่างแท้จริงจะต้องมี 60 ชาติให้สัตยาบันสัญญา ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นก้าวสำคัญต่อการพัฒนามกฎหมายมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งได้เริ่มต้นด้วยศาลระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กและโตเกียวหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 และการลงนามปฏิญญาสากลสิทธิมนุษยชน ในปี 1948 มีเพียง 7 ชาติที่คัดค้านการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้แก่ ลิเบีย จีน อิรัก อิสราเอล สหรัฐอเมริกา กาตาร์และเยเมน² และมี 21 ชาติตอกออกเสียง จึงมี 120 ชาติที่ลงมติสนับสนุน

²กิตติ ไอสถเจริญผล, “เขตอำนาจรัฐสากลเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 238. และ Evo Popoff, “Inconsistency and impunity in international human rights law: can the international criminal court solve the problems raise by Rwanda and Augusto pinochet cases The George – Washington International Law Review Volume 33, No 2 (2001): 363.

เหตุผลที่ต้องตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

อาชญากรรมซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่เป็นภัยต่อมวลมนุษยชาติ ซึ่งโดยหลักแล้วอาชญากรรมเหล่านี้ก็เป็นความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลภายในประเทศอยู่แล้ว ฉะนั้นศาลภายในประเทศไม่ว่าจะเป็นศาลอาญาหรือศาลทหารย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาผู้กระทำความผิดเหล่านี้ แต่เนื่องจากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในการกระทำความผิดเสียเอง การที่จะอาศัยอำนาจรัฐภายในประเทศด้วยกันเองลงโทษผู้กระทำความผิดจึงเป็นเรื่องยากหรือแทบจะเป็นไปไม่ได้ มักไม่ประสบผลสำเร็จในการนำตัวบุคคลเหล่านี้มาลงโทษ ซึ่งมีตัวอย่างมากมายนับแต่อดีตจนกระทั่งเหตุการณ์ในอดีตยูโกสลาเวียและรวันดา จนคณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติต้องตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นพิจารณาคดีบุคคลผู้กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงในประเทศเหล่านั้น

จากเหตุผลนี้เองจึงจำต้องตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องที่ระบบความยุติธรรมทางอาญาภายในประเทศไม่สามารถหรือไม่ตั้งใจจัดการต่อผู้กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรง³

5.1.2 สถานะของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลอาญาระหว่างประเทศตั้งขึ้นโดยอนุสัญญาระหว่างประเทศ คือ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่กรุงโรมปี 1998 ซึ่งแตกต่างจากศาลอาญาระหว่างประเทศอื่นในอดีต มีฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ และศาลถาวร บังคับและลงโทษต่อดัวปัจเจกชนผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งกระทำความผิดในเขตแดนประเทศภาคีสมาชิกหรือเป็นบุคคลมีสัญชาติของประเทศภาคีสมาชิก ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่กรุงโรม ปี 1998 เริ่มมีผลบังคับใช้ในวันแรกของเดือนภายหลังครบ 60 วัน นับแต่รัฐสมาชิกให้สัตยาบันครบ 60 รัฐ ปัจจุบันรัฐสมาชิกให้สัตยาบันถึง 74 รัฐ และศาลอาญาระหว่างประเทศเปิดทำการแล้วตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2002⁴

³United Nation High commissioner for Refugees UNHCR and the establishment of an international criminal court: some comments on the draft, [Online] Available from: <http://www.un.org/icc/unher.htm> [2000, December 8], pp.1-2.

⁴ข้อมูลรวบรวมล่าสุดถึงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ.2002

ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเพียงศาลเสริมศาลภายในประเทศ จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีก็ต่อเมื่อศาลภายในประเทศ ซึ่งอาจเป็นศาลอาญาหรือศาลทหารไม่เต็มใจหรือไม่สามารถที่จะพิจารณาพิพากษาความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของตนก่อน ทั้งไม่มีอำนาจพิจารณาการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นก่อนตั้งศาลด้วย จากกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเพียงศาลเสริมเท่านั้น ความคิดที่ว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศต้องถูกดำเนินคดีโดยศาลระหว่างประเทศไม่ใช่ศาลภายในจึงยังไม่ประสบผลสำเร็จทั้งศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในเขตแดนของรัฐภาคี หรือผู้กระทำความผิดเป็นคนสัญชาติของรัฐภาคีเท่านั้น อาชญากรรมระหว่างประเทศอื่นจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย จึงมีข้อจำกัดในเรื่องลงโทษอาชญากรรมระหว่างประเทศในวงจำกัดอีก

แม้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นเพียงศาลเสริม ไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นโดยทันทีก็ตาม แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศก็มีอำนาจที่จะพิจารณาว่าศาลภายในซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาคดีอย่างจริงจัง เต็มความสามารถหรือไม่หากศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาแล้วเห็นว่าศาลภายในพิจารณาคดีโดยไม่เต็มใจหรือไร้ความสามารถแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศย่อมมีอำนาจพิจารณาคดีนั้นใหม่ได้อีกตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 20 วรรคสาม ฉะนั้นการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเพียงศาลเสริมของศาลภายในประเทศ แม้จะไม่ใช่ไปตามความต้องการของประชาคมโลก แต่การเป็นศาลเสริมก็ไม่น่าจะเป็นข้อด้อยของศาลอาญาระหว่างประเทศส่วนที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือเฉพาะความผิดที่เกิดขึ้นในเขตแดนของรัฐภาคี และความผิดที่กระทำโดยคนสัญชาติของรัฐภาคีเท่านั้น แม้จะดูเหมือนว่าประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้นที่ประชาชนของตนจะต้องถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่แท้จริงแล้วแม้ประเทศใดไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่หากพลเมืองของตนไปกระทำความผิดในดินแดนของประเทศภาคีสมาชิกแล้ว ผู้กระทำความผิดก็ต้องถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศด้วยการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือความผิดที่เกิดขึ้นในเขตแดนประเทศภาคีสมาชิก จึงเป็นการปกป้องคุ้มครองประเทศภาคีสมาชิกด้วย เพราะหากพลเมืองหรือทหารรัฐอื่นมากระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศในเขตแดนของตนก็อาจถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศได้ ทำให้รัฐต่างๆ ซึ่งแม้จะไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ต้องระมัดระวังไม่กล้าใช้อำนาจบาทใหญ่กระทำความผิดในเขตแดนของรัฐภาคีสมาชิก

ซึ่งนับแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2545 วันที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเริ่มเปิดทำการเป็นวันแรก ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีกองกำลังทหารปฏิบัติการอยู่ต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศภาคีสมาชิกธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ภายใต้กองกำลังของสหประชาชาติก็เริ่มรู้สึกวิตกกังวลว่าทหารของตนอาจถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ ทั้งที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงเห็นได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเปิดทำการแล้วเริ่มส่งผลทั้งต่อรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกและไม่เป็นภาคีสมาชิกให้ต้องระมัดระวังพลเรือนหรือทหารของตนไม่ให้ไปกระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศอีกต่อไป นับว่าศาลอาญาระหว่างประเทศมีความศักดิ์สิทธิ์เป็นที่เกรงกลัวของประชาคมระหว่างประเทศไม่น้อย ผิดความคาดหมายที่ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเพียงเสือกระดาษ

5.1.3 ความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือความผิด 4 ประเภท อันได้แก่

1. อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (The crime of genocide)
2. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity)
3. อาชญากรรมสงคราม (War crime)
4. ความผิดฐานรุกราน (The crime of aggression)

นอกจากความผิดทั้ง 4 ประเภทนี้แล้ว ภายหลังจากศาลอาญาระหว่างประเทศตั้งขึ้นครบ 7 ปี ยังสามารถนำความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงมาแนบทำยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเรียกว่า Treaty crime ซึ่งความผิดที่แนบทำยนี้ก็จะอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย

1. อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) บัญญัติอยู่ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 6 หมายถึงการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ โดยมีเจตนาทำลายกลุ่มสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง เผ่าพันธุ์ใดเผ่าพันธุ์หนึ่ง เชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่ง ศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ทั้งหมดหรือบางส่วน

- ก. ฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- ข. ก่อให้เกิดอันตรายทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของกลุ่ม
- ค. เจตนาก่อให้เกิดสภาพชีวิตของกลุ่มซึ่งนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน
- ง. กำหนดมาตรการที่เจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม

จ. บังคับเคลื่อนย้ายเด็กจากกลุ่มไปสู่กลุ่มอื่น
 การกระทำทั้งห้าประการเป็นเพียงตัวอย่างของความผิดฐานนี้ ฉะนั้นจึงมีการกระทำอื่นที่เป็นความผิดฐานนี้อีก เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา¹

2. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) บัญญัติอยู่ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 7 หมายถึง การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 7 ข้อ a - ข้อ k เมื่อกระทำเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่แพร่ไปอย่างกว้างขวางหรือการโจมตีอย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเมืองใดๆ โดยรู้ถึงการโจมตีด้วย ตัวอย่างเช่น

- ก. การฆาตกรรม
- ข. การเนรเทศ
- ค. การเอาคนลงเป็นทาส
- ง. ฆ่าหรือบังคับย้ายประชาชน
- จ. จำคุกหรือกระทำให้ปราศจากเสรีภาพทางกายอย่างร้ายแรงโดยฝ่าฝืนกฎ

พื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ

- ฉ. ทรมาน
- ช. ข่มขืนกระทำชำเรา, การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ, การบังคับให้เป็นโสเภณี, การบังคับให้ตั้งครอบครัว, การบังคับให้เป็นหมัน หรือการกระทำรุนแรงทางเพศอื่นที่ร้ายแรง
- ซ. การทำลายล้างต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

3. อาชญากรรมสงคราม (War crime)

บัญญัติอยู่ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 8 เป็นความผิดซึ่งมีความหมายกว้างขวางมากที่สุดในบรรดาความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ อาจแบ่งความผิดฐานนี้ออกเป็น 4 ประเภท

- ก. การกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 (Grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949) มีการทำความผิดอยู่ 8 ลักษณะ

¹ คดีมุเซมา ของศาลระหว่างประเทศวันดา วินิจฉัยว่าการข่มขืนกระทำชำเราก็นับเป็นความผิดลักษณะหนึ่งในความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ข. การฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายหรือจารีตประเพณีที่ใช้กับความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ มีการกระทำความผิดอยู่ 26 ลักษณะ

ค. การฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อ มาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ ซึ่งเป็นกรณีความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ มีการกระทำความผิดอยู่ 4 ลักษณะ

ง. การฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายหรือจารีตประเพณีที่ใช้กับความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศมีการกระทำความผิดอยู่ 12 ลักษณะ

4. ความผิดฐานรุกราน (The crime of aggression)

ความผิดฐานนี้ยังไม่มีรายละเอียดเกี่ยวกับการนิยามความผิด การกระทำอย่างไรจึงจะเป็นความผิดฐานนี้ยังไม่มี ความชัดเจน และศาลอาญาระหว่างประเทศก็ยังไม่ชัดเจนเห็นความผิดฐานรุกรานจนกว่าจะมีการนิยามความผิดและกำหนดเงื่อนไขที่ศาลจะใช้เขตอำนาจศาลเหนือความผิดนี้ ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎบัตรสหประชาชาติด้วย⁵

ความผิดฐานต่างๆ ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 5, 6, 7 และ 8 เมื่อพิเคราะห์เปรียบเทียบกับความผิดฐานต่างๆ ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียแล้วจะเห็นว่า ธรรมนูญของทั้งสามศาลมีฐานความผิดที่เหมือนกันดังนี้

ก. ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศบัญญัติไว้ในมาตรา 6 ธรรมนูญศาลรวันดาบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียบัญญัติไว้ในมาตรา 4

ความผิดฐานนี้ตามธรรมนูญของศาลทั้งสามมีเนื้อความอย่างเดียวกัน คือ มีตัวอย่างของการกระทำผิด 5 ลักษณะ ประกอบกับเจตนาที่จะทำลายกลุ่มแห่งสัญชาติ กลุ่มแห่งเผ่าพันธุ์ กลุ่มแห่งเชื้อชาติ หรือกลุ่มแห่งศาสนาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

เหตุที่ธรรมนูญศาลทั้งสามบัญญัติความผิดฐานนี้มีข้อความอย่างเดียวกัน น่าจะเป็นเพราะก่อนหน้านี้อนุสัญญาป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 กำหนดให้มีฐานความผิดนี้อยู่แล้ว ธรรมนูญศาลทั้งสามได้ยึดถือความผิดฐานนี้ในอนุสัญญาป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 มาบัญญัติเป็นความผิดในธรรมนูญศาลทั้งสาม จึงทำให้ฐานความผิดนี้มีข้อความอย่างเดียวกัน

⁵Rome Statute of The International Criminal Court Article 5(2)

ข. ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity)

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศบัญญัติไว้ในมาตรา 7

ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันคาบักบัญญัติในมาตรา 3

ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียบัญญัติในมาตรา 5

ความผิดฐานนี้ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันคาและธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียเหมือนกันตรงกำหนดการกระทำความผิดไว้ 9 ลักษณะอย่างเดียวกัน โดยที่ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันคาการกระทำความผิดลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 9 ลักษณะจะต้องกระทำเป็นส่วนหนึ่งของ

1) การโจมตีต่อประชาชนพลเรือนอย่างเป็นระบบหรืออย่างกว้างขวาง

2) ด้วยเหตุผลทางสัญชาติ การเมือง เผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนา

ส่วนตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย การกระทำความผิดลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 9 ลักษณะจะต้องกระทำในขณะ

1) เกิดความขัดแย้งทางอาวุธไม่ว่าจะมีลักษณะระหว่างประเทศหรือไม่

2) ต้องเป็นการกระทำต่อประชาชนพลเรือนโดยตรง

สำหรับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ นอกจากมีการกระทำความผิด 9 ลักษณะเหมือนอย่างธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันคา และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียแล้ว ยังมีการขยายเพิ่มเติมการกระทำความผิดในลักษณะดังนี้

1) การบังคับให้เคลื่อนย้ายประชาชน (Forcible transfer of population)

รวมเข้ากับลักษณะความผิดการเนรเทศ (deportation)

2) การทำให้ปราศจากเสรีภาพทางกายอย่างร้ายแรงอื่นซึ่งฝ่าฝืนกฎเกณฑ์พื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศรวมเข้ากับลักษณะความผิดการจำคุก

3) การกระทำรุนแรงทางเพศอีก 5 ลักษณะ รวมเข้ากับการข่มขืนกระทำชำเรา

4) การทำลายล้างกลุ่มบุคคลด้วยเหตุผลนอกเหนือจากเหตุผลทางการเมืองทางเชื้อชาติ และทางศาสนา รวมเข้ากับลักษณะความผิดการทำลายล้างกลุ่มบุคคลด้วยเหตุผลทางการเมืองทางเชื้อชาติ และทางศาสนา

5) การบังคับให้บุคคลสูญหายไป (Enforce disappearance of persons) เพิ่มเป็นการกระทำความผิดในลักษณะที่ 10 และ

6) อาชญากรรมแบ่งแยกผิวพรรณ (The crime of apartheid) เพิ่มเป็นการกระทำผิดในลักษณะที่ 11

7) ส่วนการปฏิบัติอย่างไร่มนุษยธรรมอื่นได้ขยายความว่า ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับการก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงหรือเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจหรืออนามัยทางกาย

ความหมายของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติก่อนมีข้อตกลงธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศค่อนข้างจะไม่ชัดเจนว่าลักษณะสำคัญของความผิดฐานนี้คืออะไร แตกต่างจากความผิดฐานอาชญากรรมสงครามอย่างไร ในคดีนาย Peter von Hagenbach ซึ่งศาลจากประเทศพันธมิตรของราชอาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานก่ออาชญากรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎของมนุษย์ด้วย มีนักกฎหมายอธิบายว่า ก็คือความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติแต่ก็ไม่มี ความชัดเจนว่าการกระทำของจำเลยส่วนใดที่เป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 และสงครามโลกครั้งที่ 2 ก็ไม่มีตัวอย่างคดีของศาลระหว่างประเทศที่วินิจฉัยถึงความหมายของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เมื่อมาถึงเหตุการณ์ความผิดที่เกิดขึ้นในอดีตุโกลาเวีย ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียบัญญัติความผิดฐานนี้ว่าจะต้องเป็นการกระทำผิดลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 9 ลักษณะ ในขณะที่เกิดความขัดแย้งทางอาวุธไม่ว่าจะเป็นความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ หรือความขัดแย้งทางอาวุธภายในประเทศ ความหมายนี้ทำให้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติเป็นความผิดที่คล้ายกับความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม เพราะความผิดฐานอาชญากรรมสงครามก็เป็นการกระทำผิดในขณะที่เกิดความขัดแย้งทางอาวุธไม่ว่าจะเป็นความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ หรือความขัดแย้งทางอาวุธภายในประเทศ ต่อมาเมื่อมีเหตุการณ์ความผิดที่เกิดขึ้นในวันดา ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดาบัญญัติฐานความผิดนี้มีหลักการแตกต่างจากธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย โดยความผิดฐานนี้ไม่จำเป็นต้องกระทำในขณะที่เกิดความขัดแย้งทางอาวุธ แต่เพิ่มหลักการใหม่ว่าการกระทำผิดจะต้องเกี่ยวข้องกับเหตุผลทางสัญชาติ การเมือง เผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนา ซึ่งความผิดฐานนี้ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียไม่ต้องมี แต่ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียในคดีนายดัสโก ทาดิค ก็ได้วินิจฉัยความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติว่าการกระทำผิดต้องเกี่ยวข้องกับเหตุที่มีการแบ่งแยกทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือการเมืองด้วย ซึ่งศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้ว่า ความผิดฐานนี้ไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบเรื่องเจตนาแบ่งแยกทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือการเมืองด้วย แสดงให้เห็นว่าศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียเองก็ยังคงมีความสับสนในความหมายของฐานความผิดนี้

ส่วนธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศถือได้ว่า ได้วางหลักเกณฑ์ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติให้ชัดเจนแตกต่างจากความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม กล่าวคือ ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ความขัดแย้งทางอาวุธ และแตกต่างจากความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ กล่าวคือ ไม่ต้องมีเจตนาที่จะทำลายกลุ่มแห่งสัญชาติ เผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ ศาสนา หรือการเมือง

ค. การฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ ปี 1949 ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันตามตรา 4 การฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 3 และการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 2 ได้รวมอยู่ในความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 8 ซึ่งแบ่งความผิดออกได้เป็น 4 ประเภท ดังกล่าวมาแล้ว

ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามเป็นความผิดที่มีความหมายกว้างขวางครอบคลุมการฝ่าฝืนกฎหมายสงครามทุกอย่าง⁶ ในปี ค.ศ.1949 ประชาคมระหว่างประเทศทำข้อตกลงอนุสัญญาเจนีวา จำนวน 4 ฉบับ ในอนุสัญญานี้ได้รวบรวมการฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามไว้อย่างกว้างขวาง แบ่งแยกการฝ่าฝืนออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ การฝ่าฝืนกฎหมายหรือจารีตประเพณีสงคราม ซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ หรือความผิดที่เกิดขึ้นระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศเป็นความผิดฐานละเมิดอย่างร้ายแรง (Grave breaches) กับความผิดฐานฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับเป็นความผิดที่เกิดขึ้นระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือความขัดแย้งทางอาวุธภายในประเทศ แต่ความผิดต่างๆ ทั้งที่เกิดขึ้นระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ และที่เกิดขึ้นระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธภายในประเทศที่รวบรวมอยู่ในอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ ไม่อาจครอบคลุมความผิดที่ฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามได้ทั้งหมด ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องเพิ่มประเภทความผิดฐานอาชญากรรมสงครามขึ้นอีก 2 ประเภท เสริมเพิ่มจากความผิดอาชญากรรมสงครามซึ่งมีอยู่ในอนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับ ดังนี้

⁶Jordan J. Paust and others, *International Criminal Law Cases and Materials* second edition, (Durham North Carolina: Carolina Academic Press, 2000), p.24.

ค.1 การฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายหรือจารีตประเพณีที่ใช้กับความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ

ค.2 การฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายหรือจารีตประเพณีที่ใช้กับความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

การเพิ่มประเภทความผิดอาชญากรรมสงครามขึ้นอีก 2 ประเภทนี้ก็เพื่อให้ครอบคลุมการฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงคราม ซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศและที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศให้กว้างขวางมากที่สุดนั่นเอง

5.1.4 การกระทำรุนแรงทางเพศตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

ประวัติความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำรุนแรงทางเพศในรูปแบบอื่นได้รับการยอมรับเป็นเวลานานแล้วว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ตั้งแต่ปี ค.ศ.1474 จำเลยในคดี Peter Hagenbach ซึ่งถือว่าเป็นคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศคดีแรก ก็ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย แต่การกระทำรุนแรงทางเพศไม่ได้รับการยอมรับให้เป็นอาชญากรรมโดยตัวมันเอง (autonomous crime) กล่าวคือ การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นไม่ได้เป็นความผิดที่ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศเพราะเข้าลักษณะการกระทำอย่างอื่น เช่น การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม (Inhumane Treatment)⁷

ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 มีการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นในประเทศเบลเยียม ฝรั่งเศส และรัสเซีย ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ก็มีเหตุการณ์ทำนองเดียวกันที่กระทำโดยทหารญี่ปุ่น และทหารเยอรมัน นาซี และทหารในเวียดนาม ใน Haiti, Peru และ Kuwait ก็มีการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นต่อประชาชนพลเรือน แต่ศาลระหว่างประเทศและศาลภายในประเทศก็ละเลยต่อการกระทำโหดร้ายรุนแรงนี้

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ธรรมนูญศาลทหารนูเรมเบิร์ก ก็ไม่ได้จัดให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นอาชญากรรมที่ได้รับการยอมรับและแยกเป็นความผิดต่างหาก (a separate and

⁷Barbara Bedont, and Katerine Hall Martinez, "Ending impunity for gender crime under the international criminal court", The Brown Journal of world Affairs, Vol.6, Issue 1 (1999): 70.

cognizable crime) การข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้ถูกฟ้องเป็นอาชญากรรมทางเพศอย่างชัดเจน แต่แนวความคิดของการข่มขืนกระทำชำเราถูกดำเนินคดีอย่างชัดเจนเพียงในข้อหาอาชญากรรมสงคราม (the guise of a conventional war crime)

ธรรมนูญของศาลทหารโตเกียวก็เช่นเดียวกับธรรมนูญศาลทหารนูเรมเบิร์กไม่ได้มีการยอมรับการข่มขืนกระทำชำเราในฐานะที่เป็นอาชญากรรมทางเพศอย่างชัดเจน

ก่อนการยอมรับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998 อนุสัญญาะหว่างประเทศ จึงไม่มีการยอมรับอย่างชัดแจ้งว่าความโหดร้ายทางเพศ (sexual atrocities) เป็นการกระทำรุนแรงที่ฝ่าฝืนความเป็นอิสระหรือความมั่นคงทางร่างกายของเหยื่อหรือผู้เสียหายทั้งเกียรติยศของเหยื่อด้วย จนกระทั่งเมื่อมีข้อตกลงยอมรับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญนี้จึงได้มีการแยกแยะที่สำคัญให้แตกต่างจากมาตรฐานเดิม (older paradigm) มีการเปลี่ยนแปลงขนานใหญ่ในแนวทางการคิด และในที่สุดมีการดำเนินคดีอาชญากรรมทางเพศในกฎหมายระหว่างประเทศ⁸

ก่อนการยอมรับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ การกระทำรุนแรงทางเพศถูกห้ามอย่างชัดแจ้งในการก่อตั้งศาลระหว่างประเทศในกรณีเหตุการณ์ในอดีตยูโกสลาเวีย ในปี 1993 และศาลระหว่างประเทศในกรณีเหตุการณ์ในรวันดา ในปี 1994 โดยธรรมนูญของศาลทั้งสองมีการกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอย่างชัดแจ้งแต่ธรรมนูญศาลทั้งสองนี้ก่อตั้งโดยมติของคณะมนตรีความมั่นคง ไม่ใช่ก่อตั้งโดยอนุสัญญาะหว่างประเทศ

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสร้างขึ้นเพื่อต่อต้านเบื้องหลัง (backdrop) ของความโหดร้ายในรวันดาและอดีตยูโกสลาเวีย จึงได้รับอิทธิพลอย่างมากจากโครงสร้างของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และศาลระหว่างประเทศรวันดา ศาลระหว่างประเทศทั้งสองตั้งขึ้นเพื่อจัดการ (Address) สถานการณ์เฉพาะที่เกิดขึ้น⁹

บรรทัดฐานของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และรวันดาเป็นที่ประจักษ์และมักชักชวนจงใจตลอดเวลาต่อการเจรจาเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามข้อ

⁸Kristen Boon, "Rape and Forced pregnancy under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent," Columbia Human Right Law Review 32, No.3 (Summer 2001): 627.

⁹Ibid., p.629.

แตกต่างที่สำคัญระหว่างการก่อตั้งศาลระหว่างประเทศชั่วคราวและศาลอาญาระหว่างประเทศอยู่บนข้อเท็จจริงที่ว่าศาลระหว่างประเทศชั่วคราวตั้งขึ้น โดยมติของคณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติและอาศัยอนุสัญญาเจนีวา ในทางตรงข้ามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผลผลิตของขบวนการเจรจาทางการทูตที่ยากลำบากมานาน 4 ปี ก่อให้เกิดลักษณะสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและข้อตกลง Elements of Crime เป็นข้อ คกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่ได้ประมวลองค์ประกอบของการข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นอย่างชัดเจน

การข่มขืนกระทำชำเราและการบังคับให้ตั้งครรภ์เป็นอาชญากรรมทางเพศ 2 ลักษณะที่สำคัญมากที่สุดของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้เคลื่อนย้าย (shifts) โครงร่างทางกฎหมาย (legal framework) ของอาชญากรรมทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างความขัดแย้งทางอาวุธจากการถือว่าการฝ่าฝืนทางกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญคือการฝ่าฝืนเกียรติยศ ไปสู่การพิจารณาว่าเป็นอันตรายต่อบูรณภาพ (integrity) ทางร่างกายของผู้เสียหายและการละเมิดต่อการแสดงออกของผู้เสียหาย (their agency) โครงสร้างนี้ส่งสัญญาณถึงมาตรฐานใหม่สำหรับการกำหนดความผิดอาญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศ นั่นคือการวางหลักการพื้นฐานของศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ให้กว้างขึ้น¹⁰

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นกระแสน้ำ (water shed) ในกฎหมายระหว่างประเทศและจะมีผลอย่างกว้างขวาง (profound effect) ต่อการตีความและสถานะของอาชญากรรมทางเพศทั้งต่อศาลภายในประเทศและศาลระหว่างประเทศ¹¹

อาชญากรรมทางเพศที่เกิดในช่วงเกิดความขัดแย้งทางอาวุธไม่เพียงแต่จะเกี่ยวข้องกับ การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อส่วนตัว เหตุการณ์การข่มขืนกระทำชำเราและการทำร้ายทางเพศจะเกี่ยวข้องกับระดับรัฐและความเกี่ยวพันทางทหารมักจะ ไม่เกิดจากสถานการณ์ที่ไม่มีความขัดแย้ง ยิ่งกว่านั้น การกระทำรุนแรงทางเพศในยามสงบจะแตกต่างจากการกระทำรุนแรงทางเพศในยามสงคราม ซึ่ง จะเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบทางสาธารณะด้วย เพราะว่าเหยื่อจำนวนมากถูกทำร้ายต่อหน้าครอบครัวของตน หรือสมาชิกอื่นในประชาคมของคนผู้กระทำความผิดทางเพศที่เป็นระบบ จะกระทำต่อเป้าหมายซึ่งเป็นกลุ่มเผ่าพันธุ์เฉพาะ ประชาคมทางศาสนาเฉพาะหรือกลุ่มการเมือง

¹⁰Ibid., p.630.

¹¹Ibid., p.631.

เฉพาะ ยิ่งกว่านั้นจากรายงานต่างๆ ยังบ่งชี้ว่า เหตุปกติของอาชญากรรมทางเพศจะเป็นกลุ่มบุคคลที่เปราะบางมากที่สุดระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ โดยเฉพาะผู้หญิงเด็กๆ และ บัจเจกชน ที่ไร้ความสามารถ (อ่อนแอ) รายงานเร็วๆ นี้เกี่ยวกับกระทำความรุนแรงทางเพศในสงครามได้ยืนยันว่า เหตุการณ์การข่มขืนกระทำชำเราหรือการทำร้ายทางเพศที่รุนแรงมากที่สุด ไม่ใช่การกระทำที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญเป็นครั้งคราว (random acts) ของการรุกราน แต่เกิดจากเจตนาจะทำร้ายต่อประชาชนโดยทหารหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการทำร้ายทางเพศเพื่อสร้างความอับอายสู่ชาติ ประชาชนหรือครอบครัวโดยการสร้างราศีทางเพศ (defiling) แก่สมาชิกผู้เสียหายของการกระทำรุนแรงทางเพศในสงครามต้องทุกข์ทรมาน ในฐานะส่วนตัวแล้ว ยังทำให้สมาชิกของประชาคมต้องทุกข์ทรมานด้วย บทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและการบังคับให้ตั้งครรภ์แสดงลักษณะเฉพาะของอาชญากรรมทางเพศ ซึ่งสำคัญอย่างยิ่ง มากกว่าบทบัญญัติที่ใช้ต่ออาชญากรรมทางเพศของกฎหมายภายใน¹²

บทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับความผิดทางเพศ มาจากหลักกฎหมาย 3 หลัก ดังนี้¹³

1. มีการห้ามอาชญากรรมเกี่ยวกับเพศเปลี่ยนความยุติธรรมพื้นฐานจากความคิดหรือความเชื่อในเรื่องศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์เพราะมีการเชื่อมการละเมิดศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงไปสู่การฝ่าฝืน ความเป็นส่วนตัว และความมั่นคงทางร่างกาย การห้ามการรุกรานและความรุนแรงทางเพศ ซึ่งปรากฏในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแสดงว่าการปกป้องคุ้มครองผู้เสียหาย ซึ่งปกป้องคุ้มครองตามธรรมเนียมต่อบางกลุ่ม เช่น พลเรือน ผู้หญิงและเด็ก ผู้อยู่ในดินแดนที่ถูกครอบครองกำลังกลายเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ
2. ความคิดของความเป็นอิสระของบัจเจกชน ได้รับการส่งเสริมที่โครงสร้างของข้อห้ามของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะว่า ความคิดว่าบัจเจกชนจะไม่ถูกบังคับให้ต้องผูกพันในความสัมพันธ์ทางเพศ เป็นการแสดงออกที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ
3. หลักของความยินยอม

¹²Ibid., p.633.

¹³Ibid.

ข้อห้ามระหว่างประเทศเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเพศตามธรรมเนียม (Traditionally) ถือว่าอันตรายเกิดจากการฝ่าฝืนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของผู้เสียหาย ทางเลือกที่อิสระไม่ได้เป็นข้อพิจารณาทางกฎหมาย บทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแนวทางนี้โดยต้องมีการตรวจสอบว่า ผู้เสียหายได้ใช้การแสดงออกของตน (exercised agency) แสดงถึงการยินยอมต่อการตอบโต้ทางเพศหรือไม่ หรือว่าพฤติการณ์ภายนอกปฏิเสธความยินยอมนั้น¹⁴

การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในฐานะเป็นองค์ประกอบความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม และยังถูกตีความเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ นอกเหนือตัวอย่างความผิดที่บัญญัติไว้

ความเชื่อมโยงระหว่างความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และการข่มขืนกระทำชำเราถูกก่อตั้งขึ้นโดยศาลระหว่างประเทศวันดาทั้งในคดีระหว่างพนักงานอัยการกับนาย Akayesu และคดีระหว่างพนักงานอัยการกับนาย Musema ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เพราะได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย คำพิพากษานี้ได้ชี้ให้เห็นว่า การกระทำรุนแรงทางเพศอื่นอาจเป็นความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้ด้วย เมื่อการกระทำดังกล่าวถูกกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายล้างกลุ่มสัญชาติ เผ่าพันธุ์ ชาติพันธุ์ หรือศาสนาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน การตีความ ดังกล่าวนี้ได้รับการสนับสนุนโดยหมายเหตุ (footnote) ในข้อตกลงองค์ประกอบความผิดที่เชื่อมการข่มขืนกระทำชำเราและอาชญากรรมทางเพศอื่น ที่มาตรา 6 (b) ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยเข้าลักษณะการกระทำก่อให้เกิดอันตรายทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง

ท้ายสุดบทนำทั่วไปของข้อตกลงเรื่ององค์ประกอบความผิดซึ่งเป็นข้อตกลงรอง ซึ่งจะช่วยให้พิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศในการตีความอาชญากรรมภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้รับรองว่าการข่มขืนกระทำชำเราและการบังคับให้ตั้งครรภ์ อาจเกิดขึ้นในรูปแบบของอาชญากรรมอื่นภายในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในความหมายของการทรมาน (torture) การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม (inhumane treatment) การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสโดยเจตนา (the willful causation of great suffering) หรือทำอันตรายต่อร่างกายหรืออนามัยอย่างร้ายแรง (serious injury to body or health) นอกจากนี้ การข่มขืนกระทำชำเราอาจเป็นส่วนประกอบ (component) ของการฆาตกรรม หรือการฆ่าโดยเจตนา ถ้าเข้าขอบเขตที่กำหนด

¹⁴Ibid., p.633-634.

การกระทำรุนแรงทางเพศในฐานะองค์ประกอบของความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 7 และ 8 แบ่งออกได้เป็น 6 ลักษณะ ดังนี้

1. การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)
2. การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ (Sexual Slavery)
3. การบังคับให้เป็นโสเภณี (Enforced prostitution)
4. การบังคับให้ตั้งครรภ์ (Forced pregnancy)
5. การบังคับให้เป็นหมัน (Enforced sterilization)
6. การกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น (Other forms of sexual violence)

การกระทำรุนแรงทางเพศทั้ง 6 ลักษณะดังกล่าว มีอยู่ 2 ลักษณะที่ถือว่าเป็นการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะใหม่ที่กำหนด ให้เป็นความผิดเพิ่มเติมขึ้น ได้แก่

1. การบังคับให้ตั้งครรภ์
2. การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ

ส่วนการข่มขืนกระทำชำเรา การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้เป็นหมัน และการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นเป็นลักษณะการกระทำรุนแรงทางเพศ ซึ่งเป็นความผิดอยู่ก่อนแล้วก่อนมีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998

การบังคับให้ตั้งครรภ์ เป็นลักษณะการกระทำรุนแรงทางเพศที่เป็นประเด็นถกเถียงกันมากที่สุดในที่ประชุมผู้แทนทางการทูตที่กรุงโรมก่อนที่จะตกลงจัดทำธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้สำเร็จ ประเด็นเรื่องการกำหนดลักษณะการบังคับให้ตั้งครรภ์เกือบจะทำให้ข้อตกลงในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศทั้งหมดไม่ประสบผลสำเร็จจนกระทั่งวันสุดท้ายของการประชุม จึงตกลงกันได้¹⁵

¹⁵Babara Bedont, and Katerine Hall Martinez, "Ending impunity for gender crime under the international criminal court", *The Brown Journal of world Affairs*, vol.6, Issue 1: 72.

5.2 แนวทางการปรับใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับความผิดที่มีการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นองค์ประกอบความผิด

ร่างองค์ประกอบความผิด (elements of crimes)

ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 6, 7 และ 8 ได้นิยามความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) และความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (War crimes) ไว้ตามลำดับ แต่เนื่องจากความผิดทั้งสามประเภทเป็นความผิดซึ่งมีองค์ประกอบความผิดค่อนข้างซับซ้อนยากต่อการปรับใช้ มาตรา 9 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศจึงกำหนดให้มีข้อตกลงเรื่ององค์ประกอบความผิด (elements of crimes) เพื่อช่วยศาลอาญาระหว่างประเทศในการตีความและปรับใช้มาตรา 6, 7 และ 8 แต่ทั้งนี้ข้อตกลงเรื่ององค์ประกอบความผิดจะต้องได้รับการยอมรับโดยเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของภาคีสมาชิกในที่ประชุมภาคีสมาชิกจึงจะมีผลบังคับใช้ได้

ขณะนี้คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (Preparatory commission for International Criminal court) ได้ยกร่างองค์ประกอบความผิดตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมาตรา 9¹⁶ เกี่ยวกับความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) และอาชญากรรมสงคราม (War crimes) ไว้แล้ว โดยในส่วนของความผิดที่มีการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นองค์ประกอบความผิด อันได้แก่ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม แบ่งออกเป็น 3 ความผิดโดยแต่ละความผิดมีการกระทำรุนแรงทางเพศ 6 ลักษณะดังนี้

1. ความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งเกี่ยวข้องกับกรกระทำรุนแรงทางเพศ (Crimes against humanity of sexual violence) ตามมาตรา 7(9) มีองค์ประกอบความผิดดังนี้
 - 1) มีกระทำรุนแรงทางเพศ ลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 6 ลักษณะ¹⁷
 - 2) การกระทำถูกกระทำในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่แพร่ไปอย่างกว้างขวาง หรือการโจมตีอย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือน

¹⁶Preparatory Commission for International Criminal Court "Finalized draft text of the Elements of Crimes" [Online] Available form: <http://www.un.org/law/ice.htm>[2001, September 21), pp.5-48.

¹⁷Ibid., pp.12-14.

3) ผู้กระทำความผิดรู้ว่าการกระทำเป็นส่วนหนึ่งหรือตั้งใจให้การกระทำเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่แพร่ไปอย่างกว้างขวาง หรือการโจมตีอย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือน

2. ความผิดอาชญากรรมสงครามซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศ (War crime of sexual violence) ตามมาตรา 8 (2) (b) (xxii) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มีองค์ประกอบความผิดดังนี้

1) มีการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 6 ลักษณะ¹⁸

2) การกระทำความผิดได้เกิดขึ้นในกรอบและเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งทางอาวุธซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ

3) ผู้กระทำความผิดได้รู้ถึงพฤติการณ์ที่แท้จริงว่าเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ

3. ความผิดอาชญากรรมสงครามซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศ (War crime of sexual violence) ตามมาตรา 8 (2) (e) (vi) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มีองค์ประกอบความผิดดังนี้

1) มีการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 6 ลักษณะ¹⁹

2) การกระทำความผิดได้เกิดขึ้นในกรอบและเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งทางอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

3) ผู้กระทำได้รู้ถึงพฤติการณ์ที่แท้จริงว่าเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ

ในส่วนของการกระทำรุนแรงทางเพศทั้งหกลักษณะร่างองค์ประกอบความผิดได้นิยามไว้ดังนี้²⁰

ก. การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) หมายถึง ผู้กระทำผิดได้รูด้าร่างกายของบุคคลโดยการทำให้เกิดผลทะลวงเข้าไปในส่วนใดๆ ของร่างกายของเหยื่อ (victim) หรือของผู้กระทำผิดด้วยอวัยวะเพศ หรือช่องทวารหนักหรือช่องอวัยวะสืบพันธุ์ของเหยื่อด้วยวัตถุใดๆ หรือส่วนอื่นใดของร่างกายแม้จะเพียงเล็กน้อย และการรูด้ากระทำโดยการใช้อำลึงหรือคุกคามด้วยกำลังหรือการข่มขู่ ซึ่งทำให้เกิดความกลัวต่อความรุนแรง, การบังคับ, การคุมขัง, ความทุกข์ใจ หรือใช้อำลึง

¹⁸Ibid., pp.34-36.

¹⁹Ibid., pp.43-45.

²⁰Ibid., pp.12-14.

อำนาจโดยไม่ชอบต่อบุคคลที่ถูกกระทำ หรือบุคคลอื่นหรือโดยใช้ประโยชน์ของการข่มขู่หรือการรुक้ำที่กระทำต่อบุคคลซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมที่แท้จริง

ข. การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ (Sexual Slavery) หมายถึง ผู้กระทำความผิดใช้อำนาจเกี่ยวกับสิทธิความเป็นเจ้าของเหนือบุคคล เช่น ในการซื้อ การขาย การให้ยืม การแลกเปลี่ยนบุคคลดังกล่าวหรือโดยการกำหนดให้บุคคลดังกล่าวปราศจากเสรีภาพและผู้กระทำความผิดก่อบุคคลดังกล่าวผูกพันต่อการกระทำที่มีสภาพเกี่ยวกับเพศ

ค. การบังคับให้เป็นโสเภณี (Enforced prostitution) หมายถึง ผู้กระทำความผิดก่อบุคคลถูกผูกพันต่อการกระทำในทางเพศโดยใช้กำลัง การคุกคามด้วยกำลัง หรือโดยการข่มขู่เป็นสาเหตุให้เกิดความกลัวต่อความรุนแรง, การบังคับ, การคุมขัง, ความทุกข์ใจหรือการใช้อำนาจโดยไม่ชอบต่อบุคคลดังกล่าวหรือบุคคลอื่นหรือโดยการแสวงหาประโยชน์จากสภาพแวดล้อมซึ่งมีสภาพบังคับ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถที่จะให้ความยินยอมที่แท้จริงได้ และผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่นได้รับหรือคาดว่าจะได้รับเงินหรือผลประโยชน์อื่นเพื่อแลกเปลี่ยนหรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำอันมีสภาพทางเพศ

ง. การบังคับให้ตั้งครรภ์ (Forced pregnancy) หมายถึง ผู้กระทำความผิดกักตัวหญิงโดยการใช้กำลังและบังคับให้ตั้งครรภ์โดยเจตนาให้มีผลกระทบต่อองค์ประกอบทางเชื้อชาติของกลุ่มประชาชนกลุ่มใดๆ หรือมีเจตนาให้บรรลุการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง

จ. การบังคับให้เป็นหมัน (Enforced sterilization) หมายถึง ผู้กระทำความผิดทำให้บุคคลอื่นขาดความสามารถในการสืบพันธุ์ โดยการใช้ยาหรือใช้การกระทำทางการแพทย์โดยปราศจากความยินยอมอย่างแท้จริง

ฉ. การกระทำรุนแรงทางเพศอื่น (Other form of sexual violence) หมายถึง ผู้กระทำความผิดกระทำการที่มีสภาพเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลหรือก่อบุคคลดังกล่าวต้องผูกพันต่อการกระทำที่มีสภาพทางเพศโดยการใช้กำลังหรือคุกคามด้วยกำลังหรือ การข่มขู่ ซึ่งทำให้เกิดความกลัวต่อความรุนแรง การบังคับข่มขู่หรือความทุกข์ใจหรือใช้กำลังอำนาจโดยไม่ชอบต่อบุคคลที่ถูกกระทำหรือบุคคลอื่น หรือโดยใช้ประโยชน์ของการข่มขู่หรือการรुक้ำที่กระทำต่อบุคคลซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมที่แท้จริงได้ และการกระทำนั้นมีความรุนแรงเทียบได้กับความผิดอื่นในมาตรา 7 วรรค (1) (4) ซึ่งหมายถึงมีความรุนแรงเทียบได้กับการข่มขืนกระทำชำเรา การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์หรือการบังคับให้เป็นหมันกับผู้กระทำความผิดได้รู้ถึงสภาพแวดล้อมที่แท้จริง ซึ่งก่อบุคคลเกิดความรุนแรงของการกระทำ

สำหรับองค์ประกอบความผิดอื่นๆ มีความหมายดังนี้

การโจมตี (attack) หมายถึง การกระทำโดยรุนแรงต่อฝ่ายตรงข้ามไม่ว่าจะเป็นการรุกหรือการป้องกัน (พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ.1977 ข้อ 49)

อย่างเป็นระบบ (systematicity) หมายถึง แผนที่มีวิธีการหรือรูปแบบที่ปรากฏเป็นหลักฐาน (คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียคดีดัลโกทาดิค)

อย่างกว้างขวาง (wide spreadness) หมายถึง จำนวนของเหยื่อ มีจำนวนมากมายมหาศาล (คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย คดี ดัลโก ทาดิค)

พลเรือน (civilian) หมายถึง บุคคลใด ๆ ที่ไม่เป็นบุคคลจำพวกใดจำพวกหนึ่งตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 4 ก (1) (2), (3) และ 6 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และในข้อ 43 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ.1977 ในกรณีที่เป็นที่สงสัยว่าบุคคลนั้นเป็นพลเรือนหรือไม่ ให้ถือว่าบุคคลนั้นเป็นพลเรือน

อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 ค.ศ.1949 ข้อ 4 ก.

(1) ผู้สังกัดในกองทัพของภาคีคู่พิพาท รวมทั้งผู้สังกัดในมิลิเชีย (militias) หรือหน่วยอาสาสมัครซึ่งเป็นส่วนของกองทัพเหล่านี้

(2) ผู้สังกัดในมิลิเชีย (militias) และผู้สังกัดหน่วยอาสาสมัครอื่นใด รวมทั้งผู้สังกัดในขบวนการต่อต้านที่ได้จัดตั้งขึ้นโดยมีระเบียบ ซึ่งเป็นภาคีคู่พิพาทและปฏิบัติการอยู่ภายใน หรือภายนอกอาณาเขตของตนเอง แม้ว่าอาณาเขตจะถูกยึดครองอยู่ก็ตาม หากว่ามิลิเชีย (militias) หรือหน่วยอาสาสมัครรวมทั้งขบวนการต่อต้านที่ได้จัดตั้งขึ้นโดยมีระเบียบเหล่านี้ ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้คือ

- (ก) มีผู้บัญชาสั่งการอันเป็นบุคคลที่รับผิดชอบสำหรับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา
- (ข) มีเครื่องหมายที่กำหนดไว้เด่นชัดสามารถเห็นได้ในระยะไกล
- (ค) ถืออาวุธโดยเปิดเผย
- (ง) ปฏิบัติการตามกฎหมายและประเพณีการสงคราม

(3) สังกัดในกองทัพประจำ ซึ่งมีความสามารถสวามิภักดิ์ต่อรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ที่มีได้รับการรับรองจากประเทศที่กักคุม

(4) พลเรือนในอาณาเขตที่มีได้ถูกยึดครอง ซึ่งเมื่อศัตรูประชิดเข้ามาได้สมัครใจเข้าจับอาวุธต่อต้านกองทหารที่บุกเข้ามานั้นโดยไม่มีเวลาจัดรวมกันเข้าเป็นหน่วยกองทหารประจำ หากว่าบุคคลเหล่านี้ถืออาวุธโดยเปิดเผย และเคารพต่อกฎและประเพณีการสงคราม

บุคคลทั้ง 4 ประเภทนี้ไม่ใช่พลเรือน

พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ.1977 ข้อ 43 อันได้แก่

1. กองทัพของภาคีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งๆ ประกอบด้วยกองทัพที่เป็นระบบทั้งหลาย กลุ่มและหน่วยงานต่างๆ ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาที่รับผิดชอบต่อภาคีนั้น สำหรับการกระทำของหน่วยที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชา แม้ทั้งว่ภาคีนั้นๆ จะมีรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งภาคีที่เป็นปฏิปักษ์จะไม่รับรองกองทัพเช่นกัน จะต้องมิระเบียนวินัยภายในซึ่งรวมถึงการบังคับให้ทำตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้กับข้อพิพาทที่ใช้อาวุธ

2. บุคคลที่อยู่ในกองทัพของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งๆ ให้ถือว่าเป็นพลรบ ยกเว้นบุคคลที่เป็นพนักงานแพทย์หรือเป็นอนุศาสนาจารย์ในกองทหาร ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 33 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 3 ซึ่งมีสิทธิโดยตรงที่จะเข้ามีส่วนร่วมในการสู้รบโดยตรง

3. เมื่อใดก็ตามที่ภาคีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้นำหน่วยคล้ายทหารเข้ามาสมทบในกองทัพหรือได้นำองค์กรที่มีเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายเข้ามาสมทบในกองทัพ คู่พิพาทฝ่ายนั้นจักต้องแจ้งให้ภาคีคู่พิพาทฝ่ายอื่นๆ ทราบ

บุคคลทั้ง 3 ประเภทข้างต้นไม่ใช่พลเรือน

ประชาชนพลเรือนประกอบด้วยบุคคลทุกคนที่เป็นพลเรือน (พิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ค.ศ.1977 ข้อ 49 (2))

แต่ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียในคดีนายดักโก้ ทาดิค ให้นิยามคำว่า พลเรือน (civilian) หมายถึง ผู้ที่ไม่ใช่พลรบทั้งหมด (all non-combatant) กรณีมีข้อสงสัยก็ให้ถือว่า บุคคลนั้นเป็นพลเรือน ตำรวจหรือยามรักษาความปลอดภัยท้องถิ่นคนเดียว แม้มีอาวุธในมือ แต่ถ้าตามพฤติการณ์ การใช้อาวุธเป็นการป้องกันครอบครัวของตนเองก็ไม่สูญเสียสภาพความเป็นพลเรือน สมาชิกของกลุ่มที่ทำการต่อต้านก็สามารถเป็นเหยื่อในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ ถ้าผู้กระทำผิดมีเจตนากระทำความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติคนป่วยในโรงพยาบาลไม่ว่าจะเป็นพลเรือน หรือนักต่อสู้ผู้ทำการต่อต้าน ซึ่งได้วางอาวุธแล้วก็ถือเป็นเหยื่อของฐานความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

ประชาชน (population) ไม่ได้หมายถึงประชาชนทั้งหมดของรัฐหรือเขตแดนใดเขตแดนหนึ่งต้องเป็นเหยื่อของการกระทำแต่องค์ประกอบของคำว่า ประชาชน หมายถึง ผู้ถูกกระทำ ความผิดซึ่งมีสภาพเป็นกลุ่ม ไม่ใช่ถูกกระทำเดี่ยวๆ และเป็นการกระทำที่เป็นช่วงเวลา

ความขัดแย้งทางอาวุธซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ในมาตรา 2 หรือข้อ 2 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ.1977 มาตรา 1 หรือข้อ 1 (4) สรุปแล้วมีอยู่ 4 กรณี ดังต่อไปนี้

1. สงครามที่ได้มีการประกาศ
2. กรณีพิพาทกันด้วยอาวุธอย่างอื่นใดซึ่งอาจเกิดขึ้นระหว่างอำครภาคีผู้ทำสัญญาสองฝ่ายหรือกว่านั้นขึ้นไป แม้ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด จะมิได้รับรองว่ามีสถานสงครามก็ตาม
3. การยึดครองอาณาเขตบางส่วน หรือทั้งหมดของอำครภาคีผู้ทำสัญญาด้วย แม้ว่า การยึดครองดังกล่าวจะมีได้ประสพการต่อต้านด้วยอาวุธก็ตาม
4. ข้อพิพาทที่ใช้อาวุธ ซึ่งชนชาติต่างๆ ใช้สิทธิกำหนดอนาคตของตนเองโดยใช้กำลังสู้รบ เพื่อต่อต้านการปกครองแบบอาณานิคมและการการครอบครองโดยชนต่างด้าว และเพื่อต่อต้านระบบที่แบ่งผิว ในการกำหนดอนาคตของตนเอง ดังที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ และปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ฉันมิตร และความร่วมมือระหว่างรัฐต่างๆ ตามกฎบัตรสหประชาชาติ

ความขัดแย้งทางอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ในมาตรา 3 หรือข้อ 3 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ค.ศ.1977 มาตรา 1 หรือข้อ 1 สรุปแล้วมีความหมาย ดังนี้

1. มีความขัดแย้งทางอาวุธภายในดินแดนของภาคีสมาชิกระหว่างกองทัพของตนกับกองทัพของฝ่ายที่แตกแยก หรือกับกลุ่มอื่นที่ติดอาวุธ โดยมีระบบซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาที่รับผิดชอบ และสามารถควบคุมส่วนหนึ่งของดินแดนของประเทศนั้นถึงขนาดที่ทำให้กลุ่มที่ติดอาวุธเหล่านี้สามารถดำเนินปฏิบัติการทางทหารที่คงอยู่และร่วมกันและสามารถที่จะบังคับใช้พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ค.ศ.1977 ได้
2. สถานการณ์ความยุ่งยากภายในและความตึงเครียด เช่น การจลาจล การใช้กำลังรุนแรงชั่วคราว ตลอดจนการกระทำอื่นใดทำนองดังกล่าวซึ่งมิใช่ข้อพิพาทที่ใช้อาวุธ ไม่ใช่ความขัดแย้งทางอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

การกระทำรุนแรงทางเพศทั้ง 6 ลักษณะตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ บัญญัติเป็นองค์ประกอบความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงครามอย่างชัดแจ้งตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 7 และมาตรา 8 แล้ว จากแนวคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ศาลระหว่างประเทศรวันดา และบทนำของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเองการกระทำรุนแรงทางเพศยังอาจปรับเข้ากับการกระทำในลักษณะอื่น

ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้อีก ดังนี้

1. การก่อให้เกิดอันตรายทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของกลุ่ม ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 6 (b) ฉะนั้นหากมีการกระทำรุนแรงทางเพศโดยมีเจตนาทำลายกลุ่มสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง เผ่าพันธุ์ใดเผ่าพันธุ์หนึ่ง เชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่ง หรือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ทั้งหมดหรือบางส่วนก็เป็นความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ตามมาตรา 6 (b) ได้ ซึ่งศาลระหว่างประเทศรวันดา ในคดีนาย Akayesu ได้ตัดสินยืนยันไว้แล้ว นอกจากนี้ศาลระหว่างประเทศรวันดา ยังตัดสินในคดีนาย Musema ว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำความผิดอย่างหนึ่งโดยตัวของมันเองในความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ด้วย

2. การกำหนดมาตรการที่เจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 6 (d)

การกระทำรุนแรงทางเพศที่จะสามารถปรับเข้ากับการกระทำลักษณะนี้มีเฉพาะการบังคับให้ตั้งครรภ์ และการบังคับให้เป็นหมัน เพราะการบังคับให้ตั้งครรภ์กับคนต่างสัญชาติต่างเผ่าพันธุ์ ต่างเชื้อชาติหรือต่างศาสนา ย่อมเป็นการกีดกันไม่ให้หญิงได้ตั้งครรภ์กับคนสัญชาติเผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนาเดียวกับตนในขณะเดียวกันด้วย จึงเข้าลักษณะการกำหนดมาตรการที่เจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม

ส่วนการบังคับให้เป็นหมันย่อมมีความหมายชัดเจนอยู่ในตัวว่าเป็นมาตรการที่เจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม

ฉะนั้นหากมีการบังคับให้หญิงตั้งครรภ์กับคนต่างกลุ่มหรือการบังคับให้เป็นหมันโดยมีเจตนาทำลายกลุ่มสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง เผ่าพันธุ์ใดเผ่าพันธุ์หนึ่ง เชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่ง หรือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ย่อมเป็นความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ตามมาตรา 6 (d) นี้ได้ ซึ่งศาลระหว่างประเทศรวันดาในคดี Akayesu ได้ตัดสินยืนยันไว้แล้ว

3. การทรมาน (Torture) ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐาน อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 7 (f)

การกระทำรุนแรงทางเพศทุกลักษณะอาจเข้าลักษณะการทรมานได้ด้วย โดยศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ในคดี Cele bic คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอเมริกัน ในคดี Meijja และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ในคดี Aydin V Turkey เคยตัดสินยืนยันไว้เป็นบรรทัดฐาน²¹

ฉะนั้นการกระทำรุนแรงทางเพศเมื่อกระทำเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีที่แพร่ไปอย่างกว้างขวางหรือการโจมตีอย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือนใดๆ โดยผู้กระทำรุนแรงทางเพศรู้ถึงการโจมตีด้วยแล้วย่อมเป็นความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย

การทรมานยังเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 8 (a) (2) ด้วย

ฉะนั้นการกระทำรุนแรงทางเพศที่ฝ่าฝืนอนุสัญญาเจนีวา ฉบับวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ต่อบุคคลผู้ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามมาตรา 8 (a) (2) นี้ได้

4. การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม (Inhumane treatment) ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 8 (a) (2)

การกระทำรุนแรงทางเพศทุกลักษณะอาจถือว่าเป็นการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมได้ แต่คงมีตัวอย่างของการบังคับให้เป็นโสเภณี ซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศยกขึ้นเป็นตัวอย่างของการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม²²

ฉะนั้นการกระทำรุนแรงทางเพศที่ฝ่าฝืนอนุสัญญาเจนีวา ฉบับวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ต่อบุคคลผู้ได้รับการคุ้มครองย่อมเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม จึงเข้าลักษณะการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม ซึ่งอยู่ในอนุมาตราเดียวกับการทรมานอยู่แล้วด้วย

²¹International tribunal, Anto Furungzija case, [Online] Available from: <http://www.ictv.org/wwwroot/English/casesFurungzija/index.htm>[2001,September21] p.48.

²²Walter Gary Sharp, Sr., "The international tribunal for the former Yugoslavia: Defining offense." *Maryland Journal of international law and trade* 23 (Spring/summer 1999): 41.

5. การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสหรือทำอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 8 (a) (3)

การกระทำรุนแรงทางเพศทุกลักษณะอาจปรับเข้ากับการกระทำในลักษณะนี้ด้วย²³

ฉะนั้น หากมีการกระทำรุนแรงทางเพศที่ฝ่าฝืนอนุสัญญาเจนีวา ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ต่อบุคคลผู้ได้รับการคุ้มครอง ตามอนุสัญญานี้ย่อมเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ตามมาตรา 8 (a) (3) นี้ด้วย

6. การทำลายศักดิ์ศรีแห่งบุคคล ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 8 (c) (2)

การกระทำรุนแรงทางเพศทุกลักษณะปรับเข้ากับการกระทำในลักษณะนี้ได้ด้วย

ฉะนั้น หากมีการกระทำรุนแรงทางเพศที่ฝ่าฝืนอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ในมาตรา 3 ก็เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ตามมาตรา 8 (c) (2) นี้ด้วย

สรุปการกระทำรุนแรงทางเพศทั้ง 6 ลักษณะ ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ อาจปรับเข้ากับการกระทำความผิดในลักษณะอื่นด้วยดังนี้

1. การก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง
2. การทรมาน
3. การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม
4. การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสหรือการทำอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยอย่างร้ายแรง
5. การทำลายศักดิ์ศรีแห่งบุคคล

²³Ibid., p.25.

5.3 ข้อเปรียบเทียบการกระทำรุนแรงทางเพศตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

5.3.1 ฐานความผิดที่มีการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นองค์ประกอบความผิด

1. ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย

1) ความผิดฐานกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง (Grave breaches) ตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 2 มีลักษณะการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศอยู่ 3 ลักษณะ ดังนี้

ก. การทรมาน (Torture) ตามมาตรา 2(b) ความผิดลักษณะนี้ไม่ใช่ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศโดยตรง แต่การกระทำรุนแรงทางเพศใดหากใช้เป็นวิธีการเพื่อบีบบังคับ ทรมานให้เหยื่อจำยอมยอมเป็นความผิดในลักษณะนี้ด้วย เช่น ใช้เป็นวิธีการให้เหยื่อจำยอมเปิดเผยความลับ

ข. การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม (Inhumanity treatment) ตามมาตรา 2 (b) ความผิดลักษณะนี้ไม่ใช่ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศโดยตรง แต่การกระทำรุนแรงทางเพศใดหากมีลักษณะของการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมต่อบุคคลใดๆ แล้วก็ย่อมเป็นความผิดในลักษณะนี้ด้วย เช่น การบังคับให้หญิงเป็นโสเภณีเป็นตัวอย่างหนึ่งของการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม เพราะมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับการรักษาคำศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์

ค. การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงโดยเจตนา (Willfully causing great suffering) ตามมาตรา 2 (c) ความผิดลักษณะนี้ไม่ใช่ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศโดยตรง แต่การกระทำรุนแรงทางเพศใดถ้ามีลักษณะก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงไม่ว่าจะทางกายหรือจิตใจแล้วก็เข้าความผิดลักษณะนี้ด้วย เช่น การข่มขืนกระทำชำเราถือได้ว่ามีลักษณะก่อให้เกิดเหยื่อหรือผู้เสียหายเกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจอย่างร้ายแรง

2) ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 4 มีลักษณะการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศ 2 ลักษณะ ดังนี้

ก. การก่อให้เกิดอันตรายทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของกลุ่ม (Causing serious bodily or mental harm to member of the group) ตามมาตรา 4 (b)

การข่มขืนกระทำชำเราอยู่ในความหมายการกระทำลักษณะนี้ด้วย ทำนองเดียวกับเหตุผลในข้อ 1)
 (ค) การข่มขืนการทำชำเราซึ่งจัดเป็นการกระทำความผิดอย่างหนึ่งนอกเหนือจากตัวอย่างความผิด 5
 ลักษณะด้วย

ข. การกำหนดมาตรการที่เจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม (Imposing measures intended to prevent births within the group) ตามมาตรา 4 (d) เป็นความผิดที่มี
 ลักษณะเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศโดยตรง

3) ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) ตาม
 มาตรา 5 มีลักษณะการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศ 3 ลักษณะ ดังนี้

ก. การทรมาน (Torture) ตามมาตรา 5(f) ความผิดลักษณะนี้ไม่ใช่ความผิด
 ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศโดยตรง แต่การกระทำรุนแรงทางเพศใดหากใช้เป็นวิธีการ
 เพื่อบีบบังคับ ทรมานให้เหยื่อจำยอมยอมเป็นความผิดในลักษณะนี้ด้วย เช่น ใช้เป็นวิธีการให้เหยื่อ
 จำยอมเปิดเผยความลับดังเช่นที่กล่าวไว้ในข้อ 1) (ก) แล้ว

ข. การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) ตามมาตรา 5 (g) เป็นความผิดที่
 เกี่ยวข้องโดยตรงชัดเจน

ค. การกระทำอย่างไร้มนุษยธรรม (Other inhumane act) ตามมาตรา 5 (i)
 ความผิดลักษณะนี้ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศโดยตรง แต่การกระทำรุนแรง ทาง
 เพศใดเข้าลักษณะการกระทำอย่างไร้มนุษยธรรมยอมเป็นความผิดตามอนุमतรานี้ด้วย เช่น การ
 บังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้เป็นหมัน น่าจะเป็นความผิดตามลักษณะนี้ด้วย

2. ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา

1) ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศ
 วันดา มาตรา 2 มีลักษณะการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศ 2 ลักษณะ
 เช่นเดียวกับความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 4

2) ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity) ตาม
 ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา มาตรา 3 มีลักษณะการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการ
 กระทำรุนแรงทางเพศ 3 ลักษณะ เช่นเดียวกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามธรรมนูญ
 ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 5

3) ความผิดฐานกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 (Violation of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol 2) ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา มาตรา 4 มีลักษณะความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศ 3 ลักษณะดังนี้

- ก. การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) ตามมาตรา 4 (e)
- ข. การบังคับให้เป็นโสเภณี (Enforced prostitution) ตามมาตรา 4 (e)
- ค. การทำร้ายทางเพศในรูปแบบใดๆ (any form of indecent assault)

เช่น การบังคับให้เปลือยกายเล่นกีฬาต่อหน้าสาธารณชน เป็นต้น

3. ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

1) ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 6 มีลักษณะความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศอยู่ 2 ลักษณะ เช่นเดียวกับความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย มาตรา 4

2) ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 7 ได้บัญญัติลักษณะความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศรวมอยู่ในอนุมาตราเดียวกัน คือ มาตรา 7 (1) (g) ได้แบ่งการกระทำรุนแรงทางเพศออกเป็น 6 ลักษณะ ดังนี้

- ก. การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)
- ข. การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ (Sexual slavery)
- ค. การบังคับให้เป็นโสเภณี (Enforced prostitution)
- ง. การบังคับให้ตั้งครรภ์ (Forced pregnancy)
- จ. การบังคับให้เป็นหมัน (Enforced sterilization)
- ฉ. การกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น (Other form of sexual violence)

3) อาชญากรรมสงคราม (War crime) ซึ่งเกิดขึ้นในขณะเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 8 (2) (b) (22) ได้บัญญัติลักษณะความผิดซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศรวมอยู่ในอนุมาตราเดียวกัน แบ่งการกระทำรุนแรงทางเพศออกเป็น 6 ลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

4) อาชญากรรมสงคราม (War Crime) ซึ่งเกิดขึ้นในขณะที่เกิดความขัดแย้งทางอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 8 (2) (e) (6) ได้บัญญัติความผิดซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศออกเป็น 6 ลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

5.3.2 องค์ประกอบความผิดของฐานความผิดที่มีการกระทำรุนแรงทางเพศ เป็นองค์ประกอบความผิด

1. ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ตามธรรมนูญของทั้งศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ศาลระหว่างประเทศรวันดา และศาลอาญาระหว่างประเทศมีองค์ประกอบความผิดเหมือนกัน ดังนี้

ก. มีการกระทำรุนแรงทางเพศ อันได้แก่

- การก่อให้เกิดอันตรายทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของกลุ่ม ตามมาตรา 4 (2) (b) ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราที่อยู่ในความหมายนี้ด้วย
- การกำหนดมาตรการที่เจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่มตามมาตรา 4 (2) (d) การบังคับให้เป็นหมันและการบังคับให้ตั้งครรรภ์ที่อยู่ในความหมายนี้ด้วย

ข. การกระทำรุนแรงทางเพศมีเจตนาจะทำลายกลุ่มทางสัญชาติ เผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนา ทั้งหมดหรือบางส่วน

2. ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

1) ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย บัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศไว้ในมาตรา 5 (f)(g) และ (i) โดยมีองค์ประกอบความผิดดังนี้

ก. มีการกระทำรุนแรงทางเพศอันได้แก่

การข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 5 (g) หรือการกระทำรุนแรงทางเพศในรูปแบบอื่น ซึ่งเข้าลักษณะการทรมานตามมาตรา 5(f) หรือการกระทำอย่างร้ายมนุษยธรรมตามมาตรา 5 (i) เช่นการบังคับให้เปลือยกายเล่นยิมนาสติกต่อหน้าสาธารณชน หรือการบังคับให้เป็นโสเภณี เป็นต้น

ข. การกระทำรุนแรงทางเพศดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้นระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ และมีความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำกับความขัดแย้งทางอาวุธ

ค. ขณะกระทำหรือละเว้นการกระทำมีการโจมตีที่แพร่ไปอย่างกว้างขวาง หรือการโจมตีอย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือนโดยตรง โดยมีนโยบายส่งเสริมด้วย

2) ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดาบัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศไว้ในมาตรา 3 (f)(g) และ (i) โดยมีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

ก. มีการกระทำรุนแรงทางเพศ อันได้แก่

- การข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 3 (g)
- การกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น ซึ่งมีลักษณะการทรมานหรือ

เป็นการกระทำอย่างไร้มนุษยธรรม ตามมาตรา 3 (f) หรือ (i) เช่น การบังคับให้เปลือยกายเล่น ยิมนาสติกต่อหน้าสาธารณชน การบังคับให้เป็นโสเภณี เป็นต้น

ข. การกระทำรุนแรงทางเพศได้กระทำเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่าง กว้างขวาง หรือการโจมตีอย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือน

ค. การกระทำถูกดำเนินการขึ้นด้วยเหตุมีการแบ่งแยกทางสัญชาติ ทาง การเมือง ทางเผ่าพันธุ์ ทางเชื้อชาติ หรือศาสนา

3) ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศบัญญัติความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศไว้ในมาตรา 7 (1) (g) โดยมีองค์ประกอบ ความผิดดังนี้

ก. มีการกระทำรุนแรงทางเพศ อันได้แก่

- การข่มขืนกระทำชำเรา
- การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ
- การบังคับให้เป็นโสเภณี
- การบังคับให้ตั้งครรภ์
- การบังคับให้เป็นหมัน
- การกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น จากตัวอย่าง คดีศาลระหว่าง

ประเทศวันดา ได้แก่ การบังคับให้หญิงเปลือยกายเล่นยิมนาสติกต่อหน้าสาธารณชน

ข. การกระทำรุนแรงทางเพศถูกกระทำในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตี ที่แพร่ไปอย่างกว้างขวาง หรือการโจมตีอย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือน

ค. ผู้กระทำผิดรู้ว่าการกระทำเป็นส่วนหนึ่งหรือตั้งใจให้การกระทำเป็นส่วน หนึ่งของการโจมตีที่แพร่ไปอย่างกว้างขวางหรือการโจมตีอย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือน

สรุปแล้วความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรกระทำรุนแรงทางเพศ ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ บัญญัติไว้แตกต่างกันบ้างในเรื่องต่อไปนี้

1) ลักษณะการกระทำรุนแรงทางเพศ

ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา คงกำหนดลักษณะการกระทำรุนแรงทางเพศไว้เพียง 3 ลักษณะ คือ การข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำรุนแรงทางเพศที่เข้าลักษณะการทรมาน และการกระทำรุนแรงทางเพศที่เข้าลักษณะการกระทำอย่างไร่มนุษยธรรมส่วนธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดลักษณะการกระทำรุนแรงทางเพศไว้อย่างชัดเจนถึง 6 ลักษณะ

2) องค์ประกอบความผิดอื่น ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย การกระทำรุนแรงทางเพศจะต้องเกิดขึ้นระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ และมีความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำกับความขัดแย้งทางอาวุธ แต่ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบความผิด ในส่วนที่เกี่ยวกับความขัดแย้งทางอาวุธ เพียงแต่มีการโจมตีอย่างกว้างขวาง หรือการโจมตีอย่างเป็นระบบต่อประชาชนพลเรือน ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ด้วยก็พอ

ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา การกระทำรุนแรงทางเพศต้องถูกดำเนินการขึ้นด้วยเหตุมีการแบ่งแยกทางเชื้อชาติ ทางการเมือง ทางเผ่าพันธุ์ ทางเชื้อชาติหรือศาสนา แต่ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบความผิด ในเรื่องนี้

3. ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

1) ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียไม่มีความผิดฐานอาชญากรรมสงครามโดยตรง คงมีความผิดฐานกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงตามมาตรา 2 และการฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามตามมาตรา 3 ซึ่งก็คือ ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามแต่จะขอลกล่าวถึงในหัวข้อความผิดฐานอื่น

2) ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดาก็ไม่มีความผิดฐานอาชญากรรมสงครามโดยตรง คงมีความผิดฐานการฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้งสี่ฉบับ ซึ่งก็คือความผิดฐานอาชญากรรมสงครามแต่จะขอลกล่าวถึงในหัวข้อความผิดฐานอื่น

3) ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มีความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศ 2 ฐานความผิดดังนี้

ก. อาชญากรรมสงครามซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ มีองค์ประกอบความผิดดังนี้

(1) มีการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังนี้

- การข่มขืนกระทำชำเรา
- การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ
- การบังคับให้เป็นโสเภณี
- การบังคับให้ตั้งครรภ์
- การบังคับให้เป็นหมัน
- การกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น

(2) การกระทำรุนแรงทางเพศเกิดขึ้นในกรอบและเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ

(3) ผู้กระทำผิดได้รู้ถึงพฤติการณ์ที่แท้จริงว่าเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ

ข. อาชญากรรมสงครามซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ ซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ มีองค์ประกอบความผิดดังนี้

(1) มีการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามข้อ ก. (1)

(2) การกระทำรุนแรงทางเพศได้เกิดขึ้นในกรอบและเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งทางอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

(3) ผู้กระทำผิดได้รู้ถึงพฤติการณ์ที่แท้จริงว่าเกิดความขัดแย้งทางอาวุธ

4. ความผิดฐานอื่น

1) ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียมีความผิดฐานการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ซึ่งมีความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศ ตามมาตรา 2 โดยมีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

ก. การกระทำรุนแรงทางเพศ ซึ่งเข้าลักษณะการทรมานหรือการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมตามมาตรา 2(b) เช่น การข่มขืนกระทำชำเราหรือการบังคับให้เป็นโสเภณีหรือ

เข้าลักษณะกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสโดยเจตนาตามมาตรา 2 (c) เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา

ข. การกระทำรุนแรงทางเพศดังกล่าวเป็นการกระทำต่อบุคคลซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949

ค. ผู้กระทำผิดมีเจตนาทำลายศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์หรือเจตนาก่อให้เกิดความทุกข์อย่างแสนสาหัส

ง. ผู้ถูกกระทำได้รับความทุกข์อย่างแสนสาหัส

2) ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดามีความผิดฐานกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ตามมาตรา 4 ซึ่งมีความผิดซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศตามมาตรา 4 (e) โดยมีองค์ประกอบความผิดดังนี้

ก. มีการกระทำรุนแรงทางเพศ อันได้แก่

- การข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 4 (e)
- การบังคับให้เป็นโสเภณี ตามมาตรา 4(e)
- การทำร้ายทางเพศรูปแบบอื่นตามมาตรา 4 (e)

ข. การกระทำรุนแรงทางเพศตามข้อ ก. เป็นการกระทำต่อเหยื่อความขัดแย้งทางอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งก็คือความขัดแย้งภายในประเทศนั่นเอง

3) ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมีความผิดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ 4 ฐานความผิด ความผิดที่มีการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นองค์ประกอบความผิดมีถึง 3 ฐาน ได้แก่

ก. ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 6

ข. ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามมาตรา 7

ค. ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามมาตรา 8 ซึ่งความผิดฐานนี้ได้รวมความผิดฐานการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และความผิดฐานกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารฉบับที่ 2 เข้าด้วย

ส่วนความผิดฐานรุกรานนั้น ขณะนี้ยังไม่มียามความผิดฐานนี้อย่างชัดเจน จึงยังไม่อาจทราบว่าจะมีการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นองค์ประกอบความผิดได้หรือไม่

สรุปแล้ว การกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะต่างๆ จึงสอดแทรกเป็นองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดต่างๆ แทบจะทุกฐานความผิด โดยอาจจะเป็นองค์ประกอบความผิดโดยตัวของมันเอง หรืออาจจะเป็นองค์ประกอบความผิดในรูปความหมายอื่นหรือเข้าลักษณะการ

กระทำอย่างอื่นด้วย โดยธรรมเนียมศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียมีการกระทำรุนแรงทางเพศเพียง 3 ลักษณะ คือ การข่มขืนกระทำชำเรา การบังคับให้เป็นหมั้น และการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น ธรรมเนียมศาลระหว่างประเทศรวันดามีการกระทำรุนแรงทางเพศ 4 ลักษณะ เพิ่มขึ้นจากธรรมเนียมศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียอีก 1 ลักษณะ คือ การบังคับให้เป็นโสเภณี ส่วนธรรมเนียมศาลอาญาระหว่างประเทศมีการกระทำรุนแรงทางเพศ 6 ลักษณะเพิ่มขึ้นจากธรรมเนียมศาลระหว่างประเทศรวันดาอีก 2 ลักษณะ คือ การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ และการบังคับให้ตั้งครรภ์ ดังจะแสดงการเปรียบเทียบตามตารางต่อไปนี้



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบความผิดฐานต่างๆ ตามธรรมนูญศาลทั้งสาม

ธรรมนูญศาล	ล่าช้าแก่ฝ่าฝืน	อาชญากรรมต่อ มนุษยชาติ	อาชญากรรมสงคราม			
1. ศาลระหว่าง ประเทศ ยูโกสลาเวีย			การละเมิดอย่าง ร้ายแรงตาม อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949	การฝ่าฝืนกฎหมาย และจารีตประเพณี สงครามซึ่งมี ลักษณะระหว่าง ประเทศ	การฝ่าฝืนกฎหมาย ของอนุสัญญา เจนีวา ค.ศ. 1949 ซึ่งสืบ บท	การฝ่าฝืนกฎหมาย และจารีตประเพณี สงครามซึ่งไม่มี ลักษณะระหว่าง ประเทศ
2. ศาลระหว่าง ประเทศวันดา	มาตรา 4	มาตรา 5	มาตรา 2	มาตรา 3	มาตรา 3	มาตรา 3
3. ศาลอาญา ระหว่างประเทศ	มาตรา 2	มาตรา 3			มาตรา 4	
	มาตรา 6	มาตรา 7	มาตรา 8			

ตารางเปรียบเทียบนี้แสดงให้เห็นว่าธรรมนูญศาลทั้งสามมีฐานความผิดซึ่งตรงกัน 2 ฐานความผิดได้แก่

1. ความผิดฐานล่าช้าแก่ฝ่าฝืน
 2. ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ
- ส่วนความผิดฐานอาชญากรรมสงครามยังมีความแตกต่างกันอยู่

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบความผิดที่มีโทษจำคุกหรือโทษจำคุกเป็นความผิดในตัวเองอย่างชัดเจน

ธรรมนูญศาล	ศาลล่างเก่าพันธุ์	อาชญากรรมต่อมนุษย์ชาติ	การละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949	การฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามซึ่งมีลักษณะระหว่างประเทศ	การฝ่าฝืนมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้งสี่ฉบับ	การฝ่าฝืนกฎหมายและจารีตประเพณีสงครามซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
1. ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย	มาตรา 4(d) การกำหนด มาตรการป้องกันการเกิด ภายในกลุ่ม	มาตรา 5(g) การฆ่าล้าง กระทำซ้ำ				
2. ศาลระหว่างประเทศ รวันดา	มาตรา 2(d) กำหนด มาตรการป้องกันการเกิด ภายในกลุ่ม	มาตรา 3(g) การฆ่าล้าง กระทำซ้ำ			มาตรา 4(e) 1. การฆ่าล้างกระทำซ้ำ 2. การบังคับให้เป็นโศกณิ 3. การกระทำรุนแรงทางเพศ รูปแบบอื่น	
3. ศาลอาญาระหว่าง ประเทศ	มาตรา 6(d) กำหนด มาตรการป้องกันการเกิด ภายในกลุ่ม	มาตรา 7(g) 1. การฆ่าล้างกระทำซ้ำ 2. การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ 3. การบังคับให้เป็นโศกณิ 4. การบังคับให้ตั้งครอบครัว 5. การบังคับให้เป็นหมัน 6. การกระทำรุนแรงทางเพศอื่น	มาตรา 8(2) (b)(22) มาตรา 8(2) (c)(6)		1. การฆ่าล้างกระทำซ้ำ 2. การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ 3. การบังคับให้เป็นโศกณิ 4. การบังคับให้ตั้งครอบครัว 5. การบังคับให้เป็นหมัน 6. การกระทำรุนแรงทางเพศอื่น	

ตารางเปรียบเทียบนี้แสดงให้เห็นว่า

- ธรรมนูญศาลทั้งสองมีบทบัญญัติการกระทำรุนแรงทางเพศตรงกันในความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
- ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียและรวันดามีบทบัญญัติการกระทำรุนแรงทางเพศตรงกันในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ
- ธรรมนูญศาลทั้งสองมีบทบัญญัติการกระทำรุนแรงทางเพศไม่ตรงกันในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบฐานความผิดที่มีการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นความผิดในความหมายการกระทำในลักษณะอื่นและควมผิดในตัวเองนอกเหนือจาก

ความผิดซึ่งเป็นตัวอย่าง

กรรมมูลฐาน	กล่าวถึงผิดพันซ์	อาชญากรรมต่อ มนุษย์ชาติ	อาชญากรรมสงคราม		
1. ศาลระหว่างประเทศ ยูโกสลาเวีย	1. มาตรา 4(b) การทำให้เกิด อันตรายแก่ร่างกายหรือ จิตใจอย่างร้ายแรง 2. การข่มขืนกระทำชำเรา (นอกเหนือความผิดตัว อย่าง)	1. มาตรา 5(F) การ ทรมาน 2. มาตรา 5(i) การ กระทำอย่างร้าย มนุษยธรรม	การละเมิดอย่างร้าย แรงตามอนุสัญญา เจนีวา ค.ศ. 1949	การฝ่าฝืนกฎหมาย และจารีตประเพณี สงครามซึ่งมีลักษณะ ระหว่างประเทศ	การฝ่าฝืนกฎหมายและ จารีตประเพณีสงคราม ซึ่งไม่มีลักษณะระหว่าง ประเทศ
2. ศาลระหว่างประเทศ รวันดา	1. มาตรา 2(b) การทำให้เกิด อันตรายแก่ร่างกายหรือ จิตใจอย่างร้ายแรง 2. การข่มขืนกระทำชำเรา (นอกเหนือความผิดตัว อย่าง)	1. มาตรา 3(F) การ ทรมาน 2. มาตรา 3(i) การ กระทำอย่างร้าย มนุษยธรรม	1. มาตรา 2(b) - การทรมาน - การกระทำอย่างร้ายมนุษยธรรม 2. มาตรา 2(c) การกระทำให้เกิดความ ทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงโดยเจตนา	การฝ่าฝืนกฎหมาย ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้งสี่ฉบับ	มาตรา 3 การข่มขืนกระทำชำเราและการทำลาย ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (นอกเหนือความผิด ตัวอย่าง)

ตารางที่ 3 (ต่อ)

ธรรมนูญศาล	ล่าช้าแก่พินัย	อาชญากรรมต่อ มนุษย์ชาติ	อาชญากรรมสงคราม	
3. ศาลอาญา ระหว่าง ประเทศ	1. มาตรา 6(b) การทำให้เกิด อันตรายแก่ร่างกายหรือ จิตใจอย่างร้ายแรง 2. การข่มขืนกระทำชำเรา (นอกเหนือความผิดตัว อย่าง)	1. มาตรา 7(F) การ ทรมาน 2. มาตรา 7(k) การ กระทำอย่างไร .มนุษย์ธรรม	1. มาตรา 8(2)(a)(2) - การทรมาน - การกระทำอย่าง ไร้มนุษยธรรม 2. มาตรา 8(2)(a)(3) การกระทำให้เกิด ความทุกข์ทรมาน อย่างร้ายแรงโดย เจตนา	มาตรา 8(2)(c)(2) ทำลายศักดิ์ศรีแห่ง ความเป็นมนุษย์

ตารางเปรียบเทียบนี้แสดงให้เห็นว่า

- ธรรมนูญศาลทั้งสองมีบทบัญญัติการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นความผิดในความหมายการกระทำในลักษณะอื่น และความผิดในตัวเองนอกเหนือจากความผิดซึ่งเป็นตัวอย่างตรงกันในความผิดฐานล่าช้าแก่พินัย และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ
- ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศอยู่ไกลหลายและธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมีบทบัญญัติการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นความผิดในความหมายการกระทำในลักษณะอื่นตรงกันในความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

5.3.3 ความหมายของการกระทำรุนแรงทางเพศ

1. การข่มขืนกระทำชำเรา (rape)²⁴

- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียเมืองค้ประกอบด้วยนี้
 - ก. จำเลยกระทำการร่วมเพศหรือบังคับให้ชายกับชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกัน (Sodomy) ต่อบุคคล
 - ข. การกระทำความดังกล่าวกกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยใช้กำลังบังคับและปราศจากความยินยอม
- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดาเมืองค้ประกอบด้วยนี้
 - ก. จำเลยกระทำการร่วมเพศหรือบังคับให้ชายกับชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกัน (sodomy) ต่อบุคคล
 - ข. การกระทำความดังกล่าวกกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยใช้กำลังบังคับและปราศจากความยินยอม
- ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ร่างองค์ประกอบความผิดของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้นิยาม rape เมืองค้ประกอบด้วยนี้
 - ก. จำเลยได้รุกรล้ำร่างกายของบุคคลโดยการทำให้เกิดผลให้ทะลวงเข้าไปในส่วนใดๆ ของร่างกายของผู้เสียหายหรือของผู้กระทำความผิดด้วยอวัยวะเพศ หรือช่องทวารหนัก หรือช่องอวัยวะสืบพันธุ์ของผู้เสียหายด้วยวัตถุใดๆ หรือส่วนอื่นใดของร่างกายแม้จะเพียงเล็กน้อย
 - ข. การรุกรล้ำกระทำโดยใช้กำลังหรือคุกคามด้วยกำลังหรือการข่มขู่ ซึ่งทำให้เกิดความกลัวต่อความรุนแรง การบังคับ, การคุมขัง, ความทุกข์ใจหรือใช้กำลังอำนาจโดยไม่ชอบต่อบุคคลที่ถูกกระทำ หรือบุคคลอื่นหรือโดยใช้ประโยชน์ของการข่มขู่หรือการรุกรล้ำที่กระทำต่อบุคคล ซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมที่แท้จริง

2. การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ (Sexual Slavery)

- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ยังไม่มีการนิยามการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะนี้ เพราะเป็นการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะใหม่ที่กำหนดขึ้นในครั้งประชุมผู้แทนทางการทูตที่กรุงโรมก่อนที่จะตกลงจัดทำธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

²⁴Ibid., p.42, 67.

- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา ก็ยังไม่มีกฏการนิยามการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะนี้

- ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ร่างองค์ประกอบความผิดของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้นิยาม Sexual Slavery มีองค์ประกอบดังนี้

ก. ผู้กระทำผิดใช้อำนาจเกี่ยวกับสิทธิความเป็นเจ้าของเหนือบุคคล เช่น ในการซื้อการขาย การให้ยืม การแลกเปลี่ยนบุคคลดังกล่าว หรือโดยการกำหนดให้บุคคลดังกล่าวปราศจากซึ่งเสรีภาพ

ข. ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดบุคคลดังกล่าวถูกผูกพันต่อการกระทำที่มีสภาพเกี่ยวกับเพศ

3. การบังคับให้เป็นโสเภณี (Enforced Prostitution)²⁵

- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย

- จำเลยบังคับบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ต้องยอมต่อการกระทำซึ่งมีสภาพทางเพศกับบุคคลอื่น

- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศวันดา

จำเลยบังคับบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ต้องยอมต่อการกระทำซึ่งมีสภาพทางเพศกับบุคคลอื่น

- ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ร่างองค์ประกอบความผิดของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้นิยาม Enforced Prostitution มีองค์ประกอบดังนี้

ก. ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดบุคคลถูกผูกพันต่อการกระทำในทางเพศ

ข. โดยใช้กำลัง การคุกคามด้วยกำลังหรือโดยการข่มขู่เป็นสาเหตุให้เกิดความกลัวต่อความรุนแรง, การบังคับ, การคุมขัง, ความทุกข์ใจหรือการใช้อำนาจโดยไม่ชอบต่อบุคคลดังกล่าวหรือบุคคลอื่นหรือโดยการแสวงหาประโยชน์จากสภาพแวดล้อมซึ่งมีสภาพบังคับหรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถที่จะให้ความยินยอมที่แท้จริงได้

²⁵ Ibid., p.67.

ค. และผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่นได้รับหรือคาดว่าจะได้รับเงินหรือผลประโยชน์อื่นเพื่อแลกเปลี่ยนหรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำอันมีสภาพทางเพศ

4. การบังคับให้ตั้งครรภ์ (Forced pregnancy)

- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ยังไม่มีนิยามการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะนี้ เพราะเป็นการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะใหม่ที่เพิ่งกำหนดขึ้นในครั้งประชุมผู้แทนทางการทูตที่กรุงโรมก่อนที่จะตกลงจัดทำธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา ก็ยังไม่มีนิยามการกระทำรุนแรงทางเพศในลักษณะนี้

- ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศร่างองค์ประกอบความผิดของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้ให้นิยาม Forced pregnancy ว่ามีองค์ประกอบดังนี้

ก. จำเลยกักตัวหญิงโดยการใช้กำลังและบังคับให้ตั้งครรภ์

ข. โดยมีเจตนาให้มีผลกระทบต่อองค์ประกอบทางเชื้อชาติของกลุ่มประชาชน กลุ่มใดๆ หรือมีเจตนาให้บรรลุการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง

5. การบังคับให้เป็นหมัน²⁶

- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียมีองค์ประกอบความผิดดังนี้

ก. จำเลยกระทำกับบุคคลใดๆ ไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้

ข. จำเลยมีเจตนาทำให้บุคคลไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้

ค. ผู้ถูกกระทำไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้

- ตามธรรมนูญศาลรวันดา มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

ก. จำเลยกระทำกับบุคคลใดๆ ไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้

ข. จำเลยมีเจตนาทำให้บุคคลไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้

ง. ผู้ถูกกระทำไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้

²⁶Ibid.

- ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ร่างองค์ประกอบความผิดของ คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศให้นิยาม Enforced sterilization มี องค์ประกอบดังนี้

ก. ผู้กระทำความผิดทำให้บุคคลอื่นขาดความสามารถในการสืบพันธุ์ โดย การใช้ยาหรือใช้การกระทำทางการแพทย์

ข. ปราศจากความยินยอมอย่างแท้จริงของผู้ถูกระทำ

6. การกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น²⁷

- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียมีองค์ประกอบความผิดคือ จำเลยทำให้บุคคลใดๆ ได้รับอันตราย ซึ่งมีสภาพทางเพศต่อร่างกายด้วยการใช้กำลังหรือความ รุนแรงอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดา ศาลรวันดาได้วินิจฉัยในคดี Musema ว่า การบังคับให้เปิดเผยร่างกายทั้งหมดต่อหน้าสาธารณชนก็เป็นการทำร้ายทางเพศใน รูปแบบอื่น นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา การบังคับให้เป็นหมัน การบังคับให้เป็นโสเภณี

- ตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ร่างองค์ประกอบความผิดของ คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้นิยาม Other form of sexual violence มีองค์ประกอบดังนี้

ก. ผู้กระทำความผิดกระทำการที่มีสภาพเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลหรือก่อให้เกิด บุคคลดังกล่าวต้องผูกพันต่อการกระทำที่มีสภาพทางเพศ

ข. โดยการใช้กำลัง หรือคุกคามด้วยกำลังหรือการข่มขู่ ซึ่งทำให้เกิดความ กลัวต่อความรุนแรง การบังคับ การคุมขัง ความทุกข์ใจ หรือใช้กำลังอำนาจโดยไม่ชอบต่อบุคคลที่ ถูกกระทำหรือบุคคลอื่น หรือโดยใช้ประโยชน์ของการข่มขู่ หรือการรุกรานที่กระทำต่อบุคคลซึ่งไม่ สามารถให้ความยินยอมที่แท้จริงได้

ค. การกระทำนั้นมีความรุนแรงเทียบเท่ากับ

- การข่มขืนกระทำชำเรา

- การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ

- การบังคับให้เป็นโสเภณี

²⁷ Ibid.

- การบังคับให้ตั้งครรภ์
 - การบังคับให้เป็นหมัน
- ง. ผู้กระทำความผิดได้รู้ถึงสภาพแวดล้อมที่แท้จริงซึ่งก่อให้เกิดความรุนแรงของการกระทำ

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามธรรมนูญศาลทั้งสาม

ธรรมนูญ	3. ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ
<p>1. ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย</p> <p>2. ศาลระหว่างประเทศวันดา</p>	<p>3. ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ</p>
<p>1. จำเลยกระทำการร่วมเพศหรือบังคับ Sodomy ต่อบุคคล ได้แก่ การกระทำต่อไปนี้</p> <p>1.1 มีการสอดใส่อวัยวะเพศชายหรือวัตถุอื่นใดโดยผู้กระทำความผิดในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของผู้เสียหาย หรือ</p> <p>1.2 มีการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าปากของผู้เสียหาย และ</p> <p>2. มีการข่มขืนใจหรือบังคับหรือคุกคามด้วยกำลังต่อผู้เสียหายหรือบุคคลภายนอก</p>	<p>1. จำเลยรุกรานร่างกายของบุคคลโดยการทำให้เกิดผลในทะลวงเข้าไปในสวนใดๆ ของร่างกายของผู้เสียหาย หรือของผู้กระทำความผิดด้วยอวัยวะเพศ หรือช่องทวารหนักหรือช่องอวัยวะสืบพันธุ์ของผู้เสียหายด้วยวัตถุใดๆ หรือส่วนอื่นใดของร่างกาย แม้จะเพียงเล็กน้อย</p> <p>2. การรุกรานกระทำโดยใช้กำลังหรือคุกคามด้วยกำลังหรือการข่มขู่ซึ่งทำให้เกิดความกลัวต่อความรุนแรง การบังคับการคุมขังความทุกข์ใจ หรือใช้กำลังอำนาจโดยไม่ชอบต่อบุคคลที่ถูกกระทำหรือบุคคลอื่น หรือโดยใช้ประโยชน์ของการข่มขู่หรือการรุกรานที่กระทำต่อบุคคล ซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมอย่างแท้จริง</p>

ตารางที่ 5 เปรียบเทียบความหมายของการบังคับให้เป็นโตเถณีตามธรรมนูญศาลทั้งสาม

<p>ธรรมนูญ</p> <p>1. ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย</p> <p>2. ศาลระหว่างประเทศรวันดา</p>	<p>3. ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ</p>
<p>จำเลยบังคับบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ต้องยอมต่อการกระทำซึ่งมีสภาพทางเพศกับบุคคลอื่น</p>	<p>1. ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดบุคคลถูกผูกพันต่อการกระทำในทางเพศ</p> <p>2. โดยใช้กำลัง การคุกคามด้วยกำลังหรือ โดยการข่มขู่เป็นสาเหตุให้เกิดความกลัวต่อความรุนแรง การบังคับการคุมขัง ความทุกข์ใจ หรือการใช้อำนาจโดยไม่ชอบต่อบุคคลดังกล่าวหรือบุคคลอื่นหรือ โดยการแสวงหาประโยชน์จากสภาพแวดล้อม ซึ่งมีสภาพบังคับหรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถที่จะให้ความยินยอม</p> <p>3. และผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่น ได้รับหรือคาดว่าจะได้รับเงินหรือผลประโยชน์อื่นเพื่อแลกเปลี่ยนหรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำที่มีสภาพทางเพศ</p>

ตารางที่ 6 เปรียบเทียบความหมายของการบังคับให้เป็นหมั้นตามธรรมนูญศาลทั้งสาม

<p>ธรรมนูญ</p> <p>1. ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย</p> <p>2. ศาลระหว่างประเทศรวันดา</p>	<p>3. ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ</p>
<p>1. จำเลยกระทำให้บุคคลใดๆ ไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้</p> <p>2. จำเลยมีเจตนาทำให้บุคคลไม่อาจให้กำเนิดบุตร</p> <p>3. ผู้ถูกกระทำไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้</p>	<p>1. ผู้กระทำความผิดทำให้บุคคลอื่นขาดความสามารถในการสืบพันธุ์โดยการไช้ยาหรือใช้การกระทำทางการแพทย์</p> <p>2. ปราศจากความยินยอมอย่างแท้จริงของผู้ถูกกระทำ</p>

ตารางที่ 7 เปรียบเทียบความหมายของการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นตามธรรมนูญศาล
ทั้งสาม

<p>ธรรมนูญ</p> <p>1. ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย</p> <p>2. ศาลระหว่างประเทศรวันดา</p>	<p>3. ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ</p>
<p>การกระทำรุนแรงทางเพศที่ นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำ ชำเรา การบังคับให้เป็นหมันหรือ การบังคับให้เป็นโสเภณี</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้กระทำความผิดกระทำการที่มีสภาพเกี่ยวกับเพศต่อ บุคคลหรือก่อให้เกิดบุคคลดังกล่าวผูกพันต่อการกระทำที่มี สภาพทางเพศ 2. โดยใช้กำลังหรือคุกคามด้วยกำลังหรือการข่มขู่ ซึ่งทำ ให้เกิดความกลัวต่อความรุนแรง การบังคับ การคุมขัง ความทุกข์ใจหรือใช้กำลังอำนาจโดยไม่ชอบต่อบุคคลที่ ถูกกระทำหรือบุคคลอื่น หรือโดยใช้ประโยชน์ของการ ข่มขู่ หรือการรุกรานที่กระทำต่อบุคคลซึ่งไม่สามารถให้ ความยินยอมที่แท้จริงได้ 3. การกระทำนั้นมีความรุนแรงเทียบเท่ากับการกระทำ รุนแรงทางเพศ 5 ประเภทแรก 4. ผู้กระทำความผิดได้รู้ถึงสภาพแวดล้อมที่แท้จริงซึ่ง ก่อให้เกิดความรุนแรงของการกระทำ

จากตารางที่ 4 ถึงที่ 7 แสดงให้เห็นว่า

1. การให้ความหมายการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะต่างๆ ตามธรรมนูญศาล
ระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดาเหมือนกัน
2. การให้ความหมายการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะต่างๆ ตามธรรมนูญศาล
อาญาระหว่างประเทศมีความละเอียดชัดแจ้งและครอบคลุมความหมายกว้าง

การนิยามการกระทำชำเราที่กว้างขวางครอบคลุมการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบต่างๆ ของร่างองค์ประกอบความผิดของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ นอกจากจะปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายทั้งหญิงและชายแล้ว ก็ยังนิยามลักษณะให้หญิงมีความรับผิดชอบในความผิดฐานนี้ เช่นเดียวกับชายด้วย กล่าวคือหญิงก็อาจกระทำผิดโดยการข่มขืนกระทำชำเราหญิงด้วยกันหรือข่มขืนกระทำชำเราชายได้ เพราะหญิงก็อาจใช้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของหญิงเองหรือใช้วัตถุใดๆ กระทำต่ออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงอื่นหรือทวารหนักของบุคคลอื่นซึ่งไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชายได้ ซึ่งก็เข้านิยามการข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกันและการที่นิยามการข่มขืนกระทำชำเราได้รวมการรุกร้าร่างกายของบุคคลโดยการทำให้เกิดผลให้ทะลวงเข้าไปในส่วนต่างๆ ของร่างกายของผู้กระทำผิดเองด้วยอวัยวะเพศด้วย จึงน่าจะรวมความถึงว่าหญิงก็อาจข่มขืนกระทำชำเราชาย โดยใช้อวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงต่ออวัยวะเพศชายได้ หรือใช้ปากต่ออวัยวะเพศชายได้ สรุปแล้วการข่มขืนกระทำชำเราอาจแบ่งรูปแบบต่างๆ ได้ดังนี้

1. กรณีผู้กระทำผิดเป็นชายกระทำต่อหญิงผู้เสียหายแบ่งรูปแบบได้ดังนี้

1.1 ชายผู้กระทำผิดใช้อวัยวะเพศชายรุกร้าอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงผู้เสียหาย

1.2 ชายผู้กระทำผิดใช้อวัยวะเพศชายรุกร้าทวารหนักของหญิงผู้เสียหาย

1.3 ชายผู้กระทำผิดใช้อวัยวะเพศชายรุกร้าปากของหญิงผู้เสียหาย

1.4 ชายผู้กระทำผิดใช้วัตถุใดๆ รุกร้าอวัยวะสืบพันธุ์หญิงผู้เสียหาย

1.5 ชายผู้กระทำผิดใช้วัตถุใดๆ รุกร้าทวารหนักของหญิงผู้เสียหาย

1.6 ชายผู้กระทำผิดใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายรุกร้าอวัยวะเพศสืบพันธุ์ของหญิงผู้เสียหาย

1.7 ชายผู้กระทำผิดใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายรุกร้าทวารหนักของหญิงผู้เสียหาย

2. กรณีผู้กระทำผิดเป็นชายกระทำต่อชายผู้เสียหายแบ่งรูปแบบได้ดังนี้

2.1 ชายผู้กระทำผิดใช้อวัยวะเพศชายรุกร้าทวารหนักของชายผู้เสียหาย

2.2 ชายผู้กระทำผิดใช้อวัยวะเพศชายรุกร้าปากของชายผู้เสียหาย

2.3 ชายผู้กระทำผิดใช้วัตถุใดๆ รุกร้าทวารหนักของชายผู้เสียหาย

2.4 ชายผู้กระทำผิดใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายรุกร้าทวารหนักของชายผู้เสียหาย

กรณีชายผู้เสียหายแปลงเพศเป็นหญิง ซึ่งตามกฎหมายยังคงถือว่าเป็นชาย ชายผู้กระทำความผิดอาจกระทำต่อชายผู้เสียหายในรูปแบบดังนี้ด้วย

2.5 ชายผู้กระทำความผิดใช้อวัยวะเพศรูด้าอวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงเทียมของชายผู้เสียหาย

- การที่ชายใช้วัตถุใดๆ รูด้าอวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงเทียมของชายแปลงเพศนั้นไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะการใช้วัตถุใดๆ จะต้องกระทำต่ออวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงที่แท้จริงจึงจะเป็นความผิด

- ชายใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายรูด้าอวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงเทียมของชายผู้เสียหายก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะการใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายกระทำต่ออวัยวะสืบพันธุ์หญิงที่แท้จริงเท่านั้นจึงจะเป็นความผิด

3. กรณีผู้กระทำความผิดเป็นหญิงกระทำต่อหญิงผู้เสียหาย แบ่งรูปแบบได้ดังนี้

3.1 หญิงผู้กระทำความผิดใช้วัตถุใดๆ รูด้าอวัยวะสืบพันธุ์หญิงของหญิงผู้เสียหาย

3.2 หญิงผู้กระทำความผิดใช้วัตถุใดๆ รูด้าทวารหนักของหญิงผู้เสียหาย

3.3 หญิงผู้กระทำความผิดใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย (รวมอวัยวะเพศชายเทียม) รูด้าอวัยวะเพศสืบพันธุ์ของหญิงผู้เสียหาย

3.4 หญิงผู้กระทำความผิดใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย (รวมอวัยวะเพศชายเทียม) รูด้าทวารหนักของหญิงผู้เสียหาย

4. กรณีผู้กระทำความผิดเป็นหญิงกระทำต่อชายผู้เสียหายแบ่งรูปแบบได้ดังนี้

4.1 หญิงผู้กระทำความผิดใช้วัตถุใด ๆ รูด้าทวารหนักของชายผู้เสียหาย

4.2 หญิงผู้กระทำความผิดใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย (รวมทั้งอวัยวะเพศชายเทียม) รูด้าทวารหนักของชายผู้เสียหาย

กรณีชายแปลงเพศเป็นหญิงซึ่งตามกฎหมายยังคงถือว่าเป็นชาย หญิงอาจกระทำต่อชายในรูปแบบดังนี้ด้วย

- หญิงใช้วัตถุใดๆ รูด้าอวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงเทียมของชายแต่ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังเหตุผลที่อธิบายแล้ว

- หญิงใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายรูด้าอวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงเทียมของชายก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังเหตุผลที่อธิบายแล้ว

5. นอกจากรูปแบบการข่มขืนกระทำชำเรารวม 18 รูปแบบดังกล่าวมาแล้ว จาก นิยามการข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำความผิดยังอาจกระทำความผิดรुकล้ำร่างกายของบุคคลโดยการทำให้เกิดผลให้ทะลวงเข้าไปในส่วนใดๆ ของร่างกายของผู้กระทำผิดเองด้วยอวัยวะเพศชายด้วย

ฉะนั้นหญิงหรือชายยังอาจกระทำความผิดในรูปแบบดังนี้อีก

5.1 หญิงหรือชายแปลงเพศเป็นหญิงผู้กระทำความผิดใช้อวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงหรืออวัยวะเพศสืบพันธุ์หญิงเทียมตามแต่กรณีกระทำรुकล้ำต่ออวัยวะเพศชายของชายผู้เสียหาย

5.2 หญิงหรือชายผู้กระทำความผิดใช้ทวารหนักกระทำรुकล้ำต่ออวัยวะเพศชายของชายผู้เสียหาย

5.3 หญิงหรือชายผู้กระทำความผิดใช้ปากกระทำรुकล้ำต่ออวัยวะเพศชายของชายผู้เสียหาย

การกระทำทุกรูปแบบผู้กระทำความผิดจะต้องมีการใช้กำลังหรือคุกคามด้วยกำลังหรือการข่มขู่ ซึ่งทำให้เกิดความกลัวต่อความรุนแรง, การบังคับ, การคุมขัง, ความทุกข์ใจหรือใช้กำลังอำนาจโดยไม่ชอบต่อบุคคลที่ถูกกระทำหรือบุคคลอื่นหรือโดยใช้ประโยชน์ของการข่มขู่หรือการรुकล้ำที่กระทำต่อบุคคล ซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมที่แท้จริงได้

สรุปแล้วรูปแบบการข่มขืนกระทำชำเราตามนิยามของร่างองค์ประกอบความผิด (Elements of crimes) ของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจึงอาจแบ่งออกได้เป็น 21 รูปแบบหรือ 21 ลักษณะ

ส่วนการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรานั้นตามนิยามของร่างองค์ประกอบความผิดของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีอยู่ 5 รูปแบบหรือ 5 ลักษณะนั้นไม่ได้มีความซับซ้อนหรือเกินความหมายกว้างขวางอย่างการข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใดผู้กระทำความผิดยังคงเป็นชายหรือหญิงก็ได้ และผู้เสียหายก็เป็นชายหรือหญิงก็ได้ยกเว้นการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะเดียวที่ผู้เสียหายเป็นได้เฉพาะหญิงเท่านั้น ได้แก่ การบังคับให้ตั้งครรภ์ ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วหญิงเท่านั้นจึงสามารถตั้งครรภ์ได้ ชายจึงไม่อาจเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนี้

สรุปการกระทำรุนแรงทางเพศทั้ง 6 ลักษณะดังนี้

1. การข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในที่เก่าแก่ เดิมทีการกระทำ ความผิดฐานนี้จะต้องประกอบด้วย

ก. การกระทำชำเราระหว่างชายและหญิง โดยอวัยวะเพศของชายต้องสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงจึงจะเรียกว่าเป็นการกระทำชำเรา แต่การสอดใส่จะเข้าไปมากน้อยเพียงใดไม่เป็นข้อสำคัญ

ข. มีการข่มขืนใจด้วยวิธีการต่างๆ โดยหญิงผู้เสียหายไม่ยินยอม เช่น การใช้กำลังประทุษร้าย การขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย การหลอกลวงว่าเป็นคนอื่น

ค. ชายเท่านั้นจึงจะกระทำผิดฐานนี้ได้ และหญิงเท่านั้นจึงจะเป็นผู้เสียหายได้ หญิงไม่อาจกระทำความผิดฐานนี้ได้โดยลำพัง และชายก็ไม่อาจเป็นผู้เสียหายได้

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา ก็จะเป็นความผิดฐานอนาจาร

ต่อมาเนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมีลักษณะพิสดารมากมายเพิ่มขึ้นจากการกระทำชำเราดังกล่าวข้างต้น ซึ่งหากถือตามนิยามความผิดเดิมแล้ว การกระทำเหล่านี้ ก็จะเป็นแค่ความผิดฐานอนาจารเท่านั้น แต่ผู้คนเห็นว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศหลายอย่างแม้ไม่เข้าลักษณะกระทำชำเราตามความหมายเดิม แต่ลักษณะการกระทำมีความร้ายแรงน่าขยะแขยงไม่น้อยกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา จึงมีการขยายนิยามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ให้การกระทำชำเราที่มีความหมายกว้างขวางครอบคลุมการกระทำที่มีความร้ายแรงน่าขยะแขยงเหล่านี้ให้อยู่ในความหมายของการกระทำชำเราด้วย เช่น พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1956 ซึ่งแก้ไขปี 1994 ของอังกฤษซึ่งนิยามความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา โดยให้รวมการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในทวารหนักหรือปากของผู้เสียหายด้วย ทั้งผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องเป็นหญิงเท่านั้น ชายผู้ถูกสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในทวารหนักหรือปากก็เป็นผู้เสียหายได้

ซึ่งการขยายความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในครั้งแรกก็เข้าใจกันว่าจะมีความหมายครอบคลุมการกระทำรุนแรงทางเพศที่ร้ายแรงให้เข้าลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่ต่อมาเกิดคดีนายแมททีวีส ซึ่งผู้เสียหายเป็นชายที่แปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ถูกจำเลยข่มขืนกระทำชำเราที่อวัยวะเพศหญิงเทียม ซึ่งหากแปลตามตัวบทของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศปี 1956 ซึ่งแก้ไขปี 1994 อย่างเคร่งครัดตามหลักการตีความกฎหมายอาญาแล้ว การกระทำของจำเลยก็จะไม่เข้าลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (แต่ศาลภายในอังกฤษก็แปลว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) จึงทำให้เห็นว่านิยามความหมาย

ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอังกฤษฉบับดังกล่าวน่าจะยังไม่ครอบคลุมกว้างขวางพอ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นระบบกฎหมาย Common Law เช่นเดียวกับอังกฤษ แต่นิยามความหมายการข่มขืนกระทำชำเราครอบคลุมถึงการข่มขืนกระทำชำเราต่ออวัยวะเพศหญิงเทียมด้วย²⁸ ศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียและศาลระหว่างประเทศรวันดาให้นิยามคำว่า การข่มขืนกระทำชำเราตามแนวของระบบกฎหมาย Common Law และร่างองค์ประกอบความผิดของศาลอาญาระหว่างประเทศก็ยึดถือตามแนวของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวียและศาลระหว่างประเทศรวันดาแต่ให้ความหมายกว้างขวางขึ้นไปอีก²⁹

2. การเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ

ในช่วงเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ทหารญี่ปุ่นเมื่อรุกรานและเข้าครอบครองประเทศต่างๆ ก็จะมีการจับตัวหญิงเป็นจำนวนมากไปกักตัวให้บริการทางเพศแก่ทหารในกองทัพญี่ปุ่น แต่เมื่อสงครามสิ้นสุดลงโดยญี่ปุ่นเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ศาลทหารกรุงโตเกียวก็ไม่ได้มีการดำเนินคดีกับทหารญี่ปุ่นในความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ โดยมีการลงโทษการข่มขืนกระทำชำเราในความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

เหตุการณ์ความขัดแย้งทางอาวุธในอดีตุโกสลาเวีย พวกพลรบชาวเซิร์บก็มีการจับตัวหญิงมุสลิมบอสเนียจำนวนมากไปให้บริการทางเพศแก่พลรบของเซิร์บ แล้วยังมีการซื้อขายหญิงเหล่านี้ด้วย โดยมีหญิงคนหนึ่งอายุ 15 ปี เมื่อถูกทารุณกรรมทางเพศตั้งแต่เดือนกรกฎาคม 1992 ถึงกุมภาพันธ์ 1993 แล้วยังได้ถูกขายต่อไปในราคา 200 ปอนด์แก่ทหารจากมอนเตเนโกร³⁰

การนิยามความหมายของการเอาคนลงเป็นทาสทางเพศของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้ให้ความหมายว่า ผู้กระทำความผิดใช้อำนาจเกี่ยวกับสิทธิความเป็นเจ้าของเหนือบุคคล เช่น ในการซื้อ การขาย การให้ยืม การแลกเปลี่ยนบุคคลดังกล่าวหรือโดยการกำหนดให้บุคคลดังกล่าว ปราศจากซึ่งเสรีภาพและผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดบุคคล

²⁸Martin Hicks and Careth Branton "Transexaul rape – a loop – hole closed?" *The Criminal Law Review* (July 1997): 565-570.

²⁹Preparatory Commission for International Criminal Court "Finalized draft text of the Element of Crimes" [Online] Available from: <http://www.un.org/law/ice.htm> [2001, September 21], pp.12, 34, 43.

³⁰Tom Warrick "War-crime suspects roam free in Bosnia." Available from: <http://www.haverford.edu/relg/sells/complicity.html> (2001/January 121): 2.

ดังกล่าวผูกพันต่อการกระทำที่มีสภาพเกี่ยวกับเพศจึงน่าจะเป็นนิยามที่มาจากเหตุการณ์ในอดีต
ยูโกสลาเวีย

3. การบังคับให้เป็นโสเภณี

มีข้อแตกต่างจากการข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้กระทำความผิดฐานบังคับคนให้เป็น
โสเภณี มิได้เป็นผู้ข่มขืนกระทำชำเราหรือทำร้ายทางเพศต่อผู้เสียหายเอง แต่ไปบังคับผู้เสียหายให้
จำยอมต่อการถูกทำร้ายทางเพศโดยบุคคลอื่น ซึ่งในอดีตเมื่อเกิดความขัดแย้งทางอาวุธขึ้น ฝ่ายผู้
ชนะในการต่อสู้เมื่อเข้ายึดครองพื้นที่ของฝ่ายตรงข้ามได้ก็มักมีการจับตัวหญิงและเด็กในพื้นที่
ครอบครองไว้เพื่อให้พรรคพวกของตนกระทำทารุณทางเพศต่างๆ นานา ด้วยวัตถุประสงค์ต่างๆ การ
กระทำความผิดทางเพศรูปแบบนี้จึงเป็นการกระทำความผิดควบคู่กับการข่มขืนกระทำชำเราที่ขึ้น
ทุกยุคทุกสมัย จนกระทั่งเหตุการณ์ในอดีตยูโกสลาเวียและในรวันดา และเนื่องจากความผิดลักษณะ
นี้มักเป็นความผิดที่เกิดควบคู่กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงมักมีการดำเนินคดีกับผู้กระทำ
ความผิดในฐานข่มขืนกระทำชำเรามากกว่าที่จะดำเนินคดีในความผิดฐานนี้เพราะความผิดฐาน
ข่มขืนกระทำชำเราลักษณะความผิดชัดเจนมากกว่าการบังคับให้เป็นโสเภณีซึ่งต้องพิสูจน์ว่า
ผู้กระทำความผิดเป็นผู้บังคับให้ผู้เสียหายให้จำยอมต่อการทำร้ายทางเพศของผู้อื่น และตามร่าง
องค์ประกอบความผิดของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ยังต้องพิสูจน์
ว่าผู้กระทำความผิดรับหรือคาดหวังว่าจะได้รับเงินหรือผลประโยชน์อื่นเพื่อแลกเปลี่ยนหรือ
เกี่ยวเนื่องกับการทำร้ายทางเพศด้วย

4. การบังคับให้ตั้งครรภ์

เป็นลักษณะความผิดทางเพศลักษณะใหม่ซึ่งมีขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ความ
ขัดแย้งในอดีตยูโกสลาเวียโดยตรง การบังคับหญิงให้ตั้งครรภ์เป็นการกระทำโดยมีเจตนามุ่งหมาย
ให้หญิงเกิดความอับอายแล้วหนีไปอยู่ที่อื่น และขณะเดียวกันเด็กที่เกิดจากหญิงมุสลิมนอกสมรส
หรือตั้งครรภ์กับชายนอกศาสนาก็จะไม่ได้รับการยอมรับจากสังคมมุสลิมด้วย จึงเป็นการทำลาย
เผ่าพันธุ์ของหญิงมุสลิม ลักษณะการกระทำผิดมีลักษณะเป็นกระทำอย่างแพร่หลายกว้างขวาง
เหมือนเป็นนโยบายของทหารฝ่ายเซิร์บ การบัญญัติความผิดฐานนี้จึงมาจากเหตุการณ์ในอดีต
ยูโกสลาเวียโดยเฉพาะ

5. การบังคับให้เป็นหมัน

การกำหนดมาตรการที่เจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่มเป็นการกระทำอย่างหนึ่งซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดาและธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

เหตุการณ์ในอดีตยูโกสลาเวียทหารฝ่ายเชิร์บใช้วิธีการบังคับให้หญิงต่างเผ่าพันธุ์กับพวกของตนตั้งครรภ์กับพวกตนเพื่อที่จะให้หญิงนั้นไม่สามารถตั้งครรภ์กับสามีเผ่าพันธุ์เดียวกันได้ โดยเจตนาทำลายเผ่าพันธุ์ของชนเผ่าอื่นซึ่งลักษณะการกระทำดังกล่าวยอมเข้าลักษณะการกำหนดมาตรการที่เจตนาป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม เมื่อมีเจตนาทำลายเผ่าพันธุ์ของหญิงนั้นยอมเป็นความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ แต่การกระทำดังกล่าวนี้จะปรับเข้ากับการบังคับให้เป็นหมันตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศหรือไม่ยังน่าสงสัย เพราะตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ความหมายของการบังคับให้เป็นหมันตามร่างองค์ประกอบความผิดของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ การทำให้บุคคลอื่นขาดความสามารถในการสืบพันธุ์ต้องโดยการใช้ยา หรือใช้การกระทำทางการแพทย์โดยปราศจากความยินยอมอย่างแท้จริง แต่การบังคับให้หญิงตั้งครรภ์มิใช่การใช้ยาหรือการกระทำทางการแพทย์การกระทำดังกล่าวจึง ไม่น่าจะปรับเข้ากับการบังคับให้เป็นหมันตามนิยามของร่างองค์ประกอบความผิดได้

6. การกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น

เหตุการณ์การกระทำรุนแรงทางเพศในอดีตยูโกสลาเวียและรวันดา นอกจากผู้กระทำความผิดจะกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรงแล้ว บางครั้งผู้กระทำผิดก็ไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวของผู้เสียหาย เช่น การบังคับข่มขู่ให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงเปลือยกายต่อหน้าสาธารณชน เปลือยกายเล่นยิมนาสติกในที่สาธารณะ การบังคับให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นพ่อลูกทำ Oral sex ให้ซึ่งกันและกัน เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ไม่อาจจัดเข้ากับการข่มขืนกระทำชำเราการเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ หรือการบังคับให้เป็นหมัน แต่ก็เป็นการกระทำรุนแรงทางเพศซึ่งมีความรุนแรงเทียบได้กับการกระทำรุนแรงทางเพศทั้ง 5 ลักษณะดังกล่าว ร่างองค์ประกอบความผิดของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงนิยามการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นว่าหมายถึงผู้กระทำความผิดกระทำการที่มีสภาพเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลหรือก่อให้เกิดบุคคลต้องผูกพันต่อการกระทำที่มีสภาพทางเพศ โดยมี การบังคับขู่脅 และ การกระทำนั้นต้องมีความรุนแรงเทียบได้กับการข่มขืนกระทำชำเรา การเอาคนลงเป็น

ทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ หรือการบังคับให้เป็นหมัน ซึ่งการกระทำรุนแรงทางเพศที่ไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวผู้เสียหายดังกล่าวข้างต้นน่าจะปรับเข้ากับนิยามของร่างองค์ประกอบความผิดนี้ได้

การกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะต่างๆ อาจถือได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดพื้นฐาน แล้วขยายไปสู่ความผิดในลักษณะอื่นๆ เดิมทีกฎหมายระหว่างประเทศไม่เคยนิยามหรือให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำรุนแรงทางเพศในลักษณะอื่น เพราะไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้การกระทำรุนแรงทางเพศเป็นความผิดอาชญากรรมในตัวเองอย่างชัดแจ้ง และแม้ต่อมาเมื่อธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย และธรรมนูญศาลระหว่างประเทศรวันดาจะกำหนดให้การกระทำรุนแรงทางเพศเป็นความผิดในตัวเองอย่างชัดแจ้งแล้ว ธรรมนูญศาลทั้งสองก็ยังไม่ได้ให้ความหมายของการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะต่างๆ ที่เป็นความผิด จนเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศทั้งสอง ศาลระหว่างประเทศทั้งสองจึงต้องมาให้นิยามความหมายของการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะต่างๆ โดยยึดถือแนวทางของกฎหมายหรือคำพิพากษายภายในประเทศของระบบกฎหมาย Common Law³¹ ระหว่างการเจรจาข้อตกลงธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราครั้งแรกก็ยึดถือความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามระบบกฎหมาย Common Law ต่อมาจึงยึดถือตามแนวคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ศาลระหว่างประเทศรวันดา³² ฉะนั้นความหมายของการกระทำรุนแรงทางเพศที่เป็นองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงครามจึงมีวิวัฒนาการมาจากข้อเท็จจริงในคดีต่างๆ ของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ศาลระหว่างประเทศรวันดาและศาลภายในประเทศ

³¹Walter Cary Sharp. Sr., "The international Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Defining the offenses," Maryland Journal of International Law and Trade 23 No.1 (Spring/Summer 1999): 17-18.

³²Kristen Boon, "Rape and forced pregnancy under the icc statute: human dignity, autonomy, and consent" Columbia Human Right Law Review Vol.32 No.3 [Summer 2001]: 645-647.

การที่คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศยกเว้นองค์ประกอบ ความผิดตามมาตรา 9 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้นิยามการกระทำรุนแรงทางเพศ ให้มีความหมายอย่างกว้างขวางนี้ ย่อมมีผลต่อกฎหมายภายในของประเทศภาคีสมาชิก เพราะภาคี สมาชิกย่อมมีภาระผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ตนเองเป็นภาคีสมาชิก แต่ กฎหมายภายในที่มีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงทางเพศนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. บทกฎหมายที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศโดยตรง เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของ ไทยภาค 2 ลักษณะ 9 ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 287 ความผิดตามกฎหมายภายในส่วนนี้เป็น อาชญากรรมธรรมดา ไม่ใช่อาชญากรรมระหว่างประเทศ ฉะนั้นหากแม้ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคี สมาชิกของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็ไม่มีภาระผูกพันที่จะต้องอนุวัติกฎหมายความผิด เกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยภาค 2 ลักษณะ 9 ให้เป็นไปตามธรรมนูญศาล อาญาระหว่างประเทศรวมทั้งองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 9 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่าง ประเทศ เพราะธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นข้อตกลงที่เกี่ยวกับความผิดอาชญากรรม ระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับความผิดอาญาธรรมดา

2. บทกฎหมายที่เป็นความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศตามธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศ หากประเทศใดเข้าเป็นภาคีสมาชิกธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ย่อมจะต้อง นำบทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้งองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 9 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมาใช้บังคับ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งภาคี สมาชิกจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ตนเองเป็นภาคีสมาชิก ฉะนั้นประเทศภาคี สมาชิกทั้งหลายหากยังไม่มียกเว้นกฎหมายภายในเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศตาม ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะต้องนำบทบัญญัติในเรื่องนี้มาใช้บังคับตามหลักเกณฑ์ที่ ประเทศนั้นยึดถือต่อไป หรือหากมีกฎหมายภายในที่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่าง ประเทศอยู่แล้ว แต่ไม่สอดคล้องกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะต้องแก้ไขปรับปรุงให้ สอดคล้องกับบทบัญญัติของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

ตามหลักแล้วการเข้าเป็นภาคีสมาชิกของประเทศต่างๆ จึงไม่ถูกผูกพันให้ต้อง ปรับปรุงกฎหมายภายในที่เป็นบทกฎหมายที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศโดยตรง คงผูกพันต้องปรับ ปรุงกฎหมายภายในที่เป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศเท่านั้น แต่อย่างไรก็ ตามการที่กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในสังคมระหว่างประเทศมี วิวัฒนาการไปในแนวทางใดย่อมมีอิทธิพลต่อประเทศต่างๆ ให้ยึดถือปฏิบัติตามต่อไป ทั้งนี้ย่อม

รวมถึงการที่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 9 ซึ่งนิยามการกระทำรุนแรงทางเพศให้มีความหมายอย่างกว้างขวางด้วย ซึ่งขณะนี้กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศของหลายประเทศก็มีลักษณะที่ให้นิยามการข่มขืนกระทำชำเราที่มีความหมายอย่างกว้างขวางอยู่ก่อนที่จะมีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเสียอีก เช่น กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย แคนาดา และอังกฤษ การที่ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ให้ความหมายการกระทำรุนแรงทางเพศอย่างกว้างขวาง จึงน่าจะเป็นแนวทางนำไปสู่แนวโน้มการปฏิรูปกฎหมายเรื่องการกระทำรุนแรงทางเพศของกฎหมายภายในประเทศของประเทศต่างๆ ทั้งที่เป็นภาคีสมาชิก และไม่เป็นภาคีสมาชิก รวมถึงประเทศไทยด้วย ซึ่งบทกฎหมายไทยที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศโดยตรงยังมีนิยามการข่มขืนกระทำชำเราที่คับแคบเกินความหมายเพียงการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง โดยการขู่เชิญบังคับปราศจากความยินยอมของหญิง ซึ่งเป็นเพียงรูปแบบเดียวของความหมายการข่มขืนกระทำชำเราตามร่างองค์ประกอบความผิดตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 9 ซึ่งแบ่งออกได้ถึง 21 รูปแบบ ความหมายการข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาไทย แม้จะมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา มิใช่มาจากตัวบทกฎหมายโดยตรง เพราะประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้นิยามการข่มขืนกระทำชำเราว่ามีความหมายอย่างไร แต่การที่ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราไว้ย่อมเป็นบรรทัดฐานให้ทุกฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายยึดถือความหมายตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกา ฉะนั้นหากจะเปลี่ยนแปลงความหมายการข่มขืนกระทำชำเราให้มีความหมายกว้างขวางขึ้นกว่าคำวินิจฉัยของศาลฎีกา จึงต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ เพราะโดยหลักแล้วศาลฎีกาจะไม่เปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาเดิมที่เป็นบรรทัดฐานอยู่แล้ว

ส่วนการกระทำรุนแรงทางเพศลักษณะอื่นๆ นอกจากการข่มขืนกระทำชำเราอีก 5 ลักษณะนั้น กฎหมายอาญาของไทยอาจเป็นความผิดเพียงบางลักษณะเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติครอบคลุมความผิดทั้ง 5 ลักษณะอย่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 283 ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่เชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรมหรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่น เป็นความผิดที่มีลักษณะใกล้เคียงกับความผิดฐานบังคับให้เป็นโสเภณี แต่ความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาสทางเพศ การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับให้เป็นหมัน หรือการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น ซึ่งไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง ประมวลกฎหมายอาญาไทยไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศเหล่านี้ แต่การกระทำเหล่านี้ก็เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยการเอาคนลงเป็นทาสทางเพศเป็นความผิดตาม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 ฐานเพื่อจะเอาคนลงเป็นทาส หรือให้มีฐานะคล้ายทาส นำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พามาจากที่ใด ซื่อขาย จำหน่าย รับหรือหน่วงเหนี่ยวซึ่งบุคคลหนึ่งบุคคลใด การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับให้เป็นหมัน หรือการกระทำรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่น ซึ่งไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 ฐานข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใดหรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ซึ่งทั้งมาตรา 309 และ 312 ล้วนเป็นความผิดในลักษณะ 11 หมวด 1 ความผิดต่อเสรีภาพไม่ใช่ความผิดทางเพศ มีโทษจำคุกต่ำกว่าความผิดฐานข่มขืนใจกระทำซ้ำเรารวมกัน ทั้งๆ ที่ลักษณะความผิดต่างๆ เหล่านี้มีความรุนแรง ชั่วร้ายไม่แพ้การข่มขืนใจกระทำซ้ำเรารวมกัน ฉะนั้นจึงน่าจะกำหนดให้การกระทำรุนแรงทางเพศทั้ง 4 ลักษณะ เป็นความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา โดยมีโทษใกล้เคียงกับความผิดฐานข่มขืนใจกระทำซ้ำเรารวมกันน่าจะเหมาะสมมากกว่าปล่อยให้ เป็นเพียงความผิดต่อเสรีภาพ ซึ่งเป็นเพียงการกระทำบางส่วนของความผิดเท่านั้น การศึกษาของ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงสนับสนุนข้อสมมติฐานที่ว่า ความหมายของการกระทำรุนแรงทางเพศที่เป็น องค์ประกอบความผิดของฐานความผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม มีวิวัฒนาการมาจากข้อเท็จจริงในคดีต่างๆ ของศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย ศาลระหว่าง ประเทศรวันดาและศาลภายในประเทศ และจะเป็นแนวทางนำไปสู่แนวโน้มการปฏิรูปกฎหมาย เรื่องการกระทำรุนแรงทางเพศของกฎหมายภายในประเทศของประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทย เพื่อจะให้ผลคุ้มครองผู้เสียหายให้กว้างขวางยิ่งขึ้นกว่ากฎหมายภายในปัจจุบัน

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย